

Buch 2
Recht der Schuldverhältnisse

Abschnitt 2

**Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch
Allgemeine Geschäftsbedingungen**

§ 305

**Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen
in den Vertrag**

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

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsabschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Abs. 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

A. Einführung	1	b) Die Anforderungen im Regelfall	47
B. AGB-Begriff (§ 305 Abs. 1)		c) Der Sonderfall berechtigten Interesses des Verwenders am Aushandeln bestimmter problematischer Klauseln	51
I. Grundlagen		3. Einzelfragen	
1. Normzweck	2	a) Bedeutung eines Machtgefälles zwischen Verwender und Kunde	52
2. Funktion und systematische Stellung	2a	b) Wahlmöglichkeiten des Kunden	53
3. Entstehung der Vorschrift	3	c) Günstige Hauptleistung	54
4. Frühere Rechtslage	4	d) Reichweite des Aushandelns („soweit“)	55
5. EG-Richtlinie	4a	e) Ergänzungsbedürftige Formulare	56
II. Die Legaldefinition für AGB		f) Planmäßige Abweichungen	57
1. Grundlagen		4. Kollektives Aushandeln	59
a) Der Schutzzweck als Auslegungsmaßstab	5	IV. Beweislastfragen	
b) Keine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenabreden; deklaratorische Klauseln	7	1. Grundsatz	60
c) Das Absehen von der Verhandlungsmacht der Vertragsparteien	8	2. Nachweis der Individualabrede	62
2. Die einzelnen Begriffsmerkmale (§ 305 Abs. 1 Satz 1)		V. Einzelfälle	
a) Vertragsbedingungen		1. Formularverträge	66
aa) Zweiseitige Rechtsgeschäfte	9	2. Vertragsmuster	67
bb) Art und Inhalt	14	3. Interne Richtlinien	68a
cc) Erweiterung auf bestimmte einseitige Rechtsgeschäfte	16	4. Notariell beurkundete Verträge	69
dd) Einzelfälle	19	5. Wertpapierbedingungen	
b) Vorformulierung	20	a) Partielle Regelung in §§ 3, 5 ff. SchVG	70
c) Vielzahl	23	b) Unmittelbare Platzierung	70a
aa) Unbestimmte Zahl	24	c) Mittelbare Platzierung	71
bb) Bestimmte Zahl	25	6. Kollektiv ausgehandelte Vertragsbedingungen	74
d) Veranlassung der Einbeziehung durch den Verwender („Stellen“)		7. Behördlich genehmigte Vertragsbedingungen	75
aa) Einbeziehungsvorschlag und Verwenderbegriff	26	8. Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand	77
bb) Beiderseitiger Einbeziehungsvorschlag	29	VI. Analogieprobleme und Inhaltskontrolle nach § 242	
cc) Drittbedingungen	31	1. Erweiterung des Anwendungsbereichs des AGB-Rechts im Analogiewege	78
3. Unerhebliche Umstände (§ 305 Abs. 1 Satz 2)	33	2. Richterliche Inhaltskontrolle standardisierter Klauseln in Einzelverträgen	80
a) Äußerliche Gestaltung, Schriftart	34	3. Das Verhältnis von Inhaltskontrolle und Missbrauchseinwand nach § 242	82
b) Umfang	37	VII. Verträge mit Unternehmern	83
c) Form des Vertrags	38	VIII. Verbraucherverträge	85
III. Der Vorbehalt der Individualabrede (§ 305 Abs. 1 Satz 3)	39		
1. Einschränkung der AGB-Definition durch § 305 Abs. 1 Satz 3			
a) Fragestellung und Meinungsstand	40		
b) Stellungnahme	43		
2. Aushandeln			
a) Allgemeines	45		

C. Einbeziehungsvoraussetzungen
(§ 305 Abs. 2)

I. Übersicht

- 1. Inhalt und Zweck des § 305 Abs. 2 .101
- 2. Anwendungsbereich103
- 3. Systematische Stellung104
- 4. Zur Entstehungsgeschichte106
- 5. EG-Richtlinie106a
- 6. Rechtstatsachen107

II. Frühere Rechtslage108

III. Grundlagen

- 1. Geltungsbereich des § 305 Abs. 2
 - a) Grundsatz110
 - b) Persönliche Ausnahmen111
 - c) Sachliche Ausnahmen112
 - d) Ausgabebedingungen bei Wertpapieren113
 - e) Sog. faktische Vertragsverhältnisse117
- 2. Verhältnis zu §§ 145 ff.118
 - a) Abweichungen vom allgemeinen Vertragsrecht119
 - b) Uneingeschränkt fortgeltende BGB-Vorschriften122
 - c) Geltung von AGB im vorvertraglichen Bereich122a

IV. Voraussetzungen der Einbeziehung

- 1. Hinweis des Verwenders (§ 305 Abs. 2 Nr. 1)
 - a) Ausdrücklicher Hinweis (1. Halbs.)123
 - b) Einzelheiten128
 - aa) Schriftliches Angebot des Verwenders129
 - bb) Schriftliches Angebot des Kunden130
 - cc) Mündlicher Vertragsschluss .133
 - dd) Fernmündlicher Vertragsschluss135
 - ee) Vertragsschluss im Internet u.a.135a
 - c) Ausnahmen wegen der Art des Vertragsschlusses (2. Halbs.)
 - aa) Allgemeines136
 - bb) Konkludent geschlossene Massenverträge138
 - cc) Sonstige Bagatellfälle139
 - dd) Deutlich sichtbarer Aushang 141
- 2. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nr. 2)
 - a) Obliegenheit des Verwenders . .145

- b) Die Anforderungen im Einzelnen
 - aa) Schriftlicher Vertragsschluss 147
 - bb) Mündlicher Vertragsschluss 148
 - cc) Fernmündlicher Vertragsschluss149
 - dd) Vertragsschluss im Internet u.a.149a
 - c) Verständlichkeit und Lesbarkeit der AGB150
 - aa) Verständlichkeit151
 - bb) Lesbarkeit154
 - d) Körperliche Behinderung des Kunden154a
- 3. Der maßgebende Zeitpunkt
 - a) Allgemeines155
 - b) Erheblichkeit früherer Hinweise 158
 - 4. Das Einverständnis des Kunden . . 161
 - 5. Schriftformerfordernisse163a
 - 6. Spätere Änderungen der AGB bei Dauerschuldverhältnissen164
 - 7. Beweisfragen166
 - 8. Rechtsfolgen misslungener Einbeziehung168
 - 9. Geltung von AGB gegenüber Dritten?168a

V. Verträge mit Unternehmern

- 1. Keine Geltung des § 305 Abs. 2 . . 169
- 2. Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Einbeziehung
 - a) Allgemeines170
 - b) Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs 172
 - aa) Branchenüblichkeit 173
 - bb) Laufender Geschäftsverkehr 176
 - c) Kaufmännisches Bestätigungsschreiben177
- 3. Geltung kraft Handelsbrauchs . . 180
- 4. Kollision von AGB
 - a) Fragestellung182
 - b) Meinungsstand
 - aa) Rechtsprechung184
 - bb) Schrifttum187
 - c) Stellungnahme
 - aa) Zustandekommen des Vertrags188
 - bb) Vertragsinhalt191
 - cc) Insbesondere: Eigentumsvorbehalt195

VI. Verbraucherverträge

- 1. Vorgaben der EG-Richtlinie 198

2. Standardverträge (§ 310 Abs. 3 Nr. 1) 199
 3. Einzelverträge (§ 310 Abs. 3 Nr. 2) . 200
D. Rahmenvereinbarung (§ 305 Abs. 3)
I. Überblick
 1. Allgemeines 201
 2. Rechtsnatur und Gegenstand . . . 203

II. Form 206
III. Inhalt
 1. Bestimmte Art von Rechtsgeschäften 207
 2. Bestimmte AGB 208
IV. Erfüllung der Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 209

Stichwortverzeichnis

Abfindungserklärung 19
 Abschlussgehilfe 27
 Abwehrklauseln 186 ff., 196
 ADSp 74, 108, 119, 173, 175, 181
 Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports 152a
 allgemeine Rechtsgeschäftslehre . . 118 ff.
 ALLGO 176
 Änderung des Vertrages 159
 Änderung von AGB 143, 164 f., 208
 Angebote des Kunden 132, 170, 174
 Angebotsformular 19, 27
 Angebotsklauseln 163
 Anleihebedingungen 14, 19, 70 ff., 113
 Anwendungsbereich von Abs. 2 103 f.
 Anzeigenverträge 147a, 175
 Architektenvertrag 126
 Arztvertrag 17, 19
 Aufklärung über Operationsfolgen . . 19
 Auftragsbestätigung 122, 131, 171, 185 f.
 Auktions-AGB 139
 ausdrücklicher Hinweis 123 ff.
 Ausgleichsquittung 19
 Aushandeln
 – Änderungen des AGB-Textes 47, 57, 63, 63a
 – berechtigtes Interesse des Verwenders am 51
 – Bestätigungsklausel 49, 65
 – bestimmte Vertragsbedingungen . . 45
 – Beweislast 62 ff.
 – ergänzungsbedürftige Formulare . 56, 63a
 – Erläuterungen von AGB 44, 49
 – Folgeverträge 45
 – kaufmännischer Geschäftsverkehr . 83 f.
 – kollektives 59, 74
 – nachträgliches 46
 – Nachweis 62 ff.
 – notarielle Verträge 48 f.
 – planmäßig vorformulierte Abweichungen 57, 63
 – Preisfaktor 54
 – Reichweite 55
 – unveränderte Textübernahme 41, 48, 50 f., 64

– Verhandlungsbereitschaft 41, 50 f., 64
 – Verhandlungspflicht des Kunden . . . 51
 – Wahlmöglichkeit zwischen mehreren AGB 53 f.
 – Zeitpunkt 46
 Aushändigung von AGB 109, 133, 146 ff.
 Aushändigungsanspruch 146
 Aushang 133, 136 ff.
 ausländischer Kunde 124, 151
 Ausschreibungsbedingungen 173
 äußerliche Gestaltung von AGB . . 34 ff., 61
 Automatenbenutzung 138
 Autowaschanlage 139

 Bagatellfälle 136 ff.
 Bank-AGB 108, 139, 165, 175, 181, 201, 207
 Bankdienstleistungen 68a
 Basiszinssatz 152
 Bauherrenmodell 27a
 Bausparkasse 76, 112
 Beförderungsbedingungen 112, 117
 behördlich festgesetzte AGB 10
 behördlich genehmigte AGB 10, 75 f.
 Bestätigungsklausel 49, 65, 105, 166
 Bestellformulare 19, 132
 Bevollmächtigungen 19
 Bewachungsvertrag 137
 Beweisfragen 166 f.
 Beweislast 60 ff.
 Bildschirmtext 135b
 Bitten 11a
 Branchenüblichkeit 108, 119, 123, 132, 139, 172 ff.

 chemische Reinigung 134, 139

 Daseinsvorsorge 138
 Datenverarbeitungsklauseln 19
 Dauerschuldverhältnis 164
 deklaratorische Klauseln 7a
 deliktische Haftung 18
 Deutsche Post AG 112
 Dokumentenakkreditiv 181
 Drittbedingungen 31 ff.
 Dritte als AGB-Verfasser 31

Drittwirkung von AGB168a, 175

EDV-Klausel 19

EG-Richtlinie 4a, 106a

Eigentumsvorbehalt . 127, 175, 192, 195 f.

Eigentumswohnungen 12, 24 f.

Einbeziehungsklauseln 105, 206

einseitige Erklärungen 16 ff.

Eintragungsbewilligung 19

Eintrittskarten 116, 138

Einverständnis des Kunden 161 ff.

Einwilligungserklärung 17, 19

Einziehungsermächtigung 19

Empfangsbestätigung134

Empfehlungen11a

Ergänzung von Formularen 56, 63a

Erläuterung von AGB 44, 49

Ersatzformulierungen 53, 57

Ersatzteilbestellung159

Fachausdrücke152

Fahrkarten116, 134, 138

Fakturenvermerke127, 157, 176

fehlerhafte Vertragsverhältnisse117

fehlgeschlagene Einbeziehung168

Fernabsatzgesetz149b

fernmündlicher Vertrags-
schluss135, 149, 167

Fernunterrichtsvertrag147

Flughafenunternehmen 77, 175

Folgegeschäft159

Form von AGB 34 ff.

Form des Hinweises128

Form des Vertrages 38

Formularbücher 67

Formularvertrag 66, 129, 148

Frachtbrief-Übergabeschein127

Freizeichnungsklauseln 18, 32, 80 f.

fremdsprachliche AGB 124, 151

früherer Hinweis158 f.

Garantiekarte133

Geltungsbereich des § 305 Abs. 2 . . .110 ff.

GEMA-Berechtigungsvertrag 19

gemeinsame AGB-Verwendung 29 f.

Gemeinschaftsordnung von Wohnungs-
eigentümern 12

Genussschein 19

Genussscheinbedingungen113

Geschäftsplan von Versicherern 19

Gewohnheitsrecht 11

Giroverkehr68a

Gliederung von AGB152

Grundschuldbestellung15, 113

Grundschuldbrief113

Grundschuldsweckerklärungen 19

Grundstücksverkauf 32, 80 f.

Hafenbetriebe 175

Haftungsbeschränkung in GbR 19

Handelsbrauch 11, 84, 180 f., 195

handschriftliche AGB 34

Hauptabreden 7

Hausnotar 32a

Hinweis auf AGB 123 ff.

Hinweis nach Vertragsschluss 127, 155, 157

Hinweisschild 140, 12

Holzhandel 181

Honorarscheine 19

Hypothekenbedingungen 15

Incoterms 181

Individualvertrag 80 f.

Inhaberpapiere 13 ff., 134

Interaktives Shopping135b, 149a

interne Richtlinien 68a

interne Vertragsmuster 31 ff.

Internet135b, 149a

Irrtumsanfechtung 155, 162, 174, 179a, 190

„jeweilige geltende Fassung“ 125

Kapitalanlagegesellschaften . 76, 112 f., 208

Katalogbestellungen130, 147, 170a

Kaufhäuser 140

kaufmännische Papiere 113

kaufmännischer Geschäftsver-
kehr 83 f., 169 ff.

kaufmännisches Bestätigungs-
schreiben 177 ff., 183

Kenntnisnahmemöglichkeit146 ff.

kommunale Betriebe 175

Konditionenempfehlungen, -kartelle . 59

Kongruenzgeltung 187

konkludente Verträge 138

Konnossementsbedingungen 169

Konzertkarten 19

körperliche Behinderung 154a ff.

Kraftfahrzeughandel 59

Kraftfahrzeugvermietung152, 154

Krankenhausverträge 10a, 17, 19, 152, 175

Lagerschein 127

laufende Geschäftsverbindung 160, 176, 206

Legitimationspapiere 113

Lesbarkeit von AGB 154

Lieferscheine 127, 157, 159

Lizenzvertrag 25, 74

Löschungsbewilligungen 19

Lotto- und Toto-AGB 13, 143

Luftverkehr152, 169

Machtgefälle 52

Maklerverträge127, 175

maschinenschriftliche AGB 34, 61

Massenverträge	138, 140	sozialtypisches Verhalten	117, 138
mehrere AGB-Fassungen	126, 152	Sparbücher	113
modifizierte Annahme	148a	Spielplatz	18, 161
modifiziertes Angebot	130 f., 185 f.	Sportanlagen	18
mündliche AGB	36	Stammkunde	143
mündlicher Vertragsschluss	133 f., 148	Stellen von AGB	26 ff.
Musterbedingungen	29 ff., 67 f.	Stempelaufdruck	28
Mustermietvertrag	59, 67, 148	Sukzessivlieferungsvertrag	160
Nachbestellung	159, 176	Tarifwahl	54
nachträgliche Einbeziehung	127, 157	Tegernseer Gebräuche	181
nachträglicher Eigentumsvorbehalt	127	Telefonkarten	19
Nebenabreden	7	Telekommunikationsdienstleistung- gen	112
Normenverträge	202 ff.	Teleshopping	135a ff., 149 f.
notarielle Verträge	31 ff., 38, 48 f., 69, 80 f.	Theater-AGB	113, 134, 139
 		Theorie des letzten Wortes	185
Obliegenheiten des Verwenders	120, 145 f.	Trade-Terms	181
öffentlich-rechtliche Benutzungsver- hältnisse	9 f., 77	Transparenzgebot	102, 103a, 198
öffentlich-rechtliche Körperschaften	111	Treuhänder	27a
öffentlich-rechtliche Verträge	10, 14, 77	Trimm-Dich-Pfad	161
Orderpapiere	113 ff.	TV-Shopping	135c, 149a
Parkhaus-AGB	108, 117, 137 f., 144	Übersendung des AGB-Textes	147a, 149
Pfandschein	113	Übersichtlichkeit von AGB	152
Preisfaktor	54	Umfang von AGB	37, 152
Preislisten	130, 147, 149, 170a	Umgehung von AGB	68a
Prospekte	130, 147, 149, 170a	Umtauschrecht	140
 		Unternehmer	83 f., 111, 169 ff.
Quittungen	134	 	
 		VBL-Satzung	19
Rahmenvereinbarungen	201 ff.	Verbandsmitteilungen	67
Rechnungen	28, 127, 157, 176	Verbandsprozess	105
Rechtsanwälte	19, 31 ff.	Verbraucherverträge	2, 23, 26, 85 f., 198 ff.
rechtsgeschäftliche Einbeziehung	102, 170	Verfügungsverträge	15
rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen	17 f.	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	139
Rechtsmissbrauch	82	Verhandlungsbereitschaft	41, 50 f., 64
Rechtsnormen	9, 77, 110	Verkehrssicherungspflicht	18
Rechtstatsachen	7	Verkehrssitte	108, 119, 162, 180
Regelwerk des Neuen Marktes	19	Verlagsvertrag	25
Rektapapiere	113, 115	Versandanzeige	127
Richtlinie siehe EG-Richtlinie		Versicherungsbedingungen	19, 76, 112, 165
Rückkanalfernsehen	135b, 149a	Verständlichkeit von AGB	150 ff.
 		Versteigerungs-AGB	139
sachenrechtliche Verträge	15	Verträge mit Unternehmern	169 ff.
Satzung	9	Vertragsabschlussklauseln	13, 163
Schiffahrtsunternehmen	175	Vertragsänderung	159
Schließfächer	137 f.	Vertragsentwurf	22
Schriftart von AGB	20, 34, 154	Vertragsmuster	24, 29 ff.
schriftlicher Vertragsschluss	129 ff.	Vertreter	111, 127, 154b
Schufa-Klausel	19	Vertriebsvertrag	25, 74
Schuldanerkenntnis, -versprechen	14, 19	Verwendung von AGB	27 ff.
Schweigen	161, 163, 177 ff., 180	Vielzahl	23 ff.
Schweigepflichtentbindung	19	VOB	29, 74, 145, 181
Schwimmbäder	139, 144	Vollmachtsformulare	19
Selbstbedienungsläden	140	vollstreckungsrechtliche Vereinbarun- gen	15
„soweit gesetzlich zulässig“	153		

Vorformulierung	20 ff.	Wiederkehrschuldverhältnisse	160
Vorverkaufsstellen	116	Wissen-Müssen-Formel	108
vorvertragliches Rechtsverhältnis	13	Wohnungseigentümergeinschaft	12
VVaG	14		
Weiterverweisung auf andere AGB	152a	Zeitpunkt der Obliegenheits- erfüllung	16, 127, 155 ff.
Werbeprospekte	11a	Zusammentreffen von AGB	182 ff.
Wertpapiere	14, 19, 70 ff., 113 ff.	Zwangsvollstreckung	15
Widerspruch gegen die Einbezie- hung	110, 168	Zwischenhändler	25
		Zwischenspediteur	175

Schrifttum: Vgl. die Nachw. vor Rdn. 9, 39, 69, 70, 77, 101, 113, 135a und 182.

A. Einführung

- 1 Die im Zuge des SMG in das BGB eingefügte Vorschrift des **§ 305** geht auf die **§§ 1 und 2 AGBG** als Vorgängernormen zurück; sie sind – in wenig transparenter Weise – in § 305 zusammengefasst und unter eine nur auf die Absätze 2 und 3 bezogene Überschrift gestellt worden. *Im Einzelnen* hat **Absatz 1** in den Sätzen 1 und 2 die *AGB-Legaldefinition* aus § 1 Abs. 1 AGBG übernommen; zugleich ist die Vorschrift in Satz 3 um den Vorbehalt der Individualabrede (früher § 1 Abs. 2 AGBG) erweitert worden. Die **Absätze 2 und 3** befassen sich demgegenüber im Anschluss an § 2 Abs. 1 und 2 AGBG mit den für die *Einbeziehung von AGB* in Verträge mit Nichtunternehmern geltenden Anforderungen (Abs. 2) sowie mit der Möglichkeit des Verwenders, über die Einbeziehung bestimmter AGB in künftige Einzelverträge eine Rahmenvereinbarung mit dem anderen Vertragsteil zu treffen (Abs. 3). Nur auf diese Teile der Norm bezieht sich auch deren die Einbeziehung herausstellende Überschrift.
- 1a Der Inhalt der Vorgängernormen ist bei der Überführung in § 305 zwar im Wesentlichen **unverändert** geblieben. Eine **Ausnahme** findet sich jedoch in Abs. 2 Nr. 2: danach hat der Verwender bei der Verschaffung zumutbarer Kenntnismöglichkeiten auf eine für ihn erkennbare *körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei* angemessene Rücksicht zu nehmen. Die seit jeher bestehenden berechtigten Zweifel an der Sinnhaftigkeit und Praktikabilität des § 2 Abs. 1 AGBG (vgl. Rdn. 102) haben sich durch dieses systemfremde Zusatzerfordernis weiter verstärkt (Rdn. 154a ff.).

B. AGB-Begriff (§ 305 Abs. 1)

I. Grundlagen

1. Normzweck

- 2 Die Vorschrift des § 305 Abs. 1 dient der **Definition** des im AGB-Recht verwendeten Begriffs der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Abs. 1 Satz 1) und seiner **Abgrenzung** gegenüber individuell ausgehandelten Vertragsbestandteilen (Abs. 1 Satz 3). In Verbindung mit der AGB-Definition legt § 305 Abs. 1 Satz 2 fest, welche Umstände für den AGB-Begriff *keine Bedeutung* haben. Die damit be-

zweckte *Klarstellung* richtete sich gegen Tendenzen aus der Zeit vor Erlass des AGBG, die die AGB-Definition an rein formalen Kriterien ausrichten („Druckerschwärze“, vgl. Rdn. 34) bzw. bestimmte Formen oder Arten von Verträgen (kurz gefasste 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 des § 305 Abs. 1 darin, den **Anwendungsbereich der §§ 305 bis 310 zu umschreiben**. Die Einbeziehung der jeweiligen Verträge oder Vertragsbestandteile in die AGB-Definition entscheidet also – vorbehaltlich der Ausnahme in § 307 Abs. 3 – nicht nur über die Maßgeblichkeit der Inhaltsschranken der §§ 307 bis 309. Vielmehr hängt davon grundsätzlich auch die Geltung der Einbeziehungsvoraussetzungen und der Auslegungsvorschriften der §§ 305 Abs. 2 und 3 bis 306 ab; Gleiches gilt für die Zulassung von Unterlassungs- und Widerrufsklagen nach Maßgabe des § 1 UKlaG. Gewisse *Einschränkungen* des Anwendungsbereichs trotz Erfüllung der Merkmale des AGB-Begriffs finden sich einerseits in den *sachlichen* Bereichsausnahmen des § 310 Abs. 4 für eine Reihe besonderer Vertragsmaterien, andererseits in der Vorschrift des § 310 Abs. 1, die den *persönlichen* Anwendungsbereich des Gesetzes und seine Geltung *gegenüber Unternehmern* als Kunden betrifft. Demgegenüber hat die der EG-Rechtsangleichung dienende AGBG-Novelle von 1996 eine *Ausweitung* des Anwendungsbereichs des Gesetzes über die AGB-Definition hinaus auf die beiden in § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2 geregelten Typen von *Verbraucherverträgen* gebracht (vgl. die Erläuterungen daselbst).

3. Entstehung der Vorschrift

Zu wesentlichen Inhaltsänderungen gegenüber den Vorentwürfen zur Erarbeitung der Definition ist es im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zum AGBG nicht gekommen. Allerdings hat die Vorschrift des § 1 AGBG, die in der Endfassung auf einen Änderungsvorschlag des *Bundesrats* zurückging¹, im Lauf der Beratungen klarere Konturen erlangt. Vgl. Näheres in der 4. Aufl. § 1 AGBG Rdn. 3; zum SMG siehe bereits Rdn. 1 f.

4. Frühere Rechtslage

Rechtsprechung und Literatur waren schon vor Erlass des AGBG zunehmend bestrebt, den Anwendungsbereich der im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätze des AGB-Rechts 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 Reichsgericht schon 1932 für den **AGB-Charakter**

¹ Vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 47.

nicht auf das äußere Erscheinungsbild, sondern auf die verbreitete Verwendung der fraglichen Klausel ab². Auch die Einbeziehung von **Formularverträgen** in die AGB-Rechtsprechung geht bereits auf das RG zurück³; sie wurde in der Folgezeit vom BGH jedenfalls in denjenigen Fällen fortgeführt, in denen es sich um umfangreiche und unübersichtliche Formulare handelte⁴. 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. Nachw. in Rdn. 35, 38). Durch die Regelung in § 305 Abs. 1 und ihre Ergänzung in § 310 Abs. 3 Nr. 1 ist sie nicht nur voll übernommen, sondern auf weitere Fälle der Vorformulierung ausgedehnt worden.

5. EG-Richtlinie

- 4a Die Richtlinie 93/13/EWG (Einl. Rdn. 91 ff.) ist nach ihrem Art. 3 Abs. 1 auf **nicht im Einzelnen ausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen** anwendbar. Nach Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie ist eine Vertragsklausel immer dann als nicht im Einzelnen ausgehandelt zu betrachten, wenn sie im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte. Damit weicht die Richtlinie nicht nur hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs, sondern auch in sachlicher Hinsicht von der Konzeption zunächst des § 1 AGBG und sodann auch des § 305 Abs. 1 ab. So ist das die AGB-Definition prägende Merkmal der Vielzahl in Art. 3 der Richtlinie nicht vorgesehen. Auch setzt die Richtlinie nicht voraus, dass die Vertragsbedingungen vom Unternehmer „gestellt“ werden; es genügt vielmehr, dass der Verbraucher infolge der Vorformulierung keinen Einfluss auf den Inhalt der Bedingungen nehmen konnte, so dass auch auf Veranlassung Dritter in den Vertrag einbezogene Klauseln erfasst werden. Die Umsetzung dieser Vorgaben ist in der Weise erfolgt, dass der AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 nebst seiner Geltung auch für Unternehmerverträge beibehalten worden ist, **in § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2** indes **Sondervorschriften** für Standard-Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 Nr. 1) und vorformulierte Einzelverträge (§ 310 Abs. 3 Nr. 2) geschaffen worden sind. Siehe dazu noch Rdn. 85 f. sowie wegen sämtlicher Einzelheiten § 310 Rdn. 36 ff.

II. Die Legaldefinition für AGB

1. Grundlagen

a) Der Schutzzweck als Auslegungsmaßstab

- 5 Der **Schutzzweck** des AGB-Rechts geht vorbehaltlich der Sondervorschrift des § 310 Abs. 3 über Verbraucherverträge bekanntlich dahin, angesichts der fehlenden Richtigkeitsgewähr vorformulierter Vertragsbedingungen den anderen Teil

2 RGZ 135 136 (137).

3 RG DR 1941 53.

4 St. Rspr., vgl. BGHZ 22 90 (94 f. und 97); BGHZ 47 207 (215 ff.); BGHZ 51 55 (59); BGHZ 62 251 (252 f.); NJW 1972 1227; NJW 1977 624; NJW 1979 2387 (2388); zur abweichenden Beurteilung bei Formularen mit wenigen, leicht verständlichen Klauseln vgl. 4. Aufl. (Ulmer) § 1 AGBG Rdn. 4.

vor solchen Gefahren zu schützen, die sich für ihn aus dem Sicheinlassen auf die vorformulierten Klauseln unter Verzicht auf das Aushandeln der Vertragsbedingungen ergeben (Einl. Rdn. 47 ff.). Dem ist auch bei der **Auslegung der AGB-Definition** und der damit verbundenen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Gesetzes (Rdn. 2a) Rechnung zu tragen. Als tragende Definitionsmerkmale des § 305 Abs. 1 Satz 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* (§ 310 Abs. 3 Nr. 1). Sie bilden zugleich die maßgeblichen Abgrenzungskriterien gegenüber Individualvereinbarungen. Wie nicht zuletzt die Einbeziehungsregelung in § 305 Abs. 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 AGB-Rechts nicht an formalen Kriterien der in Abs. 1 Satz 2 genannten Art (Form, Umfang oder Schriftart der Vertragsbedingungen) auszurichten, sondern auf die in Abs. 1 Satz 1 festgelegten, in erster Linie *materiellen* Elemente abzustellen⁵. 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**⁶. 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 die Definition 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 § 305 Abs. 1 unter Einbeziehung auch solcher Vertragsbestandteile gelöst werden, bei deren Vereinbarung das individuelle Aushandeln vorherrscht. Zum abweichenden Ansatz der Klauselrichtlinie siehe Rdn. 4a, zur Frage einer Inhaltskontrolle nicht ausgehandelter *Individualverträge* vgl. Rdn. 80 f.

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

Auf den **Inhalt** der Vertragsbedingungen, die die Merkmale des § 305 Abs. 1 Satz 1 erfüllen, kommt es für die AGB-Definition **nicht** an. Unter die Definition fallen grundsätzlich auch solche vorformulierten Verträge, die einen der in § 305a genannten Ausnahmereiche zum Gegenstand haben; anderes gilt nur für die Materien des § 310 Abs. 4, auf die das AGB-Recht generell keine Anwendung findet⁷. Ebenso *verzichtet* die Definition auf eine Abgrenzung danach, ob die Vertragsbedingungen *der Änderung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften*

⁵ Vgl. *Dietlein* NJW 1974 971.

⁶ So zutr. schon OLG Celle BB 1976 1287 mit zu Unrecht abl. Anm. von *von Westphalen* BB 1976 1288.

⁷ *Dietlein/Rebmann* § 1 AGBG Rdn. 2; so zum Recht vor Inkrafttreten des AGBG auch schon OLG Frankfurt BB 1978 926: Satzungsbestimmungen einer Genossenschaft sind keine AGB.

dienen, ob sie mit anderen Worten im Sinne typischer AGB-Funktionen das „selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft“⁸ 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. § 307 Abs. 3). 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 der §§ 305 bis 310 (einh. M.). Praktische Bedeutung hat diese Ausweitung gegenüber dem hergebrachten AGB-Verständnis allerdings nur für die Rechtsgeschäftsnormen der §§ 305 bis 306. Demgegenüber kommen die Vorschriften über die Unwirksamkeit unangemessener Klauseln einschließlich des hierauf bezogenen Kontrollverfahrens auf Grund der Einschränkung in § 307 Abs. 3 grundsätzlich nur gegenüber Nebenabreden zur Anwendung, während transparente Abreden über die beiderseitigen Hauptleistungen kontrollfrei bleiben. Eine Inhaltskontrolle dieser Vertragsteile auf Grund der §§ 307 bis 309 ist somit grundsätzlich ausgeschlossen (zur Abgrenzung vgl. § 307 Rdn. 14 ff.).

- 7a Auch für sog. **deklaratorische Klauseln**, d.h. solche, die Rechtsvorschriften lediglich wiedergeben, ist der Charakter als vorformulierte Vertragsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 im Grundsatz überwiegend zu Recht anerkannt⁹. Im Hinblick auf das Merkmal des „Stellens“ (dazu Rdn. 26 ff.) ist die Aussage allerdings dahin einzuschränken, dass es sich um Vorschriften des *dispositiven* Rechts handeln muss, weil bei zwingend geltenden Vorschriften von einer einseitigen Auferlegung schlechterdings nicht die Rede sein kann¹⁰. 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 soll¹¹. Schließlich geht auch § 307 Abs. 3 (früher § 8 AGBG) 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 wäre¹². Praktische Auswir-

8 *Großmann-Doerth* Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933.

9 Grundsätzlich bejahend auch BGH NJW 1988 2951; *Erman/Roloff* Rdn. 4; *Zoller* BB 1987 421 (425); inzident (da nur die Inhaltskontrolle ablehnend) auch BGHZ 106 42 (45); BGHZ 107 123 (126); NJW 1991 1750 (1754); NJW 2007 3344 f.; *Palandt/Grüneberg* § 307 Rdn. 63; eingehend dazu *Dylla-Krebs* Schranken der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, 1990, S. 51 ff.; a.A. *Fehl* BB 1983 223 (225); *Niebling* BB 1984 1713; *Leonardy* DRiZ 1976 108 (110). – Zur Unanwendbarkeit der §§ 305 ff., soweit der Inhalt des Rechtsverhältnisses durch zwingendes Gesetzesrecht festgelegt wird, siehe dagegen Rdn. 9.

10 So auch *Dylla-Krebs* (FN 9) S. 52 f., 54.

11 Vgl. etwa die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 1 Satz 3 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. § 310 Rdn. 35a ff. sowie die Argumentation bei *Dylla-Krebs* (FN 9) S. 53.

12 So auch die Argumentation des BGH in NJW 1988 2951; vgl. zur Gesetzesgeschichte des § 8 AGBG *Dylla-Krebs* (FN 9) S. 54 f. m.w. Nachw.

kungen hat die Einbeziehung deklaratorischer Klauseln in den AGB-Begriff z.B. im Hinblick auf § 306 Abs. 2, weil dem danach zur Lückenfüllung eingreifenden dispositiven Recht eine im Wege ergänzender Vertragsauslegung gefundene Regelung prinzipiell vorgeht (vgl. § 306 Rdn. 30, 33 ff.); ferner im Hinblick auf § 305c Abs. 2, weil die für AGB geltenden Auslegungsregeln sich nicht mit denjenigen für Gesetze decken¹³.

c) Das Absehen von der Verhandlungsmacht 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 § 310 Abs. 1 und 3 – für das Eingreifen des Gesetzes grundsätzlich **nicht** an. Entgegen einer Reihe rechtspolitischer Vorschläge hat der Gesetzgeber des AGBG 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. 47 ff.); daran hat sich auch durch die Einfügung von § 24a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3) 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 § 305 Abs. 1 im Grundsatz ohne Belang. Sie können allerdings im Hinblick auf das Merkmal des Aushandelns bei Abgrenzung zur Individualabrede Bedeutung erlangen (Rdn. 52, 64). Zur Anwendung der AGB-Definition auf *Verträge mit Unternehmern* vgl. Rdn. 83, auf Vertragsbedingungen der *öffentlichen Hand* Rdn. 77; zur Sonderregelung für Verbraucherverträge vgl. Rdn. 85.

2. Die einzelnen Begriffsmerkmale (§ 305 Abs. 1 Satz 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 FS Mallmann, 1979, S. 33; *M. Berger* Unwirksame Gewährleistungsausschlüsse von Verbrauchern bei eBay wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 7a, b, Nr. 8b BGB, ZGS 2007 257; *Bettermann* Über Flughafengebühren, in FS Reimers, 1979, S. 415; *Borges* Zur AGB-Kontrolle interner Richtlinien, ZIP 2005 185; *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; *Grunewald* Was sind Vertragsbedingungen i.S.v. § 305 BGB?, in FS von Westphalen, 2010, S. 229; *Habersack/Schürnbrand* Unternehmenskauf im Wege des Auktionsverfahrens aus AGB-rechtlicher Sicht, in FS Canaris, Bd. 1, 2007, S. 359; *Heiderhoff* Die Wirkung der AGB des Internetauktionators auf die Kaufverträge zwischen den Nutzern, ZIP 2006 793; *Heinrichs* Der Rechts-

¹³ Vgl. auch Rdn. 76; näher dazu *Dylla-Krebs* (FN 9) S. 57 f.

begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977 1505; *Hirte* Öffentlich-rechtliche Satzungen und Benutzungsordnungen als AGB, in FS Ulmer, 2003, S. 1153; *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; *Lischek/Mahnken* Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, ZIP 2007 158; *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; *Pflug* Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1986; *Rott/Butters* Öffentliche Dienstleistungen und Vertragsgerechtigkeit im Lichte des Gemeinschaftsrechts, VuR 1999 75 und 107; *Schippel/Brambring* AGB-Gesetz und notariell beurkundete Formularverträge, DNotZ 1977 131; *Schlechtriem* Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in FS 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; *Ulmer* AGB-Gesetz und einseitig gesetzte Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern, in FS Weitnauer, 1980, S. 205; *J. F. Wagner* Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Benutzungsregelungen kommunaler Einrichtungen, 1982; *Wiedemann* Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, in FS Kummer, 1980, S. 175; *Willemsen* Schutz des Verbrauchers vor Aufrechterhaltung unwirksamer AGB-Klauseln als „Individualvereinbarungen“, NJW 1982 1121.

a) Vertragsbedingungen

aa) Zweiseitige Rechtsgeschäfte

- 9 Bei den AGB muss es sich um Vertragsbedingungen handeln, d.h. um **Bestandteile eines** zwischen dem Verwender und dem anderen Teil abzuschließenden, nicht notwendigerweise bereits zu Stande gekommenen (Rdn. 13) **Rechtsgeschäfts** (zur Behandlung auch allgemeiner, auf Begründung eines vorvertraglichen Rechtsverhältnisses gerichteter Hinweise des Verwenders als AGB vgl. Rdn. 13)¹⁴. Daher scheiden nach ganz h.M. solche Klauseln aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus, deren Geltung nicht auf der vertraglichen Einbeziehung beruht, sondern auf ihrem Charakter als **zwingende Rechtsnormen**¹⁵. In derartigen Fällen normativ geltender Geschäftsbedingungen, so namentlich bei *satzungsrechtlich*

14 Krit. zur gesetzlichen Qualifikation der AGB als *Vertragsbedingungen* unter Betonung ihrer rechtssystematischen Nähe zu *Rechtsnormen* aber *Pflug* (insbes. S. 32 ff., 298 ff.); vgl. dazu Einl. Rdn. 39 ff.

15 Verordnung, Satzung u.a., vgl. *Staudinger/Schlosser* Rdn. 4; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 8; *Erman/Roloff* Rdn. 8; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 2; *Stoffels* Rdn. 112; *Hilpert* NZV 2007 288 ff. (Beförderungsbedingungen im öffentlichen Personenverkehr); zu § 1 AGBG *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 4; *Rott/Butters* VuR 1999 107 (108) [abweichend allerdings für den Begriff der Vertragsklausel in Art. 2a RL 93/13/EWG, vgl. a.a.O. S. 107, 109 ff.]; **a.A.** *MünchKomm/Basedow* Rdn. 8 (für öffentlich-rechtliche Satzungen); *Hirte* in FS Ulmer, 2003, S. 1153 ff. (für öffentlich-rechtliche Satzungen und Benutzungsordnungen); tendenziell auch *Hoffmann* in *Lehofer/Mayer* (Hrsg.), *Geschäftsbedingungen in Österreich und der EU*, 1998, S. 67 f.

ausgestalteten Benutzungsordnungen, kommt allerdings, sofern das Benutzungsverhältnis als solches als **öffentlich-rechtlicher Vertrag** und nicht als Subordinationsverhältnis ausgestaltet ist, eine *entsprechende Anwendung* bestimmter kodifizierter Grundsätze des AGB-Rechts auch auf die satzungsrechtlichen Elemente in Betracht¹⁶. Zum AGB-Charakter von deklaratorischen Klauseln, die das dispositive Recht wiedergeben, vgl. oben Rdn. 7a; zur Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Verträge siehe Rdn. 14.

Die **behördliche Genehmigung** von Vertrags- oder Geschäftsbedingungen lässt ihren privatautonomen, auf Einbeziehung beruhenden Geltungsgrund unberührt. Sie nimmt ihnen nicht den Charakter von AGB¹⁷; dies gilt auch bei weltweiter Verwendung der Bedingungen¹⁸. Ebenso steht grundsätzlich die Festsetzung der Benutzungsordnung durch *Erläss* o.ä. der Anwendbarkeit des AGB-Rechts nicht entgegen, solange nur das **Benutzungsverhältnis selbst als privatrechtlicher Vertrag** ausgestaltet und auch die Benutzungsordnung auf diesem Wege einbezogen ist¹⁹. Auch die privatrechtsgestaltende Natur der behördlichen Genehmigung nimmt den Zivilgerichten grundsätzlich nicht die Befugnis zur AGB-Inhaltskontrolle²⁰.

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 beispielsweise²¹ für die **Krankenhauspflegesätze** der Fall ist. Diese werden gemäß § 18 KHG i.V.m. §§ 15 ff. BPflVO²² festgesetzt und

16 So zutr. OLG München BB **1980** 496; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 4 und *Baur* in FS Mallmann, 1979, S. 36 ff.; weitergehend (für entsprechende Anwendung auch auf öffentlich-rechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnisse) LG Köln NJW-RR **1988** 430 (431); *Wolf/Pfeiffer* Einl. Rdn. 23; *Hirte* in FS Ulmer, 2003, S. 1153 ff.; *J. F. Wagner* S. 86 f., 162 ff.; *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 4; ebenso für die *Auslegung* von Freizeichnungsklauseln in öffentlich-rechtlich gestalteten Benutzungsordnungen BGH WM **1977** 557 (558) und WM **1977** 1456 (1459); WM **1980** 444 (445); a.A. aber BGH WM **1981** 1176 (1177) für die AVersorgB. Vgl. dazu auch Vorb. v. § 307 Rdn. 45.

17 Ganz h.M., vgl. BGHZ **86** 284 (291) = NJW **1983** 1322; NJW **2007** 997 Rdn. 9; NJW **2007** 3344 Rdn. 14; OLG Hamm WM **2010** 702; OLG Stuttgart ZIP **2010** 74; LG Heilbronn ZIP **2009** 609 (611); *Staudinger/Schlosser* Rdn. 3; *Erman/Roloff* Rdn. 4; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 2; *PWW/Berger* Rdn. 1 f.; *Stoffels* Rdn. 112; dazu näher Rdn. 75 f. sowie *Trittel* BB **1980** 497 (501); a.A. aber *Bettermann* in FS Reimers, 1979, S. 437 ff. – Zur Kontrollfreiheit von genehmigten Tarifwerken siehe BGH NJW **2007** 3344 Rdn. 11 ff.; NJW **1998** 3188; Vorb. v. § 307 Rdn. 96.

18 BGH NJW **2007** 997 Rdn. 9 (Luftfracht); *PWW/Berger* Rdn. 1 f.

19 So auch BGHZ **111** 295 (297) = NJW **1990** 2686; BGHZ **107** 273 (275 f.) = NJW **1989** 3010 (Südlotto); BGHZ **142** 103 (105 f.) = NJW **1999** 3558 und BGHZ **139** 333 (339) = NVersZ **1999** 88 (Satzung der VBLS als AVB); NJW **1979** 2353 (2354); OLG Koblenz bei *Bunte* AGBE I § 9 Nr. 104; grundsätzlich a.A. *Bettermann* in FS Reimers, 1979, S. 432 ff.

20 So auch BGHZ **73** 114 (116) = NJW **1979** 597; BGH LM LuftVZO Nr. 2; *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 4.

21 Siehe ferner BGH NJW **2005** 2919 (2920) betr. die von einer rechtsfähigen Anstalt öffentlichen Rechts im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses (Abfallentsorgung) nach Maßgabe landesrechtlicher Vorschriften festgesetzten Tarife und Leistungsbedingungen, die zwar als AGB anzusehen seien, indes ohne besondere Einbeziehungsvereinbarung Geltung beanspruchten; zur Kontrollfreiheit von genehmigten Tarifwerken siehe die Nachw. in FN 17.

22 Neufassung des KHG v. 10.4.1991, BGBl. **1991** I 886; VO v. 26.9.1994, BGBl. **1994** I 2750.

führen zu einem Festpreis, von dem nicht abgewichen werden kann²³. Für den im Übrigen privatrechtlich zu beurteilenden Vertrag zwischen Krankenhausträger und Patient sind sie unmittelbar verbindlich; einer Einbeziehung in den Vertrag bedarf es für ihre Geltung somit nicht²⁴. Zur Überprüfung der Krankenhauspflegesätze ist der Verwaltungsrechtsweg durch § 18 Abs. 5 KHG gesetzlich vorgeschrieben. Auf Grund der unmittelbaren Bindungswirkung der Pflegesätze hat daher auch der betroffene Patient bei inhaltlichen Einwendungen gegen den Kostenbescheid *Anfechtungsklage* vor den Verwaltungsgerichten zu erheben²⁵. Die Ausnahme beschränkt sich auf die Leistungsfestsetzung gegenüber dem Patienten als solche, während hinsichtlich der sonstigen Bestimmungen des Krankenhausvertrags das AGB-Recht uneingeschränkt Anwendung findet²⁶.

- 11 Rechtssätze des **Gewohnheitsrechts**²⁷ werden, sofern sie zwingender Natur sind, trotz Wiedergabe im vorformulierten Text nicht zu AGB. Anderes gilt dann, wenn sie lediglich nachgiebiges Recht darstellen²⁸. 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).
- 11a Vorformulierte **Empfehlungen oder „Bitten“** sind dann nicht als AGB zu qualifizieren, wenn ihnen auch aus der Sicht des Empfängers keinerlei rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommen soll²⁹. *Anderes* gilt, wenn die Hinweise auf die Begründung eines vorvertraglichen Rechtsverhältnisses gerichtet sind (vgl. Rdn. 13) oder wenn der Verwender mit der Empfehlung vertraglichen Aufklärungspflichten nachkommt³⁰. Auch *Hinweise in Werbeprospekten* oder

23 So auch BGHZ 73 114 (117) = NJW 1979 597; siehe ferner NJW 2005 2919 (2920) (dazu bereits FN 21).

24 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); siehe ferner BGH NJW 2005 2919 (2920) (Abfallentsorgung, dazu bereits FN 21); offen gelassen von BVerwG NJW 1980 660; a.A. LG Frankfurt NJW 1985 686 (687).

25 Vgl. BGHZ 73 114 (117) = NJW 1979 597. Zur Klagebefugnis von Patienten nach § 42 Abs. 2 VwGO vgl. *Sodan* in *Sodan/Ziekow*, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 42 Rdn. 465 mit Rspr.-Nachw.; zur Klagebefugnis von Sozialversicherungsträgern und Wettbewerbern vgl. *Wahl/Schütz* in *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Stand 2009, § 42 Rdn. 320; zur entsprechenden Anwendung des § 315 Abs. 3 auf Tarife im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses und der daraus resultierenden Einrede der unbilligen Tariffestsetzung siehe hingegen BGH NJW 2005 2919 (2920) m.w. Nachw.

26 Vgl. BGHZ 105 160 (163 ff.) = NJW 1988 2951; zur Anwendbarkeit von § 305c Abs. 1 vgl. § 305c Rdn. 50.

27 Dazu allgemein *Larenz/Wolf* AT § 3 Rdn. 31 ff.

28 Vgl. auch *H. Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 3 (5), und zu deklarator. Klauseln oben Rdn. 7a.

29 So zutr. schon BGHZ 124 37 (45 f.) = NJW 1994 188 (betr. die Bitte, mitgeführte Taschen beim Betreten eines Kaufhauses abzugeben); ebenso OLG Schleswig bei *Bunte* AGBE IV § 1 Nr. 8; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 3; *von Westphalen* NJW 1994 367; weitergehend dann BGHZ 133 184 (188) = NJW 1996 2574 (2575) (dazu noch Rdn. 13 mit FN 36); siehe ferner *Heinrichs* NJW 1997 1407; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 12.

30 *Erman/Roloff* Rdn. 3; vgl. auch OLG Düsseldorf DB 2001 806 (Hinweisschild im Einkaufsmarkt, dass mit dem Aufreißen einer Verkaufspackung eine Kaufverpflichtung begründet wird); ferner OLG München WM 2008 299 (302) (Hinweis in Leasingbedingungen, dass Bank Forderung aus dem Leasingvertrag ankauft oder zu Gunsten des Leasingnehmers eine Höchstbetragsbürgschaft übernimmt, ist keine AGB).

auf Preisschildern können AGB darstellen, sofern sie hinreichend bestimmt sind³¹.

Auch vom Bauträger einseitig nach § 8 WEG errichtete **Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümern** erfüllen infolge fehlender Vertragsqualität nach zutreffender, wenn auch umstrittener Ansicht *nicht* die Voraussetzungen der AGB-Definition des § 305 Abs. 1³². Freilich ist insoweit mit Rücksicht auf den Schutzzweck des AGB-Rechts dessen *analoge Anwendung* veranlasst³³; die Ausnahmenvorschrift des § 310 Abs. 4 findet auf sie keine Anwendung (str., vgl. § 310 Rdn. 126). Die Rechtsprechung bevorzugt demgegenüber eine Inhaltskontrolle nach § 242³⁴, beruft sich dabei aber ausdrücklich auf einen generalisierenden Prüfungsmaßstab, so dass hinsichtlich der im Mittelpunkt stehenden Inhaltskontrolle mit nennenswerten Abweichungen gegenüber der Analogie zu §§ 307 bis 309 nicht zu rechnen ist.

Nicht erforderlich ist nach der Begriffsbestimmung, dass der **Vertrag bereits zu Stande 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 § 305 Abs. 2 geregelten Einbeziehungsvoraussetzungen zur Anwendung kommen. Daher erfüllen auch solche Erklärungen des Verwenders die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1, die als *Vertragsabschlussklauseln* das Zustandekommen des Vertrages zum Gegenstand haben³⁵ oder aus Sicht des Kunden ein *vorvertragliches Rechtsverhältnis* begründen oder inhaltlich gestalten sollen³⁶. Die Definition setzt also bereits im *Vorfeld des Vertrages*

31 Von BGHZ 179 319 Rdn. 17 ff. = NJW 2009 1337 zu Recht verneint für Irrtums-/Änderungsvorbehalt in Produktkatalog; zuvor bereits OLG Hamm WM 2008 499 (500); a.A. Grunewald in FS von Westphalen, 2010, S. 229 (234 ff.).

32 BGHZ 99 90 (94) = NJW 1987 650; Wolf/Pfeiffer Rdn. 21; Erman/Roloff Rdn. 8; Palandt/Grüneberg Rdn. 4; Ulmer in FS Weitnauer, 1980, S. 209 ff. m.w. Nachw.; Weitnauer, 9. Aufl. 2005, § 7 WEG Rdn. 25; Weitnauer DNotZ 1989 430; Ertl DNotZ 1981 152 (162); F. Schmidt BauR 1979 189 ff.; a.A. BayObLG BB 1979 857 (858); MünchKomm/Basedow, 5. Aufl. 2007, Rdn. 10; so zu § 1 AGBG auch Löwe/Trinkner § 1 AGBG Rdn. 7; Staudinger/Schlosser, 13. Bearbeitung 1998, § 1 AGBG Rdn. 8; MünchKomm/Kötz, 3. Aufl. 1993, § 1 AGBG Rdn. 4; offen lassend OLG Frankfurt OLGZ 1986 45.

33 Str., vgl. näher Ulmer in FS Weitnauer, 1980, S. 215 ff. und Teil 2, (38) Wohnungseigentum/Verwalterverträge Rdn. 1; Wolf/Dammann Klauseln Rdn. W 21; so auch Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 8; H. Roth BB 1992 Beil. 4, S. 3.

34 BGH NJW 1994 2250 (2252); NJW 2002 3240 (3244); BayObLG DNotZ 1989 428 (429); dafür auch Ertl DNotZ 1981 152 (162 f.); Palandt/Grüneberg Rdn. 4; Weitnauer, 9. Aufl. 2005, § 7 WEG Rdn. 10 f. und DNotZ 1989 430; offen lassend noch BGHZ 99 90 (96 f.) = NJW 1987 650; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990 154. Nachw. zur Gegenansicht siehe FN 33.

35 Vgl. § 308 Nr. 1 und dazu § 308 Nr. 1 Rdn. 8; zur Frage der Einbeziehung derartiger Klauseln vgl. Rdn. 163.

36 BGHZ 133 184 (188) = NJW 1996 2574 (Hinweis auf Taschenkontrolle im Supermarkt); OLG LG Köln ZIP 1997 1328 (1329) (Hinweis einer Direktbank auf „Beratungsverzicht“); für Änderungs- und Irrtumsvorbehalte in Katalogen verneint von BGHZ 179 319 Rdn. 17 ff. = NJW 2009 1337; OLG Hamm WM 2008 499 (500); siehe ferner OLG München WM 2008 299 (302) (dazu bereits FN 30); Grunewald in FS von Westphalen, 2010, S. 229 (230).

ein³⁷. Auch die Zulässigkeit einer Klage gegen den Verwender nach § 1 UKlaG 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 sein³⁸. Anderes gilt für Klagen gegen den Empfehler; insoweit genügt, dass der vorformulierte Text Dritten zur Verwendung als AGB empfohlen wird (vgl. § 1 UKlaG Rdn. 27).

bb) Art und Inhalt

- 14 Die **Art des Rechtsgeschäftes** wird nach dem Wortlaut von § 305 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 (siehe noch Rdn. 15). Erfasst werden auch *abstrakte Schuldanerkenntnisse* oder -versprechen³⁹ sowie die *Ausgabebedingungen von Wertpapieren*⁴⁰. Für das **Vereinsrecht** ist die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 zu beachten. Jedoch unterliegen die versicherungsrechtlichen Beziehungen zwischen einem VVaG und seinen Mitgliedern zumindest in denjenigen Fällen dem AGB-Recht, in denen diese vertragsrechtlich ausgestaltet sind⁴¹. 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 seien⁴². Die Beurteilung **öffentlich-rechtlicher Verträge** richtet sich in erster Linie nach §§ 54 bis 61 VwVfG. Allerdings enthält § 62 Satz 2 VwVfG eine subsidiäre Verweisung auf die Vorschriften des BGB; das gestattet es, *ergänzend* auch die §§ 305 bis 310 heranzuziehen und sie *entsprechend* auf vorformulierte

37 Ganz h.M., vgl. KG NJW 1985 151; OLG Hamburg NJW 1985 3030 (3031); LG Tübingen bei *Bunte* AGBE II § 1 Nr. 6; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 7; *Erman/Roloff* Rdn. 5; *Stoffels* Rdn. 110 f.; *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 6; *Grunewald* ZIP 1987 353 (354); *H. Roth* BB 1992, Beil. 4, S. 6; vgl. auch BGHZ 104 95 (98 f.) = NJW 1988 1908; LG München NJW-RR 1992 244; speziell zu Klauseln betr. das Bieterverfahren im Rahmen von Unternehmenskaufverträgen *Habersack/Schürnbrand* in FS Canaris, 2007, S. 359 (361 ff.); **a.A.** KG NJW 1981 2822 für eine Lotto-Klausel, die den Abschluss des Spielvertrags hinauschiebt.

38 BGH NJW 1987 2867; vgl. auch LG Frankfurt/M. WM 1992 1103 (1104).

39 BAG NJW 2005 3164 (dort zugleich zum Nichteingreifen der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG a.F. betr. das Arbeitsrecht); OLG Stuttgart NJW 1979 222 (223); OLG München bei *Bunte* AGBE VI § 1 Nr. 4; LG Stuttgart WM 1977 1318 (1319); *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 9; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 3; *H. Roth* BB 1992, Beil. 4, S. 2; näher Münch-Komm/*Habersack* § 780 Rdn. 23 f.

40 Zu diesen vgl. näher Rdn. 70 ff.

41 Hierzu und zum Sonderfall der in die Satzung eines VVaG aufgenommenen AVB vgl. § 310 Rdn. 125 sowie BGHZ 111 295 = NJW 1990 2686; OLG Hamm NJW-RR 1995 1527; zur Einbeziehung vereinsrechtlicher Regelungen unter Umgehungsgesichtspunkten in das AGB-Recht vgl. § 310 Rdn. 130.

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

Bedingungen in öffentlich-rechtlichen Verträgen anzuwenden⁴³. Unmittelbar anwendbar sind §§ 305 ff. hingegen, soweit die öffentliche Hand im Rahmen privatrechtlicher Verträge auf AGB zurückgreift⁴⁴. Zur Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf behördlich genehmigte AGB und Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand vgl. Rdn. 9 f., 75 ff.

Der **Inhalt** der Bedingungen ist für die AGB-Definition unerheblich, sieht man von den Bereichsausnahmen des § 310 Abs. 4 Satz 1 ab⁴⁵. 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 Abtretung von Forderungen, die Einigung über Hypotheken- oder Grundschuldbestellungen, auf *prozessuale* Vereinbarungen und Regelungen vollstreckungsrechtlichen Inhalts⁴⁶ sowie nach – allerdings überprüfungsbedürftiger – h.M. auf *Prozesserklärungen*⁴⁷. Der weite Anwendungsbereich ergibt sich nicht nur aus der umfassenden Formulierung von § 305 Abs. 1, sondern auch aus einem Umkehrschluss zu § 310 Abs. 4, 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 § 307 Abs. 3, zur Inhaltskontrolle von AGB durch die Grundbuchämter Vorb. zu § 307 Rdn. 108.

15

43 Zur entsprechenden Anwendung des AGB-Rechts (ganz h.M.) vgl. Vorb. v. § 307 Rdn. 45; dafür auch MünchKomm/Basedow Rdn. 8; Erman/Roloff Rdn. 8; Staudinger/Schlosser Rdn. 5; Wolf/Pfeiffer Einl. Rdn. 24; H. Roth BB 1992 Beil. 4, S. 4; für entsprechende Anwendung jedenfalls der §§ 9 bis 11 AGBG a.F. J. F. Wagner S. 83 ff.; für *unmittelbare* Anwendung Koch/Stübing § 9 AGBG Rdn. 17; F. Baur in FS Mallmann, 1979, S. 38 f.; Stober DÖV 1977 398 (400); einschränkend OVG Münster NJW 1989 1979 (1880), das bei Subordinationsverträgen im Bereich der Eingriffsverwaltung eine entsprechende Anwendung ablehnt; dem folgend Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 4; offen lassend BGH WM 1995 1345 (formulärmäßige Lohnabtretung).

44 Zu den damit verbundenen Fragen im Zusammenhang mit öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP) siehe Kunkel/Weigelt NJW 2007 2433 ff.

45 So im Ausgangspunkt auch Wolf/Pfeiffer Rdn. 9 f.; speziell zur Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Anstellungsverträge mit Vorstandsmitgliedern einer AG und Geschäftsführern einer GmbH Bauer/Arnold ZIP 2006 2337 ff.; Oetker in FS Buchner, 2009, S. 691 ff.

46 Ganz h.M., vgl. BGH NJW 1987 2867 (Gerichtsstandsklausel); NJW 1988 3260 (3262) (Verpfändung); 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; Wolf/Pfeiffer Rdn. 9; Staudinger/Schlosser Rdn. 14; Erman/Roloff Rdn. 4; MünchKomm/Basedow Rdn. 9; zu § 1 AGBG M. Wolf in FS Baur, 1981, S. 151; von Westphalen ZIP 1984 1 (5); a.A. aber Fehl Systematik, S. 144.

47 Vgl. für die Vollstreckungsunterwerfung BGH NJW 2002 138 (139); BGHZ 99 274 (284) = NJW 1987 904; BGHZ 114 9 (12 f.) = NJW 1991 1677; LG Hamburg NJW 2008 2784 (2785); MünchKomm/Basedow Rdn. 10; Wolf/Pfeiffer Rdn. 11; a.A. MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 794 ZPO Rdn. 133, Zöller/Stöber ZPO, 28. Aufl. 2010, § 794 ZPO Rdn. 32, jeweils m.w. Nachw.; zweifelnd auch Habersack NJW 2008 3173 (3174 f.). Zur Qualifizierung als Prozesserklärung siehe BGHZ 147 203 (208 ff.); zur Unterwerfungsklausel siehe auch Teil 2, (10) Darlehensverträge Rdn. 26 ff.

cc) 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 AGB-Rechts entsprechend anzuwenden⁴⁸. Zwar stehen die entsprechenden vom Verwender vorformulierten Erklärungen des Kunden i.d.R. 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)⁴⁹ nicht ankommen⁵⁰. Der Schutz des AGB-Rechts 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 berücksichtigen⁵¹. Der Schutzzweck des AGB-Rechts (Einl. Rdn. 51) erfasst auch diese Fälle, ohne dass es darauf ankommt, ob bereits die Klauselverbote der §§ 308 Nr. 1, 309 Nr. 12b den Schluss auf die Einbeziehung einseitiger Erklärungen zulassen⁵².
- 17 Entsprechendes wie für einseitige Rechtsgeschäfte gilt auch für **rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen des Kunden**, die auf Vorformulierungen des anderen Teils beruhen. Soweit sie für die Rechtsbeziehungen zwischen Kunde und Verwender von Bedeutung sind und die Stellung des Kunden verändern, ist das AGB-Recht auch auf sie entsprechend anwendbar⁵³. Von Bedeutung ist dies namentlich für die **Einwilligung** in die Heilbehandlung sowie für die Einwilligung in Telefon- oder sonstige Werbung und die Speicherung und Nutzung von Daten⁵⁴. Zur Quit- tung siehe Rdn. 19.

48 H.M., vgl. BGH ZIP 2009 1826 Rdn. 18; ZIP 2009 2446 Rdn. 12; BGHZ 98 24 (28) = NJW 1986 2428; BGHZ 141 124 (126) = NJW 1999 1864; NJW 2000 2677; 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); OLG Nürnberg WM 1998 1188 (1189); LG Stuttgart WM 1977 1318; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 8; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 11; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 6; *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 13; *Erman/Roloff* Rdn. 6; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 9; *Stoffels* Rdn. 113; *Grunewald* in FS von Westphalen, 2010, S. 229 (231 ff.); so zu § 1 AGBG auch *Löwe/Trinkner* § 1 AGBG Rdn. 7; *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 8; *H. Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 5; *Heinrichs* NJW 1977 1505 (1506); *Stürmer* JZ 1977 431 und 639; a.A. *Fehl* Systematik, S. 131, 136 ff.; *Dietlein* JZ 1977 637 f.; *Schippel/Brambring* DNotZ 1977 131 (140 FN 14). – Zu Vollmachtsklauseln siehe auch Teil 3, (13) Vollmachtsklauseln.

49 So auch LG Stuttgart WM 1977 1318 (1319) und *Fehl* Systematik, S. 136 ff.

50 So zutr. auch BGH NJW 1999 1864; OLG Frankfurt WM 1986 570 (571); OLG Koblenz NJW-RR 1994 58 (59); *MünchKomm/Basedow* Rdn. 9; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 8.

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

52 So aber *Heinrichs* NJW 1977 1505 (1506).

53 BGH NJW 1990 2313 (2314); ferner *Staudinger/Schlosser* Rdn. 8; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 11; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 9; *Erman/Roloff* Rdn. 6; *Stoffels* Rdn. 114; näher *Kothe* AcP 185 1985 105 (129); siehe ferner *Hollmann* NJW 1978 2332 und *Niebling* MDR 1982 194; *Laufs/Kern* Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62 Rdn. 17.

54 Speziell zu derlei Einwilligungsklauseln siehe BGH WM 2010 233 Rdn. 15; BGHZ 177 253 Rdn. 18 = ZIP 2009 1826 (1827); BGHZ 141 124 = NJW 1999 1864; NJW 2000 2677.

Auf einseitige Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsähnliche **Erklärungen desjenigen, der den vorformulierten Text selbst aufgestellt oder ausgewählt hat**, findet das AGB-Recht dagegen grundsätzlich **keine** Anwendung, da der Erklärende mit der Vorformulierung keine fremde, sondern lediglich *eigene* Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt⁵⁵. Daher werden auch Hinweis- oder Warningschilder auf Spielplätzen, Trimm-Dich-Pfaden u.a., die der Beschränkung oder dem Ausschluss der *deliktischen* Haftung wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht dienen sollen, nicht erfasst, wenn sie nicht dazu bestimmt sind, zum Abschluss eines Haftungsausschluss- oder -begrenzungsvertrags zu führen⁵⁶. Ihre rechtliche Bedeutung beschränkt sich nach den für das Handeln auf eigene Gefahr geltenden Grundsätzen ohnedies regelmäßig darauf, dem Verkehrssicherungspflichtigen den Einwand des Mitverschuldens (§ 254) bei unvorsichtigem Verhalten des Geschädigten zu eröffnen, während die Haftung für Verletzung der Verkehrssicherungspflicht im Grundsatz unberührt bleibt⁵⁷. Anderes kann bei Sportanlagen o.Ä. in Betracht kommen, deren Benutzung nach der Eigenart der Anlage nicht ohne Gefährdung des Benutzers möglich ist⁵⁸. Zur Ausnahme für einseitig errichtete Gemeinschaftsordnungen nach § 8 WEG vgl. Rdn. 12; zur Behandlung bankinterner Richtlinien unter Umgehungs Gesichtspunkten (§ 306a) als AGB vgl. Rdn. 68a.

dd) Einzelfälle

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

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

Anwaltliche Honorarscheine (AG Krefeld NJW 1980 1582, 1583; *Bunte* NJW 1981 2657).

Ärztliche Honorarvereinbarungen, die von den Gebührensätzen der GOÄ abweichen (BGHZ 115 391, 394 = NJW 1992 746. Vgl. aber auch die Regelung der GOÄ v. 18.12.1995 (BGBl. 1995 I 1861), die viele detaillierte Voraussetzungen für wirksame Honorarvereinbarungen enthält; das spricht dafür, dass insofern gegenüber dem AGB-Recht abschließendes Sonderrecht geschaffen wurde, so bejahend *Taupitz* ArztR 1996 209, 212 unter Berufung auf die VO-Begr. (vgl. dazu auch Teil 2, (2) Arztverträge Rdn. 2).

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

Ausgleichsquittungen (so auch *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 12; zu § 1 AGBG auch *Löwe/Trinkner* § 1 AGBG Rdn. 7; *Preis* AuR 1979 101 f.; im Ergebnis auch BAG NJW

55 *Staudinger/Schlosser* Rdn. 10; *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 12; *PWW/Berger* Rdn. 3; *Erman/Roloff* Rdn. 6; *Stoffels* Rdn. 115; *Heinrichs* NJW 1997 1408; vgl. ferner BGH NJW 1999 1633 (1635); a.A. *Beckmann* NJW 1996 1378; *Grunewald* in FS von Westphalen, 2010, S. 229 (231 f.).

56 Für (entsprechende) Anwendung der §§ 305 ff. auf die Einschränkung einer Gewinnzusage i.S.d. § 661a durch an versteckter Stelle abgedruckte Vergabebedingung OLG München NJW 2004 1671 (1672); berechtigte Bedenken bei *Erman/Roloff* Rdn. 6.

57 BGH NJW 1982 1144; VersR 1976 1175 (1177); OLG Düsseldorf VersR 1976 1160 (1161).

58 BGH NJW 1978 1626.

1979 2267); ferner Erklärungen bei der **Honorarabrechnung**, gerichtet auf Übertragung von Urheber- und Verwertungsrechten (BGH WM 1984 238, 239 f.).

Ausübungsbedingungen für von einem Arbeitgeber gewährte Aktienoptionen (BAG WM 2008 1923 Rdn. 26; siehe dazu auch *Habersack/Verse* ZGR 2005 451, 466 ff.).

Beendigung einer betrieblichen Übung, sofern entsprechende Mitteilung des Arbeitgebers von den Arbeitnehmern als Änderungsangebot verstanden wird (BAG NZA 2009 601 Rdn. 17; siehe ferner BAG NZA 2009 49 Rdn. 20).

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; NJW 1987 2011; OLG Nürnberg WM 1988 1188, 1189; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 8). Anders jedoch bei Beschränkungen des Umfangs einer vom *Verwender* erteilten Vollmacht, vgl. *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 (formularmäßiger Hinweis auf nicht bestehende Vollmacht eines Bauleiters) und BGH NJW 2002 3240, 3244.

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

Eintragungsbewilligungen (BGH NJW 1988 558; OLG Stuttgart NJW 1979 222, 223; OLG Celle RPflegler 1979 261; LG Stuttgart WM 1977 1318 f.; *Erman/Roloff* Rdn. 6; MünchKomm/*Basedow* Rdn. 10; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 10; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 7; *Soergel/Stein* § 1 AGBG 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. § 309 Nr. 12b; BGH NJW 1990 2313, 2314 – Einwilligung in Obduktion; *Erman/Roloff* Rdn. 6; MünchKomm/*Basedow* Rdn. 10; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 10; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 7; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 5; *Gounalakis* NJW 1990 753; *Deutsch* NJW 1983 1351; *Niebling* MDR 1982 194 f.; *Laufs/Kern* Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 62 Rdn. 17; zum Ganzen vgl. auch *Jungbecker* Zivilrechtliche Probleme der klinischen formularmäßigen „Einverständniserklärung“, 1985).

Einwilligung zur Erfassung personenbezogener Daten des Kunden (BGHZ 177 253 = ZIP 2008 1826 und WM 2010 233, jeweils betr. die AGB des Betreibers eines Kundenbindungs- und Rabattsystems; siehe ferner *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/Pfeiffer* Rdn. 11; *Schuster/Simon* NJW 1980 1288).

Einziehungsermächtigungen (BGH NJW 1982 164; *Erman/Roloff* Rdn. 6; *Staudinger/Schlosser* 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 (*Erman/Roloff* Rdn. 6; *Soergel/Stein* § 1 AGBG 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).

GEMA-Berechtigungsvertrag und Verteilungsplan-Bestimmungen (BGH WRP 2002 442, 444 f. m.w. Nachw.).

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

Konzertkartenklauseln (LG München I NJW 1991 1491).

Regelwerk des Neuen Marktes (LG Frankfurt ZIP 2001 1498, 1501; *Bachmann* WM 2001 1793, 1795; *Edelmann* BB 2002 1332, 1333; *Wolf* WM 2001 1785, 1787; *Römermann/Schröder* BKR 2001 83, 85; offen lassend OLG Frankfurt NJW 2002 1958, 1959).

Schuldanerkenntnis und Verzichtserklärung (OLG Karlsruhe NJW 1991 112; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 12).

Telefonkarten: Gültigkeitsbeschränkung (BGHZ 148 74, 76 = NJW 2001 2635; OLG Köln ZIP 2000 1836, 1837 f.).

Überweisungsaufträge (so auf der Grundlage des Auftragsrechts BGHZ 98 24, 28 = NJW 1986 2428; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 11; zum Vertragscharakter der Überweisung nach §§ 676c ff., 676f ff. siehe *Rösler/Werner* BKR 2009 1, 5 ff.).

Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (vgl. Teil 2, (10) Darlehensverträge Rdn. 26 ff.; BGH ZIP 2010 1072 Rdn. 23 ff.; BGH NJW 2002 138, 139; BGHZ 99 274, 284 = NJW 1987 904; BGHZ 114 9, 12 f. = NJW 1991 1677; OLG Stuttgart NJW 1979 222, 223; LG Stuttgart WM 1977 1318; LG Hamburg NJW 2008 2784, 2785; MünchKomm/*Basedow* Rdn. 10; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 11; *Erman/Roloff* Rdn. 6; *Stürner* JZ 1977 431 und 639; **a.A.** *Dietlein* JZ 1977 638; grundsätzlich auch *Fehl* Systematik, S. 138; aus dem prozessrechtlichen Schrifttum auch MünchKomm/*Wolfsteiner*, § 794 Rdn. 133; *Zöller/Stöber* § 794 ZPO Rdn. 29, jeweils m.w. Nachw.; zweifelnd auch *Habersack* NJW 2008 3173, 3174 f. Zur Qualifizierung als Prozessklärung siehe BGHZ 147 203, 208 ff.).

Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL-)Satzung als Allgemeine Versicherungsbedingungen (BGHZ 139 333, 339 = NVersZ 1999 88; BGHZ 142 103, 105 f. = NJW 1999 3558).

Wertpapierbedingungen für Anleihen, Genussscheine u.a. (BGHZ 119 305, 312 = NJW 1993 57; BGHZ 163 311, 314 ff. = NJW 2005 2914; ZIP 2009 1558 Rdn. 20; OLG Düsseldorf WM 1991 1375, 1379; OLG Frankfurt WM 1993 2089; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 4; *PWW/Berger* Rdn. 1 f.; *Wolf* in FS *Zöllner*, 1999, S. 651; *Stoffels* Rdn. 117; *Hopt* in FS *Steindorff*, 1990, S. 341, 364; *Masuch* Anleihebedingungen und AGB-Gesetz, 2001, S. 58; (h.M.); **a.A.** für Fremdemissionen: *Kallrath*

Inhaltskontrolle der Wertpapierbedingungen, 1994, S. 67 f.; von Randow ZBB 1994 23, 26 f.; Joussem WM 1995 1861, 1865 f.; Bungert DZWiR 1996 185, 187 f.; grundsätzlich auch Assmann WM 2005 1053 ff.; Ekkenga Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt, 1998, S. 51; Ekkenga ZHR 160 1996 59, 69 ff. Vgl. hierzu im Einzelnen Rdn. 70 ff., 113 ff.).

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

b) Vorformulierung

- 20 Mit dem Merkmal der Vorformulierung bezieht § 305 Abs. 1 ein **formales Element** in die Definition ein⁵⁹. Gegenüber den im Vordergrund stehenden materiellen Kriterien (Rdn. 6) wird es in seiner Bedeutung zwar dadurch eingeschränkt, dass die äußere Form der Vertragsbedingungen für die Definition nicht maßgebend ist (Abs. 1 Satz 2, vgl. Rdn. 34 ff.). Daher lässt sich aus dem Merkmal der Vorformulierung auch *nicht* auf die Notwendigkeit *schriftlicher Fixierung* der Bedingungen als Voraussetzung der AGB-Definition schließen⁶⁰. Vorformuliert sind vielmehr auch Klauseln, die der Verwender oder sein Vertreter im Kopf „gespeichert“ hat und erst bei Vertragsabschluss schriftlich fixiert⁶¹ (siehe noch Rdn. 33 ff.). Wohl aber kann der *äußeren Form als Indiz* für das Vorliegen von AGB nach den Regeln des Anscheinsbeweises Bedeutung zukommen (Rdn. 61).
- 21 Die **Vorformulierung** setzt voraus, dass die betreffenden Teile des Vertragsangebots des Verwenders von ihm nicht ad hoc für den konkreten Vertragsschluss entworfen, sondern als *Grundlage oder Rahmen für gleichartige Rechtsverhältnisse mit verschiedenen Kunden aufgestellt* sind⁶². Das folgt neben dem Merkmal der Vielzahl in § 305 Abs. 1 Satz 1 (Rdn. 23) auch daraus, dass AGB ein typisches Phänomen des Massenverkehrs sind und hierdurch ihr Gepräge erhalten (Einl. Rdn. 4). Die Vorformulierung muss nicht durch den Verwender selbst oder in seinem Auftrag erfolgt sein; sie kann auch von einem beliebigen Dritten (dem Empfehler) ausgehen⁶³. Zur Beurteilung hand- oder maschinenschriftlicher Ergänzungen vgl. Rdn. 34; zur Vorformulierung mündlicher Abreden „im Kopf“ des Verwenders vgl. Rdn. 36; zu vorformulierten Einzelverträgen zwischen Unternehmer und Verbraucher siehe § 310 Rdn. 79 ff.
- 22 Das **Erstellen eines Vertragsentwurfs** für den Abschluss eines **Einzelvertrags** mit einem konkreten Vertragspartner als Kunden ist – vorbehaltlich der Sonderregelung über Einzel-Verbraucherverträge in § 310 Abs. 3 Nr. 2 – **nicht als Vorfor-**

59 Begr. RegE AGBG, BT-Drucks. 7/3919 S. 16.

60 So auch BGH NJW 1988 410; NJW 2001 2635 (2636); OLG Köln NJW-RR 1995 758; Wolf/Pfeiffer Rdn. 14; Bamberger/Roth/Becker Rdn. 16; Erman/Roloff Rdn. 9; Roth BB 1992 Beil. 4, S. 6; a.A. noch Staudinger/Schlosser § 1 AGBG Rdn. 16; vgl. auch unten Rdn. 36.

61 BGHZ 141 108 (111) = NJW 1999 2180; OLG Dresden BB 1999 228; AG Hamburg NJW-RR 1997 559; siehe ferner BAG NZA 2009 49 Rdn. 20 (mündliche oder durch betriebliche Übung begründete Vertragsbedingung).

62 BGH NJW 1996 249 (250).

63 BGH WM 1983 1408; LG München I WM 1998 1285 (1286); Staudinger/Schlosser Rdn. 21; Wolf/Pfeiffer Rdn. 14; MünchKomm/Basedow Rdn. 14; Erman//Roloff § 305 Rdn. 9; zu § 1 AGBG Ulmer DNotZ 1981 86 f.

mulieren anzusehen⁶⁴. Das gilt auch dann, wenn der ausgehandelte Entwurf *später* gegenüber einer Mehrzahl sonstiger Vertragspartner als vorformulierter Text Verwendung findet⁶⁵. Nur den weiteren Vertragspartnern gegenüber ist der AGB-Charakter der vorformulierten Vertragsbedingungen daher zu bejahen, soweit nicht bereits der erste Vertragsentwurf in der Absicht späterer genereller Verwendung erstellt wurde⁶⁶. Diese Differenzierung beruht nach dem Schutzzweck des AGB-Rechts auf dem Umstand, dass der Anbieter beim erstmaligen, noch nicht zur Verallgemeinerung bestimmten Gebrauch des Vertragsangebots i.d.R. Änderungswünschen des anderen Teils offener gegenübersteht und nicht etwa das Ziel verfolgt, diesen zur „Unterwerfung unter die vorformulierte Vertragsordnung“ zu veranlassen⁶⁷. Erfolgt die Vorformulierung mit der Absicht, die Vertragsbedingungen auch *künftigen Verträgen mit demselben Kunden* zugrunde zu legen, so steht das nach dem Schutzzweck der §§ 305 ff. der Bejahung des AGB-Charakters nicht entgegen⁶⁸ (vgl. auch Rdn. 24). Zur Frage einer Inhaltskontrolle der für einen Einzelfall vorformulierten Vertragsbedingungen nach § 242 vgl. Rdn. 80 f.

c) Vielzahl

Das Merkmal der Vielzahl betont ebenso wie dasjenige der Vorformulierung den nicht an der individuellen Vertragsbeziehung, sondern **am Massengeschäft ausgerichteten Charakter der AGB**⁶⁹. Darauf, ob die Vertragsbedingungen tatsächlich in eine Vielzahl von Rechtsgeschäften Eingang gefunden haben, kommt es nicht an; *entscheidend ist der mit der Vorformulierung verfolgte Zweck* und damit die Absicht der Mehrfachverwendung (Rdn. 24 f.)⁷⁰. Unerheblich ist auch, ob die Verwendung gegenüber verschiedenen Vertragspartnern beabsichtigt ist; das Vielzahlerfordernis ist auch dann erfüllt, wenn die mehrfache Verwendung gegenüber *einem bestimmten Vertragspartner* beabsichtigt ist⁷¹ (siehe aber auch Rdn. 24

64 BGH WM 1974 37 f.; vgl. auch BGH WM 1987 1430 (1431); NJW 1989 2683 (2685); NJW 1999 2180 (2181); ZIP 2001 1921; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 21; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 15; zu den Folgen für das Auktionsverfahren im Rahmen von Unternehmenskäufen siehe *Habersack/Schürnbrand* in FS Canaris, 2007, S. 359 (369).

65 So auch BGH WM 1994 1136 (1137).

66 Vgl. BGH NJW 1979 2387 (2388); ZIP 2000 1535 (1536 f.); *Wolf/Pfeiffer* § 1 AGBG Rdn. 15; *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 11.

67 Krit. zu dieser Unterscheidung aber *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1436 f.).

68 So zutr. BGH NJW 2004 1454 (1455); abw. noch 9. Aufl. (*Ulmer*) § 1 AGBG Rdn. 22.

69 Vgl. auch BGHZ 60 377 (380); NJW 1975 165 (166). Das Merkmal der Vielzahl grundsätzlich ablehnend und für Gleichbehandlung auch vorformulierter Individualverträge mit AGB aber *Kramer* ZHR 146 1982 110 ff. (vgl. auch Rdn. 80 f.).

70 Ganz h.M., vgl. BGH NJW 1999 2180 (2181); NJW 2000 2988 (2989); NJW 2002 138 (139); NJW 2004 1454 (1455); OLG Düsseldorf NJW-RR 1997 1147; OLG Frankfurt WM 1986 680; OLG München DB 1982 1003 (1004); OLG Hamm NJW 1981 1049; OLG Stuttgart NJW 1979 222 (223); vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1991 1489 (1490) (betr. einen aus Textbausteinen zusammengesetzten Verlagsvertrag), wonach es für die Vielzahl allein auf die einzelne Klausel ankommt, der Vertrag als solcher also durchaus „maßgeschneidert“ sein kann; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 18; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 19; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 15; *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 24; *PWW/Berger* Rdn. 6; *Schippel/Brambring* DNotZ 1977 144; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 7; **a.A.** *Löwe/Trinkner* § 1 AGBG Rdn. 8; *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1436 f.).

71 BGH NJW 2004 1454 (1455); BAG NZA 2006 746 Rdn. 20.

a.E.). Zum Verzicht auf die „Vielzahl“ bei **Einzel-Verbraucherverträgen** i.S.v. § 310 Abs. 3 Nr. 2 vgl. § 310 Rdn. 79.

aa) Unbestimmte Zahl

- 24 Ist wie im Regelfall der vorformulierte Text für eine unbestimmte Zahl künftiger Verwendungen bestimmt, so ist das Merkmal der Vielzahl schon deshalb erfüllt; darauf, in wie viele Rechtsgeschäfte der vorformulierte Text de facto Eingang gefunden hat, kommt es nicht an⁷². Greift der Verwender, sei es auch nur in einem *Einzelfall* (z.B. Veräußerung einer Eigentumswohnung), auf **von einem Dritten vorformulierte Vertragsmuster** oder Formulare zurück, so ist dem Merkmal der Vielzahl ebenfalls genügt⁷³. Sind die Bedingungen dagegen **vom Verwender selbst** oder in seinem Auftrag vorformuliert, so ist das Merkmal der Vielzahl nur gegeben, wenn er schon bei ihrer erstmaligen Einbeziehung beabsichtigt, sie auch künftigen Verträgen gleicher Art mit diesem (Rdn. 22 a.E.) oder anderen Kunden zugrunde zu legen, und wenn er seine Geschäftspraxis erkennbar hieran ausrichtet. Hieran fehlt es selbst dann, wenn die Beteiligten für die Durchführung eines bestimmten (Bau-)Vorhabens einheitliche Vertragsbedingungen nicht in einem einzigen Vertragswerk, sondern unter Aufspaltung in mehrere Einzelverträge mit denselben Parteien und weitgehend gleichem Inhalt niederlegen⁷⁴.
- 24a Werden inhaltlich übereinstimmende Vertragsbedingungen einer Mehrzahl von Rechtsgeschäften zugrunde gelegt, so begründet das die **Vermutung** für ihren Charakter als AGB⁷⁵. Entsprechendes gilt im Fall eines gleich bleibenden, für Standardisierung sprechenden Regelungsinteresses des Verwenders⁷⁶. Vgl. dazu näher Rdn. 61.

bb) Bestimmte Zahl

- 25 Die Vertragsbedingungen fallen auch dann unter die AGB-Definition, wenn sie zur Verwendung in einer bestimmten Zahl von Rechtsgeschäften aufgestellt sind⁷⁷.

72 H.M., vgl. BGH NJW 1998 2600; NJW 1997 135; MünchKomm/Basedow Rdn. 18; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 20; *Erman/Roloff* Rdn. 11; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 16.

73 H.M., vgl. BGH ZIP 2010 628 Rdn. 10; WM 2006 247 (249); ZIP 2005 1604; ZIP 2000 1535 (1537); NJW 1991 843; ArbG Ulm NZA-RR 2009 298 (299) (Muster-Spielervertrag des DFB); ebenso *Erman/Roloff* Rdn. 11; MünchKomm/Basedow Rdn. 19; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 15; *PWW/Berger* Rdn. 6; a.A. BGH ZIP 2001 1921 und *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1437 f., 1443 f.), wonach es allein auf den Verwender selbst ankommen soll; dieser müsse sich in mindestens drei Fällen tatsächlich eines Vertragsmusters bedienen.

74 BGH WM 1991 2069 (2070); vgl. auch BGH NJW 1997 135 und WM 2006 247 (249) (Verwendung gegenüber einer Mehrzahl von Bietern in einer einmaligen Ausschreibung genügt nicht); für das Bieterverfahren im Rahmen eines Unternehmenskaufs *Habersack/Schürnbrand* in FS Canaris, 2007, S. 359 (369).

75 So auch BGH NJW 1999 2180 (2181) bei handschriftlicher Ergänzung in 15 % aller Verträge während eines Dreijahreszeitraums. Anders noch BGH WM 1989 1246 (1249) betr. die wiederholte Verwendung einer Vertragsbeendigungsklausel in den Vorstandsverträgen einer AG; dem im Grundsatz folgend auch OLG Köln ZIP 1996 631 (632).

76 BGH NJW 1998 2600 (Absicherung von Investorenpflichten gegenüber der Treuhandanstalt durch Vertragsstrafeversprechen).

77 H.M., vgl. *Staudinger/Schlosser* Rdn. 20; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 16; *Erman/Roloff* Rdn. 11; MünchKomm/Basedow Rdn. 18; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 7; a.A. *Keller* MDR 1977 184.

Das für die Qualifikation als AGB entscheidende Kriterium der nicht auf Einzelfälle beschränkten, **generellen Verwendung** verändert sich nicht dadurch, dass der Kreis der in Betracht kommenden Vertragspartner des Verwenders von vornherein feststeht⁷⁸. Daher werden grundsätzlich auch vorformulierte Verträge über den Verkauf einer *begrenzten* Zahl von Eigentumswohnungen eines Neubaus (BGHZ 150 226, 230 = NJW 2002 2470; NJW 1981 2344, 2345) oder über die Bestellung einer bestimmten Zahl von Erbbaurechten (BGH NJW 1979 2387) sowie die Einheitsverträge mit Zwischenhändlern im Rahmen eines *geschlossenen* Vertriebssystems erfasst⁷⁹, ferner Standardlizenzenverträge mit einer begrenzten Zahl ausschließlicher Lizenznehmer oder Verlagsverträge mit den Autoren eines Sammelwerks, soweit die betreffenden Vertragspartner nicht ausnahmsweise selbst maßgebend auf die Ausgestaltung der Verträge Einfluss nehmen (Rdn. 59).

Hinsichtlich der Frage, wie viele Verwendungsfälle für eine *bestimmte* „Vielzahl“ mindestens erforderlich sind, gingen die Meinungen früher auseinander⁸⁰. Nach inzwischen h.M. ist eine **Mindestzahl von drei Fällen** als ausreichend anzusehen, da jedenfalls von dieser Größenordnung an ein Interesse des Verwenders an einheitlicher Ausgestaltung der Verträge unter Ablehnung von Änderungswünschen zu erwarten ist⁸¹. 25a

d) Veranlassung der Einbeziehung durch den Verwender („Stellen“)

aa) Einbeziehungsvorschlag und Verwenderbegriff

Vierte und letzte Voraussetzung der Begriffsbestimmung in Abs. 1 Satz 1 ist, dass der Verwender die vorformulierten Vertragsbedingungen der anderen Vertragspartei *bei Abschluss des Vertrages stellt*. Dieses Merkmal darf entgegen einer insbesondere früher verbreiteten Ansicht⁸² **nicht** dahin missverstanden werden, dass die Vertragsbedingungen dem anderen Teil auferlegt, d.h. vom Verwender ohne 26

78 Begr. RegE AGBG, BT-Drucks. 7/3919 S. 16 unter Hinweis auf die teilweise abweichende frühere Rechtsprechung, vgl. BGHZ 33 216 (218).

79 Ulmer Der Vertragshändler, 1969, S. 359 ff., ferner Teil 2, (36) Vertragshändlerverträge Rdn. 1 ff.

80 Die in der Diskussion genannten Zahlen variierten zwischen zwei und mehr als 20 Fällen, vgl. Nachw. in 8. Aufl. (Ulmer) § 1 AGBG Rdn. 25.

81 So BGH NJW 1998 2286 (2287); NJW 2002 138 (139); BAG NZA 2006 746 Rdn. 20; NZA-RR 2009 18 Rdn. 27; OLG München WM 2005 931; dem folgend MünchKomm/Basedow Rdn. 18; Erman/Roloff Rdn. 11; Palandt/Grüneberg Rdn. 9; Bamberger/Roth/Becker Rdn. 23; PWW/Berger Rdn. 6; vgl. auch BGH WM 1984 1610 (1611) (drei bis vier Verträge) sowie BGHZ 150 226 (230) = NJW 2002 2470 und zuvor schon WM 1981 944 (946), wonach jedenfalls fünf Verwendungsfälle ausreichen; *generell* gegen eine abstrakte zahlenmäßige Festlegung und für ein Abstellen auf den Vertragstyp und die Zeitintervalle zwischen den einzelnen Vertragsabschlüssen noch Staudinger/Schlosser, 12. Aufl. 1983, § 1 AGBG Rdn. 17a (anders jetzt Staudinger/Schlosser Rdn. 20).

82 So namentlich Wolf/Pfeiffer Rdn. 30; Kaufhold ZIP 2010 631 (632); ähnlich Lischek/Mahnken ZIP 2007 158 (161 ff.); zu § 1 AGBG MünchKomm/Kötz, 3. Aufl. 1993, § 1 AGBG Rdn. 10; Fehl Systematik, S. 156; von Falkenhausen BB 1977 1124 (1127); Lieb DNotZ 1989 291 (294); Pawlowski BB 1978 161; Reich ZVP 1978 241 f.; wohl auch BGH ZIP 2010 628 Leitsatz 1 und Rdn. 12 (freilich die Einbeziehung eines im Handel erhältlichen Vertragsmusters betreffend, dazu noch Rdn. 29); ferner BGH NJW 1980 1574 (1575); OLG Stuttgart WM 1987 114; Gegenansichten in FN 83, 85.

reale Verhandlungsbereitschaft oder auf Grund entsprechender Machtposition **einseitig durchgesetzt** werden müssen. Eine derartige, den Anwendungsbereich des AGB-Rechts entgegen seinem Schutzzweck einschränkende Auslegung steht in Widerspruch zu dem in § 305 Abs. 2 vorausgesetzten Einbeziehungsvertrag; auch läuft sie Gefahr, durch den ihr zu Grunde liegenden strikten Gegensatz zum Aushandeln die Ausnahmevorschrift des § 305 Abs. 1 Satz 3 leer laufen zu lassen⁸³. Auch die Regelung des § 310 Abs. 3 Nr. 1 über die **Fiktion des Stellens bei Standard-Verbraucherverträgen** (§ 310 Rdn. 71 ff.) spricht gegen das Erfordernis einseitiger Durchsetzung im Fall des § 305 Abs. 1⁸⁴.

- 27 Aufgabe des Merkmals „Stellen“ ist es vielmehr, die **Rolle des Verwenders**, an die das AGB-Recht zahlreiche Rechtsfolgen knüpft, derjenigen Partei zuzuweisen, auf deren Veranlassung die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag zurückgeht⁸⁵. Dem AGB-Recht liegt, seinem Schutzzweck (Einl. Rdn. 51) entsprechend, eine *Antinomie zwischen Verwender und Kunde* zugrunde; seine Rechtsfolgen sind dazu bestimmt, den Kunden vor einseitiger Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit durch den Verwender zu schützen. Das macht es erforderlich, im Rahmen der AGB-Definition auch die Verwenderrolle festzulegen, d.h. diejenige Vertragspartei zu bestimmen, der die Einbeziehung der AGB **zuzurechnen** ist⁸⁶. Das ist zwar regelmäßig derjenige, von dem das Angebot zur Einbeziehung der AGB in den konkreten Vertrag ausgeht; es gilt auch bei weisungsunabhängigem Handeln eines Abschlussgehilfen⁸⁷. Verwender ist jedoch auch, wer den anderen Teil – etwa auf einem vorgedruckten Auftragsformular – dazu veranlasst, in sein Angebot die Einbeziehung der AGB mit aufzunehmen⁸⁸. Mit Sinn und Zweck des AGB-Rechts wäre es unvereinbar, in

83 So zutr. namentlich *Jaeger NJW 1979 1569 (1571)*; *Pflug S. 302 ff.*; *Willemsen NJW 1982 1123*; gegen das Erfordernis einseitiger Durchsetzung auch die h.M., vgl. die Nachw. in FN 85 und OLG Düsseldorf *NJW-RR 1990 1311*; so zu § 1 AGBG auch *Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 13*; *Koch/Stübing § 1 AGBG Rdn. 20*; *Bunte ZIP 1984 1420*; *Hensen JA 1981 135*; *Sonnenschein NJW 1980 1489 (1491 f.)*; *Tilmann ZHR 142 1978 59*; *Ulmer ZVP 1978 251*.

84 So auch *Heinrichs NJW 1996 2190 (2192)*.

85 Heute ganz h.M., vgl. BGH NZG **2009** 1224; BGHZ **130** 50 (57 f.) = NJW **1995** 2034; BGHZ **126** 327 (332) = NJW **1994** 2825; NJW **1985** 2477; WM **1984** 240 (241); RIW **1983** 377 (378); NJW **1981** 1511 (1512); OLG Hamburg DB **1986** 112; OLG Frankfurt ZIP **1986** 374 (375); OLG Köln NJW **1994** 59; *Staudinger/Schlosser Rdn. 27*; *PWW/Berger Rdn. 7*; *Erman/Roloff Rdn. 12*; *Palandt/Grüneberg Rdn. 10*; *Stoffels Rdn. 132*; wohl auch MünchKomm/Basedow Rdn. 21; *Bamberger/Roth/Becker Rdn. 25*; vgl. auch BGH NJW **1996** 1676 (1677), wonach eine vorformulierte Klausel betr. die Vertragsdauer trotz einer dem Kunden eingeräumten Wahlmöglichkeit „gestellt“ bleibt (näher dazu Rdn. 56); zu BGH ZIP **2010** 628 siehe FN 82.

86 So auch BGHZ **126** 327 (332) = NJW **1994** 2825; MünchKomm/Basedow Rdn. 21; a.A. *Garrn NJW 1980 2782 (2783)*; *Kramer ZHR 146 1982 115*.

87 BGH NJW **1999** 2180 (2181); OLG Dresden BB **1999** 228; für einen vom Kunden (Versicherungsnehmer) beauftragten Versicherungsmakler siehe hingegen BGH NZG **2009** 1224.

88 BGH NJW **1997** 2043 (2044) und NJW-RR **2006** 740 (741): Schließt Verfasser von AGB Verträge i.d.R. nur unter deren Einbeziehung, so ist er auch dann Verwender der AGB, wenn sein Vertragspartner sie im Hinblick auf diese Übung – in vorauseilendem Gehorsam – in sein Angebot aufgenommen und damit formal in den Vertrag eingeführt hat; BGH NJW **1988** 2536; *Schlechtriem* in FS Duden, 1977, S. 574 f.; MünchKomm/Basedow Rdn. 25; *Erman/Roloff Rdn. 12*; *PWW/Berger Rdn. 7*; siehe aber auch BAG NZA-

diesem Fall auf Grund formaler Betrachtung den anderen Teil zum Verwender zu machen und den wirklichen Verwender vor seinen eigenen AGB zu schützen⁸⁹. Für die Verwendereigenschaft reicht es allerdings nicht aus, dass sich eine der Vertragsparteien die auf beiderseitigen Wunsch in den Vertrag einbezogenen vorformulierten Klauseln inhaltlich zunutze macht (vgl. Rdn. 29 und FN 107).

Besondere Schwierigkeiten hat der Rechtsprechung die Bestimmung der Verwenderrolle bei **Bauherrenmodellen** bereitet. Ihnen liegt typischerweise ein Bündel von rechtlich und wirtschaftlich zusammenhängenden, vorformulierten Verträgen zugrunde, die vom Treuhänder als Vertreter der Bauherren über die verschiedenen für das Bauvorhaben vorgesehenen Leistungen abgeschlossen werden⁹⁰. Die Vertragsentwürfe sind meist schon erstellt, wenn mit dem Vertrieb, d.h. der Werbung von Bauherren für das Bauprojekt begonnen wird. Die Bauherren haben auf den notwendig einheitlichen Inhalt der einzelnen Verträge meist keinen Einfluss; ihnen wird allenfalls die Wahl hinsichtlich bestimmter, für das Projekt nicht unverzichtbarer, standardisierter Leistungen wie Finanzierungsvermittlung, Garantieübernahme u.a. eingeräumt. Für die Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf die vorformulierten Verträge entscheidend ist in derartigen Fällen, ob die *Initiatoren* hinsichtlich der mit den *Bauherren* abgeschlossenen Verträge *als Verwender anzusehen* sind, d.h. als diejenigen, die die Vertragsbedingungen „stellen“. Das ist entgegen einer zunächst deutlich zurückhaltenden Rechtsprechung⁹¹ jedenfalls in denjenigen – typischen – Fällen zu bejahen, in denen die Konzeption des Bauherrenmodells auf die Initiatoren zurückgeht oder in ihrem Auftrag entwickelt worden ist⁹²; eine Ausnahme gilt bei Modellen, in denen die Vereinbarungen über die verschiedenen Leistungen von einer unabhängigen Vertriebsgesellschaft als Vermittler zusammengestellt werden⁹³. Der Umstand, dass ein – häufig selbst an der Erarbeitung der Entwürfe beteiligter – *Treuhänder* formal als Vertreter der Bauherren auftritt und in dieser Eigenschaft auf den Abschluss der Formularverträge hinwirkt, steht der Anwendung des AGB-Rechts zum Schutze der Bauherren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Treuhänder entweder dem Interessenkreis der Initiatorengruppe zuzurechnen ist⁹⁴ oder wenn er vor Übernahme der Treuhandchaft an der Erarbeitung der Entwürfe in der

27a

RR 2009 18 Rdn. 27: Annahme inhaltsgleicher und auf Betriebsvereinbarung zurückgehender Änderungsangebote mehrerer Arbeitnehmer durch Arbeitgeber begründet kein Stellen der Vertragsbedingungen.

89 So zutr. BGHZ 99 160 (161) = NJW 1987 837.

90 Vgl. statt aller *Bartsch* NJW 1986 28 f.; *Wagner* BB 1984 1758 f.; jeweils m.w. Nachw.

91 Vgl. etwa BGH WM 1984 240 (242); OLG Hamburg DB 1986 112; LG München I BB 1984 1773; anders dann BGH NJW 1985 2477 sowie schon BGH NJW 1984 2162; ebenso OLG Hamburg BB 1984 934 und OLG Celle NJW 1986 260 (261) in Fällen, in denen die Verwenderrolle des Vertragspartners (Initiators) offenbar problemlos zu bejahen war.

92 So zutr. *Bartsch* NJW 1986 28 f. und *Wagner* BB 1984 1758 f.; ebenso BGH NJW 1985 2477 bei Einschaltung des (späteren) Treuhänders in die Erstellung der Formularverträge im Auftrag des Initiators; bestätigt durch BGH WM 1992 1989 (1992); BGHZ 126 327 (332) = NJW 1994 2825.

93 Vgl. zu dieser Konstellation *Wagner* BB 1984 1759.

94 *Bartsch* NJW 1986 30; *Brych* BB 1985 160; wohl auch BGHZ 126 326 (333) = NJW 1994 2825; OLG München NJW 1981 2472; dahingestellt lassend noch BGH WM 1984 240 (242); enger – für Erfordernis missbräuchlichen Zusammenwirkens – *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 30.

Konzeptionsphase mitgewirkt hat⁹⁵. Entgegen der älteren Rechtsprechung⁹⁶ können sich die Bauherren im Wege des *Anscheinsbeweises* auf das Vorliegen dieser Voraussetzungen berufen, da das Bestehen derartiger Verbindungen zwischen der Initiatorengruppe und dem meist von ihr ausgewählten Treuhänder typisch, der Nachweis ihres Vorliegens für die Bauherren als Außenstehende aber gewöhnlich nur schwer zu führen ist⁹⁷. Im Übrigen handelt es sich vielfach um Verbraucher-Verträge, so dass die **Fiktion des Stellens** gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 zur Anwendung gelangt (§ 310 Rdn. 71 ff.).

- 28 Der **Zeitpunkt des Stellens** („bei Abschluss eines Vertrages“) ist für den Verwenderebegriff **nicht** entscheidend. Auch wenn über die vorformulierten Bedingungen nicht schon bei den Vertragsverhandlungen gesprochen wird, sondern sie auf Vorschlag einer Seite erst *nachträglich* durch Vertragsänderung einbezogen werden sollen, ist die AGB-Definition des § 305 Abs. 1 erfüllt⁹⁸; dem vorschlagenden Vertragspartner kommt die Rolle des Verwenders zu. Auch ein Klauselhinweis nach Vertragsschluss in einer Auftragsbestätigung⁹⁹ oder auf Rechnungsformularen durch Stempelaufdruck u.a. macht mit Rücksicht auf den darin liegenden Einbeziehungsvorschlag den Verkäufer zum *Verwender* der betreffenden Klauseln. Das gilt auch dann, wenn der Vorschlag nicht zu einer Änderung des Vertragsinhalts durch Einverständnis des Kunden führt; die Voraussetzungen für die Erhebung einer Kontrollklage nach § 1 UKlaG sind dadurch erfüllt¹⁰⁰.

bb) Beiderseitiger Einbeziehungsvorschlag

- 29 Bei der Einbeziehung von Vertragsmustern oder vorformulierten Bedingungen, die von dritter Seite aufgestellt sind, wird der Einbeziehungsvorschlag nicht selten entweder von **beiden Vertragspartnern** gemacht oder er geht zwar von der einen Seite aus, entspricht jedoch inhaltlich dem übereinstimmenden Willen beider Seiten¹⁰¹. Derartige Fallgestaltungen kommen namentlich dann vor, wenn die Beteiligten sich auf die Geltung der **VOB** einigen (vgl. näher Teil 4, (9) VOB/B Rdn. 3) oder wenn sie ihren Beziehungen ein **im Handel erhältliches Vertragsmuster** (Gebrauchtwagenkaufvertrag, Mustermietvertrag u.a.) zugrundelegen¹⁰². Sie sind von solchen Fällen zu unterscheiden, in denen *jede* Seite bestimmte Klauseln vorschlägt und *insoweit* zum Verwender wird¹⁰³. Wollte man in derartigen Fällen, bei *beiderseitigem* Einbeziehungsvorschlag, beide Vertragspartner

95 BGH NJW 1985 2477; OLG Hamburg DB 1986 112; *Stoffels* Rdn. 133; so zu § 1 AGBG auch *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 14.

96 BGH WM 1984 240 (242); OLG Hamburg DB 1986 112; LG München I BB 1984 1773.

97 Für Beweislastumkehr aber *Brych BB* 1984 159 f.; dem folgend *Erman/Roloff* Rdn. 15; **a.A.** wohl BGH WM 1984 240 (242).

98 OLG Frankfurt WM 1986 570 (571); *Erman/Roloff* Rdn. 12.

99 BGHZ 99 374 (381) = NJW 1987 1634.

100 BGHZ 99 374 (381) = NJW 1987 1634 mit zust. Anm. von *M. Wolf* JZ 1987 727 f.; KG NJW 1985 151; LG Berlin bei *Bunte* AGBE III § 1 Nr. 11; LG Saarbrücken bei *Bunte* AGBE III § 13 Nr. 12a; LG München I bei *Bunte* AGBE IV § 1 Nr. 13; LG Stuttgart bei *Bunte* AGBE IV § 1 Nr. 11.

101 Zum davon zu unterscheidenden Fall sich kreuzender AGB vgl. Rdn. 182 ff.

102 Dazu BGH ZIP 2010 628 Rdn. 13 ff.; vgl. auch OLG Köln WM 1989 93 (94) betr. die Verwendung der Richtlinien für den beleglosen Datenaustausch.

103 Zust. *Erman/Roloff* Rdn. 12.

zugleich als Verwender und als Kunde behandeln¹⁰⁴, so wäre das mit dem Zweck der §§ 305 ff. unvereinbar, den *einen* Vertragsteil gegen die einseitige Interessenverfolgung durch den anderen Teil zu schützen¹⁰⁵. Gleiches muss aber auch für diejenigen Fälle gelten, in denen es letztlich vom **Zufall** oder von der zeitlichen Reihenfolge der beiderseitigen Willenserklärungen abhängt, welche der Parteien als erste auf die Einbeziehung der AGB verweist; für eine Zurechnung des Einbeziehungsvorschlags gegenüber einem der Vertragspartner unter entsprechender Verteilung der Rollen von Verwender und Kunde ist hier kein Raum¹⁰⁶. Mit Systematik und Regelungszweck des AGB-Rechts unvereinbar wäre es schließlich auch, in derartigen Fällen aus dem *Inhalt* der Bedingungen auf die *Verwendereigenschaft* zu schließen und jeweils denjenigen Vertragspartner als Verwender anzusehen, den die betreffende Klausel unangemessen begünstigt¹⁰⁷. Zur entspr. Anwendung dieser Grundsätze auch auf Standardverbraucherverträge vgl. § 310 Rdn. 76.

Das *Fehlen eines bestimmten Verwenders* und das dadurch bedingte grundsätzliche Nichteingreifen des AGB-Rechts schließen es allerdings nicht aus, **einzelne Vorschriften analog** auf das Verhältnis der Vertragspartner **anzuwenden**¹⁰⁸. Das gilt namentlich für die Einbeziehungs-, Auslegungs- und Gültigkeitsvorschriften der **§§ 305c und 306**; sie lassen sich, ebenso wie der Vorrang der Individualabrede (§ 305b), im Verhältnis zwischen den Vertragspartnern auch ohne Zurechnung der Bedingungen zu einem bestimmten Verwender anwenden. Darüber hinaus sollte es in derartigen Fällen aber auch jedem der Vertragspartner möglich sein, sich im Rahmen der konkreten Inhaltskontrolle auf die Unangemessenheit vorformulierter Klauseln nach Maßgabe der **§§ 307 bis 309** zu berufen¹⁰⁹. Insoweit sind Rechtsanwendungsprobleme aus dem Fehlen der Möglichkeit, die vorformu-

104 So namentlich *Koch/Stübing* § 1 AGBG Rdn. 18; *Schlechtriem* in FS Duden, 1977, S. 576 f.; *Sonnenschein* NJW 1980 1492; siehe ferner *Staudinger/Schlosser* Rdn. 30.

105 Zu Recht ablehnend daher *Erman/Roloff* Rdn. 12; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 13; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 32; *PWW/Berger* Rdn. 7; zu § 1 AGBG auch *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 15; *Jaeger* NJW 1979 1572; *Locher* AGB, S. 22; *Nicklisch/Weick* VOB, 3. Aufl. 2001, Einl. Rdn. 56; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 9; *G. Stein* S. 65; zumindest tendenziell (und jedenfalls die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. ablehnend) BGH ZIP 2010 628 Rdn. 21; vgl. auch OLG Köln NJW 1994 59.

106 Ähnlich *Lischek/Mahnken* ZIP 2007 158 (162); insoweit a.A. BGH ZIP 2010 628 Rdn. 16, 18: Erforderlich sei, dass sich die Einbeziehung als das Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstelle, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert werde; dazu *Koch* BB 2010 1810, 1813; *von Westphalen* ZIP 2010 1110 ff.

107 So aber *MünchKomm/Basedow* Rdn. 28; *Bartsch* NJW 1986 28 (31); OLG Düsseldorf BB 1994 1521; auch noch BGHZ 74 204 (211) = NJW 1979 1406; NJW 1991 1117; dagegen zu Recht BGH ZIP 2010 628 Rdn. 13 f., 16; BGHZ 130 50 (57) = NJW 1995 2034; NJW 1997 2043 (2044); ferner *Palandt/Grüneberg* Rdn. 10.

108 So im Ergebnis auch *Staudinger/Schlosser* Rdn. 31; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 25; *Canaris* NJW 1988 1243 (1245); *Stoffels* Rdn. 144; zu § 1 AGBG auch *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 15; a.A. *Medicus* Zur gerichtlichen Inhaltskontrolle notarieller Verträge, 1989, S. 14; *Nicklisch/Weick* VOB, 3. Aufl. 2001, Einl. Rdn. 56; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 9. Für Inhaltskontrolle nach § 242 *G. Stein* S. 98 ff.

109 So im Ergebnis auch *G. Stein* S. 98 ff. (Kontrolle nach § 242) sowie – beschränkt auf Inhaltskontrollvorschriften ohne antinomischen Charakter – *Staudinger/Schlosser* Rdn. 31.

lierten Bedingungen dem *einen* Teil zuzurechnen, im Allgemeinen nicht zu erwarten. Dagegen ist für die besonderen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2, für die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2¹¹⁰ oder für eine Kontrollklage nach § 1 UKlaG gegen einen oder beide Vertragspartner in derartigen Fällen kein Raum.

cc) Drittbedingungen

- 31 Das Merkmal des Stellens, d.h. des von einer Vertragspartei ausgehenden Vorschlags zur Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen konkreten Vertrag, führt schließlich auch dazu, von unabhängigen Dritten in den Vertrag eingeführte Vertragsbedingungen aus dem Anwendungsbereich des § 305 Abs. 1 auszuschließen; von Bedeutung ist dies für vom Betreiber einer **Internet-Plattform** (Internet-Auktion u.a.) festgelegte Vertragsbedingungen, soweit nicht der Nutzungsvertrag, sondern der Vertrag zwischen zwei Teilnehmern in Frage steht¹¹¹, sowie für von einem unabhängigen Dritten (Notar u.a.) **nur intern als Arbeitshilfe herangezogene Vertragsmuster** bzw. die auf ihrer Grundlage erstellten Verträge¹¹². Denn für die Definition in Abs. 1 Satz 1 ist entscheidend, dass die *Einbeziehung* vorformulierter Bestimmungen *durch die als Verwender bezeichnete Vertragspartei veranlasst* wird¹¹³. Auch wenn es gleichgültig ist, ob der „Verwender“ die Bestimmungen selbst aufgestellt oder ob er sie einem von Dritten aufgestellten Muster entnommen hat, muss er sich doch über ihren Charakter als vorformulierter, für eine Vielzahl von Verträgen bestimmter Text im klaren sein und muss sie **von sich aus** in den Vertrag einbringen. Diese Voraussetzung fehlt, wenn ein nicht als Vertragspartner oder dessen Berater beteiligter *Dritter* den für einen *Einzelfall* bestimmten Vertragsentwurf nach einem *von ihm selbst erstellten oder ausgewählten internen Muster* fertigt und den Parteien zur Billigung und Unterschrift vorlegt¹¹⁴. In diesen Fällen fehlt es auch

110 So auch *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 25, wohl auch *Staudinger/Schlosser* Rdn. 28.

111 Vgl. OLG Hamm NJW 2001 1142 (1143); *Heiderhoff* ZIP 2006 793 ff.; offen gelassen von BGHZ 149 129 (137) = NJW 2002 363; a.A. – für AGB-Charakter der vom Plattformbetreiber vorgegebenen Bedingungen – *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 29. Allgemein zum Vertragsschluss in diesen Fällen siehe neben BGHZ 149 129 (133 ff.) noch BGH NJW 2005 53; *MünchKomm/Kramer* § 145 Rdn. 11 m. umf. Nachw.; zum AGB-Charakter der vom Teilnehmer an der Auktion (dem Verkäufer oder Käufer) selbst eingeführten Bedingungen siehe hingegen BGH ZIP 2010 734; *Berger* ZGS 2007 257 (258 f.).

112 So die h.M. in der Literatur (zur Rechtsprechung siehe Rdn. 32), vgl. *Staudinger/Schlosser* Rdn. 54; *PWW/Berger* Rdn. 8; *Erman/Roloff* Rdn. 13; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 22; *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 26; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 11; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 31; *Stoffels* Rdn. 134 ff.; *Brambring* in FS Heinrichs, 1998, S. 39 ff.; *Brambring/Schippel* NJW 1979 1805 ff.; *Bunte* ZIP 1984 1313 (1315); *Habersack* AcP 189 1989 403 (416 f.); *Heinrichs* RWS-Forum 13, 1998, S. 211 (215); *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 8; *Ulmer* DNotZ 1981 90 und DNotZ 1982 587 ff.; *Wolfsteiner* DNotZ 1987 691 (693); im Ergebnis auch *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 14; schon das Merkmal der Vorformulierung verneinend *Kanzleiter* DNotZ 1987 651 (656). A.A. *Koch/Stübing* § 1 AGBG Rdn. 18; *Garrn* NJW 1980 2783. Zur anfänglich abweichenden BGH-Rechtsprechung vgl. Rdn. 32, zur Inhaltskontrolle notarieller Verträge nach § 242 vgl. Rdn. 80 f.

113 H.M. (vgl. Nachw. in FN 120); krit. *Garrn* NJW 1980 2783.

114 So wohl schon BGH NJW 1984 2094 und NJW 1979 2387 (2388); OLG Hamm NJW-RR 1999 999 (1000).

regelmäßig an einer von der Vorformulierung durch den Verwender ausgehenden typischen Gefährdung des anderen Teils; daher scheidet auch eine analoge Anwendung des AGB-Rechts aus¹¹⁵. Zur Frage einer Inhaltskontrolle nach § 242 bei „formelhafter“ Verwendung unangemessener Klauseln in einseitig vorformulierten Individualverträgen vgl. unten Rdn. 80 f., zur Behandlung derartiger von Dritten vorformulierter Texte im Rahmen von **Verbraucherverträgen** vgl. § 310 Rdn. 73 f., 81 ff.

Zweifel an der Beurteilung von **notariellen Einzelverträgen**, die vom beurkundenden Notar anhand eines internen Modells entworfen worden waren, als Individualabrede hatte eine auf Inhaltskontrolle von Freizeichungsklauseln in Grundstückskaufverträgen über neue Gebäude gerichtete **frühere BGH-Rechtsprechung** hervorgerufen. In zwei noch zum alten Recht vor Inkrafttreten des ABGB ergangenen Urteilen hatte es der BGH für die Verwendereigenschaft genügen lassen, dass der beteiligte Grundstücksveräußerer sich auf eine ihm günstige, auf Freizeichnung von Sachmängelansprüchen gerichtete Vertragsbestimmung berief. Als entscheidend sah der BGH an, dass der Veräußerer sich die ihm günstige Freizeichnungsklausel zu Eigen gemacht hatte, ohne dass die Parteien vorher im Einzelnen darüber gesprochen hatten¹¹⁶. Die Urteile hatten zwar hinsichtlich des Ergebnisses überwiegend Zustimmung gefunden¹¹⁷; sie waren aber wegen ihrer mit der AGB-Definition des § 305 Abs. 1 Satz 1 (früher § 1 Abs. 1 ABGB) schwer zu vereinbarenden Begründung auf berechtigte Kritik gestoßen¹¹⁸. Für *nach* Inkrafttreten des ABGB geschlossene Grundstückskaufverträge hat der **BGH** dann jedoch **klargestellt**, dass in derartigen Fällen, bei vom Notar nach einem *internen* Muster entworfenen Vertragsbestimmungen, das **AGB-Recht nicht eingreift**¹¹⁹. Zur Inhaltskontrolle kam der BGH daher nicht nach §§ 307 bis 309. Vielmehr nahm er in derartigen Fällen eine davon zu unterscheidende Kontrollbefugnis nach § 242 in Anspruch, wenn die inhaltlich unangemessene Freizeichnungsklausel nicht Gegenstand ausführlicher Belehrung durch den Notar war und von den Parteien nicht besonders vereinbart wurde. Ob das auch heute noch gilt, erscheint zwar zweifelhaft (vgl. näher Rdn. 80 f., dort auch zu § 310 Abs. 3 Nr. 1).

115 So auch *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 31; *Stürmer* DNotZ **1984** 763 ff.

116 BGHZ **74** 204 (211) = NJW **1979** 1406; NJW **1982** 2243 (2244); so zum ABGB sodann auch OLG München NJW **1981** 2472 (2473); OLG Frankfurt DNotZ **1985** 312 (314) und OLG Karlsruhe DNotZ **1987** 688 (689 f.) (mit zu Recht abl. Anm. von *Wolfsteiner*); OLG Nürnberg NJW-RR **1990** 1467 (1468).

117 So mit z.T. unterschiedlicher Begründung *Staudinger/Schlosser*, 12. Aufl. 1983, § 1 ABGB Rdn. 42; MünchKomm/Kötz, 3. Aufl. 1993, § 1 ABGB Rdn. 8; *Garrn* NJW **1980** 2782; *Kramer* ZHR **146** **1982** 113 ff.; *Wiedemann* in FS Kummer, S. 185; *Locher* AGB, S. 22; *G. Stein* S. 106 ff.; *Hönn* JZ **1983** 677 (685 ff.); *Rieder* DNotZ **1984** 226 (227); Nachw. zur Gegenansicht siehe FN 118.

118 Vgl. namentlich *Wolf*, 3. Aufl. 1994, § 1 ABGB Rdn. 28; *Brambring* DNotZ **1984** 782 f.; *Brambring/Schippel* NJW **1978** 1802 ff.; *Habersack* AcP **189** **1989** 403 (416 ff.); *Nettesheim* BB **1979** 1220 f.; *Peters* NJW **1979** 1820; *Stürmer* JZ **1979** 758; *Stürmer* DNotZ **1984** 763; *Ulmer* DNotZ **1981** 98 f.; *Ulmer* DNotZ **1982** 587 (588 f.).

119 BGH NJW **1984** 2094; WM **1986** 799; NJW **1989** 2748; NJW **1991** 843; anders freilich BGH NJW **1991** 1117, wo im Anschluss an BGH NJW **1982** 2243 (2242) erneut auf das „Sich-zu-eigen-machen“ der vom Notar entworfenen Klausel abgestellt wurde. Ausdrücklich offen lassend sodann auch BGHZ **118** 229 (239) = NJW **1992** 2160 (VII. ZS).

- 32a Eine **Ausnahme** von der AGB-Neutralität interner Vertragsmuster, Vorlagen u.a. des den Vertragsentwurf erstellenden Notars und anderer Drittbedingungen ist abweichend von Rdn. 31 dann geboten, wenn die Bedingungen **auf Veranlassung oder im Auftrag einer Partei** nach deren Wünschen zur Verwendung auch für künftige Verträge oder zum Abschluss von Serienverträgen **erstellt** wurden¹²⁰. Dem lässt sich der Fall der Einschaltung eines *Hausnotars* gleichstellen, wenn die ihn benennende Vertragspartei dessen Entwürfe kennt und sich zunutze machen will¹²¹. Nach der früheren BGH-Rechtsprechung sollte von einer solchen Konstellation im Zweifel schon dann auszugehen sein, wenn der notarielle Vertrag überwiegend Klauseln enthielt, die den anderen Vertragsteil einseitig belasteten¹²². Demgegenüber reicht der Umstand, dass eine Vertragspartei sich *nach* Vertragsschluss auf eine sie begünstigende Vertragsbestimmung beruft, keinesfalls aus, um sie zum Verwender des nach einem internen Muster vorformulierten Textes zu machen¹²³.

3. Unerhebliche Umstände (§ 305 Abs. 1 Satz 2)

- 33 In Abs. 1 Satz 2 werden ausdrücklich eine Reihe von Umständen genannt, denen für die Bestimmung des AGB-Begriffs keine Bedeutung zukommen soll. Darin dokumentiert sich die bereits erwähnte Tendenz, den Anwendungsbereich des Gesetzes nicht an formalen Kriterien, sondern **an materiellen**, durch den Schutzzweck geprägten **Merkmale**n auszurichten (Rdn. 6). Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 schließt es freilich nicht aus, bestimmten dort als „gleichgültig“ bezeichneten Kriterien *Indizfunktion* für das Vorliegen von AGB einzuräumen (Rdn. 61).

a) Äußerliche Gestaltung, Schriftart

- 34 Darauf, dass die vorformulierten Vertragsbedingungen gedruckt, vervielfältigt, im Geschäftslokal des Verwenders ausgehängt oder auf sonstige Weise äußerlich in ihrem Charakter als Regelung einer Vielzahl von Rechtsgeschäften erkennbar sind, kommt es für die AGB-Definition nicht an¹²⁴. Auch **hand- oder maschinen-**

120 Ganz h.M., vgl. BGHZ 118 229 (238) = NJW 1992 2160; NJW 1985 2744; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997 659 (660); OLG Nürnberg WM 1991 426; OLG Köln NJW-RR 1988 1459; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 54; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 22; *Erman/Roloff* Rdn. 13; *PWW/Berger* Rdn. 8; *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 26; zu § 1 AGBG *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 14; *Ulmer* DNotZ 1981 89 f.; *Brambring/Schippel* NJW 1979 1804.

121 *MünchKomm/Basedow* Rdn. 22; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 11; *PWW/Berger* Rdn. 8; *Kramer* ZHR 146 1982 123; *Niedenführ* S. 26; *G. Stein* S. 75 ff., 80 f.; *Ulmer* DNotZ 1981 92; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 8; zweifelnd *Rieder* DNotZ 1984 226 (228); *Stoffels* Rdn. 137.

122 So BGHZ 74 204 (211); NJW 1982 2243; offen lassend dann BGHZ 118 229 (239) = NJW 1992 2160; gegen Rückschluss vom Vertragsinhalt auf die Verwendereigenschaft aber BGHZ 130 50 (57) = NJW 1995 2034.

123 **A.A.** wohl OLG München NJW 1981 2472.

124 Heute ganz h.M., vgl. *Erman/Roloff* Rdn. 16; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 32; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 34; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 19, 21; zu § 1 AGBG *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 20; **a.A.** – für Maßgeblichkeit des Kriteriums der Druckerschwärze – noch *Schmidt-Salzer* AGB 1977, Rdn. B. 25 ff., *Braun* BB 1979 692 und *Fehl* Systematik, S. 151 f.

schriftliche Texte sind daher bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 1 als AGB zu qualifizieren¹²⁵. Entsprechendes gilt für **handschriftliche Zusätze**, wenn sie vom Verwender nach einem intern, sei es auch „im Kopf“ (Rdn. 36), vorformulierten Text in die Vertragsurkunde aufgenommen werden¹²⁶. Zur Frage des AGB-Charakters von Textergänzungen vgl. näher Rdn. 56.

Unerheblich ist weiter, ob die vorformulierten Bestimmungen äußerlich einen **Teil der Vertragsurkunde** bilden oder ob sie getrennt hiervon niedergelegt sind. Damit ist die früher verbreitete Diskussion, ob und unter welchen Voraussetzungen *Formularverträge* als AGB zu behandeln sind¹²⁷, generell im bejahenden Sinn entschieden. Maßgebend ist ausschließlich die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen. Ob sie sich in einer einheitlichen, sei es auch hinsichtlich der Hauptleistung noch ausfüllungsbedürftigen Vertragsurkunde niederschlägt oder ob die AGB im Wege der Vertragsergänzung in einer vom Hauptvertrag getrennten, durch Einbeziehungsabrede zum Vertragsbestandteil gemachten Urkunde niedergelegt sind, ist für die Anwendung des AGB-Rechts ohne Bedeutung¹²⁸. Auch eine von den übrigen AGB räumlich getrennte Einzelklausel unterfällt dem AGB-Recht, sofern die Begriffsmerkmale des § 305 Abs. 1 vorliegen¹²⁹.

Auch **mündliche** Abreden können, als „AGB aus dem Kopf“, die Voraussetzungen der AGB-Definition erfüllen, wenn sie vom einen Vertragsteil nach Art vorformulierter Bedingungen planmäßig in die Verträge mit seinen Kunden eingebracht werden¹³⁰. Indem die Gegenmeinung einen „stofflichen Träger“ für die AGB verlangt und deshalb entweder schriftliche Fixierung¹³¹ oder jedenfalls Speicherung auf einem Tonträger¹³² voraussetzt, greift sie entgegen Abs. 1 Satz 2 doch auf äußere Umstände zurück. Ein solches Erfordernis lässt sich auch nicht etwa

125 BGHZ 131 55 (58) = NJW 1996 191; BGHZ 176 140 Rdn. 6 = NJW 2008 2250; NJW 1996 249 (250); NJW 1998 2815 (2816) (maschinenschriftliche Ergänzung); OLG Frankfurt bei *Bunte* AGBE II § 1 Nr. 4; LG Berlin ZIP 1981 744 (745); *Erman/Roloff* Rdn. 16; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 34; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 21; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 10; zu den damit im Hinblick auf § 305 Abs. 1 Satz 3 verbundenen Beweisproblemen vgl. Rdn. 61.

126 BGHZ 141 108 (110) = NJW 1999 2180 (2181); OLG Dresden BB 1999 228; zur durch betriebliche Übung begründeten Vertragsbedingung siehe BAG NZA 2009 49 Rdn. 20.

127 Vgl. Rspr.-Nachw. oben Rdn. 4 und BGHZ 109 197 (200) = NJW 1990 576; BGHZ 104 233 (236) = NJW 1988 2465. Übersicht über das ältere Schrifttum bei *Ulmer* Der Vertragshändler, 1969, S. 363 f. und *Nicklisch* BB 1974 947.

128 BGHZ 93 252 (254) = NJW 1985 853; BGHZ 97 212 (215) = NJW 1986 1803; NJW 1986 2574 (2575); NJW 1983 1603; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 19; zu § 1 AGBG *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 18.

129 BGHZ 101 271 (272) = NJW 1987 2867 (Gerichtsstandsklausel in Briefkopf); NJW 1982 1388 (1389) und OLG München ZIP 1982 1455 (vorformulierte Empfangsbestätigung auf der Vorderseite eines Vertrages); BGHZ 104 233 (236) = NJW 1988 2465 (gesondert vereinbarte Schuldmitübernahme); NJW 2005 2543 (2544) (gesondert vereinbarter Kündigungsausschluss); OLG München bei *Bunte* AGBE VI § 1 Nr. 4 (gesondert vereinbartes Schuldanerkenntnis).

130 H.M., vgl. BGHZ 141 108 (109 f.) = NJW 1999 2180; NJW 2005 2543 (2544); BAG NZA 2009 49 Rdn. 20 (dort auch zur betrieblichen Übung); MünchKomm/*Basedow* Rdn. 32; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 8; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 20; *Borges* ZIP 2005 185 (186).

131 So noch *Staudinger/Schlosser*, 12. Aufl. 1983, § 1 AGBG Rdn. 16; anders jetzt *Staudinger/Schlosser*, 2006, Rdn. 22.

132 So *Löwe/Trinkner* § 1 AGBG Rdn. 9; *Koch/Stübing* § 1 AGBG Rdn. 3.

darauf stützen, dass in Abs. 1 Satz 2 die Schriftart für unerheblich erklärt ist; ein Umkehrschluss auf die Erforderlichkeit schriftlicher Form ist abzulehnen¹³³. Auch mit dem Schutzzweck des AGB-Rechts wäre eine derartige Beschränkung seines Anwendungsbereichs nicht zu vereinbaren: mag dem schriftlich fixierten Vertragsangebot des Verwenders in den Augen des Kunden auch größere faktische Geltung zukommen als einer nur mündlich vorgeschlagenen Klausel, so genügt für die AGB-Definition doch bereits die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen, ohne dass es darauf ankommt, welches Maß an Verbindlichkeit der Verwender den vorgeschlagenen Bestimmungen beimisst oder ob er zu Verhandlungen hierüber mit dem Kunden bereit ist (Rdn. 26).

b) Umfang

- 37 Auch dieser hat auf die AGB-Definition **keinen Einfluss**. Damit hat der Gesetzgeber es entgegen einer in der früheren Rechtsprechung verbreiteten Tendenz zu Recht abgelehnt, Formulare nur dann in den Anwendungsbereich des Gesetzes einzubeziehen, wenn ihr vorgedruckter Text sich nicht auf wenige, leicht verständliche Klauseln beschränkt¹³⁴. Als AGB sind nach ganz h.M. selbst solche vorformulierten Vertragsbedingungen anzusehen, die aus nur wenigen Worten bestehen¹³⁵. Schwierigkeiten können sich insoweit namentlich bei den Einbeziehungsvoraussetzungen im Fall mündlichen Vertragsschlusses ergeben; ihnen ist durch großzügige Handhabung der in § 305 Abs. 2 Nr. 1 vorgesehenen Ausnahme Rechnung zu tragen (Rdn. 136 ff., 139).

c) Form des Vertrags

- 38 Dieser Zusatz stellt klar, dass auch **notarielle** Verträge dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallen, sofern sie die Merkmale der AGB-Definition erfüllen. Das entspricht dem vom BGH seit 1974 in st. Rspr. eingenommenen Standpunkt¹³⁶. Gegenüber den auf die Belehrungs- und Prüfungspflicht des Notars verweisenden Gegenstimmen insbesondere aus Notarkreisen in der Diskussion vor Erlass des AGB-Gesetzes¹³⁷ hat sich das Schutzbedürfnis des Kunden gegenüber den Gefahren notarieller Massenverträge zu Recht als stärker erwiesen¹³⁸. – Zur Behandlung notarieller Verträge, die nicht auf vorformulierten Texten eines

133 So auch schon BGH NJW 1988 410 für eine „aus dem Gedächtnis“ übernommene Klausel und OLG Karlsruhe DNotZ 1987 688 (690); a.A. wohl *Kanzleiter* DNotZ 1987 651 (657).

134 So aber noch BGH WM 1973 867 (868); WM 1974 512 (515); vgl. auch Rdn. 4 zur früheren Praxis gegenüber Formularverträgen.

135 Vgl. BGH NJW 1983 1603 („Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Zahlung“, „Zahlung ohne Abzug“); BGHZ 101 271 (273) = NJW 1987 2867 (Gerichtsstandsklausel auf Briefbogen); *Erman/Roloff* Rdn. 16; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 31; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 20; zu § 1 AGBG *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 19; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 9 f.

136 Vgl. BGHZ 118 229 (239) = NJW 1992 2160; BGHZ 114 9 (12 f.) = NJW 1991 1677; BGHZ 83 56 (58) = NJW 1982 1035; NJW 1974 1135.

137 AGB und vorsorgende Rechtspflege, herausgegeben von der Bundesnotarkammer, 1975, S. 8 ff.; *Schmidt-Salzer* AGB 1977, Rdn. 14; *Hitzlberger* MittBayNot. 1973 331 ff. u.a.

138 Für die Einbeziehung daher auch früher schon *Weber* DB 1970 2357; *Köbl* DNotZ 1973 389 ff.; *Löwe* NJW 1974 337 ff.; *Kötz* Gutachten, S. 65; *Nicklisch* BB 1974 948.

der Vertragspartner beruhen, sondern auf Standardformulierungen des beurkundenden Notars, vgl. Rdn. 31 f.

III. Der Vorbehalt der Individualabrede (§ 305 Abs. 1 Satz 3)

Schrifttum: *K. P. Berger* Aushandeln von Vertragsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, NJW 2001 2152; *K. P. Berger* Abschied von der Privatautonomie im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2006 2149; *K. P. Berger* Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr, NJW 2010 465; *Braun* Die Stellung des AGB-Gesetzes im System des Privatrechts, BB 1979 689; *Dauner-Lieb* Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010 309; *Derleder* Individuelle Abreden bei Vertragsdurchführung zur Rettung unwirksamer Schönheitsreparaturklauseln, NZM 2009 227; *von Falkenhausen* Zur Auslegung des AGB-Gesetzes, BB 1977 1124; *Garrn* Zur Abgrenzung von Aushandlungsvereinbarungen i.S.d. § 1 Abs. 2 AGBG, JZ 1978 302; *Gottschalk* Neues zur Abgrenzung von AGB und Individualabrede (BGH NJW 2005 2543), NJW 2005 2493; *Habersack/Schürnbrand* Unternehmenskauf im Wege des Auktionsverfahrens, in FS Canaris, Bd. 1, 2007, S. 359; *Heinrichs* Der Rechtsbegriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977 1505; *Jaeger* „Stellen“ und „Aushandeln“ vorformulierter Vertragsbedingungen, NJW 1979 1569; *Kappus* Strategische Individualabreden, in FS von Westphalen, 2010, S. 369; *Kessel/Jüttner* Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2008 1350; *Leuschner* Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 2007 491; *Leuschner* AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, JZ 2010 875; *Lischek/Mahnken* Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus Sicht der Praxis, ZIP 2007 158; *Löwe* Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), JuS 1977 421; *Löwe* Voraussetzungen für ein Aushandeln von AGB, NJW 1977 1328; *Michalski/Römermann* Inhaltskontrolle von Einzelvereinbarungen anhand des AGB-Gesetzes, ZIP 1993 1434; *Michel/Hilgert* Allgemeine Geschäftsbedingungen oder „aus“-gehandelter Individualvertrag – eine Risikoanalyse, DB 2000 2513; *Müller/Griebeler/Pfeil* Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009 2658; *Nielsen* Die laufende Neubestimmung der Grenzen der Privatautonomie von Kaufleuten und Unternehmen im Wandel des Zeitgeistes, in FS von Westphalen, 2010, S. 533; *Pawlowski* Bemerkungen zur Auslegung des AGB-Gesetzes, BB 1978 161; *Schuhmann* Die Verhandlung komplexer Vertragsverhältnisse unter dem Aspekt des AGBG, BB 1996 2473; *Schwerdtner* Aushandeln einer erfolgsunabhängigen Maklerprovision, NJW 1990 369; *Wackerbarth* Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 2000 45; *von Westphalen* Grenzziehung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen, DB 1977 943; *von Westphalen* 30 Jahre AGB-Recht – Eine Erfolgsbilanz, ZIP 2007 149; *von Westphalen* Schattenseiten des Verbraucherschutzes, DB 1981 61; *von Westphalen* Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmensverkehr, NJW 2009 2977; *von Westphalen* Wider die angebliche Unattraktivität des AGB-Rechts, BB 2010 195; *Willemsen* Schutz des Verbrauchers vor Aufrechterhaltung unwirksamer AGB-Klauseln als „Individualvereinbarungen“, NJW 1982 1121; *M. Wolf* Individualvereinbarungen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1977 1937; *M. Wolf* Haftungsbegrenzung durch Individualvereinbarungen, WPK-Mitteilungen 1998 197.

Der Vorbehalt des § 305 Abs. 1 Satz 3 für den Fall im Einzelnen ausgehandelter Vertragsbedingungen hat eine **doppelte Funktion**. Einerseits schränkt er die AGB-Definition des Abs. 1 Satz 1 im Hinblick auf ausgehandelte Vertragsbedingungen ein und führt damit zu einer gewissen *Begrenzung* des Anwendungsbereichs des

Gesetzes (Rdn. 40 ff.). Zum anderen bringt er zum Ausdruck, welche *Mindestanforderungen* an das Vorliegen einer Individualabrede abweichend von Abs. 1 Satz 1 zu stellen sind (Rdn. 47 ff.). Der Vorbehalt der Individualabrede gilt auch für Standard-Verbraucherverträge i.S.d. § 310 Abs. 3 Nr. 1 (§ 310 Rdn. 39, 69 ff.). Zum Verhältnis zwischen der Regelung für vorformulierte Einzel-Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 Nr. 2) und der Einschränkung des Abs. 1 Satz 3 vgl. § 310 Rdn. 84 f.

1. Einschränkung der AGB-Definition durch § 305 Abs. 1 Satz 3

a) Fragestellung und Meinungsstand

- 40 Für die *Abgrenzung* der Individualabreden gegenüber AGB als Gegenstand der in § 305 Abs. 1 Satz 3 getroffenen Regelung ist von wesentlicher Bedeutung, ob der Vorschrift bloß **klarstellende Funktion** zukommt **oder** ob sie als **Einschränkung** der in Abs. 1 Satz 1 enthaltenen AGB-Definition zu verstehen ist¹³⁹. Denn nur wenn Abs. 1 Satz 3 einschränkende Funktion hat, bleibt dem Verwender die Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass die fragliche Klausel *trotz wörtlicher Übereinstimmung* mit dem vorformulierten Text *im Einzelnen ausgehandelt* und dadurch zur kontrollfreien Individualabrede geworden ist. Die Rechtsprechung versteht Abs. 1 Satz 3 in einem die AGB-Definition einschränkenden Sinn (Rdn. 41). Entsprechendes gilt für die überwiegende Meinung in der Literatur (Rdn. 42). Zur Stellungnahme vgl. Rdn. 43 ff.
- 41 Die **höchstrichterliche Rechtsprechung** versteht Abs. 1 Satz 3 im Sinne einer **Einschränkung der AGB-Definition**. Nach dem Grundsatzurteil BGH NJW 1977 624 reicht für die Bejahung einer Individualabrede bereits die – dem anderen Teil bewusste – Bereitschaft des Verwenders aus, seine AGB zu ändern; der schwer zu führende Nachweis dieser Voraussetzung sei freilich Sache des Verwenders. Das Urteil ist in der Literatur zwar verbreitet angegriffen worden, weil es zu geringe Anforderungen an das Merkmal des „Aushandelns“ stelle¹⁴⁰; auch wies die Rechtsprechung zu diesem Punkt in der Folgezeit zunächst keine einheitliche Linie auf (vgl. Rdn. 50). Gleichwohl hat der BGH auch später im Grundsatz daran festgehalten, dass die unveränderte Übernahme von AGB in den Einzelvertrag, wenn sie sich als Ergebnis des Aushandelns darstellt, der Annahme einer Individualabrede nicht grundsätzlich entgegensteht¹⁴¹.

139 Nur scheinbar **a.A.** *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 22, die dem dogmatischen Verhältnis zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des § 1 AGBG keine Bedeutung für den Begriff des „Aushandelns“ in Abs. 2 zumessen wollen, gleichwohl aber davon sprechen, dass Abs. 2 die „im Einzelnen ausgehandelten“ Vertragsbedingungen trotz ihrer Vorformulierung dem Anwendungsbereich des Gesetzes wieder „entzieht“.

140 Vgl. dazu noch Rdn. 50 sowie die klärende Interpretation von *Jaeger* NJW 1979 1569 (1572 ff.), ferner *Koch/Stübing* § 1 AGBG Rdn. 37; *Braun* BB 1979 692; *Heinrichs* NJW 1977 1508; *Löwe* JuS 1977 423; *Löwe* NJW 1977 1328; *Trinkner* BB 1977 717 f.; von *Westphalen* DB 1977 944; **a.A.** namentlich von *Falkenhäusen* BB 1977 1128; *Pawlowski* BB 1978 161 ff.; *Schmidt-Salzer* AGB 1977, Rdn. B. 52.

141 BGHZ 74 204 (209 f.) = NJW 1979 1406 (1407); BGHZ 84 109 (111) = NJW 1982 2309; NJW 2005 2543 (2544); NJW 2000 1110 (1111); NJW 1998 2600 (2601); NJW 1992 2759 (2760); NJW 1992 2283 (2285); NJW 1992 1107 (1108); NJW 1991 1678 (1679); NJW 1979 367 (368); BB 1981 756 (757); WM 1995 1455 (1456); WM 1985 1208 (1209); WM 1987 42; **a.A.** noch OLG Celle NJW 1978 326.

Auch in der **Literatur** versteht die **überwiegende Ansicht** die Vorschrift des Abs. 1 Satz 3 (früher § 1 Abs. 2 AGBG) im Sinne einer **Einschränkung** der AGB-Definition; sie lehnt die Annahme einer Individualabrede bei äußerlich unveränderter Übernahme der AGB des Verwenders daher nicht schlechthin ab¹⁴². Demgegenüber verlangt eine *Minderheit* für das Eingreifen von Abs. 1 Satz 3 *im Regelfall*¹⁴³ bzw. *stets*¹⁴⁴ tatsächliche Änderungen der vorformulierten Vertragsteile. Damit verneint sie den Ausnahmecharakter des Satzes 3 im Verhältnis zur AGB-Definition des Abs. 1 Satz 1 und weist der Vorschrift lediglich klarstellende Funktion zu.

b) Stellungnahme

Nach dem **Wortlaut** des Abs. 1 Satz 3 müssen die Vertragsbedingungen „im Einzelnen ausgehandelt“ sein. Offen bleibt dabei, ob mit „Vertragsbedingungen“ (auch) der vorformulierte Text als solcher gemeint ist oder ob das Aushandeln sich in Änderungen dieses Textes niedergeschlagen haben muss¹⁴⁵. Eine aussagekräftige Stellungnahme zu Gunsten der einen oder anderen Ansicht lässt sich dem Wortlaut des Satzes 3 somit nicht entnehmen. Gleiches gilt beim Rückgriff auf § 305 Abs. 1 Satz 1, insbesondere auf das Merkmal des „Stellens“; es entfällt nicht schon dadurch, dass dem Kunden die Möglichkeit des Aushandelns eröffnet wird¹⁴⁶. Auch die **Entstehungsgeschichte** lässt eine eindeutige Schlussfolgerung nicht zu. Zwar ging die Begründung zum AGBG (S. 15, 17) von der Möglichkeit des Verwenders aus, trotz übereinstimmenden Wortlauts des Einzelvertrags mit dem üblicherweise von ihm verwendeten, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Muster den Nachweis zu führen, dass bestimmte oder alle Vertragsbestimmungen individuell ausgehandelt seien. Sie bezog sich jedoch auf eine nicht Gesetz gewordene Fassung in § 1 Abs. 2 RegE AGBG („Die Vorschriften dieses Gesetzes *gelten nicht*, soweit ...“), die deutlicher im Sinne einer Einschränkung von Abs. 1 Satz 1 formuliert war. Ob die auf einem Vorschlag des Bundesrats¹⁴⁷ beruhende Änderung des Abs. 2 (= § 305 Abs. 1 Satz 3) außer redaktionellen Zwecken auch einer inhaltlichen Änderung dienen sollte, ist nicht bekannt¹⁴⁸. Art. 3 Abs. 1 der **Richtlinie 93/13/EWG**¹⁴⁹ ordnet zwar die Inhaltskontrolle einer

142 MünchKomm/Basedow Rdn. 37; Staudinger/Schlosser Rdn. 44; Wolf/Pfeiffer Rdn. 38; Palandt/Grüneberg Rdn. 21; Erman/Roloff Rdn. 17; PWW/Berger Rdn. 13; Bamberger/Roth/Becker Rdn. 36; Stoffels Rdn. 147; zu § 1 AGBG auch Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 36; Schmidt-Salzer AGB 1977, Rdn. B. 52; Bunte ZIP 1984 1314; von Falkenhausen BB 1977 1128; Heinrichs NJW 1977 1508; Pflug S. 312 f.; Schippel/Brambring DNotZ 1977 155; Willemsen NJW 1982 1123; Kaufhold ZIP 2010 631 (633 f.), freilich auf der Grundlage einer zu restriktiven Interpretation des Erfordernisses des „Stellens“ (dazu Rdn. 26 f.).

143 Löwe/Trinkner § 1 AGBG Rdn. 24; Braun BB 1979 689 (692); Löwe NJW 1977 1330 FN 9; von Westphalen DB 1977 946.

144 Koch/Stübing § 1 AGBG Rdn. 42; Stübing NJW 1978 1611; von Westphalen DB 1981 67; Michalski/Römermann ZIP 1993 1434 (1438 ff.).

145 So zutr. Jaeger NJW 1979 1570.

146 Vgl. Rdn. 26, 50; a.A. Wolf/Pfeiffer Rdn. 30; Lischek/Mahnken ZIP 2007 158 (161 f.); von Falkenhausen BB 1977 1126 f.; Pawlowski BB 1978 161.

147 BT-Drucks. 7/3919 S. 47.

148 Vgl. dazu näher Jaeger NJW 1979 1571 (insbes. FN 33 zu den Beratungen des BT-Rechtsausschusses).

149 Dazu sowie zum Erfordernis richtlinienkonformer Auslegung siehe Einl. Rdn. 91 ff.

jeden Klausel an, die „nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde“, dürfte jedoch gleichfalls nicht verlangen, dass sich das Aushandeln in textlichen Änderungen niederschlägt; jedenfalls könnte das nationale Recht zumindest für Verträge zwischen Verbrauchern und für den unternehmerischen Geschäftsverkehr auf das Erfordernis einer textlichen Änderung verzichten¹⁵⁰.

- 44 Damit gewinnt für die Auslegung von Abs. 1 Satz 3 und für die Bestimmung seines Verhältnisses zu Abs. 1 Satz 1 der **Schutzzweck des Gesetzes** entscheidende Bedeutung. Er geht bekanntlich dahin, der durch die Vorformulierung bedingten, typischen Gefährdung des Vertragsgleichgewichts entgegenzuwirken (Einl. Rdn. 51). Dieser Zweck wird nicht schon dadurch gegenstandslos, dass die Parteien die einzelnen Klauseln genau durchsprechen und der Kunde der uneingeschränkten Einbeziehung der AGB in den Vertrag sodann ausdrücklich zustimmt. Denn einem Kunden, der sich mit Blick auf ein vom Verwender in die Verhandlungen eingebrachtes Klauselwerk typischerweise einer **Vielzahl von AGB** gegenüberübersieht, wird es in aller Regel an der *realen Möglichkeit fehlen, gestaltend auf das ihm vorgelegte Klauselwerk Einfluss zu nehmen*¹⁵¹. Das Schutzbedürfnis lässt sich in diesen Fällen daher nicht schon mit dem Hinweis auf die individuelle Zustimmungserklärung verneinen¹⁵². Anderes gilt, soweit es zu einem *wirklichen Aushandeln* unter Einzelerörterung des vorformulierten Textes und denkbarer Alternativen gekommen ist und der andere Teil sich als Verhandlungsergebnis mit der unveränderten Übernahme des vorformulierten Textes einverstanden erklärt hat (vgl. näher Rdn. 48). Dem sind die Fälle gleichzustellen, in denen der Verwender sein – ernsthaftes – Verhandlungsangebot auf **konkrete Klauseln** von besonderem Gewicht bezieht und der Kunde sich nach Prüfung zu ihrer unveränderten Annahme entschließt; auch insoweit ist das Zustandekommen einer Individualabrede zu bejahen (Rdn. 51). Mit Rücksicht auf diese Fälle ist Abs. 1 Satz 3 daher als **Einschränkung der AGB-Definition** zu verstehen.

2. Aushandeln

a) Allgemeines

- 45 Die Mindestanforderungen an das Aushandeln i.S.d. Abs. 1 Satz 3 sind gesetzlich dahin umschrieben, dass das Aushandeln sich jeweils auf **bestimmte Vertragsbedingungen** beziehen muss und nur *insoweit* zur Nichtanwendung des AGB-Rechts führt¹⁵³. Eine Individualabrede i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 3 liegt daher nicht

150 *Habersack/Schürnbrand* in FS Canaris, 2007, S. 359 (370 ff.), dort auch zum Nichtvorliegen einer „gespaltenen“ Auslegung des nationalen Rechts – dazu BGHZ 150 248 (260 ff.) = WM 2002 1181 (Heininger); BGHZ 179 27 (Rdn. 26) = NJW 2008 1433 (Quelle); *Habersack/Mayer* JZ 1999 913 ff.; *Mayer/Schürnbrand* JZ 2004 545 ff.; *Habersack/Mayer* in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl. 2010, § 15 m.w. Nachw.).

151 So zutr. OLG Celle NJW 1978 326 (327); NJW 1978 1391 sowie zuvor schon OLG Celle BB 1976 1287 mit zu Unrecht abl. Anm. von *von Westphalen*; einschränk. OLG Stuttgart NJW 1975 262 (263).

152 So in Bezug auf die Möglichkeit der Einflussnahme des Kunden auch BGHZ 85 305 (308) = NJW 1983 385 und NJW 1977 624 (625); aus neuerer Zeit BGH NJW 2005 2543 (2544).

153 H.M., vgl. BGH WM 1982 871 (872); WM 1984 1174; WM 1984 1610 (1611); BB 1986 21 (22); OLG Celle NJW 1978 326 (327); OLG Stuttgart WM 1987 114; zur Frage der „Ausstrahlungswirkung“ ausgehandelter Klauseln vgl. Rdn. 55.

schon vor, wenn sich die Vertragspartner angesichts der von jedem von ihnen verwendeten, inhaltlich differierenden Klauselwerke pauschal auf die Einbeziehung der AGB des einen *oder* des anderen Teils einigen. Sind freilich bestimmte Vertragsbedingungen als zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt anzusehen, so verlieren sie ihren Charakter als Individualabrede nicht schon dadurch, dass dieselben Parteien sie unverändert auch *späteren Verträgen* zwischen ihnen ohne erneutes Aushandeln zugrundelegen¹⁵⁴. Dem Vorliegen einer Individualabrede steht auch nicht entgegen, dass die Vereinbarung in **mehreren** Verträgen mit verschiedenen Parteien gleich lautend getroffen wurde; entscheidend ist, dass sie im konkreten Fall individuell ausgehandelt wurde¹⁵⁵. Zum Verhältnis zwischen dem Aushandeln i.S.v. Abs. 1 Satz 3 und der Einflussnahmemöglichkeit des Verbrauchers nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 a.E. vgl. § 310 Rdn. 84 f.

Da das Aushandeln dem Kunden die Möglichkeit verschaffen muss, auf den Vertragsinhalt Einfluss zu nehmen, müssen dessen Voraussetzungen grundsätzlich im **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** vorliegen. Ausnahmsweise können AGB jedoch auch **nachträglich** die Qualität von Individualabreden annehmen¹⁵⁶, etwa wenn der Verwender die Unvereinbarkeit einer Klausel mit §§ 307 bis 309 erkannt hat und es deshalb auf seine Veranlassung zu Verhandlungen über deren Änderung gekommen ist. Darauf, ob die Verhandlungen tatsächlich zu einer Änderung der Klausel führen und ob die endgültige Fassung mit dem AGB-Recht vereinbar ist, kommt es für die Bejahung einer Individualabrede nicht an.

Eine Individualabrede setzt nach § 305 Abs. 1 Satz 3 ein Aushandeln zwischen dem Verwender und dem Kunden voraus. Kollektives Aushandeln genügt nicht (Rdn. 59). Bei einem **Vertrag zu Gunsten Dritter** muss sich nach § 334 auch der Dritte ein Aushandeln zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger entgegenhalten lassen¹⁵⁷. Anders liegt es allerdings, wenn die Interessen des Dritten und diejenigen des Kunden (sei es des Versprechenden oder des Versprechensempfängers) **nicht deckungsgleich** sind und deshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass die **Drittinteressen** im Rahmen des Aushandelns gewahrt werden, wie dies vom BGH zu Recht für einen individuell ausgehandelten Mittelverwendungskontrollvertrag zwischen einer Fondsgesellschaft als Versprechensempfänger und einem Wirtschaftsprüfer als Versprechendem angenommen worden ist¹⁵⁸. Vergleichbare Fragen stellen sich im Übrigen bei mittelbarer Platzierung von Wertpapieren (Rdn. 71).

154 So auch *Staudinger/Schlosser* Rdn. 48; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 11; tendenziell *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 41 (Indiz für Aushandeln); a.A. BGH NJW 1979 367 (368 f.) für Makler-AGB, die trotz Aushandelns inhaltlich unverändert nicht nur dem ersten, sondern auch den Folgeverträgen zugrunde gelegt wurden; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 21; zurückhaltend auch *Erman/Roloff* Rdn. 20.

155 OLG Köln BB 1984 1388 (1389).

156 So auch OLG Hamm NJW 1981 1049 und NJW-RR 1994 531 (532); *Staudinger/Schlosser* Rdn. 49; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 40; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 45; *Erman/Roloff* Rdn. 20; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 23; zu den Grenzen siehe auch OLG Hamm NJW-RR 2002 1487 (1488).

157 So im Ausgangspunkt auch BGH ZIP 2009 2446 Rdn. 18 ff.

158 BGH ZIP 2009 2446 Rdn. 12 ff., 17 ff.; zu entsprechenden Überlegungen im Rahmen der Inhaltskontrolle siehe bereits *Habersack* Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 160 ff., aber auch § 307 Rdn. 133 ff.

b) Die Anforderungen im Regelfall

- 47 Das Aushandeln im Einzelnen ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Vertragspartner im Rahmen von Verhandlungen über die Einbeziehung der AGB des einen Teils in den Vertrag zu **materiellen Änderungen des vorformulierten Textes** kommen¹⁵⁹. Insoweit fehlt es meist schon an der Vorformulierung i.S.d. Abs. 1 Satz 1¹⁶⁰. Wird demgegenüber lediglich die Formulierung, nicht aber der wesentliche Inhalt einer Klausel abgeändert, so greift Abs. 1 Satz 3 nicht ein¹⁶¹. Ob die Änderungen sich zu Gunsten oder zu Lasten des Kunden auswirken, ist für die Annahme einer Individualabrede grundsätzlich ohne Bedeutung¹⁶². Eine Anwendung des AGB-Rechts scheidet daher auch dann aus, wenn das Aushandeln im Ergebnis zu Vereinbarungen führt, die mit Inhaltskontrollvorschriften unvereinbar sind, soweit sich hiermit nicht ein planmäßiges Vorgehen des Verwenders verbindet¹⁶³. Zum Fall einseitig vorformulierter Änderungsvorschläge vgl. Rdn. 53, zur Vervollständigung ergänzungsbedürftiger Formulare oder Klauseln bei Vertragsschluss vgl. Rdn. 56.
- 48 Um ausgehandelte Vertragsbedingungen handelt es sich weiter auch dann, wenn der Verwender dem Kunden nicht nur seine Verhandlungsbereitschaft erklärt, sondern beide in ein **wirkliches Aushandeln**, eine Einzelerörterung des vorformulierten Textes und denkbarer Alternativen eintreten¹⁶⁴; eine Belehrung des Notars über die Bedeutung einer vorformulierten Klausel steht dem nicht gleich¹⁶⁵. Der Verwender muss mit anderen Worten den **gesetzesfremden Kern**¹⁶⁶ der Klausel **ernsthaft zur Disposition des Kunden stellen** und ihm die Möglichkeit einräumen, den Inhalt der fraglichen Klauseln beeinflussen zu können¹⁶⁷. Kommt es in diesen Fällen schließlich doch zur **unveränderten Übernahme des vorformulierten Textes**, so hindert das die Annahme einer Individualabrede nach Abs. 1 Satz 3 für die zum Gegenstand des Aushandelns gemachten Klauseln nicht, solange und soweit der *Vertragsinhalt von beiden Seiten in ihren rechtsgeschäft-*

159 Ganz h.M., vgl. BGH NJW 1988 140; OLG Köln BB 1984 1388 (1389).

160 So auch *Stoffels* Rdn. 147; siehe aber auch MünchKomm/Basedow Rdn. 41 und *Erman/Roloff* Rdn. 20.

161 So zutr. BGH WM 1995 1455 (1456); siehe dazu auch *Staudinger/Schlosser* Rdn. 42.

162 *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 24; *Braun* BB 1979 692; *Schnur* MDR 1978 95; *von Westphalen* DB 1981 67; a.A. – Aushandeln i.d.R. nur bei Besserstellung des Kunden – *Reich* ZVP 1978 244.

163 Vgl. Rdn. 57; a.A. – analoge Anwendung des AGB-Rechts auch auf derartige individuelle Änderungen – *M. Wolf* NJW 1977 1942 f.; *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1442).

164 OLG München DB 1982 1003 (1004).

165 Vgl. Rdn. 49 und FN 171; nicht eindeutig aber BGH NJW 1984 2094 (2095) (ausführliche Belehrung *oder* eingehende Erörterung) und OLG München BB 1985 1881 (1882).

166 Dazu BGH NJW 1992 1107 (1108); BAG NZA 2009 896 Rdn. 20.

167 BGHZ 153 311 (321) = NJW 2003 1805; BGHZ 150 299 (302 f.) = NJW 2002 2388; BGHZ 143 103 (111 f.) = NJW 2000 1110; BGHZ 104 232 (236) = NJW 1988 2465; BGHZ 99 374 (377) = NJW 1987 1634; NZM 2009 397 (398); NJW 2005 2543 (2544); NJW-RR 2005 1040 (1041); NJW 1998 2600 (2601); NJW 1992 1107 (1008); NJW 1992 2759 (2760); WM 1995 1455 (1456); WM 1988 979 (981); WM 1985 1208 (1209); BAG ZIP 2010 1816 Rdn. 25; NZA 2009 896 Rdn. 20; NZA 2008 219 Rdn. 19; NZA 2006 746 (748); OLG Stuttgart WM 1987 114; OLG München ZIP 1987 849 (851); ZIP 1991 1678 (1679); LG Heilbronn ZIP 2009 609 (610).

lichen Gestaltungswillen aufgenommen wird und nicht etwa der Kunde sich aus Gründen der Zeitersparnis, der Rationalisierung oder des Fehlens akzeptabler Gegenvorschläge mit den vom Verwender vorgeschlagenen Vertragsbedingungen einverstanden erklärt¹⁶⁸. Auch wenn mit Aushandeln nach der Entstehungsgeschichte des § 1 AGBG¹⁶⁹ ein **Mehr** gegenüber dem bloßen Verhandeln gemeint war¹⁷⁰, lässt sich daraus doch nicht auf die Notwendigkeit schließen, dass das Ergebnis des Aushandelns jeweils in einer Änderung der vorformulierten Texte bestehen müsste (Rdn. 44). Entscheidend ist vielmehr, dass der Vertragsinhalt Ausdruck der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und -verantwortung auch des Kunden ist und dass dieser sich ihn in freier Selbstbestimmung, insbesondere aus Einsicht in die Sachgerechtigkeit der Regelung, voll zu Eigen gemacht hat¹⁷¹. In derartigen Fällen, für deren Vorliegen der Verwender den – vielfach nicht leicht zu führenden – Nachweis erbringen muss (Rdn. 64 f., dort auch zu Beweiserleichterungen), besteht nach dem Schutzzweck des AGB-Rechts (Einl. Rdn. 51) kein Bedürfnis für dessen Eingreifen; der Individualcharakter des Vertragsinhalts ist trotz Vorformulierung zu bejahen. Zur Bedeutung des Aushandelns einer günstigeren Hauptleistung für den Individualcharakter vorformulierter Vertragsbedingungen vgl. Rdn. 54.

Unbeachtlich für die Abgrenzung zwischen AGB und Individualabrede ist demgegenüber die bloße **Erläuterung** des Klauselwerks durch den Verwender und der Umstand, dass der Kunde von dessen Inhalt im Einzelnen **Kenntnis** genommen und das Vertragsangebot sodann akzeptiert hat¹⁷². Die Gegenansicht lässt nicht nur den Schutzzweck des AGB-Rechts außer Betracht, sondern ist auch mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu vereinbaren. § 305 Abs. 1 Satz 3 verlangt ein

168 St. Rspr., vgl. BGHZ 153 311 (321) = NJW 2003 1805; BGHZ 143 103 (111 f.) = NJW 2000 1110; NZM 2009 397 (398); NJW 2005 2543 (2544); NJW 1998 2600 (2601); NJW 1991 1678 (1679); WM 1992 401 (403); BAG NZA 2006 746 (748); zust. MünchKomm/ Basedow Rdn. 37; Erman/Roloff Rdn. 20; Bamberger/Roth/Becker Rdn. 34; Stoffels Rdn. 148; Heinrichs NJW 1977 1508; Jaeger NJW 1979 1572; Peters JR 1978 1 (7); M. Wolf NJW 1977 1938–1940; Roth BB 1992 Beil. 4, S. 12; vorbehaltlich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs (dazu noch Rdn. 52, 64a) auch Wolf/Pfeiffer Rdn. 38 f.; Palandt/Grüneberg Rdn. 21 f.; PWW/Berger Rdn. 12 f.; großzügiger Staudinger/Schlosser Rdn. 36a, 44; vgl. im Übrigen die Meinungsübersicht in Rdn. 41 f.

169 Vgl. Nachw. bei Heinrichs NJW 1977 1508 FN 34d und von Westphalen DB 1977 945.

170 In diesem Sinne denn auch die st. Rspr., siehe aus neuerer Zeit namentlich BGHZ 153 311 (321) = NJW 2003 1805; NJW-RR 2005 1040; NJW 2005 2543 (2544); NJW 2000 1110 (1111); BAG NZA 2008 219 Rdn. 19; zust. auch Wolf/Pfeiffer Rdn. 39; a.A. für den unternehmerischen Verkehr ICC-Schiedsspruch Nr. 10279, SchiedsVZ 2005 108 (110 f.) m. Anm. Hobeck – dazu Berger in FS von Westphalen, 2010, S. 13 (17 ff.); Berger NJW 2001 2152 (2153 f.); Berger ZIP 2006 2149 (2152 f.); Lischek/Mahnken ZIP 2007 158 (160 f.); dazu noch Rdn. 52, 64a m.w. Nachw.

171 BGH NJW 2005 2543 (2544); NJW 1992 1107 (1108); NJW 1991 1678 (1679); WM 1985 1208 (1209).

172 Ganz h.M., vgl. BGHZ 104 232 (236) = NJW 1988 2465; NJW 2000 1110 (1111); NJW 1992 2759 (2760); NJW 1991 1678 (1679); NJW 1988 410; NJW 1977 624 (625); WM 1984 1208 (1209); WM 1987 42; OLG Celle BB 1976 1287; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997 659 (660); OLG Hamm NJW 1981 1049; OLG Karlsruhe BB 1986 1118; OLG Stuttgart WM 1987 114; Erman/Roloff Rdn. 18; MünchKomm/Basedow Rdn. 38; Staudinger/Schlosser Rdn. 47; Wolf/Pfeiffer Rdn. 37 f.; PWW/Berger Rdn. 13; Palandt/Grüneberg Rdn. 19; so zu § 1 AGBG auch Löwe/Trinkner § 1 AGBG Rdn. 24; Heinrichs NJW 1977 1507; Roth BB 1992 Beil. 4, S. 12; a.A. Schmidt-Salzer AGB 1977, Rdn. B. 52.

Aushandeln im Einzelnen, nach Art gewöhnlicher Verträge ohne vorformulierten Text. Es liegt nicht schon dann vor, wenn der Verwender oder ein am Vertragsschluss beteiligter Dritter dem anderen Teil die Klauseln im Einzelnen vorliest und erläutert¹⁷³. Die prägende Wirkung des vorformulierten Textes und die damit für den anderen Teil verbundenen Gefahren werden hierdurch nicht beseitigt¹⁷⁴. Auch wird eine Klausel nicht dadurch zur Individualvereinbarung, dass sie in eine separate, von beiden Parteien unterzeichnete Zusatzvereinbarung¹⁷⁵ oder in einen an den Kunden gerichteten Brief aufgenommen wird¹⁷⁶. Aus den gleichen Gründen lässt sich die Anwendung des AGB-Rechts nicht etwa durch eine **vom Kunden unterschriebene vorformulierte Erklärung** des Inhalts ausschließen, dass die Vertragsbedingungen mit ihm ausgehandelt sind und seinen Wünschen entsprechen¹⁷⁷. Mit Rücksicht auf § 309 Nr. 12b vermag sie auch die Beweislast des Verwenders dafür, dass die Bedingungen tatsächlich ausgehandelt wurden (Rdn. 62 ff.), nicht umzukehren¹⁷⁸. Umstände, die die Kenntnis des Kunden vom Inhalt der Vertragsbedingungen betreffen, sind zwar für die Einbeziehung der AGB und den Vorbehalt gegenüber überraschenden Klauseln von Bedeutung (§§ 305 Abs. 2, 305c Abs. 1). Den AGB-Charakter der Vertragsbedingungen lassen sie jedoch unberührt.

- 50 Schwierige Abgrenzungsprobleme stellen sich vor allem in den Fällen, in denen der Verwender dem Kunden seine ernsthafte **Verhandlungsbereitschaft** mitteilt, dieser jedoch das vorformulierte Angebot annimmt, **ohne** dass es zuvor zu **konkreten Verhandlungen** über den Vertragsinhalt kommt. Der BGH hat in derartigen Fällen die Möglichkeit eines Aushandelns ursprünglich offenbar bejaht, da er darauf abstellte, ob der Verwender zur Änderung seiner AGB bereit und dies dem Kunden bekannt war¹⁷⁹ oder ob es zur *eingehenden Erörterung* einer erheblichen in die Rechtsstellung des Kunden eingreifenden Klausel und ihrer *eindeutigen Niederlegung* im Vertrag gekommen war¹⁸⁰. Demgegenüber ist festzuhalten, dass

173 So zum Verlesen durch den Notar zutr. BGHZ 74 204 (209) = NJW 1979 1406 (1407); BGHZ 114 9 (13) = NJW 1991 1677 (in Bezug auf § 3 AGBG); NJW 1982 1035; NJW 1982 2243 (2244); NJW 1984 171 (172); NJW 1988 558 (559); OLG Nürnberg BauR 1985 320; *Wiedemann* in FS Kummer, 1980, S. 183.

174 Bedenklich daher Begründung zum AGBG S. 17, wonach die eingehende und unmissverständliche Aufklärung des Kunden über Inhalt und rechtliche Tragweite der Klausel ausreichen soll, um ein Aushandeln zu bejahen.

175 BGH NJW 2005 2543 (2544); *Gottschalk* NJW 2005 2493 (2494); krit. *Staudinger/Schlosser* Rdn. 44.

176 So aber OLG München NJW-RR 1995 1554; zu Recht abl. *Heinrichs* NJW 1996 1381 (1382).

177 Ganz h.M., BGHZ 85 305 (308) = NJW 1983 385; NJW 2005 2543 (2544); NJW 1977 624 (625); *Palandt/Grüneberg* Rdn. 19; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 37; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 45, 47; zu § 1 AGBG auch *Löwe/Trinkner* § 1 AGBG Rdn. 24; *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 25; *Heinrichs* NJW 1977 1507; *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 12; zur Behandlung individueller Erklärungen über das Aushandeln der Vertragsbedingungen vgl. Rdn. 65.

178 BGHZ 99 374 (377 ff.) = NJW 1987 1634; vgl. näher § 309 Nr. 12 Rdn. 15; so auch LG Konstanz BB 1981 1420 (1421); für Indizwirkung jedoch BGH NJW 1977 624 (626).

179 So ausdrücklich BGH NJW 1977 624 (625) und NJW 1983 385 (386); BB 1981 756 (757); vgl. weiter BGH NJW 1979 367 (368), wo – obiter – auf die Literaturkritik an dieser Rechtsprechung hingewiesen, von einer Auseinandersetzung mit ihr jedoch abgesehen wurde; offen lassend OLG Hamm NJW 1981 1049.

180 BGHZ 74 204 (209 f.) = NJW 1979 1406.

von einem „Aushandeln“ im Sinne eines intensiven Verhandeln (Rdn. 48) bei bloß einseitiger, wenn auch ernsthaft bekundeter Verhandlungsbereitschaft nicht die Rede sein kann. Auch aus teleologischer Sicht reicht ein derartiges Verhalten des Verwenders grundsätzlich **nicht** aus, um die in den Vertrag einbezogenen AGB zu **Individualabreden** zu machen und dem Kunden dadurch den Schutz des AGB-Rechts zu nehmen. Mit Recht ist daher die *Literatur* den in der Rechtsprechung früher aufgestellten Maßstäben überwiegend nicht gefolgt¹⁸¹. Auch der **BGH** ist hierauf seither nicht zurückgekommen, sondern verlangt, dass der Verwender den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden Kerngehalt“ inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt¹⁸². Dabei muss – insbesondere durch das Angebot mehrerer Alternativen¹⁸³ – über den *Inhalt der entsprechenden Klausel* disponiert werden können, nicht nur über die Höhe eines vereinbarten Entgelts¹⁸⁴ oder über die rechnerische Anpassung der Fälligkeitsregelung in einem Bauvertrag¹⁸⁵ bzw. über die Höhe einer Vertragsstrafe¹⁸⁶. Die für die AGB-Verwendung typische Unterwerfungssituation des Kunden und seine daraus folgende Schutzbedürftigkeit ändern sich nicht schon dadurch, dass ihm eine Verhandlungsmöglichkeit eingeräumt wird. Das gilt zumal in den Fällen, in denen sich die Erklärung *global* auf ein umfangreiches Klauselwerk bezieht und dem Kunden nicht etwa konkrete Verhandlungsalternativen hinsichtlich bestimmter, besonders ins Gewicht fallender Klauseln geboten werden¹⁸⁷. Zur abw. Beurteilung mit Blick auf die Einflussnahmemöglichkeit des Verbrauchers i.S.v. § 310 Abs. 3 Nr. 2 vgl. § 310 Rdn. 84 f.

c) Der Sonderfall berechtigten Interesses des Verwenders am Aushandeln bestimmter problematischer Klauseln

Um einen **Sonderfall** handelt es sich, wenn der Verwender den Kunden auf ein *einzelnes Regelungsproblem* hinweist wie etwa auf die Haftungsbeschränkung, den Rücktrittsvorbehalt o.Ä., an dessen wirksamer vertraglicher Vereinbarung er ein *besonderes sachlich berechtigtes Interesse* hat. Eröffnet er dem Kunden insoweit nachweisbar eine **reale Möglichkeit** des Aushandelns, insbesondere dadurch, dass er nach dessen Information über den Klauselinhalt um Alternativvor-

181 Vgl. MünchKomm/Basedow Rdn. 37 f.; Wolf/Pfeiffer Rdn. 38; Erman/Roloff Rdn. 19; Palandt/Grüneberg Rdn. 21; zu § 1 AGBG auch Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 22; Koch/Stübing § 1 AGBG Rdn. 37; Braun BB 1979 692; Heinrichs NJW 1977 1508; Löwe JuS 1977 423; Löwe NJW 1977 1328; Trinkner BB 1977 717 f.; von Westphalen DB 1977 944; a.A. namentlich Lischek/Mahnken ZIP 2007 158 (160 f.); von Falkenhausen BB 1977 1128; Pawlowski BB 1978 161 ff.; Schmidt-Salzer AGB 1977, Rdn. B. 52; so grundsätzlich auch Staudinger/Schlosser Rdn. 36a, 44; siehe ferner PWW/Berger Rdn. 14, Berger NJW 2001 2152 (2153 f.), Berger ZIP 2006 2149 (2152 f.), demzufolge für den unternehmerischen Verkehr die Möglichkeit des Aushandelns genügen soll; siehe dazu noch Rdn. 52, 64a.

182 Vgl. die Nachw. in FN 167.

183 BGHZ 153 148 (151) = NJW 2003 1313.

184 So klarstellend BGH NJW 1991 1678 (1679) (Maklerprovision) gegen OLG Schleswig NJW 1990 394; vgl. auch Schwerdtner NJW 1990 369.

185 BGH NJW 1992 1107 (1108).

186 BGH NJW 1998 2600 (2601) und BGH WM 1998 2297.

187 OLG Celle NJW 1978 326 (327); insoweit zust. auch Staudinger/Schlosser Rdn. 44; Wolf/Pfeiffer Rdn. 38.

schläge bittet oder solche von sich aus zur Diskussion stellt, so kann das über die Feststellungen in Rdn. 50, 53 hinausgehend zur Annahme einer Individualabrede ausreichen¹⁸⁸. Denn in derartigen Fällen fehlt es wegen der Zuspitzung des Verhandlungsangebots auf eine bestimmte Abrede an der typischen Unterlegenheit des Kunden gegenüber einem umfangreichen, in sich zusammenhängenden Klauselwerk. Dadurch entfällt auch dessen Schutzbedürftigkeit gegenüber dem Vorgehen des Verwenders. Berücksichtigt man zudem das berechtigte Interesse des Verwenders, trotz der durch die Vielzahl von Verträgen bedingten Vorformulierung zu einer Individualabrede in kritischen, für Vertragsabschluss oder -durchführung aus seiner Sicht wesentlichen Punkten zu kommen, so kann dieser Umstand zu einer *Obliegenheit des Kunden* auf Grund der Sonderverbindung der Vertragsanbahnung führen, das derart konkretisierte Angebot des Verwenders einer näheren Prüfung zu unterziehen und gegebenenfalls in ein *Aushandeln* der fraglichen Klausel einzutreten. Gibt der Kunde in derartigen Fällen seine Zustimmung zu der vom Verwender vorgeschlagenen Regelung, so wird diese trotz Vorformulierung zur Individualabrede, da sie als Ausdruck der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und -verantwortung des Kunden und nicht als bloße Unterwerfung unter das vom Verwender vorgeschlagene Klauselwerk zu werten ist¹⁸⁹. Dagegen reicht es für die Annahme einer Individualabrede in derartigen Fällen regelmäßig *nicht* schon aus, dass der Verwender eine bestimmte Klausel für **unabdingbar** erklärt¹⁹⁰; hieran ändert sich auch dann nichts, wenn der andere Teil mit ihrem Inhalt nach gründlicher Erörterung einverstanden ist. Entgegen einer Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH¹⁹¹ gilt das auch für den Verkehr zwischen Unternehmern. Der Begriff des Aushandelns ist einheitlich für alle Arten der Verwendung von AGB zu bestimmen, auch wenn zwischen Unternehmern an das Aushandeln situationsbedingt geringere Anforderungen gestellt werden mögen (dazu noch Rdn. 52, 64 f.).

3. Einzelfragen

a) Bedeutung eines Machtgefälles zwischen Verwender und Kunde

- 52 Das Vorhandensein oder Fehlen eines **wirtschaftlichen oder intellektuellen Machtgefälles** zwischen den Parteien ist für die Anwendung des Gesetzes im Grundsatz ohne Bedeutung (Rdn. 8 sowie Einl. Rdn. 51 ff.). Auch auf den Begriff des Aushandelns hat es keinen Einfluss¹⁹². Auch bei Fehlen eines wirtschaftli-

188 So auch *Jaeger* NJW 1979 1574 und *Roth* BB 1992 Beil. 4, S. 11; zurückhaltend *Bunte* ZIP 1984 1420; weitergehend *Canaris* JZ 1987 993 (1003); für den kaufmännischen Verkehr auch *Rabe* NJW 1987 1978 (1980); vgl. auch die Nachw. zur BGH-Rechtsprechung in FN 167.

189 So zu Recht namentlich auch *Heinrichs* NJW 1977 1508; a.A. *Erman/Roloff* Rdn. 19; *Schuhmann* JZ 1998 127 (128); scharf ablehnend auch *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1440).

190 Ebenso *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 25 f.; im Grundsatz auch *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 38.

191 BGH NJW 1992 2283 (2285) (ohne Auseinandersetzung mit der abweichenden Rechtsprechung anderer Senate) unter Berufung auf *Palandt/Heinrichs* Rdn. 18; ebenso OLG Köln ZIP 1995 1636 (1637) und zuvor schon *Rabe* NJW 1987 1978 (1980); ferner *Staudinger/Schlosser* Rdn. 45.

192 So neben der Rechtsprechung – siehe namentlich BGHZ 153 311 (321) = NJW 2003 1805; zu weiteren Nachw. siehe FN 167 – *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 34; *Erman/*

chen oder intellektuellen Machtgefälles hat es vielmehr dabei zu bewenden, dass die bloße Möglichkeit, in ein Aushandeln über einzelne Klauseln einzutreten, aus den vorformulierten Bedingungen noch keine Individualabreden macht; auch marktstarke Unternehmen dürfen sich mit anderen Worten auf den Standpunkt stellen, dass es nicht lohnt, Zeit und Mühe in das Studium der Bedingungen und in Verhandlungen über deren Ausgestaltung zu investieren, dass es vielmehr sinnvoll sein kann, sich auf die vorformulierten Bedingungen einzulassen (Rdn. 58; siehe ferner Einl. Rdn. 51). Ist es allerdings zu **Verhandlungen** (Rdn. 48) der Parteien über die AGB gekommen, so kann dem Fehlen eines Machtgefälles **Indizfunktion** zukommen, soweit es um den Nachweis des Verwenders geht, dass seine AGB trotz unveränderter Übernahme durch Aushandeln zur Individualabrede geworden sind (Rdn. 64 f.).

b) Wahlmöglichkeiten des Kunden

Eine Individualabrede liegt nicht schon dann vor, wenn der *Formulartext* die Möglichkeit vorsieht, durch **Streichung einzelner Klauseln** auf den Inhalt des im Übrigen unveränderten Formularvertrags einzuwirken¹⁹³. Auch die **Eröffnung von Wahlmöglichkeiten in Bezug auf die vorformulierten Vertragsbedingungen** macht die vom Kunden gewählte Alternative grundsätzlich noch **nicht** zur Individualabrede¹⁹⁴. Ein echtes Aushandeln, eine inhaltliche Einflussnahme auch des Kunden auf die Vertragsgestaltung ist hiermit nicht verbunden (Ausnahmen vgl. in Rdn. 53a, 56). Aus dem gleichen Grunde liegt eine Individualabrede auch nicht schon dann vor, wenn der Verwender dem Kunden im Fall von dessen Widerspruch gegen eine bestimmte Klausel eine — von ihm ebenfalls in standardisierter Form verwendete — Ersatzformulierung anbietet (Rdn. 57). Von einer individuellen Änderung (Rdn. 47) kann hier nicht die Rede sein.

Anderes gilt, wenn der Verwender dem Kunden eine **Wahl- und Verhandlungsmöglichkeit hinsichtlich einer bestimmten Klausel** und der ihr korrespondieren-

Roloff Rdn. 19; von Westphalen DB **1981** 66 f.; von Westphalen ZIP **2007** 149 (150 ff.); von Westphalen BB **2010** 195 (197 ff.); im Grundsatz auch MünchKomm/Basedow Rdn. 37; a.A. namentlich Garrn JZ **1978** 304; Reich ZVP **1978** 244; Fehl Systematik, S. 160 ff.; für den unternehmerischen Geschäftsverkehr im Ergebnis auch (freilich mit Unterschieden im Detail) Staudinger/Schlosser Rdn. 36a; Palandt/Grüneberg Rdn. 22; Wolf/Pfeiffer Rdn. 39; PWW/Berger Rdn. 14; Berger NJW **2001** 2152 f.; Berger ZIP **2006** 2149 (2152); Berger/Kleine BB **2007** 2137 (2140); Dauner-Lieb/Axer ZIP **2010** 309 (313 f.); Heinrichs NJW **1977** 1508; Kessel/Jüttner BB **2008** 1350 (1352 ff.); Lischek/Mahnken ZIP **2007** 158 (160 ff.); Michel/Hilgert DB **2000** 2513; Pawlowski BB **1978** 164; Rabe NJW **1987** 1978 (1980); de lege ferenda auch Berger NJW **2010** 465 (467 f.); Müller/Griebeler/Pfeil BB **2009** 2658 (2660 ff.).

193 BGH NJW **1987** 2011.

194 Ganz h.M., vgl. BGHZ **143** 103 (109 f.) = NJW **2000** 1110; NJW **2005** 2543 (2544); NJW **1996** 1676 (1677); NJW **1992** 1107 (1108); NJW **1992** 503 (504); WM **1985** 1208 (1209); WM **1986** 388 (389); OLG Celle BB **1976** 1287 (1288); Wolf/Pfeiffer Rdn. 40; MünchKomm/Basedow Rdn. 41; Erman/Roloff Rdn. 21; Palandt/Grüneberg Rdn. 19; so zu § 1 AGBG auch Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 24; Heinrichs NJW **1977** 1508; Sonnenschein NJW **1980** 1492; M. Wolf NJW **1977** 1941; im Grundsatz auch Staudinger/Schlosser Rdn. 38, 40; zum Sonderfall von Alternativen bei einzelnen Klauseln vgl. Rdn. 53a; im Zusammenhang mit dem Stellen der Vertragsbedingungen auch BGH ZIP **2010** 628 Rdn. 18.

den Gegenleistung eröffnet; insoweit kann die Ausübung dieser Wahl durch den Kunden aus den oben (Rdn. 51) genannten Gründen zur Annahme einer Individualabrede führen¹⁹⁵. Zu denken ist vor allem an Wahlmöglichkeiten des Kunden hinsichtlich der Höhe des vom Verwender zu übernehmenden **Haftungsrisikos**, verbunden mit entsprechenden Preiszuschlägen¹⁹⁶. Eröffnet der Verwender dem Kunden insoweit eine *echte Auswahlmöglichkeit* vor dem Hintergrund des jeweiligen, vertragsspezifischen Schadensrisikos, so steht dem Aushandeln i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 3 auch nicht der Umstand entgegen, dass der Verwender bestimmte Tarife entsprechend dem jeweils gewählten Haftungsumfang vorgibt. Auch in derartigen Fällen reicht freilich nicht bereits jedes Alternativangebot zur Berufung auf die Ausnahme des Abs. 1 Satz 3 aus; maßgebend ist vielmehr, ob ein sachlich berechtigtes Interesse des Verwenders an der wirksamen Offenhaltung derartiger Gestaltungsmöglichkeiten trotz der Vielzahl der von ihm geschlossenen Verträge über bestimmte Lieferungen oder Leistungen besteht. Zu „Paketlösungen“ siehe noch Rdn. 64a.

c) Günstige Hauptleistung

- 54 Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der Kunde die AGB mit Rücksicht darauf anerkennt, dass ihm der Verwender die **Hauptleistung** besonders günstig anbietet. Auch das reicht für sich genommen zur Bejahung des Individualcharakters der vorformulierten Vertragsteile nicht aus. Diesem Zusammenhang ist vielmehr dadurch Rechnung zu tragen, dass der Verwender sich hier ausnahmsweise unter Berufung auf § 306 Abs. 3 vom ganzen Vertrag lösen kann, wenn die inhaltliche Überprüfung der AGB nach Maßgabe der §§ 307 bis 309 trotz günstiger Gegenleistung zur Unwirksamkeit wesentlicher Teile des Klauselwerkes führen sollte¹⁹⁷. Das AGB-Recht findet nach ganz h.M. auch dann Anwendung, wenn der Kunde zwischen „schlechten“ AGB zu billigem Preis und „guten“ AGB zu entsprechend höherem Preis wählen kann¹⁹⁸. Zu „Paketlösungen“ siehe aber noch Rdn. 64a.

d) Reichweite des Aushandelns („soweit“)

- 55 Sind von einem Klauselwerk nicht sämtliche Vertragsbedingungen, sondern nur **einzelne Klauseln Gegenstand des Aushandelns** gewesen, so beschränkt sich nach dem Wortlaut des § 305 Abs. 1 Satz 3 („soweit“) grundsätzlich auch dessen Anwendungsbereich hierauf. Die restlichen Klauseln bleiben AGB; eine „Ausstrahlungswirkung“ von der Änderung zentraler Klauseln auf den Charakter der

195 So auch BGHZ 153 148 (151 f.) = NJW 2003 1313; NJW 1991 1678 (1679); Münch-Komm/Basedow Rdn. 39; Erman/Roloff Rdn. 18; Staudinger/Schlosser Rdn. 38; Schippel/Brambring DNotZ 1977 154; von Westphalen DB 1977 947; a.A. Michalski/Römermann ZIP 1993 1434 (1440).

196 Vgl. dazu Wolf WPK-Mitt. 1998 197 (199) zu Auswahlmöglichkeiten im Rahmen von § 54a Abs. 1 WPO, aber auch BGH NJW 1998 1066 (1067 f.) zu alternativen Zahlungsfristen und Laufzeitangeboten; siehe ferner BGH ZIP 2010 628 Rdn. 18.

197 Zur Bedeutung des Preisfaktors bei der Angemessenheitskontrolle vgl. § 307 Rdn. 145 ff.

198 Vgl. Staudinger/Schlosser Rdn. 40; Wolf/Pfeiffer Rdn. 40; Schippel/Brambring DNotZ 1977 154; von Westphalen DB 1977 947.

nicht in die Verhandlungen einbezogenen Teile besteht nicht¹⁹⁹. Frage des Einzelfalls ist es allerdings, **welche** Klauseln in den Prozess des Aushandelns einbezogen worden sind (siehe noch Rdn. 56 f.). Der Umstand, dass das Klauselwerk an *mehreren* zentralen Stellen geändert wurde, kann ein Indiz dafür bilden, dass die Parteien das Aushandeln auf alle sachlich damit in Zusammenhang stehenden AGB-Teile oder sogar auf den gesamten Vertragsinhalt erstreckt und diesen insgesamt in ihren beiderseitigen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen haben²⁰⁰.

e) Ergänzungsbedürftige Formulare

Werden ergänzungsbedürftige Formulare im Verlauf der Vertragsverhandlungen ausgefüllt, so lässt dies den AGB-Charakter der fraglichen Vertragsbedingungen unberührt, soweit es sich um **unselbständige Ergänzungen** handelt, die den sachlichen Gehalt der Regelung nicht beeinflussen. Beispiele bilden die Einsetzung des aktuellen Listenpreises in die „Tagespreisklausel“ eines Kaufvertrags über Neuwagen²⁰¹, die Ergänzung einer formularmäßigen Sicherungsabrede für Grundschulden durch die Bezeichnung des Schuldners²⁰² oder eines Bürgschaftsformulars durch Bezeichnung der Hauptforderung²⁰³, die Einfügung eines Steigerungssatzes in eine ärztliche Honorarvereinbarung²⁰⁴, das Ankreuzen einer vorformulierten Vertragslaufzeit, auch wenn eine andere Laufzeit hätte eingesetzt werden können²⁰⁵, die Spezifizierung des Vertragsobjekts in einem Bauträgervertrag²⁰⁶, die Festlegung des Beginns eines zweijährigen Wartungsvertrags²⁰⁷ oder der betroffenen Forderungen in einer Abtretungsurkunde²⁰⁸ und die Einsetzung des

199 BGHZ 93 252 (254 f.) = NJW 1985 853; BGHZ 97 212 (215) = NJW 1986 1803; NJW 1992 2759 (2760); NJW 1998 2600 (2601); BAG ZIP 2010 1816 Rdn. 26; vgl. weiter die Rspr.-Nachw. in FN 153; so auch *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 33, *Erman/Roloff* Rdn. 22; *MünchKomm/Basedow* Rdn. 39; *PWW/Berger* Rdn. 12; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 23; *Staudinger/Schlosser* Rdn. 41; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 41; zu § 1 AGBG auch *Dietlein/Rebmann* § 1 AGBG Rdn. 10; *Jaeger* NJW 1979 1574; a.A. *Löwe/Trinkner* § 1 AGBG Rdn. 24; von *Westphalen* DB 1977 947; tendenziell auch *Soergel/Stein* Rdn. 28; *Heinrichs* NJW 1977 1509. – Umgekehrt wird die Wirksamkeit einer nach Abschluss des Formularvertrags getroffenen Individualabrede nicht durch die Unwirksamkeit einzelner Formulklauseln berührt, siehe für Abreden über Schönheitsreparaturen im Übergabeprotokoll BGH NZM 2009 1075 m. Anm. *Kappus*; siehe dazu auch *Derleder* NZM 2009 227 ff.; *Kappus* in FS von Westphalen, 2010, S. 369 (370 ff.).

200 S. noch Rdn. 64a, ferner OLG Köln VersR 2002 901 (902); LG Frankfurt/M. ZGS 2003 396 f.; *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 41; *Dietlein/Rebmann* § 1 AGBG Rdn. 10; *Habersack/Schürmbrand* in FS Canaris, 2007, S. 359 (374); *Koch* BB 2010 1810, 1811 f.; vgl. auch Begr. RegE, BT-Drucks. 7/3919 S. 7; ferner BGH BB 1986 21 (22).

201 BGH NJW 1983 1603.

202 BGHZ 99 203 (205 f.) = NJW 1987 1636; BGHZ 102 152 (158) = NJW 1988 588; NJW 1992 1822; NJW 1988 558 (559); entspr. für Sicherungsübereignung OLG Oldenburg WM 1993 2162 (2165).

203 BGH NJW 1998 2815 (2816).

204 BGHZ 115 391 (394) = NJW 1992 746.

205 BGH NJW 1996 1676 (1677); NJW-RR 1997 1000; *Heinrichs* NJW 1997 1408; offener sodann aber BGH NJW 1998 1066 (1067); OLG Karlsruhe VersR 1995 645 (646); *Levenenz* NJW 1997 421 (423); sehr weitgehend BGHZ 176 140 Rdn. 6 = NJW 2008 2250.

206 BGHZ 118 229 (238) = NJW 1992 2160.

207 BGHZ 122 63 (65) = NJW 1993 1651.

208 Vgl. *M. Wolf* in FS Baur, 1981, S. 150.

Datums des Ausscheidens und der Kündigungserklärung in eine Abwicklungsvereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber²⁰⁹. Entsprechendes gilt bei handschriftlichen, nicht auf Aushandeln beruhenden Ergänzungen (vgl. zum Automatenaufstellvertrag Teil 2, (3) Automatenaufstellverträge Rdn. 1 ff.) oder bei bloß formaler, den Regelungsinhalt unberührt lassender Anpassung einer Klausel an den Einzelfall²¹⁰.

- 56a Eine andere Beurteilung kann bei **individuell ausgehandelten Ergänzungen** veranlasst sein, die selbst den *wesentlichen Inhalt der Klausel* festlegen oder modifizieren²¹¹. Soweit Ergänzungen über den Umfang abzutretender Forderungen oder als Sicherheit zu übereignender Sachen²¹² oder über die Höhe einer Schadens- oder Auslagenpauschale oder die Länge einer Frist in Frage stehen²¹³, ist ein Rückschluss auf deren individuelles Aushandeln zwar nicht ohne weiteres veranlasst (vgl. Rdn. 63a). Zu Recht hat aber BGH WM 1994 1136, 1137 eine Individualabrede bezüglich einer handschriftlichen Ergänzung bejaht, mit der zu Gunsten des Mieters ein vorformulierter Gewährleistungsausschluss des Vermieters substantiell geändert wurde.

f) Planmäßige Abweichungen

- 57 Hinzuweisen ist schließlich auf die **Gefahr**, die sich – auch mit Rücksicht auf die Nachweisprobleme (Rdn. 62 ff.) – für den Kunden mit aus Sicht des Verwenders **planmäßigen, ihrerseits vorformulierten Abweichungen** verbindet²¹⁴. Bietet etwa ein AGB-Verwender in scheinbarem Entgegenkommen gegenüber seinen Kunden diesen bei Vertragsschluss planmäßig bestimmte Abweichungen von einzelnen, inhaltlich unangemessenen Klauseln an, um für die abweichende Vereinbarung der Inhaltskontrolle zu entgehen, so ist auch die jeweilige *Neufassung an den §§ 307 bis 309 zu messen*²¹⁵. Man denke etwa an die individuelle „Ausweitung“ der Haftung des Verwenders auf grob fahrlässige Verstöße angesichts einer unzulässigen Haftungsbeschränkung auf Vorsatz in den AGB oder an die „Verlänge-

209 BAG NZA 2009 896 Rdn. 20.

210 BGH NJW 1992 1107 (1108); WM 1995 1455 (1456); LG Heilbronn ZIP 2009 609 (610).

211 BGH NJW 1996 1676 (1677); NJW 1998 1066 (1067).

212 BGH NJW 1991 2768 (2769) betr. den Mindestumfang abzutretender Forderungen im Rahmen einer Sicherungsglobalzession, bei dessen Unterschreitung die Pflicht zur Abtretung weiterer Forderungen bestehen soll; dazu auch *M. Wolf* in FS Baur, 1981, S. 150.

213 Gegen Individualabrede in derartigen Fällen OLG Stuttgart NJW-RR 1986 275 (276) unter Berufung auf *Wolf*, 1. Aufl., § 1 AGBG Rdn. 39; ebenso NJW 1977 1941 f. und im Ergebnis auch OLG Frankfurt NJW 1981 2760 (2761), NJW-RR 1987 548 und GRUR 1988 482 (483); OLG Nürnberg BB 1983 1307; OLG Köln NJW-RR 1988 654 (655); LG München NJW 1982 2130. Zu Recht *anders* jetzt aber BGH NJW 1998 1066 (1067 f.) und OLG Frankfurt NJW-RR 1997 1485 betr. Wahlmöglichkeiten zur Vertragslaufzeit.

214 Sie betont zu Recht auch *Schuhmann* BB 1996 2473 ff. im Hinblick auf die Verhandlung komplexer Vertragsbedingungen.

215 So auch *Bamberger/Roth/Becker* Rdn. 35; im Ergebnis auch BGH BB 1977 59 (60); *Soergel/Stein* § 1 AGBG Rdn. 24; *Braun* BB 1979 693; *a.A.* anscheinend von *Westphalen* DB 1977 947. Weitergehend *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1442), die für eine entsprechende Anwendung des AGB-Rechts bei vorformulierten Abweichungen unabhängig vom Vielzahl-Kriterium plädieren.

„rung“ der in den AGB stark verkürzten Gewährleistungsfristen auf einen Zeitraum, der immer noch unterhalb der gesetzlichen Fristen liegt²¹⁶. Entsprechendes gilt für vom Verwender angebotene, vom Kunden akzeptierte Abweichungen, die den Klauselinhalt im Ergebnis unverändert lassen oder sich sogar zu Lasten des Kunden auswirken.

Die in Rdn. 57 genannten Fälle machen zugleich ein **Grundproblem des Abs. 1 Satz 3** deutlich: da Kunden sich durch das Aushandeln von Vertragsbedingungen in Abweichung vom vorformulierten Text grundsätzlich außerhalb des Schutzbereichs des AGB-Rechts stellen, liegt es entgegen der mit §§ 305 bis 305c verfolgten, auf Förderung der Privatautonomie im Massenverkehr gerichteten Tendenz in ihrem wohlverstandenen Interesse, sich den AGB des Verwenders möglichst uneingeschränkt zu „unterwerfen“²¹⁷. Die nicht geringe Zahl der Urteile zu § 305 Abs. 1 Satz 3 lässt vermuten, dass Verwender sich nicht selten auf den Einwand der Individualabrede berufen²¹⁸. Ein Unterlaufen des Schutzzwecks des AGB-Rechts unter Berufung auf Abs. 1 Satz 3 ist allerdings angesichts der strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung an die Voraussetzungen des Aushandelns stellt (vgl. Rdn. 50), nicht ernsthaft zu befürchten²¹⁹.

4. Kollektives Aushandeln

Werden Vertragsbedingungen auf Verbandsebene oder in sonstiger kollektiver Art und Weise unter Einbeziehung von Repräsentanten beider Seiten ausgehandelt, so erfüllt das nicht die Voraussetzungen des Abs. 1 Satz 3 und macht die gemeinsam erstellten Bedingungen **nicht** etwa zu **Individualabreden**²²⁰. Da der Gesetzgeber des AGBG entgegen einer Reihe rechtspolitischer Vorschläge (Einl. Rdn. 25) davon abgesehen hat, Ausnahmen zu Gunsten bestimmter Arten von Muster-AGB vorzusehen, sind kollektiv erarbeitete Klauselwerke grundsätzlich ebenso zu behandeln wie die einseitig vom Verwender oder einem ihm nahe stehenden Dritten vorformulierten Bestimmungen. Das gilt nicht nur für Mietverträge unter Beteiligung der Gegenseite oder für die unter Einschaltung des ADAC erstellten Kfz-Verkaufsbedingungen, sondern auch für GWB-konforme *Konditionenkartelle und -empfehlungen* (Einl. Rdn. 75 ff.). Der Einfluss der Gegenseite ist zwar bei der Inhaltskontrolle derart ausgehandelter AGB zu berücksichtigen. Auf den *Individualcharakter der Vereinbarungen* kann der Verwender sich jedoch nur dann berufen, wenn Repräsentanten der Vertragsgegenseite *im gemeinsamen Interesse der von ihnen vertretenen Kunden* und in deren

216 Vgl. § 309 Nr. 8b; zu weiteren Beispielen vgl. *Braun* BB 1979 693.

217 So auch *Bunte* DB 1982 Beil. 13, S. 5 f.; *Schuhmann* BB 1996 2473 ff.

218 Vgl. die Rspr.-Nachw. in FN 167 und 199 ff.

219 Vgl. auch die in FN 192 genannten Befürworter eines großzügigeren Maßstabs für den unternehmerischen Geschäftsverkehr; a.A. *Michalski/Römermann* ZIP 1993 1434 (1442).

220 Ganz h.M., vgl. schon Begründung zum AGBG S. 17; so auch BGHZ 101 369 (374) = NJW 1988 142 (betr. VOB/B); NJW 1982 1821 (betr. ADSp); NJW 1999 9558 (betr. Satzung der Versorgungsanstalt Bund/Länder); BAG NZA 2009 896 Rdn. 20 (betr. Interessenausgleich und Sozialplan); OLG Köln WM 1989 93 (94) (betr. Richtlinien für den beleglosen Datenträgeraustausch); ebenso *Wolf/Pfeiffer* Rdn. 44; *Erman/Roloff* Rdn. 23; *Palandt/Grüneberg* Rdn. 18; *Schlosser* ZIP 1985 449 (452 f.).

Auftrag durch Aushandeln im Einzelnen maßgebenden Einfluss auf den Vertragsinhalt genommen haben²²¹. Vgl. auch Rdn. 74.

IV. Beweislastfragen

1. Grundsatz

- 60 Die Beweislast dafür, dass der Vertrag im Ganzen oder in Teilen die *Voraussetzungen der AGB-Definition* erfüllt, liegt im Grundsatz bei demjenigen, der sich im Prozess auf das Eingreifen des AGB-Rechts beruft, d.h. beim **Kunden** oder – im Rahmen der Unterlassungs- und Widerrufsklage nach § 1 UKlaG – bei den als Kläger beteiligten **Verbänden und Kammern**²²². Abweichendes ergibt sich auch nicht etwa aus dem Ausnahmecharakter des § 305 Abs. 1 Satz 3; sein Eingreifen ist nur dann von Bedeutung, wenn im Grundsatz die – vom Kunden zu beweisenden – Voraussetzungen von Abs. 1 Satz 1 vorliegen. Allerdings kann sich der Kunde oder Verband nicht selten auf *Indizien* berufen (vgl. Rdn. 61). Auch genügt er seiner Beweislast mit der Behauptung des AGB-Charakters, wenn der Verwender sie nicht substantiell bestreitet²²³.
- 61 Regelmäßig wird der Kläger der ihm nach § 305 Abs. 1 Satz 1 obliegenden Beweislast schon durch Hinweis auf die **äußere Form** der vorformulierten Vertragsbedingungen als **Indiz** für das Vorliegen von AGB genügen können. Dies gilt grundsätzlich in all denjenigen Fällen, in denen die Gestaltung der AGB (Druck, hektografierte oder in sonstiger Weise vervielfältigte Fassung, Niederlegung auf besonderem Blatt u.a.) auf deren Vorformulierung und standardisierte Verwendung schließen lässt²²⁴. Eine *Ausnahme* kommt nur bei solchen Vertragsmustern in Betracht, bei denen der Einbeziehungsvorschlag typischerweise nicht einer bestimmten Marktseite zuzurechnen ist (VOB u.a., vgl. Rdn. 29). Demgegenüber gestattet die **maschinenschriftliche Form** eines Vertrags in einer einheitlichen, Haupt- und Nebenabreden enthaltenden Urkunde, für sich genommen, nicht ohne weiteres den Rückschluss auf den AGB-Charakter des Vertragsinhalts. Hier müssen vom Kunden weitere Umstände dargetan werden wie der *Massencharakter* von Geschäften der fraglichen Art aus der Sicht des Vertragspartners des Kunden, der nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmte, *formelhafte Vertragsinhalt* oder die *tatsächliche Übereinstimmung* der von jenem verwendeten Vertragsbedingungen in nicht nur vereinzelt Fällen, wenn er seiner

221 Etwa Vertreter der Eigentümerinteressengemeinschaft in Verhandlungen mit dem Bau-träger, vgl. *Heinrichs NJW 1977 1509*; dem folgend auch *Wolf/Pfeiffer Rdn. 44*.

222 Ganz h.M., vgl. Begründung zum AGBG S. 17; *Staudinger/Schlosser Rdn. 40*; *Wolf/Pfeiffer Rdn. 57*; *MünchKomm/Basedow Rdn. 51*; *Palandt/Grüneberg Rdn. 24*; so zu § 1 AGBG auch *Soergel/Stein § 1 AGBG Rdn. 29*; *Roth BB 1992 Beil. 4, S. 14*; aus der Rechtsprechung vgl. etwa *BGHZ 118 229 (238)* = *NJW 1992 2160*; speziell zu § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2 siehe *BGHZ 176 140 Rdn. 14 ff.* = *NJW 2008 2250* und dazu § 310 Rdn. 77, 89.

223 *BGH WM 1996 2025 (2027)*.

224 *BGHZ 118 229 (238, 240)* = *NJW 1992 2160*; *BGHZ 143 103 (109 f.)* = *NJW 2000 1110*; *BGHZ 157 102 (106)* = *NJW 2004 502*; *WM 2006 247 (248 f.)*; *WM 1996 2025 (2027)*; *BAG ZIP 2008 1892 Rdn. 14*; *NZA 2006 746 Rdn. 20*; *OLG Stuttgart NJW 1979 222 (223)*; *Staudinger/Schlosser Rdn. 51*; *Wolf/Pfeiffer Rdn. 58*.

(7) Bauverträge (G. Christensen)

1. Einleitung	1	b) Risikoüberwälzungsklauseln	10
2. AGB der Auftragnehmer	2	c) Auftragsumfang, Leistungsänderungen (mit Vergütungsfolgen), Kostenbeteiligung	11
a) Vertragsschluss und Leistungen des Unternehmers	3	d) Ablauf der Arbeiten, Haftung des Auftragnehmers	12
b) Preis- und Zahlungsregelungen	4	e) Kündigung	14
c) Abnahme, Gewährleistung und Haftung	5	f) Abnahme, Gewährleistung	15
d) Kündigungsregelungen	6	g) Vertragsstrafe	16
3. AGB der Auftraggeber/Subunternehmerverträge	7	h) Zahlungs- und Sicherungsklauseln	17
a) Vertragsschluss	9		

Schrifttum: *Erkelenz* Bauvertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZfBR 1985 201 und 1986 7; Gutachterausschuss für Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gutachten zu Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr, 1984 (zitiert „Gutachten I“) und 1992 (zitiert „Gutachten II“); *Korbion/Locher/Sienz* AGB und Bauerrichtungsverträge, 4. Aufl. 2006; *Kraus* Gestaltung von Nachunternehmerverträgen, NJW 1997 223; *Kroppen* Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das Vertragsverhältnis des Generalunternehmers zu seinen Subunternehmern, in Das AGB-Gesetz im Spiegel des Baurechts (Deutsche Gesellschaft für Baurecht e.V.) 1977; *Kuffer* Sicherungsvereinbarungen im Bauvertrag, BauR 2003 155; *Locher* AGB-Gesetz und Subunternehmerverträge, NJW 1979 2235; *Ramming* Überlegungen zur Ausgestaltung von Nachunternehmerverträgen durch AGB, BB 1994 518; *Rohr/Suchalla* Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bauvertrag, Der Bausachverständige 2009 Nr. 5, 72; *Schlünder* Gestaltung von Nachunternehmerverträgen in der Praxis, NJW 1995 1057; *Vygen/Joussen* Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 4. Aufl. 2008; *von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Fertighausvertrag (Stand: September 2007); Subunternehmervertrag (Stand: Januar 2002).

1. Einleitung

- 1 Nahezu allen Bauverträgen werden AGB unterlegt. **Verwender** dieser AGB sind entweder die Bauunternehmer (dazu Rdn. 2 ff.) oder die Auftraggeber (dazu Rdn. 7 ff.); zur letztgenannten Kategorie gehören insbesondere die Geschäftsbedingungen, die gegenüber Subunternehmern verwendet werden. Die **VOB/B** stellt den Standard für Bauvertrags-AGB dar; sie wird unter einem eigenen Stichwort behandelt. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit der Beurteilung hiervon abweichender Geschäftsbedingungen. Soweit solche AGB *neben* der VOB/B in den Vertrag einbezogen werden, unterliegen sie ohne weiteres der Prüfung nach den §§ 307 ff.; darüber hinaus beseitigen sie, soweit sie zu Gunsten des Verwenders von der VOB/B abweichen, deren im unternehmerischen Geschäftsverkehr bestehende Privilegierung¹. Gesondert besprochen werden auch **Kostenvoranschläge** (siehe Teil 3, (5) Kostenvoranschläge), **Reparaturverträge** und **Wartungsverträge**.

¹ BGH NJW 2004 1597; näher dazu Teil 4, (9) VOB/B Rdn. 9.

2. AGB der Auftragnehmer

Zu den Bauverträgen mit Auftragnehmer-AGB gehören neben den weit verbreiteten **Fertighausverträgen** auch sonstige Hausbau- und Umbauverträge. Regelmäßig handelt es sich um reine Werkverträge². Soweit – wie regelmäßig – Verbraucherverträge vorliegen, ist hinsichtlich der Einbeziehung der AGB § 305 Abs. 2 zu beachten. 2

a) Vertragsschluss und Leistungen des Unternehmers

Entgegen § 308 Nr. 1 wird die **Annahmefrist** des Unternehmers für das Vertragsangebot des Bauherrn z.T. erheblich ausgedehnt; akzeptabel dürfte i.d.R. eine Frist von maximal vier Wochen sein³. Unklare Klauseln in einer **Rücktrittsvereinbarung** sind zum Nachteil des Unternehmers auszulegen⁴. Eine individualvertraglich vereinbarte **Ausführungsfrist** kann nicht durch eine AGB-Klausel verlängert werden⁵. Regelungen über die Verlängerung von Bauzeiten im Falle von Wünschen oder Maßnahmen des Bauherrn müssen angemessen sein; nicht akzeptabel ist beispielsweise eine pauschale „Einplanungszeit“ von sechs Wochen für den Weiterbau nach Bauverzögerungen durch den Auftraggeber oder eine automatische Bauzeitverlängerung bei Widerspruch des Bauherrn gegen die Bauausführung; letztgenannte Klausel schließt nämlich auch den Fall eines begründeten Widerspruchs ein. Im Fall einer Beschränkung auf unberechtigte Widersprüche darf die zugelassene Bauzeitverlängerung nicht völlig unbestimmt sein⁶. Ebenso wenig kann die vereinbarte Fertigstellungsfrist durch eine Klausel für den Fall als eingehalten definiert werden, dass bei ihrem Ablauf der Bautenstand lediglich den Beginn der vereinbarten Eigenleistungen ermöglicht. Ein Recht des Unternehmers zu **Leistungsänderungen** darf die Äquivalenz zu dem vereinbarten Festpreis nicht durch Einschränkungen des Leistungsumfanges aufheben. Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 liegt aber auch dann vor, wenn die Klausel nur Änderungen erlaubt, die „den Bauwert nicht beeinträchtigen und dem Bauherrn zumutbar sind“. Denn diese Formulierung erlaubt dem Bauherrn nicht, mit hinreichender Verlässlichkeit einzuschätzen, welche Änderungen erlaubt sein sollen⁷. Unwirksam ist ferner ein formularmäßig vereinbartes Recht zur Verwendung von Alternativmaterialien, wenn die in der Baubeschreibung vorgesehenen Werkstoffe „nicht pünktlich verfügbar sind“, da dies auch Fälle einschließt, in denen der Verwender die Nichtverfügbarkeit der vereinbarten Materialien zu vertreten hat. 3

b) Preis- und Zahlungsregelungen

Eine **Festpreisvereinbarung** darf nicht durch Klauseln unterlaufen werden, die zu einer versteckten Preiserhöhung führen⁸, dies auch nicht durch eine Klausel, der 4

2 BGH NJW 1983 1489 und 1491.

3 Ähnlich von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Fertighausvertrag) Rdn. 25 m.w. Nachw.

4 LG Berlin BauR 2008 1476.

5 BGHZ 92 24 = NJW 1984 2468.

6 OLG Brandenburg v. 18.7.2007 – 7 U 193/06.

7 LG Hannover v. 12.2.2008 – 18 O 332/07; bestätigt durch OLG Celle BauR 2009 103; a.A. LG Itzehoe AGBE I 569.

8 BGH NJW 1984 171; LG Nürnberg-Fürth NJW-RR 1989 668.

zufolge der Festpreis nur bei „normaler Beschaffenheit des Hauses“ oder bei „waagerechtem Gelände“⁹ gelten soll, da der Unternehmer mögliche kostenerhöhende Faktoren vorab prüfen kann. Bei einem Vertrag über die Herstellung einer Hohlbalkendecke ist eine Klausel unzulässig, die eine **Abrechnung nach einem abstrakten Aufmaß** statt nach der tatsächlich verbrauchten Balkenlänge vorsieht¹⁰. Es ist nicht ausgeschlossen, eine Festpreisabrede mit einer **Preiserhöhungsklausel** – in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Baubeginns – zu verknüpfen; die Erhöhungsklausel muss jedoch den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an Preisänderungsklauseln entsprechen¹¹. **Preisnachlässe** dürfen davon abhängig gemacht werden, dass der Auftraggeber die „VOB/B uneingeschränkt einhält“¹². Eine Klausel, durch die **Erhöhungen der Umsatzsteuer** auf den Kunden überwältigt werden, verstößt bei einem Hausbauvertrag gegen § 309 Nr. 1, da nicht sicher davon auszugehen ist, dass ein derartiger Bau mehr als vier Monate beansprucht¹³. Für **Abschlagszahlungen** – d.h. Teilzahlungen auf eine insoweit bereits erbrachte Leistung – hat § 632a eine gewisse Leitbildfunktion¹⁴. Eine maßvolle Erweiterung der Zahlungen mit dem Ziel einer Abmilderung der den Unternehmer treffenden Vorleistungspflicht ist jedoch akzeptabel; entsprechende Klauseln dürfen allerdings nicht die gesetzliche Regelung umkehren und zu einer **Vorleistungspflicht des Auftraggebers** führen¹⁵. Mithin müssen Abschlagszahlungen in aller Regel dem Baufortschritt entsprechen¹⁶ (vgl. § 16 Nr. 1 VOB/B); nichts einzuwenden ist gegen eine **Anzahlung**, deren Höhe die typischen Planungsaufwände des Auftragnehmers abdeckt (ca. 5 % der Auftragssumme)¹⁷. Der Unternehmer kann aber nicht 90 % des Werklohns 14 Tage nach Rohmontage ohne Rücksicht auf den Wert der tatsächlich erbrachten Bauleistung verlangen¹⁸ oder – bei einem Vertrag über den Einbau von Fenstern – 80 % des Entgelts bereits bei Anlieferung der Fenster¹⁹. Bis zur Abnahme können nur Abschlagszahlungen von allenfalls 95 % verlangt werden. Unzulässig sind auch Klauseln, die das **Zurückbehaltungsrecht des Kunden bei Mängeln** ausschließen²⁰, etwa indem eine Zahlung oder Hinterlegung unabhängig von Mängeln bestimmt²¹ oder dem Kunden eine Schecksperrung bei Mängeln untersagt wird²²; Gleiches gilt für ein **Aufrechnungsverbot** mit mängelbedingten Gegenforderungen²³. Der

9 LG Heidelberg VuR 1987 227.

10 OLG Karlsruhe NJW-RR 1989 52.

11 BGHZ 94 335 = NJW 1985 2270.

12 OLG Celle BauR 2004 860.

13 OLG Celle BauR 2001 1113.

14 Palandt/Sprau § 632a Rdn. 3.

15 Palandt/Grüneberg § 309 Rdn. 14; F. Schmidt MittBayNot 1977 168; siehe auch OLG Hamm NJW-RR 1989 274.

16 OLG Frankfurt v. 5.7.2005 – 20 W 217/03.

17 Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1989 274.

18 BGH NJW 1986 3199; vgl. auch BGH NJW 1992 1107.

19 OLG Zweibrücken NJW-RR 2002 274; ähnlich OLG Köln NJW-RR 1992 1048.

20 BGH BauR 2005 1010 = NJW-RR 2005 919.

21 BGH NJW 1985 852; vgl. auch BGH NJW 1984 2816 im Hinblick auf Überweisungsaufträge des Kunden zu Gunsten des Unternehmers an eine Bank, die im formularmäßigen Kontoeröffnungsantrag (verbundenes Geschäft) als unwiderruflich bezeichnet werden.

22 BGH NJW 1985 855.

23 BGH NJW 2005 2771 = BauR 2005 1477.

Unternehmer darf seinen Werklohn durch die formularmäßige Verpflichtung des Kunden zur Stellung einer selbstschuldnerischen **Bürgschaft** sichern²⁴, nicht jedoch die **Zahlungsgarantie** einer Bank verlangen²⁵, sofern diese über den Nachweis der Preissicherstellung²⁶ hinaus ein unbedingtes Zahlungsverprechen enthalten soll. Gleiches gilt für andere Abreden, die dem Bauunternehmer eine über §§ 648, 648a wesentlich hinausgehende Sicherung verschaffen²⁷. Zu einer unzulässigen Vorleistungspflicht des Bestellers führt es auch, wenn sich der Unternehmer das „Hausrecht“ bis zur Zahlung des vollen Werklohns vorbehält, da das Werk auf diese Weise der Verfügungsgewalt des Bestellers entzogen wird. Zu Klauseln über **Preis- und Kalkulationsirrtümer** vgl. *Hensen* (9. Aufl.) Anh. §§ 9–11 AGBG Rdn. 555. Eine Klausel in einem Generalunternehmervertrag über die Unterwerfung des Auftraggebers unter die **sofortige Zwangsvollstreckung** ist unwirksam, wenn die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ohne Fälligkeitssachweis möglich sein soll²⁸ oder lediglich von der Vorlage einer Bescheinigung des Baufortschritts durch eine im Lager des Auftragnehmers stehende Person abhängig gemacht wird²⁹.

c) Abnahme, Gewährleistung und Haftung

Die **Vorverlegung des Abnahmezeitpunktes** kann eine unangemessene Belastung des Bestellers und eine Verkürzung der ihm zustehenden Gewährleistungsfristen darstellen³⁰. Dies gilt insbesondere für Klauseln über **Teilabnahmen**. Dem Sinngehalt der Abnahme widerspricht es, die **Übergabe** des Bauwerks erst nach der Beseitigung der bei der Abnahme ermittelten Mängel vorzusehen. Auch sonst kann die Abnahmepflicht des Bestellers nicht über § 640 hinaus wesentlich erweitert werden³¹. Eine „Abnahme nach VOB/B“ kann nicht isoliert vereinbart werden³². Gleiches gilt wegen der Verjährungsfrist von vier Jahren für Klauseln über eine „**Gewährleistung** nach VOB/B“³³; die fünfjährige gesetzliche **Gewährleistungsfrist** ist formularmäßig nicht verkürzbar³⁴. Für sonstige Gewährleistungsbeschränkungen gelten die – strengen – Anforderungen des § 309 Nr. 8b. Eine kurze **Ausschlussfrist** für Mängel, die mit deren Erkennbarkeit beginnen soll, kann auch gegenüber einem Unternehmer nicht wirksam vereinbart werden³⁵. Ein vollständiger Gewährleistungsausschluss ist auch im Hinblick auf einzelne Vertragsgegenstände (z.B. Verschleißteile oder der Wartung bedürftige Teile) nicht zulässig³⁶. Ebenso wenig kann die Gewährleistung für den Fall

24 BGH WM **2010** 1215 Rdn. 12; OLG Celle BauR **2010** 91 unter Aufgabe der Gegenmeinung in BauR **2009** 103.

25 BGH NJW **1986** 784; NJW-RR **1986** 959; NJW **1993** 3264.

26 Dazu KG Berlin IBR **1997** 188.

27 LG Hannover v. 12.2.2008 – 18 O 332/07; bestätigt durch OLG Celle BauR **2009** 103.

28 OLG Düsseldorf BauR **2002** 515.

29 OLG München BauR **2009** 988 und 1760.

30 *Erman/Roloff* § 307 Rdn. 84.

31 LG Hannover v. 12.2.2008 – 18 O 332/07; bestätigt durch OLG Celle BauR **2009** 103.

32 Vgl. Teil 4, (9) VOB/B Rdn. 11.

33 Vgl. Teil 4, (9) VOB/B Rdn. 12; von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Fertighausvertrag) Rdn. 70.

34 Vgl. Teil 3, (12) Verjährungsklauseln Rdn. 2.

35 BGH NJW-RR **2005** 247 = BauR **2005** 383.

36 Von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Fertighausvertrag) Rdn. 76.

schlechterdings ausgeschlossen werden, dass später noch Arbeiten im Bereich des Bauwerks durchgeführt wurden³⁷. Eine obligatorische **Schiedsgutachtenklausel**, die – vorbehaltlich der §§ 317, 319 – einen technischen Sachverständigen verbindlich über das Vorhandensein von Mängeln und deren Bewertung entscheiden lässt, kann nicht hingenommen werden, weil hierdurch der Rückgriff auf den staatlichen Rechtsschutz mit vielfältigen Kontrollen und besserer juristischer Kompetenz weitgehend ausgeschlossen wird³⁸. Wirksam ist eine **Freizeichnungsklausel**, wonach der Unternehmer nicht für die Erreichung der vom Besteller erstrebten **steuerlichen Effekte** haftet, da den Unternehmer aus dem Bauvertrag ohnehin keine entsprechende Pflicht trifft³⁹.

d) Kündigungsregelungen

- 6 Das freie **Kündigungsrecht des Auftraggebers (§ 649)** kann durch AGB nicht eingeschränkt werden, da der Besteller kein berechtigtes Interesse an einer Erweiterung des ihm durch § 649 gewährten Schutzes hat⁴⁰. Eine **Pauschalierung** der im Falle der Kündigung gemäß § 649 Satz 2 zu zahlenden Vergütung ist allerdings grundsätzlich zulässig. Die Klausel muss sich auch nicht zwingend an der gesetzlichen Berechnungsweise – d.h. an dem Gewinnausfall – orientieren, sondern kann stattdessen auf die bis zur Kündigung geleisteten Aufwendungen abstellen⁴¹. Sie darf allerdings nicht den Eindruck erwecken, dass es sich bei der Pauschale um eine abschließende Mindestsumme handelt, sondern muss dem Besteller analog § 309 Nr. 5b⁴² ausdrücklich den Nachweis eines niedrigeren entgangenen Gewinns bzw. niedrigerer entstandener Aufwendungen gestatten⁴³. Angesichts der durch das Forderungssicherungsgesetz in § 649 Satz 3 neu eingefügten Vermutung, wonach dem Unternehmer nur 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zustehen, stellt sich die Frage, ob die vorstehend wiedergegebene Rechtsprechung noch Bestand haben kann; entsprechende Klauseln könnten als verbotene Beweislastregelungen nunmehr gegen § 309 Nr. 12 verstoßen. Da Ziel des Forderungssicherungsgesetzes jedoch ausdrücklich die Stärkung der Unternehmerrechte war, wird man nicht davon ausgehen können, dass die (vorrangige) analoge Anwendung des § 309 Nr. 5b nunmehr ausgeschlossen sein soll. Beim Fertighausvertrag werden von der Rechtsprechung als Pauschale Beträge bis zu 10 % des Auftragswerts akzeptiert⁴⁴. Höhere Prozentwerte sind i.d.R. bedenklich⁴⁵. Sonderregelungen für eine vom Unterneh-

37 Vgl. OLG Brandenburg BauR 2006 418.

38 BGH NJW 1983 1854; BGHZ 115 329 = NJW 1992 433; OLG Köln VersR 1992 498.

39 OLG Hamm NJW-RR 1989 668.

40 BGH NJW 1999 3261 m. Anm. Blank EWiR 2000 281; LG Lübeck VuR 1998 204.

41 Von Westphalen/Motzke Vertragsrecht (Fertighausvertrag) Rdn. 83.

42 Vgl. zu dieser Analogie bereits BGH NJW 1985 632.

43 BGH NJW 1999 3261; OLG Celle BauR 2009 103.

44 BGH NJW 2006 2551 Rdn. 20 (10 %); BGH NJW 1978 1054 und BGHZ 87 112 = NJW 1983 1489 (5 %); BGHZ 144 133 = BGH NJW 2000 3498 (7,5 %); OLG Rostock NJW-RR 1998 310 (8 %); OLG München IBR 2010 75.

45 BGH NJW 1999 3261 (10 % ohne Anrechnung anderweitigen Erwerbs); NJW-RR 1995 749 (der Verwender verlangte mehr als 10 %); NJW 1985 632 (18 %); vgl. auch OLG Bamberg IBR 2006 321 (40 % bei einem Vertrag über die Errichtung eines Wintergartens); LG Berlin BB 1996 2062.

mer zu vertretende Vertragsauflösung muss die Klausel nicht vorsehen⁴⁶. Anderes gilt möglicherweise, wenn potentielle Hindernisse für die Vertragsdurchführung bereits bei Vertragsschluss bekannt sind, so etwa, wenn Bauverträge im Hinblick auf von den Kunden erst noch zu erwerbende Grundstücke geschlossen werden⁴⁷. **Wirksame Pauschalierungsklauseln** werden im Hinblick auf den Verwender streng ausgelegt: Ohne einen entsprechenden Vorbehalt kann er einen die Pauschale übersteigenden Aufwand bzw. Gewinnentgang überhaupt nicht geltend machen⁴⁸. Sieht der Vorbehalt vor, dass „im Einzelfall“ abweichende Nachweise erbracht werden können, so ist dies nur in einem durch Besonderheiten der Vertragsgestaltung oder -durchführung bedingten Ausnahmefall möglich⁴⁹.

3. AGB der Auftraggeber/Subunternehmerverträge

In diesem Abschnitt wird zu solchen Klauselwerken Stellung genommen, die Bauunternehmern gestellt werden⁵⁰. Wichtigster Anwendungsfall sind Verträge mit einem **Sub- oder Nachunternehmer**, bei dem der Hauptunternehmer seine AGB in den Vertrag einbezieht. Ähnlich wie die Einkaufsbedingungen gehören die den Subunternehmern gestellten Klauselwerke zu denjenigen, bei denen die Tendenz zur Ausnutzung der vorhandenen Marktmacht besonders groß ist⁵¹; leider gilt das auch für den **Fiskus** als Auftraggeber.

Zum Schutz kleinerer und mittlerer handwerklicher Betriebe haben deshalb **Handwerkskammern und -innungen** sowie Bauverbände von der **Kontrollklage** gegen Verwender und Empfehler solcher AGB alsbald Gebrauch gemacht⁵². Eigene Klauselwerke werden trotz der in § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B enthaltenen Pflicht des Hauptunternehmers zur Verwendung der VOB/B gegenüber Nachunternehmern⁵³ deshalb benutzt, weil die insgesamt als ausgewogen geltenden Regelungen der VOB/B den Auftragnehmern nach Ansicht der Verwender zu weit gehende Rechte einräumen. Die **VOB/B** kann deshalb – von wenigen Ausnahmen abgesehen – **als Leitlinie** bei der Prüfung der Angemessenheit von Klauseln in Subunternehmerverträgen dienen⁵⁴.

46 BGH NJW 1983 1491.

47 Dies erwägt BGH NJW 1994 721.

48 OLG München DB 1984 114; vgl. auch BGH NJW-RR 1998 554 = BB 1998 915.

49 BGHZ 144 133 = NJW 2000 3498.

50 Zur Terminologie siehe auch *Ramming* BB 1994 518.

51 Zust. *Schlünder* NJW 1995 1057; illustrativ die rund 30 Klauseln in der Sache BGH NJW-RR 1997 1513.

52 Vgl. LG Konstanz BB 1981 1420; OLG Karlsruhe BB 1983 725 m. Anm. *Strobel*; OLG München BB 1984 1386; BGHZ 107 75 = NJW 1989 1602; BGHZ 131 192 = NJW 1996 1346 (Bauinnung); BGH NJW-RR 1997 1513 (Baugewerbeverband Rheinland e.V.).

53 Näher *Ingenstau/Korbion/Oppler* § 4 Nr. 8 VOB/B Rdn. 28: Aus der Verletzung dieser nur im Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Hauptunternehmer bestehenden Pflicht kann der Subunternehmer keine Rechte herleiten.

54 Die Spitzenverbände der Bauindustrie empfehlen in ihrem „Merkblatt für Generalunternehmer“ (abgedruckt bei *Ingenstau/Korbion* 15. Aufl. 2004, Anh. 3 Rdn. 213), in Nachunternehmerverträgen von der VOB/B nur insoweit abzuweichen, als auch der Hauptvertrag zwischen dem Bauherrn und dem Generalunternehmer Abweichungen enthält.

a) Vertragsschluss

- 9 Die Vereinbarung einer unangemessen langen **Bindungsfrist** des Auftragnehmers an sein Angebot verstößt gegen § 307⁵⁵. Bei der Beurteilung der Wirksamkeit derartiger Fristen muss berücksichtigt werden, dass der Hauptunternehmer die Angebote der Subunternehmer als Kalkulationsgrundlage benötigt, den Subunternehmervertrag aber nicht abschließen kann, bevor ihm selbst der Hauptauftrag erteilt wurde⁵⁶. Für Subunternehmerverträge ist deshalb eine im Verhältnis zu anderen Vertragstypen relativ lange Bindungsfrist von bis zu zwei Monaten noch als akzeptabel anzusehen⁵⁷. Für Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber enthält § 10 Nr. 6 VOB/A eine Regelung, die eine weiter gehende Überprüfung nach den §§ 307 ff. in aller Regel entbehrlich macht⁵⁸. Vorgesehen ist darin eine Bindungsfrist von regelmäßig maximal 30 Kalendertagen; ist die Willensbildung beim Auftraggeber – z.B. innerhalb einer Gemeinde – jedoch langwierig, kann auch eine deutlich längere Frist noch angemessen sein⁵⁹. Dem Auftragnehmer darf ferner nicht das Recht zur **Irrtumsanfechtung** abgeschnitten werden⁶⁰.

b) Risikoüberwälzungsklauseln

- 10 Weit verbreitet sind Formularbestimmungen, durch die dem Auftragnehmer bestimmte **Risiken überbürdet** werden. Solche Klauseln dienen verschiedenen Zwecken: Für den Fall des Eintritts der Risiken sollen erforderliche Mehrleistungen des Auftragnehmers gesichert und erhöhte Vergütungsforderungen abgewehrt werden. Zugleich kann beabsichtigt sein, die Haftung des Verwenders für Schäden auf Grund des Eintritts der Risiken auszuschließen und ggf. eine Gewährleistungspflicht oder Haftung des Auftragnehmers zu begründen. Derartige Klauseln, die den Auftragnehmer ohne berechtigten Grund einseitig belasten, sind regelmäßig gemäß § 307 als unwirksam einzustufen. Dies gilt etwa für eine Klausel, die alle nicht bis zu einem bestimmten Termin vorgebrachten **Einwände gegen die aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtliche Bauplanung ausschließt**⁶¹ oder mit der der Auftragnehmer bestätigt, sich bei einer **Besichtigung auf der Baustelle** von der Ausführbarkeit der Planung überzeugt zu haben und für

55 § 308 Nr. 1 findet keine Anwendung, da es sich i.d.R. um Klauseln handelt, die im unternehmerischen Geschäftsverkehr verwendet werden.

56 Näher von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 63.

57 Ähnlich (zwei bis drei Monate tolerabel): von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 63; strenger *Erman/Roloff* § 307 Rdn. 85: 30 Tage als Richtschnur (in Anlehnung an § 19 Nr. 2 VOB/A); vgl. ferner *Kroppen* S. 92; *Ramming* BB 1994 518 [522].

58 Vgl. BGHZ 116 149 = NJW 1992 827: AGB-Prüfung entbehrlich, da § 19 Nr. 2 VOB/A (jetzt § 10 Nr. 6 VOB/A) ohnehin nur angemessene Fristsetzungen gestatte.

59 So BGHZ 116 149 = NJW 1992 827 (zwei Monate und sechs Tage); OLG Hamm BauR 1996 243 (drei Monate); vgl. andererseits OLG Düsseldorf BauR 1999 1288 (50 Tage zu lang bei fehlender Erläuterung des erhöhten Zeitbedarfs).

60 BGH NJW 1983 1671; OLG München BB 1984 1386; einschränkend OLG Düsseldorf VersR 1982 1147.

61 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 11, 14; OLG Zweibrücken NJW-RR 1994 1363 = BB 1995 13; ähnlich LG München AGBE III 229 und OLG München AGBE IV 271 (keine Berufung auf Unvollständigkeit der erhaltenen Unterlagen oder Missverständnisse); ferner die – schwächere, aber immer noch unwirksame – Formulierung, die der Entscheidung OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 1.) zugrunde lag.

sämtliche Folgen **allein eintreten** zu wollen⁶². Die Bauplanung obliegt dem Generalunternehmer, der daraus folgenden Verantwortung darf er sich nicht durch Überbürdung auf seine Subunternehmer entledigen⁶³. Der Verwender kann auch nicht das **Baugrundrisiko**⁶⁴ oder das **Risiko erhöhter Aufwände durch behördliche Auflagen während der Bauausführung**⁶⁵ vollständig auf den Auftragnehmer abwälzen oder sich von diesem bestätigen lassen, alle einschlägigen **öffentlichen Auflagen, Genehmigungen** usw. in seinem Angebot berücksichtigt zu haben⁶⁶ bzw. fehlende Genehmigungen selbst rechtzeitig einzuholen⁶⁷. Unbedenklich ist es demgegenüber, wenn die AGB nur die gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B bestehenden Pflichten des Auftragnehmers – z.B. zur sorgfältigen Prüfung der Angebotsunterlagen – präzisieren, ohne daran zusätzliche nachteilige Folgen zu knüpfen⁶⁸. Diese Differenzierung gilt auch im Hinblick auf **Risiken, die sich aus der Übernahme der Vorarbeiten anderer Gewerke** ergeben. Die ohnehin bestehende Verpflichtung zur Feststellung und Anzeige erkennbarer Mängel solcher Vorarbeiten kann auch in Form einer Klausel festgehalten werden⁶⁹; der Subunternehmer darf aber nicht zu einer Gewährleistung für Mängel fremder Leistungen verpflichtet werden, dies auch nicht durch eine fingierte Erklärung, mit dem Beginn seiner Arbeiten bestätige er die ordnungsgemäße Erbringung aller Vorleistungen⁷⁰.

c) Auftragsumfang, Leistungsänderungen (mit Vergütungsfolgen), Kostenbeteiligung

Bei Baumaßnahmen kommt es erfahrungsgemäß häufig zu **nachträglichen Leistungsänderungen und -erweiterungen**. Dass der Auftraggeber versucht, den Unternehmer zur Erledigung entsprechender Zusatzarbeiten zu zwingen, ist nicht per se als unredlich einzustufen. Der Unternehmer darf aber nicht ohne jede Einschränkung – lediglich unter Zubilligung einer eventuellen Fristverlängerung⁷¹ – zur **Übernahme weiterer Bauleistungen** verpflichtet werden, da ihn dies in seiner Dispositionsfreiheit unangemessen einschränken würde⁷². Entsprechende Klauseln müssen deshalb jedenfalls dahin präzisiert werden, dass die geforderten Zusatzleistungen dem Unternehmer **zumutbar** sein müssen. Wesentlich strenger zu beurteilen sind Klauseln, die abweichend von § 2 Nr. 5, 6 VOB/B

62 Zu derartigen Besichtigungs- und Bestätigungsklauseln vgl. näher *von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 85 ff.; ähnlich auch LG Frankfurt AGBE I 896 (Klausel Nr. 9).

63 OLG München AGBE I 467.

64 Näher dazu *Peters* BauR 1998 215.

65 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 5.

66 *Von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 92 m.w. Nachw.

67 BGH NJW-RR 1997 1513 unter IV.

68 *Von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 86; vgl. auch OLG Karlsruhe BB 1983 725 unter II 4 für eine Bestätigung, „mit den örtlichen Verhältnissen vertraut zu sein“.

69 *Strenger Wolf/Dammann* Klauseln Rdn. B 205.

70 *Von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 97.

71 Siehe BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 3.

72 Zurückhaltender unter Hinweis auf einen Kontrahierungszwang des Unternehmers: *von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 106 ff.; vgl. auch OLG Celle IBR 1999 250.

trotz einer Leistungserweiterung keine oder nur eine unzureichende **Anpassung der Vergütung des Auftragnehmers** vorsehen. Solche Regelungen beeinträchtigen nämlich die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung und sind deshalb nur zulässig, wenn die Änderungen ein geringfügiges Niveau nicht überschreiten. Nicht akzeptabel ist eine Klausel, die bei einem vereinbarten **Festpreis** „Nachforderungen jeglicher Art“ ausschließt, weil darunter auch Vergütungen für Zusatzarbeiten fallen⁷³. Ob die Wirksamkeit einer „**Komplettheitsklausel**“, die beim Detail-Pauschalvertrag die Vergütungspflicht der über das Leistungsverzeichnis hinausgehenden Arbeiten ausschließt, davon abhängt, welche Vertragspartei das Leistungsverzeichnis erstellt hat⁷⁴, ist fraglich. Die Vergütungspflicht für **notwendige Mehrarbeiten** kann auch nicht durch isolierte Vereinbarung von § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B auf Fälle beschränkt werden, in denen die Mehrarbeiten unverzüglich angezeigt wurden, da hierdurch die insoweit bestehenden gesetzlichen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht unangemessen eingeschränkt würden⁷⁵. Ebenso wenig können sämtliche vertraglichen Ansprüche bei Mehrarbeiten⁷⁶ bzw. die Vergütung von **Stundenlohnarbeiten** auf die Fälle beschränkt werden, in denen eine ausdrückliche vorherige Beauftragung erfolgt ist⁷⁷ oder die Stundenlohnzettel spätestens am nächsten Tag der Bauleitung zur Unterschrift vorgelegt werden⁷⁸. Die Beauftragung von **Eventualpositionen**, die im Leistungsverzeichnis enthalten sind, kann jedoch von einer gesonderten Erklärung abhängig gemacht werden⁷⁹. Bei einer Abrechnung nach **Einheitspreisen** ist eine Klausel, die gleichwohl die Auftragssumme der Höhe nach limitiert, als überraschend anzusehen⁸⁰. Bestimmt werden kann allerdings, dass die Einheitspreise auch bei Massenänderungen verbindlich bleiben⁸¹, da der Unternehmer durch eventuellen Verlust der bei größeren Mengen vorhandenen Möglichkeiten zur Senkung der Kosten je Einheit nur geringfügig belastet wird. Eine Beschränkung der Pflicht zur Erbringung **unvergüteter Mehrleistungen** auf bestimmte Einzelleistungen, etwa auf Änderungen von Zeichnungen, statischen Berechnungen, Ausführungsunterlagen oder auf Durchführung zusätzlicher Prüfungen bzw. Abnahmen verhilft entsprechenden Klauseln nicht zur Wirksamkeit⁸². Unzulässig ist es auch, den Unternehmer formularmäßig zu verpflichten, **Gerüste** in jeder erforderlichen Höhe ohne besondere

73 BGH NJW 1997 1513 unter I 1; ebenso BGHZ 157 102 = NJW 2004 502 für eine Klausel, die den Nachforderungsausschluss auf die Fälle beschränkt, in denen kein schriftlicher Nachtrags- oder Zusatzauftrag vorliegt; ähnlich OLG Karlsruhe NJW-RR 1993 1435 für eine – zudem intransparente – Klausel, wonach ein Anspruch auf Zusatzvergütung für Leistungen, zu denen der Auftragnehmer „nach dem Vertragsbild nicht verpflichtet ist“, nur bei schriftlicher Vereinbarung gewährt werden sollte; siehe auch OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 4.): „Die Urkalkulation ist bindend bis zum Abschluss des Bauvorhabens“.

74 So OLG Düsseldorf BauR 2004 506.

75 BGHZ 113 315 = NJW 1991 635.

76 BGHZ 157 102 = NJW 2004 502 unter II 2 c; BGH NJW-RR 2005 246 = BauR 2005 94.

77 LG München BauR 1991 386; vgl. auch OLG Schleswig OLGR 2005 741.

78 OLG Düsseldorf BauR 2009 1315.

79 KG BauR 2005 1032.

80 BGH NJW-RR 2005 246 = BauR 2005 94.

81 BGH NJW 1993 2738; ausführlich zu Mengenänderungen und Preisen *Vygen/Joussen* Rdn. 683; vgl. auch KG IBR 2006 537.

82 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 15, 16, II 4, III 4.

Vergütung zu erstellen⁸³; auch darf ihm für u.U. weit gehende Leistungsänderungen nicht nur eine Vergütung in Höhe der „nachgewiesenen Selbstkosten“ eingeräumt werden⁸⁴. Eine **unzulässige Leistungserweiterung** kann auch darin liegen, dass der Unternehmer durch AGB von vornherein mit ungewöhnlichen Zusatzarbeiten belastet wird, indem ihm beispielsweise auferlegt wird, **Gerüste** ohne Anspruch auf Entgelt so lange vorzuhalten, wie sie noch von anderen Gewerken benutzt werden⁸⁵ oder **Baubesprechungen** ohne Kostenerstattung an beliebigen Orten innerhalb Deutschlands durchzuführen⁸⁶. Den gleichen – das vertragliche Äquivalenzverhältnis zu Lasten des Auftragnehmers verschiebenden – Effekt können Klauseln haben, durch die dem Auftragnehmer eine **Kostenbeteiligung** auferlegt wird. Allerdings ist in allen diesen Fällen jeweils zu prüfen, ob die Kostenlast nicht Teil der vom Auftragnehmer entsprechender Bauvorhaben üblicherweise geschuldeten Gesamtleistung bzw. die Vergütung für eine übliche Gegenleistung des Verwenders darstellt und deshalb **gemäß § 307 Abs. 3 nicht der Inhaltskontrolle unterliegt**. Dies wurde vom BGH angenommen für eine Beteiligung an **Aufschließungs- und Nebenkosten**⁸⁷, am **Verbrauch von Bauwasser**⁸⁸ sowie an den Kosten einer vom Auftraggeber abgeschlossenen **Bauwesenversicherung**⁸⁹. Gleiches soll gelten für Verpflichtungen des Unternehmers zum **Transport von Baustoffen** und zur **Abfallentsorgung**⁹⁰. Als akzeptabel einzustufen sein dürfte auch noch die pauschalierende **Umlage von Gemeinkosten**, die mehreren Gewerken zugute kommen (z.B. anteilige allgemeine Beleuchtung, Beheizung, Bewachung, Wasser- und Stromverbrauch). Dies gilt jedoch nicht, wenn der Rohbauunternehmer die Kosten zunächst allein tragen soll und ihm nur ein Erstattungsanspruch gegen die anderen Baubeteiligten eingeräumt wird⁹¹. Die Klausel darf auch nicht den unzutreffenden Eindruck erwecken, die zugrunde liegenden Leistungspflichten träfen allein den Auftragnehmer⁹². Problematisch ist es, wenn Maßnahmen wie die Baureinigung und Schuttentsorgung, die typischerweise **vom Auftragnehmer selbst durchgeführt** werden, von vornherein durch eine Kostenbeteiligung ersetzt werden⁹³. Hierdurch wird nämlich dem Auftragnehmer die Möglichkeit

83 OLG Celle OLGR 1995 21; OLG Brandenburg v. 16.1.2007 – 11 U 72/06.

84 BGH NJW-RR 1997 1513 unter II 3.

85 OLG München BauR 1987 554; LG Nürnberg-Fürth v. 20.9.2000 – 3 O 1214/99. AGB im Gerüstvertrag behandelt *Locher* FS Gelzer, 1991, S. 355.

86 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 17.

87 BGH NJW 1997 135.

88 BGH NJW 1999 3260; a.A. OLG Stuttgart BB 1998 502 wegen der – in beiden Fällen praktizierten – Berechnung des Kostenbeitrags prozentual zur Auftragssumme und nicht nach dem tatsächlichen Verbrauch.

89 BGH NJW 2000 3348 = ZIP 2000 1730; OLG Düsseldorf BauR 2004 506; ebenso OLG München BauR 1995 113 (dort wurde auch eine Beteiligung an den Kosten der Baustellenver- und -entsorgung akzeptiert).

90 BGH BauR 2006 1301.

91 OLG Celle BauR 2004 1955.

92 OLG Hamm NJW-RR 1997 1042; vgl. auch OLG Stuttgart NJW-RR 1998 312 = BB 1998 502 zur Berechnung des umzulegenden Gesamtbetrages nach anderen Kriterien als den tatsächlich angefallenen Kosten.

93 BGH NJW 2000 2307 = ZIP 2000 1730; OLG Düsseldorf BauR 2004 506; siehe auch Rdn. 12 zu den Ersatzvornahmeklauseln; vgl. weiter OLG München NJW-RR 1989 276 (dort wurde die Kostenbeteiligungsklausel wegen der Umlageregelung bei mehreren Gewerken als unwirksam eingestuft).

genommen, die Leistung zu erbringen; darüber hinaus erspart sich der Auftraggeber die an sich erforderliche Fristsetzung bei Mängeln. Klauseln, die es dem Auftraggeber erlauben, den **Leistungsumfang unter anteiliger Reduzierung des Werklohns zu verringern**, kollidieren mit dem Grundgedanken des § 649, da sie einer Teilkündigung gleichkommen, ohne dass die in § 649 Satz 2 vorgesehene Vergütung gezahlt wird⁹⁴; auch mit § 308 Nr. 3, 4 stehen sie nicht in Einklang; die Kernaussage dieser Vorschriften ist auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu beachten. Etwas anderes gilt, wenn der Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns nur für den Fall ausgeschlossen wird, dass bei einer Teilkündigung ein gleichwertiger **Ersatzauftrag** angeboten wird⁹⁵.

d) Ablauf der Arbeiten, Haftung des Auftragnehmers

- 12 Der Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse daran, den Auftragnehmer zu einer möglichst **termingerechten und mängelfreien Leistungserbringung** anzuhalten. Nicht akzeptabel ist es jedoch, den Auftragnehmer auch für den Fall einer **Verschiebung des Baubeginns oder von Planungsänderungen** formularmäßig auf die Einhaltung der ursprünglichen Termine zu verpflichten oder die **Fertigstellungstermine** in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen⁹⁶. Unwirksam ist deshalb eine Klausel, die von dem Unternehmer verlangt, in diesem Fall „alles in seiner Macht stehende zu tun, um den vorgesehenen Termin dennoch einzuhalten“⁹⁷ bzw. Fristverlängerungen nur zulässt, wenn der Auftragnehmer die Verschiebung schriftlich angezeigt hat und nicht durch verstärkten Personal- und Geräteeinsatz auffangen kann⁹⁸. Ferner darf der Auftraggeber dem Unternehmer nicht die Möglichkeit zur Korrektur von Terminüberschreitungen und Mängeln nehmen, indem er sich das Recht zu einer **Ersatzvornahme auf Kosten des Auftragnehmers** entgegen § 637 Abs. 1 sofort oder nach Ablauf einer unangemessen kurzen Frist vorbehält⁹⁹. Maßvolle Erweiterungen des Ersatzvornahmerechts über § 4 Nr. 7 VOB/B hinaus – insbesondere ohne die Notwendigkeit zur Entziehung des Auftrages – bleiben jedoch möglich¹⁰⁰. Eine Klausel, die den Auftraggeber berechtigt, dem Unternehmer Anweisungen über die **Anzahl der am Bau beschäftigten Arbeitskräfte** zu machen, die innerhalb von 24 Stunden zu erfüllen sind, schränkt diesen in seiner Dispositionsfreiheit unangemessen ein¹⁰¹. Die Vergabe solcher Arbeiten, auf die der Betrieb des Unternehmers nicht eingestellt ist, an **Nachunternehmer** kann nicht von der Zustimmung des Auftraggebers abhängig gemacht werden¹⁰².

94 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 2; OLG München BB 1984 1386 (1387); OLG Frankfurt BB 1985 2009; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992 216; OLG Karlsruhe BB 1983 725 unter II 8; von Westphalen/Motzke Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 123.

95 OLG Koblenz NJW-RR 1992 850.

96 OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 12.).

97 OLG Karlsruhe NJW-RR 1993 1435.

98 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 3.

99 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 6 (Baureinigung), I 8 (Aufmaßkosten) und I 13 (Überschreitung von Bauzeiten); ebenso Gutachten I S. 153 f.; Vygen/Joussen Rdn. 709 mit Klauselbeispielen.

100 Gutachten I S. 153.

101 BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 12; vgl. auch OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 33.): Gestellung eines ständig anwesenden Poliers.

102 OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 7.).

Für **Schäden bei der Bauausführung**, deren Ursache der Auftraggeber nicht feststellen kann, kann keine **gesamtschuldnerische Haftung** aller Subunternehmer festgelegt werden¹⁰³. Ebenso wenig lässt sich für den Fall des Eintritts von Schäden der Einwand des **Mitverschuldens des Auftraggebers** ausschließen¹⁰⁴. Bei einer längeren **Unterbrechung** des Bauvorhabens darf der Unternehmer nicht völlig rechtlos gestellt werden¹⁰⁵. 13

e) Kündigung

Der Verwender darf dem Unternehmer für den Fall, dass er von seinem **freien Kündigungsrecht gemäß § 649** Gebrauch macht, nicht formularmäßig den Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns (§ 649 Satz 2) nehmen¹⁰⁶; nur die Existenz dieses Gegenrechts macht die unbeschränkte Lösungsmöglichkeit des Auftraggebers akzeptabel. Unwirksam ist daher etwa eine Klausel, die eine Vergütung nur für erbrachte Leistungen vorsieht¹⁰⁷. Dies gilt auch beim Subunternehmervertrag. Einschränkungen des vollen Anspruchs aus § 649 Satz 2 lassen sich hier insbesondere dann nicht rechtfertigen, wenn der Generalunternehmer seinerseits Anspruch auf Erstattung entgangenen Gewinns gegen den Bauherrn hat oder ihm der Bauherr aus einem von ihm zu vertretenden Grund den Auftrag entzogen hat, während der Subunternehmer ordnungsgemäß gearbeitet hat¹⁰⁸. Dagegen hat der Fall, dass der Bauherr gegenüber dem Generalunternehmer von einem ihm zustehenden Recht zu entschädigungslosen Planungsänderungen Gebrauch macht und hierdurch die Subunternehmerleistungen überflüssig werden, Verwandtschaft mit der Konstellation des § 645; eine Klausel, die – nur – für diesen Fall den Erstattungsanspruch des Subunternehmers auf den Ersatz der entstandenen Aufwendungen beschränkt, dürfte deshalb als wirksam einzustufen sein¹⁰⁹. Das **Kündigungsrecht des Auftragnehmers** darf nicht auf den Fall beschränkt werden, dass sich der Auftraggeber mit einer fälligen Zahlung länger als vier Wochen im Verzug befindet¹¹⁰. 14

f) Abnahme, Gewährleistung

Beim Subunternehmervertrag steht der Hauptunternehmer vor der problematischen Situation, dass in seinem Verhältnis zum Bauherrn die **Gewährleistungs-** 15

103 BGH NJW-RR 1997 1513 unter II 1; OLG Karlsruhe BB 1983 725 unter II 6; Gutachten II S. 49.

104 OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 19.; vgl. dort auch Nr. 35 zur unzulässigen Einschränkung eigener Verkehrssicherungspflichten des Auftraggebers).

105 OLG Karlsruhe BB 1983 725 unter II 9 („Eine auch länger als drei Monate dauernde Unterbrechung berechtigt den Auftragnehmer nicht zur Vertragskündigung oder zu Nachforderungen bzw. Schadensersatz“); vgl. auch *Ramming* BB 1994 518 (528 ff.) m.w. Nachw.

106 BGHZ 92 244 = NJW 1985 631; OLG München BB 1984 1386; siehe auch oben Rdn. 11 a.E. zu Teilkündigungen in Form der einseitigen Reduzierung des Leistungsumfangs.

107 BGH BauR 2007 1724 Rdn. 18.

108 Vgl. BGH NJW 1995 526; von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 140.

109 Näher von *Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 141 ff.

110 OLG München BB 1984 1386.

frist erst mit der **Abnahme** des Gesamtbauwerks zu laufen beginnt, während die Subunternehmerleistungen i.d.R. schon zeitlich vorher abnahmereif werden; der Hauptunternehmer sieht sich also bei Mängeln der Subunternehmerleistung einer Inanspruchnahme durch den Bauherrn ohne sichere Regressmöglichkeit ausgesetzt. Es ist verständlich, dass deshalb häufig versucht wird, die Gewährleistungsfrist des Subunternehmervertrages entweder zu verlängern oder durch Verschiebung des Abnahmezeitpunkts mit derjenigen aus dem Hauptvertrag zur Deckung zu bringen. Klauseln, die eine **Verschiebung der Abnahme** der Subunternehmerleistungen vorsehen, sind jedoch bedenklich, weil die Abnahme bei Fehlen von Sonderregelungen außer für die Gewährleistungsfrist auch für den Gefahrübergang, die Beweislastverteilung und die Fälligkeit der Vergütung maßgeblich ist. Eine Regelung, durch die die Abnahme der Subunternehmerleistung bis zur Abnahme des Gesamtbauwerks hinausgeschoben wird, ist schon wegen ihrer zeitlichen Unbestimmtheit inakzeptabel¹¹¹. Gleiches gilt für eine Klausel, wonach die Abnahme von einer Terminbestimmung durch den Bauleiter des Auftraggebers abhängig gemacht und eine Abnahme durch Ingebrauchnahme ausgeschlossen wird¹¹²; ebenso wenig kann als Abnahmevoraussetzung verlangt werden, dass der Auftragnehmer Bescheinigungen Dritter (z.B. der Erwerber oder Mieter des Bauwerks) über die Mängelfreiheit beibringt¹¹³. Eine Verschiebung der Abnahme um sechs Monate ist zwar zeitlich bestimmt, aber unangemessen lang¹¹⁴. Eher möglich ist eine über die VOB/B-Regelung hinausgehende **Verlängerung der Gewährleistungsfristen**. Gegen eine formularmäßig vereinbarte Gewährleistungsfrist von fünf Jahren ist – auch bei Aufrechterhaltung der VOB/B-Gewährleistung im Übrigen – nichts einzuwenden¹¹⁵. Bei **Flachdächern**, bei denen sich Mängel erfahrungsgemäß erst sehr spät zeigen, kann sogar eine 10-jährige Gewährleistungsfrist in AGB bestimmt werden¹¹⁶. Problematisch sind demgegenüber Verjährungsregelungen, die eine unmittelbare Verknüpfung von Subunternehmer- und Hauptvertrag beabsichtigen¹¹⁷, da der Lauf der Gewährleistungsfrist des Hauptvertrages für den Subunternehmer schon wegen der möglichen Hemmungs- und Neubeginntatbestände nicht hinreichend kalkulierbar ist. Derartige Bestimmungen lassen sich nur im Wege von Individualabreden verein-

111 BGHZ 107 75 = NJW 1989 1602 (mit Abgrenzung zu BGH BauR 1986 202); BGH NJW 1997 394; OLG Düsseldorf NJR-RR 1994 1298; BauR 1999 497; OLG Celle IBR 1999 366; OLG Stuttgart OLGR 2000 171; LG Nürnberg-Fürth v. 20.9.2000 – 3 O 1214/99; KG BauR 2006 386; vgl. auch *Locher* NJW 1979 2235 (2237).

112 BGHZ 131 392 = NJW 1996 1346; ähnlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1996 146.

113 *Jagenburg* BauR Sonderheft 1/1977 23 und NJW 1979 799; *Korbion/Locher/Sienz* S. 116; vgl. auch BGH NJW-RR 1997 1513 unter III 5: Pflicht zur Übergabe „aller erforderlichen Unterlagen“ als Abnahmevoraussetzung verstößt gegen das Transparenzgebot; ähnlich OLG Rostock OLGR 2006 343.

114 BGHZ 107 75 = NJW 1989 1602; näher *von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 125 f.: höchstens vier bis sechs Wochen akzeptabel.

115 BGHZ 107 75 = NJW 1989 1602; vgl. auch BGH NJW-RR 1986 825 und OLG Düsseldorf NJW-RR 1994 1298 (fünf Jahre und vier Wochen); anders LG Halle BauR 2006 128 bei einer Kombination mit Unterbrechungstatbeständen gemäß der VOB/B.

116 BGHZ 132 383 = NJW 1996 2155; vgl. auch Teil 3, (12) Verjährungsklauseln Rdn. 5.

117 Vgl. etwa OLG München BB 1984 1386: „Die Gewährleistungsansprüche verjähren keinesfalls vor abschließender Regelung der Gewährleistungsansprüche des Bauherrn“; *Vygen/Joussen* Rdn. 734.

baren. Klauseln, die bei jedem Mängelbeseitigungsverlangen einen **Neubeginn der Verjährung** vorsehen und deshalb zu einer unbegrenzt langen Verjährungszeit führen können, scheitern seit Aufhebung des § 225 a.F. zwar nicht mehr an § 134¹¹⁸, wohl aber daran, dass sie den Auftragnehmer i.S.d. § 307 unangemessen benachteiligen. Eine unzulässige **Erweiterung der Gewährleistung** liegt auch vor, wenn sich der Auftraggeber bei Mängeln ein von einer Nachbesserung unabhängiges **Minderungsrecht** einräumt¹¹⁹. Risikoabwälzungs- (näher Rdn. 10) und Ersatzvornahmeklauseln (näher Rdn. 12) können ebenfalls zu einer unangemessenen Abweichung von den gesetzlichen Gewährleistungsregeln führen.

g) Vertragsstrafe

Eine **Vertragsstrafe für Bauzeitüberschreitungen** kann grundsätzlich wirksam in AGB vereinbart werden¹²⁰, allerdings entsprechend § 339 bzw. § 11 Nr. 2 VOB/B nur für den Fall des **Verzuges**¹²¹. Von der Rechtsprechung sind weitere Beschränkungen entwickelt worden, die zum einen die Gesamtsumme der Vertragsstrafe, zum anderen die Höhe des Tagessatzes betreffen. Vertragsstrafeklauseln müssen zunächst eine **summenmäßige Begrenzung** der möglichen Gesamtstrafe enthalten¹²². Der in AGB zulässige Maximalbetrag ist vom BGH am 23.1.2003 auf 5 % der Auftragssumme abgesenkt worden¹²³, nachdem zuvor noch Summen in Höhe von 10 % akzeptiert wurden¹²⁴; der Prozentsatz von 5 % sei in Relation zu den Gewinnspannen im Baugewerbe bereits als erheblich einzustufen und übe hinreichenden Fertigstellungsdruck auf den Unternehmer aus. Eine Differenzierung des Prozentsatzes nach der Höhe der Auftragssumme nimmt der BGH – im Rahmen einer generalisierenden Betrachtung – nicht vor¹²⁵. Für Verträge, die bis zum Bekanntwerden der Entscheidung geschlossen wurden, gewährt der BGH Vertrauensschutz, wenn eine Maximalgrenze von 10 % eingehalten wurde¹²⁶ und die Abrech-

16

118 So noch BGH ZIP 1999 1132 = NJW-RR 1999 1181; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1998 1028.

119 BGH NJW-RR 2004 1022 = BauR 2004 1288; OLG Celle BauR 2003 1050.

120 Zweifelnd allerdings *Peters* JR 2003 466.

121 BGHZ 153 311 = NJW 2003 1805; NJW 1997 135 = BauR 1997 123; NJW-RR 2008 615 Rdn. 10; OLG Hamm NJW-RR 1997 1042; OLG Düsseldorf BauR 2003 94; OLG Köln IBR 2006 247; OLG Celle BauR 2009 113. Nach BGHZ 149 283 = NJW 2002 533 muss sich dies nicht ausdrücklich aus der Klausel ergeben, da bei einem VOB/B-Vertrag ergänzend § 11 Nr. 2 VOB/B heranzuziehen sei; so auch OLG Celle BauR 2003 1413; a.A. insoweit OLG Hamm BauR 1997 663; OLG Oldenburg BauR 2001 812.

122 Grundlegend BGHZ 85 305 = NJW 1983 385; ein Hinweis in einer Fußnote des Vertragsformulars genügt nicht, so BGH BauR 2005 1015.

123 BGHZ 153 311 = NJW 2003 1805 m. Besprechungen von *Peters* JR 2003 466; von *Gehlen* NJW 2003 2961; *Rouquette/Laumann* BauR 2003 1271; *Wolter* BauR 2003 1274; *Frerick* ZfBR 2003 536; *Minuth* NZBau 2003 315; zustimmend OLG Oldenburg BauR 2005 887.

124 BGH NJW 1987 92 = BauR 1987 92; NJW 2000 2106 = BauR 2000 1049; NJW-RR 2001 738 = BauR 2001 791; OLG Celle BauR 2003 1413; vgl. ferner BGH NJW-RR 1988 146 = BauR 1988 86; NJW-RR 1989 527 = ZIP 1989 243 = BauR 1989 327; OLG Köln NJW-RR 1988 654; OLG Hamm NJW-RR 1992 1206; OLG Zweibrücken NJW-RR 1994 1363; OLG Frankfurt CR 1994 355.

125 BGHZ 153 311 = NJW 2003 1805 m.w. Nachw.

126 BGHZ 153 311 = NJW 2003 1805; a.A. (kein Vertrauensschutz) LG Lübeck BauR 2005 439.

nungssumme nicht mehr als 15 Mio. DM betrug¹²⁷. Ferner darf auch der vorgesehene **Tagessatz** einen bestimmten Prozentsatz der Auftragssumme nicht überschreiten, damit die Vertragsstrafe nicht den Bezug zur Höhe des Verzugschadens verliert und dem Unternehmer nicht die Möglichkeit zu einer Reaktion vor Erreichen der Maximalsumme genommen wird; ein Tagessatz von 0,5 % ist überhöht¹²⁸. Die Bezugsgröße für den prozentualen Satz muss in der Klausel eindeutig definiert sein; dies ist bei dem Begriff „Auftragssumme“ nicht in allen Fällen gewährleistet¹²⁹. Für die Überschreitung von **Zwischenfristen** kann eine Vertragsstrafe in AGB nur eingeschränkt vereinbart werden, da die Gefahr besteht, dass eine einzelne Verspätung im Projektverlauf zur Überschreitung mehrerer Fristen und damit einer unangemessen hohen Vertragsstrafe führt¹³⁰; Gleiches gilt für eine auch an den **Arbeitsbeginn** anknüpfende Vertragsstrafe¹³¹. Die Vorschrift des § 341 Abs. 3, wonach sich der Gläubiger die Vertragsstrafe bei Annahme der Leistung **vorbehalten muss**, ist nicht formularmäßig abdingbar¹³²; der Vorbehalt darf aber bis zur Schlusszahlung hinausgeschoben werden¹³³. Unwirksam ist eine Klausel, wonach die verwirkte Vertragsstrafe entgegen §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 nicht auf einen parallel bestehenden **Schadensersatzanspruch anzurechnen** ist¹³⁴. Unzulässig ist es, eine pauschale Vertragsstrafe für den Fall von nachträglichen **Leistungs- oder Kalkulationsänderungen** oder für die unzulässige Beauftragung von **Subunternehmern** vorzusehen¹³⁵. Eine Vertragsstrafe für den Fall des Einsatzes von **Schwarzarbeitern** muss eine Höhenbegrenzung enthalten¹³⁶. Wurde zwischen dem Hauptunternehmer und dem Bauherrn eine unwirksame Vertragsstrafe vereinbart, darf diese nicht formularmäßig auf den Subunternehmer überwältigt werden¹³⁷. Ein ver-

127 BGH BauR 2004 1609 = NJW-RR 2004 2317; a.A. OLG Schleswig BauR 2005 1641 bei einer Kombination mit weiteren bedenklischen Regelungen.

128 BGH NJW 2000 2106 = BauR 2000 1049 – der BGH deutet durch Bezugnahme auf die Entscheidungen NJW-RR 1988 146 = BauR 1988 86 (0,15 %/Tag „verhältnismäßig niedrig“) sowie BGHZ 72 222 und BauR 1976 279 (0,2 bzw. 0,3 %/Tag) an, dass allenfalls Prozentsätze dieser Größenordnungen als akzeptabel angesehen werden; ebenso BGH NJW 2002 2322 = BauR 2002 1086; NJW-RR 2002 806 = BauR 2002 790; NJW-RR 2008 615 Rdn. 8 = BauR 2008 508 („0,3 % für sich genommen nicht unangemessen“).

129 BGH NJW-RR 2008 615 Rdn. 11 = BauR 2008 508.

130 OLG Bremen NJW-RR 1987 468; dazu auch BGH NJW 1999 1108 = BauR 1999 645; OLG Hamm BauR 2000 1202; OLG Koblenz NJW-RR 2000 1042; OLG Thüringen NJW-RR 2002 1178 (jedenfalls unterschiedliche Straf-Prozentsätze für Zwischen- und Endfristen erforderlich); OLG Celle BauR 2005 1780 (der Prozentsatz darf sich danach nicht auf die gesamte Vertragssumme, sondern nur auf den Wert der tatsächlich rückständigen Leistung beziehen); näher: *Kemper* BauR 2001 1015 (1018).

131 OLG Nürnberg MDR 2010 801.

132 BGHZ 85 305 = NJW 1983 385; BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 4; OLG München BB 1984 1386; Gutachten II S. 86.

133 BGHZ 72 222 = NJW 1979 212; NJW-RR 2000 1468 = BauR 2000 1758; *Vygen/Joussen* Rdn. 725; a.A. *Hensen* (9. Aufl.) Anh. §§ 9–11 AGBG Rdn. 727; demgegenüber wird durch die Klausel „die Vertragsstrafe wird der Einfachheit halber von der Schlussrechnung abgezogen“ eine unzulässige Verschiebung über den Zeitpunkt der Schlussrechnung hinaus ermöglicht, da die Formulierung eine spätere Geltendmachung der Vertragsstrafe nicht ausschließt, so BGH BauR 1984 643; *Vygen/Joussen* Rdn. 724.

134 BGH NJW 1985 53; OLG Düsseldorf BauR 2003 94; *Kemper* BauR 2001 1015 (1020).

135 OLG Frankfurt BauR 2003 269 (unter 6. bzw. 10.).

136 OLG Brandenburg BauR 2007 897.

137 OLG Düsseldorf IBR 2005 8, bestätigt durch Nichtannahmebeschluss des BGH.

tragsstrafebewehrtes kurzfristiges **Wettbewerbsverbot** soll zulässig sein¹³⁸. Schadensersatzforderungen oder Vertragsstrafen zum Zwecke der Vermeidung **wettbewerbsbeschränkender Absprachen** werden bei § 309 Nr. 6 Rdn. 38 behandelt.

h) Zahlungs- und Sicherungsklauseln

Klauseln über **Vergütungsausschlüsse für Neben- und Zusatzleistungen** werden in Rdn. 11 besprochen. Der Hauptunternehmer darf das ihn treffende **Risiko, vom Auftraggeber keine Vergütung zu erhalten**, nicht an den Subunternehmer weitergeben. Beide Vertragsbeziehungen sind rechtlich selbständig; die Gefahren dürfen nicht beim Subunternehmer kumuliert werden¹³⁹. Unzulässig ist deshalb eine Klausel, nach der die Zahlung an den Subunternehmer davon abhängig gemacht wird, dass der Bauherr den auf den Subunternehmer entfallenden Teil der Vergütung aus dem Hauptvertrag bezahlt¹⁴⁰; zwischen Abschlags- und Schlusszahlungen ist dabei nicht zu unterscheiden¹⁴¹. Eine entsprechende Wirkung darf auch nicht mit Hilfe von **Abnahmeklauseln** erzeugt werden (dazu oben Rdn. 15). Auch sonstige Regelungen, die zu einer **unberechtigten Zahlungsverzögerung** führen, verstoßen gegen § 307. Dies gilt etwa für eine Klausel, mit der sich der Verwender für die **Prüfung der Schlussrechnung** einen Zeitraum von drei Monaten zubilligt und der Anspruch aus der Schlussrechnung erst einen Monat nach Prüfungsende fällig werden soll¹⁴². Die Zahlung des Restwerklohns kann auch dann nicht wirksam auf einen Zeitpunkt nach Prüfung der Schlussrechnung festgelegt werden, wenn diese Prüfung zeitlich im Belieben des Verwenders steht¹⁴³. Der Verwender darf den Auftragnehmer mit **Einwendungen gegen die Schlussrechnungsprüfung** nicht unangemessen beschneiden¹⁴⁴ und **Nachforderungen** nicht ausschließen¹⁴⁵. Einen **Skontoeinbehalt** kann sich der Verwender nicht wirksam dadurch sichern, dass die Zahlungsfrist während der – zeitlich nicht maßvoll begrenzten – Prüfung der Schlussrechnung nicht läuft¹⁴⁶. Warum eine Skontoklausel intransparent sein soll, wenn der Abzug für jede termingerechte Abschlags- oder Schlusszahlung ausbedungen wird¹⁴⁷, leuchtet dagegen nicht

17

138 OLG Köln OLGR 1998 401; vgl. jedoch Hans. OLG Hamburg IBR 2005 3 (Verstoß eines unbefristeten Wettbewerbsverbots gegen § 305c).

139 Vgl. auch von Westphalen/Motzke Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 147 ff.; Vygen/Joussen Rdn. 742.

140 BGH NJW-RR 1996 1009 = ZIP 1996 1347 unter III 2; ebenso LG München AGBE III 229 bzgl. der Klausel: „Hält der Bauherr widerrechtlich seine Zahlungen zurück, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer eine entsprechende Anpassung der Fälligkeiten verlangen“; vgl. auch LG Magdeburg v. 15.6.1999 – 9 O 3925/98; OLG Koblenz BauR 2004 1832.

141 Von Westphalen/Motzke Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 149.

142 OLG München NJW-RR 1990 1358; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 2006 271 (90 Tage Zahlungsfrist).

143 Vgl. – mit anderer Begründung – OLG Karlsruhe NJW-RR 1993 1435 = MDR 1993 841.

144 Etwa OLG München NJW-RR 1990 1358: Einwendungsausschluss 14 Tage nach Erhalt des Ergebnisses der Schlussrechnungsprüfung.

145 BGHZ 107 205 = NJW 1989 2124; BGH NJW-RR 1997 1513 unter I 18; OLG Celle BauR 2008 100.

146 LG Berlin BauR 1986 700; OLG Frankfurt NJW-RR 1988 1485; OLG Saarbrücken v. 8.12.2009 – 4 U 311/09; ähnlich LG München BauR 2007 1457.

147 BGH NJW 1996 1346.

recht ein¹⁴⁸. Klauseln, wonach **Zahlungsverzug** erst einen Monat nach Eingang von (Zwischen-)Rechnungen eintritt, sind unwirksam¹⁴⁹. Dass **überzahlte Beträge** vom Empfang an zu verzinsen sein sollen, entspricht der für den Vergütungsanspruch gegen den Besteller geltenden Regelung in § 641 Abs. 4 und dürfte deshalb entgegen der Auffassung des BGH¹⁵⁰ als vertretbar einzustufen sein. Ein **Abtretungsverbot** hinsichtlich der Werklohnforderung kann jenseits des § 354a HGB grundsätzlich wirksam formularmäßig vereinbart werden¹⁵¹; enthält es einen Zustimmungsvorbehalt, darf der Verwender die Zustimmung später nicht unbillig verweigern¹⁵². Für **Aufrechnungsverbote** gilt – auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr – § 309 Nr. 3 entsprechend¹⁵³.

- 18 Die dem Unternehmer zustehenden gesetzlichen Sicherungsmöglichkeiten für seine Forderungen (**Unternehmerpfandrecht** und **Sicherungshypothek**, §§ 647, 648) dürfen ihm nicht ohne einen vollwertigen Ausgleich – z.B. in Form einer Bankbürgschaft oder der Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren – entzogen werden¹⁵⁴. Subunternehmer, denen der Anspruch aus § 648 mangels Eigentümerstellung des Hauptunternehmers i.d.R. nicht zusteht, werden durch § 648a geschützt; auch dies ist nicht formularmäßig abdingbar¹⁵⁵. Der **Auftraggeber** darf sich in seinen AGB wegen seiner **Gewährleistungsansprüche** keine zinslose Barsicherheit in Höhe von 5 % der Auftragssumme für die Dauer der Gewährleistungszeit vorbehalten¹⁵⁶. Hierdurch wird nämlich dem Auftragnehmer – bei gleichzeitigem Ausschluss der an sich in § 17 VOB/B für den Auftragnehmer vorgesehenen Ablösungsmöglichkeiten – ohne angemessenen Grund die Liquidität und Verzinsung des entsprechenden Werklohnanteils vorbehalten; zudem wird er insoweit mit dem Insolvenzrisiko des Verwenders belastet. Auch für die Dauer von einem Jahr nach baupolizeilicher Gebrauchsabnahme bei Fehlen von Mängelrügen kann ein solcher Sicherheitseinbehalt nicht wirksam ausbedungen werden¹⁵⁷. Z.T. wird auf § 9 Nr. 8 VOB/A 2009 als Grenze für zulässige Gewährleistungseinbehalte verwiesen¹⁵⁸, der dort genannte Prozentsatz von 3 % ist bei Ausschluss der Rechte des Auftragnehmers aus § 17 VOB/B jedoch ebenfalls nicht akzeptabel¹⁵⁹. Für Erfül-

148 Siehe auch OLG Saarbrücken NJW 2010 880 (keine Intransparenz einer Regelung, die für den Beginn der Skontofrist auf den Erhalt einer „prüffähigen“ Rechnung abstellt).

149 OLG München NJW-RR 1989 276.

150 BGHZ 102 41 = NJW 1988 258.

151 BGH NJW 2006 3486 Rdn. 14.

152 BGH ZIP 2000 78 = NJW-RR 2000 1220 m.w. Nachw.

153 OLG Koblenz IBR 2008 322 m.w. Nachw.; vgl. auch BGHZ 163 274 = NJW 2005 2771; OLG Frankfurt OLGR 2008 665.

154 BGHZ 91 139 = NJW 1984 2100.

155 *Von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 158.

156 BGHZ 136 27 = NJW 1997 2598; BGHZ 157 29 = NJW 2004 443 = BauR 2004 325; BGH BauR 2006 106; OLG München BauR 1995 859 und NJW-RR 1992 218.

157 OLG Zweibrücken NJW-RR 1994 1363; vgl. auch OLG Karlsruhe BauR 1989 203 = BB 1989 1643 (Einbehalt i.H.v. 5 % für die Dauer von zwei Jahren); ähnlich OLG Rostock BauR 2005 1037.

158 OLG Hamm v. 2.2.2007 – 26 U 91/06; *von Westphalen/Motzke* Vertragsrecht (Subunternehmervertrag) Rdn. 165; *Siegburg* EWIR 1997 1149.

159 So BGH IBR 2002 663 – Nichtannahmebeschluss zu OLG München BauR 2002 1110 (unzulässige Beschränkung der Ablösungsmöglichkeiten auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern bei einem für die Dauer von zwei Jahren zu stellenden Einbehalt von 3 %); dazu *Kuffer* BauR 2003 155 (159).

lungsbürgschaften gelten höhere Prozentsätze¹⁶⁰. Gegenstand vieler BGH-Entscheidungen der letzten Jahre war die Frage, wie eine die **Ablösung eines Gewährleistungseinhalts ermöglichende Bürgschaft** ohne Verstoß der Gesamtklausel gegen § 307 ausgestaltet werden kann bzw. welche Anforderungen an **Vertragserfüllungsbürgschaften** zu stellen sind. Der BGH differenziert dabei grundsätzlich nicht zwischen diesen unterschiedlichen Bürgschaftszwecken¹⁶¹; anders behandelt wird lediglich die – von der Erfüllungsbürgschaft allerdings schwer abzugrenzende – **Vorauszahlungsbürgschaft**¹⁶². Bei der Bürgschaft zur Ablösung des Gewährleistungseinhalts und der Vertragserfüllungsbürgschaft ist es nicht ausreichend, wenn dem Auftragnehmer nur die Möglichkeit zur Stellung einer **Bürgschaft auf erstes Anfordern** verbleibt¹⁶³ oder der Auftragnehmer hierzu sogar verpflichtet wird¹⁶⁴. Eine Bürgschaft auf erstes Anfordern bietet dem Unternehmer nämlich keine Sicherheit vor einer unberechtigten Inanspruchnahme seitens des Auftraggebers, dies insbesondere bei Insolvenznähe; zudem wird der Auftragnehmer mit Avalzinsen belastet. Die Unwirksamkeit entsprechender Klauseln wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Sicherheit auf ein **Verwahrkonto** des öffentlichen Auftraggebers zu nehmen ist¹⁶⁵ oder der Auftragnehmer ihre **Hinterlegung** verlangen kann¹⁶⁶. Unwirksam sind solche Klauseln auch dann, wenn sie die Gestellung einer Bürgschaft unter Verzicht auf die **Einreden gemäß § 768** (aus dem Hauptschuldverhältnis) fordern¹⁶⁷ oder die Einrede der Aufrechenbarkeit (§ 770 Abs. 2) auch mit Blick auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen ausschließen¹⁶⁸. Akzeptabel ist demgegenüber die Vereinbarung einer **selbstschuldnerischen Bürgschaft**¹⁶⁹, sofern deren Ablösungswirkung bei der Gewährleistungsbürgschaft nicht zusätzlich davon abhän-

160 OLG München BauR 2010 1230 (10 % akzeptabel).

161 BGH BauR 2004 500; BGHZ 151 229; BGHZ 150 299; OLG Dresden BauR 2003 255 m.w. Nachw.; a.A. OLG Stuttgart NJW-RR 2000 546; OLG Jena NZBau 2001 687; vgl. auch Karst NJW 2004 2059.

162 Für die Zulässigkeit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern insoweit BGHZ 148 283 = NJW 2002 3549; OLG Frankfurt BauR 2008 1165 und OLG Frankfurt v. 14.2.2008 – 23 U 51/07; OLG Düsseldorf IBR 2008 268; a.A. Oberhauser BrBp 2004 47; vgl. auch OLG Düsseldorf BauR 2004 1319: Keine Bürgschaft auf erstes Anfordern bei einer Mischform von Vorauszahlungs- und Vertragserfüllungsbürgschaft.

163 BGHZ 136 27 = NJW 1997 2598; BGHZ 147 99 = NJW 2001 1857; BGH NJW-RR 2002 1311 = WM 2002 1508; BGHZ 157 29 = NJW 2004 443 = BauR 2004 325; ZIP 2005 1604; OLG München BauR 1995 859 und NJW-RR 1992 218; LG München BauR 2004 382; vgl. auch BGH NJW 2000 1863 = BauR 2000 1052 bzgl. einer als intransparent beurteilten Klausel über die Ablösung durch eine Bürgschaft „nach dem Muster des Auftraggebers“.

164 BGHZ 150 299 = NJW 2002 2388.

165 BGH NJW-RR 2006 389 Rdn. 15 = BauR 2006 374; a.A. OLG Frankfurt BauR 2004 1787.

166 BGH BauR 2007 1319 Rdn. 7 = BauR 2007 1575; BauR 2008 995 Rdn. 5 = NJW-RR 2008 830.

167 BGHZ 181 278 = NJW 2009 3422 Rdn. 22; OLG Köln NJW-RR 2008 1340; OLG München BauR 2010 787; a.A. KG BauR 2008 1353.

168 OLG Jena MDR 2010 259.

169 BGH ZIP 2004 667 = BauR 2004 841; NJW 2010 2272 Rdn. 22; vgl. auch BGH NJW-RR 2000 1331 = BauR 2000 1498 bzgl. einer (nicht näher spezifizierten) Vertragserfüllungsbürgschaft; OLG Celle BauR 2010 91.

Abschnitt 1

Ansprüche bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen

§ 1

Unterlassungs- und Widerrufsanspruch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.

I. Einleitung

1. Überblick	1
2. Verhältnis zu § 8 UWG	2
3. EU-Recht	3

II. Inhalt der Vorschrift

1. Voraussetzungen der Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf	
a) Bestimmungen in AGB	4
b) Unwirksamkeit der AGB-Bestimmungen	
aa) Unwirksamkeit „nach den §§ 307 bis 309“	6
bb) Unwirksamkeit nach allgemeinem zwingendem Recht	10
c) Verhältnis zu den §§ 305 Abs. 2, 305b und 305c BGB	13
aa) § 305 Abs. 2 BGB	14
bb) § 305b BGB	15
cc) § 305c Abs. 1 BGB	16
dd) § 305c Abs. 2 BGB	17
d) Keine ergänzende Vertragsauslegung	18

e) Auslegungsmaßstab	19
f) Unwirksamkeit teilbarer Klauseln	21
g) Ergänzungsbedürftige Klauseln	22
h) Analoge Anwendung bei Einbeziehung gemäß § 203 Abs. 3 VVG	23
i) „Verwendung“ von AGB-Bestimmungen	24
j) „Empfehlung“ von AGB-Bestimmungen	27
2. Anspruch auf Unterlassung und Widerruf	
a) Rechtsnatur	32
b) Inhalt des Anspruchs auf Unterlassung	34
c) Wiederholungsgefahr	37
d) Anspruch auf Widerruf der Empfehlung	40
3. Verjährung des Anspruchs	41
4. Rechtsschutzbedürfnis für die Kontrollklage/Verwirkung	42
5. Verhältnis zum Individualprozess	44

Stichwortverzeichnis

Abreißblock	30	Beweislast	16, 25
AGG	12	Drittbedingungen	26
Altverträge	33	Empfehlung	27
Ankreuzkästchen	22	Entwürfe von Verträgen	31
Aufbrauchfrist	34	Folgebeseitigungsanspruch	35
Auslegungsmaßstab	19	Formularbücher	29
Auslegungszweifel	17	Grundrechte des Verbandes	33
Behörden als Empfehler	28		
Bestätigungsklausel	14		
Bestimmungen in AGB	4		

Handschriftliche AGB	4	Teilbare Klauseln	21
Konditionenempfehlungen	28	Transparenzgebot	9
Körperschaften des öffentlichen Rechts	19	Überraschende Klausel	16
Krankenversicherungsverträge	23	Unterlassungsanspruch	32
Kundenfeindlichste Auslegung	19	Unterlassungsverpflichtung	34
Leerraum in Klauseln	22	Unverständliche Klauseln	20
Mehrfachverfolgung	42	Unwirksamkeit nach §§ 307–309 BGB .	6
Mustermietvertrag	28	UWG	2
Notare	31	Verjährung	41
Rechtsnatur des Unterlassungs-		Verleger	29
anspruchs	32	Vertreter als Verwender	25
Rechtsschutzbedürfnis	42	Verwenderbegriff	24
Rückwirkung	34	Verwendung von AGB	24
Schriftformklausel	15	Verwirkung	42
Sichberufen	34	VOB/B	28
Summierungseffekt	6	Wettbewerbshandlungen	2
		Widerruf der Empfehlung	40
		Wiederholungsgefahr	37
		Wissenschaftliche Veröffentlichungen .	31
		Zwingendes Recht	10

Schrifttum: *Basedow* Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB, AcP 182 1982 335; *Thomas Becker* Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz, Diss. Heidelberg 1986; *Bohle/Micklitz* Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz im nichtkaufmännischen Bereich, BB 1983 Beil. 11; *Bunte* Verfahrensrechtliche Fragen der AGB-Kontrollklage, DB 1980 481; *Creutzig* Recht des Autokaufs, 4. Aufl. 1999; *Fehl* Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1979, dazu *Gottwald* JZ 1981 112; *Gebauer/Wiedmann/Nassall* Das Unterlassungsklagengesetz, in *Gebauer/Wiedmann* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischen Einfluss, 2005, S. 1045 ff.; *Göbel* Prozesszweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozess, 1980; *Greger* Neue Regeln für die Verbandsklage im Verbraucherschutz- und Wettbewerbsprozess, NJW 2000 2457; *Halfmeier* Popularklagen im Privatrecht, 2006; *Hensen* Zur Einbeziehung von AGB in den Vertrag, ZIP 1984 147; *Hopt/Baetge* Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage – in *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge* (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 66, 1999, S. 11; *Köhler* Konkurrentenklage gegen die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 2008 177; *Köhler* Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz im Binnenmarkt, 2008; *Lindacher* AGB-Verbandsklage und Rechtsschutzsystem, in FS Deutsche Richterakademie, 1983, S. 209; *Lindacher* Zur „Sonderprozessrechtsnatur“ der lauterkeitsrechtlichen Verbands- und Konkurrentenklage sowie der Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz, ZZP 103 1990 397; *Micklitz* Verbandsklage und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, ZIP 1998 937; *Micklitz/Reich* Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie, BB 1999 2093; *Reich/Vergau* Zur Verjährung von Verbandsklagen gegen Verwender und Empfehler von AGB, in FS Heinrichs, 1998, S. 411; *Reinel* Die Verbandsklage nach dem AGBG, 1979, dazu *Hensen* ZHR 145 1981 88; *Säcker* Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts, 2006; *Schirmers* Konditionenempfehlungen, kartellrechtliche Kontrolle und AGB-Gesetz, Diss. Passau, 1983; *E. Schmidt* Richteramt und Parteilasten bei der Verbandsklage nach dem deutschen AGB-Gesetz, in FS M. Keller, 1989, S. 661; *E. Schmidt* Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz, NJW 1989 1192;

E. Schmidt Die AGB-Verbandsklagebefugnis und das zivilistische Anspruchsdenken, ZIP 1991 629; *E. Schmidt* Verbraucherschützende Verbandsklagen, NJW 2002 25; *H. Schmidt* Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Heidelberg 1986; *Schröder* Zur Empfehlereigenschaft des DVA, NZBau 2008 345; *Seifert* Die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B unter Beschuss, NZBau 2007 563; *Sieg* Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf Justiz und Verwaltung im Bereich der Privatversicherung, VersR 1977 489; *Stillner* Praktische Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz, ZVP 1980 142; *Thüsing/Burg* Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände nach § 23 AGG, ZTR 2007 71; *Tilman* Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts, ZHR 142 1978 52; *Ullmann* Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003 817; *Ulmer* Notarielle Vertragsmuster und AGB-Inhaltskontrolle, DNotZ 1981 84; *Ulmer* Zur Anpassung des AGB-Gesetzes über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993 337; *Wandt* Die Kontrolle handschriftlicher AGB im Verbandsklageverfahren nach § 13 AGBG, VersR 1999 917; *Woitkewitsch* Konkurrentenabmahnung wegen fehlerhafter AGB, GRUR-RR 2007 257.

I. Einleitung

1. Überblick

- 1 § 1 i.V.m. § 3 enthält bereits den Kern der Regelung des UKlaG: Verbänden wird ein **Anspruch auf Unterlassung und ggf. auf Widerruf** gegen Verwender und Empfänger unwirksamer AGB verliehen. Es handelt sich hierbei um materiell-rechtliche Normen. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung dieses Anspruchs regeln die §§ 5 ff. Das Zusammenspiel dieser Normen soll die nach materiellem Recht bestehende **Unwirksamkeit** von AGB **nach außen hin durchsetzen** und die Störung des Rechtsverkehrs durch den Gebrauch unzulässiger Klauseln beseitigen. **Schutzobjekt** in diesem Klageverfahren ist also nicht der einzelne Kunde des Verwenders, sondern der **Rechtsverkehr**, der allgemein von der Verwendung unzulässiger Klauseln freigehalten werden soll¹. Der Gesetzgeber hat sich demgemäß bemüht, den im Kontrollverfahren ergehenden Entscheidungen eine starke Breitenwirkung zu vermitteln, wie die §§ 7, 11 zeigen.

2. Verhältnis zu § 8 UWG

- 2 Während die allein den Verbänden zustehende Kontrollklage des § 1 der Reinhaltung des Rechtsverkehrs von der Verwendung unwirksamer AGB dient, zielt die auch dem *einzelnen* Mitbewerber an die Hand gegebene Unterlassungsklage des § 8 UWG auf den **Schutz vor Wettbewerbshandlungen**, die gegen die guten Sitten verstoßen (§§ 1, 3 UWG). Beide Zielrichtungen führen nur zu Randberührungen des AGB-Rechts mit dem UWG. Denn unmittelbar zu Zwecken des Wettbewerbs werden unzulässige Klauseln naturgemäß nicht präsentiert. Wer seine Verträge mit **unwirksamen AGB** unterlegt, die ihm unbillige Rechtsvorteile gegenüber seinen Vertragspartnern verschaffen sollen, kann jedoch wettebe-

¹ BGH NJW 1981 979 (980); NJW 1983 1320; BGHZ 92 24 = NJW 1984 2468; BGHZ 100 158 = NJW 1987 1931; NJW 1989 582 (583); BGHZ 109 29 = NJW 1990 317; BGHZ 127 35 = NJW 1994 2693.

werblich unlauter handeln, weil er sich gegenüber den rechtstreuen potentiellen Wettbewerbern einen Vorsprung auf dem Markt sichern will². Das beispielweise in einem **Sparkontovertrag** vorformulierte **Einverständnis** des Kunden mit dem **Telefonanruf** eines Bankangestellten, der bei einem Hausbesuch einen Versicherungsvertrag abschließen möchte, verstößt gegen § 1 UWG³ und gegen § 307 BGB. **Es kommt hier stets auf die einzelne Klausel** und ihre Wirkung auf den Wettbewerb **an**. Die angegriffene Klausel muss eine sog. Marktverhaltensregel i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG darstellen, um einen Anspruch nach § 8 UWG begründen zu können. Dabei handelt es sich bei den §§ 307–309 BGB selbst nicht um solche Marktverhaltensregeln. Es kommt vielmehr auf die gesetzliche Grundregel, von der mit den AGB abgewichen werden soll, an⁴. § 1 verdrängt insofern nicht § 8 UWG als abschließende Sonderregelung⁵.

3. EU-Recht

Es kann auf die Ausführungen unter Vorb. v. § 1 UKlaG Rdn. 5 f. verwiesen 3 werden. Aus **Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 der Klauselrichtlinie**⁶ folgt, dass der Gesetzgeber einen kollektiven Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen hat, der die Möglichkeit der gerichtlichen Anrufung durch Verbraucherschutzverbände zur angemessenen und wirksamen Verhinderung der Verwendung oder Empfehlung unwirksamer AGB beinhalten muss.

II. Inhalt der Vorschrift

1. Voraussetzungen der Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf

a) Bestimmungen in AGB

Der Unterlassungsanspruch wie der Widerrufsanspruch nach § 1 setzen Bestim- 4 mungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraus. Damit ist gesagt, dass **einzelne Bestimmungen** der AGB die Ansprüche auf Unterlassung und Widerruf begründen können, nicht etwa nur die **gesamten** AGB⁷. Das Gesetz formuliert ohne Absicht unterschiedlich. Während § 1 von unwirksamen Bestimmungen in AGB spricht, ist seltener von Vereinbarungen die Rede (z.B. § 308 Nr. 3 BGB) und schlichtweg von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (so in § 305 Abs. 2 BGB).

² Siehe auch Art. 7 Abs. 1 Klauselrichtlinie: „gewerbetreibende Wettbewerber“.

³ OLG Stuttgart BB **1997** 2181.

⁴ OLG Köln NJW **2007** 3647; OLG Hamburg GRUR-RR **2007** 287 (288 f.); a.A. OLG Hamm v. 30.3.2006 – 4 U 3/06 – juris –; KG NJW **2007** 2266 (2267); *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 14; *Köhler* NJW **2008** 177 ff. mit der Konsequenz, dass über § 8 UWG generell die Wirksamkeit der gesamten AGB anhand der §§ 307–309 BGB überprüft werden kann. Ähnlich *Woitkewitsch* GRUR-RR **2007** 257 ff.

⁵ KG MMR **2005** 466 f.; OLG Thüringen GRUR-RR **2006** 283; OLG Hamm v. 30.3.2006 – 4 U 3/06 – juris – Rdn. 10; OLG Köln NJW **2007** 3647; KG NJW **2007** 2266 (2267); KG GRUR-RR **2008** 308 (309); *Köhler* GRUR **2004** 381 (387); MünchKommZPO/*Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 58; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 2; a.A. *Ullmann* GRUR **2003** 817 (823 FN 59).

⁶ RL 93/13/EWG, ABl. EG Nr. L 95 v. 21.4.1993, S. 29 ff.

⁷ Zu den Besonderheiten der VOB/B siehe BGH ZIP **2008** 1729.

Gemeint sind stets vorformulierte Vertragsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie werden gemeinhin als „Klauseln“ bezeichnet⁸, obschon nicht die ganze Klausel Kontrollgegenstand sein muss. Die Abgrenzung von einer allgemeinen Vertragsbedingung, die dem Kontrollverfahren zugänglich ist, und einer **unverbindlichen** und damit dem Kontrollverfahren nicht zugänglichen **Bitte, Empfehlung, Hinweis oder Werbeaussage** beurteilt sich anhand des objektiven Empfängerhorizontes im jeweiligen Einzelfall (siehe auch § 305 BGB Rdn. 11a). So hat der BGH den Hinweis in einem Katalog, „Änderungen und Irrtümer vorbehalten“ und „Abbildungen ähnlich“ nicht als AGB qualifiziert und daher die Verbandsklage abgewiesen⁹. Ausreichend sind auch Scheinbedingungen, wenn der Text den Eindruck eines Vertragsschlusses unter Einbeziehung der im Text angeführten Klauseln erweckt¹⁰. Dies ist z.B. bei „Servicebedingungen“ auf einer Internetseite der Fall, die für jeden Fall des Seitenaufrufs Geltung beanspruchen¹¹. Dem Verfahren nach § 1 unterliegen **auch die von Aufsichtsämtern genehmigten AGB**, was sich aus § 8 Abs. 2 ergibt (zum materiellen Recht siehe § 305 BGB Rdn. 10)¹². Andersherum beschneidet die Möglichkeit der Verbandsklage nach § 1 nicht aufsichtsbehördliche Maßnahmen nach anderen Gesetzen¹³. Da es für den AGB-Charakter der Klauseln nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht darauf ankommt, in welcher Schriftart diese verfasst sind, können auch **handschriftliche AGB** – insbesondere auch handschriftliche Einfügungen in Leerstellen – Gegenstand der Kontrollklage sein (zum materiellen Recht siehe § 305 BGB Rdn. 56)¹⁴. Auch soweit der **Umgehungstatbestand des § 306a BGB** vorliegt, ist der Anwendungsbereich des § 1 eröffnet (siehe auch § 306a BGB Rdn. 3 ff.)¹⁵. Keine Anwendung findet § 1, soweit es um **vorformulierte Vertragsbestimmungen geht, die nur zur einmaligen Verwendung** vorgesehen sind. Denn Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB setzen die Vorformulierung zur Verwendung für eine Vielzahl von Verträgen voraus. Dass **§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB** diese Klauseln in Verbraucherverträgen dennoch der Kontrolle nach den §§ 307 ff. BGB unterwirft, **führt zu keinem anderen Ergebnis**. Denn die Regelung in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB ordnet nur eine materielle Inhaltskontrolle dieser Klauseln an, ändert aber nichts an der für die Anwendung des § 1 fehlenden Eigenschaft dieser Klauseln als AGB (siehe auch § 310 BGB Rdn. 79)¹⁶. Dies ist auch mit **Art. 7 Abs. 2 der Klauselrichtlinie** vereinbar, denn dort ist im Gegensatz zur allgemeinen Definition von missbräuchlichen Klauseln in Art. 3 der Klauselrichtlinie einschränkend ausgeführt, dass sich die den Verbänden zur Verfügung zu stellenden Mittel nur auf missbräuchliche Vertragsklauseln, die „im Hinblick auf eine allgemeine

8 Zust. OLG Köln WM 2002 853.

9 BGH GRUR 2009 506 Rdn. 11.

10 Prütting/Gehrlein/Halfmeiner ZPO, 2. Aufl. 2010, § 1 UKlaG Rdn. 3.

11 LG Hamburg CR 2010 53 (55).

12 LG Heilbronn WM 2009 603 (604); Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 2; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 4.

13 Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 1.

14 BGHZ 141 108 = NJW 1999 2180; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 2. Siehe auch Wandt VersR 1999 917.

15 BGH NJW 2005 1645 für bankinterne Anweisung anstatt AGB; Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 4; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 6.

16 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 3; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 7; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 2.

Verwendung abgefasst wurden“, erstrecken müssen. Hieran fehlt es aber gerade bei Klauseln i.S.d. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB¹⁷.

Soweit § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB **Verträge auf dem Gebiet des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts sowie Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen** generell von der Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB ausnimmt, bleibt auch kein Raum für Unterlassungs- oder Widerrufsansprüche nach § 1 (siehe zum materiellen Recht § 310 BGB Rdn. 108 ff.)¹⁸. Soweit es Arbeitsverträge betrifft, bleiben nach dieser Norm die §§ 305 ff. BGB zwar im Grundsatz anwendbar. § 15 schließt jedoch die Anwendung des UKlaG auf Arbeitsverträge aus¹⁹. Auch dies ist mit der Klauselrichtlinie vereinbar, weil diese im 10. Erwägungsgrund die in § 310 Abs. 4 BGB genannten Rechtsgebiete von ihrem Anwendungsbereich ausschließt.

b) Unwirksamkeit der AGB-Bestimmungen

aa) Unwirksamkeit „nach den §§ 307 bis 309“

Anders als im Individualprozess ist die bloße **Existenz der Klausel** – unabhängig davon, ob sie überhaupt wirksam vereinbart worden ist oder werden kann – der **Störfaktor**, der mit der Verbandsklage beseitigt werden soll. § 1 gibt einen Anspruch auf Unterlassung und Widerruf von AGB, „**die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs**“ **unwirksam sind**. Diese Formulierung ist in unschädlicher Weise verkürzt; sie wird richtigerweise dahin verstanden, dass die AGB, gemessen an §§ 307 bis 309 BGB, unwirksam sein müssen²⁰. In § 1 ist mitgedacht, dass die Inhaltskontrolle nur **in den Schranken des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB** auszuüben ist, der auch im Verfahren nach § 1 gilt (siehe auch § 307 BGB Rdn. 14 ff.)²¹. Deshalb ist z.B. eine Verbandsklage gegen eine neue Provisionsregelung für Handelsvertreter nicht möglich²². Ebenso sind bei der Kontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB selbstverständlich die Bestimmungen des **§ 310 Abs. 1 und 2 BGB** zu beachten²³. Soweit sich hieraus ein **eingeschränkter Prüfungsmaßstab** ergibt, ist dieser auch im Rahmen des § 1 zu beachten (vgl. hierzu § 310 BGB Rdn. 4 ff. und 96 ff.)²⁴. Ansonsten aber ist – dem Wesen der abstrakten Inhaltskontrolle entsprechend – die einzelne Klausel mit ihrem vom Verwender gewählten Wortlaut **grundsätzlich isoliert** anhand des Rasters der §§ 307 bis 309 BGB zu prüfen²⁵. Auch wenn das Klauselwerk nicht als Ganzes auf dem Prüf-

17 Köhler Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage, S. 49; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 2; *Ulmer EuZW* 1993 337 (346); *a.A. Nassall* in Gebauer/Wiedmann, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, S. 1056 Rdn. 22 f.

18 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 4; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 2; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 2; *Stoffels* Rdn. 1114.

19 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 4.

20 Hierauf weist auch *MünchKommZPO/Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 1 zu Recht hin.

21 BGHZ 91 55 = NJW 1984 2161, § 8 AGBG betreffend; NJW 2003 290 Rdn. 30; NJW 2009 2051 Rdn. 16 f.; *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 6; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 6; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 12; *Stoffels* Rdn. 1125; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 9.

22 BGH NJW 1982 765; BGHZ 116 1 = NJW 1992 179 unter II 4.

23 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 4.

24 *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 2.

25 BGHZ 101 307 = NJW 1987 2818 m. insoweit abl. Anm. *M. Wolf* JZ 1987 1129. Zuletzt BGH NJW 1997 1068 unter II 2.

stand steht, so schließt die isolierte Prüfung der Klausel selbstverständlich ein, dass – wie schon § 8 Abs. 1 Nr. 2 zeigt – der **Vertragstyp**²⁶, aber auch die jeweilige Fallgruppe innerhalb des Vertragstyps zu berücksichtigen sind, dass zudem eine Klausel in **innerer Abhängigkeit** zu einer anderen stehen kann und das **Zusammenwirken** anderer AGB mit der beanstandeten Klausel ein Unwerturteil über diese nicht mehr zulässt (vgl. hierzu § 307 BGB Rdn. 116 ff., 144 ff., 155 ff.)²⁷. Auf der anderen Seite kann sich aber durch das Ineingangreifen zweier für sich genommen wirksamer Klauseln ein zur Unwirksamkeit der Klauselkombination führender **Summierungseffekt** ergeben (vgl. § 307 BGB Rdn. 155 ff.). Ein solches Benachteiligungspotential hat der BGH im Zusammenspiel der die Pflicht zur Vorleistung des Mietzinses bestimmenden Klausel mit dem üblichen Aufrechnungsverbot in Wohnraummietverträgen gesehen²⁸, außerdem im Zusammentreffen zweier Klauseln, die sich mit der Pflicht des Mieters zur Durchführung von Renovierungsarbeiten befassen (vgl. näher Teil 2, (22) Mietverträge Rdn. 10 ff.)²⁹. Schließlich kommt es häufig vor, dass eine **äußere Teilbarkeit** besteht, obwohl es sich eigentlich um eine Klausel handelt, weil ein einziger Regelungskomplex in mehrere Klauseln zergliedert worden ist, wie das häufig zum Regelungskomplex Mängelhaftung der Fall ist (vgl. auch § 306 BGB Rdn. 12 ff.)³⁰. Auch soweit es um das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelte **Transparenzgebot** oder um die **Unangemessenheit einer überraschenden Klausel** nach § 307 BGB geht, muss die einzelne Regelung im Gesamtzusammenhang mit den übrigen Bestimmungen der AGB gesehen werden³¹.

- 7 Auf die den **Vertragsabschluss begleitenden Umstände** i.S.d. § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB (vgl. hierzu § 310 BGB Rdn. 93) kommt es im abstrakten Kontrollverfahren nicht an, weil dies mit dem Wesen der abstrakten Klauselkontrolle nicht zu vereinbaren ist³². Dies entspricht auch den **europarechtlichen Vorgaben**. Zwar fordert **Art. 4 der Klauselrichtlinie** bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit auch die Berücksichtigung der den Vertragsschluss begleitenden Umstände. Dies gilt nach dem Wortlaut des Art. 4 der Klauselrichtlinie allerdings nicht für das in Art. 7 der Klauselrichtlinie vorgesehene Verbandskontrollverfahren.
- 8 Soweit die Unangemessenheit einer Klausel auf ein Abweichen von einem **wesentlichen Grundgedanken** einer gesetzlichen Regelung gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützt wird, kommt es (auch) im Verbandsklageverfahren nicht darauf an, **ob sich dieser gesetzliche Grundgedanke aus einer verbraucherschützenden Norm ergibt** (vgl. auch § 307 BGB Rdn. 26)³³. So kann ein Verband insbesondere über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Abweichen der AGB von den **datenschutzrecht-**

26 BGHZ 139 190 = NJW 1998 3119.

27 BGHZ 106 259 = NJW 1989 582; NJW 1990 761 unter II 2 b bb; BGHZ 116 1 = NJW 1992 179.

28 BGHZ 127 245 = NJW 1995 254.

29 BGH NJW 2003 2234 und 3192.

30 BGH NJW-RR 1990 1141 (Gewährleistungsregelung eines Möbelhändlers).

31 *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 5.

32 BGH NJW 1997 1068 unter II 2; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 4; *Stoffels* Rdn. 1126; a.A. *Lindacher* NJW 1997 2741; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 24, wonach die Behauptung des Verwenders, er kläre „durchgängig“ auf, relevant sei; ihm folgend *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 13.

33 LG Köln v. 7.3.2007 – 26 O 77/05 – juris – Rdn. 13.

lichen Regelungen des BDSG rügen³⁴. Dies gilt allerdings nur für Vorschriften des materiellen Datenschutzes und nicht, soweit die formellen datenschutzrechtlichen Bestimmungen des § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG (Schriftform der Einwilligung) oder § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG (Erfordernis der besonderen Hervorhebung der Einwilligung) betroffen sind³⁵. Anders sieht der BGH dies für § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG dann, wenn es um die Prüfung der Frage geht, ob die formularmäßige Erteilung der Einwilligung auf der freien Entscheidung des Betroffenen gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG beruht. Hierfür sei entscheidend, ob die angegriffene Bestimmung dem Hervorhebungserfordernis des § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG genüge, weshalb auch diese Norm im Kontrollverfahren als Überprüfungsmaßstab heranzuziehen sei³⁶.

§ 1 findet nach dem BGH keine Anwendung, wenn sich die angegriffene Klausel **nicht nach deutschem Recht richtet**, weil sich dann die Unwirksamkeit nicht nach den §§ 307–309 BGB ergeben kann, wie es § 1 fordert. In diesen Fällen ergibt sich ein **Anspruch allein aus § 4a** (vgl. näher § 4a Rdn. 1 ff.)³⁷.

Die zeitweilige Unsicherheit darüber, ob ein Verstoß gegen das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) das Kontrollverfahren eröffnet, ist durch die bejahende und gefestigte Rechtsprechung des BGH beigelegt worden³⁸. Dies gilt gemäß § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch für das Preis-/Leistungsverhältnis betreffende Klauseln, die gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von der Klauselkontrolle eigentlich ausgenommen sind³⁹.

bb) Unwirksamkeit nach allgemein zwingendem Recht

Der **Wortlaut des § 1** ergibt, dass die Inhaltskontrolle von AGB stets anhand der §§ 307 bis 309 BGB stattzufinden hat. Der **Teilbericht II** der Arbeitsgruppe des BMJ zur Einführung eines AGB-Kontrollverfahrens hatte in seiner These A.1. Abs. 2 vorgesehen, dass Prüfungsmaßstäbe die Vorschriften des AGBG *und* des sonstigen zwingenden materiellen Rechts zu sein hätten⁴⁰. Das hektische Abfassen des Verfahrensrechts des AGBG im Sommer und Herbst 1976⁴¹ hat keine verlässlichen Spuren hinterlassen, die über das **Entstehen des Wortlauts des § 13 AGBG, jetzt § 1 UKlaG**, insoweit Aufschluss geben könnten⁴². Das ist aber ohne wesentliche Bedeutung. Soweit Klauseln mit Normen des allgemein zwingenden Rechts im Widerstreit stehen, liegt ihre Unwirksamkeit auf der Hand. Ob nun

34 BGH NJW 2010 864 Rdn. 16; NJW 2008 3055 Rdn. 17; LG Köln v. 7.3.2007 – 26 O 77/05 – juris – Rdn. 13; OLG München MMR 2007 47 (48); LG Hamburg CR 2010 53 (57).

35 LG Köln v. 7.3.2007 – 26 O 77/05 – juris – Rdn. 14; OLG München MMR 2007 47 (48).

36 BGH NJW 2010 864 Rdn. 25 ff.; NJW 2008 3055 Rdn. 23.

37 BGH NJW 2009 3371 Rdn. 25.

38 BGH NJW 1991 2559 unter II 2 c; BGHZ 116 1 = NJW 1992 179 m. Anm. Hensen EWiR 1991 1145; BGH NJW 1992 180 und 1108; NJW 1996 1346 unter III 2 b; Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 6; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 16; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 22.

39 LG Köln WM 2001 1946; Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 6; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 6; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 9, 23.

40 Teilbericht II S. 15, 16 ff., 23 ff., 33 ff.

41 Siehe Hensen (9. Aufl.) Vor § 13 AGBG Rdn. 9.

42 Vgl. Löwe § 13 AGBG Rdn. 20.

§ 1 dahin zu erweitern ist, dass gegen derartiges zwingendes Recht verstoßende AGB ohne weiteres Gegenstand einer Kontrollklage sein können⁴³, oder ob – wofür der Wortlaut der Norm spricht – zu verlangen ist, dass der Verstoß gegen zwingendes Recht *zugleich* zur Unwirksamkeit nach den §§ 307 bis 309 BGB führen muss⁴⁴, ist letztlich gleichgültig. Denn immer wird ein **Abweichen von der zwingenden Norm** beanstandet werden, *weil* dieser Verstoß zur **unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners** führt. Ein zum Unwirksamkeitsverdict führender Umweg über die §§ 307 bis 309 BGB mag überflüssig und wenig sinnvoll erscheinen, weil dem Gericht angesonnen wird, in die Pseudoprüfung einzutreten, ob ein Abweichen vom zwingenden Recht zu einer unangemessenen Benachteiligung führt⁴⁵. Indessen wird niemand in der Praxis diesen Umweg breittreten, so dass dies hinnehmbar erscheint.

- 11 Als **allgemein zwingende Normen**, gegen die in AGB verstoßen werden kann, kommen z.B. in Betracht: § 38⁴⁶ und § 1031 Abs. 5 **ZPO**, § 312 Abs. 1 und § 312d Abs. 1 **BGB**, die zwingenden Vorschriften des Wohnraummietrechts (siehe Teil 2, (22) Mietverträge Rdn. 3 FN 4), so § 536 BGB⁴⁷, das Reiserecht der §§ 651a ff.⁴⁸, § 491 Abs. 1, § 357 Abs. 1 Satz 1 BGB⁴⁹, Normen des **VVG**⁵⁰, § 87a Abs. 3 Satz 1⁵¹, § 88a und § 89b **HGB**⁵², § 3 **BDSG**⁵³ und § 2 **GOÄ**. Die Bestimmungen der **§§ 138 und 226 BGB** sind zwar auch zwingend; die Subsumtion der angegriffenen Klausel erfordert hier aber ein zusätzliches Werten anhand der Einzelfallumstände⁵⁴, so dass zwingende Normen dieser Art im Kontrollverfahren regelmäßig keine Anwendung finden werden.
- 12 Nach der Gesetzesbegründung zum AGG sollen auch **Verstöße gegen die §§ 19, 20 AGG** zur Nichtigkeit gemäß § 134 BGB führen⁵⁵. Auch die §§ 19, 20 AGG sind daher **zwingendes Recht**. Allerdings stellt sich hier in Bezug auf die Verbandsklage die Frage, ob das in § 23 AGG geregelte Beistandsrecht der Antidiskriminierungsverbände eine abschließende gesetzliche Sonderregelung auf dem Gebiet des AGG darstellt mit der Folge, dass über § 1 UKlaG ein Verstoß von AGB gegen die §§ 19, 20 AGG durch Verbände nicht gerügt werden kann. Indes wird man dies nicht annehmen können. Die Regelung in § 23 AGG soll dem

43 BGH NJW **1983** 1320 (1322); OLG München MMR **2007** 47 (48); OLG Düsseldorf WRP **2010** 802 Rdn. 39. Auch *Löwe* Rdn. 21; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 18; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 17, alle de minore ad maius schließend *Becker* S. 103 ff.; *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 6; MünchKommZPO/*Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 13; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 6; *Reinel* S. 45 f.; *Stoffels* Rdn. 1125.

44 So BGH NJW **1987** 2867; VersR **1988** 1281; NJW **1989** 1673; NJW **2009** 2051 Rdn. 33; nicht eindeutig BGH NJW **2003** 290 Rdn. 31 und *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 4.

45 So mit Nachdruck *Becker* S. 106.

46 BGHZ **86** 284 = NJW **1983** 1322; NJW **1985** 320 unter IV 1 betr. § 689 Abs. 2 ZPO.

47 BGH NJW **1992** 1759 unter II 3 a bb.

48 BGHZ **87** 91 = NJW **1983** 1612.

49 MünchKommZPO/*Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 13; BGH NJW **1985** 320 (325 f.) zu § 2 AbzG.

50 BGH VersR **1988** 1281: §§ 6 Abs. 3, 39, 42 VVG a.F.

51 BGH NJW-RR **1998** 391 = ZIP **1998** 695.

52 BGH NJW **1985** 621 unter IX; NJW **1989** 1673 unter II 2 f; BB **1995** 1054.

53 BGHZ **96** 362 = NJW **1986** 46.

54 Etwa bei der Bewertung einer sittenwidrigen Globalzession; ebenso *Reinel* S. 47.

55 BT-Drucks. 16/1780 S. 47.

Betroffenen für die Durchsetzung seiner Individualansprüche nach dem AGG ermöglichen, sich der Unterstützung eines Verbandes zu bedienen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 23 AGG zugleich bezwecken wollte, die abstrakte Kontrollklage für den Bereich des AGG auszuschließen. Daher sind **auch Verstöße gegen die §§ 19, 20 AGG der Verbandsklage zugänglich**⁵⁶. **Antidiskriminierungsverbände gemäß § 23 AGG** sind aber nur dann aktivlegitimiert, wenn sie ihrerseits neben den Voraussetzungen des § 23 AGG auch die **Voraussetzungen der §§ 3, 4 UKlaG erfüllen**. Aus **§ 23 AGG selbst folgt keine Klagebefugnis** der Verbände. In der Praxis wird eine solche Klagebefugnis meist an der fehlenden satzungsgemäßen Bestimmung der Beratung und Aufklärung von Verbrauchern scheitern⁵⁷.

c) Verhältnis zu den §§ 305 Abs. 2, 305b und 305c BGB

Anders als die eben behandelten Vorschriften des allgemein zwingenden Rechts bestimmen die §§ 305 Abs. 2, 305b und 305c BGB **nicht die Unwirksamkeit des Vereinbarten** bei Nichtbefolgung oder bei „Verstößen“ gegen diese Vorschriften. § 305 Abs. 2 BGB regelt, *wie* AGB einbezogen werden; § 305c Abs. 1 BGB besagt, welche AGB nicht einbezogen werden; § 305b BGB befasst sich mit der Rangfolge von individuell Verabredetem und AGB im konkreten Vertrag, und § 305c Abs. 2 BGB gibt eine Auslegungsregel. Da der Anspruch aus § 1 aber die Unwirksamkeit der Klausel nach den §§ 307–309 BGB fordert, findet im Rahmen des abstrakten Kontrollverfahrens **keine unmittelbare Überprüfung der AGB anhand der §§ 305 Abs. 2, 305b und 305c BGB** statt. Der Prüfungsmaßstab des § 1 ist folglich **nicht auf „Verstöße“ gegen § 305 Abs. 2 BGB usw. zu erweitern**⁵⁸. Dennoch ist eine Kontrollmöglichkeit eröffnet, wenn die **AGB selbst Klauseln enthalten, die von den genannten Vorschriften Abweichendes regeln**. Beispielsweise können Klauseln etwa eine gegenüber § 305 Abs. 2 BGB erleichterte Einbeziehung vorschreiben⁵⁹ oder die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu Gunsten des Verwenders umdrehen. Diese Klauseln sind zwar nicht „nach § 305 Abs. 2 BGB“ oder „nach § 305c Abs. 2 BGB“ unwirksam⁶⁰. **Ihre Unwirksamkeit kann sich aber wegen der mit ihnen beabsichtigten Übervorteilung des Kunden aus § 307 BGB ergeben**. Dann ist der Weg der Kontrollklage eröffnet⁶¹. Daraus folgt:

56 So auch *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 4.

57 Vgl. *Thüsing/Burg* ZTR 2007 76 f.

58 BGH NJW-RR 2003 103 (104); OLG Brandenburg NJW-RR 2001 488 (489 f.); *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 6; *Fehl* BB 1985 1560; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 5; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 12; *Stoffels* Rdn. 1125; *a.A. Becker* S. 111; vgl. auch *Löwe* § 13 AGBG Rdn. 22.

59 Beispiel OLG Köln v. 26.10.2007 – 6 U 32/07 – juris – Rdn. 25 ff.; OLG Köln RDV 2008 124 (126).

60 So aber *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 19, der die §§ 305 ff. BGB dem zwingenden Recht zuordnet und schon daraus eine Unwirksamkeit der hiervon abweichenden AGB herleitet.

61 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 12; *Stoffels* Rdn. 1125; BGHZ 100 158 = NJW 1987 1931 unter B II 4: „Der Rechtsverkehr soll nämlich auch von Scheinbindungen freigehalten werden, die jede rechtlich unwirksame oder unerhebliche Klausel tatsächlich herzustellen vermag“.

aa) § 305 Abs. 2 BGB

- 14 Mit der Kontrollklage angreifbar sind Einbeziehungsklauseln, die den Verwender **von den Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB befreien** sollen, dem Kunden also die Geltung der AGB abseits der Erfordernisse dieser Vorschrift vorspiegeln wollen, insbesondere indem sie auf eine korrekte Einbeziehung ganz verzichten (vgl. hierzu § 305 BGB Rdn. 105)⁶². **Auch hier muss aber Vorformuliertes beanstandet werden.** Deshalb scheidet die Kontrollklage aus, wenn es lediglich um den vom Verwender gewählten Weg der Einbeziehung geht, sei es, dass er seinen Kunden schlicht Neufassungen von AGB präsentiert, also auf die Zustimmung der Kunden schlüssig verzichtet⁶³ oder die Lesbarkeit seiner AGB nicht gewährleistet⁶⁴. In beiden Fällen könnte der Klagantrag nämlich nicht auf Unterlassung der Verwendung bestimmter AGB gerichtet werden. Anders ist es, wenn AGB auf Rechnungen oder Lieferscheinen (vgl. § 305 BGB Rdn. 127) für verbindlich erklärt werden.

bb) § 305b BGB

- 15 § 305b BGB besagt, dass **individuell Vereinbartes dem Vorformulierten** vorgeht. Entbehrt die Individualabrede aus irgendeinem Grunde der Wirksamkeit oder fällt sie später fort, so erlangt die AGB-Klausel grundsätzlich Wirksamkeit. **Soll § 305b BGB durch AGB modifiziert werden, stellt dies eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB dar** und kann daher Gegenstand einer Kontrollklage nach § 1 sein⁶⁵. Die typische **Schriftformklausel**, nach der mündliche Abreden ungültig sind, ist unter dem Blickwinkel des Kontrollverfahrens für den Kunden von allgemeiner Gefährlichkeit und deshalb nach § 307 BGB in der Regel unwirksam (vgl. § 305b BGB Rdn. 32). Typisch ist auch das Bestreben, **Terminzusagen** durch AGB zu entkräften⁶⁶.

cc) § 305c Abs. 1 BGB

- 16 Dass **generell überraschende Klauseln** den Klaganspruch aus § 1 stützen, weil sie in ganz besonderem Maße den Rechtsverkehr zum Nachteil des Kunden des Verwenders belasten, sollte eigentlich außer Frage stehen⁶⁷. Der **BGH** ist indes anderer Ansicht⁶⁸. Er bleibt auch für den Fall des § 305c Abs. 1 BGB dabei, dass

62 So zutr. BGH NJW **1991** 1750 unter II 6 betr. die Klausel in Krankenhaus-AGB: „Die Benutzer sind an die Hausordnung gebunden“. Zu dieser Scheinbindung siehe *Habersack* WuB I D5.–6.92 zu LG Frankfurt.

63 BGH NJW-RR **2003** 103.

64 OLG Brandenburg NJW-RR **2001** 488; a.A. *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 20.

65 BGHZ **92** 24 = NJW **1984** 2468; KG Berlin BauR **2005** 1032 (1034); *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 15.

66 BGHZ **92** 24 = NJW **1984**, 2468: „Der Liefertermin kann um sechs Wochen verschoben werden“ (Fertighausvertrag).

67 Ebenso *Ackmann* JZ **1990** 925; *Udo Hansen* WM **1990** 1521 (1526 f.); *Koller* in FS Steindorff, 1990, S. 667 (685 f.); *Koller* EWiR **1990** 527; *Löwe* § 13 AGBG Rdn. 23; *Prütting/Gehrlein/Halfmeier* ZPO, 2. Aufl. 2010, § 1 UKlaG Rdn. 5; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 21.

68 BGH LM AGBG § 9 (Cb) Nr. 5 = MDR **1983** 113; NJW-RR **1987** 45; NJW **1987** 1886; BGHZ **101** 307 = NJW **1987** 2818; die hier behandelte Pfandrechtsklausel war allerdings

Gegenstand der Kontrollklage allein die Unwirksamkeit nach den §§ 307–309 BGB sein kann. Dieses Problem mag in der Praxis seine Lösung darin finden, dass **eine Klausel, die gegen § 305c Abs. 1 BGB verstößt, also überraschend ist, zugleich den Kunden gemäß § 307 BGB unangemessen benachteiligt**. Damit ist aber das Kontrollverfahren auch für diese Klauseln eröffnet⁶⁹.

dd) § 305c Abs. 2 BGB

§ 305c Abs. 2 BGB regelt, dass **Zweifel bei der Auslegung von AGB** zu Lasten des Verwenders gehen. Klauseln, die diese Auslegungsregel zu Lasten des Kunden verändern wollen, verstoßen gegen § 307 BGB und sind daher im Kontrollverfahren überprüfbar⁷⁰. 17

d) Keine ergänzende Vertragsauslegung

Ist eine Klausel nach den §§ 307–309 BGB unwirksam, findet im Verbandsprozess keine ergänzende Vertragsauslegung nach den §§ 133 und 157 BGB statt (vgl. auch § 306 BGB Rdn. 36)⁷¹. **Gegenstand des Verbandsprozesses** ist nur die (Un-)Wirksamkeit der streitgegenständlichen AGB-Bestimmung, **nicht die Frage, welchen alternativen Inhalt** der Vertrag bei Unwirksamkeit der AGB-Bestimmung hat. 18

e) Auslegungsmaßstab

Tritt ein Verwender mit **tatsächlich mehrdeutigen Klauseln** auf, so liegt die Gefahr für den Kunden darin, dass dieser seine Rechte nicht wahrnimmt, weil eine der Auslegungen den Rechtsstandpunkt des Verwenders stützt (dazu näher § 305c BGB Rdn. 93). Folglich sind die der **kundenfeindlichsten Auslegung** unterzogenen AGB Gegenstand des Kontrollverfahrens nach § 1⁷². Dies folgt aus der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB (vgl. zum Individualprozess § 305c BGB Rdn. 90). Allerdings ist das Klageverfahren nicht dafür da, weit abseits liegende und somit nicht ernsthaft in Betracht kommende Auslegungen einer Klausel zum Klagegegenstand zu machen oder Klauseln für unwirksam zu erklären, weil 19

tatsächlich nicht überraschend. Auch BGH NJW-RR 1989 625 = ZIP 1989 311 kann in der Sache zugestimmt werden. BGH NJW 1990 2313; BGHZ 116 1 = NJW 1992 179; OLG Düsseldorf NJW-RR 2005 1692; *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 8.

69 So im Ergebnis ebenfalls: *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 8; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 5; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 6; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 17; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 21.

70 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 12.

71 BGH NJW 2007 1054 Rdn. 38 ff.; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 4.

72 BGH NJW 1983 1671; NJW 1985 320 unter I 2 mit dem Bemerken, dass der Kunde an sich nicht der „Feind“ des Verwenders sei, das Schlagwort „kundenfeindlich“ in der Sache aber zutrefte; BGH NJW-RR 1990 1141; NJW 1991, 1886 unter II 1 b, 2559 unter I 2 b; NJW 1992 3158 unter XI 2 a; NJW 2003 1237 unter II 3 a; NJW 2004 1588 (1589); NJW 2008 360 Rdn. 28; NJW 2009 2051 Rdn. 11; *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 8; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 4; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 12; *Stoffels* Rdn. 1126. Einschränkung MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 18: kundenfeindliche Auslegung hat anhand konkret-genereller Überlegungen branchen- und vertragsbezogen zu erfolgen, was aus der Regelung des Art. 4 der Klauselrichtlinie folge.

sie seltene **Ausnahmetatbestände** nicht im Klauselwortlaut einfangen⁷³. Niemand braucht etwa einen (zulässigen) Ausschluss der Sachmängelhaftung damit anzureichern, dass dieser bei arglistigem Verschweigen des Mangels nichtig sei (§ 444 BGB).

- 20 Scheitert eine Auslegung, weil die Unklarheit der Klausel in ihrer **fehlenden Verständlichkeit** liegt, so wird die **Klausel nicht Vertragsinhalt**. Denn von ihr kann nicht in zumutbarer Weise Kenntnis genommen werden (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, dazu § 305 BGB Rdn. 151, § 305c BGB Rdn. 89). Dieser Grundsatz gilt auch im **Verkehr mit Unternehmern**, wengleich mit leicht gesteigerten Ansprüchen an die Unverständlichkeit. Lässt sich das textlich Gewollte nur errahen, so kann die Klausel keine Geltung beanspruchen. Unklar können Klauseln auch dann sein, wenn die Zahl der in Betracht kommenden Bedeutungsalternativen zu hoch ist, um noch einen hinreichenden Durchblick zu gewinnen⁷⁴. In beiden Fallkonstellationen stören die Klauseln den Rechtsverkehr. Der Kunde wird im Ungewissen gelassen und in seiner Verteidigung eingeengt, wenn er auf derart diffuse AGB trifft; der rechtlich nicht vorgebildete Kunde erkennt die Unverbindlichkeit der Klauseln womöglich nicht.

f) Unwirksamkeit teilbarer Klauseln

- 21 Nach § 1 sind Bestimmungen in AGB Gegenstand des Kontrollverfahrens. Dies bedarf allerdings in zweierlei Hinsicht der Klarstellung. Eine äußerlich einheitliche Klausel kann nämlich mehrere eigenständige Regelungen und damit **mehrere angreifbare „Bestimmungen“** enthalten, die jede für sich der Inhaltskontrolle unterliegen (vgl. § 306 BGB Rdn. 12 ff.)⁷⁵. Auf der anderen Seite können aber auch **mehrere äußerlich getrennte Klauseln inhaltlich eine einzige Klausel** darstellen (vgl. hierzu Rdn. 6). Es kommt also zur Konkretisierung des Klauselbegriffs nicht auf die äußeren Umstände, sondern den Inhalt der Regelung und ihre Teilbarkeit an. Hat der Verwender in einer Klausel z.B. **Rücktrittsgründe** zusammengefasst, die nicht sämtlich nach § 308 Nr. 3 BGB unwirksam sind, so dürfen nur die unwirksamen Bestimmungen im Klagantrag aufgeführt werden⁷⁶. **Eine einzige Bestimmung** kann indessen *nicht* in der Weise aufrechterhalten werden, dass einzelne Worte entfallen, solange der verbleibende Rest einen lediglich sprachlichen Sinn behält: Wird erfolgreich beanstandet, dass ein Bauherr Überweisungsaufträge nach Baufortschritt „unwiderruflich“ zu erteilen hat, so ist – weil die Unwiderruflichkeit gegen § 307 BGB verstößt – die Bestimmung insgesamt für unwirksam zu erklären und nicht nur das Wort „unwiderruflich“ zu streichen; der Verwender hat nämlich nicht auch eine Bestimmung über *wider-*

73 BGH NJW 1991 2559 unter VIII 2 und NJW 1983 1491 für den Fall des § 649 BGB bei vom Unternehmer zu vertretender Kündigung. Anders *Mankowski* EWiR 1996 337. Bedenklich allerdings BGHZ 139 190 = NJW 1998 3119, wonach die Nachnahmeklausel im Versandhandel gegen § 11 Nr. 3 AGBG (jetzt § 309 Nr. 3 BGB) verstoße.

74 Z.B. BGH NJW 1985 53 (Fall eines Automatenaufstellvertrages).

75 Dazu ausführlich *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 4; *H. Schmidt* S. 67 ff., insbesondere S. 81 ff.; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 7.

76 BGH NJW 1984 2687 (2688); NJW 1982 2311 (2313) und NJW 1982 178 (179) (der BGH spricht hier von „inhaltlich selbständigen“ Klauseln); NJW 1985 320 unter XI; *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 7.

rufliche Aufträge gestellt⁷⁷. Der verbleibende Klauselrest muss also einen vom Verwender ersichtlich gewollten Regelungsgehalt aufweisen⁷⁸. Der Fall einer teilweise unwirksamen Klausel ist nicht gegeben, wenn sie lediglich für eine **ausgegliederte Gruppe von Rechtsgeschäften** zu beanstanden ist⁷⁹.

g) Ergänzungsbedürftige Klauseln

Gewinnt eine Klausel ihren Regelungsgehalt erst dadurch, dass ein **Leerraum** ausgefüllt wird (z.B. durch Eintragung einer Frist), so ist das Verbot nach § 1 nicht nur auszusprechen, wenn alle denkbaren Ausfüllvarianten zur Unwirksamkeit führen, sondern bereits dann, wenn auch nur **eine der denkbaren Vervollständigungsalternativen** zur Unwirksamkeit der Klausel führt⁸⁰. Die Unwirksamkeit der Klausel wird jedenfalls nie davon beeinflusst, in welcher Weise der Verwender **bislang mit der Klausel umgegangen** ist, wie er sie also tatsächlich handhabt, sondern wie er sie handhaben *könnte*⁸¹. Dabei gilt allerdings auch hier: Das Klageverfahren ist nicht dafür da, weit abseits liegende und somit nicht ernsthaft in Betracht kommende Ausfüllvarianten einer Klausel zum Klagegegenstand zu machen (vgl. zur Auslegung Rdn. 19). Die konkrete Ausfüllung eines Leerraums ist allerdings im Individualverfahren ebenso wie im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen, wenn die Ausfüllung des Leerraums im konkreten Fall zu keiner Unwirksamkeit führt⁸².

Etwas anderes gilt, wenn **alternative Auswahlmöglichkeiten** inhaltlich vorgegeben sind (z.B. **Ankreuzkästchen**). Dann ist **jede einzelne Vorgabe auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen** und die Unterlassung der Klausel auch nur insoweit anzuordnen⁸³.

h) Analoge Anwendung bei Einbeziehung gemäß § 203 Abs. 3 VVG

Einen von den §§ 305 ff. BGB abweichenden Weg zur Änderung von vereinbarten AGB regelt § 203 Abs. 3 VVG (§ 178g Abs. 3 VVG a.F.) für vom Versicherer **ordentlich nicht kündbare Krankenversicherungsverträge**. Danach können die allgemeinen Versicherungsbedingungen und Tarifbestimmungen bei einer nicht nur als vorübergehend anzusehenden Veränderung der Verhältnisse des Gesundheitswesens den veränderten Verhältnissen angepasst werden, wenn die Änderungen zur hinreichenden Wahrung der Belange der Versicherungsnehmer erforderlich erscheinen und ein unabhängiger Treuhänder die Voraussetzungen für die Änderungen überprüft und ihre Angemessenheit bestätigt hat. Zweifelhaft war, ob und in welchem Umfang derart zum Vertragsbestandteil erhobene Klauseln

⁷⁷ So zutr. *H. Schmidt* S. 77; **a.A.** aber BGH NJW 1984 2816.

⁷⁸ BGH NJW 1995 1488 (Möbelhandel).

⁷⁹ BGHZ 96 350 = NJW 1986 43 unter I 6: Fall der Trennungsklausel in Kreditverträgen, die Teil eines finanzierten Abzahlungsgeschäfts sind.

⁸⁰ BGHZ 122 63 = NJW 1993 1657 (Laufzeit Wartungsvertrag); *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 7; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 11; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 8.

⁸¹ BGHZ 99 374 = NJW 1987 1634 (Makler-Aushandelsbestätigung); BGHZ 116 1 = NJW 1992 179; NJW 1994 1534 (1539); BGHZ 127 35 = NJW 1994 2693 unter 3.

⁸² BGH NJW 1993 1651 (1653).

⁸³ *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 7; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 8.

dem Kontrollverfahren nach § 1 unterliegen⁸⁴. **Der BGH hat in zwei Entscheidungen hierzu festgestellt**, dass die Voraussetzungen des § 203 Abs. 3 VVG (§ 178g Abs. 3 VVG a.F.) im Wege der Verbandsklage gemäß § 1 analog überprüfbar sind (vgl. auch Teil 4, (7) Versicherungsbedingungen Rdn. 3)⁸⁵.

i) „Verwendung“ von AGB-Bestimmungen

- 24 Nach dem Wortlaut des § 1 müssen Bestimmungen in AGB *verwendet* werden. Dies bedeutet, dass sie **im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei bestehender Wiederholungsgefahr benutzt** worden sein müssen, ohne dass es zu einem wirksamen Vertragsschluss unter Einbeziehung der Bedingungen gekommen sein muss⁸⁶. Wenigstens ein Vertrag muss aber unter Einschluss vorformulierter Vertragsbedingungen bereits im Stadium der Anbahnung sein oder gewesen sein. Lässt die andere Seite von dem Vertragsschluss ab, weil ihr die ihr gestellten Vertragsbedingungen missfallen, so sind diese gleichwohl *verwendet* worden. Dasselbe gilt, wenn ein unter Einschluss von AGB geschlossener Vertrag wegen Willensmängeln oder etwa wegen verweigerter betreuungs- oder familiengerichtlicher Genehmigung unwirksam ist oder wenn die Klausel im Einzelfall hinter eine Individualabrede zurücktritt⁸⁷. „Verwendet“ werden AGB auch dann, wenn der Vertrag **ohne ihre wirksame Einbeziehung** geschlossen worden ist und gleichwohl ihre Geltung beansprucht wird, etwa bei **Aufdrucken von AGB auf Rechnungen** und Lieferscheinen⁸⁸. **Hinweisschilder** im Eingangsbereich von Einkaufsmärkten stellen die Verwendung von AGB dar⁸⁹. Auch das **Sichberufen** auf die AGB bei der Vertragsabwicklung zählt zur Verwendung⁹⁰. Gleiches gilt für aufgedruckte Hinweise in Katalogen oder auf Werbeprospekten, jedoch ist hier der Charakter als AGB jeweils fraglich und durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Rdn. 4).
- 25 **Verwender** ist, wer die AGB „stellt“ (vgl. § 305 BGB Rdn. 26 ff.). Das ist **grundsätzlich der Vertretene**, wenn der Vertreter oder eine andere Hilfsperson AGB einführt. Der **Vertreter ist aber selbst Verwender**, wenn die von ihm dem Vertrag zugrunde gelegten AGB seinem eigenen Interesse dienlich sind, dies gilt insbesondere bei selbständigen Vermittlern, die bei von ihnen vermittelten Geschäft-

84 Gegen eine (analoge) Anwendung auf derart einbezogene Klauseln OLG Köln VersR 2006 1113 (1114). Für eine Anwendung des § 2: OLG Düsseldorf VersR 2006 1111.

85 BGH NJW 2008 1160 Rdn. 6 ff. und BGH NJW-RR 2008 624 Rdn. 8 ff.

86 BGH NJW 1981 979; OLG Hamburg NJW 1985 3030; BGHZ 101 271 = NJW 1987 2867; Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 3; Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 8; Löwe § 13 AGBG Rdn. 5; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 19; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 7; Reinel S. 28; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 19; Stoffels Rdn. 1127; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 26.

87 BGH NJW 1981 979; OLG Düsseldorf JZ 1990 982 = VersR 1991 989.

88 BGH NJW 1987 2867: Gerichtsstandsklausel auf Geschäftsbrief; LG München BB 1979 1789: Abdruck AGB auf Rechnung; Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 3; Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 8; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 19.

89 BGH NJW 1996 2574 (Taschenkontrollen); OLG Düsseldorf NJW-RR 2001 1563 („Das Aufreißen der Verpackung verpflichtet zum Kauf der Ware“) m. Anm. Heinrichs EWiR 2001 145.

90 NJW 1981 1511; BGHZ 116 1 = NJW 1992 179 unter II 5; GRUR 2005 62 (64); NJW 2007 1054 Rdn. 36; Stoffels Rdn. 1128; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 27; Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 3.

ten eigene AGB für diese Geschäfte verwenden⁹¹, z.B. im Falle des **Gebrauchtwagenhändlers**, der im Namen eines Dritten verkauft, wirtschaftlich aber selbst Verkäufer ist⁹². Das gilt auch für einen **Architekten**, der AGB für Verträge zwischen den von ihm vertretenen Bauherren und Bauunternehmern verfasst hat, wenn die AGB auch ihn in seiner Pflichtenstellung zum Bauherrn begünstigen⁹³. Der **Versteigerer** bringt seine AGB einmal als Kommissionär, ein anderes Mal als Vertreter des Einlieferers ein. **Eine arbeitsteilige Tätigkeit zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem sowie Auftraggeber und Beauftragtem** kann jeweils beide zu Verwendern machen⁹⁴. Verwender ist auch, wer bei der Abwicklung eines Vertrages eine Klausel benutzt, ohne sie gestellt zu haben, also auf den Vertragsschluss selbst keinen Einfluss genommen hat, sofern zwischen ihm und dem Steller der AGB eine **enge wirtschaftliche Verbindung** besteht⁹⁵. **Der BGH folgt dem indes nicht** und verlangt zusätzlich, dass der Dritte wenigstens mittelbar auf den Vertragsschluss Einfluss genommen haben muss⁹⁶. Diese zurückhaltende Lesart des BGH prämiert die planmäßige Umgehung des AGB-Rechts. Die Rolle des Verwenders übernimmt allerdings nach allen Ansichten, wer **einen anderen beauftragt** hat, für ihn tätig zu werden, wenn der andere dabei Formulare verwendet⁹⁷. Im **Bauherrenmodell** und im Gewerbe der **Baubetreuung** ist nicht generell auf die formale Stellung des **Treuhändlers** als des Vertreters der Bauherren abzustellen (vgl. § 305 BGB Rdn. 27a)⁹⁸. Darauf, ob **Betriebsangehörige AGB ohne Wissen des Unternehmens verwenden**, kommt es nicht an. Dem Unternehmen steht in diesen Fällen auch nicht die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB zu, weil es auf ein Verschulden im Rahmen des § 1 generell nicht ankommt. Daran ändert nichts, dass das UKlaG eine dem § 8 Abs. 2 UWG entsprechende Vorschrift nicht enthält⁹⁹. Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Verwendung (und Empfehlung) der AGB haben die Klagebefugten (vgl. § 305 BGB Rdn. 60)¹⁰⁰.

Nach **§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB** werden dem Unternehmer alle in einem Verbrauchervertrag für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen als von ihm gestellt zugerechnet und damit auch solche, die auf Veranlassung

26

91 *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 3; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 8; *MünchKommZPO/Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 21; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 29; *Stoffels* Rdn. 1129; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 29.

92 BGHZ 81 229 = NJW 1981 2351; OLG Stuttgart NJW 1980 1583; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 10; *Reich/Vergau* in FS Heinrichs, 1998, S. 413; *a.A. Reinel* S. 29. Zum seltenen Fall des Handelns für eine GmbH i.Gr. OLG Stuttgart BB 1996 976 = NJW-RR 1996 1209.

93 So mit Recht OLG Frankfurt NJW-RR 1986 245; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 29.

94 *Karsten Schmidt* TranspR 1989 41 (42).

95 Vgl. OLG Stuttgart WRP 1984 354: Vertriebs-GmbH als Akquisiteurin und Bau-GmbH als Ausführende.

96 BGHZ 112 204 = NJW 1991 36; ihm folgend *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 3; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 30 f.; dazu krit. *Teske* EWiR 1990 1045.

97 BGHZ 88 368 = NJW 1984 360: Akquisiteur eines Finanzmaklers; *MünchKommZPO/Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 21.

98 BGHZ 126 326 = NJW 1994 2825.

99 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 29; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 28.

100 BGHZ 112 204 = NJW 1991 36 unter II 1; *Baumgärtel/Hohmann* Rdn. 3; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 5.

eines Dritten in den Vertrag einbezogen worden sind¹⁰¹. Im Falle solcher **Drittbedingungen** bleibt der Unternehmer mittels der Fiktion des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB Verwender i.S.d. § 1, ohne dass der Dritte *neben* ihm zum Verwender wird. Der Dritte kann allerdings gegebenenfalls als Empfehler mit der Verbandsklage überzogen werden (dazu Rdn. 27 ff.)¹⁰².

j) „Empfehlung“ von AGB-Bestimmungen

- 27 Der Unterlassungsanspruch kann sich nach § 1 außer gegen den Verwender auch gegen den Empfehler von AGB richten. AGB können für den rechtsgeschäftlichen Verkehr bereits empfohlen sein, *bevor* sie verwendet werden, also in den Rechtsverkehr mit der anderen Seite eingebracht werden. Dass der **Unterlassungsanspruch schon mit der bloßen Empfehlung** entsteht, hat seinen Grund in der Zweckrichtung des § 1, die durch Empfehlungen unwirksamer AGB für den Rechtsverkehr geschaffenen latenten Gefahren zu beseitigen. Eine **Empfehlung muss nicht ausdrücklich** ausgesprochen werden; sie kann auch schlüssig geschehen¹⁰³. Aus der Natur der Empfehlung von AGB für den rechtsgeschäftlichen Verkehr folgt, dass die Empfehlung eine **Vielzahl** von Adressaten haben muss¹⁰⁴. **Empfehler ist, wer die Verwendung bestimmter AGB nahe legt, anrät oder sogar dazu anhält**¹⁰⁵, wie dies Verbände oftmals gegenüber ihren Mitgliedern tun. Aber auch schon dann, wenn Verbände lediglich verlautbaren, dass sie Klauselwerke für ihre Mitglieder vorhalten, erfüllen sie den Tatbestand der Empfehlung i.S.d. § 1. Mit den hier verankerten Ansprüchen gegen Empfehler hat der deutsche Gesetzgeber den Geboten des **Art. 7 Klauselrichtlinie** schon vor deren Erlass genügt.
- 28 Unter den Begriff des **Empfehlers** fallen in erster Linie die **Wirtschafts- und Unternehmensverbände sowie Berufsvereinigungen**, die für ihre Mitglieder einheitliche, auf die Bedürfnisse der jeweiligen Wirtschafts- und Berufsgruppen zugeschnittene AGB aufstellen und zur Verwendung empfehlen¹⁰⁶. Auch **Körperschaften des öffentlichen Rechts** wie Rechtsanwalts-, Ärzte- und Architektenkammern können Empfehler sein¹⁰⁷. So hat die Bundesarchitektenkammer Vertragsbedingungen als Konditionenempfehlungen beim Bundeskartellamt angemeldet (siehe dazu Teil 2, (1) Architekten- und Ingenieurverträge Rdn. 2). Ebenso ist der **deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss Empfehler der VOB/B**¹⁰⁸. Der Umstand, dass die VOB/B nicht von ihm selbst, sondern im staatlichen Bundesanzeiger veröffentlicht werden, ändert hieran nichts, denn die Veröffentlichung beruht auf einer entsprechenden Satzungsregelung des Ausschusses (§ 17 Abs. 1 der Sat-

101 BGHZ 141 108 = NJW 1999 2180 unter II 1 c aa; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 7.

102 Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 7; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 19.

103 Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 41.

104 BGHZ 112 204 = NJW 1991 36 unter II 1: nicht nur *ein* potentieller Verwender; Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 4; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 12; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 33; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 41; a.A. Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 9; Empfehlung gegenüber einer Person ausreichend.

105 BGH NZBau 2008 640.

106 Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 4; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 42.

107 Zust. Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 30.

108 BGH ZIP 2009 1729 Rdn. 12 f.; a.A. Seifert NZBau 2007 563 (564 f.); Schröder NZBau 2008 345 ff.

zung) und wird daher von ihm veranlasst¹⁰⁹. **Behörden**, die AGB genehmigen, sind **keine Empfehler**¹¹⁰. In der Herausgabe und Verbreitung eines **Mustermietvertrages**, aber auch schon in der Werbung für die Verwendung der Mietvertragsformulare seitens der zahlreichen Grundeigentümerverbände oder der Mietervereine ist kartellrechtlich eine Empfehlung zu sehen¹¹¹. Das muss auch für das AGB-Recht gelten. Wer seine zur Drittverwendung vorgesehenen Klauselwerke als bloße erlaubte Information ausweist¹¹², ist gleichwohl Empfehler¹¹³.

Empfehler ist auch der Verfasser von **Formularbüchern** mit AGB-Mustern¹¹⁴. Da sich manche Verwender bei der Abfassung ihrer AGB der Vorlage solcher Formularbücher bedienen, ist es von der Sache her geboten, dass Formularbücher von unwirksamen AGB bereinigt werden. Zwar liegt darin, dass es AGB-Formularbücher zu kaufen gibt, nicht eigentlich eine Empfehlung, die AGB für den rechtsgeschäftlichen Verkehr zu verwenden. Angesichts des vom Gesetzgeber gewollten weiten **Schutzes des rechtsgeschäftlichen Verkehrs** vor unwirksamen AGB ist aber auch die den Formularbüchern anhaftende „Empfehlung im weiteren Sinne“ einzubeziehen. § 1 will und soll den Multiplikationsfaktor, der dem Anraten unwirksamer AGB innewohnt, nicht nur bei gewisser Verbindlichkeit ausschalten¹¹⁵, sondern auch dort, wo außerhalb wissenschaftlichen Disputs mit unwirksamen AGB Handel getrieben wird. Wollte man den **Verleger** neben dem Verfasser als Empfehler ansehen, müsste auch er widerrufen (§ 9 Nr. 4). Die *rechtlichen* Schwierigkeiten im Innenverhältnis zwischen Autor und Verleger und die *tatsächlichen* Schwierigkeiten für den Verleger, einen Widerruf der „Empfehlung“ durchzuführen, haben zum Ergebnis, dass der Verleger nicht Empfehler ist, es sei denn, der Verfasser bleibt anonym¹¹⁶.

Auch die losen oder in Form von **Abreißblocks** vertriebenen AGB-Vertragsformulare (z.B. für Mietverträge über Wohnungen und Autos sowie für den Verkauf von Kraftfahrzeugen) stellen Empfehlungen von AGB im weiteren Sinne dar. Es besteht kein Grund, sie anders zu behandeln als AGB-Formularbücher. Adressat des Anspruchs auf Unterlassung und Widerruf ist der **Verfasser** der Formulare. Ist sein Name dem Druckstück nicht zu entnehmen, so ist als Empfehler der zumeist am unteren Rand Verzeichnete anzusehen, häufig eine Druckerei oder ein Vertriebsunternehmen. Ebenso ist als Empfehler anzusehen, wer für den Gebrauch durch Dritte (siehe Rdn. 26) von ihm ausgearbeitete Klauselwerke anbietet, z.B. **Rechtsanwälte, Notare und Architekten**¹¹⁷.

109 BGH ZIP 2009 1729 Rdn. 13.

110 Löwe § 13 AGBG Rdn. 6; Sieg VersR 1977 489 (492); Stoffels Rdn. 1100.

111 BGHZ 125 315 = NJW 1994 1729.

112 So Rompf AIZ 1977 202 für Wohnraummietverträge.

113 Zust. Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 4; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 33.

114 Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 5; Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 9; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 14; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 42.

115 So aber FehI S. 123 sowie FehI BB 1979 56; FehI BB 1983 1227.

116 Vgl. Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 5; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 14; Reinel S. 31; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 30; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 43; a.A. Löwe § 13 AGBG Rdn. 7; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 38, weil auch der Verleger die AGB verbreitet und damit empfiehlt.

117 OLG Karlsruhe BB 1983 725; LG Konstanz BB 1981 1420; a.A. Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 14; Reinel S. 31; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 32.

- 31 Empfehler ist **nicht**, wer in **wissenschaftlichen Veröffentlichungen** zu AGB Stellung nimmt, sei es auch, dass dabei AGB ausdrücklich oder schlüssig zur Verwendung vorgeschlagen und damit empfohlen werden. Dies folgt aus dem in § 1 angeführt Tatbestandsmerkmal „für den rechtsgeschäftlichen Verkehr“. Ein Verfasser wissenschaftlicher Beiträge will nämlich nicht anregen, sich der AGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu bedienen, und er will auch nicht, anders als der Verfasser von losen oder gebundenen Formularen, daraus wirtschaftlichen Nutzen ziehen. Vielmehr setzt er sich ohne persönlichen Bezug zu einem bestimmten Verwenderkreis mit AGB zum Zwecke der Klärung von Rechtsfragen auseinander¹¹⁸. **Abgrenzungskriterium** ist hier also, ob der Autor der Marktseite des angesprochenen Verwenderkreises verbunden ist, er also einem Verband vergleichbar potentiellen Verwendern bestimmte AGB für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, oder ob er sich mit ihnen lediglich in rechtlicher Hinsicht auseinander setzen will¹¹⁹.

Der mit dem **Entwurf von AGB** von einem Unternehmen beauftragte **Rechtsanwalt** wird, wenn er die AGB dem Unternehmen vorlegt, ebenso wenig zum Empfehler i.S.d. § 1 wie der **Notar**, der sich dritter Vertragsmuster und Standardformulierungen bedient¹²⁰. Abgrenzungskriterium ist hier, dass er nicht einer Vielzahl von Personen AGB empfiehlt, sondern diese für den einzelnen Mandanten entwirft¹²¹. Wenn der Anwalt oder Notar von ihm ausgearbeitete AGB mehreren Mandanten anbietet, wird aber auch er zum Empfehler, selbst wenn es sich jeweils um Einzelmandate handelt¹²².

2. Anspruch auf Unterlassung und Widerruf

a) Rechtsnatur

- 32 Werden AGB, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind, verwendet oder empfohlen, so erwächst daraus den in § 3 genannten Verbänden und Körperschaften grundsätzlich (Ausnahme siehe § 3 Abs. 2) ein konkreter, auf **dauernde Unterlassung der Verwendung unwirksamer AGB** gerichteter Anspruch sowie **daneben** ggf. ein Anspruch auf **Widerruf empfohlener AGB**. Beide Ansprüche sind **materiell-rechtlicher Natur** i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB. So hat der BGH nach langem wissenschaftlichen Streit um die rechtliche Einordnung des Anspruchs auf Unterlassung und Widerruf¹²³ erwartungsgemäß entschie-

118 So auch *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 5; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 12; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 41.

119 *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 5; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 32 f.; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 41.

120 *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 5; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 14; *Ulmer DNotZ* 1981 84 ff.; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 41.

121 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 233; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 41; **a.A.** *MünchKommZPO/Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 37 f. generell dann, wenn Klauseln von Dritten für den rechtsgeschäftlichen Verkehr entworfen werden, also insbesondere auch von Anwälten. *Micklitz* ordnet diese Personen aber dann dem Kreis der Verwender zu.

122 *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 42.

123 Siehe dazu *Hensen* (9. Aufl.) § 13 AGBG Rdn. 23 und mit ausführlicher Begründung *Kohler* Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage, S. 41 ff.

den¹²⁴. Der Gesetzgeber selbst hatte schließlich, um dem Streit über die rechtliche Einordnung des Klagerechts ein Ende zu setzen¹²⁵, mit der **Änderung des Eingangssatzes** von § 13 Abs. 2 AGBG und der Regelung in Abs. 2 Satz 2 (jetzt § 3 Abs. 1) festgeschrieben, dass das Recht, Unterlassung und Widerruf zu verlangen, materiell-rechtlicher Natur sei¹²⁶.

Die nähere materiell-rechtliche Einordnung des Unterlassungsanspruchs muss davon ausgehen, dass die Klauselverbote der **§§ 307 bis 309 BGB keine Schutzgesetze** i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen, wie sich das Gesetz überhaupt darauf beschränkt, die Verwendung unwirksamer AGB mit dem Unterlassungsgebot im Verbandsprozess und mit dem Unwirksamkeitsverdikt im Individualprozess zu sanktionieren. Von Schadensersatzverpflichtungen ist im AGB-Recht keine Rede. Gleichwohl kann die Verwendung unwirksamer AGB zu einer **Vermögensschädigung** führen, und zwar unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss¹²⁷ oder der Pflichtverletzung. Der Anspruch auf Unterlassung ist erst mit dem AGBG verliehen worden, so dass Verträge aus der Zeit **vor dem 1.4.1977 nicht** der Kontrollklage unterliegen¹²⁸. 33

Soweit das UKlaG dem **Verband** in § 1 eigene Rechte zuweist, erfolgt dies allein auf Grund einfachgesetzlicher Anordnung. Unterliegt der Verband in einem Verfahren nach dem UKlaG, sind **weder seine eigenen Grundrechte** betroffen noch kann er im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde im Wege der Prozessstandtschaft die Verletzung der Grundrechte seiner Mitglieder rügen. Nur die verfahrensrechtlichen **Grundrechte** wie z.B. **Art. 101 und Art. 103 GG** stehen dem Verband zu¹²⁹. 33a

b) Inhalt des Anspruchs auf Unterlassung

Von unwirksamen AGB darf in keiner Phase der Rechtsbeziehung zu einem Kunden **Gebrauch gemacht** werden. Die AGB dürfen weder in neue Verträge eingebracht noch dürfen sie im Verlaufe der Vertragsabwicklung dem Kunden entgegeng gehalten werden. Dieses **Sichberufen** auf die AGB hat der BGH schon früh als Verwendung eingestuft¹³⁰. Die nach § 1 gebotene Unterlassung der **Verwendung** umfasst sonach **zwei Fallvarianten**, nämlich zum einen **den Neuabschluss von Verträgen** unter Einbeziehung der beanstandeten AGB – die Erstverwendung – und zum anderen das **Sichberufen bei der Abwicklung der Verträge** – 34

124 BGH NJW-RR 1990 886 = MDR 1990 814 = ZIP 1990 511; dazu *Heinrichs EWiR* 1990 421; BGH NJW 1995 1488. Gegen diese Sicht vehement *E. Schmidt* ZIP 1991 629: „zitatentreich gespickter Schnellschuss“ und MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 3; *Prütting/Gehrlein/Halfmeier* ZPO, 2. Aufl. 2010, § 1 UKlaG Rdn. 2.

125 So ausdrücklich BT-Drucks. 14/2658 S. 52.

126 *Greger* NJW 2000 2457 (2462) misst der Änderung hohe Bedeutung bei.

127 BGH NJW 1984 2816 (2817); ZIP 1987 35; NJW 1988 197; näher *Brandner* in FS Oppenhoff, 1985, S. 11 ff.; *Bohle/Micklitz* S. 18; weitergehend *Tilmann* ZHR 142 1978 52 (55 f.).

128 BGH NJW 1997 1068; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 1; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 2.

129 BVerfG VersR 2006 1057 Rdn. 14 ff.

130 Grundlegend BGH NJW 1981 1511, sodann BGHZ 116 179 = NJW 1992 179 unter II 5; BGHZ 127 35 = NJW 1994 2693; NJW 2003 1237 (1238); *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 9.

die Weiterverwendung –¹³¹. Soweit es die letzte Variante betrifft, kommt dem Unterlassungsurteil **keine Rückwirkung** zu, denn es erfolgt kein nachträgliches Verbot der in der Vergangenheit liegenden Vereinbarung der Klausel, sondern allein das Verbot, sich zukünftig auf diese Klausel zu berufen¹³². Die Verurteilung, „nicht mehr zu verwenden“, erfasst stets beide Varianten¹³³. Ob der Kläger, statt nur das Wort „verwenden“ zu benutzen, erläuternd beide Fallgruppen in seinen Antrag aufnimmt, ist einerlei. Kommt aus tatsächlichen Gründen – etwa weil die beanstandete Klausel seit längerem durch eine neue ersetzt worden ist – nur noch die **Abwicklung von Altverträgen** in Betracht, braucht zur bloßen Klarstellung allein diese Verwendungsalternative zum Klagegegenstand gemacht zu werden, indem beantragt wird zu untersagen, sich auf die AGB zu berufen. Dieser Antrag wäre inhaltsgleich mit dem, AGB nicht mehr (oder nicht weiter) zu verwenden. Eine wie auch immer ausgestaltete „**Aufbrauchfrist**“ steht dem Verwender nicht zu¹³⁴.

- 35 **Aushänge von AGB**, etwa in **chemischen Reinigungen** oder in Versteigerungslökalen, müssen eingezogen oder geändert werden¹³⁵. Auch die AGB auf der Homepage des Unternehmens müssen gelöscht oder geändert werden¹³⁶. Ein Anspruch auf **Herausgabe** oder **Vernichtung des AGB-Materials** besteht indes nicht¹³⁷. Auch kennt das AGB-Recht **keinen Folgenbeseitigungsanspruch** des Verbandsklägers, der darauf gerichtet wäre, dass der Verwender seine Vertragspartner auf die **Unwirksamkeit der AGB hinweisen müsste**¹³⁸. Etwas anderes folgt auch **nicht aus Art. 7 Abs. 2 der Klauselrichtlinie**. Denn auch ohne den Folgenbeseitigungsanspruch stellt das deutsche Recht einen angemessenen und wirksamen Schutz vor der Verwendung und Empfehlung missbräuchlicher Vertragsklauseln sicher¹³⁹. Dementsprechend steht dem Verbandskläger **auch kein Anspruch auf Auskunft** gegen den Verwender zu, gegenüber welchen Kunden er die AGB verwendet hat¹⁴⁰. Allerdings erwächst dem einzelnen Vertragspartner, der die Scheinbindung der AGB nicht erkennt, wegen unterlassenen Hinweises des Ver-

131 Unstrittig, siehe zuletzt nur BGH NJW 2010 989 Rdn. 18 m.w. Nachw.

132 Siehe nur BGHZ 127 35 = NJW 1994 2693 und insbesondere NJW 1996 924 (925); Kohler Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage, S. 47; a.A. Hadding EWiR 1996 735.

133 Ebenso Stoffels Rdn. 1132; BGH NJW 1994 2693.

134 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 12; Kohler Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage, S. 47; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 9; Stoffels Rdn. 1133; BGH NJW 1980 2518 (2519); NJW 1982 2311 (2312); OLG Düsseldorf WRP 2010 802 Rdn. 44; a.A. Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 21.

135 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 12; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 9; Stoffels Rdn. 1133.

136 Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 12; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 48.

137 So auch Erman/Roloff § 1 UKlaG Rdn. 10; Kohler Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage, S. 47; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 9; Staudinger/Schlosser § 1 UKlaG Rdn. 23; Stoffels Rdn. 1097; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 48; a.A. MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 31 und 40; ähnlich Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 12; Herausgabe bereits versandter Kataloge von Kunden fordern.

138 BGH NJW 1981 1511 unter II 2 c cc; NJW-RR 2008 624 Rdn. 22; NJW 2008 1160 Rdn. 17; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 9; a.A. Köhler/Bornkamm § 1 UKlaG Rdn. 12; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 32; Bunte NJW 1981 1793.

139 A.A. MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG § 1 Rdn. 6.

140 BGH NJW-RR 2008 624 Rdn. 5, 22; NJW 2008 1160 Rdn. 2, 17.

wenders auf die Unwirksamkeit der AGB womöglich ein Schadensersatzanspruch (oben Rdn. 33)¹⁴¹.

Soweit es sich um eine **ergänzungsbedürftige Klausel** handelt, ist zu differenzieren. Enthält die Klausel für die Ergänzung Vorgaben, z.B. Ankreuzmöglichkeiten, und besteht die **Unwirksamkeit nur für bestimmte Auswahlmöglichkeiten**, besteht auch der Unterlassungsanspruch nur für diese unwirksame Auswahlmöglichkeit, nicht aber generell für die gesamte Klausel¹⁴². Sind die Ausfüllmöglichkeiten nicht vorgegeben, besteht der Anspruch auf Unterlassung in Bezug auf die gesamte Klausel, wenn nur eine denkbare Ausfüllmöglichkeit zur Unwirksamkeit der Klausel führt¹⁴³ (vgl. oben Rdn. 22). 36

c) Wiederholungsgefahr

Wie bei jedem materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch muss eine **Wiederholungsgefahr** gegeben sein, um den Anspruch entstehen zu lassen¹⁴⁴. Etwas anderes folgt auch nicht aus **europarechtlichen Vorgaben**. Denn ein Unterlassungstitel ist sowohl nach nationalem als auch europäischem Recht sinnentleert, wenn es an einer Wiederholungsgefahr fehlt¹⁴⁵. Anders als bei Schadensersatzansprüchen geht es im Rahmen des Unterlassungsanspruchs nicht um die Wiederherstellung des in der Vergangenheit gestörten Rechtsfriedens, sondern um die zukünftige Sicherstellung desselben. Aus der Person des Verwenders ist unschwer zu schließen, ob die Gefahr wiederholter Verwendung der AGB zu vermuten ist. Dies ist der **Regelfall**. Denn wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr AGB zugrunde legt, bedient sich ex definitione (§ 305 Abs. 1 BGB) des für eine Vielzahl von Verträgen entwickelten Klauselwerks und will das wiederholen¹⁴⁶. Insofern trägt der Kläger zwar im Grundsatz die **Darlegungs- und Beweislast**. Es gilt aber eine **tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr**, die vom Verwender widerlegt werden muss¹⁴⁷. 37

Ganz ausnahmsweise werden AGB von einer Person **nur einmal verwendet**. Wer sich eines der im Schreibwarenhandel erhältlichen Formulare für den Verkauf gebrauchter Kraftfahrzeuge bedient, um sein Auto mit vorformuliertem Gewährleistungsausschluss zu verkaufen, verwendet AGB (§ 305 BGB Rdn. 24), begründet aber keine Wiederholungsgefahr¹⁴⁸. Allerdings bleibt es auch hier bei der zunächst 37a

141 Vgl. *Brandner* in FS Oppenhoff, 1985, S. 20.

142 BGH NJW 1992 503; NJW 1993 1651 (1653); *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 9.

143 BGH NJW 1992 503; NJW 1993 1651 (1653); *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 9.

144 BGHZ 79 117 = NJW 1981 867; BGHZ 81 222 = NJW 1981 2412; NJW 1983 2026; NJW 1984 2161; NJW 1995 2710; NJW 2002 2386; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003 778; *Fehl* S. 120; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 10; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 8; *Reinel* S. 35 f.; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 20; *Stoffels* Rdn. 1130.

145 *Köhler* Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage, S. 50; *a.A. Nassall* in Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 1057 Rdn. 25.

146 BGHZ 119 152 = NJW 1992 3158 unter V 2; NJW 1996 988.

147 BGH MMR 2010, 173 Rdn. 10; NJW 2002 2386; OLG Frankfurt NJW-RR 2003 1430 (1431); OLG Düsseldorf WRP 2010 802 Rdn. 41; LG Rostock v. 26.4.2007 – 4 O 316/06 – juris – Rdn. 79; *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 9; *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 10; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 8; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 20; *Stoffels* Rdn. 1130.

148 *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 32.

bestehenden tatsächlichen Vermutung der Wiederholungsgefahr, die der Verwender unter Hinweis auf die nur einmalige Verwendung widerlegen muss.

- 38 An die **Widerlegung der Wiederholungsgefahr** werden seit jeher hohe Anforderungen gestellt. Zunächst versteht sich von selbst, dass die Wiederholungsgefahr besteht, wenn der Verwender oder Empfehler seine AGB **verteidigt**¹⁴⁹, einerlei mit welcher Intensität er das tut. **Sie entfällt grundsätzlich nur mit der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung**¹⁵⁰. Die (bloße) Erklärung, die beanstandeten AGB seien zwischenzeitlich geändert, reicht ebenso wenig wie diejenige, die beanstandeten AGB würden in Zukunft nicht mehr verwendet werden¹⁵¹. Auch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung mit **Aufbrauchfrist reicht nicht**¹⁵². Ebenso wenig reicht die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, die nur die Verwendung in neuen Verträgen **nicht aber die Abwicklung alter Verträge** umfasst¹⁵³. Auf die Umstände des Einzelfalls kommt es an, wenn die mit der Unterlassungserklärung geforderte feste **Vertragsstrafe zu hoch bemessen** ist. Gibt der Abgemahnte dann eine Unterlassungserklärung ab, hat er seinerseits eine angemessene Vertragsstrafe anzubieten¹⁵⁴. In diesen Fällen dürfte es auch ausreichend sein, wenn der Abgemahnte die Festsetzung der Höhe der angemessenen Vertragsstrafe in das Ermessen des Gerichts stellt. Bietet er demgegenüber eine ersichtlich zu niedrige Vertragsstrafe an, bleibt die Wiederholungsgefahr bestehen¹⁵⁵. Mit Recht verlangt der BGH außerhalb der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung das Vorliegen **besonderer Umstände**, aus denen sich erfahrungsgemäß der Wegfall der **Wiederholungsgefahr** herleiten lässt¹⁵⁶. Diese **entfällt**, wenn der Verwender **von Anfang an die Berechtigung der Beanstandung nicht bestreitet** und seinen Vertragspartnern ausdrücklich mitteilt, er werde aus den unzulässigen Klauseln keine Rechte mehr herleiten¹⁵⁷. Sie entfällt ebenso mit rechtskräftiger Verurteilung in einem

149 BGH MMR 2010, 173 Rdn. 10; BGHZ 116 1 = NJW 1992 179; BGHZ 127 35 = NJW 1994 2693; NJW 1995 2710; NJW 1996 988; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 227; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 20; *Stoffels* Rdn. 1130.

150 BGH NJW 1992 1108; NJW 1995 2710; NJW 1996 988; NJW-RR 2001 485 (487); NJW 2002 2386. Den Fall einer sachlich nicht angezeigten Dritunterwerfung behandelt zutr. OLG Frankfurt EWIR 2003 1157; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 27; *Stoffels* Rdn. 1130.

151 BGH NJW-RR 1990 1141; NJW 1992 1108; BGHZ 119 152 = NJW 1992 3158 unter V 2; NJW 1992 2710; NJW 1996 988; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2003 1430 (1431); *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 10; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 27; *Stoffels* Rdn. 1130; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 35.

152 BGH NJW 1982 2311 (2312); OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2003 1430 (1431); *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 8; a.A. OLG Köln NJW-RR 2003 316 für den Fall einer kurzen Frist, die zur Sicherstellung der Nichtmehrerwendung notwendig ist; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 20.

153 OLG Stuttgart BauR 2002 1093 (1096); *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 8.

154 LG Itzehoe v. 20.10.2005 – 7 O 402/05 – juris – Rdn. 21.

155 Bsp.: LG Itzehoe v. 20.10.2005 – 7 O 402/05 – juris – Rdn. 21, wobei die Bank lediglich eine Vertragsstrafe von 3000 Euro angeboten hat.

156 BGHZ 119 152 = NJW 1992 3158 unter V 2; NJW 1996 988.

157 BGHZ 81 222 = NJW 1981 2412 m. krit. Anm. *Bultmann* BB 1982 703. Der BGH hätte den Ausnahmecharakter dieser Entscheidung in der Tat stärker betonen sollen. So auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2003 778; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 8; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 35.

Parallelverfahren¹⁵⁸ oder der Abgabe einer **strafbewehrten Unterlassungserklärung gegenüber einem anderen Anspruchsberechtigten**, wenn der andere Anspruchsberechtigte bereit und geeignet erscheint, die Unterlassungsverpflichtung nötigenfalls zwangsweise durchzusetzen¹⁵⁹. Auch dann, wenn die **Unwirksamkeit** der streitgegenständlichen Klausel **in der Vergangenheit umstritten** war, der Gesetzgeber die Frage später eindeutig im Sinne der Unwirksamkeit entschieden hat und der Beklagte die AGB seit der Gesetzesänderung nicht mehr verwendet, kann die Wiederholungsgefahr entfallen¹⁶⁰. Bei **Verwendern mit großen Namen** geringere Anforderungen an die Wiederholungsgefahr zu stellen, ist fehl am Platze¹⁶¹. Die Wiederholungsgefahr erlischt, wenn es zu einer **endgültigen Geschäftsaufgabe** kommt¹⁶². Ob dies auch gilt, wenn es zum Erlöschen des Verwenders gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG in Folge einer **Verschmelzung** kommt, ist zweifelhaft¹⁶³. Hier dürften die Umstände des Einzelfalls entscheidend sein.

Soweit die AGB noch niemals zuvor verwendet wurden, sondern die **erstmalige Verwendung** erst bevor steht, gilt für den Kläger **keinerlei Beweiserleichterung**. Vielmehr hat hier der Kläger im Einzelnen darzulegen und zu beweisen, dass davon auszugehen ist, dass die AGB verwendet werden sollen, also eine Erstverwendungsgefahr besteht. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn das Unternehmen die interne Weisung ausgibt, Verträge zukünftig mit den angegriffenen AGB zu schließen, oder die AGB in den Druck gegeben werden¹⁶⁴. 39

d) Anspruch auf Widerruf der Empfehlung

Der **Empfehler** unwirksamer AGB ist außer dem Anspruch, die Empfehlung zu unterlassen, einem Anspruch auf **Widerruf** ausgesetzt. Ein Unterlassungsanspruch gegen den **Verbandsempfehler** ist – anders als beim Verwender – weniger dringend. Zwar fehlt es auch hier nicht an der Wiederholungsgefahr, weil damit zu rechnen ist, dass der Verband einem neuen Mitglied die Verbandsempfehlungen unterbreiten wird. Das allgemeine Interesse geht in diesem Fall jedoch in erster Linie dahin, den Rechtsverkehr von den vom Empfehler verbreiteten unwirksamen AGB zu reinigen. Der Empfehler muss deshalb die Empfehlung der AGB widerrufen und damit den nach dem Gesetz **unzulässigen Zustand beseitigen**. Er trägt die **Beweislast** dafür, dass **veränderte Umstände** einen Widerruf entbehrlich machen. **Er vollzieht den Widerruf** dadurch, dass er den Empfängern der empfohlenen AGB – in der Regel den Verbandsmitgliedern – die **Unwirksamkeit der einzelnen Klauseln** mitteilt. Ist der Empfehler zum Widerruf verurteilt worden, regelt § 9 Nr. 4 die Form des Widerrufs (§ 9 Rdn. 7 ff.). Den Empfehler 40

158 BGH NJW 1983 1060 für den UWG-Bereich; NJW-RR 2003 984; OLG Koblenz WM 1983 1272; a.A. Göbel S. 129 f.

159 OLG Frankfurt NJW-RR 2003 1430 (1431); Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 8; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 36.

160 BGH MMR 2010, 173 Rdn. 11 f.

161 MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 29; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 35. Zust. BGH ZIP 2000 1934 unter 2 e, die Telekom betreffend.

162 OLG Zweibrücken NJW-RR 1994 1363 (1364); Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 8; Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 35.

163 BGH NJW 2008 301 Rdn. 11 f.; Palandt/Bassenge § 1 UKlaG Rdn. 8.

164 Wolf/Lindacher § 1 UKlaG Rdn. 37.

trifft allerdings über die gesetzlich geregelte Widerrufspflicht hinaus kein weitergehender **Beseitigungsanspruch** etwa in Form des Rückrufs. Die Regelung des § 1 zum Widerruf ist insoweit abschließend¹⁶⁵. Einzig dann, wenn es sich um einen Dauertatbestand handelt, wenn also die Empfehlung anschlagsartig beispielsweise am Mitteilungsbrett eines Verbandes oder auf der Homepage dauerhaft ausgehängt ist, besteht ein Anspruch auf Entfernung des Aushanges¹⁶⁶. Ein solcher Anspruch ist nicht als Beseitigungsanspruch, sondern als Verstoß gegen die Unterlassungspflicht aufzufassen, denn mit der Aufrechterhaltung des Aushanges und damit der Empfehlung hält der Empfehler gerade entgegen dem Unterlassungsgebot an seiner Empfehlung fest.

3. Verjährung des Anspruchs

- 41 Die **Verjährung** der Ansprüche aus § 1 folgt §§ 195 ff. BGB. Der Gesetzgeber hat die Sonderregelung des § 13 Abs. 4 AGBG angesichts der Neuregelung des Verjährungsrechts zutreffend für überflüssig erachtet¹⁶⁷. Die Verjährung beginnt drei Jahre, nachdem der Anspruchsberechtigte i.S.d. § 3 Kenntnis davon erlangt hat, dass und von wem unwirksame AGB verwendet oder empfohlen worden sind. Da es sich bei den Klägern durchweg um juristische Personen handelt, kommt es für die Kenntnis auf den gesetzlichen Vertreter oder aber den zuständigen Sachbearbeiter an¹⁶⁸. **Nach jeder erneuten Verwendung** oder Empfehlung beginnt die **Verjährungsfrist von neuem** zu laufen¹⁶⁹. Diese Frist ist lang; ein Unterlassungsanspruch wird zumeist schon mangels Wiederholungsgefahr nach längerem Zeitablauf seit der letzten Verwendung nicht mehr bestehen. Anders liegt es im Falle einer Empfehlung. In der Praxis spielt die Einrede der Verjährung so gut wie keine Rolle. Im Falle einer **Empfehlung** läuft die Frist von dem Zeitpunkt an, in welchem die Empfehlung unwirksamer AGB dem Adressaten der Empfehlung **zugegangen ist**¹⁷⁰. Eine **a.A.** meint, die Verjährung des Anspruchs im Falle der Empfehlung scheidet stets aus, weil es sich bei der Empfehlung um eine Dauerhandlung handele und damit mangels Beendigung der Handlung die Frist nicht zu laufen beginne¹⁷¹.

4. Rechtsschutzbedürfnis für die Kontrollklage/Verwirkung

- 42 Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage nach § 1 liegt regelmäßig ohne weiteres vor¹⁷². Die **Abmahnung** des Verwenders oder Empfehlers (dazu

165 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 22 f.; **a.A.** *Köhler/Bornkamm* § 1 UKlaG Rdn. 13.

166 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 24.

167 Begründung des Regierungsentwurfs zu § 1, BT-Drucks. 14/6040.

168 BGH NJW 1968 988; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 45.

169 Siehe auch BGH NJW 1994 2693 (Laufzeit einer Unfallversicherung); *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 12; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 15; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 34; *Stoffels* Rdn. 1144; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 54.

170 Siehe *Reich/Vergau* in FS Heinrichs, 1998, S. 417 m.w. Nachw. und Aufzählung von Fallgruppen.

171 *Dietlein/Rebmann* § 13 AGBG Rdn. 12, welche die Empfehlung als Dauerhandlung ansehen; MünchKommZPO/Micklitz § 1 UKlaG Rdn. 43; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 54.

172 BGH NJW-RR 1990 886 = ZIP 1990 511 (512); *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 35.

auch § 5 Rdn. 3 ff.), also eine **vorherige Konsultation** des Verwenders, wie sie Art. 5 der Unterlassungsklagenrichtlinie¹⁷³ den Mitgliedstaaten freigestellt hat, um vor Erhebung der Unterlassungsklage „die Einstellung des Verstoßes ... zu erreichen“, ist keine Prozessvoraussetzung, kann aber zur Anwendung des § 93 ZPO führen (vgl. § 5 Rdn. 3). Dagegen kann es nicht darauf ankommen, dass der Klagebefugte mit der Klageerhebung eine Zeit lang zugewartet hat, wobei auch gleichgültig ist, ob für den Beklagten ein besonderer Vertrauenstatbestand gesetzt worden ist. Denn eine **Verwirkung** der im Allgemeininteresse verliehenen Klagebefugnis aus § 1 tritt grundsätzlich nicht ein¹⁷⁴, auch nicht etwa dadurch, dass der Verwender mit einem klagebefugten Verband den jetzt beanstandeten Klauselinhalt abgestimmt hat. Darin lässt sich kein auf Dauer erteiltes „Unbedenklichkeitstestat“¹⁷⁵ sehen. Verwender und Empfehler sind also nicht davor geschützt, dass Klagebefugte ihre früher geäußerten Rechtsansichten ändern. Erst recht ist ein Verbandskläger nicht gehindert, gegen weitere AGB eines Verwenders vorzugehen, nachdem er in einem früheren Verfahren andere AGB desselben Klauselwerks beanstandet hatte¹⁷⁶. Streitig ist, ob aus den gleichen Gründen auch ein **rechtsgeschäftlicher Verzicht auf den Anspruch nach § 1** ausscheidet¹⁷⁷. Indes dürfte dies nicht der Fall sein. Dem Gesetz lässt sich eine Einschränkung der Dispositionsmaxime der Anspruchsinhaber über den Anspruch nach § 1 nicht entnehmen. Aus dem Befund, dass es sich bei dem Anspruch aus § 1 um einen gewöhnlichen materiell-rechtlichen Anspruch handelt, folgt, dass die Anspruchsinhaber auch berechtigt sind, über ihren Anspruch nach Belieben zu verfügen. Das **Rechtsschutzbedürfnis fehlt** aber, wenn eine nicht mehr anfechtbare **einstweilige Verfügung** ergangen ist *und* der Verfügungsbeklagte bindend erklärt hat, dass er diese gegen sich gelten lassen werde, er also eine sog. Abschlusserklärung abgibt¹⁷⁸, und schließlich nach Eintritt der Rechtskraft eines obsiegenden Urteils im **Parallelprozess** gegen denselben Verwender¹⁷⁹. Dagegen fehlt das Rechtsschutzbedürfnis nicht im Falle einer **Mehrfachverfolgung** eines Verwenders durch verschiedene Klagebefugte bei Abweisung der Klage¹⁸⁰. Allerdings wird eine solche Mehrfachverfolgung wohl nur stattfinden, wenn das abweisende Urteil nicht überzeugt, weil wesentliche rechtliche Aspekte ungenügend gewürdigt worden sind, so dass eine erneute Befassung mit der Sache nicht von vornherein aussichtslos erscheint. Aus dem Streitgegenstand des Kontrollverfahrens (siehe § 5 Rdn. 28) folgt, dass auch eine zeitgleiche Inanspruchnahme des Ver-

173 RL 98/27/EG, ABl. EG Nr. L 166 v. 19.5.1998, S. 51 ff.

174 BGH NJW 1995 1488 im Anschluss an NJW-RR 1990 886 = ZIP 1990 511 (512); *Erman/Roloff* § 1 UKlaG Rdn. 12; *MünchKommZPO/Micklitz* § 1 UKlaG Rdn. 47; *Palandt/Bassenge* § 1 UKlaG Rdn. 15; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 34; *Stoffels* Rdn. 1144; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 56.

175 BGH NJW 1995 1488 unter I 2 c; *Wolf/Lindacher* § 1 UKlaG Rdn. 4.

176 So OLG Frankfurt BB 1994 1170 m. Anm. *Ulrich EWiR* 1994 419 als Vorinstanz zu BGH NJW 1995 1488.

177 Für die Wirksamkeit: *Säcker* Rdn. 83. Für die Unwirksamkeit *Halfmeier* Popularklagen, S. 156 f.

178 BGH GRUR 2009 1096 Rdn. 14; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 20.

179 OLG Koblenz WM 1983 1272; *Sieg VersR* 1977 489 (493); *Wolf/Lindacher* § 5 UKlaG Rdn. 45; *a.A. Göbel* S. 129; *MünchKommZPO/Micklitz* § 3 UKlaG Rdn. 10; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 35.

180 *Wolf/Lindacher* § 5 UKlaG Rdn. 43.

wenders/Empfehlers bzgl. derselben Klausel durch verschiedene Verbände möglich ist und die Rechtshängigkeit des ersten Verfahrens nicht der Zulässigkeit der späteren Verfahren entgegensteht¹⁸¹. Soweit eine Mehrfachverfolgung allein aus Gebühreninteresse erfolgt, schützt der **Einwand des Rechtsmissbrauchs** den Beklagten¹⁸².

- 43 Umstritten ist, ob das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage gegen einen „**kleinen**“ **Verwender**, also ein kleines oder mittleres Unternehmen, deshalb fehlt, weil dieselben AGB von großen Unternehmen verwendet oder gar von einem Verband empfohlen worden sind¹⁸³. Die Frage muss unter Hinweis auf die Eigenverantwortung des Verwenders für seine AGB verneint werden.

5. Verhältnis zum Individualprozess

- 44 Wie die Regelung des § 11 zeigt, steht die **Kontrollklage nach § 1 einem Individualprozess nicht entgegen**. Der Feststellungsklage des Kunden, dass eine bestimmte AGB-Norm unwirksam sei, wird allerdings in der Regel das Feststellungsbedürfnis fehlen, wenn es bereits eine entsprechende Klärung im Verbandsverfahren gegeben hat¹⁸⁴. Etwas anderes dürfte dann gelten, wenn sich der Verwender dennoch unter Verweis auf die individuellen Umstände des Einzelfalls, die naturgemäß nicht Gegenstand des abstrakten Klauselverfahrens waren, auf die Wirksamkeit im konkreten Einzelfall beruft.

§ 2

Unterlassungsanspruch bei verbraucherschutzgesetzwidrigen Praktiken

§ 2a

Unterlassungsanspruch nach dem Urheberrechtsgesetz

Die Vorschriften betreffen nicht das AGB-Recht und wurden nicht kommentiert.

181 *Wolf/Lindacher* § 5 UKlaG Rdn. 43.

182 Vgl. *Lindacher* ZZP 103 1990 397 (407).

183 Bejahend *Bunte* DB 1980 485; *Creutzig* S. 21; *Reinel* Verbandsklage, S. 65; *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 36; verneinend OLG Frankfurt WRP 1980 2075 = DB 1990 2235; in der Revisionsentscheidung dazu hat der BGH nicht Stellung genommen, NJW 1982 331; ablehnend auch *Halfmeier* Popularklagen, S. 165 f.; *Wolf/Lindacher* § 5 UKlaG Rdn. 42.

184 *Staudinger/Schlosser* § 1 UKlaG Rdn. 2; BGH NJW 1982 644 (645).