Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht 123

Daniel Schaffrin

Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich

vvw.de

Dr. Daniel Schaffrin

Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich

Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht Band 123

Begründet von Prof. Dr. Ernst Klingmüller

Herausgegeben von Prof. Dr. Rolf Herber, Hamburg; Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln; Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, Bonn

Die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen: Ein Vergleich

Dr. Daniel Schaffrin

vvw.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© 2016 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2016 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 0522-6236
ISBN 978-3-89952-920-3

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015/16 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Ende Februar 2016 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich allen Personen, die mich während meiner Promotionszeit unterstützt haben.

Mein besonderer Dank gilt:

meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christian Rolfs, der das Thema angeregt, die Anfertigung der Arbeit begleitet und sie schließlich in diese Schriftenreihe aufgenommen hat,

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens,

der Kanzlei Loschelder Rechtsanwälte in Köln, die mich bei der Fertigstellung dieser Arbeit mit dem Loschelder Promotionsstipendium unterstützt hat, insbesondere Herrn Dr. Wilfried Rüffer für die wertvollen Anregungen und das Schaffen optimaler Arbeitsbedingungen sowie Herrn Dr. Detlef Grimm für die stetige Motivation,

der Bibliothekarin am Institut für Versicherungsrecht Frau Barbara John-Wolff für ihre stete Hilfsbereitschaft und der Sekretärin am Institut für Versicherungsrecht Frau Anita Pirolt für die Möglichkeit, jederzeit Zugang zum Institut zu haben, sowie

Frau Charlotte Möller und Herrn Dr. Stefan Freh für das Korrekturlesen des Manuskripts.

Von Herzen danke ich schließlich meinen Eltern. Ihre Liebe und ihre Unterstützung in allen Lebenslagen haben die Anfertigung dieser Arbeit überhaupt erst möglich gemacht. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Krefeld, im März 2016 Daniel Schaffrin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort ..... **VII**

Inhaltsverzeichnis ..... **IX**

1 Einleitung **1**

2 Einbeziehung von AGB in den Vertrag **3**

2.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht 3

2.1.1 Ausdrücklicher Hinweis 3

2.1.2 Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme 5

2.1.2.1 Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit 6

2.1.2.2 Zumutbarkeit der Kenntnisnahmemöglichkeit 8

2.1.3 Einverständnis 10

2.1.4 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erfüllung der Einbeziehungsvoraussetzungen 11

2.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht 12

2.2.1 Die Einbeziehung von AVB in den Vertrag nach § 305 Abs. 2 BGB 12

2.2.1.1 Ausdrücklicher Hinweis 12

2.2.1.2 Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme 13

2.2.1.3 Einverständnis 14

2.2.1.4 Maßgeblicher Zeitpunkt für die Erfüllung der Einbeziehungsvoraussetzungen 16

2.2.2 Versicherungsrechtliche Sonderregelungen zur Einbeziehung von AVB in den Vertrag 17

2.2.2.1 Die Einbeziehung von AVB in den Vertrag bis 1994 nach § 23 Abs. 3 AGBG 17

2.2.2.2 Die Einbeziehung von AVB in den Vertrag bis zur VVG-Reform 2008 nach § 5a VVG a. F. 18

2.2.2.3 Die Einbeziehung von AVB in den Vertrag über vorläufige Deckung nach § 49 Abs. 2 VVG 20

2.2.2.4 Keine Einbeziehung von AVB in den Vertrag analog § 49 Abs. 2 VVG 22
2.2.2.4.1 Für eine Einbeziehung von AVB analog § 49 Abs. 2 VVG 22
2.2.2.4.2 Würdigung 23
2.2.2.5 Keine erleichterten Einbeziehungsvoraussetzungen für AVB nach § 7 Abs. 1 Satz 3 VVG 24
2.2.2.5.1 Die Ausnahmeregelung des § 7 Abs. 1 Satz 3 VVG 24
2.2.2.5.2 Das Verhältnis von § 7 Abs. 1 Satz 3 VVG zu § 305 Abs. 2 BGB 25
2.2.2.5.2.1 Die im Schrifttum vertretenen Ansichten .. 25
2.2.2.5.2.2 Würdigung 27
2.2.2.6 Die (praktisch nicht bedeutsame) Einbeziehung von AVB in den Vertrag nach § 5 Abs. 1 VVG 28
2.2.2.6.1 Die im Schrifttum vertretenen Ansichten 29
2.2.2.6.2 Würdigung 30
3 Einbeziehung von neugefassten AGB in den bestehenden Vertrag 33
3.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht 33
3.1.1 Anpassungsvertrag 33
3.1.1.1 Ausdrücklicher Hinweis und Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme 34
3.1.1.2 Einverständnis 35
3.1.2 Erklärungsfiktionsklauseln 37
3.1.3 Anpassungsklauseln 37
3.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht 38
3.2.1 Anpassungsvertrag 38
3.2.1.1 Ausdrücklicher Hinweis und Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme 38
3.2.1.2 Einverständnis 38

3.2.1.2.1 Schweigen als Einverständnis bei für den Versicherungsnehmer rein vorteilhaften Neufassungen ... 39
3.2.1.2.2 Einverständniserklärung bei für den Versicherungsnehmer nicht rein vorteilhaften Neufassungen ... 40
3.2.2 Erklärungsfiktionsklauseln ... 42
3.2.3 Gesetzliche Anpassungsbefugnisse ... 43
3.2.4 Anpassungsklauseln ... 43
3.2.4.1 Zulässigkeit von Anpassungsklauseln ... 43
3.2.4.2 Die VVG-Reform 2008 und das Urteil des IV. Zivilsenats des BGH vom 12.10.2011 (IV ZR 199/10) als möglicher Anlass für Anpassungsklauseln ... 45
3.2.4.2.1 Das Urteil des IV. Zivilsenats des BGH vom 12.10.2011 (IV ZR 199/10) ... 45
3.2.4.2.2 Theoretische Möglichkeit der Anpassung aufgrund einer Anpassungsklausel ... 46
3.2.4.2.3 Stellungnahme ... 49
4 Überraschende Klauseln ... 51
4.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht ... 51
4.1.1 Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 305c Abs. 1 BGB ... 51
4.1.1.1 Die Ansicht von *Basedow* und *Lindacher*/*Hau* ... 52
4.1.1.2 Die herrschende Ansicht im Schrifttum ... 52
4.1.1.3 Die Ansicht von *Stoffels*, *Spruß* und *Kollmann* ... 53
4.1.1.4 Die Überraschungskontrolle in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ... 54
4.1.1.5 Ergebnis ... 56
4.1.2 Fallgruppen ... 57
4.1.3 Rechtsfolgen ... 58
4.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht ... 58

4.2.1 Anwendungsbereich 58
4.2.2 Die im versicherungsrechtlichen Schrifttum favorisierte Prüfung der Überraschungskontrolle 60
4.2.3 Die Überraschungskontrolle in der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung 60
4.2.3.1 Die in der versicherungsrechtlichen Rechtsprechung favorisierte Prüfung der Überraschungskontrolle 60
4.2.3.2 Eingeschränkte Geltung der Fallgruppen im Versicherungsrecht 61
4.2.3.3 Würdigung 64
4.2.3.4 Rechtsfolgen 65
5 Auslegung von AGB 69
5.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht 69
5.1.1 Modifizierung der Auslegungsregeln bei AGB 69
5.1.2 Der Grundsatz der objektiven Auslegung 72
5.1.2.1 Meinungsstand 72
5.1.2.2 Stellungnahme 73
5.1.3 Auslegungsmaßstab 74
5.1.4 Vorrang eines übereinstimmenden Willens der Parteien 75
5.1.5 Auslegungsmittel 75
5.1.6 Der Grundsatz der Auslegung zulasten des Verwenders in Zweifelsfällen (sog. Unklarheitenregel) 77
5.1.6.1 Voraussetzungen 77
5.1.6.2 Rechtsfolgen 78
5.1.6.2.1 Im Verbandsprozess 79
5.1.6.2.2 Im Individualprozess 79
5.1.7 Der Grundsatz der restriktiven Auslegung (sog. Restriktionsprinzip) 81
5.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht 82

5.2.1 Gemeinsamkeiten zwischen Bürgerlichem Recht und Versicherungsrecht ... 83
5.2.1.1 Der Grundsatz der objektiven Auslegung ... 83
5.2.1.2 Auslegungsmaßstab ... 84
5.2.1.3 Übereinstimmende Vorstellung der Parteien ... 86
5.2.1.4 Keine Berücksichtigung nicht zugänglicher Auslegungsmittel zugunsten des Versicherungsnehmers ... 86
5.2.1.5 Unklarheitenregel ... 89
5.2.2 Versicherungsrechtliche Ausnahmen ... 91
5.2.2.1 Bei der Versicherung für fremde Rechnung ... 91
5.2.2.2 Bei speziell versicherungstechnischen Regelungen ... 94
5.2.2.3 Bei Risikoausschlussklauseln ... 95
5.2.3 Versicherungsrechtliche Besonderheiten ... 96
6 Eröffnung der Inhaltskontrolle ... 99
6.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht ... 100
6.1.1 Kontrollfreiheit deklaratorischer Klauseln ... 100
6.1.1.1 Deklaratorische Klauseln ... 100
6.1.1.2 Gründe für die Kontrollfreiheit deklaratorischer Klauseln ... 101
6.1.2 Kontrollfreiheit preisbestimmender und leistungsbeschreibender Klauseln ... 102
6.1.2.1 Gründe für die Kontrollfreiheit preisbestimmender und leistungsbeschreibender Klauseln ... 103
6.1.2.1.1 Fehlen eines gesetzlichen Kontrollmaßstabs 103
6.1.2.1.2 Hinreichende Aufmerksamkeit des Kunden ... 105
6.1.2.1.3 Widerspruch zur sozialen Marktwirtschaft ... 106
6.1.2.2 Die Bestimmung des kontrollfreien Bereichs in der Rechtsprechung ... 107

6.1.2.3 Die Bestimmung des kontrollfreien Bereichs in der Literatur 110
6.1.2.4 Würdigung 112
6.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht 113
6.2.1 Kontrollfreiheit deklaratorischer Klauseln 113
6.2.2 Kontrollfreiheit preisbestimmender und leistungsbeschreibender Klauseln 113
6.2.2.1 Die Bestimmung des kontrollfreien Bereichs in der Rechtsprechung 114
6.2.2.1.1 Krankentagegeld bei Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit 116
6.2.2.1.2 Nachlass in der Luftfahrt-Kasko-Versicherung 117
6.2.2.1.3 Leistungsbegrenzung für Psychotherapie 118
6.2.2.1.4 Private Arbeitslosenversicherung 118
6.2.2.1.5 Kapitalbildende Lebensversicherung 119
6.2.2.1.6 Ergebnis 119
6.2.2.2 Die Bestimmung des kontrollfreien Bereichs in der Literatur 120
6.2.2.2.1 Nahezu vollständige Kontrollfreiheit sämtlicher Leistungsbeschreibungen 120
6.2.2.2.2 Kontrolle sämtlicher Leistungs-beschreibungen 122
6.2.2.2.3 Kontrolle fast aller Leistungsbeschreibungen 122
6.2.2.2.4 Ergebnis 126
6.2.3 Eröffnung der Inhaltskontrolle für das sog. Claims-made-Prinzip 126
6.2.3.1 Das sog. Claims-made-Prinzip in der D&O-Versicherung 127
6.2.3.2 Die Ansichten in der Literatur 129
6.2.3.3 Stellungnahme 132
6.3 Würdigung 134

7 Inhaltskontrolle ... 137
7.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht ... 140
7.1.1 Gegenstand der Inhaltskontrolle ... 140
7.1.1.1 Kompensation ... 141
7.1.1.2 Summierung ... 142
7.1.2 Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle ... 143
7.1.2.1 Generalisierende und typisierende Betrachtungsweise ... 143
7.1.2.2 Berücksichtigung der den Vertragsschluss begleitenden Umstände (§ 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB) ... 144
7.1.3 Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 BGB ... 146
7.1.3.1 Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) ... 147
7.1.3.1.1 Gesetzliche Regelung ... 147
7.1.3.1.2 Abweichung ... 148
7.1.3.1.3 Wesentliche Grundgedanken ... 148
7.1.3.1.4 Unvereinbarkeit ... 150
7.1.3.2 Vertragszweckgefährdende Einschränkung wesentlicher Rechte und Pflichten (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB) ... 151
7.1.3.2.1 Natur des Vertrags ... 151
7.1.3.2.2 Einschränkung ... 152
7.1.3.2.3 Wesentliche Rechte und Pflichten ... 152
7.1.3.2.4 Vertragszweckgefährdung ... 154
7.1.4 Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB ... 155
7.1.4.1 Unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) ... 156
7.1.4.1.1 Benachteiligung ... 156
7.1.4.1.2 Unangemessenheit ... 157

7.1.4.1.3 Verstoß gegen Treu und Glauben 158
7.1.4.2 Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB)..... 159
7.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht..... 159
7.2.1 Gegenstand der Inhaltskontrolle 160
7.2.1.1 Gemeinsamkeit zwischen Bürgerlichem Recht und Versicherungsrecht..... 160
7.2.1.2 Versicherungsrechtliche Ausnahme: Kompensation durch eine niedrige Prämie..... 160
7.2.2 Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle 162
7.2.2.1 Gemeinsamkeit zwischen Bürgerlichem Recht und Versicherungsrecht..... 162
7.2.2.2 Eingeschränkte Berücksichtigung der den Vertragsschluss begleitenden Umstände im Versicherungsrecht..... 163
7.2.3 Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB 165
7.2.4 Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB 168
7.2.5 Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB 170
7.2.5.1 Berücksichtigungsfähige Interessen im Rahmen der AVB-Kontrolle 171
7.2.5.1.1 Interessen des Versicherers..... 171
7.2.5.1.2 Interessen der Versichertengemeinschaft 172
7.2.5.1.3 Interessen des Versicherungsnehmers 175
7.2.5.1.4 Interessen des Versicherten..... 175
7.2.5.2 Beispiele aus der Rechtsprechung 176
8 Transparenzgebot..... 179
8.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht..... 179
8.1.1 Historische Entwicklung des Transparenzgebots..... 179
8.1.2 Gegenstand der Transparenzkontrolle..... 180
8.1.3 Prüfungsmaßstab der Transparenzkontrolle 181
8.1.4 Inhaltliche Anforderungen des Transparenzgebots.... 182
8.1.4.1 Verständlichkeitsgebot..... 183

8.1.4.2 Bestimmtheitsgebot 183
8.1.4.3 Täuschungs- und Irreführungsverbot..... 184
8.1.5 Grenzen der Transparenzanforderungen..... 185
8.1.6 Erfordernis einer inhaltlichen Benachteiligung 186
8.1.7 Transparenzkontrolle deklaratorischer Klauseln 188
8.1.8 Transparenzkontrolle preisbestimmender und leistungsbeschreibender Klauseln 189
8.1.9 Rechtsfolgen der Intransparenz 190
8.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht..... 191
8.2.1 Allgemeines zum Transparenzgebot im Versicherungsrecht 191
8.2.2 Gegenstand der Transparenzkontrolle..... 192
8.2.3 Prüfungsmaßstab der Transparenzkontrolle 193
8.2.4 Inhaltliche Anforderungen des Transparenzgebots 194
8.2.4.1 Gleiche Anforderungen wie im Bürgerlichen Recht 194
8.2.4.2 Spannungsverhältnis zwischen dem Verständlichkeitsgebot und dem Bestimmtheitsgebot 194
8.2.5 Grenzen der Transparenzanforderungen..... 196
8.2.6 Keine inhaltliche Benachteiligung erforderlich 198
8.2.6.1 Die im Versicherungsrecht vertretene Ansicht 198
8.2.6.2 Stellungnahme..... 201
8.2.7 Transparenzkontrolle deklaratorischer Klauseln 202
8.2.7.1 Die Ansicht in der versicherungsrechtlichen Literatur 202
8.2.7.2 Stellungnahme..... 204
8.2.8 Transparenzkontrolle preisbestimmender und leistungsbeschreibender Klauseln 205
8.2.9 Keine materielle Besserstellung erforderlich..... 208

9 Rechtsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von AGB 211

9.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht.....211

9.1.1 Wirksamkeit des Vertrags 211

9.1.2 Inhalt des wirksam gebliebenen Vertrags 213

9.1.2.1 Geltungserhaltende Reduktion 213

9.1.2.1.1 Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion in der Rechtsprechung des BGH.. 213

9.1.2.1.1.1 Das Grundsatzurteil des BGH 213

9.1.2.1.1.2 Ausnahmen vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion..... 214

9.1.2.1.1.2.1 Die Klauselteilung mittels des sog. blue-pencil-tests 215

9.1.2.1.1.2.2 Ergänzende Vertragsauslegung..... 217

9.1.2.1.2 Das Meinungsspektrum zur geltungserhaltenden Reduktion in der Literatur 217

9.1.2.1.3 Geltungserhaltende Reduktion – nur eine Definitionskontroverse..... 218

9.1.2.2 Ersatzloser Wegfall der beanstandeten Klausel .. 219

9.1.2.3 Schließung der Vertragslücke..... 220

9.1.2.3.1 Gesetzliche Vorschriften..... 220

9.1.2.3.2 Ergänzende Vertragsauslegung 221

9.1.2.3.2.1 Voraussetzungen..... 222

9.1.2.3.2.1.1 Allgemeine Voraussetzungen..... 222

9.1.2.3.2.1.2 Unzumutbarkeit..... 223

9.1.2.3.2.2 Grenzen 225

9.1.2.3.2.2.1 Keine Anhaltspunkte bei verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten..... 225

9.1.2.3.2.2.2 Bösgläubigkeit des Verwenders 227

9.1.2.3.2.3 Ermittlung der die Vertragslücke schließenden Bestimmung 229

9.1.3 Unwirksamkeit des Vertrags 229
9.2 Dogmatik und Praxis im Versicherungsrecht..... 231
9.2.1 Wirksamkeit des Versicherungsvertrags 231
9.2.2 Inhalt des wirksam gebliebenen Versicherungsvertrags 232
9.2.2.1 Geltungserhaltende Reduktion 232
9.2.2.1.1 Die Ansichten bis zur VVG-Reform 2008 232
9.2.2.1.2 Die Ansichten seit der VVG-Reform 2008 233
9.2.2.1.3 Stellungnahme 234
9.2.2.2 Schließung der Vertragslücke..... 236
9.2.2.2.1 Gesetzliche Vorschriften..... 236
9.2.2.2.2 Ergänzende Vertragsauslegung 237
9.2.2.2.2.1 Unzumutbarkeit 237
9.2.2.2.2.2 Mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der Regelungslücke 237
9.2.2.2.2.3 Bösgläubigkeit des Versicherers 239
9.2.2.2.3 Abdingbarkeit des § 306 Abs. 2 BGB 240
9.2.2.2.3.1 Gesetzliche Ersetzungsbefugnisse 240
9.2.2.2.3.2 Ersetzungsklauseln 241
9.2.3 Unwirksamkeit des Versicherungsvertrags 241
10 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 243
Literaturverzeichnis..... 249

1 Einleitung

Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) sind die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Versicherer.[1] Sie haben im Vergleich zu AGB anderer Wirtschaftszweige eine herausragende Bedeutung. Dies beruht zum einen darauf, dass das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) – anders als das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) – keine lückenlosen Vertragsmuster bereithält, sondern nur einen ausfüllungsbedürftigen Regelungsrahmen bietet und somit gerade die Verwendung von AVB voraussetzt.[2] Letzteres kommt schon in der Gesetzesbegründung zum VVG von 1908 zum Ausdruck. Dort heißt es: „Wenn es von einzelnen Seiten als das erstrebenswerte Ziel bezeichnet worden ist, die gesetzliche Regelung für die einzelnen Versicherungszweige so erschöpfend und in sich geschlossen zu gestalten, daß die Versicherungsbedingungen und Versicherungsverträge im wesentlichen nur auf das Gesetz zu verweisen brauchten, ohne das Vertragsverhältnis noch besonders zu normieren, so wird hiermit dem Gesetz eine Aufgabe gestellt, die bei der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse nicht zu lösen ist. Es erscheint auch zum mindesten zweifelhaft, ob jenes Ziel überhaupt als erstrebenswert betrachtet werden darf.“[3] Zum anderen ist die herausragende Bedeutung von AVB darauf zurückzuführen, dass sie – anders als AGB anderer Wirtschaftszweige – produktkonstituierende Wirkung haben.[4] Während AGB üblicherweise Fragen wie die Gefahrtragung, die Mängelhaftung und ihre Begrenzung, die Haftung für Dritte, die Lieferfristen und den Erfüllungsort, die Zahlungsbedingungen, die Form von Erklärungen, den Gerichtsstand und das anwendbare Recht regeln,[5] schaffen AVB erst das Rechtsprodukt Versicherung[6]. Oder anders ausgedrückt: AGB regeln nur das

---

1 BGH, Urt. vom 17.05.2000 – IV ZR 113/99, VersR 2000, 1090 (1091); Prölss/Martin/*Armbrüster*, Einl. Rn. 19; Beckmann/Matusche-Beckmann/*Beckmann*, § 10 Rn. 1; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Reiff*, Klauseln V 61; *Terno*, r+s 2004, 45 (46).

2 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Reiff*, Klauseln V 65.

3 Motive zum VVG, S. 69.

4 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Reiff*, Klauseln V 64.

5 So die Aufzählung bei *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, S. 173.

6 *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, S. 147 f.

„Wie“ der Leistung, während AVB das „Was“ und „Wie“ der Leistung regeln.[7]

Sowohl AGB als auch AVB unterliegen der Kontrolle gem. den §§ 305–310 BGB. Für AVB hat die Kontrolle gem. §§ 305–310 BGB insbesondere nach der grundsätzlichen Abschaffung ihrer aufsichtsbehördlichen Vorabgenehmigung durch das damalige Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (jetzt Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin) im Zuge des Inkrafttretens des Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG)[8] im Jahr 1994 an Bedeutung gewonnen.[9] In Anbetracht der genannten Besonderheiten und der daraus folgenden herausragenden Bedeutung von AVB ist davon auszugehen, dass zwischen der AGB- und AVB-Kontrolle Unterschiede bestehen. Das Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, diese Unterschiede herauszuarbeiten.

Die Untersuchung orientiert sich in ihrem Aufbau am Ablauf einer AGB-Kontrolle und bezieht sich auf die Einbeziehung von AGB in den Vertrag (unter 2.), die Einbeziehung von neugefassten AGB in den bestehenden Vertrag (unter 3.), überraschende Klauseln (unter 4.), die Auslegung von AGB (unter 5.), die Eröffnung der Inhaltskontrolle (unter 6.), die Inhaltskontrolle (unter 7.), das Transparenzgebot (unter 8.) sowie die Rechtsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von AGB (unter 9.). Dabei wird jeweils zwischen der Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht und im Versicherungsrecht unterschieden. Am Ende erfolgt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (unter 10.).

---

7 *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, S. 174; *Priester*, Nachahmungsschutz für Dienstleistungsmodelle, S. 18.

8 BGBl. I 1994, S. 1630.

9 Beckmann/Matusche-Beckmann/*Beckmann*, § 10 Rn. 16; MüKoVVG/*Bruns*, 1. Aufl., Vor §§ 307–309 Rn. 79.

2 Einbeziehung von AGB in den Vertrag

AGB werden bei Verbraucherverträgen nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie nach Maßgabe des § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen werden. Dessen Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Der Verwender muss die andere Vertragspartei ausdrücklich auf seine AGB hinweisen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 BGB), ihr die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB), und sie muss mit ihrer Geltung einverstanden sein (§ 305 Abs. 2 a. E. BGB).

2.1 Dogmatik und Praxis im Bürgerlichen Recht

2.1.1 Ausdrücklicher Hinweis

Zunächst muss der Verwender seinen Vertragspartner ausdrücklich auf seine AGB hinweisen. Ist ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, genügt ausnahmsweise auch ein deutlich sichtbarer Aushang am Orte des Vertragsschlusses (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 BGB). Der Gesetzgeber hat hierbei an Massengeschäfte des täglichen Lebens ohne besonderen wirtschaftlichen Wert im Einzelfall gedacht.[10]

Der Hinweis ist ausdrücklich, wenn er vom Verwender unmissverständlich und für den Vertragspartner klar erkennbar geäußert wird.[11] Dies ist dann der Fall, wenn ein Durchschnittskunde den Hinweis selbst bei flüchtiger Betrachtung und durchschnittlicher

---

[10] BT-Drucks. 7/3919, S. 18; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 81. Diese Ausnahme ist bei Versicherungsverträgen grundsätzlich nicht einschlägig. Etwas anderes kann ausnahmsweise bei einer Garderobenversicherung im Theater gelten, so *Präve*, Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz, Rn. 150; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Reiff*, Klauseln V 99.

[11] BGH, Urt. vom 18.06.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (113); Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 124.

Aufmerksamkeit nicht übersehen kann.[12] Der Hinweis kann sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen.[13]

Bei einem schriftlichen Vertragsangebot wird zumeist im Angebotstext auf die AGB hingewiesen. Dabei darf der Hinweis nicht in einer gegenüber dem übrigen Vertragstext deutlich kleineren und enger gedruckten Schrift erfolgen.[14] Für die Ausdrücklichkeit genügt es, wenn sich der Hinweis in gut lesbarem Fettdruck unmittelbar über der Orts-, Datums- und Unterschriftszeile befindet.[15] Bei einem Hinweis unterhalb der Unterschriftszeile muss dieser über den Fettdruck hinaus noch eine besonders auffällige und nicht übersehbare Form haben.[16] Nicht ausreichend ist der bloße Abdruck der AGB auf der Rückseite des Angebotsschreibens ohne einen entsprechenden, deutlich erkennbaren Hinweis auf der Vorderseite.[17] Gleiches gilt für das Beifügen von AGB auf einem gesonderten Blatt, wenn auf sie im Angebotstext nicht hingewiesen wird.[18]

Bei einem mündlichen Vertragsangebot weist der Verwender seinen Vertragspartner in der Regel während des Vertragsgesprächs auf seine AGB hin. Das Erfordernis der Ausdrücklichkeit ist grundsätzlich nur bei einer mündlichen Erklärung des Verwenders erfüllt.[19] Ausnahmsweise reicht aber auch eine konkludente Erklärung aus, sofern dem Vertragspartner dadurch die Einbeziehungsabsicht des

---

12 BGH, Urt. vom 18.06.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114); Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 27; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 69.

13 BT-Drucks. 7/3919, S. 18.

14 OLG Düsseldorf, Urt. vom 15.10.1981 – 18 U 50/81, VersR 1982, 872 (872); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 73.

15 BGH, Urt. vom 08.01.1986 – VIII ZR 313/84, NJW 1986, 1608 (1608); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 73.

16 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 73; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 129; großzügiger Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 123; *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, D.54.

17 BGH, Urt. vom 18.06.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114); MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 58; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 73; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 110, 123; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 129; siehe auch BGH, Urt. vom 14.01.1987 – IVa ZR 130/85, NJW 1987, 2431 (2432), wonach der Hinweis „Alle Angebote und Geschäfte erfolgen aufgrund unserer umseitigen ‚Allgemeinen Geschäftsbedingungen'." nur denjenigen Teil des auf der Rückseite abgedruckten Textes deckt, der die Überschrift „AGB" trägt.

18 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 73; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 129.

19 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 75; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 269; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 133.

Verwenders deutlich vor Augen geführt wird, wie etwa bei der persönlichen Aushändigung der AGB.[20]

Bei einem fernmündlichen Vertragsangebot kommt ein ausdrücklicher Hinweis freilich nur in Form einer mündlichen Erklärung in Betracht. Eine konkludente Erklärung scheidet hier schon allein wegen der räumlichen Distanz der Vertragsparteien aus.[21]

Bei einem Vertragsangebot im Internet muss der Hinweis auf der Bestellseite platziert werden.[22] Nicht ausreichend ist ein Hinweis auf einer vorherigen Seite, auch wenn diese von jedem Nutzer passiert werden muss.[23] Denn in diesem Fall besteht die Gefahr, dass der Nutzer den Hinweis beim Ausfüllen des Bestellformulars bereits wieder vergessen hat.[24] Ebenso wie bei einem schriftlichen Vertragsangebot genügt es für die Ausdrücklichkeit, wenn sich der Hinweis gut erkennbar direkt oberhalb des Bestellbuttons befindet.[25] Dementsprechend reicht ein Hinweis unterhalb des Bestellbuttons grundsätzlich nicht aus.[26]

2.1.2 Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme

Des Weiteren muss der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen.

---

20 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 76; Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 28; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 269; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 133.

21 Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 135.

22 *Schmidt*, NJW 2011, 1633 (1637).

23 A. A. OLG Hamburg, Urt. vom 13.06.2002 – 3 U 168/00, WM 2003, 581 (583); *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 271.

24 *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rn. 190; *Mehrings*, BB 1998, 2373 (2376).

25 LG Essen, Urt. vom 13.02.2003 – 16 O 416/02, NJW-RR 2003, 1207 (1207); *Schmidt*, NJW 2011, 1633 (1637).

26 Hoeren/Sieber/Holznagel/*Föhlisch*, Teil 13.4 Rn. 106; *von Münch*, Die Einbeziehung von AGB und AVB im elektronischen Geschäftsverkehr, S. 86.

2.1.2.1 Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit

Dem Vertragspartner muss bloß die Möglichkeit der Kenntnisnahme eingeräumt werden. Unerheblich ist, ob der Vertragspartner hiervon auch tatsächlich Gebrauch macht.[27] Der Verwender muss ihm also nur den Zugang zum vollständigen AGB-Text ermöglichen.[28] Die Anforderungen, die hierfür im Einzelnen zu erfüllen sind, richten sich insbesondere nach der Art des Vertragsschlusses.[29]

Der Verwender genügt dem Erfordernis der Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit in jedem Fall dann, wenn er dem Vertragspartner ein vollständiges Exemplar seiner AGB zusendet oder übergibt.[30]

Befinden sich die Vertragsparteien bei Vertragsschluss in den Geschäftsräumen des Verwenders, reicht es für die Möglichkeit der Kenntnisnahme grundsätzlich aus, wenn die Bedingungen dort zur Einsicht ausliegen bzw. ausgehängt sind.[31] Fehlt es an einer Auslage oder an einem Aushang der AGB, muss der Verwender die AGB zumindest zur Einsichtnahme bereithalten.[32] In diesem Fall muss der Verwender den Vertragspartner über den ausdrücklichen Hinweis auf die AGB hinaus auch noch gesondert auf die Möglichkeit der Einsichtnahme hinweisen bzw. ihm diese anbieten.[33] Hiergegen wird zwar teilweise eingewendet, dass der Geschäftsverkehr mit AGB dadurch unnötig bzw. in erheblichem Maße erschwert werde.[34] Vielmehr werde man in dem Hinweis auf die AGB regelmäßig zugleich die Bereitschaft des Verwenders sehen können, dem Kunden Einblick in diese zu gewähren.[35] Diese Ansicht trägt indes dem Erfordernis des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht hinreichend Rechnung.

---

27 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 84; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 276; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 146.

28 Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 33.

29 Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 33; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 276.

30 BT-Drucks. 7/3919, S. 18.

31 BT-Drucks. 7/3919, S. 18.

32 Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 148.

33 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 66; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 32; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 145; siehe BGH, Urt. vom 29.06.2006 – I ZR 176/03, NJW-RR 2007, 32 (33).

34 *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 277; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 148.

35 Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 148.

Denn allein der Hinweis auf die AGB verschafft dem Vertragspartner noch nicht die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.[36] Handelt es sich um besonders umfangreiche Klauselwerke, genügt weder das Auslegen bzw. Aushängen der AGB noch das Bereithalten zur Einsichtnahme. In diesen Fällen ist wegen des Erfordernisses der Zumutbarkeit deren Aushändigung erforderlich.[37] Zu weit geht aber die Annahme einer Aushändigungspflicht für sämtliche AGB, unabhängig vom Umfang.[38]

Bei einem fernmündlichen Vertragsschluss bestehen für den Verwender schon aus tatsächlichen Gründen erhebliche Schwierigkeiten, dem Vertragspartner die Kenntnisnahme vom Inhalt der AGB zu ermöglichen.[39] Denn in der Regel ist der Vertragspartner nicht im Besitz der AGB. In diesen Fällen kann der Verwender dem Vertragspartner die Möglichkeit der Kenntnisnahme nur durch das Vorlesen der AGB am Telefon verschaffen. Dies ist keine praktikable Lösung.[40] Um zu verhindern, dass das Erfordernis des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB im Rahmen von telefonischen Vertragsschlüssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Geschäftsverkehrs führt,[41] wird sich im Schrifttum allgemein dafür ausgesprochen, dass der Vertragspartner bei einem telefonischen Vertragsschluss auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB durch Individualvereinbarung verzichten kann[42]. Dem ist zuzustimmen. Vor dem Hintergrund, dass es unerheblich ist, ob der Vertragspartner von der Möglichkeit der Kenntnisnahme Gebrauch macht,[43] ist es nur konsequent, wenn der Vertragspartner den Verwender im Wege einer Individualverein-

---

36 Beckmann/Matusche-Beckmann/*Beckmann*, § 10 Rn. 66.

37 OLG Hamburg, Urt. vom 14.01.1988 – 6 U 137/87, VersR 1989, 202 (203); Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 35.

38 So aber Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 86; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 145.

39 Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 36.

40 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 67; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 35; Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 36.

41 *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 280; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 149.

42 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 67; *Berger*, ZGS 2004, 329 (332); Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 35; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 87, 110; Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 36; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 138; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 280; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 149.

43 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 84; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 276; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 146.

barung entweder gänzlich von der Obliegenheit des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB befreien oder sich zumindest damit einverstanden erklären kann, dass ihm die AGB erst zu einem späteren Zeitpunkt übergeben werden.[44] So verweist *Grüneberg* zu Recht darauf, dass es widersinnig wäre, die Obliegenheit zur Kenntnisverschaffung auch gegenüber einem Kunden zu bejahen, der erklärtermaßen keine Kenntnis nehmen will,[45] zumal der Rechtsverkehr auch Risikoerklärungen duldet[46]. Hat der Verwender die andere Vertragspartei also am Telefon ausdrücklich auf seine AGB hingewiesen und kommt es sodann gleichwohl zum Vertragsschluss, ist dies als konkludenter[47] Verzicht auf die Verschaffung der Möglichkeit der Kenntnisnahme zu werten.[48]

Für die Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit im Internet genügt es, dass die AGB über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren Link aufgerufen und ausgedruckt werden können.[49]

2.1.2.2 Zumutbarkeit der Kenntnisnahmemöglichkeit

Die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme reicht allein nicht aus, vielmehr muss die Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Vertragspartner auch zumutbar sein. Das bedeutet, dass die mit der Kenntnisnahme der AGB einhergehenden Mühen und Schwierigkeiten ein gewisses dem Durchschnittskunden nach Lage des Falls zumutbares Maß nicht überschreiten dürfen.[50]

---

44 Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 36.
45 Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 35.
46 Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 160.
47 Die Möglichkeit eines konkludenten Verzichts ablehnend und eine ausdrückliche Erklärung fordernd AG Krefeld, Urt. vom 01.04.1996 – 7 C 1114/95, NJW-RR 1997, 245 (245); *Heinrichs*, NJW 1997, 1407 (1409); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 87.
48 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 67; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 280; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 149.
49 BGH, Urt. vom 14.06.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, 2976 (2977) m. w. N.
50 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 71.

Die AGB müssen für den Vertragspartner frei zugänglich sein.[51] Sind die AGB in den Geschäftsräumen des Verwenders ausgelegt oder ausgehängt, darf der Zugang zum Ort der Auslage oder des Aushangs nicht erschwert, insbesondere der Weg zur Auslage oder zum Aushang nicht unzumutbar lang sein.[52] Hält der Verwender die AGB zur Einsichtnahme bereit, darf das Anfordern der AGB nicht erschwert sein.[53]

Der Umfang der AGB darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des Geschäfts für den Vertragspartner stehen.[54] Im Übrigen steht der Umfang der AGB in einer Wechselbeziehung mit der dem Vertragspartner gewährten Informationszeit.[55] Je umfangreicher die AGB sind, desto länger muss die dem Vertragspartner zu gewährende Informationszeit sein.[56] Demnach müssen Klauselwerke, die dem Vertragspartner nicht übergeben werden, sondern die nur ausliegen oder aushängen, auf wenige Klauseln beschränkt sein.[57] Umfangreiche Klauselwerke müssen dem Vertragspartner in der Regel ausgehändigt werden.[58]

Schließlich müssen die AGB lesbar sein. Entscheidend für die Lesbarkeit der AGB ist deren optische Gestaltung.[59] In diesem Zusammenhang spielen die drucktechnische Sauberkeit, die Farbe der Schrift und des Papiers und die Schriftgröße eine wesentliche Rolle.[60] Eine Mindestschriftgröße gibt es nicht. Je länger die AGB sind, desto größer muss aber die Schriftgröße sein.[61] Die Kenntnisnahmemöglichkeit ist jedenfalls dann nicht mehr zumutbar, wenn die

---

51 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 86.

52 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 71; Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 38.

53 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 85.

54 MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 71; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 37; *Mehrings*, BB 1998, 2373 (2377); Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 38; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 140; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 283a; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 152.

55 *Freund*, Die Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, S. 47.

56 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 90; *Rieger*/*Friedrich*, JuS 1987, 118 (124).

57 *Schmidt*, NJW 2011, 1633 (1636 f.).

58 OLG Hamburg, Urt. vom 14.01.1988 – 6 U 137/87, VersR 1989, 202 (203); MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 71; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 32.

59 Hierzu ausführlich *Thamm*/*Detzer*, BB 1989, 1133 ff.

60 BGH, Urt. vom 03.02.1986 – II ZR 201/85, VersR 1986, 678 (Leitsatz).

61 *Schmidt*, NJW 2011, 1633 (1635).

AGB infolge ihrer drucktechnischen Gestaltung nur mit der Lupe und selbst dann nicht ohne Mühe zu lesen sind.[62]

2.1.3 Einverständnis

Schließlich muss die andere Vertragspartei mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Dieser Hinweis am Ende von § 305 Abs. 2 BGB stellt klar, dass die Einbeziehung von AGB auf vertraglicher Grundlage erfolgt, mithin eine Einverständniserklärung des Vertragspartners erforderlich ist.[63] Die Klarstellung war notwendig, um die früher von der Rechtsprechung[64] anerkannte Möglichkeit, wonach die AGB schon dann Vertragsbestandteil wurden, wenn der Vertragspartner wusste oder wissen musste, dass der Verwender nur auf der Grundlage seiner AGB kontrahiert, auszuschließen.[65] Für die Einverständniserklärung gelten die allgemeinen Bestimmungen des BGB (namentlich die §§ 145 ff. BGB).[66] Das Einverständnis kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erklärt werden.[67] In den Fällen, in denen der Vertragspartner des Verwenders ausdrücklich auf die AGB hingewiesen worden ist und die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme hatte, ist die uneingeschränkte Zustimmung zum Vertragsschluss als konkludentes Einverständnis des Vertragspartners mit der Geltung der AGB zu deuten.[68] Etwas anderes gilt nur bei der nachträglichen[69] Einbeziehung von AVB; hier ist eine aus-

---

62 BGH, Urt. vom 30.05.1983 – II ZR 135/82, NJW 1983, 2772 (2773); Urt. vom 03.02.1986 – II ZR 201/85, VersR 1986, 678 (679); Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 154; strenger (AGB müssen mühelos lesbar sein) BT-Drucks. 7/3919, S. 18; MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 71; Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 37; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 140; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 283.

63 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 104.

64 Siehe statt vieler BGH, Urt. vom 07.07.1976 – I ZR 51/75, NJW 1976, 2075 (2075) m. w. N.

65 BGH, Urt. vom 01.03.1982 – VIII ZR 63/81, NJW 1982, 1388 (1389); Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 101.

66 Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 104; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 122, 161.

67 BT-Drucks. 7/3919, S. 18; MüKoBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 87; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Pfeiffer*, § 305 Rn. 105; Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 41; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer*/*Habersack*, § 305 Rn. 161.

68 BGH, Urt. vom 01.03.1982 – VIII ZR 63/81, NJW 1982, 1388 (1389); Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 160; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 291.

69 Zur Einbeziehung von neugefassten AGB in den bestehenden Vertrag unter 3.