

Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Sebastian Kubis
Prof. Dr. Ulrich Eisenhardt

Unter Mitarbeit von Abdussamed Nazik
und Pia Höhne

Kurs 55101

Allgemeiner Teil des BGB –
Das Rechtsgeschäft und die Instrumente des Privatrechts

Kurseinheit 4

**Rechts-
wissenschaftliche
Fakultät**

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m², weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	3
§ 7 Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteile von Verträgen	5
I. Einleitung	5
II. Die Gegenstände Allgemeiner Geschäftsbedingungen	6
III. Misstände bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen....	7
IV. Die Vorschriften des BGB zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	8
1. Das rechtspolitische Ziel.....	8
2. Die wichtigsten Regelungen des BGB über die Einbeziehung und Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.)	8
a) Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	8
b) Der Vorrang von Individualabreden	9
c) Schwerpunkte der gesetzlichen Regelung.....	10
(a) Die Einbeziehung in den Vertrag	10
(b) Die Inhaltskontrolle.....	11
V. Sonderregelungen für den Schutz von Verbrauchern gegen missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen	13
VI. Überraschende Klauseln.....	14
VII. Einschränkungen bei der Anwendung des AGB-Rechts	15
VIII. Die Bezugnahme beider Vertragsparteien auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im B2B-Bereich	15
IX. Prüfungsschema für die gutachterliche AGB-Kontrolle	19
§ 8 Grundzüge des Vertragsschlusses im Internet.....	20
1. Überblick	20
2. Der Vertragsschluss	21
3. Die Pflichten des Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312i, 312j)	22
4. Der Fernabsatzvertrag	23
5. Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Internetgeschäft.....	24
6. Die Ersteigerung von Waren bei Internet-Auktionen	24

§ 9	Die Auslegung	27
I.	Überblick	27
II.	Die Auslegung von Willenserklärungen	27
1.	Die §§ 133 und 157 und die Methoden der Auslegung.....	27
2.	Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen.....	29
III.	Die Auslegung von Verträgen	31
1.	Überblick	31
2.	Die erläuternde Vertragsauslegung	31
3.	Die ergänzende Vertragsauslegung.....	34
a)	Die Voraussetzungen.....	34
b)	Der Wille der Parteien und die Grenzen der Vertragsauslegung....	35
IV.	Die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	37
	Lösungen zu den Selbsttestaufgaben	41

§ 7 Allgemeine Geschäftsbedingungen als Bestandteile von Verträgen

Schrifttum: BECKER, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098; BERGER/KLEINE, AGB-Gestaltung und Transparenzgebot, NJW 2007, [3526](#); GRAF V. WESTFALEN, AGB-Recht im zweiten Halbjahr NJW 2022, [288](#); H. HEINRICHS, Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch Auslegung, NJW 1995, [153 ff.](#); KÖSTER, Stillschweigende Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts - OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 946ff., JuS 2000, [22](#); KÖTZ, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, [209](#); LÖHNIG/GIETL, Grundfälle zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 2012, [494](#); LORENZ/GÄRTNER, Grundwissen – Zivilrecht: Allgemeine Geschäftsbedingungen, JuS 2013, 199; NEIDECK, Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung, JA 2011, [492](#); PFEIFFER, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, NJW 2017, [913](#); SCHÄFER, Vertragsschluss unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachlern, JZ 2003, 879; SCHMIDT, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329; TEMMING, Verstehen Sie Deutsch? Sprachenunkennnis beim Vertragsschluss und bei der AGB-Kontrolle, GPR 2016, [38](#); WEISE, Aushandeln von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW-Spezial 2019, [684](#); WENDLAND, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fallbearbeitung, Teil 2: Einbeziehungskontrolle und Auslegungsgrundsätze, JURA 2019, [41](#);

I. Einleitung

Häufig werden mit dem Vertragsschluss Allgemeine Geschäftsbedingungen auf Wunsch einer oder beider Vertragsparteien Vertragsinhalt. Das bedeutet: Wenn die Parteien z.B. einen Kauf-, Miet- oder Werkvertrag abschließen, werden nicht allein die Rechte und Pflichten Gegenstand des Vertrages, die das Gesetz (hier das BGB) für diesen Vertragstyp vorsieht; manche Regelungen des Gesetzes werden - soweit rechtlich zulässig - durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abgeändert, ergänzt oder ersetzt.

Es wurde schon darauf hingewiesen,¹ dass die Regelungen des BGB von den Vertragspartnern im Wesentlichen nur noch bei den sog. Massengeschäften des täglichen Lebens, wie z.B. dem Kauf von Lebensmitteln und geringwertigen Gütern, als interessengerecht anerkannt und angewandt werden. Bei dem Erwerb wertvollerer Güter, wie z.B. Autos und Möbel, werden in der Regel Allgemeine Geschäftsbedingungen verwandt.

Der Grundsatz der Privatautonomie ermöglicht es an vielen Stellen im BGB, das dispositive (nachgiebige) Recht durch eigene Regelungen zu modifizieren oder verdrängen. Dies betrifft häufig die im besonderen Teil des Schuldrechts vorgesehenen Vertragstypen (z.B. das Leasing), Regelungen des BGB AT (z.B. Formerfordernisse, Verjährung) und auch viele Regelungen des allgemeinen Teils des Schuldrechts (z.B. die Vorschriften über die Leistungsstörungen). Dabei erscheint es unpraktisch, dieselben Regelungen mit jedem Vertragspartner individuell auszuhandeln. Aufgrund einer Vielzahl von Anwendungsfällen werden hierfür Allgemeine Geschäftsbedingungen

¹ Siehe dazu KE 1, § 1 V, 3. b) (3).

verwendet. Besteht zwischen den Vertragspartnern ein unterschiedliches Machtverhältnis (zum Anwendungsbereich § 310 BGB), besteht die Gefahr, dass die einseitig vorgegebenen Bedingungen der anderen Vertragspartei nicht zumutbar sind. Das AGB-Recht hat mit der großen Schuldrechtsreform zum 1.1.2002 auf diese Missstände reagiert.

II. Die Gegenstände Allgemeiner Geschäftsbedingungen

In der Vergangenheit sind insbesondere folgende Gegenstände häufig in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen worden:

- Schönheitsreparaturen durch den Mieter
- bewegliche Liefer- und Zahlungsfristen zugunsten des Verwenders;
- Einschränkungen der Gewährleistungsansprüche zuungunsten des Geschäftspartners;
- eine Verkürzung der Gewährleistungsfristen des Verwenders;
- der Ausschluss der Abtretung von Forderungen, die gegen den Verwender bestehen oder entstehen;
- der Ausschluss der Aufrechnung gegen Forderungen des Verwenders;
- Beweislastregelungen, die es dem Kunden des Verwenders häufig erschwerten oder gar unmöglich machten, seine Rechte vor Gericht durchsetzen zu können.
- erschwerte Schriftformerfordernisse für den Geschäftspartner
- der Ausschluss von Schadensersatzansprüchen
- Preisänderungsklauseln bei erhöhten Produktionskosten

Manche Allgemeine Geschäftsbedingungen sind umfangreiche Klauselwerke, deren Tragweite auch für geschäftlich erfahrene Kunden nur schwer zu erfassen ist. Zu denken ist hier z.B. an die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Versicherungen, Spediteure und Beförderungsunternehmen.

Andere Allgemeine Geschäftsbedingungen regeln nur einzelne Punkte und ergänzen oder verändern die gesetzliche Regelung nur (mehr oder weniger) geringfügig. Zu solchen einzelnen Punkten gehören häufig: die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehaltes, Zahlungsfristen, der Ausschluss oder erhebliche Modifizierungen von Gewährleistungsansprüchen. Das bedeutet: Die Rechtsnormen, die das BGB für einen bestimmten Vertragstyp aufstellt, werden nur teilweise, allerdings zum Nachteil des Vertragspartners abgeändert, ausgeschlossen oder ergänzt. Der vom Gesetzgeber umrissene Vertragstyp bleibt in diesen Fällen noch erkennbar.

Allgemeine Geschäftsbedingungen und die damit zusammenhängenden Probleme spielen nicht nur im Einzelhandel eine Rolle. Auch im Geschäftsverkehr der Unternehmen untereinander werden bei Vertragsschlüssen in der Regel Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde gelegt.

III. Missstände bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Häufig hat der Verwender auch die Macht, die Zustimmung zu seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erzwingen. Seit Inkrafttreten des BGB hat sich gezeigt, dass die Vorstellung unrichtig ist, dass jede Person frei wählen könne, mit wem sie sich vertraglich binden will. Vielfach sind gerade Verbraucherinnen und Verbraucher darauf angewiesen, eine bestimmte Leistung zu erwerben oder etwa eine Wohnung zu mieten. Eine Illusion ist vielfach auch die Vorstellung, dass *beide* Vertragspartner gleichermaßen frei seien, den Vertrag inhaltlich zu gestalten. Vielmehr besteht häufig ein "Ungleichgewicht" zwischen den Verhandlungspartnern. Vertragsinhalt werden oft Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Händler und Produzenten zur Grundlage des Geschäfts machen wollen. Da diese in der Regel nur bereit sind, Verträge auf der Grundlage ihrer eigenen AGB zu schließen, haben die Kunden im Regelfall keine andere Wahl, als die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu akzeptieren, wenn sie bestimmte Sachen kaufen oder andere Leistungen in Anspruch nehmen wollen.

Die vom BGB zugrunde gelegte Ausgangslage, Verträge würden unter gleich Mächtigen ausgehandelt, so dass jede Partei auf ihren Vorteil selbst achten und dass deshalb im Verträge ein Interessenausgleich ausgehandelt werden könne, wurde also schon bei der Schaffung des BGB falsch eingeschätzt.² Die Vertragsfreiheit ist nur so lange ein Mittel zur selbstverantwortlichen Gestaltung der Rechtsbeziehungen, wie zwischen den Vertragsparteien annähernd tatsächliche Gleichheit besteht und damit die einzelnen Vertragsbedingungen wirklich ausgehandelt werden können. In der Praxis wird die Privatautonomie allzu häufig zum Nachteil der Kunden ausgenutzt. Produzenten und Händler setzen Allgemeine Geschäftsbedingungen durch, die nur zu oft einseitig den Interessen der Verkäufer dienen.

Bis zu einer ausdrücklichen Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen drohte also, dass die gesetzlichen Regelungen des BGB, die einen ausgewogenen Interessenausgleich der Vertragspartner vorsehen, durch die breite Verwendung von "Kleingedrucktem" für viele wichtige Bereiche des Wirtschaftslebens zur Bedeutungslosigkeit herabsinken.

Die häufig äußerst gefährliche Änderung seiner Rechtsstellung gegenüber der Regelung des BGB bleibt dem Kunden des AGB-Verwenders beim Abschluss des Vertrages oft verborgen, weil dieser die Tragweite der sorgfältig zusammengestellten Klauselwerke erst nach gründlicher juristischer und wirtschaftlicher Analyse erkennen könnte. Hierzu sind freilich insbesondere die Verbraucher kaum imstande und auch wegen der damit verbundenen Mühe und (Beratungs-) Kosten auch nicht willens. Die Aufwendungen für eine Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind für kaum sinnvoll, weil sie in keinem Verhältnis zum Wert des Vertragsgegenstands stehen und die Verbraucher wegen der weiten Verbreitung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen deren Annahme ohnehin nicht entgehen können. Praktisch ist es bis heute so, dass die – selten bewusst zur Kenntnis genommenen und noch seltener wirklich verstandenen – Allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert werden, weil man darauf vertraut, dass sie einen halbwegs gerechten Interessenausgleich enthalten werden. Die wahre Bedeutung der unterzeichneten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird oft erst im Streitfall erkannt. Vor Gericht musste sich der Unterzeichner aber lange Zeit an den Allgemeinen Geschäftsbedingungen festhalten lassen, weil seine

² BVerfGE 89, 214, [236](#); MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 242 Rn. [635](#).

Einverständniserklärung als wirksame, auf dem freien Willen beruhende Willenserklärung angesehen wurde.

IV. Die Vorschriften des BGB zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Das rechtspolitische Ziel

Hauptziel der gesetzlichen Regelung ist es, die oben skizzierte, unbefriedigende Situation zu verbessern: Personen ohne wirklichen Überblick über die vereinbarten Regelungen des Leistungsaustausches sollen keine Verträge abschließen, denen Vertragsbedingungen zugrunde liegen, die vom Vertragspartner „diktiert“ werden und die die andere Seite unangemessen benachteiligen.

Mit den Regelungen über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen soll keineswegs das Prinzip der Privatautonomie beseitigt werden. Man kann sie vielmehr als einen Versuch werten, dem Prinzip der Privatautonomie eine neue Chance zu geben. Anders gesagt: durch die zwingenden Regeln zur „Regulierung“ von AGB soll die gleiche „Augenhöhe“ zwischen den Vertragspartnern hergestellt werden, die eine Ausübung der Privatautonomie erst möglich macht. Nicht bestreiten lässt sich aber, dass das Ergebnis der gesetzgeberischen Bemühungen, insbesondere die sehr umfangreichen "Katalognormen" der §§ 308, 309 recht detailliert geraten ist.

2. Die wichtigsten Regelungen des BGB über die Einbeziehung und Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.)

a) Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Das BGB enthält in § 305 Abs. 1 zunächst einmal eine Begriffsbestimmung. Nach dieser Definition liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor, wenn

der Verwender für den potentiellen Vertragspartner einen **fertigen Vertragsentwurf** bereithält,



der für eine "**Vielzahl von Verträgen**" bestimmt ist.



und der Verwender diese vorformulierten Vertragsbedingungen dem Vertragspartner **einseitig** auferlegt.

„Vielzahl“ setzt die Absicht einer mindestens dreimaligen Verwendung voraus.³ Ausreichend ist deshalb bereits die erstmalige Verwendung, sofern weitere Verwendungen bei Vertragsschluss hinreichend geplant sind. Eine Bedingung ist auch dann „vorformuliert“, wenn nicht der Verwender selbst, sondern sein Interessenverband oder ein Dritter sie aufgesetzt hat.⁴ Das Vielzahlkriterium ist bei Verbraucherverträgen nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 unbeachtlich.

Die Vertragsbedingungen müssen „vom Verwender gestellt“, also einseitig auferlegt werden. Daran fehlt es, wenn die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt werden (§ 305 I 3). Bei Verbraucherverträgen gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen als vom Unternehmer gestellt, § 310 Abs. 3 Nr. 1.

So fallen unter die Definition des § 305 Abs. 1 z.B.:

- gedruckte Einheitsmietverträge (aus dem Internet), aufgrund derer die Vermieter mit den Mietern Mietverträge abschließen;
- Grundschuldbestellungsurkunden, die eine Bank als Formular verwendet;
- vorgedruckte Formularverträge, die beim Autokauf verwandt werden;
- vorformulierte Bürgschaftsverträge, wie sie die Banken verwenden.

Auch im PC gespeicherte Verträge, die für eine Vielzahl von Fällen vorgesehen sind, fallen unter diese Definition.

Unter die Definition des § 305 Abs. 1 können auch *notarielle Verträge* fallen, wenn diese Verträge vom Notar nicht lediglich für einen Einzelfall konzipiert wurden, sondern inhaltlich das wiedergeben, was eine Partei für eine Reihe gleichwertiger Verträge einseitig festgelegt hat.⁵ Dies ist häufig bei „standartmäßigen“ Grundstückskaufverträgen oder GmbH-Gesellschaftsverträgen zu bemerken.

b) Der Vorrang von Individualabreden

Gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, wenn Vertragsbedingungen im Einzelnen *ausgehandelt* worden sind (sog. **Individualabreden**). Auf Individualabreden finden deshalb die Vorschriften der §§ 305 ff. grundsätzlich keine Anwendung.

Individualabreden genießen gemäß § 305 b Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Soweit ein inhaltlicher Widerspruch zwischen Individualabreden und Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht, bleiben letztere ohne Geltung. Demnach bleiben Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die im Widerspruch zu Individualabreden stehen, ohne Wirkung.

Beispiel: Kauffrau K kauft bei V einen LKW für ihr Unternehmen. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des V, die wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind, wird die gesetzliche Verjährungsfrist für die Mängelhaftung von zwei Jahren auf ein

³ BGH NJW 2019, 2997 Rn. 31; 2004, 1454; 2002, 138.

⁴ BROX/WALKER § 10 Rn. 5.

⁵ So BGHZ 83, 56, 58.

Jahr verkürzt. Unter Zeugen erklärt V der K jedoch, er gebe ihr, sogar eine "Garantiefrist" von drei Jahren. Als K 18 Monate nach Übergabe des LKW wegen eines Mangels kaufrechtliche Gewährleistungsrechte §§ 434 ff. geltend macht, beruft sich V auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Es handelt sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf, K ist als Kauffrau keine Verbraucherin i.S.d § 13. Deshalb kann die Verjährungsfrist durch Individualvereinbarung im Rahmen des § 202 verkürzt werden.⁶ Eine Verkürzung durch die Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist bei neu hergestellten Sachen wegen § 309 Nr. 8 b) ff) grundsätzlich möglich; allerdings darf die Frist 1 Jahr nicht unterschreiten. Die mündliche Zusicherung des V, er räume der K sogar eine "Garantiefrist" - womit hier die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gemeint sein dürfte – von drei Jahren ein, ist eine Individualabrede im Sinne des § 305 b. Sie geht der entsprechenden Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, die demnach ohne Wirkung bleibt. Der Mängelanspruch der K ist somit noch nicht verjährt.

Individualvereinbarungen können sein:

- Einzelfallvereinbarungen und
- Aushandlungsvereinbarungen.

Einzelfallvereinbarungen liegen vor, wenn Vertragsbedingungen nicht für eine Vielzahl von Fällen, sondern nur für einen Einzelfall formuliert sind. Auf das Aushandeln ist dabei nicht abzustellen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Vereinbarung zum Zweck der einmaligen Verwendung formuliert ist.⁷

Aushandlungsvereinbarungen setzen ein Aushandeln i.S. des § 305 Abs. 1 S. 3 voraus. Hiervon kann nach Auffassung des BGH⁸ nur gesprochen werden, wenn der Vertragsinhalt das Ergebnis einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und *möglichen* Einflussnahme beider Vertragsseiten ist.

Zu beachten ist stets, dass in der Praxis häufig Verträge abgeschlossen werden, die aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen bestehen. Es handelt sich dabei um einen einheitlichen Vertrag.

c) Schwerpunkte der gesetzlichen Regelung

Die Vorschriften des BGB über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bilden im Wesentlichen zwei Schwerpunkte: Sie betreffen die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag und die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

(a) Die Einbeziehung in den Vertrag

§ 305 Abs. 1 und 2 sollen sicherstellen, dass für die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag der rechtsgeschäftliche Vertragswillen der

⁶ Bei einem Verbrauchsgüterkauf ist dies nur unter den Voraussetzungen des § 476 II möglich.

⁷ So WOLF/HORN/LINDACHER, AGB-Gesetz, § 1 Rn. 32 Für die alte Rechtslage; zur aktuellen Rechtslage vgl. MünchKomm/BASEDOW, BGB § 305b, Rn. [1 f., 5](#).

⁸ BGH NJW 2019, [2080](#).

Parteien maßgeblich ist. Ein Vertrag kommt zustande, wenn die Partei, die den Vertragsabschluss anbietet, ihre gesamten zukünftigen Vertragsbedingungen so vollständig zusammenfasst, dass die andere Partei durch ein bloßes "Ja" den Vertrag entstehen lassen kann (= Angebot), *und* dieses Angebot ohne inhaltliche Änderung vom Vertragspartner angenommen wird (= Annahme). Dieser Grundsatz wird in § 305 Abs. 2 noch einmal unterstrichen. Eine solche Klarstellung von Seiten des Gesetzgebers war erforderlich geworden; denn die Rechtsprechung hatte – entgegen den Grundsätzen des allgemeinen Vertragsrechts (§§ 145 ff.) – Allgemeine Geschäftsbedingungen schon dann zum Vertragsinhalt werden lassen, wenn der Kunde Kenntnis vom Vorhandensein Allgemeiner Geschäftsbedingungen hätte haben können.

Um sicherzustellen, dass die häufig für den Vertragspartner des Verwenders nachteiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirklich vom Willen der Vertragschließenden getragen werden, macht § 305 Abs. 2 das Zustandekommen eines Vertrages mit dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von einem ausdrücklichen Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abhängig oder ausnahmsweise von einem deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses (wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsabschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist) *und* der Möglichkeit, in zumutbarer Weise vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen.

Außerdem muss die andere Vertragspartei eine Einverständniserklärung abgeben ("...und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist"). Damit wird klargestellt, dass die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf vertraglicher Grundlage und nicht durch einseitige Maßnahmen des Verwenders erfolgt. Diese Einverständniserklärung ist eine Willenserklärung, die freilich auch durch schlüssiges Verhalten geäußert werden kann.⁹ Die Voraussetzungen der §§ 305 Abs. 1 und 2 sind insbesondere bei Arbeitsverträgen nicht erforderlich (§ 310 IV 2). Allerdings muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Vertragsschluss eine Urkunde mit den wesentlichen Arbeitsbedingungen aushändigen (vgl. § 2 NachwG).

(b) Die Inhaltskontrolle

Den §§ 307 ff. lassen sich die Maßstabnormen für den rechtlich zulässigen Inhalt von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entnehmen, die in einer Generalklausel (§ 307) und einem großen Katalog einzeln aufgeführter unzulässiger Klauseln (§§ 308 und 309) enthalten sind.

Beispiel: Bei Abschluss eines Kaufvertrages, der nicht ein Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 ist, werden Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, in denen die Verjährungsfrist betreffend Mängelansprüche auf 6 Monate verkürzt werden. Dies stellt einen Verstoß gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) ff) dar. Die Klausel ist unwirksam.

Zu beachten ist, dass gemäß § 307 Abs. 3 eine Inhaltskontrolle nur stattfindet, wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen von Rechtsvorschriften **abweichen oder diese ergänzen**. Deshalb unterliegen z.B. in der Regel Leistungsbestimmungs- und Entgeltregelungen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. nicht. Anders gesagt: der Inhalt

⁹ BeckOGK/LEHMANN-RICHTER, BGB § 305 Rn. [244](#).

der versprochenen Leistung (etwa im Rahmen eines Werkvertrags), z.B. eine Baubeschreibung oder eine Katalogangabe, ist nicht Gegenstand der AGB-Kontrolle. Dasselbe gilt für die Höhe des zu zahlenden Preises; hier kann ggf. § 138, insbesondere der „Wuchertatbestand“ des § 138 Abs. 2, helfen.¹⁰ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt nur in Betracht, wenn die entsprechenden Klauseln „intransparent“, d.h. nicht klar und verständlich im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 sind (**„Transparenzgebot“**).

Handelt es sich um einen Vertrag, der sich einerseits aus Individualvereinbarungen und andererseits aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammensetzt, so unterliegen nur diejenigen Passagen des Vertrages, die Allgemeine Geschäftsbedingungen sind, der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. Der andere Teil des Vertrages, die Individualvereinbarungen, kann nur anhand der §§ 134, 138 und 242 sowie den Schutzvorschriften des Verbrauchsgüterkaufs (insbesondere § 476) und des Verbraucherdarlehensvertrages (z.B. §§ 492a, 500 Abs. 1 S.2) einer Inhaltskontrolle unterzogen werden.

Führt die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. zu dem Ergebnis, dass eine oder mehrere Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1). An die Stelle der unwirksamen Vertragsbestandteile treten die **gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2)**. **Beachte:** diese Regelung ist eine wichtige Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, dass die teilweise Nichtigkeit eines Vertrags die gesamte Vereinbarung „infiziert“ und unwirksam macht (§ 139¹¹). Letzteres wäre in der Regel nicht im Sinne des Verbrauchers, dem durch die AGB-Kontrolle nicht der Vertrag insgesamt „weggenommen“ werden soll. Der Verbraucher soll nicht um den von ihm geschlossenen Vertrag gebracht werden; der Vertrag soll nur einen angemessenen, fairen Inhalt haben.

Bei einer einzelnen AGB Klausel, die einer Inhaltskontrolle nicht standhält, stellt sich die Frage, ob eine **geltungserhaltende Reduktion** möglich ist. Hiernach wäre die Klausel daraufhin zu untersuchen, ob sie – reduziert auf den nach dem Gesetzeswortlaut gerade noch zulässigen Inhalt – wirksam wäre. Diese Frage könnte sich gerade bei unzulässige zu kurzen Fristen stellen. Eine solche Form der Auslegung verbietet sich bei AGB-Klauseln. Falls man eine solche Auslegung erlaubte, würde der Verwender einer solchen Klausel überhaupt kein Risiko eingehen. Denn am Ende bliebe immer ein „gerade noch zulässiger“ Inhalt übrig, der für den Verwender so günstig ausfiele wie rechtlich möglich.

Beispiel: Privatfrau K kauft bei Unternehmer V einen neuen Drucker für ihr häusliches Büro. In den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ des V findet sich eine Klausel, nach der die Gewährleistungsfrist 6 Monate betragen soll. Diese Klausel hält einer Inhaltskontrolle wegen § 309 Nr. 8 b) ff) nicht stand (mindestens 12 Monate) und ist folglich unwirksam. Die Klausel kann auch nicht im Wege der geltungserhaltenden Reduktion dahingehend ausgelegt werden, dass sie eine gerade noch zulässige Verjährungsfrist von 12 Monaten (vgl. § 309 Nr. 8 b) ff) letzter HS. bestimmen soll. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt vielmehr die gesetzliche Regelung des § 438 Abs. 1 Nr. 3, wonach die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche zwei Jahre beträgt. Insofern wird die dispositive Regelung -die gesetzlich vorgesehene Frist von zwei Jahren zu verkürzen- rückgängig gemacht.

¹⁰ Skript 5, § 13 III.

¹¹ Skript 6, § 15.

In dem oben genannten **Beispiel** ist also nur die entsprechende Klausel unwirksam. Der Vertrag bleibt im Übrigen bestehen (§ 306 Abs. 1). An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung (§ 306 Abs. 2), hier also § 438 mit der zweijährigen Verjährungsfrist.

Fall (nach OLG Frankfurt WM 1981, 598 ff.): Die Firma V stellt Zäune her und vertreibt diese. Sie verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen es u.a. heißt:

"Von unseren Bedingungen abweichende mündliche Vereinbarungen sind nur gültig, wenn sie von uns schriftlich bestätigt werden."

K kauft bei V 100 m Drahtzaun und vereinbart mit einem Angestellten A der V mündlich Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, die von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichen. Als K die Lieferung zu den mündlich vereinbarten Bedingungen verlangt, verweist V auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zu Recht?

Lösung:

K hat gegen V gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 einen Anspruch auf Lieferung und Eigentumsverschaffung des Zaunes zu den mündlich vereinbarten Bedingungen, wenn die Schriftformklausel unwirksam ist.

Der BGH vertritt die Ansicht, dass die Schriftformklausel anhand der Generalklausel des § 307 auf ihre Wirksamkeit hin überprüft werden müsse.¹² Danach ist die Schriftformklausel unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung ist hier darin zu sehen, dass die Schriftformklausel Geltung beansprucht, ohne auf die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefälle einzugehen. Dem Vertragspartner des Verwenders wird verschleiert, dass mündliche Zusagen, die unter Abweichung von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen worden sind, gleichwohl wirksam sein können. Stattdessen wird dem häufig rechtsunkundigen Vertragspartner – der Wahrheit zuwider – ein geschlossenes System dargestellt, wonach es ihm verwehrt sein soll, sich auf die mündliche Nebenabrede zu berufen. Hierin liegt eine den Geboten von Treu und Glauben entgegenstehende unangemessene Benachteiligung. Die vorliegende Schriftformklausel ist daher nach § 307 unwirksam, so dass K gegen V gemäß § 433 Abs. 1 einen Anspruch auf Lieferung zu den mündlich vereinbarten Bedingungen hat.

V. Sonderregelungen für den Schutz von Verbrauchern gegen missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen

Nach § 310 Abs. 3 genießen Verbraucher (§ 13) auch innerhalb des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff.) noch einen besonderen Schutz. Die Vorschrift dient der Umsetzung der EU-Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Auf Verbraucherverträge, d.h. auf Verträge zwischen Verbrauchern (§ 13) und Unternehmern (§ 14), findet also § 310 Abs. 3 Anwendung (mit Legaldefinition des Begriffs "**Verbrauchervertrag**").

¹² BGH NZM 2018, [279](#).

Danach sind u.a. etliche Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie z.B. diejenigen über die Inhaltskontrolle (§§ 307 ff.) auch dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen von § 305 Abs. "eigentlich" nicht erfüllt sind. Die AGB-Kontrolle greift daher auch, wenn vorformulierte Vertragsbedingungen nur zur *einmaligen* Verwendung bestimmt sind und der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf deren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

VI. Überraschende Klauseln

Durch die §§ 305 ff. sollen die Vertragspartner der Verwender in ihrem Vertrauen darauf geschützt werden, dass die vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sich im Rahmen dessen halten, was nach den Umständen beim Abschluss des Vertrages erwartet werden kann. Grundlage der Erwartungen sind das Angebot und die Werbung des Verwenders sowie Aufmachung, Anordnungen und Schriftbild der Vertragsurkunde.

Durch § 305 c Abs. 1 sollen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusätzliche Einzelpflichten für unwirksam erklärt und damit nicht in den Vertrag einbezogen werden, mit denen angesichts des gesamten Erscheinungsbildes des Vertrages nicht gerechnet werden muss. Mit § 305 c Abs. 2 gehen Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.¹³

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht, liegen dann vor, "wenn ihnen ein **Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt** innewohnt und zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Kunden eine deutliche Diskrepanz besteht".¹⁴ Die Klausel muss, um als überraschend i.S. des § 305 c angesehen zu werden, eine Regelung enthalten, mit der der Vertragspartner den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Auch der ungewöhnliche äußere Zuschnitt der Klausel, ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle, kann die Klausel zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden machen.¹⁵ Beispiele finden sich vielfach im Arbeitsrecht¹⁶, bei Sicherungsgeschäften¹⁷ und weiteren Vertragskonstellationen.¹⁸

¹³ Für Näheres, siehe § 9, IV.

¹⁴ OLG Düsseldorf, NJOZ 2016, 975, [978](#); MünchKomm/BASEDOW, BGB § 305c Rn. [10](#).; LÖHNIG/GIETL, Grundfälle zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 2012, 494, [499](#)

¹⁵ OLG Düsseldorf, NJOZ 2016, 975, [978](#); so BGH NJW 2010, [3152](#).

¹⁶ BeckOK/H. SCHMIDT, BGB § 305c Rn. [22](#).

¹⁷ Ebd. Rn. [27-34](#).

¹⁸ Ebd. Rn. [40-41b](#).

Beispiel: B kauft bei P zu einem günstigen Preis unter wirksamer Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des P eine Kaffeemaschine. Als B von P plötzlich eine Lieferung Kaffee erhält, stellt er fest, dass in § 22 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des P, die er zuvor nicht gelesen hatte, eine monatliche Kaffeeabnahmepflicht des B enthalten ist. B ist zur Abnahme des Kaffees nicht verpflichtet, da es sich bei der die Kaffeeabnahmepflicht betreffenden Klausel um eine nach dem Erscheinungsbild des Vertrages so ungewöhnliche Bedingung handelt, dass er damit nicht zu rechnen brauchte. Dieser Klausel wohnte ein Überraschungseffekt inne. Zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Kunden besteht eine deutliche Diskrepanz. Die Klausel enthält eine Regelung, mit der B vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte.¹⁹ § 22 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist deshalb gemäß § 305 c Abs. 1 nicht Vertragsbestandteil geworden.

VII. Einschränkungen bei der Anwendung des AGB-Rechts

§ 310 Abs. 4 nimmt ganze Rechtsgebiete von den Vorschriften des AGB-Gesetzes aus. Zu diesen Rechtsgebieten gehören: das Erbrecht, das Familienrecht und das Gesellschaftsrecht. Die Bereichsausnahme, die § 23 AGB-Gesetz früher für das gesamte Arbeitsrecht kannte, ist nach § 310 Abs. 4 S. 1 auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen beschränkt.²⁰

Beispiel: Da die Vorschriften der §§ 305 ff. über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Anwendung auf Gesellschaftsverträge finden, unterliegt ein Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft keiner Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff.. Das bedeutet allerdings nicht, dass eine Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen ausgeschlossen ist. Sie findet anhand der Maßstäbe der §§ 134, 138, 242 statt. Daran werden z.B. die sog. Abfindungsklauseln und Wettbewerbsverbote gemessen, denen die Gesellschafter für den Fall ihres Ausscheidens unterworfen werden sollen.

Außerdem sind gemäß § 310 Abs. 1 einige Vorschriften, die verstärkt dem Schutz des Verbrauchers zu dienen bestimmt sind, unter den folgenden Voraussetzungen nicht anwendbar: Wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Unternehmen oder gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts verwandt werden, finden die Vorschriften der §§ 305 Abs. 2 und 3 (Einbeziehung), 308 und 309 (Klauselverbote) keine Anwendung. Wohl aber kann § 307 Abs. 1 und 2 (Generalklausel für die Inhaltskontrolle) angewandt werden; dabei können die in §§ 308 und 309 enthaltenen Wertungen durchaus einfließen. Allerdings ist auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 S. 2).

VIII. Die Bezugnahme beider Vertragsparteien auf die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im B2B-Bereich

In der Praxis können Schwierigkeiten entstehen, wenn beide Vertragsschließenden Unternehmer (B2B) sind und wechselseitig jeweils auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug nehmen.

¹⁹ OLG Düsseldorf, NJOZ 2016, 975, [978](#); vgl. BGH NJW 2010, [3152](#).

²⁰ Siehe dazu auch Modul 55105 Arbeitsvertragsrecht.

Zunächst ist festzuhalten, dass für Unternehmer die § 305 Abs. 2 und 3 keine Anwendung finden, vgl. § 310 Abs. 1 S. 1. Die AGB beider Vertragsparteien werden damit nur nach den allgemeinen Regelungen (§§ 145 ff.) Vertragsbestandteil. AGB eines Unternehmers können auch dann Vertragsbestandteil werden, wenn dieser nicht ausdrücklich oder erst nach Vertragsschluss hierauf hinweist. Sollte der Hinweis unterbleiben, genügt es, sofern der Kunde wusste oder wissen musste, dass der Verwender seinen Geschäften AGB zugrunde zu legen pflegt, und er gleichwohl ihre Anwendung nicht ausgeschlossen hat.²¹

Bei gegenseitigen AGB bestehen keine Zweifel an der Einbeziehung, sofern beide Vertragsparteien den jeweils anderen AGB zustimmen. Problematisch ist die Einbeziehung mitunter, wenn beide Vertragsparteien auf ihre eigenen AGB verweisen, beide Bedingungen sich aber insgesamt oder in einzelnen Punkten widersprechen.

Unterschieden wird dabei zwischen weichen und harten Kollisionen. Bei weichen Kollisionen handelt es sich um eine teilweise Unvereinbarkeit von AGB, die verbleibenden Regelungen finden jedoch weiterhin problemlos Anwendung. Dies können z.B. Regelungen zu Zahlungsbedingungen, Lieferfristen, Haftung oder Gerichtsstand sein. Bei harten Kollisionen sind die AGB so gegensätzlich, dass sie sich vollständig oder in mehreren Punkten ausschließen. Dies kann im Einzelfall zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags führen.

Häufig werden im Geschäftsverkehr deshalb sog. **Geltungs- und Ausschließlichkeitsklauseln** verwendet, z.B.: „Unsere Leistungen und Lieferungen erfolgen ausschließlich auf der Grundlage der nachfolgenden Geschäftsbedingungen.“²²

Zudem wird weiterhin eine sog. **Abwehrklausel** verwendet, z.B.: „Geschäftsbedingungen des Kunden finden keine Anwendung, auch wenn wir ihrer Geltung nicht gesondert widersprechen. Abweichende oder widersprechende Bedingungen gelten also nur, wenn sie von uns schriftlich anerkannt worden sind.“²³ Oder z.B.: "Die Einkaufsbedingungen des Käufers (= des anderen Vertragschließenden) haben keine Gültigkeit. Durch die Bestellung von Ware wird ausdrücklich anerkannt, dass die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Verkäufers (= Verwenders) Geltung haben und die Einkaufsbedingungen des Käufers gegenstandslos geworden sind".²⁴

²¹ BGH NJW 1995, [2224](#); BGH NJW-RR 1996, [1313](#); MünchKomm/FORNASIER, BGB § 305 Rn. [105](#).

²² SCHULZE/GRZIWOTZ/LAUDA, BGB: Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, BGB § 305 Rn. [14](#).

²³ [ebenda](#).

²⁴ Nach OLG Köln BB 1980, [1237 ff.](#)

Beispiel: Fabrikantin F bestellt unter Hinweis auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auf der Rückseite des Bestellschreibens deutlich abgedruckt sind, bei der W-AG Feinbleche. Diese erklärt sich schriftlich bereit, die bestellten Feinbleche zu liefern, verweist aber in ihrem Antwortschreiben auf ihre als Anlage enthaltenen eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die eine Geltungs-, Ausschließlichkeits- und Abwehrklausel enthalten.

In früheren Rechtsprechungen vertrat der BGH die sog. „Theorie des letzten Wortes“.²⁵ Danach hätte die W-AG gem. § 150 Abs. 2 das Angebot inkl. AGB der F abgelehnt und ein neues Angebot mit den eigenen AGB unterbreitet. Der Vertrag wäre dann mit den zuletzt genannten Vertragsbedingungen zustande gekommen, sofern entweder die W-AG diesen zugestimmt hätte, oder aber die vertraglich geschuldete Leistung widerspruchslös- und vorbehaltlos entgegengenommen bzw. erbracht hätte (konkludentes Verhalten). Hätte die F ebenfalls eine Abwehrklausel bei ihrem Angebot verwendet, könnte sogar die Annahme durch konkludentes Verhalten ausgeschlossen werden. Die Folge ist ein unliebsames Ping-Pong-Spiel um die Geltung der jeweiligen eigenen AGB.

Seit den 1970er Jahren sieht der BGH nunmehr bei kollidierenden AGB eine Teildissens. In diesem Fall scheitert aber nur die Einbeziehung der kollidierenden Klauseln der AGB, während der Vertrag im Übrigen, also auch mit den übereinstimmenden Klauseln, Bestand hat (§ 306 Abs. 1). Die kollidierenden Bedingungen, die „wegfallen“, werden sodann durch das Gesetzesrecht ersetzt (§ 306 Abs. 2).²⁶ Die Anwendung des § 150 Abs. 2 bei kollidierenden Klauseln wird auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen es entweder an einer Abwehrklausel auf Seiten des Bestellers fehlt oder der Lieferant in der Auftragsbestätigung eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass er nur zu seinen Bedingungen zum Vertragsschluss bereit ist.²⁷

Die Literatur²⁸ hat für diese Problematik das sogenannte Kongruenzmodell entwickelt: Hiernach wird die Auslegungsregel des § 154 I umgekehrt. Nach diesem Modell sollen die beiderseitigen AGB-Vertragsbestandteile werden, soweit sie nicht einander inhaltlich widersprechen. Teilweise wird dabei noch zwischen der Auftragsbestätigung und dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben unterschieden.²⁹ Dieser Lösungsweg führt zum selben Ergebnis wie der des BGH.

²⁵ BGH NJW 1973, [2106](#); 1963, [1248](#); SCHMIDT, NJW 2011, 3329.

²⁶ BGH, NJW 1982, [1749](#); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, [946](#) (dazu KÖSTER, JuS 2000, [22](#)).

²⁷ HABERSACK in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, § 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag, Rn. [186](#)

²⁸ BeckOK/BECKER, BGB § 305 Rn. [83](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER § 305 Rn. 55; MünchKomm/FORNASIER, BGB § 305 Rn. [117](#).

²⁹ SCHMIDT, NJW 2011, [3329](#); BeckOK/BECKER, BGB § 305 Rn. [82](#); MünchKomm/FORNASIER, BGB § 305 Rn. [113 ff.](#)

Beispiel: Die V-AG mit Sitz in Hagen verkauft an die K-GmbH in Münster mehrere Hochleistungsrechner zum Gesamtpreis von € 435.000,--. Nach den einander widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen beider Vertragspartner soll als Gerichtsstand für die V-AG Hagen und für die K-GmbH Münster als vereinbart gelten. Die V-AG klagt den Kaufpreis beim LG Hagen ein. Die K-GmbH vertritt die Ansicht, dass das LG Münster zuständig sei. Wie ist zu entscheiden, wenn es in beiden Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt: "Widersprechen sich die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Vertragspartner, so gelten nur die vorliegenden Bedingungen."

Da sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinsichtlich der zulässigen Gerichtsstandsvereinbarungen widersprechen, sind die kollidierenden Teile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die dispositiven gesetzlichen Bestimmungen zu ersetzen. An die Stelle der einander widersprechenden Gerichtsstandsvereinbarungen tritt die in der ZPO getroffene Zuständigkeitsregelung. Der Kaufpreis ist daher entweder vor dem Gericht einzuklagen, in dessen Zuständigkeitsbereich der Sitz der K-GmbH liegt, § 17 ZPO, oder am Gericht des Ortes, an dem die streitige Kaufpreisschuld zu erfüllen ist, § 29 ZPO i.V.m. §§ 269, 270 BGB. Dies ist in beiden Fällen Münster, so dass die Klage auf Zahlung des Kaufpreises vor dem LG Münster erhoben werden muss.

Wichtige Entscheidungen:

BGH VII ZR 388/00 - NJW 2002, [138](#)

BGH VII ZR 58/14 - NZBau 2016, [213](#)

BGH VIII ZR 84/87- NJW 1988, [2465](#)

BGH X ZR 42/99 – NJW-RR 2001, [484](#)

IX. Prüfungsschema für die gutachterliche AGB-Kontrolle

Anwendbarkeit der
§§ 305 ff.

- § 310 IV 1 Nicht bei: Verträgen des Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts, Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen.
- § 310 I: Keine Anwendung der §§ 305 Abs. 2 und 3, 308, 309 bei Verträgen die ggü. einem Unternehmer (§ 14), einer juristischen Person des öffentlichen Rechts [...]

Vorliegen von AGB
§ 305 I

- **Definition** des § 305 Abs. 1: AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.
- **Vorformuliert** sind Vertragsbedingungen, wenn sie schon vor Vertragsschluss vorgelegt haben.
- **Vielzahl** von Verträgen: Verwendungsabsicht mindestens 3x
- **Vom Verwender gestellt**: Einseitiges Einbringen in den Vertrag durch den Verwender. Vertragspartner hat keine Einfluss-Möglichkeit. Besonderheit bei Verbraucherverträgen: § 310 III Nr. 1 -> AGB gelten als vom Unternehmer gestellt.
- **Nichtvorliegen einer Individualvereinbarung** (§ 305 I 3): Einzelne ausgehandelte Klauseln stellen keine AGB dar.

Ordnungsgemäße
Einbeziehung

- **Einbeziehung** (nicht zu prüfen in Fällen des § 310 I, IV 2)
- § 305 II Nr. 1: **Ausdrücklicher Hinweis** bei Vertragsschluss erforderlich.
- § 305 II Nr. 2: Zumutbare **Möglichkeit der Kenntnisnahme** (z.B. Auslage, Aushandigung, Speicherbarkeit etc.)
- § 305 II: Einverständnis des Vertragspartners
- **Keine überraschende Klausel § 305c I**
- Bei Geschäften zw. Unternehmern beachte § 310 I: Die Einbeziehung findet hier nach §§ 145 ff. durch Angebot und Annahme statt.

Inhaltskontrolle

- zunächst: Ermittlung des Inhalts der Klausel im Wege der **Auslegung**
- **Vorprüfung**:
 - **§ 307 III Abweichung von Rechtsvorschriften**
 - bei Arbeitsverträgen gem. § 310 IV 2 nur eingeschränkt
 - § 310 I, II Einschränkung des Prüfungsprogramms
- danach „von hinten nach vorne“
 - **§ 309** Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit
 - **§ 308** Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit
 - **§ 307 I i.V. II Generalklausel**
 - Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2)
 - Unvereinbarkeit mit dem Grundgedanken des Gesetzes (§ 307 II Nr. 1)
 - Gefährdung des Vertragszwecks (§ 307 II Nr. 2)

Rechtsfolgen

- **Grundsatz**:
 - § 306 I: Grundsatz - Der übrige Vertrag bleibt wirksam!
 - § 306 II: ggf. Lückenausfüllung durch **dispositives Recht**.
 - Sofern eine Klausel teilbar ist, bleibt der abtrennbare Teil wirksam, sofern er nicht selbst gegen die §§ 305 ff. verstößt.
- **Ausnahme § 306 III**: ausnahmsweise Gesamtnichtigkeit, wenn das Festhalten am Vertrag für eine Partei eine unzumutbare Härte darstellen würde.
- Beachte: **Keine geltungserhaltende Reduktion**

§ 8 Grundzüge des Vertragsschlusses im Internet

Schrifttum:

DUDEN, Verbraucherschutz und Vertragsschluss im Internet der Dinge, ZRP 2020, [102 ff.](#); FÖHLISCH/STARIRADEFF, Zahlungsmittel und Vertragsschluss im Internet, NJW 2016, [353 ff.](#); ; Mantz, Die Entwicklung des Internetrechts, NJW 2022, [2449 ff.](#); OECHSLER, Der vorzeitige Abbruch einer Internetauktion und die Ersteigerung unterhalb des Marktwerts der Sache, NJW 2015, [665 ff.](#); RÜFNER, Verbindlicher Vertragsschluss bei Versteigerungen im Internet, JZ 2000, 715 ff.; TAUPITZ/KRITTER, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839 ff.; ULRICI, Die enttäuschende Internetauktion – LG Münster, MMR 2000, 280, JuS 2000, [947 ff.](#)

1. Überblick

Die allgemeinen Grundregeln für den wirksamen Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages gelten für alle zivilrechtlichen Verträge, also auch für solche Verträge, die unter Nutzung des technischen Mediums Internet abgeschlossen werden.³⁰ Das bedeutet, Verträge kommen auch dann, wenn sie unter Nutzung des Internets abgeschlossen werden, durch die Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen zustande. Die den Vertrag schließenden Parteien geben ihre Willenserklärungen dadurch ab, dass sie diese in der dafür vorgesehenen Art und Weise eingeben und an den jeweils anderen absenden. Der von manchen verwandte Ausdruck "elektronische Willenserklärung" ist überflüssig.

Für die Abgabe von Willenserklärungen im Internet ergeben sich gegenüber den per E-Mail übertragenen Erklärungen keine Besonderheiten. Die Kommunikation findet nicht unmittelbar zwischen den Vertragsparteien statt, so dass die Willenserklärungen in Online-Shops in der Regel als solche unter Abwesenden anzusehen sind. Das hat zur Folge, dass § 130 Anwendung findet. Die Erklärungen werden also erst dann wirksam, wenn sie zugegangen sind, der Empfänger also die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Ob man bei einem auf diese Art und Weise zustande gekommenen Vertrag von einem elektronischen Vertrag sprechen sollte, wie das in der Literatur häufig geschieht, ist Geschmackssache. Jedenfalls stellen elektronisch geschlossene Verträge keinen eigenständigen Typ dar, der einer Sonderregelung unterliegt.³¹

Das BGB kennt allerdings nun den Begriff des **Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr**. Das sind nach § 312i Abs. 1 S. 1 solche Verträge, die ein Unternehmer mit Kunden über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen abschließt und sich dabei der „Telemedien“ (in der Regel des Internets) bedient. Die Vorschriften der §§ 312 ff. wurden im Zuge der Umsetzung der EU-Verbraucherrechterichtlinie RL 2011/83/EU (durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung v. 20.09.2013, BGBl. I, 3642) mit Wirkung zum 13.06.2014 umfassend novelliert, um ein einheitliches hohes Verbraucherschutzniveau auf dem europäischen Binnenmarkt zu schaffen.

Aus der Besonderheit dieses Mediums ergeben sich beim Vertragsschluss einige Probleme. So ist z.B. die Frage zu stellen, ob die Vertragspartner den notwendigen Schutz

³⁰ OLG Hamm, ZIP 2001, [291](#); LG Münster, JZ 2000, 730.

³¹ Vgl. NOWAK, MDR 2001, 841, 843.

genießen, wenn sie im Internet einen Vertrag schließen, den sie sonst nur persönlich abgeschlossen hätten. Einig ist man sich darüber, dass insbesondere Verbraucher (§ 13) einen Schutz vor allzu aggressiven Verkaufsmethoden und vor skrupellosen Anbietern, die die Anonymität des Internets für unlautere Praktiken nutzen, benötigen.³²

Schutz vor unlauteren Praktiken gewährt der Gesetzgeber nicht nur den Verbrauchern, sondern allen Nutzern des Internets, also auch Unternehmern (§ 14). Allerdings ist der Schutz unterschiedlich ausgeprägt:

- Die Vorschriften über **den Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr** (§§ 312i) finden auf alle Verträge Anwendung, die zwischen einem Unternehmer und Kunden, also auch mit anderen Unternehmern, abgeschlossen werden. Dabei geht es vor allem um Pflichten (vorwiegend Informationspflichten), die dem so agierenden Unternehmer auferlegt werden. § 312j BGB regelt den Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen einem Unternehmer und Verbraucher.
- Die Vorschriften über den **Fernabsatzvertrag** (§§ 312c ff.) sind allerdings Verbraucherschutzregeln, die nur Anwendung finden auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Verbraucherverträge), die ausschließlich unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden. Hier stehen Informationspflichten des Unternehmers und das dem Verbraucher gewährte Widerrufsrecht (§§ 312d ff., 312g, 355) im Vordergrund.

2. Der Vertragsschluss

Bei der Präsentation von Warenkatalogen o.ä. im Internet ist festzustellen, ob ein bindendes Angebot des Verkäufers oder eine invitatio ad offerendum vorliegt. Die Abgrenzung ist hier nach den allgemeinen Grundsätzen vorzunehmen, d.h. es ist zu fragen, ob der Verkäufer sich mit seiner Online-Warenpräsentation bereits erkennbar rechtlich binden will.³³ In der Regel ist von einer invitatio ad offerendum auszugehen, da der Verkäufer sonst - wie beim Versand von Prospekten oder Katalogen - möglicherweise mehr Verträge schließen würde als er tatsächlich erfüllen könnte.

Somit kommt der Vertrag durch die Bestellung des Kunden (Angebot) und der Auftragsbestätigung, - die jedoch einen Annahmewillen des Anbieters zu erkennen geben muss-, spätestens aber mit der Lieferung der richtigen Ware (Annahme) zustande. Die Bestellung erfolgt in der Regel online oder durch Absenden einer E-Mail auf einem vorbereiteten Bestellformular. Die Bestellbestätigung stellt eine Annahme dar, wenn durch Formulierungen wie „Vielen Dank für Ihren Auftrag. Wir werden Ihre Bestellung umgehend bearbeiten“ auf einen Annahmewillen schließen lässt³⁴, während eine Ankündigung, den Auftrag bald auszuführen noch keine Vertragsannahme darstelle.³⁵

Beispiel: Der Bücherversand A verwendet für die Bestellung von Waren über das Internet ein Online-Formular. Der Kunde B möchte bei A drei Bücher erwerben. Er gibt bei seiner Bestellung im Online-Formular die Lieferungsadresse und seine E-Mail-Adresse an. Nachdem B das Online-Formular an A abgesendet hat, schickt A umgehend per E-Mail eine Bestätigung der Bestellung.

³² Vgl. NOWAK, MDR 2001, 841, 843.

³³ vgl. oben § 2 II. 5 und TAUPITZ/KRITTER, JuS 1999, 839, 844.

³⁴ BGH NJW 2005, 976; OLG Düsseldorf MMR 2016, 593

³⁵ KÖHLER, NJW 1998, 185, 187.

3. Die Pflichten des Unternehmers im elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312i, 312j)

Für den Abschluss eines Vertrages im elektronischen Geschäftsverkehr im Sinne des §§ 312i Abs. 1 S. 1 erlegt das BGB dem Unternehmer eine Reihe von Pflichten auf. Dazu gehören vor allem vorvertragliche und nachvertragliche Informationspflichten.

Pflichten des Unternehmers sind u.a.:

- Er muss angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler vor Abgabe seiner Bestellung erkennen und berichtigen kann. (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1)
- Er muss den Zugang der Bestellung des Kunden unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, auf elektronischem Wege bestätigen. (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3) Diese bloße Zugangsbestätigung, welche den Inhalt der Bestellung klarstellt, stellt - sofern darin kein Annahmewille erkennbar ist-, noch keine Annahme dar!
- Außerdem muss der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. (§ 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4)
- Der Unternehmer hat dem Verbraucher bei einem entgeltlichen Verbraucher-vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr zudem die Bestellsituation so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Erfolgt diese Bestätigung über eine Schaltfläche, so muss diese gut lesbar und mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder mit einer entsprechend eindeutigen Formulierung beschriftet sein, sog. Button-Lösung. § 312j Abs. 3.

Diese Pflichten können nicht zu Lasten des Verbrauchers oder des Kunden verkürzt werden. Allerdings können Vertragsparteien, die nicht Verbraucher sind, also z.B. Unternehmer untereinander davon abweichende Vereinbarungen treffen.

Pflichten, die dem Unternehmer aus § 312i und § 312j erwachsen, sind solche, die der Unternehmer im vorvertraglichen Bereich, d.h. vor Abschluss des Vertrages wahrzunehmen hat (§ 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2). Wie § 311 Abs. 2 klarstellt, beginnt ein Schuldverhältnis mit daraus erwachsenden Schutz-, Fürsorge- und anderen Pflichten (§ 241 Abs. 2) nicht erst mit dem Vertragsschluss, sondern schon vorher, nämlich mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder mit einer sonstigen Anbahnung eines Vertrages.

Verletzt ein Unternehmer seine ihm durch § 312i – 312j auferlegten Pflichten, kann darin eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 liegen, die, wenn der Unternehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat und dem Kunden ein Schaden entstanden ist, eine Schadensersatzpflicht entstehen lässt. Grundsätzlich kommt der Vertrag aber trotz der Pflichtverletzung zustande. Eine wichtige Ausnahme macht § 312j Abs. 4 für die Gestaltung der "Bestellsituation" des § 312j Abs. 3.

Beispiel: K ist Computerhändler. Er bestellt beim Computerfachhandel V online 100 Computerspiele Marke WWW zum Preis von € 35,--/Stück, welche derzeit von seinen Kunden stark nachgefragt werden. Das elektronische Bestellsystem des V gibt aber dem Kunden nicht die Möglichkeit, Eingabefehler zu erkennen. Daher erkennt K nicht, dass er versehentlich eine Bestellung für 100 andere, weit weniger beliebte

Computerspiele Marke XYZ abgegeben hat. Wenige Tage später erfolgt die Lieferung der Computerspiele XYZ, welche K sofort zurückschickt und seine Bestellung wiederholt. In der Zwischenzeit waren nachweislich 20 Kunden bei K gewesen, welche das Computerspiel Marke WWW zum üblichen Preis von € 70,-- kaufen wollten.

K verlangt nun von V Schadensersatz in Höhe von € 700,--.

Hier hat V seine Pflicht aus § 312 i Abs. 1 S. 1 Nr. 1 verletzt, dem Kunden angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zur Verfügung zu stellen, mit deren Hilfe der Kunde Eingabefehler erkennen und berichtigen kann. Somit hat K einen Anspruch gegen V auf Schadensersatz in Höhe von € 700,-- aus §§ 312 i Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2.

Das pflichtwidrige Verhalten des Unternehmers kann auch dazu führen, dass der Kunde seine Willenserklärung, die zum Vertragsschluss geführt hat, gemäß §§ 119 ff. anfechten kann.

4. Der Fernabsatzvertrag

Schließen ein Unternehmer (§ 14) oder in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und ein Verbraucher (§ 13) einen Vertrag über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen unter ausschließlicher Verwendung von **Fernkommunikationsmitteln** ab, so handelt es sich um einen **Fernabsatzvertrag** (§ 312 c Abs. 1). Für diesen stellen die §§ 312 c ff. einige besondere Regeln auf.

Fernkommunikationsmittel sind nach der Definition des § 312c Abs. 2 nicht nur das Internet, sondern alle Kommunikationsmittel, die "zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, über den Mobilfunkdienst versende Nachrichten (SMS) sowie Rundfunk und Telemedien".

Darunter fällt also der gesamte Versandhandel.

Beispiel: Rentner R bestellt auf eine Anzeige in einer Tageszeitung mit einem Brief bei U einige Münzen für seine Sammlung. Da R in seinem Schreiben seine E-Mail-Adresse angegeben hatte, bestätigt U dem R mit einer E-Mail dessen Bestellung. Der Kaufpreis beträgt € 1.200. Es handelt sich also um einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312c.

Das BGB lässt dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen einen besonderen Schutz angedeihen. Das geschieht zum einen durch **verschärfte Informationspflichten** des Unternehmers dem Verbraucher gegenüber (§ 312d). Die Verletzung solcher Pflichten kann eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 darstellen, die bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen Schadensersatzpflichten auslösen kann. Zudem wird dem Verbraucher ein **Widerrufs- und Rückgaberecht**, das in den §§ 312g, 355 ff. näher ausgestaltet ist, eingeräumt. Dieses Widerrufsrecht darf freilich nicht mit dem Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 verwechselt werden (vgl. oben KE 2, § 3 V.). Einschränkungen des Widerrufsrechts ergeben sich insbesondere aus § 312g Abs. 2.

Beispiel: Angenommen, in dem oben dargestellten Beispiel hätte U dem R die bestellten Münzen zugesandt. Nach 14 Tagen entschließt sich R zu einer Italienreise, die er allerdings nur für finanzierbar hält, wenn er die Münzen nicht erwirbt und die dadurch ersparten € 1.200,-- als Reisekosten einsetzt. R hat den Kaufpreis noch nicht gezahlt. Es handelt sich um einen Fernabsatzvertrag. Nach § 312g hat R ein Widerrufs- und Rückgaberecht. Widerruft R nun seine Willenserklärung, so hat das zur Folge, dass er an diese Erklärung nicht mehr gebunden ist (§ 355 Abs. 1). Der Vertrag ist damit beendet. R muss den Kaufpreis nicht zahlen. Allerdings hat R dem Z die Münzen gemäß § 357 Abs. 1 innerhalb von 14 Tagen ab der Widerrufserklärung zurück zu gewähren.

5. Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Internetgeschäft

Bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Internetgeschäft stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese gemäß § 305 Abs. 2 wirksamer Vertragsbestandteil werden.³⁶

Das setzt zunächst gemäß § 305 Abs. 2 voraus, dass ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hingewiesen wird. Dafür reicht ein deutlicher Hinweis auf einen Link zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Bestellseite aus. Für die Möglichkeit der Kenntnisnahme gemäß § 305 Abs. 2 genügt es, dass dem Kunden durch einen Link der direkte Zugriff auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ermöglicht wird und er diese abspeichern und ausdrucken kann.³⁷ Für den Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr gemäß § 312i bestimmt dessen Abs. 1 S. 1 Nr. 4, dass der Kunde die Möglichkeit haben muss, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern.

Das gemäß § 305 Abs. 2 erforderliche **Einverständnis** gibt der Kunde per Mausklick ab. Entweder klickt er gesondert eine "Checkbox" zur Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen an oder er gibt direkt ein Vertragsangebot ab, das eine Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltet. Die Web-Seiten einiger Anbieter sind technisch so eingerichtet, dass der Kunde erst den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustimmen muss, bevor der Kunde die Bestellung abschicken kann. Damit stellt der Verkäufer sicher, dass der Kunde sein ausdrückliches Einverständnis erklärt und es nicht im Nachhinein zu Beweisschwierigkeiten kommt.

6. Die Ersteigerung von Waren bei Internet-Auktionen

Einige Auktionshäuser im Internet bieten Privatpersonen und Gewerbetreibenden einen Marktplatz zur Versteigerung von Waren aller Art.

Fraglich ist, auf welche Art und Weise ein Kaufvertrag über die zu ersteigernde Ware zwischen Versteigerer und Höchstbieter zustande kommt. Einigkeit besteht darüber, dass Versteigerungen im Internet nicht nach § 156 zu beurteilen sind. Dies würde nämlich bedeuten, dass typischerweise der "Ersteigerer" (also der Käufer) ein Angebot macht, das vom "Auktionator" (der Verkaufsplattform) angenommen wird. Dies entspricht nicht der Interessenlage bei Online-Auktionen.

³⁶ Vgl. TAUPITZ/ KRITTER, JUS 1999, 839, 844.

³⁷ BGH NJW 2006, 2976, [2977 ff.](#); TAUPITZ/KRITTER, JUS 1999, 839, 844.

Letztlich kommt es darauf an, wie die Freischaltung der Auktionsseite durch den Veräußerer rechtlich zu beurteilen ist. Dies ist in einem Rechtsstreit vom Bundesgerichtshof entschieden worden.³⁸

Für die Annahme einer bloßen invitatio ad offerendum hatte sich das Gericht der 1. Instanz mit der Begründung entschieden, dass der Versteigerer seine Ware zunächst nur einem breiten Interessentenkreis präsentieren will und dementsprechend noch keinen Rechtsbindungswillen besitzt.³⁹

Dagegen ist der Bundesgerichtshof der Auffassung, dass die Freischaltung der Angebotsseite alle Voraussetzungen eines bindenden Angebots erfüllt.⁴⁰ Neben der bestimmten Angabe des Kaufgegenstandes sind sowohl der Vertragspartner, nämlich der Höchstbietende, und der Kaufpreis, nämlich das Höchstgebot, hinreichend bestimmbar.⁴¹ Was den Rechtsbindungswillen angeht, so sprechen die von den Auktionshäusern generell verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für einen entsprechenden Rechtsbindungswillen (Rechtsfolgewillen), so dass ein wirksames Angebot des Versteigerers bei entsprechender Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Marktplatzbetreibers bejaht werden kann.

Beispiel (§ 7 Nr. 2 der deutschen ebay AGB): "Stellt ein Verkäufer mittels der eBay-Dienste einen Artikel im Auktions- oder Festpreisformat ein, so gibt er ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab."

Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden jedoch bei Erstellung eines Nutzerkontos nur zwischen dem Marktplatzbetreiber und dem jeweiligen Mitglied vereinbart. Die Klauseln können also auf einen etwaigen Vertragsschluss unter zwei Mitgliedern wegen des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse keine direkte Anwendung finden.

Zu der Frage, ob und wie die AGB Wirkung für den Vertragsschluss entfalten, bestehen heute im Wesentlichen zwei Ansichten, da die Auffassung, der Vertrag des Mitglieds mit dem Marktplatzbetreiber stelle einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328) dar, so gut wie nicht mehr vertreten wird. Dies liegt daran, dass die AGB in der Regel auch für das einzelne Mitglied nachteilige Klauseln beinhalten. Ein Vertrag zu Lasten Dritter ist jedoch mit der Privatautonomie unvereinbar und stets unzulässig. Dieses Problem stellt sich bei der sogenannten „Rahmenvertragslösung“ nicht. Hiernach schließen alle Mitglieder bei der Anmeldung zum Marktplatz einen Rahmenvertrag über die Modalitäten, nach denen sich künftige Vertragsschlüsse mit den anderen Mitgliedern richten sollen. Der Marktplatzbetreiber wird als Empfangsvertreter für beide Seiten tätig. Auch diese Lösung führt allerdings zu konstruktiven Schwierigkeiten. Soweit sich die Verpflichtung zum Abschluss des Rahmenvertrages aus den AGB selbst ergibt, könnte es sich um eine überraschende Klausel nach § 305c handeln. Für einen konkludenten Vertragsschluss des Rahmenvertrages müsste der Erklärende das Bewusstsein haben, dass eine solche Erklärung möglicherweise erforderlich ist.⁴² Das dürfte regelmäßig nicht der Fall sein.

³⁸ BGH NJW 2002, 363.

³⁹ Vgl. LG Münster, JZ 2000, 730, 731.

⁴⁰ BGH NJW 2002, 363, 364; in der Vorinstanz OLG Hamm, ZIP 2001, 291, 293.

⁴¹ BGH NJW 2002, 363, 364; OLG Hamm, ZIP 2001, 291, 293.

⁴² GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 133, Rn. 11.

Durchgesetzt hat sich daher die sogenannte *Auslegungslösung*. Die Willenserklärungen der Mitglieder untereinander sind gemäß §§ 133, 157 nach dem objektiven Empfängerhorizont dahingehend auszulegen, dass ein Vertragsschluss nach den Regeln, wie sie in den Betreiber-AGB niedergelegt sind, gewollt ist. Da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (auch "Nutzungsbedingungen" genannt) des Marktplatzbetreibers zwingend von Versteigerer und Bieter anerkannt werden müssen, muss und darf jeder Teilnehmer dieser Online-Auktionen aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts davon ausgehen, dass den abgegebenen Erklärungen der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen beigemessene Erklärungswert zukommt.⁴³

Das Einstellen eines Artikels in einer Online-Auktion ist somit regelmäßig ein Angebot i.S. des § 145 BGB. Ein Gebot ist eine Annahme unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1), bei Zeitablauf Höchstbietender zu sein. Somit kann das Höchstgebot rechtlich als Annahme des Angebots beurteilt werden, so dass zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag über den versteigerten Gegenstand zum Höchstgebot zustande kommt.⁴⁴

Beurteilte man abweichend davon die Freischaltung der Auktionsseite als *invitatio ad offerendum* beurteilen, so würde sich die Frage stellen, ob der Veräußerer die Annahme bereits antizipiert, also vor Abgabe der Gebote, erklärt hat. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Online-Auktionshauses den Anbieter unwiderruflich verpflichten, an den Meistbietenden zu leisten.⁴⁵

⁴³ BGH NJW 2002, 363, [364](#); OLG Hamm, ZIP 2001, 291, 293.

⁴⁴ OLG Hamm, ZIP 2001, 291, 293; BGH NJW 2002, 363, [364](#) lässt diese Frage ausdrücklich offen.

⁴⁵ So ULRICI, JuS 2000, 947, [949](#); RÜFNER, JZ 2000, 715, 717; a.A. LG Münster, JZ 200, 730, 731.

§ 9 Die Auslegung

Schrifttum: BIEHL, Grundsätze der Vertragsauslegung, JuS 2010, 195; BUNTE, Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1984, [1145 ff.](#); Greiner, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen zwischen » Normativität « und subjektivem Empfängerhorizont, AcP 2017, 492; GROBE/SCELLENBERG, Auslegung, Umdeutung und Anfechtung von Willenserklärungen, JURA 2020, [799](#); HONSELL, Sachmängelprobleme beim Neuwagenkauf mit Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens, Jura 1983, 523 ff.; KÖTZ, Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung, Jus 2013, [289](#).; MASSARI, „Falsa demonstratio“ bei formbedürftigen Verträgen, NJW 2023, [2916](#); MUTHORST, Auslegung – eine Einführung, JA 2013, [721](#).; STÖHR, Der objektive Empfängerhorizont. JuS 2010, 292; SONNENBERGER, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970; THOMA, Recht verstehen – Eine Gebrauchsanleitung (Teil 2), JURA 2022, [431](#); UFFMANN, Richtungswechsel des BGH bei der ergänzenden Vertragsauslegung, NJW 2011, [1313](#); WIELING, Die Bedeutung der Regel "falsa demonstratio non nocet" im Vertragsrecht, AcP 172 [1972], 297 ff., Jura 1979, 524 ff.

I. Überblick

Auslegung bedeutet, den Sinn zu ermitteln, der einer Erklärung zukommt. Nicht nur Willenserklärungen und Verträge bedürfen der Auslegung, wenn ihr Verständnis nicht eindeutig ist. Auch gesetzliche Vorschriften müssen häufig ausgelegt werden, wenn ihr Sinn für die Rechtsanwendung ermittelt werden muss.

Für die Auslegung von Gesetzen haben Rechtswissenschaft und Rechtsprechung (insbesondere BVerfG und BGH) Methoden entwickelt, die sie anwenden. Dabei geht es in erster Linie um Fragen der juristischen Methodenlehre.⁴⁶ Hier geht es im Folgenden ausschließlich um die Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen.

Nicht ohne Grund wird in der Praxis über die Auslegung von Erklärungen und Verträgen häufig gestritten. Das BGB enthält in den §§ 133 und 157 nur zwei Vorschriften über die Auslegung. Auslegungsregeln, die man als "subsidiäre" bezeichnen kann,⁴⁷ finden sich allerdings auch an anderen Stellen des BGB, wie z.B. in § 154 Abs. 1, § 328 Abs. 2, § 364 Abs. 2 und in §§ 2066 ff. für die Auslegung von Testamenten. Diese greifen „im Zweifel“, damit immer nur dann, wenn die Erklärung der Beteiligten der Auslegung nicht entgegensteht bzw. keine Erklärung abgegeben wurde.

II. Die Auslegung von Willenserklärungen

1. Die §§ 133 und 157 und die Methoden der Auslegung

Während § 133 in erster Linie auf den "empirischen" (wirklichen) Parteiwillen abstellt, verweist § 157 auf ein vernünftiges und sachgerechtes Ziel.⁴⁸ meint, § 133 lege einen subjektiven Maßstab zugrunde, § 157 hingegen einen objektiven.

⁴⁶ Details hierzu im Kurs 55100 Propädeutikum.

⁴⁷ So STADLER, § 18 Rn. [5](#).

⁴⁸ STAUDINGER/SINGER § 133, Rn. [3 ff.](#)

§ 133	Bei der Auslegung einer <u>Willenserklärung</u> ist der <u>wirkliche Wille</u> zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.
§ 157	<u>Verträge</u> sind so auszulegen, wie <u>Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte</u> es erfordern.

Nach heute herrschender Meinung unterscheiden sich § 133 und § 157 nicht dadurch, dass § 133 *nur* auf einseitige Rechtsgeschäfte und § 157 *nur* auf Verträge anzuwenden sei.⁴⁹ Wenn auch der Inhalt einer Willenserklärung in erster Linie nach § 133 zu ermitteln ist, so gilt der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 157) für das gesamte Privatrecht, ist also auch bei der Auslegung von Willenserklärungen zu berücksichtigen. Daher wendet der BGH bei der Auslegung von Willenserklärungen beide Vorschriften an.⁵⁰

Das BGB hat in den §§ 133, 157 *keine klare Entscheidung über Auslegungsmethoden* getroffen, die in der Rechtswissenschaft schon vor Inkrafttreten des BGB entwickelt und diskutiert worden sind.⁵¹ FLUME⁵² schätzt die Bedeutung der §§ 133, 157 als Rechtssätze deshalb als gering ein und meint, dass, wären diese Vorschriften nicht im BGB enthalten, die Auslegung in gleicher Weise vorzunehmen wäre, wie dies nunmehr unter Berufung auf §§ 133, 157 geschehe.

Das methodische Grundproblem der rechtsgeschäftlichen Auslegung besteht darin, dass im Streitfall die Interessen des Erklärenden den Interessen desjenigen widersprechen, an den sich die Erklärung richtet. Während der Erklärende sich in erster Linie an seinen Rechtsfolgewillen gebunden fühlt, den er gebildet hatte – und der unter Umständen im Erklärungstatbestand nicht oder nicht hinreichend seinen Niederschlag gefunden hat –, hat der Erklärungsempfänger im Zweifel ein Interesse daran, sich nur nach Maßgabe dessen rechtsgeschäftlich binden zu lassen, was er im Vertrauen auf den ihm zugänglichen Erklärungstatbestand als Erklärungsinhalt zur Kenntnis genommen hat.

Stellte man den Schutz des Erklärenden in den Vordergrund, so würde als verbindlicher Inhalt der Erklärung allein das angesehen, was derjenige, der eine Erklärung abgegeben hat, damit bezwecken wollte (sog. reine **Willentheorie**). Möchte man hingegen vorrangig den Erklärungsempfänger schützen, so würde die abgegebene Erklärung so, wie der Empfänger sie verstanden hat, rechtsverbindlich (sog. reine **Empfängertheorie**). Bei der Anwendung jeder dieser beiden Theorien hätte jeweils eine Seite – entweder der Erklärende oder der Empfänger – das Risiko von Irrtümern, Miss- und Unverständnissen allein zu tragen; das wäre unbillig. Schon deswegen ist keine dieser Theorien geeignet, akzeptable Lösungen zu finden.

Einen eher vermittelnden Weg, der die Interessen des Erklärenden und die des Erklärungsempfängers zu berücksichtigen sucht, mag die **Erklärungstheorie** beschreiten. Danach soll verbindlicher Inhalt der Erklärung das sein, was ein unbefangener Dritter

⁴⁹ Vgl. STAUDINGER/ROTH, § 157 Rn. 1, mit Nachweisen; STADLER, § 18 Rn. 5.

⁵⁰ So BGHZ 47, 75, 78 und BGH NJW 1984, 721.

⁵¹ Vgl. für die Zeit vor Inkrafttreten des BGB WINDSCHEID Bd. 1, §§ 20 ff. mit Nachweisen, und für die neuere Zeit Flume, § 16 mit Nachweisen.

⁵² Flume, § 16, 3 a.

bei objektiver Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles dem Erklärungstatbestand entnehmen darf. Diese sog. Erklärungstheorie betont zu stark die objektive Wertung und stellt zu wenig auf den Willen des Erklärenden ab.

Wie schon erwähnt, findet keine dieser Methoden (Theorien) im BGB eine Stütze. Den §§ 133, 157 ist lediglich zu entnehmen,

- dass der **wirkliche Wille** des Erklärenden zu erforschen ist,
- dass der Grundsatz von **Treu und Glauben** und
- die **Verkehrssitte**⁵³ zu berücksichtigen sind.

Darüber hinaus lässt sich den §§ 116 und 119 entnehmen, dass derjenige, der eine Willenserklärung abgibt, eine Art "Erklärungsrisiko" zu tragen hat. Wer gemäß § 116 eine Willenserklärung ohne Rechtsfolgewillen abgibt, ist an das Erklärte gebunden, weil das Vertrauen, das der Empfänger in die Wirksamkeit einer bewusst abgegebenen Erklärung setzt, Schutz verdient.⁵⁴ Nach § 119 ist derjenige, der irrtümlich eine Erklärung abgibt, die für den Empfänger eindeutig ist, an diese Erklärung gebunden; er kann die Willenserklärung allerdings unter den in § 119 genannten Voraussetzungen anfechten, muss dann jedoch gemäß § 122 den *Vertrauensschaden* ersetzen, der dem Empfänger entstanden ist.

Unter Beachtung alles dessen ist bei einer Abwägung der Interessen des Erklärenden einerseits und des Empfängers andererseits zu berücksichtigen, dass das Abweichen von Wille und Erklärung durch den Erklärenden, also in seiner Sphäre, verursacht worden ist.⁵⁵ Daraus folgt für die Auslegung: wenn der Empfänger nach den Umständen bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt auf den Erklärungstatbestand vertrauen darf, ist es gerechtfertigt, dem Schutz des Empfängers den Vorrang vor dem "Erfolgsinteresse" des Erklärenden einzuräumen.

2. Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen

Die herrschende Meinung geht bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen davon aus, dass es bei der Auslegung *nicht* auf den inneren, unerklärt gebliebenen Willen des Erklärenden ankommt.⁵⁶ Maßgeblich ist vielmehr nur der **erklärte Wille**, also nur das, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war. Diese Erklärung gilt so, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung – der natürlichen Betrachtungsweise eines verständigen, unvoreingenommenen Beurteilers – gemäß §§ 133, 157 verstehen musste. Der BGH⁵⁷ hat die Formulierung gebraucht, im Auslegungsvorgang gemäß §§ 133, 157 komme es darauf an, "wie der Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung dies bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte". Damit wird nach herrschender Meinung auf die Maßgeblichkeit des **Empfängerhorizontes** abgestellt.⁵⁸

⁵³ Vgl. oben § 4 III. 4. d.

⁵⁴ Vgl. oben § 2 II. 4 e.

⁵⁵ BROX/WALKER, § 6 Rn. [14 ff.](#)

⁵⁶ BGHZ 36, 30, 33; 47, 75, [78](#).

⁵⁷ So BGHZ 47, 75, [78](#); BGH NJW 1984, [721](#).

⁵⁸ Vgl. STAUDINGER/SINGER, § 133, Rn. 18, §; BROX/WALKER, § 6 Rn. [14 ff.](#)

Diese Auslegung, die auch als normative bezeichnet wird⁵⁹, stellt vor allem auf die Umstände der Erklärung ab. FLUME⁶⁰ fordert darüber hinaus noch, der Sinn der Erklärung müsse so, wie er sich aus dem Text der Erklärung unter Berücksichtigung der Umstände ergebe, "dem Erklärenden als Sinn seiner Erklärung auch zurechenbar sein".⁶¹ Die **Zurechenbarkeit** spielt zumindest dann eine Rolle, wenn darüber zu befinden ist, ob eine Erklärung, die der Erklärende ohne Erklärungsbewusstsein und ohne Rechtsfolgewillen abgegeben hat, mit Rücksicht auf den Empfänger *wie* eine Willenserklärung zu behandeln ist.⁶²

Für eine Auslegung dieser Art ist allerdings nur Raum, wenn der Wille des Erklärenden und das Verständnis des Erklärungsempfängers auseinanderklaffen. Stimmt der Wille des Erklärenden bei der Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung mit dem Verständnis desjenigen überein, an den diese Erklärung gerichtet ist, so bestimmt allein der Wille des Erklärenden den Inhalt des Rechtsgeschäfts, auch wenn der Erklärung bei objektiver Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der Umstände noch eine andere Bedeutung beigemessen werden könnte – die Willenserklärung also mehrdeutig ist –, weil die Erklärung den Willen des Erklärenden nicht oder nicht genau wiedergibt. Anders ausgedrückt: Der wirkliche Wille des Erklärenden geht, wenn alle Beteiligten die Erklärung übereinstimmend in demselben Sinne verstanden haben, nicht nur dem Wortlaut, sondern jeder anderweitigen Interpretation vor.⁶³ Das ergibt sich schon daraus, dass "eine Willenserklärung, also das Mittel privater Setzung einer rechtlichen Regelung kraft Parteiwillens, ihre Geltung von eben diesem Parteiwillen ableitet".⁶⁴

Die Auslegung von Erklärungen darf also erst beginnen, wenn feststeht, dass der **Wille des Erklärenden und das Verständnis des Empfängers nicht übereinstimmen**.



Da es gemäß § 133 auf den "wirklichen Willen" ankommt, ist es gleichgültig, ob der objektive Erklärungsinhalt mit dem – beim Vertragsschluss von beiden Beteiligten – subjektiv Gewollten übereinstimmt oder nicht. Man kann auch sagen: Die Rechtsordnung schreibt den einzelnen Personen nicht vor, welcher Ausdrucksweise sie sich zu bedienen haben. Stimmt das tatsächliche Verständnis der Vertragsparteien überein, so ist dieses, auch wenn es falsch ausgedrückt ist, für den Vertragsinhalt ausschlaggebend (**falsa demonstratio non nocet**).

⁵⁹ FLUME, § 16, 3c.

⁶⁰ FLUME, § 16, 3c.

⁶¹ FLUME, § 16, 3c.

⁶² Vgl. zu dieser Problematik BROX/WALKER, § 6 Rn. 16.

⁶³ BGHZ 71, 75, 77 f.; 86, 41, 46; BGH NJW 1984, 721.

⁶⁴ So BGH NJW 1984, 721.

Beispiel⁶⁵: F verkauft an B Walfischfleisch, das beide Vertragsparteien in dem schriftlich fixierten Kaufvertrag mit dem norwegischen Wort "Haakjöringsköd" bezeichnen. Haakjöringsköd heißt aber nicht, wie beide Parteien annehmen, Walfischfleisch, sondern Haifischfleisch. Da F und B Walfischfleisch gemeint und dafür lediglich eine falsche Vokabel benutzt haben, ist Walfischfleisch Gegenstand des Vertrages. Der Kaufvertrag ist trotz der falschen Bezeichnung über Walfischfleisch geschlossen (falsa demonstratio non nocet). Würde F dem B statt Walfischfleisch Haifischfleisch liefern, wäre der Vertrag nicht erfüllt

Fall: Tankstellenbesitzer T bestellt bei dem Reifengroßhändler R schriftlich 100 Reifen der Marke X zum Stückpreis von € 87,50,—. R beantwortet den Brief zwei Tage nach Kenntnisnahme. Er meint, T habe Reifen der Marke Y bestellt, die er liefern kann; Reifen der Marke X hat er nicht zur Verfügung. Er schreibt an T: "Ich bestätige den Eingang Ihres Schreibens vom... und werde die von Ihnen bestellten Reifen umgehend an Sie absenden." Ist ein Vertrag zustande gekommen?

Aufgabe 1:

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

III. Die Auslegung von Verträgen

1. Überblick

Haben die Parteien einen Vertrag abgeschlossen, können über dessen Inhalt Zweifel und Meinungsunterschiede entstehen. Solche können darin begründet sein, dass ein Begriff oder eine Formulierung im Vertrag unklar ist und deshalb über deren Bedeutung gestritten wird. In einem solchen Fall muss der Vertrag **erläuternd** ausgelegt werden.

Häufig kommt es auch vor, dass die Parteien bei Vertragsschluss ein Vertragsverhältnis abschließend regeln wollen, dennoch aber *aus Versehen* eine oder mehrere regelungsbedürftige Fragen offenlassen. So entstehen *Lücken*, die im Wege der **ergänzenden Vertragsauslegung** geschlossen werden können, wenn der Wortlaut der abgegebenen Erklärungen dafür Anhaltspunkte gibt.

2. Die erläuternde Vertragsauslegung

Bei einer bestehenden Divergenz über Bedeutung und Umfang des vertraglich Vereinbarten ist das *Ziel der Auslegung stets die Ermittlung des Vertragsinhalts*.⁶⁶ Diese Auslegung darf dem übereinstimmend zum Ausdruck gebrachten Erklärungswillen der Vertragsparteien nicht widersprechen.⁶⁷ Bei der Auslegung von Verträgen sind insbesondere der mit der Absprache verfolgte Zweck und die Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen.⁶⁸

⁶⁵ nach RGZ 99, [147 ff.](#)

⁶⁶ MünchKomm/BUSCHE, BGB § 157 Rn. [3](#); BROX/WALKER § 6 Rn. [2](#).

⁶⁷ so BGHZ 71, 75, [77 f.](#); BGB-RGRK/PIPER, § 157 Rn. 7 mit Nachw.

⁶⁸ vgl. u.a. BGHZ 109, 19, [22](#).

Ein wichtiger Auslegungsmaßstab ist die **Verkehrssitte** i.S. des § 157. Darunter ist das zu verstehen, was sich im Handelsverkehr oder im bürgerlichen Rechtsleben als eine allgemeine oder in bestimmten Kreisen bestehende tatsächliche Gepflogenheit herausgebildet hat. Die Verkehrssitte ist eine Verhaltensregel, die aus tatsächlicher Übung bei ähnlichen Geschäften abgeleitet werden kann.⁶⁹

Beispiel: Die Brandenburgerin A besucht an Karneval den Düsseldorfer Rosenmontagumzug. In einer Bäckerei bestellt sie: „Einen Pfannkuchen bitte“. Problematisch ist, dass das runde Süßgebäck (meist in Öl oder Fett frittiert) in Deutschland je nach Standort mal Krapfen, Berliner, Pfannkuchen oder anders bezeichnet wird. Wollte A einen Eierpfannkuchen kaufen, oder einen „Berliner“?

Verkehrssitte unter Kaufleuten ist der Handelsbrauch i.S. des § 346 HGB (= kaufmännische Verkehrssitte).

Die Verkehrssitte hat bei der Auslegung nur Bedeutung, wenn sie für beide Vertragsteile gilt. Denn im Zweifel wird man davon ausgehen können, dass Erklärender und Erklärungsempfänger, wenn sie demselben Verkehrskreis angehören, ihre Erklärungen so verstehen, wie es der dortigen Verkehrssitte entspricht.⁷⁰ Gehören die Vertragspartner nicht demselben Verkehrskreis an, so ist auf die Verkehrssitte am Ort des Erklärenden abzustellen.⁷¹ Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn der Erklärungsempfänger vernünftigerweise mit der Verkehrssitte rechnen konnte.⁷² Für die Geltung der Verkehrssitte ist allerdings nicht erforderlich, dass sich ihr die Vertragschließenden unterwerfen. Denn im geschäftlichen Verkehr ist nicht der innere, unerklärt gebliebene Wille maßgebend, sondern die Bedeutung, die einem bestimmten Verhalten nach übereinstimmender Auffassung der beteiligten Kreise zukommt.⁷³ Im **Beispiel** müsste die Erklärung der A dahingehend ausgelegt haben, dass sie das runde Süßgebäck „Berliner“ bestellt hat, wie es in Düsseldorf genannt wird und gerade zu Karneval in großen Mengen verkauft wird.

Fall nach RGZ 95, 242 ff.: Die amerikanische Holzhändlerfirma V steht in Vertragsverhandlungen mit dem Kaufmann K, der an der Lieferung einer Waggonladung Zedernholz interessiert ist. Nachdem sich die Parteien über alle wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben, bittet K um Übersendung der Vertragsurkunde. Als V den Vertragstext zur Unterschriftsleistung an K schickt, beanstandet dieser verschiedene darin enthaltene Bestimmungen. In der Folgezeit streiten die Vertragspartner darüber, ob bereits mit der mündlichen Einigung ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist. Wie ist der Streit zu entscheiden, wenn es im Handel mit amerikanischen Hölzern der Verkehrssitte entspricht, dass Kaufverträge schriftlich abgeschlossen werden?

⁶⁹ vgl. SONNENBERGER, S. 107.

⁷⁰ Vgl. MünchKomm/BUSCHE, § 157 BGB Rn. [26 ff.](#)

⁷¹ Str. vgl. BGHZ 6, 127, [134](#); MünchKomm/BUSCHE, § 157 BGB Rn. [26 ff.](#)

⁷² So WOLF/NEUNER, § 35, Rn. 15.

⁷³ So BGB–RGRK/PIPER, § 157 Rn. 9; vgl. auch BGHZ 47, 75, [78](#).

Lösung:

Grundsätzlich kommt bereits dann ein Vertrag zustande, wenn sich die Parteien mündlich über alle wesentlichen Vertragspunkte geeinigt haben. Eine Ausnahme muss aber im Falle einer hiervon abweichenden Verkehrssitte gelten. Im vorliegenden Fall besteht eine dahingehende Verkehrssitte, dass mündlich getroffene Vereinbarungen zu ihrer Wirksamkeit noch der Schriftform bedürfen. Diese Verkehrssitte gilt generell für den Handel mit amerikanischen Hölzern und ist daher auch für K maßgeblich, selbst wenn sie ihm – was nicht der Fall ist – unbekannt gewesen wäre.⁷⁴ Nach Ansicht der hier maßgeblichen Kreise gilt also der Vertrag erst mit der schriftlichen Abfassung und Unterzeichnung als geschlossen. Da bisher lediglich eine mündliche Vereinbarung getroffen worden ist, die nach der Verkehrssitte im Handel mit amerikanischen Hölzern zu ihrer Wirksamkeit noch der Schriftform bedarf, liegt noch kein wirksamer Vertragsabschluss vor.

Die erläuternde Vertragsauslegung hat in der Praxis große Bedeutung für die Auslegung typischer und in Verträgen häufig **wiederkehrender Klauseln**.

Beispiel: In einem Kaufvertrag, den Verkäufer und Käufer über einen gebrauchten LKW abgeschlossen haben, ist folgende Klausel enthalten: "Der Käufer erwirbt vom Verkäufer den gebrauchten LKW nach einer Probefahrt in dem vom Käufer besichtigten Zustand." In der Klausel "wie besichtigt" ist die Vereinbarung darüber zu sehen, dass der Verkäufer nicht für solche Mängel Gewähr leistet, die bei der Besichtigung wahrnehmbar sind.⁷⁵

Zu beachten ist aber, dass außerhalb des Kaufs (auch gebrauchter Sachen) unter Privaten oder Unternehmern durch die Einführung des Verbrauchsgüterkaufs gem. §§ 474 ff. entsprechende Klauseln nunmehr deutlichen Einschränkungen unterliegen. Bei Kaufverträgen, die zwischen einem Unternehmer (§ 14) und einem Verbraucher (§ 13) als Käufer über eine bewegliche Sache geschlossen werden, können bspw. die in den §§ 433ff. aufgestellten Regeln mit Ausnahme der Bestimmungen über Schadensersatzansprüche nicht wirksam zum Nachteil des Verbrauchers abbedungen werden (vgl. § 476 Abs. 1). Zudem findet auf Verbraucherverträge **§ 310 Abs. 3** Anwendung.

Fall: Die Firma V betreibt den Handel mit Kraftfahrzeugen. Die Kundin K bestellt mit schriftlichem "Kaufantrag" einen PKW des Fabrikats P zum Preis von € 39.000,—. In den Zahlungsbedingungen heißt es:

"Der gebrauchte PKW der K, Marke M, Bj. 2019, km 56.000, unfallfrei, wird mit € 9.000,— in Zahlung genommen."

Nach Abschluss dieser Vereinbarung bietet ein Freund F der K für den gebrauchten PKW € 10.500,—. Daraufhin verkauft K das Fahrzeug an F.

Nachdem V den neuen PKW an K geliefert hat, verlangt er Zahlung von € 30.000,— – sowie Herausgabe des gebrauchten PKW. Zu Recht?

⁷⁴ vgl. RGZ 95, [243](#).

⁷⁵ Vgl. auch BGH NJW 1978, [261](#).

Lösung:

Ein solcher Anspruch könnte sich aus § 433 Abs. 2 ergeben. Dann müsste zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande gekommen sein.

Bedenken ergeben sich insofern, als die vertragliche Vereinbarung auch als Tauschvertrag (§ 480) angesehen werden könnte, der auf den Austausch zweier Kraftfahrzeuge unter Hinzuzahlung des Wertunterschiedes (€ 30.000,—) gerichtet ist.

Ob zwischen den Parteien ein Kaufvertrag oder ein Tauschvertrag geschlossen worden ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Der **Wortlaut** der Vereinbarung, in der von "Kaufantrag" und "Zahlungsbedingungen" die Rede ist, spricht dagegen, den Vertrag als Tauschvertrag zu qualifizieren. Insbesondere aus der Formulierung "**Kaufantrag**" ergibt sich, dass der Gegenstand des Vertrages ein Kauf und kein Tausch sein soll. Der Wortlaut spricht daher für einen einheitlichen Kaufvertrag über einen neuen PKW zum Preis von € 39.000,—, wobei K berechtigt sein soll, € 30.000,— in bar zu entrichten, den Rest durch die Hingabe ihres gebrauchten Wagens an Erfüllung Statt, §§ 433, 364.

Für einen Kaufvertrag spricht weiterhin das Interesse des Kraftfahrzeughändlers, das in erster Linie auf Veräußerung gegen Geld gerichtet ist und nicht auf den Erwerb eines gebrauchten Wagens. Der Händler lässt sich auf die Hereinnahme des Altwagens in aller Regel nur deswegen ein, um das von ihm erstrebte Neuwagengeschäft abschließen zu können. Dieses Entgegenkommen des Veräußerers, das seinem Partner den Erwerb des Neuwagens erleichtert, unter Umständen sogar erst möglich macht, hat aber nicht zur Folge, dass die Beteiligten sich auf eine Gegenleistung des Erwerbers einigen, die zum Teil in Geld, zum Teil in der Hingabe eines gebrauchten Fahrzeugs bestehen soll. Vielmehr bleibt die von der Erwerberin (K) des Neuwagens geschuldete Gegenleistung in voller Höhe eine **Geldschuld**. Es liegt daher ein einheitlicher Kaufvertrag vor, wobei K kraft der getroffenen Vereinbarung die Möglichkeit hat, an Stelle der ausbedungenen Geldschuld zum Zwecke der Erfüllung ihren gebrauchten Wagen in Zahlung zu geben. K ist aber lediglich **berechtigt** (und nicht verpflichtet), die Kaufpreisschuld teilweise durch Hingabe des gebrauchten Wagens zu tilgen. Diese Berechtigung wird als sog. **Ersetzungsbefugnis** (facultas alternativa) des Schuldners bezeichnet.⁷⁶ Die Ersetzungsbefugnis der Käuferin lässt den Bestand der Hauptschuld (Kaufpreis in Höhe von € 39.000,—) als Geldschuld unberührt. Der Verkäufer V kann also das Begehren der K, den Kaufpreis in Geld tilgen zu wollen, nicht zurückweisen und stattdessen die Hingabe des gebrauchten Wagens verlangen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass V nach § 433 Abs. 2 einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises in Höhe von € 39.000,— gegen K hat. V hat aber keinen Anspruch auf Herausgabe und Übereignung des gebrauchten PKW der Marke M.⁷⁷

3. Die ergänzende Vertragsauslegung

a) Die Voraussetzungen

Haben die Parteien bei Abschluss des Vertrages ein Vertragsverhältnis abschließend regeln wollen, aber dennoch unbewusst eine oder gar mehrere regelungsbedürftige Fragen offen gelassen, so entstehen **Lücken**, die durch **ergänzende Vertragsauslegung** geschlossen werden können, wenn der Wortlaut der abgegebenen Erklärungen

⁷⁶ Vgl. BGHZ 46, 338, [340](#); MünchKomm/KRÜGER, BGB § 262 Rn. 9.

⁷⁷ Vgl. zur Vertiefung: HONSELL, Jura 1983, 523 ff.

dafür Anhaltspunkte bietet. Die ergänzende Vertragsauslegung muss an den Wortlaut der Erklärungen anknüpfen, weil die Vertragsauslegung den Parteiwillen klarstellen soll, um damit gegebenenfalls eine **Ergänzung des Vertragsinhalts**, nicht aber eine Abänderung, Einschränkung oder Ergänzung des erklärten Parteiwillens herbeizuführen.⁷⁸

Für eine ergänzende Vertragsauslegung ist demnach nur Raum, wenn



Zur ergänzenden Vertragsauslegung, die in der Praxis eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt, existiert eine umfangreiche Rechtsprechung.

Der BGH hat stets daran festgehalten, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nur vorgenommen werden darf, wenn der Vertrag eine Lücke aufweist. Wenn in einem Vertrag eine Regelung fehlt, liegt nicht immer eine Lücke vor, die durch eine ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden kann.⁷⁹ Von einer Vertragslücke kann nur dann gesprochen werden, "wenn ein Vertrag innerhalb des tatsächlich gegebenen Rahmens oder innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen der Parteien eine ersichtliche Lücke aufweist".⁸⁰

Eine Lücke liegt nur vor, wenn die Unvollständigkeit einer vertraglichen Regelung auf einer Planwidrigkeit beruht. Haben die Parteien die Unvollständigkeit planmäßig herbeigeführt, so ist diese gewollte Lücke nicht auslegungsfähig. Das ist z.B. dann der Fall, wenn die Vertragschließenden die Regelungsbedürftigkeit einer Frage erkannt, von ihrer Beantwortung aber bewusst Abstand genommen haben. In einem solchen Fall liegt eine nach dem Prinzip der Privatautonomie zu respektierende Entscheidung der Parteien vor, nicht aber eine für die Vertragsergänzung zugängliche Lücke.⁸¹ Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Parteien im Zweifel dann, wenn sie bei Vertragsschluss keine vom Gesetz abweichende Regelung treffen, die Ausgestaltung des Vertrages durch die gesetzlichen Vorschriften wollen.⁸²

In Einzelfällen kann sich auch eine Anspruchsgrundlage im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass der Vertrag diesbezüglich eine Lücke aufweist und auch keine gesetzliche Anspruchsgrundlage existiert, aber ein hypothetischer Parteiwille erkennbar ist. Hätten die Parteien also die Lücke erkannt, hätten sie sie mit einer entsprechenden vertraglichen Anspruchsgrundlage geschlossen.

b) Der Wille der Parteien und die Grenzen der Vertragsauslegung

Die ergänzende Vertragsauslegung darf nur an den im Vertrag erkennbar zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragschließenden anknüpfen. Denn die Vertragsauslegung hat nur den Vertragsinhalt, nicht aber den Vertragswillen zu ergänzen.⁸³

⁷⁸ Vgl. BGHZ 23, 282, [285](#).

⁷⁹ Vgl. BGHZ 40, 91, [103](#).

⁸⁰ BGHZ 40, 91, [103](#); 16, 71, [76](#).

⁸¹ So BGB–RGRK/PIPER, § 157 Rn. 100; vgl. auch BGHZ 23, 282, [285](#).

⁸² So BGHZ 40, 91, [103](#).

⁸³ BGHZ 9, 273, [278](#).

Deshalb ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gegebenenfalls auch dasjenige zu ermitteln und zu berücksichtigen, "was die Parteien zwar nicht erklärt haben, was sie aber in Anbetracht des gesamten Vertragszwecks erklärt haben würden, wenn sie den offengebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen ebenfalls geregelt hätten und hierbei zugleich die Gebote von Treu und Glauben und der Verkehrssitte beachtet hätten".⁸⁴ Der Inhalt des Vertrages darf **nicht** im Widerspruch zu dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen erweitert oder eingeschränkt werden.⁸⁵ Nach Ansicht des BGH scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung jedenfalls dann aus, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung einer vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen, aber kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten.⁸⁶

Fall (in Anlehnung an RGZ 119, 353 ff.): V vermietet dem M in einem in seinem Eigentum stehenden Haus ein Ladenlokal, in dem M einen Buch- und Zeitungsladen einrichten will. Da sich in dem Haus noch andere Ladenlokale befinden, wird in den schriftlichen Vertrag eine Bestimmung aufgenommen, die die Überschrift "Wettbewerb" trägt. Darin verpflichtet sich V, kein weiteres Ladenlokal in dem Haus an jemanden zu vermieten, der einen Buch- und Zeitungshandel betreibt, und auch selbst dort nicht mit Büchern und Zeitungen zu handeln. Nach einiger Zeit errichtet V auf dem zu seinem Grundstück gehörenden Platz vor dem Haus einen Kiosk und vermietet diesen an den D, der darin Zeitungen, Zeitschriften und Taschenbücher veräußert. Hat V damit gegen den Vertrag verstoßen?

Lösung:

V hat gegen den Vertrag verstoßen, wenn es ihm aufgrund des im Vertrag mit M enthaltenen Wettbewerbsverbots untersagt war, den Kiosk an D zu vermieten. Der Vertrag enthält unter der Überschrift "Wettbewerb" eine Vereinbarung, in der sich V verpflichtet, kein weiteres Ladenlokal "in" dem Haus an jemanden zu vermieten, der einen Buch- und Zeitungshandel betreibt, und auch selbst dort nicht mit Büchern und Zeitungen zu handeln. Eine Wettbewerbsregelung, die sich ausdrücklich auf den Vorplatz des Hauses bezieht, fehlt. Eine Lösung muss im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefunden werden. Dies kann nur geschehen, wenn

- a) der Vertrag eine *Lücke* enthält, die durch ergänzende Vertragsauslegung ausgefüllt werden kann und
- b) für die Vertragsauslegung ein Anhaltspunkt im Wortlaut der Erklärung zu finden ist.

Es ist davon auszugehen, dass V und M das Problem des Wettbewerbsverbots untereinander abschließend regeln wollten. Aus Versehen haben sie den Vorplatz des Gebäudes nicht ausdrücklich in die Vereinbarungen mit aufgenommen. Es liegt also eine Lücke im Vertrag vor, die einer ergänzenden Auslegung Raum gibt. Da die Frage des Wettbewerbs im Verträge ausführlich geregelt ist, kann die Auslegung an den Wortlaut des Vertrages anknüpfen. Eine Auslegung der Wettbewerbsklausel ergibt, dass V dem M in räumlicher Nähe, also auf dem Grundstück, keine Konkurrenz machen darf.

⁸⁴ BGHZ 16, 71, [76](#).

⁸⁵ So BGHZ 23, 282, [285](#); vgl. auch BGB-RGRK/PIPER, § 157 Rn. 103.

⁸⁶ BGHZ 93, 358, [370 f.](#)

Da er dies dennoch getan hat, hat er gegen die im Verträge enthaltene Wettbewerbsklausel verstoßen.

(Die Konsequenzen daraus können sein – dies sei nur der Vollständigkeit halber angemerkt –:

- a) M kann von V Unterlassung verlangen.
- b) M kann u.U. von V Schadensersatz fordern.)

IV. Die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Ebenso wie Individualvereinbarungen sind auch Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß §§ 133, 157 auszulegen. Es kommt deshalb sowohl die einfache Auslegung, als auch die ergänzende Auslegung in Betracht. Allerdings ist bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu berücksichtigen, dass sie nicht für einen bestimmten Einzelfall aufgestellt werden, sondern für eine **unbestimmte Vielzahl von Einzelfällen** in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft die Vertragsgrundlage bilden. Für ihre Auslegung sind deshalb nicht der Wille und die Absicht der Parteien des Einzelgeschäfts zu erforschen.⁸⁷ Nach ständiger Rechtsprechung sind Allgemeine Geschäftsbedingungen vielmehr unabhängig von der Gestaltung des Einzelfalles sowie den Belangen der jeweiligen konkreten Vertragspartner nach **objektiven Gesichtspunkten** auszulegen. Es ist darauf abzustellen, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise verstanden werden („Durchschnittskunden“).⁸⁸

Dabei ist stets zu beachten, dass gemäß **§ 305 c Abs. 2** Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders gehen (Unklarheitenregel). Dies ist damit zu begründen, dass der Kunde – anders als beim Individualvertrag – keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der AGB hat. Es gilt deshalb das für ihn günstigste Auslegungsergebnis.

Wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen eine **Lücke** aufweisen, ist Raum für eine **ergänzende Vertragsauslegung**. Die ergänzende Vertragsauslegung geht der Anwendung der Grundsätze über die "Störung der Geschäftsgrundlage"⁸⁹ vor, weil die mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung ermöglichte Durchführung dessen, was die Vertragspartner gewollt haben, Vorrang haben muss vor einer bei Wegfall der Geschäftsgrundlage unter Umständen notwendigen Korrektur der vertraglichen Abreden, die unter anderem anhand einer Interessensabwägung vorgenommen wird.⁹⁰

Da nach **§ 306 Abs. 1** die Unwirksamkeit einzelner Klauseln grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führt, sondern dieser bestehen bleibt, entstehen Lücken, die gemäß § 306 Abs. 2 BGB mit Hilfe der **„gesetzlichen Vorschriften“** zu schließen sind.⁹¹

⁸⁷ BGHZ 17, 1, [3](#).

⁸⁸ BGHZ 77, 116, [118 f.](#); 62, 251, [254](#).

⁸⁹ § 313; vgl. hierzu das Modul 55103.

⁹⁰ So mit Recht BGHZ 90, 69, [74](#); vgl. auch BGHZ 81, 135, [143](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 313 Rn. 10.

⁹¹ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 306 Rn. 12.

Der BGH hat die Bestimmungen der **§§ 157, 133**, in denen die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grundlage hat, als "gesetzliche Vorschriften" i.S. des § 6 Abs. 2 AGBG a.F. (§ 306 Abs. 2 BGB n.F.) angesehen und es deswegen zugelassen, dass eine Lücke in einem Vertrag, der durch die Unwirksamkeit einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsteht, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden kann; Voraussetzung dafür soll allerdings sein, **dass konkrete gesetzliche Regelungen** zur Ausfüllung der Lücke **nicht zur Verfügung** stehen und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel nicht zu einer angemessenen, den typischen Interessen des Klausel-Verwenders und des Kunden Rechnung tragenden Lösung führt.⁹²

Im Gegensatz zu in Teilen der Literatur⁹³ vertretenen Auffassungen hat der BGH zu § 6 Abs. 2 AGBG die Meinung vertreten, der Wortlaut der Vorschrift biete keinen Anhaltspunkt dafür, den Begriff der "gesetzlichen Vorschrift" auf Normen mit sachlichem Regelungsgehalt zu beschränken und "methodische Vorschriften" auszugrenzen. Für die ergänzende Vertragsauslegung treffe es nicht zu, dass die Vorschriften der §§ 157, 133 nur ein "Hilfsinstrument" zur Ermittlung des Parteiwillens seien, der im Rahmen des § 6 Abs. 2 AGBG nicht zu ermitteln sei; denn die ergänzende Vertragsauslegung helfe nicht, den wirklichen Willen der Vertragsparteien zu erforschen, sie diene vielmehr dazu, "eine lückenhafte vertragliche Regelung am Maßstab des – objektiv zu ermittelnden – hypothetischen Parteiwillens zu schließen". Um eben diese Schließung einer durch Wegfall einer unwirksamen Vertragsklausel entstandenen Lücke gehe es nach Ansicht des BGH auch in § 6 Abs. 2 AGBG. Für die Einbeziehung der §§ 157, 133 in den Bereich der "gesetzlichen Vorschriften" i.S. des § 6 Abs. 2 AGBG a.F. beruft der BGH sich auch auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift.⁹⁴

Dieser Streit hat sich mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht die vom BGH entwickelten Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung zur Schließung von Lücken in Verträgen nicht beanstandet, nunmehr erübrigt.⁹⁵

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung ist bei der ergänzenden Auslegung von lückenhaften Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Anwendung des in § 157 vorgegebenen Auslegungsmaßstabes – Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – danach zu fragen, wie die Parteien den Vertrag gestaltet hätten, wenn ihnen die nicht bedachte Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel bewusst gewesen wäre. Der tatsächliche Wille der Parteien kann dabei, soweit er feststellbar ist, nicht außer Betracht bleiben. Denn das, was dem tatsächlichen Willen der Vertrags-

⁹² BGHZ 90, 69, [75 f.](#); zu dieser Entscheidung siehe BUNTE, NJW 1984, 1145, [1145 ff.](#)

⁹³ Vgl. LöWE, 2. Anm. zu OLG Düsseldorf, BB 1983, 2012, [2014 f.](#); TRINKNER, Anm. zu BAG, BB 1983, 1873, [1875 f.](#)

⁹⁴ BGH NJW 1984, 1177, [1178](#) mit Nachw.

⁹⁵ BVerfG NJW 2011, [1339](#).

parteien widerspricht, kann und darf nicht als Inhalt ihres hypothetischen Willens gelten⁹⁶. Allerdings kann die Vertragsergänzung auf diesem Wege nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung einer Partei und damit zu einem Verstoß gegen § 307 BGB (§ 9 AGBG a.F.) führen.⁹⁷

Führt die Auslegung der AGB zum Ergebnis, dass sie einer daneben wirksam getroffenen Individualvereinbarung § 305b widersprechen, dann gilt die Letztere. Dieser Vorrang kann auch nicht dadurch verhindert werden, dass (wie üblich) sog. Schriftformklausel eingebaut werden, wonach „Änderungen“ bzw. „Ergänzungen“ zwingend schriftlich festgehalten werden müssen.

- „Jegliche Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrags sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden.“ (**Einfache Schriftformklausel**)
- „Jegliche Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages sind nur wirksam, wenn sie schriftlich vereinbart werden. Dies gilt auch für eine Änderung dieser Schriftformklausel.“ (**Doppelte/ qualifizierte Schriftformklausel**)

Daher kann selbst eine doppelte Schriftformklausel durch eine mündliche Individualvereinbarung abbedungen werden.⁹⁸

Fall: K bestellt im November 2022 bei der Automobilherstellerin V einen PKW. Als Preis für die Grundausrüstung ist in dem Bestellformular "Listenpreis... zur Zeit € 32.650,—" angegeben. Die Auslieferung des PKW ist für November 2023 vorgesehen. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der V, die auf der Rückseite des Bestellformulars abgedruckt sind, heißt es unter Nr. 2:

"Preisänderungen sind nur zulässig, wenn zwischen Vertragsabschluss und vereinbartem Liefertermin mehr als 4 Monate liegen. Dann gilt der am Tag der Lieferung gültige Listenpreis der Verkäuferin."

Nach der Bestätigung der Bestellung noch im November 2022 liefert V den PKW – wie vorgesehen – im November 2023 aus und stellt den gültigen Listenpreis von € 34.150,— in Rechnung. Ist K verpflichtet, den höheren Listenpreis zu zahlen?

Aufgabe 2:

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am Ende dieser Kurseinheit!

⁹⁶ So BGHZ 90, 69, [77](#).

⁹⁷ BGH NJW 1985, 621, [622 f.](#)

⁹⁸ BGHZ 164, 133, [136 f.](#); MünchKomm/FORNASIER, § 305b BGB Rn. [13](#).

Lösungen zu den Selbsttestaufgaben

Lösung zu Aufgabe 1:

Ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB über 100 Stahlgürtelreifen ist zustande gekommen, wenn T ein Kaufvertragsangebot unterbreitet hat, das von R angenommen worden ist.

Die schriftliche Bestellung der T enthält die regelungsbedürftigen Punkte (Kaufgegenstand, Kaufpreis) des abzuschließenden Kaufvertrages. Sie ist inhaltlich so bestimmt gefasst, dass R den Kaufvertrag durch ein einfaches "Ja" zustande kommen lassen könnte. Durch die konkrete Bestellung bei Reifenhändler R äußert T zudem einen auf Vertragsschluss gerichteten Rechtsbindungswillen. Die Bestellung der T bei R ist daher als wirksames Angebot zu qualifizieren.

Fraglich ist, ob R dieses Angebot angenommen hat. Eine Annahme ist eine einseitige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein vorbehaltloses Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt. Das vorliegende Schreiben des R an T bestätigt einerseits den Zugang des Angebots des T und lässt andererseits das sofortige Versenden der von T bestellten Reifen verlauten. Fraglich ist nun, ob dieses Schreiben tatsächlich das Erfordernis der inhaltlichen Übereinstimmung mit dem Angebot erfüllt.

Nach der **reinen Willenstheorie** (vgl. oben S. 26 f.) wird allein das zum verbindlichen Inhalt der Erklärung, was der Erklärende damit bezwecken wollte. Hier wollte der R ein Kaufvertragsangebot über 100 Stahlgürtelreifen der *Marke Y* annehmen, obwohl das Angebot der T auf Reifen der Marke X Bezug nahm. Angebot und Annahme fallen inhaltlich auseinander, so dass die Vertreter der reinen Willenstheorie zu dem Ergebnis gelangen, dass ein Kaufvertrag über Reifen der Marke X nicht zustande gekommen ist.

Stellt man jedoch mit der **reinen Empfängertheorie** (vgl. oben S. 26 f.) darauf ab, wie T die Erklärung des R verstanden hat, ist zu berücksichtigen, dass T den Irrtum (Autoreifen der Marke X oder Y) des Reifengroßhändlers nicht erkannt hat. Aus seiner Sicht nehmen Angebot und Annahme Bezug aufeinander und stimmen inhaltlich überein. Hiernach wäre ein Kaufvertrag über Stahlgürtelreifen der Marke X zustande gekommen.

Bei der Auslegung der Erklärung des R ist aber weder ausschließlich der Schutz des Erklärenden noch der des Erklärungsempfängers in den Vordergrund zu stellen. Maßgeblich ist vielmehr, "wie der Empfänger der empfangsbedürftigen Willenserklärung diese bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu verstehen hatte".⁹⁹ Im vorliegenden Fall hatte T Reifen der Marke X bestellt. Er durfte deswegen davon ausgehen, dass sich die Erklärung des R "...und werde die von Ihnen bestellten Reifen umgehend an Sie absenden" auf Reifen der Marke X bezog. Gegenteiliges hätte R zum Ausdruck bringen müssen. Hinweise dafür sind jedoch **bei objektiver Würdigung** aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben nicht ersichtlich.

⁹⁹ Vgl. BGH NJW 1984, [721](#).

Die Erklärung des R ist daher bei objektiver Würdigung aller Umstände und mit Rücksicht auf Treu und Glauben aus der Sicht der T als Annahmeerklärung zu verstehen. Es ist somit ein wirksamer Kaufvertrag über 100 Stahlgürtelreifen der Marke X zustande gekommen.

Lösung zu Aufgabe 2:

Ein Anspruch der V gegen K auf Zahlung des derzeit gültigen Kaufpreises in Höhe von **€ 34.150,—** könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben. Dann müsste zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen sein. Durch die Bestätigung des Auftrages hat V die Bestellung (Angebot) des K angenommen. Fraglich ist aber, ob eine wirksame Kaufpreisabrede getroffen worden ist.

Die vereinbarte Kaufpreisabrede, eine sog. **Tagespreisklausel**, könnte gegen § 307 BGB verstoßen. Formularmäßige Preisänderungsvorbehalte als Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB sind dann nicht mehr angemessen und mit § 307 BGB unvereinbar, wenn sie es dem Verwender ermöglichen, über die Abwälzung der Kostensteigerungen hinaus den vereinbarten Kaufpreis ohne jede Begrenzung einseitig anzuheben. Zwar hat der Kraftfahrzeughandel angesichts der langen Lieferfristen ein berechtigtes Interesse daran, zwischenzeitliche Kostensteigerungen auf den Käufer abzuwälzen. Andererseits ermöglicht der allgemein gehaltene Wortlaut der Klausel jede beliebige Preiserhöhung, auch soweit sie durch einen zwischenzeitlichen Kostenanstieg nicht gedeckt ist. So wäre es der Verkäuferin unbenommen, neben der Kostensteigerung einen höheren Gewinn in den Preis einzubeziehen. Die Berechtigung der Verkäuferin, aufgrund der uneingeschränkten Fassung der Tagespreisklausel den vereinbarten Kaufpreis ohne jede Begrenzung und Nachvollziehbarkeit für den Käufer einseitig anheben zu können, ist mit dem **Äquivalenzprinzip** – als der Vorstellung beider Parteien von der Gleichwertigkeit der von ihnen zu erbringenden Leistungen – nicht vereinbar. Die Klausel stellt somit eine den Geboten von Treu und Glauben widersprechende **unangemessene Benachteiligung** des Vertragspartners des Verwenders dar und ist deswegen nach **§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam**.¹⁰⁰

Gemäß § 306 Abs. 1 BGB führt die Unwirksamkeit dieser Klausel aber nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Kaufvertrages. Vielmehr richtet sich der Inhalt der Preisvereinbarung gemäß **§ 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften**. Dispositive gesetzliche Bestimmungen, die die Tagespreisklausel ersetzen könnten, kommen nicht in Betracht. Die entstandene Regelungslücke könnte jedoch im Wege **ergänzender Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157** geschlossen werden, sofern die §§ 133, 157 BGB als "gesetzliche Vorschriften" gem. § 306 Abs. 2 BGB eingestuft werden können. Als Grundlage ergänzender Vertragsauslegung sind die Bestimmungen der §§ 133, 157 "gesetzliche Vorschriften" im Sinne des § 306 Abs. 2 (str., vgl. [§ 9 IV](#)), so dass eine Regelung der Preisgestaltung im Wege ergänzender Vertragsauslegung erfolgen kann. Es fragt sich daher, welche Preisabrede die Parteien bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Tagespreisklausel bewusst gewesen wäre. Dass als Preisvereinbarung nicht der Listenpreis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses angesehen werden kann, ergibt sich bereits aus dem übereinstimmenden Parteiwillen: Beide Parteien waren sich bewusst, dass der Preis bei

¹⁰⁰ Vgl. BGHZ 82, 21, [24 ff.](#) zu § 9 AGBG a.F.

Auslieferung des Fahrzeugs von demjenigen bei der Bestellung wahrscheinlich abweichen würde, und hatten in ihren Willen aufgenommen, dass der Käufer und nicht die Verkäuferin Preissteigerungen zu tragen haben werde, die etwa auf Erhöhungen der Lohn- und Materialkosten oder auf technische Verbesserungen des ausgelieferten Modells zurückgehen. Deswegen erscheint es angemessen, wenn der Käufer grundsätzlich den bei Auslieferung des Fahrzeugs gültigen Listenpreis zu zahlen hat. Andererseits muss dem Käufer ein Recht zum Rücktritt eingeräumt werden, wenn die Preiserhöhung für das Fahrzeug den Anstieg der allgemeinen Lebenshaltungskosten in der Zeit zwischen Bestellung und Auslieferung nicht unerheblich übersteigt.¹⁰¹ Eine solche Regelung berücksichtigt gleichermaßen die Interessen beider Vertragspartner. Sie stellt in Ausrichtung auf den hypothetischen Parteiwillen und den Maßstab von Treu und Glauben eine lückenausfüllende angemessene Ersatzregelung dar. Da diese – im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB gewonnene – Regelung **gemäß § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der unwirksamen Tagespreisklausel** tritt, hat V nach § 433 Abs. 2 BGB gegen K einen Anspruch auf Zahlung des gültigen Listenpreises von € 34.150,—. Die Voraussetzungen der Ausübung des Rücktrittsrechts sind vorliegend nicht erfüllt.

Wichtige Entscheidungen:

BGH VI ZR [114/65](#)

BGHZ 93, 358, [370 f.](#)

BGH VIII ZR [289/19](#)

¹⁰¹ Vgl. BGH NJW 1984, 1177, [1179](#).

Diese Seite bleibt aus technischen Gründen frei!

2001624
(04/25)

55101-04-S#1



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 FernUniversität in Hagen
Rechtswissenschaftliche Fakultät