

B. Einbeziehung von AGB

I. Einleitung

AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt (§ 305 Abs. 1 BGB). Vertragsbedingungen sind bereits dann für eine Vielzahl von Verträgen i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (st. Rspr. BGH NJW 2002, 138). Unerheblich ist dabei, ob die Verwendung gegenüber einem oder mehreren Vertragspartnern geplant ist (BGH NJW 2004, 1454). Der BGH hat überdies seine frühere Rechtsprechung bestätigt, nach der bei einem Vertrag aus einer Vielzahl von formelhaften Wendungen zur Regelung der typischen konfliktgefährdeten Sachverhalte der Anschein der Mehrfachverwendungsabsicht entsteht (BGH NJW 2004, 502). 4

Zum Erfordernis der Vorformulierung der AGB hat der BGH (NJW 2005, 1645) entschieden, dass die Verwendung interner Anweisungen dazu nicht ausreicht, die Anwendung des AGB-Rechts dann aber über § 306a BGB in Betracht kommt.

Gegenüber Verbrauchern finden gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Vorschriften zum AGB-Recht jedoch bereits dann Anwendung, wenn eine Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist. Der BGH hat dazu deutlich gemacht, dass es dann dem Verbraucher obliegt zu beweisen, dass die Vertragsklauseln vorformuliert worden sind und er infolge der Vorformulierung keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte (BGH NJW 2008, 2250).

Normalerweise werden Rechtsbeziehungen zwischen Rechtssubjekten (natürlichen oder juristischen Personen sowie rechtsfähigen Personengesellschaften) durch übereinstimmende Willenserklärungen (Vertrag) begründet. Dies setzt eine Einigung über jede im Vertrag getroffene Regelung voraus. Eine solche fehlt bei AGB. Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen, wenn die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurden, nämlich gerade keine AGB vor. Dabei ist zu beachten, dass der BGH an den Begriff des „Aushandelns“ hohe Anforderungen stellt (BGH NJW 2005, 2543; NJW-RR 2005, 1040; NJW 2003, 1805), und zwar auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr (BGH NJW 2000, 1900 ff.). Nach BGH NJW 2005, 2543 (siehe auch Anm. *Gottschalk*, NJW 2005, 2493) genügt für ein Aushandeln nicht die allgemein geäußerte Bereitschaft, Vertragsklauseln auf Anforderung des Vertragspartners zu ändern. Dafür ist vielmehr erforderlich, dass über die Möglichkeiten einer anderen Abfassung konkret gesprochen wird. 5

- 6 Um den anderen Vertragspartner jedoch nicht zu übervorteilen, muss der Vertragspartner anderweitig geschützt werden. Dies geschieht dadurch, dass die wirksame Gestaltung der Rechtsbeziehungen durch AGB von zwei Voraussetzungen abhängt, nämlich der wirksamen Einbeziehung der Regelungen insgesamt und der inhaltlichen Zulässigkeit jeder einzelnen Klausel.

Zunächst müssen die AGB überhaupt Bestandteil des Vertrages werden. Dieser Vorgang wird als *Einbeziehung* bezeichnet. Dazu müssen bestimmte positive Anforderungen erfüllt werden. Dabei gelten unterschiedliche Regelungen, je nachdem, ob der Vertragspartner Verbraucher (§ 13 BGB) oder Unternehmer (§ 14 BGB) ist. Eine ausdrückliche Einbeziehung der AGB (ggü. Unternehmern) ist auch dann wirksam, wenn auf die Geltung der im Internet unter einer bestimmten Adresse abrufbaren AGB verwiesen wird, auch wenn der Vertragspartner sich dort nicht informiert oder die AGB nicht in Schriftform anfordert (OLG Bremen NJOZ 2004, 2854 = OLGR Bremen 2004, 299). Selbst wenn die jeweiligen Anforderungen erfüllt sind, kann eine Einbeziehung aufgrund des Zustandekommens der Regelung (Individualvereinbarung, § 305b BGB) oder des Inhalts der Regelung (überraschende Klausel, § 305c Abs. 1 BGB) scheitern.

Fehlt eine wirksame Einbeziehung, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB). Anstelle des Klauselinhals treten die gesetzlichen Vorschriften.

II. Einbeziehung gegenüber Verbrauchern

- 7 Die Einbeziehung von AGB gegenüber Verbrauchern ist gesetzlich geregelt. Nach § 305 Abs. 2 BGB bestehen strenge Voraussetzungen, da der Verbraucher wegen seiner fehlenden geschäftlichen Erfahrungen besonderen Schutzes bedarf.

1. Hinweis auf die AGB

- 8 Die andere Vertragspartei muss bei Vertragsschluss auf die Verwendung von AGB hingewiesen werden (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dieser Hinweis hat grundsätzlich ausdrücklich zu erfolgen. Daraus folgt, dass der bloße Abdruck der AGB auf der Rückseite des Bestellformulars nicht ausreicht, wenn auf der Vorderseite kein Hinweis enthalten ist (Palandt/Grüneberg, § 305 BGB Rn. 27). Die Form des Hinweises ist dabei unerheblich. Ein Hinweis kann sowohl mündlich als auch schriftlich erteilt werden. Aus Gründen der Beweisbarkeit empfiehlt sich stets ein schriftlicher Hinweis. Dabei ist aber darauf zu achten, dass dieser Hinweis auch bei flüchtigem Durchlesen von einem Durchschnittskunden nicht übersehen wird. Mehrsprachige Hinweise sind jedoch nicht erforderlich.

Ein Hinweis durch Aushang ist nur ausnahmsweise zulässig, und zwar dann, wenn ein ausdrücklicher Hinweis nur unter unverhältnismäßigen

Schwierigkeiten möglich ist. Dies ist vor allem bei Massengeschäften und bei Geschäften, bei denen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Person zugegen ist, der Fall. Ausreichend ist ein Aushang daher z. B. bei Kfz-Waschanlagen, Parkhäusern, chemischen Reinigungen, Kinos, SB-Warenhäusern, Fitnessstudios, Benutzung von Schließfächern (Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 31).

Besonderheiten gelten bei Verträgen im *elektronischen Geschäftsverkehr*, insbesondere bei solchen, die im Internet geschlossen werden. Hierbei genügt es nicht, wenn sich der Hinweis auf die AGB irgendwo auf der Homepage befindet. Vielmehr muss der Hinweis im Zusammenhang mit der Bestellung erfolgen. Deshalb ist es anerkannt, dass es erforderlich, aber auch ausreichend ist, wenn der Hinweis vor der entsprechenden Bestellung auf der Bestellseite stattfindet (Taupitz/Kritter, JuS 1999, 839, 844). Nach LG Essen NJW-RR 2003, 1207 ist es zur wirksamen Einbeziehung ausreichend, wenn der Hinweis auf die AGB auf dem Bestellformular oberhalb der Bestellleiste und abgegrenzt von den übrigen Daten erfolgt und die AGB online abgerufen werden können.

2. Möglichkeit der Kenntnisnahme

Außerdem ist erforderlich, dass dem Vertragspartner die Möglichkeit eingeräumt wird, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Dieses Erfordernis ist durch zahlreiche Rechtsprechung konkretisiert worden. 9

Um die Kenntnisnahme zu verschaffen, müssen die AGB bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden übersandt werden. Bei Vertragsschluss unter Anwesenden muss der unmittelbare Zugriff durch Auslegen, Aushängen, Vorlesen oder Aushändigen ermöglicht werden.

Unabhängig davon ist bei jeder Art der Kenntnisverschaffung darauf zu achten, dass diese in einer für den Kunden zumutbaren Weise erfolgt. *Zumutbar* muss zunächst der Zugriff des Kunden auf den Inhalt der AGB sein. *Unzumutbar* wäre es z. B., wenn die AGB nur gegen eine Gebühr übergeben werden. Auch nicht zumutbar ist ein Verweis auf die Abrufbarkeit im Internet, soweit der Vertrag nicht im elektronischen Geschäftsverkehr zustande kommt. Aber auch die tatsächliche Kenntnisnahme muss in zumutbarer Weise stattfinden können. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Lesbarkeit durch zu kleine Schrift, durch den Umfang der AGB oder die unverständliche Formulierung einer Klausel erschwert ist. Bei Vertragschlüssen im Internet muss ein direkter Zugriff auf die AGB mittels eines Links ermöglicht werden (BGH NJW 2006, 2976). Eine Kenntnisnahme durch bloße Einblendung der AGB ist bis zu einem Umfang von sieben Seiten zumutbar (OLG Köln NJW-RR 1998, 1277). Grundsätzlich muss aber die Möglichkeit gegeben werden, die AGB auszudrucken (BGH NJW 2006,

2976). Bei umfangreichen AGB ist zudem erforderlich, eine Möglichkeit zu verschaffen, diese kostenlos herunterzuladen (*Mehring*, BB 1998, 2373).

Damit sind indes nur die AGB-rechtlichen Anforderungen erfüllt. Aufgrund der Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr müssen die AGB nach § 312i Abs. 1 Nr. 4 BGB zum Download zur Verfügung gestellt werden (näher *Schwab*, Rn. 195).

Infolge der Neufassung der Einbeziehungsvoraussetzungen durch die Schuldrechtsreform ist bei der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme auch auf eine erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei Rücksicht zu nehmen. Nach der Gesetzesbegründung zielt diese Vorschrift insbesondere auf Kunden mit Sehbehinderung ab. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist eng auszulegen. Keinesfalls ist eine Anwendung dieser besonderen Voraussetzungen bei geistigen Behinderungen, soweit diese nicht die Geschäftsfähigkeit beeinträchtigen, oder bei Unkenntnis der deutschen Sprache möglich, soweit die Vertragsverhandlungen in deutscher Sprache geführt wurden (Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 42).

- 10 Aus dem Erfordernis der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme wurde nach altem Recht auch das sog. *Transparenzgebot* abgeleitet. Danach wurden AGB, die inhaltlich nicht verständlich waren, nicht Vertragsbestandteil. Durch die Schuldrechtsreform wurde das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich geregelt (vgl. näher dazu Rn. 239). Damit ist eine Transparenzkontrolle schon bei der Einbeziehung hinfällig geworden (HkBGB/Schulte-Nölke, § 305 Rn. 16; aA: Palandt/Grüneberg, § 305 Rn. 41).

Die Einbeziehung von AGB kann, soweit die gerade dargestellten Voraussetzungen eingehalten werden, auch im Voraus vereinbart werden, sofern die Art der betroffenen Rechtsgeschäfte genau bezeichnet wird (§ 305 Abs. 3 BGB). Dies erfolgt mittels sog. Rahmenvereinbarungen. Hiervon wird im Wesentlichen nur im Bankenbereich Gebrauch gemacht.

Die genannten Anforderungen gelten nicht bei den in § 305a BGB genannten Branchen. Dies betrifft die Einbeziehung rechtsgeschäftlicher Beförderungsbedingungen von Eisenbahnen, Straßenbahnen, Omnibussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr sowie Telekommunikationsleistungen und bestimmten Angeboten der Deutschen Post AG.

3. Einverständnis mit der Geltung

- 11 Schließlich muss die andere Vertragspartei mit der Geltung der AGB einverstanden sein (§ 305 Abs. 2 BGB). Dieses Einverständnis muss jedoch nicht ausdrücklich erklärt werden. Es genügt eine sog. konkludente Handlungsweise. Sie liegt regelmäßig darin, dass der Vertragspartner den Vertrag in Kenntnis der AGB widerspruchlos abschließt.

4. Zeitlicher Ablauf der Einbeziehung

Die genannten Einbeziehungsvoraussetzungen müssen bei Vertragsschluss 12 vorliegen. Es genügt deshalb nicht, wenn erst nach Vertragsschluss, beispielsweise mit Übersendung einer Rechnung, der Hinweis auf die AGB erfolgt oder erst dann die Möglichkeit zur Kenntnisnahme eingeräumt wird.

Zwar finden sich in der Literatur Stimmen, die es für möglich halten, dass ein solch verspäteter Hinweis durch konkludentes Einverständnis des Kunden geheilt wird (z. B. Hk-BGB/*Schulte-Nölke*, § 305 Rn. 13). Höchstrichterliche Rechtsprechung, die diese Meinung bestätigt, ist bisher nicht ergangen. Überdies geht diese Auffassung fehl. Zwar können die Parteien nachträglich übereinstimmend die Geltung von AGB vereinbaren. Für diese nachträgliche Einbeziehung gelten die in § 305 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen sinngemäß. Allerdings kann eine nachträgliche Vereinbarung nicht konkludent erfolgen. Vielmehr muss sich der Vertragspartner mit dieser Vertragsänderung in eindeutiger Weise einverstanden erklären (vgl. dazu auch *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305 BGB Rn. 157 m. w. N.).

Ebenfalls abzulehnen ist die Auffassung, dass dann, wenn das Angebot vom Kunden ausgeht, es für die Einbeziehung ausreicht, wenn in der Annahmeerklärung – z. B. Auftragsbestätigung – auf die AGB hingewiesen wird und der Kunde dem nicht widerspricht (Hk-BGB/*Schulte-Nölke*, § 305 Rn. 12; zurückhaltend: *Palandt/Grüneberg*, § 305 Rn. 43).

III. Einbeziehung gegenüber Unternehmern

Die unter B. II. näher erläuterten Regelungen des § 305 Abs. 2 BGB gelten 13 nicht bei AGB, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden (§ 310 Abs. 1 BGB). Zwar ist auch hier keine ausdrückliche Einigung bezüglich der einzelnen Regelungen erforderlich. Es muss aber zumindest ein *stillschweigender Konsens* bezüglich der Geltung der AGB bestehen. Grundsätzlich dürfte von einer Einbeziehung auszugehen sein, wenn der Vertragspartner den Vertrag abschließt, obwohl er in irgend-einer Form auf die Existenz von AGB hingewiesen wurde (BGH NJW-RR 2003, 754) oder aufgrund z. B. langjähriger Geschäftsbeziehungen von deren Existenz wissen musste. Ausreichend ist daher, wenn in einer ständigen Geschäftsbeziehung in den Rechnungen auf die AGB verwiesen wird (BGH NJW-RR 1991, 571), wenn die Ware widerspruchlos entgegengenommen wird und in der Auftragsbestätigung auf die AGB hingewiesen wurde (BGH NJW 1995, 1672) oder wenn auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben, welches AGB erwähnt, geschwiegen wird (BGH NJW 1978, 2244).

Anders als gegenüber Verbrauchern muss der Verwender einem Kunden, der Unternehmer ist, die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB nicht ausdrücklich verschaffen. Vielmehr reicht es, wenn die Kenntnisnahme faktisch möglich ist. Ausreichend ist daher z.B. ein Hinweis, dass die AGB auf Wunsch übersandt werden (OLG Düsseldorf VersR 1996, 1394; OLG Naumburg IPRspr. 2003, 425; *Lapp*, in: jurisPK-BGB, § 305 Rn. 96). Sofern der Vertrag dem UN-Kaufrecht unterliegt, müssen die AGB dagegen gleich mitübersandt werden (BGH NJW 2002, 370).

- 14 Problematisch wird es, wenn die andere Vertragspartei eigene AGB verwendet und in diesen eine sog. *Abwehrklausel* aufgenommen hat. Nach HM verhindern solche Abwehrklauseln die stillschweigende Einbeziehung (BGH NJW 2001, 484; vgl. dazu näher auch Rn. 33 u. 34). Bei Widersprüchen zwischen den AGB des Verwenders und denen des Vertragspartners sind nach heute herrschender Ansicht nur die übereinstimmenden Teile Gegenstand des Vertrages geworden. Die früher geltende sog. *Theorie des letzten Wortes*, wonach die jeweils zuletzt eingebrachte Regelung maßgeblich sein sollte, sofern der andere nicht widersprochen hat, hat sich nicht durchsetzen können. Bezuglich der Regelungen, für welche die AGB nicht übereinstimmen, gilt, sofern der Vertrag als solches durchgeführt wird, nach dem Rechtsgedanken des § 306 BGB das dispositive Gesetzesrecht.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass dann, wenn beide Parteien AGB verwenden, Regelungen, die lediglich in den AGB einer Vertragspartei vorhanden sind, nur bei ausdrücklichem Einverständnis der anderen Vertragspartei Bestandteil werden. Eine Einbeziehung durch widerspruchslose Entgegennahme der Leistung genügt dagegen nicht (BGH NJW-RR 2001, 484; Hk-BGB/*Schulte-Nölke*, § 305 Rn. 20).

IV. Einbeziehungshindernisse

- 15 Das BGB enthält zwei Fälle, in denen Klauseln, obwohl sie den bereits erörterten Anforderungen bezüglich der Einbeziehung genügen, dennoch nicht wirksamer Vertragsbestandteil werden.

1. Individualabrede

- 16 Soweit ein Sachverhalt individuell zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt wird, der eigentlich bereits in den AGB geregelt ist, geht diese individuelle Absprache den AGB vor (§ 305b BGB). Diese Regelung ist abzugrenzen von der bereits erörterten Bestimmung des § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach keine AGB vorliegen, wenn der gesamte Vertragsinhalt zwischen den Parteien ausgehandelt wurde. Dieser Unterschied wirkt sich auf die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB aus. Wurde der gesamte Vertragsinhalt ausgehandelt, sind die Schutzvorschriften des BGB, insbesondere die Inhaltskontrolle gem. §§ 307 bis 309 BGB auf den gesamten Vertrag nicht

anwendbar. Liegt lediglich ein Fall des § 305b BGB vor, ist nur die durch die Individualabrede ersetzte Klausel der Inhaltskontrolle entzogen, während für die übrigen AGB-Klauseln die §§ 305 ff. BGB unbeschränkt zur Anwendung gelangen.

Individuelle Abreden liegen immer dann vor, wenn es sich um nicht vorformulierte Regelungen handelt. Sie können in jeder Form erfolgen, also auch mündlich. Sofern sie im direkten Widerspruch zu einer AGB-Klausel stehen, ist die AGB-Klausel nicht in den Vertrag einbezogen. Wenn die Individualabrede und die AGB-Bestimmung unterschiedliche Regelungen für denselben Sachverhalt treffen, kann die Bestimmung des § 305b BGB nicht gelten. Vielmehr muss ausgelegt werden, ob beides nebeneinander gelten soll, die Individualabrede also eine zusätzliche Abrede darstellt, oder ob die Individualabrede die AGB-Klausel ersetzen soll.

Beispiel: Zur Sicherung der Forderung aus dem Vertrag will sich der Verwender eine Sicherheit einräumen lassen. In der AGB-Klausel und in der Individualvereinbarung sind unterschiedliche Sicherungsmittel genannt. In diesem Fall ist zu prüfen, ob beide Sicherheiten oder nur die in der Individualabrede genannte bestellt werden sollen.

Soll im konkreten Vertrag eine AGB-Klausel im Interesse des Verwenders durch eine Individualabrede ersetzt werden, ist darauf zu achten, dies klar zum Ausdruck zu bringen. Es empfiehlt sich daher, in den Vertrag schriftlich aufzunehmen, dass die AGB-Klausel § ... nicht, sondern stattdessen die Regelung ... gilt.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen einer Individualvereinbarung vom Vertragspartner bewiesen werden muss. Insoweit obliegt also dem Vertragspartner und nicht dem Verwender die Beweislast.

2. Überraschende Klauseln

Kein Vertragsbestandteil werden solche AGB-Klauseln, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußerem Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht (§ 305c Abs. 1 BGB). Mit dieser Regelung werden bereits vor einer Inhaltskontrolle bestimmte Klauseln ausgesondert. Ungewöhnlich in diesem Sinne ist eine Klausel, mit der die andere Vertragspartei vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht (BGH NJW 1994, 1657). Womit der Kunde rechnen muss, ergibt sich aus den Gesamtumständen des Vertragsschlusses. Die Ungewöhnlichkeit einer Klausel liegt daher insbesondere dann vor, wenn sie erheblich von den rechtlichen Vorgaben abweicht, dem Vertragszweck widerspricht oder eine krasse Abweichung zu den vorhergehenden Vertragsverhandlungen darstellt. Außerdem muss die Klausel

überraschend sein, das heißt, ein Durchschnittskunde darf bei derartigen Verträgen eine entsprechende Regelung nicht erwarten.

18 Nach der Rechtsprechung lassen sich insbesondere drei Fallgruppen unterscheiden. Die erste Gruppe umfasst die *atypische Erweiterung der Pflichten* des Kunden. Als Beispiele hierfür sind zu nennen:

- unabhängig von der inhaltlichen Unzulässigkeit gem. § 307 Abs. 2 BGB die Bestimmung in einer Makler-AGB, nach dem für das Entstehen der Provisionspflicht der bloße Nachweis einer Geschäftsabschlussgelegenheit ausreichend ist (BGH NJW 1967, 1225),
- die formularmäßige Begründung einer Bezugspflicht für die zum Betrieb einer Kaufsache erforderlichen Hilfs- oder Betriebsstoffe (Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 305c Rn. 26),
- die formularmäßige Erstreckung der Haftung aus einer Bürgschaft auf alle Forderungen des Hauptgläubigers, obwohl der Bürge ausdrücklich erklärt hat, nur für eine bestimmte Verbindlichkeit haften zu wollen (BGH NJW 1994, 1657),
- die Begründung atypischer Nebenleistungspflichten, wie z. B. die Klausel, dass ein Kunde eines Bauträgers das übergebene Haus als Musterhaus zur Verfügung stellen muss (OLG Nürnberg MDR 1977, 137).

Nicht überraschend dagegen ist nach Auffassung des BGH (NJW-RR 2006, 490) die Klausel in einem Darlehensvertrag, dass sich der Darlehensnehmer der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft.

19 Die zweite Fallgruppe ist die *atypische Beschränkung von Kundenrechten*. Beispiele hierfür sind:

- die generelle Abbedingung der Instandhaltungspflicht des Vermieters für die Mietsache in einem Formularmietvertrag (BGH WM 1975, 1205),
- der Ausschluss des Anspruchs eines Werkunternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB (Lindacher, in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 305c Rn. 29).

20 Die dritte Fallgruppe betrifft die sonstigen *atypischen Rechtsgestaltungen* wie z. B.:

- die Vereinbarung bei einem Automatenaufstellungsvertrag, dass bei Austausch des Automaten ein neuer Vertrag mit zehnjähriger Laufzeit beginnt (sog. Neuabschlussklausel, BGH NJW 1985, 350),
- die Regelung einer KfZ-Autovermietung, dass derjenige, der als Vertreter des Vertragspartners das Mietfahrzeug abholt, persönlich für den Mietzins haftet (LG Frankfurt/Main NJW-RR 1987, 828),
- die Klausel in einem Einheitspreisvertrag, die den Abrechnungsmodus dadurch verändern will, dass sie eine Limitierung im Sinne eines Höchstbetrages vorsieht (BGH NJW-RR 2005, 246),

- die weite Zweckerklärung in einer Grundschuldbestellung, soweit sie sich auf bestehende und künftige Verbindlichkeiten eines Dritten bezieht, wobei als Dritter auch der Ehegatte anzusehen ist (OLG Saarbrücken, NJOZ 2006, 2598). Allerdings ist eine derartige Klausel dann wirksam, wenn die Grundschuld auch auf dem Miteigentumsanteil des Ehegatten lastet (OLG Saarbrücken aaO).

Nicht überraschend ist dagegen eine Klausel im Mietvertrag eines Einkaufszentrums, nach der die neue Mieterin zum Beitritt einer Werbegemeinschaft verpflichtet ist (BGH NJW 2006, 3057).

Die Nichteinbeziehung überraschender Klauseln gilt auch im unternehmerischen Rechtsverkehr. Allerdings wird der überraschende Charakter einer Regelung von der Rechtsprechung wegen der Geschäftserfahrung von Unternehmern weniger leicht bejaht (*Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht § 305c Rn. 54). 21

C. Branchenübergreifende Gestaltungsgrenzen für einzelne Bestimmungen

I. Einleitung

1. Gesetzliche Grenzen

- 22 Die Grenzen bei der Gestaltung von AGB ergeben sich aus den speziellen Normen zur Inhaltskontrolle in den §§ 307 bis 309 BGB sowie aus anderen Vorschriften des BGB, die sich auf den Inhalt von Verträgen beziehen, wie zum Beispiel §§ 134, 138 und 475 BGB. Die §§ 307 bis 309 BGB sind nur auf Klauseln anwendbar, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird oder durch die diese ergänzt werden. Nach der Regelung des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB unterliegen zunächst Klauseln, die lediglich den einschlägigen Gesetzesinhalt wiederholen, nicht der Inhaltskontrolle. Außerdem sind die §§ 307 ff. BGB nicht für Regelungen anwendbar, für die keine Rechtsvorschriften oder Rechtsprechung vorhanden sind. Daher fallen vor allen Dingen Preisvereinbarungen und die Beschreibung der Leistungspflichten grundsätzlich nicht unter die Inhaltskontrolle. Anwendbar sind die §§ 307 ff. BGB aber, wenn ein Preis abweichend von einer gesetzlichen Vergütungsregelung bestimmt wird oder wenn es um Vereinbarungen geht, die sich, wie z. B. die Vereinbarung von Zahlungsmodalitäten, nur mittelbar auf den Preis auswirken. Ebenso unterliegen Klauseln der Inhaltskontrolle, die das Leistungsversprechen näher ausgestalten, wie z. B. Bestimmungen über Lieferzeit, Vereinbarung einer Vertragsstrafe etc. (Einzelheiten bei Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 57 ff. und Hk-BGB/Schulte-Nölke, § 307 Rn. 5 ff.). Daher unterliegen auch Klauseln, mit denen sich der Verwender von seiner Leistungspflicht nach Ablauf einer bestimmten Zeit befreit, der AGB-Kontrolle (vgl. OLG München NJW-RR 2008, 128 für eine Klausel, die bestimmt, dass ein Geschenkgutschein nach 1 Jahr verfallen soll).

2. Klauselverbote der §§ 307 ff. BGB

- 23 Bei den §§ 307 bis 309 BGB unterscheidet man zwischen sog. Klauselverböten ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309 BGB), Klauselverböten mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB) und der Generalklausel (§ 307 BGB). § 309 BGB enthält Bestimmungen bzw. Vereinbarungen, die generell in AGB nicht verwendet werden dürfen. Dagegen bezieht sich § 308 BGB auf Bestimmungen, die nur dann unwirksam sind, wenn sie im Einzelfall zu einer Übervorteilung des Vertragspartners führen. § 307 BGB schließlich enthält eine sog. Generalklausel, wonach Regelungen in AGB unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies muss ebenfalls im konkreten Einzelfall geprüft werden.