

Jos Mehrings

# Grundlagen des Wirtschaftsprivatrechts

Theorie und Praxis für  
Wirtschaftswissenschaftler

PEARSON  
Studium

---

ein Imprint von Pearson Education  
München • Boston • San Francisco • Harlow, England  
Don Mills, Ontario • Sydney • Mexico City  
Madrid • Amsterdam

# Verbraucherschutz, insbesondere Allgemeine Geschäftsbedingungen

<b>3.1</b>	<b>Verbraucher, Unternehmer, Kaufmann</b>	72
<b>3.2</b>	<b>Verbraucherschützende Regelungen</b>	74
3.2.1	Fernabsatzverträge	74
3.2.2	Haustürwiderruf	75
3.2.3	Verbraucherkreditvertrag	76
<b>3.3</b>	<b>Allgemeine Geschäftsbedingungen</b>	76
3.3.1	Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	78
3.3.2	Begriff Allgemeine Geschäftsbedingung	78
3.3.3	Einbeziehung in den Vertrag	79
3.3.4	Inhaltskontrolle	84
3.3.5	Rechtsfolgen	90
3.3.6	Verwendung gegenüber Unternehmern	91
3.3.7	Abschließende Hinweise	94

3

ÜBERBLICK

## Lernziele dieses Kapitels

*Was kommt in diesem Kapitel auf Sie zu? Die schon behandelte Gestaltungs-freiheit (Inhaltsfreiheit) wird neben den schon dargestellten Generalklauseln (§§ 134, 138 BGB) zum Schutz von Verbrauchern (§ 13 BGB) durch spezielle Vorschriften weiter eingeschränkt. Dies sind insbesondere die Regelungen zum Fernabsatz, zum Verbraucherkreditvertrag, zum Haustürgeschäft und zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Die Regelungen zu den AGB (§§ 305 ff. BGB) gelten in abgeschwächter Form auch für Kaufleute (§§ 1 ff. HGB) und sonstige Unternehmer (§ 14 BGB). Bevor auf die §§ 305 ff. BGB näher eingegangen wird, sind einige Begriffe und die anderen verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften zu erläutern.*

### 3.1 Verbraucher, Unternehmer, Kaufmann

Das BGB definiert die in vielen Regelungen enthaltenen Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ in den § 13 BGB und § 14 BGB. Ein **Verbraucher** ist nach § 13 BGB eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Dabei kommt es auf den konkreten Vertrag an. Dieselbe Person kann bei bestimmten Rechtsgeschäften Verbraucher sein, bei anderen hingegen nicht.

#### Beispiele

- Angestellter A kauft sich in einem Baumarkt Arbeitskleidung, die er ausschließlich beruflich benötigt. Handelt A als Verbraucher? A ist eine natürliche Person (Mensch). Da A Angestellter ist, betreibt er aber weder ein Gewerbe noch dient der Kauf einer (anderen) selbstständigen Tätigkeit. A tätigt den Kauf der Berufskleidung deshalb als Verbraucher (§ 13 BGB), obwohl er die Kleidung beruflich benötigt.
- Der selbstständige Steuerberater S kauft sich einen Computer. Handelt S als Verbraucher? Es kommt auf den Zweck des Kaufs an: Soll der Computer von der Tochter des S privat genutzt werden, handelt S als Verbraucher. Ist eine betriebliche Nutzung beabsichtigt, handelt S nicht als Verbraucher, weil der Computer dann für eine selbstständige berufliche Tätigkeit verwendet werden soll.

Nach § 14 BGB ist ein **Unternehmer** eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss des Rechtsgeschäftes in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Der Begriff „Unternehmer“ ist vom Begriff „Kaufmann“ zu unterscheiden, der nicht im BGB definiert ist, sondern sich nach §§ 1 ff. HGB bestimmt. „**Kaufmann**“ ist dabei der engere Begriff: Nur ein Teil aller Unternehmer ist zugleich auch Kaufmann im handelsrechtlichen Sinn. Nach § 1 Abs. 1 HGB ist (nur) derjenige Kaufmann, der ein **Handelsgewerbe** betreibt. Ein Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB). Kaufmännische Einrich-

tungen sind vor allem Buchführung und Bilanzierung, Führung einer Firma sowie eine kaufmännische Ordnung der Vertretung, insbesondere die Bestellung von Prokuristen. Ob diese Einrichtungen *erforderlich* sind, richtet sich nach einer Vielzahl von zu gewichtenden Kriterien wie Zahl und Art der Geschäfte, Höhe des Eigen- und Fremdkapitals, Höhe des Umsatzes, Mitarbeiterzahl, Vielfalt der Erzeugnisse und Leistungen und der Geschäftsbeziehungen, Aufnahme und Gewährung von Krediten usw. Letztlich wird auf das Gesamterscheinungsbild des Unternehmens abgestellt<sup>1</sup>. Mögen auch diese Kriterien eher vage sein, steht doch als Ergebnis fest, dass über 90 % der Einzelunternehmer keine Kaufleute im Sinne des HGB sind<sup>2</sup>. Sie sind Unternehmer, aber keine Kaufleute.

### Merksatz

Über 90 % aller Einzelunternehmer sind kein Kaufmann im Sinne des HGB.

Dies gilt für die meisten Einzelhändler, Handwerker und Gastwirte. Ebenfalls kein Kaufmann (oder besser keine Kauffrau?) ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR, §§ 705 ff. BGB). Demgegenüber betreiben die Offene Handelsgesellschaft (OHG, §§ 105 ff. HGB) und die Kommanditgesellschaft (KG, §§ 161 ff. HGB) ein Handelsgewerbe. Die GmbH und die Aktiengesellschaft *gelten* als Handelsgesellschaften, sodass das HGB sogar dann anzuwenden ist, wenn die jeweilige Gesellschaft weder ein Gewerbe noch ein Handelsgewerbe betreibt (§ 6 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG, § 3 Abs. 1 AktG). Kein Kaufmann sind hingegen die so genannten Freiberufler (Ärzte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, Architekten usw.)

**Beispiel** Für eine aus drei Steuerberatern bestehende „Steuerberatungsgesellschaft mbH“ gilt aufgrund der Rechtsform (GmbH) das HGB, obwohl Steuerberater freiberuflich tätig sind, also kein Gewerbe und damit auch kein Handelsgewerbe ausüben.

### Merksatz

Wird ein Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH oder Aktiengesellschaft betrieben, sind unabhängig von der Größe des Unternehmens und vom Gesellschaftszweck die Vorschriften des HGB zu beachten (§ 6 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG, § 3 Abs. 1 AktG).

Für den „kleinen Handwerker“ ergibt sich Folgendes: Betreibt er sein Unternehmen als Einzelunternehmer, muss er das HGB nicht beachten. Sobald er die Rechtsform der GmbH wählt, gilt für diese hingegen das HGB.

1 Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl., München 2000, § 3 Rn. 9.

2 Vgl. Meyer, Justus, Die Insolvenzanfälligkeit der GmbH als rechtspolitisches Problem, GmbH-Rundschau 2004, S. 1417 ff. m.w.Nachw.

**Beispiel** Fliesenleger F, der für sein Unternehmen keine kaufmännischen Einrichtungen benötigt, kauft Fliesen bei V ein. F hat diesen Kauf in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit und damit als Unternehmer nach § 14 BGB getätigt. F ist aber kein Kaufmann nach § 1 HGB, weil er zwar ein Gewerbe, aber kein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Würde F sein Unternehmen als GmbH führen, müsste für die GmbH das HGB beachtet werden (§ 6 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG).

Hinzuweisen ist noch darauf, dass jemand, der Kaufmann im Sinne des HGB ist, bei bestimmten Verträgen als **Verbraucher** handeln kann mit der Folge, dass er dann weder Kaufmann noch Unternehmer ist.

**Beispiel** Der im Handelsregister eingetragene Kaufmann K erwirbt am 24.12. (Heiligabend!) um 17.59 Uhr, und damit eine Minute vor Ladenschluss, als Geschenk für seine, wie er sich gegenüber dem Juwelier auszudrücken beliebt, „herzallerliebste Frau“ einen goldenen Ring. K ist und bleibt Kaufmann, doch hat er diesen Ring als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gekauft und unterfällt damit – obwohl er „sonst“ Kaufmann ist – für dieses konkrete Geschäft den besonderen Schutzvorschriften für Verbraucher. Es liegt kein Handelsgeschäft (§ 343 HGB) vor. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB ist wegen des privaten Charakters des Kaufvertrages (Zeit, Ort und Umstände) widerlegt.

## 3.2 Verbraucherschützende Regelungen

Die Regelungen zum Verbraucherschutz sind in weiten Teilen kompliziert und zum Teil wegen zahlreicher Verweisungen auf andere Vorschriften recht verworren. Der „normale Verbraucher“, der geschützt werden soll, wird die Regeln, die ihn schützen (sollen), oftmals nicht verstehen.

### 3.2.1 Fernabsatzverträge

§ 312 d Abs. 1 S. 1 BGB gewährt dem Verbraucher (§ 13 BGB) beim Kauf im Fernabsatz ein zweiwöchiges **Widerrufsrecht** nach § 355 Abs. 1 BGB, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist (§ 14 BGB). Ein Fernabsatzvertrag ist nach § 312 b Abs. 1 BGB ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, der unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (Telefon, Brief, Fax, E-Mail) geschlossen wird. Beispiele bilden Kaufverträge im Versandhandel, im Teleshopping und im Internet sowie im Fernabsatz geschlossene Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen und Finanzdienstleistungen. Wichtig ist die Rollenverteilung: So muss beim Kaufvertrag der Unternehmer der Verkäufer und der Verbraucher der Käufer sein.

Das Widerrufsrecht des Verbrauchers besteht auch bei Auktionen im Internet. Zwar bestimmt § 312 d Abs. 4 Nr. 5 BGB, dass bei Versteigerungen in Form des § 156 BGB kein Widerrufsrecht gegeben ist. Der BGH hat jedoch entschieden, dass Auktionen im

Internet keine Versteigerungen im Sinne des § 156 BGB sind, sodass der Widerruf nicht ausgeschlossen ist<sup>3</sup>.

**Beispiel** Der Angestellte A hat im Internet von V einen Laptop ersteigert, den er ganz überwiegend beruflich nutzen will. Steht A ein Widerrufsrecht gemäß § 312 d BGB zu? Obwohl A den Laptop vorwiegend beruflich nutzen will, ist er Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, weil er als Angestellter kein Gewerbe betreibt und auch nicht anderweitig selbstständig ist. Falls der Verkäufer V ein Unternehmer gemäß § 14 BGB ist, steht A ein Widerrufsrecht zu. Wenn V hingegen ebenfalls ein Verbraucher ist, liegt kein Fernabsatzvertrag nach § 312 b Abs. 1 BGB vor und damit hätte A auch kein Widerrufsrecht nach § 312 d Abs. 1 BGB.

### Merksatz

Beim Kauf „von privat“ besteht kein Widerrufsrecht!

Die Frist für die Ausübung des Widerrufs beträgt zwei Wochen. Sie beginnt bei einem Kaufvertrag erst nach Eingang der Ware **und** ordnungsgemäßer Belehrung über das Widerrufsrecht zu laufen (§ 312 d Abs. 2 BGB). Erfolgt keine oder keine ordnungsgemäße Belehrung, läuft die Frist gemäß § 355 Abs. 3 S. 3 BGB gar nicht an. Dem Verbraucher steht dann ein zeitlich nicht begrenztes Widerrufsrecht zu. Allerdings kann die Belehrung nachgeholt werden, von da an gilt dann eine Monatsfrist gemäß § 355 Abs. 2 S. 2 BGB. Die Rechtsfolgen des Widerrufs regelt § 357 BGB, unter anderem durch einen Verweis auf §§ 346 ff. BGB.

§ 312 c BGB bestimmt in Verbindung mit der BGB-Informationspflichten-Verordnung (BGB-InfoV), welche Informationen ein Unternehmer einem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen zu geben hat. Weitere Pflichten ergeben sich bei „Internetverträgen“ aus § 312 e BGB und aus § 6 Nr. 1, 2 und 4 TDG (Teledienstegesetz). Die Regelungen sind sehr umfangreich und zum Teil so kompliziert, dass es für Unternehmer einen erheblichen Aufwand verursacht, sie vollständig und richtig umzusetzen. Ein erheblicher Teil der Unternehmer scheitert jedenfalls an den gesetzlichen Vorgaben.

### 3.2.2 Haustürwiderruf

Um den Verbraucher vor einer Übertümpelung in Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen zu schützen, gewährt ihm § 312 BGB bei Haustürgeschäften, die zwischen ihm und einem Unternehmer geschlossen werden, ein Widerrufsrecht. Der Anwendungsbereich der Vorschrift geht dabei über Geschäfte an der Haustür hinaus. Erfasst werden auch Vertragsabschlüsse auf Freizeitveranstaltungen (nicht auf entsprechend angekündigten Verkaufsveranstaltungen!), am Arbeitsplatz, in öffentlichen Verkehrsmitteln (Bus, U-Bahn) und auf öffentlichen Verkehrsflächen (Straßen, Plätzen). Für Einzelheiten des Widerrufs gelten – wie bei Fernabsatzverträgen – die §§ 355 ff. BGB.

<sup>3</sup> BGH NJW 2005, S. 53, 54 ff.

**Beispiel** Der Vertreter V des Staubsaugerherstellers Nachwerk verkauft Frau K an deren Haustür den „Super-Klopf-Sauger AX 23“. K kann binnen zwei Wochen das Widerrufsrecht ausüben, wobei die Frist – auch hier – erst nach ordnungsgemäßer Belehrung und Eintreffen der Ware zu laufen beginnt. Kein Widerrufsrecht steht Frau K zu, wenn sie den Vertreterbesuch angefordert hatte, etwa in Zusammenhang mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel.

### 3.2.3 Verbraucherkreditvertrag

Besondere Regelungen zu Darlehensverträgen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer enthalten die §§ 491 ff. BGB. Diese Vorschriften gelten gemäß § 499 Abs. 1 BGB überwiegend auch dann, wenn dem Verbraucher ein entgeltlicher Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten gewährt wird („Heute kaufen – in sechs Monaten zahlen, Zins 1,69 %“). Gleiches gilt für Teilzahlungsgeschäfte („Ratenkäufe“ – §§ 501 ff. BGB) und für Ratenlieferungsverträge (etwa ein Zeitungsabonnement – § 505 BGB).

Die §§ 491 bis 505 BGB sind einseitig zwingendes Recht. Das bedeutet, dass von ihnen nicht zum Nachteil, wohl aber zum Vorteil des Verbrauchers abgewichen werden darf. Deshalb ist eine Verlängerung der Widerrufsfrist zulässig, nicht aber eine Verkürzung. Im Übrigen gelten diese Schutzvorschriften auch für Existenzgründer, es sei denn, das Volumen des Vertrags übersteigt 50.000,- € (§ 507 BGB).

## 3.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Häufig findet man für Allgemeine Geschäftsbedingungen (kurz: AGB) auch heute noch die zwar griffige, aber oft unzutreffende Bezeichnung „Das Kleingedruckte“. Hiermit gemeint sind die aufgrund des gewählten Schriftgrades kaum oder nur mit einer Lupe lesbaren Regelungen, die auf der Rückseite eines Vertragsformulars in weißer Schrift auf einem grauen Untergrund abgedruckt sind. AGB gehen heute jedoch weit über das „Kleingedruckte“ hinaus. Viele Verträge stellen insgesamt AGB dar.

### Beispiele

- Ein Formulkar Kaufvertrag über ein gebrauchtes Kfz
- Mietverträge vom Bundesjustizminister, vom Haus- und Grundeigentümerverein oder von gewerblichen Vermietern.

Auch bei mündlich geschlossenen Verträgen haben AGB Einfluss auf den Inhalt des Vertrages, etwa in Form von Reparatur- oder Reinigungsbedingungen.

Mit den §§ 305 ff. BGB verfolgt der Gesetzgeber den Zweck, den *einen* Vertragsteil davor zu schützen, durch die vom anderen Vertragsteil („Verwender“ genannt) eingeführten AGB in einer gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößenden Weise benachteiligt zu werden. In der Regel geht es um den **Schutz des Verbrauchers** gegen Benachteiligungen in den AGB eines Unternehmers (neudeutsch: b2c für „business to consumer“). Es kann aber auch sein, dass auf beiden Seiten Verbraucher stehen (neudeutsch: c2c, etwa beim privaten Autokauf unter Verwendung eines Kaufvertragsformulars) oder zwei Unternehmer beteiligt sind (neudeutsch: b2b für „business to business“, z.B. beim Handelskauf oder einem gewerblichen Mietvertrag). Auch diese Konstellationen werden, für den b2b-Bereich allerdings mit einigen Modifizierungen, von den §§ 305 ff. BGB erfasst.

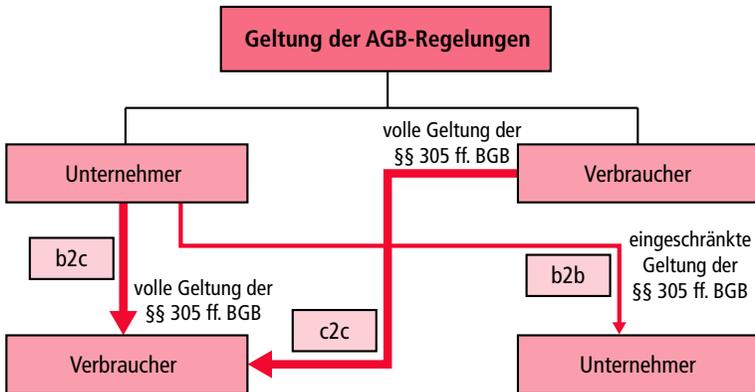


Abbildung 3.1: Geltung der AGB-Regelungen

Der von den §§ 305 ff. BGB bezweckte Schutz des anderen Teils basiert dabei im Wesentlichen auf zwei „Säulen“:

1. AGB gelten nicht automatisch, sondern nur wenn ihre Geltung zwischen den Parteien vereinbart worden ist.
2. Wenn die Geltung der (kompletten) AGB im konkreten Fall vereinbart worden ist, wird im zweiten Schritt geprüft, ob einzelne (oder auch alle) Klauseln wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam sind.

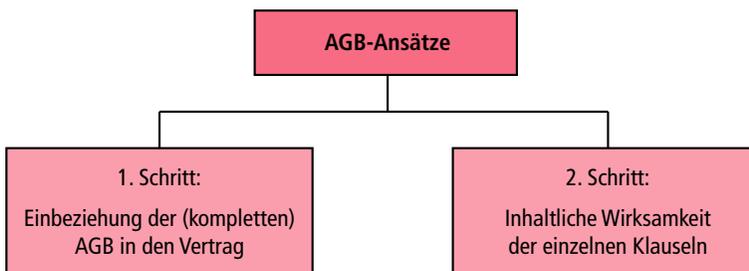


Abbildung 3.2: AGB-Ansätze

Diesen beiden „Hauptschritten“ sind weitere Prüfungsschritte vor- und nachgelagert.

### 3.3.1 Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Bevor in eine nähere Prüfung zur Einbeziehung und zur Wirksamkeit von AGB eingetreten wird, muss vorab geklärt werden, ob die §§ 305 ff. BGB auf den zu beurteilenden Sachverhalt überhaupt Anwendung finden. Diese Frage bestimmt sich nach § 310 BGB. Um diese recht komplizierte Vorschrift verstehen zu können, sind aber Grundkenntnisse des AGB-Rechts erforderlich. Die Erläuterungen zur Anwendbarkeit sollen deshalb, obwohl sie systematisch eigentlich an den Anfang gehören, einstweilen zurückgestellt werden<sup>4</sup>.

### 3.3.2 Begriff Allgemeine Geschäftsbedingung

Nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen **vorformulierten** Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei („Verwender“) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Es muss sich also um schon fertige („vorformulierte“) Bedingungen handeln, von der die eine Partei möchte, dass sie Bestandteil des Vertrages werden. Für das Merkmal „**für eine Vielzahl von Verträgen**“ reicht es aus, dass die AGB bei (mindestens) drei Verträgen verwendet werden sollen, wobei es sich nicht um identische Parteien zu handeln braucht.

**Beispiel** E möchte in seinem Zweifamilienhaus einmalig eine Wohnung vermieten. E besorgt sich den Mustermietvertrag des Bundesjustizministeriums und legt diesen Vertrag nach handschriftlicher Vervollständigung (Namen, Miethöhe, Mietbeginn, Kontonummer, usw.) dem künftigen Mieter M zur Unterschrift vor. Bei diesem Mietvertrag handelt es sich um AGB, auch wenn E den Vertrag nur einmal nutzen („verwenden“) will, weil der Mustermietvertrag für eine Vielzahl von Verträgen genutzt wird.

Sofern ein Vertrag zwischen Unternehmer (§ 14 BGB) und Verbraucher (§ 13 BGB) geschlossen wird, finden nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB zahlreiche Regelungen der §§ 305 ff. BGB sogar dann Anwendung, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, falls der Verbraucher aufgrund der Formulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

Für die Qualifizierung von Regelungen als AGB kommt es nach § 305 Abs. 1 S. 2 BGB nicht darauf an, ob sie

- im Vertrag selbst enthalten sind, also den Vertragstext bilden (Mustermietvertrag, Autokaufvertrag),
- auf der Rückseite des Vertrages abgedruckt sind,
- dem Vertrag beigelegt werden (etwa auf einem Extrablatt) oder
- als Datei im Internet abrufbar sind.

<sup>4</sup> Vgl. S. 91 ff.

Es kommt auch nicht auf die Länge einer Regelung an. Bei dem auf einem Angebot abgedruckten Satz: „Das Eigentum bleibt vorbehalten“ handelt es sich trotz der Kürze um eine AGB. Auch die Form des Vertrages ist ohne Bedeutung (§ 305 Abs. 1 S. 2 BGB), sodass auch bei einem mündlichen Vertrag AGB möglich sind (Reparatur- bzw. Reinigungsbedingungen).

Keine AGB liegen vor, wenn die Bedingungen eines Vertrages **einzeln ausgehandelt** werden (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Diese Voraussetzung ist aber nur erfüllt, wenn eine ernsthafte Bereitschaft des Verwenders zu Verhandlungen über eine vorformulierte Klausel besteht. Bloße Wahlmöglichkeiten der anderen Partei in einem engen Rahmen reichen dafür nicht aus.

**Beispiel** In einem von einer Versicherung verwendeten Formular ist eine Laufzeit von zehn Jahren bereits eingesetzt und mit einem vorgedruckten Häkchen versehen. Daneben befindet sich ein Kästchen, in das der Kunde eine abweichende Laufzeit handschriftlich einfügen kann. Nach Auffassung des BGH überlagert der vorformulierte Vorschlag des Versicherers (zehn Jahre) die Wahlmöglichkeit des Kunden. Nach dem Schutzzweck der Regelungen zu den AGB liege bei dieser Gestaltung trotz der Änderungsmöglichkeit für den Kunden eine AGB vor<sup>5</sup>.

**Verwender** ist derjenige, der möchte, dass bestimmte AGB für den Vertrag gelten. Dies können seine eigenen AGB (Einkaufs- oder Verkaufsbedingungen), aber auch fremde AGB, etwa die von einem Verband erstellten Bedingungen (Rahmen-, Formular- oder Musterverträge) sein. Der Verwender ist in der Regel ein Unternehmer, ein Verbraucher kann aber ebenfalls Verwender sein.

**Beispiel** V, ein Verbraucher, verkauft sein Fahrzeug unter Nutzung eines Musterkaufvertrages für gebrauchte Fahrzeuge an einen anderen Verbraucher. Hier ist V der Verwender der AGB. Hätte K das Formular besorgt, wäre er der Verwender.

### 3.3.3 Einbeziehung in den Vertrag

AGB gelten nicht automatisch, sondern nur, wenn die Parteien sich auf die Geltung der AGB, also auf deren Einbeziehung in den konkreten Vertrag geeinigt haben. Die Voraussetzungen der Einbeziehung enthält § 305 Abs. 2 BGB. Danach müssen nicht zwei – wie man bei flüchtiger Lektüre aufgrund der Nummerierung meinen könnte –, sondern drei Voraussetzungen erfüllt sein, also positiv vorliegen. Zusätzlich ist § 305 c BGB zu beachten, der ein negatives Merkmal enthält, das *nicht* vorliegen darf.

---

5 BGH NJW 1996, S. 1676, 1677.

**Merksatz**

Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB sind:

- **P1**<sup>6</sup>: Ein ausdrücklicher Hinweis des Verwenders auf die AGB,
- **P2**: die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme der AGB für die andere Partei und
- **P3**: das Einverständnis der anderen Partei mit der Geltung der AGB.
- Diese drei positiven Voraussetzungen müssen „*bei Vertragsschluss*“, also im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen.
- **N1**<sup>7</sup>: Aus § 305 c BGB folgt, dass AGB-Klauseln, die ganz und gar ungewöhnlich sind, kein Vertragsbestandteil werden, selbst wenn die drei erforderlichen positiven Voraussetzungen erfüllt sind.

**Hinweis des Verwenders (Voraussetzung P1)**

Der Verwender – also derjenige, der möchte, dass seine oder die von einem Dritten erstellte AGB für den Vertrag gelten – muss die andere Partei *bei* Vertragsabschluss ausdrücklich auf die AGB hinweisen. Dies kann schriftlich, aber auch mündlich geschehen. Der Hinweis muss dabei so klar sein, dass die andere Partei ihn bei „flüchtiger Betrachtung“, also selbst wenn sie sich nicht besonders konzentriert, nicht überhört bzw. übersieht. Kein Verbraucher ist hingegen gehalten, aus eigenem Antrieb nach AGB zu suchen.

**Beispiel** K will bei V Möbel kaufen. V legt ihm ein Bestellformular vor, auf dessen Rückseite die AGB des V abgedruckt sind. Auf der Vorderseite findet sich innerhalb eines längeren Textes ein leicht übersehbarer Hinweis auf die AGB. K unterschreibt das Formular, ohne sich um den Inhalt zu kümmern. Die auf der Rückseite abgedruckten AGB sind kein Vertragsbestandteil geworden, weil kein ausdrücklicher, sondern lediglich ein versteckter Hinweis vorlag. Dass K einen deutlichen Hinweis möglicherweise ebenfalls übersehen hätte, spielt keine Rolle.

Der ausdrückliche Hinweis ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn er wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist. In einem solchen Fall reicht es aus, wenn am Ort des Vertragsabschlusses durch einen deutlich sichtbaren Aushang auf die AGB hingewiesen wird.

**Beispiel** Bei Benutzung eines Parkhauses mit elektronischer Zufahrtssperre reicht ein solcher Hinweis aus, wenn er bei der Einfahrt gut sichtbar ist.

6 „P“ steht für ein positives Merkmal, das vorliegen muss. Fehlt nur ein positives Merkmal, werden die AGB kein Vertragsbestandteil.

7 „N“ steht für ein negatives Merkmal, das nicht vorliegen darf.

### Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme (Voraussetzung P2)

Neben dem ausdrücklichen Hinweis auf die AGB muss der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, die AGB in *zumutbarer* Weise zur Kenntnis zu nehmen. Dies setzt regelmäßig eine Aushändigung der AGB oder – bei kurzen AGB – eine ausreichend lange Zeit zum Lesen der Bedingungen voraus. Außerdem müssen die Regelungen überschaubar aufgebaut und die Lektüre „ohne Lupe“ möglich sein. Schließlich müssen Länge und Umfang der AGB in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts stehen.

**Beispiel** Bei einem Vertrag mit einem Umfang von 50,- € werden AGB, die 50 Seiten lang sind, kein Vertragsbestandteil, da eine Kenntnisnahme zwar möglich, aber nicht zumutbar ist.

An der Voraussetzung der zumutbaren Kenntnisnahme scheitert häufig die Einbeziehung der „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B“ (VOB/B)<sup>8</sup>, sofern der Bauherr den „Auftrag“ ohne Einschaltung eines Architekten vergibt<sup>9</sup>.

**Beispiel** Im Haus des E ist die Heizung ausgefallen. Heizungsbauer H unterbreitet ein schriftliches Angebot über den Einbau eines neuen Heizkessels. Auf dem Formular heißt es deutlich sichtbar: „Es gelten die VOB/B in der neuesten Fassung, die wir auf Wunsch kostenfrei zusenden“. Hier ist zwar ein ausreichender Hinweis auf die AGB erfolgt, doch ist die Voraussetzung der zumutbaren Kenntnisnahme nicht erfüllt, weil das bloße Angebot zur Aushändigung dafür nicht ausreicht. Es ist nämlich nicht Sache des Verbrauchers, sich um den Erhalt der AGB zu bemühen. Vielmehr obliegt es dem Verwender, dem anderen die AGB zu „präsentieren“, in der Regel also unaufgefordert auszuhändigen. Damit gelten für den Vertrag ausschließlich die §§ 631 ff. BGB und nicht die abweichenden Regelungen der VOB/B. Die Gewährleistungsfrist beträgt deshalb fünf Jahre (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB) und nicht lediglich vier Jahre (§ 13 Nr. 4 VOB/B). Dies hat bei einem Mangel, der nach Ablauf des vierten Jahres und vor Ablauf des fünften Jahres auftritt, unmittelbare Bedeutung, weil der Heizungsbauer sich nicht mit Erfolg auf die Verjährung berufen kann.

Da der Verwender dem anderen Teil nur die *Möglichkeit* der Kenntnisnahme verschaffen muss, kommt es für die Einbeziehung der AGB nicht darauf an, ob der andere Teil diese Möglichkeit auch tatsächlich nutzt. Er muss die AGB also **nicht lesen**, sondern nur die Möglichkeit erhalten, sie ohne großen Aufwand lesen zu können.

8 Zur VOB vgl. S. 302.

9 Vgl. Mehrings, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1998, S. 78 ff.

**Beispiel** Bei einem Vertragsabschluss im Internet muss der Verwender im Zeitpunkt der Bestellung auf seine AGB hinweisen und dem Besteller die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme eröffnen, zum Beispiel durch einen Link, der unmittelbar zu den AGB führt. Ausreichend ist folgendes Verfahren: „Hiermit bestelle ich unter Bezugnahme auf die Lieferbedingungen (zum Lesen klicken Sie hier) ...“, wenn sich die AGB ohne Probleme aufrufen und bei längeren AGB einfach und schnell herunterladen, speichern und ausdrucken lassen<sup>10</sup>. Ist dies der Fall, erfüllt der Unternehmer zugleich seine Verpflichtung nach § 312 e Abs. 1 Nr. 4 BGB.

### Einverständnis mit der Geltung der AGB (Voraussetzung P3)

Das Einverständnis mit der Geltung der AGB muss nicht ausdrücklich erklärt werden (etwa: „Ich erkenne die AGB an“). Es kann sich vielmehr auch daraus ergeben, dass der andere Teil nach einem Hinweis auf die AGB und der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme den Vertrag abschließt. In diesen Fällen ist von einem konkludent erklärten Einverständnis auszugehen. Obwohl es häufig gefordert wird, ist es *nicht* erforderlich, dass der Besteller ausdrücklich bestätigt, die AGB gelesen zu haben und mit ihnen einverstanden zu sein.

### Überraschende Klauseln (Voraussetzung N1)

Nach § 305 c Abs. 1 BGB werden Klauseln, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnlich sind, dass der andere Teil mit ihnen nicht zu rechnen braucht, kein Vertragsbestandteil, auch wenn die vorab dargestellten drei (positiven) Voraussetzungen vorliegen. Diese Regel erfasst aber nur „ganz und gar ungewöhnliche“ Klauseln frei nach dem Motto: „Ich rechne ja mit allem, aber damit nun wirklich nicht“, oder anders formuliert: „Das ist ja schier unglaublich“. Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn zu Lasten der anderen Vertragspartei in den AGB zusätzliche vertragliche Pflichten begründet werden.

#### Beispiele

- In den AGB zum Kauf einer sehr „günstigen“ Kaffeemaschine heißt es: „Der Käufer ist verpflichtet, zwei Jahre lang jeden Monat drei Kilo Kaffee von uns zu kaufen“.
- Vergütungspflicht für Kostenvoranschläge von Handwerkern, sofern der Auftrag nicht erteilt wird.
- Abtretung von Gehaltsansprüchen des Mieters an den Vermieter zur Sicherung der Mietzahlungen in einem Formularmietvertrag.

<sup>10</sup> Vgl. Löhnig, NJW 1997, S. 1688 ff.; Mehrings, Betriebs-Berater (BB) 1998, S. 2373 ff.

## Zeitpunkt der Einbeziehung

Die Voraussetzungen für die Einbeziehung der AGB müssen nach § 305 Abs. 2 BGB **bei Vertragsschluss** erfüllt sein. Daran fehlt es, wenn die AGB erst auf der Rechnung enthalten sind oder sich in der Verpackung befinden.

**Beispiel** Gast G und Hotelier H haben an der Rezeption des Hotels einen Vertrag über die Nutzung eines Hotelzimmers geschlossen. Im Zimmer entdeckt G im Schrank „Nutzungsbedingungen“, die vorschreiben, dass er das Zimmer am Abreisetag bis 9.30 Uhr zu räumen oder 50 % des Zimmerpreises zu zahlen hat. Diese AGB gelten nicht, da der Vertrag zuvor bereits ohne AGB geschlossen war. G muss das Zimmer deshalb erst zur üblichen Zeit räumen, also nicht vor 11.00 oder 12.00 Uhr.

Ist der Vertrag ohne AGB geschlossen, kann der Verwender die Ingebrauchnahme der Sache nicht davon abhängig machen, dass der andere Teil nachträglich der Geltung der AGB zustimmt.

### Beispiele

- K hat bei V eine CD-ROM mit darauf gespeicherter Software gekauft. Bei der Installation erscheint auf der ersten Seite der Hinweis: „Es gelten die folgenden AGB. Sollten Sie damit nicht einverstanden sein, beenden Sie sofort die Installation. Sie erhalten gegen Rückgabe der CD-ROM den Kaufpreis erstattet“. K muss sich auf dieses „freundliche Angebot“ nicht einlassen, da der Vertrag ohne AGB geschlossen wurde. Er kann die Software nutzen, die AGB gelten nicht.
- K hat im Internet Software bestellt, die ihm zugeschickt wird. Auf der Verpackung befindet sich der Hinweis: „Mit dem Aufreißen der Verpackung werden die inliegenden AGB anerkannt“. Auch dieser Hinweis ist nicht *bei* Vertragsschluss und damit zu spät erfolgt.

## Telefonischer Vertragsabschluss

Beim telefonischen Vertragsabschluss kann zwar auf die AGB hingewiesen werden, die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme lässt sich aber kaum eröffnen. Nur ganz kurze und einfache AGB könnten vorgelesen werden, im Übrigen ist eine Einbeziehung kaum möglich. Insbesondere ist es – entgegen einer zum Teil vertretenen Ansicht – nicht ausreichend, wenn der Kunde durch formularmäßige Erklärung dazu animiert wird, im Telefongespräch auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verzichten. Dagegen soll es möglich sein, dass der Kunde durch Individualvereinbarung einen solchen Verzicht erklärt<sup>11</sup>.

11 Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Rn. 37.

## Erleichterte Einbeziehung in besonderen Fällen

§ 305 a BGB ermöglicht eine erleichterte Einbeziehung für AGB von Verkehrsbetrieben und von Telekommunikationsanbietern. So können die AGB der Telekom und die ihrer Konkurrenten ohne ausdrücklichen Hinweis der TK-Anbieter und ohne Verschaffung der Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme Vertragsinhalt werden, sofern die AGB der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsabschluss zugänglich gemacht werden können. Weitere Voraussetzung ist, dass die AGB im Amtsblatt der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation veröffentlicht sind und in den Geschäftsstellen des TK-Anbieters bereitgehalten werden.

**Beispiel** Der TK-Anbieter T bietet die Möglichkeit des Call-by-Call-Verfahrens ohne vorherigen Vertragsschluss. T hat keine sinnvolle Möglichkeit, den Kunden vor Nutzung des Dienstes die AGB zugänglich zu machen. Die Möglichkeit, die AGB jeweils vor Beginn des Gespräches vorzulesen, kommt nicht ernsthaft in Betracht.

### 3.3.4 Inhaltskontrolle

Hat die Prüfung ergeben, dass die AGB als solche, also die Gesamtheit der Regelungen, Vertragsbestandteil geworden sind, ist im zweiten Schritt zu prüfen, ob die einzelnen Klauseln inhaltlich wirksam sind.

#### Grundlagen

Es erscheint vielleicht etwas merkwürdig, dass Klauseln, die unwirksam sind, dennoch Vertragsbestandteil werden können. Aber der Gesetzgeber hat diese beiden Fragen unterschieden. Verstehen kann man das wohl am besten so, dass im ersten Schritt geprüft wird, ob wirksam vereinbart wurde, dass die **kompletten AGB** für den Vertrag gelten. Ist dies nicht der Fall, weil kein ausdrücklicher Hinweis erfolgt ist oder die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme nicht eröffnet wurde, gelten die AGB insgesamt nicht für den Vertrag. Dann muss natürlich nicht geprüft werden, ob einzelne Klauseln nichtig sein könnten. Sind hingegen alle Voraussetzungen für die Einbeziehung der AGB erfolgt, wird im zweiten Schritt im Detail geprüft, ob **einzelne Klauseln unwirksam (nichtig)** sind.

**Beispiel** K kauft bei V eine Couchgarnitur. Neben der von K geleisteten Unterschrift befindet sich auf dem Bestellformular des V der gut lesbare Hinweis: „Es gelten die umstehend abgedruckten Geschäftsbedingungen“. Wenn die AGB tatsächlich abgedruckt sind und K damit die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme hat, gelten die Bedingungen für den Vertrag. Damit steht aber noch nicht fest, dass die Bedingungen auch wirksam sind. Denn es kann durchaus sein, dass einzelne oder im Extremfall sogar alle Klauseln in den AGB K in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise benachteiligen. Dann wären die AGB zwar insgesamt Vertragsbestandteil, doch würden die nichtigen Klauseln keine Wirkung entfalten.

Die praktische Bedeutung der Inhaltskontrolle ist sehr hoch, da AGB weit verbreitet und zugleich in vielen AGB unwirksame Klauseln enthalten sind<sup>12</sup>.

### Abweichung von Rechtsvorschriften

Eine Inhaltskontrolle findet nach § 307 Abs. 3 BGB nur statt, wenn in AGB Bestimmungen enthalten sind, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Das bedeutet zunächst einmal, dass nicht jede Vereinbarung in einem Vertrag der Kontrolle nach den AGB-Vorschriften unterliegt. Keine Kontrolle erfolgt, wenn die AGB lediglich das wiedergeben, was ohnehin im Gesetz steht. In vielen AGB finden sich durchaus solche Regelungen.

Wichtiger ist, dass im Hinblick auf die von den Parteien vereinbarten **Hauptleistungen** ebenfalls **keine Kontrolle** erfolgt. Dies gilt insbesondere für den Preis. Hier können gegebenenfalls aber andere Vorschriften eingreifen, wie zum Beispiel § 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in Fällen des Zins- oder Mietwuchers<sup>13</sup>.

**Beispiel** V und M haben einen Mietvertrag zu einem völlig überhöhten Mietpreis geschlossen. M kann sich nicht mit Erfolg auf die §§ 307 ff. BGB berufen, weil Hauptleistungen eines Vertrages der Inhaltskontrolle nach diesen Regelungen nicht zugänglich sind. Denn durch die Vereinbarung des Preises wird nicht von Rechtsvorschriften abgewichen. Möglich ist aber eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB.

Etwas anderes gilt für **Preisnebenabreden** und für **Preisbestandteile**. Hier lässt die Rechtsprechung eine Inhaltskontrolle zu. So sind in der Vergangenheit mehrfach Klauseln, die Banken in ihre AGB zum Nachteil der Kunden aufgenommen hatten, für unwirksam erklärt worden.

**Beispiel** Die B-Bank hat D ein langfristiges Darlehen gewährt, das D in monatlichen Raten tilgen muss. Nach den AGB der B-Bank werden die monatlichen Tilgungen aber erst zum Jahresende berücksichtigt („jährliche Tilgungsverrechnung“). Das bedeutet, dass D für die im Laufe des Jahres schon zurückgezahlten Beträge bis zum Ende des jeweiligen Jahres weiterhin Zinsen zahlen muss. Diese Tilgungsvereinbarung ist als Nebenabrede zum Darlehensvertrag kontrollfähig, inhaltlich ist sie nach Treu und Glauben unwirksam, es sei denn, dass der Kunde auf die zinssteigende Wirkung ausreichend deutlich hingewiesen wird<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Eine an der Fachhochschule Münster geschriebene Diplomarbeit ergab, dass von 20 Klauseln in den AGB eines mittelgroßen Möbelhändlers nicht weniger als 17 Klauseln unwirksam waren.

<sup>13</sup> Vgl. S. 66 f.

<sup>14</sup> BGH NJW 1997, S. 1068; w.Nachw. bei Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 307 Rn. 109.

## Methode der Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle richtet sich nach den §§ 307 bis 309 BGB. Während die §§ 308, 309 BGB eine Vielzahl von einzelnen Klauseln aufweisen, enthält § 307 BGB eine so genannte Generalklausel, von der die Klauseln aufgefangen werden sollen, die nicht bereits von §§ 308, 309 BGB erfasst werden. Daraus ergibt sich, dass § 307 BGB als letzte dieser drei Vorschriften zu prüfen ist. Die beiden anderen Paragraphen unterscheiden sich dadurch, dass die in § 309 BGB enthaltenen Klauseln (automatisch) unwirksam sind, ohne dass es einer Wertung bedarf, während nach § 308 BGB eine Wertung vorzunehmen ist. Zur Wertung berufen ist dabei das Gericht, das über die Wirksamkeit einer Klausel zu entscheiden hat.

### Merksatz

Bei der Inhaltskontrolle von AGB gilt der Satz: § 309 vor § 308 vor § 307 (oder kürzer: 9 vor 8 vor 7).

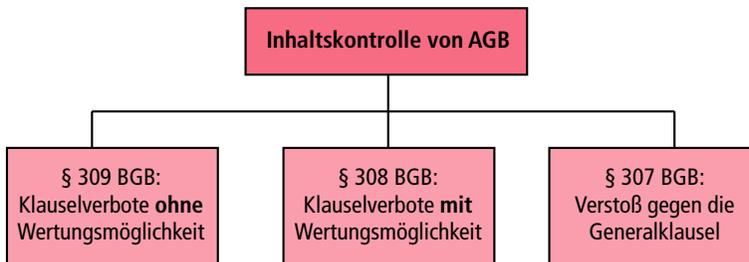


Abbildung 3.3: Inhaltskontrolle von AGB

Wegen der Vielzahl der Klauseln hier nur einige Beispiele:

### Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB)

- § 309 Nr. 1 BGB erklärt kurzfristige **Preiserhöhungen** für unwirksam, wenn die Ware innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluss geliefert werden soll.

**Beispiel** Die Klausel: „Preiserhöhungen bleiben vorbehalten, sofern sich unser Einkaufspreis erhöht“ ist unwirksam, wenn die Ware nach dem Vertrag innerhalb von vier Monaten zu liefern ist.

- § 309 Nr. 3 BGB beschränkt die Möglichkeit, in AGB ein **Aufrechnungsverbot** zu begründen.

**Beispiel** Die Klausel: „Eine Aufrechnung gegen uns zustehende Forderungen ist ausgeschlossen, es sei denn, die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, ist unbestritten“ ist unwirksam, weil der in § 309 Nr. 3 BGB enthaltene weitere Vorbehalt „oder rechtskräftig festgestellt“ fehlt.

- § 309 Nr. 4 BGB erklärt eine Klausel für unwirksam, nach der der Schuldner **ohne Mahnung** in Verzug gerät.

**Beispiel** Die Klausel: „Der Schuldner gerät in Verzug, wenn er nicht innerhalb der in der Rechnung angegebenen Frist zahlt“, ist nichtig.

- § 309 Nr. 7 und Nr. 8 BGB betreffen **Haftungsausschlüsse**, wobei die Nr. 8 b) die Mängelhaftung beim Kauf und beim Werkvertrag regelt.

**Beispiel** Die Klausel: „Alle Mängel der Kaufsache sind binnen zwei Wochen nach der Lieferung zu rügen“, ist nach § 309 Nr. 8 b) ee) unwirksam, weil eine Rügefrist nur für offensichtliche Mängel gesetzt werden kann.

Deshalb ist die in der Einleitung unter Nr. 3 abgedruckte Klausel unwirksam<sup>15</sup>, sodass K die Nachbesserung nicht unter Hinweis auf diese Klausel verweigern kann. Davon zu trennen ist die kaufmännische Rügeobliegenheit nach § 377 HGB<sup>16</sup>.

#### Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB)

- § 308 Nr. 1 BGB erklärt „unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte“ **Annahme- oder Lieferfristen** für unwirksam. Hier muss das Gericht jeweils im Rahmen einer Wertung eine Entscheidung treffen.

**Beispiel** In den AGB des Möbelhändlers M heißt es wie folgt: „Bei Möbeln, die nicht vorrätig sind, ist der Besteller an sein Angebot gebunden, bis wir es annehmen oder ablehnen“. Da ein Besteller nicht weiß und auch nicht wissen kann, wann M eine Entscheidung trifft, ist völlig unklar, wie lange er an das Angebot gebunden ist. Theoretisch könnte M seine Entscheidung erst nach zwei oder noch mehr Jahren treffen. Diese Klausel benachteiligt den Besteller ganz erheblich und ist deshalb unwirksam. Schwieriger wäre die Entscheidung, wenn der Besteller „sechs Wochen an sein Angebot gebunden“ wäre. Auch diese Frist dürfte zu lang sein, weil nicht erkennbar ist, warum M so lange Zeit benötigt, um eine Entscheidung zu treffen. Aber wie wäre es bei drei Wochen? Das OLG Köln hat diese Frist als angemessen angesehen<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vgl. S. 25.

<sup>16</sup> Vgl. S. 241 ff.

<sup>17</sup> OLG Köln NJW-RR 2001, S. 198; weitere Beispiele bei Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, § 308 Rn. 4.

Nach § 308 Nr. 4 BGB ist eine Klausel unwirksam, durch die sich der Verwender das Recht vorbehält, die versprochene **Leistung zu ändern** oder von ihr abzuweichen, es sei denn, „die Änderung ist ... für den anderen Vertragsteil zumutbar“.

**Beispiel** K hat bei V Möbel gekauft. In seinen AGB behält sich V das Recht vor, die Möbel auch in einer anderen Farbe zu liefern. Ein derartiger Vorbehalt ist unwirksam. Wirksam wäre die folgende Klausel: „Änderungen der Farbe bleiben vorbehalten, wenn und soweit sie für den Käufer zumutbar sind“.

### Generalklausel des § 307 BGB

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Klauseln unwirksam, die den anderen Teil entgegen den Geboten von **Treu und Glauben** unangemessen benachteiligen. Man muss sich verdeutlichen, dass dieser Ausgangspunkt auch den §§ 308, 309 BGB zugrunde liegt. Dort ist konkret für bestimmte, typische Klauseln präzisiert worden, wann eine solche Benachteiligung vorliegt, während § 307 BGB als „Auffangbecken“ für die in den anderen Vorschriften nicht erfassten Klauseln dient. Die damit für die Rechtsanwendung verbundenen erheblichen Probleme versucht § 307 BGB durch weitere Regelungen zu verringern:

- In § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wird klargestellt, dass sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Dahinter verbirgt sich das so genannte **Transparenzgebot**, dem AGB unterliegen. Die Praxis tut sich aber gerade hiermit recht schwer. Es kommt nämlich oft vor, dass AGB kaum, sehr schwer oder gar nicht verständlich sind (Beispiele: Versicherungs- oder Bankbedingungen), doch gibt es kaum Urteile, die daraus eine Unwirksamkeit der Klauseln abgeleitet haben. Im Gegenteil: Der BGH hat sinngemäß entschieden, wenn es nicht einfach ginge, dann sei auch das Schwierige in Ordnung. Das Transparenzgebot bestehe nämlich nur im Rahmen des Möglichen<sup>18</sup>.
- § 307 Abs. 2 BGB enthält eine Auslegungsregel, weil „im Zweifel“ davon auszugehen ist, dass eine Klausel unwirksam ist, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht übereinstimmt (Nr. 1). Gleiches gilt, wenn wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2).

---

<sup>18</sup> BGH NJW 1998, S. 3114, 3116.

**Beispiele**

- Nach Ziff. 6 eines Maklervertrages hat der Kunde eine „Aufwandsentschädigung“ zu zahlen, wenn aufgrund der Tätigkeit des Maklers kein Vertrag mit einem Dritten zustande kommt (etwa ein Grundstückskaufvertrag oder ein Mietvertrag). Da nach § 652 BGB ein Provisionsanspruch des Maklers nur entsteht, wenn infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers ein (weiterer) Vertrag zustande kommt, weicht die obige Klausel zum Nachteil des Kunden vom Grundgedanken der in § 652 BGB enthaltenen Regelung ab. Sie ist deshalb nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.
- Eine Gefährdung des Vertragszweckes kommt insbesondere dann in Betracht, wenn in AGB jede Haftung für eine Verletzung wesentlicher Vertragspflichten (so genannter „Kardinalpflichten“) ausgeschlossen wird. Da dem Schuldner im Falle eines wirksamen Haftungsausschlusses keine Schadensersatzansprüche drohen würden, wäre zu befürchten, dass er seinen Pflichten nicht sorgfältig genug nachkäme und deshalb die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet sein könnte. Ein so weitgehender Haftungsausschluss ist daher nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam.

**Ergänzung durch andere Vorschriften**

Die §§ 307 ff. BGB werden durch § 276 Abs. 3 BGB ergänzt. Nach dieser Vorschrift kann dem Schuldner die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden. Wenn der Schuldner den Gläubiger vorsätzlich schädigt, haftet er also immer. Die Unwirksamkeit einer entgegenstehenden Klausel ergibt sich bereits aus § 276 Abs. 3 BGB, ohne dass es eines Rückgriffs auf die AGB-Vorschriften bedarf. Außerdem gilt dieses Verbot unabhängig davon, ob der Haftungsausschluss in AGB oder individuell vereinbart worden ist. Falls AGB vorliegen, wird § 276 Abs. 3 BGB durch § 309 Nr. 7 BGB ergänzt.

**Beispiel** Der Schuldner hat im Vertrag jede Haftung für Schäden, die er verursacht, ausgeschlossen. Diese Regelung ist nach § 276 Abs. 3 BGB unwirksam, gleichgültig, ob sie in einem Individualvertrag oder in AGB enthalten ist. Wenn ein Schuldner die Haftung nicht vollständig, sondern „nur“ für grobe und für einfache Fahrlässigkeit ausgeschlossen hat, kommt es darauf an, ob sich diese Regelung in AGB befindet. Für diesen Fall ist § 309 Nr. 7 BGB zu prüfen, andernfalls § 242 BGB.

Eine weitere wichtige Ergänzung zum AGB-Recht gilt für den Verbrauchsgüterkauf mit § 475 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Danach sind bestimmte Vertragsinhalte unwirksam, wenn durch sie zum Nachteil des Verbrauchers von gesetzlichen Regelungen abgewichen wird. Einer AGB-Kontrolle bedarf es auch hier nicht. Auf § 475 BGB wird an späterer Stelle eingegangen<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> S. 236 ff.

### 3.3.5 Rechtsfolgen

Der Gesetzgeber musste entscheiden, welche Rechtsfolge eintreten soll, wenn AGB kein Vertragsbestandteil geworden sind (vgl. §§ 305 Abs. 2, 305 c BGB) oder wenn einzelne, mehrere oder gar alle Klauseln nach §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. *Eine* mögliche Rechtsfolge besteht darin, dass der gesamte Vertrag dann ebenfalls unwirksam (nichtig) ist. Das hätte aber fatale Konsequenzen, weil jeder Vertrag, der auch nur *eine* (einzige) unwirksame Klausel enthielte, ebenfalls nichtig wäre. Dies wäre eine unverhältnismäßige, auch wirtschaftlich unangemessene Reaktion auf einen möglicherweise nur geringfügigen Verstoß gegen die §§ 305 ff. BGB.

Der Gesetzgeber hat sich deshalb für eine andere Rechtsfolge entschieden: Nach § 306 Abs. 1 BGB hängt die Wirksamkeit des Vertrages weder davon ab, ob die AGB in den Vertrag einbezogen wurden noch ob sie wirksam oder unwirksam sind. Nach Abs. 2 treten an die Stelle der nicht einbezogenen oder nichtigen AGB die gesetzlichen Regelungen.

#### Beispiele

- Die AGB enthalten eine nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksame Annahmefrist. Der Vertrag bleibt dennoch wirksam, an die Stelle der unwirksamen Klausel tritt das BGB: Bei Verträgen unter Anwesenden gilt § 147 Abs. 1 BGB, bei Verträgen unter Abwesenden § 147 Abs. 2 BGB.
- Im Falle einer unzulässigen Verkürzung der Verjährungsfrist nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB gilt bei Kaufverträgen die gesetzliche Gewährleistungsfrist des § 438 BGB, bei Werkverträgen gilt § 634 a Abs. 1 BGB.

Welche Folge aber soll eintreten, wenn eine Klausel zwar unwirksam ist, aber mit einem geringfügig geänderten Inhalt wirksam wäre?

**Beispiel** Eine Klausel schließt „jede Haftung des Verwenders für fahrlässig verursachte Sachschäden aus“. Diese Klausel ist nach § 309 Nr. 7 b) BGB unwirksam, weil sie auch die Haftung für grob fahrlässig herbeigeführte Schäden umfasst.

Zu fragen ist, ob die Klausel auf den zulässigen Inhalt reduziert werden soll – Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit – oder ob sie insgesamt unwirksam sein soll. Die Rechtsprechung wendet in diesen Fällen das **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion** an. Dies bedeutet, dass eine unwirksame Klausel insgesamt unwirksam ist, auch wenn sie mit einem geänderten Inhalt wirksam wäre. Die Gerichte sehen es zu Recht nicht als ihre Aufgabe an, unwirksame Klauseln im gerade noch zulässigen Umfang aufrechtzuerhalten. Der Klauselverwender, der über das Ziel hinausschießt, hätte sonst kein Risiko, weil das Gericht es für ihn „schon richten würde“.

**Fortsetzung des Beispiels** Die obige Klausel ist deshalb unwirksam. Sie wird nicht auf den wirksamen Inhalt, wonach nur die Haftung für die *einfache* Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, reduziert.

Die Unwirksamkeit einer Klausel betrifft dabei nur diese Klausel. Andere Klauseln in denselben AGB, die einer Wirksamkeitskontrolle standhalten, bleiben also bestehen. Die Unwirksamkeit einer Klausel strahlt also nicht auf die anderen Klauseln aus, es sei denn, die Klauseln hängen unmittelbar zusammen.

#### Merksatz

Eine unwirksame AGB-Klausel wird nicht mit dem zulässigen Inhalt aufrechterhalten, „steckt“ andererseits aber auch nicht die anderen Klauseln an.

Es kann also sein, dass von 20 Klauseln in AGB vier Klauseln nach §§ 307 bis 309 BGB unwirksam, die anderen 16 hingegen wirksam sind. Dann würden gemäß § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der vier unwirksamen Klauseln die gesetzlichen Regelungen, insbesondere die des BGB treten, während die anderen 16 Klauseln unverändert gelten würden.

### 3.3.6 Verwendung gegenüber Unternehmern

#### Grundlagen

Zu Beginn dieses Abschnitts ist die Frage nach dem Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB zurückgestellt worden, obwohl sie systematisch eigentlich an den Anfang gehört. Denn wenn die §§ 305 ff. BGB für einen bestimmten Sachverhalt gar nicht gelten, ist nicht zu prüfen,

- ob eine Klausel eine AGB ist,
- ob die Klausel in den Vertrag einbezogen wurde,
- ob sie unwirksam ist und
- welche Rechtsfolge sich aus der Nichteinbeziehung oder der Unwirksamkeit für den Vertrag ergibt.

Der für die Anwendung der §§ 305 ff. BGB maßgebliche § 310 BGB ist eine recht komplizierte Vorschrift, die aber auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen besser verständlich sein dürfte.

Nach § 310 Abs. 1 S. 1 BGB finden die §§ 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung, wenn AGB gegenüber einem Unternehmer oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts verwendet werden. Der volle Schutz der Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen soll demnach nur Verbrauchern (§ 13 BGB) zugute kommen, während die Unternehmer (§ 14 BGB) und die juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Kreise, Gemeinden) nur einen eingeschränkten Schutz genießen. Unternehmer sind alle im Handelsregister eingetragenen Kaufleute, aber auch die dort nicht eingetragenen Gewerbetreibenden und die so genannten Freiberufler (Ärzte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, Architekten usw.). Diese Personen genießen also nur einen eingeschränkten Schutz.

## Einbeziehung von AGB gegenüber Unternehmern

Da nach § 310 Abs. 1 BGB bei der Verwendung von AGB gegenüber einem Unternehmer § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht gelten, richtet sich die Einbeziehung der AGB nicht nach dieser Vorschrift. Dies ist so zu verstehen, dass die gegenüber Verbrauchern geltenden strengen Anforderungen an die Einbeziehung nicht vorliegen müssen, wenn auf der Gegenseite des Verwenders ein Unternehmer steht. Daraus folgt aber nicht, dass die AGB automatisch gelten. Auch gegenüber Unternehmern bedarf es vielmehr einer Einbeziehung, doch ist diese im Verhältnis zu den Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB leichter herbeizuführen.

- Sofern die Verwendung von AGB branchenüblich ist (AGB der Banken, Allgemeine Deutsche Speditionsbedingungen), muss nicht einmal auf die AGB hingewiesen werden, der Verwender muss auch nicht von sich aus die Möglichkeit der Kenntnisnahme für den anderen Teil herbeiführen.
- Bei nicht branchenüblichen AGB reicht der Hinweis auf die AGB aus. Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme durch eine Übergabe der AGB ist nicht erforderlich. Allerdings sind die AGB auf Anforderung der anderen Seite zu übersenden.

## Einander widersprechende AGB

Im kaufmännischen Verkehr kommt es vor, dass beide Parteien unterschiedliche AGB haben. Hier ist zu klären, welche AGB gelten.

**Beispiel** Die K-GmbH bestellt unter Bezugnahme auf ihre „Einkaufsbedingungen“ bei der V-AG Ware. V erklärt die Annahme mit dem Zusatz: „Es gelten unsere Lieferbedingungen“. Anschließend erfolgen Lieferung und Bezahlung. Welche AGB gelten? Das Angebot der K-GmbH hat die V-AG abgelehnt, weil die V-AG nur mit „Ja, aber unsere AGB gelten“ zur Annahme bereit war. Diese eingeschränkte Annahme gilt nach § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot, das die K-GmbH mit der Entgegennahme der Lieferung und der Zahlung angenommen hat. Deshalb müssten eigentlich die AGB der V-AG gelten.

Nach der früheren Rechtsprechung galten in der Tat die AGB der Partei, die zuletzt auf ihre AGB verwiesen hatte („Theorie des letzten Wortes“). Diese Lösung trug recht zufällige Züge, auch war sie für den vorsichtigen Unternehmer Anlass, bis zuletzt und immer wieder auf die Geltung seiner AGB hinzuweisen. Heute geht der BGH davon aus, dass beide AGB-Werke gelten, soweit sie sich nicht widersprechen. Wenn ein Widerspruch zwischen den beiden AGB vorliegt, gelten insoweit das BGB, das HGB und die anderen Gesetze<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> BGH NJW 1991, S. 2633, 2634 f.

**Fortsetzung des Beispiels** Wenn in den AGB der V-AG ein Aufrechnungsverbot enthalten ist und diesem Verbot in den AGB der K-GmbH nicht widersprochen wird, gilt das Verbot.

Wenn beide AGB unterschiedliche Regeln zu den Transportkosten enthalten, gilt die gesetzliche Regelung, nämlich § 448 BGB.

## Abwehrklauseln

In der kaufmännischen Praxis werden verschiedentlich in AGB Abwehrklauseln wie folgt verwendet: „Für den Vertrag gelten ausschließlich unsere Lieferbedingungen. Der Geltung anderer Bedingungen wird widersprochen, auch wenn Sie unseren Lieferbedingungen nicht widersprechen“. Nach der Rechtsprechung sind derartige Klauseln wirksam, und zwar auch in AGB<sup>21</sup>. Sie haben zur Folge, dass die AGB der anderen Partei nicht gelten, und zwar unabhängig davon, ob ein Widerspruch zwischen den beiden AGB vorliegt. Sollten beide Seiten Abwehrklauseln verwenden, kommt keine der AGB zur Anwendung. Vielmehr gelten dann die gesetzlichen Bestimmungen des BGB, HGB usw.

## Inhaltskontrolle

Nach § 310 Abs. 1 BGB finden die §§ 308 und 309 BGB keine Anwendung, wenn AGB gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Hieraus könnte man schließen, dass gegenüber Unternehmern die bei Verwendung gegenüber einem Verbraucher nach §§ 308, 309 BGB unwirksamen AGB wirksam sind. Dass diese Annahme ein Fehlschluss ist, folgt aus dem zweiten, allerdings schwer verständlichen Satz von § 310 Abs. 1 BGB. Danach findet § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 BGB genannten Vertragsbestimmungen führt.

Dies soll Folgendes bedeuten: Während bei einer Verwendung von AGB gegenüber Verbrauchern die §§ 308, 309 BGB unmittelbar zur Anwendung kommen und – wie oben dargestellt – vor § 307 BGB zu prüfen sind, ist bei einer Verwendung gegenüber Unternehmern nur § 307 BGB zu prüfen. Eine Klausel zur Annahmefrist kann im geschäftlichen Verkehr deshalb nicht nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Das heißt aber nicht, dass eine solche Klausel gar keiner Inhaltskontrolle unterliegt und deshalb immer wirksam ist. Auch hier findet eine Wirksamkeitsprüfung statt, aber eben nicht nach § 308 Nr. 1 BGB, sondern unmittelbar nur nach § 307 BGB. Dies hat zur Konsequenz, dass der Prüfungsmaßstab etwas weniger streng ist. Klauseln, die gegenüber Verbrauchern nach §§ 308 oder 309 BGB unwirksam sind, können gegenüber Unternehmern wirksam sein. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, in jedem Einzelfall zu entscheiden, welche der nach §§ 308 und 309 BGB unwirksamen Klauseln bei einer Verwendung gegenüber einem Unternehmer auf der Grundlage des § 307 BGB ebenfalls unwirksam sind. Man kann in den einschlägigen Quellen, insbesondere in den Kommentaren zum BGB, etwa dem Palandt<sup>22</sup>, nachlesen, welche der in §§ 308 und 309 BGB enthaltenen Klauseln auch im geschäftlichen Verkehr gemäß § 307 BGB unwirksam ist. Merken kann und sollte man sich die Einzelfälle nicht.

21 BGH NJW-RR 2001, 484, 485; NJW 1991, 1604, 1606.

22 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., München 2006.

### 3.3.7 Abschließende Hinweise

Hinzuweisen ist abschließend auf Privilegien für bestimmte Bereiche (Strom, Gas, Fernwärme) in § 310 Abs. 2 BGB und auf den generellen Ausschluss der Regelungen zu AGB für Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (§ 310 Abs. 4 BGB). Arbeitsverträge unterliegen hingegen einer Inhaltskontrolle, wobei die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind.