



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Hinweis vom HLB-Team: Sie liest mich. Sie liest mich nicht. Sie liest mich. Sie liest mich nicht...

*So, oder so ähnlich dürfte die innere Gedankenwelt einer AGB-Klausel aussehen (Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Der Standardisierung von Verträgen insbesondere im Massengeschäft gewidmet, haben sich die Klauseln in einer globalisierten und konsumgeprägten Welt fraglos beweisen können. Mit Blick auf das Studium ist die **Prüfung von AGB¹** in den **Zivilrechtsklausuren** ein Handgriff, den es von jedem Studierenden zu beherrschen gilt und der immer wieder abgefragt wird. Probleme tauchen bei der Verortung der konkreten Prüfung, ihrem Aufbau sowie ihrer inhaltlichen Ausgestaltung auf. Dabei kann eine AGB-Kontrolle in verschiedenen Themengebieten vorkommen, etwa im Kaufrecht (nach der Gesetzesreform besonders relevant!), als Kauf- oder Verkaufsbedingungen zwischen zwei Parteien, sowie im **Miet-, Werk- oder Darlehensrecht**.*

*Auch unsere „Entscheidung des Monats“ Juli (OLG Frankfurt, 30.12.2021 - 2 U 28/21), muss sich inhaltlich im Kern mit der Wirksamkeit von einer haftungsausschließenden AGB auseinandersetzen. Hintergrund ist ein folgenschwerer Verkehrsunfall, welchem die Fahrerin aufgrund eines mangelhaften Mietwagens hilflos ausgesetzt war. Das OLG sprach ihr nun u.a. 90.000,- € Schmerzensgeld zu; die Rechtslage selbst ist jedoch gar nicht so eindeutig: Kann die **verschuldensunabhängige Garantiehaftung des Vermieters für anfängliche Mängel der Mietsache** selbst hinsichtlich der **Kardinalpflichten beim Mietwagenvertrag** durch **AGB ausgeschlossen** werden?*

Der Beitrag soll Studierende und Referendare auf dem Laufenden halten und ihnen anhand des vorgeschlagenen Prüfungsschemas helfen, die AGB-Kontrolle themenübergreifend zu bewältigen. Es gilt wie eh und je: Prüfungsschritte sind nur bei Relevanz im Sachverhalt zu prüfen. Es ist Aufgabe des Prüflings zu entscheiden, ob und worin Anhaltspunkte für die Prüfung bestimmter Merkmale vorliegen. Spezielle Probleme des AGB-Rechts werden ebenso beleuchtet.

¹ Fyi: die Abkürzung des Plurals lautet ebenso „AGB“, nicht etwa „AGBs“.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Die Hintergründe der Entscheidung

Die deutsche Wirtschaft pocht seit geraumer Zeit auf eine **Reform des deutschen AGB-Rechts**. Es gilt im internationalen und europäischen Vergleich als zu praxisfern und verbraucherfreundlich;² für Unternehmen bedeutet die restriktive Anwendung des deutschen AGB-Rechts größere Rechtsunsicherheit und Haftungsrisiken, sind sie doch auf rechtssichere und effiziente vertragliche Regelungen angewiesen. Die Unzufriedenheit macht sich nicht zuletzt in dem exportorientierten Mittelstand breit, der sich hoch-spezialisierte Rechtsabteilungen regelmäßig nicht leisten kann. Auch hinsichtlich neuer Geschäftsmodelle, beispielsweise für Startup-Firmen, kann das Recht bremsend wirken. Eine Reform (Business to Business, B2B) befinden manche daher als dringend geboten.

„Von Montagsautos und Limonen“³: In diesen Kontext reiht sich eine der aktuelleren gerichtlichen Entscheidungen im Recht der AGB trefflich ein: Als gewerbliche Stammkundin mietete die verunfallte Autofahrerin bei der beklagten Autovermietung im Herbst 2010 für die Dauer einer Woche ein Fahrzeug für die Fahrten von Frankfurt nach Berlin und zurück.

Auf dem Hinweg nach Berlin informierte die Autofahrerin die Autovermietung telefonisch,⁴ dass sie Probleme habe, in den zweiten Gang zu schalten. Auf der Rückfahrt geriet das Fahrzeug bei hoher Geschwindigkeit – während die Autofahrerin versuchte, die geöffnete Seitenscheibe hochzukurbeln und hierzu ihre linke Hand vom Steuer nahm – plötzlich ins Schleudern. Gegenlenken war nicht möglich. Das Fahrzeug schleuderte weiter, schaukelte sich auf, kippte

² Antonia Sommerfeld, *AGB-Reform und Rechtsflucht. Bedeutung der Rechtsflucht für die AGB-Reformdebatte im unternehmerischen Rechtsverkehr*, Dissertation, 2021.

³ George A. **Akerlof** illustrierte das sog. *Lemons-Problem* anhand des Marktes für Gebrauchtwagen: Aufgrund asymmetrischer Informationen kann ein Käufer vor Vertragsabschluss die Qualität des angebotenen Produktes nicht kennen oder beurteilen. Ohne die richtigen Informationen lassen sich dann keine optimalen Entscheidungen fällen. **Lemon** ist in den USA dabei ein umgangssprachlicher Ausdruck für ein Auto mit wiederholten mechanischen Problemen (**Montagsauto**).

⁴ **Fyi**: Das Handyverbot im untersagt jede Art der Nutzung (als Navi ohne Halterung, für Social Media und Textetippen etc.), **§ 23 Absatz 1a StVO**. Ferner ist nicht nur das Bedienen von Mobiltelefonen untersagt: Auch alle weiteren elektronischen Geräte, die „*der Kommunikation, Information oder Organisation*“ dienen, sprich Geräte der Unterhaltungselektronik oder Geräte zur Ortsbestimmung sind unzulässig (die SmartWatch also auch...). Die Start-Stopp-Automatik des KFZ schützt übrigens nicht vor einer Bestrafung (100€ + Punkt in Flensburg; Stand 07/2022).



ENTSCHEIDUNG DES MONATS JULI 2022

nach links und rutschte über die linke Seite über den Fahrbahnrand hinaus in eine Grünfläche. Beim Umkippen des Mietfahrzeugs geriet der linke Arm der Autofahrerin durch das Fenster und wurde abgetrennt. Die Autofahrerin erlitt durch den Unfall schwerste Verletzungen. Eine Replantation des Armes war nicht möglich.

Nach den Feststellungen eines Sachverständigen war ein Lager im Kardangelenk der unteren Lenksäule bereits bei Fertigung des vermieteten Fahrzeugs nicht richtig verbaut worden. Gemäß den Ausführungen des Sachverständigen sei damit das Fahrzeug von Anfang an "prinzipiell nicht verkehrssicher" gewesen. Zu dem Unfall kam es schließlich, da sich das Kreuzgelenk während der gesamten Laufleistung aus der Lageraufnahme herausgearbeitet habe und dann plötzlich während der Fahrt der Automieterin herausgesprungen sei – die Fahrt zurück nach Frankfurt war der sprichwörtliche Tropfen auf dem Fass.

Gemäß Ziff. 8 der Mietvertragsbedingungen haftete die Autovermietung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit der Mieter „nur bei grobem Verschulden oder fahrlässigen Pflichtverletzungen“.

Die verunfallte FahrerIn erhob in der Folge Klage beim Landgericht Frankfurt a.M. und begehrte von dem Mietwagenunternehmen (Beklagte) Schmerzensgeld i.H.v. 120.000 €, eine Schmerzensgeldrente und die Feststellung der Einstandspflicht für zukünftige Schäden wegen des Verkehrsunfalls. Sie stützte ihren Anspruch insbesondere auf § 536 a Abs. 1 BGB und § 253 Abs. 2 BGB⁵. Das Gericht wies die Klage ab (**LG Frankfurt a.M., Urteil v. 22.01.2021 – 2-13 O 163/13**). Es teilte die Meinung der beklagten Autovermieterin, dass diese sich wirksam mittels AGB der Haftung entzogen hätte. Hiergegen legte die Klägerin Berufung ein.⁶

⁵ **Fyi:** Wir erinnern uns ans Schuldrecht AT: **§ 253 Abs. 2 BGB** ist eine eigene Anspruchsgrundlage, die neben den „eigentlichen“ Schadenersatzanspruch tritt und nicht nur ein bloßer Schadensposten bei der Berechnung des gesamten Schadens ist. Daraus folgt, dass Sie ein Schmerzensgeld in einem eigenen Abschnitt zu prüfen haben. Voraussetzung für den Anspruch aus § 253 Abs. 2 ist dabei, dass der Schädiger wegen der Verletzung der 253er-Rechtsgüter dem Geschädigten (dem Grunde nach) **auf Schadenersatz haftet**. Es muss somit entweder bei der Prüfung des Schmerzensgeldanspruches der zum Schadenersatz verpflichtende Grundanspruch inzidenter geprüft werden oder – was in den meisten Fällen vorzuziehen sein dürfte – kann auf den schon geprüften Anspruch verwiesen werden.

⁶ **Fyi:** Haftung ohne Verschulden? Dass die beklagte Mietwagenfirma grundsätzlich für diesen Produktmangel trotz fehlenden Verschuldens ihrerseits grundsätzlich haften muss, ergibt sich aus einer **Besonderheit des Mietrechts:** Für **anfängliche Mängel**, also solche Mängel, die bereits bei Abschluss



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Die Entscheidung

Die Berufung hatte Erfolg. Ein Anspruch aus § 536 a Abs. 1 BGB wurde entgegen des LG Frankfurt vom Berufungsgericht bejaht. Das OLG Frankfurt hat die Klausel in den AGB der Autovermieterin als **unangemessene Benachteiligung (§ 307 BGB⁷)** und daher als **unwirksam** eingestuft. Es stellte fest, die Mieterin könne infolge der (anfänglichen) Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs Schadensersatz verlangen. Dass die Beklagte den Mangel des Fahrzeugs nicht verschuldete, stehe dem nicht entgegen.

Die Beklagte könne sich im konkreten Sachverhalt nicht auf den vereinbarten Haftungsausschluss für unverschuldete Schäden berufen. Der Vermieter hafte auch für unverschuldete Mängel der Mietsache kraft Gesetzes (§ 536 a Abs. 1 BGB⁸), soweit sie bereits bei Vertragsschluss bestanden: Das infrage stehende Fahrzeug war laut Sachverständigem

des Mietvertrages vorhanden sind, haftet der Vermieter – in Abweichung zu dem ansonsten im BGB geltenden Verschuldensprinzip – gem. **§ 536a Abs. 1 BGB** nämlich auch dann, wenn er die Übergabe einer mangelhaften Mietsache nicht zu vertreten, also weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat. Der Gesetzgeber trägt hier u.a. dem allgemein vorherrschenden Informationsungleichgewicht zwischen Mieter und Vermieter über die Güte der Mietsache Rechnung.

⁷ § 307 BGB – Inhaltskontrolle

(1) ¹Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. ²Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1.mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder

2.wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

...

⁸ § 536a BGB – Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines Mangels

(1) Ist ein Mangel im Sinne des § 536 bei Vertragsschluss vorhanden oder entsteht ein solcher Mangel später wegen eines Umstands, den der Vermieter zu vertreten hat, oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug, so kann der Mieter unbeschadet der Rechte aus § 536 Schadensersatz verlangen.

(2) ...



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

von Anfang an „prinzipiell nicht verkehrssicher“ gewesen; der Sprung des Kreuzgelenks war demnach nur eine Frage der (Lauf-)Zeit und letztlich kausal für den Unfall.

Haftungsprivilegierung dank AGB?

Diese verschuldensunabhängige gesetzliche Haftung könne zwar grundsätzlich durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden. Dies **gelte aber nicht**, wenn sich der Haftungsausschluss auf Schäden im Zusammenhang mit der Verletzung einer sog. **Kardinalpflicht**, also einer wesentlichen Pflicht, des Vermieters beziehe. Hier – verortet in der Prüfung der Sekundäransprüche der Mieterin gegen die Vermieterin – betrieb das OLG nun klassische AGB-Kontrolle. Zu diesen Kardinalpflichten gehöre es, ein verkehrssicheres Fahrzeug zu vermieten, bei dem insbesondere Lenkung und Bremsen funktionsfähig seien. Der Mieter würde unangemessen entgegen Treu und Glauben benachteiligt, wenn die Klausel auch Schäden aus der Verletzung derartiger im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten des Vermieters umfassen würde. Den typischen Vertragszweck prägende Pflichten dürften nicht durch einen Haftungsausschluss ausgehöhlt werden. Das Fahren im Straßenverkehr mit hoher Geschwindigkeit begründe stets eine latente erhebliche Gefahr für Leib und Leben der Insassen. Ein Mieter müsse sich darauf verlassen können, dass das ihm anvertraute Fahrzeug verkehrstüchtig und frei von solchen Mängeln, die eine erhebliche Gefahr für ihn begründen könnten.

Der Klägerin stehe unter Berücksichtigung der hier vorliegenden prägenden Einzelfallumstände ein Schmerzensgeld von 90.000 € sowie eine monatliche Schmerzensgeldrente von 160,00 € zu.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Dogmatische Vertiefung

Bevor wir uns der detaillierten Prüfung von AGB und den Feinheiten der Abwägung im Rahmen der Inhaltskontrolle nähern, nehmen wir zuvor einen Schritt Abstand und vergegenwärtigen uns noch einmal den **Sinn und Zweck der AGB**: Der Klauselsteller bedient sich der AGB, um seine vertraglichen Absichten und Vorteile zu sichern. Sie dienen mithin ausschließlich dem Steller, sich sowohl wirtschaftlich als auch vertraglich abzusichern. So soll etwa der Haftungsausschluss die Gefahr mindern, die Vergütung zu verlieren oder – als klassischer Anwendungsfall im Mietvertrag – der Erhalt des Mietobjekts durch Schönheitsreparaturklauseln gesichert werden.⁹ Die Kontrolle der AGB wiederum soll verhindern, dass die andere Vertragspartei übermäßig benachteiligt wird. Der Gesetzgeber möchte also gerade nicht, dass AGB als unternehmerisches Mittel zur Gewinnmaximierung gegenüber unachtsamen Verbrauchern dienen. Für die Abwägung spielen dabei Gesichtspunkte der Privatautonomie und Wirtschaftlichkeit eine Rolle.¹⁰ AGB finden in der Prüfung hauptsächlich in vertraglichen Absprachen, d.h. überwiegend im Recht der Schuldverhältnisse Anwendung. Dieses gibt schon der Wortlaut „Geschäftsbedingungen“ vor. Eine Geschäftsbedingung setzt das beabsichtigte Zustandekommen eines Vertrags voraus;¹¹ aber auch schon bei Vorvertraglichen Schuldverhältnissen findet das Recht der Geschäftsbedingungen Anwendung.¹² Selbst wenn der Vertrag nur einseitig entstehen sollte, finden die §§ 305 ff. BGB analog Anwendung.¹³ Zwar können auch andere Rechtsverhältnisse, wie dingliche oder deliktische geregelt werden, jedoch setzt dieses zunächst eine vertragliche Abrede voraus. Klassisches Beispiel stellen Eigentumsvorbehalte oder die Sicherungsübereignung¹⁴ dar.

⁹ Vgl. Schwab, AGB-Recht, 2. Aufl. 2013, Rn. 1270 ff.

¹⁰ Möhrke, ZJS 2015, S. 32 ff.

¹¹ Roloff, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 305 BGB Rn. 5.

¹² Roloff (Fn. 11), § 305 BGB Rn. 5; BGH NJW 1996, 2574.

¹³ Schlosser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2013, § 305 BGB Rn. 6.

¹⁴ **Fyi**: Bei einer Sicherungsübereignung vereinbaren Bank (Gläubiger) und Kreditnehmer (Schuldner), dass ein Wirtschaftsgut vom Schuldner genutzt, vermietet oder verwahrt werden darf, aber im Besitz der Bank bleibt.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Ist man schließlich mit AGB konfrontiert, so ist die Prüfung der AGB zwangsläufig dort zu verorten, wo die jeweilige AGB rechtsändernd modifiziert. **Der Prüfungsort richtet sich also schlichtweg nach dem Inhalt der AGB:**

- a) Soll etwa eine Nebenpflicht oder eine Leistungsmodalität geregelt werden, dann muss die AGB bei der Entstehung des Anspruchs überprüft werden, um festzustellen, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt besteht (*rechtshindernde* Einwendungen).
- b) Soll die AGB den Rücktritt oder eine Minderung regeln, dann findet die Überprüfung der AGB zwangsläufig bei den *rechtsvernichtenden* Einwendungen statt.
- c) Soll hingegen beispielsweise die Verjährung geregelt werden, dann findet die Überprüfung innerhalb der (rechtsvernichtenden) *Einreden* statt.

I. AGB-Kontrolle

Hat der Prüfling die AGB erkannt und korrekt verortet, kann mit der Prüfung begonnen werden. Beim Vorliegen mehrerer AGB in einer Prüfungsaufgabe empfiehlt es sich, zur besseren Übersicht jede AGB einzeln zu überprüfen (gerade bei unterschiedlichem Regelungsinhalt).

1. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Die Überprüfung der AGB ist nur notwendig, wenn die §§ 305 ff. überhaupt anwendbar sind.

a. Inhaltskontrolle bei Hauptleistungspflichten

Gem. **§ 307 Abs. 3 BGB** ist die Inhaltskontrolle nur möglich, wenn es sich um abdingbare Rechte handelt. Von Hauptleistungspflichten in einem Vertrag kann nicht abgewichen werden. Beim Kaufvertrag wäre dies etwa die Pflicht zur Kaufpreiszahlung, beim Mietvertrag jene zur Überlassung des Wohnraums.¹⁵

b. Ausschluss bei bestimmten Vertragsarten

¹⁵ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3205.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Regelt die Klausel einen bestimmten Vertragstypus, so sind die §§ 305 ff. BGB erst gar nicht anwendbar. Darunter fallen nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB **Verträge mit erbrechtlichen, familienrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Inhalten**, sowie Verträge des Arbeitsrechts im Rahmen von **Tarifverträgen**, Betriebs- und Dienstvereinbarungen. Eine Überprüfung anhand der allgemeinen Regelungen nach §§ 134, 138 BGB bleibt unberührt.

c. Begrenzte Anwendbarkeit bei Arbeitsverträgen

Gem. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB finden die §§ 305 ff. BGB auf Arbeitsverträge nur begrenzt im Lichte der arbeitsrechtlichen Besonderheiten Anwendung. Ein Beispiel für eine solche Besonderheit ist die fehlende Anwendbarkeit von § 309 Nr. 6 BGB:¹⁶ Eine Vertragsstrafe, die als Klausel im Arbeitsvertrag festgehalten wird, ist unwirksam.

d. Ausschluss bei zwingenden Rechtsbestimmungen

Ebenso finden die §§ 305 ff. BGB bei einigen zwingenden Rechtsbestimmungen keine Anwendung (z.B. im Verbraucher- oder Mietrecht).¹⁷

2. Vorliegen einer AGB

Wir prüfen nun, ob eine AGB vorliegt. Bei der Feststellung, ob es sich um eine AGB handelt, genügt schon ein einfacher Blick in das Gesetz. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer AGB sind in **§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB** normiert. Hiernach müsste wegen § 310 Abs. 3 BGB grundsätzlich eine Vertragsbedingung vorliegen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist und vom Verwender gestellt wurde. Soweit ersichtlich ist, dass die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB umgangen werden sollen, finden die §§ 305 ff. BGB aufgrund von § 306 a BGB trotzdem Anwendung.

a. Vorformulierte Vertragsbedingungen

¹⁶ BAG NZA 2004, 727 (729 ff.); Krause, JA 2010, 303 (304).

¹⁷ Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 15. Aufl. 2014, § 475 BGB Rn. 78, 84, 114 ff.; Hoeren, ZGS 2002, 69 (71); Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 475 BGB Rn. 15 f., 25; Schwab (Fn. 9), Rn. 1068.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS JULI 2022

Vorformuliert ist eine Vertragsbedingung, wenn sie in ihrer verwendeten Form schon vor dem Vertragsschluss besteht und die andere Vertragspartei keine Veränderungen an der jeweiligen Klausel vorgenommen hat (Sonderfall: Lückentexte).¹⁸ Die schriftliche Fixierung der Klausel ist fakultativ: es genügt bereits, wenn die Vertragsbedingung im Gedächtnis des Verwenders besteht und jederzeit widergegeben werden kann.¹⁹

b. Für eine Vielzahl von Verträgen

Grundsätzlich muss die Vertragsbedingung für eine Vielzahl von Fällen gedacht sein. Dabei genügt schon die erstmalige Verwendung, wenn der Verwender zumindest beabsichtigt, die Bedingung für mehr als einen Vertrag, aber mindestens jedoch für insgesamt drei Verträge zu verwenden.²⁰ Wenn die Parteien Vertragsbedingungen nutzen, die ein Dritter erstellt hat, ist auf den Willen des jeweiligen Dritten abzustellen (Bsp.: ADAC-KFZ-Kaufvertragsmuster, Mietverträge von Vermieterverbänden).²¹ Zu der mehrmaligen Verwendungsabsicht gibt es eine Ausnahme: **Wenn ein Unternehmer (§ 14 BGB) gegenüber einem Verbraucher (§ 13 BGB) Vertragsbedingungen stellt**, finden gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Vorschriften über AGB gem. §§ 305c Abs. 2, 306, 307 bis 309 BGB Anwendung, auch wenn diese Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung gedacht sind (Grund: Machtgefälle).²²

c. Vom Verwender gestellt

Zudem müsste die Vertragsbedingung vom Verwender der **AGB einseitig gestellt** worden sein. Die Einigung oder das Aushandeln von Vertragsbedingungen schließen ein „Stellen“ aus, § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Im Zweifel liegt auch aus Gründen der Rechtssicherheit kein Aushandeln vor, sodass die §§ 305 ff. BGB anwendbar bleiben. Ein Aushandeln liegt nur vor, wenn die Klausel vom Verwender ernsthaft zur Disposition gestellt wurde und der anderen Vertragspartei die Gelegenheit gegeben wird, vertragsgestaltend mitzuwirken.²³

¹⁸ Schulte-Nölke, in: Schulze u.a., Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 305 BGB Rn. 3.

¹⁹ BGH NJW 2001, 2635 (2636).

²⁰ Petersen, Jura 2010, 667 (667).

²¹ Faust, JuS 2010, 538 (539).

²² Leuschner, AcP 207 (2007), 491 (505).

²³ BGH NJW 2005, 2543 (2543 f.); BGH NJW 2005, 1574 (1575); Grüneberg, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 305 BGB Rn. 20 ff.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS JULI 2022

Einbringung oder Stellen durch den Notar?

Wird eine Klausel von einer dritten Partei vorgeschlagen und eingebracht, wie durch einen Notar, so gilt dieses als vom Verwender gestellt, wenn die Bedingung nachweislich durch den Verwender verursacht wurde bzw. von dieser begünstigenden Partei angeregt wurde.²⁴ Eine Besonderheit gilt wiederum für **Verbraucherverträge**: Ein Stellen ist zu bejahen, wenn der Unternehmer nicht nachweisen kann, dass die jeweilige Vertragsbedingung nicht vom Verbraucher eingeführt wurden, § 310 Abs. 3 Nr. 1. Die Beweislast liegt beim Unternehmer.

3. Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 1 BGB

Wenn feststeht, dass eine AGB vorliegt, muss die Einbeziehung der AGB in den Vertrag überprüft werden. Es ist zu unterscheiden, ob eine AGB von einem Unternehmer gegenüber einem Verbraucher (B2C) oder gegenüber einem anderen Unternehmer (B2B) gestellt wurde.

a. Bei Klauseln gegenüber Verbrauchern

Die Voraussetzungen für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag gegenüber Verbrauchern sind gesetzlich in § 305 Abs. 2 BGB geregelt (lesen!). Danach muss ein entsprechender Hinweis auf die AGB erfolgen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB), für den Vertragspartner die Möglichkeit zur Kenntnisnahme in zumutbarer Weise bestehen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) und es muss ein Einverständnis des Vertragspartners vorliegen (§ 305 Abs. 2 BGB). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. In Ladengeschäften für die täglichen Massengeschäfte genügt der zugängliche Aushang der AGB.²⁵ Der Hinweis auf die AGB oder die Möglichkeit zur Kenntnisnahme muss in der Regel zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehen (Sonderfall: Wiederholungsvereinbarungen). Grenzüberschreitende Verträge setzen grundsätzlich das Vorliegen der AGB in deutscher Sprache voraus.²⁶ Im Internetverkehr ist die ausdrückliche Annahme der AGB notwendig (meist ankreuzen).²⁷ § 305a BGB nennt Ausnahmen vom § 305 Abs. 2 (Beförderungs-, Telekommunikations- und Postbedingungen).

²⁴ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, Rn. 406 f.

²⁵ Grüneberg (Fn. 23), § 305 BGB Rn. 32 ff.

²⁶ Heiderhoff, ZIP 2006, 793 (793 f.); Grüneberg (Fn. 23), § 305 BGB Rn. 58 ff.

²⁷ Schmidt, NJW 2011, 1633 (1634).



ENTSCHEIDUNG DES MONATS JULI 2022

b. Bei Klauseln gegenüber Unternehmern

Aufgrund der Besonderheiten der Privatautonomie, ergibt sich bei der Einbeziehung gegenüber Unternehmern eine andere Betrachtungsweise als gegenüber einem Verbraucher (vgl. auch § 310 Abs. 1 S. 1 BGB). Es ist darauf abzustellen, dass der Geschäftspartner auf die AGB konkludent oder ausdrücklich hingewiesen wurde und sie sich auf diese geeinigt haben. Einen Sonderfall stellen sich widersprechende AGB dar.²⁸

4. Keine Individualabrede nach § 305b BGB oder überraschende bzw. mehrdeutige Klausel nach § 305c BGB

Es darf ferner keine anderweitige Individualabrede bestehen. Eine solche liegt vor, wenn die entsprechende Vertragsbedingung im Einzelnen ausgehandelt wurde. Die **Individualabrede** geht der AGB vor und verdrängt diese, **§ 305b BGB**. Es gilt das Primat der Privatautonomie, welches sich in der Vertragsfreiheit niederschlägt. §§ 305b, c BGB finden sowohl gegenüber Unternehmern als auch Verbrauchern Anwendung.

Die Inhaltskontrolle kann darüber hinaus – trotz Vorliegens einer AGB – verschlossen bleiben, wenn diese überraschend oder mehrdeutig ist, § 305c BGB. Eine **überraschende Klausel** liegt dann vor, wenn der Vertragspartner vernünftigerweise nicht mit einer derartigen Klausel rechnen musste oder die Klausel sich nicht im Rahmen dessen bewegt, was normalerweise von einer solchen Klausel zu erwarten wäre, § 305c Abs. 1 BGB. Hierzu zählen versteckte und falsch überschriebene Klauseln.²⁹ Wann eine Klausel im konkreten Fall überraschend ist, richtet sich zum einen **nach den persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten der Vertragsparteien** und zum anderen **nach den jeweiligen Umständen** des Vertragsschlusses.³⁰ Im Zweifel gilt die Auslegung zulasten des Verwenders, § 305c Abs. 2

5. Inhaltskontrolle

²⁸ Dazu: BGH NJW 2010, 671 (672 Rn. 17); BGH BB 1951, 456; Brox/Walker, Rn. 224 ff.

²⁹ Graf v. Westfalen, NJW 2011, 2098 (2098); weitere Beispiele in OLG Düsseldorf VersR 1984, 370; OLG Hamburg IBR 2005, 3 – Haftungsausschluss unter dem Punkt „Verjährung“.

³⁰ BGH NJW 1995, 2635 (2638); BGH NJW 2000, 3299 (3300).



ENTSCHEIDUNG DES MONATS JULI 2022

Sobald feststeht, dass eine AGB vorliegt und diese auch in den Vertrag wirksam mit einbezogen wurde, sowie eine Abweichung von einer gesetzlichen Regelung und keine bloße Preisabrede vorliegt, ist die Inhaltskontrolle eröffnet. In der Inhaltskontrolle wird die AGB selbst **auf ihre Wirksamkeit überprüft** (Unterscheidung: B2C / B2B). Die Betrachtung innerhalb der Inhaltskontrolle erfolgt nach der h.M. anhand der Ansicht eines durchschnittlichen Empfängers.³¹ Es ist also nicht auf die Betrachtungsweise des jeweiligen Vertragspartners abzustellen. Das bedeutet ebenso, dass nicht auf die für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln zurückzugreifen ist (u.a. §§ 133, 157), obwohl AGB Teile dieser sind.³²

a. Eröffnung der Inhaltskontrolle

Die Anwendungen der §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 307 bis 309 BGB und die Eröffnung der Inhaltskontrolle setzen voraus, dass durch die jeweiligen Vertragsbedingungen von gesetzlichen Regelungen abgewichen wurde. (bloße Wiedergabe der gesetzlichen Regelung keine AGB). Es muss also zwangsläufig eine Abweichung von gesetzlichen Regelungen vorliegen, damit die Inhaltskontrolle eröffnet ist,³³ § 307 Abs. 3 S. 1 BGB.

b. AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmen und Verbrauchern (B2C)

Die Inhaltskontrolle von Klauseln gegenüber Verbrauchern bildet i.d.R. den Schwerpunkt der Klausur. Ein bestimmter Prüfungsablauf ist einzuhalten; **es ist mit der spezielleren Inhaltskontrolle nach §§ 309, 308 BGB zu beginnen und dann mit § 307 BGB fortzufahren.**³⁴ Die spezielleren §§ 309, 308 BGB konkretisieren dabei die Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB. Als Ausnahme zu den speziellen Regelungen in §§ 309, 308 BGB gilt § 310 Abs. 2 BGB, der bestimmt, dass bei Versorgungsverträgen nur der § 307 BGB gilt.

aa. § 309 BGB

Zunächst findet eine Inhaltskontrolle für Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit gem. § 309 BGB statt. **Ohne Wertungsmöglichkeit** bedeutet, dass unabhängig von der Situation und der

³¹ Brox/Walker, Rn. 231.

³² Brox/Walker, Rn. 231.

³³ Schöner/Stöber (Fn. 15), Rn. 3205.

³⁴ Dazu: Schwab (Fn. 9), Rn. 651.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS JULI 2022

konkreten Anwendung die Klausel unwirksam ist, wenn ein Fall von § 309 BGB vorliegt. Es findet mithin **keine Abwägung** statt. Besondere Prüfungsrelevanz haben die § 309 Nr. 4, 7, 8b BGB.

bb. § 308 BGB

Die Prüfung wird mit § 308 BGB fortgesetzt, dem Klauselverbot **mit Wertungsmöglichkeit**. Mit Wertungsmöglichkeit bedeutet, dass wenn möglicherweise ein Klauselverbot von § 308 BGB einschlägig sein könnte, erst eine umfangreiche Interessenabwägung stattfinden muss. Abzuwägen sind die Interessen beider Vertragsparteien im Lichte der gesetzlichen Bewertungen. Die Wertungsmöglichkeit ergibt sich aus den in § 308 BGB enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffen. Ein häufiger Anwendungsfall ist § 308 Nr. 2 BGB, bei dem es um die unangemessene Dauer von Nachfristen geht.³⁵ Klausurrelevanter ist i.d.R. der § 309.

cc. § 307 BGB

Soweit sich bei einer Vertragsbedingung gegenüber einem Verbraucher nichts aus den spezielleren Regeln der §§ 308, 309 BGB ergibt, ist die Prüfung noch nicht abgeschlossen. Vielmehr ist auf die allgemeine Vorschrift des § 307 BGB abzustellen. Es kann eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB oder nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB stattfinden. Im Falle eines **Verbrauchervertrages** sind gem. **§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB** bei der Bewertung nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch die **Begleitumstände** entscheidend. So muss auch auf die konkrete Situation des Geschäftsschlusses abgestellt werden oder auf die Geschäftsunerfahrenheit des Vertragspartners. So kann etwa bei Vertragsschlüssen in Haustürsituationen oder am Arbeitsplatz eine besondere **Überrumplungsgefahr** bestehen.³⁶

(1) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Eine Unwirksamkeit einer Vertragsbedingung gem. **§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB** liegt vor, wenn durch die Vertragsbedingung von wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen abgewichen wird oder die Vertragsbedingung nicht mit diesen Grundgedanken zu vereinbaren ist. Solche Grundgedanken bestehen etwa in Regelungen, die nicht abbedungen werden

³⁵ Grüneberg (Fn. 23), § 308 BGB Rn. 13.

³⁶ Möhrke., ZJS 2015, 34.



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

sollen,³⁷ wie z.B. die verschuldensunabhängige Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG. Da dieses Regelbeispiel eine Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots ist,³⁸ muss es sich bei der abgeänderten Bestimmung zusätzlich um eine solche handeln, die den Vertragspartner des Verwenders schützen sollen.³⁹

(2) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Des Weiteren kann eine Unwirksamkeit einer Vertragsbedingung nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorliegen. Dieses ist der Fall, wenn durch die Vertragsbedingung von wesentlichen Pflichten und Rechten abgewichen wird, die sich aus der Natur des jeweiligen Vertrages ergeben. Die Abweichung muss so erheblich sein, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. „Verträge, die im BGB keine spezielle Regelung haben und damit nur durch das **Vertragsprinzip in § 311 Abs. 1 BGB** geregelt sind, unterfallen nicht § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Es kann nur auf § 307 Abs. 1 BGB rekurriert werden. Wenn die Natur eines Vertrages nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, kann von dieser auch nicht abgewichen werden.“⁴⁰ Insbesondere kann § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB Anwendung in den Fällen finden, wo durch die Vertragsbedingungen die Nebenleistungs- oder Nebenpflichten des entsprechenden Vertrages stark verändert werden.⁴¹ Aber auch andere, sog. **Kardinalspflichten**, können unter § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB fallen, wenn durch die vorgenommene Veränderung mittels der Vertragsbedingung die Vertragsdurchführung unmöglich werden könnte.⁴²

(3) § 307 Abs. 1 BGB – Generalklausel

Die letzte Schranke zur Wirksamkeit einer Vertragsbedingung stellt die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach der Generalklausel ist eine Vertragsbedingung unwirksam, wenn der Vertragspartner durch die verwendete Klausel entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt wird. „Dieses kann der Fall sein, soweit der Verwender mit der Klausel versucht, ausschließlich seine eigenen Interessen durchzusetzen, unabhängig davon,

³⁷ Vgl. BGH NJW 2006, 47 (49).

³⁸ Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 307 BGB Rn. 68.

³⁹ Coester, § 307 BGB Rn. 229.

⁴⁰ Möhrke, ZJS 2015, 35.

⁴¹ Grüneberg (Fn. 23), §307 BGB Rn. 34.

⁴² BGH NJW-RR 2005, 1496 (1505); BGH NJW 1988, 1785 (1786).



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

ob bedeutende Belange des Vertragspartners verletzt werden (z.B. Bearbeitungsgebühren in Verbraucherkreditverträgen als Preisnebenabrede, wenn diese eine Kostenabwälzung auf den Kunden darstellen, oder wenn ein Mieter – statt jederzeit – nur nach einer längeren Jahresfrist Möglichkeit zur Kündigung hätte).⁴³ Eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB begründet auch, wenn gegen das **Transparenzgebot** verstoßen wurde und es dadurch zu einer Benachteiligung des Vertragspartners gekommen ist.⁴⁴ „Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt vor, wenn eine Vertragsbedingung eine mehrdeutige Auslegung zulässt oder die Bedingung dem Vertragspartner nicht verständlich ist, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. (ebenso bei Internetkäufen: unbekannte Fremdsprache, ohne taugliche Übersetzung anbei).⁴⁵

II. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle ergeben sich aus dem § 306 BGB. Dieser stellt als Sonderregel zu § 139 BGB klar, dass die Unwirksamkeit einer einzelnen Klausel nicht von vornherein zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages führt. Vielmehr kann der restliche Vertrag unabhängig von der unwirksamen Klausel betrachtet werden und auch weiterhin Bestand haben, § 306 Abs. 1 BGB. Die Unwirksamkeit der einzelnen Klausel ist für den Gesamtvertrag also von untergeordneter Bedeutung. An die Stelle rechtlicher Lücken tritt die gesetzliche Regelung, § 306 Abs. 2 BGB. Die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages ergibt sich nur, wenn das Festhalten am Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellt, § 306 Abs. 3 BGB. „Eine sogenannte **geltungserhaltende Reduktion der Klausel** ist grundsätzlich nicht möglich. D.h. eine Klausel darf nicht solange zusammengestrichen werden, bis ein wirksamer Rest übrigbleibt. Dabei würde die Gefahr entstehen, dass der Verwender sich keine Gedanken über den Inhalt der Klauseln machen muss, da im Zweifel bei einer Streitigkeit immer ein wirksamer Teil übrigbleiben würde und so ohne rechtliche Risiken die rechtlichen Grenzen ausgelotet werden können.“⁴⁶ Auch salvatorische Klauseln⁴⁷ sind unzulässig.

⁴³ Möhrke, ZJS 2015, 36.

⁴⁴ Grüneberg (Fn. 23), § 307 BGB Rn. 24.

⁴⁵ OLG Frankfurt NJW-RR 2003, 704 (705); Heiderhoff, ZIP 2006, 793 (793 ff.).

⁴⁶ Nach Möhrke, ZJS 2015, 37; Köhler, JuS 2010, 665 (668).

⁴⁷ **Fyi:** Sicherungsklauseln, die bestimmen, dass bei einer Unwirksamkeit der Klausel die dadurch entstehende Lücke durch eine gesetzliche Regelung zu schließen ist, die dem wirtschaftlichen Interesse des Verwenders am nächsten kommt. Vgl. auch Blue-Pencil Test (Aufteilen der Klausel in (un)wirksam).



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Zusammengefasst ergibt sich folgendes **post-it für den Kühlschrank**:

- ▶ **I. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB**
 - ✓ 1. Ausschluss bei bestimmten Vertragsarten
 - ✓ 2. Begrenzte Anwendbarkeit bei Arbeitsverträgen
 - ✓ 3. Ausschluss bei zwingenden Bestimmungen des Verbraucherrechts
- ▶ **II. Vorliegen einer AGB**
 - ✓ 1. Vorformulierte Vertragsbedingung
 - ✓ 2. Für eine Vielzahl von Verträgen
 - ✓ 3. Vom Verwender gestellt
- ▶ **III. Einbeziehung in den Vertrag, § 305 Abs. 1 BGB**
 - Wichtige Abgrenzung, ob eine Klausel zwischen zwei Unternehmern oder zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vorliegt.
- ▶ **IV. Keine Individualabrede nach § 305b BGB oder überraschende bzw. mehrdeutige Klausel nach § 305c BGB**
- ▶ **V. Eröffnung der Inhaltskontrolle**
 - Für die Inhaltskontrolle ergeben sich unterschiedliche Vorgehensweisen, je nachdem, ob eine Klausel zwischen
 - (i) zwei Unternehmern gelten soll oder
 - (ii) von einem Unternehmer gegenüber einem Verbraucher gestellt wurde.
 - ✓ 1. Abweichung von einer gesetzlichen Regelung
 - ✓ 2. AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmer und Verbraucher (B2C)
 - a) Inhaltskontrolle nach § 309 BGB
 - b) Inhaltskontrolle nach § 308 BGB
 - c) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB
 - (1) § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
 - (2) § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB
 - (3) der Generalklausel gem. § 307 Abs. 1 BGB
 - ✓ 3. AGB-Kontrolle bei Klauseln zwischen Unternehmern (B2B)
 - a) Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB
 - b) Inhaltskontrolle nach § 307 BGB
 - ✓ 4. Sonderfall: Berufen eines Dritten auf AGB, die gegenüber einem Anderen gestellt wurden
 - Wäre innerhalb der jeweiligen Inhaltskontrolle zu überprüfen, unabhängig davon gegenüber wem die Klausel gestellt wurde.
- ▶ **VI. Rechtsfolgen**



ENTSCHEIDUNG DES MONATS **JULI** 2022

Alle Achtung, wenn Ihr es bis hierhin geschafft habt. Ihr seid jetzt offiziell Experten im Umgang mit AGB, das ist doch etwas.

Der Vollständigkeit halber sei folgendes noch zum Umgang mit **B2B-AGB** an die Hand gereicht: Aus § 310 Abs. 1 BGB ergibt sich wie angedeutet die Besonderheit, **dass §§ 309, 308 BGB keine (direkte!) Anwendung** finden; sie entfalten dennoch eine **Indizwirkung** im B2B-Bereich. (vgl. Wortlaut des § 310 Abs. 1 S. 2 BGB, nach dem auch *Handelsbräuche und Handelsgewohnheiten* gebührend Berücksichtigung finden sollen). Es sollte also auf keinen Fall eine Überprüfung nach §§ 308, 309 BGB bei Klauseln gegenüber Unternehmern stattfinden. Vielmehr wird direkt mit der Prüfung des § 307 BGB begonnen (so wie oben). Innerhalb dieser Überprüfung ist dann auf die Besonderheit der Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB abzustellen.⁴⁸ Erscheint eine AGB nach den Regelungen in §§ 308, 309 BGB fragwürdig, ist eine Überprüfung im Rahmen von § 307 BGB anhand der Regelungen in §§ 308, 309 BGB angebracht, § 310 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. BGB. So, jetzt aber wirklich. Nun seid ihr Recht-sicher und gut ausgestattet, sodass die Zivilrechtsklausur euch ein gutes Stück weniger auf falschem Fuß erschrecken kann.⁴⁹

HLB Schumacher Hallermann GmbH
Rechtsanwaltsgesellschaft
An der Apostelkirche 4 · 48143 Münster
Tel. +49 (0) 251/2808-0 · Fax +49 (0) 251/2808-280
ra@hlb-schumacher.de · www.hlb-schumacher-hallermann.de
 

HLB Schumacher Hallermann is an independent member of HLB, the global audit, tax and advisory network.

⁴⁸ Wurmnest, Vor § 308 BGB Rn. 6; Schwab, Rn. 192.

⁴⁹

Verfasser: Christian Lederer, Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei HLB Schumacher Hallermann.
Supervision: Dr. Lennart Brüggemann, Christian Cremers; RA bei HLB Schumacher Hallermann.