

BENNING · OBERRATH



## **Gestaltungsleitfaden AGB**

**Richtige Formulierung und Verwendung  
mit zahlreichen Mustern**

3. Auflage

 **BOORBERG**

# Gestaltungsleitfaden AGB

Richtige Formulierung und Verwendung  
mit zahlreichen Mustern

Prof. Dr. iur. Axel Benning  
Fachhochschule Bielefeld

Bettina Benning  
Rechtsanwältin

Prof. Dr. iur. Jörg-Dieter Oberrath  
Fachhochschule Bielefeld

Ellen Oberrath  
Rechtsanwältin

3., vollständig überarbeitete Auflage, 2015

**Hinweis:**

Die Formulierungsvorschläge in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fragen im Zusammenhang mit der Erstellung und Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen dar. Die rechtliche Verantwortung für die Formulierung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen trägt der Benutzer. Die Autoren und der Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsvorschläge.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

3. Auflage, 2015

ISBN 978-3-415-05481-3

E-ISBN 978-3-415-05484-4

E-Book-Umsetzung: Datagroup int.SRL, Timisoara

© 2003 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Titelfoto: © RBV/rare – Fotolia | Satz: Thomas Schäfer, [www.schaefer-buchsatz.de](http://www.schaefer-buchsatz.de) | Druck und Bindung: Gulde Druck GmbH & Co. KG, Hechinger Straße 264, 72072 Tübingen

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

## Vorwort

Bei der Gestaltung von Verträgen in der Praxis nimmt die Bedeutung des sog. Kleingedruckten immer mehr zu. Außerdem werden vorformulierte Vertragsbedingungen in zunehmendem Maße durch Gerichte und Verbraucherverbände kontrolliert. Das AGB-Recht ist auf dem besten Weg, sich gewissermaßen zu einem „Überrecht“ auf allen Ebenen des Vertragsrechts zu entwickeln. Für den Unternehmer selbst, aber auch für seine Berater, werden Allgemeine Geschäftsbedingungen immer mehr zu einer unbekannteren Materie und ihre Abfassung und Verwendung zu einem unkalkulierbaren Risiko. Dafür soll das vorliegende Buch eine Abhilfe schaffen. Natürlich kann es in besonderen Fällen nicht das Studium einschlägiger Kommentare, Literatur und Rechtsprechung ersetzen. Es dient jedoch als erster Einstieg in das komplexe Rechtsgebiet der Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und kann helfen, grobe Fehler bei der Abfassung zu vermeiden.

Zu diesem Zwecke wurde das Buch besonders anwenderfreundlich ausgerichtet, indem es verschiedene Wege zu seiner Benutzung eröffnet. Zum einen kann sich der Leser gezielt über die Zulässigkeit einzelner Klauseln und über allgemeine Probleme bei der Abfassung und Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen informieren. Zum anderen enthält das Buch für viele Bereiche des Wirtschaftslebens Muster-AGB, die einen Einstieg in die Abfassung eigener Allgemeiner Geschäftsbedingungen bieten können.

Grundlage der Gestaltungshinweise und Formulierungsvorschläge sind die Rechtseinschätzungen der Autoren, die sowohl auf Literatur und Rechtsprechung zum 31. Januar 2015 als auch auf zahlreichen praktischen Erfahrungen bei der Abfassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen verschiedenster Branchen basieren. Da die Rechtsprechung zum AGB-Recht einem ständigen Wandel unterlegen ist, können weder die Autoren noch der Verlag eine endgültige Gewähr dafür übernehmen, dass sämtliche Formulierungsvorschläge einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Daher empfehlen wir dem Leser, die weiteren Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur zu verfolgen.

Diese Auflage berücksichtigt die Fortentwicklung der Rechtsprechung und der Literatur seit Erscheinen der 2. Auflage, wie etwa die Entwicklungen im Mängelhaftungsrecht bei Kauf- und Werkverträgen, die nahezu unüberschaubare Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturen im Mietrecht sowie die Neuerungen beim Verbraucherwiderrufsrecht durch die EU-Verbraucherschutz-RL.

März 2015

Prof. Dr. iur. Axel Benning  
Bettina Benning, Rechtsanwältin  
Prof. Dr. iur. Jörg-Dieter Oberrath  
Ellen Oberrath, Rechtsanwältin

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| <b>Vorwort</b> . . . . .   | 5  |
| <b>Abkürzungsverzeichnis</b> . . . . .   | 13 |
| <b>A. Einführung</b> . . . . .   | 17 |
| <b>B. Einbeziehung von AGB</b> . . . . .   | 19 |
| I. Einleitung . . . . .  | 19 |
| II. Einbeziehung gegenüber Verbrauchern . . . . .                                      | 20 |
| 1. Hinweis auf die AGB . . . . .   | 20 |
| 2. Möglichkeit der Kenntnisnahme . . . . .   | 21 |
| 3. Einverständnis mit der Geltung . . . . .  | 22 |
| 4. Zeitlicher Ablauf der Einbeziehung . . . . .  | 23 |
| III. Einbeziehung gegenüber Unternehmern . . . . .                                     | 23 |
| IV. Einbeziehungshindernisse . . . . .   | 24 |
| 1. Individualabrede . . . . .  | 24 |
| 2. Überraschende Klauseln . . . . .  | 25 |
| <b>C. Branchenübergreifende Gestaltungsgrenzen für einzelne Bestimmungen</b> . . . . . | 28 |
| I. Einleitung . . . . .  | 28 |
| 1. Gesetzliche Grenzen . . . . .   | 28 |
| 2. Klauselverbote der §§ 307 ff. BGB . . . . .   | 28 |
| 3. Rechtsfolge unzulässiger Klauseln . . . . .   | 29 |
| 4. Besonderheiten . . . . .  | 30 |
| II. Annahmefristen . . . . .   | 30 |
| 1. Problemstellung . . . . .   | 30 |
| 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .   | 30 |
| 3. Formulierungsvorschläge . . . . .   | 32 |
| III. Abwehrklauseln . . . . .  | 32 |
| 1. Problemstellung . . . . .   | 32 |
| 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .   | 32 |
| 3. Formulierungsvorschläge . . . . .   | 32 |
| IV. Aufrechnungsverbote . . . . .  | 33 |
| 1. Problemstellung . . . . .   | 33 |
| 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .   | 33 |
| 3. Formulierungsvorschläge . . . . .   | 34 |
| V. Begrenzung der Rechte bei Mängeln (Gewährleistungsansprüche) . . . . .              | 35 |
| 1. Problemstellung . . . . .   | 35 |
| 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .   | 35 |
| 3. Formulierungsvorschläge . . . . .   | 41 |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| VI.   | Beweislastverteilung . . . . .                         | 42 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 42 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 42 |
| VII.  | Eigentumsvorbehalt . . . . .                           | 44 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 44 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 44 |
|       | 3. Formulierungsvorschlag . . . . .                    | 46 |
| VIII. | Erfüllungsortklauseln . . . . .                        | 47 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 47 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 47 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 48 |
| IX.   | Formerfordernis für Anzeigen und Erklärungen . . . . . | 48 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 48 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 48 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 49 |
| X.    | Gefahrtragungsregelungen . . . . .                     | 49 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 49 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 50 |
| XI.   | Gerichtsstandsvereinbarungen . . . . .                 | 51 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 51 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 51 |
|       | 3. Formulierungsvorschlag . . . . .                    | 53 |
| XII.  | Haftungsausschlüsse und -begrenzungen . . . . .        | 53 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 53 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 54 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 57 |
| XIII. | Leistungsfristen/Nachfristen . . . . .                 | 60 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 60 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 60 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 62 |
| XIV.  | Leistungsverweigerungsrechte . . . . .                 | 62 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 62 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 62 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 63 |
| XV.   | Pauschalierung von Ersatzansprüchen . . . . .          | 64 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 64 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 64 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 65 |
| XVI.  | Preisanpassungsklauseln . . . . .                      | 66 |
|       | 1. Problemstellung . . . . .                           | 66 |
|       | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .                     | 66 |
|       | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .                   | 68 |

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| XVII.     | Rechtswahl . . . . .                            | 69        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 69        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 69        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 70        |
| XVIII.    | Schriftformklauseln . . . . .                   | 71        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 71        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 71        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 72        |
| XIX.      | Verjährung . . . . .                            | 72        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 72        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 73        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 76        |
| XX.       | Vertragsbeendigungsklauseln . . . . .           | 77        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 77        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 77        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 79        |
| XXI.      | Vertragslaufzeiten . . . . .                    | 79        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 79        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 79        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 81        |
| XXII.     | Vertragsstrafen . . . . .                       | 82        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 82        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 82        |
|           | 3. Formulierungsvorschlag . . . . .             | 83        |
| XXIII.    | Verzugsregelungen . . . . .                     | 83        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 83        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 84        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 85        |
| XXIV.     | Wechsel des Vertragspartners . . . . .          | 85        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 85        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 86        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 86        |
| XXV.      | Zahlungsmodalitäten . . . . .                   | 87        |
|           | 1. Problemstellung . . . . .                    | 87        |
|           | 2. Vorgaben des Gesetzes . . . . .              | 88        |
|           | 3. Formulierungsvorschläge . . . . .            | 88        |
| <b>D.</b> | <b>Allgemeine Gestaltungshinweise . . . . .</b> | <b>90</b> |
| I.        | Umfang und Regelungsdichte . . . . .            | 90        |
| II.       | Technische Darstellung . . . . .                | 91        |
|           | 1. Gedruckte AGB . . . . .                      | 91        |
|           | 2. AGB im Internet . . . . .                    | 92        |

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| III.      | Sonstiges . . . . .  | 92        |
|           | 1. Hinweis auf die Geltung der AGB . . . . .                     | 92        |
|           | 2. Salvatorische Klausel . . . . .                               | 93        |
|           | 3. Transparenzgebot . . . . .                                    | 93        |
| <b>E.</b> | <b>Gestaltung von AGB bei einzelnen Vertragstypen . . . . .</b>  | <b>95</b> |
| I.        | Arbeitsverträge . . . . .  | 97        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 97        |
|           | 2. Formulierungsvorschläge für einzelne Klauseln . . . . .       | 98        |
| II.       | Bankenverträge . . . . .   | 103       |
| III.      | Bauverträge . . . . .  | 105       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 105       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 109       |
| IV.       | Beförderungs- und Transportverträge . . . . .                    | 112       |
| V.        | Beherbergungsverträge . . . . .                                  | 114       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 114       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 115       |
| VI.       | Bewachungsverträge . . . . .                                     | 118       |
| VII.      | Einkauf beweglicher Sachen . . . . .                             | 119       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 119       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 123       |
| VIII.     | Franchising . . . . .  | 125       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 125       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 127       |
| IX.       | Leasingverträge . . . . .  | 130       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 130       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 132       |
| X.        | Maklerverträge . . . . .   | 137       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 137       |
|           | 2. Formulierungsvorschläge für AGB . . . . .                     | 141       |
| XI.       | Mietverträge . . . . .   | 148       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 149       |
|           | 2. Formulierungsvorschläge für AGB . . . . .                     | 155       |
| XII.      | Rechtsanwaltsverträge . . . . .                                  | 166       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 166       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB (Mandatsbedingungen) . . . . . | 171       |
| XIII.     | Reiseverträge . . . . .  | 172       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 172       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 174       |
| XIV.      | Reparaturverträge . . . . .                                      | 178       |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 178       |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 179       |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| XV.       | Softwareverträge . . . . .                                       | 182        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 182        |
|           | 2. Formulierungsvorschläge für AGB . . . . .                     | 186        |
| XVI.      | Sportschulen (Fitnessstudios) . . . . .                          | 193        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 193        |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 195        |
| XVII.     | Steuerberaterverträge . . . . .                                  | 197        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 198        |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB (Mandatsbedingungen) . . . . . | 200        |
| XVIII.    | Unterrichtsverträge . . . . .                                    | 201        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 201        |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 203        |
| XIX.      | Verkauf beweglicher Sachen . . . . .                             | 205        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 205        |
|           | 2. Formulierungsvorschläge für AGB . . . . .                     | 208        |
| XX.       | Versicherungsverträge . . . . .                                  | 216        |
| XXI.      | Wartungsverträge . . . . .                                       | 218        |
|           | 1. Rechtliche Besonderheiten . . . . .                           | 218        |
|           | 2. Formulierungsvorschlag für AGB . . . . .                      | 220        |
| XXII.     | Wirtschaftsprüferverträge . . . . .                              | 223        |
| <b>F.</b> | <b>Problem-ABC . . . . .</b>                                     | <b>225</b> |
|           | <b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>                            | <b>235</b> |
|           | <b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>                            | <b>237</b> |



# Abkürzungsverzeichnis

|            |   |
|------------|---|
| a. F.      | alte Fassung  |
| aA         | anderer Ansicht   |
| aaO        | am angegebenen Ort  |
| Abs.       | Absatz  |
| AG         | Amtsgericht   |
| AGB        | Allgemeine Geschäftsbedingungen   |
| AGBG       | Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen  |
| Anh.       | Anhang  |
| Anm.       | Anmerkung   |
| arg. e     | folgt aus   |
| BAG        | Bundesarbeitsgericht  |
| BauR       | Baurecht  |
| BB         | Betriebsberater   |
| BGB        | Bürgerliches Gesetzbuch   |
| BGBI.      | Bundesgesetzblatt   |
| BGB-InfoV  | BGB-Informationspflichten-Verordnung  |
| BGH        | Bundesgerichtshof   |
| BGHZ       | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen  |
| BKR        | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht   |
| BRAGO      | Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung  |
| BRAO       | Bundesrechtsanwaltsordnung  |
| BT-Drucks. | Bundestags-Drucksache   |
| BVerfG     | Bundesverfassungsgericht  |
| CR         | Computer und Recht  |
| DB         | Der Betrieb   |
| DVStB      | Verordnung zur Durchführung der Vorschriften über Steuerberater, Steuerbevollmächtigte und Steuerberatungsgesellschaften            |
| EGBGB      | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch   |
| Einf.      | Einführung  |
| ErfK       | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht   |
| EuGVO      | Europäische Gruppenfreistellungsverordnung  |
| EuGVVO     | Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen |
| f., ff.    | folgende, fortfolgende  |
| GewO       | Gewerbeordnung  |
| GS         | Großer Senat  |
| GWB        | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen  |
| HGB        | Handelsgesetzbuch   |
| Hk         | Handkommentar   |
| hM         | herrschende Meinung   |

|           |   |
|-----------|---|
| Hrsg.     | Herausgeber   |
| i. d. R.  | in der Regel  |
| i. S. d.  | im Sinne des  |
| i. S. v.  | im Sinne von  |
| i. V. m.  | in Verbindung mit   |
| jurisPK   | juris Praxiskommentar   |
| JuS       | Juristische Schulung  |
| Kap.      | Kapitel   |
| KG        | Kammergericht, Kommanditgesellschaft                                      |
| LAG       | Landesarbeitsgericht  |
| LG        | Landgericht   |
| MDR       | Monatszeitschrift für Deutsches Recht                                     |
| m. w. N.  | mit weiteren Nachweisen   |
| MünchKomm | Münchener Kommentar   |
| NJ        | Neue Justiz   |
| NJOZ      | Neue Juristische Online-Zeitschrift                                       |
| NJW       | Neue Juristische Wochenschrift  |
| NJW-RR    | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-<br>Report Zivilrecht      |
| NZA       | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht   |
| NZA-RR    | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-<br>Report Arbeitsrecht |
| NZBau     | Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht                            |
| NZM       | Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht                              |
| OLG       | Oberlandesgericht   |
| OLGR      | OLG Report  |
| OLG-NL    | OLG-Rechtsprechung Neue Länder  |
| PartGG    | Partnerschaftsgesellschaftsgesetz   |
| ProdHaftG | Produkthaftungsgesetz   |
| RdA       | Recht der Arbeit  |
| Rn.       | Randnummer  |
| RVG       | Rechtsanwaltsvergütungsgesetz   |
| s. o.     | siehe oben  |
| StBerG    | Steuerberatergesetz   |
| StBGVO    | Steuerberatergebührenverordnung   |
| st. Rspr. | ständige Rechtsprechung   |
| Überbl.   | Überblick   |
| UWG       | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb                                    |
| VersR     | Versicherungsrecht  |
| VOB       | Verdingungsordnung für Bauleistungen                                      |
| VuR       | Verbraucher und Recht   |
| VVG       | Versicherungsvertragsgesetz   |
| WM        | Wertpapiermitteilungen  |
| WRP       | Wettbewerb in Recht und Praxis  |
| ZAP       | Zeitschrift für die Anwaltspraxis   |
| ZfIR      | Zeitschrift für Immobilienrecht   |
| ZGS       | Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und<br>Haftungsrecht          |
| ZIP       | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht  |

|      |                                     |
|------|-------------------------------------|
| ZMR  | Zeitschrift für Miet- und Raumrecht |
| zzt. | zurzeit                             |
| ZPO  | Zivilprozessordnung                 |



## A. Einführung

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) stellen ein wesentliches Instrumentarium für Unternehmen dar, um die rechtlichen Beziehungen zu ihren Vertragspartnern einheitlich in ihrem Sinne zu gestalten. Trotz der im Privatrecht geltenden Vertragsfreiheit hat der Gesetzgeber zum Schutz der jeweiligen Vertragspartner rechtliche Vorgaben für die Verwendung und Ausgestaltung von AGB geschaffen. Rechtsgrundlage hierfür sind die §§ 305–310 BGB sowie das Unterlassungsklagengesetz. Bei Überschreitung des gesetzlich vorgegebenen Rahmens gelten zum einen die für Unternehmer im Regelfall ungünstigeren gesetzlichen Regelungen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, dass losgelöst von der einzelnen Vertragsbeziehung, Verbraucherschutzverbände die AGB angreifen und für ungültig erklären lassen können. Seit der letzten Änderung des UWG und seiner Erweiterung auch auf unternehmerisches Verhalten im Zusammenhang mit der Durchführung von Verträgen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) ist bei unzulässigen AGB in Zukunft außerdem mit wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen zu rechnen (*Köhler*, NJW 2008, 3032). Aus diesen Gründen ist für Unternehmen selbst und für die sie beratenden Personen von größter Bedeutung, die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten zu kennen. Dazu soll dieses Buch eine Hilfestellung geben, indem sowohl gängige Problemkreise für alle Branchen als auch spezifische Problemstellungen der einzelnen Branchen bzw. Vertragsarten anwendungsorientiert dargestellt werden.

Es wird zunächst aufgezeigt, wie AGB überhaupt Bestandteil eines Vertrages werden können. Danach werden die Grenzen für die inhaltliche Gestaltung wirksam einbezogener AGB erläutert. Ergänzt werden die Ausführungen durch praktische Gestaltungshinweise.

Das Buch versteht sich nicht als Kommentar zum AGB-Recht, da die Probleme immer im Zusammenhang mit dem konkreten Anwendungsfall und nicht losgelöst davon theoretisch erörtert werden. Wichtig sind uns letztlich konkrete Formulierungsbeispiele, die in der Praxis eingesetzt werden können.

Das Recht der AGB war zunächst nur durch Richterrecht geprägt. Am 1.4.1977 trat das AGB-Gesetz in Kraft, welches die bis dahin vorherrschende Rechtsprechung in Gesetzesform goss. Zum 1.1.2002 wurde das Schuldrecht umfassend modernisiert. Grund hierfür war, dass drei Richtlinien der Europäischen Union in deutsches Recht umgesetzt werden mussten.

Diese Gelegenheit wurde zu einer umfassenden Reform des gesamten Schuldrechts genutzt. Dabei wurden im Wesentlichen folgende Bereiche neu geregelt:

- die Vorschriften über die Verjährung,
- das Recht der Leistungsstörungen,
- die Rechtsfolgen der Verzögerung der Leistung,
- das Recht der Unmöglichkeit,
- Integration gewohnheitsrechtlicher Rechtsinstitute (*culpa in contrahendo*, positive Forderungs-[Vertrags-]verletzung) in die Vorschriften über die Leistungsstörungen,
- der Mängelbegriff im Kaufrecht.

Im Zuge dieser Reform ist das AGB-Gesetz in das BGB integriert worden. Die grundsätzlichen Regelungen sind dabei jedoch beibehalten worden.

Auf einen näheren Überblick über diese Schuldrechtsreform sowie eine Synopse zwischen den alten und neuen Vorschriften des AGB-Rechts kann nunmehr verzichtet werden, da diese mittlerweile seit dreizehn Jahren in Kraft sind. Wer sich über diesen Themenkomplex näher informieren möchte, sei auf die 1. Auflage dieses Buches verwiesen (*Benning/Oberrath*, Gestaltungsleitfaden AGB, 1. Auflage 2003, Rn. 2–11).

## 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).

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.

- 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 = OLG 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 Klauselinhalts 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.

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 Vertragsschlüssen 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,

9

2976). Bei umfangreichen AGB ist zudem erforderlich, eine Möglichkeit zu verschaffen, diese kostenlos herunterzuladen (*Mehring*s, 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 Kenntnisaufnahme 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 Kenntnisaufnahme 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 (HK-BGB/*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 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. 12

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 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 irgendeiner 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). 13

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. Bezüglich der Regelungen, für welche die AGB nicht übereinstimmen, gilt, sofern der Vertrag als solches durchgeführt wird, nach dem Rechtsgedanken des § 306 BGB das dispositives 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 widerspruchsfreie 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 äußeren 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

17