

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort zur 3. Auflage</i> .....	V
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	XXV
<i>Literaturverzeichnis</i> .....	XXIX

## Teil 1

### Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

#### 1. Kapitel

##### Die Vertragsbedingungen

I. Begriff der Vertragsbedingungen .....	1
1. Vertragsabschlussklauseln .....	1
2. Interne Anweisungen .....	5
II. Einseitige Erklärungen des Verwenders .....	6
1. Haftungsausschluss bei Eröffnung einer Gefahrenquelle .....	6
2. Aushänge im Supermarkt .....	7
3. Erklärungen im Grundbuchverfahren .....	10
4. Rundschreiben des Verwenders an seine Kunden .....	10
5. Wissenserklärungen .....	10
III. Vom Verwender vorformulierte einseitige Erklärungen der Gegenseite .....	11
1. Einwilligung des Patienten in ärztlichen Eingriff .....	11
2. Einverständnis mit Werbung oder Datenweitergabe .....	11
3. Separate Haftung unbeteiligter Dritter .....	14
4. Vorformulierte Vertragsangebote der Gegenseite .....	14
5. Vorformulierte einseitige Erklärungen der Gegenseite zur Konkretisierung der vertraglichen Leistung .....	15
6. Vorformulierte Bestätigung von Tatsachen .....	16
IV. Öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnisse .....	17

#### 2. Kapitel

##### Die „Vorformulierung“ für eine „Vielzahl“ von Verträgen

I. Die Gefährdungslage bei der Verwendung von AGB .....	19
II. Vorformulierung .....	19
1. Allgemeine Begriffsbestimmung .....	19
2. Vorformulierung durch Dritte .....	20
3. Die Vorformulierung „im Kopf“ des Verwenders .....	20
4. Handschriftliche Ergänzungen in vorformulierten Klauseln .....	20
III. Vielzahl von Verträgen .....	24

1. Das entscheidende Kriterium: Die Absicht mehrfacher Verwendung .....	24
2. Voraussetzungen einer „Vielzahl“ von Verträgen .....	25
3. Insbesondere öffentliche Ausschreibungsbedingungen .....	26
4. Kontrolle vorformulierter einzelvertraglicher Bedingungen in Verbraucherverträgen .....	27
a) Zurechnung der Verwendung .....	27
b) Einflussmöglichkeit des Verbrauchers .....	28

### 3. Kapitel

#### Das „Stellen“ von Vertragsbedingungen durch den Verwender

I. Funktionen des Begriffs „stellen“ .....	29
II. Zurechnungsfragen .....	29
1. Einseitige Veranlassung der Einbeziehung .....	29
a) Grundsatz .....	29
b) Vertragsangebot auf Formular der Gegenseite .....	29
c) Vorauseilender Gehorsam des anderen Vertragsteils .....	30
2. Beiderseitige Veranlassung der Einbeziehung .....	30
3. Einbeziehung durch Dritte .....	32
a) Verhandlungsgehilfen .....	33
b) Interne Vertragsmuster eines Notars .....	34
c) Von einer Vertragsseite gestellte notarielle Vertragsmuster .....	38
d) Einbeziehung von AGB bei Internet-Auktionen .....	39
4. Die Fiktion des § 310 III Nr. 1 BGB .....	40
III. „Gestellte“ und „ausgehandelte“ Bedingungen: Die Abgrenzung von AGB und Individualabrede .....	41
1. Die Einschränkung der AGB-Definition in § 305 I 3 BGB .....	41
2. Voraussetzungen einer Individualabrede .....	41
3. Beweisfragen .....	47

## Teil 2

### Die Einbeziehung von AGB in den Vertrag

#### 1. Kapitel

##### Die Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 305 II BGB

I. Die Erfordernisse des § 305 II BGB .....	49
II. Persönlicher Geltungsbereich und Bereichsausnahmen .....	49
III. Einbeziehung von AGB und Rechtsgeschäftslehre des BGB .....	50
1. Das Konsensprinzip .....	50
2. Keine konkludente Einbeziehung von AGB .....	50
3. Rechtsfolgen misslungener Einbeziehung von AGB .....	50
IV. Der Hinweis des Verwenders auf die AGB .....	50
1. Hinweis bei Vertragsschluss .....	51
a) Hinweise nach Vertragsschluss .....	51
b) Hinweise vor Vertragsschluss .....	53

c) Hinweis bei verzögertem Vertragsschluss .....	55
2. Die Anforderungen an einen ausdrücklichen „Hinweis“ .....	55
a) Schriftlicher Vertragsschluss .....	55
b) Mündlicher Vertragsschluss .....	56
c) Hinweis auf geänderte AGB .....	56
d) Vertragsschluss im Internet .....	57
3. Der „deutlich sichtbare Aushang“ .....	57
a) Unverhältnismäßige Schwierigkeiten beim ausdrücklichen Hinweis .....	58
b) Anforderungen an einen „deutlich sichtbaren“ Aushang .....	59
V. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme von den AGB .....	60
1. Die Obliegenheit des Verwenders nach § 305 II Nr. 2 BGB .....	60
2. Die Anforderungen an eine „zumutbare“ Möglichkeit der Kenntnisnahme ...	61
a) Wege der Kenntnisnahme vom Text der AGB .....	61
b) Unaufgeforderte Verschaffung der Kenntnismöglichkeit .....	64
c) Verständlichkeit .....	64
aa) Einbeziehungskontrolle, Unklarheitenregel und Transparenzgebot ....	64
bb) Sprache .....	65
cc) Übersichtlichkeit .....	66
dd) Verwendung juristischer Fachbegriffe .....	66
ee) Verweisung auf gesetzliche Vorschriften .....	68
ff) Insbesondere die Klausel „soweit gesetzlich zulässig“ .....	69
gg) Verweisung auf andere Klauselwerke .....	70
hh) Dynamische Verweisung .....	72
d) Lesbarkeit .....	73
e) Rücksichtnahme auf erkennbare körperliche Behinderung .....	73
f) Der für die Möglichkeit der Kenntnisnahme maßgebliche Zeitpunkt .....	74
g) Unzulässige Bestätigungsklauseln .....	75
VI. Das Einverständnis des Kunden .....	75
1. Grundsatz: Vertragsunterschrift als konkludentes Einverständnis .....	75
2. Freizeichnung von Verkehrssicherungspflichten .....	76
3. Vorformuliertes Einverständnis des Kunden? .....	78
VII. AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr .....	78
1. Die Bedeutung des § 310 I 1 BGB .....	78
2. Der Hinweis des Verwenders auf die AGB .....	78
a) Entbehrlichkeit eines ausdrücklichen persönlichen Hinweises .....	78
b) Branchentypische AGB .....	79
c) Laufende Geschäftsverbindung .....	81
d) Einbeziehung von AGB während laufender Verhandlungen .....	82
aa) Auftragsbestätigung (Annahme des Vertragsangebots) .....	82
bb) Bestätigungsschreiben .....	83
e) Nachträglicher Hinweis .....	84
3. Die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme von AGB .....	85
VIII. Kollidierende AGB .....	85
1. Problemstellung .....	85
2. Die „Theorie des letzten Wortes“ .....	85
3. Der richtige Lösungsweg: Grundsätzliche Nichteinbeziehung sämtlicher AGB ...	86

4. Konsequenz: Das dispositive Gesetzesrecht als Vertragsregime .....	88
a) Grundsatz .....	88
b) Teilkongruenz von AGB .....	88
c) Einseitig geregelte AGB .....	89
d) In Sonderheit: Meinungsverschiedenheiten über die Einbeziehung eines einfachen Eigentumsvorbehalts .....	91

## 2. Kapitel

### Überraschende Klauseln

I. Die Eliminierung überraschender Klauseln als Teil der Einbeziehungskontrolle ....	94
1. Nichteinbeziehung überraschender Klauseln trotz Einverständnisses des Kunden .....	94
2. Abgrenzung zur Inhaltskontrolle .....	94
3. Das Kompensationsverbot .....	95
4. Abgrenzung zum Vorrang der Individualabrede .....	95
II. Zum Geltungsbereich des § 305c I BGB .....	96
1. Persönlicher Geltungsbereich .....	96
2. Sachlicher Geltungsbereich .....	96
III. Kriterien für die Beurteilung des überraschenden Charakters einer Klausel .....	97
1. Objektiv ungewöhnliche Klauseln .....	97
a) Allgemeine Definition .....	97
b) Die Irrelevanz der Branchenüblichkeit .....	98
c) Überrasungsklauseln und gesetzliche Regelung .....	99
d) Ungewöhnliche Bestimmung des Inhalts vertraglicher Leistungspflichten ...	100
aa) Atypische Pflichten .....	100
bb) Einseitige Verschiebung des Gegenseitigkeitsverhältnisses .....	100
cc) Von Kundenerwartung abweichender Vertragsinhalt .....	103
dd) Leistungsstörungen .....	105
e) Ungewöhnliche Bestimmungen zur Vertragsdurchführung .....	106
f) Ungewöhnliche Klauseln zur Bereinigung rechtlicher Auseinandersetzungen ...	109
g) Formerfordernisse .....	109
h) „Versteckte“ Klauseln .....	110
i) „Abzockfallen“ .....	112
j) Statusklauseln .....	113
2. Das subjektive Überraschungsmoment .....	114
a) Kausale Verknüpfung zwischen Ungewöhnlichkeit und Überraschungseffekt ...	114
b) Ausschluss des Überraschungseffekts .....	115
aa) Ausdrücklicher mündlicher Hinweis .....	115
bb) Besondere Hervorhebung in der Struktur des Vertragstextes .....	115
cc) Drucktechnische Hervorhebung .....	116
dd) Notarielle Belehrung .....	117
IV. Beweislast .....	117
V. Rechtsfolgen .....	117

## Teil 3

### Die inhaltliche Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

#### 1. Kapitel

##### Das Verhältnis von Auslegung und Inhaltskontrolle im AGB-Recht

I. Das Gebot der objektiven Auslegung von AGB .....	118
1. Gleichförmige Verwendung – gleichförmige Auslegung .....	118
2. Das Verbot der Einzelfallbetrachtung .....	119
3. Die Bestimmung der maßgeblichen Verkehrskreise .....	120
4. Interpretation von Fachbegriffen .....	121
a) Der allgemeine Sprachgebrauch .....	121
b) Legal definierte Begriffe .....	122
c) Sonstige Fachausdrücke der Rechtssprache .....	123
d) Medizinische und technische Fachausdrücke .....	125
5. Einigkeit der Parteien über die Auslegung von AGB .....	126
II. Die Unklarheitenregel des § 305c II BGB .....	126
1. Auslegungszweifel .....	126
a) Vorrang der Auslegung .....	126
b) Maßstab .....	129
c) Zur Abgrenzung: Einseitige Leistungsbestimmungsrechte .....	130
d) Unklarheit und gesetzliche Regelung .....	131
e) Freizeichnungsklauseln .....	131
f) Vertragsbeendigungsklauseln .....	132
g) Werkverträge .....	134
h) Kreditsicherheiten .....	134
i) Versicherungsbedingungen .....	137
j) Verbraucherschutz .....	140
k) Weitere Fälle .....	140
2. Die sog. „kundenfeindliche“ und „kundenfreundliche“ Auslegung .....	140
a) Zur Erläuterung des Begriffspaares .....	140
b) Verbandsprozess .....	141
aa) Grundsatz .....	141
bb) Beispiele .....	142
cc) Grenzen .....	146
c) Individualprozess .....	149
aa) Das Prinzip .....	149
bb) Der Günstigkeitsvergleich .....	149
cc) „Enge“ und „weite“ Auslegung von AGB .....	152

#### 2. Kapitel

##### Grundlagen der Inhaltskontrolle

I. Die Kontrollschranke des § 307 III 1 BGB .....	154
1. Rechtspolitische Rechtfertigung .....	154
2. Ungeschriebene „Rechtsvorschriften“ .....	154
a) Das Standardbeispiel: Vertragsbindung .....	154
b) Freizeichnung von der eigenen Leistungspflicht .....	155

c) Preisanpassungsklauseln .....	161
aa) Preisabreden und Preisnebenabreden .....	161
bb) Kontrollmaßstab .....	161
cc) Die Tagespreisklausel im Kfz-Handel .....	162
dd) Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen .....	162
ee) Zinsanpassungsklauseln .....	168
ff) Preisanpassung in sonstigen Fällen .....	169
d) Entgeltklauseln in Kontoführungsverträgen .....	171
aa) Kein Entgelt für die Erfüllung gesetzlicher Pflichten .....	172
bb) Kein Entgelt für Tätigkeit im Eigeninteresse .....	174
cc) Kein Entgelt für allgemeine Betriebskosten .....	177
dd) Kritik im Schrifttum .....	180
e) Entgeltklauseln bei sonstigen Bankgeschäften .....	180
f) Entgeltklauseln in anderen Verträgen .....	187
aa) Vertragsaufertigungsgebühren .....	187
bb) Gebühren für die primäre Erfüllungshandlung des Verwenders .....	187
cc) Gebühren für die Wahl bestimmter Zahlungsmodalitäten .....	188
dd) Gebühren für sonstige Handlungen im Zuge der Vertragserfüllung .....	188
ee) Gebühren für die Einstellung oder Nichterbringung von Leistungen .....	189
ff) Gebühren für die Rückabwicklung von Leistungen .....	190
gg) Die Platzmietpauschale im Gebrauchtwagenhandel .....	191
hh) Reservierungsgebühren .....	191
ii) Zusammenfassung .....	192
g) Der Grundsatz der Selbstbestimmung über die eigenen Rechtsverhältnisse .....	193
3. Die Kontrolle von Abreden über die Modalitäten der Leistung .....	196
a) Fälligkeitsklauseln .....	196
b) Leistungshandlungs- und Leistungserfolgsort .....	197
c) Vorleistungsklauseln .....	198
d) Aufrechnungsverbote .....	202
II. Das System der Inhaltskontrolle .....	203
III. Das Transparenzgebot .....	204
1. Anwendungsbereich .....	204
2. Verhältnis zur Unklarheitenregel .....	204
3. Einzelfälle .....	206
a) Mehrdeutige oder schwammige Formulierungen .....	206
b) Unklarer Anknüpfungspunkt für die Pflichten des Klauselgegners .....	207
c) Besondere gesetzliche Transparenzanforderungen .....	207
d) Verweisung auf vertragsexterne Schriftstücke .....	208
e) Verschleierung der Gesetzeslage .....	208
f) Verweisung auf gesetzliche Vorschriften .....	209
g) Widersprüchliche AGB .....	210
h) Fremdsprachige AGB .....	211
IV. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion .....	211
1. Grundsatz .....	211
2. Einzelfälle .....	212
3. Der „blue-pencil-Test“ .....	213
4. Branchenbedingte Ausnahmen .....	216
5. Die „ergänzende Auslegung“ von AGB .....	216

6. Salvatorische Klauseln .....	222
7. Keine Inhaltskontrolle zugunsten des Verwenders! .....	223
V. Erlaubte und verbotene Kompensation .....	224
1. Erlaubte Kompensation durch funktionsgleiche Regelungen .....	224
2. Keine Kompensation unwirksamer AGB durch günstige Preise .....	225

## Teil 4

### Praxisrelevante Einzelprobleme

#### 1. Kapitel

##### Die verzögerte Leistung

I. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung .....	226
1. Überblick über die Verzugsvoraussetzungen nach geltendem Recht .....	226
a) Fälligkeit und Mahnung .....	226
b) Entbehrliche Mahnung bei kalendermäßiger Bestimmung der Leistungszeit ...	227
c) Entbehrliche Mahnung bei Erfüllungsverweigerung .....	228
d) Entbehrliche Mahnung in sonstigen Fällen .....	228
2. Allgemeiner Kontrollmaßstab für Verzugsregelungen in AGB .....	228
3. Fälligkeitszinsen .....	229
4. Verzögerungspauschalen .....	230
a) Verzicht auf das Erfordernis einer Mahnung .....	231
b) Pauschalierung der Schadenshöhe .....	231
aa) AGB des Gläubigers .....	231
bb) AGB des Schuldners .....	232
5. Kosten der Erstmahnung .....	233
6. Zahlungsfristen in Abhängigkeit von Lieferung oder Rechnungszugang .....	234
a) Der Ausgangspunkt des Problems: § 286 III BGB .....	234
b) AGB des Zahlungsgläubigers .....	235
c) AGB des Zahlungsschuldners .....	238
7. Betriebsausfallschäden nach mangelhafter Lieferung .....	240
a) Das geltende Recht .....	240
b) Gestaltung in AGB .....	242
aa) Entgangener Gewinn vor Fälligkeit? .....	242
bb) Einschränkung des Leistungsangebots des Schuldners? .....	243
cc) Summenmäßige Haftungsbeschränkung .....	243

#### 2. Kapitel

##### Die endgültig nicht erbrachte Leistung

I. Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt bei Ausbleiben einer möglichen und fälligen Leistung .....	245
1. Überblick über das geltende Recht .....	245
a) Grundsatz: Keine Sekundärrechte ohne Nachfrist .....	245
b) Mehrfache Fristsetzung nach Teil- oder Schlechtleistung? .....	245
c) Teilleistung als Schlechtleistung? .....	246

d) Schadensersatz beim relativen Fixgeschäft .....	247
e) Die Schwebezeit nach Ablauf der Nachfrist .....	249
aa) Erfüllungsverlangen nach Fristablauf .....	250
bb) Ablehnungsrecht des Gläubigers nach Fristablauf? .....	250
cc) Gegenfrist des Schuldners? .....	251
2. AGB des Gläubigers: Keine Freizeichnung vom Erfordernis der Fristsetzung ....	251
a) Wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung: Nachfrist als letzte Chance für den Schuldner .....	252
b) Fixklauseln .....	253
c) Dauerschuldverhältnisse .....	253
3. AGB des Gläubigers: Keine Verlängerung des Wahlrechts zwischen Erfüllung und Schadensersatz .....	254
4. AGB des Schuldners: Keine Erschwerung des Übergangs auf Sekundärrechte ...	254
a) Der erfolglose Fristablauf als Grenze der Zumutbarkeit für den Gläubiger ...	255
b) Vorbehalt an sich entbehrlicher Nachfristsetzung in AGB des Schuldners ....	255
c) Doppelfristvorbehalt in AGB des Schuldners .....	256
aa) Teilleistung nach Fristsetzung .....	256
bb) Schlechtleistung nach Fristsetzung .....	258
d) Vorformulierte Nachfristdauer in AGB des Schuldners .....	259
e) Ablehnungsandrohung als Voraussetzung für Schadensersatz und Rücktritt ...	260
f) Totalrechte bei Teilleistung .....	261
g) Totalrechte bei Schlechtleistung .....	262
h) Erschwerte Ausübung der Sekundärrechte .....	264
i) Verschuldensabhängiges Rücktrittsrecht .....	265
II. Schadensersatz statt der unmöglichen Leistung und Rücktritt wegen	
Unmöglichkeit der Leistung .....	265
1. Überblick über das geltende Recht .....	265
a) Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit .....	265
b) Der Begriff der Unmöglichkeit .....	266
c) Vorübergehende Unmöglichkeit .....	266
d) Unverhältnismäßiger Leistungsaufwand .....	269
e) Der Anspruch auf die Gegenleistung .....	271
f) Schadensersatz und Pflichtverletzung .....	271
2. Garantiehftung des Schuldners durch AGB des Gläubigers .....	272
3. Haftungsbeschränkung auf das negative Interesse in AGB des Schuldners ....	272
4. Vorübergehende Unmöglichkeit .....	272
a) Vorübergehende Befreiung von der Leistungspflicht .....	273
b) Rücktritt des Gläubigers .....	274
5. Gefahrtragungsregeln in AGB .....	274
a) Ohne Leistung keine Gegenleistung .....	275
b) Annahmeverzug des Gläubigers .....	275
III. Das Zusammentreffen mehrerer Rechtsbehelfe des Gläubigers in AGB des Schuldners .....	276
1. Ausschluss des Schadensersatzanspruchs nach erklärtem Rücktritt .....	276
2. Gegenfristvorbehalt des Schuldners .....	277



### 3. Kapitel

#### Der Umfang der vertraglichen Haftung

I. Haftungsbeschränkungen .....	279
1. Selbstbelieferungsklauseln .....	279
2. Haftungsbeschränkung dem Grunde nach .....	282
a) Kein Ausschluss der Vorsatzhaftung .....	282
b) Kein Ausschluss der Haftung für Personenschäden .....	283
c) Kein Ausschluss der Haftung für grobes Verschulden .....	283
d) Kein Ausschluss der Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten .....	284
aa) Grundsatz .....	284
bb) Formulierung einer Haftungsfreizeichnungsklausel .....	285
cc) Hauptleistungspflicht als „wesentliche Vertragspflicht“ .....	286
dd) Rechtzeitige Leistung als „wesentliche Vertragspflicht“ .....	287
ee) Informations- und Obhutspflichten als „wesentliche Vertragspflichten“ ...	287
ff) Das Sonderproblem: Befreiung von der Pflicht zum Aufwendungsersatz nach § 284 BGB? .....	288
(1) Überblick über das geltende Recht .....	288
(2) Freizeichnungssperre für den Aufwendungsersatzanspruch in AGB? ...	291
gg) „Unwesentliche“ Vertragspflichten .....	291
e) Umgehungsversuche .....	292
f) Gefährdungshaftung .....	293
3. Haftungsbeschränkung der Höhe nach .....	294
a) Anwendungsbereich des § 309 Nr. 7 BGB .....	294
b) Verletzung von Kardinalpflichten .....	294
c) Transparenzgebot .....	296
d) Sonderregeln .....	297
4. Haftungsbeschränkung durch zeitliche Begrenzung der Einstandspflicht .....	297
5. Haftungsbeschränkung durch zeitliche Hinausschiebung der Einstandspflicht ...	300
6. Ausschluss des Geldersatzes als Variante der Schadenskompensation .....	300
II. Haftungserweiterungen .....	301
1. Auferlegung einer verschuldensunabhängigen Haftung .....	301
2. Pauschalierter Schadensersatz .....	302
a) Das schadensrechtliche Bereicherungsverbot .....	302
b) Die Reichweite der Inhaltskontrolle .....	302
c) Insbesondere überhöhte Schadenspauschalen .....	304
d) Insbesondere Schadenspauschalen ohne Nachweisvorbehalt .....	306
e) Insbesondere die Pauschalierung des Aufwendungsersatzanspruchs aus § 284 BGB .....	307
3. Ausschluss der Vorteilsanrechnung .....	308
4. Vertragsstrafen .....	309
a) Doppelfunktion der Vertragsstrafe .....	309
b) Das Klauselverbot des § 309 Nr. 6 BGB .....	309
c) Ergänzende Inhaltskontrolle nach § 307 BGB .....	310
aa) Voraussetzungen der Vertragsstrafe .....	311
bb) Höhe der Vertragsstrafe .....	311
cc) Verhältnis zu konkurrierenden Schadensersatzansprüchen .....	312

## 4. Kapitel Rückabwicklung von Verträgen

I. Der Anwendungsbereich der §§ 346 ff. BGB .....	313
II. Rücktrittsvorbehalt .....	313
III. Pauschalierter Nutzungsersatz .....	315
IV. Pauschalierter Aufwendungsersatz .....	317
V. Wertersatz für Verschlechterungen infolge bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme .....	320
VI. Verschärfung des Haftungsmaßstabs beim gesetzlichen Rücktritt .....	320
VII. Verweigerung der Rückgewähr .....	322

## 5. Kapitel Kaufrecht

I. Vertragsbindung .....	323
1. Frist für die Bindung des Kunden an sein Angebot .....	323
2. Vertragslaufzeitklauseln .....	325
II. Liefer- und Zahlungstermine .....	326
III. Änderung der Leistungspflicht .....	327
1. Änderungen in der Leistung des Verkäufers .....	327
2. Preisänderungen .....	329
IV. Begründung von zusätzlichen Haupt- und Nebenpflichten .....	329
V. Gefahrtragung .....	330
VI. Gewährleistung für Sach- und Rechtsmängel .....	332
1. Kontrollmaßstab .....	332
2. Totalausschluss von Gewährleistungsrechten .....	332
a) Rechtsgrundlagen der Inhaltskontrolle .....	332
b) Insbesondere das Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b aa) BGB .....	333
c) Sonderangebote .....	335
d) Umtausch und Reklamation .....	336
e) Garantie anstelle gesetzlicher Gewährleistung .....	336
f) Sanktionen für die Inanspruchnahme von Gewährleistungsrechten .....	337
g) Agenturgeschäfte .....	338
aa) Der Tatbestand des Umgehungsgeschäfts .....	338
bb) Die Rechtsfolgen des Umgehungsgeschäfts .....	339
3. Mangelbegriff .....	339
4. Maßgeblicher Zeitpunkt .....	340
a) Überblick über das geltende Recht .....	340
b) Klauselgestaltung .....	342
aa) Einkaufsbedingungen .....	342
bb) Verkaufsbedingungen .....	344
5. Der Anspruch auf Nacherfüllung .....	345
a) Nacherfüllungswahlrecht .....	345
b) Bindung an die Wahl? .....	346
c) Nachlieferung beim Stückkauf .....	347
d) Ausschluss des Nacherfüllungsanspruchs .....	349

6. Das Rücktrittsrecht .....	349
a) Ausschluss und Beschränkung des Rücktrittsrechts .....	349
b) Ausdrücklicher Vorbehalt des Rücktrittsrechts .....	350
c) Vertragskosten .....	352
7. Das Minderungsrecht .....	352
8. Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Mängeln der Kaufsache .....	353
a) Überblick über das geltende Recht .....	353
aa) Typologie der Schadensersatzansprüche .....	353
bb) Die Umschreibung der maßgeblichen Pflichtverletzung .....	353
b) Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit .....	355
c) Das Problem der eigenmächtigen Selbstvornahme .....	355
aa) Die Rechtslage nach geltendem Recht .....	355
bb) Gestaltungsmöglichkeiten in AGB .....	357
9. Rügeobliegenheiten .....	357
a) Begründung von Rügeobliegenheiten .....	357
aa) Geschäftsverkehr mit Verbrauchern .....	357
bb) Unternehmerischer Geschäftsverkehr .....	359
b) Ausschluss der Rügeobliegenheit .....	360
10. Verjährungsfragen .....	361
a) Überblick über die gesetzliche Regelung .....	361
aa) Die Fristen des § 438 BGB .....	361
bb) Die Unwirksamkeit des Rücktritts nach Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs (§ 218 BGB) .....	362
b) Die Verjährung des Rückzahlungsanspruchs nach erklärtem Rücktritt des Käufers .....	363
aa) Die Rechtslage nach geltendem Recht .....	363
bb) Klauselgestaltung .....	364
c) Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs während der Nacherfüllungsfrist .....	365
aa) Die Rechtslage nach geltendem Recht .....	365
bb) Klauselgestaltung .....	366
d) Kettengewährleistung .....	367
aa) Rechtslage nach geltendem Recht .....	367
bb) Klauselgestaltung .....	368
e) Die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz von Mangelfolgeschäden .....	369
aa) Die Rechtslage nach geltendem Recht .....	369
bb) Klauselgestaltung .....	370
f) Vertragliche Modifizierung der gesetzlichen Verjährungsfrist .....	370
aa) Kontrollmaßstäbe .....	370
bb) Verlängerung der Verjährung .....	371
cc) Verkürzung der Verjährung .....	372
11. Garantien .....	373
a) Vertretenmüssen .....	373
b) Eigene Anspruchsgrundlage .....	373
c) Klauselgestaltung .....	374
aa) Begründung einer Garantie .....	374
bb) Umfang des Garantieanspruchs .....	374

12. Der Anspruch des Käufers auf Rückholung der mangelhaften Kaufsache .....	379
a) Das Problem .....	379
b) Abtransport der mangelhaften Sache .....	380
c) Verbrauchsgüterkauf .....	381
aa) Europarechtliche Vorgaben .....	381
bb) Aus- und Einbaukosten als Teil der Nacherfüllung? .....	381
cc) Aus- und Einbaukosten beim Schadensersatz statt der ganzen Leistung ....	383
dd) Aus- und Einbaukosten beim mangelbedingten Rücktritt des Käufers .....	384
d) Andere Kaufverträge .....	385
aa) Ausbau der mangelhaften Sache .....	386
bb) Einbau der neu gelieferten mangelfreien Sache? .....	387
cc) Klauselgestaltung für das Aus- und Einbauproblem nach heutigem Recht .....	388
e) Zusammenfassung zur seit dem 1.1.2018 geltenden Rechtslage .....	389
13. Erfüllungsort .....	390
a) Überblick über die gesetzliche Regelung .....	390
b) Klauselgestaltung .....	392

## 6. Kapitel

### Mietverträge

I. Preisabreden .....	393
II. Instandhaltung des Mietobjekts .....	394
1. Schönheitsreparaturen .....	394
a) Grundsätzlich zulässige Abwälzung auf den Mieter .....	394
b) Unzulässiger starrer Fristenplan .....	395
c) Zu kurze Fristen .....	397
d) Unzulässige Endrenovierungsklauseln .....	397
e) Unzulässige Abgeltungsklauseln .....	398
f) Unzulässige Verwendung bei unrenoviertem Mietobjekt .....	399
g) Unzulässige Durchführungsbestimmungen .....	401
h) Unzulässiger Umfang der Schönheitsreparaturen .....	403
i) Rechtsfolge unzulässiger Überwälzung von Schönheitsreparaturen .....	405
aa) Unwirksamkeit der Renovierungsklausel im Ganzen .....	405
bb) Mieterhöhung? .....	407
cc) Bereicherungsausgleich bei nicht geschuldeter Renovierung .....	409
dd) Schadensersatz .....	410
j) Zulässige Freizeichnung von der eigenen Renovierungspflicht .....	410
k) Zulässiger Schönheitsreparaturen-Zuschlag .....	411
l) Gestaltungsvorschlag .....	412
m) Checkliste für die gerichtliche Auseinandersetzung .....	413
2. Kleinreparaturen .....	413
III. Modalitäten der Nutzung des Mietobjekts .....	416
1. Betriebspflicht bei Gewerbeimmobilien .....	416
2. Bauliche Veränderungen am Mietobjekt .....	418
3. Tierhaltung in Mietwohnungen .....	419
4. Persönliche Lebensgewohnheiten des Mieters .....	420
5. Besichtigung des Mietobjekts durch den Vermieter .....	420

IV. Nebenleistungen .....	421
1. Undefinierte Zusatzleistungen des Vermieters .....	421
2. Betriebskosten .....	422
3. Aufgezwungene Zusatzleistungen des Mieters .....	424
V. Leistungsstörungen .....	426
1. Zahlungsverzug .....	426
2. Gefahrtragung .....	427
3. Minderung der Miete .....	428
a) Endgültiger Minderungsausschluss .....	428
b) Vorläufiger Minderungsausschluss .....	429
c) Kombination von Minderungs- und Aufrechnungsausschluss .....	430
d) Vertragskonformer Minus-Standard kraft Vereinbarung? .....	431
4. Schadensersatzhaftung des Vermieters für Mängel .....	431
5. Haftung des Mieters für Schäden am Mietobjekt .....	432
VI. Vertragslaufzeit .....	433
1. Gemischttypische Verträge .....	433
2. Kündigungsausschluss bei der Raummiete .....	434
3. Sonderkündigungsrechte .....	435
4. Stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses .....	435

## 7. Kapitel Werkverträge

I. Vorbemerkungen .....	437
1. Die Ablösung des BGB-Gewährleistungsregimes durch die Verdingungsordnung für Bauleistungen .....	437
2. Zur Person des „Verwenders“ im Bauvertrag .....	438
II. Klauseln bezüglich der primären Vertragspflichten .....	439
1. Grundsatz: Kontrollfreie Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung .....	439
2. Massenpreise .....	440
3. Änderungsvorbehalte .....	441
4. Arbeitsaufwand außerhalb der primären Vertragsleistung .....	442
a) AGB des Bestellers .....	442
b) AGB des Unternehmers .....	442
5. Vergütung zusätzlicher Leistungen .....	444
a) Die Interessenlage .....	444
b) Ausschluss der Vergütung von Zusatzleistungen .....	444
c) Formerfordernis als Hürde für Erfüllungsansprüche .....	445
aa) AGB des Bestellers .....	445
bb) AGB des Unternehmers .....	446
d) Vergütung unabhängig vom Interesse des Bestellers .....	446
6. Die Schlussrechnung im Bauvertrag .....	447
a) Abzugsposten in der Schlussrechnung .....	447
aa) Pauschalierung von Kosten .....	447
bb) Mittelbare Begründung von Nebenpflichten .....	448
b) Vollständigkeitserfordernis .....	450

7. Fälligkeitsabreden .....	450
a) AGB des Bauherrn .....	451
b) AGB des Bauunternehmers .....	452
c) Fälligkeit im Angesicht von Baumängeln .....	453
d) AGB des Unternehmers bei anderen Werken .....	454
8. Sicherung des Vergütungsanspruchs .....	454
a) Die Sicherung des Bauhandwerkers .....	454
b) Unternehmerpfandrecht an beweglichen Sachen .....	456
9. Verjährung des Vergütungsanspruchs .....	457
10. Vergütungspflicht für Kostenvoranschläge .....	458
a) Interessenlage .....	458
b) Einbeziehungskontrolle .....	458
c) Inhaltskontrolle .....	459
11. Ausschluss von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrechten .....	460
a) Zum Verhältnis von Aufrechnung und Zurückbehaltung .....	460
b) Insbesondere: Ausschluss der Einrede des nicht erfüllten Vertrags .....	460
III. Klauseln bezüglich der Abnahme .....	461
1. Die rechtliche Bedeutung der Abnahme .....	461
2. Formale Anforderungen an die Abnahme .....	461
3. Hinausschieben des Abnahmezeitpunkts .....	461
4. Vorverlagerung des Abnahmezeitpunkts .....	463
IV. Formulärmäßige Vertragsstrafen .....	466
1. Gesetzliche Kontrollmaßstäbe .....	466
2. Die Funktion der Vertragsstrafe .....	466
a) Regelungszweck: Schadensersatz .....	467
aa) Bemessungseinheit .....	467
bb) Höchstbetrag .....	467
b) Regelungszweck: Verhaltenssteuerung .....	470
aa) Kumulation der Vertragsstrafzwecke .....	470
bb) Keine Vertragsstrafe für Störungen außerhalb des Verantwortungsbereichs des Klauselgegners .....	470
cc) Das Gebot der Abwendbarkeit der Vertragsstrafe .....	471
3. Geltendmachung der Vertragsstrafe .....	472
V. Gewährleistung .....	473
1. Interessenlage .....	473
2. Ausschluss von Sekundäransprüchen .....	473
a) Mitwirkungsobliegenheiten des Bestellers .....	473
b) Rücksichtspflichten des Unternehmers .....	474
c) Umfang des dem Besteller zustehenden Schadensersatzanspruchs .....	474
d) Formulierung einer Klausel zur Haftungsbegrenzung .....	475
3. Haftungsausschluss des Unternehmers bei Drittintervention .....	475
4. Verantwortlichkeit des Unternehmers für mangelhafte Fremdleistungen .....	476
5. Das Recht zur zweiten Andienung .....	477
6. Ausschluss des Rücktrittsrechts aus §§ 634 Nr. 3, 323 BGB .....	478
7. Änderung der Gewährleistungsfrist .....	478
a) Gesetzliche Ausgangslage .....	478

b) Verkürzung der Gewährleistungsfrist .....	480
c) Verlängerung der Gewährleistungsfrist .....	481
8. Sicherung von Gewährleistungsansprüchen .....	483
a) Interessenlage .....	483
b) Unzulässigkeit des „reinen“ Gewährleistungseinbehalts .....	483
c) Der ablösbare Gewährleistungseinbehalt .....	484
aa) Andere Sicherheiten als Ablösungsmittel .....	484
bb) Zeitpunkt der Entstehung des Ablösungsrechts .....	485
d) Vertragserfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaften .....	486
e) Kein Interesse des Bauherrn an unzulässigen AGB gegenüber Bürgen .....	489
f) Reichweite der Unwirksamkeitsfolgen .....	491
g) Zusammenfassung .....	492
VI. Klauseln bezüglich der Abwicklung nach Kündigung .....	493
1. Ausschluss des Kündigungsrechts aus § 648 BGB .....	493
2. Fortbestand des Werklohnanspruchs .....	493
a) Zulässige Pauschalierung in AGB des Unternehmers .....	493
b) Unzulässige Pauschalierung in AGB des Unternehmers .....	494
c) Zulässige Konkretisierung in AGB des Unternehmers .....	496
d) Unzulässige Beschränkung des Vergütungsanspruchs in AGB des Bestellers ....	497

## 8. Kapitel

### Bürgschaftsverträge

I. Vorbemerkungen .....	498
1. Das Beratungsziel des Anwalts bei Bürgschaftsmandaten .....	498
2. Vorsicht Falle: Kein blindes Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Rechtsprechung! .....	498
II. Klauseln zur Erweiterung des Sicherungsumfangs .....	499
1. Höchstbetragsbürgschaft .....	499
2. Globalbürgschaft .....	500
a) Überraschende Klausel? .....	501
aa) Die Vorstellung des Bürgen: Entstehen für den Anlasskredit .....	501
bb) Keine abweichende Beurteilung bei Höchstbetragsbürgschaften .....	502
cc) Ausschluss der Überraschungswirkung durch besonderen Hinweis auf die Globalklausel .....	502
b) Unangemessen benachteiligende Klausel? .....	503
aa) Verbot der Fremddisposition und Transparenzgebot .....	503
bb) Keine abweichende Beurteilung bei Höchstbetragsbürgschaften .....	504
cc) Kein Fortbestand der Bürgschaft bei Auswechslung des Hauptschuldners ...	504
c) Das Sonderproblem: Höchstbetragsbürgschaft für Kontokorrentkredit .....	504
d) Globalbürgschaften von Geschäftsführern und Mehrheitsgesellschaftern für Schulden der GmbH .....	505
aa) Künftige Forderungen .....	506
bb) Gegenwärtige Forderungen .....	507
e) Globalbürgschaft einer GmbH für Schulden ihrer Gesellschafter .....	508
f) Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Klausel .....	508

g) Globalzweckerklärung bei Sicherungsgrundschuld .....	509
h) Globalzweckerklärung bei Schuldbeitritt .....	510
i) Globalzweckerklärung im Garantievertrag .....	510
j) Zusammenfassung .....	511
3. Bürgschaft für unlimitierten Kontokorrentkredit .....	511
4. Formularmäßige Verpflichtung des Bürgen zur Bestellung weiterer Sicherheiten ...	513
5. Zeitbürgschaft .....	513
III. Ausschluss von Einreden .....	514
1. § 768 BGB .....	514
2. § 770 I BGB .....	515
a) Berufung des Bürgen auf tatsächlich erklärte Anfechtung .....	515
aa) Grundsatz .....	515
bb) Besonderheiten bei Darlehensbürgschaft .....	516
b) Berufung des Bürgen auf noch nicht erklärte, aber mögliche Anfechtung ...	518
3. § 770 II BGB .....	518
a) Der Grundsatz der Subsidiarität des Bürgen .....	518
b) Die Aufrechnung mit in ihrem Bestand ungewissen Forderungen .....	518
c) Die Aufrechnung mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen .....	519
aa) Das Insolvenzrisiko des Bürgen bei Ausschluss des § 770 II BGB .....	519
bb) Die Aufrechnung des Gläubigers mit schwach gesicherten Forderungen: Ein Einwand? .....	520
d) Besonderheiten bei von Banken abgegebenen Bürgschaften .....	521
e) Berufung auf bereits erklärte Aufrechnung .....	521
4. § 771 BGB .....	521
a) Grundsatz: Abdingbarkeit des § 771 BGB .....	521
b) Ausnahmen bei der Ausfallbürgschaft .....	522
IV. Ausschluss der Einwendung aus § 776 BGB .....	522
1. Grundsatz: Unwirksamkeit des Ausschlusses .....	522
2. Aufweichungen zugunsten des Gläubigers .....	523
V. Ausschluss akzessorischen Rechtsübergangs .....	524
1. Ausschluss des § 774 BGB in AGB des Gläubigers .....	524
2. Ausschluss des § 401 BGB in AGB des Bürgen .....	526
3. Exkurs: Lockerungen der Akzessorietät im Regressverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner .....	526
VI. Verstärkung der Akzessorietät .....	527
VII. Konkurrenz mit Drittsicherheiten in Banken-AGB .....	527
1. Die gesetzliche Ausgangslage .....	527
2. Die Klauselgestaltung der Banken .....	528



## Teil 5 Praxisbeispiele

### 1. Kapitel

#### Wie erkläre ich es meinem Mandanten?

I. Gescheiterter Ausschluss der Schadensersatzhaftung .....	530
II. Gescheiterter Ausschluss der Mängelgewährleistung .....	534
III. Gescheiterte Schadenspauschale .....	539
IV. Gescheiterte Schönheitsreparatur-Klausel .....	543

### 2. Kapitel

#### Worauf muss ich achten, wenn ich selbst AGB schreibe?

1. Vertragsbedingungen im Allgemeinen .....	547
2. Übergabe des Mietobjekts .....	547
3. Verwendung des Mietobjekts .....	548
4. Dauer des Mietverhältnisses/Mietzeit .....	548
5. Schäden am Mietobjekt .....	548
6. Rückgabe des Mietobjekts .....	549
7. Schadensersatzhaftung des Vermieters .....	549
8. Zahlungsbedingungen .....	549
9. Storno-Klausel .....	549
<i>Sachverzeichnis</i> .....	552