

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Grenzziehung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen

Kaum ist das AGB-Gesetz am 1. 4. 1977 in Kraft getreten¹⁾, sind die schon vorher befürchteten, vielfältigen Schwierigkeiten bei der Grenzziehung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz einerseits und Individualvereinbarungen gemäß § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz andererseits aufgetreten. Keineswegs handelt es sich hierbei nur um eine dogmatisch-systematische Fragestellung; vielmehr hat sie außergewöhnliche praktische Bedeutung. Gemäß § 1 Abs. (1) Satz 2 AGB-Gesetz kommt es nämlich nicht auf die Form, den Umfang oder das äußere Erscheinungsbild des Bedingungswerks an. Dies sind keine materiellrechtlichen Abgrenzungskriterien mehr; denn entscheidend ist ausschließlich, ob die Vertragsbedingungen „im einzelnen ausgehandelt“ sind. In unendlich vielen Bereichen des nationalen, aber auch des internationalen Wirtschaftsvertragsrechts werden – besonders im kaufmännischen Verkehr – aber auch in Individualverträgen Klauseln eingesetzt, die oft wiederkehren, die praktisch standardisiert, rationalisiert, weil im einzelnen ausgetüftelt sind, kurz: die sich bewährt haben. Z. B.: Im Industrieanlagengeschäft, aber auch bei Lieferungen größerer Maschinen, finden sich immer wieder die gleichen einschneidenden, umfassenden Haftungsbeschränkungs- oder Haftungs-freizeichnungsklauseln, um das Risiko des jeweiligen Herstellers in vertretbarer Weise zu beschränken²⁾. So werden z. B. Schadensersatzansprüche für Verfahrensfehler und Gewährleistungsmängel regelmäßig ausgeschlossen, soweit entgangener Gewinn, Produktionsausfall oder Produktionseinbußen in Rede stehen. Oder: Ein Unternehmer vereinheitlicht seine Vertriebspolitik und schließt deshalb gleichlautende „Musterverträge“ mit allen Vertragshändlern ab: Jeder erhält den gleichen, maschinenschriftlich abgefaßten Vertrag. Oder: Ein im Lizenzgeschäft stark engagiertes Unternehmen verwendet für seine Lizenzverträge typisierte Klauseln, die schlechtweg immer und überall gegenüber jedem Lizenznehmer eingesetzt werden, und diese Klauseln enthalten – wie in Lizenzverträgen üblich und erforderlich – weitreichende Risikobeschränkungen – vor allem dann, wenn das betreffende Unternehmen zusätzlich in erheblichem Umfang im anwendungstechnischen Beratungsservice tätig ist. Alle diese Beispielfälle lassen erkennen: Es gibt im Wirtschaftsvertragsrecht schlechthin zentrale Bestimmungen, die immer und überall vom „Verwender“ eingesetzt werden, über die zwar verhandelt wird, wobei aber durchaus fraglich ist, ob die jeweilige Klausel, auf die es im Einzelfall ankommt, auch tatsächlich und nachweislich – wie von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz geboten – „im einzelnen ausgehandelt“ ist.

Die praktische Konsequenz liegt auf der Hand: Wird eine derartige Haftungsbeschränkungsklausel – z. B. der Ausschluß für „Folgeschäden“ in einem Industrieanlagen-Vertrag – vom „Verwender“ der anderen Seite „gestellt“, so kann es sich hierbei um eine Bestimmung handeln, auf die das AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr anwendbar ist – vorausgesetzt freilich, auch die übrigen Tatbestands-elemente von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz sind erfüllt. Dann aber kann es ohne weiteres sein, daß diese Klausel im Einzelfall gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unter mittelbarer Berücksichtigung von § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz verstößt, z. B. wenn die zugesagte Kapazitätsgarantie der Anlage nicht erreicht wird³⁾. Damit aber wäre diese Klausel unwirksam,

eine solche Klausel zur Geschäftspraxis zählt, über deren Wenn und Aber einfach nicht mehr verhandelt wird, geschweige denn, daß sie ausgehandelt wird. Ist dann diese Haftungsbeschränkungsklausel gemäß § 9 Abs. (1) AGB-Gesetz unter mittelbarer Berücksichtigung von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz unwirksam⁴⁾? Oder ist sie unter Berücksichtigung von § 278 BGB nicht zu beanstanden?

Diese Beispielfälle können beliebig vermehrt werden. Gemeinsam ist ihnen, was häufig nicht ausreichend klar gesehen wird, daß die Bestimmungen des AGB-Gesetzes unter der Voraussetzung von § 1 AGB-Gesetz nicht nur dann Anwendung finden, wenn es sich um „Kleingedrucktes“ handelt, sondern schlechterdings immer dann, wenn die materiell-rechtlichen Kriterien von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz erfüllt sind, ohne daß die Voraussetzungen von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz vorliegen. Dies aber wirft die entscheidende Frage auf: Welche spezifischen materiell-rechtlichen Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit § 1 Abs. (2) Anwendung findet?

I. Das Kriterium des „Aushandelns“ auf Grund des BGH-Urteils vom 15. 12. 1976⁵⁾

Unter dem 15. 12. 1976 hat sich der BGH im Zusammenhang mit einem Maklervertrag im einzelnen damit auseinandergesetzt, was unter „Aushandeln“ von Geschäftsbedingungen zu verstehen ist. Obwohl von der Sache her kein Anlaß bestand – das AGB-Gesetz war auf diesen Fall nicht anwendbar –, hat der BGH seine Auslegung unter eindeutiger Bezugnahme auf § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz ausgerichtet – eine Praxis, die in einer Fülle von BGH-Entscheidungen zum Problem der „richterlichen Inhaltskontrolle“ von Geschäftsbedingungen in der letzten Zeit zu beobachten ist: die Vorwirkung von Gesetzen auf die Rechtsprechung wird hier überdeutlich dokumentiert. Der Sachverhalt dieser Entscheidung ist dadurch gekennzeichnet, daß der Kunde des Maklers einen längeren Maklervertrag zweimal unterzeichnet hat. Unter der linken Unterschrift befand sich im Fettdruck folgender Satz:

„Auftraginhalt wurde in allen Einzelheiten zwischen Auftraggeber und Makler ausgehandelt, was ich ausdrücklich bestätige.“

Der BGH stellte darauf ab, daß das Instrument der „richterlichen Inhaltskontrolle“ von unangemessenen Geschäftsbedingungsklauseln darin seine Rechtfertigung findet, daß diese Klauseln für den Kunden häufig unübersichtlich sind oder sogar überraschenden Charakter haben⁶⁾. Darüber hinaus legitimiere sich die „richterliche Inhaltskontrolle“ aus dem – ebenfalls gleichrangigen – Gesichtspunkt, daß der Richter „der unangemessenen, einseitigen Inanspruchnahme des Rechts, den Inhalt der Verträge durch generelle Regelungen zu gestalten, entgegenwirken muß“⁷⁾ – während sie in einem Individualvertrag unter Berücksichtigung der §§ 134, 138, 242, 637 BGB fraglos wirksam wäre. Oder: Das im Lizenzgeschäft, besonders aber auch im anwendungstechnischen Beratungsservice tätige Unternehmen schließt als „Verwender“ die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit seiner Erfüllungsgehilfen/Mitarbeiter/Angestellten schlechthin aus, weil

Nr. 11 Rdnr. 19 ff., wonach es auf die Tragweite und Zweckrichtung der Eigenschaftszusicherung im Einzelfall ankommt.

⁴⁾ Für eine mittelbare Berücksichtigung von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz im kaufmännischen Bereich LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 11 Nr. 7 Rdnr. 17 ff.; ebenso HENSEN, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, § 11 Nr. 7 Anm. 30 ff.; differenzierend PALANDT/HEINRICHS, AGB-Gesetz, § 11 Anm. 8b, wonach es darauf ankommt, ob es sich um einen leitenden Angestellten gehandelt hat oder nicht.

⁵⁾ DB 1977 S. 488 ff. = NJW 1977 S. 624 ff.

⁶⁾ BGH v. 8. 5. 1973, BGHZ 60 S. 377, 380 = DB 1973 S. 1120; BGH v. 29. 3. 1974, BGHZ 62 S. 251, 252 = DB 1974 S. 964.

⁷⁾ BGH v. 15. 12. 1976, DB 1977 S. 488.

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

²⁾ Vgl. GRAF VON WESTPHALEN, BB 1971 S. 1126 ff.

³⁾ Für Unwirksamkeit von Haftungs-freizeichnungen bzw. Haftungsbeschränkungen bei Eigenschaftszusicherungen im kaufmännischen Bereich PALANDT/HEINRICHS, AGB-Gesetz, § 11 Anm. 12; HENSEN, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, § 11 Nr. 11 Anm. 23 ff., wonach im Zweifel auf das Erfüllungsinteresse bei Eigenschaftszusicherung gehaftet werden soll, vgl. Anm. 24; differenzierend LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 11

unter dem Aspekt, „ob sie nicht die Grundsätze der Vertragsgerechtigkeit in unangemessener, nicht zu billiger Weise verletzen“⁸⁾). Daraus leitete der BGH dann folgenden Rechtssatz ab:

„Vielmehr kann von einer Individualvereinbarung in Abgrenzung von einem durch AGB geprägten Vertrag (im folgenden: AGB-Vertrag) oder diesem gleichstehenden Formularvertrag nur dann gesprochen werden, wenn der Geschäftspartner auch hinsichtlich des Vertragsinhalts eine Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener berechtigter Interessen hatte, wenn und soweit es ihm also möglich war, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“⁹⁾).

Daraus resultiert dann folgende Schlußfolgerung:

„Für das Zustandekommen einer Individualvereinbarung ist es vielmehr erforderlich, daß der Verwender von AGB oder Vertragsformularen zur Abänderung seiner Bedingungen bereit ist und der Geschäftspartner dies bei den Vertragsverhandlungen weiß. Dies wird insbesondere dann angenommen werden können, wenn der Verwender dem Partner seine trotz vorformulierten Klauseltextes vorhandene Änderungsbereitschaft hinreichend deutlich zu erkennen gegeben hat. Diese Voraussetzungen einer Individualvereinbarung müssen im Einzelfall tatrichterlich festgestellt werden, sofern sich der Verwender darauf beruft, daß der Vertrag (bzw. eine einzelne Vertragsbedingung) entgegen dem äußeren Anschein individuell ausgehandelt worden ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt beim Verwender“¹⁰⁾).

Demzufolge ist es nach dieser BGH-Entscheidung bei Verwendung von vorformulierten Geschäftsbedingungen nicht erforderlich, daß diese „an irgendeiner Stelle äußerlich sichtbar abgeändert oder ergänzt worden“ sind¹¹⁾). Auch die unveränderte Übernahme von AGB oder Vertragsformularen in einen Vertrag kann die Voraussetzungen eines Individualvertrages ausmachen, „wenn und soweit die eine Vertragspartei zur Abänderung der Bedingungen bereit und dies dem Geschäftspartner bei Vertragsabschluß bekannt gewesen ist“¹²⁾).

Auch wenn die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Individualvertrages, die den „Verwender“ trifft, naturgemäß hoch gespannt ist, wenn Geschäftsbedingungen unverändert in einen Vertragstext übernommen werden, so führt diese Entscheidung doch im Ergebnis dazu: Die mit der Verabschiedung des AGB-Gesetzes verbundenen, hochgespannten Erwartungen sind praktisch schon enttäuscht, weil nämlich der Schutzzweck des AGB-Gesetzes im Ergebnis immer dann schon unterlaufen werden kann, wenn ein „Verwender“ seiner Vertragspartei – freilich mit der gebotenen Ernsthaftigkeit, so daß keine Scherzerklärung vorliegt – zu erkennen gibt, er sei zur Abänderung der von ihm unterbreiteten Konditionen bereit; auf eine tatsächliche Abänderung kommt es dann keineswegs mehr an. Zwar unterliegt dies, wie der BGH feststellte¹³⁾, tatrichterlicher Würdigung; allein, es wird sehr schwer fallen, einem „Verwender“ den Mangel der Ernsthaftigkeit abzustreiten, wenn er nicht den gravierenden „Fehler“ begeht, sich wiederholt zielstrebig und systematisch seinen Vertragspartnern gegenüber zu verhalten¹⁴⁾, so daß seine Verhandlungsbereitschaft im Einzelfall kaum mehr ist als eine Fiktion. Kein Zweifel, der als schutzbedürftig hingestellte Verbraucher, der als intellektuell unterlegen und wirtschaftlich hilflos apostrophiert wurde – wenngleich er im Gewand des „mündigen Bürgers“ daherstolztierte – ihm werden damit Steine statt Brot gegeben. Und auch der vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigte Zweck, Kaufleute vor unangemessenen Geschäftsbedingungen zu schützen, wird dann im Ergebnis kaum realisiert werden können, wenn es im Einzelfall nur auf die Verhandlungsbereitschaft, auf die mögliche Einflußnahme, nicht auf die tatsächliche Abänderung der einzelnen Vertragsklausel ankommt. Im Ergebnis führt also die BGH-Entscheidung dazu, daß der Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes ganz entscheidend reduziert wird: Wer nur auf die Verhandlungsbereitschaft des „Verwenders“ und auf die mögliche Einflußnahme des unterworfenen Kunden absieht, der setzt sich – und dies ist ein rechtspolitisches, kein dogmatisches Argument – der Gefahr aus, die weitere Existenz

des privaten Vertragsrechts ernsthaft zu gefährden: Wenn nämlich die „Bereinigungsfunktion“ des AGB-Gesetzes nicht „greift“ – gleichgültig, aus welchen Gründen –, dann besteht Grund zur Befürchtung, daß dann nicht nur die Behördenkontrolle von Geschäftsbedingungen bald Gesetz wird¹⁵⁾, sondern daß darüber hinaus öffentliches Recht das Wirtschaftsvertragsrecht überwuchert. Dann aber könnte es eines Tages ersticken.

II. Kritische Stellungnahme

Dies hat der IV. Zivilsenat mit Sicherheit nicht gewollt; nur muß man darauf hinweisen, wenn zu einem zentralen Problem eines gerade in Kraft getretenen Gesetzes – ohne daß hierzu gebotener Anlaß bestand – im Vorgriff von höchstrichterlicher Seite Stellung bezogen wird, zumal die Argumentationsketten – und dies ist ein dogmatisch-systematisches Gegenargument – des IV. Zivilsenats in dieser Entscheidung keineswegs überzeugen:

1. Die Vorentscheidung des BGH vom 20. 10. 1976¹⁶⁾

Der gleiche Senat hatte sich am 20. 10. 1976 mit einem nahezu identischen Sachverhalt auseinanderzusetzen. Hier war eine Klausel im Auftragsformular enthalten, in der es u. a. hieß:

„Die Ziffern 9 und 12 wurden mit dem Auftraggeber besprochen und ausdrücklich anerkannt.“

Die Bedingungen sowie die Auftragsbestätigungen waren ebenfalls vom Kunden des Maklers unterschrieben. Die beiden Sachverhalte unterscheiden sich jedoch darin, daß in dem Fall vom 20. 10. 1976 die soeben zitierte Klausel nach dem Vortrag des Klägers selbst nicht mit dem tatsächlichen Geschehensablauf in Einklang stand; dies war in der Entscheidung vom 15. 12. 1976 anders, so daß die Sache zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden mußte. Dennoch erklärte der BGH in der Vorentscheidung:

„Denn Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden nicht schon dadurch zum Inhalt eines Individualvertrages, daß sie in Kenntnis von ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung von dem Vertragspartner desjenigen unterzeichnet werden, der sie aufgestellt hat. Sie können nur dann als Inhalt eines Individualvertrages angesehen werden, wenn sie das Ergebnis eines freien gegenseitigen Aushandelns des Vertragsinhalts durch die Vertragspartner sind“¹⁷⁾).

In gleicher Weise wird darauf abgestellt, daß die Klausel im vorliegenden Fall einseitig vorformuliert war, und es heißt dann:

„Der Beklagte hat sich ihr, ohne auf ihren Inhalt Einfluß nehmen zu können, allein dadurch unterworfen, daß er die AGB und den Formularvertrag unterzeichnete“¹⁸⁾).

Es fällt auf, daß der BGH in seiner Entscheidung vom 15. 12. 1976 die Vorentscheidung vom 20. 10. 1976 lediglich im Rahmen der Beweislastregelung als Präjudiz anführt. Sicherlich hat sie diese Bedeutung auch; aber sie erschöpft sich nicht darin, weil materiell-rechtlich beide Entscheidungen voneinander differieren: Die Entscheidung vom 15. 12. 1976 läßt die mögliche Einflußnahme auf die Vertragsgestaltung bei gleichzeitiger Verhandlungsbereitschaft des „Verwenders“ ausreichen, um die Voraussetzungen eines Individualvertrages zu bejahen, während die Entscheidung vom 20. 10. 1976 offenbar darauf abstellt, daß eine tatsächliche Einflußnahme auf die Vertragsgestaltung vorliegen muß, nämlich als „Ergebnis eines freien gegenseitigen Aushandelns“, bevor ein Individualvertrag angenommen werden kann. Dies aber besagt: Nach der Entscheidung vom 20. 10. 1976 ist es grundsätzlich geboten, daß Geschäftsbedingungen – vorausgesetzt, die Tatbestandsmerkmale von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz liegen vor – tatsächlich abgeändert sein müssen, bevor insoweit ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz anerkannt werden kann. Demgegenüber ist es angesichts dieser Divergenz keine zureichende Gemeinsamkeit, wenn auch die Entscheidung vom 15. 12. 1976 bemerkt, daß „selbst eine eingehende Erörterung der einzelnen Konditionen und eine Belehrung über die bei allen

⁸⁾ Ebenda. ⁹⁾ S. 489. ¹⁰⁾ Ebenda.

¹¹⁾ So ausdrücklich Leitsatz a des Urteils vom 15. 12. 1976, a. a. O.

¹²⁾ Leitsatz b. ¹³⁾ S. 489.

¹⁴⁾ Hierzu ULMER, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, § 1 Anm. 26.

¹⁵⁾ Vgl. Manager Magazin, Allgemeine Geschäftsbedingungen – Die Firmen sind überfordert, Nr. 5/1977 S. 114, 118 a. E.

¹⁶⁾ BGH v. 20. 10. 1976, DB 1977 S. 158 = BB 1977 S. 59 mit Anm. TRINKNER.

¹⁷⁾ Ebenda.

¹⁸⁾ Ebenda.

denkbaren Fallgestaltungen eingetretenen Rechtsfolgen" nicht ausreichen, um dies als „Aushandeln“ zu qualifizieren¹⁹⁾.

2. Das Abgrenzungskriterium des „Aushandelns“ in der früheren BGH-Rechtsprechung

Im Vordergrund steht hier erkennbar die Rechtsprechung, die Formularverträge mit AGB-Verträgen gleichschaltet²⁰⁾ – ein Problem, das nunmehr durch § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz obsolet geworden ist²¹⁾. In der tragenden Entscheidung des BGH vom 29. 3. 1974²²⁾ heißt es bei der Qualifizierung einer Einzelklausel als AGB-Klausel in einem notariellen Vertrag:

„Die Freizeichnungsklausel des vorliegenden Falles stellt eine solche Abrede dar, denn sie ist nicht das Ergebnis eines freien gegenseitigen Aushandelns des Vertragsinhalts durch die Partner, sondern einseitig von der Veräußererseite unter Ausrichtung allein auf ihre Interessen und in erheblicher Abweichung vom – wenn auch nur dispositiven – gesetzlichen Leitbild der Gewährleistung festgelegt und in einer nicht geringen Zahl von Verträgen gleichlautend enthalten²³⁾.“

Der gleiche Gesichtspunkt wird in der dann nachfolgenden Entscheidung vom 8. 11. 1974²⁴⁾ aufgegriffen und findet sich schließlich auch in der bekannten KG-Anlagengesellschaft-Entscheidung²⁵⁾.

Im Ergebnis ist also festzuhalten: Die frühere BGH-Rechtsprechung zum Kriterium des „Aushandelns“ läßt erkennen: Es muß ein gegenseitiges Geben und Nehmen stattfinden, weil das „Aushandeln“ nicht nur die Tätigkeit der Verhandeln selbst bezeichnet, sondern deren Ergebnis ausmacht.

Dieser Sicht entspricht auch die Entscheidung des OLG Celle vom 19. 12. 1975²⁶⁾, auf die sich der BGH in seinem Urteil vom 15. 12. 1976 indessen nicht beruft, obwohl diese Entscheidung unter Berufung auf § 1 AGB-Gesetz – es handelte sich allerdings damals noch um den Regierungsentwurf²⁷⁾ – zustande kam.

3. Die Gesetzesmaterialien

Die Entscheidung des BGH vom 15. 12. 1976 stützt sich maßgebend für die Auslegung von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz auf die Begründung des Regierungsentwurfs²⁸⁾. Übersehen wird jedoch dabei, daß diese Begründung keineswegs in sich eindeutig und widerspruchsfrei ist. Einerseits heißt es nämlich, eine individualvertragliche Vereinbarung im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz liege immer dann vor, wenn und soweit die Vertragsbedingungen das Ergebnis einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflußnahme beider Vertragsparteien sind. Andererseits heißt es aber – und dies verschweigt der BGH:

„Der Rechtsprechung muß es überlassen bleiben, im Zweifelsfall zu entscheiden, ob und inwieweit der andere Vertragsteil trotz Verwendung eines Modells soviel Einfluß auf die Abmachungen genommen hat, daß diese als individuelle Abreden angesehen werden können²⁹⁾.“

Diese zuletzt zitierte, weiterreichende Auffassung, daß nämlich für ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz ein tatsächliches Abweichen von vorformulierten Vertragsbedingungen erforderlich ist, findet auch eine Stütze in den Kurzprotokollen der Beratungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, auf die der BGH jedoch erstaunlicherweise überhaupt nicht eingeht. In der Sitzung des Rechtsausschusses vom 5. 5. 1976 erklärte die SPD-Abgeordnete Frau Dr. *Däubler-Gmelin*:

„Das auch nach ihrem Verständnis das Wort ‚verhandelt‘ milder wäre als das Wort ‚ausgehandelt‘. Sie sähe den Sinn von Abs. 2 in der

Fassung des Bundesrates darin, Individualabreden herauszunehmen. Individualabreden lägen nur dann vor, wenn beide Parteien wüßten, worum es sich im einzelnen handle. Wenn die Auffassung vertreten werde, daß ‚Verhandeln‘ weniger sei als ‚Aushandeln‘, so komme es ihr gerade auf dieses Mehr an. Sie bestehe darauf, daß es ‚ausgehandelt‘ heißen müsse³⁰⁾.“

Demgegenüber bemerkte der Abgeordnete *Thürk* von der CDU/CSU-Fraktion – er war Berichterstatter des AGB-Gesetzes im Rechtsausschuß –, es gelte zu verhindern, daß das Wort „ausgehandelt“ die Rechtsprechung zur Aufstellung zu weitgehender Erfordernisse veranlassen könne³¹⁾. Der Abgeordnete ging darauf dezidiert auf verschiedene Eingaben – insbesondere die der Bundesnotarkammer – ein, in denen vorgeschlagen worden war, den Begriff des „Aushandelns“ in § 1 AGB-Gesetz durch den des „Verhandelns“ zu ersetzen. Der Abgeordnete erklärte sehr eindringlich:

„Die Beauftragten der Bundesregierung setzten den Level so hoch, daß man tatsächlich verlangen müsse, daß sich die Leute mit jeder Bestimmung auseinandersetzen³²⁾.“

Von entscheidender Maßgeblichkeit ist jedoch dann, daß unmittelbar im Anschluß an diese Äußerung das Kurzprotokoll – auf Antrag der SPD-Abgeordneten Frau Dr. *Däubler-Gmelin* „einstimmig“³³⁾ die Fassung des Abs. (2) in der Version des Bundesrates getragen von der Interpretation der Abgeordneten Frau Dr. *Däubler-Gmelin* angenommen hat, die dann auch Gesetz geworden ist.

Obwohl der Stellenwert von Gesetzesmaterialien für die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen keineswegs eindeutig und unumstritten ist³⁴⁾, ergibt sich doch folgendes:

Der Begriff des „Aushandelns“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz ist qualitativ mehr als „Verhandeln“. Mithin reicht nicht aus, wenn der „Verwender“ dem Kunden bei der Verwendung von Vertragsbedingungen im Sinn von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz lediglich die Möglichkeit einräumt, darüber zu verhandeln. Gefordert wird vielmehr, daß individualvertragliche Vereinbarungen – basierend auf dem Prinzip der Chancengleichheit – das Ergebnis eines freien selbstverantwortlichen Aushandelns der Parteien sind.

4. Die Kommentar-Literatur

Auch die nicht zum AGB-Gesetz erarbeitete Literatur grenzt – vor allem im Hinblick auf Individualvereinbarungen/Formularverträge – vorwiegend danach ab, inwieweit die jeweilige Klausel „ausgehandelt“ worden war³⁵⁾. Demgegenüber differenziert *Nicklisch*³⁶⁾ für den rechtlichen Ansatzpunkt der AGB-Inhaltskontrolle, indem er lediglich auf die Möglichkeit des beiderseitigen Aushandelns eines Vertrages abhebt; entscheidend sei, „daß die Parteien die Möglichkeit hatten, im Wege der beiderseitigen Selbstbestimmung einen gerechten Interessenausgleich zu erzielen“³⁷⁾ – ohne Rücksicht also darauf, ob sie hiervon also auch tatsächlich Gebrauch gemacht haben. Folglich ist für ihn die „Möglichkeit des beiderseitigen Aushandelns der Vertragsbedingungen“³⁸⁾ das materiell-rechtliche Abgrenzungskriterium. Auch *Larenz*³⁹⁾ stellt darauf ab, ob die Möglichkeit bestand, daß jeder Vertragspartner seine Vorstellungen tatsächlich zur Geltung brachte, um seine Interessen durchzusetzen. Demgegenüber vertritt *Wolf*⁴⁰⁾ die Ansicht, daß selbst das „Aushandeln der Bedingungen“ nur ein formales Kriterium sei, welches „letztlich nichts darüber besagt, ob für jeden Teil die

¹⁹⁾ BGH v. 15. 12. 1976, DB 1977 S. 488, 489.

²⁰⁾ OLG Düsseldorf v. 28. 1. 1972, NJW 1972 S. 1816; OLG Köln v. 15. 5. 1973, NJW 1973 S. 1882.

²¹⁾ LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 1 Rdnr. 14 m. w. N.

²²⁾ BGHZ 63 S. 251 = DB 1974 S. 964.

²³⁾ S. 253.

²⁴⁾ BGH v. 8. 11. 1974, BGHZ 63 S. 238 = DB 1975 S. 47.

²⁵⁾ BGH v. 14. 4. 1975, BGHZ 64 S. 238 = DB 1975 S. 1499.

²⁶⁾ OLG Celle v. 19. 12. 1975, BB 1976 S. 1287 mit Anm. GRAF VON WESTPHALEN.

²⁷⁾ BT-Drucks. 7/3919.

²⁸⁾ BGH v. 15. 12. 1976, DB 1977 S. 488, 489.

²⁹⁾ BT-Drucks. 7/3919 S. 17 linke Spalte a. E.

³⁰⁾ Kurzprotokoll S. 87.

³¹⁾ Ebenda, S. 88. ³²⁾ Ebenda, S. 90. ³³⁾ Ebenda.

³⁴⁾ Vgl. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969, S. 291 ff., S. 308 ff.

³⁵⁾ PALANDT/HEINRICHS, 35. Aufl., Vorbem. 6 E zu § 175; ERMAN/HEFERMEHL, Vorbem. 45 zu § 145; vgl. auch BGH v. 11. 1. 1968, BGHZ 51 S. 55, 58 = DB 1969 S. 123; ao aber auch schon BGH v. 29. 9. 1960, BGHZ 33 S. 216, 218 f. = DB 1960 S. 1495.

³⁶⁾ NICKLISCH, BB 1974, S. 941 ff.

³⁷⁾ Ebenda, S. 942. ³⁸⁾ Ebenda, S. 949.

³⁹⁾ LARENZ, Allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1975, S. 48.

⁴⁰⁾ WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, S. 257; im einzelnen S. 230 ff.

Möglichkeit zur selbstbestimmten Entscheidung bestand" – von seiner Sicht der Problemstellung durchaus konsequent, nämlich den Schutz der Entscheidungsfreiheit des Unternehmers zum vorrangigen Maßstab zu erheben. Gänzlich anders differenziert Schulte⁴¹⁾, indem er nicht zwischen AGB-Formularverträgen einerseits und Individualabreden andererseits unterscheidet. Er bringt seine Rechtsansicht im Hinblick auf die hier interessierende Abgrenzung auf die kurze Formel: Das Vorliegen eines Individualvertrages ist immer dann anzunehmen, wenn es sich nicht um einen Massenvorgang gehandelt hat; mit anderen Worten: Das von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz nicht übernommene Gegenstands-paar lautet: Individualvertrag – Massenvertrag, nicht Individualvertrag – Formularvertrag/AGB⁴²⁾.

Im Hinblick auf § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz nimmt Schmidt-Salzer die einschränkendste Auslegung an⁴³⁾. Danach ist ein Individualvertrag immer dann schon anzunehmen, wenn die Möglichkeit bestand, daß der Kunde vom Inhalt der AGB Kenntnis nehmen konnte. Schmidt-Salzer weist ausdrücklich das Abgrenzungskriterium des „Aushandeln“ im Sinn des gegenseitigen Gebens und Nehmens zurück. Diese Position wird jedoch nicht von den bislang erschienenen Kommentaren zum AGB-Gesetz vertreten: Ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz ist immer dann, aber auch nur insoweit anzunehmen, als tatsächlich eine Einflußnahme in Form einer Abänderung der vertraglich vorformulierten Klauseln stattgefunden hat⁴⁴⁾. Dieses Ergebnis wird dadurch bestärkt, daß es gemäß § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz nicht ausreicht, wenn lediglich ein „Aushandeln“ zwischen den Parteien vorlag, weil der Gesetzgeber das „Aushandeln“ dadurch qualifiziert hat, daß es „im einzelnen“ für jede strittige Klausel (vgl. „soweit“) zwischen den Parteien erfolgen müsse. Diese gesetzgeberische Intention, die im Wortlaut der Bestimmung – „im einzelnen“ neben dem Wort „soweit“ – zum Ausdruck gebracht wird, läßt es nicht zu, lediglich die Möglichkeit der Einflußnahme des Kunden auf die vorformulierten Klauseln des „Verwenders“ ausreichend sein zu lassen. Deshalb ist im Ergebnis die Entscheidung des BGH vom 15. 12. 1976 abzulehnen. Sie steht nicht im Einklang mit dem Wortlaut von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz; sie ergibt sich nicht zweifelsfrei aus den Gesetzesmaterialien, und sie findet auch in der in der Literatur vorherrschend vertretenen Auffassung keine ausreichend verlässliche Stütze – ganz abgesehen davon, daß sie mit früheren Entscheidungen des BGH zum Begriff des „Aushandeln“ nicht in Einklang gebracht werden kann.

III. Geltung für den kaufmännischen Verkehr

Läßt man die eingangs zitierten Beispiele unter dem Gesichtspunkt Revue passieren, daß hinsichtlich der jeweiligen Klauseln – insbesondere im Hinblick auf die dort angeführten Haftungsbeschränkungen – ein gegenseitiges Geben und Nehmen, also ein „Aushandeln“ erfolgt sein müsse, so wird schnell klar: Diese Anforderungen sind äußerst hoch geschraubt; sie finden in der täglichen Wirtschaftsvertragspraxis keine unmittelbare Entsprechung. Dort herrscht das Element des „Verhandelns“ vor, weil man von Kaufleuten erwarten kann und darf, daß sie in der Lage sind, sich über die Tragweite von Vertragsbestimmungen klar zu werden – gleich, ob es sich um „Kleingedrucktes“ oder um individualvertragliche Vereinbarungen handelt⁴⁵⁾. Dieser Gesichtspunkt überzeugt freilich nicht gegenüber dem Endverbrau-

cher, dem Nicht-Kaufmann: Dieser ist schutzbedürftig, da er so gut wie nie in der Lage ist, die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite von vorformulierten Vertragsbedingungen zu erkennen und zu ermessen. Damit stellt sich die maßgebende Frage, ob im Rahmen von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz in bezug auf das Kriterium des „Aushandeln“ danach differenziert werden kann und darf, ob es sich um Rechtsgeschäfte unter Kaufleuten im Sinn von § 24 AGB-Gesetz handelt, oder um solche, auf die die §§ 10, 11, 12 AGB-Gesetz unmittelbar Anwendung finden. Dieser Gedanke ist naheliegend und durchaus konsequent: Wer auf die Schutzbedürftigkeit des AGB-unterworfenen Kunden abstellt, ist gehalten, nicht nur im Rahmen der Inhaltskontrolle der §§ 8 ff. AGB-Gesetz zu differenzieren; wegen des Sachzusammenhangs muß er in gleicher Weise auch im Bereich von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz unterscheiden: Bei Verträgen gegenüber Nicht-Kaufleuten wäre der Bereich von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz wesentlich enger als bei Verträgen gegenüber Kaufleuten im Sinn von § 24 AGB-Gesetz. Folgerichtig zu Ende gedacht, würde dies bedeuten, daß das Kriterium des „Aushandeln“ im kaufmännischen Bereich gemäß § 24 AGB-Gesetz dahin verstanden werden könnte und dürfte, daß die Möglichkeit des „Verhandelns“ ausreicht, um bei Verwendung vorformulierter Klauseln im Sinn von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz die Voraussetzungen eines Individualvertrages anzunehmen, auf die die Bestimmungen des AGB-Gesetzes keine Anwendung finden. Dann würde – möglicherweise sogar in Fortführung der BGH-Entscheidung vom 15. 12. 1976 – erreicht, daß die eingangs zitierten Beispiele – keineswegs handelt es sich dabei um „juristische Schreckbeispiele“ – zufriedenstellend gelöst werden könnten: In allen Fällen wären die Voraussetzungen des „Verhandelns“ erfüllt – ungeachtet der Tatsache, ob es sich um Musterbedingungen, bewährte Klauseln, standardisierte Klauseln oder um solche Klauseln handelt, von denen der „Verwender“ aus geschäftspolitischen oder unternehmerischen Gründen nicht Abstand nehmen will, z. B. bei zureichenden Haftungsbeschränkungen bei Großverträgen.

Indessen, so willkommen eine derartige Differenzierung für die Industrie sicherlich wäre, die gesetzgeberischen Wertungen lassen dies nicht zu. Entscheidend ist: § 1 AGB-Gesetz ist zwingendes Rechts; eine Differenzierung, wie sie für den Bereich der §§ 10 und 11 AGB-Gesetz gemäß § 24 AGB-Gesetz in Betracht kommt, scheidet aus dogmatisch-systematischen Gründen aus, da § 24 AGB-Gesetz § 1 ausdrücklich für Kaufleute und Nicht-Kaufleute gleichschaltet.

Die Differenzierungsmöglichkeiten, die gemäß § 9 AGB-Gesetz zwischen den Belangen des nicht-kaufmännischen Verkehrs einerseits und denen des kaufmännischen Verkehrs andererseits erforderlich und geboten sind, sind hier also versperrt. Würde man, dessen ungeachtet, im Bereich von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz entsprechend dem Maß der rechtsgeschäftlichen Verantwortungs-fähigkeit und Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Kunden differenzieren, so wäre es zwangsläufig, daß ein weiteres Problem hinzuträte: Im Bereich des kaufmännischen Verkehrs von § 24 AGB-Gesetz müßte erneut dahin differenziert werden, ob der Minderkaufmann nicht schutzbedürftig ist als der Vollkaufmann; mit anderen Worten: Eine im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens angefachte Diskussion müßte nicht nur erneut belebt werden – und dies in Erkenntnis der Tatsache, daß der Kaufmannsbegriff keineswegs in seinen Konturen klar und präzise umrissen und als AGB-Gesetz ebenso wenig geeignet ist wie bei § 24 AGB-Gesetz. Doch wäre dies folgerichtig und erforderlich, weil der Minderkaufmann schutzbedürftiger ist als der Vollkaufmann, und dies gilt auch hinsichtlich der rechtlichen Chancengleichheit und wirtschaftlichen Schutzbedürftigkeit. Das eine kann nicht vom anderen getrennt werden. Unvermeidlich wäre also, daß die Diskussion, welche durch den Spruch des Gesetzgebers zum AGB-Gesetz beendet sein sollte, wieder in vollem Umfang zum Zuge käme – mit all den Unwägbarkeiten, die ihr seinerseits bereits anhafteten. Kein Zweifel, dies wäre höchst unbefriedigend.

⁴¹⁾ SCHULTE, NJW 1974 S. 1217 ff.

⁴²⁾ SCHULTE, a.a.O. S. 1222.

⁴³⁾ SCHMIDT-SALZER, NJW 1977 S. 129, 132 f.

⁴⁴⁾ PALANDT/HEINRICHS, AGB-Gesetz, § 1 Anm. 4; LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 1 Rdnr. 22 ff.; so auch wohl im Ergebnis ULMER, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, § 1 Anm. 25; DIETLEIN/REBMAN, AGB aktuell, § 1 Anm. 10. Der Ansicht der Referenten des Bundesjustizministeriums ist insoweit besondere Bedeutung zuzumessen, als sie ausführen: „Ausgehend ist danach eine vertragliche Regelung, wenn sie das Ergebnis einer gleichberechtigten Einflußnahme beider Vertragsparteien auf den Vertragsinhalt ist und dessen Gestaltung dem beiderseitigen Vertragswillen Ausdruck gibt.“

⁴⁵⁾ Vgl. EBERSTEIN, BB 1974 S. 585 ff.

⁴⁶⁾ Hierzu vor allem LINDACHER, BB 1972 S. 296 ff.; BASTIAN/BÖHM, BB 1974 S. 110 ff., alle m. w. N.

Entscheidend erscheint schließlich aber auch folgendes: Der BGH selbst differenziert im Rahmen der „richterlichen Inhaltskontrolle“ von Allgemeinen Geschäftsbedingungen keineswegs danach, inwieweit der jeweilige AGB-unterworfenen Kunde schutzbedürftig ist oder nicht. Ohne Rücksicht auf dieses Kriterium gewährt der BGH ganz allgemein Schutz vor unangemessenen AGB-Klauseln⁴⁷). Dann aber führt kein Weg daran vorbei: Wenn man die dogmatisch-systematische Verzahnung der Grundsätze der „richterlichen Inhaltskontrolle“ von AGB einerseits mit der Abgrenzung zwischen Individualabreden und Geschäftsbedingungen andererseits zur Kenntnis nimmt⁴⁸), verbietet sich mit Wirkung vom 1. 4. 1977 im Rahmen von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz bei der Ausfüllung des Kriteriums des „Aushandelns“ eine Differenzierung, weil der Gesetzgeber ausweislich der Fassung von § 24 AGB-Gesetz diese lediglich für die „richterliche Inhaltskontrolle“ gemäß §§ 8 ff. BGB vorgenommen hat.

IV. Praktische Konsequenz

Wenn es zutreffend ist, daß ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz ein gegenseitiges Geben und Nehmen im Hinblick auf jede vorformulierte Klausel eines Vertrages bedeutet, und wenn es weiter zutrifft, daß zwischen der Verwendung von AGB gegenüber Kaufleuten und gegenüber Nicht-Kaufleuten in diesem Zusammenhang nicht differenziert werden kann und darf, ist es für die Praxis unerlässlich: Die Genesis eines jeden Vertrages ist im einzelnen genau festzuhalten und aufzubewahren. Denn aus Abänderungen, aus der Berücksichtigung von Änderungswünschen des Kunden, kurz: aus der gesamten Entwicklung eines Vertragswerks ergibt sich jeweils, ob und inwieweit die Voraussetzungen des „Aushandelns“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz erfüllt sind oder nicht. Dabei bietet sich jedoch die Beachtung einiger Regeln an, die hier – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – kurz skizziert werden sollen: Es empfiehlt sich nicht, wenn der „Verwender“ gegenüber seinem Vertragspartner zunächst mit „überzogenen“ Klauseln arbeitet, nur um dessen Widerspruch hervorzuheben und dadurch ein Abändern und eine tatsächliche Einflußmöglichkeit auf die Vertragsgestaltung zu erreichen. Dieser Weg kann gangbar sein, doch ist zu befürchten, daß dadurch die Beziehungen zum Kunden unnötig belastet werden. Vor allem aber gilt es, im Auge zu behalten: Erkennt der Kunde die Absicht des „Verwenders“, so wird es sehr naheliegen, daß er das Vertragsangebot – trotz der „überzogenen“ Klauseln – akzeptiert, im Vertrauen darauf, daß die „überzogenen“ Klauseln der Guillotine der §§ 9 ff. AGB-Gesetz bzw. der des § 9 AGB-Gesetz ohnehin anheim fallen werden. Des weiteren ist darauf zu achten, daß nicht nur über den Preis, die Zahlungsbedingungen und den technischen Leistungsbeschrieb im einzelnen verhandelt wird. Denn die Kriterien des „Aushandelns“ müssen vor allem bei den Klauseln ansetzen und wirksam werden, die ggf. der richterlichen Inhaltskontrolle der §§ 8 ff. AGB-Gesetz unterfallen werden, wofür Voraussetzung ist, daß diese von gesetzlichen Regeln abweichen oder diese ergänzen (vgl. § 8 AGB-Gesetz). Daher ist anerkannt, daß der Preis und der Leistungsbeschrieb als solcher regelmäßig nicht der „richterlichen Inhaltskontrolle“ der §§ 8 ff. AGB-Gesetz unterliegen⁴⁹). Dennoch kann es sein, daß ein „Aushandeln“ des Preises oder der Zahlungsbedingungen die Voraussetzungen von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz in bezug auf die Vertragsbedingungen erfüllt. Dies ist immer dann der Fall, wenn und soweit sich aus der Vereinbarung des Preises eine Ausstrahlungswirkung auf sonstige Klauseln des Vertrages ergibt, z. B. Verkürzung der Gewährleistungsfristen bei Nachgeben im Preis. Zu bedenken ist dabei jedoch: Das sog. „Preisargument“ allein ist grundsätzlich nicht geeignet, die Maß-

stäbe der „richterlichen Inhaltskontrolle“ der §§ 8 ff. AGB-Gesetz außer Kraft zu setzen⁵⁰). Dies entspricht auch der früheren Rechtsprechung des BGH⁵¹). Denn unangemessene Geschäftsbedingungen dürfen nicht zu billigen Preisen angeboten und Verträge zugrunde gelegt werden⁵²); ganz abgesehen davon, daß die Gefahr besteht, die kaufmännische Kalkulation zur Ermittlung dem Gericht offenlegen zu müssen, ob tatsächlich die Relation zwischen Preis und AGB angemessen ist⁵³). Zudem wird es meistens so sein, daß Preise und Zahlungsbedingungen – ebenso wie die Technik – verhandelt werden, bevor die weiteren kommerziellen und rechtlichen Konditionen zwischen den Parteien erörtert werden. Diese Praxis ist indessen nicht geeignet, die zuvor apostrophierte Ausstrahlungswirkung zwischen verhandeltem Preis und kommerziellen Konditionen zu gewährleisten. Ganz anders ist der Fall jedoch, wenn eine eindeutige Relation – praktisch eine „Tarifwahl“ – zwischen kommerziellen Konditionen einerseits und dem Preis andererseits hergestellt und dem Kunden mit der erforderlichen Transparenz unterbreitet wird, z. B. das Angebot eines Rasierapparates zum Preis von DM 100,- ohne Gewährleistung, d. h. unter Verstoß gegen § 11 Nr. 10a AGB-Gesetz und der gleiche Rasierapparat zum Preis von DM 115,- unter Beachtung der §§ 9 ff. AGB-Gesetz. Unter dieser Voraussetzung dürften regelmäßig die Elemente des „Aushandelns“ im Sinn einer Individualvereinbarung gemäß § 1 Abs. (2) in bezug auf den Ausschluß der Gewährleistung (DM 100,-) vorliegen⁵⁴). Dies gilt freilich nicht ohne weiteres in dem Fall, in dem der Kunde nur zwischen mehreren vorformulierten Vertragsbedingungen – z. B. in einem Formularvertrag – wählen darf, sofern nicht mindestens eines der Vertragsangebote die Mindeststandards des AGB-Gesetzes erfüllt, wie z. B. bei Mietverträgen, in denen durch Ankreuzen festgelegt werden kann, ob eine Kaution verzinst werden soll oder nicht, ohne daß dies erkennbare Auswirkungen auf den Mietzins hat.

Die Möglichkeiten und Chancen einer individualvertraglichen „Tarifwahl“ dürften indessen auf den nicht-kaufmännischen Verkehr weitestgehend beschränkt bleiben; sie entsprechen nicht der wirtschaftlichen Praxis unter Kaufleuten. Hier wird es – wie bereits kurz angedeutet – entscheidend darauf ankommen, daß der „Verwender“ die gesamte Genesis des Vertrages im einzelnen dokumentarisch festhält, so daß sie jederzeit nachvollzogen werden kann. Dies wird nicht unerhebliche Aufwendungen erforderlich machen, z. B. Mikroverfilmung etc. Allerdings sind die Risiken äußerst hoch, die sich auf Grund einer Qualifizierung von Vertragsbedingungen als AGB-Klauseln ergeben, sofern ein „Aushandeln“ im Sinn von § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz nicht bewiesen werden kann⁵⁵). Grundsätzlich dürfte es aber – kaufmännisch gesehen – gerechtfertigt sein, diesen Aufwand zu treiben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß – gerade im kaufmännischen Bereich – „ausgehandelte“ Vertragsklauseln die bereits angedeuteten Ausstrahlungswirkungen auf nicht ausgehandelte Vertragsklauseln haben können. Dies ist z. B. dann anzunehmen, wenn eine Gewährleistungsfrist auf Grund eines gegenseitigen Gebens und Nehmens von 12 Monate auf 24 Monate verlängert worden ist, obwohl der Inhalt und Umfang der Gewährleistungspflicht nicht „ausgehandelt“ wurde. Das gleiche kann z. B. dann gelten, wenn die Voraussetzung des Lieferverzugs gemäß § 1 Abs. (2) AGB-Gesetz entgegen der ursprünglich in den Bedingungen vorgesehenen Beschränkung auf Fälle höherer Gewalt erweitert wurde, so daß dann eine relativ hohe Vertragsstrafe für Lieferverzug nicht mehr AGB im Sinne von § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz ist. Ganz entscheidend wird es jedoch stets auf den Einzelfall ankommen. Verlässlichere Regeln gibt es nämlich nicht.

⁴⁷) BGH v. 7. 7. 1976, DB 1976 S. 1711.

⁴⁸) Grundlegend BGH v. 29. 3. 1974, BGHZ 62 S. 251 ff. = DB 1974 S. 964. Darauf stellt auch die Entscheidung des BGH vom 15. 12. 1976 ab.

⁴⁹) Vgl. LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 8 Rdnr. 2 f.; vgl. auch Vorbemerkung vor §§ 8–11, Rdnr. 14; BRANDNER, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, § 8 Anm. 5 ff.

⁵⁰) LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 9 Rdnr. 16 f.

⁵¹) BGH v. 29. 10. 1956, BGHZ 22 S. 90, 98 = DB 1956 S. 1176.

⁵²) PALANDT/HEINRICH, AGB-Gesetz, § 9 Anm. 2b; vgl. auch BT-Drucks. 7/3919 S. 23.

⁵³) LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 9 Rdnr. 17.

⁵⁴) Ebenda.

⁵⁵) Zu Beweislastfragen vgl. LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER, AGB-Kommentar, § 1 Rdnr. 27 ff.; ULMER, in: ULMER/BRANDNER/HENSEN, AGB-Gesetz, § 1 Anm. 35 f.; DIETLEIN/REBMAN, AGB aktuell, § 1 Anm. 12.