

# § 1

## Begriffsbestimmung

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

### Übersicht

I. Einleitung		δ) Einzelfälle . . . . .	19
1. Normzweck . . . . .	1	b) Vorformulierung . . . . .	20
2. Funktion und systematische Stellung . . . . .	2	c) Vielzahl . . . . .	23
3. Entstehung der Vorschrift . . . . .	3	d) Veranlassung der Einbeziehung durch den Verwender („Stellen“)	
II. Frühere Rechtslage . . . . .	4	α) Einbeziehungsvorschlag und Verwenderbegriff . . . . .	26
III. Inhalt der Vorschrift		β) Beiderseitiger Einbeziehungsvorschlag . . . . .	29
1. Grundlagen		γ) Verwendung interner Vertragsmuster . . . . .	31
a) Der Schutzzweck als Auslegungsmaßstab . . . . .	5	3. Unerhebliche Umstände (Abs. 1 S. 2) . . . . .	33
b) Keine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenabreden; deklaratorische Klauseln . . . . .	7	a) Äußerliche Gestaltung, Schriftart . . . . .	34
c) Das Absehen von persönlichen Umständen der Vertragsparteien . . . . .	8	b) Umfang . . . . .	37
2. Die einzelnen Begriffsmerkmale (Abs. 1 S. 1)		c) Form des Vertrags . . . . .	38
a) Vertragsbedingungen		4. Der Vorbehalt der Individualabrede (Abs. 2) . . . . .	39
α) Zweiseitige Rechtsgeschäfte . . . . .	9	a) Einschränkung der AGB-Definition durch Abs. 2	
β) Art und Inhalt . . . . .	14	α) Fragestellung und Meinungsstand . . . . .	40
γ) Erweiterung auf bestimmte einseitige Rechtsgeschäfte . . . . .	16	β) Stellungnahme . . . . .	43
		b) Aushandeln	
		α) Allgemeines . . . . .	45

β) Die Anforderungen im Regelfall . . . . .	47	b) Mittelbare Plazierung . . . . .	71
γ) Der Sonderfall berechtigten Interessens des Verwenders am Aushandeln bestimmter problematischer Klauseln . . . . .	51	5. Kollektiv ausgehandelte Vertragsbedingungen . . . . .	74
c) Einzelfragen . . . . .	52	6. Behördlich genehmigte Vertragsbedingungen . . . . .	75
d) Kollektives Aushandeln . . . . .	59	7. Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand . . . . .	77
5. Beweislastfragen		V. Analogieprobleme und Inhaltskontrolle nach § 242 BGB	
a) Grundsatz . . . . .	60	1. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des AGBG im Analogiewege . . . . .	78
b) Nachweis der Individualabrede . . . . .	62	2. Richterliche Inhaltskontrolle standardisierter Klauseln in Einzelverträgen . . . . .	80
IV. Einzelfälle		3. Das Verhältnis von Inhaltskontrolle und Mißbrauchseinwand nach § 242 BGB . . . . .	82
1. Formularverträge . . . . .	66	VI. Verträge mit Unternehmern . . . . .	83
2. Vertragsmuster . . . . .	67	VII. Verbraucherverträge . . . . .	85
3. Notariell beurkundete Verträge . . . . .	69		
4. Wertpapierbedingungen			
a) Direkte Plazierung . . . . .	70		

## Stichwortverzeichnis

Abfindungserklärung . . . . .	19	– Nachweis . . . . .	62 ff.
Abschlußgehilfe . . . . .	27	– notarielle Verträge . . . . .	48 f.
ADSp . . . . .	74	– planmäßig vorformulierte Abweichungen . . . . .	57, 63
äußerliche Gestaltung von		– Preisfaktor . . . . .	54
AGB . . . . .	34 ff., 61	– Reichweite . . . . .	55
Angebotsformular . . . . .	19, 27	– unveränderte Textübernahme . . . . .	41, 48, 50 f., 64
Anleihebedingungen . . . . .	14, 19, 70 ff.	– Verhandlungsbereitschaft . . . . .	41, 50 f., 64
Arztvertrag . . . . .	17, 19	– Verhandlungspflicht des Kunden . . . . .	51
Aufklärung über Operationsfolgen . . . . .	19	– Wahlmöglichkeit zwischen mehreren AGB . . . . .	53 f.
Ausgleichsquittung . . . . .	19	– Zeitpunkt . . . . .	46
Aushandeln		Bauherrenmodell . . . . .	27a
– Änderungen des AGB-Textes . . . . .	47, 57, 63, 63a	Bausparkassen . . . . .	76
– berechtigtes Interesse des Verwenders am . . . . .	51	behördlich festgesetzte AGB . . . . .	10
– Bestätigungsklausel . . . . .	49, 65	behördlich genehmigte AGB . . . . .	10, 75 f.
– bestimmte Vertragsbedingungen . . . . .	45	Bestätigungsklausel . . . . .	49, 65
– Beweislast . . . . .	62	Bestellformulare . . . . .	19
– ergänzungsbedürftige Formulare . . . . .	56, 63a	Bevollmächtigungen . . . . .	19
– Erläuterungen von AGB . . . . .	44, 49	Beweislast . . . . .	60 ff.
– Folgeverträge . . . . .	45	Bitten . . . . .	11a
– kaufmännischer Geschäftsverkehr . . . . .	83 f.	Datenverarbeitungsklauseln . . . . .	19
– kollektives . . . . .	59, 74		
– nachträgliches . . . . .	46		

Deklaratorische Klauseln . . . . .	7a	maschinenschriftliche AGB . . . . .	34, 61
deliktische Haftung . . . . .	18	Mustermietvertrag . . . . .	59, 67/199
Dritte als AGB-Verfasser . . . . .	31	mündliche AGB . . . . .	36
		Musterbedingungen . . . . .	29 ff., 67 f.
EDV-Klausel . . . . .	19	Nebenabreden . . . . .	7
Eigentumswohnungen . . . . .	12, 24 f.	notarielle Verträge . . . . .	31 ff., 38, 48 f., 69, 80 f.
einseitige Erklärungen . . . . .	16 ff.	öffentlich-rechtliche Benutzungs- verhältnisse . . . . .	9 f., 77
Eintragungsbewilligung . . . . .	19	öffentlich-rechtliche Verträge	10, 14, 77
Einwilligungserklärung . . . . .	17, 19	Preisfaktor . . . . .	54
Einziehungsermächtigung . . . . .	19	Rechnungen . . . . .	28
Empfangsbestätigung . . . . .	35 <sup>110</sup>	Rechtsanwälte . . . . .	19, 31 ff.
Empfehlungen . . . . .	11a	rechtsgeschäftsähnliche Erklärun- gen . . . . .	17 f.
Ergänzung von Formularen . . . . .	56, 63a	Rechtsmißbrauch . . . . .	82
Erläuterung von AGB . . . . .	44, 49	Rechtsnormen . . . . .	9, 77
Ersatzformulierungen . . . . .	53, 57	sachenrechtliche Verträge . . . . .	15
		Satzung . . . . .	9
Flughafenunternehmen . . . . .	77	Schriftart von AGB . . . . .	20, 34
Form von AGB . . . . .	34 ff.	Schufa-Klausel . . . . .	19
Form des Vertrages . . . . .	38	Schuldanerkenntnis, -versprechen	14, 19
Formularbücher . . . . .	67	Schweigepflichtentbindung . . . . .	19
Formularvertrag . . . . .	66	Spielplatz . . . . .	18
Freizeichnungsklauseln . . . . .	18, 32, 80 f.	Sportanlagen . . . . .	18
		Stellen von AGB . . . . .	26 ff.
gemeinsame AGB-Verwendung . . . . .	29 f.	Stempelaufdruck . . . . .	28
Gemeinschaftsordnung von Woh- nungseigentümern . . . . .	12	Tarifwahl . . . . .	54
Genußschein . . . . .	19	Treuhänder . . . . .	27a
Geschäftsplan von Versicherern . . . . .	19	Umfang von AGB . . . . .	37
Gewohnheitsrecht . . . . .	11	Unternehmer . . . . .	83 f.
Grundsuldbestellung . . . . .	15	Verbandsmitteilungen . . . . .	67
Grundsuldzweckerklärungen . . . . .	19	Verbraucherverträge . . . . .	2, 23, 26, 85 f.
Grundstücksverkauf . . . . .	32, 80 f.	Verfügungsverträge . . . . .	15
		Verhandlungsbereitschaft . . . . .	41, 50 f., 64
Haftungsbeschränkung in GbR . . . . .	19	Verkehrssicherungspflicht . . . . .	18
Handelsbrauch . . . . .	11, 84	Verlagsvertrag . . . . .	25
handschriftliche AGB . . . . .	34	Versicherungsbedingungen . . . . .	19, 76
Hauptabreden . . . . .	7	Vertragsabschlußklauseln . . . . .	13
Hausnotar . . . . .	32a	Vertragsentwurf . . . . .	22
Honorarscheine . . . . .	19	Vertragsmuster . . . . .	24, 29 ff.
Hypothekenbedingungen . . . . .	15	Vertriebsvertrag . . . . .	25, 74
		Verwendung von AGB . . . . .	27 ff.
Individualvertrag . . . . .	80 f.	Vielzahl . . . . .	23 ff.
interne Vertragsmuster . . . . .	31 ff.	VOB . . . . .	29, 74
Kapitalanlagegesellschaften . . . . .	76		
kaufmännischer Geschäftsverkehr . . . . .	83 f.		
Konditionenempfehlungen, -kartelle . . . . .	59		
Konzertkarten . . . . .	19		
Kraftfahrzeughandel . . . . .	59		
Krankenhausverträge . . . . .	10a, 17, 19		
Lizenzvertrag . . . . .	25, 74		
Löschungsbewilligungen . . . . .	19		
Lotto- und Toto-AGB . . . . .	1330		

Vollmachtsformulare . . . . .	19	Werbeprospekte . . . . .	11a
vollstreckungsrechtliche Verein-		Wertpapiere . . . . .	14, 19, 70 ff.
barungen . . . . .	15	Wohnungseigentümergeinschaft .	12
Vorformulierung . . . . .	20 ff.		
vorvertragliches Rechtsverhältnis .	13	Zwangsvollstreckung . . . . .	15
VVaG . . . . .	14	Zwischenhändler . . . . .	25

**Schrifttum:** Vgl. die Nachweise vor Rdn. 9, 39, 69 und 77.

## I. Einleitung

### 1. Normzweck

Die Vorschrift des § 1 dient der **Definition** des im AGBG verwendeten Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Abs. 1 S. 1) und seiner **Abgrenzung** gegenüber individuell ausgehandelten Vertragsbestandteilen (Abs. 2). In Verbindung mit der Definition legt Abs. 1 S. 2 fest, welche Umstände für den AGB-Begriff *keine Bedeutung* haben. Die damit bezweckte *Klarstellung* sollte sich gegen Tendenzen aus der Zeit vor Erlass des AGBG richten, die die AGB-Definition an rein formalen Kriterien ausrichten („Druckerschwärze“, vgl. Rdn. 34) bzw. bestimmte Formen oder Arten von Verträgen (kurzgefaßte Formularverträge, notariell beurkundete Verträge) aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausklammern wollten. Aus heutiger Sicht ist die Frage längst überholt; das äußere Erscheinungsbild der Vertragsbedingungen kann nur im Rahmen des AGB-Nachweises Bedeutung erlangen (Rdn. 61).

### 2. Funktion und systematische Stellung

Über die eigentliche Begriffsbestimmung hinaus besteht die Funktion der Vorschrift darin, den **Anwendungsbereich des Gesetzes** und seiner drei zentralen Abschnitte (rechtsgeschäftliche Sondervorschriften für AGB, Inhaltskontrolle sowie Kontrollverfahren) **zu umschreiben**. Die Einbeziehung der jeweiligen Verträge oder Vertragsbestandteile in die AGB-Definition entscheidet also – vorbehaltlich der Ausnahme in § 8 – nicht nur über die Maßgeblichkeit der Inhaltsschranken der §§ 9 bis 11. Vielmehr hängt davon grundsätzlich auch die Geltung der Einbeziehungsvoraussetzungen und der Auslegungsvorschriften der §§ 2 bis 6 ab; Gleiches gilt für die Zulassung von Unterlassungs- und Widerrufsklagen nach Maßgabe des Dritten Abschnitts (§§ 13 bis 22). Gewisse *Einschränkungen* des Anwendungsbereichs trotz Erfüllung der Merkmale des AGB-Begriffs finden sich einerseits in den *sachlichen* Bereichsausnahmen des § 23 für eine Reihe besonderer Vertragsmaterien, andererseits in der Vorschrift des § 24, die den *persönlichen* Anwendungsbereich des Gesetzes und seine Geltung *gegenüber Unternehmern* als

Kunden betrifft. Demgegenüber hat die der EG-Rechtsangleichung dienende AGBG-Novelle 1996 eine *Ausweitung* des Anwendungsbereichs des Gesetzes auf die beiden in § 24a Nr. 1 und 2 geregelten Typen von *Verbraucher-  
verträgen* gebracht (vgl. Erläut. daselbst).

### 3. Entstehung der Vorschrift

- 3 Zu wesentlichen Inhaltsänderungen bei der Erarbeitung der Definition ist es im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht gekommen. Allerdings hat die Vorschrift, die in der Endfassung auf einen Änderungsvorschlag des *Bundesrats* zurückgeht<sup>1</sup>, im Lauf der Beratungen klarere Konturen erlangt. Vgl. Näheres in der 4. Aufl., Rdn. 3.

## II. Frühere Rechtslage

- 4 Rechtsprechung und Literatur waren schon vor Erlaß des AGBG zunehmend bestrebt, den Anwendungsbereich der im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten AGB-Grundsätze klarer abzugrenzen. Mit der Intensivierung der Inhaltskontrolle von AGB verband sich die Tendenz, deren Anwendungsbereich auszuweiten und für den AGB-Begriff von formalen zu **materiellen**, am einseitigen Aufstellungs- und Einbeziehungsvorgang orientierten **Kriterien** überzugehen. So stellte das RG schon 1932 für den AGB-Charakter nicht auf das äußere Erscheinungsbild, sondern auf die verbreitete Verwendung der fraglichen Klausel ab (RGZ 135 136, 137). Auch die Einbeziehung von **Formularverträgen** in die AGB-Rechtsprechung geht bereits auf das RG zurück (RG DR 1941 53); sie wurde in der Folgezeit vom BGH jedenfalls in den Fällen fortgeführt, in denen es sich um umfangreiche und unübersichtliche Formulare handelte<sup>2</sup>. Auf *notariell beurkundete Massenverträge* wurden die AGB-Grundsätze erstmals in BGHZ 62 251 = NJW 1974 1135 angewandt. Das Schrifttum hat dieser Rechtsfortbildung jeweils ganz überwiegend zugestimmt (vgl. Nachweise in Rdn. 35, 38). Durch die Regelung in § 1 Abs. 1 und ihre Ergänzung in § 24a Nr. 1 ist sie nicht nur voll übernommen, sondern auf weitere Fälle der Vorformulierung ausgedehnt worden.

---

<sup>1</sup> Vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 47.

<sup>2</sup> St. Rspr., vgl. BGHZ 22 90, 94 f. und 97; 47 207, 215 ff.; 51 55, 59; 62 251, 252 f.; BGH NJW 1972 1227; 1977 624; 1979 2387, 2388; zur abweichenden Beurteilung bei Formularen mit wenigen, leicht verständlichen Klauseln vgl. 4. Aufl. Rdn. 4.

### III. Inhalt der Vorschrift

#### 1. Grundlagen

##### a) Der Schutzzweck als Auslegungsmaßstab

Der **Schutzzweck** des AGBG geht vorbehaltlich der Sondervorschrift des § 24a über Verbraucherverträge bekanntlich dahin, angesichts der fehlenden Richtigkeitsgewähr vorformulierter Vertragsbedingungen dem anderen Teil Schutz vor solchen Gefahren zu gewähren, die sich für ihn aus dem Sicheinlassen auf die vorformulierten Klauseln unter Verzicht auf das Aushandeln der Vertragsbedingungen ergeben (Einl. Rdn. 28 ff.). Dem ist auch bei der **Auslegung der AGB-Definition** und der damit verbundenen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Gesetzes (Rdn. 2) Rechnung zu tragen. Als tragende Definitionsmerkmale des § 1 Abs. 1 S. 1 erweisen sich daher die einseitige *Vorformulierung* der Vertragsbedingungen und ihre *Einbeziehung in den Vertrag auf Verlangen eines Vertragsteils*, im Rahmen von Verbraucherverträgen auch auf Verlangen eines *Dritten* (§ 24a Nr. 1). Sie bilden zugleich die maßgeblichen Abgrenzungskriterien gegenüber Individualvereinbarungen. Wie nicht zuletzt die Einbeziehungsregelung in § 2 zeigt, steht der Anwendung des Gesetzes *nicht* etwa der Umstand entgegen, daß der andere Teil nicht im Wege der Unterwerfung, sondern freiwillig und unter Verzicht auf mögliche Änderungswünsche das vorformulierte Angebot des Verwenders akzeptiert hat (Rdn. 26 f.).

Aus dem Schutzzweck erklärt sich zugleich das Bestreben des Gesetzgebers, die Anwendung des AGBG nicht an formalen Kriterien der in Abs. 1 S. 2 genannten Art (Form, Umfang oder Schriftart der Vertragsbedingungen) auszurichten, sondern auf die in Abs. 1 S. 1 festgelegten, in erster Linie *materiellen* Elemente abzustellen<sup>3</sup>. Nicht die Art oder Form der Vervielfältigung der AGB oder die Zahl der Vertragsklauseln entscheidet danach über das Eingreifen des gesetzlichen Schutzes, sondern **die durch die AGB-Verwendung bedingte typische Gefährdung des Vertragsgleichgewichts**<sup>4</sup>. Das kann im Einzelfall zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen AGB-Klausel und Individualabrede führen (vgl. dazu näher Rdn. 34 f., 45 ff.). Diese Unschärfe nimmt das Gesetz bewußt in Kauf. Angesichts der zahlreichen Abweichungen des AGB-Rechts vom allgemeinen Vertrags- und Prozeßrecht darf sie allerdings *nicht* im Sinne einer möglichst *umfassenden* Interpretation von § 1 Abs. 1 unter Einbeziehung auch solcher Vertragsbestandteile gelöst werden, bei deren Vereinbarung das individuelle Aushandeln vorherrschte. Zur Frage einer Inhaltskontrolle nicht ausgehandelter *Individualverträge* vgl. Rdn. 80 f.

<sup>3</sup> Vgl. auch *Dietlein NJW 1974 971*.

<sup>4</sup> So zutr. schon OLG Celle BB 1976 1287 mit zu Unrecht abl. Anm. von *von Westphalen a.a.O. 1288*.

## b) Keine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenabreden; deklaratorische Klauseln

- 7 Auf den **Inhalt** der Vertragsbedingungen, die die Merkmale des Abs. 1 S. 1 erfüllen, kommt es für die AGB-Definition **nicht** an. Unter die Definition fallen grundsätzlich auch solche vorformulierten Verträge, die einen der in § 23 Abs. 2 und 3 genannten Ausnahmereiche zum Gegenstand haben; anderes gilt nur für die Materien des § 23 Abs. 1, auf die das AGBG generell keine Anwendung findet<sup>5</sup>. Ebenso *verzichtet* die Definition auf eine Abgrenzung danach, ob die Vertragsbedingungen *der Änderung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften* dienen, ob sie m.a.W im Sinne typischer AGB-Funktionen das „selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft“<sup>6</sup> an die Stelle dispositiven Gesetzesrechts setzen oder dieses nur wiederholen (zur Behandlung deklaratorischer Klauseln als AGB vgl. Rdn. 7a); diese Frage wird erst für die Inhaltskontrolle relevant (vgl. § 8). Entscheidend ist auch nicht, ob die Vertragsbedingungen Nebenabreden enthalten oder aber Kernbestandteile des Vertrags betreffen. Daher fällt auch die vorformulierte Festlegung der **Hauptleistung** einer oder beider Parteien im Rahmen von Formularverträgen unter den AGB-Begriff und unterliegt dementsprechend grundsätzlich den Vorschriften des AGBG (einh. M.). Praktische Bedeutung hat diese Ausweitung gegenüber dem hergebrachten AGB-Verständnis allerdings nur für die Rechtsgeschäftsnormen der §§ 2 bis 6. Demgegenüber kommen die Vorschriften über die Unwirksamkeit unangemessener Klauseln einschließlich des hierauf bezogenen Kontrollverfahrens aufgrund der Einschränkung in § 8 nur gegenüber Nebenabreden zur Anwendung, während Abreden über die beiderseitigen Hauptleistungen im Grundsatz unberührt bleiben. Eine Inhaltskorrektur dieser Vertragsteile aufgrund des AGBG ist somit grundsätzlich ausgeschlossen (zur Abgrenzung vgl. § 8 Rdn. 8 ff.).
- 7a Auch für sog. **deklaratorische Klauseln**, d.h. solche, die Rechtsvorschriften lediglich wiedergeben, ist ihr Charakter als vorformulierte Vertragsbedingungen i.S. des AGBG im Grundsatz überwiegend zu Recht anerkannt<sup>7</sup>. Im Hinblick auf das Merkmal des „Stellens“ (dazu Rdn. 26 ff.) ist allerdings einschränkend zu fordern, daß es sich um Vorschriften des *dispositiven*

<sup>5</sup> Dietlein/Rebmann Rdn. 2; so zum Recht vor Inkrafttreten des AGBG auch schon OLG Frankfurt BB 1978 926: Satzungsbestimmungen einer Genossenschaft sind keine AGB.

<sup>6</sup> Großmann-Doerth Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.

<sup>7</sup> Dazu eingehend Dylla-Krebs Schranken der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1990, S. 51 ff.; grds. bejahend auch BGH NJW 1988 2951; Erman/H. Hefermehl/Werner Rdn. 6 und § 8 Rdn. 13; Zoller BB 1987 421, 425 und inzident (da nur die Inhaltskontrolle ablehnend) BGHZ 106, 42, 45; 107, 123, 126; BGH NJW 1991 1750, 1754; Palandt/Heinrichs § 8 Rdn. 6; vgl. auch § 8 Rdn. 30 (Brandner); a.A. Löwe/von Westphalen/Trinkner § 8 Rdn. 16; Fehl BB 1983 223, 225; Niebling BB 1984 1713; Leonardy DRiZ 1976 108, 110.

Rechts handelt, weil bei zwingend geltenden Vorschriften von einer einseitigen Auferlegung schlechterdings nicht gesprochen werden kann<sup>8</sup>. Auch die Wiedergabe dispositiver Vorschriften stellt sich grundsätzlich als Ausübung privatautonomer Gestaltungsfreiheit dar. Insbesondere macht es einen Unterschied, ob lediglich auf *einzelne* Bestimmungen des dispositiven Rechts verwiesen wird oder ob dieses *generell* anwendbar sein soll<sup>9</sup>. Schließlich geht auch § 8 davon aus, daß es sich bei deklaratorischen Klauseln um AGB handelt, weil andernfalls die Beschränkung der Inhaltskontrolle auf Klauseln, die das (dispositive) Recht ändern oder ergänzen, überflüssig wäre<sup>10</sup>. Praktische Auswirkungen hat die Einbeziehung deklaratorischer Klauseln in den AGB-Begriff z.B. im Hinblick auf § 6 Abs. 2, weil dem danach zur Lückenfüllung eingreifenden dispositiven Recht eine im Wege ergänzender Vertragsauslegung gefundene Regelung prinzipiell vorgeht (vgl. § 6 Rdn. 30, 33 ff.); ferner im Hinblick auf § 5, weil die für AGB geltenden Auslegungsregeln sich nicht mit denjenigen für Gesetze decken<sup>11</sup>.

### c) Das Absehen von persönlichen Umständen der Vertragsparteien

Auch auf das Bestehen oder den Nachweis einer etwaigen **wirtschaftlichen und/oder intellektuellen Unterlegenheit des Kunden** gegenüber dem AGB-Verwender kommt es – abgesehen von den Sondervorschriften für Unternehmer bzw. Verbraucher als Kunden in §§ 24, 24a – für das Eingreifen des Gesetzes grundsätzlich **nicht** an. Entgegen einer Reihe rechtspolitischer Vorschläge hat der Gesetzgeber im Jahr 1976 bewußt davon abgesehen, das AGB-Recht als Gesetz zum Schutz des Schwächeren auszugestalten oder daraus ein spezifisches, an der typischen Unterlegenheit der Verbraucher orientiertes Verbraucherschutzgesetz zu machen (str., vgl. Einl. Rdn. 20); daran hat sich auch durch die Einfügung von § 24a im Jahr 1996 nichts Grundsätzliches geändert. Daher sind auch alle diejenigen Umstände, die die *relative Stärke* der beteiligten Vertragspartner und die *Möglichkeit der Durchsetzung abweichender Bestimmungen* betreffen, für die AGB-Definition des § 1 Abs. 1 im Grundsatz ohne Belang. Sie können allerdings im Hinblick auf das Merkmal des Aushandelns betr. die Abgrenzung zur Individualabrede Bedeutung erlangen (Rdn. 52, 64). Zur Anwendung der AGB-Definition auf *Verträge mit Unternehmern* vgl. Rdn. 83, auf Vertragsbedingun-

8 So auch *Dylla-Krebs* (FN 7) S. 52 f., 54.

9 Dies wird etwa deutlich bei der Bereichsausnahme des § 23 Nr. 5 für die Vereinbarung von VOB. Sie kommt nur dann zur Anwendung, wenn die VOB *insgesamt* vereinbart werden, nicht nur hinsichtlich der Gewährleistungsregelungen; denn nur dann trifft der Ausnahmegrund zu, daß die VOB insgesamt eine ausgewogene Regelung darstellen, vgl. § 23 Rdn. 44 f. sowie die Argumentation bei *Dylla-Krebs* (FN 7) S. 53.

10 So auch die Argumentation des BGH in NJW 1988 2951; vgl. zur Gesetzesgeschichte *Dylla-Krebs* (FN 7) S. 54 f. m. w. N.

11 Vgl. auch § 5 Rdn. 16; näher dazu *Dylla-Krebs* (FN 7) S. 57 f.



gen der *öffentlichen Hand* Rdn. 77; zur Sonderregelung für Verbraucherverträge vgl. Rdn. 85.

## 2. Die einzelnen Begriffsmerkmale (Abs. 1 S. 1)

**Schrifttum:** *Bartsch* Der Begriff des „Stellens“ Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1986 28; *F. Baur* Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf Bezugs- und Benutzungsordnungen der öffentlichen Hand, in: Festschrift für Mallmann, 1979, S. 33; *Bettermann* Über Flughafengebühren, in: Festschrift für Reimers, 1979, S. 415; *Brambring/Schippel* Vertragsmuster des Notars und Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 1979 1802; *Braun* Die Stellung des AGB-Gesetzes im System des Privatrechts, BB 1979 689; *Bunte* Inhaltskontrolle notariell beurkundeter Verträge, ZIP 1984 1313; *Ekkenga* Wertpapierbedingungen als Gegenstand richterlicher AGB-Kontrolle?, ZHR 160 (1996) 59; *von Falkenhausen* Zur Auslegung des AGB-Gesetzes, BB 1977 1124; *Garrn* Zur richterlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, NJW 1980 2782; *Grunewald* Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Bestimmungen über den Vertragsabschluß, ZIP 1987 353; *Heinrichs* Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977 1505; *Hönn* Wirksamkeitskontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen, JZ 1983 677; *Jaeger* „Stellen“ und „Aushandeln“ vorformulierter Vertragsbedingungen, NJW 1979 1569; *Joussen* Die Inhaltskontrolle von Wertpapierbedingungen nach dem AGBG, WM 1995 1861; *Kramer* Nichtausgehandelter Individualvertrag, notariell beurkundeter Vertrag und AGB, ZHR 146 1982 105; *Michalski/Römermann* Inhaltskontrolle von Einzelvereinbarungen anhand des AGB-Gesetzes, ZIP 1993 1434; *Niedenführ* Informationsgebote des AGB-Gesetzes, 1985; *Pawlowski* Bemerkungen zur Auslegung des AGB-Gesetzes, BB 1978 161; *Rott/Butters* Öffentliche Dienstleistungen und Vertragsgerechtigkeit im Lichte des Gemeinschaftsrechts, VuR 1999 75, 107; *Pflug* Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986; *Schippel/Brambring* AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977 131; *Schlechtriem* Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Festschrift für Duden 1977, S. 571; *G. Stein* Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts, 1982; *Stober* Zur Anwendung des AGB-Gesetzes auf die öffentliche Hand, DÖV 1977 398; *Ulmer* Notarielle Vertragsmuster und AGB-Inhaltskontrolle, DNotZ 1981 84; *ders.* AGB-Gesetz und einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern, in: Festschrift für Weitnauer, 1980, S. 205; *J. F. Wagner* Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Benutzungsregelungen kommunaler Einrichtungen, 1982; *Wiedemann* Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, in: Festschrift für Kummer, 1980, S. 175; *Willemssen* Schutz des Verbrauchers vor Aufrechterhaltung unwirksamer AGB-Klauseln als „Individualvereinbarungen“, NJW 1982 1121.

### a) Vertragsbedingungen

#### α) Zweiseitige Rechtsgeschäfte

- 9 Bei den AGB muß es sich um Vertragsbedingungen handeln, d.h. um **Bestandteile eines** zwischen dem Verwender und dem anderen Teil abzu-

schließenden, nicht notwendigerweise bereits zustande gekommenen (Rdn. 13) **Rechtsgeschäfts** (zur Behandlung auch allgemeiner, auf Begründung eines vorvertraglichen Rechtsverhältnisses gerichteter Hinweise des Verwenders als AGB vgl. Rdn. 13)<sup>12</sup>. Daher scheiden solche Klauseln aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus, deren Geltung nicht auf der vertraglichen Einbeziehung beruht, sondern auf ihrem Charakter als zwingende Rechtsnormen<sup>13</sup>. In derartigen Fällen normativ geltender Geschäftsbedingungen, so namentlich bei *satzungsrechtlich* ausgestalteten Benutzungsordnungen, kommt allerdings, sofern das Benutzungsverhältnis als solches als öffentlich-rechtlicher Vertrag und nicht als Subordinationsverhältnis ausgestaltet ist, eine *entsprechende Anwendung* bestimmter im AGBG kodifizierter Grundsätze auch auf die satzungsrechtlichen Elemente in Betracht<sup>14</sup>. Zum AGB-Charakter von deklaratorischen Klauseln, die das dispositive Recht wiedergeben, vgl. oben Rdn. 7a.

Die **behördliche Genehmigung** von Vertrags- oder Geschäftsbedingungen läßt ihren privatautonomen, auf Einbeziehung beruhenden Geltungsgrund unberührt. Sie nimmt ihnen nicht den Charakter von AGB<sup>15</sup>. Ebenso steht grundsätzlich die Festsetzung der Benutzungsordnung durch *Erlaß* o.ä. der Anwendbarkeit des AGBG nicht entgegen, solange nur das **Benutzungsverhältnis selbst als privatrechtlicher Vertrag** ausgestaltet und auch die Benutzungsordnung auf diesem Wege einbezogen ist<sup>16</sup>. Auch die privatrechtsge-

- 
- 12 Kritisch zur gesetzlichen Qualifikation der AGB als *Vertragsbedingungen* unter Betonung ihrer rechtssystematischen Nähe zu *Rechtsnormen* eingehend *Pflug* (insbes. S. 32 ff., 298 ff.); vgl. dazu Einl. Rdn. 22 ff.
- 13 Verordnung, Satzung u.a. ganz h.M., vgl. *Staudinger/Schlosser* Rdn. 3; *Wolf* Rdn. 7; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 4; *Soergel/Stein* Rdn. 4; *Rott/Butters* VuR 1999 107, 108 [abweichend allerdings für den Begriff der Vertragsklausel in Art. 2 lit. a RL 93/13/EWG, vgl. a.a.O. S. 107, 109 ff.; dazu auch §§ 26, 27 Rdn. 3 FN 5a]; tendenziell **a.A.** *Hoffmann*, in: *Lehofer/Mayer* (Hrsg.), *Geschäftsbedingungen in Österreich und der EU*, 1998, S. 67 f.
- 14 So zutr. OLG München BB 1980 496, *Staudinger/Schlosser* Rdn. 3 und *Baur* FS Mallmann, 1979, S. 36 ff.; weitergehend (für entsprechende Anwendung auch auf öffentlich-rechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnisse) LG Köln NJW-RR 1988 430, 431; *Wolf* Einl. Rdn. 20; *J.F. Wagner* S. 86 f., 162 ff.; *Soergel/Stein* Rdn. 4; ebenso für die *Auslegung* von Freizeichnungsklauseln in öffentlich-rechtlich gestalteten Benutzungsordnungen BGH WM 1977 557, 558 u. 1456, 1459; 1980 444, 445; **a.A.** aber BGH WM 1981 1176, 1177 für die AVersorgB. Vgl. dazu auch § 9 Rdn. 18 ff.
- 15 BGHZ 86 284, 291 = NJW 1983 1322; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 2; *Wolf* Rdn. 7; *MünchKomm.-Kötz* Rdn. 1; vgl. näher Rdn. 71.
- 16 So auch BGHZ 111, 295, 297 = NJW 1990 2686; BGHZ 107, 273, 275 f. = NJW 1989 3010 (Südlotto); BGH NJW 1979 2353, 2354; OLG Koblenz bei *Bunte* AGBE I § 9 Nr. 104; LG Köln NJW 1979 2356 und LG Düsseldorf NJW 1979 605 für die Vereinbarung nachträglicher Erhebung von Zimmerzuschlägen im Fall rückwirkend erhöhter Krankenhauspflegesätze *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 4; grundsätzlich **a.A.** *Bettermann* FS Reimers, 1979, S. 432 ff.

staltende Natur der behördlichen Genehmigung nimmt den Zivilgerichten grundsätzlich nicht die Kontrollbefugnis nach dem AGBG<sup>17</sup>.

- 10a Eine **Ausnahme** von der Anwendbarkeit des AGB-Rechts ist insoweit geboten, als der Inhalt von Leistung oder Gegenleistung auf *öffentlich-rechtlicher* Bestimmung beruht, so wie es für die **Krankenhauspflegesätze** der Fall ist. Diese werden gem. § 18 KHG i.V.m. §§ 16 ff. BPflVO<sup>18</sup> festgesetzt und führen zu einem Festpreis, von dem nicht abgewichen werden kann<sup>19</sup>. Für den im übrigen privatrechtlich zu beurteilenden Vertrag zwischen Krankenträger und Patient sind sie unmittelbar verbindlich; einer Einbeziehung in den Vertrag bedarf es für ihre Geltung somit nicht<sup>20</sup>. Für die Überprüfung der Krankenhauspflegesätze ist der Verwaltungsrechtsweg durch § 18 Abs. 5 KHG gesetzlich vorgeschrieben. Aufgrund der unmittelbaren Bindungswirkung der Pflegesätze hat daher auch der betroffene Patient bei inhaltlichen Einwendungen gegen den Kostenbescheid *Anfechtungsklage* vor den Verwaltungsgerichten zu erheben<sup>21</sup>. Die Ausnahme beschränkt sich auf die Leistungsfestsetzung gegenüber dem Patienten als solche, während hinsichtlich der sonstigen Bestimmungen des Krankenhausvertrags das AGBG uneingeschränkt Anwendung findet<sup>22</sup>.
- 11 Rechtssätze des **Gewohnheitsrechts**<sup>23</sup> werden, sofern sie zwingender Natur sind, auch durch Wiedergabe im vorformulierten Text nicht zu AGB. Anderes gilt dann, wenn sie lediglich nachgiebiges Recht darstellen<sup>24</sup>. Allerdings kommt selbst üblichen Klauseln in AGB keineswegs schon der Rang von Gewohnheitsrecht zu. Demgegenüber sind auf *Handelsbrauch* beruhende AGB wegen ihres rechtsgeschäftlichen Geltungsgrundes in die AGB-Definition einzubeziehen (Rdn. 84).

17 So auch BGHZ 73 114, 116 = NJW 1979 597; BGH LM LuftVZO Nr. 2; *Soergel/Stein* Rdn. 4.

18 Neufassung des KHG v. 10. 4. 1991, BGBl. I 886; VO v. 26. 9. 1994, BGBl. I 2750.

19 So auch BGHZ 73 114, 117 = NJW 1979 597.

20 BGHZ 105 160, 161 f. = NJW 1988 2951; BGHZ 73 114, 117 = NJW 1978 597; OVG Lüneburg NJW 1978 1211; OLG Koblenz bei *Bunte* AGBE I Nr. 8; *Gitter* JZ 1989 98, 99; offengelassen von BVerwG NJW 1980 660; a.A. LG Frankfurt NJW 1985 686, 687.

21 Vgl. BGHZ 73 114, 117 = NJW 1979 597. Zum Bestehen der Klagebefugnis von Patienten, Sozialversicherungsträgern und Wettbewerbern nach § 42 Abs. 2 VwGO *Kopp* VwGO<sup>10</sup>, 1994, § 42 Rdn. 86 mit Rspr.-Nachw.; vgl. aber *Kopp/Schenke* VwGO 1998, § 43 Rdn. 166 f.; vgl. weiter *Wahl/Schütz* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand 1/2000, § 42 Rdn. 320 (bezügl. Wettbewerber).

22 Vgl. BGHZ 105 160 163 ff. = NJW 1988 2951; zur Anwendbarkeit von § 3 vgl. daselbst Rdn. 50 m. Nachw. in FN 204.

23 Dazu allgemein *Larenz/Wolf* BGB, AT § 3 Rdn. 23 ff. (S. 64).

24 Vgl. auch *H. Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 3, 5, und zu deklar. Klauseln Rdn. 7a.

Vorformulierte **Empfehlungen oder „Bitten“** sind dann nicht als AGB zu qualifizieren, wenn ihnen keinerlei rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommen soll<sup>25</sup>. *Anderes* gilt, wenn die Hinweise auf die Begründung eines vorvertraglichen Rechtsverhältnisses gerichtet sind (vgl. Rdn. 13 u. FN 29a) oder wenn der Verwender mit der Empfehlung vertraglichen Aufklärungspflichten nachkommt. Auch *Hinweise in Werbeprospekten* oder auf Preisschildern können AGB darstellen, sofern sie hinreichend bestimmt sind. 11a

Auch vom Bauträger einseitig nach § 8 WEG errichtete **Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern** erfüllen infolge fehlender Vertragsqualität *nicht* die Voraussetzungen der AGB-Definition des § 1 Abs. 1<sup>26</sup>. Freilich ist insoweit mit Rücksicht auf den Schutzzweck des AGBG dessen *analoge Anwendung* veranlaßt<sup>27</sup>; die Ausnahmevorschrift des § 23 Abs. 1 findet auf sie keine Anwendung (str., vgl. § 23 Rdn. 23). Die Rspr. bevorzugt demgegenüber eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB<sup>28</sup>, beruft sich dabei aber ausdrücklich auf einen generalisierenden Prüfungsmaßstab, so daß hinsichtlich der im Mittelpunkt stehenden Inhaltskontrolle mit Abweichungen nicht zu rechnen ist. 12

**Nicht erforderlich** ist nach der Begriffsbestimmung, daß der **Vertrag bereits zustande gekommen** ist und die AGB dabei rechtswirksam einbezogen wurden. Das folgt einerseits aus dem Merkmal des „Stellens“ bei Vertragsabschluß (Rdn. 26 f.), zum anderen daraus, daß die Qualifikation als AGB auch darüber entscheidet, ob die besonderen, in § 2 geregelten Einbeziehungsvoraussetzungen zur Anwendung kommen. Daher erfüllen auch solche Erklä- 13

25 So allg. noch BGHZ 124 37, 45 f. = NJW 1994 188 (betr. die Bitte, mitgeführte Taschen beim Betreten eines Kaufhauses abzugeben); so auch OLG Schleswig bei *Bunte* AGBE IV Nr. 8; *Roth* BB 1992, Beil. 4, S. 3; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 5; von *Westphalen* NJW 1994 367. Weitergehend jetzt aber BGHZ 133 184, 188 = NJW 1996 2574, 2575 und *Heinrichs* NJW 1997 1407. Vgl. dazu *Schünemann* BB 1987 2243, 2248; *Soergel/Stein* Rdn. 5.

26 BGHZ 99 90, 94 = NJW 1987 650; *Ulmer* FS Weitnauer, 1980, S. 209 ff. m.w. Nachw.; *Wolf* § 9 W 21; *MünchKomm.-Röll* WEG § 10 Rdn. 26a; *Weitnauer* WEG § 7 Rdn. 25; *ders.* DNotZ 1989 430; *Ertl* DNotZ 1981 152, 162; *F. Schmidt* BauR 1979 189 ff.; a.A. BayObLG BB 1979 857, 858; *Löwe/Trinkner* Rdn. 7; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 8; *MünchKomm.-Kötz* Rdn. 4; offenlassend OLG Frankfurt OLGZE 1986 45; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 6.

27 Str., vgl. näher *Ulmer* FS Weitnauer, S. 215 ff. und Anh. §§ 9–11 Rdn. 965; *Wolf* § 9 W 21; so auch *Soergel/Stein* Rdn. 8; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 6; *MünchKomm.-Kötz* Rdn. 4; *H. Roth* (FN 24) S. 3.

28 BGH NJW 1994 2250, 2252 (betr. Haftung für Wohngeldrückstände); BayObLG DNotZ 1989 428, 429 (Inhaltskontrolle nach § 242 BGB); dafür auch *Ertl* DNotZ 1981 152, 162 f.; *MünchKomm.-Röll* WEG § 10 Rdn. 26a ff.; *Palandt/Heinrichs* Rdn. 2a; *Weitnauer* (FN 26) § 7 Rdn. 10 f. und *ders.* DNotZ 1989 430; offenlassend noch BGHZ 99 90, 96 f. = NJW 1987 650; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990 154. Gegenans. in FN 27.

rungen des Verwenders die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1, die das Zustandekommen des Vertrages zum Gegenstand haben<sup>29</sup> oder ein *vorvertragliches Rechtsverhältnis* begründen sollen<sup>29a</sup>. Die Definition setzt also bereits im *Vorfeld des Vertrages* ein<sup>30</sup>. Auch die Zulässigkeit einer Klage gegen den Verwender nach § 13 hängt *nicht* davon ab, daß die angegriffenen AGB-Klauseln Vertragsbestandteile geworden sind; wohl aber müssen sie über den abstrakten Vorgang der Vorformulierung hinaus in konkrete Vertragsverhandlungen eingebracht sein<sup>31</sup>. Anderes gilt für Klagen gegen den Empfehler; insoweit genügt, daß der vorformulierte Text Dritten zur Verwendung des AGB empfohlen wird (vgl. § 13 Rdn. 15).

### β) Art und Inhalt

- 14 Die **Art des Rechtsgeschäftes** wird nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 („Vertragsbedingungen“) nur dahin gehend konkretisiert, daß es grundsätzlich *zweiseitiger* Natur sein muß (vgl. aber Rdn. 16 ff.). Geschäftsbedingungen in **privatrechtlichen Verträgen**, seien diese gegenseitiger oder unvollkommen zweiseitiger Art, bilden den Hauptanwendungsbereich des Gesetzes. Erfasst werden auch *abstrakte Schuldanerkenntnisse* oder -versprechen<sup>32</sup> sowie die *Ausgabebedingungen von Wertpapieren*<sup>33</sup>. Für das **Vereinsrecht** ist die Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 zu beachten. Jedoch unterliegen die versicherungsrechtlichen Beziehungen zwischen einem VVaG und seinen Mitgliedern zumindest in denjenigen Fällen dem AGBG, in denen die Rechtsbe-

29 „Vertragsabschlußklauseln“, vgl. § 10 Nr. 1 und dazu § 10 Nr. 1 Rdn. 2; zur Frage der Einbeziehung derartiger Klauseln vgl. § 2 Rdn. 63.

29a Entscheidend für die AGB-Qualität ist nach der neueren Rspr., daß der Hinweis beim Empfänger den Eindruck hervorruft, es solle damit der Inhalt eines (vor-)vertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden; vgl. BGHZ **133** 184, 188 = NJW **1996** 2574 (Hinweis auf Taschenkontrolle im Supermarkt); LG Köln ZIP **1997** 1328, 1329 (Hinweis einer Direktbank auf „Beratungsverzicht“).

30 KG NJW **1985** 151; OLG Hamburg NJW **1985** 3030, 3031; LG Tübingen bei *Bunte* AGBE II Nr. 6; *Soergel/Stein* Rdn. 6; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 9; *Grunewald* ZIP **1987** 353, 354; *H. Roth* (FN 24) S. 6; wohl auch *Wolf* Rdn. 6; vgl. auch BGHZ **104** 95, 98 f. = NJW **1988** 1908; LG München NJW-RR **1992** 244; a.A. KG NJW **1981** 2822 für eine Lotto-Klausel, die den Abschluß des Spielvertrags hinausschiebt. Verneint wird eine vertragsgestaltende Wirkung der Tariftreueerklärung im Ausschreibungsverfahren von LG Hamburg bei *Bunte* AGBE VI Nr. 6 (vgl. auch Rdn. 19 zu Bewerbungsbedingungen); ferner bei Gesundheitsanfragen eines Krankenversicherers von OLG Bremen VersR **1996** 314 (LS.).

31 BGH NJW **1987** 2867; vgl. auch LG Frankfurt a.M. WM **1992** 1103, 1104.

32 OLG Stuttgart NJW **1979** 222, 223; OLG München bei *Bunte* AGBE VI Nr. 4; LG Stuttgart WM **1977** 1318, 1319; *Wolf* Rdn. 8; *Soergel/Stein* Rdn. 7; *H. Roth* (FN 24) S. 2.

33 Zu diesen vgl. näher Rdn. 70 ff.

ziehungen vertragsrechtlich ausgestaltet sind<sup>34</sup>. Demgegenüber sollen nach höchstrichterlicher Rechtsprechung Regelungen in Vereinsordnungen auch gegenüber *Nichtmitgliedern* keine AGB darstellen, da sie anders als AGB von gleichgerichteten Interessen der Beteiligten geprägt seien<sup>35</sup>. Die Beurteilung **öffentlich-rechtlicher Verträge** richtet sich in erster Linie nach §§ 54 bis 61 VwVfG. Allerdings enthält § 62 S. 2 VwVfG eine subsidiäre Verweisung auf die Vorschriften des BGB; das gestattet es, *ergänzend* auch das *AGBG* heranzuziehen und es *entsprechend* auf vorformulierte Bedingungen in öffentlich-rechtlichen Verträgen anzuwenden<sup>36</sup>. Zur Anwendbarkeit des *AGBG* auf behördlich genehmigte AGB und Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand vgl. Rdn. 75 ff.

Der **Inhalt** der Bedingungen ist für die AGB-Definition unerheblich. Das Gesetz ist zwar in erster Linie auf *schuldrechtliche* Verträge zugeschnitten; es erfasst insoweit auch Klauseln, die das Rechtsverhältnis der Parteien schon vor dem Zustandekommen des Vertrags regeln sollen (vgl. Rdn. 13). Der Geltungsanspruch des Gesetzes erstreckt sich aber auch auf vorformulierte Verträge mit Verfügungscharakter, insbesondere auf *sachenrechtliche* Geschäfte wie etwa die Einigung über Hypotheken- oder Grundschuldbestellungen oder auf *prozessuale* Vereinbarungen sowie auf Regelungen vollstreckungsrechtlichen Inhalts anzuwenden<sup>37</sup>. Das ergibt sich nicht nur aus der

34 Hierzu und zum Sonderfall der in die Satzung eines VVaG aufgenommenen AVB vgl. § 23 Rdn. 22 sowie BGHZ 111 295 = NJW 1990 2686; OLG Hamm NJW-RR 1995 1527; zur Einbeziehung vereinsrechtlicher Regelungen unter Umgehungsgesichtspunkten in das *AGBG* vgl. § 23 Rdn. 25.

35 So unter unzut. Berufung auf den angeblichen Verbraucherschutzzweck des *AGBG* BGHZ 128 93, 101 = NJW 1995 583 (betr. disziplinarische Regeln eines Sportverbands; diese werden vom BGH allerdings einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB unterworfen), vgl. schon BGHZ 105 306, 316 ff. = NJW 1989 1724. **A.A.** mit guten Gründen *Fenn* FS Zivilrechtslehrer 1934/35, 1999, S. 103, 107 f.

36 Zur entsprechenden Anwendung des *AGBG* (ganz h.M.) vgl. § 9 Rdn. 18; so auch *Staudinger/Schlosser* Rdn. 4; *Wolf* Einl. Rdn. 20; *Palandt/Heinrichs* Vorbem. § 8 Rdn. 5; *H. Roth* (FN 24) S. 4; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 4 und Vorbem. § 8 Rdn. 11; MünchKomm.-Kötz Rdn. 3; jedenfalls seiner §§ 9 bis 11 *J. F. Wagner*, S. 83 ff.; für *unmittelbare* Anwendung *Koch/Stübing* § 9 Rdn. 17; *F. Baur* FS Mallmann, 1979, S. 38 f.; *Stober* DÖV 1977 398, 400; einschr. OVG Münster NJW 1989 1979, 1880, das bei Subordinationsverträgen im Bereich der Eingriffsverwaltung eine entsprechende Anwendung ablehnt; dem folgend *Soergel/Stein* Rdn. 4; offenlassend BGH WM 1995 1345 (formulärmäßige Lohnabtretung).

37 Ganz h.M., vgl. BGH NJW 1987 2867 (Gerichtsstandsklausel); 1988 3260, 3262 (Verpfändung); BGH WM 1985 605, 607 (Vorausabtretung); BayObLG WM 1980 222, 224; OLG Celle WM 1979 1317, 1319; OLG Hamm NJW 1980 116; OLG Oldenburg WM 1985 728; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 6; MünchKomm.-Kötz Rdn. 4; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 11 f.; *Wolf* Rdn. 8; *Palandt/Heinrichs* Rdn. 2a; *M. Wolf* FS Baur, 1981, S. 151; *von Westphalen* ZIP 1984 1, 5; **a.A.** aber *Fehl* Systematik, S. 144.

umfassenden Formulierung von § 1 Abs. 1, sondern auch aus einem Umkehrschluß zu § 23 Abs. 1, der nur wenige, ausdrücklich genannte Materien aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes – und damit auch aus demjenigen der Definition (Rdn. 7) – ausnimmt. Zum grundsätzlichen Verzicht auf eine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenabreden vgl. Rdn. 7 und Erläut. zu § 8, zur Inhaltskontrolle von AGB durch die Grundbuchämter § 9 Rdn. 55.

### γ) Erweiterung auf bestimmte einseitige Rechtsgeschäfte

- 16 Vorformulierte einseitige Rechtsgeschäfte werden von der auf „Vertragsbedingungen“ abstellenden AGB-Definition zwar grundsätzlich nicht erfaßt. Anderes gilt nach zutreffender h.M. jedoch für diejenigen **einseitigen Rechtsgeschäfte des Kunden, die auf einer Vorformulierung des Verwenders beruhen**; auf sie sind die Vorschriften des AGBG entsprechend anzuwenden<sup>38</sup>. Zwar stehen die entsprechenden vom Verwender vorformulierten Erklärungen des Kunden in der Regel mit einem Vertrag zwischen Verwender und Kunden in Zusammenhang. Jedoch kann es darauf, ob sie einen Bestandteil des zweiseitigen Vertrags bilden, entgegen OLG Stuttgart NJW 1979 222, 223<sup>39</sup> nicht ankommen<sup>40</sup>. Der Schutz des AGBG darf nicht von der jeweiligen äußerlichen Gestaltung abhängen. Entscheidend ist, daß der Verwender bei einseitig von ihm vorformulierten „Kundenerklärungen“ die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit ebenso für sich in Anspruch nimmt wie bei der Ausarbeitung eines Vertragstextes; er muß daher auch insoweit die Kundeninteressen angemessen berücksichtigen<sup>41</sup>. Der Schutzzweck des AGBG (Einl. Rdn. 29) erfaßt auch diese Fälle, ohne daß es darauf ankommt, ob bereits die Klauselverbote der §§ 10 Nr. 1, 11 Nr. 15b den Schluß auf die Einbeziehung einseitiger Erklärungen zulassen<sup>42</sup>.
- 17 Entsprechendes wie für einseitige Rechtsgeschäfte gilt auch für **rechtsge-  
schäftsähnliche Erklärungen des Kunden**, die auf Vorformulierungen des

38 H.M., vgl. BGHZ 98 24, 28 = NJW 1986 2428; BGHZ 141 124, 126 = NJW 1999 1864; NJW 1987 2011; WM 1985 59, 60; OLG Karlsruhe NJW 1991 112; OLG Stuttgart NJW 1979 222, 223; OLG Frankfurt WM 1986 570, 571; OLG Hamm NJW-RR 1988 944; OLG Koblenz NJW-RR 1994 58, 59; LG Stuttgart WM 1977 1318; Löwe/Trinkner Rdn. 7; Staudinger/Schlosser Rdn. 5; Wolf Rdn. 10; Soergel/Stein Rdn. 8; H. Roth (FN 24) S. 5; Heinrichs NJW 1977 1505, 1506; Stürner JZ 1977 431 und 639; a.A. FehI Systematik, S. 131, 136 ff.; Dietlein JZ 1977 637 f.; Schippel/Brambring DNotZ 1977 131, 140 FN 14.

39 So auch LG Stuttgart WM 1977 1318, 1319 und FehI Systematik, S. 136 ff.

40 So zutr. auch BGH NJW 1999 1864; OLG Frankfurt WM 1986 570, 571; OLG Koblenz NJW-RR 1994 58, 59; Staudinger/Schlosser Rdn. 5; MünchKomm.-Kötz Rdn. 4; Soergel/Stein Rdn. 8.

41 Ebenso BGH NJW 1999 1864 (Einverständniserklärung des Kunden mit Telefonwerbung in Kontoeröffnungsvertrag).

42 So aber Heinrichs NJW 1977 1505, 1506.

anderen Teils beruhen. Soweit sie wie bei der *Einwilligungserklärung zur Heilbehandlung* für die Rechtsbeziehungen zwischen Kunde und Verwender von Bedeutung sind und die Stellung des Kunden verändern, ist das AGBG auch auf sie entsprechend anwendbar<sup>43</sup>.

Auf einseitige Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsähnliche **Erklärungen desjenigen, der den vorformulierten Text selbst aufgestellt oder ausgewählt hat**, findet das AGBG dagegen grundsätzlich **keine** Anwendung, da der Erklärende mit der Vorformulierung keine fremde, sondern lediglich *eigene* Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt<sup>44</sup>. Daher fallen auch Hinweis- oder Warnschilder auf Spielplätzen, Trimm-Dich-Pfaden u.a., die der Beschränkung oder dem Ausschluß der *deliktischen* Haftung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht dienen sollen, nicht unter das AGBG, wenn sie nicht dazu bestimmt sind, zum Abschluß eines Haftungsausschluß- oder -begrenzungsvertrags zu führen. Ihre rechtliche Bedeutung beschränkt sich nach den für das Handeln auf eigene Gefahr geltenden Grundsätzen<sup>45</sup> ohnedies regelmäßig darauf, dem Verkehrssicherungspflichtigen den Einwand des Mitverschuldens (§ 254 BGB) bei unvorsichtigem Verhalten des Geschädigten zu eröffnen, während die Haftung für Verletzung der Verkehrssicherungspflicht im Grundsatz unberührt bleibt<sup>46</sup>. Anderes kann bei Sportanlagen o.ä. in Betracht kommen, deren Benutzung nach der Eigenart der Anlage nicht ohne Gefährdung des Benutzers möglich ist (BGH NJW 1978 1626). Zur Ausnahme für einseitig errichtete Gemeinschaftsordnungen nach § 8 WEG vgl. Rdn. 12.

### δ) Einzelfälle

Das Vorliegen von AGB ist danach in folgenden Fällen einseitiger Vorformulierung zu bejahen: 19

**Abfindungserklärungen** über den Verzicht auf weitergehende Ansprüche im Zusammenhang mit Versicherungsleistungen (BGH WM 1985 59, 60).

**Anwaltliche Honorarscheine** (AG Krefeld NJW 1980 1582, 1583; *Bunte* NJW 1981 2657; vgl. auch Anh. §§ 9–11 Rdn. 561).

**Ärztliche Honorarvereinbarungen**, die von den Gebührensätzen der GOÄ abweichen (BGHZ 115 391, 394 = NJW 1992 746. Vgl. aber auch die Neuregelung der GOÄ v. 18. 12. 1995 (BGBl. I 1861), die viele detaillierte Voraus-

43 Vgl. näher *Kothe* AcP 185 1985 105, 129; so auch BGH NJW 1990 2313, 2314; ferner *Gounalakis* NJW 1990 752; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 7; *Wolf* Rdn. 10; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 4; *Hollmann* NJW 1978 2332 und *Niebling* MDR 1982 194; offenlassend *Laufs* Arztrecht<sup>5</sup> Rdn. 184.

44 So zutr. auch *Heinrichs* NJW 1997 1408 gegen *Beckmann* NJW 1996 1378.

45 Dazu MünchKomm.-*Mertens* BGB<sup>3</sup> § 823 Rdn. 34 m. Nachw.

46 BGH NJW 1982 1144; VersR 1976 1175, 1177; OLG Düsseldorf VersR 1976 1160, 1161; MünchKomm.-*Kötz* § 2 Rdn. 17.



setzungen für wirksame Honorarvereinbarungen enthält; das spricht dafür, daß insofern gegenüber dem AGBG abschließendes Sonderrecht geschaffen wurde, so bejahend *Taupitz* ArztR **1996** 209, 212 unter Berufung auf die VO-Begr. (vgl. dazu auch Anh. §§ 9–11 Rdn. 131).

**Auftragserteilung** für die künftige Heizkostenabrechnung in dem vom Kunden zu unterzeichnenden Abrechnungsformular (OLG Stuttgart WRP **1989** 201, 202).

**Ausgleichsquittungen** (so *Löwe/Trinkner* Rdn. 7; *Wolf* Rdn. 11; Münch-Komm.-Kötz Rdn. 4; *Preis* AuR **1979** 101 f.; im Erg. auch BAG NJW **1979** 2267; demgegenüber aber auf die für das Arbeitsrecht geltende Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 verweisend *Soergel/Stein* Rdn. 8); ferner Erklärungen bei der **Honorarabrechnung**, gerichtet auf Übertragung von Urheber- und Verwertungsrechten (BGH WM **1984** 238, 239 f.).

**Bestellformulare und** ähnliche als Vertragsangebot des Kunden vorgesehene **vorformulierte Anträge** auf Abschluß von Kaufverträgen (BGH NJW **1983** 1603, 1605; LG Frankfurt NJW **1984** 2419, 2420), Darlehensverträgen (BGH NJW **1988** 2106, 2107; AG Bonn BB **1984** 497), Kreditkarten-Verträgen (LG Frankfurt WM **1992** 1103, 1104).

**Bevollmächtigungen** durch den Kunden (BGH NJW **1982** 2314, 2315; BGH NJW **1987** 2011; OLG Nürnberg WM **1988** 1188, 1189; *Löwe/Trinkner* Rdn. 7; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 7; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 8; *Soergel/Stein* Rdn. 8). Anders jedoch Beschränkungen des Umfangs einer vom *Verwender* erteilten Vollmacht, vgl. *Palandt/Heinrichs* Rdn. 4; *Heinrichs* NJW **1996** 1382; NJW **1997** 1408; *Arnold* BB **1996** 597, 601; abweichend *Beckmann* NJW **1996** 1378. In der Sache wie hier, aber ohne deutliche Abgrenzung BGH NJW-RR **1995** 80, 81 (formulärmäßiger Hinweis auf nicht bestehende Vollmacht eines Bauleiters).

**Bewerbungsbedingungen**, die die Voraussetzungen für die Teilnahme von Anbietern an öffentlichen Ausschreibungen **für Bauaufträge** festlegen und ein Vertragsstrafversprechen des Kunden (Anbieter) für den Fall enthalten, daß er der Anbieter sich an einer Submissionsabsprache beteiligt (BGHZ **105** 24, 27 = NJW **1988** 2536; OLG Frankfurt WM **1986** 680).

**Datenverarbeitungsklauseln**, insbes. über die Einwilligung zur Erfassung personenbezogener Daten des Kunden (*Schuster/Simon* NJW **1980** 1288) und zu ihrer Weitergabe an die Schufa oder sonstige Dritte (BGHZ **95** 362, 366 ff. = NJW **1986** 46; OLG Hamburg ZIP **1983** 1435; *Wolf* Rdn. 10; *Soergel/Stein* Rdn. 8; *Schuster/Simon* NJW **1980** 1288).

**Eintragungsbewilligungen** (OLG Stuttgart NJW **1979** 222, 223; OLG Celle RPflegler **1979** 261; LG Stuttgart WM **1977** 1318 f.; im Schrifttum bejahend *Wolf* Rdn. 10; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 7; *Palandt/Heinrichs* Rdn. 4; *Soergel/Stein* Rdn. 8; *Erman/H. Hefermehl/Werner* Rdn. 8; *Stürner* JZ **1977** 431; dahingestellt lassend BayObLG WM **1980** 222, 224; a.A. OLG Frankfurt NJW-RR **1998** 1707, 1709 (betr. Eintragungsbewilligung für Teilungsordnung

nach dem WEG); *Dietlein JZ 1977 638* sowie grundsätzlich *Fehl Systematik*, S. 137).

**Einwilligungen in eine Operation und Bestätigung der Aufklärung über deren Folgen** im Zusammenhang mit Arzt- oder Krankenhausverträgen (vgl. § 11 Nr. 15b; BGH NJW 1990 2313, 2314 – Einwilligung in Obduktion; so auch *Wolf Rdn. 10*; *Staudinger/Schlosser Rdn. 5*; *Schlosser/Graba § 9 Rdn. 39*; *Soergel/Stein Rdn. 8*; *Roth (FN 25) S. 5*; *Gounalakis NJW 1990 753*; *Deutsch NJW 1983 1351*; *Niebling MDR 1982 194 f.*; offenlassend *Laufs Arztrecht*<sup>5</sup> Rdn. 184 FN 38; zum Ganzen vgl. auch *Jungbecker Zivilrechtliche Probleme der klinischen formularmäßigen „Einverständniserklärung“*, 1985).

**Einziehungsermächtigungen** (*Staudinger/Schlosser Rdn. 7*; *Soergel/Stein Rdn. 8*; *Erman/H. Hefermehl/Werner Rdn. 8*; *Roth BB 1992 Beil. 4 S. 5*).

**Entbindung des den Versicherten untersuchenden Arztes von dessen Schweigepflicht** gegenüber Versicherungsunternehmen und **Ermächtigung zur Weitergabe der erlangten Daten** an Dritte (*Soergel/Stein Rdn. 8*; *Palandt/Heinrichs Rdn. 4*; *Erman/H. Hefermehl/Werner Rdn. 8*; *Hollmann NJW 1978 2332* und *NJW 1979 1923*; *a.A. Schütte NJW 1979 592*).

**Entgeltfestlegung für die Ausfertigung von Löschungsbewilligungen** bei Grundpfandrechten durch eine Bank (BGH NJW 1991 1953).

**Geschäftsplan eines Versicherungsunternehmens**, soweit AVB ausdrücklich hierauf verweisen (BGHZ 105 140, 151 = NJW 1988 2734; BGH NJW 1995 589, 591).

**Konzertkartenklauseln** (LG München I NJW 1991 1491).

**Schuldanerkenntnis und Verzichtserklärung** (OLG Karlsruhe NJW 1991 112).

**Überweisungsaufträge** (BGHZ 98 24, 28 = NJW 1986 2428; *Wolf Rdn. 10*; *Soergel/Stein Rdn. 8*).

**Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung** (vgl. Anh. §§ 9–11 Rdn. 285a; LG Stuttgart WM 1977 1318; OLG Stuttgart NJW 1979 222, 223; *Wolf Rdn. 10*; *Staudinger/Schlosser Rdn. 7*; *Soergel/Stein Rdn. 8*; *Erman/H. Hefermehl/Werner Rdn. 6*; *Stürner JZ 1977 431* und *639*; *a.A. Dietlein JZ 1977 638*; grundsätzlich auch *Fehl Systematik*; S. 138).

**Wertpapierbedingungen** für Anleihen, Genußscheine u.a. (BGHZ 119 305, 312 = NJW 1993 57; OLG Düsseldorf WM 1991 1375, 1379; OLG Frankfurt WM 1993 2089; *Wolf Rdn. 13*; *ders. FS Zöllner*, 1999, S. 651; *Hopt FS Steindorff*, 1990, S. 341, 364 (h.M.); *a.A.* für Fremdemissionen: *Kallrath (FN 33) S. 67 f.*; *v. Randow ZBB 1994 23, 26 f.*; *Joussen WM 1995 1861, 1865 f.*; *Bungert DZWIR 1996 185, 187 f.*; grundsätzlich auch *Ekkenga Anleger-schutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt*, 1998, S. 51. Vgl. hierzu im einzelnen Rdn. 70 ff. m.w. Nachw. und § 2 Rdn. 13 ff.).

**Zweckerklärungen für Grundschulden** (BGHZ 109 197, 200 = NJW 1990 576; BGH NJW 1988 558).

# § 10

## Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

### Nr. 8

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

#### 8. (Nichtverfügbarkeit der Leistung)

die nach Nummer 3 zulässige Vereinbarung eines Vorbehalts des Verwenders, sich von der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags bei Nichtverfügbarkeit der Leistung zu lösen, wenn sich der Verwender nicht verpflichtet,

- a) den Vertragspartner unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit zu informieren und
- b) Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten.

#### Übersicht

<p>I. Einleitung</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Normzweck und Funktion . . . 1</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Entstehung der Vorschrift . . . 2</p> <p>II. Inhalt der Vorschrift</p> <p style="padding-left: 20px;">1. Nach § 10 Nr. 3 zulässige Vereinbarung . . . . . 3</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Nichtverfügbarkeit der Leistung . . . . . 4</p>		<p style="padding-left: 20px;">3. Verpflichtung zur unverzüglichen Information über die Nichtverfügbarkeit . . . . . 5</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Verpflichtung zur unverzüglichen Erstattung von Gegenleistungen . . . . . 6</p> <p style="padding-left: 20px;">5. Unwirksamkeit . . . . . 7</p> <p>III. Verträge mit Unternehmern . . . 8</p>
---	--	--

## I. Einleitung

### 1. Normzweck und Funktion

- 1 § 10 Nr. 8 dient der Umsetzung von Art. 7 Abs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie<sup>1</sup>, nach dem beim Fernabsatzvertrag der Lieferer im Falle der Nichtverfügbarkeit der Leistung den Verbraucher hierüber zu unterrichten hat und der Verbraucher die Möglichkeit haben muß, sich geleistete Zahlungen mög-

---

<sup>1</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG) ABL. EG 1997/144/19; Abdruck bei *Grundmann* Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, S. 238.

lichst bald, in jedem Fall jedoch binnen 30 Tagen, erstatten zu lassen<sup>2</sup>. Die Vorschrift gilt nicht nur für Fernabsatzverträge, sondern für alle Vertragstypen. Nach § 10 Nr. 3 sind Klauseln unwirksam, nach denen der Verwender berechtigt sein soll, sich ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen. Die neue (vgl. Rdn. 2) Vorschrift des § 10 Nr. 8 **ergänzt § 10 Nr. 3** durch ein **zusätzliches Wirksamkeitserfordernis**, soweit es um ein Lösungsrecht vom Vertrag geht, das auf die **Nichtverfügbarkeit der Leistung** abstellt (dazu Rdn. 4). Das betrifft vor allem Vorratsklauseln und Selbstbelieferungsklauseln, aber auch alle sonstigen Bestimmungen, die dem Verwender das Recht geben, sich durch Rücktritt vom Vertrag oder dessen Kündigung von seiner vertraglichen Leistungspflicht zu befreien, wenn die Leistung für ihn nicht verfügbar ist. Derartige Klauseln müssen zunächst den Anforderungen von § 10 Nr. 3 Rechnung tragen, also ein sachlich gerechtfertigten Grund für das Lösungsrecht in der Klausel angeben. Darüber hinaus muß die Klausel die Informationspflicht über die Nichtverfügbarkeit der Leistung gemäß § 10 Nr. 8 lit. a und die Verpflichtung zur Erstattung der Gegenleistung gemäß lit. b der Vorschrift enthalten. Zur Anwendung der Klauselverbote des § 10 bei **Verbraucherverträgen** vgl. § 10 Nr. 1 Rdn. 1a.

## 2. Entstehung der Vorschrift

§ 10 Nr. 8 ist durch Art. 3 Nr. 1 lit. b des Gesetzes über Fernabsatzverträge 2 und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro v. 27. 6. 2000<sup>3</sup> in das AGBG eingefügt worden<sup>4</sup>. Für Fernabsatzverträge wird damit Art. 7 Abs. 2 der Fernabsatz-Richtlinie umgesetzt (Rdn. 1). Die Vorschrift war im wesentlichen bereits im Gesetzesentwurf der Bundesregierung enthalten<sup>5</sup>. Auf Anregung des Bundesrates sind in der Endfassung lediglich redaktionelle Änderungen erfolgt, um den Wortlaut von § 10 Nr. 8 an die Terminologie von § 10 Nr. 3 anzupassen<sup>6</sup>. Die Vorschrift ist am 30. 6. 2000 in Kraft getreten<sup>7</sup>. Sie gilt auch für vor diesem Tag abgeschlossene Verträge. Anders als für das Teilzeit-Wohnrechtgesetz, das HaustürWG, das FernAbsG, das VerbrKrG und das FernUSG – vgl. BGBl. **2000** I 907 (Art. 6 Abs. 3 Nr. 6), 906 (Art. 6 Abs. 2 Nr. 4), 899 (Art. 1 § 6), 906 (Art. 6 Nr. 8) und 904 (Art. 5 Nr. 12) –, ist für die Änderungen des AGBG gerade keine Fortgeltung des alten Rechts für vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes abgeschlossene Altverträge vorgesehen.

---

2 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 19/2658, S. 51.

3 BGBl. **2000** I 897, 901 f.

4 Ursprünglich enthielt das AGBG in § 10 Nr. 8 ein relatives Rechtswahlverbot, das aber seit dem 1. 9. 1986 ersatzlos entfallen war, vgl. Voraufl. § 10 Nr. 8.

5 BT-Drucks. 14/2658, S. 8.

6 BT-Drucks. 14/2920, S. 8, 16.

7 Art. 12 des Änderungsgesetzes, BGBl. **2000** I 909.

## II. Inhalt der Vorschrift

### 1. Nach § 10 Nr. 3 zulässige Vereinbarung

- 3 Die Vorschrift des § 10 Nr. 8 bildet eine *zusätzliche* Schranke für Klauseln, nach denen sich der Verwender unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag lösen kann. Nach § 10 Nr. 3 sind derartige Lösungsrechte nur wirksam, wenn sie auf einen sachlich gerechtfertigten, im Vertrag angegebenen Grund abstellen; dazu näher die Kommentierung zu § 10 Nr. 3. Der Wertungsmaßstab des sachlich gerechtfertigten Grundes wird durch § 10 Nr. 8 nicht berührt. Die Vorschrift soll die Zulässigkeit von Lösungsrechten i.S.v. § 10 Nr. 3 in materieller Hinsicht weder einschränken noch erweitern<sup>8</sup>. Mit den in lit. a und lit. b vorgesehenen Verpflichtungen stellt sie – über die Angabe des Lösungsgrundes im Vertrag gemäß § 10 Nr. 3 hinaus – weitere **formale Wirksamkeitsvoraussetzungen** auf. Dem Wortlaut nach greift § 10 Nr. 8 zwar erst dann ein, wenn ein nach § 10 Nr. 3 zulässiges Lösungsrecht vorliegt. Bei der Inhaltskontrolle von Lösungsrechten, die auf die Nichtverfügbarkeit der Leistung abstellen, kann die Frage des sachlich gerechtfertigten Grundes und damit die Wirksamkeit nach § 10 Nr. 3 jedoch offenbleiben, wenn die Klausel die in § 10 Nr. 8 vorgesehenen Verpflichtungen nicht enthält und deshalb unwirksam ist.

### 2. Nichtverfügbarkeit der Leistung

- 4 Unter § 10 Nr. 8 fallen nur Lösungsrechte vom Vertrag, die auf die Nichtverfügbarkeit der Leistung abstellen. Die Gesetzesbegründung<sup>9</sup> nennt hierzu **Vorratsklauseln** und **Selbstbelieferungsvorbehalte**. Erfasst werden aber auch alle anderen Fälle, in denen die Klausel dem Verwender die Möglichkeit geben soll, sich vom Vertrag zu lösen, wenn er den Vertrag mangels Verfügbarkeit der Leistung nicht erfüllen kann; vgl. dazu § 10 Nr. 3 Rdn. 6 ff. Der **Grund der Nichtverfügbarkeit** ist für § 10 Nr. 8 **unerheblich**.

### 3. Verpflichtung zur unverzüglichen Information über die Nichtverfügbarkeit

- 5 Die Klausel über das Lösungsrecht nach § 10 Nr. 8 lit. a muß die Verpflichtung des Verwenders enthalten, den Kunden unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit der Leistung zu informieren. Ausreichend ist es, diesen Gesetzeswortlaut in die Klausel zu übernehmen. Jedoch kann dessen Regelungsvorbehalt auch mit anderen Worten umschrieben werden, solange den Anforderungen von § 10 Nr. 8 lit. a inhaltlich Rechnung getragen wird. Bedeutung kann das hinsichtlich des Merkmals „unverzüglich“ erlangen. Klauseln, die auf diese oder eine ihr entsprechende Frist für die Information ganz verzich-

<sup>8</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 14/2658, S. 51.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 14/2658, S. 51.

ten oder sie durch abschwächende Formulierungen verlängern, sind unwirksam. Regelungen über die formale Art und Weise der Information sind in der Klausel nicht erforderlich.

#### 4. Verpflichtung zur unverzüglichen Erstattung von Gegenleistungen

Ein auf die Nichtverfügbarkeit der Leistung abstellendes Lösungsrecht muß nach § 10 Nr. 8 lit. b weiterhin die Verpflichtung des Verwenders enthalten, Gegenleistungen des Vertragspartners unverzüglich zu erstatten. Dem tragen Klauseln, die diesen Wortlaut der Vorschrift übernehmen, Rechnung. Die Verpflichtung kann auch mit anderen Worten umschrieben werden; vgl. Rdn. 5. 6

#### 5. Unwirksamkeit

Fehlt eine der in § 10 Nr. 8 lit. a und lit. b vorgesehenen Verpflichtungen, ist die Klausel über das Lösungsrecht unwirksam. 7

### III. Verträge mit Unternehmern

Gemäß § 24 findet § 10 Nr. 8 bei Verträgen mit Unternehmern keine Anwendung. Es wäre sachlich auch nicht gerechtfertigt, die auf Verbraucherverträge zugeschnittene (Rdn. 1 f.) Vorschrift im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 9 als allgemeine Richtlinie heranzuziehen<sup>10</sup>. 8

---

<sup>10</sup> So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 14/2658, S. 51.

# Anhang zu §§ 9–11

## Einzelne Klausel- und Vertragstypen

Nachweise zu Konditionenempfehlungen vgl. in Rdn. 1000

### Übersicht

Abtretungsausschluß . . . . .	1	Garantiebedingungen . . . . .	370
ADSp . . . . .	15	Gastwirtschaftung . . . . .	385
AGNB . . . . .	25	Gerichtsstandsklauseln . . . . .	400
Allgemeine Versorgungsbedingun- gen in Sonder- und Industriekun- denverträgen . . . . .	35	Handelsvertreterverträge . . . . .	410
Anzeigenverträge . . . . .	80	Heimverträge . . . . .	420
Arbeitskampfklauseln, Streikkla- seln . . . . .	100	Höhere-Gewalt-Klauseln . . . . .	424
Architektenvertrag . . . . .	110	Ingenieurverträge . . . . .	425
Arztverträge . . . . .	130	Kabelanschluß-AGB . . . . .	426
Automatenaufstellvertrag . . . . .	140	Kaufverträge . . . . .	430
Autowaschanlage . . . . .	148	Kommanditgesellschaftsbeteiligun- gen . . . . .	445
Banken, Kreditgenossenschaften, Sparkassen . . . . .	151	Kostenvoranschläge . . . . .	448
Baubetreuungsverträge . . . . .	190	Krankenhausverträge . . . . .	450
Bauherrenmodell . . . . .	193	Kreditkarten-AGB . . . . .	452
Bausparbedingungen . . . . .	194a	Lagergeschäft . . . . .	455
Bauträgervertrag . . . . .	195	Lastschriftklauseln . . . . .	459a
Bauverträge . . . . .	210	Leasingverträge . . . . .	460
Bewachungsverträge . . . . .	240	Leistungsbestimmungsrechte (§§ 315, 317 BGB) . . . . .	470
Bierlieferungsverträge . . . . .	250	Leistungsverweigerung bei Vorlei- stungspflicht . . . . .	475
Bürgschaftsformulare . . . . .	260	Lotto- und Toto-Teilnahmebedin- gungen . . . . .	479
Chemischreiniger . . . . .	266	Luftverkehr . . . . .	484
Computerverträge . . . . .	269	Maklerverträge . . . . .	485
Darlehensverträge . . . . .	280	Mietverträge . . . . .	500
Datenschutzklausel, EDV-Klausel .	286	Paketdienste . . . . .	550
Detektivverträge, Wirtschaftsaus- kunftei . . . . .	288	Preisirrtümer . . . . .	555
Dokumentenakkreditiv . . . . .	290	Rechtsanwälte . . . . .	560
Ehe- und Partnerschaftsvermittlung	292	Rechtsverfolgungskosten . . . . .	570
Einkaufsbedingungen . . . . .	295	Rechtswahlklauseln . . . . .	575
Einwendungsausschluß . . . . .	320	Reiseveranstaltungsvertrag . . . . .	581
Erfüllungsortklauseln . . . . .	340	Reparaturverträge . . . . .	600
Factoringverträge . . . . .	345	Rohrreinigung . . . . .	607
Fahrschulen . . . . .	350	Scheckbedingungen . . . . .	610
Flüssiggas-Lieferbedingungen . . . .	353		
Franchiseverträge . . . . .	355		

Scheckkarten-Bedingungen, Sonderbedingungen für ec-Karten . . . . .	615	Versandhandelsverträge . . . . .	800
Schiedsgutachtenklauseln, Schiedsklauseln . . . . .	620	Versicherungsbedingungen, AVB . . . . .	850
Schriftformklauseln . . . . .	625	Versteigerungsbedingungen . . . . .	864
Sicherungsklauseln . . . . .	650	Vertragshändlerverträge . . . . .	870
Sportstudios . . . . .	670	Verwahrung . . . . .	895
Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Steuerberatungsgesellschaften	680	VOB/B-Verdingungsordnung für Bauleistungen . . . . .	900
Subunternehmerverträge . . . . .	720	VOL-Verdingungsordnung für Leistungen (ausgenommen Bauleistungen) . . . . .	915
Teilzahlungsbanken . . . . .	750	Vollmachtsklauseln . . . . .	918
Theater- und Konzert-AGB . . . . .	755	Wärmemeßdienst . . . . .	925
Tilgungsbestimmungen – §§ 366, 367 BGB – . . . . .	757	Wartungsverträge . . . . .	930
Time-Sharing/Teilzeitwohnrecht . . . . .	758	Wertpapierbedingungen . . . . .	940
Transportrecht . . . . .	759	Wirtschaftsprüfer; Wirtschaftsprüfungsgesellschaften . . . . .	950
Umzugsvertrag . . . . .	763	Wohnungseigentum/Gemeinschaftsordnungen . . . . .	965
Unterrichtsverträge . . . . .	764	Zeitschriftenabonnements . . . . .	975
Urheberrechtsverträge, Verlagsverträge . . . . .	765	Zufallshaftung . . . . .	980
VDMA-Bedingungen . . . . .	770	Konditionenempfehlungen . . . . .	1000

*Stichwortverzeichnis*

Vgl. auch die Stichwortverzeichnisse vor Rdn. 151, 581, 650, 870, 1000

Abholpreis-Ware . . . . .	444	Anzeigenverträge . . . . .	80 ff.
Abnahme		Arbeitskampfklauseln . . . . .	100 ff., 976
– Architektenvertrag . . . . .	113	Arbeitskleidung-Vermietung . . . . .	517
– Bauvertrag . . . . .	212	Architektenvertrag . . . . .	110 ff., 620
– Subunternehmervertrag . . . . .	725	– Abnahme . . . . .	113
– VOB . . . . .	905, 908, 912	– vom Besteller gestellte Verträge . . . . .	117
Abschlagszahlung . . . . .	211, 602	– Gewährleistung . . . . .	116
Abschlußzahlung . . . . .	466 f.	– Haftung . . . . .	114
Abtretungsverbot . . . . .	1 ff., 299	– Honorar . . . . .	113
Abwehrklauseln . . . . .	295	– Kündigungsrecht des Bestellers . . . . .	115
ADSp . . . . .	15 ff., 659	Arztvertrag . . . . .	130 ff., 451a, 897
Agenturvertrag . . . . .	436 f.	Aufklärung über Operationsfolgen . . . . .	451a
AGNB . . . . .	25	Auflassungsvormerkung . . . . .	922
Akkreditiv . . . . .	290	Aufrechnungsverbot, Bank . . . . .	157 f.
Alleinauftrag . . . . .	487	Aufsichtsratshaftung . . . . .	446
Allgemeine Versorgungsbedingungen für Elektrizitäts-, Gas-, Wasser-, Fernwärmeversorgung . . . . .	35 f.	Auktionsbedingungen . . . . .	864 ff.
Altenheimverträge s. Heimverträge		Ausgleichsanspruch (§ 89b HGB) . . . . .	417, 892
Änderungsvorbehalt . . . . .	441, 470, 586, 882 ff.	Auskunftei . . . . .	288
Anlagegesellschaften . . . . .	445 ff.	Auskunftserteilung . . . . .	563
Anlegerschutz . . . . .	447	Ausschließung von Gesellschaftern . . . . .	447
		Ausschreibungsklauseln . . . . .	721
		Aussperrung . . . . .	100



nung, Mietwagenkosten und Kosten eines Sachverständigengutachtens<sup>7</sup>. Unwirksam sind nach § 9 weiterhin Klauseln, die dem Waschanlagenbenutzer ohne Differenzierung zwischen offensichtlichen und sonstigen Schäden noch vor dem Verlassen des Betriebsgeländes eingreifende, **sofortige Anzeigepflichten bei Beschädigungen** des Fahrzeugs auferlegen und bei deren Mißachtung Ersatzleistungen des Waschanlagenbetreibers ausschließen<sup>8</sup>. Wirksam sind Anzeige- oder Schadensmeldeklauseln nur, soweit sie sich ausdrücklich auf offensichtliche Schäden beschränken (vgl. § 11 Nr. 10e).

## Banken, Kreditgenossenschaften, Sparkassen (H. E. Brandner)

### Übersicht

I. Einleitung . . . . .	151	V. Kosten der Bankdienstleistungen (Nr. 12 AGB) – Zinsen, Entgelte und Auslagen . . . . .	166
II. Grundregeln für die Beziehung zwischen Kunde und Bank (Nr. 1–6 AGB)		VI. Sicherheiten (Nr. 13–17 AGB)	
1. Geltungsbereich und Änderungen der AGB (Nr. 1 AGB-Banken) . . . . .	152	1. Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten . . . . .	172
2. Bankgeheimnis und Bankauskunft . . . . .	153	2. Vereinbarung eines Pfandrechts . . . . .	173
3. Haftungssystem . . . . .	154	3. Sicherungsrecht bei Einzugspapieren und diskontierten Wechseln . . . . .	174
4. Aufrechnungsverbot . . . . .	157	4. Begrenzung des Sicherungsanspruchs und Freigabeverpflichtung . . . . .	175
5. Verfügungsberechtigung nach dem Tod des Kunden . . . . .	158	5. Verwertung von Sicherheiten . . . . .	176
6. Rechtswahl, Gerichtsstand, Erfüllungsort . . . . .	159	VII. Kündigung (Nr. 18 und 19 AGB)	
III. Kontoführung (Nr. 7–10 AGB)		1. Kündigungsrecht des Kunden . . . . .	177
1. Rechnungsabschlüsse bei Kontokorrentkonten . . . . .	160	2. Kündigungsrecht der Bank . . . . .	178
2. Storno- und Berichtigungsbuchungen der Bank . . . . .	161	VIII. Zusätzliche Klauseln der AGB-Sparkassen . . . . .	179
3. Einzugsaufträge . . . . .	162	IX. Verweisungen . . . . .	180
4. Fremdwährungsgeschäfte und Risiken bei Fremdwährungskonten . . . . .	163		
IV. Mitwirkungspflichten des Kunden (Nr. 11 AGB) . . . . .	164		

<sup>7</sup> KG NJW-RR 1991 698, 699; *Padeck VersR* 1989 533 m.w. Rspr.-Nachw.

<sup>8</sup> KG NJW-RR 1991 698, 699; so unter Anwendung von § 11 Nr. 10e auch *Padeck VersR* 1989 553 f. m.w. Nachw., auch zu abweichenden landgerichtlichen Urteilen.

## Stichwortverzeichnis

Änderungen der AGB . . . . .	152a	Nebentgelte . . . . .	166
Deckungsgrenze . . . . .	175	Pfandrechtsklausel . . . . .	173
Einbeziehung der AGB . . . . .	152	Schriftformerfordernisse . . . . .	164a
Erfüllungsgehilfen . . . . .	154	Sicherheiten . . . . .	172
Freigabeklauseln . . . . .	175	Stornierung von Gutschriften . . . . .	161
Gebühren . . . . .	166	Substitution . . . . .	155
Genehmigungsfiktion . . . . .	160	Überziehungszinsen . . . . .	169b
Geschäftsunfähigkeit des Kunden . . . . .	164b	Verfügungsberechtigung . . . . .	158
Haftung der Bank . . . . .	154	Vertretungsbefugnis für den Kunden . . . . .	164
Kündigungsrecht der Bank . . . . .	178	Wertstellung . . . . .	167
Kündigungsrecht des Kunden . . . . .	177	Zinsänderung . . . . .	169
Leistungsbestimmungsrecht der Bank . . . . .	168		

**Schrifttum ab 1990** (bis 1989 s. 7. Auflage): *Hettich/Thieves/Timmann/Windhöfel* Die AGB der Banken auf dem Prüfstand des AGB-Gesetzes, BB 1990 2347; *Köndgen* Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1990/91, NJW 1992 2263; *Hoeren* Die neuen AGB-Banken, NJW 1992 3263; *Krings* Die Neufassung der AGB-Banken, ZBB 1992 326; *Pohlmann* Neufassung der AGB-Sparkassen ZIP 1992 1811; *Schebesta/Vortmann* Die neuen AGB-Banken 1992; *Wallach* Die Befugnis der Banken zur Stornierung von Überweisungsgutschriften 1992; *Aden* Die neuen AGB-Sparkassen 1993 NJW 1993 832; *Bruckner* Die grundlegende Neugestaltung der AGB-Banken DZWir 1993 89; *Gehring/Schwander* Banken und Bankrecht im Wandel, FS für Beat Kleiner 1993; *Gößmann/Wagner-Wieduwilt/Weber* Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken 1993; *Langbein* Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Volksbanken und Raiffeisenbanken, 2. Aufl. 1993; *Merkel* Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Teil II (Nr. 11–20) WM 1993 725; *Sonnenhol* „Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken“ – Teil I (Nr. 1–10) WM 1993 677; *Westermann* Fortschritte durch die neuen AGB der Banken und Sparkassen WM 1993 1865; *von Westphalen* Die neuen Sparkassen – AGB unter der Lupe des AGB-Gesetzes BB 1993 8; *Arendts* Das Stornorecht der Kreditinstitute nach den neugefaßten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ZBB 1994 303; *Horn* (Hrsg.) Die AGB-Banken 1993, 1994; *ders.* Die AGB-Banken als Grundlage des Bankprivatrechts, a.a.O. 1994 65; *ders.* Die Rechtsbeziehung Bank – Kunde, insbesondere die neuen AGB der deutschen Banken, Aktuelle Probleme im Bankrecht 1994 87; *Kallrath* Die Inhaltskontrolle der Wertpapierbedingungen von Wandel- und Optionsanleihen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußscheinen, 1994; *Köndgen* Die Entwicklung des Bankkreditrechts in den Jahren 1991–93 NJW 1994 1508; *Merkel* Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Teil II (Nr. 11–20), in Horn a.a.O. 1994 15; *von Randow* Anleihebedingungen und Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes ZBB 1994 23; *Reich* Verbraucherschutzaspekte der AGB-Banken, in Horn a.a.O. 1994 43; *Stuhlfauth* Zur Neufassung der Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen der Deutschen Kassenverein AG WM 1994 96; *Wagner-Wieduwilt* Die neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken (Nr. 1–10), in *Horn a.a.O.* 1994 1; *Wittig* Freizeichnungsklauseln in Banken-AGB 1994; *Bülow* Sicherungstreuhand im Inkassogeschäft nach AGB-Banken und AGB-Sparkassen BB 1995 2485; *Fischer* Recht des Kreditwesens 1995; *Grimm* Die neuen Sonderbedingungen der Banken für Wertpapiergeschäfte WiB 1995 56; *Hoyningen-Huene* Unwirksamkeit von AGB bei bloßer Intransparenz? in *FS Trinkner* 1995 179; *Jonssen* Die Inhaltskontrolle von Wertpapierbedingungen nach dem AGBG WM 1995 1861; *Kümpel* Die neuen Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte WM 1995 137; *Löwe* Wie Banken und Sparkassen mit ihren Kunden umgehen ZIP 1995 611; *Werhahn/Schebesta* AGB (der Privatbanken und Kreditgenossenschaften) und Sonderbedingungen der Banken 1995; *Bungert* Wertpapierbedingungen und Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz DZWIR 1996 185; *Canaris* Die Problematik der AGB-Kontrolle von Postenpreisen für Buchungsvorgänge auf Girokonten WM 1996, 237; *Derleder/Metz* Die Nebenentgelte der Banken – Rechtsgrundlagen und rechtliche Grenzen ZIP 1996 573; *dies.* Die Nebenentgelte der Banken – zur Zulässigkeit der einzelnen „Gebühren“ ZIP 1996 621; *Ekkenga* Wertpapier-Bedingungen als Gegenstand richterlicher AGB-Kontrolle? ZHR 160 (1996) 59–74; *Hadding* Besondere Bedingungen der Deutschen Postbank AG für Anderkonten (Fassung 1. 1. 1995) in *FS Schippel* 1996; *Köndgen* Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1992–1995 NJW 1996 558; *Kümpel* Die begrenzte Haftung bei weitergeleiteten Kundenaufträgen WM 1996 1893; *Nuissl* Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken Fassung Januar 1993 in: *Ensthaler Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch* (begr. von *Bandasch*) 1996 1722; *Horn* Die richterliche Kontrolle von Entgeltklauseln nach dem AGB-Gesetz am Beispiel der Kreditwirtschaft WM Sonderbeilage Nr. 1/1997; *Schmidt-Kessel* Euro und AGB – einige Fragen zu Verbrauchergeschäften WM 1997 1732; *Löhnig* Die Einbeziehung von AGB für Börsentermingeschäfte NJW 1997 688; *Bunte* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken in: *Schmansky/Bunte/Lwowski* Bankrechts-Handbuch Bd. I 1997 55 ff.; *Hanninger* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bankgeschäft DZWIR 1998 86; *Serick* Der Beschluss des Großen Senats vom 27.11.1997 am Pranger höchstrichterlicher Rechtsfortbildungsblockade BB 1998 801; *Tigges* Ende der Verunsicherung im Recht der Sicherungsgeschäfte? DStR 1998 724; *Nobbe* Bankrecht – Aktuelle höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung, 1999; *von Westphalen* Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (Banken- und Sparkassen-AGB, Stand: April 1999); *Kümpel* Bank und Kapitalmarktrecht 2. Aufl. 2000.

## I. Einleitung

- 151 Die AGB der Banken sind wiederholt geändert worden, um das Klauselwerk an das AGBG anzupassen. Schon im Januar 1976 wurden die AGB im Hinblick auf den damals vorliegenden Entwurf des AGBG neu gefaßt und im April 1977 erneut geändert, um eine Verbesserung der inhaltlichen Deutlichkeit und Lesbarkeit einzelner Klauseln herbeizuführen<sup>1</sup>. Anschließend wurden die AGB zum 1. 1. 1984<sup>2</sup> und zum 1. 1. 1986 geändert. Hintergrund

1 S. *Kümpel* WM 1977 695, 705.

2 S. *Horn* WM 1984 449.

dieser Änderungen waren in der Öffentlichkeit stark diskutierte Bedenken gegen das Bankauskunftsverfahren sowie Beanstandungen einiger Klauseln durch die Verbraucherschutzverbände. Die Neufassung zum 1. 1. 1986 war das Ergebnis von Verhandlungen der Kreditwirtschaft mit den Datenschutzbehörden und den Verbraucherschutzverbänden und betraf vor allem die Bestimmungen über das Bankauskunftsverfahren, den Zahlungsverkehr sowie die Entgeltklauseln<sup>3</sup>. Mit den zum 1.1.1993 in Kraft getretenen Neufassungen der AGB-Banken<sup>4</sup> und der AGB-Sparkassen wurde in wesentlichen Punkten den in der Rechtsprechung und im Schrifttum erhobenen Wirksamkeitsbedenken gegenüber verschiedenen Klauseln Rechnung getragen<sup>5</sup>. Unabhängig von den Einzelheiten läßt sich festhalten, daß die Klauselwerke insgesamt übersichtlicher und damit kundenfreundlicher geworden sind. Geblieben ist der wohl unvermeidliche Hinweis auf Sonderbedingungen „für einzelne Geschäftsbeziehungen“ (Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Banken), bzw. „für einzelne Geschäftszweige“ (Nr. 1 Abs. 2 S. 2 AGB-Sparkassen)<sup>6</sup>. Die Neuregelungen der **AGB-Banken zum 1. 1. 2000**<sup>7</sup> beruhen teilweise auf redaktionellen Änderungen (Nr. 6 Abs. 2 S. 1, Nr. 12 Abs. 4 und Abs. 5, Nr. 15, Nr. 16 Abs. 3 sowie Nr. 17 Abs. 1 S. 1 AGB), teilweise auf gesetzlichen Neuregelungen, wie der Änderung des Kaufmannsbegriffs im Handelsrecht (Nr. 6 Abs. 2 AGB) und des Überweisungsgesetzes und der damit in Zusammenhang stehenden Einführung der „Bedingungen für grenzüberschreitende Überweisungen innerhalb der Europäischen Union und der EWR-Staaten“. Außerdem sind aufgrund der Einführung des Euro Neuregelungen bzw. Ergänzungen in Nr. 10 Abs. 4 und Nr. 11 Abs. 2 S. 3 AGB eingefügt worden. Ferner sehen die AGB-Banken bei den Widerspruchs- und Kündigungsregelungen nunmehr anstelle der bisherigen Monatsfrist eine einheitliche Sechswochenfrist vor. Dies geht auf eine Entscheidung des BGH vom 17. 3. 1999 zurück, die eine Widerspruchsfrist von einem Monat in den Allgemeinen Rechtsschutzversicherungsbedingungen als zu kurz beanstandet hat<sup>8</sup>.

Die AGB der Sparkassen und Girozentralen, der gewerblichen Kreditgenossenschaften, der ländlichen Kreditgenossenschaften und der Deutschen Bundesbank stimmen mit den AGB der Privatbanken inhaltlich in vielen Punkten überein, wobei die AGB-Sparkassen in Teilbereichen für den Kunden

151a

3 S. *Steuer* Die Bank **1985** 561; vgl. auch die Darstellung in WM **1985** 1458.

4 Abgedruckt in NJW **1992** 3278 und jeweils bei *Bunte* Bankrechtshandbuch § 6 ff.

5 So auch *Köndgen* NJW **1996** 558, 563; *Krings* ZBB **1992** 326, 335; *Merkel* WM **1993** 725, 734; *Schimansky* WM **1995** 461, 463; *Westermann* WM **1993** 1865; *Horn*<sup>4</sup> § 23 Rdn. 621; kritisch von *Westphalen* BB **1993** 8 ff.

6 Zusammenstellung bei *Gößmann/Wagner-Wieduwilt/Weber* AGB der Banken 1993 Rdn. 1/19.

7 Abgedruckt in WM **2000** 93 ff. und bei *Kümpel* Bank- und Kapitalmarktrecht Anhang S. 2289 (Stand Oktober 1999).

8 NJW **1999** 1865, 1867.

ungünstiger sind als die AGB-Banken<sup>9</sup>. Die AGB-Sparkassen liegen derzeit noch in der Fassung 1993 mit Änderungen 1998 vor. Im folgenden werden kritische Klauselbestandteile der **AGB der Privatbanken** und einige Besonderheiten der **AGB der Sparkassen** erörtert<sup>10</sup>.

## II. Grundregeln für die Beziehung zwischen Kunde und Bank (Nr. 1–6 AGB)

### 1. Geltungsbereich und Änderungen der AGB (Nr. 1 AGB-Banken)

- 152 Nr. 1 AGB setzt die (wirksame) **Einbeziehung** der AGB-Banken als selbstverständlich voraus<sup>11</sup>. Für Sonderbedingungen regelt hingegen § 1 Abs. 1 S. 2 AGB, daß sie bei Kontoeröffnung oder bei Erteilung eines Auftrags mit dem Kunden vereinbart werden. Die in **Nr. 1 Abs. 2 AGB** enthaltene **Erklärungs-fiktion** entspricht den Anforderungen des § 10 Nr. 5 AGBG (s. oben § 2 Rdn. 65 und § 10 Nr. 5 Rdn. 9)<sup>12</sup>. Unbedenklich sind daher die Voraussetzungen, unter denen Änderungen der AGB als genehmigt gelten<sup>13</sup>. Dies gilt insbesondere, nachdem die Widerspruchsfrist in den AGB-Banken auf nunmehr sechs Wochen verlängert wurde.
- 152a Kritisiert wird hingegen die in **Nr. 2 Abs. 1 der AGB-Sparkassen** enthaltene Regelung, nach der eine **Einbeziehung von Änderungen** bei „unverhältnismäßigen Schwierigkeiten“ auch durch Aushang oder Auslegung möglich ist<sup>14</sup>. *Westermann*<sup>15</sup> teilt diese Bedenken nicht, sondern meint, es werde praktisch nur der Text des Gesetzes wiederholt. Letztlich geht es dabei um die Frage, ob die Voraussetzungen für die nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Sparkassen erforderlichen unverhältnismäßigen Schwierigkeiten eines Hinweises i.S.d. § 2 AGBG überhaupt gegeben sein können<sup>16</sup>.

### 2. Bankgeheimnis und Bankauskunft

- 153 In Nr. 2 Abs. 1 AGB wird das **Bankgeheimnis** ausdrücklich festgelegt. Klargestellt wird in **Nr. 2 Abs. 3 S. 1 AGB**, daß Bankauskünfte über juristische Personen und im Handelsregister eingetragene Kaufleute nur erteilt werden, wenn sich die Anfrage auf deren *geschäftliche* Tätigkeit bezieht. Die Haf-

<sup>9</sup> Vgl. Synopse bei *Bunte* § 4 Rdn. 9.

<sup>10</sup> Ohne nähere Angabe ist in den folgenden Ausführungen von den AGB der Privatbanken die Rede.

<sup>11</sup> Vgl. dazu oben § 3 Rdn. 42 f.

<sup>12</sup> So auch *Sonnenhol* WM 1993 677, 678; a.A. *Hoeren* NJW 1992 3267.

<sup>13</sup> So auch *Westermann* WM 1993 1865, 1866 f.

<sup>14</sup> Ablehnend von *Westphalen*, a.a.O. (Banken- und Sparkassen-AGB) Rz. 5 u. BB 1993 8; zweifelnd auch *Horn*<sup>4</sup> § 23 Rdn. 623.

<sup>15</sup> WM 1993 1865, 1866 f.

<sup>16</sup> Vgl. einerseits von *Westphalen* a.a.O.; a.A. *Aden* NJW 1993 832, 833.

tungsbegrenzung der **Nr. 10 Abs. 3 AGB-Banken 1988** ist gestrichen. Für die Haftung der Bank gelten damit die allgemeinen Grundsätze<sup>17</sup>.

**Nr. 3 AGB-Sparkassen** enthält eine etwas anders formulierte, in der Sache jedoch weitgehend übereinstimmende Regelung wie die AGB-Banken. Trotz der nach **Nr. 3 Abs. 3** vorbehaltenen **schriftlichen Bestätigung** haftet die Sparkasse dem Kunden, der auf eine mündlich erteilte fehlerhafte Auskunft vertraut, für den dadurch eintretenden Schaden. Eine von der mündlichen Auskunft abweichende spätere schriftliche „Bestätigung“ ändert daher an der Haftung dem Grunde nach nichts, sondern kann nur den Umfang des dadurch bedingten Schadens begrenzen. 153a

### 3. Haftungssystem

Die AGB-Banken 1993 enthalten eine deutliche Verbesserung gegenüber den früheren Haftungsregelungen<sup>18</sup>. **Nr. 3 Abs. 1 S. 1 AGB** stellt (deklaratorisch) fest, daß die Bank grundsätzlich für jedes Verschulden ihrer Mitarbeiter und sonstiger Erfüllungsgehilfen haftet, soweit nicht in Sonderbedingungen Abweichendes geregelt ist. So soll etwa durch die Verweisung in **Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB** auf die (vorrangig) geltenden Bedingungen für den Überweisungsverkehr sichergestellt werden, daß deren Sonderregelungen zur Erfüllungshilfenschaft (vgl. § 626c Abs. 1 S. 3 BGB, Nr. 5.2 Überweisungsbedingungen) den Allgemeinen Regeln der **Nr. 3 Abs. 2 AGB** (Grundsatz des „weitergeleiteten Auftrags“) vorgehen. Der Hinweis durch **Nr. 3 Abs. 1 S. 3 AGB** auf die Grundsätze des Mitverschuldens belegt nochmals die weitgehend deklaratorische Bedeutung der Klausel. 154

Durch die Fassung 1993 ist die **Substitutionsbefugnis der Bank** gegenüber der früheren Rechtslage (vgl. Voraufgabe Rdn. 161) deutlich **eingeschränkt** worden. Nur noch in Fällen sog. „weitergeleiteter Aufträge“ beschränkt sich die Haftung der Bank auf die sorgfältige Auswahl und Unterweisung des Dritten. Ein weitergeleiteter Auftrag ist nach der Definition in **Nr. 3 Abs. 2 S. 1 AGB** ein Auftrag, der „seinem Inhalt nach **typischerweise** in der Form ausgeführt wird, daß die Bank einen Dritten mit der weiteren Erledigung betraut“. Beispielhaft verdeutlicht wird dies in **Nr. 3 Abs. 2 S. 2 AGB** durch den Hinweis auf die Einholung von Bankauskünften bei anderen Kreditinstituten und die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren im Ausland<sup>19</sup>. Ob hier überhaupt Fälle einer Substitution angesprochen sind, ist fraglich. Jedenfalls ist 155

17 Vgl. zum Auskunftsvertrag etwa BGH ZIP 1999 275; BGH WM 1990 1990, 1991.

18 Vgl. dazu Voraufgabe Anh. §§ 9–11 Rdn. 157 ff.; von Westphalen BB 1993 8.

19 Seit 1995 gelten die „Sonderbedingungen für Wertpapiergeschäfte“, durch die die Klauseln für das Effekten- und Depotgeschäft (Nr. 29–30 AGB a.F.) und die „Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren“ ersetzt worden sind. Vgl. dazu Jonssen WM 1995 1861; Kümpel WM 1995 137; Grimm WiB 1995 56; Bungert DZWIR 1996 185; Ekkenga ZHR 160 (1996) 59.

mit der Begrenzung der Substitutionsbefugnis auf Fälle, in denen die Substitution typischerweise erfolgt, also der Verkehrssitte entspricht, den in der Voraufgabe gegenüber der früheren Regelung geäußerten Wirksamkeitsbedenken Rechnung getragen. Bei Zugrundelegung dieser Auslegung des Begriffs „typischerweise“ ist ein Ermessen der Bank ausgeschlossen<sup>20</sup>. Künftig wird die in § 676c Abs. 1 S. 3 BGB angeordnete Haftung der mit einer bargeldlosen Überweisung beauftragten Bank für ein Verschulden eines zwischengeschalteten Kreditinstituts bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen sein<sup>21</sup>.

- 155a Bedenklich ist **Nr. 19 Abs. 2 AGB-Sparkassen**. Nach dieser Klausel dürfen bei Fehlen gegenteiliger Weisungen Dritte eingeschaltet werden, soweit dies „erforderlich erscheint“. Diese unklare Formulierung läuft jedenfalls bei „kundenfeindlicher“ Auslegung auf ein Ermessen der Sparkasse hinaus. Dies ist nicht hinzunehmen<sup>22</sup>. Die Ausführung der dem Verwender übertragenen Hauptverpflichtung kann nicht seinem Ermessen überlassen bleiben. Die gegen die Wirksamkeit der Klausel sprechenden Bewertungsgrundlagen ergeben sich aus dem gesetzlichen Leitbild des § 664 Abs. 1 S. 1 BGB, nach der der Beauftragte die Ausführungen im Zweifel nicht einem Dritten übertragen darf, aus § 11 Nr. 13 und der Gefahr einer Umgehung des AGB-festen Haftungsmaßstabs nach § 11 Nr. 7<sup>23</sup>. Die vorgenannten Wirksamkeitsbedenken gegen die umfassende Substitutionserlaubnis in Nr. 19 Abs. 2 den AGB-Sparkassen schließt es jedoch nicht aus, daß die Bank die Auftragsausführung einem Dritten übertragen darf, soweit dies der Individualabrede, dem Gesetz oder der Verkehrssitte entspricht.
- 156 Nicht zu beanstanden ist regelmäßig der Haftungsausschluß nach **Nr. 3 Abs. 3 AGB** in den dort genannten Fällen der Störung des Betriebs<sup>24</sup> (zu Arbeitskampf- und Streikklauseln s. oben Rdn. 100, zu der Höheren-Gewalt-Klausel s. unten Rdn. 424).

#### 4. Aufrechnungsverbot

- 157 Das Aufrechnungsverbot enthält – auch für den kaufmännischen Geschäftsverkehr – eine dem § 11 Nr. 3 AGBG entsprechende Einschränkung und ist daher aus Sicht des AGBG nicht zu beanstanden<sup>25</sup>. Allerdings kann sich die

20 Vgl. *Bunte* § 8 Rdn. 38 gegen die Kritik von *Baumbach/Hopt* Nr. 3 AGB Rdn. 6.

21 Vgl. *Kümpe*<sup>l2</sup> Rdn. 2.281.

22 Weitere Bedenken gegen die Regelung von Nr. 19 Abs. 2 der Sparkassen-AGB bei *von Westphalen* a.a.O. Rdn. 17 u. BB **1983** 8, 9; a.A. *Aden* NJW **1993** 832, 837; *Westermann* WM **1993** 1865, 1867 f.

23 Vgl. Voraufgabe Anh. §§ 9–11 Rdn. 161 m.w. Nachw.

24 *Kümpe*<sup>l2</sup> Rdn. 2.292 m.w. Nachw.

25 BGH NJW **1986** 1757; *Horn*<sup>4</sup> § 23 Rdn. 665; *Bunte* § 9 Rdn. 3; *Kümpe*<sup>l2</sup> Rdn. 2.393 f.

Bank im Insolvenzverfahren auf das Aufrechnungsverbot nicht berufen, weil sich in dieser Situation das Verbot der Aufrechnung als ein vollständiger oder teilweiser Verlust der Gegenforderung des Kunden auswirken würde<sup>26</sup>. Das Aufrechnungsverbot schränkt auch nicht die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten gegenüber der Bank ein, so daß dem Klauselverbot des § 11 Nr. 2 AGBG Rechnung getragen ist<sup>27</sup>.

**Nr. 11 AGB-Sparkassen** enthält eine vergleichbare Regelung, die aber in Abs. 2 über das Aufrechnungsverbot hinaus ein Bestimmungsrecht für solche Zahlungen enthält, die nicht zur Befriedigung sämtlicher Forderungen ausreichen, soweit weder eine Weisung des Kunden noch eine gesetzliche Anrechnungsnorm greift. 157a

## 5. Verfügungsberechtigung nach dem Tod des Kunden

Nicht zu beanstanden ist die Berechtigung der Bank, nach dem Tod des Kunden zur **Klärung der Verfügungsberechtigung** das Vorlegen eines Erbscheins, eines Testamentvollstreckerzeugnisses oder weiterer hierfür notwendiger Unterlagen zu verlangen<sup>28</sup>. Dies gilt auch für das Recht der Bank, auf die Vorlage dieser Urkunden zu verzichten, wenn eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der letztwilligen Verfügung nebst zugehöriger Eröffnungsniederschrift vorgelegt wird<sup>29</sup>. Der Nachweis eines bloßen Eröffnungsvermerks reicht hingegen nicht<sup>30</sup>. Unbedenklich ist die Regelung in **Nr. 5 S. 3 AGB**, nach der die Bank einen in einer letztwilligen Verfügung benannten Erben oder Testamentvollstrecker als Berechtigten *ansehen, ihn verfügen lassen* und insbesondere mit befreiender Wirkung an ihn *leisten* kann<sup>31</sup>, auch wenn sich die Banken damit günstiger stellen als nach der gesetzlichen Regelung. Dies muß hingenommen werden, auch wenn es dazu führt, daß die Banken das Risiko, einen Scheinerben als Berechtigten ansehen, auf den wahren Erben abwälzen. Zum einen sind die Banken aufgrund des täglichen 158

26 BGH NJW 1978 2244 für das Vergleichsverfahren. Zur Aufrechnungs- und Verrechnungsbefugnis bei Insolvenz des Kunden vgl. BGH NJW 1995 1483; Köndgen NJW 1996 558, 564 m.w. Nachw.

27 *Canaris* Bankvertragsrecht Rdn. 2554; *Bunte* § 9 Rdn. 5.

28 So auch OLG Celle NJW 1998 82, 83 m.w. Nachw.

29 Vgl. auch RGZ 54 343, wonach die Banken nicht stets auf die Vorlage eines Erbscheins bestehen dürfen.

30 *Kümpe*<sup>12</sup> Rdn. 2.534 m.w. Nachw.

31 So auch *Horn*<sup>4</sup> § 23 Rdn. 667; *von Westphalen* a.a.O. Rdn. 25; im Ergebnis auch *Aden* NJW 1993 832, 833. Zur postmortalen Vollmacht vgl. BGH NJW 1995 250; *Schultz* NJW 1995 3345. Nicht unbedenklich OLG Hamm NJW-RR 1995 564 zum Recht einer Ehefrau, nach dem Ableben ihres Ehemannes das bisherige Einzelkonto des Verstorbenen unter Umgehung der Miterben in ein eigenes umzuwandeln. Zur Umwandlung eines Oder- in ein Und-Konto durch *einen* Kontoinhaber vgl. BGH NJW-RR 1993 233; *Hadding* WM 1994 Sonderbeil. 1, WM Festgabe *Hellner* S. 4 ff.



Massenverkehrs nicht in der Lage, die Richtigkeit der Legitimationsurkunde zu überprüfen<sup>32</sup>. Außerdem greift Nr. 5 S. 3 AGB nur, wenn die Bank kein Verschulden daran trifft, daß ihr die fehlende Verfügungsberechtigung des Benannten nicht bekannt geworden ist (**Nr. 5 S. 4 AGB**).

- 158a Inhaltlich gleich – aber übersichtlicher als die AGB-Banken – gliedert sich Nr. 5 AGB-Sparkassen in Erbnachweise (Abs. 1) und Leistungsbefugnis der Sparkasse (Abs. 2). Zusätzlich zu den AGB-Banken regelt Nr. 5 Abs. 3 AGB-Sparkassen die Behandlung „sonstiger ausländischer Urkunden“. Im wesentlichen unbedenklich sind hierbei die Bestimmungen, nach denen die Sparkasse das Fälschungsrisiko trägt und verschuldensabhängig für die Eignung, Wirksamkeit und Vollständigkeit sowie für die richtige Übersetzung und Auslegung der Urkunde haftet. Es ist jedoch zu Recht darauf hingewiesen worden, daß es zu Lasten der Sparkasse gehen muß, wenn die Tatbestandsmerkmale der Fälschung bzw. der Nichteignung der Urkunde voneinander nicht deutlich zu trennen sind<sup>33</sup>.

## 6. Rechtswahl, Gerichtsstand, Erfüllungsort

- 159 Zur Gerichtsstandsklausel s. unten Rdn. 400 ff.; zur Rechtswahlklausel Rdn. 575 ff.<sup>34</sup>. Zu der in **Nr. 5 Abs. 2 AGB-Sparkassen** zusätzlich enthaltenen Erfüllungsortklausel s. unten Rdn. 402.

## III. Kontoführung (Nr. 7–10 AGB)

### 1. Rechnungsabschlüsse bei Kontokorrentkonten

- 160 Weder nach § 9 noch nach § 10 Nr. 5 AGBG zu beanstanden ist die in **Nr. 7 Abs. 2 AGB** enthaltene **Genehmigungsfiktion**, die eingreift, wenn der Kunde nicht innerhalb der (neuen) Sechswochenfrist seit Zugang Einwendungen gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit eines Rechnungsabschlusses vorbringt. Auch wenn dies nicht ausdrücklich erwähnt ist, ist es allgemein anerkannt, daß ein Widerspruch bei besonders krassen Fehlern nicht erforderlich ist<sup>35</sup>. Unbedenklich ist es auch, daß der Kunde, der nach Fristablauf eine Berichtigung des Rechnungsabschlusses verlangt, beweisen muß, daß zu Unrecht sein Konto belastet oder eine ihm zustehende Gutschrift nicht erteilt wurde (Nr. 7 Abs. 2 S. 4 AGB)<sup>36</sup>.

32 *Canaris* Bankvertragsrecht 3. Aufl. Rdn. 2714.

33 *Aden* NJW 1993 832, 834; *von Westphalen* a.a.O. Rdn. 26; vgl. auch *Bunte* § 10 Rdn. 31.

34 Vgl. auch *Kümpel*<sup>2</sup> Rdn. 2.332 u. 2.341, der Nr. 6 AGB als insgesamt unbedenklich einstuft; vgl. auch OLG Frankfurt/Main NJW-RR 1999 604, 605.

35 *Bunte* § 12 Rdn. 27 m.w. Nachw.

36 *Von Westphalen* a.a.O. Rdn. 33 m.w. Nachw.