

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Weiterführende Literatur: Artz, JuS 2002, 528; Palandt/Heinrichs zu §§ 305 ff BGB; Graf von Westphalen, Vertragsrecht und Klausurwerke; ders., NJW 2002, 12.

1. Bedeutung

Als selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft verdrängen AGB häufig das dispositiven Zivilrecht. Das hat mehrere Gründe:

- **Rationalisierung:** AGB vereinfachen den Geschäftsablauf. Der Zeitbedarf für das „Aushandeln“ des Vertrages wird erheblich reduziert. Branchenspezifischen Besonderheiten kann besser Rechnung getragen werden (z.B. Neuwagenverkaufsbedingungen, VOB).
- **Rechtsfortbildung:** Unzweckmäßiges Gesetzesrecht wird durch Neuregelungen in AGB umgestaltet (z.B. Eigentumsvorbehalt). Dem Wandel unterlegenen Wirtschaftsgepflogenheiten kann schneller nachgekommen werden (z.B. Einräumung von Zahlungszielen).
- **Lückenausfüllung:** Im Zivilrecht nicht oder nicht abschließend geregelte Vertragstypen (wie Leasing-, Factoring-, Anlagenlieferungs- oder Bau-trägervertrag) werden durch ABG geregelt bzw. ausgestaltet.
- **Risikoverlagerung:** Allerdings sind praktisch alle AGB geprägt von der wirtschaftlichen und intellektuellen Überlegenheit des Verwenders. Er ist daran interessiert, seine Rechte zu stärken und die des Kunden zu schmälern.

Hinzu kommt die rollenspezifische Unterlegenheit des Verbrauchers. Ihn interessieren vorrangig Qualität und Preis der angebotenen Leistung, er scheut die Mühen und Kosten des Aushandelns von Änderungen.

2. Anwendungsbereich, §§ 305, 305a, 310 BGB

Anwendbar sind die §§ 305 ff BGB auf alle für eine Vielzahl von Verträgen **vorformulierte Vertragsbedingungen**, die ein Verwender einer anderen Vertragspartei beim Abschluss eines Vertrages **stellt**, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB .

Keine Anwendung finden die §§ 305 ff BGB auf den Gebieten des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht, § 310 Abs. 4 S. 1 BGB (aber: richterliche Billigkeitskontrolle ist bei gestörter Vertragsparität auch dort möglich).

Teilweise eingeschränkte Anwendbarkeit für bestimmte Beförderungs- und Versorgungsbedingungen sowie staatlich genehmigte Glückspielverträge, die VOB, Bauspar- und Versicherungsverträge usw., vgl. § 310 Abs. 2 BGB. Auf Arbeitsverträge, auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen finden die §§

305 ff BGB ebenfalls nur eingeschränkt Anwendung, § 310 Abs. 4 S. 2 und 3 BGB.

Bei Verträgen zwischen einem **Unternehmer** und einem **Verbraucher** sind die wesentlichen Schutzvorschriften der §§ 305 ff BGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anzuwenden, wenn sie nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Wenn AGB ggü. Kaufleuten, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich rechtlichem Sondervermögen verwendet werden, gelten für die Anwendbarkeit Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen folgende Einschränkungen:

- zur Einbeziehung der AGB genügt jede auch stillschweigende Willensübereinstimmung der Vertragspartner;
- für die Inhaltskontrolle ist allein § 307 i.V.m. § 310 Abs. 1 BGB maßgeblich; die Formvorschrift des § 305 Abs. 2 und 3 BGB und die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB gelten nicht unmittelbar.

3. Die Einbeziehung in den Vertrag, §§ 305, 305a, 305b BGB

Soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartnern ausgehandelt werden, also ganz oder teilweise Individualvereinbarungen vorliegen, verdrängen sie die Vorschriften zur Gestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen, vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.

Findet kein „inhaltliches Aushandeln der Vertragsbedingungen“ statt, will statt dessen ein Vertragspartner seine AGB dem Vertragsverhältnis zugrunde legen, muss er für deren Einbeziehung sorgen. Erforderlich dafür ist gemäß § 305 Abs. 2 BGB:

- (1) ein ausdrücklicher Hinweis spätestens bei Vertragsschluss, dass der Vertrag unter Zugrundelegung seiner AGB geschlossen werden soll,
- (2) der Verwender dem Vertragspartner die Möglichkeit verschafft hat, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen und
- (3) das Einverständnis des Vertragspartners.

3.1 Ausdrücklicher Hinweis

Der Hinweis kann schriftlich oder mündlich erfolgen. In der Regel ist er bereits in dem vom Verwender vorformulierten Formular enthalten, muss aber wegen der erforderlichen Ausdrücklichkeit so gestaltet sein, dass auch ein Durchschnittskunde ihn bei nur flüchtiger Betrachtung nicht übersehen kann

(BGH NJW RR 1987, 113). Nicht mehr ausreichend ist der bloße Abdruck von AGB auf der Rückseite ohne Einbeziehung.

Ein Hinweis könnte also lauten: (bei einer Bestellung:) „Wir bestellen unter Einbeziehung unserer umseitig abgedruckten Allgemeinen Einkaufsbedingungen“ oder (bei einem Versandhandelskauf:) „Die Lieferung erfolgt unter Zugrundelegung der im Katalog abgedruckten AGB“.

Der Hinweis muss spätestens bei Vertragsschluss erfolgen. Dementsprechend ist der erstmalige Verweis auf AGB in Lieferscheinen, Quittungen oder auch in Flugtickets verspätet, weil sie erst nach Vertragsschluss erfolgen. Ist ein Hinweis wegen der Art des Geschäftes nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, genügt ausnahmsweise auch ein deutlich sichtbarer Aushang, § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Bsp(e): Erwerb von Fahrkarten oder Eintrittskarten am Automaten; Parkhausbenutzung; Kfz-Waschanlagen; Chemische Reinigung.

3.2 Möglichkeit zur Kenntnisnahme

Bei einem Vertragsschluss unter Anwesenden muss der Verwender die AGB vorlegen bzw. deren Vorlage anbieten. Bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden kann der Möglichkeit, vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, i.d.R. nur durch deren Übersendung Rechnung getragen werden. Bei Vertragsabschluss über Internet können AGB wirksam zur Kenntnisnahme angedient werden, wenn dem Kunde die Möglichkeit eingeräumt ist, sie sich durch „down loading“ zu kopieren (Löhning, NJW 1997, 1688).

Problematisch ist der telefonische Vertragsabschluss. Die Schwierigkeit besteht darin, dass der Vertragspartner bereits bei Vertragsabschluss Kenntnis von den Bedingungen haben muss. Dementsprechend genügt eine nachträgliche Übersendung der AGB nicht mehr den Erfordernissen. Ein Vorlesen der AGB am Telefon scheidet i.d.R. aus Praktikabilitätsgründen, wäre aber bei besonders kurzen und inhaltlich klaren Bedingungen oder besonders bedeutsamen Klauseln wie dem Eigentumsvorbehalt zulässig. Die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat der Vertragspartner auch, wenn die AGB anlässlich früherer Geschäfte übermittelt wurden oder ihm aufgrund von Vorverhandlungen vorliegen. Bei Erstkontakten sollte daher die Möglichkeit erwogen werden, dem Vertragspartner die AGB noch während des Telefonats zuzufaxen.

3.3 Einverständnis des Vertragspartners

Das Einverständnis kann schriftlich, mündlich oder auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Von einem Einverständnis kann ausgegangen werden, wenn es nach entsprechender Einbeziehung zum Vertragsschluss kommt.

3.4 Die Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

Nach § 139 BGB ist grds. das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil des Rechtsgeschäftes nichtig ist. Diese Regel passt für Verträge unter Einbeziehung von AGB nicht, da sie zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen könnte, wenn sich nur eine einzelne Vertragsbedingung als unzulässig erweist. Als Ausnahme bestimmt deshalb § 306 Abs. 1 BGB: „Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im übrigen wirksam.“ Das bedeutet im Ergebnis, dass durch unwirksame oder nicht einbezogene Klauseln entstandene Vertragslücken - wo vorhanden -

- durch dispositives Gesetzesrecht ersetzt wird,
- ansonsten durch ergänzende Vertragsauslegung ergänzt wird; 306 Abs. 2
- bzw. die Klausel ersatzlos entfällt.

Bsp: An die Stelle einer unwirksamen (intransparenten) Zinsklausel tritt der gesetzliche Zinssatz.

Nach § 306 Abs. 3 tritt im Falle nicht einbezogener oder nichtiger Klausel dennoch ausnahmsweise Gesamtnichtigkeit ein, wenn ein Festhalten am Vertrag für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Für den Verwender kann das nur angenommen werden, wenn durch den Wegfall das Vertragsgleichgewicht grundlegend gestört wurde (BGH NJW-RR 96,1009).

Bsp: Bei einem gesetzlich nicht geregelten Vertragstyp entfallen alle oder die zentralen AGB.

Ist der Vertrag gem. § 306, Abs. 3 aus einem Grund, den der Verwender zu vertreten hat, nichtig, steht dem Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht über §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB zu.

Verlassen wir damit die formalen Aspekte und wenden wir uns den materiellrechtlichen Inhalten zu. Folgender Fall soll uns durch die weitere Darstellung begleiten:

Fall: Immer diese verflixten Abmahnungen

Siegfried Schlau (S) hatte sich nach dem erfolgreichen Abschluss seines BWL-Studiums selbstständig gemacht. Als geschäftsführender Alleingesellschafter betreibt er eine GmbH, unter der er Designermöbel im Versandhandel vertreibt.

Um Kosten zu sparen, gestaltete er sämtliche Kataloge, Bestellformulare etc. selbst. Er nahm dazu Vorlagen des Wettbewerbs, die er seinen Vorstellungen entsprechend änderte. Entsprechend verfuhr er auch bei der Erstellung seiner Allgemeinen Verkaufsbedingungen (AGB), die er -ohne externen Rechtsrat einzuholen- aus mehreren Vorlagen zusammenschrieb und an den Stellen, die ihm dort nicht gefielen, durch eigene Lösungen ergänzte. Kaum, dass er seinen Katalog versandt hatte, erhielt er ein Schreiben eines Verbraucherschutzverbandes, der sich damit nach §§ 3, 13 Abs. 5 UKlaG legitimierte und mit dem gleichzeitig einzelne Klauseln seiner AGB als unzulässig abgemahnt werden. Gerügt werden folgende Bedingungen:

1. Der Lieferant haftet nicht für Vorsatz. Ausgeschlossen ist auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit. Ebenso haftet der Lieferant nicht für leichte Fahrlässigkeit.
2. Sind bestellte Möbelgruppen ... nur teilweise lieferbar, ist der Lieferant zur Teillieferung berechtigt. Kann der Lieferant die Restlieferung nicht innerhalb angemessener Frist erfüllen, ist der Kunde zum Rücktritt hinsichtlich des nicht erfüllten Lieferteils berechtigt.
3. Bestellungen werden möglichst kurzfristig bearbeitet; der Lieferant hat jedoch mindestens 6 Wochen Zeit, um über die Annahme einer Bestellung zu entscheiden und weitere 6 Wochen bis zur Auslieferung.
4. Sollte der Lieferant die in Ziffer 3 genannte Gesamtfrist überschreiten, ist der Kunde berechtigt, ihn mit einer Frist von 4 Wochen schriftlich in Verzug zu setzen. ...

In alter Verbundenheit wendet sich S an Sie, damit Sie ihm raten, ob er die geforderte Unterlassungserklärung abgeben soll. Was ist S zu empfehlen?

4. Unwirksame Klauseln

Wie bereits festgestellt, sind für AGB und vorformulierte Klauseln in Verbraucherverträgen strengere Inhaltskontrollen notwendig, als sie normalerweise für gleichstarke Vertragspartner durch die Grenzen der Vertragsfreiheit (§§ 311 Abs. 1, 134, 138 BGB) gezogen werden. Zum Schutz des rechtsunkundigeren Verwenders bzw. wirtschaftlich Schwächeren bestimmt das BGB einen Katalog verbotener Klauseln in §§ 308 und 309 BGB sowie als eigentliches Kernstück

eine Generalklausel in § 307 BGB. Sie bildet den grundlegenden Wertmaßstab der Inhaltskontrolle und ist zugleich allgemeiner Auffangtatbestand für die Fallgruppen, die nicht unmittelbar von §§ 305c, 306a oder 308, 309 BGB erfasst werden. Gleichzeitig bildet sie die allgemeine Schranke, die auch gegenüber Kaufleuten, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich rechtlichem Sondervermögen nicht überschritten werden darf.

4.1 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit, § 309 BGB

Die in § 309 BGB aufgeführten Klauselverbote stellen Konkretisierungen der Generalklausel des § 307 BGB dar. Die sehr umfangreiche Darstellung entzieht sich jedem Versuch der systematisierenden Darstellung. Angesprochen werden die unterschiedlichsten Regelungsbereiche, die auch noch in verschiedenen Vertragstypen auftreten können. Die in § 309 BGB zusammengefassten Klauselverbote enthalten i.d.R. keine unbestimmten Rechtsbegriffe (Ausnahmen: Nr. 5b „wesentlich“ und 8b dd „unverhältnismäßig“), engen mithin den Entscheidungsspielraum, ob eine AGB-Klausel zulässig ist oder nicht, ein. Folgende Bestimmungen erklärt § 309 BGB in AGB und bei vorformulierten Verbraucherverträgen für unzulässig:

- Kurzfristige Preiserhöhungsklauseln aller Art, Nr. 1.
- Bestimmungen, die Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte nach § 273, 320 BGB ausschließen oder einschränken; Nr. 2.
- Bedingungen, die dem Vertragspartner die Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderung untersagen, Nr. 3.
- Klauseln, die den Verzug ohne Mahnung und Fristsetzung eintreten lassen; Nr. 4.
- Nr. 5 verbietet Pauschalierungsklauseln nicht grds, legt jedoch die inhaltlichen Anforderungen an Schadenspauschalen in AGB fest. Sie sind zulässig, wenn die Pauschale den bei normalem Ablauf zu erwartenden Schaden nicht übersteigt und dem Vertragspartner der Nachweis des geringeren Schadens nicht abschneidet.

Bsp(e): 15 % beim Neuwagenkauf (zul.; BGH 82, 24 = NJW 82, 331); 20 % beim Gebrauchtwagenhandel (unzul.; BGH 94, 2479).

(Frage: Wodurch unterscheiden sich pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe? - Während die Schadenspauschale alleine den Schadens-

beweis ersparen soll, hat die Vertragsstrafe eine doppelte Funktion: sie soll die Erfüllung der Verbindlichkeit sichern und im Falle der Leistungsstörung den Schadensbeweis entbehrlich machen.)

- Ist nach Nr. 5 die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen noch unter Einschränkung zulässig, so erklärt Nr. 6 Vertragsstrafenklauseln in AGB für unzulässig, in den Fällen, in denen der Vertragspartner die Leistung nicht oder verspätet abnimmt, einschließlich der Lösung vom Vertrag.

Die in Nr. 7 und 8 enthaltenen Klauselverbote beschränken die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln. Sie sollen den Vertragspartner bei Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Verwender schützen:

- Nr. 7 gilt für Verträge jeder Art und verbietet einen Haftungsausschluss oder eine Haftungsbegrenzung bei grob fahrlässigem Verhalten (Nr. 7b) des Verwenders oder einer seiner Erfüllungsgehilfen. Geschützt werden alle Schadensersatzansprüche, gleichgültig, ob sie auf einer Haupt- oder Nebenpflichtverletzung oder deliktischen Ansprüchen (BGH NJW 1995, 1489) beruhen.

(Frage: Warum hat der Gesetzgeber nicht auch gleichzeitig eine Haftungsfreizeichnung für Vorsatz für unzulässig erklärt?)

Die Haftung für Vorsatz kann grds. nicht im voraus ausgeschlossen werden, § 276 Abs. 2 BGB.

Zur Haftungsfreizeichnung wg. leichter Fahrlässigkeit vgl. zu § 309 Nr. 7a BGB.)

- Nr. 8a sichert dem Vertragspartner im Falle des Verzuges oder Teilverzuges bzw. der Unmöglichkeit oder Teilunmöglichkeit einen durch AGB nicht abdingbaren Bestand an Rechten. Der Verwender soll sich für nicht ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht auch noch freizeichnen können. Das Recht des Vertragspartners, sich im Falle des Verzuges oder der Unmöglichkeit vom Vertrag zu lösen, darf danach durch AGB weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden. Auch darf der Anspruch auf Schadensersatz in diesen Fällen nicht ausgeschlossen werden.

Bsp: Unzul. ist eine Klausel, wonach ein Möbelkäufer bei teilweiser Nichtbelieferung nur hinsichtlich der nicht gelieferten Möbel vom Vertrag zurücktreten darf.

- Nr. 8b erklärt bestimmte Einschränkungen der gesetzlichen Mängelhaftungsrechte für unzulässig. Die aus mehreren Einzelverboten bestehende Vorschrift soll den Vertragspartner vor der Aushöhlung gesetzlicher oder vertraglicher Mängelhaftungsansprüche schützen und

sicherstellen, daß das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung auch bei mangelhafter Leistung durch den Verwender durchgesetzt werden kann.

- Entgegen ihrer Überschrift (Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen) erfasst Nr. 9 nur Kauf-, Dienst- und Werkverträge, sofern diese auf die regelmäßige Erbringung von Leistungen gerichtet sind.

Bsp(e): Zeitschriftenabonnements, Sukzessivlieferungsverträge; Unterrichtsverträge, Ehevermittlungsverträge, Steuerberaterverträge, Pflegeverträge; Wartungsarbeiten wie Straßen- oder Fensterreinigung.

Nr. 9 erklärt eine erstmalige Laufzeit von mehr als zwei Jahren für unzulässig. Zwar können Dauerschuldverhältnisse darüber hinaus fortgesetzt werden, aber dann nur für jeweils ein weiteres Jahr. Weiterhin sind Kündigungsfristen von mehr als drei Monaten zum jeweiligen Fristende unzulässig.

- Nr. 10 soll verhindern, dass bei einem Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag ein Schuldneraustausch ohne individuelle Zustimmung des Vertragspartners möglich ist. Dem Vertragspartner soll kein unbekannter Dritter aufgezwungen werden können.
- Nr. 11 hat im wesentlichen klarstellenden Charakter: bereits nach den §§ 164 ff BGB gilt, dass ein Vertreter eine Willenserklärung eines anderen abgibt, mithin nicht sich selbst, sondern einen anderen verpflichten will.
- Nr. 12 erklärt ein allgemeines Verbot von Beweislaständerungen zum Nachteil des Vertragspartners. Sie schützt dabei die allgemein geltenden Beweislastregeln in dem von Gesetz und Rspr. anerkannten Umfang.
- Nr. 13 soll verhindern, dass dem Vertragspartner durch übersteigerte Form- oder Zugangserfordernisse Rechtsnachteile entstehen.

4.2 Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB

Auch die Klauselverbote des § 308 BGB sind Konkretisierungen der Generalklausel des § 307 BGB. Für die Einzelverbote des § 309 ist typisch, dass sie unbestimmte Rechtsbegriffe ansprechen, die Feststellung der Unwirksamkeit also eine richterliche Wertung erfordert. Im einzelnen regelt § 309 folgende Fallgruppen in AGB:

- Nr. 1 soll sicherstellen, dass der Vertragspartner durch die formularmäßige Ausgestaltung der Frist zur Annahme des Vertragsangebots (1. Halbsatz) und der Leistungsfrist (2. Halbsatz) nicht unangemessen benachteiligt wird. Welche Länge unangemessen ist, ist nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Vertrages unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen und der Verkehrsanschauung zu entscheiden.

Bsp(e): Für Annahmefristen: Bei Alltagsgeschäften höchstens 14 Tage; beim Kfz-Neuwagenkauf sechs Wochen (BGH NJW 2001, 292); bei Darlehensanträgen und im Möbelversandhandel 1 Monat; Beim Verkauf von vorrätigen Möbeln und Ausstellungsstücken im Möbelgeschäft erachtet der BGH (MDR 2001, 20) bereits eine Annahmefrist von drei Wochen als zu lang.
Für Leistungsfristen: Bei Möbeln sind 3 Wochen unbedenklich, 6 Wochen zu lang (Palandt/Heinrichs zu § 308 Rdnr. 7 m.w.N.).

- Nr. 2 soll verhindern, dass der Verwender durch Bestimmung einer unangemessen langen Frist den Eintritt des Verzuges hinauszögert und den Vertragspartner so daran hindert, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273 f BGB geltend zu machen.

Bsp: Die Höchstgrenze bei üblichen Verbrauchergeschäften beträgt 2 Wochen; beim Kauf von Einbauküchen oder Möbeln sind 4 Wochen bereits zu lang (BGH NJW 1985, 323).

- Nr. 3 soll den Grundsatz "pacta sunt servanda" auch im Verhältnis zum Verwender sicherstellen. Es soll hierdurch verhindert werden, dass sich der Verwender aus Verträgen jeder Art durch Rücktritts-, Kündigungs-, Widerrufs- oder Anfechtungsrechte aus dem geschlossenen Vertrag ohne sachlich gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund wieder löst.
- Nr. 4 erlaubt zwar dem Verwender bei Verträgen jeder Art, die versprochene Leistung zu ändern oder sogar von ihr abzuweichen, jedoch muss die Änderung für den Vertragspartner zumutbar sein und auf Verwenderseite muss ein triftiger Grund dafür vorliegen (vgl. auch Zif. 1k des Anhangs zur EG-RiLi).
- Nr. 5 beruht auf dem Grundsatz, dass Schweigen im Rechtsverkehr i.d.R. keinen Erklärungswert hat. Nr. 5 erfasst ausschließlich Erklärungen materiell rechtlichen Inhalts wie beispielsweise die werkvertragliche Abnahme nach § 640 BGB. Dementsprechend wäre eine AGB-Klausel: „Mit Abschluss des Probelaufes gilt das Werk als abgenommen“ unzulässig.

- Nr. 6 steht in gedanklichem Zusammenhang mit § 309 Nr. 12, wonach die Grundsätze der Beweislastverteilung jeder formularmäßigen Veränderung entzogen sind. Nach diesen Grundsätzen liegt die Beweislast für eine Absendung einer Willenserklärung und den Zugang beim Erklärenden. Nr. 6 greift den Zugang erneut gesondert auf und stellt noch einmal ausdrücklich fest, dass in AGB eine Fiktion des Zugangs bei Erklärungen von erheblicher Bedeutung unzulässig sind. Hierunter fallen z.B. Zugangsfiktionen bei Kündigungen, Mahnungen, Frist- und Nachfristsetzungen.
- Nach Nr. 7 darf der Verwender im Falle der Rückabwicklung von Verträgen keine unangemessen hohe Vergütung und keinen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen. Unerheblich ist, wer die Kündigung, den Rücktritt, die Anfechtung oder die Wandlung erklärt hat.

Bsp(e): Eine Nutzungsentschädigung von 0,06 € pro gefahrenem km ist zulässig; ebenso eine Aufwandspauschale von 1 Monatsmiete bei vorzeitiger Aufhebung eines Mietvertrages. Unzulässig ist z.B. die volle Zahlungspflicht bei Rücktritt von einer Flugreise (BGH NJW 1985, 633) oder bei vorzeitiger Beendigung eines Partnerschaftsvermittlungsvertrages (BGHZ 87, 319).

4.3 Die Generalklausel des § 307 BGB

Eine fallweise Aufzählung von Verbotsbestimmungen, wie in §§ 308 und 309 BGB geschehen, birgt regelmäßig die Gefahr der Unvollständigkeit. Der Gesetzgeber hat deshalb die Verbotskataloge der §§ 308 und 309 ergänzt um die Generalklausel des § 307 BGB. Sie stellt das Kernstück der Regelungen dar, indem sie sowohl den allgemeinen **Maßstab für die Inhaltskontrolle** liefert als auch den **generellen Auffangtatbestand** für unwirksame AGB-Klauseln, die nicht unter §§ 308 und 309 fallen, bildet. Eine weitere Bedeutung kommt § 307 deshalb zu, weil über § 310 Abs. 1 BGB die Generalklausel auch auf solche ABG für anwendbar erklärt wird, die gegenüber Kaufleuten, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich rechtlichem Sondervermögen verwendet werden.

Zentraler Begriff des § 307 BGB ist das **Verbot unangemessener Benachteiligung**. Unter Beachtung der von Art 3 Abs. 1 der EU-Richtlinie 93/13 bedeutet das, daß eine **Vertragsklausel dann missbräuchlich ist, wenn sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben zum Nachteil des Vertragspartners ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten verursacht**. Den Wertmaßstab für die vertraglichen Rechte und Pflichten liefert das dispositive Recht; ihm kommt bei der Inhaltskontrolle von AGB eine Ordnungs- und Leitbildfunktion zu. Ein erhebliches und ungerech-

fertiges Missverhältnis setzt voraus, daß die Abweichung vom dispositiven Recht Nachteile von einigem Gewicht beinhalten. Abzuwägen sind dabei die Interessen des Verwenders gegenüber den typischerweise Beteiligten. Zu berücksichtigen sind auch der Vertragszweck und die Eigenart des Vertrages. Die zu überprüfende(n) Klausel(n) ist (sind) vor dem Hintergrund des gesamten Vertrages auszulegen und zu bewerten. Unterschiedliche Fallgestaltungen wie z.B. Verwendung der gleichen AGB für neue und gebrauchte Gegenstände oder für renovierte und nicht renovierte Wohnungen können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. So kann etwa eine Klausel, die im kaufmännischen Verkehr noch unbedenklich ist, bei einem Vertrag mit einem Verbraucher bereits gegen § 307 BGB verstoßen.

Ein wesentlicher Ausfluss des Verbots unangemessener Benachteiligung ist das **Transparenzgebot** des § 307 Abs. 1 S. 2 (vgl. hierzu auch EuGH NJW 2001, 2244). Es ergänzt das Verbot überraschender Klauseln nach § 305c BGB. Es besagt, dass sich eine unangemessene Beeinträchtigung bereits aus der **Unklarheit oder Undurchschaubarkeit** einer Regelung ergeben kann (BGH NJW 1994, 213). Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, seine AGB so zu gestalten, dass der rechtsunkundige Durchschnittsbürger ohne fremde Hilfe in der Lage sein muss, sie zu verstehen. Zwar darf der Verwender unbestimmte Rechtsbegriffe der Gesetzessprache wie „wichtiger Grund“ oder „unverzüglich“ verwenden (BGH NJW 1994, 1004), nicht aber dem Laien unverständlichen Begriffe wie „Minderung“ (BGH NJW 1982, 333). Gegen das Transparenzgebot verstoßen beispielsweise auch Haftungsausschlüsse „für den durch eine Schadensversicherung gedeckten Schaden“ (BGH NJW 1996, 1407) und „soweit gesetzlich zulässig“ (BGH a.a.O.).

Die beiden Sondertatbestände des § 307 Abs. 2 BGB sollen die Generalklausel in Abs. 1 S. 1 ergänzen. Sie stellen gesetzliche Regelbeispiele für eine unangemessene Benachteiligung dar.

- Nr. 1 erhebt das dispositive Recht zum Prüfungsmaßstab. Dem dispositiven Recht kommt damit bei der Inhaltskontrolle Ordnungs- und Leitbildfunktion zu. Entscheidend ist demgemäß, ob die abbedungene Norm des dispositiven Rechts einem **wesentlichen Schutzbedürfnis des Vertragspartners** dient.

Bsp(e): Teillieferungen in Möbelhandel (unzul. wg. Verstoß gg. § 266 BGB, OLG Hamm NJW-RR 1987, 316); bei Maklerverträgen sind alle Klauseln unwirksam, die einen erfolgsunabhängigen Provisionsanspruch begründen (BGHZ 99, 382), ebenso Alleinauftragsklauseln (BGH NJW 1991, 1679) und Vorkenntnisklauseln (BGH DB 1976, 1711).

- Nr. 2 stellt auf die Natur des Vertrages ab. Erfasst werden damit zum einen die unzulässige **Aushöhlung von Kardinalpflichten** aus gesetzlich normierten Vertragstypen und zum anderen Vertragstypen, für die **gesetzliche Regelungen im kodifizierten Recht ganz oder teilweise fehlen**.

Bsp(e): Aushöhlung von Kardinalpflichten: Freizeichnungsklauseln z.B. für einfache Fahrlässigkeit - auch im kaufm. Verkehr, (vgl. v. Westphalen DB 1997, 1797) oder durch Haftungsausschluss für Konstruktionsfehler (BGH NJW 1971, 1797); andererseits sind summenmäßige Haftungsbegrenzungen dann zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen (BGH NJW 1993, 335).

Gesetzliche Regelungen fehlen: Bauherrenmodell: eine Klausel, wonach der Treuhänder nur subsidiär haftet, ist unwirksam (BGH NJW-RR 1991, 1120). Fitness-Verträge: Unwirksam ist eine formularmäßige Erklärung über den Gesundheitszustand (BGH NJW-RR 1989, 817) oder Haftungsausschluss für mitgebrachte Sachen. Just-in-time-Lieferverträge und Qualitätssicherungsvereinbarungen: ein Abbedingen von § 377 HGB für offene Mängel ist unzulässig (sehr str.! vgl. auch BGH NJW 1991, 2634 für Allgem. Einkaufsbedingungen).