

**Titel:**

**Gerichtsstandsvereinbarung mit salvatorischer Klausel in Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen**

**Normenketten:**

ZPO § 36 Abs. 1 Nr. 6, § 38 Abs. 1, § 281 Abs. 2

BGB § 307 Abs. 1, § 310

**Leitsatz:**

**Eine Gerichtsstandsvereinbarung mit salvatorischer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unangemessen und ist auch bei Verwendung im unternehmerischen Geschäftsverkehr unwirksam. (Rn. 32 – 34)**

**Schlagworte:**

Gerichtsstandsbestimmung, Verweisung, Bindung, Willkür, Gerichtsstandsvereinbarung, salvatorische Klausel, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Unwirksamkeit, unangemessene Benachteiligung, Unternehmer

**Fundstellen:**

EWiR 2022, 430

MDR 2022, 86

LSK 2021, 32318

BeckRS 2021, 32318

ZVertriebsR 2022, 51

**Tenor**

Örtlich zuständig ist das Landgericht Kempten (Allgäu).

**Gründe**

I.

1

Die Klägerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Stuttgart, ging durch formwechselnde Umwandlung aus einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Köln hervor. Als Konzernunternehmen der in Stuttgart ansässigen V. P. VVaG besteht ihr im Handelsregister eingetragener Geschäftszweck unter anderem in der Vermittlung von Versicherungen sowie der Förderung der Tätigkeit von Versicherungsmaklern durch die Erbringung von Serviceleistungen.

2

Mit dem im Bezirk des Landgerichts Kempten (Allgäu) wohnhaften Beklagten schloss noch die Aktiengesellschaft am 25. Januar 2017 einen als „Courtage-Zusage“ bezeichneten Vertrag (Anlage K 1). Danach war der Beklagte „als Versicherungsmakler gemäß §§ 93 ff. HGB, §§ 652 ff. BGB, § 59 Abs. 3 VVG“ berechtigt, der Klägerin Versicherungsanträge, Anträge auf Verlängerungen etc. zuzuführen. Gegen die Klägerin als Schuldnerin stand ihm gemäß § 3 des Vertrags und den in Bezug genommenen Courtagerichtlinien (Anlage K 2) eine Courtage für von der jeweiligen Versicherungsgesellschaft angenommene Anträge zu. Für die Abrechnung der Gutschriften in Höhe der jeweils fälligen Provisionen und der Belastungen in Höhe etwaiger Rückforderungsansprüche im Kontokorrentverkehr mit dem Beklagten hatte die Klägerin ein sogenanntes Courtagekonto zu führen.

§ 11 (Schlussbestimmungen) des Vertrags bestimmt unter Ziffer 5:

Erfüllungsort für alle Verbindlichkeiten aus diesem Vertrag ist Köln. Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist ausschließlich Stuttgart, soweit gesetzlich zulässig.

3

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Rückzahlung von Courtagen aus innerhalb der Stornohaftungszeit stornierten Versicherungsverträgen und auf Erstattung von Kosten in Anspruch, die nach ihrem Vorbringen im Zusammenhang mit der Titulierung einer nicht verfahrensgegenständlichen Rückzahlungsforderung stehen.

**4**

In dem auf ihren Antrag eingeleiteten Mahnverfahren über den Betrag von 18.595,47 € wegen „Rückzahlung von Handelsvertreterprovisionen gem. § 87a Abs. 2 HGB gem. Abrechnung 12/2000 abzgl. titulierter Ford. vom 04.12.20“ bezeichnete sie das Landgericht Kempten (Allgäu) als Prozessgericht, an das das Verfahren im Fall eines Widerspruchs abgegeben werden soll. Nach fristgerecht eingelegtem und am 29. Dezember 2020 der Klägerin mitgeteiltem Widerspruch wurde das Verfahren gemäß Verfügung vom 18. Januar 2021 an das Landgericht Kempten (Allgäu) abgegeben. Mit der Anspruchsbegründung vom 9. März 2021 bezog die Klägerin den mittlerweile weiter abgelaufenen Zeitraum ein und erweiterte die Klage auf einen Rückzahlungsbetrag von nun 20.839,56 € sowie um die selbständige Kostenforderung von 2.269,69 €.

**5**

Mit der Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens gemäß Verfügung vom 10. März 2021 wies das Landgericht Kempten (Allgäu) darauf hin, dass Bedenken hinsichtlich der örtlichen und funktionalen Zuständigkeit des Gerichts bestünden. Die Parteien hätten ausweislich der Anlage K 1 Stuttgart als ausschließlichen Gerichtsstand vereinbart. Die Kaufmannseigenschaft der Klägerin folge aus § 6 HGB, § 3 AktG; diejenige des Beklagten ergebe sich nach derzeitiger Ansicht aus § 1 Abs. 2, §§ 343, 344 HGB. Aus den von der Klägerin vorgelegten Anlagen ergebe sich, dass der Beklagte allein für Februar 2019 eine Courtage in Höhe von ca. 6.000 EUR erhalten habe (Anlage K 5) und für März 2019 ca. 8.000 EUR (Anlage K 8). Damit sei die widerlegbare Vermutung begründet, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der jeweiligen Auftragserteilung und Abrechnung Kaufmann gewesen sei, denn nach § 1 Abs. 1 HGB sei jeder Betreiber eines Handelsgewerbes Kaufmann und gemäß § 1 Abs. 2 HGB sei jeder Gewerbebetrieb ein Handelsgewerbe, es sei denn, dass eine kaufmännische Betriebsform nach Art und Umfang des Unternehmens nicht erforderlich sei.

**6**

Das Gericht fragte an, ob Verweisungsantrag an die Handelskammer und/oder das Landgericht Stuttgart gestellt werde und gewährte eine Frist zur Stellungnahme von vier Wochen ab Zugang der Verfügung.

**7**

Der Beklagte teilte mit Antwortschriftsatz vom 9. April 2021 mit, er stelle keinen Verweisungsantrag. Die Gerichtsstandsvereinbarung wirke nicht, da er keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb hinsichtlich der Tätigkeit für die Klägerin betrieben habe. Dies sei nach Umfang und insbesondere nach Art der ausgeübten Tätigkeit - Vermittlung von Versicherungen - auch nicht erforderlich.

**8**

Nach weiterem Schriftwechsel zur Begründetheit der Klage nahm die Klägerin mit Schriftsatz vom 17. Juni 2021 zur Frage der Kaufmannseigenschaft des Beklagten Stellung. Sie gab an, während der Monate Januar 2017 bis September 2018 monatliche Beträge von durchschnittlich 15.389,14 € an den Beklagten im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Versicherungsmakler gezahlt zu haben. Daher sei nicht ausgeschlossen, dass der Beklagte ein Handelsgewerbe betrieben und einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb unterhalten habe. Deshalb werde vorsorglich (Unterstreichung im Original) beantragt, den Rechtsstreit an das Landgericht Stuttgart zu verweisen.

**9**

Mit Beschluss vom 21. Juni 2021 hat sich das Landgericht Kempten (Allgäu) für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Stuttgart verwiesen. Das Landgericht Kempten (Allgäu) sei aufgrund einer wirksam zwischen den Parteien gemäß § 38 ZPO geschlossenen Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstands für den Rechtsstreit nicht zuständig. Der Beklagte sei nach dem Inhalt des als Anlage K 1 vorgelegten Vertrags nicht Handelsvertreter, sondern als Handelsmakler i. S. v. § 93 HGB anzusehen, denn eine Tätigkeitspflicht habe nicht bestanden und eine Dauertätigkeit zwischen den Parteien sei nicht angestrebt worden. Als solcher sei er Kaufmann, wenn er unter § 1 Abs. 2, §§ 2, 5 bzw. 6 HGB falle. Aus den vorgelegten Unterlagen sowie dem schriftsätzlichen Vortrag der Klägerin gehe hervor, dass der Beklagte allein für die Klägerin im Zeitraum von Januar 2017 bis September 2018 monatliche Beträge

von durchschnittlich 15.389,14 EUR erhalten habe, was ein jährliches Volumen von knapp 185.000 EUR allein für die Vertragsbeziehung zwischen den Prozessparteien bedeute. Damit sei die widerlegbare Vermutung begründet, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der jeweiligen Auftragserteilung und Abrechnung Kaufmann gewesen sei. Aufgrund der dargelegten Umstände habe die Klägerin dem Gericht die Gewissheit verschafft, dass in der Person des Beklagten die zur Begründung der Kaufmannseigenschaft gemäß § 1 HGB erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen vorlägen. Dazu gehöre nicht mehr als der Nachweis, dass der Beklagte ein Gewerbe betreibe. Nach der in § 1 HGB enthaltenen Darlegungs- und Beweislastregelung gingen Zweifel zulasten des Gewerbetreibenden, auch in Bezug auf die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung. Der Beklagte habe keine Tatsachen vorgetragen, die die Vermutung des § 1 HGB widerlegten. Daher sei dem Antrag auf Verweisung an das örtlich ausschließlich zuständige Landgericht Stuttgart nachzukommen.

#### **10**

Den Schriftsatz der Klägerin vom 17. Juni 2021 hat das Landgericht Kempten (Allgäu) dem Beklagten zusammen mit dem Verweisungsbeschluss bekannt gegeben.

#### **11**

Das Landgericht Stuttgart hat die Parteien mit Beschluss vom 21. Juli 2021 über seine Erwägung informiert, die Sache an das Ausgangsgericht zurückzugeben und Gelegenheit zur Äußerung eingeräumt. Das verweisende Gericht habe sich nicht mit der allein maßgeblichen Frage befasst, ob eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung vorliege. Bereits eine einfache Überprüfung hätte ergeben, dass die Klausel wegen der Formulierung „soweit dies gesetzlich zulässig ist“ unbestimmt und deshalb unwirksam sei („vgl. Zöller, ZPO, Rdnr. 11“). Des Weiteren habe das Landgericht nicht geprüft, ob der Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kaufmann gewesen sei. Eine Vereinbarung im Rahmen der Aufnahme des Geschäfts sei nicht wirksam („Zöller a.a.O., Rdnr. 23“). Die Argumentation des verweisenden Gerichts gehe daher vollkommen an den gesetzlichen Voraussetzungen vorbei und erscheine deshalb als willkürlich.

#### **12**

Nach ergebnislosem Fristablauf hat das Landgericht Stuttgart mit Beschluss vom 24. August 2021 „die Akten“ an das Landgericht Kempten (Allgäu) zurückverwiesen. Das Landgericht Stuttgart sei nicht zuständig. Eine bindende Verweisung liege nicht vor. Der Beklagte wohne im Bezirk des Landgerichts Kempten. Dieses habe es versäumt, sich mit der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung auseinanderzusetzen und deshalb grob gesetzwidrig und willkürlich verkannt, dass beim Landgericht Stuttgart keine Zuständigkeit gegeben sei. Die Begründung hierfür entspricht den Darlegungen im Hinweisbeschluss vom 21. Juli 2021. Ob der Beklagte aktuell Kaufmann sei, sei für die Frage der Zuständigkeit ohne jede Relevanz.

#### **13**

Mit Verfügung vom 1. September 2021 hat das Landgericht Kempten (Allgäu) die Akte dem Bayerischen Obersten Landesgericht zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt. Es hat zugleich die Meinung vertreten, die Ausführungen des Landgerichts Stuttgart seien nicht richtig. In einem Vertrag zwischen Kaufleuten bewirke der mit „soweit“ eingeleitete Vorbehalt in der Gerichtsstandsklausel nicht deren Unwirksamkeit. Der Beklagte habe keine substanziierten Ausführungen gemacht, weshalb Zweifel zu seinen Lasten gingen. Dies gelte auch in Bezug auf die Gerichtsstandsvereinbarung.

#### **14**

Die Parteien haben Gelegenheit zur Äußerung erhalten.

#### **15**

Der Beklagte hat geltend gemacht, schon klägerseits sei nicht vorgetragen oder behauptet worden, dass er Kaufmann sei. Er habe seinerseits vorgetragen, dass er einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb hinsichtlich der streitgegenständlichen Tätigkeit nicht führe. Die Herleitung des vom Landgericht Kempten (Allgäu) angenommenen Provisionsvolumens, auf das es die Verweisung gestützt habe, sei schon nicht nachvollziehbar. In der Praxis erfordere der Geschäftsbetrieb von Versicherungsmaklern oder Versicherungsvermittlern eine Einrichtung in kaufmännischer Weise nicht, denn es bedürfe keiner Bilanzierung, keiner kaufmännischen Bezeichnung unter einer Firma, keines gesonderten Geschäftslokals und keines Waren- oder Geldverkehrs.

II.

## 16

Auf die zulässige Vorlage ist die Zuständigkeit des Landgerichts Kempten (Allgäu) auszusprechen.

## 17

1. Die Voraussetzungen für die Bestimmung der (örtlichen) Zuständigkeit gemäß § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO (vgl. Schultzy in Zöllner, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 36 Rn. 34 ff. m. w. N.) durch das Bayerische Oberste Landesgericht liegen vor. Das Landgericht Kempten (Allgäu) und das Landgericht Stuttgart haben sich nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit für unzuständig erklärt, das Landgericht Kempten (Allgäu) durch unanfechtbaren Verweisungsbeschluss vom 21. Juni 2021 und das Landgericht Stuttgart mit Beschluss vom 24. August 2021. Die Beschlüsse sind den Prozessbeteiligten jeweils mitgeteilt worden. Die jeweils ausdrücklich ausgesprochene Leugnung der eigenen Zuständigkeit erfüllt mithin das Tatbestandsmerkmal „rechtskräftig“ im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO (vgl. BGH, Beschluss vom 15. August 2017, X ARZ 204/17, NJW-RR 2017, 1213 Rn. 12; Beschluss vom 19. Februar 2013, X ARZ 507/12, NJW-RR 2013, 764 Rn. 5; Beschluss vom 10. Dezember 1987, I ARZ 809/87, BGHZ 102, 338 [juris Rn. 6]; Schultzy in Zöllner, ZPO, § 36 Rn. 35).

## 18

Das Bayerische Oberste Landesgericht ist zur Entscheidung des Zuständigkeitsstreits berufen, weil die Bezirke der am negativen Kompetenzkonflikt beteiligten Gerichte zum Zuständigkeitsbereich unterschiedlicher Oberlandesgerichte gehören (München und Stuttgart), so dass das gemeinschaftliche im Rechtszug zunächst höhere Gericht der Bundesgerichtshof ist. An dessen Stelle entscheidet gemäß § 36 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 9 EGZPO das Bayerische Oberste Landesgericht über das Gesuch, weil das mit der Sache zuerst befasste Gericht in Bayern liegt.

## 19

2. Örtlich zuständig ist das Landgericht Kempten (Allgäu), weil dessen Verweisungsbeschluss ausnahmsweise keine Bindungswirkung entfaltet und der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten, den die Klägerin durch die Bezeichnung des Prozessgerichts im Mahnantrag gewählt hat, nicht wirksam derogiert wurde. Infolgedessen bedarf es zur Bestimmung des zuständigen Gerichts keiner ergänzenden Tatsachenfeststellungen betreffend die Kaufmannseigenschaft des Beklagten, die nicht dem Bayerischen Obersten Landesgericht obliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 7. August 1996, XII ARZ 7/96, FamRZ 1997, 171 [juris Rn. 6]); auch auf die Frage, ob der Beschluss des Landgerichts Stuttgart eine Rückverweisung - gegebenenfalls mit Bindungswirkung - darstellt, kommt es für die Entscheidung nicht an.

## 20

a) Der Gesetzgeber hat in § 281 Abs. 2 Sätze 2 und 4 ZPO die grundsätzliche Unanfechtbarkeit von Verweisungsbeschlüssen und deren Bindungswirkung angeordnet. Auch ein sachlich zu Unrecht oder verfahrensfehlerhaft ergangener Verweisungsbeschluss entzieht sich danach grundsätzlich der Nachprüfung. Dies hat der Senat im Verfahren nach § 36 Abs. 1 Nr. 6 ZPO zu beachten. Im Falle eines negativen Kompetenzkonflikts innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist daher grundsätzlich das Gericht als zuständig zu bestimmen, an das die Sache in dem zuerst ergangenen Verweisungsbeschluss verwiesen worden ist.

## 21

Nach ständiger Rechtsprechung kommt einem Verweisungsbeschluss allerdings dann keine Bindungswirkung zu, wenn dieser schlechterdings nicht als im Rahmen des § 281 ZPO ergangen angesehen werden kann, etwa weil er auf der Verletzung rechtlichen Gehörs beruht, nicht durch den gesetzlichen Richter erlassen wurde oder jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und deshalb als willkürlich betrachtet werden muss (st. Rspr.; BGH NJW-RR 2017, 1213 Rn. 15; Beschluss vom 9. Juni 2015, X ARZ 115/15, NJW-RR 2015, 1016 Rn. 9; Beschluss vom 10. September 2002, X ARZ 217/02, NJW 2002, 3634 [juris Rn. 13 f.]; Greger in Zöllner, ZPO, § 281 Rn. 16).

## 22

Dahinstehen kann, ob der Verweisungsbeschluss des Landgerichts Kempten (Allgäu) nicht nur als rechtlich fehlerhaft, sondern deshalb als objektiv willkürlich zu werten ist, weil er zur Begründung der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung auf die (angebliche) Kaufmannseigenschaft des Beklagten bei Auftragserteilung und Abrechnung, nicht aber bei Vertragsschluss abstellt. Er bindet jedenfalls deshalb nicht, weil er unter Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs ergangen ist.

## 23

Zwar hat das Landgericht Kempten (Allgäu) mit Verfügung vom 10. März 2021 die Zuständigkeitsfrage aufgeworfen und den Parteien unter Hinweis auf die Gerichtsstandsklausel und einzelne vorgelegte Abrechnungsunterlagen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. Im Verweisungsbeschluss hat es jedoch weiteren Vortrag aus dem Schriftsatz der Klägerin vom 17. Juni 2021 verwertet, ohne dem Beklagten zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme auf das neue Tatsachenvorbringen zu geben. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs hätte es geboten, dem Beklagten diesen Schriftsatz vor Erlass des Verweisungsbeschlusses bekannt zu geben und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen, wenn das Vorbringen - wie geschehen - in der gerichtlichen Entscheidung verwertet werden soll. Denn Art. 103 Abs. 1 GG gewährt jedem Verfahrensbeteiligten die grundsätzliche Möglichkeit, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vor Erlass einer Entscheidung in tatsächlicher (und rechtlicher) Hinsicht zu äußern (st. Rspr. seit BVerfG, Beschluss vom 18. September 1952, BVerfGE 1, 418 [429, juris Rn. 46]; vgl. Beschluss vom 10. September 2021, 1 BvR 1029/20, juris Rn. 14; Beschluss vom 20. September 2012, 1 BvR 1633/09, juris Rn. 11; Beschluss vom 8. Juni 1993, 1 BvR 878/90, BVerfGE 89, 28 [35, juris Rn. 26]; jeweils m. w. N.). Bei einer Entscheidung berücksichtigter Tatsachenvortrag einer Partei ist daher der Gegenseite zuvor durch Übersendung der betreffenden Schriftsätze zur Kenntnis zu bringen (BVerfG, Beschluss vom 23. April 2008, 2 BvR 1889/07, juris Rn. 4 m. w. N.). Eine Verletzung des Gebots rechtlichen Gehörs scheidet somit im Streitfall nicht schon deshalb aus, weil sich der Beklagte in einem früheren Stadium des Verfahrens zur Frage des zuständigen Gerichts hat äußern können (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 26. August 2014, X ARZ 275/14, MDR 2015, 51 Rn. 8) und geäußert hat.

## 24

b) Es kann offenbleiben, unter welchen Voraussetzungen eine Rückverweisung ausnahmsweise zulässig ist und dann ihrerseits nach § 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO binden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Januar 1995, XII ARZ 36/94, FamRZ 1995, 792 [juris Rn. 5] und 6. Oktober 1993, XII ARZ 22/93, NJW-RR 1994, 126 [juris Rn. 7]; Beschluss vom 17. Mai 1989, I ARZ 254/89, NJW 1990, 53 [juris Rn. 8]; OLG Hamm, Beschluss vom 8. Juni 2012, 32 SA 38/12, NJW-RR 2012, 1464 Rn. 15 und 19; auch BayObLG, Beschluss vom 8. April 2020, 1 AR 23/20, juris Rn. 30; Seiler in Thomas/Putzo, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 281 Rn. 13; Greger in Zöller, ZPO, § 281 Rn. 19). Somit kann auch dahinstehen, ob der Beschluss des Landgerichts Stuttgart vom 24. August 2021 als Rückverweisung des Rechtsstreits auszulegen ist und das Landgericht Kempten (Allgäu) bereits hierdurch für den Rechtsstreit zuständig geworden ist.

## 25

Denn jedenfalls ergibt sich die Zuständigkeit des Landgerichts Kempten (Allgäu) daraus, dass die Parteien keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben und die Klägerin unter den in Betracht kommenden Gerichten das Landgericht Kempten (Allgäu) wirksam gewählt hat.

## 26

aa) Unabhängig von einer Prorogationsfähigkeit des Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses besteht zwischen den Parteien keine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung hinsichtlich der aus dem Vertrag vom 25. Januar 2017 resultierenden Ansprüche.

## 27

Ein an sich unzuständiges Gericht des ersten Rechtszugs wird gemäß § 38 Abs. 1 ZPO durch Vereinbarung zuständig, wenn die Vertragsparteien bei Vertragsschluss Kaufleute im Sinne des Handelsrechts (§§ 1 - 7 HGB) sind.

## 28

Die im Streitfall verwendete Gerichtsstandsklausel ist allerdings unabhängig von den in § 38 Abs. 1 ZPO genannten Voraussetzungen nach § 310 BGB unwirksam. Da der Vertragstext, in den sie eingebettet ist, bereits nach seinem äußeren Erscheinungsbild, aber auch nach seinem Inhalt den Charakter eines von der Klägerin verwendeten Formulars aufweist (vgl. auch BGH, Beschluss vom 20. November 2012, VII ZR 137/12, juris Rn. 6; Urt. v. 20. September 2011, XI ZR 17/11, NJW-RR 2012, 178 Rn. 10), stellt sie eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar. Als solche unterliegt sie gemäß § 310 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB auch bei Verwendung gegenüber einem Unternehmer (§ 14 BGB) der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, in deren Rahmen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist (H. Schmidt in BeckOK, BGB, 59. Ed. Stand: 1. August 2021, § 307 Rn. 93; Heinrich in Musielak/Voit, ZPO, 18.

Aufl. 2021, § 38 Rn. 12; Schultzy in Zöller, ZPO, § 38 Rn. 27; Patzina in Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, § 38 Rn. 22; Rodi in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, Anh zu §§ 305-310 Rn. M61 f.; Bork in Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2014, § 38 Rn. 20).

### 29

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Der Verwender ist daher gehalten, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Er muss einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte und Pflichten feststellen können, damit er die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen bei Vertragsschluss hinreichend erfassen kann (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 8. Oktober 2015, I ZR 136/14 - Allgemeine Marktnachfrage, GRUR 2016, 606 Rn. 19; Urt. v. 1. Oktober 2019, VI ZR 156/18, NJW-RR 2020, 112 Rn. 23; H. Schmidt in BeckOK, BGB, § 307 Rn. 45; jeweils m. w. N.).

### 30

Die von der Klägerin verwendete Vertragsklausel hält der Inhaltskontrolle nicht stand, denn sie ist - wie das Landgericht Stuttgart zutreffend gesehen hat - wegen des Zusatzes „soweit gesetzlich zulässig“ intransparent und diese Intransparenz begründet eine unangemessene Benachteiligung der Rechtsstellung des Vertragspartners.

### 31

Maßgebend sind die Verständnismöglichkeiten des typischen Vertragspartners des Verwenders (BGH GRUR 2016, 606 Rn. 24; H. Schmidt in BeckOK, BGB, § 307 Rn. 49). Die Anforderungen an die Transparenz von Vertragsbestimmungen sind im Geschäftsverkehr mit Unternehmern nicht generell geringer als im Rechtsverkehr mit Verbrauchern, wenngleich bei Unternehmern aufgrund ihrer Geschäftserfahrung und der berücksichtigungsfähigen Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit als bei Verbrauchern auszugehen ist (vgl. BGH GRUR 2016, 606 Rn. 27; H. Schmidt in BeckOK, BGB, § 307 Rn. 50). Juristischer Sachverstand, wie er für das Verständnis der in § 11 Satz 2 gemachten Beschränkung auf das rechtlich Zulässige erforderlich wäre, kann auch Unternehmern bei der Frage, ob das Transparenzgebot eingehalten ist, nicht unterstellt werden (vgl. BGH GRUR 2016, 606 Rn. 28).

### 32

Zwar ist höchstrichterlich noch nicht entschieden, ob eine salvatorische Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausnahmsweise dann als wirksam angesehen werden kann, wenn die Rechtslage zweifelhaft ist oder wenn es dem Verwender im Interesse der Übersichtlichkeit der Klausel erspart werden soll, Ausnahmen für außergewöhnliche Sachverhalte zu formulieren (vgl. BGH, Urt. v. 5. Mai 2015, XI ZR 214/14, BGHZ 205, 220 Rn. 17 m. w. N.). Ist die Rechtslage hingegen klar, für die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Regelung getroffen werden soll, und die Frage der Übersichtlichkeit für diese Regelung nicht von Relevanz, können gemäß nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen - auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr - nicht wirksam vereinbart werden. Dem Verwender ist in dieser Situation vielmehr eine klare Fassung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuverlangen. Er kann es nicht in die Hand der Gerichte legen, eine pauschal und unsorgfältig gefasste Klausel auf das gesetzlich zulässige Maß zu beschränken und ihr damit überhaupt erst einen bestimmten Inhalt zu geben; darauf aber läuft der Gebrauch einer salvatorischen Klausel hinaus (vgl. BGHZ 205, 220 Rn. 16 - in Bezug auf den Zusatz „soweit keine zwingenden Vorschriften entgegenstehen“; BGH, Beschluss vom 5. März 2013, VIII ZR 137/12, NJW 2013, 1668 Rn. 3 - in Bezug auf eine „Parkettklausel“ im Mietvertrag; Urt. v. 12. Oktober 1995, I ZR 172/93, NJW 1996, 1407 [juris Rn. 27, 30] - noch zu §§ 9, 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG in Bezug auf einen formularmäßigen Haftungsausschluss im kaufmännischen Verkehr; Urt. v. 26. November 1984, VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 29 [juris Rn. 41] - in Bezug auf den Zusatz „soweit das Gesetz nicht etwas anderes zwingend vorschreibt“; LG München I, Urt. v. 10. April 1979, 7 O 431/79, BB 1979, 702 - zu einer Gerichtsstandsklausel; Thüsing in Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: Oktober 2020, Teil Vertragsrecht, „Gerichtsstandsklauseln“ Rn. 21; Pfeiffer in

Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 307 Rn. 264; Schultzy in Zöller, ZPO, § 38 Rn. 11; Basedow in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn. 82; Wendland in Staudinger, BGB, § 307 Rn. 59; Ulmer/Habersack, in Ulmer/Brander/Hensen, AGBRecht, 12. Aufl. 2016, § 305 BGB Rn. 153; Fuchs in Ulmer/Brander/Hensen, AGBRecht, vor § 307 BGB Rn. 101; jeweils m. w. N.; überholt: BGH, Urt. v. 9. Juni 1983, III ZR 105/82, NJW 1983, 2701 [juris Rn. 19]).

### 33

In welchen Konstellationen Vereinbarungen über den Gerichtsstand zulässig sind, ist rechtlich klar geregelt. Deshalb trägt der Verwender die Verantwortung für eine klare, vom durchschnittlichen Vertragspartner ohne Weiteres nachvollziehbare Fassung der Klausel (vgl. Quantz in beckOGK, Stand: 1. Mai 2021, BGB § 307 Rn. 11), gegebenenfalls durch konkrete Benennung der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmung (vgl. die Klausel in BayObLG, Beschluss vom 28. Oktober 2020, 1 AR 78/20, juris Rn. 9). Dem steht nicht entgegen, dass eine pauschale Gerichtsstandsklausel ohne einen Vorbehalt dahingehend, dass sie gegenüber Nichtkaufleuten keine Anwendung finde, nach einhelliger Meinung bei einer Verwendung gegenüber Kaufleuten wirksam und bei einer Verwendung gegenüber Nichtkaufleuten unwirksam ist (vgl. Heinrich in Musielak, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 38 Rn. 12 m. w. N.; Rodi in Staudinger, BGB, Anh zu §§ 305-310 Rn. M56a). Denn die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ist von der Frage, ob ein gesetzlicher Verbotstatbestand nach § 38 ZPO vorliegt, zu trennen. Der AGBrechtlich schädliche Zusatz führt auf der Ebene der Inhaltskontrolle unabhängig vom Vorliegen eines gesetzlichen Verbotstatbestands zur Unwirksamkeit der Klausel, während § 38 ZPO keinen Schutz vor unangemessenen gerichtstandsregelnden Allgemeinen Geschäftsbedingungen bietet (vgl. Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, § 307 Rn. 13; Hau in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Teil, Klausel [G] Rn. G 144; H. Schmidt in Ulmer/Brander/Hensen, AGBRecht, Teil 2, [21] Gerichtsstandsklauseln Rn. 3 und 5). Den Anforderungen des Transparenzgebots genügt die vorliegend zu beurteilende Klausel nicht, weil dem Zusatz „soweit gesetzlich zulässig“ keinerlei Anhaltspunkt entnommen werden kann, unter welchen Umständen die Gerichtsstandsvereinbarung keine Wirkungen entfalten solle.

### 34

Der Verstoß gegen das Verständlichkeitsgebot bewirkt auch im Geschäftsverkehr mit Unternehmern eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, denn die Klausel ist nach dem anzulegenden generellen Maßstab aufgrund ihrer Intransparenz geeignet, den Vertragspartner, der als Unternehmer (§§ 14, 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht zugleich Kaufmannseigenschaft (§ 38 Abs. 1 ZPO) haben muss, in seiner Rechtsdurchsetzung nachteilig zu beeinflussen und von der Durchsetzung seiner Rechte abzuhalten (ebenso OLG Hamm, Urt. v. 18. Februar 1983, 20 U 174/82, DB 1983, 1304 [juris Rn. 92] zu einer Gerichtsstandsklausel mit dem Zusatz „soweit dem nicht zwingendes Recht entgegensteht“). Dieser Nachteil wiegt schwer, denn § 38 ZPO ist auch aus Gerechtigkeitsgründen eingeführt worden, um die in der allgemeinen Gerichtsstandsregelung der §§ 12, 13, 17 ZPO zum Ausdruck kommende Vergünstigung für Beklagte vor einer Beschneidung durch den „stärkeren“ Vertragspartner zu schützen (vgl. BGH, Urt. v. 26. Januar 1983, VIII ZR 342/81, NJW 1983, 1320 [juris Rn. 23]; Schultzy in Zöller, ZPO, Vor § 38 Rn. 2). Ihm steht kein berechtigtes Interesse des Klauselverwenders gegenüber.

### 35

Soweit einzelne Gerichte eine Gerichtsstandsvereinbarung mit salvatorischer Klausel als wirksam behandelt haben (OLG Bremen, Beschluss vom 3. Juni 2021, 3 AR 6/21, juris Rn. 3, 13; OLG Nürnberg, Urt. v. 21. Oktober 2010, 13 U 2409/09, juris Rn. 57, 59), haben deren Entscheidungen für die hier aufgeworfene Frage keine Aussagekraft, weil sie die gesetzlichen Vorgaben für Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht thematisieren (vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 26. September 2016, 32 SA 55/16, juris Rn. 32). Das Oberlandesgericht Hamm seinerseits musste in dem genannten Beschluss vom 26. September 2016 die Wirksamkeitsfrage nicht beantworten (32 SA 55/16, juris Rn. 29 ff.).

### 36

bb) Indem die Klägerin im Mahnantrag gemäß § 690 Abs. 1 Nr. 5 ZPO das Gericht am Wohnsitz des Beklagten als Streitgericht bezeichnet hat, an das das Verfahren im Fall eines Widerspruchs abgegeben werden soll, hat sie - mangels wirksamer Vereinbarung eines anderweitigen ausschließlichen Gerichtsstands - ein zuständiges Gericht gewählt, §§ 12, 13 ZPO. An diese Wahl ist sie gemäß § 35 ZPO gebunden. 101 AR 148/21 - Seite 13 - Ob daneben gemäß § 29 Abs. 2 ZPO ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts beim Landgericht Köln bestanden hat, ist für die Entscheidung ohne Bedeutung.