

Skript BGB AT 2

Bearbeitet von
Josef A. Alpmann, Dr. Jan Stefan Lüdde

20. Auflage 2017. Buch. VIII, 158 S. Kartoniert
ISBN 978 3 86752 498 8
Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Zivilrecht > BGB Allgemeiner Teil](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Teil: Nichtigkeit der Willenserklärung und des Vertrags

Auch wenn ein Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen wurde oder eine einseitige Erklärung abgegeben wurde, treten die erstrebten Rechtsfolgen nicht ein, wenn Nichtigkeitsgründe vorliegen. Die Nichtigkeitsgründe verhindern, außer im Falle der Anfechtung, das Entstehen der mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Rechtsfolgen. Es handelt sich daher um rechtshindernde Einwendungen. Als **Nichtigkeitsgründe** kommen in Betracht:

- Die **mangelnde Geschäftsfähigkeit** (§§ 104 ff.¹) – 1. Abschnitt.
- Der Verstoß gegen ein **gesetzliches Verbot** (§ 134), sowie die **Sittenwidrigkeit** (§ 138 Abs. 1) und der **Wucher** (§ 138 Abs. 2) – 2. Abschnitt.
- Die **mangelnde Form** (§ 125) – 3. Abschnitt.
- Die **Anfechtung** (§ 142 Abs. 1), diese setzt grundsätzlich das Entstehen des Rechtsgeschäfts voraus. Durch die Anfechtung wird das entstandene Rechtsgeschäft gemäß § 142 Abs. 1 rückwirkend vernichtet – 4. Abschnitt.

Teilnichtigkeit, Umdeutung und **Bestätigung** werden im 5. Abschnitt behandelt.

Sind **Allgemeine Geschäftsbedingungen** wirksam in den Vertrag einbezogen worden und halten einzelne Vertragsbestimmungen der Inhaltskontrolle nicht stand, so sind diese einzelnen Vertragsbestimmungen unwirksam, doch bleibt die Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen unberührt (§ 306 Abs. 1, vgl. dazu im 2. Teil).

1. Abschnitt: Mangelnde Geschäftsfähigkeit

Im Zivilrecht gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Jede Person kann ihre Rechtsbeziehungen zu einer anderen Person entsprechend ihren Bedürfnissen und Interessen durch Abgabe von **Willenserklärungen** regeln. Um die Rechtsfolgen der abgegebenen Willenserklärungen abschätzen zu können, ist eine gewisse Einsichtsfähigkeit erforderlich. Daher ist der Erklärende an seine Willenserklärung nur gebunden, wenn er geschäftsfähig ist. Die **Geschäftsfähigkeit** ist die Fähigkeit, durch Abgabe von Willenserklärungen Rechtsfolgen herbeizuführen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist eine Generalisierung erforderlich: Im Gesetz ist bestimmt, dass die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit mit der Vollendung des 18. Lebensjahres gegeben ist (§§ 2, 106).

Sonderfälle der Geschäftsfähigkeit sind die Ehefähigkeit (§ 1303) und die Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 1), bei denen das Gesetz den Zeitpunkt der Mündigkeit vorverlegt.

Derjenige, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist **minderjährig**. Die Minderjährigkeit ist der Gegenbegriff zur Volljährigkeit (§ 2). Innerhalb der Minderjährigkeit muss unterschieden werden zwischen der Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 1) und der beschränkten Geschäftsfähigkeit (§ 106).

- Die Willenserklärung ist nichtig, wenn sie von einem **Geschäftsunfähigen** abgegeben worden ist (**§ 105 Abs. 1**) – dazu A.

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

- Willenserklärungen sind auch nichtig, wenn sie im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben werden (§ 105 Abs. 2) – dazu B.
- Für die Willenserklärung einer in der **Geschäftsfähigkeit beschränkten** Person gelten die §§ 106 ff. – dazu C.
- Der nicht voll Geschäftsfähige – Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige –, der keine wirksamen Willenserklärungen abgeben kann, wird vom **gesetzlichen Vertreter** vertreten – dazu D.
- Die Deliktsfähigkeit ist in den §§ 827, 828 geregelt. Im Gesetz ist nicht geregelt, inwieweit der nicht voll Geschäftsfähige andere Rechtshandlungen wirksam vornehmen kann – dazu E.

A. Geschäftsunfähigkeit, § 104

4 Nach § 104 ist geschäftsunfähig,

- wer das **7. Lebensjahr noch nicht vollendet** hat (Nr. 1) oder
- wer sich **nicht nur vorübergehend** in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand **krankhafter Störung der Geistestätigkeit** befindet (Nr. 2).

Ein Zustand, der die freie Willensbestimmung ausschließt, ist gegeben, wenn jemand nicht imstande ist, seinen Willen frei und unbeeinflusst von der vorliegenden Geistesstörung zu bilden und der Einsicht gemäß zu handeln. Abzustellen ist dabei darauf, ob eine sachliche Prüfung, die inhaltlich nicht unbedingt zu einem richtigen Ergebnis kommen muss, überhaupt stattfinden konnte.²

Im Rahmen des § 104 Nr. 2 sind **lichte Momente (lucida intervalla)** zu beachten. Soweit die geistige Störung zeitliche Unterbrechungen erfährt, in denen Urteils- und Motivationsvermögen normal sind, ist während dieser Zwischenzeiten auch die Geschäftsfähigkeit vorhanden.

- 5 Nach h.A. gilt § 104 Nr. 2 auch für die **partielle Geschäftsunfähigkeit**, d.h. dann, wenn dem Erklärenden für einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Kreis von Geschäften die erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt. Die Anerkennung der partiellen Geschäftsunfähigkeit rechtfertigt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es wäre unbillig, jemanden, der nur in bestimmten Bereichen unter Zwangsvorstellungen steht, generell für geschäftsunfähig zu erklären.³
- 6 Im Gegensatz zur partiellen Geschäftsunfähigkeit, die sich auf bestimmte Lebensgebiete bezieht, wird die **relative Geschäftsunfähigkeit** für besonders schwierige Geschäfte von der h.M. abgelehnt, weil es zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen würde, wenn die Geschäftsfähigkeit einer Person je nach der Schwierigkeit des einzelnen Geschäfts abgestuft werden müsste.⁴
- 7 Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist gemäß **§ 105 Abs. 1 nichtig**.

² BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918.

³ BVerfG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1 BvL 14/02, NJW 2003, 1382; Wolf/Neuner § 34 Rn. 5.

⁴ BayObLG NJW 1989, 1679; BGH NJW 1970, 1680; a.A. Flume § 13, 5.

Bei einem **volljährigen Geschäftsunfähigen** gilt sie ausnahmsweise gemäß **§ 105 a S. 1** unter folgenden Voraussetzungen **als wirksam**: **8**

- Ein **volljähriger Geschäftsunfähiger** muss das Geschäft abschließen.
- Vorliegen eines **Geschäfts des täglichen Lebens** (z.B. Kauf von Lebensmitteln).
- Das Geschäft muss mit **geringwertigen Mitteln** bewirkt werden können. Maßgeblich ist das durchschnittliche Preis- und Einkommensniveau.⁵
- **Leistung und Gegenleistung** müssen bereits **bewirkt** sein.
- Es darf **keine erhebliche Gefahr** für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen bestehen, § 105 a S. 2.

Rechtsfolge des § 105 a ist nach h.M., dass die Wirksamkeit der **Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte** des Geschäftsunfähigen fingiert wird. Er wird verpflichtet und erwirbt bzw. verliert das Eigentum an der Leistung bzw. der Gegenleistung.⁶ **9**

Umstritten ist, welche Rechte der volljährige Geschäftsunfähige bei **Vertragsverletzungen seitens des Geschäftspartners** geltend machen kann. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass keine vertraglichen Sekundärleistungsansprüche bestünden. Da kein Verpflichtungsvertrag im Rechtssinne, sondern nur eine Fiktion vorliege, könnten vertragliche Ansprüche auch nicht entstehen. Es könnten allerdings Ansprüche wegen Verletzung eines rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 entstehen.⁷ Nach der Gegenauffassung stehen dem Geschäftsunfähigen im Falle des § 105 a S. 1 alle vertraglichen Folgeansprüche zu. Hierunter fielen insbesondere Gewährleistungsrechte, aber auch das Anfechtungsrecht.⁸

Für den **Zugang**⁹ von Willenserklärungen gegenüber einem Geschäftsunfähigen gilt **§ 131 Abs. 1**: Die Erklärung wird erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Dafür ist erforderlich, dass die Willenserklärung an den gesetzlichen Vertreter gerichtet oder zumindest für diesen bestimmt ist und dass sie in seinen Machtbereich gelangt ist. Die bloße Kenntnisnahme durch den gesetzlichen Vertreter reicht nicht aus. **10**

Beispiel:¹⁰ Der Arbeitgeber kündigt einem geschäftsunfähigen Arbeitnehmer. Die Kündigung muss dann an den Betreuer des Arbeitnehmers gerichtet sein und in dessen Machtbereich gelangen.

B. Nichtigkeit der Willenserklärung nach § 105 Abs. 2

Nach § 105 Abs. 2 ist auch eine Willenserklärung nichtig, die der Erklärende, ohne geschäftsunfähig zu sein, im Zustand der **Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit** abgibt. Die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit und die Bewusstlosigkeit (Rausch, Fieberwahn) bewirken keine Geschäftsunfähigkeit, es tritt aber dieselbe Rechtsfolge ein. **11**

5 BR-Drucks. 107/02, S. 16.

6 Palandt/Ellenberger § 105 a Rn. 6 m.w.N.

7 Staudinger/Knothe § 105 a Rn. 12.

8 Palandt/Ellenberger § 105 a Rn. 4; MünchKomm/Schmitt § 105 a Rn. 20.

9 Näher zum Zugang von Willenserklärungen AS-Skript BGB AT 1 (2017), Rn. 91.

10 Nach BAG, Urt. v. 28.10.2010 – 2 AZR 794/09, NJW 2011, 872.

Die Nichtigkeit einer während dieses Zustandes abgegebenen Erklärung tritt nur ein, wenn die Störung ein solches Ausmaß erreicht, dass die **freie Willensbestimmung ausgeschlossen** ist. Das ist zwar in § 105 Abs. 2 nicht erwähnt, aber aus § 104 zu ergänzen.¹¹

12 Beim **Zugang** der Willenserklärung bei einer solchen Person ist zu unterscheiden:¹²

- Die **mündliche Erklärung** gegenüber demjenigen, der sich im Zustand des § 105 Abs. 2 befindet, wird nicht wirksam, da er sie nicht verstehen kann.
- Die **schriftliche Erklärung** wird dagegen mit ihrem Zugang wirksam, z.B. Einwurf eines Briefes in den Briefkasten des sinnlos betrunkenen Empfängers.

C. Beschränkte Geschäftsfähigkeit, §§ 106 ff.

13 Beschränkt geschäftsfähig sind **Minderjährige nach Vollendung des 7. Lebensjahres** (§ 106).

Es empfiehlt sich diese, sogleich näher dargestellte **Prüfungsreihenfolge**:

- Folgende Rechtsgeschäfte des Minderjährigen sind **wirksam**:
 - Nach § 112 und § 113 ist der Minderjährige für einen **bestimmten Teilbereich** unbeschränkt geschäftsfähig.
 - Der Minderjährige kann alle Rechtsgeschäfte allein wirksam tätigen, die **lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral** i.S.d. § 107 sind.
 - Rechtlich nachteilige Rechtsgeschäfte sind wirksam, wenn sie mit **Einwilligung (vorheriger Zustimmung)** des gesetzlichen Vertreters geschehen (§ 107).
 - Die ohne eine solche Einwilligung getätigten Rechtsgeschäfte sind wirksam, wenn der Minderjährige die Leistung **mit Mitteln bewirkt**, die ihm **zur freien Verfügung überlassen** wurden (§ 110).
- Greifen die oben aufgeführten Regeln nicht, sind **einseitige Rechtsgeschäfte** gemäß § 111 S. 1 (endgültig) **unwirksam. Verträge sind schwebend unwirksam**:
 - Nach § 108 werden Verträge wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter (oder der volljährig Gewordene) die Genehmigung erteilt. Sie werden endgültig unwirksam, wenn die Genehmigung verweigert wird.
 - Bis zur Genehmigung besteht ein Widerrufsrecht des Vertragspartners im Rahmen des § 109.

I. Wirksame Rechtsgeschäfte

1. Teilgeschäftsfähigkeit, §§ 112 u. 113

14 Der Minderjährige kann **für bestimmte Lebensbereiche** mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters (im Fall des § 112 auch des Familiengerichts) volle Geschäftsfähigkeit – sog. Teilgeschäftsfähigkeit – erhalten:

¹¹ Palandt/Ellenberger § 105 Rn. 3.

¹² Erman/Arnold § 131 Rn. 11.

Nach § 112 ist der Minderjährige, wenn er vom gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts zum **selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** ermächtigt worden ist, für solche Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, unbeschränkt geschäftsfähig. Er kann jedoch keine Rechtsgeschäfte tätigen, die der gesetzliche Vertreter nur mit Genehmigung des Familiengerichts vornehmen darf, §§ 112 Abs. 1 S. 2, 1643, 1821 f. Die Abschlussberechtigung des Minderjährigen kann nicht weitergehend sein als die des gesetzlichen Vertreters.

Beispiel: Der Minderjährige kann in seinem Erwerbsgeschäft gemäß §§ 112 Abs. 1 S. 2, 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 11 keine Prokura erteilen.

Wenn der Minderjährige vom gesetzlichen Vertreter zur **Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses** ermächtigt wird, so ist er gemäß § 113 für solche Geschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Pflichten betreffen. Dabei sind jedoch – wie in § 112 Abs. 1 S. 2 – solche Geschäfte ausgenommen, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (§ 113 Abs. 1 S. 2).

2. Lediglich rechtlich vorteilhaftes und neutrales Rechtsgeschäft, § 107

Gemäß § 107 bedarf der Minderjährige der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters für jede Willenserklärung, durch die er **nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil** erlangt. Abzustellen ist allein auf die rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts, nicht auf die wirtschaftlichen Auswirkungen. Die Formulierung „nicht lediglich rechtlich vorteilhaft“ wird allerdings als misslungen angesehen, da mit ihr **auch neutrale Rechtsgeschäfte** erfasst werden, die nach ihrer rechtlichen Bedeutung keiner Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter bedürfen. Das Erfordernis der Einwilligung besteht gemäß § 107 für alle Rechtsgeschäfte, die **rechtlich nachteilig** sind.

Auch mit einer Beschränkung auf rechtliche Nachteile ist der Wortlaut des § 107 nach einhelliger Ansicht zu weit, da jeder noch so geringfügige rechtliche Nachteil erfasst wird. Umstritten ist, wie eine **weitere Einschränkung** des § 107 vorzunehmen ist.

- Nach einer Ansicht¹³ sind nur die **unmittelbaren** rechtlichen Folgen für die Bewertung entscheidend. Die **mittelbaren** Rechtsnachteile, die als weitere Rechtsfolge der Willenserklärung eintreten, ohne dass der Wille darauf gerichtet sein müsste, bleiben außer Betracht. Als mittelbare Rechtsnachteile werden z.B. die Vertragskosten, die steuerrechtlichen Folgen, die Polizeipflichtigkeit bezüglich der Sache und die öffentlichen Abgaben angesehen.
- Insbesondere der BGH¹⁴ lehnt diese Differenzierung ab. Es komme nicht darauf an, ob ein rechtlicher Nachteil Gegenstand der zwischen den Parteien getroffenen rechtsgeschäftlichen Abrede oder nur deren mittelbare Folge sei. Denn das Vermö-

¹³ Staudinger/Knothe § 107 Rn. 6.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, RÜ 2005, 57; BGH, Beschl. v. 03.02.2005 – V ZB 44/04, NJW 2005, 1430; Palandt/Ellenberger § 107 Rn. 3

Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134; Wucher und Sittenwidrigkeit, § 138**Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, § 134**

- Verbotsgesetze sind alle Rechtsnormen, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts generell verbieten („rechtliches Dürfen“).
- § 134 erfasst auch Umgehungsgeschäfte.
- Rechtsfolge des Verstoßes: Nichtigkeit, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“.
 - Beiderseitiger Verstoß führt grundsätzlich zur Nichtigkeit, es sei denn, Sinn und Zweck des Gesetzes erfordern dies nicht, weil andere Sanktionsmöglichkeiten bestehen.
 - Bei einem einseitigen Gesetzesverstoß ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich wirksam, es sei denn, der Zweck des Gesetzes ist nur durch die Nichtigkeitsanordnung zu verwirklichen.

Wucher, § 138 Abs. 2

- Auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.
- In § 138 Abs. 2 aufgeführtes Defizit.
- Ausbeutung, d.h. Kenntnis von Missverhältnis und Defizit
- Rechtsfolge:
 - Grundsätzlich Gesamtnichtigkeit; bei Mietwucher Fortführung des Vertrags mit höchstzulässiger Miete (str.).
 - Beim wucherischen Darlehen besteht wegen § 817 S. 2 kein Zinsanspruch

Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1

- Ein Rechtsgeschäft verstößt gegen die guten Sitten, wenn dadurch das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verletzt wird.
- Die objektive Sittenwidrigkeit kann gegeben sein,
 - weil das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts anstößig ist,
 - weil der Inhalt des Vertrags verwerflich ist, beispielsweise
 - Missbrauch von Macht- oder Monopolstellung oder ein Knebelungsvertrag,
 - Verstoß gegen die herrschende Rechts- und Sozialmoral,
 - wucherähnliche Kreditverträge,
 - krasse finanzielle Überforderung des Sicherungsgebers; anfängliche Übersicherung; Verleitung zum Vertragsbruch.
- Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände

2. Teil: Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

- 273** Verwendet eine Person dieselben Vertragsbedingungen mehrmals, so hat sie oft **besondere Kenntnisse** und eine **gewisse Marktmacht** in diesem Bereich. Daher bedarf der Geschäftspartner eines gewissen Schutzes, der besonders stark ausgestaltet ist, wenn er Verbraucher ist (vgl. § 310 Abs. 1 u. 3).

Hinweis: Die §§ 305–306 a u. 310 regeln insbesondere die **Einbeziehung, Auslegung und die Folgen der Unwirksamkeit** solcher Vertragsbedingungen. Dies sind – ungeachtet ihrer Verortung im 2. Buch des BGB – klassische Themen des BGB AT, die im Fokus der folgenden Ausführungen stehen. Die §§ 307–309 regeln hingegen die **Inhaltskontrolle** dieser Vertragsbedingungen. Dies ist eine Frage des jeweiligen Sachzusammenhangs, oft des Schuldrecht AT und BT. Im Folgenden werden hierzu daher nur die allgemeingültigen Strukturen und erforderlichen Kenntnisse erörtert. Detailliertere Ausführungen zu den zulässigen Inhalten finden Sie in den jeweiligen AS-Skripten zum jeweiligen Regelungsbereich.³³⁹

- 274** Im Groben bietet sich die folgende **Prüfreihefolge** an, an der sich auch die weiteren Ausführungen orientieren.

Eine **detaillierte Zusammenfassung** finden Sie (wie gewohnt) am Ende der Ausführungen.

Prüfung von AGB (Überblick)

- I. Anwendbarkeit**, § 310 Abs. 4
- II.** Vorliegen von **AGB**, § 305 Abs. 1; beachte § 310 Abs. 3 Nr. 1 u. 2
- III. Einbeziehung** in den Vertrag, § 305 Abs. 2 u. 3; beachte § 310 Abs. 1; Sonderfälle in §§ 305 a, 305 b, 305 c Abs. 1, 306 a
- IV. Auslegung**, beachte § 305 c Abs. 2
- V. Inhaltskontrolle:** § 307 Abs. 3 => § 309 => § 308 => § 307 Abs. 1 u. 2; beachte § 310 Abs. 1 u. Abs. 3 Nr. 3.
- VI. Rechtsfolgen** nach § 306 (ggf. i.V.m. § 1 UKlaG)

1. Abschnitt: Anwendbarkeit der §§ 305 ff. gemäß § 310 Abs. 4

- 275** Gemäß § 310 Abs. 4 S. 1 finden die §§ 305 ff. **keine Anwendung** bei Verträgen auf dem Gebiet des **Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts**. Gleiches gilt gemäß §§ 310 Abs. 4 S. 3, 307 Abs. 3 S. 1 für **Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen**.

Gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 sind bei der Anwendung der §§ 305 ff. auf **Arbeitsverträge** die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen und § 305 Abs. 2 u. 3 findet keine Anwendung.

§ 310 Abs. 1–3 regelt nicht die generelle Anwendbarkeit der §§ 305 ff., sondern er modifiziert einzelne Regelungen. Er ist daher erst im Zusammenhang mit der modifizierten Regelung anzusprechen.

³³⁹ Z.B. zu Arbeitsverträgen im AS-Skript Arbeitsrecht (2016), Rn. 143 ff.

2. Abschnitt: Begriff der AGB, § 305 Abs. 1 u. § 310 Abs. 3 Nr. 1 u. 2

Gemäß § 305 Abs. 1 liegen AGB unter **folgenden Voraussetzungen** vor:

276

A. Vertragsbedingung

Nur Vertragsbedingungen, d.h. Regelungen, die **rechtlich verbindlich** sein sollen, können AGB sein. Bloße Empfehlungen oder unverbindliche Vorgaben werden von § 305 Abs. 1 nicht umfasst. Ob Rechtsverbindlichkeit gewollt ist, ist alleine aufgrund einer **objektiven Auslegung** nach §§ 133, 157 zu ermitteln. § 305 c Abs. 2 (s. Rn. 297) findet hierbei keine Anwendung, denn sein Tatbestand verlangt eine AGB, deren Vorliegen hier aber gerade erst geprüft wird.³⁴⁰

277

Beispiel:³⁴¹ In einem Supermarkt befindet sich folgender Aushang: „Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben. Anderenfalls weisen wir Sie höflich darauf hin, dass wir an der Kasse gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen.“ – Der erste Satz beinhaltet eine reine Bitte ohne rechtliche Folgen. Der zweite Satz soll hingegen, wenn auch durch Höflichkeiten kaschiert, dem Supermarkt das Recht einräumen, eine verdachtsunabhängige Taschenkontrolle durchzuführen. Der zweite Satz ist daher eine Vertragsbedingung. (Diese ist übrigens gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam. Sie weicht vom Grundgedanken der §§ 229, 859 ab, die private Gewalt nur beim objektiven Vorliegen der Entwendung von Waren zulassen. (Selbst der Staat darf solche Maßnahmen gemäß § 102 StPO nur durchführen, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht.)

B. Vorformuliert

Die Vertragsbestimmung gleich welchen Umfangs ist vorformuliert, wenn sie in irgendeiner Form **vor der Anbahnung des Vertragsschlusses** formuliert wurde, § 305 Abs. 1 S. 1 u. 2

278

Oft handelt es sich um schriftliche Klauseln, sei es in der Vertragsurkunde selbst oder in einer gesonderten Urkunde, vgl. § 305 Abs. 1 S. 2. Doch auch eine „**geistig**“ **vorformulierte** Erklärung ist ausreichend. Es genügt, wenn die Vertragsbestimmung zum Zweck künftiger wiederholter Einbeziehung „im Kopf des Verwenders“ gespeichert ist,³⁴² anderenfalls wäre § 305 Abs. 1 leicht zu umgehen (arg. § 306 a).

Wird ein schriftlich vorbereiteter Vertrag (insbesondere **handschriftlich**) **ergänzt**, so bleibt der AGB-Charakter erhalten, wenn diese Ergänzung nur eine bereits vorhandene Regelung verdeutlicht, wenn es sich also um eine unselbstständige Ergänzungsregel handelt bzw. diese in einem vorbestimmten Sinne vervollständigt wird.³⁴³

Gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 liegt keine Vorformulierung bei **Aushandlung im Einzelnen** vor, s. Rn. 281.

340 BGH, Urt. v. 09.04.2014 – VIII ZR 404/12, Rn. 23, NJW 2014, 2269; BGH, Urt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015.

341 Nach BGH, Urt. v. 03.07.1996 – VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574.

342 BGH, Urt. v. 13.05.2014 – XI ZR 170/13, Rn. 20, NJW-RR 2014, 1133.

343 Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 8.

C. Für eine Vielzahl von Verträgen

- 279** Für eine Vielzahl von Verträgen sind Bestimmungen vorgesehen, wenn sie wiederholt angewandt werden sollen. Es muss die **Absicht der Mehrfachverwendung** bestehen. Besteht diese Absicht, so liegt **bereits bei der ersten Verwendung** eine AGB vor.

Bereits die Absicht der **dreimaligen Verwendung** einer bestimmten Klausel reicht aus, um diese als AGB anzusehen, der Begriff der „Vielzahl“ ist also eng zu verstehen. Unerheblich ist dabei, ob die Verwendung gegenüber verschiedenen Personen oder gegenüber derselben Person erfolgen soll.³⁴⁴

- 280** Auch eine **einmalige Verwendungsabsicht** reicht aus

- gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 grundsätzlich bei **Verbraucherverträgen**, soweit es die Anwendbarkeit der §§ 305 c Abs. 2, 306, 307–309 betrifft, oder
- wenn der Verwender die Klauseln zwar nur einmalig verwenden will, jedoch **ein Dritter** sie zur mehrfachen Verwendung für mehrere Verwender formuliert hat.³⁴⁵

Beispiel: V erbt eine einzelne Wohnung. Er will diese langfristig vermieten und keinesfalls weiter ins Vermieterergewerbe einsteigen. Er verwendet einen Standardmietvertrag, den er sich gegen ein geringes Entgelt aus dem Internet herunterlädt.

D. Einseitiges Stellen vs. beidseitiges Aushandeln

- 281** Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nur vor, wenn sie **vom Verwender gestellt** werden. Oft stellt eine Partei alle Bedingungen eines Vertrags, möglich ist aber auch, dass manche Bedingungen von der einen und manche Bedingungen von der anderen Partei gestellt werden. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 liegt hingegen keine Vorformulierung vor, soweit eine Klausel **im Einzelnen ausgehandelt** wurde.

Unerheblich ist dabei, ob die Vertragsparteien die Klausel „von Null an“ gemeinsam aushandeln, oder ob sie einen Vorschlag der einen Partei gemeinsam ergänzen, verändern oder gar unverändert aufnehmen. Entscheidend ist im letztgenannten Fall aber, dass über den Vorschlag nicht lediglich verhandelnd gesprochen wird (was oft zur bloßen Beruhigung der anderen Seite, aber ohne ernsthafte Möglichkeit einer Änderung geschieht). Vielmehr muss ein echtes Aushandeln erfolgen, d.h. der Verwender muss seine Klausel **ernsthaft zur Disposition stellen**. Die andere Seite muss die **reale Möglichkeit** erhalten, zur Wahrung ihrer eigenen Interessen den **gesetzesfremden Kerngehalt** der Klausel zu beeinflussen.³⁴⁶ Dies ist regelmäßig zu bejahen,

- wenn der Kerngehalt einer Bestimmung **tatsächlich abgeändert** wurde,
- wenn an anderer Stelle der Gegenseite **anderweitige Vorteile eingeräumt** wurden, um den Nachteil aus der in Rede stehende Bestimmung zu kompensieren,
- wenn der Vertragspartner nach nicht nur vordergründiger Belehrung über den Inhalt der Klausel, sondern **nach Erörterung denkbarer Alternativen** die unveränderte Bestimmung als sach- und interessengerecht anerkennt oder

³⁴⁴ BGH, Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – VII ZR 31/03, ZIP 2004, 315.

³⁴⁵ BGH, Urt. v. 23.06.2005 – VII ZR 277/04, BauR 2006, 106.

³⁴⁶ BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 67/09, RÜ 2010, 273; BGH, Urt. v. 20.01.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230; Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 20 f. m.w.N.; MünchKomm/Basedow § 305 Rn. 43. m.w.N.

- nach umstrittener Ansicht³⁴⁷ unter **Unternehmern** nach Maßgabe ihrer individuellen Branchenkenntnis und Verhandlungsstärke selbst dann, wenn sie **nur einzelne Teile** eines Regelungskomplexes aushandeln oder bewusst und **einvernehmlich** auf ein Aushandeln **verzichten**.

Beispiel: V verpachtet dem P seine Kfz-Reparaturwerkstatt. Im Vertrag heißt es zum Schluss: „Ich bestätige ausdrücklich, dass ich vor Abschluss ausreichend Zeit gehabt habe, den heute mit V geschlossenen Pachtvertrag durchzulesen, die einzelnen Bestimmungen zu prüfen und zur Kenntnis zu nehmen. Ich erkläre mich vorbehaltlos mit allen Bestimmungen des Vertrags einverstanden und verzichte daher auf eine Abänderung des Vertrags.“ –

Unterstellt (!), P hat die aufgeführten Schritte tatsächlich ausgeführt, so liegt gleichwohl kein Aushandeln vor. Er hat die Klauseln lediglich zur Kenntnis genommen und geprüft, ohne Änderungswünsche anzubringen. Im Gegenteil nimmt er sie vorbehaltlos hin und verzichtet auf eine Abänderung.

Dritte, die den Vertrag für den Verwender als künftige Vertragspartei formulieren, sind diesem zuzurechnen (vgl. Rn. 280). Regelmäßig **neutrale Personen** (wie insbesondere Notare) werden hingegen nur zugerechnet, wenn sie den Vertrag offensichtlich einseitig im Interesse des Verwenders formulieren.³⁴⁸ **282**

Beispiel:³⁴⁹ V betreibt ein Einrichtungshaus. Von seinen Mitarbeitern wird bei Abschluss des Kaufvertrags ein Formular verwandt, das mit „Auftragsbestätigung und Rechnung“ überschrieben ist. In der Rubrik „Zahlung“ wird von den Mitarbeitern neben dem Zahlungsbetrag stets handschriftlich die Ergänzung „Restzahlung vor Lieferung“ oder eine inhaltsgleiche Formulierung eingetragen. – § 305 Abs. 1 ist erfüllt. Es handelt sich um eine inhaltlich im Kopf vorformulierte Bedingung, ungeachtet geringer sprachlicher Abweichungen. Sie soll mehrfach verwendet werden (und wird dies auch tatsächlich). V ist der Verwender, seine Mitarbeiter werden ihm zugerechnet. (Übrigens ist die Klausel gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 unwirksam, sie weicht vom Grundgedanken der §§ 320, 322 ab.)

Wer sich auf die §§ 305 ff. beruft, muss **beweisen**, dass die Gegenseite die in Rede stehende Bedingung gestellt hat. Bei **Verbraucherverträgen** gelten aber gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 1 alle Bedingungen als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Die Beweislast ist also umgekehrt. **283**

3. Abschnitt: Einbeziehung der AGB als Vertragsbestandteil

Das einseitige Stellen von AGB macht sie noch nicht zum Vertragsbestandteil. Sie müssen vielmehr auch in den Vertrag einbezogen werden, was bereits nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 145 ff. eine entsprechende beidseitige **Einigung** voraussetzt.

A. Einbeziehung gegenüber Verbrauchern

Steht dem Verwender, sei er Verbraucher oder Unternehmer, eine nicht unter § 310 Abs. 1 S. 1 fallende Person, also ein **Verbraucher** gegenüber, so gilt § 305 Abs. 2 u. 3. **284**

I. Einbeziehung im Einzelfall, § 305 Abs. 2

Gemäß § 305 Abs. 2 a.E. werden AGB nur in den Vertrag einbezogen, soweit die Gegenseite mit ihnen **einverstanden** ist. Ein objektiver Empfänger muss dem Verhalten der **285**

347 Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 22 m.w.N.; Berger ZGS 2004, 415; Pfeiffer ZGS 2004, 401.

348 Heinrichs NJW 1994, 1380, 1381; Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 12.

349 Nach BGH, Urt. v. 10.03.1999 – VIII ZR 204/98, RÜ 1999, 325.