

# AGB-Recht

Kommentar

von

Prof. Dr. Manfred Wolf, Prof. (em.) Dr. Walter F. Lindacher, Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Prof. Dr. Jens Dammann,  
Prof. Dr. Wolfgang Hau, Rüdiger Pamp, Prof. Dr. Peter Reiff, Prof. Dr. Hubert Schmidt, Prof. Dr. Markus Stoffels

6. Auflage

[AGB-Recht – Wolf / Lindacher / Pfeiffer / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Allgemeine Geschäftsbedingungen](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64776 5

müsste, wenn das Personal wegen des typischerweise massenhaften Vertragsabschlusses, wie z. B. bei Veranstaltungen mit großem Publikum, überfordert wäre oder wenn der Beweis eines in jedem Einzelfall zu gebenden ausdrücklichen Hinweises im Verhältnis zum geringen vertraglichen Entgelt oder sonst einen zu hohen Aufwand erfordern würde.

Die **Ausnahme kommt** deshalb hauptsächlich **zur Anwendung** für Massengeschäfte **81** des täglichen Lebens ohne besonderen wirtschaftlichen Wert im Einzelfall,<sup>499</sup> so z. B. für Beförderungsverträge, soweit § 305 II, III BGB nicht bereits durch § 305a Nr. 2a BGB ausgeschlossen sind, für Bewachungsverträge des täglichen Lebens, für Parkplatz- und Parkhausbenutzung, für Autowaschanlagen,<sup>500</sup> für automatische Schließfächer<sup>501</sup> und für Kleiderablage,<sup>502</sup> aber auch für den Eintritt in Theater, Museen, Schwimmbäder und sonstige Veranstaltungen, insbesondere Sportveranstaltungen. Auch auf Lotto- oder Totoscheinen kann ein Abdruck der AGB wegen ihres Umfangs nicht erwartet werden, weshalb ein Hinweis auf der Rückseite des Lotto- oder Totoscheins auf einen Aushang genügt,<sup>503</sup> da wegen der Besonderheiten des Wertscheins Hinweise auf der Vorderseite nicht erwartet werden können (s. Rn. 73). Der gedruckte Hinweis auf den Eintrittskarten ist kein ausreichender Hinweis (s. Rn. 77). In Kaufhäusern und Selbstbedienungsläden kommt die Ausnahme in Betracht bei Geschäften mit geringem Entgelt oder bei Vertragsschluss ohne Personal, z. B. Bestellung von Fotoarbeiten durch Einwurf in Sammelbehälter. Die Zulässigkeit des Aushangs ist jedoch nicht auf die geringwertigen Massengeschäfte begrenzt, sondern kann in anderen Fällen wegen unverhältnismäßiger Schwierigkeiten zulässig sein, so z. B. für Versteigerungsbedingungen, weil es der Versteigerungsablauf mit rasch aufeinanderfolgenden Geboten nicht zulässt, jeweils darauf hinzuweisen und ein Verlesen zu Versteigerungsbeginn nachträglich erscheinenden Bietern nichts nutzt.<sup>504</sup> Die Ausnahme gilt jedoch grundsätzlich nicht für die Annahme in der chemischen Reinigung.

**bb) Deutlich sichtbar.** Ein deutlich sichtbarer Aushang ist gegeben, wenn die Existenz **82** der AGB den Kunden ohne weiteres auffallen muss. Dazu muss der Aushang eine auffällige Schriftgröße und eine auffällige Platzierung am Ort des Vertragsschlusses aufweisen, so dass er schon bei Vertragsabschluss und nicht erst danach gesehen werden kann. Der Ort des Vertragsabschlusses ist dort, wo der Kunde oder sein Vertreter<sup>505</sup> seine bindende Vertragsentscheidung treffen und erklären muss. Ein deutlich sichtbarer Aushang lässt sich etwa durch deutlichen Hinweis am Eingangsschalter, an der Stelle der Automatenbedienung, am Ort des Einwurfs von Bestellungen oder bei Parkplätzen an der Einfahrt erreichen. Nicht ausreichend ist z. B. ein Aushang an Kassen und Schaltern, die üblicherweise erst nach Vertragsabschluss aufgesucht werden. Werden ausgehängte AGB geändert, so muss insbesondere gegenüber Stammkunden speziell auf die Änderung in besonderer Weise hingewiesen werden, da deren Einverständnis sich sonst nur auf die ungeänderten AGB bezieht.<sup>506</sup> Der Aushang tritt an die Stelle des ausdrücklichen Hinweises. Er muss deshalb wie dieser grundsätzlich nur den Hinweis auf die AGB und nicht die AGB selbst enthalten.<sup>507</sup> Wegen der Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme bei Vertragsschluss wird in der Regel aber auch der Aushang der AGB selbst erforderlich sein. Mit einem solchen Aushang wird, soweit es die äußere Erkennbarkeit betrifft, grundsätzlich zugleich auch die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft.<sup>508</sup>

<sup>499</sup> BT-Drs. 7/3919, 18.

<sup>500</sup> So auch LG Essen NJW-RR 1987, 949; *Padeck* VersR 1989, 541 (550 f.); s. auch Rn. 76.

<sup>501</sup> LG Essen VersR 1995, 1198.

<sup>502</sup> So BT-Drs. 7/3919, 18.

<sup>503</sup> S. OLG Celle NJW-RR 1986, 833.

<sup>504</sup> BGH NJW 1985, 850; s. auch BGH ZIP 1985, 550.

<sup>505</sup> BGH NJW 1985, 850.

<sup>506</sup> OLG Hamm BB 1981, 148; Palandt/*Grüneberg* Rn. 47.

<sup>507</sup> So nun auch Staudinger/*Schlosser* § 305 Rn. 131.

<sup>508</sup> BGH NJW 1985, 850.

- 83 e) **Verzicht, Rechtsfolgen.** Zum Verzicht s. Rn. 110. Zu den Rechtsfolgen bei Fehlen der Voraussetzungen s. Rn. 98ff. Zum Schadensersatz bei Verletzung von Hinweispflichten s. Rn. 99, 155.

### 3. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme

- 84 Die Möglichkeit zur zumutbaren Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB (Abs. 2 Nr. 2) ist neben dem ausdrücklichen Hinweis bzw. neben dem Aushang zusätzliche Voraussetzung einer wirksamen Einbeziehung. Abs. 2 Nr. 2 verlangt damit die Wahrung des Transparenzgebots schon bei der Einbeziehung.<sup>509</sup> Dieses Merkmal bezieht sich auf den **Inhalt** der AGB und der einzelnen Klauseln, nicht nur auf deren Existenz an sich. Gleichgültig ist, ob die AGB tatsächlich gelesen werden und ob dies üblich ist. In jedem Fall muss die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme bestehen.<sup>510</sup> Die Voraussetzungen zumutbarer Kenntnis sind durch Auslegung des Gesetzes zu bestimmen. Eine Klausel, die die Voraussetzungen in Abweichung von § 305 II, III BGB bestimmt, ist nach § 134 BGB und nach § 307 BGB unwirksam.<sup>511</sup> Ein Gebot der Klarheit und Verständlichkeit sieht auch Art. 5 RL vor, ohne dieses Gebot ausdrücklich der Einbeziehung oder der Inhaltskontrolle zuzuordnen. Eine Sonderregelung gilt nach § 3 IV FernUSG, wonach dem Fernunterrichtsteilnehmer eine deutlich lesbare Abschrift des Vertrags auszuhändigen ist. Wegen ihrer Bedeutung für die Klauseltransparenz ist die Kenntnisnahmemöglichkeit selbst bei Vorliegen einer ausdrücklichen Einbeziehungsvereinbarung nicht überflüssig und die Berufung auf ihr Fehlen, selbst wenn die Parteien von einer wirksamen Einbeziehung ausgingen, grundsätzlich nicht treuwidrig.<sup>512</sup> Der Vertragspartner kann aber auf die Kenntnisnahme verzichten (Rn.110). Außerdem kann Treuwidrigkeit anzunehmen sein, wenn sich eine Partei nachträglich unter Berufung auf die fehlende AGB-Einbeziehung in Widerspruch zu einer bestimmten einvernehmlichen Vertragsdurchführung setzt (vgl. noch Rn. 87 zur nachträglichen Einbeziehung).
- 85 a) **Zumutbare Kenntnisnahme.** Was zur zumutbaren Kenntnisnahme gehört, richtet sich nach den Umständen bei Vertragsabschluss und nach den Bedürfnissen der beteiligten Kundenkreise bzw. deren jeweiligen Vertreter (s. Rn. 64). Erforderlich ist zunächst **die Verfügbarkeit** der AGB für den Kunden bei und grundsätzlich auch nach Vertragsabschluss, sei es, dass sie zugesandt oder vorgelegt werden, z.B. in einem Prospekt,<sup>513</sup> sei es, dass sie ausgehändigt oder vorgelesen werden, z.B. durch den Notar (s. Rn. 74), sei es, dass sie aushängen oder sonst dem Kunden sichtbar gemacht werden. Bei Emissionsbedingungen von **Kapitalmarktpapieren** muss statt der tatsächlichen Aushändigung genügen, dass der Anleger die Bedingungen als Erstzeichner aus dem Verkaufsprospekt ersehen kann und diesen auf Verlangen ausgehändigt bekommt, zumal ihm oft nicht bekannt und auch gleichgültig sein wird, ob er Erstzeichner oder späterer Erwerber ist; § 305 II BGB ist nicht anwendbar.<sup>514</sup> Im Übrigen soll für Schuldverschreibungen die Urkunde Publizität herstellen<sup>515</sup> bzw. es muss bei mangelnder Publizität im stückelosen Effektenverkehr eine strengere Inhaltskontrolle stattfinden.<sup>516</sup> Die Art und Weise der Verfügbarkeit gilt **unabhängig von der Form**, ob der Vertrag mündlich, schriftlich oder auf dem Wege der Telekommunikation

<sup>509</sup> *Heinrichs*, FS *Trinkner*, 1995, 157 (159); s. auch § 307 Rn. 239, 253.

<sup>510</sup> BGH NJW 1990, 715 (716).

<sup>511</sup> LG Stuttgart AGBE I § 9 Nr. 25; s. auch *Hensen* ZIP 1984, 145 (146); ferner Rn. 110.

<sup>512</sup> A. A. hinsichtlich der VOB/B LG Berlin BauR 2004, 1781 mit krit. Anm. *Henkel*; s. ferner *ders.* ZGS 2003, 418.

<sup>513</sup> BGH NJW 1986, 1748 (1749).

<sup>514</sup> BGHZ 163, 311 = BGH ZIP 2005, 1410; *Wolf* FS *Zöllner*, 651; s. aber *Grundmann* in: *BankRHdb.* § 122 Rn. 115, der die Einbeziehungsvoraussetzungen für Unternehmer generell anwenden will.

<sup>515</sup> S. § 796 BGB.

<sup>516</sup> *Wolf*, FS *Zöllner*, 1998, 651.

tion geschlossen wird. Die Vorlage oder der Aushang reichen jedoch nur, wenn sie unmittelbar am Ort des Vertragsschlusses erfolgen. Zur Verfügbarkeit gehört auch, dass man auf einzelne Klauseln im Text ohne Schwierigkeiten zugreifen und sie vergleichen kann. Dies ist bei AGB im **Videotext** oder im **Internet** im Regelfall nur bei kurzen Texten mühelos gewährleistet, nicht aber bei längeren Texten, bei denen der Bildschirm nur einen kleinen Ausschnitt bietet und das Aufsuchen anderer Textpassagen mühsam macht.<sup>517</sup> Der Abdruck auf dem Bildschirm bei Bestellung mit Bildschirmtext oder im Internet ist darüber hinaus zwar bei Vertragsabschluss verfügbar,<sup>518</sup> ist aber nach Vertragsschluss nicht mehr ohne weiteres greifbar, insbesondere kann der Verwender die AGB jederzeit nachträglich ändern, was der Kunde nicht verhindern kann. Die AGB sind ihm dann nach Vertragsabschluss nicht mehr verfügbar. AGB werden über den Videotext deshalb grundsätzlich nicht wirksam einbezogen.<sup>519</sup> Im Internet ist dagegen die Einbeziehung möglich, wenn der Kunde die AGB ohne Mühe und Kosten bei sich speichern oder ausdrucken kann.<sup>520</sup> Die Verfügbarkeit muss auch für die VOB/B sichergestellt werden. Der bloße Hinweis auf die VOB/B genügt dann nicht;<sup>521</sup> auch wenn beide Parteien eines Baumängelprozesses übereinstimmend von der Geltung der VOB/B ausgehen, hat der Richter, wenn in den Vertragsunterlagen nur die Aushändigung eines Vertragsoriginals sowie der Bau- und Leistungsbeschreibung erwähnt ist, die sich auf eine VOB-Klausel berufende Partei aufzufordern, die notwendigen Tatsachen für die wirksame Einbeziehung der VOB/B vorzutragen.<sup>522</sup> Anders ist es nur, wenn der Vertragspartner im Baubereich tätig oder bewandert ist.<sup>523</sup> Dieselben Grundsätze gelten auch, wenn in AGB auf **andere AGB**, sei es zwischen denselben oder mit anderen Vertragsparteien Bezug genommen wird, so dass der Verwender dem Vertragspartner die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme von diesen anderen AGB verschaffen muss.<sup>524</sup> Das ist nicht gegeben, wenn in den AGB auf andere Klauseln hingewiesen wird, die nicht ihrerseits bei Vertragsabschluss verfügbar sind. Deshalb muss z. B. der Leasinggeber, wenn er im Zusammenhang mit der Abtretung seiner kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer<sup>525</sup> diesem gegenüber die im Verhältnis zum Lieferanten vereinbarten AGB zur Geltung bringen will, diese AGB, seien es Lieferbedingungen oder Einkaufsbedingungen, dem Leasingnehmer zur Verfügung stellen.<sup>526</sup> Eine Ausnahme gilt jedoch, wenn der Verwender **mit Sicherheit** erwarten kann, dass der Vertragspartner die maßgeblichen AGB **kennt**. Hiervon ist auszugehen, wenn sich ein Vertragsmuster in einer Branche allgemein durchgesetzt hat und niemand in dieser Branche ohne Kenntnis dieser Bedingungen tätig sein kann.<sup>527</sup> Dies trifft z. B. für einen Bauunternehmer hinsichtlich der VOB/B zu; für ihn reicht daher ein Hinweis, ohne dass eine weitere Kenntnisnahmemöglichkeit verschafft werden müsste.<sup>528</sup> Anders liegt es seit der Freigabe der Versicherungsbedingungen 1995 etwa für die Allgemeinen Kaskobedingungen (AKB).<sup>529</sup> Ausreichend ist grundsätzlich auch ein Hinweis auf allgemein zugängliche **Rechtsnormen**, z. B. auf die BerechnungsVO in einem Mietvertrag.<sup>530</sup> Beim **Vertrag mit Ehegatten** in einer Urkunde reicht Aushändigung an einen. Das deutlich sichtbare Angebot, die AGB **auf Anforde-**

<sup>517</sup> S. auch LG Freiburg NJW-RR 1992, 1018.

<sup>518</sup> Als ausreichend sehen dies an LG Bielefeld NJW-RR 1992, 955; *Brinkmann* BB 1981, 1183 (1189); *Lachmann* NJW 1984, 405 (408).

<sup>519</sup> S. auch *Bultmann/Rahn* NJW 1988, 2432 (2434f.); zum Umfang s. auch noch Rn. 90.

<sup>520</sup> S. *Mehring* BB 1998, 2373 (2378); s. auch Rn. 90.

<sup>521</sup> BGH NJW 1990, 715.

<sup>522</sup> BGH NJW 1994, 2547.

<sup>523</sup> BGHZ 86, 135 (138) = NJW 1983, 816.

<sup>524</sup> BGH WM 2005, 661 (664).

<sup>525</sup> S. Anh. § 310 Rn. L 105 ff.

<sup>526</sup> S. *Graf von Westphalen* BB 1990, 1, 2.

<sup>527</sup> BGHZ 162, 39 = ZIP 2005, 623.

<sup>528</sup> BGH NJW 1983, 816; a. A. *Bunte* BB 1983, 732.

<sup>529</sup> BGHZ 162, 39 = ZIP 2005, 623.

<sup>530</sup> BayObLG NJW 1984, 1761; OLG Hamm NJW-RR 1998, 1090.

**rung jederzeit auszuhändigen,** reicht ebenfalls, wenn dem Kunden nicht zusätzlicher Schriftverkehr oder zusätzliche Wege zugemutet werden, die AGB tatsächlich jederzeit verfügbar sind und dem Kunden das Anfordern bei den Vertragsverhandlungen zugemutet werden kann. Für Reise-AGB beim Buchen einer Reise trifft dies nicht ohne weiteres zu,<sup>531</sup> ebenso wenig für die VOB bei Verwendung gegenüber einer nicht im Baugewerbe tätigen Person<sup>532</sup>. Eine **Aushändigungsklausel,** wonach der Kunde die Aushändigung an ihn bestätigt, ist nach § 309 Nr. 12 lit. b unwirksam.<sup>533</sup> Nicht ausreichend ist, wenn die AGB erst mit dem Lieferschein ausgehändigt werden.<sup>534</sup> Eine Klausel „Wir liefern zu unseren jederzeit einsehbaren Geschäftsbedingungen“ will die freie Verfügbarkeit einschränken und ist deshalb nach § 134 BGB wie nach § 307 BGB unwirksam.<sup>535</sup> Die AGB werden nur **in dem Umfang Vertragsinhalt, in welchem sie verfügbar** sind. Werden AGB nur auszugsweise zur Kenntnis gebracht, so werden nur diese Auszüge, nicht dagegen die Gesamt-AGB Vertragsinhalt;<sup>536</sup> dies gilt grundsätzlich auch, wenn darauf hingewiesen wird, dass die Gesamtbedingungen zur Verfügung stehen.<sup>537</sup> Es gilt ebenso für die VOB gegenüber einem privaten Bauherrn. Der bloße Hinweis auf ihre Geltung ohne Zurverfügungstellung macht sie auch in einem notariellen Vertrag nicht zum Vertragsinhalt.<sup>538</sup> Die VOB wird auch dann nicht Vertragsinhalt, wenn der Bauherr nur über die ihn belastenden, nicht aber über die ihn begünstigenden Klauseln informiert wird,<sup>539</sup> weil er dann u.U. die ihm zustehenden Rechte nicht wahrnehmen kann. Eine Ausnahme gilt für die VOB/B aber, wenn der Vertragspartner im Baugewerbe tätig oder bewandert ist.<sup>540</sup> Werden falsche AGB zur Verfügung gestellt, die nicht dem gewollten Vertrag angepasst sind,<sup>541</sup> so werden sie nur Vertragsinhalt, wenn klar ist, welche Partei aus ihnen berechtigt und verpflichtet ist.

- 86 aa) Freie Verfügbarkeit bei und nach Vertragsschluss.** Die Verfügbarkeit muss für den Kunden frei sein und darf z.B. nicht von einem Entgelt oder einem sonstigem Aufwand abhängig gemacht sein. Deshalb reicht es nicht, wenn der Verwender den Kunden auf die Möglichkeit des Erwerbs der AGB, z.B. der VOB oder des Mietvertrags, im Fachhandel verweist. Ebenso ist es nicht ausreichend, wenn der Verwender in seinen AGB vorsieht, ein weiteres maßgebendes Regelwerk werde dem Kunden „auf Wunsch“ kostenlos zur Verfügung gestellt,<sup>542</sup> weil damit die tatsächliche freie Verfügbarkeit nicht gegeben ist, sondern der Kunde sich gerade im Streitfall erst an den Verwender wenden und die damit verbundene Sperre überwinden muss. Die Verfügbarkeit ist für den Kunden ferner nicht gegeben, wenn er von den AGB nur im Geschäftslokal Kenntnis nehmen kann, obwohl der Vertragsabschluss nicht im Geschäftslokal stattfindet.<sup>543</sup> Von der Ausnahme des Aushangs (R.n. 79ff.) abgesehen, reicht die Möglichkeit zur Einsichtnahme im Geschäftslokal aber auch regelmäßig dann nicht, wenn der Vertragsabschluss im Geschäftslokal erfolgt, da dem Kunden bei Entstehung von Streitigkeiten nicht jeweils das Aufsuchen des Geschäftslokals zugemutet werden kann. Die AGB müssen deshalb, wo ein Aushang nicht reicht, grundsätzlich ausgehändigt oder es muss eine sonst geeignete zumutbare Informationsmöglichkeit geschaffen werden. Dies gilt z.B. auch für die VOB gegenüber privaten

<sup>531</sup> S. LG Frankfurt NJW 1984, 1626.

<sup>532</sup> OLG München NJW-RR 1992, 349.

<sup>533</sup> BGH NJW 1988, 2106.

<sup>534</sup> OLG Düsseldorf BB 1983, 84.

<sup>535</sup> LG Stuttgart AGBE I § 9 Nr. 25.

<sup>536</sup> BGH NJW-RR 1990, 958; OLG Frankfurt NJW 1989, 1095; LG Braunschweig NJW-RR 1986, 144 (145); s. auch Rn. 70.

<sup>537</sup> LG Frankfurt NJW-RR 1987, 745 (746).

<sup>538</sup> BGH NJW-RR 1992, 913.

<sup>539</sup> BGH NJW-RR 1991, 727.

<sup>540</sup> BGHZ 86, 135 (138) = NJW 1983, 816.

<sup>541</sup> S. OLG Frankfurt NJW 1989, 1095.

<sup>542</sup> BGH NJW-RR 1999, 1246.

<sup>543</sup> OLG Saarbrücken NJW-RR 2001, 26.

Bauherrn,<sup>544</sup> sofern sie nicht durch einen bevollmächtigten Architekten vertreten sind.<sup>545</sup> Der Aushändigung bedarf es nicht bei Einschaltung eines bevollmächtigten Architekten, ebenso wenig gegenüber Bauhandwerkern, auch wenn sie nicht Unternehmer sind.<sup>546</sup> Bei Massengeschäften müssen ausreichend Exemplare der AGB für jeden Kunden vorhanden sein.

Erforderlich ist die Verfügbarkeit **bei Vertragsabschluss** (s. auch Rn. 97) und grundsätzlich **auch nach Vertragsabschluss** (s. Rn. 85). Nicht ausreichend ist grundsätzlich, dass dieselben AGB bei einem früheren Vertragsabschluss verfügbar waren, z. B. ausgehändigt oder vorgelegt wurden, soweit nicht eine Rahmenvereinbarung nach Abs. 3 vorliegt oder die AGB ohne weiteres bekannt sein müssen (s. auch Rn. 102). Ebenso wenig reicht die Verfügbarkeit erst nach Vertragsabschluss.<sup>547</sup> Dies führt zu Schwierigkeiten vor allem bei nicht § 305a Nr. 2 lit. b unterfallenden, telefonisch geschlossenen Verträgen, wenn die AGB nicht schon zuvor den Kunden, z. B. in Prospekten oder Katalogen, zugegangen sind oder wenn sie wegen ihres Umfangs nicht fernmündlich mitgeteilt werden können. Mangelnde Verfügbarkeit nach Vertragsabschluss behindert auch die Einbeziehung beim Videotext (s. Rn. 85). Der Kunde kann jedoch durch eine ausgehandelte Individualvereinbarung auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme verzichten (s. auch Rn. 110). Ein solcher Verzicht muss zweifelsfrei und eindeutig erklärt werden.<sup>548</sup> Der Kunde kann seinen Verzicht auch von der sofortigen Zusendung der AGB nach Vertragsabschluss abhängig machen, wie er etwa nach § 6 III BGB InfoVO gesetzlich zwingend vorgesehen ist. Spricht er sich gegen einen Verzicht aus, so liegt es am Verwender, ob er den Vertrag ohne AGB oder erst nach deren Übersendung abschließt.<sup>549</sup> Möglich ist auch die Einbeziehung durch nachträglichen Änderungsvertrag;<sup>550</sup> es kommt dann auf die Verfügbarkeit bei Abschluss des Änderungsvertrags an, die z. B. gegeben ist, wenn der andere Vertragsteil den schriftlichen Änderungsvertrag mit den AGB unterzeichnet<sup>551</sup> oder wenn die Vertragsleistung nach zumutbarer Möglichkeit der Kenntnisnahme noch in Anspruch genommen wird.<sup>552</sup> An das Einverständnis des Kunden mit der nachträglichen Einbeziehung müssen jedoch strenge Anforderungen gestellt werden. Der Kunde muss sich ausdrücklich mit der Änderung einverstanden erklären; so soll es nicht für eine Einbeziehung ausreichen, wenn der Kunde nach Vertragsabschluss übersandte AGB unterzeichnet, die von den bisher einbezogenen abweichen.<sup>553</sup> Gehen beide Vertragsparteien nachträglich von der Einbeziehung der ihnen vorliegenden AGB aus, so führt dies nur dann zu einer nachträglichen Einbeziehung, wenn die erforderlichen Voraussetzungen nach allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre vorliegen. Dazu zählt namentlich, dass die Parteien erkennen, dass die AGB bislang noch nicht einbezogen sind.<sup>554</sup> Ausnahmsweise kann es treuwidrig sein, wenn sich eine Partei in Widerspruch zu einer von ihr gebilligten und auf den AGB beruhenden Art der Vertragsdurchführung setzt.<sup>555</sup> Dies ist aber für jede Klausel gesondert zu prüfen.

**bb) Lesbarkeit und Verständlichkeit.** Zur zumutbaren Kenntnisnahme gehört auch die Lesbarkeit und Verständlichkeit des Inhalts. Um dem Kunden die Möglichkeit zur Ablehnung zu erhalten (s. Rn. 62), kann darauf trotz § 305c I BGB nicht verzichtet wer-

<sup>544</sup> S. auch BGH BauR 1990, 205; OLG Köln NJW-RR 1992, 1047; Palandt/*Grüneberg* Rn. 34; a. A. *Bartsch* BB 1982, 1699 m. w. N.

<sup>545</sup> S. OLG Hamm NJW-RR 1991, 277; s. auch Rn. 64.

<sup>546</sup> S. auch BGH NJW 1983, 816; für Aushändigung auch insoweit *Bartsch* BB 1982, 1699.

<sup>547</sup> Staudinger/*Schlosser* § 305 Rn. 114.

<sup>548</sup> AG Krefeld NJW-RR 1997, 245; s. auch MünchKommBGB/*Tonner* § 651a Rn. 68.

<sup>549</sup> A. A. *Wronka* BB 1976, 1584; *Hörle AfP* 1977, 270, die § 305 II, III BGB nicht anwenden wollen.

<sup>550</sup> BGH NJW 1983, 816; NJW 1984, 1112; s. auch Rn. 99.

<sup>551</sup> BGH NJW 1984, 1112.

<sup>552</sup> S. LG Frankfurt NJW-RR 1988, 955: Parkhaus.

<sup>553</sup> LG Gießen NJW-RR 1996, 630.

<sup>554</sup> BGH NJW 1999, 3261 (3262).

<sup>555</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1422 (1423) zur VOB/B.

den.<sup>556</sup> Die Gesetzesbegründung.<sup>557</sup> stellt auf mühelose Lesbarkeit ab. Sie ist bei normalem Druck grundsätzlich gegeben. Sie ist zu verneinen, wenn übermäßiger Kleindruck, so dass das Lesen eine Lupe erfordert, die Kenntnisnahme erschwert.<sup>558</sup> Auch eine ungewöhnliche Schriftart, mangelnde farbliche Unterscheidung,<sup>559</sup> eine unübersichtliche Darstellung<sup>560</sup> oder schlechte Kopien können die zumutbare Kenntnisnahme verhindern.<sup>561</sup> Dies gilt auch zwischen Unternehmern (s. Rn. 131). Es ist nicht auf die persönliche Fähigkeit des jeweiligen Kunden, sondern darauf abzustellen, welches **Verständnis vom durchschnittlichen Kunden** erwartet werden kann.<sup>562</sup> Die Verständlichkeit fehlt, wenn die AGB durch Verwendung technischer Fachausdrücke dem Durchschnittskunden ihren Regelungsgehalt verschleiern oder verbergen. Gleiches gilt, wenn die AGB durch eine Vielzahl von **Verweisungen auf andere Klauseln** oder auf **Gesetzesbestimmungen** unübersichtlich sind.<sup>563</sup> Unzureichend ist bei Abschluss einer Selbstversicherung im Zusammenhang mit Automietverträgen<sup>564</sup> der Hinweis auf die Grundsätze der Vollkaskoversicherung oder auf das VVG, um daraus Rechte herzuleiten,<sup>565</sup> wie es auch in einem Mietvertrag nicht genügt festzustellen, dass § 545 BGB keine Anwendung findet, wenn man die gesetzlich vorgesehene stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses abbedingen will.<sup>566</sup> Zur ausreichenden Bestimmbarkeit der Umlagen genügt aber ein Verweis auf die BerechnungsVO. Auch der globale Hinweis auf zusätzliche AGB oder die Verwendung mehrerer Klauselwerke oder mehrerer Klauseln zum selben Sachproblem kann wegen des unklaren Verhältnisses konkurrierender Regelungen zur Unverständlichkeit führen.<sup>567</sup> Deshalb werden sog. Ersatzklauseln oder gestaffelte AGB, d. h. AGB, die nachrangig gelten, falls die vorrangigen AGB unwirksam sind,<sup>568</sup> nicht wirksam einbezogen, wenn sie keinen konkreten Regelungsgehalt aufweisen und unklar bleibt, was gelten soll.<sup>569</sup> Unwirksam ist die Verweisung auf Zusatz-AGB in kombinierten AGB (s. Rn. 69) auch, wenn das Transparenzgebot verletzt wird, weil durch die Verweisung eine in tatsächlicher Hinsicht unübersichtliche oder in rechtlicher Hinsicht unklare und undurchdringliche Regelung entsteht.<sup>570</sup> Wirksam ist aber die Verweisungsklausel in einem Bauvertrag, durch die auf die VOB als Zusatzbedingung verwiesen wird.<sup>571</sup> Die Verweisungsklausel wird auch nicht dadurch unwirksam, dass sie auf einzelne unwirksame Klauseln verweist.<sup>572</sup> Nicht Vertragsinhalt wird aber eine Klausel, wonach einzelne internationale Abkommen, wie das WA u. a. gelten sollen.<sup>573</sup> Eine AGB-Klausel scheitert hingegen nicht daran, dass sie den Zinssatz an den Diskontsatz anknüpft, auch wenn dessen Bedeutung und Höhe nicht jedem geläufig ist.<sup>574</sup> Die Unverständlichkeit kann sich auch aus einer fehlenden Gliederung<sup>575</sup> oder aus der **Unbestimmtheit** ergeben, so wenn sich eine Regelung darauf beschränkt, was im Rahmen der

<sup>556</sup> A. A. Löwe § 2 Rn. 17.

<sup>557</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 18.

<sup>558</sup> BGH BB 1983, 2074; NJW-RR 1986, 1311; OLG Saarbrücken NJW-RR 1988, 858; OLG Hamm NJW-RR 1988, 944; OLG Köln m. Anm. Hensen EWiR § 2 AGBG 1/88; s. auch Anh. § 310 Rn. K 2.

<sup>559</sup> S. auch OLG Hamburg BB 1987, 1703.

<sup>560</sup> OLG Hamm NJW-RR 1988, 944.

<sup>561</sup> S. auch BGH DB 1975, 2366; vgl. auch Thamm/Detzer BB 1989, 1133.

<sup>562</sup> S. auch BGH NJW 1985, 850 (851).

<sup>563</sup> S. OLG Karlsruhe NJW-RR 1986, 91.

<sup>564</sup> S. Anh. § 310 Rn. M 133.

<sup>565</sup> S. LG Karlsruhe NJW-RR 1986, 152.

<sup>566</sup> OLG Schleswig NJW 1995, 2858 (2859).

<sup>567</sup> S. BGH NJW 1983, 1322 – BBB-Inland-Flug.

<sup>568</sup> S. dazu § 306 Rn. 23 f.

<sup>569</sup> S. auch Fell ZIP 1987, 690 (692); § 307 Rn. 253.

<sup>570</sup> OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1422 (1423) zu VOB/B.

<sup>571</sup> BGH NJW 1990, 3197.

<sup>572</sup> BGH NJW 1990, 3197.

<sup>573</sup> S. OLG Hamburg NJW-RR 1986, 1440.

<sup>574</sup> Casper NJW 1997, 240; Heinrichs NJW 1997, 1407 (1409); a. A. S. Müller NJW 1996, 1520.

<sup>575</sup> BGHZ 51, 55 (59) = NJW 1969, 460; BGH NJW 1975, 739.

Rechtsordnung zulässig ist („soweit gesetzlich zulässig“), sofern eine klare Fassung und tatbestandsmäßige Präzisierung möglich und zumutbar ist.<sup>576</sup> Insofern kommt aber auch Unwirksamkeit nach § 307 I 2 BGB in Betracht.<sup>577</sup> Unbestimmtheit ist auch gegeben, wenn nicht klar ist, welche Partei welche Rechte und Pflichten treffen sollen, z. B. weil ein für den gewollten Vertragstyp nicht passendes Formular verwendet worden ist.<sup>578</sup> Unbestimmtheit liegt ferner vor, wenn die Geltung von AGB in der jeweils gültigen Fassung vereinbart wird. Es ist nicht Sache der Kunden, den Regelungsgehalt der AGB durch komplizierte Prüfverfahren zu ermitteln. Vielmehr muss der Verwender selbst durch eindeutige Formulierung und Anordnung die AGB verständlich machen. Ausnahmen können allenfalls dann anerkannt werden, wenn z. B. wegen unbestimmter Gesetzesbegriffe oder wegen einer nicht eindeutigen Rechtsprechung die Unklarheit nicht vom Verwender zu verantworten ist.<sup>579</sup> Auch eine Klausel in einem Mobilfunkvertrag, die die angebotenen Dienstleistungen räumlich auf den Empfangs- und Sendebereich der vom Netzbetreiber errichteten Funkstationen beschränkt, ohne dem Kunden mitzuteilen, wo sich diese Funkstationen befinden, verstößt gegen das Transparenzgebot.<sup>580</sup> Unwirksam wegen Unklarheit ist aber nicht eine AGB-Klausel in einem Bauvertrag, nach der sich die Gewährleistungsfrist nach der VOB und darüber hinaus nach dem BGB richten soll; es gilt die für die andere Vertragspartei günstigere Regelung.<sup>581</sup>

**cc) Verhandlungssprache.** Die Verständlichkeit setzt grundsätzlich voraus, dass die AGB in der von beiden Teilen benutzten Verhandlungssprache abgefasst sind.<sup>582</sup> Ist dies der Fall, so trägt das so genannte **Sprachrisiko** der Vertragspartner, der es als Träger dieses Risikos hinnehmen muss, dass AGB in seinen Vertrag einbezogen werden, die er nicht verstanden hat. Verhandlungssprache ist die Sprache, auf die sich die Parteien geeinigt haben. Dies kann auch dadurch geschehen, dass sich eine Partei vorbehaltlos auf die Sprache des Verhandlungsortes einlässt.<sup>583</sup> Verhandlungssprache können auch mehrere Sprachen sein. Liegt eine gemeinsame Verhandlungs- und Vertragssprache vor, so akzeptiert der Vertragspartner ungeachtet seiner Nationalität und ungeachtet seiner realen Sprachkenntnisse den gesamten Vertragsinhalt einschließlich der in der Vertragssprache abgefassten AGB.<sup>584</sup> Es liegt dann am Vertragspartner, bei Sprachschwierigkeiten sich vor Vertragsschluss eine Übersetzung der AGB zu beschaffen oder die AGB ohne genaue Kenntnis als einbezogen gelten zu lassen.<sup>585</sup> Für eine analoge Anwendung der besonderen Regelung für Behinderte ist daher kein Raum. Fehlt es an einer gemeinsamen Verhandlungssprache, so müssen die AGB dem Kunden in seiner Sprache oder in einer ihm mühelos verständlichen Sprache zugänglich gemacht werden. Unterschreibt jedoch ein der deutschen Sprache nicht kundiger Ausländer einen vorformulierten in deutscher Sprache verfassten Bürgschaftsvertrag, ohne sich diesen von einem Dolmetscher übersetzen zu lassen, kommt ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande.<sup>586</sup> Im internationalen Geschäftsverkehr reicht zwischen Unternehmern eine in diesem Geschäftsverkehr übliche Sprache aus.<sup>587</sup> Im Flugreiseverkehr kann jedoch Kenntnis der englischen Sprache nicht allgemein erwartet werden. Die AGB

<sup>576</sup> S. OLG Stuttgart NJW 1981, 1105 (1106); *Lindacher* BB 1983, 154 (157) m. w. N.

<sup>577</sup> S. § 307 Rn. 239 ff.; a. A. *Pflug* AG 1992, 1 (17 ff.), der das Transparenzgebot in § 2 AGBG – jetzt § 305 II, III BGB – ansiedelt.

<sup>578</sup> S. auch OLG Frankfurt NJW 1989, 1095.

<sup>579</sup> S. auch *Lindacher* BB 1983, 154 (157); a. A. *Garm* JA 1981, 156; *Ulmer* Rn. 153: stets unzulässig.

<sup>580</sup> AG Offenburg NJW-RR 1996, 1014.

<sup>581</sup> A. A. OLG Celle NJW-RR 1997, 82, das die Unwirksamkeit allerdings fälschlicherweise aus § 5 AGBG ableitet; kritisch auch *Heinrichs* NJW 1997, 1407 (1409).

<sup>582</sup> BGH NJW 1983, 1489; zum Hinweis Rn. 71.

<sup>583</sup> S. auch OLG Nürnberg NJW 1991, 232 (235).

<sup>584</sup> OLG Nürnberg NJW 1991, 232 (235); *Schäfer* JZ 2003, 879.

<sup>585</sup> BGH NJW 1983, 1489.

<sup>586</sup> BGH NJW 1995, 190.

<sup>587</sup> *Graf von Westphalen*, in: *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 188 ff.

müssen deshalb in diesem Bereich in der jeweiligen Landessprache abgefasst sein.<sup>588</sup> Die Unterschrift des Kunden auf einem ihm unverständlichen Formular kann grundsätzlich nicht als Verzicht auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme gedeutet werden, solange nicht die zumutbare Möglichkeit objektiv besteht.<sup>589</sup> Bei Bestellungen via Internet muss es ausreichen, wenn die AGB in derselben Sprache wie das Bestellformular bzw. die Angebotsliste verfasst sind, da das Angebot praktisch weltweit abrufbar ist und dem Anbieter nicht zugemutet werden kann, AGB in sämtlichen Sprachen bereitzuhalten.<sup>590</sup>

**90 dd) Informationszeit.** Die zumutbare Kenntnisnahme setzt auch die Zurverfügungstellung der erforderlichen Informationszeit voraus. Je umfangreicher die AGB sind, desto länger muss die Informationszeit sein.<sup>591</sup> Steht für den Vertragsabschluss im Massenverkehr nur kurze Zeit zur Verfügung, so besteht für umfangreiche AGB im Allgemeinen nicht die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme, da diese Möglichkeit bei Vertragsabschluss bestehen muss (Rn. 97). Hinsichtlich des Umfangs der AGB ist jedoch auf die jeweilige Vertragsart und die redliche Üblichkeit im Geschäftsverkehr abzustellen.<sup>592</sup> Die AGB eines Bauvertrags werden im Allgemeinen umfangreicher sein können als die AGB eines Beförderungsvertrags im Massenverkehr. Auch durch Videotext übermittelte AGB müssen sich hinsichtlich ihres Umfangs einer der Bedeutung des Vertrags angemessenen Zeit der Kenntnisnahme anpassen.<sup>593</sup> Im Allgemeinen können AGB beim Vertragsschluss auf Grund eines Videoschirmtextangebots deshalb nur aus wenigen kurzen Klauseln bestehen. 14 Bildschirmseiten sind bei Partnerschaftsvermittlungsverträgen zu umfangreich.<sup>594</sup> Bei Bestellungen via Internet ist zwar einerseits zu erwägen, dass der Kunde sich die AGB in Ruhe auf dem Bildschirm durchlesen und im Regelfall auch ausdrucken oder abspeichern kann. Grundsätzlich genügt es daher, wenn ein Kunde die AGB durch einen gut sichtbaren Link aufrufen und ausdrucken kann.<sup>595</sup> Andererseits können sehr lange AGB, falls der Kunde keinen Internet-Pauschaltarif („Flatrate“) vereinbart hat, zu sehr hohen und damit unzumutbaren Telefon-, Druck- und Tonerkosten beim Ausdruck führen oder den Kunden beim Abspeichern der Gefahr von Computerviren aussetzen.

**91 ee) Erkennbare Körperbehinderung.** Eine erkennbare Körperbehinderung muss der Verwender gemäß § 305 II Nr. 2 BGB bei der Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit angemessen berücksichtigen. Die Regelung gilt zunächst nur für körperliche Behinderungen, nicht für geistige Behinderungen. Für Letztere gelten die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit und zum Betreuungsrecht. Welcher Art die Körperbehinderung ist, bleibt gleichgültig. Erfasst werden Gebrechen des Bewegungsapparats einschließlich der Lähmung, ebenso wie Beeinträchtigung der Sinnesorgane, also Sehbehinderungen bis zur Blindheit und Hörbehinderungen bis zur Taubheit. Gedacht hat der Gesetzgeber allerdings in erster Linie an Sehbehinderungen.<sup>596</sup> Die Vorschrift kann hingegen wegen ihres Charakters als Sonderregelung nicht analog auf die Fälle des Vertragsschlusses mit Personen ohne deutsche **Muttersprache** angewandt werden. Vielmehr ist die allgemeine vertragsrechtliche Maßgeblichkeit der gewählten Vertragssprache sachgerecht.<sup>597</sup> Soweit eine Körperbe-

<sup>588</sup> S. auch LG Berlin NJW 1982, 343.

<sup>589</sup> A. A. *Weimar* DB 1978, 143.

<sup>590</sup> Vgl. *Waldenberger* BB 1996, 2368; a. A. *Heinrichs* NJW 1997, 1407 (1409).

<sup>591</sup> Dazu auch *Rieger/Friedrich* JuS 1987, 118 (124).

<sup>592</sup> S. auch BGH NJW 1983, 816.

<sup>593</sup> LG Aachen NJW 1991, 2159; s. auch LG Frankfurt NJW-RR 1992, 954; LG Freiburg NJW-RR 1992, 1018; *Bartl* DB 1982, 1101; zum Vertragsschluss im Internet s. *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 149 a.

<sup>594</sup> LG Aachen NJW 1991, 2159; gegen die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme wegen der Flüchtigkeit des Textes bei Teleshopping *Bultmann/Rahn* NJW 1988, 2432 (2434); s. auch Rn. 85.

<sup>595</sup> BGH NJW 2006, 2976; *Löhnig* NJW 1997, 1688 (1689); *Ernst* BB 1997, 1057 (1058); *Waldenberger* BB 1996, 2365 (2368 f.).

<sup>596</sup> BT-Drs. 14/6040, 150.

<sup>597</sup> *Schäfer* JZ 2003, 879.