Kanzlei am Steinmarkt

Rechtsanwälte
Georg Kuchenreuter | Dr. Andreas Stangl | Konrad Alt | Andreas Alt

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Rundschreiben 02/2009
Thema: Risiko der Allgemeinen Geschäftsbedingungen / Wirtschaftsrecht

1. Einleitung

Im Wirtschaftsleben spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle.

Ohne AGB gilt das Gesetz.

Im Grunde genommen ist der Verzicht auf AGB´s nicht unbedingt dramatisch, denn dafür hat das Gesetz (BGB) Vertragstypen vorgesehen. Man kann also auch ohne AGB´s leben. Ob dies sinnvoll ist, ist wiederum eine andere Frage.

2. Sinn und Zweck von AGB

AGB´s sollen dessen Verwender schützen und ihm faire vertragliche Grundlagen für Geschäftsbeziehungen sichern. Folgende Vorteile lassen sich erkennen:

- Rationalisierungseffekt

Der Unternehmer, der viele gleichartige Geschäfte abschließt, muss nicht in jedem Fall einen neuen Vertrag aushandeln, sondern kann ein für ihn günstiges, diese wiederkehrenden Fälle behandelndes Vertragsmuster entwerfen lassen.

- Komplettheit

AGB´s stellen sicher, dass wichtige Regelungsbereiche durch den Unternehmer nicht bei einzelnen Verträgen vergessen werden. Da sie einseitig vom Verwender dem anderen Partner gestellt werden, begünstigen sie meistens den Verwender.
Die Möglichkeit eigene AGB´s durchzusetzen, hängt von der eigenen wirtschaftlichen Marktstärke ab.

- Aktualisierung

Vereinheitlichte AGB´s ermöglichen eine schnelle Anpassung an sich ständig ändernde rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen und sind ein Beitrag zur Kalkulation von Geschäftsrisiken.

- Schutzfunktion

Es wird sichergestellt, dass keine unüberschaubaren Geschäftsrisiken entstehen bzw. dass etwaige AGB´s des Vertragspartners zumindest „neutralisiert“ werden. Verweisen beide Vertragspartner auf ihre eigenen AGB´s, so gelten diesbezüglich nur die übereinstimmenden Formulierungen, im Übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen.

2.1. Abgrenzung AGB / Individualabrede

Bei der Vertragsgestaltung ist die Kenntnis der Unterscheidung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Individualvereinbarungen unverzichtbares Grundwissen. Ohne Kenntnis dieser Begriffe kann keine sinnvolle Vertragsgestaltung vorgenommen werden. Es gilt im BGB der Grundsatz der Privatautonomie, das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich frei sind, Vereinbarungen jedweder Art und gegebenenfalls auch mit großen wirtschaftlichen Nachteilen für eine Vertragspartei zu treffen, dieser Grundsatz wird aber eingeschränkt.

Für **Individualvereinbarungen** bestehen nur ausnahmsweise Unwirksamkeitsgründe wie z.B.:

- Verträge, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen (§ 134 BGB)
- Wucher oder wucherähnliche Geschäfte (§ 137 BGB)
- sittenwidrige Verträge (§ 138 BGB)
- formunwirksame Verträge, in denen also die Schriftform oder die notarielle Form vorgeschrieben ist (z.B. Grundstückskauf, §§ 311b, 125 BGB)

Für **Allgemeine Geschäftsbedingungen** bestehen zusätzliche Unwirksamkeitsgründe, wie z.B.:

- die gesetzlichen Unwirksamkeitsgründe bei Individualvereinbarungen (siehe oben)
- AGB-Kontrolle: keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (Oberbegriff mit folgenden Unterfällen, § 307 Abs. 1 BGB):
  a) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzgrundgedanken, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
  b) Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB
  c) Fehlende Transparenz, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB
  d) Kataloge unwirksamer Klauseln, §§ 308, 309 BGB

Dieser kurzen vorstehenden Aufstellung ist zu entnehmen, dass die **Grenzen der Vertragsgestaltung** bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehr viel **enger gezogen** sind als bei Individualvereinbarungen. Nur im Ausnahmefall liegen bei letzteren Unwirksamkeiten vor.
Da in der Vertragspraxis Allgemeine Geschäftsbedingungen die Regel und Individualvereinbarungen die Ausnahme sind, gilt es, hier Grundwissen zu haben.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Eine Definition, wann Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, ist in § 305 Abs. 1 BGB enthalten:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

Gemäß der Definition ist es gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. So können selbst mündliche Vereinbarungen AGB-Charakter haben.

MERKE:
Allgemeine Geschäftsbedingungen sind mehr als das sogenannte „Kleingedruckte“.

Individualvereinbarungen

Nach § 305 Abs. 2 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen **ausgehandelt** sind. Dabei haben Individualvereinbarungen Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Ein Aushandeln setzt voraus, dass der Verwender den von ihm vorformulierten bzw. genutzten Text ernsthaft zur Disposition gestellt hat und dem anderen Vertragspartner eine reale Gestaltungsfreiheit der Klausel zur Wahrung eigener Rechte eingeräumt hat.

MERKE:
Aushandeln ist folglich mehr als Verhandeln.

Dieser Anforderung hielt kaum noch eine Vereinbarung in Vertragstexten oder Verhandlungsprotokollen vor dem BGH stand. Es genügt eben nicht, dass der die Vertragsklauseln verwendende Auftraggeber den Auftragnehmer vor die Wahl gestellt hat, den Vertrag entweder zu den Bedingungen anzunehmen oder von ihm wieder Abstand zu nehmen. Es genügt auch nicht, wenn der Verwender den Inhalt der Vertragsklauseln erläutert und erörtert, selbst wenn dies den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht.
Vielmehr muss der Verwender dann zweifelsfrei und ernsthaft zum Ausdruck bringen, dass er auch zur Änderung seiner Bedingungen bereit ist. Ohne eine tatsächliche Abänderung der Bedingungen – hierbei ist jede Vertragsklausel gesondert zu untersuchen – lässt sich ein Aushandeln im Nachhinein kaum darlegen und beweisen.
Versuche, dies durch Bestimmungen im Vertrag zu umgehen, wurden von der Rechtsprechung stets abgelehnt.

Beispiel:
Passus in einem Vertrag bzw. Verhandlungsprotokoll:
„Die vorstehenden Bedingungen sind im Einzelnen ausgehandelt“ oder
„Die vorstehenden Bedingungen sind Individualvereinbarungen.“

Der BGH hat solche Klauseln in Verträgen für AGB-widrig erklärt. Sie dient zur Umgehung der inhaltlichen Anforderungen; vgl. § 306a BGB.

Auch die Auswahlmöglichkeiten in einem vorformulierten Angebot zwischen zwei verschiedenen Formen der Auftragsdurchführung, stellen noch kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen dar.
Nicht selten findet man in formularmäßigen Ausschreibungstexten oder im sogenannten Verhandlungsprotokoll den ursprünglichen Text ändernde oder ergänzende Regelungen und vorformulierte Textteile, die hand- oder maschinenschriftlich zu ergänzen sind. Soweit der Text der Ergänzungen vom Verwender der im übrigen formularmäßigen Texte stammt und lediglich mit dem Vertragspartner durchgesprochen wird, ohne dass dieser auf den Inhalt Einfluss nehmen kann, bleiben diese so ergänzten Texte Allgemeine Geschäftsbedingungen[1].

Sofern die textliche Ergänzung vom Vertragspartner stammt unterscheidet die Rechtsprechung bei noch auszufüllenden Lücken danach, ob durch die Ergänzung der wesentliche Inhalt der Klausel (erst) bestimmt wird – dann Individualvereinbarung – oder ob es sich nur um eine

[1] BGH NJW 1985, 57

unselbständige Ergänzung der Klausel handelt – dann bleibt es bei der Allgemeinen Geschäftsbedingung[2].

MERKE:
Bei Verhandlungsprotokollen oder Verträgen, die handschriftlich während der Vertragsverhandlung ausgefüllt werden, gilt trotz des Anscheins einer individuellen Vereinbarung:

- Handelt es sich um eine sogenannte **unselbständige Ergänzung**, die an dem schon vorgedruckten unwirksamen Text nichts ändert, ist die Klausel ohne weiteres unwirksam[3].
- Handelt es sich um eine sogenannte **selbständige Ergänzung** (z.B. Höhe der Vertragsstrafe / Verzugstag) ist die Klausel dennoch als AGB einzustufen, wenn die Ausfüllung durch den Verwender mehrfach in gleicher Weise – etwa nach einem vorgefertigten eigenen Muster – vorgenommen wird[4] und dem anderen Teil keine reelle Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird[5]. Dies gilt umso mehr, wenn ein Mitarbeiter des Verwenders vor der Vertragsverhandlung bereits handschriftliche Ergänzungen/Eintragungen vorgenommen hat.

Sofern vom Verwender Wahlmöglichkeiten vorgegeben sind, kann von einer Individualvereinbarung nur dann gesprochen werden, wenn der Vertragspartner eine freie und unbeeinflusste Wahlmöglichkeit hatte, was nur dann angenommen werden kann, wenn sich der Vertragspartner nicht für eine der vom Verwender vorgegebenen Möglichkeiten, sondern eine echte eigene Alternative entscheidet.
Hat der Vertragspartner nur die Wahl zwischen vorgegebenen Möglichkeiten oder sind die vom Verwender vorgegebenen Alternativen besonders in den Vordergrund gestellt, bleibt es bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz Auswahl durch den Vertragspartner[6].

2.2. Wirksame Einbeziehung von AGB´s

Es klingt fast selbstverständlich, aber AGB müssen auch wirksam **einbezogen** werden. Die Praxis zeigt hier viele Fehlerquellen, da viele Unternehmer, aber auch schon länger am Markt tätige Unternehmer, leider ihre sorgfältig gestellten AGB´s in der konkreten Vertragsbeziehung mit dem Kunden nicht wirksam einbeziehen.

Die AGB müssen **bei Vertragsabschluss** Bestandteil des Vertrages werden.
Falls der Hinweis auf die AGB´s **erst nach Vertragsabschluss** (beispielsweise auf Rechnungen oder Lieferscheinen, wie in der Praxis häufig zu finden) enthalten ist, werden die AGB **nicht Bestandteil des Vertrages.**

Darüber hinaus muss der Vertragspartner die **Möglichkeit haben**, in zumutbarer Weise **vom Inhalt der AGB Kenntnis** zu nehmen.

Deshalb sind bei **Vertragsschluss unter Anwesenden** die AGB vorzulegen oder zumindest die **Vorlage anzubieten**, oder, falls ein ausdrücklicher Hinweis erfolgt, die AGB zur Einsicht auszuhängen oder auszulegen.

Bei **Vertragsschluss unter Abwesenden** müssen die AGB grundsätzlich **mit dem Angebot übersandt** werden. Die AGB können jedoch **auch** im **Katalog oder Prospekt** abgedruckt sein, **falls** ein entsprechender Hinweis im Angebot erfolgt.

---

[2] OLG Karlsruhe IBR 1996, 368
[3] BGHZ 102, 152, 158
[4] BGH NJW 1999, 2180; OLG Nürnberg, BB 1988, 1307;
[5] BGH NJW 1992, 504
[6] BGH NJW 1983, 816

Bei der Einbeziehung gegenüber **Unternehmer** genügt **ein bloßer Hinweis des Verwenders** auf seine AGB, falls der Vertragspartner der Einbeziehung nicht widerspricht. Auch hier gilt, dass der Hinweis bei Vertragsschluss oder vorher erfolgen muss und nicht erst nachträglich auf irgendwie gearteten Rechnungen oder Lieferscheinen erscheinen. Darüber hinaus sind auf Verlangen die AGB´s zu übersenden.

Im Internet muss die Kenntnisnahme so gelöst werden, dass die AGB´s sich in einem Fenster öffnen und wegzuklicken sind und ein Kunde die Kenntnisnahme durch klicken eines Button (Häkchen) bestätigen muss.

MERKE:
Der Unternehmer muss AGB´s unbedingt **rechtzeitig** einbeziehen. Die besten AGB´s nützen nichts, wenn sie zu spät gestellt werden.

2.3. Auslegung

Individuell getroffene Vereinbarungen haben **Vorrang** vor den vorformulierten Vertragsklauseln. Unklarheiten gehen bei AGB´s **zu Lasten des Verwenders**, können sogar zur Unwirksamkeit der ganzen Klauseln führen.

2.4. Inhalt von AGB´s

Übersicht:

Inhalt von AGB	Kein Inhalt von AGB
Vertragsschluss	Konkrete Leistungsbeschreibung
Regelung Zahlung, Fälligkeit, Verzug	Preise
Gewährleistung	Individuelle Abreden
Haftung, Verjährung von Ansprüchen	
Mitwirkungspflichten des Kunden	
Verschwiegenheitsklauseln	
Gerichtsstand, gegebenenfalls Rechtswahl	

Unternehmer sollten in AGB´s keine Preise nennen. Preise können in Preisverzeichnissen aufgenommen werden, die jedoch nicht Teil der AGB´s sind. Dies hat den Vorteil größerer Flexibilität.
Ebenfalls nicht in AGB´s gehören konkrete Leistungsbeschreibungen, da diese meist nicht einheitlich sind. Derartiges gehört in ein Angebot oder in eine Vertragsanlage.
Individuelle Absprachen widersprechen dem Grundprinzip von AGB´s. Diese gehören in den Vertragstext selbst.

2.5. Kontrolle der AGB anhand §§ 305, 310 BGB

Dem Vertragspartner, dem AGB´s gestellt werden, fehlt meist die wirtschaftliche Stärke, einzelne Bestimmungen auszuhandeln und durchzusetzen.
Dem Vertragspartner, der Verbraucher ist, fehlt häufig auch die juristische Kenntnis, um die Rechtsfolgen der einzelnen Klauseln zu erfassen und beurteilen zu können.
Um den schwächeren Vertragspartner zu schützen, ist nicht alles, was in AGB´s steht, tatsächlich auch wirksam. Wird die Grenze des zulässigen überschritten, kippt die ganze Klausel und es gilt nur das Gesetz!

In den §§ 309, 308 BGB sind katalogartig **verbotene Klauseln** aufgeführt.
In § 307 BGB wird dieser Katalog durch Generalklauseln ergänzt.

Beispiel:

In § 309 Nr. 7b BGB ist es beispielsweise unzulässig, die Haftung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auszuschließen. Dies gilt auch für Fälle von Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit.
Gem. § 309 Nr. 8b BGB ist bei Lieferung und Werkverträgen über neu hergestellte Sachen der vollständige Gewährleistungsausschluss in AGB´s unzulässig.

Diese Beispiele wären endlos fortzuführen. Die Rechtssprechung fügt zudem ständig neue Beispiele an, da auch die Kreativität einzelner AGB-Steller sich nicht erschöpft.

Prüfungsfolge AGB´s:

1. Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung, § 305 Abs. 1 BGB
   - Vorformulierung
   - Für eine Vielzahl von Verträgen
   - Veranlassung der Einbeziehung durch Verwender („Stellen“)
   - Keine Individualvereinbarung

2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich, § 310 BGB

3. Einbeziehung, § 305a Abs. 2, 3 BGB
   - Hinweis des Verwenders
   - Möglichkeit der Kenntnisnahme
   - Einverständnis des Vertragspartners
   - Überraschende Klauseln, § 305c Abs. 1 BGB

4. Auslegung
   - Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB
   - Unklarheitenregel, § 305c Abs. 2 BGB

5. Inhaltskontrolle
   - Anwendungsbereich, § 310 BGB und § 307 Abs. 3 BGB
   - Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten, § 309 BGB
   - Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB
   - Generalklausel, § 307 BGB (erst § 307 Abs. 2 BGB, dann § 307 Abs. 1 BGB)

6. Rechtsfolgen bei nicht einbezogenen oder fehlerhaften AGB, § 306 BGB

7. Umgehungsverbot

2.6. Rechtsfolgen

Die Ausführungen zeigen, dass nur in den seltensten Fällen tatsächlich Individualvereinbarungen vorliegen. Viele der in der Praxis in Verträgen eingesetzten Klauseln hören sich schön an, sind aber unwirksam. Bei der Vertragsgestaltung sollte daher, wenn nicht eine Individualvereinbarung möglich ist, der Bogen nicht überspannt werden.

Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB hat folgende Folgen:

Die betreffende Bestimmung ist unwirksam; es gilt das Gesetz.

Trotz dieser klaren Rechtsfolge werden in der Vertragspraxis selbst von Rechtsanwälten und Gerichten zwei wichtige Grundsätze missachtet:

1. Grundsatz:
Die AGB-Bestimmungen des BGB schützen nur den **Vertragspartner** des Verwenders. Dies bedeutet, dass alle Regelungen, welche zu Lasten des Verwenders gehen, nicht nach den AGB-Bestimmungen des BGB überprüft werden. Er kann sich folglich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen[7].

2. Grundsatz:
Maßstab für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ist das dispositive **Gesetzesrecht**, also insbesondere das BGB. Kein Maßstab sind andere Vertragsbedingungen. Dies wird oft verkannt.

HINWEIS:
Ein häufig verbreiteter Irrtum in der Vertragspraxis ist es, dass unwirksame Klauseln auf einen wirksamen Kernbereich reduzierbar sind. Die Klausel ist unwirksam und bleibt auch nicht im reduzierten Umfang aufrechterhalten.

Beispiel:
Eine Vertragsstrafenklausel enthält eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, z.B. 0,6 % pro Kalendertag der verschuldeten Verspätung. Die Klausel ist wegen ihrer unangemessenen Höhe und auch wegen mangelnder Obergrenze der maximal in Frage kommenden Vertragsstrafe unwirksam und entfällt. Eine Reduzierung auf einen angemessenen Prozentsatz (z.B. 0,2 %) findet nicht statt.

Eine Reduzierung auf einen gerade noch wirksamen Kerngehalt hätte nämlich zur Folge, dass die Gerichte bei unwirksamen Klauseln in jedem Einzelfall rechtsgestaltend das gerade noch zulässige feststellen müssten, das aufrechtzuerhalten wäre. Der Verwender würde bei anderer Betrachtungsweise auch sonst kein Risiko tragen. Es gibt keine **„geltungserhaltende Reduktion".**

MERKE:
Bei der Vertragsgestaltung darf der Verwender nicht über „das Ziel hinausschießen", da er ansonsten auf die meist nachteilige gesetzliche Regelung zurückgeworfen wird. Sofern er die Grenzen beachtet, kann er dagegen entsprechende Verbesserungen gegenüber der gesetzlichen Lage erreichen. Vertragsgestaltung ist daher eine Gradwanderung, die mehr als nur Grundwissen im Recht erfordert. Zudem ist zu beachten, dass Recht sich fortentwickelt, einerseits durch neue oder geänderte Gesetze, andererseits durch neue oder geänderte Rechtsprechung.

Ebenfalls untauglich sind Versuche in Verträgen, im Fall einer Unwirksamkeit die entsprechende Regelung durch eine andere zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Derartige Klauseln werden als **„salvatorische Klauseln"** bezeichnet.

Beispiel:
Passus in einem Vertrag bzw. Verhandlungsprotokoll:
Eine unwirksame Bedingung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.

[7] BGH IBR 1998, 155