

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 82

Die Einbeziehung Allgemeiner
Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz
und die Rechtsgeschäftslehre

Von

Dr. Dirk Schroeder



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

DIRK SCHROEDER

**Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen
nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 82

**Die Einbeziehung Allgemeiner
Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz
und die Rechtsgeschäftslehre**

Von

Dr. Dirk Schroeder



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schroeder, Dirk:

Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem
AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre / von Dirk Schroeder. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zum bürgerlichen Recht; Bd. 82)

ISBN 3-428-05426-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05426 1

Inhaltsverzeichnis

A. Die vertragliche Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen — Einleitung und Fragestellung	9
B. Die Willenserklärung des Kunden	13
I. Der äußere Tatbestand der Willenserklärung	13
II. Der innere Tatbestand der Willenserklärung	19
1. Vertrauenshaftung bei fehlendem Erklärungsbewußtsein	20
a) Keine Willenserklärung	22
b) Vertrauenshaftung	28
aa) Der Vertrauenstatbestand	29
bb) Schutzwürdigkeit des Verwenders	30
cc) Zurechnungsfähigkeit und Zurechnungsmaßstab beim Kunden	31
dd) Umfang der Haftung	32
2. Irrtumsanfechtung bei Mangel im Geschäftswillen	36
a) Die Anfechtung der Einbeziehungserklärung	38
b) Schadensersatz nach § 122 BGB	44
c) Kündigungsrecht des Verwenders bei Dauerverträgen	47
3. Geltung der Willenserklärung bei Unkenntnis vom Inhalt der AGB	49
a) Wirksamkeit der Willenserklärung	49
b) Die Obliegenheit des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGB-Gesetz	53

III. Keine Geltung von AGB kraft „sozialtypischen Verhaltens“	55
1. Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten	56
2. Lösung mit Mitteln der Rechtsgeschäftslehre	58
IV. Der Sonderfall des § 151 BGB	64
V. Die kaufmännische Einverständniserklärung	66
1. Vertragliche Einbeziehung auch unter Kaufleuten	66
a) Die Bedeutung von Branchenüblichkeit und Verkehrssitte; die Verwendung von AGB als Handelsbrauch	68
b) Der Einfluß einer laufenden Geschäftsbeziehung	72
c) Einbeziehung durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben	73
2. Grundlagen der Nichtgeltung des § 2 AGB-Gesetz gegenüber Kaufleuten	74
a) Die grundsätzliche Geltung des AGB-Gesetzes für Kauf- leute	74
b) Die rechtstheoretische Begründung der Ausnahmeregelung	76
C. Die Willenserklärung des Verwenders	81
I. Die rechtsdogmatische Einordnung der Erfordernisse des § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGB-Gesetz	81
1. Das Hinweis- bzw. Aushangerfordernis des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz als Obliegenheit?	81
a) Keine teleologische Nötigungsbeziehung; die Interessenlage	82
b) Keine Gläubiger-Schuldner-Beziehung minderer Intensität	84
2. Der Lastbegriff	85

Inhaltsverzeichnis

7

3. Das Verschaffen der Möglichkeit, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen, als Obliegenheit	86
II. Der ausdrückliche Hinweis	88
1. Keine Formvorschrift	88
2. Inhaltliche Bestimmung des Begriffes „ausdrücklich“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. AGB-Gesetz	90
3. Das Ausdrücklichkeitserfordernis als Modifikation der §§ 133, 157 BGB	94
4. Der maßgebliche Zeitpunkt	95
III. Hinweis durch deutlich sichtbaren Aushang	97
D. Rahmenverträge	99
I. Die Rechtsnatur der Rahmenvereinbarung	100
1. Der Normenvertrag	100
2. Rahmenvereinbarung und Geschäftsbeziehungsvertrag	101
II. Die Wirkung der Rahmenvereinbarung	103
E. Zusammenfassung	106
Literaturverzeichnis	109

Abkürzungsverzeichnis

Die Abkürzungen folgen, soweit sie nicht aufgeführt sind, Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Auflage, bearbeitet von Hildebert Kirchner und Fritz Kastner, Berlin und New York, 1983, sowie dem Duden — Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter, 18. Auflage, Mannheim, Wien und Zürich, 1980.

AGBE	Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, von Hermann-Josef Bunte, Heidelberg, 1982 ff.
AGBG/AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Rdn.	Randnummer
RefE	Referentenentwurf
Vorb.	Vorbemerkung

A. Die vertragliche Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen Einleitung und Fragestellung

Dem Vertrag kommt — als Mittel autonomer Rechtssetzung unter Rechtssubjekten — im Wirtschaftsleben zentrale Bedeutung zu. Durch Vertrag legen die Parteien im Rahmen der objektiven Rechtsordnung fest, was zwischen ihnen Recht sein soll. Indem sie sich selbst Verpflichtungen auferlegen und deren Inhalt näher ausgestalten, schaffen sie eine individuelle Leistungsgrundlage für den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg. Nahezu jedem vermögensbezogenen Vorgang unter Privatrechtssubjekten liegt (sieht man von den unerlaubten Handlungen und einseitigen Rechtsgeschäften ab) ein Vertrag zugrunde.

Mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden Verträge ausgestaltet. Unter teilweiser Verdrängung des dispositiven Gesetzesrechts regeln AGB die rechtliche Beziehung zwischen den Vertragsparteien. Es hängt zwar von den beiden Kontrahierenden ab, ob die AGB überhaupt in den Vertrag eingeführt werden. Grundsätzlich ist aber nur eine Vertragspartei, der Verwender, für den Inhalt der Geschäftsbedingungen verantwortlich. Der Kunde hat auf den Wortlaut der AGB keinen Einfluß. Wenn insoweit der Kunde an der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages nicht teilhat, hat er ein um so größeres Interesse daran, daß die Vereinbarung der AGB auch von seinem rechtsgeschäftlichen Willen getragen wird.

Das AGB-Gesetz¹ folgt der zuletzt von Literatur und Rechtsprechung nahezu einhellig vertretenen Meinung, daß der Geltungsgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen im rechtsgeschäftlichen Einverständnis der Kontrahierenden zu suchen sei². Nach § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz wer-

¹ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. 12. 1976, BGBl. I S. 3317.

² Vgl. nur BGHZ 17, 1 (2); BGHZ 41, 151 (154); Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 5 b, S. 100; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 215; Ballerstedt, JZ 1956 S. 269 f.; Emmerich, JuS 1972 S. 363; Helm, JuS 1965 S. 122 f.; Krause, BB 1955 S. 265; Lukes, JuS 1961 S. 305; Meeske, BB 1959 S. 859; Raiser, SJZ 1950 Sp. 669; Raiser, Richterliche Kontrolle von AGB, S. 124.

Anders noch die sog. Normentheorie, die davon ausging, AGB seien Bestandteile der objektiven Rechtsordnung, also echte Normen; vgl. RG DR 1941 S. 1210 (1212); RGZ 170, 233 (240); RGZ 171, 43 (48); KG SJZ 1950 Sp. 665 (666); BGHZ 1, 83 (86); BGHZ 8, 55 (56); Bernhardt, DR 1942 S. 1172; Eilles,

den Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsschluß die andere Vertragspartei (den Kunden) ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsabschlusses auf sie hinweist und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

Das bedeutet nichts anderes, als daß sie durch eine Willenserklärung ihr Einverständnis kundtut³. Sinn der Regelung des § 2 Abs. 1 AGB-Gesetz ist es, sicherzustellen, „daß die Einbeziehung von AGB in den Einzelvertrag wieder fest auf dem Boden des nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Vertragswillens verankert wird“⁴. Zumindest im nichtkaufmännischen Bereich will der Gesetzgeber der allzu großzügigen Einbeziehung bei Branchenüblichkeit der AGB-Verwendung entgegenwirken und die Geltung von AGB wieder auf rechtsgeschäftliche Grundlagen zurückführen⁵. AGB sollen nur durch vertragliche Einbeziehung bindend werden⁶. Fehlt die auf Geltung der AGB abzielende Willenserklärung auch nur einer Vertragspartei, bleiben die AGB bedeutungslos, denn als Vertragsinhalt sind sie nicht vereinbart worden⁷.

ZZP 62 (1941) S. 1 ff.; Herschel, DR 1941 S. 1727; Herschel, DR 1942 S. 754; Siebert, DR 1941 S. 1932.

Nicht ganz in die Vertragstheorie einzuordnen ist, was Flume und Eike Schmidt vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes vertreten haben. Flume ging zwar grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen aus, meinte aber, dort, wo die AGB gälten, weil der Kunde um sie „wissen müsse“, handele es sich nicht um eine vertragliche Verweisung, sondern um einen besonderen Geschäftstyp, für welchen die Rechtsordnung anerkenne, daß in Ergänzung des Vertrages die AGB ohne vertragliche Vereinbarung gälten, weil dies um der sozialen Funktion dieser Vertragstypen willen einer „richtigen“ Ordnung entspreche (Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., § 37.1, S. 668 f.). Eike Schmidt zufolge lassen sich AGB nicht mehr in das dualistische System von Gesetz und Vertrag einordnen, denn der Sache nach seien AGB von einiger Komplexität nichts anderes als von privaten Personen aufgestellte Rechtsnormen, die als soziale Erscheinung eine rechtlich relevante faktische Rolle spielten (Esser / E. Schmidt, Schuldrecht I 1, § 9 III, S. 103 f.).

³ Erman / H. Hefermehl, § 2 AGBG Rdn. 19; Löwe in Löwe / Graf v. Westphalen / Trinkner, § 2 Rdn. 18; Schlosser in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 2 Rdn. 25 und 63; Soergel/Knopp, § 157 Rdn. 23; Staudinger/Schlosser, 12. Aufl., § 2 AGBG Rdn. 36; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rdn. 61; Locher, Das Recht der AGB, S. 13; Schmidt-Salzer, AGB, Rdn. D. 21, vgl. auch BGH NJW 1982 S. 1388 (1389).

⁴ Begründung zum RegE, BTD Drucks. 7/3919 S. 13.

⁵ Vgl. die Begründung zum RegE, a.a.O.; Dietlein in Dietlein/Rebmann, AGB aktuell, § 2 Rdn. 1; Löwe, a.a.O., Einl. AGBG Rdn. 6; Ulmer, a.a.O., Einf. v. § 1 Rdn. 8; Löwe, JuS 1977 S. 424; Loewenheim, AcP 180 (1980) S. 437 f.

⁶ Vgl. die Begründung zum RegE, a.a.O., S. 13, 17; Dietlein, a.a.O.; Schlosser in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 2 Rdn. 1; Loewenheim, a.a.O.

Kern des Rechtsgeschäfts der Einbeziehung von AGB sind deshalb die Willenserklärungen des Kunden und des Verwenders.

Diese Willenserklärungen, mit denen die Vertragsschließenden zum Ausdruck bringen, daß bestimmte AGB für den Individualvertrag maßgebend sein sollen, können mit den Vertragserklärungen zusammenfallen, müssen dies aber nicht. So können die Erklärung des Kunden, er wolle den Vertrag abschließen, und seine AGB-Erklärung in einer einzigen Willenserklärung enthalten sein. Denn die Einbeziehungsvereinbarung ist grundsätzlich kein besonderer Vertrag oder ein gesondertes Rechtsgeschäft⁸. Das gleiche gilt für den Hinweis des Verwenders auf seine AGB. Dieser Hinweis kann Bestandteil der Vertragserklärung des Verwenders sein. Eine Vielzahl von Willenserklärungen ist, wenn sie auch möglich ist, keinesfalls erforderlich⁹. Deutlich wird dies bei Formularverträgen, wo die Einbeziehungsabrede ununterscheidbar mit dem übrigen Vertrag zusammenfällt¹⁰. Aber auch wenn die Einbeziehungserklärungen der Parteien nicht als selbständige Willenserklärungen abgegeben werden, müssen sie allen Anforderungen an rechtsgeschäftliche Willenserklärungen genügen.

Die Einbeziehungserklärungen der Parteien sind nicht immer unproblematisch. Dabei werfen die Willenserklärung des Kunden und die des Verwenders unterschiedliche Schwierigkeiten auf. Beim Verwender ändern die besonderen Anforderungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz die Voraussetzungen des äußeren Tatbestandes der auf AGB-Einbeziehung gerichteten Willenserklärung. Am inneren Tatbestand wird es selten mangeln, denn der Verwender ist derjenige, der seine Bedingungen einbezogen wissen will. Umgekehrt kann es beim Kunden am Wil-

⁷ Die AGB können aber u. U. als Willenserklärung des Verwenders zu berücksichtigen sein, vgl. H.-D. Braun, BB 1978 S. 24. Das setzt freilich voraus, daß die in ihnen enthaltenen Erklärungen dem Empfänger zugegangen sind. Zu den Voraussetzungen des Zugangs eines klauselmäßigen nachträglichen Eigentumsvorbehalts vgl. BGH NJW 1979 S. 213 (214) und NJW 1982 S. 1749 (1750).

⁸ Erman / H. Hefermehl, § 2 AGBG Rdn. 2; Koch/Stübing, AGB, § 2 Rdn. 5; Kötz in MünchKomm., § 2 AGBG Rdn. 4; Löwe, a.a.O., § 2 Rdn. 5; Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG Anm. 1 a; Schlosser in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 2 Rdn. 27; Staudinger/Schlosser, 12. Aufl., § 2 AGBG Rdn. 2; Raiser, Das Recht der AGB, S. 131, 152; vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 215.

⁹ Schlosser in Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, § 6 Rdn. 8; vgl. Raiser, Das Recht der AGB, S. 152.

¹⁰ Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG Anm. 1 a. Formularverträge bereiten, was die Willenserklärungen der Parteien angeht, sehr viel weniger Probleme als die Einbeziehung gesonderter AGB. Mit ihrer Unterschrift unter den Vertrag geben die Parteien ihr Einverständnis mit der Geltung der vorformulierten Bedingungen zu erkennen. Der Kunde kann sich nicht darauf berufen, er habe nicht gewußt, daß überhaupt AGB einbezogen werden sollten. Möglich bleiben nur Fehlvorstellungen über den Inhalt der AGB.