

II. Allgemeine Vorschriften

1. Begriff

1.1 Vorformulierte Klauseln

Die Frage, was alles in den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen fällt, wird in § 305 Abs. 1 BGB beantwortet. Alle Vertragsklauseln, die vorformuliert sind und bei Vertragsschluss dem Kunden auferlegt werden, sind AGB. Dabei spielt es keine Rolle, in welcher Form solche Klauseln in den Vertrag eingeführt werden: Sie können sich in einem besonderen Anhang zum Vertrag befinden, sie können an besonderer Stelle im Vertrag selbst abgedruckt sein oder der gesamte Vertrag ist bereits vorformuliert und fällt damit unter die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB. Selbst notarielle Verträge fallen unter die §§ 305 ff. BGB, wenn der Notar die einzelnen Vertragsklauseln seinem Formularbuch entnimmt oder auf Veranlassung eines Vertragspartners mehrfach benutzt oder die Voraussetzungen der Einmalklausel nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB vorliegen. Auch im Fernabsatz geschlossene Verträge müssen die AGB, sollen diese Vertragsinhalt werden, klar und übersichtlich ausweisen.

Für **Verbraucherverträge** im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB werden notarielle Vertragsmuster ganz allgemein wie Allgemeine Geschäftsbedingungen behandelt, soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Es gelten dann jedoch nicht alle Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen, sondern nur die §§ 305 c Abs. 2, 306, 307 bis 309 BGB sowie Art. 29 a EGBGB. Dies ergibt sich aus dem § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Wichtigstes Kriterium: Die Bestimmungen müssen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sein. Typische praktische Beispiele dafür sind gedruckte, vervielfältigte oder am Ort des Vertragsabschlusses ausgehängte Geschäftsbedingungen. Nicht erforderlich ist, dass die Bedingungen für eine „unbestimmte“ Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Die Absicht der Mehrfachverwendung muss bei Vertragsschluss vorliegen¹.

Ausreichend für eine Vielzahl ist in der Regel die Absicht dreifacher Verwendung. Lediglich für Verbraucherverträge gibt es auch hier die Besonderheit, dass die §§ 305 c Abs. 2, 306, 307 bis 309 BGB sowie Art. 29 a EGBGB auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann anzuwenden sind, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind (sog. Einmalklauseln)

1 BGH, Urt. v. 13. 9. 2001, BB 2001, 2344; BGH NJW 2005, 2493. BGH NJW 2005, 2543.

und der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Dies ergibt sich nun aus § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

Im Übrigen kommt es nicht darauf an, wer die AGB ursprünglich formuliert hat, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Auch wenn der Unternehmer nur eine einzige Klausel mehrfach verwendet, die er einem Formularbuch oder anderen AGB entnommen hat, ist die Rechtswirksamkeit dieser Klausel nach den §§ 305 ff. BGB zu beurteilen.

Im Einzelnen werden in § 305 BGB folgende Abgrenzungsmerkmale vorgegeben:

- Es muss sich um Vertragsbedingungen handeln, „die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt“. In der hierin zum Ausdruck gebrachten **Einseitigkeit** der Auferlegung liegt der innere Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von AGB gegenüber Individualabreden. AGB werden zwischen den Vertragsparteien nicht ausgehandelt, sondern von einer Vertragspartei fertig in den Vertrag eingebracht. Der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, kann auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen. Die Einseitigkeit der Auferlegung ist mithin das wesentliche Charakteristikum von AGB². Nach dem BGH kann auch der Vorschlag des Kunden, die AGB des Verwenders oder eines Dritten dem Vertrag zu Grunde zu legen, die Bedingungen insgesamt dem AGB-Recht entziehen, weil das Merkmal des Stellens nicht erfüllt sei.³ Diese zu weit gehenden Ausnahmen eröffnen nicht nur den Missbrauch, sie sind auch mit der Systematik des AGB-Rechts nicht zu vereinbaren, da die Qualität des „Einverständnisses“ nicht wesentlich über das klassische Einverständnis zu den AGB und deren Einbeziehung hinausgeht.⁴

Das Merkmal „Vertragsbedingungen“ bedeutet keine unerwünschte Einengung des Anwendungsbereichs; so haben beispielsweise auch schuldrechtliche Verzichtserklärungen in Ausgleichsquittungen vertraglichen Charakter. Durch die Bezugnahme auf den „Abschluss eines Vertrages“ wird zugleich klargestellt, dass beispielsweise Musterbedingungen in Formularbüchern oder in wissenschaftlichen Publikationen empfohlene Klauseln von Regelungen der §§ 305 ff. BGB unberührt bleiben, solange nicht ihre einseitige Einführung in einem konkreten Vertrag in

2 Das Kriterium des Stellens ist daher auch nicht richtlinienwidrig, sondern deklaratorisch (str.).

3 BGH, Urt. v. 17. 2. 2010, VIII ZR 67/09 zustimmend Probst, JR 2011, 210.

4 Ablehnend daher Niebling, ZMR 2010, 509 und NJ 2010, 301.

Frage steht. Jedoch kann nach dem UKlaG auch der Empfehler von unzulässigen AGB auf Unterlassung verklagt werden.

- Die Vertragsbedingungen müssen „für eine Vielzahl von Verträgen **vorformuliert**“ sein. Dem Merkmal der Einseitigkeit wird damit ein formales Kriterium zur Seite gestellt, das auf die über den Einzelvertrag hinausreichende **Typisierung** der AGB hinweist. AGB sind aber keine Rechtsnormen.

- Mit § 305 Abs.1 BGB sind vor allem auch die sogenannten **Formularverträge** erfasst.

Auch auf dem **Umfang** des Klauselwerkes kommt es nicht an. Es werden auch Formulare erfasst, die sich auf eine oder einige wenige Klauseln beschränken, wie z. B. der Aufdruck einer Eigentumsvorbehaltsklausel auf einem Bestellschein (z. B. „Eigentumsübergang bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehalten“), Aufdrucke auf Fahrkarten oder Vollmachtsvordrucke. Die Klausel „Irrtum vorbehalten“ in Verkaufsprospekten ist jedenfalls unbedenklich.⁵

Auch einseitige Erklärungen können AGB sein.⁶

Ferner kommt es nicht auf die **Schriftart** an. Auch handschriftliche oder mit dem Computer übermittelte Bedingungen können AGB sein.

1.2 Ausgehandelte Klauseln

Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurden (§ 305 Abs.1 Satz 2). Daraus ergibt sich, dass auch vorformulierte Klauseln – auch solche, die nach §§ 308, 309 BGB unwirksam sind – im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein können. Es sind dann keine AGB, sondern individuell vereinbarte Vertragsklauseln. In solchen Fällen muss allerdings der Verwender dartun und im Streitfall beweisen, dass und inwieweit die einzelne Klausel entgegen dem äußeren Anschein individuell vereinbart worden ist, und zwar auch dann, wenn der Kunde schriftlich bestätigt hat, der Vertragsinhalt sei „ausgehandelt“ worden; derartige Erklärungen widersprechen § 309 Nr. 126 BGB, da hierdurch die Beweislast geändert werden soll.

Die Anwendung der §§ 305 ff. BGB setzt zunächst voraus, dass die Voraussetzungen des § 305 BGB gegeben sind. Bestehen insoweit Zweifel, so hat, wer sich als den AGB unterworfenen Vertragsteil auf die Schutzvor-

⁵ BGH Urt. v. 4. 2. 2009 – VIII ZR 32/08, MDR 2009, 556 m. Anm. Niebling.

⁶ zB das Einverständnis mit einer Operation: hierzu BGH v. 2. 9. 2021, III ZR 63/20 Anm. Niebling, NJ 2021, 544

schriften des Gesetzes berufen will, darzutun, dass die zur Beurteilung stehenden Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der anderen Vertragspartei in den Vertrag eingeführt worden sind. Dieser Beweis kann z.B. durch den Nachweis geführt werden, dass der andere Vertragsteil gedrucktes oder sonst vervielfältigtes Klauselwerk verwendet hat oder dass das im konkreten Fall von ihm verwendete Muster für eine Vielzahl von Verträgen dieser Art bestimmt ist. Spricht aufgrund solcher Anzeichen eine Vermutung für die Verwendung von AGB, so soll dem Verwender gleichwohl die Möglichkeit verbleiben, gegebenenfalls darzutun, dass einzelne oder sämtliche Vertragsbestimmungen („soweit ...“) entgegen dem ersten Anschein ausgehandelt worden sind. Gelingt ihm dieser Nachweis, finden die §§ 305 ff. BGB keine Anwendung.

An dieses Vorbringen sind allerdings verschärfte Anforderungen zu stellen. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB hebt dies durch die Worte „**im Einzelnen ausgehandelt**“ besonders hervor. So wird beispielsweise das bloße Vorlesen umfangreicher und für den Kunden nicht leicht verständlicher Bestimmungen, verbunden mit der Erklärung des Verwenders, er sei bereit mit dem Kunden hierüber zu verhandeln, in der Regel nicht ausreichen. Vielmehr setzt ein „Aushandeln“ voraus, dass die Vertragsklauseln, soweit sie nach § 307 Abs. 3 BGB überhaupt einer Inhaltskontrolle unterliegen, ernsthaft zur Disposition gestellt werden und der Verwender hierdurch Verhandlungsbereitschaft erkennen lässt. Es muss also der Verwender den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden“ Kerngehalt, d. h. die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich zur Disposition stellen⁷. Kann der Kunde in einem vorformulierten Maklervertrag zwischen zwei unabänderlichen Vertragsgestaltungen wählen, deren jeweiliger Inhalt ihm näher erläutert wurde, so ist dies kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen⁸. Das Aushandeln im Einzelnen ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Vertragspartner im Rahmen von Verhandlungen über die Einbeziehung der AGB des einen Teils in den Vertrag zu individuellen Änderungen des vorformulierten Textes kommen. Ob die Änderungen sich zu Gunsten oder zu Lasten des Kunden auswirken, ist für die Annahme einer Individualabrede grundsätzlich ohne Bedeutung⁹. Nicht ausreichend ist also

- ein formularmäßiger Vermerk, der Kunde habe die AGB geprüft und in voller Kenntnis ihrer inhaltlichen Bedeutung akzeptiert¹⁰;

⁷ BGH, Urt. v. 3. 7. 1985, DB 1986, 166 = BB 1985, 2069.

⁸ BGH, a. a. O.; BGH NJW 2005, 2493; BGH NJW 2005, 2543.

⁹ Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdnr. 47.

¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 20. 10. 1976, DB 1977, 158.

- ein Übersenden bzw. Überreichen des Textes der AGB mit der Aufforderung, sie zunächst zu lesen und erst dann eine globale Einbeziehungserklärung abzugeben¹¹;
- ein Verlesen und Erläutern der AGB durch den Verwender;
- ein Ausfüllen der nicht ausgedruckten Zwischenräume in einem Formularvertrag, wie z. B. des Datums, der Lieferfrist oder der Beschaffenheit der Ware¹²;
- eine Wahl zwischen mehreren Klauseln und Ankreuzen der gewünschten Klausel¹³.

Denn in all diesen Fällen ist es zu einem wirklichen Aushandeln nicht gekommen. Da der Satz, dass derjenige, der Vertragsbestimmungen ungeprüft akzeptiert, auf eigenes Risiko handle, im Recht der AGB gerade nicht gilt, kommt es nicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme an, sondern ist die Anwendung des Rechts der AGB nur bei Vorliegen eines wirklichen Aushandelns der vorgedruckten Klauseln ausgeschlossen. Der Kunde muss auf die Vertragsgestaltung Einfluss genommen haben¹⁴, oder zumindest muss es ihm möglich gewesen sein, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen¹⁵. Dazu ist wiederum erforderlich, dass der Verwender von AGB zur Abänderung seiner Bedingungen bereit war und sein Geschäftspartner dies bei den Vertragsverhandlungen wusste. Haben die Vertragsparteien den Inhalt von AGB der einen Seite bei einem früheren Vertragsschluss ganz oder teilweise individuell vereinbart („im Einzelnen ausgehandelt“), so reicht es für das Zustandekommen einer solchen Individualabrede bei einem weiteren Vertragsschluss unter denselben Vertragspartnern grundsätzlich nicht aus, wenn der Verwender nunmehr ausdrücklich nur auf seine dem Vertragspartner bekannten AGB Bezug nimmt und dieser sich mit ihnen einverstanden erklärt¹⁶.

Mithin ist der Nachweis, dass typisierte Klauseln gleichwohl ausgehandelt sind, grundsätzlich hinsichtlich jeder Einzelklausel eines Formulars zu führen („soweit“). Zahlreiche Zufügungen oder Änderungen in einem vorformulierten Text können im Einzelfall den Beweis erleichtern, dass das

11 OLG Hamm, Urt. v. 27.2.1981, NJW 1981, 1049.

12 BGH, Urt. v. 18.5.1983, BB 1983, 921 = NJW 1983, 1603; OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.1.1984, BauR 1985, 341.

13 BGH, Urt. v. 3.7.1985, BB 1985, 2069 = DB 1986, 166; BGH, Urt. v. 9.4.1987, NJW 1987, 2011; BGH BB 1996, 611.

14 BGH, Urt. v. 22.10.1976, DB 1977, 158 = BB 1977, 59.

15 BGH, Urt. v. 15.12.1976, NJW 1977, 624 = EBE 1977, 94; Urt. v. 18.11.1982, ZIP 1983, 76.

16 So BGH, Urt. v. 8.11.1978, NJW 1979, 367.

ganze Klauselwerk ausgehandelt ist. Andererseits ist eine Änderung des vom Klauselverwender ursprünglich vorgeschlagenen Wortlauts der Vertragsbestimmungen keineswegs Voraussetzung für die Annahme einer Individualvereinbarung. Der Rechtsprechung muss es überlassen bleiben, im Zweifelsfall zu entscheiden, ob und inwieweit der andere Vertragsteil trotz Verwendung eines Musters so viel Einfluss auf die Abmachungen genommen hat oder jedenfalls Einfluss hätte nehmen können – was ihm bewusst gewesen sein muss –, dass diese als individuelle Abreden angesehen werden können.

Eine individuelle Vereinbarung kann nur angenommen werden, wenn sie „zwischen den Parteien“ des konkreten Vertrags ausgehandelt ist. Die Verwendung kollektiv, etwa auf Verbandsebene, ausgehandelter Musterbedingungen schließt deshalb die Anwendung des Gesetzes nicht aus¹⁷.

Diese gilt z. B. für die Neuwagen-Verkaufsbedingungen, deren bisherige Fassung weitgehend für unwirksam angesehen wurde, obwohl verschiedene Verbände an deren Erstellung beteiligt waren¹⁸.

Ebenso gilt dies für die VOB/B. In § 309 Nr. 8 b) ff) BGB wird für den Fall, dass die VOB/B insgesamt vereinbart wird, entsprechend der bisherigen Rechtsprechung klargestellt, dass die Verjährungsfristen der VOB/B nicht unangemessen sind. Hieraus folgt zweierlei: Die VOB/B wird weiterhin als AGB gewertet und unterliegt, insbesondere wenn diese nur teilweise übernommen wird, der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle. Nur wo die §§ 305 ff. BGB die VOB/B ausdrücklich hiervon freistellen, ist diese kontrollfest¹⁹. Gegenüber Endverbrauchern kann auch bei Vereinbarung der VOB/B als Ganzes eine Inhaltskontrolle der Einzelklauseln erfolgen.²⁰

Der BGH durchbricht diesen Grundsatz jedoch im Bereich der Allgemeinen Deutschen Spediteur-Bedingungen (ADSp) und erklärt, das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gelte nicht, wenn Klauselwerke unter Mitwirkung der beteiligten Verkehrskreise zu Stande gekommen sind²¹.

Eine Anwendung auf Verbraucher ist hier ausgeschlossen. Soweit die ADSp ohne wesentliche Änderungen vereinbart wurden – wobei bei Verträgen zwischen Unternehmen eine stillschweigende Einbeziehung möglich ist – entsprechen diese den §§ 305 ff.²²

17 Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdnr. 59 u. 70; PWW-Berger, § 305 Rdnr. 7.

18 BGH, Urt. v. 27. 9. 2000, BB 2001, 588 = NJW 2001, 292.

19 Allgemein zur VOB/B und AGB: Jagenburg, NJW 2000, 2629.

20 BGH ZIP 2008, 1729.

21 BGH, Urt. v. 4. 5. 1995, WIB 1995, 801 m. Anm. Niebling wie hier Wolf-Schmidt, Anh. A 74.

22 Einzelheiten bei Wolf-Schmidt, Anh. A 71.

Für Verbraucherverträge im Sinne von § 310 Abs. 3 BGB gilt im Übrigen die Besonderheit, dass AGB als vom Unternehmer gestellt gelten, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, etwa dadurch, dass dieser nachdrücklich Wert darauf legt, ein bestimmtes Formular dem Vertrag zugrunde zu legen.

1.3 AGB und Individualabrede

Den Gedanken, dass Vertragsklauseln, die vom Verwender und seinem Kunden im Einzelnen ausgehandelt werden, keine AGB sind, Aushandeln also in jedem Fall Priorität vor dem Kleingedruckten hat, führt der Gesetzgeber in § 305 b BGB konsequent weiter. Dort wird bestimmt, dass individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben.

Die Vorschrift soll klarstellen, dass Vereinbarungen, die besonders für einen bestimmten Einzelvertrag getroffen werden, durch inhaltlich abweichende AGB nicht zunichte gemacht oder ausgehöhlt werden können. In vielen Fällen wird der Vertrag zwar unter Verwendung vorformulierter Vertragsbestimmungen geschlossen, jedoch werden in Einzelpunkten auch schriftliche Vereinbarungen getroffen, die von den vorformulierten Klauseln abweichen. Dass bei solchen Widersprüchen die für den Einzelfall getroffene Regelung den Vorrang vor der formularmäßigen Bestimmung haben muss, scheint fast selbstverständlich. AGB können als typische Regelungen für eine Vielzahl von Fällen den Besonderheiten des Einzelfalles einschließlich etwaiger besonderer Wünsche einer individuellen Vertragspartei naturgemäß nicht Rechnung tragen. Regeln die Parteien eines Einzelvertrages eine Frage abweichend von dem Schema, das die eine Vertragspartei gewöhnlich verwendet, so hat das Schema insoweit gegenüber der speziellen Vereinbarung zurückzutreten. Dies kann auch mündlich erfolgen.

§ 305 b BGB gilt auch im **unternehmensbezogenen Geschäftsverkehr**. Dies ergibt sich aus § 310 Abs. 3 BGB, in welchem § 305 b BGB nicht genannt wird²³.

Allerdings könnte der AGB-Verwender mündlichen Sondervereinbarungen dadurch ihre Rechtswirksamkeit nehmen, dass er in seinen AGB hierfür die Schriftform vorschreibt. Solche Schriftformklauseln sind nach dem AGB-Gesetz grundsätzlich erlaubt, jedenfalls nicht schlechthin nach § 307 BGB unwirksam. Ihre Wirksamkeit hängt von der Ausgestaltung und dem Anwendungsbereich der konkreten Klausel ab. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die vertraglich vereinbarte Schriftform jederzeit durch mündliche Vereinbarung aufgehoben werden kann. Insgesamt lässt sich eine kritische

23 BGH, Urt. v. 12. 10. 1979, DB 1980, 83.

Tendenz zur Beurteilung von Schriftformklauseln feststellen. So hat der BGH Schriftformklauseln, wonach Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages der Schriftform bedürfen, nach § 307 BGB als unwirksam angesehen²⁴. Unwirksam ist eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, insbesondere nach Vertragsschluss getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine (lediglich) mündliche Abrede sei nichtig²⁵.

Unwirksam ist auch die Klausel: *Sämtliche Vereinbarungen sind schriftlich niederzulegen. Dies gilt auch für nachträgliche Vertragsänderungen.*

2. Vereinbarung

2.1 Einbeziehung

Wer sich auf AGB berufen will, muss sie zuvor mit seinem Vertragspartner rechtswirksam vereinbart haben. AGB werden nicht von selbst Vertragsbestandteil; sie müssen bei jedem Vertragsabschluss dem Partner bekannt gegeben und in den Vertrag eingeführt werden. Es gilt insoweit der allgemeine Grundsatz, dass ein Vertrag nur dann zu Stande kommt, wenn eine übereinstimmende Willenserklärung beider Vertragspartner vorliegt.

Das Gesetz stellt in § 305 Abs. 2 BGB folgende Voraussetzungen für eine wirksame Vereinbarung von AGB auf, die sowohl für mündlich als auch für schriftlich abgeschlossene Verträge gelten:

→ Der Verwender muss seinen Kunden bei Vertragsabschluss **ausdrücklich** auf seine AGB **hinweisen**.

Dieser Hinweis kann je nach Art des Vertragsabschlusses mündlich oder schriftlich erfolgen. Er muss jedoch grundsätzlich „ausdrücklich“ sein. Dies gilt auch bei telefonischem Vertragsabschluss oder durch das Internet. Der Hinweis muss bei Vertragsabschluss erfolgen. Daher sind alle Hinweise des Verwenders nach Vertragsabschluss (z. B. auf Lieferscheinen oder Rechnungen) für den schuldrechtlichen Vertrag unbeachtlich²⁶. Die Ausdrücklichkeit des Hinweises ist also nur dann zu bejahen, wenn der Hinweis vom Verwender unmissverständlich und für den Kunden klar erkennbar geäußert worden ist. Dies gilt gleichermaßen für schriftliche und mündliche Vertragsabschlüsse. Dass der Kunde früher mit demselben Kaufmann andere Geschäfte abgeschlossen hat und dabei bereits damals auf die AGB hingewiesen wurde, spielt keine Rolle. Solche

24 BGH BB 1995, 724 = NJW 1995, 1488; PWW-Berger, § 305c Rdnr. 4; Grüneberg, § 305c Rdnr. 5.

25 BGH, Urt. v. 15. 2. 1995, NJW 1995, 1488; BGH, Urt. v. 27. 9. 2000, NJW 2001, 292.

26 BGH, Urt. v. 29. 9. 1982, BB 1983, 85 u. BGH, Urt. v. 22. 9. 1983, NJW 1984, 1112.

Hinweise wirken auch im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung nicht fort; vielmehr müssen die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB bei jedem einzelnen Vertrag neu erfüllt werden²⁷. Ist unter den Prozessparteien streitig, ob die AGB in den Vertrag zwischen Verwender und Kunden einbezogen sind, so bedarf es insoweit der Darlegung und gegebenenfalls des Beweises durch denjenigen, der sich auf die Geltung der AGB beruft.

- Der Verwender muss seinem Kunden die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von dem Inhalt seiner AGB **Kenntnis zu nehmen**. Dieser Pflicht wird der Verwender in der Regel dadurch genügen, dass er seinem Kunden bei Vertragsabschluss den Wortlaut der Bedingungen zuleitet oder übergibt²⁸ oder im Internet der Button angeklickt wird, dass die AGB zur Kenntnis genommen wurden und Vertragsinhalt sind. Bei Vertragsabschlüssen in den Geschäftsräumen des Unternehmers ist zu fordern, dass die Bedingungen dort zur Einsicht ausliegen oder ausgehändigt werden²⁹. Die VOB/B kann gegenüber einem im Baugewerbe tätigen Vertragspartner durch einen Hinweis auf deren Geltung einbezogen werden, auch wenn sie nicht mit abgedruckt ist³⁰. In allen Fällen müssen die AGB mühelos lesbar sein; eine bestimmte Mindestschriftgröße ist zwar nicht vorgeschrieben, jedoch darf der Druck nicht unzumutbar klein sein³¹. AGB müssen auch ohne Lupe unschwer lesbar sein³². Konnossementbedingungen, die infolge ihrer drucktechnischen Gestaltung nur mit der Lupe und selbst dann nicht ohne Mühe zu lesen sind, werden nicht Bestandteile des Konnossementvertrages³³. Bei Verträgen mit Ausländern muss der deutsche AGB-Verwender dem Ausländer keine Übersetzung der deutschsprachigen AGB zur Verfügung stellen, um ihm die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme zu verschaffen³⁴. Wählen die Vertragspartner die deutsche Sprache als Verhandlungs- und Vertragssprache, muss der ausländische Vertragspartner grundsätzlich den gesamten deutschsprachigen Vertragsinhalt einschließlich der zugrunde liegenden AGB gegen sich gelten lassen³⁵.

27 BGH, Urt. v. 18. 6. 1986, DB 1986, 2074.

28 Vgl. Lindacher, JZ 1981, 131; zum Internet: OLG Celle, Urt. v. 24. 7. 2009 – 13 W 48/09.

29 BGH, Urt. v. 23. 5. 1984, NJW 1985, 850.

30 BGH, Urt. v. 6. 12. 1982, BB 83, 599.

31 OLG Hamburg, Urt. v. 14. 4. 1987, BB 1987, 1703.

32 Grüneberg, § 305 Rdnr. 39, 54.

33 BGH, Urt. v. 30. 5. 1983, NJW 1983, 2772 = BB 1983, 2047.

34 BGH, Urt. v. 10. 3. 1983, NJW 1983, 1489 = BB 1983, 1053.

35 OLG Hamm, Urt. v. 18. 10. 1982, DB 1983, 102.

→ Der Kunde muss sein **Einverständnis** zu den AGB in irgendeiner Weise kundgegeben haben.

Hier genügt es, wenn das Verhalten des Kunden den Umständen nach als Einverständnis mit der Geltung der AGB angesehen werden kann. Mit hin ist eine ausdrückliche Erklärung des Einverständnisses nicht erforderlich; das Fordern einer solchen Erklärung wäre auch unpraktikabel und liefe auf nutzlosen Formalismus hinaus.

Die formularmäßige Erklärung in einem Kaufvertrag, dass der Kunde von den auf der Rückseite des Formulars abgedruckten AGB Kenntnis genommen habe und mit deren Geltung einverstanden sei, unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 308, 309 BGB³⁶. Eine solche Klausel enthält nur die Bestätigung des Käufers, dass die nach § 305 Abs. 2 BGB für die Einbeziehung in den Vertrag verlangten Voraussetzungen erfüllt sind, und ist wirksam³⁷. Die Klausel kann aber dann keine rechtliche Wirkung entfalten, wenn sie auf der Vorderseite so versteckt oder kleingedruckt ist, dass sie ein Kunde mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit nicht ohne weiteres erkennen kann³⁸. Im Übrigen kann eine Einbeziehung von AGB auch durch den Verweis auf die „umseitigen AGB“ erfolgen³⁹.

Die Beweislast für die Erfüllung der in § 305 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einbeziehung der AGB liegt beim Verwender. Dies bringt Probleme beim mündlichen oder fernmündlichen Vertragsschluss. Hier sollte der AGB-Verwender, soweit überhaupt möglich, vom mündlichen zum schriftlichen Vertragsschluss übergehen.

Für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften kann gemäß § 305 Abs. 3 BGB zwischen den Vertragsparteien die jeweilige Geltung bestimmter AGB im Voraus vereinbart werden. Diese Möglichkeit bietet sich z. B. bei Eröffnung eines Bankkontos oder in sonstigen Fällen der Aufnahme laufender Geschäftsbeziehungen an. Im Falle einer derartigen Rahmenvereinbarung können die betreffenden AGB ohne nochmalige Erwähnung in die späteren Einzelverträge einbezogen werden. Allerdings kann im Beispielsfall der Eröffnung eines Bankkontos die Bank nicht AGB „in ihrer jeweils geltenden Fassung“ vereinbaren. Will sie ihre AGB nachträglich ändern, muss sie unter Beachtung der oben geschilderten Voraussetzungen zunächst die Rahmenvereinbarung ändern; erst dann gelten für die danach abgeschlossenen Einzelverträge automatisch die neuen AGB ohne besondere Vereinbarung. Auch

36 BGH, Urt. v. 1. 3. 1982, BB 1983, 15.

37 OLG Frankfurt, Urt. v. 26. 5. 1983, ZIP 1983, 1213.

38 BGH, Urt. v. 18. 6. 1986, ZIP 1986, 1126.

39 BayObLG, RIW 2001, 699.