

nicht mit dem Zugang an diese wirksam wird. Vielmehr gilt für die Wirksamkeit der Erklärung gegenüber einem Abwesenden § 130, die Wirksamkeit der Erklärung gegenüber einem Anwesenden richtet sich nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie (→ § 7 Rn. 21).

Beispiele: Die briefliche Kündigung wird wirksam, wenn sie in den Hausbriefkasten des Empfängers gelangt und dieser unter normalen Umständen Kenntnis nehmen kann; es ist dabei gleichgültig, ob der Empfänger sinnlos betrunken oder nüchtern ist.

Die mündliche Erklärung gegenüber dem betrunkenen Erklärungsempfänger wird nicht wirksam, weil dieser die Erklärung – für den Erklärenden erkennbar – gar nicht richtig aufnehmen kann.

§ 131 II ist auch auf einen geschäftsfähigen Betreuten im Falle des Einwilligungsvorbehalts anwendbar (§ 1903 I 2; → § 12 Rn. 33 ff.).

- 28 b) Die gegenüber einer Behörde abzugebende (= amtsempfangsbedürftige) Willenserklärung wird nach § 130 III einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gleichgestellt. Für das Wirksamwerden kommt es also auf den Zugang an (§ 130 I 1).
- 29 c) Ersatzmittel für das Zugehen der Willenserklärung sind zum einen die Zustellung der Erklärung durch den Gerichtsvollzieher (§ 132 I) und zum anderen die öffentliche Zustellung durch das Amtsgericht (§ 132 II).
- 30 d) Besondere Vorschriften über den Zugang von Annahmeerklärungen bei einem Vertragsschluss enthalten ferner die §§ 151, 152, 156 (→ § 8 Rn. 21 ff.).

2. Kapitel. Der Vertragsschluss

§ 8 Angebot und Annahme

Literatur: *Alexander*, Die Rücknahme des Angebots bei Internetauktionen, JR 2015, 289; *Alexander*, Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW 2012, 1985; *Bischoff*, Der Vertragsschluss beim verhandelten Vertrag, 2001; *Böse/Jutzi*, Vertragsschluss durch Auktionsabbruch bei eBay, MDR 2015, 677; *Brehmer*, Die Annahme nach § 151 BGB, JuS 1994, 386; *Czeguhn*, Vertragsschluss im Internet, JA 2001, 708; *Dörner*, Rechtsgeschäfte im Internet, AcP 202 (2002), 363; *Fischinger*, Grundfälle zur Bedeutung des Schweigens im Rechtsverkehr, JuS 2015, 294, 394; *Föhlisch/Stariradeff*, Zahlungsmittel und Vertragsschluss im Internet, NJW 2016, 353; *Fritzsche*, Der Abschluss von Verträgen, §§ 145 ff. BGB, JA 2006, 674; *Hellgardt*, Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags, AcP 213 (2013), 760; *Henke*, »Berühren verpflichtet zum Kauf« – ein Sonderfall des Vertragsschlusses im Selbstbedienungsladen, JA 2017, 339; *Jung*, Die Einigung über die »essentialia negotii« als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages, JuS 1999, 28; *Kirschbaum*, Die gesetzliche Neuregelung der sog. »Internetfalle«, MMR 2012, 8; *Klees/Keisenberg*, Vertragsschluss bei ebay – »3...2(...1)... meins«?, MDR 2011, 1214; *Korch*, Abweichende Annahme? Kein Fall für Treu und Glauben!, NJW 2014, 3553; *Meder*, Annahme durch Schweigen bei Überweisungsvertrag und Gutschrift, JZ 2003, 443; *Oechsler*, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Internet, JURA 2012, 422 (497); *Paal/Kumkar*, Anfängerhaushalt – Zivilrecht: Schuldrecht AT – Streit um die Internetauktion, JuS 2015, 707; *Paulus*, Die Abgrenzung zwischen Rechtsgeschäft und Gefälligkeit am Beispiel der Tischreservierung, JuS 2015, 496; *Petersen*, Schweigen im Rechtsverkehr, JURA 2003, 687; *Petersen*, Das Zustandekommen des Vertrages, JURA 2009, 183; *Pfeiffer*, Von Preistreibern und Abbruchjägern – Rechtsgeschäftslehre bei Online-Auktionen, NJW 2017, 1437; *Reppen*, Abschied von der Willensbetätigung, AcP 200 (2000), 533; *Schöne/Vowinckel*, Vertragsschluss bei Internet-Auktionen, JURA 2001, 680; *Schulze*, Rechtsfragen des Selbstbedienungs-

kaufs, AcP 201 (2001), 232; *Schwarze*, Die Annahmehandlung in § 151 BGB als Problem der prozessualen Feststellbarkeit des Annahmewillens, AcP 202 (2002), 607; *Sutschet*, Anforderungen an die Rechtsgeschäftslehre im Internet, NJW 2014, 1041; *Volp/Schimmel*, § 149 BGB – Eine klare und einfache Regelung?, JuS 2007, 899; *Vytlačil*, Die Willensbetätigung, das andere Rechtsgeschäft, 2009.

Fälle:

- a) V hat in seinem Schaufenster ein Modellkleid für 1.500 EUR ausgestellt. Frau A, die das Kleid gesehen hat, ruft V an und erklärt, dass sie das Kleid nehme. V antwortet, er werde es ihr zuschicken. Kurz danach sieht Frau B das Kleid, geht sofort in den Laden und erklärt dem V, dass sie das Kleid kaufe. V bedauert, das Kleid sei bereits verkauft. Frau B verlangt das Kleid, da sie das von V im Schaufenster gemachte Angebot angenommen habe. Mit Recht? (→ § 8 Rn. 2)
- b) Der Buchhändler B schreibt an seinen Kunden K, er biete ihm die »neueste Auflage des Palandt, soeben eingetroffen« zum Kauf an. K antwortet, er nehme das Angebot an, und verlangt später Lieferung des Palandt. Mit Recht? (→ § 8 Rn. 4)
- c) Wie, wenn B dem K einen »Palandt antiquarisch« anbietet und K das Angebot annimmt? (→ § 8 Rn. 4)
- d) V bietet dem K in einem am 1.6. abgeschickten und dem K am 3.6. durch die Post zugestellten Brief eine Vase für 900 EUR zum Kauf an. K schreibt dem V am Abend des 4.6. einen Brief, in dem er erklärt, er nehme das Angebot an; dieser Brief geht dem V am 6.6. zu. Ist ein Kaufvertrag zustande gekommen? (→ § 8 Rn. 13, 15)
- e) Wie, wenn K im Fall d am Morgen des 4.6. dem V telefonisch mitgeteilt hat, er nehme die Vase für 800 EUR, und V darauf nicht eingegangen ist? (→ § 8 Rn. 10)
- f) Auf das Schreiben des V an K, dass er ihm eine bestimmte Maschine für 5.000 EUR zum Kauf anbiete, antwortet K, er sei mit dem Angebot einverstanden, müsse aber darauf bestehen, dass er den Kaufpreis in fünf gleichen Monatsraten zahlen dürfe. Vertragsschluss? (→ § 8 Rn. 27)

Der Vertrag besteht aus inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen von mindestens zwei Personen (→ § 4 Rn. 10ff.). Die zeitlich erste Willenserklärung bezeichnet man als Antrag oder Angebot, die spätere als Annahme. 1

I. Angebot

1. Begriff und Wirksamkeitsvoraussetzungen

Das Vertragsangebot (die Offerte, der Antrag; § 145) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die ein Vertragsschluss einem anderen so angetragen wird, dass nur von dessen Einverständnis das Zustandekommen des Vertrags abhängt.

- a) Durch Auslegung muss zunächst ermittelt werden, ob im Einzelfall ein Angebot oder lediglich eine **Aufforderung zur Offerte (invitatio ad offerendum)** vorliegt. Diese ist kein Angebot, sondern nur eine Aufforderung an andere, ihrerseits ein Angebot zu machen. Derjenige, der zur Abgabe von Angeboten aufgefordert hat, kann das ihm gemachte Angebot annehmen oder ablehnen. 2

Bei Verlautbarungen an die Allgemeinheit (»Angeboten« in Zeitungsanzeigen, im Internet,¹ Postwurfsendungen, Katalogen, Schaufenstern) fehlt erkennbar ein Geschäftswille, sodass es sich nicht um Angebote im Rechtssinne, sondern nur um Aufforderungen zur Abgabe von Angeboten handelt. Wären es Angebote, könnte eine unbegrenzte Zahl von Personen durch Annahme einen Vertragsschluss zustande bringen. Alle Ver-

¹ BGH NJW 2005, 976.

träge wären gültig (→ § 5 Rn. 7f.); der »Anbieter« könnte möglicherweise nur einen einzigen Vertrag erfüllen und sich gegenüber den anderen Vertragspartnern wegen Nichterfüllung der Verträge schadensersatzpflichtig machen. Ferner könnte jemand das »Angebot« annehmen, den der »Anbieter« zB wegen Zahlungsunfähigkeit nicht als Vertragspartner haben will. Diese Schwierigkeiten werden dem »Anbieter« erspart, wenn es sich bei seiner Erklärung nur um eine Aufforderung zur Offerte handelt. Dann machen die anderen das Angebot, und es liegt bei dem »Anbieter«, ob er das Angebot annimmt. Dagegen stellt die Freischaltung einer Angebotsseite einer Internet-auktion nicht nur eine bloße invitatio ad offerendum dar; vielmehr handelt es sich um eine rechtsverbindliche Willenserklärung auf Abschluss eines Kaufvertrags mit dem Höchstbietenden innerhalb der Bietzeit.² Mit Ablauf der Auktion kommt ein Vertrag mit dem Höchstbietenden zustande. Gleiches gilt bei vorzeitigem Abbruch der Auktion, wenn der Anbieter nicht ausnahmsweise zum Abbruch berechtigt war (dazu → § 8 Rn. 9).

Im Fall a hat Frau B Anspruch auf das Kleid, wenn zwischen ihr und V ein Kaufvertrag über das Kleid zustande gekommen ist. Das ist zu verneinen. Denn das Ausstellen im Fenster war lediglich eine Aufforderung zur Offerte.³ Das Angebot gab Frau B im Laden ab; dieses Angebot lehnte V ab. Dagegen ist ein Vertrag über das Kleid zwischen V und Frau A durch Anruf der Frau A (= Angebot) und Zustimmung des V (= Annahme) entstanden. Wäre das Ausstellen im Fenster bereits das Angebot des V, dann wäre durch die Erklärung der Frau A am Telefon und durch die Erklärung der Frau B im Laden je ein Kaufvertrag über das Kleid zustande gekommen; V könnte aber nur einen der Verträge erfüllen.

Die Unterscheidung zwischen Angebot und Aufforderung zum Angebot spielt auch bei falscher Preisauszeichnung eine Rolle.

Ist das Preisschild bei dem Modellkleid verwechselt worden (1.200 EUR statt 1.500 EUR) und handelte es sich um ein Angebot, dann käme durch Erklärung einer Kundin, sie nehme das Kleid, ein Kaufvertrag zu dem im Schaufenster angegebenen Preis zustande. V könnte seine falsche Erklärung lediglich anfechten (§ 119 I; → § 18 Rn. 7). Da es sich bei der Ausstellung im Fenster aber nur um eine Aufforderung zur Offerte handelt, kann V das Angebot der Kundin, sie nehme das Kleid zu dem angegebenen Preis, ablehnen. Damit liegt kein Vertrag vor; einer Anfechtung des V bedarf es nicht.

- 3 b) Als **empfangsbedürftige Willenserklärung** ist das Angebot nicht schon mit der Abgabe, sondern erst mit dem **Zugang** beim Empfänger wirksam (→ § 7 Rn. 9ff.). Bis dahin kann es widerrufen werden (§ 130 I 2).
- 4 c) Da das Zustandekommen des Vertrags von dem Einverständnis des anderen abhängt, muss das Angebot **inhaltlich so bestimmt sein, dass die Annahme durch eine bloße Zustimmung des anderen erfolgen kann**. Voraussetzung dafür, dass der Vertrag etwa durch ein bloßes »Ja« des Annehmenden zustande kommt, ist es, dass das Angebot die wesentlichen Punkte des Vertrags, also beim Kauf den Kaufgegenstand und den Kaufpreis, enthält. Jedenfalls müssen sie bestimmbar sein (vgl. §§ 315ff.).

Gibt A seine defekte Uhr dem Uhrmacher U zur Reparatur, dann liegt darin ein Angebot zum Abschluss eines Werkvertrags, selbst wenn von einer Vergütung keine Rede ist; denn es gilt stillschweigend die übliche Vergütung als vereinbart, wenn U das Angebot annimmt (vgl. § 632).

Im Fall b enthält die Offerte des B keine Angabe des Kaufpreises. Dieser ist jedoch bestimmbar, da ein Verkauf zum Ladenpreis gemeint ist. Dagegen ist im Fall c nicht erkennbar, welche Auflage des

2 BGH NJW 2017, 468 Rn. 20 mAnm. Linardatos LMK 2017, 385307, Anm Litzenberger EWIR 2017, 141, und Anm. Mankowski JZ 2017, 253; zu der Entscheidung ferner Pfeiffer NJW 2017, 1437; BGH NJW 2002, 363 (364).

3 Vgl. auch BGH NJW 1980, 1388.

Palandt zu welchem Preis angeboten wird. Demnach liegt im **Fall c** kein wirksames Angebot vor, so dass kein Vertrag zustande kommt und K von B nichts verlangen kann. Im **Fall b** kann K nach § 433 I 1 Lieferung des Palandt fordern, da ein Vertrag über ein Exemplar der neuesten Auflage des Palandt zum Ladenpreis vorliegt.

Das Angebot ist normalerweise nur dann hinreichend bestimmt, wenn es auch die **Person des Vertragspartners** erkennen lässt. Dem Antragenden ist es in der Regel nicht gleichgültig, mit wem er einen Vertrag schließt. Es gibt aber Fälle, in denen sich jemand seine Vertragspartner nicht aussuchen will und ein individueller Antrag an einzelne Empfänger nicht möglich ist. Hier ist die Erklärung an die Allgemeinheit bereits als Vertragsangebot aufzufassen (sog. **Offerte ad incertas personas**). 5

Beispiele: Das Aufstellen eines Warenautomaten stellt ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrags an jeden dar, der das verlangte Geldstück einwirft. Es ist dahin auszulegen, dass es solange gilt, wie der Vorrat reicht und der Apparat funktioniert.

Der Betrieb einer Straßenbahn ist ein Angebot auf Abschluss eines Beförderungsvertrags an jedermann.

Die Freischaltung einer Angebotsseite einer Internetauktion durch den Verkäufer ist eine hinreichend bestimmte Willenserklärung auf Abschluss eines Kaufvertrags.⁴ Sie richtet sich an denjenigen Bieter, der innerhalb der Bietzeit das höchste Gebot abgibt. Ob es sich dabei um das Angebot oder um die vorweggenommene Annahmeerklärung handelt, ist unerheblich.

Im Detail umstritten ist das Zustandekommen eines Vertrags an Tankstellen und in Einkaufsgeschäften.⁵ In dem Bereitstellen der Zapfsäulen an Selbstbedienungstankstellen oder der Waren in einem Selbstbedienungsladen wird man in der Regel eine Offerte ad incertas personas durch den Tankstellenbetreiber oder den Ladeninhaber sehen können.⁶ Es wird von dem Kunden durch den Tankvorgang (nicht erst an der Kasse) oder durch Vorlage der Ware an der Kasse (nicht schon beim Einlegen in den Einkaufswagen) angenommen. Der Betreiber der Tankstelle verzichtet auf den Zugang der im Tankvorgang liegenden Annahmeerklärung (§ 151 S. 1). Etwas anderes kann allerdings in Selbstbedienungsläden bei Sonderangeboten oder solchen Waren gelten, die nur in geringen Mengen vorhanden sind und die offensichtlich nicht in unbegrenzten Mengen an einzelne Kunden abgegeben werden sollen. Dann liegt in dem Bereitstellen der Ware noch kein bindendes Angebot. Dieses gibt vielmehr der Kunde durch Vorlage an der Kasse ab. Es kann dort zB hinsichtlich der gewünschten Warenmenge noch abgelehnt werden.

d) Das Angebot ist nur wirksam, so lange es **noch nicht erloschen** ist (→ § 8 Rn. 10 ff.). 6

2. Wirkung

Im Interesse des Empfängers bestimmt § 145, dass der Antragende **an seinen Antrag gebunden** ist, sofern er die Gebundenheit nicht ausgeschlossen hat. 7

a) Der Antrag ist also grundsätzlich unwiderruflich (zu Ausnahmen → § 9 Rn. 1 ff.). Der Antragende kann sich nicht einseitig – wohl aber mit Zustimmung des durch die Vorschrift geschützten Empfängers – von seinem Antrag lossagen. Durch die Bindung

⁴ BGH NJW 2002, 363 (364).

⁵ Ausf. dazu *Schulze* AcP 201 (2001), 232.

⁶ Wie hier BGH JuS 2011, 929 mAnm *Faust* und Anm. S. *Lorenz* LMK 2011, 319864; HK-BGB/Dörner § 145 Rn. 6; MüKoBGB/Busche § 145 Rn. 12f.; Palandt/Ellenberger § 145 Rn. 7f.; *Schulze* AcP 201 (2001), 232 (234f.); Staudinger/Bork, 2015, § 145 Rn. 7f.; offen gelassen von BGHZ 66, 51 (55f.) = NJW 1976, 712; aA bzgl. Selbstbedienungsläden insbes. *Ermann/Armbrüster* § 145 Rn. 10 (Angebot erst durch den Kunden an der Kasse).

des Antragenden erlangt der Empfänger eine günstige Rechtsposition: Er kann das Angebot annehmen oder ablehnen.

Voraussetzung für die Unwiderruflichkeit ist es, dass das Angebot nicht nur abgegeben, sondern dem Empfänger auch zugegangen ist; denn damit wird die Erklärung erst wirksam. Bis zu diesem Zeitpunkt kann das Wirksamwerden der Willenserklärung durch einen Widerruf verhindert werden (§ 130 I 2; → § 7 Rn. 18).

8 b) Der Antragende kann seine **Gebundenheit ausschließen** (§ 145 aE).

aa) Voraussetzung dafür ist, dass das Angebot selbst den Ausschluss der Gebundenheit enthält oder der Ausschluss wenigstens gleichzeitig mit dem Angebot dem Empfänger zugeht.

Oft verwendet der Antragende Ausdrücke wie »freibleibend« oder »ohne Obligo«. Damit kann gemeint sein, dass der Antragende sich vorbehält, nach Zugang der Annahmeerklärung zu widersprechen, sodass dann kein Vertrag zustande kommt. In diesem Fall ist nach Treu und Glauben vom Antragenden zu verlangen, dass er unverzüglich widerspricht, wenn er den Vertrag nicht will; schweigt er auf die Annahmeerklärung, muss der Empfänger das als endgültige Zustimmung ansehen.

Die genannten Klauseln können vom Antragenden aber auch als Vertragsinhalt gewollt sein. Dann kommt durch Annahme der Vertrag mit der Klausel zustande. Diese schließt nicht die Bindung an den Antrag aus. Sie berechtigt jedoch den Antragenden, sich von dem geschlossenen Vertrag loszusagen (vertragliches Rücktrittsrecht; §§ 346 ff.).

9 bb) Eine Bindungswirkung des Angebots bei einer **Internetversteigerung** kann dadurch ausgeschlossen werden, dass dem Anbieter das Recht vorbehalten bleibt, sein Angebot vor Ablauf der Auktionszeit aus bestimmten Gründen zurückzunehmen.⁷ So hieß es in einer früheren Fassung der AGB von eBay: »Bei Ablauf der Auktion und bei vorzeitiger Beendigung kommt ein Kaufvertrag mit dem Höchstbietenden zustande, es sei denn, der Anbieter war gesetzlich dazu berechtigt, das Angebot zurückzunehmen und die vorliegenden Gebote zu streichen.« Eine solche Klausel ist aus dem Empfängerhorizont des Bieters so auszulegen, dass das Verkaufsangebot unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme steht.⁸ Berechtigt kann die Rücknahme etwa bei unverschuldetem Verlust der angebotenen Sache sein, nicht dagegen bei einer anderweitigen Veräußerung. Bricht der Anbieter ohne einen solchen Grund die Auktion vorzeitig ab, kommt ein Vertrag mit dem zu dieser Zeit Höchstbietenden zustande. Dieser hat auch dann einen Erfüllungsanspruch, wenn sein Maximalgebot unterhalb des Marktwerts liegt.⁹ Er hat dann eben ein »Schnäppchen« gemacht. Kann der Verkäufer wegen Unmöglichkeit nicht erfüllen, ist er zum Schadensersatz statt der Leistung verpflichtet.

Die Bindungswirkung bei einer Internetauktion kann nicht nur durch deren berechtigte vorzeitige Beendigung entfallen. Sie kann auch durch Streichung des Gebots eines Bieters aufgrund eines in dessen Person liegenden Grundes ausgeschlossen werden. Dafür kommen aber nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH¹⁰ nur solche Gründe in Betracht, die den Verkäufer nach dem Gesetz berechtigen würden, sich von seinem Verkaufsangebot durch Anfechtung nach den §§ 119 ff. oder durch Rücktritt vom Vertrag (§ 323 IV) zu lösen. Allein die Annahme, es handele sich um einen »unseriösen« Bieter, berechtigt nicht zur Streichung von dessen Angebot; denn der Verkäufer ist bei

⁷ BGH NJW 2016, 395 f. (dazu *Föhlisch/Staviradef* NJW 2016, 353); NJW 2014, 1292; 2011, 2643.

⁸ BGH NJW 2016, 395 (396); 2015, 1009 (1010) mAnm *Meier* NJW 2015, 1011 und Anm. *Lindacher* EWiR 2015, 247; NJW 2014, 1292; 2011, 2643.

⁹ BGH NJW 2015, 548 f. mAnm *Oechsler* NJW 2015, 665 und Anm. *Riehm* JuS 2015, 355.

¹⁰ BGH NJW 2016, 395 ff.

einer Internetversteigerung nicht vorleistungspflichtig, sondern er muss nur gegen Vorkasse des Höchstbietenden leisten.

3. Erlöschen des Angebots

Zum Schutze des Antragenden darf die Bindung an seinen Antrag nicht »bis in alle Ewigkeit dauern«. Deshalb enthält das Gesetz Bestimmungen über das Erlöschen des Antrags. Unter anderem kann der Antragende selbst dafür sorgen, dass sein Angebot erlischt.

a) **Erlöschensgründe** sind die Ablehnung des Antrags und der Ablauf der Annahmefrist, regelmäßig aber nicht Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Antragenden (§ 153).

aa) Bei der **Ablehnung** des Antrags gegenüber dem Antragenden (§ 146) handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine Ablehnung liegt auch dann vor, wenn das Angebot »unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen« angenommen wird (§ 150 II); eine solche »Annahme«, die rechtlich keine Annahme ist, stellt einen neuen Antrag dar (§ 150 II), der von der anderen Seite angenommen oder abgelehnt werden kann.

Im Fall e hat K in dem Telefongespräch das Angebot des V abgelehnt, da er nur 800 EUR bezahlen wollte. Dieses neue Angebot des K ist von V am Telefon abgelehnt worden. Als K an V schreibt, er nehme das Angebot des V an, lag infolge Erlöschens des Angebots des V kein Angebot mehr vor, das hätte angenommen werden können. Das Schreiben ist als neues Angebot des K (Kauf der Vase für 900 EUR) aufzufassen. Es liegt bei V, ob er es annimmt oder ablehnt.

bb) Wird das Angebot nicht rechtzeitig angenommen, erlischt es (§ 146; **Fristablauf**). 11

(1) Die **Fristbestimmung** erfolgt in erster Linie **durch den Antragenden**; ist das geschehen, kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen (§ 148). Der Antragende kann im Angebot einen Zeitpunkt als Endtermin (zB bis zum 10.6.) oder einen Zeitraum (zB innerhalb einer Woche) für die Annahme bestimmen.

Da der Antragende wissen will, ob ein Vertrag zustande gekommen oder die Frist abgelaufen und er nicht mehr gebunden ist, muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die angegebene Frist mit dem Datum des Antrags (nicht mit dessen Zugang beim Empfänger) beginnen soll und dass die Annahmeerklärung bis zum Ablauf der Frist dem Antragenden zugegangen (nicht bloß abgesandt) sein muss. Selbstverständlich kann der Antragende etwas anderes bestimmen (zB dass eine Absendung der Annahme innerhalb der Frist genügt). Auch aus den Umständen des Einzelfalles kann sich eine Fristsetzung ergeben. So lässt der Satz im Angebotsschreiben »Erbitte Antwort per E-Mail« auf den Willen des Antragenden schließen, dass die Frist kürzer sein soll als bei einer normalen brieflichen Antwort.

(2) Mangels Fristbestimmung durch den Antragenden erfolgt die **Fristbestimmung durch das Gesetz**: 12

Nach § 147 I kann der einem Anwesenden oder der telefonisch gemachte Antrag nur sofort angenommen werden. Der Empfänger muss sich also sofort entscheiden. Stimmt er dem Angebot nicht sofort zu, erlischt es.

Antwortet der Empfänger eines telefonischen Angebots, er wolle sich die Sache überlegen, er rufe innerhalb von einer Stunde zurück, und ist der Antragende damit einverstanden, so ist aus diesem Verhalten des Antragenden zu schließen, dass er sein Angebot innerhalb der nächsten Stunde aufrechterhält. In diesem Falle ist § 147 I abbedungen; es gilt die Frist von einer Stunde (§ 148).

Nach § 147 II kann der einem **Abwesenden** gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Im Interesse des Antragenden stellt das Ge- 13

setz darauf ab, wann er normalerweise mit dem Zugang der Annahmeerklärung rechnen darf. Bei der Fristberechnung sind die Zeiten für das Zugehen des Antrags beim Empfänger, für das Überlegen und Beantworten sowie für das Zugehen der Antwort beim Antragenden zu berücksichtigen.¹¹

In Rechnung zu stellen sind etwa: normale Dauer der Beförderung durch das gewählte Beförderungsmittel, Ankunft im Geschäftslokal am arbeitsfreien Wochenende, Dauer der Überlegungszeit nach der Wichtigkeit und dem Umfang des Angebots. Danach hat K im **Fall d** das Angebot des V rechtzeitig angenommen.

Auch außergewöhnliche Umstände (zB Poststreik, Krankenhausaufenthalt oder Urlaubsabwesenheit des Empfängers, mehrere Feiertage), die zu einer Verlängerung der Bearbeitungszeit führen, sind vom Antragenden zu beachten, wenn sie ihm bekannt sind;¹² denn dann muss er mit einer weiteren Verzögerung rechnen.

Die Hinweise zeigen, dass es nicht möglich ist, die Annahmefrist gesetzlich näher zu bestimmen. Das kann zu der Unsicherheit führen, wie lang im Einzelfall die Frist ist. Der BGH hält etwa bei einem Angebot zum Abschluss eines Gewerbemietvertrags eine Annahmefrist gem. § 147 II von zwei bis drei Wochen noch für angemessen und jedenfalls eine Annahme nach 51 Tagen für verspätet.¹³ Der Antragende, dem an einer klaren Fristbestimmung gelegen ist, kann selbst sein Angebot befristen.

Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach sich der Verwender eine unangemessen lange oder eine nicht hinreichend bestimmte Frist für die Annahme oder Ablehnung des Angebots vorbehält, ist unwirksam (§ 308 Nr. 1; → § 10 Rn. 19). Die in Neuwagen-Verkaufsbedingungen enthaltene vierwöchige Bindungsfrist des Käufers ist nicht unangemessen lang.¹⁴ Dagegen hat der BGH¹⁵ die Bindungsfrist von über vier Monaten an ein Kaufangebot für unwirksam erklärt, auch wenn der Vertrag beurkundet werden muss und der Verkäufer Zeit zur Einholung einer Bonitätsauskunft braucht; in solchen Fällen könne eine Annahmeerklärung nach § 147 II innerhalb von vier Wochen erwartet werden.

- 14 **cc) Keine Erlöschensgründe sind regelmäßig der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des Antragenden (§ 153).** Diese Bestimmung ergänzt § 130 II; danach ist es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluss, wenn der Erklärende zwischen Abgabe und Zugang der Willenserklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird (→ § 7 Rn. 8). § 153 fügt dem hinzu, dass ein Angebot auch noch angenommen werden kann, wenn der Antragende stirbt oder geschäftsunfähig wird, gleichgültig, ob der Tod oder die Geschäftsunfähigkeit vor oder nach dem Zugang des Angebots eintritt. Die Annahme ist dann gegenüber den Erben des Verstorbenen oder dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen abzugeben.

Ausnahmsweise erlischt das Angebot bei Tod oder Geschäftsunfähigkeit, wenn ein solcher Wille des Antragenden anzunehmen ist (§ 153 aE). Da der Antragende sich bei Abgabe der Erklärung keine Gedanken über Tod oder Geschäftsunfähigkeit gemacht haben dürfte, kommt es auf den hypothetischen Willen des Antragenden an. Entscheidend ist, was er bestimmt hätte, wenn er an seinen Tod oder den Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit gedacht hätte.¹⁶ Bei Kenntnis des bevorstehenden Todes hätte er sich beispielsweise keine Gegenstände des persönlichen Bedarfs, wohl aber Waren für sein Geschäft bestellt. Zum Schutz des Adressaten ist allerdings zu verlangen, dass diesem die für den hypothetischen Parteiwillen maßgebenden Umstände erkennbar waren.¹⁷

11 BGH NJW 2016, 1441 f. mAnm *Keil* EWiR 2017, 15.

12 BGH NJW 2016, 1441 f. mAnm *Keil* EWiR 2017, 15.

13 BGH NJW 2016, 1441 (1443).

14 BGHZ 109, 359 = NJW 1990, 1784.

15 BGH NJW 2010, 2873 ff.

16 *Bitter/Röder* BGB AT § 5 Rn. 31.

17 Str.; vgl. HK-BGB/Dörner § 153 Rn. 4; *Medicus/Petersen* BGB AT Rn. 377; *Staudinger/Bork*, 2015, § 153 Rn. 5.

Stirbt der Empfänger des Angebots, so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Tritt der Tod vor dem Zugang des Angebots ein, kann das Angebot nicht mehr zugehen. Es ist zu prüfen, ob der Antragende das Angebot auch den Erben gemacht hätte; ist das zu bejahen, wird das Angebot mit dem Zugang bei den Erben wirksam.

Stirbt der Empfänger nach dem Zugang, fragt sich, ob das Recht zur Annahme auf die Erben übergegangen ist. Entscheidend ist der (hypothetische) Wille des Antragenden; es kommt darauf an, ob dieser bereit gewesen wäre, statt mit dem Empfänger auch mit dessen Erben abzuschließen.

Stirbt der Empfänger des Angebots nach Abgabe und vor Zugang seiner Annahmeerklärung, kommt der Vertrag durch Zugang der Erklärung zustande (vgl. § 130 II).

b) Die Wirkung des Erlöschens des Antrags besteht darin, dass der Antrag rechtlich nicht mehr existiert. Deshalb führt die dennoch erklärte Annahme mangels Angebots nicht zu einem Vertragsschluss. Die Annahmeerklärung gilt als neuer Antrag (§ 150). 15

Das gilt auch dann, wenn die Annahmeerklärung zwar rechtzeitig abgesandt worden ist, aber dennoch – wegen unregelmäßiger Beförderung – erst nach Ablauf der Annahmefrist (§ 148, § 147) dem Antragenden zugeht. Auch in diesem Fall wird der Antragende geschützt, der an seinen Antrag wegen Fristablaufs nicht mehr gebunden ist. Auf der anderen Seite darf der Annehmende nicht ganz schutzlos gelassen werden. Wenn er seine Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt hat, kann er normalerweise damit rechnen, dass seine Erklärung dem Antragenden rechtzeitig zugeht und damit der Vertrag geschlossen wird. Kommt die Erklärung wider Erwarten zu spät, hat der Annehmende ein Interesse daran zu erfahren, dass kein Vertrag zustande gekommen ist. Deshalb ist der Antragende nach § 149 gehalten, dem Annehmenden die Verspätung unverzüglich anzuzeigen. Voraussetzung dafür ist einmal, dass die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt wurde und bei regelmäßiger Beförderung dem Antragenden rechtzeitig zugegangen wäre (andernfalls ist der Annehmende nicht schutzwürdig). Zum anderen kann man vom Antragenden eine Anzeige nur dann verlangen, wenn er erkannte oder jedenfalls erkennen musste, dass die Verspätung des Zugangs auf einer unregelmäßigen Beförderung beruht. Dann kann der Annehmende erwarten, über die Verspätung informiert zu werden; eine solche Information ist dem Antragenden auch zumutbar. Unterlässt oder verzögert dieser eine solche Anzeige, wird der Annehmende in seinem Vertrauen darauf geschützt, dass ein Vertrag zustande gekommen ist. Deshalb gilt nach § 149 S. 2 die verspätete Annahme als nicht verspätet. Der Vertrag ist also trotz der Verspätung geschlossen.

Kommt im **Fall d** der Brief des K vom 4.6. infolge eines Fehlers bei der Post erst am 15.6. bei V an und muss V aufgrund des Absendedatums sowie des Poststempels erkennen, dass bei der Beförderung durch die Post eine »Panne passiert« ist, hat er das unverzüglich dem K anzuzeigen (§ 149 S. 1). Tut er das, bleibt es dabei, dass wegen verspäteten Zugangs der Annahmeerklärung kein Vertrag zustande gekommen ist. Andernfalls gilt die Annahme als nicht verspätet (§ 149 S. 2), sodass der Vertrag geschlossen ist.

II. Annahme

1. Begriff und Wirksamkeitsvoraussetzungen

a) Die Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt. 16

aa) Als (grundsätzlich) **empfangsbedürftige Erklärung** wird die Annahmeerklärung erst mit dem **Zugang** beim Antragenden wirksam (zu Ausnahmen → § 8 Rn. 21 ff.); bis zum Zugang kann der Annehmende seine Erklärung also widerrufen (§ 130 I 2). 17

- 18 **bb)** Der Antragende kann nicht nur eine Frist für die Annahme bestimmen (§ 148); er ist auch in der Lage, die **Erfordernisse an die Annahmeerklärung zu erschweren** (zB Übergabe an den Antragenden persönlich; notarielle Beurkundung, die gesetzlich nicht vorgeschrieben ist) **oder zu erleichtern** (zB Zugang nicht erforderlich).
- 19 **cc)** Da der Annehmende durch die Annahme sein Einverständnis mit dem Angebot kundgibt, **muss die Annahmeerklärung in Bezug auf das Angebot abgegeben werden**. Haben sich Angebotsbrief und Annahmefrief gekreuzt, ist kein Vertrag zustande gekommen (→ § 4 Rn. 12).
- 20 **dd)** **Inhaltlich** muss die Annahmeerklärung mit dem Angebot übereinstimmen; andernfalls liegt keine Einigung vor (→ § 4 Rn. 11, → § 8 Rn. 27).
- 21 **b)** Ausnahmsweise ist ein **Zugang der Annahmeerklärung nicht erforderlich**:
- aa)** Wenn eine **Erklärung der Annahme nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat**, kommt der Vertrag durch die Annahme zustande, ohne dass diese dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht (§ 151 S. 1). Die Bestimmung enthält also eine Ausnahme vom Zugangserfordernis und beschleunigt dadurch das Zustandekommen eines Vertrags. Erforderlich ist aber auch im Fall des § 151 ein Annahmewille, der nach außen unmissverständlich in Erscheinung tritt;¹⁸ ein bloß innerer Annahmewille genügt nicht. Das äußere Verhalten muss vom Standpunkt eines objektiven Dritten auf einen wirklichen Annahmewillen schließen lassen.
- Beispiele:** Wenn ein Gläubiger gegen seinen Schuldner einen unbestrittenen Anspruch geltend macht und der Schuldner ihm einen Scheck nur über einen kleinen Bruchteil des geltend gemachten Betrages zusendet, kann darin ein Vergleichs- oder Abfindungsangebot liegen (sog. Erlassfalle). Allein aus dem Einlösen dieses Schecks ist jedoch nicht der Wille des Gläubigers zu entnehmen, dieses Abfindungsangebot anzunehmen. Aus Sicht eines unbeteiligten Dritten kann nämlich nicht angenommen werden, der Gläubiger wolle dem Schuldner den größten Teil der unbestrittenen Forderung erlassen.¹⁹ Es kommt daher trotz § 151 S. 1 kein Abfindungs-, Vergleichs- oder Erlassvertrag zustande.
- Wenn ein Kunde sich mit einem Suchauftrag an einen gewerbsmäßigen Makler wendet, macht er damit ein Angebot zum Abschluss eines Maklervetrags. Zur Annahme eines solchen Vertrags genügt es, wenn der Makler seine Tätigkeit aufnimmt.²⁰
- Der Tankstellenbetreiber, der mit dem Aufstellen der Tanksäule eine offerte ad incertas personas abgibt (→ § 8 Rn. 5), verzichtet auf den Zugang der Annahmeerklärung, die in dem Tankvorgang des Kunden liegt.²¹
- Da der Wille nicht »erklärt«, sondern nur »betätigt« zu werden braucht, spricht man von einer bloßen »Willensbetätigung«.²² Man ist sich aber weitgehend darüber einig, dass die Annahme jedenfalls wie eine Willenserklärung zu behandeln ist, sodass zB bei einem Willensmangel eine Anfechtung (§§ 119, 123; → § 18 Rn. 5ff., § 19 Rn. 1ff.) in Betracht kommt.
- 22 • Die Zugangsbedürftigkeit entfällt erstens, **wenn ein Zugang nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist** (zB kurzfristige Bestellung eines Hotelzimmers; Schen-

18 BGH NJW 2004, 287; 2001, 2324; 1990, 1655 (1656).

19 BGH NJW 2001, 2324.

20 BGH NJW-RR 2010, 257.

21 Zum Zustandekommen des Kaufvetrages an der Zapfsäule BGH JuS 2011, 929 mAnm Faust und Anm. S. Lorenz LMK 2011, 319864.

22 So zB BGH NJW 2004, 287.

kungsangebot). Betätigt der Empfänger des Angebots seinen Annahmewillen durch eine Handlung (zB durch Bereitstellen des Hotelzimmers; durch Randbemerkungen in dem mit dem Schenkungsangebot übersandten Buch), ist der Vertrag geschlossen, ohne dass der Antragende etwas davon erfährt.

Im Hotelzimmerfall kann der Hotelier, der das Zimmer für den Besteller freigehalten hat, von ihm Zahlung des Übernachtungspreises verlangen, wenn der Gast nicht kommt (Schutz des Empfängers des Angebots). Andererseits hat der Besteller aufgrund des geschlossenen Vertrags Anspruch auf das reservierte Zimmer; er kann Schadensersatz verlangen, wenn der Hotelier das Zimmer an einen anderen vergeben hat und der Besteller deshalb in ein teureres Hotel ziehen muss (Schutz des Antragenden).

- Die Zugangsbedürftigkeit entfällt zweitens, **wenn der Antragende auf den Zugang der Annahme verzichtet hat** (zB Waren, die starken Preisschwankungen unterliegen, werden »express« bestellt). Die Annahme liegt in einer Erfüllungshandlung (zB Verpacken, Absenden der Ware), wodurch der Vertrag zustande gekommen ist. 23

Da mit dem Verpacken ein Vertrag zustande kommt, darf der Empfänger des Angebots nicht mehr anders disponieren und die Ware einem anderen verkaufen. Der Besteller hat einen Lieferungsanspruch aus dem Kaufvertrag (Schutz des Antragenden). Geht die Ware nach der Versendung auf dem Transport verloren, hat der Verkäufer Anspruch auf den Kaufpreis (§ 447 I; Sonderregelung gem. § 475 II beim Verbrauchsgüterkauf).²³ Der Antragende kann sich demgegenüber nicht darauf berufen, sein Angebot sei vom Empfänger des Angebots nicht angenommen, weil die Annahmeerklärung ihm – dem Antragenden – nicht zugegangen sei; denn der Kaufvertrag wurde bereits mit dem Absenden der Ware geschlossen (Schutz des Empfängers des Antrags).

Die Beispiele zeigen, dass es sich bei den Annahmehandlungen vor allem um Erfüllungshandlungen (zB Reservierung des Hotelzimmers; Versendung der bestellten Ware) und um Aneignungs- und Gebrauchshandlungen (zB Verschenken oder »Zerlesen« des mit dem Kaufangebot übersandten Buches) handelt.

Damit der Antragende nicht zu lange Zeit an seinen Antrag gebunden bleibt, schreibt § 151 S. 2 vor, dass sich der Zeitpunkt des Erlöschens des Antrags nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden bestimmt.

- bb) Werden bei notarieller Beurkundung eines Vertrags Angebot und Annahme getrennt beurkundet** (§ 128; → § 13 Rn. 17), kommt bereits mit der Beurkundung der Annahmeerklärung und nicht erst mit deren Zugang der Vertrag zustande (§ 152 S. 1). Diese Regelung entspricht dem vermuteten Willen des Antragenden und dient der Beschleunigung des Vertragsschlusses; sie ist abdingbar (§ 152 S. 1 aE). 24

Für den Zeitpunkt des Erlöschens des Antrags verweist § 152 S. 2 auf § 151 S. 2. Eine danach verspätete Beurkundung der Annahmeerklärung führt nicht zum Vertragsschluss.

- cc) Bei einer privatrechtlichen Versteigerung** kommt der Vertrag durch den Zuschlag des Versteigerers zustande (§ 156 S. 1). Demnach ist das Gebot des Bieters das Angebot, der Zuschlag die Annahme. Diese Annahme ist ebenfalls nicht empfangsbedürftig. Der Vertrag kommt also auch dann zustande, wenn der Bieter vor dem Zuschlag das Versteigerungslokal verlässt und von dem Zuschlag nichts erfährt. 25

Das Ausbieten des Versteigerers ist danach lediglich eine Aufforderung zur Offerte. Das Gebot (= Angebot des Bieters) erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Zuschlag geschlossen wird (§ 156 S. 2).

Nicht um eine Versteigerung iSd § 156 handelt es sich bei einer eBay-Auktion.²⁴ Auf das Gebot des Bieters ergeht nämlich kein Zuschlag. Der Vertrag kommt vielmehr durch Willenserklärungen nach

²³ Dazu Brox/Walker SchuldR BT § 7 Rn. 1, 4d.

²⁴ BGH NJW 2002, 362 (364).

§§ 145 ff. (Freischalten der Angebotsseite durch den Verkäufer, Gebot des Meistbietenden) zustande (→ § 8 Rn. 2, 5, 9) Deshalb findet § 156 bei eBay-Auktionen keine, auch keine analoge Anwendung.²⁵ In dem Gebot des Meistbietenden kann allerdings nur dann eine wirksame Annahmeerklärung liegen, wenn es von einer anderen Person als dem Anbieter kommt. Dagegen stellt ein Eigengebot des Anbieters, das dieser über ein anderes Mitgliedskonto abgibt, um die Gebote in die Höhe zu treiben (sog. »shill bidding«), keine wirksame Annahmeerklärung dar; denn niemand kann einen Vertrag mit sich selbst abschließen.²⁶

2. Wirkung

- 26 a) **Entspricht die Annahme inhaltlich dem Antrag** (→ § 4 Rn. 11) und ist sie vor dem Erlöschen des Antrags wirksam geworden, ist der Vertrag zustande gekommen.
- 27 b) **Enthält die Annahme gegenüber dem Antrag Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen**, bringt der Erklärende damit zum Ausdruck, dass er mit dem Angebot nicht oder jedenfalls nicht in vollem Umfange einverstanden ist. Infolgedessen ist seine Erklärung nicht als Annahme, sondern als Ablehnung des Angebots aufzufassen. Sie gilt nach § 150 II als neuer Antrag, den der Partner annehmen oder ablehnen kann. Äußert dieser sich darauf nicht, so kann sein Schweigen nicht als Zustimmung und demnach auch nicht als Annahme des neuen Angebots angesehen werden.

Im Fall f entspricht die Erklärung des K nicht dem Angebot des V, da K den Kaufpreis in Raten zahlen will, während nach dem Angebot des V dem K nicht das Recht zustehen soll, den Preis in Raten zu zahlen. Demnach ist das Angebot des V abgelehnt (§ 150 II). Mit seiner Ablehnung verbindet K aber einen neuen Antrag (Kauf der Maschine für 5.000 EUR, zahlbar in fünf gleichen Monatsraten), den V annehmen oder ablehnen kann.

Heißt es in dem Brief des K aber, er nehme das Angebot des V an, bitte den V jedoch, wohlwollend zu prüfen, ob er ihm nicht monatliche Ratenzahlungen à 1.000 EUR bewilligen könne, dann enthält die Annahme des K keine Änderungen gegenüber dem Antrag des V, sodass der Vertrag entsprechend dem Antrag (also ohne Ratenzahlungen) zustande gekommen ist. Die Bitte um Gewährung von Ratenzahlungen ist als neuer Antrag auf Abänderung des geschlossenen Kaufvertrags hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten aufzufassen; geht V darauf ein, ist der geschlossene Vertrag entsprechend dem Abänderungsangebot des K abgeändert; andernfalls bleibt es bei dem geschlossenen Vertrag.

Nimmt der ursprüngliche Anbieter die abändernde Annahmeerklärung, die als neues Angebot gilt, an, kommt ein Vertrag zu den abgeänderten Bedingungen zustande. Das gilt allerdings nur, wenn der Anbieter die Änderungen in der Annahmeerklärung erkennen konnte. Nach der Rechtsprechung erfordern es nämlich die Grundsätze von Treu und Glauben, dass der Empfänger eines Vertragsangebots seinen davon abweichenden Vertragswillen in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt.²⁷ Fehlt es daran, weil der Empfänger des Angebots die Abweichungen in seiner Annahmeerklärung versteckt untergeschoben hat, kommt nach allgemeinen Auslegungsregeln (Auslegung aus Sicht des Empfängerhorizonts) ein Vertrag mit dem Inhalt des ursprünglichen Angebots zustande.

- 28 c) **Ist die Annahme verspätet**, so muss zunächst geprüft werden, ob nach § 149 (→ § 8 Rn. 15) die Annahme ausnahmsweise als nicht verspätet gilt. Ist dies nicht der Fall, bewirkt die verspätete Annahme keinen Vertragsschluss, weil das Angebot wegen Frist-

25 BGH NJW 2017, 468 Rn. 19 ff., 35 mAnm *Linardatos* LMK 2017, 385307, Anm. *Litzenberger* EWiR 2017, 141, und Anm. *Mankowski* JZ 2017, 253; zu der Entscheidung ferner *Pfeiffer* NJW 2017, 1437.

26 BGH NJW 2017, 468 Rn. 23.

27 BGH NJW 2014, 2100 mAnm *Riehm* JuS 2014, 1118; NJW 2010, 3436.

ablaufs erloschen ist. Dann ist die »Annahmeerklärung« als neuer Antrag aufzufassen (§ 150 I).

3. Verpflichtung zur Annahme

a) Aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgt, dass der Empfänger eines Angebots **grundsätzlich frei darin ist, ob er das Angebot annimmt oder ablehnt** (→ § 2 Rn. 5, → § 4 Rn. 6). 29

b) **Ausnahmsweise** kann der Empfänger eines Angebots **zur Annahme verpflichtet** sein (= Abschlusspflicht). 30

aa) Im **Vorvertrag** verpflichten sich eine oder beide Parteien, einen anderen Vertrag (= Hauptvertrag) zu schließen. Aus dem Vorvertrag hat der Berechtigte einen Anspruch gegen den Verpflichteten, dass dieser das Angebot zum Abschluss des Hauptvertrags annimmt. Auf Abgabe einer solchen Vertragserklärung kann geklagt werden.²⁸ Die Zulässigkeit des Vorvertrags ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.

In der Praxis hat der Vorvertrag keine große Bedeutung.

bb) **Kraft Gesetzes** ergibt sich ein Abschlussgebot zB für Strom, Gas, Personentransport (→ § 4 Rn. 6) sowie allgemein dann, wenn eine öffentliche Versorgungsaufgabe besteht. Die Pflicht zum Abschluss eines Vertrags folgt aus speziellen gesetzlichen Bestimmungen oder generell aus §§ 826, 249, wenn die Ablehnung eines Vertragsangebots eine sittenwidrige Schädigung darstellt. 31

Beispiele: Kontrahierungszwang des Wasserwerks, der Apotheke, des am Unfallort anwesenden Arztes.

III. Besonderheiten beim Vertragsschluss im Rahmen von eBay-Auktionen

Wie vorstehend schon an verschiedenen Stellen ausgeführt, handelt es sich bei eBay-Auktionen nicht um Versteigerungen, die gem. § 156 S. 1 durch einen Zuschlag an den Meistbietenden beendet werden. Vielmehr werden Verträge durch Angebots- und Annahmeerklärung geschlossen.²⁹ Das sei nochmals zusammenfassend dargestellt: 32

1. Angebot

Der Anbietende gibt dadurch, dass er die Auktion der zum Verkauf gestellten Sache mit einem bestimmten Anfangspreis (zB Startgebot 1 EUR oder Mindestgebot von X EUR) eröffnet, ein verbindliches Verkaufsangebot iSv § 145 ab. Dieses Angebot ist an denjenigen gerichtet, der zum Ablauf der Auktionszeit (Annahmefrist nach § 148; → § 8 Rn. 11) der Höchstbietende ist. Als Adressat des Angebots zum Vertragsschluss kommt nur eine andere Person als der Anbietende selbst in Betracht. Das ergibt sich schon aus § 145. Danach muss die Schließung eines Vertrags »einem anderen« angeboten werden. Niemand kann einen Vertrag mit sich selbst schließen. Deshalb kann ein sog. Eigengebot des Anbietenden, das dieser über ein anderes Mitgliedskonto abgibt, 33

²⁸ Zu einer solchen Klage BGH NJW 2006, 2843.

²⁹ Zu den folgenden Einzelheiten siehe etwa BGH NJW 2017, 468 Rn. 19ff. mAnm. *Linardatos* LMK 2017, 385307, Anm *Litzenberger* EWiR 2017, 141, und Anm. *Mankowski* JZ 2017, 253; zu der Entscheidung ferner *Pfeiffer* NJW 2017, 1437.

um den Preis in die Höhe zu treiben (sog. »shill bidding«), nicht zu einem Vertragschluss führen.

2. Annahme

- 34 Die Annahme wird von demjenigen erklärt, der ein Gebot abgibt. Bei mehreren Geboten bezieht sich das Angebot nur auf das Höchstgebot zum Ablauf der Auktionszeit. Der Vertrag kommt deshalb zwischen dem Anbietenden und demjenigen Bieter zustande, der am Ende der Auktion das Höchstgebot abgegeben hat. Handelt es sich bei dem Höchstgebot um ein Eigengebot des Anbietenden, liegt darin keine wirksame Annahmeerklärung. Maßgeblich ist dann das letzte wirksame Höchstgebot eines vom Anbietenden personenverschiedenen Bieters. Dieses ist durch das höhere Eigengebot auch nicht etwa gem. § 156 S. 2 erloschen. Der BGH lehnt eine analoge Anwendung dieser Norm ab, weil das Zustandekommen des Vertrags durch Angebot und Annahme mit der Zuschlagssituation bei einer Versteigerung iSv § 156 nicht vergleichbar sei.³⁰
- 35 Nach den eBay-AGB kann ein Bieter ein sog. **Maximalgebot** abgeben, das dem Anbieter und den anderen Bietern verborgen bleibt. Damit veranlasst er, dass sein aktuelles Gebot schrittweise erhöht wird, sobald ein höheres Gebot eines anderen Bieters abgegeben wurde. Dadurch bleibt der Bieter so lange der Höchstbietende, bis sein Maximalgebot von einem anderen Bieter überboten wird. Auf diese Weise kann der Bieter auf andere Gebote reagieren, ohne ständig bei der Versteigerung präsent sein zu müssen. Der BGH legt solche Maximalgebote gem. §§ 133, 157 so aus, dass der Bieter nur erklärt, alle anderweitig abgegebenen »wirksamen« Gebote bis zur Maximalgrenze überbieten zu wollen. Das hat Auswirkungen, wenn der Bieter durch unwirksame Eigengebote des Anbietenden zur automatischen Abgabe von höheren Geboten veranlasst wurde. Maßgeblich sei dann nicht das so zustande gekommene Höchstgebot, sondern dasjenige, das auf das letzte wirksame vorherige Gebot abgegeben worden sei.³¹
- 36 In dem vom BGH entschiedenen Fall startete der Anbietende eine Auktion über einen VW Golf mit einem objektiven Wert von 16.500 EUR zu einem Startpreis von 1 EUR. Ein unbekannter Bieter (1) hat diesen Startpreis geboten. Der nächste Bieter (2) hat das Gebot entsprechend den vorgegebenen Erhöhungsschritten auf 1,50 EUR erhöht und dabei ein (verborgenes) Maximalgebot von 17.000 EUR abgegeben. Der Anbietende selbst hat bis zum Auktionsschluss über ein zweites Benutzerkonto mehrere Eigengebote bis über das Maximalgebot von 17.000 EUR hinaus abgegeben. Weitere Bieter gab es nicht. Mit dem Ende der Auktion ist kein Vertrag aufgrund der unwirksamen Eigengebote des Anbietenden zustande gekommen. Das für den Vertragsschluss maßgebliche letzte wirksame Gebot stammt von Bieter (2). Dabei handelt es sich nur scheinbar um das Maximalgebot in Höhe von 17.000 EUR. Wenn man das Maximalgebot nämlich mit dem BGH so auslegt, dass eine Gebotserhöhung nur gegenüber dem letzten »wirksamen« vorherigen Gebot gewollt war, dann beträgt das maßgebliche Höchstgebot 1,50 EUR, mit dem das letzte wirksame Vorgebot des Bieters (1) überboten wurde. Der BGH hat einen Vertragsschluss zu diesem Kaufpreis bejaht. Der Vertrag sei trotz des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auch nicht sittenwidrig. Bei dem Bieter (2) fehle es an einer verwerflichen Gesinnung (dazu → § 14 Rn. 25, 27), weil er aufgrund seines Maximalgebots immerhin bereit gewesen sei, bis zu einem dem Wert der Sache entsprechenden Preis zu bieten.

30 BGH NJW 2017, 468 Rn. 35.

31 BGH NJW 2017, 468 Rn. 27f.

IV. Besonderheiten beim Vertragsabschluss mit Verbrauchern im elektronischen Geschäftsverkehr

Nach § 312j II–IV³² ist das Zustandekommen von Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers an eine zusätzliche Voraussetzung geknüpft. Gemäß § 312j II iVm Art. 246a § 1 I 1 Nr. 1, 4, 5, 11, 12 EGBGB ist der Unternehmer verpflichtet, dem Verbraucher unmittelbar vor Abgabe der Bestellung Informationen über den Gesamtpreis, gegebenenfalls anfallende Liefer- und Versandkosten und bei Dauerschuldverhältnissen über die Mindestlaufzeit des Vertrags klar und verständlich zur Verfügung zu stellen. Gemäß § 312j III hat der Unternehmer die Bestellsituation so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, sich zu einer Zahlung zu verpflichten. Bei einer Bestellung über eine Schaltfläche (Bestellbutton) muss diese gut lesbar ausschließlich mit den Worten »zahlungspflichtig bestellen« oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein. Die Erfüllung dieser Pflicht ist gem. § 312j IV Voraussetzung für das Zustandekommen eines Verbrauchervertrags im elektronischen Geschäftsverkehr. Dafür spielt es keine Rolle, ob es sich bei der Bestellung des Verbrauchers um das Vertragsangebot (auf eine vorherige invitatio ad offerendum des Unternehmers) oder um die Annahmeerklärung handelt. 37

Diese Regelung in § 312j II–IV hat die Wirkung wie eine Formvorschrift. Sie soll dem Schutz des Verbrauchers vor Irreführung und Übereilung aufgrund der besonderen Situation im Internet dienen.³³ Durch eine unklare und verwirrende Gestaltung der Internetseite kann nämlich leicht verschleiert werden, dass die angebotene Leistung etwas kostet. Das gilt etwa dann, wenn eine Leistung als »gratis«, »free« oder »kostenlos« bezeichnet wird, sich aber im Kleingedruckten ein wenig auffälliger Hinweis findet, dass gleichzeitig eine kostenpflichtige Leistung bestellt oder ein Abonnementvertrag abgeschlossen wird. Zwar kommt in solchen Fällen oft schon aus anderen Gründen (zB keine übereinstimmenden Willenserklärungen über Leistungsgegenstand und Preis) gar kein Vertrag zustande, oder er ist widerrufbar (§§ 312c, 312g) oder anfechtbar (§§ 119, 123). Aber die Verbraucher nehmen ihre darauf beruhenden Rechte oft nicht wahr, sondern sind unter dem massiven und einschüchternden Druck von Rechtsanwälten und Inkassounternehmen bereit, auch lediglich behauptete Forderungen des Unternehmers zu erfüllen. Vor solchen Kosten- und Abfällen im Internet sollen die Verbraucher durch § 312j II–IV geschützt werden.³⁴ § 312j II–IV dient dazu, die Verbraucherrechte-RL 2011/83 EU³⁵ umzusetzen.³⁶ 38

Voraussetzungen eines Vertragsschlusses

I. Angebot (§ 145)

1. Abgabe einer Erklärung mit Rechtsbindungswillen (≠ invitatio ad offerendum)
2. Zugang (§ 130 I 1)
3. Kein Widerruf (§ 130 I 2)
4. Hinreichend bestimmt bzgl. Inhalt, Vertragspartner

II. Annahme

1. Zugang (§ 130 I 1), wenn Zugang nicht entbehrlich (§ 151 S. 1)
2. Kein Widerruf (§ 130 I 2)
3. In Bezug auf das Angebot

32 Neu gefasst mit Wirkung zum 13.6.2013 durch Gesetz v. 20.9.2013 (BGBl. 2013 I 3642, 3647). Bis zum 12.6.2014 § 312g (BGBl. 2012 I 1084; dazu *Kirschbaum* MMR 2012, 8).

33 BR-Drs. 525/11, 13.

34 BR-Drs. 525/11, 3f.

35 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher v. 25.10.2011, ABl. 2011 L 304, 64.

36 BT-Drs. 17/7745, 9 (noch zu § 312g aF).

4. Inhalt: Ja (Übereinstimmung mit Angebot, sonst § 150 II)

5. Rechtzeitigkeit (§§ 146–149, sonst § 150 I)

III. Besonderheiten beim Vertragsabschluss mit Verbrauchern im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312j II–IV)

V. Sonderfälle

1. Option

- 39 Die Option ist das Recht, durch Erklärung einseitig, also ohne weiteres Zutun des Partners, einen Vertrag zu begründen. Im Gegensatz zu einem Angebot bedarf die Ausübung des Optionsrechts also keiner Annahmeerklärung des Vertragspartners, damit der Vertrag zustande kommt. Dem Vertragspartner geschieht damit kein Unrecht. Denn das Optionsrecht beruht auf einem zuvor zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag (= Optionsvertrag), in dem das Einverständnis des anderen Teils zu der Begründung eines weiteren Vertrags durch den Optionsberechtigten gegeben ist.

Beispiel: In einem befristeten Mietvertrag wird dem Mieter das Recht eingeräumt, nach Ablauf des Mietverhältnisses durch einseitige Erklärung ein neues Mietverhältnis zu den im Vertrag genannten Bedingungen zu begründen.

Rechtlich ist der Optionsvertrag als ein aufschiebend bedingter (→ § 21 Rn. 1ff.) Vertrag aufzufassen. Die Bedingung besteht hier in der Ausübung des Optionsrechtes durch den Berechtigten.

Die gleichen Rechtswirkungen wie bei einem Optionsvertrag können bei einer **Festofferte** bestehen, bei welcher der Antragende eine lange Annahmefrist (meist über mehrere Jahre) eingeräumt hat. Der Unterschied zum Optionsvertrag zeigt sich vor allem darin, dass die Annahme einer Festofferte der für den Vertrag eventuell notwendigen Form bedarf, während nach hM bei der Optionserklärung diese Form nicht eingehalten werden muss.³⁷

2. Sozialtypisches Verhalten

- 40 a) Nach einer früher vertretenen Ansicht sollte im modernen Massenverkehr ein Vertrag nicht durch Angebot und Annahme, sondern allein durch tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung zustande kommen. Eine solche Inanspruchnahme müsse nach ihrer sozialtypischen Bedeutung die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlichen Handelns hervorrufen. Ein Vertrag sollte danach also unabhängig von einem rechtsgeschäftlichen Willen allein durch ein tatsächliches Verhalten zustande kommen.

Beispiele: Das bloße Besteigen einer Straßenbahn sollte einen Beförderungsvertrag, das Abstellen eines Autos auf einem bewachten Parkplatz einen Bewachungsvertrag begründen, sodass der Benutzer der Straßenbahn oder des Parkplatzes verpflichtet ist, das tariflich festgelegte Entgelt zu zahlen.

Diese Lehre vom sozialtypischen Verhalten wollte vor allem zwei Schwierigkeiten lösen: Einmal soll der Minderjährige (→ § 12 Rn. 13), der ohne Wissen seiner Eltern die Leistung in Anspruch nimmt (zB die Straßenbahn besteigt), zur Erbringung der Gegenleistung (zB des Fahrpreises) verpflichtet sein. Zum anderen soll der Geschäftsfähige, der von der Leistung Gebrauch macht (zB sein Auto auf einem bewachten Parkplatz abstellt), auch dann zur Gegenleistung (zB Zahlung der Gebühr) verpflichtet

³⁷ Vgl. BGH LM Nr. 16 zu § 433.

sein, wenn er bei der Inanspruchnahme der Leistung erklärt, er wolle weder die Leistung erhalten noch die Gegenleistung erbringen (zB, er wolle zwar parken, aber keine Bewachung und deshalb auch nicht zahlen).³⁸

b) Die Ansicht ist abzulehnen. Sie findet keine Stütze im Gesetz, das für einen Vertragsschluss Angebot und Annahme verlangt. Man braucht die Lehre vom sozialtypischen Verhalten auch nicht. Meist kann in der Inanspruchnahme der Leistung eine (konkludente) Willenserklärung erblickt werden. 41

So ist das Besteigen einer Straßenbahn als Willenserklärung auf Abschluss eines entgeltlichen Beförderungsvertrags aufzufassen.

Der Minderjährige, der ohne Zustimmung seiner Eltern von der Leistung Gebrauch macht, schließt keinen gültigen Vertrag (vgl. § 108), sodass er aus Vertrag nicht auf Zahlung des Fahrpreises in Anspruch genommen werden kann. Die Lehre vom sozialtypischen Verhalten, die den Minderjährigen zur Zahlung des Fahrpreises für verpflichtet hielt, verstieß gegen den Minderjährigenschutz des BGB.

Möglicherweise kommt ein Bereicherungsanspruch (§ 812) oder ein Schadensersatzanspruch (§§ 823, 828 III, 829) gegen den Minderjährigen in Betracht.

Der Geschäftsfähige, der eine Leistung in Anspruch nimmt, muss die verkehrsmäßige Bedeutung seines Handelns gegen sich gelten lassen, selbst wenn er sich dahin äußert, er wolle die Gegenleistung nicht erbringen (Parkplatzfall). Seine **protestatio facto contraria** ist **unbeachtlich**, da der Handelnde sich damit zu seinem tatsächlichen Verhalten in Widerspruch setzt.

3. Schweigen als Annahme

a) Grundsätzlich hat das bloße Schweigen nicht die Bedeutung einer Willenserklärung (zur Rechtslage bei unbestellten Leistungen jetzt § 241a). **Nur ausnahmsweise gilt Schweigen auf ein Angebot als Annahme.** Voraussetzung dafür ist, dass die Parteien dies vereinbart haben oder das Gesetz dies bestimmt. 42

■ **Beispiele:** § 516 II 2; § 362 I HGB (→ § 4 Rn. 23).

b) Das **Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben** gilt nach Gewohnheitsrecht als Zustimmung zu dem Inhalt des Schreibens.³⁹ 43

aa) Im kaufmännischen Verkehr ist es üblich, dass eine Vertragspartei der anderen den Inhalt eines bereits mündlich geschlossenen Vertrags schriftlich bestätigt. **Sinn dieses Bestätigungsschreibens** ist es, später Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen worden ist und welche Vertragsbedingungen im Einzelnen vereinbart worden sind. Soll also das Schreiben vornehmlich **Beweiszwecken** dienen, so würde dieser Zweck vereitelt, wenn der Empfänger auf das Schreiben hin untätig bliebe und später im Streitfall sich darauf berufen könnte, der Inhalt des Schreibens sei falsch, da kein Vertrag geschlossen oder etwas anderes als Vertragsinhalt vereinbart worden sei. Deshalb muss der Empfänger unverzüglich widersprechen, wenn er mit dem Inhalt des Schreibens nicht einverstanden ist; andernfalls muss er später den Inhalt gegen sich gelten lassen.

³⁸ Vgl. BGHZ 21, 319 = NJW 1956, 1475.

³⁹ Brox/Henssler HandelsR Rn. 294 ff.; K. Schmidt HandelsR § 19 Rn. 66.

Diese Regelung ist gerechtfertigt, weil gerade im Handelsverkehr ein besonderes Bedürfnis nach Klarheit besteht und man vom Kaufmann als Empfänger des Bestätigungsschreibens eine besondere Sorgfalt bei der Behandlung seiner Post verlangen darf. Äußert er sich auf ein solches Schreiben nicht unverzüglich, erweckt er den Eindruck, dass er mit dem Inhalt des Schreibens einverstanden ist. In diesem Vertrauen muss der Absender geschützt werden.

Beispiel: Kaufmann K bestellt bei V telefonisch mehrere Posten Herrenhosen. V verwechselt im Bestätigungsschreiben die gewünschten Mengen der einzelnen Posten. Wenn K nicht unverzüglich widerspricht, gilt die Menge als verkauft, die im Bestätigungsschreiben genannt ist.

44 **bb)** Aus dem Sinn und Zweck der Regel ergeben sich folgende **Voraussetzungen**:

(1) Der Empfänger des Schreibens muss **Kaufmann** sein oder zumindest in größerem Umfang am Geschäftsleben teilnehmen. Von einer anderen Person erwartet man insoweit keine besondere Sorgfalt. Der Bestätigende muss ebenfalls wenigstens in größerem Umfang am Geschäftsverkehr teilnehmen. Nur dann kann er erwarten, dass ihm gegenüber nach kaufmännischer Sitte verfahren wird.

(2) Es müssen **Vertragsverhandlungen** dem Bestätigungsschreiben vorausgegangen sein. Ist das nicht der Fall, kann der Absender nicht damit rechnen, dass der schweigende Empfänger einverstanden ist.

(3) Das Bestätigungsschreiben muss **unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen abgeschickt** werden, sodass der Empfänger auf das Eintreffen vorbereitet ist.⁴⁰

(4) Das **Schreiben muss den früheren Vertragsschluss unter Wiedergabe des Vertragsinhalts bestätigen**. Falls es nur zum Ausdruck bringt, dass der Absender das Angebot des Vertragspartners annimmt und damit der Vertrag erst zustande kommen soll, handelt es sich nicht um ein Bestätigungsschreiben, selbst wenn es als »Auftragsbestätigung« bezeichnet wird. Sofern eine solche Annahme vom Antrag abweicht, greift § 150 II ein; das Schweigen des Empfängers auf dieses neue Angebot gilt nicht als Annahme.⁴¹

(5) Der **Absender muss der Meinung sein dürfen, dass der Inhalt des Schreibens der Vereinbarung entspricht** oder nur solche Abweichungen enthält, die der Empfänger billigt.⁴² Der unredliche Absender ist in seinem Vertrauen auf das Schweigen des Empfängers nicht schutzwürdig.

(6) Der **Empfänger darf nicht unverzüglich widersprochen haben**. Bei rechtzeitigem Widerspruch ist der Absender nicht schutzbedürftig. Ein Widerspruch nach mehr als einer Woche ist in der Regel verspätet.⁴³

40 BGH NJW 1964, 1223 (1224).

41 Vgl. BGHZ 18, 212 = NJW 1955, 1794; BGHZ 61, 282 (285) = NJW 1973, 2106.

42 Vgl. BGHZ 40, 42 (44 ff.) = NJW 1963, 1922.

43 BGH BB 1969, 933.

§ 9 Der Widerruf einer auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung

I. Das allgemeine Widerrufsrecht (§ 130 I 2)

Das allgemeine Widerrufsrecht steht jedermann zu, der eine Willenserklärung abgegeben hat, solange sie dem Empfänger noch nicht zugegangen ist (§ 130 I 2; → § 7 Rn. 18). 1

II. Verbraucherschützende Widerrufsrechte

Literatur: *Bernhard*, Widerrufsrecht bei Internet-Auktionen?, ZGS 2005, 226; *Borges*, Das Widerrufsrecht in der Internet-Auktion, DB 2005, 319; *Czeguhn/Dickmann*, Übungsklausur – Zivilrecht: Minderjährigenrecht – Ärger über das Internet, JuS 2008, 336; *Dethloff*, Vertragsschluss-, Widerrufs- und Rückgaberecht im E-Commerce, JURA 2003, 730; *Kellermann*, Der deutsche Verbraucherbegriff – eine Würdigung der streitigen Einzelfälle, JA 2005, 546; *Kern*, Die Entwicklung des Verbraucherbegriffs, ZGS 2009, 456; *Mankowski*, Online-Auktionen, Versteigerungsbegriff und fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht, JZ 2005, 444; *Petersen*, Der Widerruf im Bürgerlichen Recht, JURA 2009, 276; *Reiner*, Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen, AcP 203 (2003), 1; *K. Schmidt*, Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag – Grundlagen des § 13 BGB, JuS 2006, 1; *Staudinger/Schmidt-Bendun*, Kein Ausschluss des Widerrufsrechts des Verbrauchers im Rahmen einer Internetauktion – eBay, BB 2005, 732; *M. Stürner*, Der Widerruf bei Verbraucherverträgen, JURA 2016, 26; *Woitkewitsch*, Vertragswideruf – Wertersatz und Nutzungsentschädigung bei fehlerhafter Belehrung, MDR 2015, 1157.

1. Sinn und Begriffsbestimmung

a) Selbst wenn durch Angebot (→ § 8 Rn. 1) und Annahme (→ § 8 Rn. 16) ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, hat eine der Vertragsparteien in besonderen Fällen das Recht, ihre Willenserklärung binnen einer bestimmten Frist zu widerrufen. Ein solches Widerrufsrecht wird zum Zwecke des Verbraucherschutzes einer besonders schutzbedürftigen Vertragspartei vom Gesetz eingeräumt. Die Begriffe »Verbraucher« und »Unternehmer« stammen aus dem Recht der EU und sind entsprechend der Ausklammerungsmethode des BGB (→ § 2 Rn. 19ff.) an den Anfang des BGB gestellt. 2

b) Gemäß § 13¹ ist **Verbraucher** jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Das Merkmal »überwiegend« wurde erst mit Wirkung zum 13.6.2014 eingefügt.⁴⁵ Es ist für solche Fälle von Bedeutung, in denen ein Vertrag sowohl für gewerbliche als auch für private Zwecke geschlossen wird.⁴⁶ 3

■ **Beispiel:** Ein Selbstständiger kauft einen Pkw, den er privat und geschäftlich nutzt.

Geschützt werden nur natürliche Personen,⁴⁷ also Menschen (→ § 33 Rn. 1ff.), nicht jedoch juristische Personen wie Vereine und Gesellschaften (→ § 34 Rn. 1ff.). Das gilt jedenfalls dann, wenn die Gesellschafter nicht ausschließlich natürliche Personen sind.⁴⁸

¹ Neu gefasst durch Gesetz v. 20.9.2013 (BGBl. 2013 I 3642, 3643).

⁴⁵ Gesetz v. 20.9.2013 (BGBl. 2013 I 3642).

⁴⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/13951, 61.

⁴⁷ EuGH NJW 2002, 205 Rn. 17; BGH NJW 2017, 2752 Rn. 28 mAnm *Schwab* JuS 2018, 287.

⁴⁸ BGH NJW 2017, 2752 Rn. 25ff.

Eine **Wohnungseigentümergeinschaft** ist zwar keine natürliche Person. Aber in ihr sind natürliche Personen zusammengeschlossen. Sie verlieren ihre Verbrauchereigenschaft nicht dadurch, dass sie Mitglied in dieser Gemeinschaft werden. Soweit die Wohnungseigentümergeinschaft beim Abschluss von Rechtsgeschäften nicht gewerblich, sondern zum Zwecke der privaten Vermögensverwaltung ihrer Mitglieder handelt, wird sie einem Verbraucher gem. § 13 gleichgestellt, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehört.⁴⁹

Aber auch eine natürliche Person ist nur dann schutzbedürftig, wenn das von ihr abgeschlossene Rechtsgeschäft zu ihrem privaten Bereich und nicht zu ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit gehört. Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend.⁵⁰ Allerdings kann es in bestimmten Fällen für die Einordnung eines Vertragspartners als Unternehmer ausreichen, wenn dem anderen Vertragspartner vor oder bei Vertragsschluss der Eindruck vermittelt wird, er schließe den Vertrag mit einem Unternehmer.⁵¹ Nach Ansicht des BGH⁵² ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von Verbraucherhandeln auszugehen; etwas anderes gilt nur, wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln aus Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist.

Nach diesen Grundsätzen hat der BGH⁵³ die Internetbestellung mehrerer Lampen durch eine selbstständige Rechtsanwältin als Verbrauchergeschäft eingeordnet. Allein der Umstand, dass diese als Liefer- und Rechnungsadresse ihre Kanzleiadresse angegeben hatte, reichte nach Ansicht des BGH für eine eindeutige Zuordnung des Kaufs zu der selbstständigen Tätigkeit der Rechtsanwältin nicht aus. Die Einordnung als Verbrauchergeschäft war wichtig für die Frage, ob der Rechtsanwältin ein Widerrufsrecht nach §§ 312 c, 312 g (→ § 9 Rn. 24) zustand.

- 4 **Unternehmer** ist nach § 14 eine natürliche oder juristische Person, aber auch eine rechtsfähige Personengesellschaft, wenn sie bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit handelt.

2. Gesetzlich geregelte Widerrufsrechte

- 5 Das BGB enthält eine Reihe von verschiedenen verbraucherschützenden Widerrufsrechten, deren Voraussetzungen im Rahmen der Vorschriften über die jeweiligen Verbraucherverträge geregelt sind. So wird zB dem Verbraucher, der einen Darlehensvertrag abschließt (vgl. §§ 491 ff.), in § 495 das Recht eingeräumt, seine auf den Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags gerichtete Willenserklärung bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen zu widerrufen. Weitere Widerrufsrechte befinden sich in § 312 g I für Verträge, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden (§ 312 b), und für Fernabsatzverträge (§ 312 c), in § 485 I (Teilzeit-Wohnrechtverträge), in § 510 II (Ratenlieferungsverträge) und in § 4 I FernUSG (Fernunterrichtsverträge). Liegen die Voraussetzungen eines solchen Widerrufsrechts vor, so kann der Verbraucher es grundsätzlich nach § 355 ausüben. In den §§ 355–361 sind nämlich für alle verbraucherschützenden Widerrufsrechte Ausübung und Rechtsfolgen einheitlich geregelt (zu Modifikationen beim Verbraucherdarlehen s. § 495 II). Die §§ 355 ff. fin-

49 BGH ZIP 2015, 979 ff. mzustAnm *Derleder* EWiR 2015, 347.

50 BGH ZIP 2017, 2153 Rn. 41.

51 EuGH NJW 2017, 874 Rn. 34 ff.; BGH ZIP 2017, 2153 Rn. 41.

52 BGH NJW 2009, 3780 f.

53 S. nochmals BGH NJW 2009, 3780 f.

den erst Anwendung, wenn dem Verbraucher durch eine andere Vorschrift ein Widerrufsrecht eingeräumt ist.

Dieses Ineinandergreifen von Vorschriften über die Voraussetzungen eines Widerrufsrechts mit den Regelungen der §§ 355–361 über die Ausübung und die Rechtsfolgen des Widerrufs soll beispielhaft für das Widerrufsrecht bei Verträgen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, näher erklärt werden.

a) Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen

Fälle:

- a) K hat sich auf einer Kaffeeahrt eine Heizdecke aufschwätzen lassen und den Preis von 80 EUR sofort bezahlt. Später möchte K das Geschäft »rückgängig« machen. Möglich? (→ § 9 Rn. 12, 14)
- b) K möchte durch Schreibarbeiten einen Nebenverdienst erzielen und beabsichtigt, sich zu diesem Zweck einen neuen PC zuzulegen. Auf eine entsprechende Zeitungsanzeige eines Computershops bittet er um den Besuch eines Mitarbeiters. Dieser verkauft ihm im Laufe des Gesprächs einen PC. Muss K ihn bezahlen oder kann er sich wieder vom Vertrag lösen? (→ § 9 Rn. 16)
- c) Im Fall b hat K am 1.2. ein Auftragsformular für den Kauf des PC unterschrieben. Das Formular enthält sieben vorgedruckte Absätze in gleicher Schriftgröße und -farbe; in dem fünften Absatz wird auf das Widerrufsrecht hingewiesen. Ist die am 25.2. abgegebene Widerrufserklärung des K fristgerecht erfolgt? (→ § 9 Rn. 21)

aa) Bedeutung. Häufig werden insbesondere (aber nicht nur) ältere Menschen an der Haustür oder an anderen Orten, an denen sie nicht auf den Abschluss eines Vertrags eingestellt sind, durch einen (aufdringlichen) Werber oder Vertreter zu einem Vertragsabschluss (etwa über Bücher, Zeitschriften, Kosmetika, Staubsauger, Küchengeräte) bewogen, den sie später bedauern. Weil der Verbraucher von dem Werber in solchen Situationen vielfach überrascht oder gar überrumpelt und zum Abschluss eines Vertrags überredet wird, räumt ihm § 312g unter bestimmten Voraussetzungen ein Widerrufsrecht ein. Dadurch wird der Verbraucher geschützt, dessen Entscheidungsfreiheit bei Vertragsschluss beeinträchtigt ist, weil er ohne hinreichende Überlegung Zahlungsverpflichtungen mit oft schwerwiegenden finanziellen Folgen eingeht. Dieser gesetzliche Verbraucherschutz kann nicht durch Parteivereinbarung eingeschränkt werden; alle von den §§ 312ff. zum Nachteil des Verbrauchers abweichenden Vereinbarungen sind unwirksam (vgl. § 312k I 1). 6

bb) Voraussetzungen des Widerrufsrechts. Das Widerrufsrecht setzt voraus, dass der Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über eine entgeltliche Leistung des Unternehmers (§ 312 I) außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen oder angebahnt wurde (§ 312b I). 7

(1) Die vertragliche Vereinbarung muss **eine entgeltliche Leistung des Unternehmers** zum Gegenstand haben (§ 312 I). Darunter fallen nicht nur Kaufverträge und andere gegenseitige Verträge, sondern alle Verträge, nach denen der Verbraucher zur Leistung eines Entgelts verpflichtet sein soll. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Entgelt als Preis, Lohn, Honorar, Gebühr oder anders bezeichnet wird.

Beispiele für Verträge über eine entgeltliche Leistung: Kauf-, Miet-, Pacht-, Arbeits-, Werk-, Reise-, (Ehe-)Maklervertrag sowie der Eintritt in einen Verein mit Beitragspflicht. Im Bürgschaftsvertrag übernimmt der Bürge einseitig eine Verbindlichkeit; das Bedürfnis, ihn vor Überrumpelung zu schützen, ist aber größer als in den Fällen, in denen jemandem für seine

Leistung irgendein Entgelt versprochen oder geleistet wird. Deshalb kann auch ein Bürgschaftsvertrag unter § 312 fallen.⁵⁴

- 8 (2) Der Vertrag muss **außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen oder angebahnt** worden sein (§ 312b). Solche Verträge wurden früher schlagwortartig als Haustürgeschäfte bezeichnet. Bei ihnen besteht typischerweise die Gefahr, dass der Verbraucher sich nur deshalb auf den Vertrag eingelassen hat, weil er überrascht oder überrumpelt wurde. Geschäftsräume sind gem. § 312b II 1 unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, und bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt. Falls der Unternehmer die Vertragsverhandlungen nicht selbst führt, sondern eine andere Person in seinem Namen oder Auftrag handelt, wird ihm die in der Person des Verhandlungsführers gegebene Situation bei der Vertragsanbahnung oder dem Vertragsabschluss zugerechnet (vgl. § 312b I 2).

Das Gesetz nennt folgende Tatbestände für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge:

- 9 (a) Der Vertrag wird **bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragsparteien außerhalb von Geschäftsräumen** geschlossen (§ 312b I 1 Nr. 1).

Beispiel: Vertragsschluss in der Privatwohnung (nicht nur in der des Verbrauchers) einschließlich der Haus- oder Etagentür, des Treppenhauses und des Hausgartens; im Restaurant, Hotel, Kurhaus oder Schwimmbad; auf einem Sportplatz oder öffentlichen Verkehrsflächen.

- 10 (b) Der Verbraucher hat **außerhalb von Geschäftsräumen** sein Vertragsangebot abgegeben (§ 312b I 1 Nr. 2).

Beispiel: Es reicht also aus, wenn nur das Angebot des Verbrauchers in einer Überraschungssituation abgegeben wird, auch wenn der Unternehmer seine Annahmeerklärung in seinen Geschäftsräumen abgibt.

- 11 (c) Der Vertrag wurde in den Geschäftsräumen des Unternehmers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen, nachdem der Verbraucher vom Unternehmer unmittelbar vorher **außerhalb von Geschäftsräumen** (zB in öffentlichen Verkehrsflächen oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen) **individuell angesprochen** wurde (§ 312b I 1 Nr. 3).

Typisch ist das Ansprechen auf öffentlichen Verkehrsflächen vor dem Geschäft des Unternehmers, auf Bahnhöfen, in Autobahnraststätten, in öffentlichen Parks. Das Ansprechen kann auch durch Verteilung von Flyern erfolgen.

Allerdings muss ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Ansprechen des Verbrauchers und dem Vertragsschluss in den Geschäftsräumen bestehen. Wenn so viel Zeit dazwischen liegt, dass der Verbraucher genügend Zeit zur Prüfung des Vertragsschlusses hatte (Vertragsschluss erst nach einigen Tagen), liegt die Voraussetzung »unmittelbar« der Nr. 3 nicht vor.⁵⁵

- 12 (d) Der Vertrag wurde **auf einem Ausflug** (Kaffee-, Butter-, Besichtigungsfahrt, Fall a) geschlossen, den der Unternehmer organisiert hat, um beim Verbraucher für den Verkauf von Waren zu werben und mit ihm entsprechende Verträge abzuschließen (§ 312b I 1 Nr. 4).

⁵⁴ Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 461 ff.
⁵⁵ BT-Drs. 17/12637, 49.

Nr. 4 erfasst auch den Fall, dass der Vertrag anlässlich des Ausflugs in den Geschäftsräumen des Unternehmers geschlossen wird.⁵⁶ Die Überrumpelungssituation beruht hier darauf, dass der Verbraucher in eine freizeitlich unbeschwerte Stimmung versetzt wird, in der er sich einem ihm angetragenen Vertragsschluss nur schwer entziehen kann.

cc) Ausschluss des Widerrufsrechts. Bei zahlreichen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist das Widerrufsrecht ausgeschlossen. Es geht dabei um solche Verträge, bei denen entweder der Verbraucher nicht schutzbedürftig ist oder jedenfalls andere Interessen am endgültigen Bestand des Vertrags überwiegen. 13

(1) Gemäß § 312g II 1 Nr. 1–13 ist das Widerrufsrecht bei **Verträgen über die Lieferung bestimmter Waren** und die **Erbringung von bestimmten Dienstleistungen** ausgeschlossen. Das betrifft zB Waren, die gerade für den Verbraucher angefertigt oder auf seine persönlichen Bedürfnisse zugeschnitten sind (Nr. 1); schnell verderbliche Waren (Nr. 2); versiegelte Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind (Nr. 3); versiegelte Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware nach Entfernung der Versiegelung (Nr. 6); Waren oder Dienstleistungen, deren Preise von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängen (Nr. 8); vom Verbraucher ausdrücklich gewünschte Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten (Nr. 11).

(2) Wenn bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag die **Leistung des Unternehmers sofort erbracht und vom Verbraucher bezahlt wird und wenn das Entgelt 40 EUR nicht übersteigt**, findet § 312g über das Widerrufsrecht von vornherein keine Anwendung (§ 312 II Nr. 12). Der Verbraucher kann hier zwar überrascht oder überrumpelt worden sein; jedoch werden solche Geschäfte als Bagatellgeschäfte angesehen, die den Verbraucher nur geringfügig belasten. Bis zum 12.6.2014 war dieser Ausschluss des Widerrufsrechts in § 312 III Nr. 2 aF geregelt. 14

Im **Fall a** (80 EUR) steht K also ein Widerrufsrecht zu.

Werden etwa zwei Stücke zum Gesamtpreis von 80 EUR verkauft und wegen § 312 II Nr. 12 zwei Verträge zu je 40 EUR geschlossen, liegt eine unzulässige Umgehung des Gesetzes vor.

(3) § 312g über das Widerrufsrecht ist von vornherein nicht anwendbar, wenn der Vertrag **von einem Notar beurkundet** worden ist (§ 312 II Nr. 1). Hier ist der Verbraucher hinreichend geschützt, weil eine vorherige Belehrung durch den Notar erforderlich ist (vgl. § 17 BeurkG). Falls es sich um einen Vertrag handelt, für den notarielle Beurkundung gar nicht vorgeschrieben ist, muss der Notar den Verbraucher aber über den Wegfall des Widerrufsrechts nach § 312g I belehrt haben (§ 312 II Nr. 1 b aE). 15

Gedacht ist insbesondere an den Fall, dass der Vertrag in der Privatwohnung eines Vertragspartners ausgehandelt und später notariell beurkundet wird.

(4) Dagegen spielt der frühere Ausschlussgrund nach § 312 III Nr. 1 aF seit dem 13.6.2014 keine Rolle mehr. Deshalb steht dem Verbraucher entgegen § 312 III Nr. 1 aF ein Widerrufsrecht auch dann zu, wenn der Vertrag **auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers** etwa in einer Privatwohnung abgeschlossen oder angebahnt wurde (**Fall b**).⁵⁷ Etwas anderes gilt nur bei Verträgen über Reiseleistungen (§ 312 II Nr. 4). 16

⁵⁶ BT-Drs. 17/12637, 49.

⁵⁷ BT-Drs. 17/12637, 49.

- 17 **dd) Ausübung des Widerrufsrechts.** Die Ausübung des Widerrufsrechts richtet sich nach §§ 355, 356. Die Widerrufserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (→ § 4 Rn. 24), durch die der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer die Rücknahme seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung zum Ausdruck bringt. Dabei ist der Gebrauch des Wortes »Widerruf« nicht erforderlich; es genügt, dass aus dem Wortlaut der Erklärung für den Unternehmer erkennbar ist, der Verbraucher wolle an seine Willenserklärung nicht gebunden sein.

Beispiele: »Ich habe es mir anders überlegt; ich will mit dem Vertrag nichts mehr zu tun haben.« »Ich trete vom Vertrag zurück.« »Behalten Sie gefälligst ihre Ware.«

- 18 **(1) Form.** Die Widerrufserklärung wurde mit Wirkung zum 13.6.2014 neu geregelt. Sie muss nicht mehr in Textform (§ 126b) erfolgen (anders noch § 355 I 2 aF). Vielmehr genügt auch eine mündliche Erklärung, zB am Telefon. Bei bloßer Mündlichkeit besteht allerdings das Problem der Beweisbarkeit. Eine kommentarlose Rücksendung der Sache reicht als Widerrufserklärung nicht mehr aus (anders noch § 355 I 2 aF).
- 19 **(2) Frist.** Der Widerruf muss fristgemäß erfolgen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (§ 355 I 5); dieser braucht also dem Unternehmer nicht innerhalb der Frist zugegangen zu sein (→ § 7 Rn. 9ff.).
- 20 Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage (§ 355 II 1). Sie beginnt zwar grundsätzlich mit Vertragsschluss (§ 355 II 2). Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen gelten für den Beginn der Widerrufsfrist jedoch Besonderheiten. Insbesondere beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über dessen Widerrufsrecht unterrichtet hat (§ 356 III). Falls die Widerrufsbelehrung nicht oder nicht ordnungsgemäß erfolgt, erlischt das Widerrufsrecht spätestens zwölf Monate nach Ablauf der ursprünglichen Widerrufsfrist von 14 Tagen (§ 356 III 2).
- 21 Die **Anforderungen an eine ordnungsgemäße Belehrung** ergeben sich aus § 356 III und Art. 246a § 1 II 1 Nr. 1 oder Art. 246b § 2 I EGBGB. Der Unternehmer muss die Widerrufsbelehrung vorvertraglich zur Verfügung stellen (Art. 246a § 4 EGBGB). Falls er das gesetzliche Muster für die Widerrufsbelehrung benutzt, muss er es dem Verbraucher zutreffend ausgefüllt in Textform (§ 126b) übermitteln (Art. 246a § 1 II 2 EGBGB). Die Widerrufsbelehrung muss inhaltlich bestimmte Angaben enthalten. Dazu gehören insbesondere der Hinweis auf das Widerrufsrecht sowie darauf, dass der Widerruf nicht begründet werden muss, der Name und die Anschrift des Widerrufsadressaten, der Hinweis auf Beginn und Dauer der Widerrufsfrist sowie auf die Möglichkeit der Fristwahrung durch rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Außerdem muss die Belehrung drucktechnisch deutlich gestaltet sein (zB durch Fettdruck, Farbe, Schriftgröße), sodass sie sich klar von sonstigem Text abhebt (Deutlichkeitsgebot). Schließlich darf sie keine überflüssigen Angaben enthalten, die von der eigentlichen Widerrufsbelehrung ablenken könnten.

Im **Fall c** ist die Widerrufsbelehrung nicht deutlich gestaltet, sodass die Widerrufsfrist noch nicht begonnen hat.

Für den Unternehmer ist es am einfachsten, wenn er ein Formular mit der **Musterwiderrufsbelehrung** nach Anlage 1 zu Art. 246a § 1 II EGBGB verwendet. Damit genügt er auf jeden Fall den gesetzlichen Anforderungen (Art. 246a § 1 II 2 EGBGB).

ee) Rechtsfolgen des Widerrufs. Wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht form- und fristgerecht ausgeübt hat, ergeben sich die Rechtsfolgen unmittelbar aus §§ 355 I 1, III, 357. Die Rücktrittsregeln der §§ 346 ff. brauchen nicht herangezogen zu werden. 22

Einzelheiten gehören ins Schuldrecht.⁵⁸ Hier sei nur erwähnt: Die erbrachten Leistungen sind Zug um Zug zurückzugewähren. Für einen Wertverlust hat der Verbraucher Wertersatz zu leisten, wenn der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Waren nicht notwendig war, und der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht unterrichtet hat (§ 357 VII).

b) Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen

Wer als Privatmann einen Kredit in Anspruch nimmt, ist häufig geschäftlich unerfahren. Es besteht die Gefahr, dass er sich zum Abschluss eines für ihn ungünstigen Darlehensvertrags verleiten lässt. Deshalb soll der Verbraucher, der das Darlehen privat und nicht etwa in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit nutzen will, durch § 495 besonders geschützt werden. Diese Vorschrift räumt ihm ein Widerrufsrecht ein, dessen Ausübung und Rechtsfolgen sich grundsätzlich nach den §§ 355, 356b, 356d, 357a richten, aber gem. § 495 II modifiziert sind.⁵⁹ 23

c) Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen

Demjenigen, der als Verbraucher einen Fernabsatzvertrag (§ 312c) geschlossen hat, steht nach § 312g I ein Widerrufsrecht gem. §§ 355, 356 zu.⁶⁰ Unter einem Fernabsatzvertrag versteht § 312c grundsätzlich einen Vertrag über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen wird. 24

Das Widerrufsrecht des § 312g I besteht auch bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher im Rahmen einer sog. **Internet-Auktion (eBay)**.⁶¹ Zwar ist das Widerrufsrecht nach § 312g II 1 Nr. 10 ausgeschlossen bei Fernabsatzverträgen, die in Form von Versteigerungen (§ 156) geschlossen werden. Damit sind aber nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nur solche Versteigerungen gemeint, die zu einem Vertragsschluss durch Zuschlag führen. Verträge im Rahmen von Internet-Auktionen kommen jedoch nicht durch einen Zuschlag nach § 156 zustande, sondern durch Angebot des Verkäufers und Annahme des Meistbietenden⁶² (→ § 8 Rn. 25).

d) Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechtverträgen und bei Verbraucherbauverträgen

Vergleichbar dem § 312b für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Geschäfte und dem § 495 für Verbraucherdarlehensverträge räumt § 485 dem Verbraucher bei einem **Teilzeit-Wohnrechtvertrag** ein Widerrufsrecht nach § 355 ein. Besonderheiten für die Widerrufserklärung, die Widerrufsfrist und die Rechtsfolgen des Widerrufs ergeben sich aus §§ 356a, 357b. Bei **Verbraucherbauverträgen** iSv § 650i I steht dem Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht nach § 650l S. 1 zu. Hier ergeben sich für die Widerrufsfrist und für die Rechtsfolgen des Widerrufs Besonderheiten aus den §§ 356e und 357d.⁶³ 25

⁵⁸ Brox/Walker SchuldR AT § 19 Rn. 34ff.

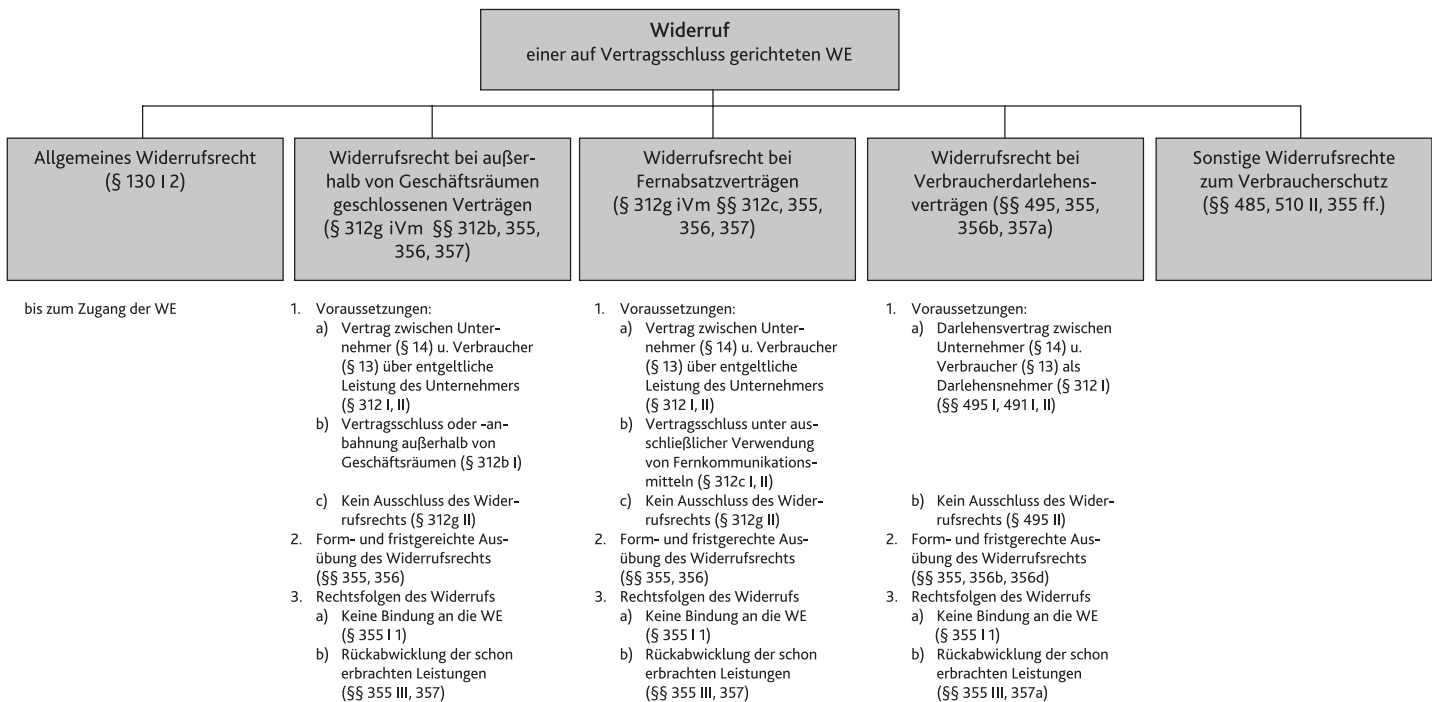
⁵⁹ Einzelheiten zum Verbraucherdarlehen: Brox/Walker SchuldR BT § 17 Rn. 36ff.

⁶⁰ Dazu BGH NJW 2003, 1665. Einzelheiten zum Fernabsatzgeschäft: Brox/Walker SchuldR AT § 19 Rn. 14ff., 34ff.

⁶¹ BGH NJW 2005, 53ff.

⁶² BGH NJW 2002, 363.

⁶³ Einzelheiten: Brox/Walker SchuldR BT § 7 Rn. 67ff. und § 27 Rn. 21.



§ 10 Vertragsschluss unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Abschluss von Verbraucherverträgen mit missbräuchlichen Klauseln

Literatur: *Becker*, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, 1098; *Berger/Kleine*, AGB-Gestaltung und Transparenzgebot, NJW 2007, 3526; *Graf von Westphalen*, AGB-Recht im Jahr 2016, NJW 2017, 2237; *Klocke*, Die systematische Interpretation von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Lichte unwirksamer Vertragsklauseln, JURA 2015, 227; *Koch*, Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle bei Geschäften zwischen Verbrauchern, ZGS 2011, 62; *Koch*, AGB-Klauseln zur Verkürzung der Verjährung von Schadensersatzansprüchen, MDR 2016, 61; *Kötz*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, 209; *Lange*, Auslegung, Unklarheitenregel und Transparenzklausel, ZGS 2004, 208; *Löhnig/Gietl*, Grundfälle zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 2012, 393, 494; *Lorenz/Gärtner*, Grundwissen – Zivilrecht: Allgemeine Geschäftsbedingungen, JuS 2013, 199; *Neideck*, Die Einbeziehung von AGB in der Fallbearbeitung, JA 2011, 492; *Pfeiffer*, Entwicklungen und aktuelle Fragestellungen des AGB-Rechts, NJW 2017, 913; *Schäfer*, Vertragsschluss unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Fremdmuttersprachlern, JZ 2003, 879; *Schmidt*, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633; *Schmidt*, Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, 3329; *Temming*, Verstehen Sie Deutsch? Sprachenunkenntnis beim Vertragsschluss und bei der AGB-Kontrolle, GPR 2016, 38; *P. W. Tettinger*, Zu den Freizeichnungsmöglichkeiten des Verkäufers einer mangelhaften Sache, AcP 205 (2005), 1.

Fälle:

- a) Nach Abschluss eines Kaufvertrags sendet V dem K die gekaufte Maschine mit einem Lieferschein, auf dem AGB abgedruckt sind. Danach steht dem Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache nur ein Anspruch auf Nachbesserung zu. K will wegen eines Mangels den Kauf rückgängig machen (vgl. § 437 Nr. 2, 1. Fall). V beruft sich auf die AGB. (→ § 10 Rn. 9)
- b) Wie ist zu entscheiden, wenn die AGB auf dem Angebot des V standen? (→ § 10 Rn. 12, 19, 24)
- c) Der Bankkunde, der die AGB der Bank in ihrer jeweiligen Fassung als verbindlich anerkannt hat, erfährt, dass die Bank die AGB zu seinem Nachteil geändert hat. Muss er das gegen sich gelten lassen? (→ § 10 Rn. 13)
- d) K kauft eine Kaffeemaschine. Nach dem Kleingedruckten der AGB des Verkäufers muss der Käufer monatlich eine bestimmte Menge Kaffee abnehmen. Als K später von seiner Abnahmeverpflichtung erfährt, fühlt er sich hinters Licht geführt. Er will den Kaffee nicht haben und am liebsten auch die Maschine zurückgeben. (→ § 10 Rn. 14)

I. Bedeutung der AGB

Häufig fügt der Antragende seinem Vertragsangebot gedruckte Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bei. Dadurch will er erreichen, dass die Regeln, die in den AGB enthalten sind, Inhalt des Vertrags werden. Nimmt der Empfänger des Angebots dieses ohne Einschränkungen an, dann ist der Vertrag mit dem Inhalt zustande gekommen, der sich aus dem Angebot, zu dem auch die AGB gehören, ergibt. 1

Im heutigen Wirtschaftsleben spielen die AGB eine wichtige Rolle. Die meisten großen Unternehmen (zB Banken, Versicherungen, Transportunternehmen, Warenhersteller) verwenden bei Vertragsabschlüssen AGB (zB Bank-, Versicherungs-, Transport-, Lieferbedingungen), die von ihnen, ihren Rechtsberatern oder ihren Interessenverbänden ausgearbeitet worden sind. Dadurch können verschiedene Zwecke erreicht werden: Beim Abschluss von Massenverträgen sollen die AGB einen Rationalisierungseffekt

herbeiführen; so vereinfachen gleichlautende Lieferungs- und Zahlungsbedingungen die Geschäftsabwicklung. Ferner sollen bestimmte Regelungen in den AGB das Risiko des Verwenders begrenzen (zB »Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung mein Eigentum«; »Zwischenzeitliche Lohnerhöhungen berechtigen zu einer entsprechenden Preiserhöhung«). Schließlich sollen die AGB das Rechtsverhältnis umfassend regeln. Oft reichen nämlich die gesetzlichen Bestimmungen hierfür nicht aus. Das gilt einmal für gesetzlich nicht geregelte Vertragstypen (zB Leasingvertrag; Automatenaufstellungsvertrag), zum anderen aber auch für vorhandene, abdingbare Gesetzesbestimmungen (zB lediglich Nachbesserung statt Rücktritt oder Minderung beim Sachmangel; §§ 434ff.).

- 2 Den Vorteilen der Verwendung von AGB stehen aber auch Nachteile gegenüber. Es besteht die Gefahr, dass der Verwender von AGB diese einseitig zu seinen Gunsten und zulasten seines Partners ausgestaltet, indem er sich etwa von Verpflichtungen freizeichnet und alle Risiken auf den Partner abwälzt. Dieser ist zwar frei darin, ob er überhaupt abschließt; wenn er sich aber dazu entschließt, muss er sich mit der Geltung der AGB einverstanden erklären. Dazu ist er praktisch gezwungen, falls er beispielsweise die Ware oder Dienstleistung dringend braucht und der Verwender der AGB eine Monopolstellung hat. Das Gleiche gilt, wenn er zwar unter mehreren Anbietern wählen kann, die aber alle die von ihrem Interessenverband aufgestellten AGB zum Vertragsinhalt machen. Obwohl also formal die Vertragsfreiheit (Abschlussfreiheit) auch bei der Verwendung von AGB gewahrt bleibt, handelt es sich sachlich vielfach um ein einseitiges Diktat des Verwenders der AGB. Es kommt hinzu, dass ein juristisch und geschäftlich ungeschulter Partner die vielen, oft sehr klein gedruckten Bestimmungen der AGB nicht liest oder ihre Bedeutung nicht erkennt.

II. Gesetzliche Regelung und Anwendbarkeit der §§ 305 ff.

- 3 Die geschilderten schweren Nachteile der AGB haben Rechtsprechung und Wissenschaft seit langem veranlasst, die Geltung der AGB insoweit einzuschränken, als diese die gesetzlichen Regelungen einseitig zu Ungunsten des Vertragspartners des Verwenders abbedingen. Die AGB-Kontrolle erfolgte seit 1977 auf der Grundlage des AGBG vom 9.12.1976. An dessen Stelle sind am 1.1.2002 im Wesentlichen die §§ 305–310 getreten.

Die §§ 305 ff. werden ergänzt durch das Unterlassungsklagengesetz (UKlaG).⁶⁴ Danach kann derjenige, der unwirksame AGB verwendet oder empfiehlt, unter anderem von Verbraucherschutzverbänden auf Unterlassung in Anspruch genommen werden (→ § 10 Rn. 26).

Die Vorschriften über die AGB-Kontrolle gelten nicht bei allen Verträgen uneingeschränkt. Nach § 310 IV 1 ist die **Anwendbarkeit der §§ 305 ff.** bei Verträgen auf den Gebieten des Familien-, Erb- und Gesellschaftsrechts sowie bei Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ausgeschlossen. Für AGB, die gegenüber einem (vom Gesetz als nicht schutzwürdig angesehenen) Unternehmer verwendet werden, für AGB in bestimmten Versorgungsverträgen und für solche in Arbeitsverträgen gelten die §§ 305 ff. gem. § 310 I, II, IV 2 nur mit Einschränkungen. Bevor eine AGB-Kontrolle vorgenommen wird, muss gegebenenfalls zuerst anhand von § 310 geprüft werden, ob

⁶⁴ Schönfelder, Deutsche Gesetze, Nr. 105; Beck-Texte im dtv BGB Nr. 4; Nomos Gesetze Zivilrecht Nr. 54.

die jeweiligen Vorschriften überhaupt anwendbar sind. Zum vorgeschlagenen Prüfungsaufbau → § 10 Rn. 29.

III. Begriff der AGB

AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Abschluss des Vertrags stellt (§ 305 I 1). 4

Unter **Vertragsbedingungen** sind Bestimmungen zu verstehen, die Inhalt des Vertrags werden sollen. Dabei kann es sich um fast den ganzen Vertragsinhalt oder nur um einzelne Vertragsbestandteile handeln.

Beispiele: Ein Formularvertrag wie der Einheitsmietvertrag enthält bis auf die Angabe der Vertragsparteien, des Mietobjekts, der Miete und des Beginns der Mietzeit alle Vertragsbestimmungen. – Zahlungs- oder Lieferungsbedingungen treffen nur Regelungen über einzelne Vertragsteile.

Die Vertragsbedingungen müssen **für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert** sein. »Vielzahl« setzt die Absicht einer mindestens dreimaligen Verwendung voraus.⁶⁵ In diesem Fall (und unter den weiteren Voraussetzungen) liegen aber schon bei der ersten Verwendung Allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Für »vorformuliert« spielt es keine Rolle, ob der Verwender selbst, sein Interessenverband oder ein Dritter sie aufgesetzt hat. Es ist auch gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Vertragsbestandteil bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden. Ebenso wenig kommt es darauf an, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat (§ 305 I 2). 5

So kann in einem notariellen Vertrag auf (zB vorgedruckte oder in Maschinschrift geschriebene) Bedingungen Bezug genommen oder können diese selbst in den Text der notariellen Urkunde aufgenommen werden. AGB sollen nach Ansicht des BGH sogar vorliegen, wenn ein Notar Klauseln aus einem Formularbuch entnimmt und sich eine Partei diese einseitig zu ihren Gunsten zunutze macht.⁶⁶ Schon eine zur wiederkehrenden Verwendung formulierte Klausel genügt, um eine vorformulierte Vertragsbedingung iSv § 305 I anzunehmen.⁶⁷

Die Vertragsbedingungen müssen dem Vertragspartner **von dem Verwender gestellt**, also einseitig auferlegt werden. Daran fehlt es, wenn die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt werden (§ 305 I 3). Ein Aushandeln liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH dann vor, wenn der »Verwender die in seinen AGB enthaltenen Bestimmungen ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen beeinflussen zu können«.⁶⁸ Der andere Vertragsteil muss Gelegenheit erhalten, alternative eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.⁶⁹ 6

65 BGH NJW 2002, 138; 1998, 2601.

66 BGHZ 74, 204 (210) = NJW 1979, 1406; krit.: Stürner JZ 1979, 758; anders auch: BGH NJW 1991, 843.

67 BGH NJW 1992, 2759.

68 BGH NJW 1992, 2760 mwN.

69 BGH NJW 2016, 1230.

Allein die Möglichkeit des Vertragspartners, Änderungswünsche mitzuteilen,⁷⁰ oder die tatsächlich vorgenommene handschriftliche Änderung einzelner Klauseln (zB der Provisionshöhe oder Vertragslaufzeit) in einem sonst wie vorformuliert stehenden Klauselwerk macht dieses noch nicht insgesamt zu einer Individualvereinbarung. Von einem Aushandeln kann auch dann keine Rede sein, wenn der Verwender lediglich zu erkennen gegeben hat, dass er bereit ist, über einzelne Bestimmungen der AGB zu verhandeln.⁷¹ Dagegen liegt trotz des vorformulierten Textes eine Individualabrede vor, wenn die Parteien beim Aushandeln der Vertragsbedingungen schließlich zu dem Ergebnis kommen, man wolle die auch sonst gebräuchlichen »Zahlungsbedingungen« als für beide Parteien zweckmäßig vereinbaren. In diesem Fall ist der Text von beiden Parteien frei ausgehandelt und nicht von einer Partei der anderen »diktiert«. Dann sind die §§ 305 ff. nicht anwendbar.

IV. Einbeziehung der AGB in den Vertrag

- 7 Die AGB sind keine Rechtsnormen wie etwa Tarifverträge, denen der Gesetzgeber ausdrücklich Normencharakter beigelegt hat. Die Geltung der AGB beruht immer auf rechtsgeschäftlicher Grundlage. Damit die AGB Inhalt eines Vertrags werden, ist eine entsprechende Willensübereinstimmung der Vertragsparteien (Einbeziehungsvereinbarung) erforderlich (§ 305 II, III). Außerdem werden solche AGB nicht Vertragsbestandteil, bei denen es sich um überraschende Klauseln handelt (§ 305 c I). Die Einbeziehungskontrolle gehört trotz des Standortes der §§ 305 ff. im Zweiten Buch des BGB sachlich nicht in das Schuldrecht, sondern in den Allgemeinen Teil des BGB.

Eine Einbeziehungskontrolle nach § 305 II, III ist nicht erforderlich bei AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden (vgl. § 310 I 1). Im kaufmännischen Verkehr reicht es aus, wenn sich die Parteien, und sei es konkludent, über die Einbeziehung der AGB einigen (→ § 10 Rn. 12).⁷² Entsprechendes gilt, wenn AGB gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden (§ 310 I 1). Auch bei Arbeitsverträgen brauchen die Voraussetzungen des § 305 II, III nicht vorzuliegen (§ 310 IV 2). Allerdings muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Vertragsschluss eine Urkunde mit den wesentlichen Arbeitsbedingungen aushändigen (vgl. § 2 NachwG).⁷³

1. Einbeziehungsvereinbarung

- 8 Die notwendige Einbeziehungsvereinbarung kann nach § 305 II, III für den Einzelfall oder in Form einer Rahmenvereinbarung geschlossen werden.
- 9 a) Die **Einbeziehungsvereinbarung im Einzelfall** ist kein besonderes Rechtsgeschäft, sondern ein Teil des Vertrags. Sie setzt voraus:

aa) Der Verwender muss die andere Vertragspartei bei Vertragsschluss auf die AGB hinweisen. Im Regelfall ist ein **ausdrücklicher Hinweis** erforderlich (§ 305 II Nr. 1).

Ein Hinweis **nach** Vertragsschluss (zB auf der Rechnung, dem Lieferschein; **Fall a**) genügt nicht, da es sich dabei um einen Antrag auf Änderung des bereits geschlossenen Vertrags handelt. Diesen Antrag braucht der Vertragspartner nicht anzunehmen. Aus einem Schweigen des Partners oder der Annahme der Leistung durch ihn kann nicht auf eine Annahme des Änderungsangebots geschlossen werden. Im **Fall a** kann K vom Vertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2, 1. Fall).

70 Dazu BGH NJW 2016, 1230.

71 AA BGH NJW 1979, 367.

72 BGHZ 102, 293 (304) = NJW 1988, 1210; BGH BB 1991, 502.

73 Beck-Texte im dtv ArbG Nr. 15.

Auch der bloße Abdruck der AGB auf der Rückseite des Vertragsangebots genügt nicht; erforderlich ist vielmehr ein ausdrücklicher Hinweis im Vertragsangebot auf die AGB.⁷⁴

Ausnahmsweise, wenn nämlich ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, genügt ein **deutlich sichtbarer Aushang** am Ort des Vertragsschlusses (§ 305 II Nr. 1).

Beispiele: Bewachung des Kraftfahrzeugs auf bewachtem Parkplatz; Benutzung eines Schließfachs.

bb) Der Kunde muss in **zumutbarer Weise von dem Inhalt der AGB Kenntnis nehmen können** (§ 305 II Nr. 2). Diese müssen grundsätzlich für einen Durchschnittskunden mühelos lesbar und ohne übermäßigen Zeitaufwand auch verständlich sein. Darüber hinaus hat der Verwender aber auch erkennbare körperliche Behinderungen der anderen Vertragspartei zu berücksichtigen.

Bei einer Bestellung über das Internet genügt es für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung, wenn die AGB des Verwenders über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren Link aufgerufen und ausgedruckt werden können.⁷⁵

Erkennt der Verwender, dass es sich bei dem Kunden um einen Ausländer handelt, der die AGB nicht verstehen kann, muss er sich erbieten, eine Übersetzung vornehmen zu lassen. Allerdings kann der Kunde auf eine Übersetzung und überhaupt auf eine Kenntnisnahme verzichten.⁷⁶

cc) Der Kunde muss **mit der Geltung der AGB einverstanden** sein (§ 305 II aE). Das Einverständnis kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden.

Hat der Verwender in seinem Vertragsangebot ausdrücklich auf die AGB hingewiesen und nimmt der Partner das Angebot ohne Erwähnung der AGB an, so sind diese Inhalt des Vertrags (**Fall b**; zur Wirksamkeit der Klausel: → § 10 Rn. 19). Hat dagegen der Kunde das Angebot abgegeben und nimmt der Verwender dieses Angebot unter Hinweis auf seine AGB an, so liegt darin eine Ablehnung des Angebots und gleichzeitig ein neues Angebot (§ 150 II; → § 8 Rn. 27).

Bei Verträgen unter Kaufleuten kommt es oft vor, dass jeder der beiden Vertragspartner seiner Willenserklärung seine eigenen AGB beifügt und diese beiden AGB **voneinander abweichen**.

Beispiel: Der Verkäufer verweist in seinem Antrag auf die beigefügten Verkaufsbedingungen, und der Käufer bezieht sich in seiner Annahmeerklärung auf die auf der Rückseite stehenden Einkaufsbedingungen. Nach den Verkaufsbedingungen soll der Käufer vom Vertragsabschluss an die Gefahr des Untergangs der Kaufsache tragen; nach den Einkaufsbedingungen erfolgt der Transport der Kaufsache auf Gefahr des Verkäufers.

Da die AGB ein Teil der Willenserklärung sind, decken sich die Willenserklärungen insoweit nicht, als die AGB voneinander abweichen. Deshalb ist § 150 II anzuwenden (→ § 8 Rn. 27). Demnach gilt die Annahme als Ablehnung des Angebots und als neues Angebot. Wenn die Parteien aber trotzdem den Vertrag ausführen, so geben sie damit zu erkennen, dass sie den Vertrag nicht an der Divergenz der AGB scheitern lassen wollen. Dann gelten die AGB nur insoweit, als sie übereinstimmen;⁷⁷ im Übrigen ist dispositives Recht anwendbar (§ 306 II).

⁷⁴ Vgl. BGH ZIP 1986, 1126.

⁷⁵ BGH NJW 2006, 2976 (2977).

⁷⁶ Vgl. BGH NJW 1995, 190.

⁷⁷ BGH NJW 1985, 1839; 1991, 1606.

- 13 b) Die **Rahmenvereinbarung** ist eine von den Vertragsparteien für eine bestimmte Art von künftigen Rechtsgeschäften **im Voraus** getroffene Vereinbarung über die Geltung bestimmter AGB (§ 305 III). Dadurch soll es den Parteien erspart werden, jeweils bei Abschluss eines neuen Vertrags wieder die Geltung der AGB zu vereinbaren.

Beispiel: Bei der Aufnahme einer Bankverbindung vereinbaren die Bank und ihr Kunde, dass für alle künftigen Geschäfte die Bankbedingungen gelten sollen.

- aa) Eine solche Rahmenvereinbarung ist nur dann **wirksam**, wenn die in § 305 II bezeichneten **Erfordernisse** erfüllt sind (§ 305 III; → § 10 Rn. 9ff.).

Die Bankbedingungen gelten also nur dann für die künftigen Geschäfte, wenn die Bank auf ihre AGB hinweist, der Bankkunde von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann und mit ihrer Geltung einverstanden ist.

- bb) Es kann nur die Geltung **bestimmter** AGB, nicht auch der AGB in ihrer jeweiligen Fassung vereinbart werden. Andernfalls hätte es der Verwender in der Hand, die AGB ohne Einverständnis des Partners einseitig zu seinen Gunsten zu ändern.

Will die Bank im Laufe der Zeit ihre Bedingungen ändern, so werden die geänderten Bedingungen nur unter den Voraussetzungen des § 305 II Vertragsinhalt. Deshalb wirken im **Fall c** die Änderungen nicht gegen den Bankkunden.

2. Keine Einbeziehung überraschender Klauseln

- 14 Selbst wenn eine nach § 305 II, III wirksame Einbeziehungsvereinbarung im Einzelfall oder eine Rahmenvereinbarung vorliegt, werden einzelne Bestimmungen der AGB dennoch nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht (§ 305c I). Dadurch soll der Partner vor Überraschungen geschützt werden; er soll darauf vertrauen dürfen, dass die AGB sich im Rahmen dessen halten, was bei einem solchen Vertrag normalerweise zu erwarten ist. Deshalb bezieht das Gesetz das Einverständnis nicht auf überraschende Klauseln, sodass diese nicht Inhalt des Vertrags werden.

Beispiel: Der Handwerker kauft eine Maschine; in den AGB des Verkäufers »versteckt« sich ein Wartungsvertrag.

Im **Fall d** handelt es sich bei der Pflicht zur Abnahme des Kaffees um eine überraschende Klausel nach § 305c I. Sie ist nicht wirksam in den Vertrag einbezogen. Der Kaufvertrag über die Kaffeemaschine ist aber wirksam (§ 306 I; → § 10 Rn. 24).

V. Auslegung der AGB

1. Auslegungsmethode

- 15 Sind die AGB Inhalt des Rechtsgeschäfts geworden, gelten für sie grundsätzlich die Regeln, die für die Auslegung des Rechtsgeschäfts maßgebend sind (→ § 6 Rn. 1 ff.); es kommt also sowohl die einfache Auslegung (→ § 6 Rn. 2 ff.) als auch eine ergänzende Auslegung (→ § 6 Rn. 17 ff.) in Betracht.

Jedoch ist aus dem mit den AGB verfolgten Zweck, eine gleichmäßige Geschäftsabwicklung von Massenverträgen zu erreichen, zu folgern, dass es bei der Auslegung der AGB nicht darauf ankommt, wie der konkrete Erklärungsempfänger im Einzelfall die AGB verstanden hat oder verstehen musste; vielmehr ist auf das Verständnis eines

Durchschnittskunden abzustellen. Deshalb sind bei der Auslegung der AGB nur solche Umstände zu berücksichtigen, deren Kenntnis von einem Durchschnittskunden erwartet werden kann.⁷⁸

2. Vorrang der Individualabrede

Haben die Parteien eine individuelle Vertragsabrede getroffen und steht diese im Widerspruch zu einer Klausel der AGB, so hat die Individualabrede Vorrang vor den AGB (§ 305b). Das entspricht dem Willen der Vertragsparteien; denn diese wollten mit der Individualabrede deren Geltung erreichen, gleichgültig, ob ihnen der Widerspruch zu einer Klausel der AGB bekannt war. 16

Selbst wenn die AGB vorsehen, dass eine von ihnen abweichende Individualabrede der Schriftform bedarf, so ist diese Abrede auch dann gültig, wenn sie formlos (mündlich) getroffen wird; denn mit einer solchen Abrede ist gleichzeitig insoweit die Schriftformklausel (stillschweigend) abbedungen (hM; → § 13 Rn. 29).

3. Unklarheitenregel

Führt die Auslegung einer Klausel der AGB auch unter Berücksichtigung aller zur Auslegung heranzuziehenden Umstände zu keinem eindeutigen Ergebnis und sind mindestens zwei Auslegungsergebnisse rechtlich vertretbar, so geht das zulasten des Verwenders (§ 305c II). Denn der Kunde hat – anders als beim Individualvertrag – keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der AGB, und der Verwender hätte sich klarer ausdrücken können und müssen. Es gilt deshalb das Auslegungsergebnis, das für den Verwender ungünstiger und den Kunden günstiger ist. 17

Nahe verwandt mit der Unklarheitenregel des § 305c II ist das ebenfalls von der Rechtsprechung aufgestellte, aber nicht ins Gesetz übernommene **Restriktionsprinzip**. Danach sind Klauseln der AGB, die zum Nachteil des Kunden von abdingbaren Gesetzesbestimmungen abweichen, eng (also zugunsten des Kunden) auszulegen. Das kommt vor allem für Freizeichnungsklauseln in Betracht. Zeichnet sich der Verwender der AGB in einer Klausel zB von Schäden an einem von ihm zu erstellenden Werk frei, so bezieht sich das im Zweifel nur auf die vertragliche Haftung, nicht dagegen auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung.⁷⁹ Die Unklarheitenregel und das Restriktionsprinzip führen beide zu einer für den Kunden günstigen Auslegung.

VI. Inhaltskontrolle der AGB (Überblick)

Hauptziel der §§ 305ff. ist es, die Geltung der AGB dort einzuschränken, wo diese die gesetzlichen Regeln einseitig zu Ungunsten des Vertragspartners des Verwenders abbedingen. Darum bestimmt § 307 III 1, dass eine Inhaltskontrolle nur dann erfolgt, wenn die Bestimmungen der AGB von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Diese Voraussetzungen liegen auch dann vor, wenn AGB die für einen anderen Vertragstyp geltenden gesetzlichen Vorschriften für anwendbar erklären (zB Werkvertragsregeln beim Kauf).⁸⁰ 18

Das Gesetz enthält besondere Klauselverbote (§§ 308, 309) sowie eine Generalklausel (§ 307 I, II). Die §§ 307–309 sind von hinten nach vorn zu prüfen. Zuerst stellt sich also die Frage, ob eine Klausel unter den Katalog des § 309 fällt und daher immer un-

⁷⁸ Vgl. dazu etwa BGH NJW 2011, 220 (221); 2008, 360 (363); BGHZ 106, 42 (49) = NJW 1989, 222; BGHZ 33, 216 (218) = NJW 1961, 212.

⁷⁹ Vgl. BGH NJW 1975, 1315 (1316).

⁸⁰ Vgl. auch BGHZ 91, 55 (57f.) = NJW 1984, 2161.

wirksam ist. Nur wenn das nicht der Fall ist, muss weiter untersucht werden, ob die Klausel von § 308 erfasst wird und aufgrund der nach dieser Vorschrift jeweils notwendigen Wertung im Einzelfall (zB »unangemessen lange« und »hinreichend bestimmt« [Nr. 1, 2]; »sachlich gerechtfertigter Grund« [Nr. 3]) unwirksam ist. Schließlich kann sich die Unwirksamkeit noch aus der Generalklausel des § 307 ergeben.

1. Besondere Klauselverbote (§§ 308, 309)

- 19 Die in §§ 308, 309 enthaltenen Klauseln betreffen die verschiedensten Rechtsgebiete und müssen jeweils dort abgehandelt werden.

Im **Fall b** ist die Klausel Inhalt des Vertrags geworden. Sie verweigert aber dem K einen Mindestrechtsschutz; wenn nämlich die Nachbesserung durch V fehlschlägt, hat K keinerlei Rechte wegen des Mangels der Maschine. Deshalb ist nach § 309 Nr. 8b) bb) die Klausel über die Beschränkung des Rechts des Käufers auf Nachbesserung unwirksam, weil sie dem Käufer nicht ausdrücklich das Recht vorbehält, bei Fehlschlägen der Nachbesserung Herabsetzung des Kaufpreises geltend zu machen oder vom Vertrag zurückzutreten.⁸¹

Beispiel: Die Klausel »Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu« enthält einen für den anderen Vertragsteil unzumutbaren Änderungsvorbehalt und ist nach § 308 Nr. 4 unwirksam.⁸²

Eine Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 308 Nr. 1, 2–8, 309 findet nicht statt bei AGB, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen (§ 310 I) verwendet werden sowie bei bestimmten Versorgungsverträgen (§ 310 II). Bei Arbeitsverträgen sind bei Anwendung der §§ 308, 309 die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen (§ 310 IV 2).⁸³

2. Generalklausel (§ 307)

- 20 Die einzelnen Klauselverbote können nicht alle gegen Treu und Glauben verstößenden Klauseln erfassen. Deshalb stellt § 307 I, II als Auffangtatbestand eine Generalklausel auf. Ist keiner der in §§ 308, 309 aufgeführten Tatbestände erfüllt, dann muss geprüft werden, ob die Generalklausel des § 307 I, II eingreift.

Diese Vorschrift ist auch dann zu beachten, wenn die besonderen Klauselverbote der §§ 308, 309 nicht anwendbar sind (vgl. § 310 I, II).

Nach § 307 I 1 sind AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders **entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen**.

- 21 a) Dafür nennt § 307 drei Fallgruppen:

aa) Gemäß § 307 I 2 kann sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (sog. **Transparenzgebot**). Der Verwender muss seine AGB zwar nicht einzeln erläutern, aber doch so formulieren, dass auch der juristisch nicht vorgebildete Vertragspartner sich ihren Inhalt erschließen kann.

⁸¹ Vgl. auch BGH NJW 1994, 1005.

⁸² BGH NJW 2005, 3567 (3568); vgl. ferner BGH NJW 2008, 360 (362).

⁸³ Zu den Besonderheiten des Arbeitsrechts s. etwa MüKoBGB/Basedow § 310 Rn. 93 ff.

bb) Ferner ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung der AGB **mit wesentlichen Grundgedanken der abbedungenen gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren** ist (§ 307 II Nr. 1).

Beispiel: Nach den AGB eines Maklers soll der Anspruch auf Maklerlohn ohne Rücksicht auf die Maklerleistung entstehen. Diese Klausel verstößt nicht gegen eine der in §§ 308, 309 enthaltenen Spezialregeln, wohl aber gegen die Generalklausel des § 307 I, II. Nach dem gesetzlichen Leitbild des Maklerrechts hängt die Entstehung des Lohnanspruchs davon ab, ob der angestrebte Vertrag durch Nachweis oder Vermittlung des Maklers zustande kommt (§ 652). Eine davon abweichende AGB ist unwirksam (§ 307 II Nr. 1); es gilt die gesetzliche Regelung des § 652.

cc) Schließlich liegt im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn eine Bestimmung der AGB wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die **Erreichung des Vertragszwecks gefährdet** ist (§ 307 II Nr. 2).

Beispiel: In den AGB eines Bewachungsunternehmens ist die Haftung für mangelhafte Bewachung ausgeschlossen. Damit ist eine ordnungsgemäße Erfüllung der Bewachungspflicht infrage gestellt, sodass der Vertragszweck gefährdet ist.

b) **Weitere Beispiele** aus der jüngeren Rechtsprechung zu Klauseln, die nach § 307 unwirksam sind:⁸⁴ Arbeitsvertrag – Verfallklausel, wonach ein Anspruch innerhalb einer kurzen Frist geltend gemacht und ggf. eingeklagt werden muss;⁸⁵ Autowaschanlage – Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bei Beschädigung von bestimmten Autoteilen und für Folgeschäden;⁸⁶ Beförderungsvertrag – Ausschluss von Ersatz- oder Erstattungsansprüchen bei verlorengegangenen oder eingezogenen Fahrscheinen, die auf den Namen des Berechtigten ausgestellt sind;⁸⁷ Einkaufsbedingungen – Vermutung, dass ein innerhalb von zwölf Monaten auftretender Sachmangel schon bei Gefahrübergang vorlag;⁸⁸ Flugbeförderung – Haftungsbeschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bei Beschädigung von bestimmten Gepäckstücken;⁸⁹ Freizeitbad – verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht bei Verlust eines Chip-Schlüssels für die Inanspruchnahme von verschiedenen Leistungen;⁹⁰ Mietvertrag – generelles Verbot von Parabolantennen;⁹¹ starre Fristenpläne für Pflicht des Mieters zur Vornahme von Schönheitsreparaturen;⁹² Endrenovierungspflicht des Mieters unabhängig von der letzten Schönheitsreparatur;⁹³ Möbelkauf – Fälligkeit des Kaufpreises schon bei Mitteilung von Bereitstellung;⁹⁴ Werkvertrag – Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Werklohn.⁹⁵ 22

84 Zahr. Beispiele aus der Rspr. zum früheren § 9 AGBG s. 31. Aufl. 2007, Rn. 236b.

85 BAG ZIP 2008, 1651.

86 BGH NJW 2005, 422.

87 BGH NJW-RR 2007, 1124; NJW 2005, 1774.

88 BGH NJW 2006, 47.

89 BGH NJW 2007, 997.

90 BGH NJW-RR 2015, 690 (691).

91 BGH NJW-RR 2007, 1243.

92 BGH NJW 2006, 2915.

93 BGH NJW 2007, 3776 (isolierte Endrenovierungsklausel); NJW 2005, 2006 und NJW 2006, 2116 (Summierungseffekt von Klauseln über Endrenovierungspflicht und Schönheitsreparatur).

94 BGH NJW 2007, 1198.

95 BGH NJW 2013, 525.

VII. Umgehungsverbot

- 23 Da nach dem Gesetz viele Klauseln verboten sind, werden Verfasser von AGB nach Wegen suchen, auf denen das Gesetz umgangen werden kann. Das soll durch das Umgehungsverbot des § 306a verhindert werden. Die Vorschrift greift schon beim Vorliegen des objektiven Tatbestands ein. Der Verwender braucht sich der Umgehung nicht bewusst zu sein; eine Umgehungsabsicht ist erst recht nicht erforderlich.

Beispiel: Der Händler, der einen Kunden ständig mit Waren beliefert, schließt mit diesem keine Kaufverträge über die einzelnen Lieferungen, sondern einen Gesellschaftsvertrag ab, der seine Allgemeinen Lieferungsbedingungen enthält. Auf Gesellschaftsverträge sind die §§ 305 ff. nicht anwendbar (vgl. § 310 IV 1). Da im Beispielsfall das Gesetz umgangen wird, greift es nach § 306a dennoch ein.

VIII. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung einer Klausel

1. Grundsatz: Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen

- 24 Enthalten die in den Vertrag einbezogenen AGB eine unwirksame Klausel, so wäre nach der Regel des § 139 (→ § 15 Rn. 2ff.) das ganze Geschäft nichtig. Dieses Ergebnis liefe jedoch regelmäßig dem Zweck der Inhaltskontrolle zuwider, den Vertragspartner des Verwenders zu schützen. Dem typischen Interesse des Vertragspartners entspricht die **Aufrechterhaltung des Vertrags mit Ausnahme der unwirksamen Klausel**. Das sieht § 306 I für den Regelfall vor. Entsprechendes gilt, soweit AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden sind.

§ 306 I gilt auch, wenn nur ein Teil einer AGB-Klausel unwirksam ist. Wenn also eine Klausel teilbar ist und ohne den unwirksamen Teil noch einen Sinn hat, bleibt sie insoweit wirksam.

Beispiel: Eine sog. doppelte oder zweistufige Verfallklausel sieht vor, dass ein Anspruch verfällt, wenn er nicht innerhalb einer bestimmten Frist nach Fälligkeit geltend gemacht und im Falle einer Ablehnung innerhalb einer weiteren Frist eingeklagt wird. Falls nur die zweite Frist (Klagefrist) zu kurz bemessen und deshalb wegen unangemessener Benachteiligung gem. § 307 I 1 unwirksam ist, bleibt die Klausel hinsichtlich der ersten Frist (Geltendmachungsfrist) wirksam.⁹⁶

Infolge der Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung der Klausel kann der Vertrag **lückenhaft** sein. Die Lücke des Vertrags soll nach § 306 II durch die (dispositiven) gesetzlichen Vorschriften geschlossen werden. Ist das (zB wegen Fehlens solcher Vorschriften) nicht möglich, kommt eine ergänzende Auslegung des Vertrags (→ § 6 Rn. 17ff.) in Betracht.⁹⁷

Im **Fall b** greift anstelle der unwirksamen Klausel die gesetzliche Regelung ein, wonach der Käufer bei einem Mangel der Kaufsache Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung oder Schadens- bzw. Aufwendungsersatz geltend machen kann (§ 437).

Fraglich ist, ob eine unwirksame Klausel (zB vierjährige Laufzeit eines Zeitungsabonnements; vgl. § 309 Nr. 9 Buchst. a) wenigstens insoweit aufrechterhalten werden kann, als sie gerade noch (zB zweijährige Laufzeit) für zulässig zu erachten ist (sog. **gel-**

⁹⁶ BAG ZIP 2008, 1651 (1652).

⁹⁷ BGHZ 90, 69 (73ff.) = NJW 1984, 1177; BGHZ 117, 92 (98) = NJW 1992, 1164; BAG ZIP 2007, 1673 (1676).

tungserhaltende Reduktion). Das ist im Regelfall **zu verneinen**, weil nur die Unwirksamkeit der ganzen Klausel klare Verhältnisse schafft, der Verwender keinen Schutz verdient und andernfalls der Zweck des Gesetzes (Verbraucherschutz) unterlaufen würde.⁹⁸

2. Ausnahme: Unwirksamkeit des gesamten Vertrags

Ausnahmsweise ist bei Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung einer Klausel der ganze Vertrag unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der Lückenfüllung nach § 306 II eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde (§ 306 III). Das ist zB der Fall, wenn durch die Aufrechterhaltung des Vertrags das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung völlig ungleichgewichtig würde oder der verbleibende Restvertrag im Hinblick auf den erstrebten Zweck sinnlos wäre. 25

Beispiel: Beim Verkauf eines Grundstücks vereinbaren die Parteien eine Nachzahlungsklausel für den Fall, dass nach Vertragsschluss der Wert des Grundstücks deutlich ansteigt. Wenn sich diese Klausel gem. § 307 als unwirksam erweist, der Verkäufer den Vertrag ohne eine solche Nachzahlungsklausel aber gar nicht geschlossen hätte, ist gem. § 306 III der ganze Kaufvertrag unwirksam.⁹⁹

IX. Gerichtlicher Verbraucherschutz

Der Verbraucherschutz wäre unvollkommen, wenn sich nur der einzelne Vertragspartner in einem Rechtsstreit mit dem Verwender gegen unwirksame Klauseln zur Wehr setzen könnte. Deshalb sind zB Verbraucherverbände, Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern im Rahmen einer sog. Verbandsklage befugt, den Verwender der AGB auf Unterlassung bzw. auf Widerruf in Anspruch zu nehmen, obwohl sie selbst nicht unmittelbar betroffen sind (§ 3 UKlaG). Auf das der Klage stattgebende Urteil kann sich nach § 11 UKlaG auch der betroffene Vertragspartner des Verwenders grundsätzlich berufen. Einzelheiten sind dem Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG) zu entnehmen. 26

X. Besonderheiten bei Verbraucherverträgen

1. Schutzzweck des § 310 III

Durch § 310 III soll der Verbraucherschutz beim Vertragsschluss verstärkt werden. Da eine natürliche Person als Verbraucher bei Vertragsverhandlungen im privaten Bereich dem Unternehmer, der in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt, regelmäßig unterlegen ist, soll sie – ähnlich wie der Vertragspartner des Verwenders von AGB – vor missbräuchlichen Klauseln geschützt werden. Dieser Schutz soll dem Verbraucher auch dann gewährt werden, wenn die entsprechende Klausel nicht vom Unternehmer in den Vertrag eingeführt oder wenn sie nur einmal verwandt worden ist und deswegen die Voraussetzungen des § 305 I nicht erfüllt. 27

⁹⁸ BGHZ 84, 109 (114ff.) = NJW 1982, 2309; BGHZ 92, 312 (315) = NJW 1985, 319; BGHZ 124, 371 (380) = NJW 1994, 861; BGH NJW 2000, 1113.

⁹⁹ BGH NJW-RR 2002, 1136f.

2. Voraussetzungen des erweiterten Schutzes

- 28 § 310 III setzt einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher voraus.

a) **Unternehmer** ist eine Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (vgl. § 14).

Dazu gehören nicht nur Handelsgesellschaften, sondern auch Einzelpersonen, etwa Landwirte, Handwerker und Freiberufler, sofern ihre selbstständige Tätigkeit von gewisser Dauer und auf Gewinnerzielung gerichtet ist.

b) **Verbraucher** iSd § 310 III ist eine natürliche Person, die einen Vertrag abschließt, der überwiegend weder einer gewerblichen noch einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (vgl. § 13, → § 9 Rn. 3).

Wer einen Vertrag abschließt, um Bedarfsgegenstände für eine abhängig ausgeübte Beschäftigung zu erwerben, bleibt daher Verbraucher. Nicht geschützt werden aber etwa Vereine und Stiftungen, da es sich bei ihnen um juristische Personen handelt.

c) Der **Vertrag** zwischen Unternehmer und Verbraucher fällt dann unter § 310 III, wenn die eine Vertragspartei bei seinem Abschluss im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, die andere dagegen nicht. Beim Unternehmer ist der Vertrag im Zweifel dem unternehmerischen Bereich zuzuordnen (Rechtsgedanke des § 344 HGB).¹⁰⁰ Vom Verbraucher muss der Vertrag zu privaten Zwecken geschlossen werden. Um welchen Vertragstyp es sich im Einzelfall handelt (zB Kauf, Miete, Darlehen), spielt dagegen keine Rolle.

§ 310 III greift also nicht ein bei Verträgen zwischen Gewerbetreibenden, zwischen Verbrauchern sowie zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, sofern dieser beim Vertragsschluss in Ausübung einer gewerblichen oder einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

3. Folgen

- 29 Liegt ein Verbrauchervertrag iSd § 310 III vor, sind auf ihn die Regeln der §§ 305 ff. anzuwenden.

a) Das gilt auch, wenn die AGB nicht vom Unternehmer, sondern von einem Dritten (zB Notar, Makler, Architekt) gestellt worden sind. Wenn jedoch die AGB vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt worden sind (zB dem Mietvertrag wird ein Mietvertragsformular auf Vorschlag des Verbrauchers zugrunde gelegt), ist dieser nicht schutzwürdig, sodass die Vorschriften der §§ 305–310 nicht zu beachten sind (vgl. § 310 III Nr. 1).

b) Die §§ 305c II, 306 und 307–309 sind auch dann anwendbar, wenn die Vertragsbedingungen nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 III Nr. 2).

c) Bei der Beurteilung, ob eine Klausel den Verbraucher unangemessen benachteiligt, ist nicht nur eine generalisierende überindividuelle Betrachtung anzustellen (vgl. § 307 I, II); vielmehr sind auch die den Vertragsschluss begleitenden, also die konkreten individuellen Umstände zu berücksichtigen (§ 310 III Nr. 3).

¹⁰⁰ Brox/Henssler HandelsR Rn. 285.

Beispiel: Die Überrumpelung des Partners beim Vertragsschluss spricht für eine Unwirksamkeit.

AGB-Kontrolle

I. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. (§ 310 IV 1)

II. Vorliegen von AGB (§ 305 I)

1. Vertragsbedingungen
2. Für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert (Ausnahme: § 310 III Nr. 2)
3. Vom Verwender gestellt (auch § 310 III Nr. 1)

III. Einbeziehungskontrolle

1. Einbeziehung (nicht zu prüfen in den Fällen § 310 I, IV 2)
 - a) im Einzelfall (§ 305 II)
 - aa) Ausdrücklicher Hinweis durch den Verwender oder deutlich sichtbarer Aushang (§ 305 II Nr. 1)
 - bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme (§ 305 II Nr. 2)
 - cc) Einverständnis des Vertragspartners (§ 305 II aE)
 - b) durch Rahmenvereinbarung (§ 305 III)
2. Keine überraschende Klausel (§ 305 c I)

IV. Auslegung der AGB

1. Vorrang der Individualabrede (§ 305 b)
2. Unklarheitenregel: Auslegungszweifel zulasten des Verwenders (§ 305 c II)

V. Inhaltskontrolle (in den Grenzen des § 307 III 1; bei Arbeitsverträgen gem. § 310 IV 2 nur eingeschränkt)

1. Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit (§ 309; nicht zu prüfen in den Fällen des § 310 I, II)
2. Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit (§ 308; nicht zu prüfen in den Fällen des § 310 I, II)
3. Generalklausel (§ 307): Unangemessene Benachteiligung, insbesondere durch
 - a) Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 I 2)
 - b) Unvereinbarkeit mit dem Grundgedanken des Gesetzes (§ 307 II Nr. 1)
 - c) Gefährdung des Vertragszwecks (§ 307 II Nr. 2)

VI. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit oder Nichteinbeziehung einer Klausel

1. Grundsatz: Wirksamkeit des Vertrags im Übrigen (§ 306 I), ggf. Lückenausfüllung durch Anwendung gesetzlicher Vorschriften (§ 306 II)
2. Ausnahme: Unwirksamkeit des gesamten Vertrags, wenn Festhalten am Vertrag für eine Vertragspartei unzumutbar (§ 306 III)

§ 11 Konsens und Dissens

Literatur: *Jung*, Die Einigung über die »essetialia negotii« als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages, JuS 1999, 28; *Leenen*, Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Dissens –, AcP 188 (1988), 381; *Leenen*, Faktischer und normativer Konsens, FS Prölss, 2009, 153.

Fälle: Ist in folgenden Fällen ein Vertrag zustande gekommen?

- a) V will sein Gemälde dem K für 980 EUR verkaufen und schreibt dem K, er biete ihm das Bild für 890 EUR an. K weiß, dass V für das Bild 980 EUR haben will, und ist damit einverstanden; er antwortet dem V, er kaufe das Bild für 98 EUR. V bemerkt den Schreibfehler. (→ § 11 Rn. 2, 5)
- b) Auf den Brief des V im Fall a antwortet K, er nehme das Angebot an. Dabei weiß K nichts vom Schreibfehler im Angebotsschreiben, und er kann auch – mangels weiteren Auslegungsmaterials – nicht auf den wirklichen Willen des V (Kaufpreis 980 EUR) schließen. (→ § 11 Rn. 3, 6)
- c) V bietet sein Gemälde dem K zum Kauf für 980 EUR an. K erklärt, er nehme das Angebot an, müsse aber auf Ratenzahlung bestehen. V antwortet, damit sei er einverstanden, er erwarte entsprechende Vorschläge. (→ § 11 Rn. 13)
- d) A schreibt dem B per Fax: »50 Fernseher Typ E à 500 EUR«. B antwortet ebenfalls per Fax: »Einverstanden«. Später stellt sich heraus, dass jede Partei verkaufen wollte und den Partner als Käufer ansah. (→ § 11 Rn. 14, 15)

I. Konsens

1. Begriff und gesetzliche Regelung

- 1 a) Unter dem Begriff Konsens (»consensus«) versteht man die **Übereinstimmung** der Willenserklärungen der Vertragsschließenden. Nur wenn Angebot und Annahme übereinstimmen, kommt ein Vertrag zustande; dagegen hindert eine Nichtübereinstimmung (Dissens) den Vertragsschluss.
- b) Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gibt es für den Konsens nicht. Es ist auf die Bestimmungen über den Vertragsschluss (§§ 145 ff.) zurückzugreifen. Vor allem aus § 150 II ist zu entnehmen, dass nur eine solche Willenserklärung eine Annahme des Angebots darstellt, die nicht von dem Angebot abweicht, also mit ihm übereinstimmt.

2. Konsens und Auslegung

- 2 Wenn Konsens die Übereinstimmung der Willenserklärungen bedeutet, so fragt sich, ob damit die Übereinstimmung der (inneren) Willen oder der (äußeren) Erklärungen oder der objektiven Bedeutungen der Erklärungen gemeint ist. Die richtige Lösung lässt sich nur unter Beachtung der Auslegungsgrundsätze (→ § 6 Rn. 2 ff.) finden. Danach sind folgende Fallgruppen zu unterscheiden:
 - a) Ergibt die Auslegung von Angebot und Annahme, dass hinter beiden Erklärungen **übereinstimmende Willen der beiden Erklärenden** stehen, dann ist wegen der Übereinstimmung der inneren Willen ein Konsens im Sinne des gemeinsam Gewollten zu bejahen, selbst wenn die Erklärungen übereinstimmend von dem beiderseits Gewollten abweichen (*falsa demonstratio non nocet*; → § 6 Rn. 10). Diese Lösung benachteiligt keine der beiden Parteien, da sie auf das von beiden Gewollte abstellt.

Demnach sind bei der Prüfung, ob Konsens vorliegt, zuerst die Willen der beiden Erklärenden zu ermitteln. Stimmen sie überein, ist Konsens gegeben. Auf das Erklärte kommt es dann nicht an.

Im **Fall a** stimmen die Willen von V und K überein (Kaufvertrag über das Bild zu 980 EUR). Zu diesen Bedingungen ist der Vertrag zustande gekommen. Die falschen, sich nicht deckenden Erklärungen ändern daran nichts.

b) Ergibt die Auslegung, dass die Willen von Antragemdem und Annehmendem nicht übereinstimmen, ist durch normative Auslegung beider Willenserklärungen (→ § 6 Rn. 13f.) zu ermitteln, welchen Sinn jede der Erklärungen – vom Empfängerhorizont aus betrachtet – hat. **Stimmt der Sinn beider Erklärungen (der objektive Erklärungswert) überein**, ist ein Konsens gegeben, obwohl die tatsächlichen Willen der Parteien nicht übereinstimmen. 3

Im **Fall b** stimmen die inneren Willen der Parteien nicht überein; V will für 980 EUR verkaufen, während K für 890 EUR kaufen will. Bei normativer Auslegung des Angebots muss V die Erklärung (Verkauf für 890 EUR) gegen sich gelten lassen. Damit stimmt die Annahme des K überein, sodass ein Kaufvertrag zu 890 EUR zustande gekommen ist.

3. Folgen

a) **Bei Konsens ist der Vertrag geschlossen**, sodass jede Partei die ihr nach dem Vertrag zustehenden Ansprüche gegen den Partner geltend machen kann. 4

b) Beruht der **Konsens auf der Übereinstimmung der wirklichen Willen**, hat keine Partei das Recht, ihre Willenserklärung wegen Irrtums anzufechten (§§ 119ff.; → § 18 Rn. 7ff.); selbst wenn die Erklärung von dem Willen abweicht, wirkt sich dieser Fehler nicht zum Nachteil des Erklärenden aus, da allein sein wirklicher Wille maßgebend ist. 5

Im **Fall a** ist der Vertrag zu den von beiden Parteien gewollten Bedingungen (Kaufpreis 980 EUR) zustande gekommen. Deshalb kann keine Partei ihre auf einem Irrtum beruhende Erklärung anfechten.

c) Beruht der **Konsens auf dem durch normative Auslegung gefundenen, übereinstimmenden Sinn der Erklärungen**, kann die Partei, die einen vom Gewollten abweichenden Sinn der Erklärung gegen sich gelten lassen muss, anfechten (§ 119 I). 6

Im **Fall b** ist der Kaufvertrag zum Preis von 890 EUR zustande gekommen. Da V einen anderen Willen hatte, kann er seine Erklärung wegen Erklärungsirrtums nach § 119 I (→ § 18 Rn. 7) anfechten.

II. Dissens

1. Voraussetzungen

Dissens (»dissensus«) bedeutet **Nichtübereinstimmung** der Willenserklärungen. Da ein Dissens vorliegt, wenn kein Konsens gegeben ist, muss zunächst durch Auslegung der Willenserklärungen ermittelt werden, ob eine Übereinstimmung der wirklichen Willen (→ § 6 Rn. 10) oder des objektiven Erklärungswertes beider Erklärungen (→ § 6 Rn. 13) vorhanden ist. Nur wenn beides verneint wird, ist Dissens zu bejahen. 7

Demnach sind beim Dissens vor allem zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Die **Willenserklärungen der Parteien gehen aneinander vorbei**, decken sich also nicht. 8

Beispiel: V erklärt dem K, er wolle ihm sein Bild für 1.000 EUR verkaufen; K antwortet, er nehme das Bild für 900 EUR. Da die Parteien sich über den Kaufpreis nicht geeinigt haben, ist kein Kaufvertrag zustande gekommen (vgl. § 150 II). Sollten aber beide Parteien entgegen ihren Erklärungen übereinstimmend einen Preis von zB 1.000 EUR gewollt haben, liegt wegen der Übereinstimmung der beiden Willen ein Vertragsschluss vor.

- 9 b) Die **Willenserklärungen** der Parteien **sind objektiv mehrdeutig**. Dann fehlt es an einer Übereinstimmung, selbst wenn sich die Erklärungen äußerlich decken.

Schulbeispiele sind die Währungsfälle (→ § 6 Rn. 3, 5): Ein Vertrag lautet über 1.000 Dollar. Das können US-amerikanische oder kanadische Dollar sein. Dennoch kann eine Willensübereinstimmung vorliegen, wenn nämlich beide Parteien etwa kanadische Dollar meinten oder wenn bei normativer Auslegung als übereinstimmender Sinn zB kanadische Dollar ermittelt werden, weil der Vertrag etwa in Kanada geschlossen wurde. Nur wenn beide Möglichkeiten ausscheiden, liegt wegen Mehrdeutigkeit Dissens vor.

2. Offener und versteckter Dissens

- 10 Liegt ein Dissens vor und sind sich die Parteien bewusst, dass sie sich nicht geeinigt haben, spricht man von offenem Dissens. Meinen die Parteien irrtümlich, dass sie sich geeinigt haben, ist ein versteckter Dissens gegeben. Auf dieser Unterscheidung beruhen die Auslegungsregeln des § 154 (offener Dissens) und des § 155 (versteckter Dissens).
- 11 a) Beim **offenen Dissens** (= offenen Einigungsmangel) wissen die Parteien, dass sie sich nicht geeinigt haben.

Beispiel: V bietet dem K eine Maschine für 5.000 EUR an. K erklärt, er wolle nur 4.500 EUR bezahlen (= Ablehnung, verbunden mit einem neuen Angebot; § 150 II; → § 8 Rn. 27).

- 12 aa) Ist über einen der **wesentlichen Vertragsbestandteile** (= essentialia negotii) keine Einigung erzielt, ist ein Vertrag nicht zustande gekommen. Wesentlich sind die Umstände, die nach dem Gesetz den Vertragstyp bestimmen.

Das sind neben den Vertragsparteien beim Kauf die Bestimmung des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises (§ 433), bei der Miete die Bestimmung der Mietsache und der Miete (§ 535).

- 13 bb) Ist dagegen lediglich über vertragliche **Nebenpunkte** (= accidentalia negotii) keine Einigung erzielt, kommt es auf den Willen der Parteien an, ob der Vertrag erst dann geschlossen sein soll, wenn auch über den letzten der noch offen gebliebenen Nebenpunkte eine Einigung erreicht worden ist, oder ob der Vertrag trotz der noch ausstehenden Einigung über die Nebenpunkte bereits jetzt als geschlossen anzusehen ist. Nach dem Willen der Parteien kann der noch nicht geregelte Nebenpunkt (zB über Zeit oder Ort der Leistung, Tragung der Transportkosten) eine derartige Bedeutung haben, dass sie die Wirksamkeit des ganzen Vertrags von der Einigung über den Nebenpunkt abhängig machen. Dieser Nebenpunkt kann für die Parteien aber auch so nebensächlich sein, dass sie den Vertragsschluss an der Nichteinigung über diesen Punkt nicht scheitern lassen wollen.

Der Wille der Parteien ist durch Auslegung zu ermitteln. Führt sie zu keinem Ergebnis, greift die **Auslegungsregel des § 154 I 1** ein. Danach ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung geschlossen werden soll.

Im **Fall c** hat V das Angebot des K, das Gemälde zu einem in Raten zahlbaren Kaufpreis von 980 EUR zu kaufen, angenommen. Da eine Einigung über einen Nebenpunkt, nämlich die Modalitäten der Ra-

tenzahlungen (wie viele Raten, in welcher Höhe, zu welchen Terminen), fehlt, muss ermittelt werden, ob die Parteien den Kaufvertrag dennoch als geschlossen angesehen haben. Ein Indiz für einen solchen Willen können etwa die Übereignung und die Übergabe des Bildes als Erfüllung des Kaufvertrags sein. Führt die Auslegung zu keinem Ergebnis, bleibt es bei der Auslegungsregel des § 154 I 1, sodass der Kaufvertrag nicht geschlossen ist.

Kommt die Auslegung zum Ergebnis, dass der Vertrag trotz der fehlenden Einigung über einen Nebenpunkt geschlossen sein soll, muss die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung (→ § 6 Rn. 19) oder durch Anwendung dispositiven Gesetzesrechts geschlossen werden.

§ 154 enthält noch zwei andere Auslegungsregeln. Einmal stellt eine Aufzeichnung über einzelne Punkte (= **Punktation**) vor der Einigung über den ganzen Vertrag im Zweifel noch keine bindende Einigung dar (§ 154 I 2). Diese Regel ergibt sich schon aus § 154 I 1.

Zum anderen ist im Zweifel der Vertrag erst mit seiner **Beurkundung** geschlossen, wenn die Parteien eine (privatschriftliche oder notarielle) Beurkundung vereinbart haben (§ 154 II).

b) Beim versteckten Dissens (= versteckten Einigungsmangel) meinen die Parteien, 14 sich geeinigt zu haben, während in Wirklichkeit ein Dissens vorliegt.

Beispiel: Die Personen, die eine offene Handelsgesellschaft gründen wollen, haben den Gesellschaftsvertrag schriftlich niedergelegt und unterschrieben. Sie halten den Vertrag für geschlossen, haben aber eine beabsichtigte Regelung über das Ende der Gesellschaft schließlich doch vergessen.

Im **Fall d** gebrauchen beide Parteien Worte, die scheinbar zueinander passen. In Wirklichkeit liegt aber ein Einigungsmangel vor. Denn nach dem wirklichen Willen jeder Partei sollte sie selbst Verkäuferin und die andere Käuferin sein. Auch bei normativer Auslegung der beiden Erklärungen kann kein übereinstimmender Sinn festgestellt werden, da aus den knappen telegrafischen Äußerungen nicht zu entnehmen ist, wer Verkäufer und wer Käufer sein soll.¹⁰¹

Beispiel: Geht bei einem Werkvertrag über die Verlegung von »Naturstein« der Auftraggeber von der Verwendung von natürlich gewachsenem Material, der Unternehmer dagegen von einem aus Marmorbruchstücken mithilfe von Kunstharz hergestellten Agglomerat aus, liegt ein versteckter Dissens vor.¹⁰²

aa) Fehlt eine Einigung über einen **wesentlichen Vertragsbestandteil**, ist – wie beim 15 offenen Dissens – kein Vertrag zustande gekommen (**Fall d**).

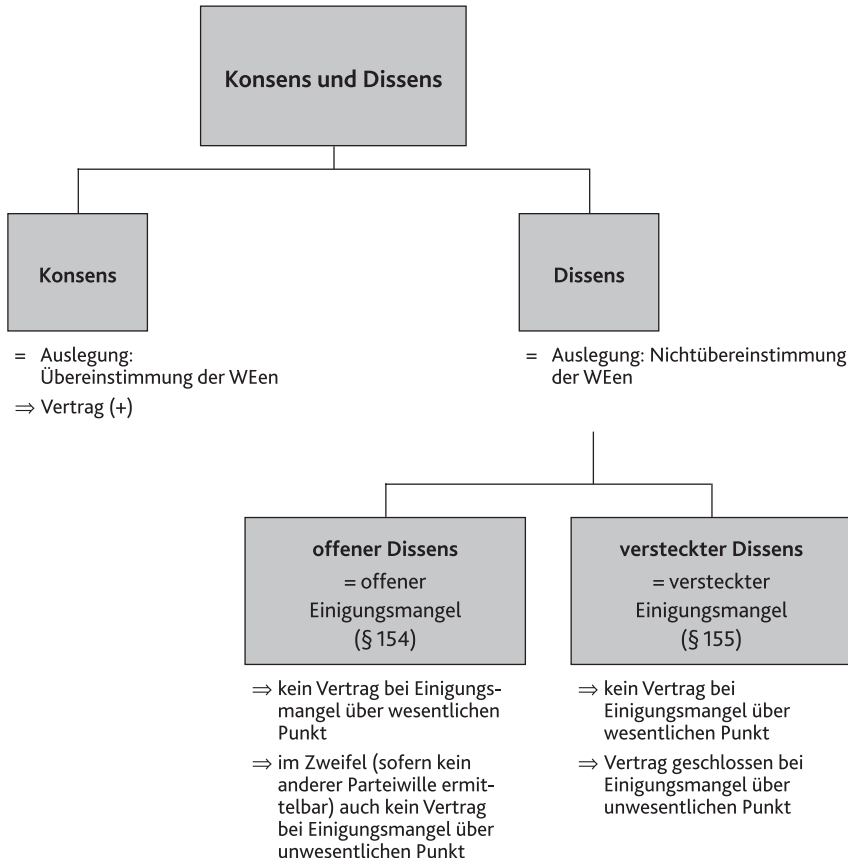
bb) Fehlt eine Einigung über einen **Nebenpunkt**, so muss beim versteckten Dissens 16 berücksichtigt werden, dass die Parteien davon ausgehen, der Vertrag sei zustande gekommen. Da beide Parteien auf die Gültigkeit des Vertrags vertrauen, soll die Auslegungsregel des § 155 die übrige fehlerfreie vertragliche Einigung »retten«. Deshalb gilt nach § 155 das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne eine Bestimmung über den Nebenpunkt geschlossen hätten.

Ob die Parteien den Vertrag ohne Regelung des Nebenpunktes geschlossen hätten, muss durch Auslegung ermittelt werden. Ist danach ein Vertragsschluss zu bejahen, muss die bestehende Lücke des Vertrags durch ergänzende Auslegung oder durch Anwendung dispositiven Gesetzesrechts ausgefüllt werden.

¹⁰¹ Vgl. RGZ 104, 266.

¹⁰² KG NJW-RR 2008, 300f.

Beispiel: Hätten die Vertragsparteien den Gesellschaftsvertrag auch ohne eine vertragliche Regelung über das Ende der offenen Handelsgesellschaft geschlossen, kann die vertragliche Lücke, falls kein anderer hypothetischer Parteiwille zu ermitteln ist, notfalls durch die gesetzliche Regelung (§§ 131f. HGB) geschlossen werden.



3. Kapitel. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts

§ 12 Die Geschäftsfähigkeit

Literatur: *Bisges*, Schlumpfbereen für 3000 Euro – Rechtliche Aspekte von In-App-Verkäufen an Kinder, NJW 2014, 183; *Boemke/Schönfelder*, Wirksamwerden von Willenserklärungen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen (§ 131 BGB), JuS 2013, 7; *Brox*, Der Minderjährigenschutz beim Rechtsgeschäft, JA 1989, 441; *Casper*, Geschäfte des täglichen Lebens – kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB, NJW 2002, 3425; *Coester-Waltjen*, Nicht zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger, JURA 1994, 668; *Derleder/Thielbar*, Handys, Klingeltöne und Minderjährigenschutz, NJW 2006, 3233; *Fleck/Schweinfest*, Anfängerklausur – Zivilrecht, Minderjährigen- und Stellvertretungsrecht – Die Playstation, JuS 2010, 885; *Franzen*, Rechtsgeschäfte erwachsener Geschäftsunfähiger nach § 105a BGB zwischen Rechtsgeschäftslehre und Betreuungsrecht, JR 2004,