

## Inhalt

|  |    |
|--|----|
| <b>Teichmann, BGB Allgemeiner Teil</b>                                 | 3  |
| Ergänzung „Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)“, §§ 305 ff.          | 3  |
| I. Interessenlage bei der Verwendung von AGB                           | 3  |
| II. Begriffe   | 5  |
| III. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich der §§ 305 ff.      | 5  |
| 1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 310 Abs. 4 und § 310 Abs. 2         | 5  |
| 2. Persönlicher Anwendungsbereich, § 310 Abs. 1 und Abs. 3             | 6  |
| IV. Besonderer Schutz des Verbrauchers                                 | 7  |
| V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1                                   | 8  |
| 1. Voraussetzungen nach § 305 Abs. 1 S. 1                              | 8  |
| a) Vorformulierte Vertragsbedingung                                    | 8  |
| aa) Vertragsbedingung  | 8  |
| bb) Vorformuliert – „im Kopf des Verwenders“                           | 9  |
| cc) Vorformuliert – einseitiges Stellen                                | 9  |
| dd) „Kein Stellen“ bei Internet-Plattformen (Internet-Auktionen)       | 12 |
| ee) Vorformuliert – Formulierungen zur Umgehung                        | 12 |
| ee) Bei Vertragsschluss  | 14 |
| b) Vielzahl von Verträgen  | 15 |
| aa) Verbraucherverträge, § 310 Abs. 3 Nr. 2                            | 15 |
| bb) Drittklauseln  | 16 |
| 2. Weitere Konkretisierungen, § 305 Abs. 1 S. 2                        | 16 |
| a) Äußerlich gesonderter Bestandteil, Inhalt der Vertragsurkunde       | 16 |
| b) Umfang der AGB  | 17 |
| c) Schriftart  | 17 |
| d) Form des Vertrags   | 17 |
| 3. Hinweis auf die AGB   | 17 |
| a) Ausdrücklicher Hinweis  | 17 |
| b) Kein Hinweis erforderlich bei Formularvertrag                       | 18 |
| aa) Hinweis bei äußerlich gesondertem Vertragsbestandteil erforderlich | 18 |
| bb) Sich widersprechende (kollidierende) AGB                           | 18 |
| c) Statt ausdrücklichem Hinweis deutlich sichtbarer Aushang            | 19 |
| d) Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise                   | 20 |
| aa) Verständlichkeit   | 21 |
| bb) Zumutbarkeit bei einer erkennbaren körperlichen Behinderung        | 21 |
| cc) Einverständnis der anderen Vertragspartei                          | 22 |
| dd) Rahmenvereinbarung   | 22 |
| 4. Überraschende Klauseln, § 305 c Abs. 1                              | 23 |
| 5. Umgehungsverbot, § 306 a  | 24 |
| 6. Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen                      | 25 |
| a) Unklare (mehrdeutige Klauseln)                                      | 25 |
| aa) Individualprozess  | 25 |
| bb) Verbandsklage  | 26 |
| c) Auslegungsmethode   | 26 |
| d) Individualabrede, § 305 b   | 26 |

## Inhalt

---

|  |           |
|--|-----------|
| 7. Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 307–309 | 27        |
| a) Prüfungsreihenfolge und Kennzeichnung                             | 27        |
| b) Grundgedanken des § 307   | 27        |
| aa) Abweichung von Rechtsvorschriften oder ergänzenden Regelungen    | 27        |
| bb) Aufbau des § 307 Abs. 1 und Abs. 2                               | 28        |
| 8. Rechtsfolge einer fehlgeschlagenen Einbeziehung                   | 30        |
| a) Gesetzliche Regelungen (dispositives Gesetzesrecht)               | 30        |
| b) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion                          | 30        |
| c) Fehlen einer gesetzlichen Regelung                                | 31        |
| d) Teilbare Klausel (blue-pencil-test)                               | 31        |
| e) Unwirksamkeit gemäß § 306 Abs. 3                                  | 31        |
| 9. Rechtsfolge einer wirksamen Einbeziehung                          | 32        |
| VI. Zusammenfassung  | 32        |
| <b>Stichwortverzeichnis</b>  | <b>34</b> |

---

## Teichmann, BGB Allgemeiner Teil

### Ergänzung „Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)“, §§ 305 ff.

#### I. Interessenlage bei der Verwendung von AGB

Im BGB gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit, § 311 Abs. 1.<sup>1</sup> Den Parteien steht es deshalb grundsätzlich frei, mit welchem Inhalt sie einen Vertrag abschließen. Der Abschluss eines Vertrages setzt voraus, dass sich die Parteien „vertragen“ und somit jede Seite einen Teil ihrer Interessen aufgibt, so dass der Abschluss des Vertrages letztlich als fairer Ausgleich der beidseitigen Interessenslage angesehen wird.<sup>2</sup> 1

Regelmäßig wird aber nicht jeder Vertrag individuell ausgehandelt, sondern eine Partei gibt den Inhalt des Vertrages mit sog. Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>3</sup> vor und die andere Partei kann sich nur noch entscheiden, ob sie dem vorgelegten Inhalt zustimmt oder nicht.<sup>4</sup> 2

**BEISPIEL:** T. Mann kauft im Elektromarkt von Frl. Moni eine CD-Anlage für EUR 1.500,00. Beim Abschluss des Vertrages wird von Frl. Moni auf einem Formular nur noch Name, Vorname, Anschrift des Käufers, die Produktbezeichnung und der Preis eingetragen. Auf der Vorderseite des Formulars ist deutlich sichtbar vermerkt, dass der Vertrag „unter Einbeziehung umseitig abgedruckter Geschäftsbedingungen des Elektromarktes zustande kommt“. T. Mann dreht die Seite zwar um, sieht dort aber eine ganze Seite „Kleingedrucktes“, das er nicht durchliest. Er will die Ware, die CD-Anlage, weshalb er unterschreibt. 3

Wie sich an dem Beispiel zeigt, hat der Elektromarkt von Frl. Moni das Interesse, nicht bei jedem Vertragsschluss die Bedingungen des Kaufvertrages im Einzelnen neu auszuhandeln, sondern möchte bei jedem Käufer für seine Elektroartikel den gleichen routinemäßigen Ablauf verbindlich regeln (zB Zahlungsweise, Lieferzeitpunkt, Gewährleistung, Eigentumsvorbehalt). 4

Somit dient das „Kleingedruckte“ dazu, bei Geschäften, die regelmäßig vorkommen (Massengeschäfte), den Ablauf zu **rationalisieren**. Auch verschafft sich derjenige, der AGB in seinen Verträgen verwendet, einen Vorsprung gegenüber seinem Vertragspartner, weil er aufgrund seiner besonderen Kenntnisse den Vertrag bereits vollständig in seinem Ablauf durchdacht hat, zB hinsichtlich seines **Haftungsrisikos** oder bei der **Insolvenz seines Vertragspartners**. 5

**BEISPIELE:** Frl. Moni lässt im Krankenhaus K eine Routineoperation durchführen, die einen 5-tägigen stationären Aufenthalt erforderlich macht. Am Tag der Aufnahme wird ihr der Krankenhausbehandlungsvertrag vorgelegt, der neben den vom Krankenhaus zu erbringenden ärztlichen und pflegerischen Leistungen auch die vorformulierte Regelung enthält: „Für eingebrachte Sachen, die in der Obhut des aufgenommenen Patienten verbleiben, haftet das Krankenhaus nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit“. 6

---

1 Palandt/*Grüneberg*, § 311 Rn. 2.

2 *Boecken* BGB AT, Rn. 294.

3 Die in den §§ 305 ff. geregelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wurden im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, in Kraft getreten zum 1.1.2002, in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen. Die AGB waren zuvor in einem eigenen Gesetz (AGB-Gesetz) vom 9.12.1976, in Kraft getreten zum 1.1.1997, geregelt (BGBl. I S. 3317).

4 Die „richtige“ Abkürzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet AGB. Im Alltag wird allerdings oft von AGB's bzw. AGBs gesprochen. Es heißt aber ausgesprochen „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ und nicht „Allgemeine Geschäftsbedingungsens“.

- 7 Ein **Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit** bei Schäden, die zB an einem in das Krankenzimmer mitgebrachten Notebook entstehen, ist hier wirksam vereinbart, § 276 Abs. 3, § 309 Nr. 7 b.<sup>5</sup>
- 8 Allerdings ist zu beachten, dass ein Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit in vielen Fällen zwar nicht gegen § 276 Abs. 3, § 309 Nr. 7 b verstößt, aber gegen die Generalklausel des § 307 Abs. 2 Nr. 2 dann verstoßen kann, wenn **wesentliche Pflichten (sog. Kardinalpflichten)** betroffen sind.<sup>6</sup> Nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 ist eine unangemessene und somit unzulässige Benachteiligung des Vertragspartners im Zweifel anzunehmen, wenn eine Klausel „*wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist*“. So zB wenn durch ein (gut sichtbares) Hinweisschild bei einer Autowaschanlage die Haftung für Zierleisten, Spiegel, Antennen, Scheibenwischer, Lack- und Karosserie-schäden sowie Schäden an abstehenden Fahrzeugteilen und dadurch entstandene Folgekosten ausgeschlossen wird, es sei denn, dass eine Haftung wegen Vorsatz oder grobem Verschulden vorliegt. Auch hier liegt kein Verstoß gegen § 276 Abs. 3, § 309 Nr. 7 b vor.
- 9 Jedoch ist die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet, weil zu den wesentlichen Pflichten eines Autowaschvertrages auch die Pflicht gehört, den Wagen vor Beschädigungen zu bewahren, was aufgrund der heutigen Technik (zB Abtasten durch Sensoren), ständiger Wartung, Kontrolle und Überwachung, jeder Kunde auch erwarten kann. Somit ist hier selbst ein Ausschluss für **einfache Fahrlässigkeit** deshalb **nicht** möglich.
- 10 Anders liegt es im Vergleich dazu im Krankenhausfall, da dort der Vertragszweck, die ärztliche und pflegerische Behandlung des Patienten, durch den Haftungsausschluss für die vom Patienten eingebrachten Sachen nicht gefährdet wird.<sup>7</sup>
- Oder:** Frl. Moni hat im obigen Beispielsfall beim Kauf der CD-Anlage auf der Rückseite des Vertragsformulars im „Kleingedruckten“ aufgenommen, dass diese bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises ihr Eigentum bleibt. Ein formularmäßig vereinbarter **Eigentumsvorbehalt ist zulässig**.<sup>8</sup> Im Fall der Insolvenz des T. Mann kann Frl. Moni auf ihr Eigentum zugreifen und eine sog. Drittwiderspruchsklage erheben, § 771 Abs. 3 ZPO.
- 11 Letztlich helfen AGB dabei, **gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen** durchzuführen, indem hier zwischen den Parteien Regelungen zur Durchführung des Vertrages vereinbart werden, zB bei Leasingverträgen, Automatenaufstellungsverträgen oder dem Forderungskauf (sog. Factoring).<sup>9</sup>
- 12 Aus dem Vorstehenden wird deutlich, dass es kein „unfares Übergewicht“ zugunsten desjenigen geben soll, der AGB verwendet, gerade wenn es sich auf der Gegenseite um juristisch und geschäftlich unerfahrene Vertragspartner handelt.
- 13 Mit den §§ 305 ff. soll deshalb erreicht werden, dass der überlegene gegenüber dem unterlegenen Vertragspartner die Ausgestaltung des Vertrages nicht in einer Weise vornimmt, dass er **alle Risiken auf den unterlegenen Vertragspartner abwälzt** und somit

5 BGH Urt. v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 (764); PWW/K.P. Berger, § 309 Rn. 45; Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 53.

6 BGH Urt. v. 30.11.2004 – X ZR 133/03, NJW 2005, 422 (425); Köhler, PdW, Fall 110; BGH Urt. v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 (764).

7 BGH Urt. v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 (764).

8 Palandt/Weidenkaff, § 449 Rn. 10.

9 Brox/Walker BGB AT, § 10 Rn. 1.

### III. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich der §§ 305 ff.

die **Gestaltungsfreiheit (rücksichtslos) missbraucht**.<sup>10</sup> Obwohl der (unterlegene) Vertragspartner nicht gezwungen ist, den Vertrag mit (für ihn ungünstigen) AGB abzuschließen, wird er sich im Ergebnis faktisch darauf einlassen müssen, wenn er die Ware benötigt, die Dienstleistung in Anspruch nehmen will/muss oder wenn der Anbieter der Waren oder der Dienstleistung als eine Art Monopolist auftritt.<sup>11</sup>

Hinzu kommt, dass AGB oft von Fachverbänden ausgearbeitet und den Mitgliedern empfohlen werden, so dass ganze Branchen „dieselben“ AGB verwenden. 14

Damit dienen die §§ 305 ff. auch dem Ziel, der Privatautonomie dadurch Geltung zu verschaffen, dass ein einseitiger Gebrauch der Vertragsgestaltungsfreiheit verhindert wird. 15

Erreicht wird dieses Ziel durch zwei in das Gesetz aufgenommene „Hürden“: 16

- Zunächst wird die **Einbeziehung** einer Regelung als AGB in den Vertrag durch § 305 Abs. 2 **erschwert** und, wenn eine vertragliche Einbeziehung als AGB ordnungsgemäß erfolgt ist, muss weiter anhand des § 308 und des § 309 geprüft werden, ob die AGB rechtlich zulässig ist; **unterstützend** zu § 308 und § 309 kommt der Auffangtatbestand des § 307 hinzu, weil die Aufzählungen in § 308 und § 309 naturgemäß unvollständig sein müssen.
- Weitere Unterstützung erhält eine „unterlegene Vertragspartei“ durch das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG). Danach können zB auch Verbraucherschutzverbände eine Unterlassung oder einen Widerruf gegen den Verwender von AGB geltend machen, obwohl sie selbst (konkret) nicht von der AGB betroffen sind (vgl. § 1, § 3 UKlaG).

### II. Begriffe

Bei den §§ 305 ff. wird derjenige, der die AGB stellt, als „**Verwender**“ bezeichnet. Derjenige, dem gegenüber die AGB Vertragsinhalt werden soll, wird als „**die andere Vertragspartei**“ oder „**der Vertragspartner**“ bezeichnet. 17

Dabei kann der Verwender ein **Unternehmer** nach § 14 sein (zB ein Kaufmann) oder auch ein **Verbraucher** nach § 13 (zB Hausfrau, Privatier).<sup>12</sup> 18

### III. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich der §§ 305 ff.

**1. Sachlicher Anwendungsbereich, § 310 Abs. 4 und § 310 Abs. 2.** Bevor zu untersuchen ist, ob nach § 305 AGB überhaupt vorliegen, ist der sachliche Anwendungsbereich in § 310 Abs. 4 zu klären, da hier **Ausschlussstatbestände** normiert sind. 19

Danach finden die §§ 305 ff. von vornherein **keine** Anwendung, wenn Verträge auf dem Gebiet des **Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts** betroffen sind; ebenso scheidet die Anwendung bei **Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen** aus, § 310 Abs. 4 S. 1, die nach § 310 Abs. 4 S. 3 **Rechtsvorschriften** iSv § 307 Abs. 3 S. 1 gleichstehen. 20

<sup>10</sup> Boecken BGB AT, Rn. 294; Brox/Walker BGB AT, § 10 Rn. 2.

<sup>11</sup> Brox/Walker BGB AT, § 10 Rn. 2.

<sup>12</sup> Für Verbraucherverträge gilt die Besonderheit des § 310 Abs. 3. Wenn es bei einem Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zum Streit darüber kommt, wer die AGB verwendet hat, gilt im Zweifel der Unternehmer als Verwender, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, § 310 Abs. 3 Nr. 1.

- 21 Dagegen finden bei **Arbeitsverträgen** die §§ 305 ff. Anwendung, dh eine AGB-Kontrolle kann vorgenommen werden, allerdings müssen die im **Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten** angemessen berücksichtigt werden, § 310 Abs. 4 S. 2; hier sind die § 305 Abs. 2 und Abs. 3 **nicht** anwendbar, § 310 Abs. 4 S. 2 Hs. 2.
- 22 Weiter beschränkt § 310 Abs. 2 S. 1 den sachlichen Anwendungsbereich, wonach die §§ 308 und 309 **keine Anwendung** finden auf Verträge der Versorgungswirtschaft (Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasserversorgung);<sup>13</sup> gleiches gilt bei Verträgen über die Entsorgung von Abwasser, § 310 Abs. 2 S. 2.<sup>14</sup>
- 23 **2. Persönlicher Anwendungsbereich, § 310 Abs. 1 und Abs. 3.** Werden nach § 310 Abs. 1 S. 1 AGB **gegenüber einem Unternehmer** (zB einem gewerblichen Wohnungsvermieter), einer **juristischen Person des öffentlichen Rechts** (zB Hochschulen, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten) oder einem **öffentlich-rechtlichen Sondervermögen** (zB Bundeseisenbahnvermögen)<sup>15</sup> verwendet, finden die §§ 305 Abs. 2, Abs. 3, § 308 Nr. 1, 2 bis 8 und § 309 **keine Anwendung**.
- 24 Anwendbar nach § 310 Abs. 1 S. 1 bleiben allerdings § 308 Nr. 1 a und Nr. 1 b und nach § 310 Abs. 1 S. 2 auch § 307 Abs. 1 und Abs. 2.
- 25 Der Grund, insbesondere § 305 Abs. 2 und Abs. 3 bei diesem Personenkreis (zB gegenüber einem Unternehmer) nicht anzuwenden, liegt darin, dass dieser Personenkreis des Schutzes der Vorschriften nicht bedarf. Zwar findet sich keine gesetzliche Regelung, wie die AGB in diesen Fällen einzubeziehen sind. Es ist aber unstreitig, dass auch hier die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag mit einem Unternehmer durch eine (ausdrückliche oder konkludente) Einigung erfolgen muss, dh es muss auch ihm gegenüber deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass für den Vertrag AGB gelten sollen. Der BGH hat hierzu entschieden: „*Notwendig ist demgemäß eine ausdrückliche oder stillschweigende Willensübereinstimmung der Vertragspartner zur Geltung der AGB*“.<sup>16</sup> Allerdings ist es nicht erforderlich, die AGB ihrem Wortlaut nach dem Unternehmer vorzulegen, wie es zB nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 gegenüber einem Verbraucher erforderlich ist.<sup>17</sup>
- 26 Ohne Bedeutung ist es nach § 310 Abs. 1 S. 1, **wer der Verwender ist**. Dieser kann ein **Unternehmer** oder ein **Verbraucher** sein.
- 27 **BEISPIEL:** Privatier T. Mann verkauft an die Firma "Frl. Moni Gebrauchtwagenhandel e.Kf-fr." sein Fahrzeug für EUR 3.500,00 und verwendet dabei ein im Schreibwarengeschäft erworbenes Formular: „Verkauf gebrauchter Fahrzeuge“.
- 28 Hier gilt § 310 Abs. 1 S. 1, weil die AGB von T. Mann, einem Verbraucher, gegenüber Frl. Moni, einer Unternehmerin, verwendet wurden. Frl. Moni könnte sich zB nicht darauf berufen, dass es ihr beim Vertragsschluss nicht zumutbar gewesen sei, die zu umfangreichen Formularbestimmungen durchzulesen und dass T. Mann gegen § 305 Abs. 2 Nr. 2 verstoßen habe, da § 305 Abs. 2 **nicht** zu ihren Gunsten **ingreift**.

---

13 Hierzu die gesetzlichen Vorschriften (Rechtsverordnungen): StromGVV, GasGVV, AVBFernwärmeV.

14 Zur Abgrenzung von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden und Sonderabnehmern, MüKoBGB/*Basedow*, § 310 Rn. 34; Hk-BGB/*Schulte-Nölke*, § 310 Rn. 3; Erman/*S. Roloff*, § 310 Rn. 9; BGH Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06, NJW 2009, 578 (579).

15 Erman/*S. Roloff*, § 310 Rn. 6.

16 BGH Urt. v. 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, NJW 1992, 1232 (1233); *Boecken* BGB AT, Rn. 301.

17 *Hirsch* BGB AT, Rn. 292.

#### IV. Besonderer Schutz des Verbrauchers

---

- Allerdings ist gemäß § 310 Abs. 1 S. 2 auch in diesen Fällen eine Prüfung nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 möglich. 29
- Dies bedeutet, dass bei der Generalklausel des § 307 zu prüfen ist, ob eine verwendete Klausel, die gegenüber einem Verbraucher als unwirksam angesehen wird, in gleicher Weise auch gegenüber einem Unternehmer unwirksam ist.<sup>18</sup> 30
- Die §§ 308 und 309 stellen allerdings Indizien für eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 dar.<sup>19</sup> Dabei ist auf die im **Handelsverkehr** geltenden **Gewohnheiten und Gebräuche** Rücksicht zu nehmen, § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2. 31
- Weiter anwendbar bleiben § 305 Abs. 1, § 305 b, § 305 c und § 306 a.<sup>20</sup> 32
- Schließlich findet eine Kontrolle der einzelnen Klauseln in den §§ 308, 309 bei Verträgen über **Bauleistungen**, in denen die **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) als Ganzes vereinbart** worden ist, nicht statt, § 310 Abs. 1 S. 3.<sup>21</sup> Dies gilt aber nur dann, wenn die VOB/B **gegenüber** einem Unternehmer oder der öffentlichen Hand verwendet wird. 33
- Im **Umkehrschluss** bedeutet dies, dass bei der Verwendung **gegenüber Verbrauchern** die Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. bestehen bleibt und somit keine Ausnahmen gelten.<sup>22</sup> 34

#### IV. Besonderer Schutz des Verbrauchers

- Bei **Verbraucherverträgen**, dh bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, findet **zugunsten des Verbrauchers** eine Ausdehnung auf Fälle statt, die von § 305 nicht erfasst werden. Der Schutz des Verbrauchers wird in § 310 Abs. 3 dadurch **erweitert**.<sup>23</sup> 35
- Nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 **gelten die AGB vom Unternehmer als gestellt**, auch wenn sie ein Dritter in den Vertrag eingeführt hat, zB ein Notar oder ein Makler. Eine **Ausnahme** besteht, wenn der Verbraucher die AGB „mitgebracht“ hat, und sie somit durch ihn in den Vertrag eingeführt wurden, zB, wenn er beim Kauf eines Fahrzeuges einen Mustervertrag aus dem Schreibwarengeschäft oder dem Internet vorlegt. In diesem Fall ist der Verbraucher nicht schutzwürdig. 36
- Auch bei der nur **einmaligen Verwendung** der AGB finden § 305 c Abs. 2 und die §§ 306, 307–309 sowie Artikel 46 b des Einführungsgesetzes zum BGB Anwendung, wenn die Vertragsbedingungen zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und der **Verbraucher** aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt **keinen Einfluss** nehmen konnte, § 310 Abs. 3 Nr. 2. 37
- Letztlich sind nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 die Prüfungskriterien **nicht** - wie sonst bei der Prüfung von AGB üblich - **rein objektiv** vorzunehmen, sondern es erfolgt auch eine Bezugnahme auf **konkrete, den Vertragsschluss begleitende Umstände** (zB geringe Ge- 38

---

18 MüKoBGB/Basedow, § 310 Rn. 7 aE, der von einer „Parallelwertung in der Unternehmenssphäre“ spricht.

19 Erman/S. Roloff, § 310 Rn. 7.

20 Erman/S. Roloff, § 310 Rn. 7.

21 Möglich bleibt aber die Kontrolle als Ganzes anhand des § 307 Abs. 1 und Abs. 2, Palandt/Grüneberg, § 310 Rn. 5 aE.

22 MüKoBGB/Basedow, § 310 Rn. 23; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 145.

23 MüKoBGB/Basedow, § 310 Rn. 36; Brox/Walker BGB AT, § 10 Rn. 28.

schäftserfahrung des Verbrauchers, Erläuterung der Klausel durch den Verwender, Übergabe eines Merkblatts zu den AGB).<sup>24</sup>

#### V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

- 39 Ist nach dem Vorstehenden der Anwendungsbereich nicht von vornherein ausgeschlossen, liegt eine AGB aber nur dann vor, wenn die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 S. 1, mit den Konkretisierungen in Abs. 1 S. 2, erfüllt sind.
- 40 **1. Voraussetzungen nach § 305 Abs. 1 S. 1. a) Vorformulierte Vertragsbedingung. aa) Vertragsbedingung.** Zunächst ist erforderlich, dass es sich um eine Bedingung handelt, die Vertragsinhalt und damit rechtlich verbindlich werden soll. Eine Vertragsbedingung setzt somit eine Erklärung des Verwenders voraus, die den Vertragsinhalt gestalten (regeln) soll.<sup>25</sup> Ob aber eine Erklärung des Verwenders Regelungscharakter hat oder lediglich als **Bitte bzw. unverbindliche Empfehlung** anzusehen ist, die keine AGB darstellt,<sup>26</sup> muss durch **objektive Auslegung** gemäß §§ 133, 157 festgestellt werden.<sup>27</sup> Dies bedeutet, dass die AGB so auszulegen ist, „*wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen sind*“.<sup>28</sup>
- 41 **BEISPIEL:** Im Warenhaus des T. Mann hängt am Eingang das Schild:<sup>29</sup>  
*„Information und Taschenannahme  
 Sehr geehrte Kunden!  
 Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben. Andernfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, dass wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen.“*
- 42 Hier ergibt die **objektive Auslegung**, dass es sich im ersten Teil („*Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben*“) nur um eine **Bitte bzw. eine unverbindliche Empfehlung** handelt, die keinen Einfluss auf das Vertragsverhältnis haben soll. Der Kunde kann die Tasche auch in den Markt mitnehmen und muss sie nicht vor dessen Betreten abgeben.
- 43 Dagegen liegt beim zweiten Teil („*Andernfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, dass wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen*“) eine Erklärung vor, die direkt auf den Vertragsinhalt Einfluss nimmt, auch wenn sie freundlich („*höflichst*“) formuliert ist:  
 Ein **Durchschnittskunde** erhält dadurch den Eindruck, dass sich der Warenhausinhaber das Recht einer Taschenkontrolle vorbehält, wenn der Kunde seine Tasche in den Markt mitnimmt.
- 44 Der Kunde muss somit davon ausgehen, dass er die Wahl hat, entweder seine Tasche freiwillig abzugeben oder („*andernfalls*“) deren Kontrolle an der Kasse dulden zu müs-

24 Erman/S. Roloff, § 310 Rn. 12; Palandt/Grüneberg, § 310 Rn. 21; Allgemein zu der Problemaktivität des § 310 Abs. 3 Nr. 3 bzgl. der Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 RL 93/13/EWG, MüKoBGB/Basedow, § 310 Rn. 76 ff.

25 Boecken BGB AT, Rn. 295; BGH Urt. v. 3.7.1996 – VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574 (2575).

26 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 4.

27 Hier ist § 305 c Abs. 2 nicht anzuwenden, weil erst geprüft werden muss, ob überhaupt eine AGB vorliegt BGH Urt. v. 29.6.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 (3019).

28 BGH Urt. v. 29.6.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 (3018).

29 BGH Urt. v. 3.7.1996 – VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574 (2575).



## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

sen, auch wenn **kein konkreter Verdacht** für eine Straftat besteht (zB entwendete Ware, die sich in der Tasche befindet).

Eine solche Regelung weicht aber von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen ab, was nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 iVm Abs. 1 zur Unwirksamkeit führt. Es liegt ein Abweichen von den Grundgedanken der §§ 229 und 859 vor. Danach ist die Anwendung „privater Gewalt“ nur zur Sicherung oder Durchsetzung eines bestehenden Anspruchs und unter der Voraussetzung rechtmäßig, dass die **konkrete Gefahr** einer Erschwerung oder **Vereitelung der Durchsetzung des Anspruchs** droht (§ 229) oder verbotene Eigenmacht (§ 859) vorliegt.<sup>30</sup> 45

Hinzu kommt, dass selbst der Staat zu solchen Maßnahmen, wie einer Taschenkontrolle, nur ermächtigt ist, wenn gemäß § 102 StPO tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat gegeben sind und zudem die Möglichkeit besteht, Beweismittel oder den Täter aufzufinden. 46

Die auf dem Schild des Warenhauses formulierte AGB einer Taschenkontrolle ist somit unwirksam. 47

**bb) Vorformuliert – „im Kopf des Verwenders“.** Nach der Feststellung, dass eine Vertragsbedingung vorliegt, muss diese vorformuliert sein. Vorformuliert bedeutet, dass die Vertragsbedingung **vor oder spätestens bei Vertragsschluss** bereits existieren muss. Ein solches „Vorformulieren“ wird **regelmäßig schriftlich** in einer Vertragsurkunde erfolgen (§ 305 Abs. 1 S. 2). 48

Allerdings reicht es aus, wenn die Vertragsbedingung zwar nicht schriftlich vorliegt, aber doch im **„Kopf des Verwenders formuliert ist“**<sup>31</sup> und bei Vertragsschluss eingesetzt werden soll. 49

**BEISPIEL:** T. Mann verwendet bei seinem Handel mit Fahrzeugen formularmäßige Kaufverträge mit einem Hinweis auf die unseitig abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen. 50

T. Mann will in seinen Kaufverträgen mit **Kaufleuten**<sup>32</sup> die Gewährleistung ausschließen. Für diese Fälle hat er den Satz auswendig gelernt: *„Der Verkauf des Fahrzeuges erfolgt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“*. T. Mann nimmt diesen Satz regelmäßig handschriftlich in alle seine Kaufverträge auf. Diesen Satz hat er zur mehrfachen Verwendung „im Kopf“ gespeichert. 51

Zwar will T. Mann damit den Eindruck erwecken, dass die Klausel weder vor noch bei Vertragsschluss vorformuliert war, sondern es sich um eine individuell **ausgehandelte** Vertragsbedingung gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 handelt, die keine AGB darstellt. Allerdings ist für eine AGB auch die **geistige Vorformulierung** ausreichend, wenn sie mehrfach verwendet werden soll.<sup>33</sup> 52

**cc) Vorformuliert – einseitiges Stellen.** Vorformuliert beinhaltet auch, dass die Vertragsbedingung vom Verwender **einseitig gestellt** wird und nicht zwischen den Parteien ausgehandelt wurde. Liegt ein Aushandeln iSv § 305 Abs. 1 S. 3 vor, handelt es sich nicht um eine AGB. 53

30 BGH Urt. v. 3.7.1996 – VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574 (2575).

31 Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 8.

32 Bei der Verwendung einer solchen Klausel gegenüber einem Verbraucher läge ein Verstoß gegen § 476 Abs. 1 vor.

33 BGH Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 170/13, NJW 2014, 1133 (1134); BGH Urt. v. 10.3.1999 – VIII ZR 204/98, NJW 1999, 2180 (2181) (die wiederholte Einbeziehung einer vorformulierten Klausel ist „im Kopf gespeichert“).

- 54 Allerdings ist es im Einzelfall schwierig festzustellen, wann eine AGB ausgehandelt wurde. Ein **Aushandeln ist mehr als ein Verhandeln**.<sup>34</sup> Somit ist es nicht ausreichend, wenn zwar über die Klausel gesprochen und diskutiert wird, der **Verwender aber nicht bereit** ist, eine Änderung **ernsthaft** in Betracht zu ziehen.
- 55 Von einem Aushandeln kann somit nur gesprochen werden, wenn der Verwender bereit ist, die Klausel **zur Disposition** zu stellen und dem Verhandlungspartner die **reale, dh tatsächliche Möglichkeit** einzuräumen, die **Klausel beeinflussen** zu können.<sup>35</sup> Es muss somit die Möglichkeit bestehen, eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.<sup>36</sup>
- Hier ist auf Indizien zurückzugreifen:
- 56 Solche Indizien liegen vor, wenn der wesentliche Inhalt einer vorformulierten Regelung, der einen „**gesetzesfremden Kerngehalt**“ enthält, geändert wurde oder, wenn zwar keine Änderung erfolgt ist, dafür aber an **anderer Stelle** im Vertrag **Vorteile** eingeräumt wurden, die den **Nachteil** des gesetzesfremden Kerngehalts **aufwiegen**.
- 57 **BEISPIEL:** T. Mann verkauft an Frl. Moni seinen gebrauchten Audi 80. Er verwendet hierfür einen Formularvertrag, den er im Schreibwarengeschäft erworben hat. Der Vertrag sieht einen umfassenden Gewährleistungs- und Haftungsausschluss vor. Damit ist Frl. Moni zunächst nicht einverstanden, weshalb es hierüber zur Diskussion zwischen den beiden kommt. Als T. Mann dann aber anbietet, ihr kostenlos einen Dachskiträger und Schneeketten für das Fahrzeug zu überlassen, sind sich beide darüber einig, dass der Gewährleistungs- und Haftungsausschluss interessengerecht ist: T. Mann erbringt (zusätzliche) Leistungen, dh er erweitert den Leistungsumfang zum gleichen Verkaufspreis, weshalb Frl. Moni das Risiko des Gewährleistungs- und Haftungsausschlusses als ausreichend kompensiert ansieht.
- 58 Frl. Moni unterzeichnet daraufhin den Vertrag. Der Haftungsausschluss wurde in diesem Fall **individuell** ausgehandelt und unterliegt nicht der AGB-Kontrolle (§ 305 Abs. 1 S. 3, § 305 b).
- 59 **Nicht ausreichend** für ein Aushandeln ist allerdings, wenn die Klausel in ihrer Wirkung zwar **abgeschwächt** wird, aber im **Kern so erhalten bleibt**, wie sie der Verwender vorgegeben hat.<sup>37</sup>
- 60 **BEISPIEL:**<sup>38</sup> T. Mann kauft am 01.03. bei Frl. Moni eine Küche, die von Frl. Moni angeliefert und auch montiert werden soll. Der „Komplettpreis“ für die Küchenteile und die Montage beträgt EUR 25.000,00. T. Mann leistet vereinbarungsgemäß eine Anzahlung in Höhe von EUR 5.000,00. Im vorgedruckten Vertragsformular von Frl. Moni, das T. Mann unterschrieben hat, heißt es unter Ziffer 1: *„Die Restzahlung des Kaufpreises hat vorab per Überweisung oder spätestens bei Lieferung der Küchenteile in bar zu erfolgen“*.
- Die Lieferung und Montage ist für den 25.03. vorgesehen. Als T. Mann Bedenken kommen, da er vor der Montage der Küche den gesamten Restkaufpreis bezahlen soll, spricht er Frl. Moni darauf an. Er möchte die Restzahlung des Kaufpreises (EUR 20.000,00) erst vornehmen, wenn die Küche mangelfrei montiert wird. Daraufhin teilt ihm Frl. Moni schriftlich mit:

34 BGH Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856.

35 BGH Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13, NJW 2014, 1725 (1727).

36 BGH Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 (1231); Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 10.

37 BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 (1432); BGH Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856.

38 Beispiel nach BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 (1433).

## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

„Ich bin damit einverstanden, dass ein Betrag in Höhe von EUR 3.000,00 bis zum mangel-freien Einbau der Küche zurückbehalten wird. Haben Sie aber bitte Verständnis, dass ich im Übrigen auf die Einhaltung der vereinbarten Zahlungsbedingung in Ziffer 1 des Vertrages bestehen muss“.

Hier ist die Zahlungsregelung Ziffer 1 gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 unwirksam, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht zu vereinbaren ist und für die Abweichung auch unter Berücksichtigung der Interessen von Frl. Moni kein sachlicher Grund besteht. 61

Die Zahlungsbedingung widerspricht § 641 Abs. 1, dem eine sog. **Leitbildfunktion** zukommt. Danach ist es ein Gebot der Gerechtigkeit, dass T. Mann als Besteller erst dann zur Zahlung verpflichtet ist, wenn das Werk, dh der Einbau der Küche, vollständig hergestellt ist. Weiter liegt ein Widerspruch zu § 320 Abs. 1 S. 1 vor, dem ebenfalls eine **Leitbildfunktion** zukommt, weil T. Mann hier vorleisten soll, bevor die gekaufte Küche montiert worden ist.<sup>39</sup> Das widerspricht den Hauptleistungspflichten der Parteien, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen (Zahlung einerseits – Lieferung und Montage andererseits). 62

Dieser **gesetzesferne Kerngehalt** von Ziffer 1 (Abweichungen von § 641 Abs. 1 und § 320 Abs. 1 S. 1) wurde nicht dadurch geändert, dass Frl. Moni mit dem Einbehalt eines Betrages in Höhe von EUR 3.000,00 einverstanden war. Sie hat zwar mit T. Mann über die Zahlungsklausel gesprochen, und ist ihm mit einem zugestandenem Einbehalt von EUR 3.000,00 entgegengekommen. Sie war aber nicht bereit, auf den **gesetzesfernen Kerngehalt** der von ihr verwendeten Klausel Ziffer 1 zu verzichten. Im Gegenteil, sie teilt T. Mann schriftlich mit, dass sie, von den EUR 3.000,00 abgesehen, auf die Einhaltung der Zahlungsbedingung bestehen muss, dh an der Vorleistungspflicht der EUR 17.000,00 festhält. 63

Damit hat Frl. Moni gezeigt, dass sie die Klausel **nicht grundlegend zur Disposition** gestellt hat. Stattdessen bleibt es bei der „ungleichen Verhandlungssituation“, in der sich Frl. Moni einseitig durchgesetzt hat. 64

**Ausreichend** ist aber, wenn die Parteien die Klausel mit der **Bereitschaft inhaltlicher Änderung** diskutiert haben, dann aber, nach der Besprechung von anderen Regelungsmöglichkeiten, die vorformulierte Bestimmung im beiderseitigen Einverständnis als **interessensgerecht** im Vertrag beibehalten haben. 65

**BEISPIEL:** T. Mann will an Frl. Moni seinen gebrauchten Audi 80 verkaufen. Er fragt bei ihr an, welches Formular dafür verwendet werden sollte und schickt ihr als Beispiel einen aus dem Internet „heruntergeladenen Vertrag“ zu. 66

Frl. Moni liest sich den Vertrag durch und schickt T. Mann einen Mustervertrag für Verkäufe von Gebrauchtwagen, der vom ADAC erstellt wurde. Frl. Moni fragt an, was T. Mann von diesem Vertrag halte und welcher nun verwendet werden solle. Beide treffen sich und vergleichen die Klauseln der beiden Verträge miteinander. Sie einigen sich schließlich auf den von T. Mann aus dem Internet heruntergeladenen Vertrag. In diesem Fall fehlt es an einem „Stellen“ des Vertrages durch T. Mann, obwohl es sich um einen Formularvertrag handelt. T. Mann hat hier deutlich gemacht, dass er nicht auf der Verwendung des von ihm vorgelegten Vertrages besteht.

Ein **einseitiges Stellen** kann aber selbst dann vorliegen, wenn eine eigentlich **neutrale Person**, wie zB ein Notar, einen Vertrag vorformuliert. Hier ist zu unterscheiden: Der 67

39 BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 (1432).

Notar ist grundsätzlich als „neutral“ anzusehen, so dass es an einem „Stellen“ des Vertrages durch einen Verwender fehlt.

- 68 Verlässt der Notar aber diese Neutralität, dh er formuliert den Vertrag einseitig im Interesse eines Verwenders, muss der Notar dem Verwender des Vertrages **zugerechnet** werden, so dass auch ein notarieller Vertrag den §§ 305 ff. unterliegt.
- 69 **BEISPIEL:** Notar T. Mann wird von der Frl. Moni Baurträrgesellschaft beauftragt, für 23 Wohnungen einen Kaufvertrag zu entwickeln. Dabei berücksichtigt Notar T. Mann offensichtlich nur die Interessen der Frl. Moni Baurträrgesellschaft. In diesem Fall liegen AGB vor, bei denen die Frl. Moni Baurträrgesellschaft als Verwenderin anzusehen ist.<sup>40</sup> Die Baurträrgesellschaft nimmt hier mithilfe des Notars eine „*rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht*“ einseitig in Anspruch.<sup>41</sup>
- 70 Macht sich allerdings eine Partei eine Klausel des Notarvertrages im Verlauf der Abwicklung des Vertrages zunutze, die dieser regelmäßig zB in seinen Kaufverträgen verwendet, wird eine Partei nicht dadurch zum Verwender, dh ein Stellen (vorgeben) der Vertragsklausel liegt in diesem Fall nicht vor. Somit kann aus dem Inhalt einer AGB, dh daraus, wen die Klausel im Einzelfall begünstigt, nicht auf die Verwendereigenschaft geschlossen werden.<sup>42</sup>
- 71 **dd) „Kein Stellen“ bei Internet-Plattformen (Internet-Auktionen).** Bei Internetplattformen besteht die Besonderheit, dass hier der Vertragsschluss mit der Hilfe eines Dritten, nämlich der Internetplattform eines Betreibers, abgeschlossen wird. Der Vertragsschluss, dh Angebot und Annahme, kommt hier zustande, indem Käufer und Verkäufer die dort regelmäßig vorhandenen AGB akzeptieren; andernfalls können sie die Auktionsplattform nicht nutzen. Das bedeutet, dass Käufer und Verkäufer bereits mit ihrer Anmeldung bei der Auktionsplattform die dortigen AGB anerkennen. Somit sind die AGB der Internetplattform von keiner Seite gestellt, so dass keine Vertragspartei als „Verwender“ iSd § 305 Abs. 1 S. 1. angesehen werden kann. Der Vertragsschluss über eine Auktionsplattform kommt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. zustande. Er hat grundsätzlich individuellen Charakter, auch wenn die Willenserklärungen, aus denen er sich zusammensetzt, vorformulierte Bestandteile besitzen, die sich aus den AGB der Plattformbetreiber ergeben.<sup>43</sup> Diese AGB dienen dabei aber nur als **Auslegungshilfe** (§ 8 Rn. 185 im Buch zum Allgemeinen Teil des BGB) der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen (§§ 133, 157).<sup>44</sup>
- 72 **ee) Vorformuliert – Formulierungen zur Umgehung.** Der Verwender wird wegen der Prüfungen nach §§ 308, 309 und § 307 bemüht sein, den Anschein zu erwecken, dass ein **Aushandeln** einer Klausel bzw. eines Vertrages vorgelegen hat und es deshalb an einem „Stellen“, dh an einer von ihm vorformulierten Vertragsbedingung, fehlt:

---

40 Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 12.

41 Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 12.

42 BGH Urt. v. 24.5.1995 – XII ZR 172/94, NJW 1995, 2034 (2035) („Aus dem Inhalt einer AGB auf die Verwendereigenschaft zu schließen und seinerseits denjenigen Vertragspartner als Verwender anzusehen, den die einzelne Klausel begünstigt, ist mit der Systematik und dem Regelungszweck des Gesetzes unvereinbar.“); BGH Urt. v. 5.4.1984 – VII ZR 21/83, NJW 1984, 2094; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 12.

43 BGH Urt. v. 7.11.2001 – VIII ZR 13/01, NJW 2002, 363; Leible, Urteilsbesprechung in JA 2002, 444 (446); kritisch Emmerich in seiner Urteilsbesprechung in JuS 2002, 290 ff.

44 BGH Urt. v. 24.8.2016 – VIII ZR 100/15, NJW 2017, 468 (469); Emmerich, Urteilsbesprechung JuS 2002, 290 (291); Eine Heranziehung als Auslegungshilfe zur Bestimmung des Vertragsinhalts scheidet allerdings dann aus, wenn ein Teilnehmer von den Regelungen der eBay-AGB erkennbar abrückt BGH Urt. v. 15.2.2017 – VIII ZR 59/16, NJW 2017, 1660 (1661) – mit Anmerkung von Sutschet.

BEISPIELE:

- T. Mann schickt Frl. Moni einen vorformulierten Kaufvertrag. Er teilt ihr hierzu mit:  
*"Sehr geehrte Frl. Moni,  
 anbei erhalten Sie den Entwurf unseres Kaufvertrages. Teilen Sie uns bitte mit, welche  
 Änderungen oder Streichungen Sie im Vertrag wünschen.  
 Mit freundlichen Grüßen  
 T. Mann"*  
 In diesem Fall liegt gleichwohl ein „Stellen“ des Kaufvertrages vor, weil es für Frl. Moni  
 an einer effektiven Möglichkeit fehlt, einen eigenen Textvorschlag einzubringen. Die blo-  
 ße formularmäßige Erklärung des Verwenders, dass er zu einer Änderung seiner Allge-  
 meinen Geschäftsbedingungen bereit sei, genügt nicht für ein „Aushandeln“.<sup>45</sup>
- T. Mann schickt an Frl. Moni einen Kaufvertrag und bittet sie diesen zu unterzeichnen.  
 In den Vertrag nimmt er am Ende auf:  
*„Ich bestätige, dass der Vertrag in allen Einzelheiten ausgehandelt wurde.“*  
 Auch in diesem Fall liegt ein „Stellen“ vor. Die Bestätigung des Aushandelns kann ein  
 tatsächliches Aushandeln nicht ersetzen.<sup>46</sup>
- T. Mann verhandelt mit Frl. Moni über den Abschluss eines Mietvertrages. Der im  
 Schreibhandel erworbene Mustervertrag sieht bei der Laufzeit mehrere Möglichkeiten  
 vor, ua dass er auch für eine feste Vertragslaufzeit geschlossen werden kann und somit  
 während dieser Zeit unkündbar ist. Für die Eintragung der Dauer ist eine Lücke im Ver-  
 tragstext enthalten. Wenn T. Mann hier als fest abgeschlossene Laufzeit per Hand immer  
 „5 Jahre und 6 Monate“ einträgt, ist die gesamte Klausel, trotz der handschriftlichen  
 Eintragung, als AGB anzusehen.<sup>47</sup>
- T. Mann betreibt eine Partnerschaftsvermittlung. Weil das Recht der Kündigung durch  
 AGB nicht ausgeschlossen werden kann, kommt er auf die Idee, dass er seine Kunden am  
 Ende des Vertrages mit ihrer Handschrift (und somit eigenhändig) bei „besondere Ver-  
 einbarungen der Vertragspartner“ eintragen lässt:  
*„Herr T. Mann hat mich über mein Kündigungsrecht aufgeklärt. Mit dem Ausschluss des  
 Kündigungsrechts bin ich einverstanden“.*  
 Obwohl der Satz handschriftlich vom Kunden in den Vertrag aufgenommen wurde, han-  
 delt es sich um eine AGB.<sup>48</sup>

45 BGH Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230 (1232); BGH Urt. v. 5.5.1986 – II ZR 150/85, NJW 1986, 2428 (2430) („Die bloße formularmäßige Erklärung des Verwenders, dass er zu einer Änderung seiner AGB bereit sei, genügt nicht für ein Aushandeln iSv § 1 Abs. 2“ [aF]; BGH Urt. v. 9.4.1987 – III ZR 84/86, NJW 87, 2011; Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 20.

46 BGH Urt. v. 20.10.1976 – IV ZR 135/75, NJW 1977, 432 („Eine rechtsunwirksame Klausel in AGB wird nicht allein dadurch zu einer rechtlich wirksam ausgehandelten individuellen Vereinbarung, dass in dem die AGB enthaltenen Formularvertrag der allgemeine Hinweis enthalten ist, die betreffende Regelung sei mit dem Auftraggeber besprochen und ausdrücklich anerkannt worden.“); BGH Urt. v. 15.12.1976 – IV ZR 197/75, NJW 1977, 624 (625); Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 21.

47 BGH Urt. v. 6.4.2005 – VIII ZR 27/04, NJW 2005, 1574 (1575) („Ein formularmäßiger Kündigungsverzicht von fünf Jahren benachteiligt den Mieter von Wohnraum in der Regel entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nach § 9 Abs. 1 AGBG – jetzt § 307 Abs. 1 S. 1 – unwirksam“); BGH Urt. v. 23.6.2010 – VIII ZR 230/09, NJW 2010, 3431 („Der Einordnung einer Verlängerungsklausel als AGB steht nicht entgegen, dass die Dauer des Kündigungsausschlusses durch maschinenschriftliche Ergänzung einer Leerstelle des im Übrigen vordruckten Textes auf fünf Jahre festgelegt worden ist“.). Anders aber: BGH Urt. v. 13.11.1997 – X ZR 135/95, NJW 1998, 1066 (1067) („Enthält das Formular lediglich eine offene Stelle, die vom Vertragspartner nach seiner freien Entscheidung als selbstständige Ergänzung auszufüllen ist, ohne dass vom Verwender vorformulierte Entscheidungsvorschläge hinzugefügt werden, so stellt der Formularteil in der Regel keine AGB dar“.).

48 BGH Urt. v. 19.5.2005 – III ZR 437/04, NJW 2005, 2543 (2544) („Aushandeln setzt nach der Rechtsprechung der BGH mehr als ‚Verhandeln‘ voraus. Der Verwender muss den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfrem-

- 74 **ee) Bei Vertragsschluss.** Vom Verwender muss nach § 305 Abs. 1 S. 1 und § 306 Abs. 2 (spätestens) bei Vertragsschluss der Hinweis auf die Einbeziehung der AGB verfolgt. Erfolgt der Hinweis erst nach dem Vertragsschluss, ist das zu spät.
- 75 **BEISPIELE:** T. Mann verhandelt mit seiner Kundin Frl. Moni über den Verkauf eines Fahrzeuges. Beide werden sich einig, so dass Frl. Moni ein Fahrzeug zum Preis von EUR 3.500,00 erwirbt. Wenn T. Mann diesem Vertragsschluss seine AGB zu Grunde legen will, muss er Frl. Moni spätestens bei Vertragsschluss, dh im Zusammenhang mit den Erklärungen und Verhandlungen, die zum Zustandekommen des angestrebten konkreten Vertrages führen, auf die AGB hinweisen.<sup>49</sup>
- oder:
- T. Mann betreibt ein Theater. Auf den Eintrittskarten für die Vorstellungen steht der Hinweis: „*Es gelten die AGB des Theaters*“. Der Hinweis ist zu spät erfolgt, weil bei Aushändigung der Karte ein Vertrag bereits geschlossen war.
- oder:
- Die Autovermietung des T. Mann lässt ihre Kunden zunächst den Vertrag für das vermietete Fahrzeug unterschreiben und legt ihnen anschließend die AGB vor. Der Kunde soll auf einer Kopie des Vertrags unterschreiben, wonach er die AGB des T. Mann anerkennt. Hier ist der Hinweis zu spät erfolgt, weil der Vertrag über die Vermietung des Fahrzeugs bereits geschlossen war.<sup>50</sup>
- oder:
- T. Mann verkauft an Frl. Moni seine CD-Sammlung für EUR 550,00. Die Lieferung soll per Post erfolgen. Der postalischen Lieferung legt T. Mann einen Lieferschein bei, der den Aufdruck enthält: „*Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung mein Eigentum*“. Damit ist Frl. Moni nicht einverstanden.
- 76 Wenn der **Eigentumsvorbehalt** nicht vor oder spätestens beim Vertragsschluss zwischen T. Mann und Frl. Moni durch eine AGB (oder individuell) vereinbart wurde, handelt es sich bei dem der Lieferung beigefügten Lieferschein lediglich um einen **Antrag auf Änderung** des bereits abgeschlossenen Kaufvertrages. Ob Frl. Moni diesen Änderungsantrag annehmen will, steht ihr frei. Lehnt sie den Antrag ab, bleibt es dabei, dass der Vertrag ohne Eigentumsvorbehalt mit T. Mann abgeschlossen wurde. Selbst wenn Frl. Moni auf den ihr zugesandten Lieferschein, dh auf den dortigen Änderungsantrag hin schweigt, kann darin **keine** konkludente Annahme der Vertragsänderung, jetzt mit Eigentumsvorbehalt, gesehen werden.<sup>51</sup> Allgemeine Geschäftsbedingungen können somit nach Vertragsabschluss dem Vertragspartner nicht mehr einseitig durch den Verwender auferlegt werden; sie werden nicht Bestandteil des Vertrages.

---

den Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen. Der Kunde muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“).

49 BGH Urt. v. 18.6.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114).

50 BGH Urt. v. 11.7.2007 – XII ZR 197/95, NJW 2007, 2988 (2989) (Der Hinweis auf die AGB muss bei Vertragsschluss für einen Kunden mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit nicht zu übersehen und damit iSv § 305 Abs. 2 ausdrücklich sein, zB Vertragstext nur eine Seite, Hinweis auf AGB ist zu Beginn eines neuen Absatzes und somit drucktechnisch abgehoben).

51 Brox/Walker BGB AT, § 10 Rn. 9; Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 28, BGH Urt. v. 22.2.2012 – VIII ZR 34/11, NJW-RR 2012, 690 (692), NJW-RR 2012, 690 (692) („Sind AGB nicht Vertragsbestandteil geworden, so kann auch die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden“); BGH Urt. v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82, NJW 1983, 816 (817) (wirksame Einbeziehung als AGB im Wege nachträglicher Vereinbarung und einer daraufhin erfolgten Zahlung).

## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

Allerdings setzt sich der Eigentumsvorbehalt im Ergebnis durch, selbst wenn ein Vertragspartner in seine AGB eine sog. **Abwehrklausel** aufgenommen hat, etwa: 77

*„Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsbedingungen, die von unseren AGB abweichen, wird zurückgewiesen, es sei denn, wir haben diese ausdrücklich anerkannt“.*

Liegt eine solche Abwehrklausel vor, wird eine anderslautende Klausel des Vertragspartners auch dann nicht Vertragsbestandteil, wenn die Leistung widerspruchslös entgegengenommen wird.<sup>52</sup> 78

Der **Eigentumsvorbehalt** kann sich aber wegen des Abstraktionsprinzips dennoch **durchsetzen**, weil die Eigentumsübertragung, dh das Angebot zur Übertragung des Eigentums, durch einseitige Erklärung unter die Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung gestellt werden kann.<sup>53</sup> 79

**b) Vielzahl von Verträgen.** Eine Vielzahl von Verträgen meint, dass nicht nur ein einziger Vertrag mit vorformulierten Vertragsbedingungen verwendet wird. Auch zwei Verträge würden nicht ausreichen, weil es sich dann nur um eine „Mehrzahl“ von Verträgen, nicht aber um eine Vielzahl von Verträgen handeln würde. Somit muss die **Absicht** einer dreimaligen Verwendung<sup>54</sup> bestehen. 80

**BEISPIEL:** DHBW Student T. Mann möchte am Ende des Studiums seinen PC verkaufen. Er stellt einen Kaufvertrag zusammen, der Regelungen zur Lieferung, Zahlungsweise, Haftung und Gewährleistung enthält. Die Studentin Frl. Moni entscheidet sich zum Kauf und unterschreibt den ihr von T. Mann vorgelegten Vertrag. 81

Hier finden die §§ 305 ff. keine Anwendung, weil der Vertrag zwischen T. Mann und Frl. Moni nur ein einziges Mal für einen bestimmten Vertrag verwendet wird.<sup>55</sup> 82

Wenn aber die mindestens dreimalige **Absicht** der Verwendung besteht, führt bereits die **erstmalige Verwendung** des vorformulierten Vertrages zur Anwendung der §§ 305 ff. Keine Rolle spielt es, ob der Vertragspartner jeweils dieselbe Person ist, so dass auch die Absicht der dreimaligen Verwendung gegenüber derselben Person ausreicht.<sup>56</sup> Auch spielt es keine Rolle, ob der vorformulierte Vertrag schon verwendet wurde bzw. wann die erneute Verwendung erfolgen soll. 83

Die **einmalige Absicht** der Verwendung **reicht** aber in folgenden Fällen aus: 84

**aa) Verbraucherverträge, § 310 Abs. 3 Nr. 2.** Bei Verträgen, die ein **Unternehmer mit einem Verbraucher** schließt (Verbraucherverträge), erfolgt eine inhaltliche Kontrolle, auch bei einmaliger Absicht der AGB-Verwendung. Es kommen hier die wesentlichen Schutzvorschriften der §§ 305 ff., nämlich § 305 c Abs. 2 und die §§ 306, 307 bis 309 sowie Artikel 46 b des Einführungsgesetzes zum BGB zur Anwendung.<sup>57</sup> 85

52 BGH Urt. v. 24.10.2000 – X ZR 42/99, NJW-RR 2001, 484 (485); Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 305 Rn. 20.

53 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 55; Der Eigentumsvorbehalt setzt sich dagegen bei einem sog. erweiterten oder verlängerten Eigentumsvorbehalt nicht durch; MüKoBGB/Basedow, § 305 Rn. 108. Bei einem erweiterten Eigentumsvorbehalt wird der Eigentumsübergang auch von der Erfüllung weiterer Forderung abhängig gemacht; beim verlängerten Eigentumsvorbehalt wird vereinbart, dass bei einer Weiterveräußerung, Verbindung oder Verarbeitung, wodurch das bisherige Eigentum erlischt, sich das Eigentum aber an der neuen Sache fortsetzen bzw. die daraus entstehende Forderung Sicherungsmittel sein soll.

54 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 9; BGH Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138 (139).

55 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 9.

56 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 9.

57 Palandt/Grüneberg, § 310 Rn. 15.



- 86 Voraussetzung ist neben der einmaligen Verwendung, dass der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung **keinen Einfluss auf den Inhalt** nehmen konnte. Aus Sicht des Verbrauchers spielt es in solchen Fällen keine Rolle, ob der Vertrag vom Unternehmer nur für ihn vorformuliert wurde oder vom Unternehmen für eine Vielzahl von Fällen vorgesehen war.
- 87 **bb) Drittklauseln.** Eine Anwendung der §§ 305 ff. erfolgt bei einmaliger Anwendung auch in dem Fall, dass der vorformulierte Vertrag **nicht vom Verwender** zur mehrfachen Verwendung vorgesehen ist, **sondern von einem Dritten**, der ihn zur beliebigen Verbreitung formuliert hat.<sup>58</sup>
- 88 **BEISPIEL:** T. Mann möchte seinen gebrauchten Audi 80 verkaufen. Er kauft im Schreibwarengeschäft für EUR 3,50 einen Formularvertrag: „*Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen*“. Das Formular enthält eine Reihe von vorformulierten Regelungen, ua eine Regelung zum Gewährleistungs- und Haftungsausschluss. T. Mann will das Formular nur einmal verwenden; auch in diesem Fall kommen die §§ 305 ff. zur Anwendung.
- 89 Gleiches gilt zB für Einheitsmietverträge oder für von Verbänden empfohlene einheitliche Bedingungen.<sup>59</sup>
- 90 **2. Weitere Konkretisierungen, § 305 Abs. 1 S. 2.** In Satz 2 des § 305 Abs. 1 werden verschiedene Konkretisierungen genannt:  
*„Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden ...“*
- 91 **a) Äußerlich gesonderter Bestandteil, Inhalt der Vertragsurkunde.** Es ist unerheblich, ob die AGB im eigentlichen Vertrag stehen oder in einem davon getrennten Bestandteil enthalten sind.
- 92 **BEISPIELE:** T. Mann schließt mit Frl. Moni einen schriftlichen Kaufvertrag. Vor dem Vertragsschluss übergibt T. Mann an Frl. Moni eine gesonderte Seite mit der Überschrift: „*Allgemeine Geschäftsbedingungen des T. Mann*“.  
 oder:  
 T. Mann erhält bei der Eröffnung seines neuen Kontos von der B-Bank ein kleines Heftchen in der Größe DIN A 5 mit der Überschrift: „*Allgemeine Geschäftsbedingungen der B-Bank*“.
- 93 Wie sich an diesen Beispielen zeigt, wurden die AGB nicht in den eigentlichen Vertragstext eingearbeitet, was für die Einstufung als AGB nach dem Gesetz auch nicht erforderlich ist. Gleiches gilt für die sog. Verdingungsordnungen für Bauleistungen (VOB/B), auf die in Verträgen der Baubranche häufig verwiesen wird. Diese gelten als AGB, auch wenn auf sie als „*äußerlich gesonderter Bestandteil*“ des Vertrages lediglich verwiesen wird (vgl. hierzu Rn. 33).
- 94 Allerdings reicht ein Hinweis des Verwenders, dass dem Vertrag die VOB/B zu Grunde liegen, dann nicht aus, wenn der andere Vertragspartner mit der Baubranche und somit der VOB/B nicht vertraut ist.<sup>60</sup> Aus dem Sinn und Zweck des AGB-Gesetzes ergibt

58 Erman/Roloff, § 305 Rn. 11; BGH Urte. v. 7.5.1987 – VII ZR 129/86, NJW 1987, 2373 (2374); BGH Urte. v. 16.11.1990 – V ZR 217/89, NJW 1991, 843 („An einer AGB fehlt es, wenn der Notar eine Individualvereinbarung nach einem in seiner Praxis gebräuchlichen Muster entwirft“); BGH Beschl. v. 23.6.2005 – II ZR 277/04, NJW-Spezial 2005, 502.

59 Erman/Roloff, § 305 Rn. 11.

60 BGH Urte. v. 19.5.1994 – VII ZR 26/93, NJW 1994, 2547.



## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

---

sich, dass der Vertragspartner Gelegenheit erhalten soll, „*sich bei Vertragsschluss mit dem Inhalt der VOB/B vertraut zu machen, damit er die Rechtsfolgen und die Risiken eines Vertragsschlusses abschätzen kann*“.<sup>61</sup>

Ebenso können die AGB natürlich in den Vertrag **direkt** aufgenommen werden. 95

**BEISPIEL:** T. Mann verwendet einen von ihm erstellten Standardvertrag für seine Kaufverträge mit Kunden. Der Text ist in seinem PC gespeichert. Beim Kaufvertragsabschluss fügt er in den vorgefertigten Text verschiedene Bestandteile ein, wie Name, Vorname, Adresse des Kunden, die Beschreibung des Kaufgegenstandes und die Höhe des Kaufpreises. Ansonsten wird der Vertrag mit weiteren „Bedingungen“ (zB Haftung, Eigentumsvorbehalt etc) über seinen PC ausgedruckt und vom Kunden unterschrieben. 96

Die von T. Mann immer wieder verwendeten Klauseln, in denen er zB die Fragen der Haftung oder den Eigentumsvorbehalt geregelt hat, stellen AGB dar.<sup>62</sup> 97

**b) Umfang der AGB.** Wie sich aus § 305 Abs. 1 Satz 2 ergibt, ist auch der AGB-Umfang gleichgültig. Dieser kann sehr unterschiedlich sein, zB aus mehreren Seiten bestehen und eine Vielzahl von rechtlichen Fragen regeln (Gewährleistung, Haftung, Vertragsstrafe, Gerichtsstand<sup>63</sup> etc). Ebenso können die AGB aber aus nur aus einem Satz bestehen und – wie schon oben dargestellt – dabei auch **mündlich** mitgeteilt werden. 98

**BEISPIEL:** T. Mann teilt Frl. Moni beim Verkauf des Fahrrades mit: „*Ich verkaufe immer alles nur unter Eigentumsvorbehalt, solange die Ware nicht bezahlt ist.*“ 99

Auch dieser eine Satz ist somit eine AGB, weil T. Mann deutlich macht, dass er „immer“ nur dann, dh unter der von ihm gestellten Bedingung verkauft, wenn er solange Eigentümer bleibt, bis der Kaufpreis an ihn bezahlt worden ist. 100

**c) Schriftart.** Wie sich weiter aus § 305 Abs. 1 S. 2 ergibt, ist es auch gleichgültig, in welcher Schriftart die AGB verfasst sind. 101

Damit ist gemeint, dass zB ein Vertrag, der mit einem PC geschrieben und danach ausgedruckt wird, als Vertrag mit AGB einzuordnen ist, wenn in ihm vorformulierte Klauseln enthalten sind.<sup>64</sup> Ebenso kann ein Vertrag mit AGB vorliegen, wenn er mit der Hand vom Verwender geschrieben wurde, er dabei aber vorformulierte Klauseln benutzt hat. 102

**d) Form des Vertrags.** Nach § 305 Abs. 1 S. 2 ist es gleichgültig, welche Form der Vertrag hat, dh es ist unerheblich, ob er mündlich<sup>65</sup> oder schriftlich geschossen wurde. Selbst in einem notariellen Vertrag können deshalb AGB enthalten sein, wenn der Notar dabei vorformulierte Klauseln verwendet, die er mit dem Verwender des Vertrages abgesprochen hat,<sup>66</sup> vgl. hierzu Rn. 67. 103

**3. Hinweis auf die AGB.** a) **Ausdrücklicher Hinweis.** Der Vertragspartner muss spätestens bei Vertragsschluss mit den AGB einverstanden sein, vgl. hierzu Rn. 74 ff. Dies 104

61 BGH Urt. v. 9.11.1989 – VII ZR 16/89, NJW 1990, 715 (716) („Gegenüber einem weder im Baugewerbe tätigen noch sonst im Baubereich bewanderten Vertragspartner kann die VOB/B nicht durch bloßen Hinweis auf ihre Geltung in den Vertrag einbezogen werden“); *Boecken* BGB AT, Rn. 300.

62 BGH Urt. v. 2.7.1998 – XI 205/97, NJW 1998, 2815 (2816).

63 BGH Urt. v. 2.7.1987 – III ZR 210/86, NJW 1987, 2867 (Gerichtsstandsklauseln, wie „Gerichtsstand ist Mannheim“ sind bei der Verwendung gegenüber Nichtkaufleuten unwirksam).

64 BGH Urt. v. 14.1.1999 – IX ZR 140/98, NJW 1999, 1105 (1106).

65 BGH Urt. v. 13.11.1997 – X ZR 135/95, NJW 1998, 1066 (1068) (Eine AGB kann auch vorliegen, wenn sich der Verwender eine bestimmte und regelmäßig eingesetzte Formulierung vom Kunden mündlich bestätigen lässt).

66 BGH Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138 (139).

setzt voraus, dass der Vertragspartner die AGB überhaupt kennt. In § 305 Abs. 2 ist hierzu bestimmt, dass der Verwender seinen Vertragspartner „*ausdrücklich oder wenn ein ausdrücklicher Hinweis nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist ...*“

- 105 **b) Kein Hinweis erforderlich bei Formularvertrag.** Eine Hinweispflicht entfällt für den Verwender aber dann, wenn er ein vorgefertigtes Formular für seinen Vertragsschluss verwendet und in dem Formular die AGB enthalten sind.
- 106 **BEISPIEL:** T. Mann legt Frl. Moni beim Abschluss des Kaufvertrages über sein Fahrzeug einen Formularvertrag aus dem Schreibwarengeschäft vor. Hier ist ein Hinweis von T. Mann gegenüber Frl. Moni, wonach es sich um AGB handelt, nicht erforderlich, weil Frl. Moni ohne Probleme erkennen kann, dass das Formular aus vorgefertigten Klauseln besteht, die T. Mann dem Vertragsschluss als Bedingung für dessen Zustandekommen zu Grunde legen will. Somit ergibt sich aus der Verwendung eines Formulartextes, dass es sich um AGB handelt.<sup>67</sup>
- 107 **aa) Hinweis bei äußerlich gesondertem Vertragsbestandteil erforderlich.** Bilden die AGB dagegen einen „*äußerlich gesonderten Vertragsbestandteil*“, muss ein Hinweis erfolgen, welcher vom Verwender auch mündlich erfolgen kann. Der Verwender muss somit gegenüber seinem Vertragspartner vor oder spätestens beim Vertragsschluss deutlich machen, dass er von ihm vorgefertigte Klauseln dem Vertragsschluss zu Grunde legen will, dh den Vertrag nur unter der Bedingung abschließt, dass die AGB Vertragsbestandteil werden. Das gilt selbst dann, wenn die AGB zwischen dem Verwender und der anderen Vertragspartei schon bei vorherigen Verträgen verwendet wurden.
- 108 Anders ist dies bei der Einbeziehung von AGB gegenüber **Unternehmern**, § 310 Abs. 1 S. 1, wonach § 305 Abs. 2 keine Anwendung findet. Hier richtet sich die Einbeziehung der AGB nach den **allgemeinen Grundsätzen des BGB und des HGB**, dh, es muss eine **Einigung** über die Geltung der AGB erfolgt sein.<sup>68</sup> Handeln Kaufleute untereinander, kann eine Einbeziehung der AGB in einen Vertrag auch nach den Regeln des **kaufmännischen Bestätigungsschreibens stillschweigend** erfolgen. Wird unter Kaufleuten auf AGB hingewiesen, werden sie somit Vertragsbestandteil, wenn der Einbeziehung nicht von der anderen Vertragspartei widersprochen wird.<sup>69</sup>
- 109 **bb) Sich widersprechende (kollidierende) AGB.** Problematisch wird es, wenn nicht nur eine Vertragspartei AGB verwendet, sondern beide Parteien, und sich die AGB widersprechen bzw. eine der Parteien eine sog. Abwehrklausel in ihre AGB aufgenommen hat. Durch eine Abwehrklausel soll erreicht werden, dass für einen Vertrag ausschließlich die eigenen AGB Vertragsbestandteil werden.
- 110 **BEISPIEL:** T. Mann hat mit der Auslieferung von Waren an Frl. Moni begonnen, für die in seinem Angebot an Frl. Moni der Eigentumsvorbehalt vereinbart war (Eigentumsübertragung erst bei vollständiger Zahlung des Kaufpreises). Frl. Moni hat das Angebot angenommen, wobei ihre AGB im Annahmeschreiben an T. Mann die Klausel enthielt: „*Es gelten ausschließlich unsere AGB, anderslautende oder von unseren Einkaufsbedingungen abweichende Bedingungen des Kunden erkennen wir nicht an, es sei denn, wir haben der Geltung ausdrücklich schriftlich zugestimmt.*“

---

67 BGH Urt. v. 27.10.1994 – IX ZR 168/93, NJW 1995, 190.

68 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 49 ff.

69 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 51.

## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

AGB können nur Vertragsbestandteil werden, wenn die andere Vertragspartei einverstanden ist. Eine Abwehrklausel verhindert nach hM eine stillschweigende Einbeziehung in den Vertrag.<sup>70</sup> Widersprechen sich die AGB der Parteien, gelten nur die übereinstimmenden Bedingungen; allein diese werden Vertragsbestandteil (**Prinzip der Kongruenzgeltung**).<sup>71</sup> Die vom BGH früher vertretene „**Theorie des letzten Wortes**“,<sup>72</sup> wonach eine AGB Bestandteil wurde, wenn der Vertragspartner der anders lautenden Klausel nicht seinerseits widersprochen, sondern zB die Leistung erbracht oder entgegenommen hatte, wird heute nicht mehr angewandt. Denn danach würde sich zB derjenige durchsetzen, der „zuletzt“ auf seinen Lieferanten-AGB „beharrt“ hat, obwohl die andere Partei ja zB schon durch ihre Einkaufsbedingungen mitgeteilt hatte, dass sie widersprochen hat. 111

Hinsichtlich der AGB-Regelungen, bei denen aufgrund der Verwendung einer Abwehrklausel **keine** Einbeziehung in den Vertrag erfolgt ist, gilt nach dem Rechtsgedanken des § 306 das **dispositive Gesetzesrecht**. Der an sich vorliegende (offene) **Dissens**, der nur im Zweifel zur Nichtigkeit des Vertrages führt (§ 154 Abs. 1 S. 1), hindert nicht die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen, wenn die Zweifel dadurch ausgeräumt werden, dass die Parteien einverständlich den Vertrag vollziehen, zB mit der Lieferung der Waren beginnen. 112

c) **Statt ausdrücklichem Hinweis deutlich sichtbarer Aushang**. Hierzu sieht § 305 Abs. 2 Nr. 1 vor, dass der Verwender auf die AGB ausdrücklich hinweisen muss. Sofern ein solcher Hinweis aber wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, muss er durch einen deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweisen. 113

Gemeint sind damit Fälle, die wegen des massenhaften Vorkommens im Alltagsleben, kaum mehr mit einem direkten, dh persönlichen Kontakt beim Abschluss des Vertrages verbunden sind. Regelmäßig handelt es sich dabei um Fälle mit einem im Einzelfall geringen wirtschaftlichen Wert.<sup>73</sup> Der Vertragsschluss läuft hier sozusagen „nebenbei mit“, weil beiden Parteien klar ist, worum es geht. Schließlich gibt es auch Fälle, bei denen ein persönlicher Kontakt ganz fehlt. In solchen Fällen muss auf die AGB hingewiesen werden und sie müssen für den Vertragspartner zur Einsicht ausliegen: 114

**BEISPIELE:** T. Mann gibt in der Reinigung von Frl. Moni fünf Hemden mit den Worten ab: *„Bitte reinigen Sie die fünf Hemden bügelfertig.“* Frl. Moni tippt daraufhin wortlos den Preis für die fünf Hemden ein. T. Mann bezahlt, bekommt den Abholbeleg und geht seines Weges. 115

Wie bei Reinigungen üblich, hängt direkt hinter der Kasse oder im Schaufenster ein Schild: *„Für die uns erteilten Reinigungsaufträge gelten die nachstehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“* Diese sind regelmäßig am Schaufenster zur Durchsicht angebracht oder es steht bei der Kasse eine Art „Bilderrahmen“, der statt eines Bildes die AGB enthält.

oder:

T. Mann stellt im Mannheimer Hauptbahnhof sein Reisegepäck in die dort vorhandenen Schließfächer ein, weil er tags darauf mit dem Zug in Urlaub fahren und sein Gepäck schon am Bahnhof wissen will. Er wirft in den Geldschlitz EUR 3,00, stellt das Gepäck in das

70 BGH Urt. v. 24.10.2000 – X ZR 42/99, NJW-RR 2001, 484 (485).

71 Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 54.

72 BGH Urt. v. 14.3.1963 – VII ZR 257/61, NJW 1963, 1248; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 54; BGH Urt. v. 20.3.1985 – VIII 327/83, NJW 1985, 1839 (1840).

73 *Boecken* BGB AT, Rn. 299; BGH Urt. v. 23.5.1984 – VIII ZR 27/83, NJW 1985, 850.

Fach, schließt das Fach und geht. Über dem Geldschlitz ist deutlich geschrieben: „*Es gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich seitlich an den Schließfächern befinden.*“

- 116 **Weitere Beispiele** dieser Art sind zB das Benutzen eines Parkhauses<sup>74</sup> oder einer Pkw-Waschanlage.<sup>75</sup> Hier befinden sich die AGB regelmäßig auf einer Tafel beim Einfahren in das Parkhaus oder hängen am Pfortnerhaus, das beim Einfahren in das Parkhaus passiert wird. Bei den Waschanlagen für Fahrzeuge befinden sich die AGB aber auch im Kassenbereich, wo der Erwerb eines Chips oder einer Karte für den Startvorgang der Waschanlage möglich ist. Weiter gehören hierher die Verträge in Kaufhäusern oder die Fahrt mit öffentlichen Verkehrsmitteln.
- 117 **d) Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise.** Wichtig ist aber die **Verknüpfung** des § 305 Abs. 2 Nr. 1 mit der Nr. 2, weil diese Voraussetzung **kumulativ, dh zusätzlich** zur Nr. 1. Vorliegen muss. Es wird somit zusätzlich verlangt, dass dem Vertragspartner die Möglichkeit verschafft werden muss, von dem Inhalt der AGB in „*zumutbarer Weise*“ Kenntnis zu nehmen. Dabei muss auf eine erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen Rücksicht genommen werden.
- 118 Das bedeutet für den Verwender, dass er nicht nur ausdrücklich oder durch einen deutlich sichtbaren Aushang auf die AGB hinweisen muss, sondern er muss zusätzlich der anderen Vertragspartei die reale (tatsächliche) Möglichkeit zum Durchlesen ermöglichen. Nur auf diese Weise kann der andere Vertragspartner sich vor Abschluss des Vertrages darüber ein Bild machen, worauf er sich einlässt.<sup>76</sup>
- 119 Jedenfalls muss der Verwender den vollständigen Text seiner AGB vor/beim Vertragsschluss dem Verwender zur Einsicht an einer Stelle auslegen, wo er dem Vertragspartner auch auffällt (§ 305 Abs. 2 Nr. 1).<sup>77</sup>
- 120 In Fällen von sehr umfangreichen AGB wird zu fordern sein, dass sie der anderen Vertragspartei nicht nur zur Einsichtnahme vorgelegt, sondern ihr auch **ausgehändigt** werden müssen, wie zB bei Buchungen im Reisebüro. Hier sind die AGB im Regelfall sehr detailliert und so kleingeschrieben, so dass vom Kunden nicht verlangt werden kann, sie im Reisebüro durchzulesen. Sie müssen ihm vor Vertragsschluss zur Einsichtnahme vorliegen, zB durch Zusendung des Reisekatalogs, in dem die AGB enthalten sind.<sup>78</sup>
- 121 Wie bei Willenserklärungen im Rahmen des § 130, ist es Sache des Vertragspartners, ob er von der Möglichkeit der Kenntnisnahme auch Gebrauch macht. Unterlässt er die Kenntnisnahme, obwohl sie bestand, fällt dies in seine Risikosphäre. Die AGB sind in solchen Fällen wirksam in den Vertrag einbezogen worden, auch wenn der andere Vertragspartner die AGB tatsächlich nicht gelesen hat.
- 122 Findet der Vertragsschluss am Telefon statt, ist die Erfüllung des § 305 Abs. 2 Nr. 2 nicht möglich. Der anderen Vertragspartei die AGB vorzulesen, ist schon wegen den damit verbundenen Verständigungsproblemen (zB zu schnelles Lesen) oder der kaum aufzubringenden Konzentration für die andere Vertragspartei nicht zumutbar. In diesen Fällen können AGB nur dann wirksam in den Vertrag einbezogen werden, wenn sie der anderen Vertragspartei vor Vertragsschluss zugesandt werden, zB per E-Mail

74 LG Frankfurt Urt. v. 25.11.1987 – 2/1 O 115/87, NJW-RR 1988, 955.

75 BGH Urt. v. 30.11.2004 – X ZR 133/03, NJW 2005, 422 (424).

76 BGH Urt. v. 9.11.1989 – VII ZR 16/89, NJW 1990, 715 (716).

77 Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 305 Rn. 14; Boecken BGB AT, Rn. 299.

78 Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 32; BGH Urt. v. 12.6.2007 – X ZR 87/06, NJW 2007, 2549 (2551).

## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

oder per Post. In Betracht kommt aber auch, dass der andere Vertragspartner auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegenüber dem Verwender **verzichtet**. Das ist rechtlich zulässig, weil die andere Vertragspartei die AGB, selbst wenn sie ihr vorliegen, ja nicht zur Kenntnis nehmen muss. Für einen solchen Verzicht bedarf es aber einer Individualvereinbarung.<sup>79</sup>

Bei Vertragsschlüssen, die im **Internet** erfolgen, ist die Einbeziehung der AGB in den Vertrag wesentlich leichter: Hier reicht es aus, wenn für den Kunden ein deutlicher Hinweis auf die AGB in der Bestellung erfolgt, wo die AGB abrufbar sind. Oft findet sich zB in der Hotelbranche Hinweise wie: *Dem Zimmerangebot liegen unsere AGB zu Grunde, die sie bei Anklicken des obenstehenden Links einsehen und herunterladen können.*<sup>80</sup> 123

**aa) Verständlichkeit.** Die Kenntnisnahme ist dann in „zumutbarer Weise“ möglich, wenn sich die AGB lesbar ausdrucken lassen und für einen Durchschnittsleser auch zu verstehen sind.<sup>81</sup> Sind die AGB dagegen zu schwierig für einen Durchschnittsleser geschrieben, so dass sie von ihm nicht mehr zu verstehen sind oder wenn sie zB einen Umfang annehmen, der nicht mehr üblich ist (mehr als 14 Bildschirmseiten),<sup>82</sup> sind die AGB in den Vertrag nicht einbezogen worden. 124

Schließlich müssen die AGB auch in einer Schriftgröße vorliegen, die ein müheloses Lesen ermöglicht. Sind AGB zB drucktechnisch so gestaltet, dass sie nur mit einer Lupe zu lesen sind, werden sie nicht Vertragsbestandteil.<sup>83</sup> Beträgt die Schriftgröße und der Zeilenabstand nur 1 mm, reicht das nicht aus.<sup>84</sup> In der Literatur wird eine mühelose Lesbarkeit teilweise erst ab einer „Neun-Punkt-Schrift“ (drei Zeilen pro cm) angenommen.<sup>85</sup> 125

**bb) Zumutbarkeit bei einer erkennbaren körperlichen Behinderung.** Der Verwender muss eine für ihn erkennbare körperliche (nicht geistige) Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigen. Gemeint ist nur die Sehbehinderung. 126

**BEISPIEL:** T. Mann leidet an einer erkennbaren Sehbehinderung und möchte von Frl. Moni einen PC erwerben. Will Frl. Moni die Einbeziehung von AGB für einen Vertragsschluss zur Bedingung machen, muss Sie T. Mann diese ggf. in Blindenschrift zur Verfügung stellen oder, wenn ihr das nicht möglich ist, ihm akustisch die AGB zur Verfügung stellen, damit er sich von deren Inhalt Kenntnis verschaffen kann.<sup>86</sup> 127

<sup>79</sup> Boecken BGB AT, Rn. 300; Hirsch BGB AT, Rn. 285.

<sup>80</sup> MüKoBGB/Basedow § 305 Rn. 69; Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 36; BGH Urt. v. 14.6.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, 2976 (2977); Hirsch BGB AT, Rn. 286.

<sup>81</sup> Boecken BGB AT, Rn. 300; BGH Urt. v. 30.5.1983 – II ZR 135/82, NJW 1983, 2772 (2773) (Konnossementsbedingungen, die infolge ihrer drucktechnischen Gestaltung nur mit der Lupe und selbst dann nicht ohne Mühe zu lesen sind, werden nicht Bestandteil des Konnossementsvertrags“); Hirsch BGB AT, Rn. 287; Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 39.

<sup>82</sup> Hirsch BGB AT, Rn. 287.

<sup>83</sup> BGH Urt. v. 3.2.1986 – II ZR 201/85, NJW-RR 1986, 1311.

<sup>84</sup> BGH NJW 1993, 2772; MüKoBGB/Basedow, § 305 Rn. 71.

<sup>85</sup> P. Ulmer/M. Habersack in: Ulmer Brandner Hensen, § 305 Rn. 154; großzügiger Thamm/Detzer, „Druckgröße und sonstige formelle Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, BB 1989, 1133 (1135) („Bei guter Druckfarbe, Papierqualität und sauberem Schriftbild ist eine Druckgröße in der Regel zumutbar, wenn sie bei längerer Textform in der Höhe nicht mehr als 5 Textzeilen pro cm umfasst. Dies ergibt – unter Berücksichtigung sonstiger praktischer Erfordernisse – maximal ca. 120 Zeilen pro Spalte einer DIN A 4 Seite“, aaO, Seite 1136; MüKoBGB/Basedow, § 305 Rn. 71.

<sup>86</sup> Boecken BGB AT, Rn. 300; Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 305 Rn. 17.

- 128 Nicht hierunter fallen Personen, die erkennbar die deutsche Sprache nicht beherrschen. Diese müssen sich selbst darum kümmern, dass ihnen die AGB in ihre Sprache übersetzt werden, zB durch Hinzuziehung eines Dolmetschers. Der Verwender ist hierzu nicht verpflichtet.<sup>87</sup>
- 129 Dagegen ist es unzumutbar, wenn AGB, die in Deutschland verwendet werden sollen, in einer Fremdsprache formuliert sind.<sup>88</sup>
- 130 cc) **Einverständnis der anderen Vertragspartei.** Die andere Vertragspartei muss mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Das Einverständnis kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Liegen die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 vor, liegt auch das Einverständnis der anderen Vertragspartei vor, wenn diese das Angebot zum Vertragsschluss annimmt.
- 131 dd) **Rahmenvereinbarung.** Nach § 305 Abs. 3 können die Vertragsparteien „für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren“.
- 132 Die Bedeutung einer Rahmenvereinbarung lässt sich an den Geschäften zwischen einem Kreditinstitut und ihren Kunden darstellen: So schließen Kreditinstitute mit ihren Kunden bei der Einrichtung eines Bankkontos regelmäßig solche Rahmenvereinbarungen ab. Das Kreditinstitut will damit vermeiden, dass bei jedem einzelnen Geschäft (zB bei jeder einzelnen Überweisung oder Geldabhebung) zwischen ihm und dem Kunden vor dem Rechtsgeschäft die AGB neu vereinbart werden müssen.
- 133 Voraussetzung ist zunächst, dass es sich um eine **bestimmte Art von Geschäften** handeln muss, zB Durchführung von Überweisungen oder Geldabhebungen.
- 134 Hierzu muss das Kreditinstitut die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 erfüllen, dh es muss auf die AGB hinweisen, dem Kunden die Möglichkeit der Kenntnisnahme einräumen und dieser muss mit den AGB einverstanden sein.
- 135 **BEISPIEL:** Die B-Bank schließt mit T. Mann einen Vertrag über die Eröffnung eines Bankkontos. Hierbei wird vereinbart, dass für alle künftigen „Kontoführungsgeschäfte“ die AGB der B-Bank gelten. Damit ist eine Rahmenvereinbarung iSv § 305 Abs. 3 wirksam geschlossen.
- 136 Allerdings muss die Bank weiter beachten, dass nach § 305 Abs. 3 auch nur **bestimmte AGB** vereinbart werden können, somit (zunächst) nur die AGB, die bei Vertragsschluss von der Bank existieren. Nur durch diese gesetzliche Voraussetzung wird verhindert, dass die B-Bank einseitig AGB durchsetzen kann, indem sie diese nach Vertragsschluss, dh zB nach der Kontoeröffnung, einseitig ändert.<sup>89</sup> Will die B-Bank ihre AGB ändern und für alle künftigen Geschäfte wieder eine Rahmenvereinbarung abschließen, muss sie diese auch neu vereinbaren, wieder unter den Voraussetzungen des § 305 Abs. 3 iVm Abs. 2. Dies geschieht regelmäßig – wenn es sich um eine Vielzahl von Änderungen handelt – durch postalische Zusendung eines „Heftchen“ mit den neuen AGB und der Mitteilung, dass der Kunde diesen auch widersprechen kann. Damit auch die Zu-

---

87 Hirsch BGB AT, Rn. 287; BGH, Urt. V. 27.10.1994 – IX ZR 168/93, NJW 1995, 190 („Auch in den Fällen, dass gesonderte, in deutscher Sprache verfasste AGB in einen Vertrag einbezogen werden, muss ein Ausländer, falls deutsch die Verhandlungs- und Vertragssprache ist, den nicht zur Kenntnis genommenen Text der AGB gegen sich gelten lassen“).

88 Hirsch BGB AT, Rn. 287.

89 Brox/Walker BGB AT, § 10 Rn. 13.



mutbarkeit eingehalten wird, finden sich regelmäßig Hervorhebungen (Streichungen), inwieweit die AGB gegenüber den bisherigen geändert wurden. Im Regelfall nimmt der Kunde die AGB inhaltlich – obwohl sie ihm vorliegen – nicht zur Kenntnis und führt seine Bankgeschäfte (zB Überweisungen) fort, wodurch er die Geltung der neuen AGB konkludent akzeptiert. Dass er sie inhaltlich nicht zur Kenntnis genommen hat, fällt in seine Risikosphäre, da die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben war.

**4. Überraschende Klauseln, § 305 c Abs. 1.** Selbst wenn die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 vorliegen, werden Klauseln dennoch nicht Vertragsbestandteil, wenn ihr Inhalt **überraschend** ist (§ 305 c Abs. 1), was durch Wertung zu ermitteln ist. 137

Es muss ein **Überraschungsmoment**<sup>90</sup> vorliegen, dh die Klausel muss in deutlichem Maß von gesetzlichen Regelungen abweichen, weshalb der Vertragspartner mit derartigen Klauseln vernünftigerweise nicht rechnen musste.<sup>91</sup> Der Verwender will mit der Klausel einen **Überrumpelungseffekt** erzielen. 138

Der Vorschrift des § 305 c kommt deshalb eine besondere Bedeutung bei der Beurteilung zu, ob eine AGB wirksam ist.<sup>92</sup> Bei der Bewertung sind die **allgemeinen und konkreten Begleitumstände** des Vertrages sowie die **Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht** zu berücksichtigen.<sup>93</sup> 139

**BEISPIELE:** T. Mann bestellt zur Absicherung eines Darlehens von Frl. Moni, welches sie bei der B-Bank aufnimmt, eine Grundsuld. Hierbei vereinbart die Bank in ihren AGB mit T. Mann, dass seine bestellte Grundsuld alle derzeit bestehenden, aber auch alle künftigen Kreditverbindlichkeiten der Frl. Moni gegenüber der B-Bank sichern soll. Hier hat T. Mann eine Grundsuld für ein konkretes Darlehen bestellt, das die B-Bank an Frl. Moni ausgereicht hat. Das Überraschungsmoment liegt hier darin, dass T. Mann nicht damit rechnen muss, auch für Darlehensverbindlichkeiten zu haften, die erst künftig entstehen können und deshalb bei Vertragsschluss noch gar nicht bekannt sind. Die Klausel ist somit **überraschend**<sup>94</sup> und deshalb nicht Bestandteil des Vertrages zwischen T. Mann und der B-Bank.<sup>95</sup> Wirksam bleibt der Vertrag aber bzgl. der konkreten Darlehensforderung der Bank mit T. Mann (§ 306 Abs. 1). 140

90 Das Überraschungsmoment kann auch darin liegen, wenn der Vertragspartner nach dem Verlauf der geführten Gespräche und Verhandlungen mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen brauchte.

91 *Boecken* BGB AT, Rn. 303; BGH Urt. v. 18.5.1995 – IX ZR 108/94, NJW 1995, 2553 (2554) („Überraschenden Charakter hat eine Regelung in AGB dann, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser mit ihr den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Die Erwartungen des Vertragspartners werden dabei von allgemeinen und von individuellen Begleitumständen des Vertragsschlusses bestimmt“); BGH Urt. v. 26.2.2013 – XI ZR 417/11, NJW 2013, 1803 (1804) (zur Feststellung des Überraschungscharakters: „Hierzu zählen der Grad der Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht und die für den Geschäftskreis übliche Gestaltung einerseits, Gang und Inhalt der Vertragsverhandlungen sowie der äußere Zuschnitt des Vertrags andererseits“).

92 Palandt/*Grüneberg*, § 305 c Rn. 4; BGH Urt. v. 26.2.2013 – VI ZR 417/11, NJW 2013, 1803 (1804).

93 Palandt/*Grüneberg*, § 305 c Rn. 3.

94 Nach BGH Urt. v. 16.1.2001 – XI ZR 84/00, NJW 2001, 1416 (zur Feststellung des Überraschungscharakters bei der Frage, ob eine sieben Jahre nach Gewährung eines durch Grundschulden abgesicherten Darlehens erneut vereinbarte formularmäßige weite Sicherungsabrede als überraschend anzusehen ist: „Die Klausel muss so ungewöhnlich sein, dass ihr ein Überrumpelungseffekt innewohnt. Sie muss eine Regelung enthalten, die von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und mit der dieser nicht zu rechnen braucht“). Das wurde im vorliegenden Fall aufgrund der besonderen Umstände verneint.

95 Wenn T. Mann allerdings wusste, dass die Grundsuld mehrere künftige Forderungen sichern soll, liegt zwar kein Verstoß gegen § 305 c Abs. 1 vor. Es könnte aber das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 1 verletzt sein, weil trotzdem unklar bleibt, welche künftigen Kreditforderungen der Bank gesichert werden sollen. Dies wäre ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 und würde zur Unwirksamkeit der Klausel führen.

oder:

T. Mann kauft beim Computerfachgeschäft von Frl. Moni ein Notebook. Im Kaufvertrag wird auf der Vorderseite des Vertrages auf die umseitig abgedruckten AGB von Frl. Moni hingewiesen. Die AGB sind damit Vertragsbestandteil geworden. Allerdings findet sich in den AGB eine Regelung, wonach T. Mann mit dem Kauf des PC auch dazu verpflichtet wird, gegen Entgelt an einer PC-Schulung teilzunehmen. Eine solche Regelung ist mit den Umständen, die üblicherweise mit dem Kauf eines PC zusammenhängen, unvereinbar. Wer einen PC kauft, muss nicht damit rechnen, an einer PC-Schulung teilnehmen zu müssen, die er gesondert zu bezahlen hat.

oder:

T. Mann erwirbt beim Kopiergeschäft der Frl. Moni GmbH ein Kopiergerät für EUR 250,00. Im Vertrag, der Frl. Moni vor Vertragsschluss vorgelegt wird, ist vorformuliert aufgenommen, dass T. Mann für zwei Jahre monatlich 10.000 Blatt Kopierpapier abnehmen muss. Auch hier ist die Klausel nach § 305 c Abs. 1 nicht Vertragsbestandteil geworden, da in dem Kaufvertrag zusätzlich eine Abnahmeverpflichtung von Kopierpapier aufgenommen wurde. Eine solche Klausel wird nicht Vertragsbestandteil. Allerdings ist der Kaufvertrag über das Kopiergerät wirksam, § 306 Abs. 1.

**141** Ein Überraschungsmoment kann auch darin liegen, dass eine Klausel **räumlich** an „versteckter Stelle“ angeordnet oder formuliert ist, an der die Vertragspartei nicht mit ihr rechnen muss.

**142** **BEISPIELE:** Frl. Moni sendet T. Mann eine Zeitschrift zu und nimmt in das Anschreiben auf: „*Sie erhalten diese Zeitschrift kostenlos. Unterzeichnen Sie doch bitte bei Gefallen und Zufriedenheit mit der Zeitung dieses Schriftstück und faxen Sie es an uns zurück*“. In den folgenden Monaten erhält T. Mann regelmäßig die Zeitschrift. Nach sechs Monaten bekommt er eine Rechnung „für das zweite halbe Jahr“. Er hat übersehen, dass im Anschreiben an ihn rechts außen über dem Datum und der Absenderadresse der Satz versteckt war: „*AGB – Bestellung 12 Monats-Abo, die ersten 6 Monate kostenlos*“. Hier musste T. Mann nicht damit rechnen, dass eine AGB räumlich an einer Stelle angeordnet ist, an der mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen ist.

oder:

Frl. Moni formuliert in ihren Verträgen unter der Überschrift „*Formvorschriften: Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform, wenn diese nicht anderweitig, zB durch mündliche Absprache aufgehoben wurde. Eine Haftung für Sach- und Rechtsmängel ist ausgeschlossen*“. Hier muss der Vertragspartner nicht damit rechnen, dass unter der Überschrift „Formvorschriften“ ein Haftungsausschluss vereinbart werden soll, da Formvorschriften und Haftungsausschluss in keinem inneren Zusammenhang stehen.<sup>96</sup> Auch hier wird die Klausel (Ausschluss für Sach- und Rechtsmängel) nicht Inhalt des Vertrages, § 305 c Abs. 1, der Vertrag bleibt aber im Übrigen wirksam, § 306 Abs. 1.

**143** **5. Umgehungsverbot, § 306 a.** In § 306 a ist ein Umgehungsverbot geregelt, dh es ist unzulässig, die Voraussetzungen der §§ 305 ff. durch eine „*anderweitige Gestaltung*“ zu umgehen.

**144** **BEISPIELE:** Frl. Moni legt ihrem Vertragspartner T. Mann einen Vertrag vor, in dem es heißt: „*T. Mann schließt mit Frl. Moni den nachfolgenden Vertrag, wobei die Parteien sich darüber einig sind, dass T. Mann als derjenige anzusehen ist, von dem die AGB gestellt worden sind.*“<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Boecken BGB AT, Rn. 303; Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 4.

<sup>97</sup> Palandt/Grüneberg, § 306 a Rn. 2.



## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

Hier bleibt Frl. Moni die Verwenderin der AGB, auch wenn sie versucht, den von ihr stammenden Vertragstext so zu formulieren, dass die AGB von T. Mann gestellt sind.

oder:

Frl. Moni schließt mit T. Mann einen Vertrag mit der Überschrift: „Gesellschaftsvertrag“. Tatsächlich finden sich nachstehend ihre Verkaufs- und Lieferbedingungen. Auch hier versucht Frl. Moni eine Umgehung der §§ 305 ff., weil nach § 310 Abs. 4 im Bereich des Gesellschaftsrechts diese keine Anwendung finden.

**6. Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.** Sind die AGB in den Vertrag wirksam einbezogen worden, wurden sie also Vertragsbestandteil zwischen den Parteien, ist aber weiter zu prüfen, ob die einbezogene Klausel ihrem Inhalt nach wirksam ist. Unwirksam sind Klauseln, die überraschend, unklar im Sinne von mehrdeutig sind und wenn sie im Widerspruch zu einer zwischen den Parteien getroffenen individuellen Vereinbarung stehen. 145

**a) Unklare (mehrdeutige Klauseln).** Bei einer unklaren, dh mehrdeutigen Klausel, enthält § 305 c Abs. 2 eine Auslegungsregel: „Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zulasten des Verwenders“. Damit wird dem Verwender der AGB das Risiko auferlegt, sich klar und eindeutig auszudrücken. 146

Es muss also geprüft werden, ob eine Klausel mehrdeutig ist und ob diese Mehrdeutigkeit durch die Auslegung beseitigt werden kann. 147

**aa) Individualprozess.** Hier ist das Hauptziel der AGB, der Schutz des Verbrauchers, von entscheidender Bedeutung: Soll die Frage beantwortet werden, ob der Vertragspartner des Verwenders (zB Verbraucher) die Nichtigkeit einer Klausel anstrebt, ist diese möglichst **kundenfeindlich** auszulegen;<sup>98</sup> kommt es hier zu einer Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 307 ff., greift § 305 c nicht mehr ein.<sup>99</sup> 148

Stellt sich heraus, dass die Klausel nach dieser Prüfung als **wirksam** anzusehen ist, dann ist die Unklarheitenregelung in § 305 c Abs. 2 direkt anzuwenden und die **kundenfreundlichste** Auslegungsvariante heranzuziehen.<sup>100</sup> Das bedeutet: Sollen für den Verwender aus der Klausel Rechte hergeleitet werden, ist die Klausel „eng“ (restriktiv) auszulegen, soll die Klausel dagegen für den Vertragspartner des Verwenders Rechte begründen, ist die Klausel „weit“ (extensiv) auszulegen. 149

**BEISPIEL:** Frl. Moni verkauft an T. Mann ein Fahrzeug. Im Kaufvertrag wird im „Kleingedruckten“ vereinbart: „Die Verkäuferin sichert zu, dass das Fahrzeug, soweit ihr bekannt, eine Gesamtlauflistung von 75.000 km aufweist“.<sup>101</sup> 150

Eine solche Klausel kann als Leistungsbeschreibung des Fahrzeuges anzusehen sein oder aber als Garantiezusage, wonach das Fahrzeug keine Laufleistung von mehr als 75.000 km aufweist. 151

Die Klausel ist als Leistungsbeschreibung und auch als Garantiezusage wirksam. Lässt sich durch die Auslegung nicht klären, was mit der Klausel gemeint ist, so gilt: 152

<sup>98</sup> Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 18; BGH Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, NJW-RR 2016, 526 (527) („Sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten Zweifel verbleiben und zumindest zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar sind, kommt die sich zulasten des Klauselverwenders auswirkende Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 zur Anwendung“).

<sup>99</sup> Boecken BGB AT, Rn. 305.

<sup>100</sup> Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 18 aE.

<sup>101</sup> BGH Urt. v. 13.5.1998 – VIII ZR 292/97, NJW 1998, 2207; Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 19.

- 153 Handelt es sich bei Fr. Moni um eine Unternehmerin, bei T. Mann um eine Privatperson (Verbraucher) und will T. Mann aus dieser Klausel Rechte herleiten (zB Schadensersatz oder Kaufpreisminderung, weil die Laufleistung höher war), ist die Klausel beim Verkauf durch eine Unternehmerin als Garantie, dh vertraglich vereinbarte Zusicherung, zu verstehen (kundenfreundlichste Auslegung).<sup>102</sup>
- 154 Will dagegen Fr. Moni aus der Klausel Rechte herleiten, dh die Klausel nur als Leistungsbeschreibung ansehen, so kommt die kundenfeindlichste Auslegung zum Tragen, wonach sich eine Unternehmerin klar ausdrücken muss, was sie vereinbaren möchte. Die Klausel ist dann nur als Leistungsbeschreibung auszulegen.
- 155 **bb) Verbandsklage.** Kommt es zu einer Verbandsklage nach dem UKlaG, dh zu einer Klage ohne einen konkret von der Klausel Betroffenen, ist bei mehreren Auslegungsvarianten grundsätzlich die kundenfeindlichste Auslegung zu wählen. Damit wird für den Verbraucher sichergestellt, dass die Klausel im weitestgehenden Umfang auf ihre Nichtigkeit hin geprüft wird.
- 156 **c) Auslegungsmethode.** Nach hM kommen bei der Auslegung **nicht** die Vorschriften der §§ 133, 157 zur Anwendung. Stattdessen werden AGB wie Gesetze ausgelegt, dh objektiv und damit „abstrakt-generell“,<sup>103</sup> somit gegenüber jedem Vertragspartner in gleicher Weise.
- 157 Maßgebend ist, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, wie dieser redlicherweise, unter Abwägung der normaler Weise an dem Geschäft beteiligten Kreise, die Klausel verstehen durfte.<sup>104</sup>
- 158 **d) Individualabrede, § 305 b.** Hierzu bestimmt § 305 b, dass eine (ausdrücklich wie auch stillschweigend) erfolgte individuelle Vertragsabrede der Parteien immer Vorrang gegenüber einer (vorformulierten) AGB hat.<sup>105</sup>
- 159 Deshalb können auch die oft anzutreffenden einfachen Schriftformklauseln („Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform“) oder die qualifizierten Schriftformklauseln („Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform, auch ein Verzicht auf die Schriftform bedarf der Schriftform“) durch eine mündliche Individualabrede abgeändert werden. Voraussetzung ist natürlich, dass die Parteien den Willen hierzu zum Ausdruck bringen.<sup>106</sup>

102 OLG Köln Urt. v. 9.12.1998 – 13 U 102/98, NJW 1999, 2601 (2602) (Zur Auslegung: „soweit ihm bekannt“); LG Zweibrücken Urt. v. 17.11.1998 – 3 S 105/09, NJW 1999, 585 (586) (Zur Frage der Auslegung bei dem vom ADAC herausgegebenen Kaufvertragsformular für gebrauchte Kfz „soweit ihm bekannt“); Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 19.

103 Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 16.

104 Palandt/Grüneberg, § 305 c Rn. 16; BGH Urt. v. 13.11.2012 – XI ZR 500/11, NJW 2013, 995 (996); BGH Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 152/15, NJW-RR 2016, 526 (527).

105 BGH Urt. v. 9.3.1995 – III ZR 55/94, NJW 1995, 1494 (1496) („Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH geht bei der Vertragsauslegung ein übereinstimmender Wille der Parteien dem Wortlaut des Vertrages und jeder anderweitigen Deutung vor. Unbeschadet des gewählten Wortlauts gilt das von Vertragsschließenden wirklich Gewollte als Inhalt des Vertrages“).

106 BGH Besch. v. 25.1.2017 – XII ZR 69/16, NJW 2017, 1017 (1018) („Eine in einem Mietvertrag über Gewerberäume enthaltene sogenannte doppelte Schriftformklausel kann im Fall ihrer formularmäßigen Vereinbarung wegen des Vorrangs der Individualvereinbarung nach § 305 b eine mündliche oder auch konkludente Änderung der Vertragsabreden nicht ausschließen“); BGH Urt. v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, NJW 1995, 1488 (1489) (zu der Klausel: „Änderungen oder Ergänzungen bedürfen der Schriftform“ führt der BGH aus: „Unwirksam ist eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, insbesondere nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine mündliche Abrede sei entgegen allgemeinen Grundsätzen unwirksam. Eine Schriftformklausel kann nämlich dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass die Vertragsparteien deutlich

## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

7. **Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 307–309.** a) **Prüfungsreihenfolge und Kennzeichnung.** Bei der Inhaltskontrolle von AGB ist in umgekehrter Reihenfolge zu prüfen, dh §§ 309, 308, 307 Abs. 2. **160**
- Dies liegt an der Ausgestaltung der aufgeführten Klauselverbote. In § 309 finden sich Klauseln, die **keinen Wertungsspielraum** zulassen. **161**
- BEISPIEL:** Nach § 309 Nr. 1 (Kurzfristige Preiserhöhung) wird dem Verwender verboten, eine Preiserhöhung vorzunehmen, die in den ersten vier Monaten nach Vertragsschluss erfolgt. Erfolgt eine Preiserhöhung innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluss, ist sie unwirksam. Der Kunde soll sich darauf einstellen können, dass die Preise zumindest bis 4 Monate nach Vertragsschluss stabil bleiben. **162**
- WEITERES BEISPIEL:** Nach § 309 Nr. 10 ist es für die dort aufgeführten Verträge untersagt, den Verwender der AGB (Vertragspartner) auszutauschen, wenn der Dritte nicht zuvor benannt worden ist oder dem Vertragspartner für diesen Fall das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen. **163**
- Dagegen finden sich im Katalog des § 308 Klauseln, die **einen Wertungsspielraum** zulassen, weil sie **unbestimmte Rechtsbegriffe** verwenden. **164**
- BEISPIEL:** Nach § 308 Nr. 1 ist es dem Verwender verboten, sich eine „*unangemessen lange Frist für die Annahme eines Angebots vorzubehalten*“. Was unter „unangemessen lang“ zu verstehen ist, muss unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen nach der Verkehrsanschauung beurteilt werden. So ist bei Alltagsgeschäften eine längere Frist als 14 Tage als unzulässig zu bewerten.<sup>107</sup> **165**
- WEITERES BEISPIEL:** Nach § 308 Nr. 3 ist es dem Verwender verboten, sich ohne einen sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen. So wäre es unwirksam, wenn der Vertragspartner sich das Recht vorbehält, den Vertrag ohne Grund kündigen zu können („*Wir behalten uns vor, die Silvesterveranstaltung jederzeit absagen zu können*“). **166**
- Der Unterschied zwischen § 309 und § 308 lässt sich so zusammenfassen, dass § 309 Klauseln **ohne** Ermessensspielraum enthält, während § 308 solche Klauseln enthält, die einen Ermessensspielraum **eröffnen**. **167**
- Natürgemäß lassen sich nicht alle Einzelfälle in den §§ 309, 308 erfassen. Auch finden AGB-Vorschriften in manchen Fällen nur eingeschränkte Anwendung, wie bei Verträgen zwischen Unternehmern oder Verträgen mit der öffentlichen Hand, § 310 Abs. 1. Der Gesetzgeber hat deshalb mit § 307 eine Generalklausel geschaffen, dh ein Verbot der unangemessenen Benachteiligung in AGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben, § 307 Abs. 1 S. 1. **168**
- b) **Grundgedanken des § 307.** aa) **Abweichung von Rechtsvorschriften oder ergänzenden Regelungen.** Zu beachten ist, dass nach § 307 Abs. 3 S. 1 der Inhaltskontrolle nur solche vertraglichen Bestimmungen eines Vertrages erfasst werden, die von Rechtsvorschriften abweichen. **169**
- Wird also nur der Gesetzeswortlaut direkt oder sinngemäß wiedergegeben, liegt keine Abweichung von einer Rechtsvorschrift vor (sog. deklaratorische Klauseln).<sup>108</sup> **170**

den Willen zum Ausdruck bringen, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet dieser Klausel gelten“).

107 Palandt/Grüneberg, § 308 Rn. 4.

108 Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 307 Rn. 5.

- 171 Das bedeutet aber auch, dass Vereinbarungen, mit denen **Hauptleistungspflichten** der Parteien geregelt werden, keiner Inhaltskontrolle unterliegen.<sup>109</sup> Das ist Sache der Parteien, wie zB welcher Preis für welche Leistung bezahlt wird. Hier spielen die Gesetze der Marktwirtschaft die entscheidende Rolle, wonach sich der Preis für eine Sache ua aufgrund der Nachfrage und des Angebots bildet. So kann die Berechtigung der Höhe eines vereinbarten Preises nicht innerhalb der AGB-Prüfung erfolgen.<sup>110</sup>
- 172 Allerdings unterliegen die sog. **Preisnebenabreden** einer AGB-Kontrolle, die sich **mittelbar** auf den Preis auswirken und die das dispositive Gesetzesrecht ersetzen sollen, wie zB Fälligkeitsklauseln, die von § 271 Abs. 1 oder Vorleistungsklauseln, die von §§ 320, 322 oder Preisänderungsklauseln, die von §§ 313 f., 315 ff. abweichen etc. Bei ihrer Unwirksamkeit verbleibt es beim dispositiven Gesetzesrecht.<sup>111</sup>
- 173 Geprüft werden können in diesem Zusammenhang auch das Verlangen für Entgelte, die ohnehin zur Verpflichtung des Vertragspartners gehören und die deshalb nicht gesondert zu vergüten sind, wie etwa die Bearbeitung eines Darlehensantrages durch eine Bank.
- 174 **bb) Aufbau des § 307 Abs. 1 und Abs. 2.** Im Weiteren ist § 307 so aufgebaut, dass er in Absatz 1 allgemein Vertragsklauseln für unwirksam erklärt, die den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, wobei er in Absatz 1 Satz 2 das sog. **Transparenzgebot** aufgenommen hat, wonach eine unangemessene Benachteiligung auch dann vorliegt, wenn der Verwender in seinen Bedingungen die Rechte und Pflichten des Vertragspartners nicht klar und verständlich formuliert.<sup>112</sup> In Absatz 2 des § 307 sind dann Regelbeispiele der unangemessenen Benachteiligung aufgeführt.
- 175 (1) **§ 307 Abs. 2 Nr. 1 (Fallgruppe 1).** Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 liegt eine unangemessene Benachteiligung „*im Zweifel*“ vor, wenn von „*wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung*“ abgewichen wird.
- 176 Unter einer gesetzlichen Regelung wird dabei die entsprechende Bestimmung als solches erfasst, aber auch die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden anerkannten Rechtsgrundsätze, die sich aus der Natur des Schuldverhältnisses ergeben und wie sie

109 BGH Urt. v. 19.11.1991 – X ZR 63/90, NJW 1992, 688 (689) („Aus dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes [...] scheiden daher Abreden aus, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflichten unmittelbar regeln“).

110 BGH Urt. v. 19.11.1991 – X ZR 63/90, NJW 1992, 688 (689) („Klauseln, die Preise für Nebenleistungen oder für einzelnen Leistungsteile festlegen, unterliegen als solche ebenso wie Preisvereinbarungen, welche sich auf die werkvertragliche Hauptpflicht beziehen, nicht der richterlichen Inhaltskontrolle, weil die Höhe einer werkvertraglichen Vergütung, gleichgültig ob sie eine Haupt- oder eine Nebenleistung betrifft, mangels gesetzlicher Kontrollmaßstäbe nicht nach den §§ 157, 242 vom Richter festgesetzt werden kann“).

111 BGH Urt. v. 19.11.1991 – X ZR 63/90, NJW 1992, 688 (689) („Der Inhaltskontrolle unterliegen jedoch die Preisnebenabreden, dh alle auf Preise bezogene Abreden, die zwar mittelbare Auswirkung auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann“).

112 BGH Urt. v. 24.11.1988 – III ZR 188/87, NJW 1989, 222 (224 f) („Treu und Glauben verpflichten den Verwender von AGB, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Wenn eine Nebenabrede ihre preiserhöhende Wirkung nicht hinreichend erkennbar werden lässt, sondern sie verschleiert, kann gerade das den Ausschlag geben, die Regelung als eine unangemessene Benachteiligung des Kunden zu bewerten“ – im vorliegenden Fall ging es um eine AGB-Regelung für ein Hypothekendarlehen, nach der die in der gleichbleibenden Jahresleistung enthaltenen Zinsen jeweils nach dem Stand des Kapitals am Schluss des vergangenen Tilgungsjahres berechnet werden. Der BGH kam zum Ergebnis, dass ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliege, wenn erst in einer gesonderten späteren Klausel vierteljährliche Tilgungsleistungen vorgesehen sind und der effektive Jahreszins oder die Gesamtbelastung im Vertrag nicht angegeben werden“).

## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

auch in Urteilen ihren Niederschlag gefunden haben.<sup>113</sup> Die entsprechende gesetzliche Regelung muss somit eine Art „*Leitbildfunktion*“ erfüllen.<sup>114</sup>

**BEISPIEL:** Die Maklerin Frl. Moni lässt sich eine Provision von ihrem Vertragspartner T. Mann in einem vorformulierten Vertrag versprechen, wenn sie T. Mann 10 Interessenten für den Vertragsschluss zuführt, auch wenn es nicht zum Vertragsschluss gekommen ist. 177

Die gesetzliche Regelung des § 652 Abs. 1 S. 1 sieht für den Vertragspartner eine Verpflichtung zu Zahlung des „*Maklerlohns*“ nur vor, wenn „*infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers*“ ein Vertrag zustande kommt. Es ist mit dem Grundgedanken des § 652 Abs. 1 S. 1 unvereinbar, wenn sich der Makler eine erfolgsunabhängige Provision versprechen lässt.<sup>115</sup> Die von Frl. Moni in den Vertrag aufgenommene Regelung ist deshalb nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. 178

(2) § 307 Abs. 2 Nr. 2 (Fallgruppe 2). Weiter liegt eine unangemessene Benachteiligung dann vor, wenn „*wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.*“ 179

Durch diese Fallgruppe soll vermieden werden, dass sog. **Kardinalpflichten** nicht erbracht und damit ausgehöhlt werden. 180

**BEISPIEL:** Das Busunternehmen von Frl. Moni nimmt in seine AGB auf: „*Für verloren oder gestohlene Fahrausweise wird weder Ersatz gewährt noch wird der Fahrpreis erstattet*“. Dabei geht das Busunternehmen so vor, dass die einzelnen Fahrscheine auf den Namen des jeweiligen Kunden ausgestellt und in eine Liste eingetragen werden. 181

Die AGB des Busunternehmens von Frl. Moni ist unwirksam, weil sie mit wesentlichen Pflichten der als Werkvertrag anzusehenden Beförderung im Widerspruch steht. Die Zahlung des Ticketpreises steht mit der Beförderungspflicht des Busunternehmens im Gegenseitigkeitsverhältnis. Hier kann Frl. Moni mit wenig Aufwand prüfen, ob sich 182

113 Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rn. 30; BGH Ur. v. 21.12.1983 – VIII ZR 195/82, NJW 1984, 1182 (1183 f.) („Unangemessen ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH eine AGB- oder Formularklausel, in der die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nehmende Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen; ein wesentliches Indiz dafür ist die Abweichung von dispositiven gesetzlichen Bestimmungen, soweit diese nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, sondern dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck verleihen. Dispositives Recht in diesem Sinne sind nicht nur gesetzliche Einzelregelungen (zB Schadensersatz- oder Gewährleistungsvorschriften), sondern auch die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, so etwa das Dispositionsrecht des Käufers über Art und Menge der zu kaufenden Waren oder der Grundsatz der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Verfügung über die in das Eigentum des Käufers übergegangene und voll bezahlte Ware“). Im vorliegenden Fall ging es um eine Gebietsänderungsklausel eines Kfz-Herstellers gegenüber einem selbstständigen Vertragshändler, bei dem kein Ausgleich für eine Verkleinerung des Marktverantwortungsgebiets durch einen Automobilhersteller vorgesehen war und das bei einer nur dreimonatigen Ankündigungsfrist; BGH Ur. v. 10.12.1992 – I ZR 186/90 – NJW 1993, 721 (722 f.) („Der uneingeschränkte Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs in AGB ist mit wesentlichen Grundgedanken des Vertragsstrafrechts nicht zu vereinbaren; er stellt im Regelfall eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners dar“).

114 Palandt/*Grüneberg*, § 307 Rn. 28 aE.

115 BGH Ur. v. 28.1.1987 – IV a ZR 173/85, NJW 1987, 1634 (1636) (Dem Makler sind nach § 652 Abs. 1 Aufwendungen zu erstatten, wenn es vereinbart ist. Allerdings: „Jedoch muss sich die Vereinbarung, um in AGB wirksam zu sein, wirklich und ausschließlich auf den Ersatz von konkretem Aufwand beziehen. Wird im Gewande des Aufwendungsersatzes in Wahrheit eine erfolgsunabhängige Provision vereinbart, dann muss dies dem Verbot des § 9 AGB-Gesetzes – jetzt § 307 Abs. 2 Nr. 1 – unterfallen“).

im Bus Personen befinden, die sich dort auch berechtigt aufhalten. Deshalb verstößt die AGB gegen eine Kardinalpflicht des Vertrages und ist deshalb unwirksam.<sup>116</sup>

- 183** **8. Rechtsfolge einer fehlgeschlagenen Einbeziehung. a) Gesetzliche Regelungen (dispositives Gesetzesrecht).** Eine Klausel, die nicht wirksam in den Vertrag einbezogen wurde, ist nicht Vertragsbestandteil geworden und somit nicht existent. Das ist so in § 306 Abs. 1 bestimmt, wonach der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt (§ 306 Abs. 1 aE). Damit stellt § 306 Abs. 1 eine Spezialregelung zu § 139 dar, wonach der Vertrag eigentlich unwirksam wäre.<sup>117</sup> Wie die dadurch aufgetretene Lücke zu schließen ist, regelt § 306 Abs. 2. An die Stelle der Klauseln, die unwirksam oder nicht wirksam in den Vertrag einbezogen wurden, kommen die dispositiven Regelungen des Gesetzes zur Anwendung.
- 184** **BEISPIEL:** Gesetzlich sind in den §§ 434 ff. die Mängelgewährleistungsrechte geregelt (vgl. § 437: Rechte des Käufers bei Mängeln). Sollten AGB eine Haftung für Mängel im Gebrauchtwagenkauf durch einen Händler unwirksam ausschließen, greifen die §§ 434 ff. ein; im Übrigen bleibt der Vertrag wirksam.
- 185** **WEITERES BEISPIEL:** Gesetzlich sind in den §§ 269 ff. Regelungen zum Leistungsort und zur Leistungszeit enthalten. Kommt es hier zu einer unwirksamen Regelung durch die AGB, so gelten die §§ 269 ff.; der Vertrag bleibt im Übrigen wirksam.
- 186** **b) Verbot der geltungserhaltenden Reduktion.** Unzulässig ist die Reduktion einer unwirksamen Klausel auf das gerade noch zulässige Maß.<sup>118</sup> Ansonsten würde die Gefahr bestehen, dass ein Verwender unwirksame Klauseln einsetzt, da er sich darauf verlassen könnte, dass die Klausel in seinem Sinn angepasst wird. Dadurch würde es zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners kommen.<sup>119</sup> Das Risiko, unwirksame Klauseln einzusetzen, muss zum Schutz des Verbrauchers beim Verwender verbleiben.
- 187** **BEISPIEL:** Nach § 309 Nr. 9 a darf bei einem Dauerschuldverhältnis die Laufzeit des Vertrages für nicht länger als zwei Jahre vereinbart werden. Würde der Verwender zu seinem Vorteil die Regelung aufnehmen, dass die Laufzeit des Vertrages mindestens 30 Monate dauert, dann erfolgt keine geltungserhaltende Reduktion auf das zulässige Maß von 24 Monaten. Die Klausel ist unwirksam; es gilt überhaupt keine Mindestlaufzeit.
- 188** Auch die Verwendung einer sog. **salvatorischen Klausel** hilft nicht weiter. Darunter wird eine Ersetzungsklausel verstanden.
- 189** **BEISPIEL:** *„Sollten eine oder mehrere Regelungen unwirksam sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht beeinträchtigt. Die Vertragsparteien sind vielmehr verpflichtet, die unwirksame Klausel durch eine solche zu ersetzen, die der unwirksamen Klausel möglichst nahe kommt und wirksam ist“.*

<sup>116</sup> BGH Urt. v. 1.2.2005 – X ZR 10/04, NJW 2005, 1774 (1776).

<sup>117</sup> Palandt/Grüneberg, § 306 Rn. 1; MüKoBGB/Busche, § 139 Rn. 1 („Vermutung der Gesamtnichtigkeit“).

<sup>118</sup> NK-BGB/Kollmann, § 306 Rn. 25.

<sup>119</sup> BGH Urt. v. 23.1.2013 – VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 (992) („Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist dem nationalen Gericht die inhaltliche Abänderung einer wegen unangemessener Benachteiligung unwirksamen Klausel, die dazu führen würde, der Klausel mit einem (noch) zulässigen Inhalt Geltung zu verschaffen (geltungserhaltende Reduktion) verboten“). Allerdings: Möglich bleibt aber eine ergänzende Vertragsauslegung, da hier eine Lücke im Vertragsgefüge geschlossen werden soll, die durch den Wegfall der unwirksamen Klausel entsteht.



## V. Vorliegen einer AGB, § 305 Abs. 1

Eine solche Klausel ist unwirksam, weil das Risiko der Unwirksamkeit einer eingesetzten Klausel beim Verwender liegt.<sup>120</sup> 190

c) **Fehlen einer gesetzlichen Regelung.** Problematisch wird es, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt. Dann muss durch eine ergänzende Vertragsauslegung der **hypothetische Parteiwille** ermittelt werden, damit der Vertrag für beide Parteien umgesetzt werden kann (ergänzende Vertragsauslegung).<sup>121</sup> Auch hier gilt aber das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, dh es ist unzulässig, eine Klausel ergänzend so auszulegen, dass sie gerade noch zulässig ist. 191

**BEISPIEL:** Der Verwender beschreibt im Vertrag die Leistung intransparent, dh es wird nicht klar, was von der Leistung umfasst ist. Hier muss mithilfe der ergänzenden Vertragsauslegung der hypothetische Wille der Parteien ermittelt werden. 192

**WEITERES BEISPIEL:** Die Parteien vereinbaren unwirksam eine Gaspreisänderungsklausel. Nach Auffassung des BGH entspricht es dem Willen beider Parteien, dass der Kunde gestiegene Kosten tragen soll. Die Klausel entfällt dann nicht ersatzlos, sondern im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist zu ermitteln, was die Parteien vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Bestimmung bekannt gewesen wäre.<sup>122</sup> 193

d) **Teilbare Klausel (blue-pencil-test).** Eine AGB-Klausel kann auch nur teilweise unwirksam sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Klausel trennbare und aus sich heraus verständliche Teile enthält, auf die der Unwirksamkeitsgrund nicht zutrifft.<sup>123</sup> Es muss also möglich sein, dass der unwirksame Teil der Klausel durch „Streichung mit einem Kuli“ (sog. **blue-pencil-test**) herausgenommen werden kann und der restliche Teil der Klausel dennoch wirksam bleibt. 194

**BEISPIEL:** In einer Klausel wird in Absatz 1 der Erfüllungsort geregelt und in Absatz 2 der Gerichtsstand. Ist hier die Regelung in Absatz 2 zum Gerichtsstand unwirksam, so kann die wirksame Regelung in Absatz 1 zum Erfüllungsort bestehen bleiben.<sup>124</sup> Die Klausel ist teilbar und die Regelung zum Erfüllungsort behält auch nach der Teilung ihren eigenen Sinn. 195

e) **Unwirksamkeit gemäß § 306 Abs. 3.** Ausnahmsweise ist der Vertrag gemäß § 306 Abs. 3 insgesamt unwirksam, wenn das Gleichgewicht des Vertrages grundlegend gestört ist, und auch durch die ergänzende Vertragsauslegung nicht behoben werden kann.<sup>125</sup> Ob eine erhebliche Äquivalenzstörung und damit eine **unzumutbare Härte**<sup>126</sup> für den Vertragspartner vorliegt, ist durch Interessenabwägung zu ermitteln, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass eine Partei ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages haben kann.<sup>127</sup> Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt, in dem Ansprüche aus dem Vertrag geltend gemacht werden, nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>128</sup> 196

120 Palandt/Grüneberg, § 306 Rn. 11; NK-BGB/Kollmann, § 306 Rn. 25.

121 BGH Urt. v. 13.4.2010 – XI ZR 197/09, NJW 2010, 1742 (1743); BGH Urt. v. 23.1.2013 – VIII ZR 80/12, NJW 2013, 991 (992); Palandt/Grüneberg, § 306 Rn. 13.

122 BGH Urt. v. 14.3.2012 – NJW 2012, 1865 (1866); NK-BGB/Kollmann, § 306 Rn. 28, vierter Spiegelstrich.

123 NK-BGB/Kollmann, § 306 Rn. 15 ff.

124 NK-BGB/Kollmann, § 306 Rn. 16, zweiter Spiegelstrich.

125 NK-BGB/Kollmann, § 306 Rn. 34.

126 Palandt/Grüneberg, § 306 Rn. 16.

127 BGH Urt. v. 22.2.2002 – V ZR 26/01, NJW-RR 2002, 1136 (1137).

128 Palandt/Grüneberg, § 306 Rn. 16.

- 197 **9. Rechtsfolge einer wirksamen Einbeziehung.** Ist eine AGB-Klausel in den Vertrag einbezogen worden, so ist sie zunächst Vertragsbestandteil. Sie muss dann aber noch inhaltlich mit den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 309, 308 und 307 vereinbar sein.
- 198 Bei Unternehmen und Behörden ist zu beachten, dass auch diese sich auf § 307 berufen können (§ 310 Abs. 1 S. 2). Damit ist auch geklärt, dass § 307 für diese Personen selbst dann gilt, wenn gleichzeitig ein Verstoß gegen die §§ 308 und 309 festgestellt wird.

#### VI. Zusammenfassung

- 199 Bei der Prüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bietet sich an, folgende Fragen zu beantworten:
1. Sind die §§ 305 ff. überhaupt anwendbar (Rn. 18 ff.)?  
Zu Beginn einer AGB-Prüfung ist die Frage zu klären, ob die AGB von den Vorschriften der §§ 305 ff. erfasst werden.
    - a) Hier ist in § 310 Abs. 4 geregelt, dass bei Verträgen auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie bei Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen das AGB-Recht keine Anwendung findet.
    - b) Weiter ist nach § 310 Abs. 1 S. 1 zu beachten, dass die AGB nur eingeschränkt gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder gegenüber öffentlich-rechtlichen Sondervermögen gelten.
    - c) Bei Verträgen der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen gelten die §§ 308 und 309 nicht (§ 310 Abs. 2). Besonderheiten gelten auch bei Anwendung von Teil B (VOB/B), § 310 Abs. 1 S. 3.
    - d) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher bestehen zugunsten des Verbrauchers „Erweiterungen“ (§ 310 Abs. 3).
  2. Liegen überhaupt AGB nach § 305 Abs. 1 vor (Rn. 39 ff.)?
    - a) Handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen?  
Es ist zu prüfen, ob die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs. 1 S. 3).
    - b) Sind die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen formuliert worden, sog. Mehrfachverwendung, § 305 Abs. 1 S. 1?  
Hierzu aber die Erweiterung in § 310 Abs. 3 Nr. 2, wonach beim Verbrauchervertrag eine Einzelverwendung ausreicht.
    - c) Wurden die Vertragsbedingungen einseitig vom Verwender gestellt, § 305 Abs. 1 S. 1?  
Daran fehlt es, wenn die Bedingungen von beiden Vertragspartnern in die Verhandlungen eingeführt wurden; bei Verbraucherverträgen ist die Erweiterung in § 310 Abs. 3 Nr. 1 zu berücksichtigen, wonach die AGB als vom Unternehmer gestellt gelten, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher eingeführt wurden.
  3. Sind die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen worden, dh wurden sie Vertragsbestandteil oder besteht ein Einbeziehungshindernis (Rn. 90 ff.)?
    - a) Liegen die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 vor?  
Ist die Einbeziehung durch ausdrücklichen Hinweis erfolgt oder liegt eine unverhältnismäßige Schwierigkeit vor, dann kann im Ausnahmefall die Einbeziehung auch durch einen Aushang erfolgen.
    - b) Handelt es sich um eine überraschende Klausel (§ 305 c)?



## VI. Zusammenfassung

---

Wenn ja, wird sie nicht Vertragsbestandteil.

- c) Liegt eine Individualabrede vor (§ 305 b)?

Wurde der gesamte Vertragsinhalt ausgehandelt, haben die ausgehandelten Bedingungen Vorrang, die §§ 307 bis 309 finden auf den Vertrag keine Anwendung.

Wurden nur einzelne Klauseln eines Vertrages ausgehandelt, gelten für diese die Individualabrede, für die restlichen Klauseln gelten dagegen die §§ 305 ff.

4. Liegt eine mehrdeutige AGB-Klausel vor, § 305 c Abs. 2 (Rn. 145 ff.)?

Die Klausel ist nach ihrem objektiven Inhalt und dem typischen Sinn auszulegen.

5. Ist eine vollständige oder nur eine beschränkte Inhaltskontrolle möglich (Rn. 169 ff.)?

- a) Liegt eine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung nach § 307 Abs. 3 vor?  
Nur in diesem Fall sind die §§ 307 Abs. 1 und Abs. 2 sowie die §§ 308 und 309 anwendbar.

- b) Handelt es sich um einen Vertrag gegenüber den in § 310 Abs. 1 genannten Beteiligten?

Dann ist ein Verstoß gegen § 307 zu prüfen (§ 310 Abs. 1 S. 2). Ein gleichwohl vorliegender Verstoß gegen die §§ 308 und 309 hat im Rahmen des § 307 sog. Indizwirkung.

- c) Ist eine vollständige Überprüfung der AGB möglich?

Wenn ja, sind zunächst die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit zu prüfen, § 309.

Wenn ein Verstoß nach § 309 nicht festzustellen ist, sind die Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit zu prüfen, § 308.

Liegt weder ein Verstoß gegen § 308 noch gegen § 309 vor, ist die Generalklausel nach § 307 Abs. 1 und Abs. 2 zu prüfen.

6. Welche Rechtsfolgen treten ein (Rn. 183 ff.)?

- a) Wurde eine Klausel nicht in den Vertrag einbezogen oder wurde sie zwar einbezogen, ist sie aber unwirksam, wird sie nach § 306 Abs. 1 nicht Vertragsbestandteil, der Vertrag bleibt abweichend von § 139 im Übrigen wirksam. Zur Anwendung kommen die dispositiven gesetzlichen Vorschriften des BGB und des HGB. Zu beachten ist das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (Verbot der Auslegung auf das gerade noch zulässige Maß), hiervon die Ausnahme der teilweisen Unwirksamkeit einer Klausel, wonach ein Teil der Klausel ohne den unwirksamen Teil der Klausel wirksam fortbestehen kann, sog. „blue-pencil-test“.

- b) Unter den Voraussetzungen des § 306 Abs. 3 wird im Ausnahmefall bei einer Äquivalenzstörung, dh bei unzumutbarer Härte, der gesamte Vertrag unwirksam.

## Stichwortverzeichnis

Die Angaben verweisen auf die Randnummern des Buches.

- ABG
  - Empfehlung, unverbindliche, 40 ff.
- AGB
  - Äquivalenzstörung, 196
  - Aushandeln, 4, 52 ff., 54
  - Aushandeln, individuell, 58 ff.
  - Aushandeln, tatsächliches, 73
  - Automatenaufstellungsvertrag, 11
  - deklaratorische Klauseln, 170
  - Drittwiderspruchsklage, 10
  - Eigentumsvorbehalt, 10 ff., 75 ff., 110 ff.
  - Einbeziehung, 25, 39 ff.
  - Einbeziehung, Aushang, deutlich sichtbar, 113 ff.
  - Einbeziehung, getrennter Vertragsbestandteil, 91 ff.
  - einseitiges Stellen, 53 ff.
  - Factoring, 11
  - Fahrlässigkeit, einfache, 8 f.
  - Frist, unangemessen lange, 165
  - Generalklausel, 29 ff.
  - Gesetzesrecht, dispositives, 112, 183 ff.
  - Gestaltungsmacht, einseitige, 69
  - Gestaltungsmissbrauch, 13
  - Haftungsausschluss, 7 ff.
  - Haftungsbegrenzung, 5
  - Hauptleistungspflichten, 171
  - Individualabrede, 158 ff.
  - Inhaltskontrolle, 160 ff.
  - Insolvenzrisiko, 5
  - Internetplattform, 71
  - Kardinalpflichten, 8 f.
  - Kerngehalt, gesetzesferner, 63
  - Kerngehalt, gesetzesfremder, 56
  - Klauseln mit Wertungsspielraum, 164
  - Klauseln ohne Wertungsspielraum, 161
  - Kongruenzgeltung, 111
  - Kündigung, jederzeitige, 166
  - Leasingvertrag, 11
  - Leitbildfunktion, 62 ff.
  - Massengeschäft, 5
  - Mehrzahl von Verträgen, 80 f.
  - Preiserhöhung, kurzfristige, 162
  - Preisnebenabreden, 172
  - Privatautonomie, 15
  - Prüfungsreihenfolge, 160 ff., 199
  - Rahmenvereinbarung, 131 ff.
  - Regelungscharakter, 40 ff.
  - salvatorische Klausel, 188
  - teilbare Klausel, 195
  - Theorie des letzten Wortes, 111
  - Umgehung, 72 ff.
  - Umgehungsverbot, 143 f.
  - Unterlassungsklagengesetz, 16
  - unzumutbare Härte, 196
  - Verhandeln, 54 ff.
  - Vertragsbedingung, 40 ff.
  - Vertragsfreiheit, 1
  - Vertragspartner, 17
  - Vertragspflichten, wesentliche, 8 f.
  - Vielzahl von Verträgen, 80 ff.
  - VOB/B, 93 ff.
  - vorformuliert, 72 ff.
- Anwendungsbereich
  - persönlicher, 22 ff.
  - sachlicher, 18 ff.
  - Unternehmer, 18
  - Verbraucher, 18
- Auslegung, 40 ff., 145 ff.
  - blue-pencil-test, 194 f.
  - ergänzende, 191, 196
  - Garantiezusage, 151 ff.
  - geltungserhaltende Reduktion, 186, 191
  - hypothetischer Parteiwille, 191
  - Individualprozess, 148 ff.
  - mehrdeutige Klauseln, 145 f.
  - Methode, 156 f.
  - Unklarheitenregelung, 149 ff.
  - Verbandsklage, 155 ff.
- Einbeziehung
  - Absicht dreimaliger Verwendung, 80
  - Absicht einmaliger Verwendung, 84
  - Abwehrklausel, 109 ff.
  - Behinderung, körperliche, 126 ff.
  - Drittklausel, 87 ff.
  - Einverständnis, 130
  - Form, 103
  - Formularvertrag, 105 ff.
  - fremdsprachige AGB, 129
  - gemischter Vertrag, 97
  - Hinweis ausdrücklicher, 104
  - Internet, 123 ff.
  - Kaufleute, 108

## Stichwortverzeichnis

---

- Kenntnisnahme in zumutbare Weise, 117 ff.
- kollidierende AGB, 109 ff.
- mündlich, 98
- Rechtsfolge, 197
- Schriftart, 101 f.
- Schriftgröße, 125
- Sprachkenntnisse, deutsche, 128
- Umfang, 98 ff.
- Verständlichkeit, 124 ff.
- Vertragsschluss, 74 ff.
- Verzicht der Kenntnisnahme, 122
- einseitiges Stellen
  - neutrale Person, 67 ff.
- Generalklausel, 168 ff.
  - Erreichung Vertragszweck, 179
  - Kardinalpflichten, 180
  - Leitbildfunktion, 175
  - Transparenzgebot, 174
- Schriftformklausel
  - einfache, 159
  - qualifizierte, 159
- überraschende Klauseln, 137 ff.
  - Begleitumstände, 138
  - dispositives Gesetzesrecht, 138
  - Überraschungseffekt, 138
- Verbraucherschutz, 35 ff.
- Verbraucherverträge, 35 ff.
- Vertragsschluss
  - begleitende Umstände, 38
- Verwender, 17, 26 ff.
- Verwendung
  - einmalige, 37
- VOB/B, 33 f.
- Vorformulierung, 48 ff.
  - geistige, 52