

Springer-Lehrbuch

Verbraucherschutz im Zivilrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Barbara Grunewald, Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer

1. Auflage 2010. Taschenbuch. xviii, 169 S. Paperback
ISBN 978 3 642 14420 2
Format (B x L): 0 x 0 cm
Gewicht: 293 g

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil > Allgemeine Geschäftsbedingungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

B Verbraucherschutz bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

I. Zweck und Gefahren von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Zweck von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden vom Verwender typischerweise als juristisch ausgefeiltes Regelwerk dem Adressaten präsentiert, welches der Kunde nur selten komplett liest und versteht. Hiermit wird zweierlei bezweckt:¹ Zum einen geht es dem Verwender um eine Standardisierung von Massengeschäften. Dies erleichtert ihm die Vertragsabwicklung und bringt **Rationalisierungsvorteile**, die auch dem Kunden zugutekommen. Dies gilt ganz besonders im Bereich von Vertragstypen, die im BGB nicht normiert sind, da dann die Rechtslage mangels klar ausformulierten dispositiven Rechts besonders schwer zu ermitteln ist. 29

Neben diesem Rationalisierungseffekt bietet die Ausgestaltung eines Vertrages mittels AGB dem **Verwender** noch einen weiteren Vorteil. Er kann in die **AGB Regelungen einfügen, die für ihn günstig sind**. Dies wird ihm vielfach schon deshalb gelingen, weil es sich für den **Adressaten der Bedingungen oftmals nicht lohnt, diese genauer zu studieren**.² Denn regelmäßig steht für ihn dieser Zeitaufwand in keinem Verhältnis zu dem möglicherweise durch die Lektüre erzielbaren Verhandlungsvorteil. Denn zum einen ist ein Vertragsschluss ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen vielfach (auch bei einem anderen Anbieter) kaum erreichbar (Reinigungs-/Pauschalreiseverträge), sodass sich schon mangels Alternative das Studium der AGB kaum lohnt. Zum anderen rentiert sich der Zeitaufwand auch deshalb vielfach nicht, weil der Adressat das in Rede stehende Geschäft eben nicht wiederholt abschließt (Mietvertrag, Fernlehrgang). Er müsste also für einen einzigen Vertragsschluss relativ viel Zeit aufwenden. 30

¹ Grünberger JURA 2009, 249.

² Grünberger JURA 2009, 249, 250.

2. Die mit der Verwendung von AGB für den Adressaten verbundenen Gefahren

- 31 Damit besteht die Gefahr, dass die AGB als Vertragsinhalt in erster Linie **den Interessen des Verwenders** Rechnung tragen. Denn der Adressat ist dem Verwender typischerweise unterlegen, da der Verwender das Vertragswerk ausgearbeitet und auf sein Produkt zugeschnitten hat. Damit ist die klassische Gefahrenlage des Verbraucherschutzrechts gegeben (A Rn. 8). Es besteht die Gefahr der Überrumpelung und die einer Verschärfung des Informationsgefälles zwischen Unternehmer und Verbraucher (oben Rn. 9).
- 32 Gleichwohl knüpfen die Sonderregeln für AGB **im Ausgangspunkt nicht daran, dass der Adressat Verbraucher ist**. Die §§ 305 ff. BGB gelten vielmehr auch in reinen Unternehmerverträgen. Dennoch sind Verbraucher über § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB in weiterem Umfang als unternehmerische Vertragspartner geschützt. So gelten zu Gunsten des Verbrauchers manche Vermutungen (z. B. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB), die Inhaltskontrolle ist nicht auf eine Gesamtabwägung nach Maßgabe einer Generalklausel (§ 307 Abs. 1, 2 BGB) beschränkt, sondern durch sehr viele genauere und damit strengere Maßstabnormen (insbesondere §§ 308, 309, 310 Abs. 1 BGB) begrenzt. Das AGB-Recht hat damit sehr häufig seinen Schwerpunkt im Bereich des Verbraucherschutzes.
- 33 Darüber hinausgehend orientiert sich die Rechtsprechung im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB bei Verträgen zwischen Unternehmern stark anhand der eigentlich nur bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern einschlägigen Wertungen der §§ 308, 309 BGB. Dies entspricht zwar im Ausgangspunkt dem in § 310 Abs. 1 BGB enthaltenen Gedanken. Es wird aber kritisiert, dass den Besonderheiten des Handelsverkehrs nicht hinreichend Rechnung getragen wird³.

II. Die Klauselrichtlinie

- 34 Seit dem 1.4.1977 galt in der BRD das sog. AGBG, das in wesentlichen Teilen den §§ 305 ff. BGB entsprach.⁴ Auf europäischer Ebene wurde am 5.4.1993 die Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erlassen (oben Rn. 17). Obwohl dies nur zu kleinen Änderungen des Textes des AGBG führte, hatte es doch grundsätzliche Auswirkungen auf das deutsche Recht. Denn nunmehr sind die §§ 305 ff. BGB auf dem Hintergrund dieser Richtlinie zu interpretieren, also **richtlinienkonform auszulegen** (Rn. 19). Allerdings gilt die Richtlinie nur für AGB, die gegenüber Verbrauchern verwendet werden. Das wiederum hängt

³ Berger ZIP 2006, 2149, 2150; BB 2007, 2137; Lenkaitis/Löwisch ZIP 2009, 441; dagegen Graf von Westphalen ZIP 2007, 149, 154.

⁴ Die AGB-Verbandsklage ist heute im UKlaG geregelt, sie war früher im AGBG geregelt.

damit zusammen, dass Art. 114, 169 VAEU (ex-Art. 95, 153 EG) nur im Bereich des Verbraucherschutzes eine eindeutige Regelungskompetenz verleihen. In den sonstigen Bereichen verbleibt es dagegen im Wesentlichen bei der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten.

III. Die Reaktion der Rechtsordnung auf die geschilderte Problematik

Da aus den geschilderten Gründen (oben Rn. 31) die Vertragsposition des Adressaten der AGB bei Vertragsschluss nicht gleich stark wie diejenige des Verwenders der AGB ist, versucht das Gesetz die **Vertragsgerechtigkeit auf anderem Wege abzusichern**. AGB sind aber nicht verboten. § 305 BGB lässt sie dem Grunde nach zu. Darin kommt zum Ausdruck, dass ein anerkanntes Interesse daran besteht, Vertragsbedingungen in Massengeschäften zu standardisieren (Rn. 29). Um das AGB-typische Verhandlungsungleichgewicht auszugleichen, regelt das Gesetz nicht nur in besonderer Weise die Frage der Einbeziehung (§ 305 BGB) und der Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB), sondern unterwirft zudem die Bestimmungen solcher Standardverträge einer Inhaltskontrolle, die in §§ 307–309 BGB genauer geregelt ist. 35

IV. Begriff und Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Begriff

Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss stellt. Die Klauseln müssen **vorformuliert**, also vor Vertragsschluss fertig zur Verwendung in der Zukunft formuliert sein. Wenn das der Fall ist, handelt es sich schon bei der ersten Verwendung um AGB. Wer die Bedingung formuliert hat, ist ebenso irrelevant, wie die Frage, ob die Klausel schriftlich oder „im Kopf“⁵ vorformuliert ist. Denn schließlich ändern diese Aspekte nichts daran, dass der Verwender die Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig für sich nutzt. Auch wenn der Adressat die Möglichkeit hat, zwischen mehreren vorformulierten Alternativen in den AGBs zu wählen, beseitigt dies nicht den Umstand, dass der Text vorformuliert ist.⁶ 36

⁵ BGHZ 141, 108, 109; BGH NJW 2005, 2543, 2544; BGH NJW 2008, 2250 (Handschriftliche Einfügung in den Vertrag).

⁶ BGH NJW 1996, 1676, 1677; BGH NJW 1998, 1066, 1067.

- 37 Die Vorformulierung muss für eine **Vielzahl** von Verträgen erfolgt sein. Dies versteht die Judikatur dahingehend, dass die Klausel mindestens drei Mal verwendet werden soll, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich stets um denselben Vertragspartner oder um verschiedene handeln soll.⁷ Wird die Klausel von einem **Unternehmer gegenüber einem Verbraucher verwandt**, so bestimmt § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, dass bestimmte Normen zum Schutz des Vertragspartners des Verwenders auch dann gelten, **wenn die Vertragsbedingungen nur einmal** verwendet werden sollen. Zwar soll das nach dem Wortlaut der Bestimmung nur gelten, wenn der Verbraucher auf den Inhalt der Klausel auf Grund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen konnte.⁸ Dies schränkt den Anwendungsbereich aber nicht weiter ein, da dieses Kriterium nur erfüllt ist, wenn der Verwender die Klausel zur Disposition gestellt hat. Dann ist die Klausel aber auch ausgehandelt (unten Rn. 39) und die Sonderregeln für AGB gelten schon aus diesem Grund nicht.
- 38 Eine Vertragspartei muss die Klausel der anderen **stellen**, also verlangen, dass die Klausel in den Vertrag ohne weitere Verhandlungen aufgenommen wird⁹. Wurden die AGB von einem Unternehmer gegenüber einem Verbraucher verwandt, erledigt sich allerdings die Frage, wem die AGB zuzurechnen sind, weitgehend, da gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB die AGB als vom Unternehmer gestellt gelten, wenn der Unternehmer nicht beweisen kann, dass die Klauseln vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Damit werden insbesondere Klauseln Dritter (Notar) dem Unternehmer zugerechnet.
- 39 AGB liegen gemäß § 305 Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht vor, wenn sie im Einzelnen **ausgehandelt sind**. Dies setzt voraus, dass der Verwender die Klausel in ihrem gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellt.¹⁰ Eine bloße Erläuterung der Klausel reicht also nicht aus. Diese strengen Kriterien haben zu der Frage geführt, ob dies auch dann gelten soll, wenn es um einen Vertragsschluss zwischen Unternehmern geht.¹¹ Nach der Systematik des Gesetzes ist dies klar zu bejahen, da die Sonderregeln für Verträge zwischen Unternehmer und Verbraucher (§ 310 Abs. 3) auf § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nicht Bezug nehmen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

- 40 Nicht für alle vorformulierten Vertragsbedingungen gelten die §§ 305 ff. BGB. Ihr sachlicher Anwendungsbereich ergibt sich vielmehr aus § 310 Abs. 2 und Abs. 4

⁷ BGH NJW 2004, 1454, 1455.

⁸ Zur Beweislastverteilung BGH NJW 2008, 2250.

⁹ Siehe BGH ZGS 2010 219, 221: „An dem ... durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es jedoch, wenn deren Einbeziehung sich als das Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der von dem anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird“.

¹⁰ BGH NJW 2005, 2543.

¹¹ Dagegen Berger ZIP 2006, 2149; a.A. Graf von Westphalen ZIP 2009, 149, 150 ff.

BGB. Bei jeder Inhaltskontrolle ist daher zu prüfen, ob der Gegenstand überhaupt der sachlichen Kontrolle unterliegt. Daran fehlt es bei Verträgen aus dem Bereich des **Familien-, Erb- und Gesellschaftsrechts (§ 310 Abs. 4 BGB)**. Gleiches gilt für **Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen (§ 310 Abs. 4 S. 1 BGB)**. Bei diesen Verträgen wirken oftmals Notare bzw. die Tarifvertragsparteien mit. Es besteht daher die Vermutung, dass ein weitergehender Schutz nicht erforderlich ist. Auch bei bestimmten **Versorgerverträgen** sind §§ 305 ff. BGB nur eingeschränkt anwendbar (§ 310 Abs. 2 BGB). Hier spielt eine große Rolle, dass diese Verträge ursprünglich mit öffentlich-rechtlichen Unternehmen der Daseinsvorsorge geschlossen wurden. Auch nach der weitgehenden Privatisierung des entsprechenden Sektors gibt es im Bereich dieser Verträge noch eine starke behördliche Regulierung (z. B. durch die Bundesnetzagentur in Bonn). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese behördliche Regulierung für eine sachgerechte Vertragsgestaltung sorgt.

3. Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag

a) Gegenüber den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts ist die Aufnahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag erschwert. Der Verwender muss im Grundsatz **ausdrücklich auf seine AGB hinweisen** und der anderen Partei zudem die **Möglichkeit verschaffen, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen** (§ 305 Abs. 2 BGB). Diese Bestimmung gilt allerdings nicht gegenüber Unternehmern, für diese bleibt es also bei den allgemeinen Regeln, § 310 Abs. 1 S. 1 BGB. Der genannte Hinweis auf die AGB ist entbehrlich, wenn die AGB im Vertrag selbst enthalten sind und der Vertragspartner unterschreibt, da er dadurch die Chance erhält, vor der Unterschrift die Bedingungen zur Kenntnis zu nehmen.¹² Ist ein ausdrücklicher **persönlicher Hinweis** durch den Unternehmer selbst nach Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich (Schließfach, Waschanlage, Automaten- oder Parkhausnutzung), genügt ein Hinweis durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses. Dieser muss dem Vertragspartner bereits vor Vertragsschluss – also nicht auf dem Lieferschein – ins Auge fallen und auch deutlich machen, dass er sich auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bezieht.

b) Hinzutreten muss die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von den **AGB Kenntnis zu nehmen**. Sie müssen dem Adressaten also grundsätzlich ausgehändigt oder vorgelegt werden, bevor der Vertrag zustande kommt. Jedenfalls muss eine dieser Handlungen auf Wunsch des Adressaten möglich sein. Problematisch ist der bloße Hinweis des Verwenders, dass die AGB auf Wunsch zugesandt werden können. In der Regel ist die Zumutbarkeit der Kenntnisaufnahme in solchen Fällen zu verneinen,

¹² Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht § 305 Rn. 73.

da der Adressat in diesem Fall zunächst den Vertragspartner kontaktieren müsste, um den Wunsch auf Zusendung zu äußern. Dann müsste er einige Tage auf die Post warten und dann erneut zum Verwender gehen, um endlich den Vertrag zu schließen.¹³ Das erscheint nicht zumutbar.

- 43** Beim **Vertragsschluss im Internet** ist die Voraussetzung einer zumutbaren Kenntnisnahme z. B. dann erfüllt, wenn der Kunde die Möglichkeit hat, die AGB am Bildschirm zu lesen und zu kopieren.¹⁴ Bei kürzeren AGB genügt auch die Ab-rufbarkeit auf dem Bildschirm.¹⁵ Beides setzt voraus, dass es einen gut sichtbaren Link gibt, der dem Interessierten dort, wo auch eine Bestellmöglichkeit besteht, anzeigt, wo er den Text der AGB findet. In vergleichbarem Zusammenhang hat der BGH einen Hinweis, der über zwei Klicks erreichbar war und an der für den Nutzer relevanten Stelle gut sichtbar platziert wurde, für zumutbar gehalten.¹⁶ Bei einem telefonischen Vertragsschluss können allenfalls ganz kurze AGB durch Verlesen zum Vertragsinhalt werden. Allerdings kann der Vertragspartner auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme verzichten.¹⁷ Dieser Verzicht kann aber natürlich nicht selbst in den AGB erklärt werden!¹⁸
- 44** Gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB sind erkennbare Körperbehinderungen¹⁹ zu berücksichtigen. Desweiteren müssen die Geschäftsbedingungen in einer **verständlichen und lesbaren Form** abgefasst sein. Maßstab ist dabei das typische Verständnisvermögen eines der Sprache des Vertragsorts mächtigen Durchschnittsbürgers. Bei Ausländern müssen nach der Rechtsprechung keine Übersetzungen bereit gehalten werden.²⁰
- 45** Überdies muss der **Vertragspartner mit der Geltung der AGB einverstanden** sein (§ 305 Abs. 2 BGB a. E.). Allerdings erleichtert § 305 Abs. 1 BGB die Feststellung eines solchen Einverständnisses. Bei deutlichem Hinweis und zumutbarer Kenntnisnahmemöglichkeit wird man nämlich von einer konkludenten Einverständniserklärung ausgehen können. An der Grundlage hierfür fehlt es, wenn der Kunde ausdrücklich widerspricht. Der Widerspruch kann sich auf einzelne oder die gesamten AGB erstrecken. Sofern ein Widerspruch erfolgt ist, werden die AGB insoweit nicht Vertragsinhalt.

¹³ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht § 305 Rn. 85.

¹⁴ BGH NJW 2006, 2976 Tz. 16; *Nehrings* BB 1998, 2373, 2379.

¹⁵ Sehr großzügig OLG München NJW-RR 1998, 1277: 7 Seiten.

¹⁶ BGH NJW 2008, 1384 Tz. 15 – Versandkosten bei Internetbestellung (zu § 1 Abs. 6 Satz 2 PAngVO, wonach eine Preisangabe „leicht erkennbar“ sein muss). Die zwei Klicks reichten dem BGH auch, wenn es um die Erreichbarkeit des Impressums geht, das den Anbieter identifizierbar macht, BGH GRUR 2007, 159.

¹⁷ *Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht § 305 Rn. 146.

¹⁸ BGH NJW 1988, 2106, 2108.

¹⁹ Geistige Behinderungen werden im Bereich der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit/Betreuung berücksichtigt.

²⁰ BGH NJW 1983, 1489: Kauf eines Fertighauses durch Ausländer bei Geltung deutschen Rechtes; dazu *Schäfer* JZ 2003, 879.

4. *Wirksamkeitshindernisse*

Während die §§ 307 ff. BGB die Unwirksamkeit einzelner Klauseln betreffen, werden **überraschende Klauseln** im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB auch ohne Widerspruch gar nicht erst Bestandteil des Vertrages. Eine Prüfung des § 305c BGB geht daher der Inhaltskontrolle vor. Die Klauseln können auf zwei verschiedene Arten im Sinne von § 305c BGB überraschend sein. **46**

Einmal dürfen die Klauseln nicht im Vertrag **versteckt und daher schwer wahrzunehmen** sein, wie es z. B. durch besonders kleinen Druck oder Platzierung an einem ungewöhnlichen Ort der Fall sein kann. Außerdem dürfen die Klauseln nicht **inhaltlich überraschend** sein. Überraschend ist beispielsweise eine für den Kunden unerwartete Pflicht zur Übernahme bestimmter Vertragskosten oder eine sonstige für diesen Vertragstyp nicht übliche Verpflichtung, z. B. die Verpflichtung bei schuldlosem Scheitern der Vertragsverhandlungen Aufwendungsersatz zu zahlen²¹ oder auch die Erstreckung einer aus bestimmtem Anlass bestehenden Grundschuld auf alle Verbindlichkeiten des Schuldners.²² Überraschend kann auch eine Preisabrede sein, wenn dem Kunden das Angebot zum Abruf von Inhalten gemacht wird, er sich hierzu vorher mit seinen Adressdaten registrieren muss, ohne dass ihm mitgeteilt wird, dass das Angebot kostenpflichtig ist („Kostenfallen im Internet“, oben Rn. 15).

5. *Vorrang der Individualabrede*

Wenn die Parteien neben den AGB noch eine Individualabrede über (wenigstens teilweise) dasselbe sachliche Problem getroffen haben, **geht diese Vereinbarung nach § 305b BGB den AGB vor**. Dies gilt auch für mündliche Absprachen und selbst dann, wenn diese sich über eine Schriftformklausel hinwegsetzen.²³ **47**

6. *Auslegung von AGB*

AGB sind, sofern die Parteien sie nicht übereinstimmend anders verstanden haben, nach **objektiven Maßstäben** und demgemäß losgelöst vom Einzelfall auszuulegen, da sie eine allgemeine Regelung der betroffenen Rechtsbereiche enthalten.²⁴ **48** Auszugehen ist also von den typischerweise beim Verwender und dem Adressaten

²¹ OLG Celle VersR 1984, 69.

²² BGH ZIP 1995, 1979; *Stadler* in Jauernig § 305c Rn. 3.

²³ BGHZ 164, 138.

²⁴ BGH NJW 2002, 2103.

gegebenen Verhältnissen. Wenn nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsgrundsätze²⁵ Zweifel bei der Auslegung bleiben, so gehen diese zu Lasten des Verwenders, da dieser für das Klauselwerk die Verantwortung trägt (§ 305c Abs. 2 BGB). Für den im Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) geregelten Verbandsprozess, in dem Verbraucherschutzverbände einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung von unwirksamen AGB durchsetzen können, heißt dies, dass die Klausel so kundenfeindlich wie sinnvollerweise möglich auszulegen ist.²⁶ Auf diese Weise wird die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die Klausel der Inhaltskontrolle nicht standhält, was wiederum im Interesse der Adressaten der AGB ist. Im Individualprozess wird in einem ersten Schritt nicht anders verfahren²⁷. Nur wenn die so verstandene Klausel der Inhaltskontrolle standhält, wird dann in einem zweiten Schritt die Klausel so kundenfreundlich wie möglich verstanden.²⁸

V. Inhaltskontrolle

1. Von der Inhaltskontrolle erfasste Abreden

- 49 Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB sind von der Inhaltskontrolle nur Abreden erfasst, die von **Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen**, also nicht solche, die eine gesetzliche Regelung wiederholen oder Fragen regeln, für die es keine gesetzlichen Vorgaben gibt.²⁹ Dazu zählen neben der Bestimmung des Vertragszwecks und des Verhandlungspartners vor allem auch die Leistungsbeschreibung und Preisvereinbarung. Zwar leuchtet das im Grundsatz ein, da es keine gesetzlichen Regeln gibt, anhand derer diese Absprachen, die nahezu notwendigerweise von den Vertragspartnern getroffen werden müssen, kontrolliert werden könnten. Aber die Abgrenzung zu kontrollfähigen Modifikationen der Leistungsbeschreibung³⁰ und Preisnebenabreden³¹ ist eigentlich gar nicht zu leisten. Der BGH sieht als kontrollfähig solche Abreden an, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber dispositives Gesetzesrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze oder aus der Natur des Vertrages im Wege ergänzender Vertragsauslegung ableitbare Rechte und Pflichten treten können.³²

²⁵ BGH ZIP 2009, 1367, 1368.

²⁶ BGH NJW 2003, 1237, 1238.

²⁷ Siehe BGH ZGS 2010, 234.

²⁸ *Stadler* in Jauernig § 305c Rn. 7.

²⁹ Das Transparenzgebot von § 307 Abs. 1 S. 2 gilt auch für diese Abreden, § 307 Abs. 3 S. 2.

³⁰ BGH NJW 2001, 751, 752 (Zugangsbeschränkungen).

³¹ Klauseln, die kein Entgelt für Sonderleistungen zum Gegenstand haben, sondern Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten des Verwenders oder für Tätigkeiten, die in dessen eigenen Interessen liegen, sind ebenso kontrollfähig wie Preisanpassungs- und Zinsänderungsregeln: BGH WM 2009, 1076, 1077.

³² BGH NJW-RR 2005, 642.

2. Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit

§ 309 BGB zählt Klauselverbote auf, die jedenfalls nach Ansicht des Gesetzgebers keine unbestimmten Rechtsbegriffe enthalten. Herzstück dieser Norm ist einmal § 309 Nr. 7 BGB (kein Ausschluss der Haftung für Körperschäden und für grobe Fahrlässigkeit) und § 309 Nr. 8b BGB (Freizeichnung von der Gewährleistung bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und von der Gewährleistung bei Werkleistungen). Nach § 309 Nr. 1 BGB sind kurzfristige Preiserhöhungsklauseln unwirksam. Dies zeigt zugleich, dass diese Abreden der Inhaltskontrolle unterliegen und nicht als Preishauptabreden gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfrei sind.

§ 308 BGB befasst sich mit Klauselverboten, die unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten. Hierzu gehören Klauseln in Bezug auf Leistungsfristen (§ 308 Nr. 1 BGB), Änderungsvorbehalte (§ 308 Nr. 4 BGB) und Zugangsfiktionen (§ 308 Nr. 6 BGB).

3. Die Generalklausel

Ist keine der speziellen Regelungen über Klauselverbote einschlägig, so kann noch auf § 307 BGB zurückgegriffen werden. Diese Generalklausel kommt zur Anwendung, wenn die Bestimmung den Vertragspartner **entgegen den Geboten von Treu und Glauben** unangemessen benachteiligt. Damit wird anhand eines generalisierenden Maßstabes festgestellt, ob eine Klausel unangemessen ist. Bei Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmers gegenüber Verbrauchern gilt darüber hinaus, dass auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände (also etwa die konkrete Abschlusssituation) zu berücksichtigen sind (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB).

a) Das Transparenzgebot

Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB kann bereits vorliegen, wenn die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB, sog. Transparenzgebot). Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der Verwender nachteilige Regelungen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen **mehr oder weniger „versteckt“**. Während § 305 BGB und § 305b, c BGB zum Ziel haben, dass bei Vertragsschluss Klarheit darüber besteht, welche AGB gelten sollen, um so eine informierte Entscheidung des Adressaten der AGB über den Vertragsschluss zu erreichen (**Einbeziehungstransparenz**), geht es in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB darum, sicherzustellen, dass die Klauseln klar und verständlich sind, damit für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und der Adressat seine Rechte gegebenenfalls kennt (**Abwicklungstransparenz**).³³

³³ BGH NJW 2008, 1438: Klausel „Angelaufene Renovierungsintervalle sind zeitanteilig zu entschädigen“ im Mietvertrag intransparent.

Die Anwendungsbereiche der Normenkomplexe können sich überschneiden.³⁴ Ob eine Klausel transparent ist, bestimmt sich nach den Verständnismöglichkeiten des Durchschnittskunden,³⁵ bei Vertragsangeboten, die typischerweise an Verbraucher gerichtet sind, also nach dem durchschnittlichen Verständnis dieser Personen. Der BGH hat entschieden, dass sogar die Verwendung von Begriffen, die das Gericht selbst entwickelt hat, intransparent sein kann.³⁶

b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 BGB

54 § 307 Abs. 2 BGB nennt **Regelbeispiele für die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung** im Sinne von Abs. 1. Dazu gehören Bestimmungen, die mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sind (Nr. 1), oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2).

Zu dieser Bestimmung gibt es eine weitgespannte Judikatur. Als Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild (Nr. 1) wurde es z. B. angesehen, wenn Mietverträge Schönheitsreparaturen nach starren Fristen vorschreiben³⁷ oder wenn in einem Kaufvertrag verschuldensunabhängig für Rechtsmängel auf Schadensersatz gehaftet wird oder eine Selbstvornahme ohne vorherige Nachfrist gestattet wird³⁸. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist insbesondere für gesetzlich nicht geregelte Verträge (Leasing) wichtig, da es bei ihnen an dem von Nr. 1 vorausgesetzten Leitbild fehlt. Keine unangemessene Benachteiligung soll allerdings darin liegen, dass die Hersteller von Pkw die Inanspruchnahme einer Garantie davon abhängig machen, dass der Pkw-Halter das Fahrzeug regelmäßig und nach Herstellervorgaben in Vertragswerkstätten hat warten lassen.³⁹ Begründet wird dies damit, dass der Hersteller seine Interessen nicht missbräuchlich durchsetzt, wenn er mit einer zusätzlichen freiwilligen Leistung eine langfristige Bindung des Kunden an sein Händlernetz erreichen möchte. Interessant ist, dass der BGH eine solche Bindung in Fällen abgelehnt hat, in denen nicht der Hersteller, sondern ein Dritter die Garantie gewährt hat.⁴⁰ Streitentschei-

³⁴ Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht § 307 Rn. 239.

³⁵ BGHZ 115, 177, 185; Stadler in Jauernig § 307 Rn. 8.

³⁶ BGH NJW-RR 2005, 1505: Verwendet wurde der Begriff der „Kardinalpflichten“. Wenn gegen solche Pflichten (Kernpflichten der versprochenen Leistung) verstoßen wird, kann nach Ansicht des BGH die Haftung für vorhersehbare vertragstypische Schäden nicht beschränkt werden, NJW 2001, 292, 302; dazu Kappus NJW 2006, 15.

³⁷ BGH NJW 2006, 1728.

³⁸ BGH NJW 2006, 47, 49.

³⁹ BGH NJW 2008, 843 m. krit. Besprechung Steinle/Dornieden NJW 2009, 1039. Der Fall betraf eine 30jährige Mercedes Benz-Herstellergarantie gegen Durchrostungen.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 2008, 214 (Die Gebrauchtwagen-garantie eines Nichtherstellers wird daran geknüpft, dass der Kunde „an dem Fahrzeug die vom Hersteller vorgeschriebenen oder empfohlenen Wartungs-, Inspektions- und Pflegearbeiten beim ausliefernden Händler, einem Herstellerfachbetrieb oder in einer von einem Kfz-Meister/in geleiteten und von der Handwerkskammer an-

dend war mithin, dass die Garantie eine Zusatzleistung beim Verkauf von Pkw und kein von diesem Grundgeschäft gelöstes Versprechen war.

VI. Rechtsfolgen unwirksamer Bestimmungen

Nach § 306 Abs. 1 BGB **bleibt ein Vertrag abweichend von § 139 BGB im Regelfall wirksam**, wenn die AGB ganz oder teilweise unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Nach § 306 Abs. 3 BGB gilt dies nur dann nicht, wenn das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte darstellen würde, etwa weil die Rechtslage – was bei atypischen Verträgen vorkommen kann – dann völlig unklar wäre.⁴¹

Klauseln, die auch einen zulässigen Inhalt haben (etwa ein allgemeines Aufrechnungsverbot, das unwirksam ist, aber unter Berücksichtigung der Beschränkung von § 309 Nr. 3 BGB teilweise wirksam sein könnte), werden nicht teilweise aufrecht erhalten, sondern als Ganzes verworfen (sog. **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**), damit der Verwender das Risiko der Unwirksamkeit der Klausel trägt und sich nicht darauf verlassen kann, dass das Gericht die Klausel auf den gerade noch zulässigen Umfang reduziert.⁴² Sollte die Klausel allerdings aus sprachlich und inhaltlich teilbaren Bestandteilen zusammengesetzt sein, wird nur der unwirksame Teil gestrichen (sog. blue pencil- oder Rotstifttest). Hierin liegt dann eben doch wieder in gewisser Hinsicht eine geltungserhaltende Reduktion.⁴³

Sofern im Vertrag auf diese Weise eine **Lücke entstanden ist, wird diese durch dispositives Gesetzesrecht geschlossen** (§ 306 Abs. 2 BGB). Sollte dieses keine Regelung zur Verfügung stellen, so bleibt immer noch eine ergänzende Vertragsauslegung.⁴⁴ Diese ist allerdings naturgemäß nur im Individualprozess, nicht im Verbandsklageverfahren möglich. Auch akzeptiert der BGH eine ergänzende Vertragsauslegung nur, wenn der ansonsten eintretende Wegfall der Klausel zu einem Vertragsinhalt führen würde, der völlig einseitig die Interessen des Kunden berücksichtigen würde.⁴⁵

Im Übrigen kann der Kunde bei Verwendung unwirksamer AGB einen Schadensersatzanspruch haben, wenn er etwa wegen dieser AGB auf die Geltendmachung von vertraglichen Ansprüchen (im Fall ging es um die Minderung des Mietzinses) verzichtet hat und sich erst nachher herausstellt, dass der Vertragspartner auf einen solchen Verzicht keinen vertraglichen Anspruch hatte.⁴⁶

erkannten Fachwerkstatt nach Herstellerrichtlinien lückenlos (hat durchführen) und diese in der Garantieurkunde (hat) bestätigen ... lassen“.

⁴¹ Stadler in Jauernig § 306 Rn. 6.

⁴² Stadler in Jauernig § 306 Rn. 3.

⁴³ BGH NJW 2005, 2225; Stadler in Jauernig § 306 Rn. 3.

⁴⁴ Stadler in Jauernig § 306 Rn. 4, 5.

⁴⁵ BGH NJW 2008, 1438; BGH ZIP 2009, 1367, 1369.

⁴⁶ BGH NJW 2008, 2254.

Fall 3 (Konzertabsage)

59 A. Sachverhalt

K betreibt in der Kölner Altstadt eine Kneipe. Er möchte jeden Donnerstagabend eine örtliche Blues-Band präsentieren. Die Gäste sollen 5 € Eintritt zahlen, erhöhte Getränkepreise gibt es nicht. Auf Konzertplakaten wird der Zusatz aufgenommen: „Durchführung und Haftung werden durch unsere Konzertbedingungen geregelt“. Diese und die Konzertplakate hängen neben dem Tresen aus, an dem jeden Abend die Karten im Vorverkauf oder für den jeweiligen Abend abgegeben werden. In den Konzertbedingungen findet sich folgende Formulierung: „Keine Haftung für Konzertausfälle“.

S kauft sich eine Eintrittskarte im Vorverkauf. Die Konzertbedingungen liest S nicht durch. Am Abend des Konzerts begibt er sich in die Kneipe. Nachdem er ein Bier bestellt hat, wartet er auf die Musik. Wenig später tritt K auf die Bühne und erklärt, das Konzert müsse leider ausfallen, die Band sei in einen Verkehrsunfall verwickelt worden und könne daher nicht auftreten. S ist empört. Er bezahlt sein Bier und verlangt Rückzahlung des Eintrittsgeldes.

B. Lösung

Anspruch auf Rückzahlung des Eintrittsgeldes, §§ 631, 346 Abs. 1, 275 Abs. 1, 326 Abs. 4, Abs. 5 BGB.

1. Schuldverhältnis entstanden

Ein Konzertveranstaltungsvertrag ist werkvertraglicher Natur (mit mietvertraglichen Elementen, soweit etwa auch Bestuhlung geboten wird). Davon zu trennen ist der Bewirtungsvertrag. Dieser ist ein Kaufvertrag, zu dem ggf. dienstvertragliche Elemente hinzutreten, wenn Speisen oder Getränke serviert werden. Die Leistungsstörung betrifft hier die werkvertragliche Komponente des Vertrages.

2. Rückzahlungsanspruch

- a) Da die Erbringung der Werkleistung mit Ablauf der geplanten Veranstaltungszeit **unmöglich geworden** ist, ist der Anspruch nach §§ 326 Abs. 4, Abs. 5, 346 BGB entstanden.
- b) Allerdings könnte der Anspruch des S durch die Konzertbedingungen **wirksam ausgeschlossen** sein.
- c) Dann müssten diese Klauseln **Vertragsinhalt** geworden sein. Dies richtet sich nach § 305 Abs. 2 BGB, sofern es sich um AGB handelt.

Ob das der Fall ist, bestimmt sich nach § 305 Abs. 1 BGB. Danach müssten die Bedingungen **vorformuliert** sein. Dies wird gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vermutet. Außerdem müsste die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen erfolgt sein, wobei für die Anwendbarkeit von § 305c Abs. 2, § 306, §§ 307–309 gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB sogar die einmalige Verwendungsabsicht ausreicht. Demgemäß liegen AGB vor.

Die Anwendbarkeit von § 305 ff. BGB ist auch nicht durch § 310 Abs. 2, 4 BGB ausgeschlossen. Folglich richtet sich die Frage, ob die Klauseln Vertragsinhalt geworden sind, nach § 305 Abs. 2 BGB.

Demgemäß ist im Grundsatz ein **ausdrücklicher Hinweis** auf die AGB erforderlich, sofern dies nicht wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Es muss also für den Verwender unverhältnismäßig schwieriger sein, ausdrücklich auf seine AGB hinzuweisen als für den Adressaten, sich zu erkundigen. Dies gilt etwa, wenn das Personal bei Veranstaltungen mit großem Publikum überfordert wäre.⁴⁷ Hier liegt ein Massengeschäft ohne besonderen wirtschaftlichen Wert vor, sodass ein ausdrücklicher Hinweis auf die AGB in der Tat schwierig wäre. Daher reicht ein deutlich sichtbarer Aushang mit dem Hinweis auf die AGB am Ort des Vertragschlusses gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB aus. Da die AGB neben dem Verkaufstresen aushängen, besteht auch eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

S hat den AGB des Weiteren **nicht widersprochen** (§ 305 Abs. 2 BGB a. E.). Demgemäß sind die AGB Vertragsbestandteil geworden.

- d) Der Rückzahlungsanspruch ist im Übrigen aber nur dann durch die Klausel ausgeschlossen, wenn diese der **Inhaltskontrolle** standhält. Anderenfalls ist sie unwirksam (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Inhaltskontrolle greift ein, wenn die Klausel von **Rechtsvorschriften** abweicht oder diese ergänzt (§ 307 Abs. 3 BGB). Wie geklärt weicht die Klausel von §§ 326 Abs. 4, 5, 346 BGB ab. Daher liegt eine kontrollfähige Klausel im Sinne von § 307 Abs. 3 BGB vor.
- e) Die Wirksamkeit der Klausel könnte an **§ 309 Nr. 8a) BGB** (Ausschluss des Rechts, sich vom Vertrag zu lösen) scheitern.

Nach dem gesetzlichen Modell entfällt die Pflicht zur Gegenleistung und ein Rückzahlungsanspruch entsteht, wenn die Leistung nicht erbracht werden kann. Dieser Wegfall des Gegenleistungsanspruchs sowie der Rückzahlungsanspruch werden durch die Klausel ersatzlos gestrichen. Nach § 309 Nr. 8a) BGB darf das Recht, sich vom Vertrag zu lösen, jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, wenn der Verwender (hier K) das Ausbleiben der Gegenleistung zu vertreten hat. Zwar hat K im vorliegenden Fall das Ausbleiben des Konzertes nicht zu vertreten, da er den Verkehrsunfall nicht verursacht hat. Da die Klausel aber umfassend formuliert ist, greift sie auch in Fällen ein, in denen K den Ausfall der Veranstaltung zu vertreten hat. Da eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich ist, ist die Klausel insgesamt unwirksam.

Zu dem gleichen Ergebnis führt **§ 309 Nr. 7b) BGB**, da die Haftungsausschlussklausel pauschal formuliert ist und daher auch die Haftung für Schäden erfasst, die auf einem Konzertausfall in Folge einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des K (etwa Terminverwechslung) beruhen. Dagegen ist § 309 Nr. 7a) BGB nicht einschlägig. Ein Konzertausfall führt bei lebensnaher Betrachtung wohl nie zu den dort genannten Schäden. Daher schließt die Klausel die Haftung für eine fahrlässige Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit bei lebensnaher Betrachtung auch nicht aus.

3. Ergebnis

S kann Rückzahlung des Eintrittsgeldes verlangen.

⁴⁷ Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht § 305 Rn. 80.