

## Abschnitt 2\*

### Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen

#### Vorbemerkung zu §§ 305–310

**I.** Mit der **Schuldrechtsreform** sind die materiell-rechtlichen Bestimmungen des früheren AGBG (§§ 1–11, 23–24 a) in §§ 305–310 verpflanzt worden. Der **Regelungsort im Allgemeinen Schuldrecht** des BGB war während der Gesetzesvorbereitung sehr umstritten, da das AGB-Recht Vorschriften enthält, die sachlich zum Allgemeinen Teil gehören. Aus dem systematischen Standort der §§ 305 ff läßt sich daher kaum auf den Anwendungsbereich schließen; zB sind die §§ 305 ff **auch auf sachenrechtliche Verträge** anwendbar (zB auf Klauselwerke zu sachenrechtlichen Sicherungsgeschäften).

Die prozessualen Vorschriften des früheren AGBG (insbesondere §§ 13–22 a) sind zusammen mit einigen anderen Bestimmungen in ein gesondertes Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (**Unterlassungsklagengesetz**, s dazu die Kommentierung dort) eingestellt worden; das AGBG ist aufgehoben.

Tiefgreifende Änderungen waren mit der Versetzung der materiell-rechtlichen Bestimmungen des AGBG in das BGB nicht beabsichtigt. Die meisten Bestimmungen sind **weitgehend wörtlich** und zum Teil auch in der bisherigen Reihenfolge übernommen worden. In einer Reihe von Einzelpunkten enthalten die §§ 305 ff aber auch sachliche Änderungen. Ein Teil dieser Änderungen beschränkt sich darauf, die Ergebnisse der Rechtsprechung im Gesetz festzuschreiben, so daß sich nur der Gesetzestext, nicht aber die Rechtslage geändert hat. Wichtige **Änderungen** sind

- § 307 I S 2, III S 2 (ausdrückliche Regelung des **Transparenzgebots**)
- § 309 Nr 5 b (**Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen**, früher § 11 Nr 5 b AGBG)
- § 309 Nr 7 a (Haftungsausschluß bei **Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit**, früher so nicht geregelt, vgl § 11 Nr 7 AGBG)
- § 309 Nr 8 a (Ausschluß des **Rechts, sich vom Vertrag zu lösen**, früher § 11 Nr 8 a AGBG)
- § 309 Nr 8 b ff (Erleichterung der **Verjährung**)
- § 305 a (Wegfall bzw Straffung der Privilegierungen bei der **Einbeziehung**, früher § 23 II Nr 1 a, 1 b, III)

Über die wenigen sachlichen Änderungen des AGB-Rechts hinaus besteht aber ganz **erheblicher Bedarf**, die bislang verwendeten **Klauselwerke zu überprüfen** und anzupassen. Insbesondere das neue Recht des Verbrauchsgüterkaufs in §§ 474 ff hat in weitem Umfang zwingendes Recht geschaffen, so daß der Gestaltungsspielraum für AGB deutlich enger geworden ist. Dies gilt zunächst für viele Kauf- und Werkverträge über eine bewegliche Sache zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Die üblichen Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse sind häufig nicht mehr zulässig. Wegen der – auch auf die Verbrauchsgüterkauf-RL zurückgehenden – Rückgriffsvorschriften in §§ 478 f sind in der Lieferantenkette auch für Verträge unter Unternehmern wesentliche Vorschriften des Kaufrechts nicht oder nur noch sehr eingeschränkt abdingbar (§ 478 IV). Kleine Gestaltungsspielräume bestehen noch beim Ausschluß von Schadensersatz, da die Verbrauchsgüterkauf-RL diese Frage nicht regelt (vgl § 475 III). Erschwerungen oder Erleichterungen der Verjährung sind in weit größerem Umfang möglich als früher (§ 212, für AGB aber auch § 309 Nr 8 b ff, s dort Rn 36 ff), soweit nicht auch insoweit neues zwingendes Recht entstanden ist (zB § 475 II).

\* **Amtlicher Hinweis:**  
Dieser Abschnitt dient auch der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95 S. 29).

- 5 **II. Die allgemeinen Grundsätze des AGB-Rechts** sind durch die Integration ins BGB nicht verändert worden. Der **Grund für die Kontrolle** von AGB ist das **einseitige Ausnutzen der Vertragsfreiheit** durch den AGB-Verwender. Zugleich haben AGB aber auch erwünschte Wirkungen wie zB die **Rationalisierung** des Vertragsschlusses, die **Standardisierung** von Vertragsinhalten und die **Ergänzung** von nicht oder unzureichend geregelten Teilbereichen des Gesetzesrechts. Vor allem dienen AGB der **Risikoverteilung** und erleichtern die Preiskalkulation und die Eindämmung von Haftungsrisiken. Daher erkennt die Rechtsordnung die Geltung von AGB im Grundsatz an, sieht aber eine deutlich stärkere Kontrolle vor als bei individuell ausgehandelten Verträgen. Diese Kontrolle von AGB ist zunächst von der Rechtsprechung anhand von § 242 entwickelt und später im früheren AGBG geregelt worden.
- 6 Nach dem **originären Schutzkonzept** des deutschen AGB-Rechts (vor der Einfügung des § 24 a AGBG) knüpft der Schutz an das Vorliegen eines einseitig vorformulierten und der anderen Seite gestellten Standardvertrages an. An die Stelle der bei individuell ausgehandelten Verträgen typischerweise geltenden Vermutung materieller Richtigkeit des Vertragsinhalts tritt eine staatliche Kontrolle. Die richterliche Prüfungscompetenz nach dem AGBG ist das Korrektiv für die fehlende Gerechtigkeitsgewähr eines freien Aushandelns. Bei dieser Konzeption ist die Kontrolle individuell ausgehandelter Vertragsbestandteile und der Hauptleistungen entbehrlich und würde zur Bevormundung der Vertragsparteien führen (so §§ 305 I S 3, 307 III). Es kommt nicht darauf an, ob der Vertrag zwischen zwei Unternehmern oder zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen ist. Grds werden Verträge sämtlicher Vertragsparteien von der Kontrolle erfaßt.
- 7 Eine neue Dimension erreichte der Schutz gegen unfaire Klauseln durch die europäische **Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen** vom 4.4.1993 (Klausel-RL). Diese RL gibt bestimmte Schutzstandards zugunsten von Verbrauchern vor, die einen Vertrag mit einem Unternehmer geschlossen haben. Über diese Richtlinie fand ein anderes, zB in Frankreich entwickeltes Schutzkonzept Eingang in das deutsche Recht. Verträge unterliegen in diesem Modell einer Inhaltskontrolle, wenn sie zwischen einer stärkeren und einer schwächeren Partei, etwa zwischen einem Unternehmer und einem typischerweise als schwächeren Verbraucher, geschlossen worden sind. Aus Sicht des Verbrauchers macht es keinen Unterschied, ob unfaire Vertragsklauseln aus einem Standardvertrag stammen oder ob sie nur einmal vereinbart sind. Deshalb erfaßt die Inhaltskontrolle bei diesem Modell zB auch Verträge, die nur für einen einzigen Fall entworfen worden sind. Die Klausel-RL bildet einen Minimalkompromiß zwischen den beiden Schutzkonzepten. Sie gilt nur für Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern, schließt aber die Inhaltskontrolle der Hauptpflichten und der individuell ausgehandelten Vertragsteile aus.
- 8 Da die Klausel-RL in einigen Punkten einen weitergehenden Schutz als das damalige deutsche Recht vorschreibt, bestand Anpassungsbedarf für das frühere AGBG. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich für eine **minimalistische Umsetzung**. Der Normenbestand des AGBG blieb textlich unverändert und wurde lediglich durch einige punktuelle Sondervorschriften für Verbraucherverträge in § 310 III (früher § 24 a AGBG) ergänzt. Die Wirkungen der Klausel-RL sind jedoch nicht auf diese Vorschrift beschränkt. Vielmehr **durchdringen und überschneiden Rechtsgedanken der Klausel-RL das gesamte Recht der AGB**. Dadurch ist eine nicht ganz einfach zu entflechtende Gemengelage von eigenständigen Normen und Wertungen der deutschen Rechtsordnung und europäischen Vorgaben entstanden. Soweit der vom deutschen Recht gewährte Schutzstandard über die Vorgaben der RL hinausgeht, ist dies idR unproblematisch, da die RL nach ihrem Art 8 **nur Mindeststandards** setzt.
- 9 Eine besondere Bedeutung hat der **Anhang zur Klausel-RL**. Zwar sind die dort genannten Klauseln nach Art 3 III Klausel-RL nur eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für mißbräuchlich erklärt werden können. Aus der Vorgeschichte der RL und der Rechtsprechung des EuGH (EuZW 00, 506) ergibt sich aber, daß die Mitgliedstaaten grds auch an den Anhang gebunden sind und eine Klausel, die gegen den Anhang verstößt, idR unwirksam sein muß. Da die Vorgaben des Anhangs sich nur teilweise in §§ 308, 309 wiederfinden, müssen sie auch in die Anwendung von § 307 I,

II einfließen (grundlegend zur Klausel-RL die Kommentierung von Pfeiffer in: Grabitz/Hilf, Recht der EU, A 5). Dies gilt umso mehr, als nach der Rechtsprechung des EuGH (EuZW 02, 465) die EU-Mitgliedstaaten die Klausel-RL so umsetzen müssen, daß die Allgemeinheit mit hinreichender Sicherheit von dieser Liste Kenntnis erlangen kann. Diese Anforderung erfüllen die §§ 305 ff nicht, so daß die deutsche Umsetzung insoweit richtlinienwidrig ist und geändert werden muß.

**III. Das AGB-Recht regelt drei unterschiedliche Formen der Kontrolle**, die sich mit den Schlagworten **Einbeziehungskontrolle** (§§ 305, 305 a, wohl auch § 305 c I), **Inhaltskontrolle** (§§ 307 I S 1, II, 308, 309) und **Transparenzkontrolle** (§ 307 I S 2, III S 2) kennzeichnen lassen. Die Abgrenzung ist freilich nicht immer ganz trennscharf und teilweise str. Die Grundregel für die **Rechtsfolge** eines Verstoßes gegen die Einbeziehungsregeln oder die Maßstäbe der Inhalts- und Transparenzkontrolle ergibt sich aus § 306. Der Vertrag soll grds ohne die unwirksamen Bestandteile wirksam bleiben; an die Stelle der unwirksamen Klauseln tritt das dispositive Gesetzesrecht. Auf diese Weise stellen die §§ 305 ff den Zustand her, der ohne die unzulässige Klausel bestehen würde.

Weiter charakteristisch für das Recht der AGB sind **drei Stufen unterschiedlicher Kontrollintensität**. Für den **unternehmerischen Verkehr** (§ 310 I) sind eine Reihe von Vorschriften nicht anwendbar mit der Folge, daß bei AGB, die gegenüber einem Unternehmer und gleichgestellten Personen verwendet werden, die Einbeziehung erleichtert und der Spielraum für die Gestaltung der AGB vergrößert wird. Für **nicht unternehmerische** Geschäfte sehen die §§ 305 ff eine mittlere Kontrollintensität vor. Nach der ursprünglichen Konzeption des AGB-Rechts war diese Stufe der Grundfall mit dem weitesten Anwendungsbereich. Durch spätere Änderungen, insbes zum einen durch die Ausweitung der ursprünglich nur für Kaufleute geltenden Sondervorschriften auf Unternehmer und zum anderen durch die Einführung des Verbraucherrechts, hat die mittlere Stufe aber inzwischen kaum mehr einen eigenständigen Anwendungsbereich (wichtigster verbliebener Fall: Verträge zwischen zwei Verbrauchern). Die größte Kontrollintensität besteht bei **Verbraucherverträgen**, für die aufgrund der Klausel-RL Sondervorschriften in § 310 III geschaffen werden mußten (s dort Rn 4 ff).

### § 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 Vertragsschluss**

1. **die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses 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 Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.**

**I. Überblick.** Die in Abs 1 enthaltene Begriffsbestimmung übernimmt wörtlich den früheren § 1 AGBG; Abs 2 und 3 stammen, abgesehen von einer Änderung in Abs 2 Nr 2, wört-

lich aus dem früheren § 2 AGBG. Der in Abs 1 definierte Begriff **Allgemeine Geschäftsbedingungen** umreißt den **sachlichen Anwendungsbereich**; jedoch enthält § 310 eine Reihe bedeutsamer Erweiterungen, Einschränkungen und Modifikationen. Ebenso werden die in Abs 2 aufgestellten Grundregeln für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag in §§ 305 a, 305 c I modifiziert.

- 2 **II. Begriff. 1. AGB sind Vertragsbedingungen**; sie müssen also den Zweck haben, den Vertrag inhaltlich auszugestalten. Für das Vorliegen von AGB kommt es nicht darauf an, daß die Klausel wirklich Vertragsinhalt wird (BGHZ 99, 381). Auch Klauseln, die lediglich darauf abzielen, Vertragsbestandteil zu werden, können AGB sein. **Art und Inhalt des Vertrages** sind, abgesehen von den Ausnahmen in § 310 IV, gleichgültig. Die AGB-Kontrolle erfaßt sowohl schuld- als auch sachenrechtliche Verträge. AGB können nicht nur Bestimmungen über **Nebenpflichten**, sondern auch über **Hauptleistungspflichten** sein. Klauseln über Hauptleistungspflichten unterliegen idR jedoch nicht der Inhaltskontrolle (§ 307 III, genauer dort Rn 22), wohl aber der Einbeziehungs- und Transparenzkontrolle. Auch **Tatsachenbestätigungen** können, soweit sie Teil des Vertrages werden sollen und eine Regelung, zB über die Beweislast, enthalten, AGB sein (Erman/Hefermehl/Werner, § 1 Rn 7). Über den Wortlaut von Abs 1 hinaus fallen wegen des übereinstimmenden Schutzzwecks auch Bedingungen für einseitige Rechtsgeschäfte unter §§ 305 ff. Dies gilt freilich nur für einseitige Rechtsgeschäfte des Kunden, die vom Verwender vorformuliert sind, nicht für einseitige Rechtsgeschäfte des Verwenders (anders möglicherweise bei Verbraucherverträgen, § 310 III; Palandt/Heinrichs, § 310 Rn 11). Auch Klauseln, die Regelungen über das Zustandekommen des Vertrages enthalten, können AGB sein, zB eine Bestätigung, die AGB empfangen zu haben oder ihrer Geltung zuzustimmen (BGHZ 104, 99; aA BGH NJW 82, 1388; arg ex § 309 Nr 12).
- 3 **2. Vorformuliert** sind Klauseln, wenn sie vor Vertragsschluß schon inhaltlich feststanden; idR durch textliche Fixierung, es reicht aber auch mündliche Formulierungen wie zB ein auswendig gelernter Text, BGH NJW 01, 2636. Bei Formularen mit ausfüllungsbedürftigen Leerräumen sind die Einfügungen vorformuliert, wenn der Verwender sie von vornherein in einem bestimmten Sinne ausfüllen wollte oder entspr auf den Kunden einwirkt (Palandt/Heinrichs, § 305 Rn 8).
- 4 **3. Für eine Vielzahl** von Verträgen formuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für mindestens 3 Verwendungen vorgesehen sind (BGH NJW 02, 138). Der Verwender muß im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Absicht der Mehrfachverwendung haben (BGH ZIP 01, 1921). Unter §§ 305 ff fällt aber schon die erste Verwendung. Bei Vertragsbedingungen, die generell zur vielfachen Verwendung vorgesehen sind (zB Mietvertrags-, Autokaufvertragsformular, VOB/B), ist nicht erforderlich, daß die Partei selbst eine mehrfache Verwendung bezweckt. Bei **Verbraucherverträgen** können wesentliche Vorschriften des AGB-Rechts auch auf vorformulierte Vertragsbedingungen anwendbar sein, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, § 310 III Nr 2 iVm Art 3 I Klausel-RL.
- 5 **4. Die AGB** müssen vom Verwender der anderen Vertragspartei gestellt werden. **»Stellen«** liegt vor, wenn der Verwender die Einbeziehung der vorformulierten Vertragsbedingungen in den Vertrag vorschlägt. Auf ein Ungleichgewicht der Parteien kommt es nicht an. Auch zB ein Verbraucher kann AGB stellen. Das Merkmal »Stellen« entfällt nicht schon dann, wenn ein Vertragsformular das Angebot zu Verhandlungen oder die Aufforderung zu Streichungen und Änderungen enthält (BGH NJW 87, 2011). AGB liegen erst dann nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen im einzelnen ausgehandelt sind (Abs 1 S 3, Rn 7 ff). Verlangen beide Vertragsparteien unabhängig voneinander die Einbeziehung derselben AGB, so sind §§ 305 ff grds nicht anwendbar (str); anders liegt es jedoch, wenn zB eine Partei in vorausgehendem Gehorsam die von der anderen Partei üblicherweise verlangten Klauseln in ihr Angebot aufnimmt. Wenn die Vertragsbedingungen nicht von einer Partei, sondern von einem **Dritten** (zB einem Notar) vorgeschlagen werden, sind die §§ 305 ff grds nicht anwendbar (str, dazu Palandt/Heinrichs § 305 Rn 11); anders aber bei Verbraucherverträgen (§ 310 III Nr 1) oder wenn der Notar im Auftrag einer Partei und unter einseitiger Berücksichtigung von deren Interessen das Vertragsformular entwickelt (BGH NJW 02, 138).

5. Die **äußere Form** des Klauselwerkes ist gleichgültig, wie Abs 1 S 2 deutlich macht. 6 Es spielt keine Rolle, ob die AGB in einer Anlage zum Vertrag oder auf der Rückseite eines Formulars enthalten oder in den Vertragstext eingefügt sind (»Textbausteine«). AGB können sowohl umfangreiche Klauselwerke als auch einzelne Sätze sein; die Schriftart ist unerheblich (auch Handschrift). Auch förmliche Verträge, insbesondere bei notarieller Beurkundung, können AGB sein (sofern sie »gestellt« sind oder unter § 310 III Nr 1 fallen).

7 **III. Individualvereinbarung. 1.** Sind Klauseln »im einzelnen ausgehandelt«, liegen nach Abs 1 S 3 keine AGB vor. Für das Vorliegen einer Individualvereinbarung gelten enge Voraussetzungen (BGH NJW 91, 1678; BGH NJW 92, 1107). Unerheblich ist eine von der anderen Vertragspartei unterschriebene Erklärung, der Vertrag sei im einzelnen ausgehandelt (BGH NJW 77, 432, 624); erst recht unbeachtlich ist eine derartige Klausel in AGB. Vielmehr muß der Verwender seine ernstgemeinte **Verhandlungsbereitschaft** der anderen Vertragspartei gegenüber eindeutig offenlegen. Die andere Seite muß eine reale Möglichkeit haben, den Vertragsinhalt mit zu beeinflussen (BGH NJW 00, 1111). Auf diese Möglichkeit oder auf das Gegenteil kann auch aus den äußeren Umständen (zB Machtgefälle, Bildungsstand, berufliche Position) geschlossen werden. Wenn **einzelne Klauseln** ausgehandelt sind und deshalb unter Abs 1 S 3 fallen, ändert dies nichts am Charakter der anderen Vertragsanteile, die weiterhin AGB sein können (vgl »soweit« in Abs 1 S 3). Klauselwerke, die zwischen Verbänden ausgehandelt worden sind, fallen nicht unter Abs 1 S 3, da das Aushandeln »zwischen den Vertragsparteien« stattgefunden haben muß.

8 **2.** Umstritten ist, ob ausnahmsweise auch bei **unverändert gebliebenen Klauseln** eine Individualvereinbarung vorliegen kann, wenn der andere Teil von der Gerechtigkeit der Klausel überzeugt ist und sie sich zu eigen macht. Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht im Schrifttum ergibt sich aus § 305 I S 3 (früher § 1 II AGBG), daß eine (kontrollfreie) im einzelnen ausgehandelte Vertragsbedingung auch dann vorliegen kann, wenn eine vorformulierte Klausel unverändert zum Vertragsbestandteil geworden ist (grundlegend BGH NJW 77, 624).

9 **3.** Bei der **Auslegung** von § 305 I S 3 sind auch § 310 III Nr 2 und die **Vorgaben von Art 3 Klausel-RL** heranzuziehen. In § 310 III Nr 2 werden bei Verbraucherverträgen Klauseln, die nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff unterworfen. Voraussetzung sind hier – abweichend vom Wortlaut des § 305 I S 3 – vorformulierte Vertragsbedingungen, »soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluß nehmen konnte«. Es ist str, ob § 305 I S 3 oder § 310 III Nr 2 unterschiedliche Maßstäbe für das Vorliegen einer Individualabrede enthalten (zum folgenden auch § 310 Rn 7). **Ausgangspunkt** für die Auslegung sowohl von § 305 I S 3 als auch § 310 III Nr 2 ist die **Klausel-RL**, weil sie, wenn ein Verbrauchervertrag vorliegt, sowohl für Klauseln im Sinne von § 305 I S 3 (für eine »Vielzahl«) als auch für Klauseln im Sinne von § 310 III Nr 2 (»zur einmaligen Verwendung bestimmt«) dasselbe Mindestniveau an Verbraucherschutz festschreibt.

10 Nach Art 3 I Klausel-RL sind nur Klauseln in die Kontrolle einbezogen, die – unabhängig von einer Vorformulierung – **nicht im einzelnen ausgehandelt** sind. Es kommt damit entscheidend nur auf die **fehlende Einflußmöglichkeit** des Verbrauchers an und weniger auf die Vorformulierung (Wolf/Horn/Lindacher, § 1 AGBG, Rn 32; Tenreiro/Karsten, in: Schulte-Nölke/Schulze, Europäische Rechtsangleichung, 235). Die Abgrenzung zwischen im einzelnen ausgehandelten, deshalb kontrollfreien Klauseln einerseits und kontrollfähigen Klauseln andererseits muß sich nach **demselben Maßstab** bestimmen, der gleichermaßen in **Art 3 Klausel-RL**, in § 305 I S 3 und in § 310 III Nr 2 zum Ausdruck gekommen ist. Da die Richtlinie als höherrangiges Recht vorgeht, ist letztlich nur sie für diese Abgrenzung maßgeblich. Im praktischen Ergebnis verweisen §§ 305 I S 3, 310 III Nr 2 nur noch auf die Richtlinie, die Begriffe des deutschen Rechts verlieren ihre eigenständige Bedeutung und werden zu Hülsen für das Gemeinschaftsrecht. Da kein Wille des deutschen Gesetzgebers anzunehmen ist, daß § 305 I S 3 einen abweichenden Inhalt haben soll, wenn ein Vertrag nicht unter die RL fällt, strahlen die Vorgaben der RL insoweit auch auf AGB aus, die gegenüber Unternehmern verwendet werden.

- 11 IV. Einbeziehung. 1.** AGB werden nur durch Vereinbarung Vertragsbestandteil. Die andere Vertragspartei muß die Einbeziehung der AGB in ihre zum Vertrag führende Willenserklärung einschließen. Bloße Kenntnis der AGB oder gar Kennenmüssen genügt nicht. Die sog **Einbeziehungsvereinbarung** ist Teil des Vertrages. In Abs 2 sind – teilweise abweichend von §§ 133, 157 – kumulative Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB geregelt: Hinweis oder Aushang (Nr 1), Möglichkeit zumutbarer Kenntnisaufnahme (Nr 2) sowie Einverständnis der anderen Vertragspartei (Abs 2 aE). Es handelt sich grds um zwingendes Recht, jedoch kann nach umstrittener Ansicht in Ausnahmefällen die andere Vertragspartei auf die Einhaltung von Nr 2 verzichten (freilich nicht in AGB). Auf einen Formularvertrag, der in seinem Text alle wesentlichen Vertragsbestimmungen enthält, ist Abs 2 nicht anwendbar (BGH NJW 95, 190). Ist die andere Vertragspartei der Verhandlungs- und Vertragssprache nicht mächtig und schließt sie trotzdem den Vertrag, steht sie einer Partei gleich, die eine Urkunde unterschrieben hat, ohne sich über ihren Inhalt Gewißheit verschafft zu haben (BGH NJW 95, 190); die AGB werden grds einbezogen (bei Irrtum kommt jedoch eine Anfechtung in Betracht). Im **unternehmerischen Verkehr** (§ 310 I) gelten die Förmlichkeiten von Abs 2 (und Abs 3) nicht, freilich ist auch in diesen Fällen eine Einbeziehungsvereinbarung erforderlich. Eine Sonderregelung enthält § 5 a VVG für Versicherungsverträge.
- 12 2.** Der **Hinweis** nach Nr 1 muß **ausdrücklich** erfolgen, gleichgültig ob schriftlich, (fern-) mündlich oder elektronisch. Er muß eindeutig erkennen lassen, daß die (genau bezeichneten) AGB Vertragsbestandteil werden sollen. Nicht ausreichend ist der bloße Abdruck der AGB auf der Rückseite eines Vertragsformulars oder in einem Katalog (aA OLG München NJW-RR 99, 1358, 1361). Insbesondere in einem vom Verwender vorformulierten Antragsformular, das die andere Vertragspartei unterschreibt, muß der Hinweis so plaziert und gestaltet sein, daß er von einem Durchschnittskunden auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden kann (BGH NJW-RR 87, 112, 114). Wenn die andere Vertragspartei das Angebot (ohne AGB) abgibt, die Annahme aber mit Hinweis auf AGB erfolgt, können sie durch konkludentes Verhalten einbezogen werden.
- 13 3. Bei Vertragsschluß** ist der Hinweis gegeben, wenn er in Zusammenhang mit dem Vertragsschluß führenden Willenserklärungen erfolgt. Ein Hinweis bei einem früheren Geschäft genügt nicht; erst recht nicht, daß AGB branchenüblich sind. Ist der Hinweis erst auf einer Eintritts-, Fahrkarte etc angebracht, die nach Vertragsschluß ausgehändigt worden ist, sind die AGB nicht einbezogen (str). Ein Hinweis nach Vertragsschluß (zB in einer Rechnung) kann aber zu einer nachträglichen Einbeziehungsvereinbarung führen, wenn die andere Vertragspartei – auch konkludent – zustimmt.
- 14 4.** Ein **Aushang** kann den an sich notwendigen Hinweis ausnahmsweise ersetzen, wenn ein Hinweis nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist. Das ist insbesondere der Fall bei massenhaft geschlossenen Verträgen, meist über relativ geringwertige Gegenstände; Beispiele: Supermarkt, Kaufhaus, Warenautomat, Schließfach, Reinigung, Theater, Kino, Kfz-Waschanlage; wohl auch öffentliche Versteigerung (BGH NJW 85, 850). Der Aushang muß **am Ort des Vertragsschlusses** angebracht sein, und zwar deutlich sichtbar (ins Auge springend), also zB nicht hinter der Ladentür oder irgendwo an der Wand im Ladenlokal, sondern nur im unmittelbaren Kassensbereich und in auffälliger Weise.
- 15 5.** Nach Abs 2 Nr 2 muß der AGB-Verwender der anderen Vertragspartei die **Möglichkeit zur Kenntnisaufnahme** verschaffen, zB durch Zusenden, Übergabe eines Exemplars, Möglichkeit zum Download, Aushang, Hinweis auf (im Laden vorhandenes) Einsichtsexemplar, am Telefon nur ganz ausnahmsweise, bei sehr kurzen AGB, auch durch Vorlesen. Unter Abwesenden genügt nicht der Hinweis, die AGB könnten im Geschäftslokal eingesehen werden, oder das Angebot, die AGB kostenlos zu übersenden (BGH NJW-RR 99, 1246). Nicht ausreichend ist auch zB ein bloßer Hinweis auf die VOB/B, wenn die andere Vertragspartei nicht erfahren in Bauangelegenheiten ist und deshalb nicht weiß, wo man sich die VOB beschaffen kann (BGH NJW 94, 2547). Die andere Vertragspartei kann ausnahmsweise auf Nr 2 verzichten, um den sofortigen Vertragsschluß herbeizuführen. Jedoch ist nach Art 3 III iVm Anh Nr 1 i **Klausel-RL** eine Klausel idR mißbräuchlich, in der die Zustimmung des Verbrauchers zu Klauseln unwiderlegbar festgestellt wird, von denen er vor Vertragsabschluß nicht tatsächlich Kenntnis nehmen konnte.

Sonderregelungen für die Information über AGB und sonstige Vertragsbedingungen gelten zB beim E-Commerce (§ 312 e I Nr 4), bei Fernabsatzverträgen (§ 1 InfoVO), bei Teilzeit-Wohnrechten (§ 2 InfoVO), bei Reiseverträgen (§ 6 InfoVO), bei Überweisungen (§ 10 InfoVO), bei Verbraucherleihen (§ 492). Ein Verstoß gegen diese Vorschriften führt aber nicht zur Nicht-Einbeziehung der AGB.

**6. Die Zumutbarkeit** der Kenntnisaufnahme setzt zunächst voraus, daß die AGB nicht nur äußerlich zugänglich, sondern auch mühelos lesbar sind (also zB kein »Kleingedrucktes«). Darüber hinaus bringt das Erfordernis einer zumutbaren Möglichkeit zur Kenntnisaufnahme nach bisheriger Auffassung ein **Transparenzgebot** zum Ausdruck (Jauernig, § 305 Rn 14; Palandt/Heinrichs, § 305 Rn 41). Die AGB müssen danach auch inhaltlich verständlich sein. Unverständliche AGB sollen nicht einbezogen werden. Maßstab für die Verständlichkeit soll der Durchschnittskunde für die jeweilige Art von Geschäften sein. Fraglich ist aber das Verhältnis dieses Transparenzgebots bei der Einbeziehung mit dem nun ausdrücklich geregelten Transparenzgebot bei der Kontrolle (einbezogener) AGB nach § 307 I S 2, III S 2. Folgende Fälle lassen sich unterscheiden: Für den unternehmerischen Verkehr (§ 310 I) gilt § 305 II nicht, so daß die Vertragstransparenz allein nach § 307 zu messen ist. Bei Klauseln mit Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen scheidet die Anwendung von § 305 II Nr 2 grds aus, weil derartige Klauseln in der Regel notwendige Vertragsbestandteile (essentialia negotii) enthalten und deshalb die Nichteinbeziehung automatisch zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages führen würde. Allenfalls könnten also Klauseln, die Nebenabreden (accidentalia) enthalten, nach Abs 2 Nr 2 auf Transparenz kontrolliert werden. Eine eigenständige Funktion einer derartigen Transparenzkontrolle (erst nach § 305 II Nr 2, dann – sofern die Klausel einbezogen ist – nach § 307) ist aber nicht zu erkennen. Die Kriterien der ersten Stufe (§ 305 II Nr 2) wären kaum sinnvoll von den Transparenzanforderungen des § 307 zu unterscheiden. Auch paßt die nach § 305 II Nr 2 bei Intransparenz eintretende Rechtsfolge, Nichteinbeziehung der Klausel, nicht bei Klauseln, die günstig für die andere Vertragspartei sind. Mit der ausdrücklichen Regelung des Transparenzgebots in § 307 ist deshalb eine zusätzliche Transparenzkontrolle bei der Einbeziehung entbehrlich geworden und sollte unterbleiben (aA Henssler/von Westphalen, § 307 Rn 4 f). Auch schwer verständliche Klauseln werden, sofern durch Auslegung ein Inhalt zu ermitteln ist, demnach zunächst nach § 305 II Nr 2 einbezogen. Wenn nicht gleichzeitig ein Fall des § 305 c Abs 1 (Überraschung) vorliegt, sollte die Transparenzkontrolle nur nach § 307 erfolgen.

**7. Neu eingefügt** wurde in § 305 II Nr 2 die Verpflichtung, auf eine erkennbare **körperliche Behinderung** der anderen Vertragspartei angemessene Rücksicht zu nehmen. Gedacht ist insbesondere an Menschen mit Sehbehinderung, denen die AGB in elektronischer oder akustischer Form oder in Braille-Schrift übergeben werden sollen (BT-Drucks 14/6040, 150). Die Wirkung und der Sinn dieser gut gemeinten Regelung sind fraglich, da sie im Extremfall dazu führen könnte, daß vorsorglich keine Geschäfte mit Blinden abgeschlossen werden. Daher ist die Bestimmung eng auszulegen. Nicht mehr angemessen wäre es zB, dem Verwender vorzuschreiben, Exemplare seiner AGB in Braille-Schrift vorrätig zu halten. Notwendig für die Einbeziehung ist aber bei Sehbehinderten zB ein deutlicher akustischer Hinweis auf die AGB und das Angebot, die AGB vorzulesen (bzw die Möglichkeit, die AGB von einer Vertrauensperson oder einem Gerät vorlesen zu lassen).

**8.** Das nach Abs 2 aE erforderliche **Einverständnis** der anderen Vertragspartei mit der Einbeziehung der AGB kann ausdrücklich oder, soweit keine Formvorschriften bestehen, konkludent erklärt werden. Umstritten ist, ob eine formularmäßige Einverständniserklärung der Inhaltskontrolle unterliegt (dagegen BGH NJW 82, 1389: nur abschlussregelnde, daher kontrollfreie Klausel). Ist der Vertrag zunächst ohne AGB geschlossen worden, können die AGB auch noch nachträglich einbezogen werden. Im nichtunternehmerischen Verkehr ist das bloße Schweigen auf nach Vertragsschluß zugesandte AGB (zB auf dem Lieferschein) in aller Regel kein konkludentes Einverständnis (vgl BGH NJW 88, 2106, 2108). Die Einbeziehung kann nach Abs 3 auch in einer **Rahmenvereinbarung** vorweggenommen werden; die Anforderungen von Abs 2 müssen aber gewahrt sein. Die Rahmenvereinbarung muß sich auf eine bestimmte Art von Geschäften und auf bestimmte AGB (also nicht die jeweils gültigen) beziehen. **Fehlt es am Einverständnis**, so kommt kein Ver-

trag zustande; bei verdecktem Dissens (§ 155) ist er möglicherweise ohne AGB wirksam geschlossen; zu widersprechenden AGB beider Vertragsparteien Rn 20.

- 19 **V. Einbeziehung unter Unternehmern.** Nach § 310 I gelten § 305 II und III nicht gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen. Trotzdem ist eine **Einbeziehungsvereinbarung** erforderlich, für die freilich **geringere Anforderungen** als nach Abs 2 und Abs 3 gelten. Abweichend von Abs 2 Nr 1 können die AGB auch durch **schlüssiges Verhalten** einbezogen werden (zB bei ständiger Geschäftsbeziehung durch wiederholte Hinweise in Rechnungen, BGH NJW-RR 91, 571). AGB, die erstmals in einer Auftragsbestätigung erwähnt werden, können durch **widerspruchslose Entgegennahme der Leistung** einbezogen werden (BGH NJW 95, 1672); ebenso durch Schweigen auf ein **Bestätigungsschreiben**, das AGB erwähnt (BGH NJW 78, 2244). Abwehrklauseln der anderen Vertragspartei können aber die stillschweigende Einbeziehung verhindern (BGH NJW-RR 01, 484). Der Verwender muß der anderen Vertragspartei nicht die Möglichkeit zur Kenntnisnahme eigens verschaffen; vielmehr muß die Kenntnisnahme lediglich in zumutbarer Weise möglich sein; anders aber bei Verträgen, die dem UN-Kaufrecht unterliegen; AGB werden hier nur einbezogen, wenn der Verwender den Text an die andere Vertragspartei übersendet oder anderweitig zugänglich macht (BGH NJW 02, 370). Die andere Vertragspartei hat nach dem Abschluß des Vertrages, in den die AGB einbezogen worden sind, gegen den Verwender einen Anspruch auf Überlassung der AGB (OLG Hamm DB 83, 2619; bei Nichterfüllung Verwirkung des Rechts, sich auf die AGB zu berufen). Rahmenvereinbarungen können – abweichend von Abs 3 – auch die jeweils gültigen AGB einbeziehen.
- 20 Bei **widersprechenden AGB beider Teile** gelten, insbesondere wenn beide Seiten Abwehrklauseln verwenden, grds nur die übereinstimmenden Teile (anders die früher hM: »Theorie des letzten Wortes«). Führen die Parteien den Vertrag durch, so lassen sie erkennen, daß er trotz der widersprechenden AGB wirksam sein soll; nach dem Rechtsgedanken von § 306 tritt an die Stelle der widersprechenden AGB das dispositive Gesetzesrecht. Die AGB einer Vertragspartei gelten nur, wenn die andere Vertragspartei eindeutig ihr Einverständnis erklärt; Schweigen oder die Entgegennahme der Leistung genügen nicht.
- 21 **VI. Beweislast.** Die Voraussetzungen von Abs 1 S 1 und S 2 muß derjenige darlegen und beweisen, der sich auf die Anwendbarkeit der §§ 305 ff berufen will, also die andere Vertragspartei. Für das Vorliegen einer Individualvereinbarung (Abs 1 S 3) trägt aber der Verwender die Beweislast; ebenso für die Einbeziehungsvoraussetzungen (Abs 2 und Abs 3).