

**VERTRAGSGESTALTUNG
BEI PRIVATAUFTRÄGEN
DES SACHVERSTÄNDIGEN
- GRUNDLAGEN DER
VERTRAGSGESTALTUNG -**

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Vertragsgestaltung bei Privataufträgen des Sachverständigen - Grundlagen der Vertragsgestaltung –

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	03
2.	Allgemeines zur Vertragsgestaltung	04
2.1.	Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen/Individualvereinbarungen	09
2.1.1.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	09
2.1.2.	Individualvereinbarungen	11
2.1.3.	Rechtsfolgen	12
2.1.4.	Taktische Überlegungen	14
2.2.	Bedeutung einer Struktur des Sachverständigenvertrages	15
2.2.1.	Struktur des Sachverständigenvertrages	15
2.2.2.	Bearbeitungsstand	16
2.3.	Grundregeln der Vertragsgestaltung	17
2.4.	Einsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen	17
2.4.1.	Wirksame Einbeziehung von AGB´s	17
2.4.2.	Auslegung	18
2.4.3.	Inhalt von AGB´s	18
2.4.4.	Kontrolle der AGB anhand §§ 305, 310 BGB	19
2.4.5.	Rechtsfolgen unwirksamer AGB´s	20
3.	Gesetze und Regelungswerke	21
4.	Beispiele inhaltlicher Regelungen	23
4.1.	Konkretisierung Umfang und Inhalt des Sachverständigenvertrages	23
4.1.1.	Gesetze und Regelungswerke	24
4.1.2.	Vertragsgestaltung durch den Sachverständigen	26
4.1.2.1.	Festlegung des Beweisthemas	26
4.1.2.2.	Festlegung des Zwecks der Leistung	29
4.1.2.3.	Festlegung der vorgelegten Unterlagen	30
4.2.	Haftungsbeschränkung	31
4.2.1.	Gesetze und Regelungswerke	32
4.2.2.	Haftungsbeschränkungen, Beispiele	42

Vertragsgestaltung bei Privataufträgen des Sachverständigen – Grundlagen der Vertragsgestaltung - - insb. Bestimmung des Leistungsumfangs und Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung -

1. Einleitung

Rechtsgrundlage jeder Betätigung des Sachverständigen im privaten Bereich ist ein Vertragsverhältnis. Die Vertragsparteien, auf der einen Seite der Sachverständige, auf der anderen Seite der Auftraggeber (fortan AG) können und sollten den gesamten Vertragsinhalt einschließlich ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten einvernehmlich regeln.

Leider geschieht dies in der Praxis häufig nicht oder nur unvollkommen, sei es aus Unkenntnis des Regelungsbedarfs, aus Bequemlichkeit oder Zeitmangel. Es gibt eine Vielzahl von Regelungspunkten bei der Vertragsgestaltung. Schwerpunkt der nachfolgenden Darstellung wird die Festlegung des Gegenstandes und des Umfangs der Sachverständigentätigkeit sein sowie die Möglichkeiten der Haftungsbeschränkungen.

Sachverständige müssen für Fehler in ihren Gutachten und sonstigen gutachterlichen Leistungen einstehen.

Im Bereich der gutachterlichen Tätigkeit für Gerichte gelingt es den Geschädigten höchst selten, den Sachverständigen wegen eines fehlerhaften Gutachtens und infolge dessen eines verlorenen Prozesses in die Haftung zu nehmen.

Im Bereich der gutachterlichen Tätigkeit im Privatauftrag zeigt sich dagegen ein völlig anderes Bild. Hier besteht ein erhöhtes Haftungspotential, das im eigenen Interesse minimiert werden sollte.

Ziel muss es daher sein, einen Sachverständigenvertrag abzuschließen, der Streit möglichst vermeidet oder für seine Beilegung vertragliche Regelungen enthält. Dies mag eine idealistische Vorstellung sein, dennoch können durch Vertragsgestaltung Probleme vermieden oder reduziert werden.

Nachfolgend wird rechtliches Grundwissen vermittelt. Im Rahmen des Vortrags kann aus Zeitgründen nur auf einen Ausschnitt der Vertragsgestaltung eingegangen werden.

Cham, den 1. März 2006

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

2. Allgemeines zur Vertragsgestaltung

Sachverständige üben ihre Tätigkeit in verschiedenen Bereichen aus, je nach Auftrag. Hierbei ist zu unterscheiden:

Auftrag des Sachverständigen			
Privatauftrag	Gerichtsauftrag	Behördenauftrag	Überwachungsauftrag
Der Sachverständige wird aufgrund eines Vertrages zwischen Auftraggeber und Sachverständigen tätig. Grundlage der Tätigkeit ist ein Vertrag, Werkvertrag gem. § 631 ff. BGB. Ausnahmen: Dienstvertrag gem. § 611 ff. BGB (Beratung/Betreuung).	Der Sachverständige wird von Gerichten und Staatsanwaltschaften nach den Vorschriften der ZPO oder der StPO hinzugezogen. Grundlage der Tätigkeit ist kein Vertrag sondern prozessrechtliche und öffentlich rechtliche Vorschriften.	Der Sachverständige wird von einer Behörde verpflichtet, einen entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln. Grundlage der Tätigkeit ist kein Vertrag, sondern das VwVfG.	Der Sachverständige übt hoheitliche Befugnisse aus im Rahmen der technischen Überwachung. Grundlage der Tätigkeit ist kein Vertrag, sondern ein Gesetz bzw. eine Verordnung dem Sachverständigen einen Auftrag zu erteilen.

Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist lediglich die Tätigkeit des Sachverständigen im **Privatauftrag**.

Im Gegensatz zu den anderen Tätigkeiten des Sachverständigen ist der Abschluss eines Vertrages Grundvoraussetzung für die Tätigkeit.

Die private Sachverständigentätigkeit unterscheidet sich von der Tätigkeit für Gerichte, Behörden durch die **unterschiedlichen Rechtsgrundlagen**.

- Das Rechtsverhältnis zwischen privatem Auftraggeber und dem Sachverständigen ist dem Privatrecht zuzuordnen und nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu beurteilen.
- Die Rechtsgrundlage für die gerichtliche Tätigkeit der Sachverständigen bilden öffentlich rechtliche Vorschriften, nämlich die jeweils einschlägigen Verfahrensordnungen (ZPO und StPO).
- Die Rechtsgrundlage für die behördliche Tätigkeit des Sachverständigen richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG).

Bei einem Privatgutachten ist der Sachverständige in seiner Entscheidung, ob er einen Auftrag übernehmen will, frei. Es gilt der Grundsatz der **Abschlussfreiheit**. Dies gilt auch für öffentlich bestellte Sachverständige, da trotz Satzungsregelungen der IHK und der Handwerkskammer kein Zwang zum Vertragsabschluss besteht (kein Kontrahierungszwang).

Der Sachverständige hat grundsätzlich **Vertragsgestaltungsfreiheit**. Dabei sind zwischen den Vertragsparteien eine Fülle von Punkten zu regeln, weshalb auch im Sachverständigenbereich Standardverträge oder standardisierte Formulierungen in Verträgen unverzichtbar sind.

Beim Vertragsabschluss zwischen dem Sachverständigen und dem Auftraggeber bestehen keine Besonderheiten. Dies bedeutet, es gelten die Grundsätze des Allgemeinen Vertragsrechts, hier vor allem die Regelungen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) nach den §§ 1 bis 240 BGB und die Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse in den §§ 241 bis 432 BGB.

Grundlage jeder der genannten Beziehungen ist ein mit Willen der Beteiligten begründetes Schuldverhältnis, der „**Vertrag**“. Im Vertrag regeln die Beteiligten als „Vertragspartner“ ihre Rechte und Pflichten.

Kenntnisse der Allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts sind für den Sachverständigen unabdingbar.

HINWEIS:

Eine häufige Fehlerquelle ist der Irrglaube, dass nur schriftliche Vereinbarungen wirksam sind, mündliche dagegen nicht bindend seien.

Sachverständige dürfen nicht die Frage, ob ein Vertrag geschlossen wurde, mit der Frage nach der Form des Vertrages verwechseln.

Grundsätzlich sind Verträge formlos wirksam, sei es dass diese mündlich, per Telefon, per Telefax oder per E-Mail geschlossen werden. Es gilt der Grundsatz:

Vertrag ist Vertrag

Eine andere Frage ist es, ob dieser Vertrag einer bestimmten Form bedarf. Es gilt im BGB der Grundsatz der Formfreiheit. Hiervon gibt es aber auch Ausnahmen, die teils durch die Parteien selbst getroffen werden können (gewillkürte Schriftform) aber auch vom Gesetz vorgegeben sein können (z.B. notarielle Beurkundung).

Vertragsabschluss, Angebot und Annahme

Ein Sachverständigenvertrag kommt, wie jeder andere Vertrag, dadurch zustande, dass von den Vertragsschließenden **inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen** abgegeben werden. Diese Erklärungen können nach entsprechenden Vorverhandlungen gleichzeitig abgegeben werden oder aber auch zeitlich gestaffelt erfolgen. Die von den Vertragsparteien abzugebenden und auch empfangsbedürftigen übereinstimmenden Willenserklärungen heißen „**Angebot**“ und „**Annahme**“.

Angebot

Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages ist das Angebot. Mit dem Angebot gibt der Anbietende kund, dass er Willens ist, einen Vertrag abzuschließen und damit auch für sich selbst Pflichten zu übernehmen.

MERKE:

Der Sachverständige muss sich bewusst sein, dass er am Rechtsverkehr teilnimmt. Erklärungen die er abgibt, gleichgültig gegenüber welcher Person und in welchem Medium (im Gespräch, Telefonat, E-Mail, etc.) muss er sich darüber bewusst sein, hiermit bindende Erklärungen abzugeben, die ein Vertragspartner annehmen kann.

Angebotsbindung

Wer einem anderen ein Angebot unterbreitet, muss sich darüber bewusst sein, dass damit für ihn eine **Bindung** an sein eigenes Angebot eintritt. Dies bedeutet, dass er nicht mehr einseitig von seinem Angebot abrücken kann, § 145 BGB.

Es wäre jedoch unerträglich, würde die Bindung an das Angebot „ewige Zeiten“ andauern. Die Bindung an den Antrag **erlischt** durch Ablehnung, Fristablauf oder Widerruf eines nicht bindenden Angebots, § 146 BGB.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Anbietende sein Angebot mit Klauseln wie „freibleibend“ oder „ohne Obligo“ versehen hat. In diesem Fall besteht keine Bindung.

MERKE:

Der Sachverständige muss Angebote mit den genannten Klauseln versehen, wenn er noch kein bindendes Angebot abgeben möchte.

Annahmefrist

Hat der Anbietende eine **Frist bestimmt**, so kann das Angebot

- nur innerhalb dieser Frist angenommen werden, § 148 BGB.

Hat der Anbietende **keine Frist bestimmt**, so kann das Angebot

- unter Anwesenden nur sofort,
- unter Abwesenden bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Antragende unter „regelmäßigen Umständen“ den Eingang der Antwort erwarten darf,

angenommen werden.

MERKE:

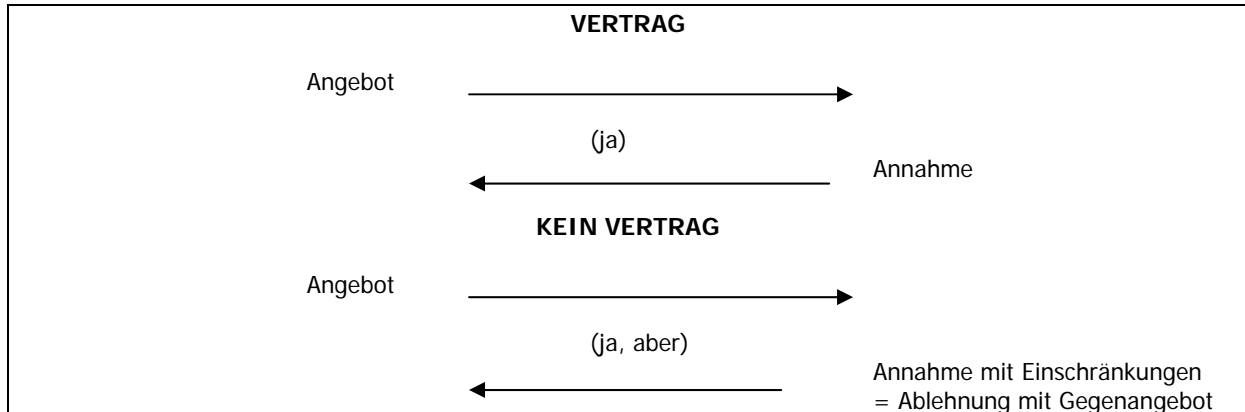
Der Sachverständige sollte, wenn er Planungssicherheit möchte, das Angebot befristen (*z.B. an dieses Angebot sind wir bis zum 01.03.2006 gebunden*). Er gewinnt dadurch Planungssicherheit und weiß, wie er disponieren muss. Wird keine Frist für ein konkretes Angebot bestimmt, ist im Einzelfall unklar, was ein Gericht später unter „regelmäßigen Umständen“ versteht.

Verspätete oder abgeänderte Annahme (neues Angebot)

Wird ein Angebot verspätet oder mit Änderungen angenommen, so gilt dieses nach § 150 BGB als Ablehnung des ersten Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag (Angebot). Es bedarf dann einer Gegenerklärung des anderen Vertragspartners (Annahmeerklärung), wenn ein wirksamer Vertrag zustande kommen soll.

Die Annahme muss, um einen Vertragsabschluss herbeiführen zu können, nicht nur rechtzeitig erklärt werden, sie muss auch in einer **schlichten Bejahung** des Angebots bestehen und darf keine Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthalten.

Eine Annahme, die vom Angebot abweicht und nicht nur eine ungeteilte Zustimmung zum Angebot enthält, nennt man eine „**modifizierte**“ Annahme bzw. „**modifizierte**“ Auftragsbestätigung. Ihr Inhalt ist nicht ein „**Ja**“ sondern ein „**Ja, aber**“. Rechtlich ist ein „**Ja, aber**“ in Wahrheit ein „**Nein**“. Eine modifizierte Annahme führt nicht zum Vertragsschluss, sie gilt lediglich als eine Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Angebot.



Beispiel:

Der Vertragspartner schreibt an den anbietenden Sachverständigen:
Hiermit erteile ich Ihnen den Auftrag, abweichend wünsche ich zusätzlich die Begutachtung des Feuchtigkeitseintritts am Balkon.
Der Vertrag ist nicht zustande gekommen, die Annahmeerklärung enthält Änderungen. Es bedarf deshalb einer Gegenerklärung (Annahme) des ursprünglich anbietenden Sachverständigen.

Schweigen im Rechtsverkehr

Schweigen hat im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Bedeutung, selbst dann nicht, wenn ein Angebot die ausdrückliche Aufforderung enthält, die Ablehnung mitzuteilen oder mit Erklärungen verbunden ist, dass ein Schweigen als Annahme gilt.

Schweigen kann im Ausnahmefall eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten sein, soweit eine Erklärungspflicht hinsichtlich der Ablehnung besteht. Schweigen ist also nur **im Ausnahmefall** eine Erklärung.

Derartige Ausnahmefälle können sein, wenn die Parteien es ausdrücklich vereinbaren, dass ein Schweigen einen bestimmten Erklärungswert beispielsweise eine Annahme bedeutet oder das Gesetz selbst dem Schweigen eine Erklärungswirkung beimisst.

Der Sachverständige muss zumindest einen weiteren wichtigen Ausnahmefall unbedingt kennen, das sogenannte „Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben“.

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist der wichtigste Fall in der Rechtspraxis, indem Schweigen auf ein Schreiben des Vertragspartners Zustimmung bedeutet.

Damit die Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens eintreten, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

Voraussetzungen:

- Bezugnahme auf vorausgegangene Verhandlungen,
- zeitnahe Bestätigung,
- inhaltliche Richtigkeit,
- Empfänger ist Kaufmann oder nimmt ähnlich einem Kaufmann in größerem Umfang am Geschäftsleben teil
- Absender nimmt zumindest wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teil.

Widerspricht der Empfänger dem Schreiben nicht unverzüglich, so gilt der Vertrag als mit dem Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zustande gekommen!

Gleichgültig ist, wie das Schreiben bezeichnet ist. Es spielt keine Rolle, ob das Schreiben als Bestätigungsschreiben oder Auftragsbestätigung formuliert wird. Maßgeblich sind die Umstände und der tatsächliche Inhalt.

Achtung Abgrenzung:

Ein echtes kaufmännisches Bestätigungsschreiben liegt nur vor, wenn der Erklärende von einem Vertragsschluss ausgegangen ist. Es reicht nicht aus, dass eine bloße Auftragsbestätigung gemeint ist, das selbst erst dem Vertragsschluss dienen soll.

Zudem liegt ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nur dann vor, wenn der Absender selbst redlich ist, also den wirklichen Inhalt der Vertragsverhandlungen wiedergibt oder nur solche Änderungen und Ergänzungen vornimmt, mit deren Billigung er rechnen kann.

Sind die vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllt, so gilt der Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens als richtig, es sei denn,

- der Empfänger widerspricht unverzüglich, wobei unter unverzüglich in der Regel eine Frist von 1 bis 2 Tagen angesehen wird, eine Frist von 1 Woche wurde vom BGH bereits als verspätet angesehen oder
- der Inhalt des Bestätigungsschreibens weicht so erheblich von dem mündlich besprochenen ab, dass der Bestätigende mit einer Billigung vernünftigerweise nicht mehr rechnen kann.

HINWEIS:

Der Sachverständige soll vorsorglich unverzüglich einem derartigen Schreiben widersprechen, wenn es vom tatsächlichen Vertragsinhalt abweicht, da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen ist.

Der Sachverständige setzt sich erheblichen Beweisproblemen aus, wenn er nachweisen muss, dass der Inhalt des Bestätigungsschreibens vom zuvor besprochenen mündlichen Vertragsinhalt abweicht.

Damit allerdings der Vertragsinhalt für die Parteien des Vertrages vom Beginn einer Tätigkeit bis zu deren Abschluss jederzeit für beide Vertragsparteien beweisbar ist, empfiehlt sich für die Praxis ohne jegliche Einschränkung und ausnahmslos der schriftliche Abschluss eines solchen Sachverständigenvertrages. Diese Empfehlung gilt grundsätzlich auch für etwaige während der Abwicklung eines Vertrages getroffenen Ergänzungen oder Änderungen, da gerade diese äußerst streitträchtig sind.

Meist werden Verträge von einer Vertragspartei (der wirtschaftlich stärkeren) vorgegeben. Es stellt bereits einen Vorteil dar, wenn man die sog. „Entwurfsregie“ inne hat, d.h. durch taktisches Verhandeln und Vorlage eines Vertragsentwurfs die Leitlinien für den Sachverständigenvertrag gibt.

2.1. Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen/Individualvereinbarungen

Bei der Vertragsgestaltung ist die Kenntnis der Unterscheidung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Individualvereinbarungen unverzichtbares Grundwissen. Ohne Kenntnis dieser Begriffe kann keine sinnvolle Vertragsgestaltung vorgenommen werden. Es gilt der Grundsatz der Privatautonomie, das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich frei sind, Vereinbarungen jedweder Art und gegebenenfalls auch mit großen wirtschaftlichen Nachteilen für eine Vertragspartei zu treffen, dieser Grundsatz wird aber eingeschränkt.

Für **Individualvereinbarungen** bestehen nur ausnahmsweise Unwirksamkeitsgründe wie z.B.:

- Verträge, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen (§ 134 BGB)
- Wucher oder wucherähnliche Geschäfte (§ 137 BGB)
- sittenwidrige Verträge (§ 138 BGB)
- formunwirksame Verträge, in denen also die Schriftform oder die notarielle Form vorgeschrieben ist (z.B. Grundstückskauf, §§ 311b, 125 BGB)

Für **Allgemeine Geschäftsbedingungen** bestehen zusätzliche Unwirksamkeitsgründe, wie z.B.:

- die gesetzlichen Unwirksamkeitsgründe bei Individualvereinbarungen (siehe oben)
- AGB-Kontrolle: keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (Oberbegriff mit folgenden Unterfällen, § 307 Abs. 1 BGB):
 - a) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzgrundgedanken, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
 - b) Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB
 - c) Fehlende Transparenz; § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB
 - d) Kataloge unwirksamer Klauseln §§ 308, 309 BGB

Dieser kurzen vorstehenden Aufstellung ist zu entnehmen, dass die Grenzen der Vertragsgestaltung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehr viel enger gezogen sind als bei Individualvereinbarungen. Nur im Ausnahmefall liegen bei letzteren Unwirksamkeiten vor.

Da in der Vertragspraxis Allgemeine Geschäftsbedingungen die Regel und Individualvereinbarungen die Ausnahme sind, gilt es, hier Grundwissen zu haben.

2.1.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Im Wirtschaftsleben spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen eine große Rolle.

Ohne AGB gilt das Gesetz.

Im Grunde genommen ist der Verzicht auf AGB's nicht dramatisch, denn dafür hat das Gesetz Vertragstypen vorgesehen. Man kann also auch ohne AGB's leben. Ob dies sinnvoll ist, ist wiederum eine andere Frage.

Sinn und Zweck von AGB

AGB's sollen dessen Verwender schützen und ihm faire vertragliche Grundlagen für Geschäftsbeziehungen sichern. Folgende Vorteile lassen sich erkennen:

- Rationalisierungseffekt

Der Sachverständige, der viele gleichartige Geschäfte abschließt, muss nicht in jedem Fall einen neuen Vertrag aushandeln, sondern kann ein für ihn günstiges, diese wiederkehrenden Fälle behandelndes Vertragsmuster entwerfen lassen.

- Komplettheit

AGB´s stellen sicher, dass wichtige Regelungsbereiche durch den Sachverständigen nicht bei einzelnen Verträgen vergessen werden. Da sie einseitig vom Verwender dem anderen Partner gestellt werden, begünstigen sie meistens den Verwender.

Die Möglichkeit eigene AGB´s durchzusetzen, hängt von der eigenen wirtschaftlichen Marktstärke ab.

- Aktualisierung

Vereinheitlichte AGB´s ermöglichen eine schnelle Anpassung an sich ständig ändernde rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen und sind ein Beitrag zur Kalkulation von Geschäftsrisiken.

- Schutzfunktion

Es wird sichergestellt, dass keine unüberschaubaren Geschäftsrisiken entstehen bzw. dass etwaige AGB´s des Vertragspartners zumindest „neutralisiert“ werden. Verweisen beide Vertragspartner auf ihre eigenen AGB´s, so gelten diesbezüglich nur die übereinstimmenden Formulierungen, im übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen.

Eine **Definition**, wann Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rechtssinn vorliegen, enthält § 305 Abs. 1 BGB:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

Gemäß der Definition ist es gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. So können selbst mündliche Vereinbarungen AGB-Charakter haben.

MERKE:

Entgegen dieser Definition wird umgangssprachlich unter AGB´s oft das „Kleingedruckte“ verstanden, das sich auf der Rückseite von Verträgen, aber auch auf Rechnungen und Lieferscheinen (zur Unwirksamkeit vgl. unten) findet. Der Begriff Allgemeine Geschäftsbedingungen hat nichts mit der Druckgröße zu tun. Auch Musterverträge oder im Schreibwarenladen erhältliche Formularverträge oder selbstentwickelte mehrfacheingesetzte Verträge sind Allgemeine Geschäftsbedingungen!

2.1.2. Individualvereinbarungen

Nach § 305 Abs. 2 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen **ausgehandelt** sind. Dabei haben Individualvereinbarungen Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Ein Aushandeln setzt voraus, dass der Verwender den von ihm vorformulierten bzw. genutzten Text ernsthaft zur Disposition gestellt hat und dem anderen Vertragspartner eine reale Gestaltungsfreiheit der Klausel zur Wahrung eigener Rechte eingeräumt hat.

MERKE:

Aushandeln ist folglich mehr als Verhandeln.

Dieser Anforderung hielt kaum noch eine Vereinbarung vor dem BGH stand. Es genügt eben nicht, dass der die Vertragsklauseln verwendende Auftraggeber den Auftragnehmer vor die Wahl gestellt hat, den Vertrag entweder zu den Bedingungen anzunehmen oder von ihm wieder Abstand zu nehmen. Es genügt auch nicht, wenn der Verwender den Inhalt der Vertragsklauseln erläutert und erörtert, selbst wenn dies den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. Vielmehr muss der Verwender dann zweifelsfrei und ernsthaft zum Ausdruck bringen, dass er auch zur Änderung seiner Bedingungen bereit ist. Ohne eine tatsächliche Abänderung der Bedingungen – hierbei ist jede Vertragsklausel gesondert zu untersuchen – lässt sich ein Aushandeln im Nachhinein kaum darlegen und beweisen.

Versuche, dies durch Bestimmungen im Vertrag zu umgehen, wurden von der Rechtsprechung stets abgelehnt.

Beispiel:

Die vorstehenden Bedingungen sind im einzelnen ausgehandelt oder die vorstehenden Bedingungen sind Individualvereinbarungen.

Der BGH hat solche Klauseln in Verträgen für AGB-widrig erklärt. Sie dient zur Umgehung der inhaltlichen Anforderungen; vgl. § 306a BGB.

Auch die Auswahlmöglichkeiten in einen vorformulierten Angebot zwischen zwei verschiedenen Formen der Auftragsdurchführung, stellen noch kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen dar.

Nicht selten findet man in formularmäßigen Ausschreibungstexten oder im sogenannten Verhandlungsprotokoll den ursprünglichen Ausschreibungstext ändernde oder ergänzende Regelungen und vorformulierte Textteile, die hand- oder maschinenschriftlich zu ergänzen sind. Soweit der Text der Ergänzungen vom Verwender der im übrigen formularmäßigen Texte stammt und lediglich mit dem Vertragspartner durchgesprochen wird, ohne dass dieser auf den Inhalt Einfluss nehmen kann, bleiben diese so ergänzten Texte Allgemeine Geschäftsbedingungen¹.

¹ BGH NJW 1985, 57

Sofern die textliche Ergänzung vom Vertragspartner stammt unterscheidet die Rechtsprechung bei noch auszufüllenden Lücken danach, ob durch die Ergänzung der wesentliche Inhalt der Klausel (erst) bestimmt wird – dann Individualvereinbarung – oder ob es sich nur um eine unselbständige Ergänzung der Klausel handelt – dann bleibt es bei der Allgemeinen Geschäftsbedingung².

MERKE:

Bei Verhandlungsprotokollen oder Verträgen, die handschriftlich während der Vertragsverhandlung ausgefüllt werden, gilt trotz des Anscheins einer individuellen Vereinbarung:

- Handelt es sich um eine sogenannte unselbständige Ergänzung, die an dem schon vorgedruckten unwirksamen Text nichts ändert, ist die Klausel ohne weiteres unwirksam³.
- Handelt es sich um eine sogenannte selbständige Ergänzung (z.B. Höhe der Vertragsstrafe / Verzugstag) ist die Klausel dennoch als AGB einzustufen, wenn die Ausfüllung durch den Verwender mehrfach in gleicher Weise – etwa nach einem vorgefertigten eigenen Muster – vorgenommen wird⁴ und dem anderen Teil keine reelle Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird⁵. Dies gilt umso mehr, wenn ein Mitarbeiter des Verwenders vor der Vertragsverhandlung bereits handschriftliche Ergänzungen/Eintragungen vorgenommen hat.

Sofern vom Verwender Wahlmöglichkeiten vorgegeben sind, kann von einer Individualvereinbarung nur dann gesprochen werden, wenn der Vertragspartner eine freie und unbeeinflusste Wahlmöglichkeit hatte, was nur dann angenommen werden kann, wenn sich der Vertragspartner nicht für eine der vom Verwender vorgegebenen Möglichkeiten, sondern eine echte eigene Alternative entscheidet.

Hat der Vertragspartner nur die Wahl zwischen vorgegebenen Möglichkeiten oder sind die vom Verwender vorgegebenen Alternativen besonders in den Vordergrund gestellt, bleibt es bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz Auswahl durch den Vertragspartner⁶.

2.1.3. Rechtsfolgen

Die Ausführungen zeigen, dass nur in seltensten Fällen tatsächlich Individualvereinbarungen vorliegen. Viele der in der Praxis in Verträgen eingesetzten Klauseln hören sich schön an, sind aber unwirksam. Bei der Vertragsgestaltung sollte daher, wenn nicht eine Individualvereinbarung möglich ist, der Bogen nicht überspannt werden.

Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB hat folgende Folgen:

Die betreffende Bestimmung ist unwirksam; es gilt das Gesetz.

² OLG Karlsruhe IBR 1996, 368

³ BGHZ 102, 152, 158

⁴ BGH NJW 1999, 2180; OLG Nürnberg, BB 1988, 1307;

⁵ BGH NJW 1992, 504

⁶ BGH NJW 1983, 816

Trotz dieser klaren Rechtsfolge werden in der Baupraxis selbst von Rechtsanwälten und Gerichten zwei wichtige Grundsätze missachtet:

1. Grundsatz:

Die AGB-Bestimmungen des BGB schützen nur den Vertragspartner des Verwenders. Dies bedeutet, dass alle Regelungen, welche zu Lasten des Verwenders gehen, nicht nach den AGB-Bestimmungen des BGB überprüft werden. Er kann sich folglich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen⁷.

2. Grundsatz:

Maßstab für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ist das dispositive Gesetzesrecht, also insbesondere das BGB. Kein Maßstab sind andere Vertragsbedingungen, etwa am Bau die VOB/B oder die VOB/C. Dies wird oft verkannt.

HINWEIS:

Ein häufig verbreiteter Irrtum in der Vertragspraxis ist es, dass unwirksame Klauseln auf einen wirksamen Kernbereich reduzierbar sind. Die Klausel ist unwirksam und bleibt auch nicht im reduzierten Umfang aufrechterhalten.

Beispiel:

Eine Haftungsbeschränkungsklausel enthält einen formularmäßigen Ausschluss für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dies verstößt gegen § 309 Nr. 7a BGB, der einen Haftungsausschluss über Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hinaus als unwirksam ansieht. Damit ist die gesamte einschränkende Haftungsklausel unwirksam, da keine Reduzierung auf die gerade noch zulässige Beschränkung, d.h. Ausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, stattfindet. Der Verwender haftet für jegliches Verschulden, somit Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Eine Reduzierung auf einen gerade noch wirksamen Kerngehalt hätte nämlich zur Folge, dass die Gerichte bei unwirksamen Klauseln in jedem Einzelfall rechtsgestaltend das gerade noch zulässige feststellen müssten, das aufrechtzuerhalten wäre. Es gibt keine „**geltungserhaltende Reduktion**“.

MERKE:

Bei der Vertragsgestaltung darf der Sachverständige **nicht über „das Ziel hinausschießen**“, da er ansonsten auf die meist nachteilige gesetzliche Regelung zurückgeworfen wird. Sofern er die Grenzen beachtet, kann er dagegen entsprechende Verbesserungen gegenüber der gesetzlichen Lage erreichen. Vertragsgestaltung ist daher eine Gradwanderung, die mehr als nur Grundwissen im Recht erfordert. Zudem ist zu beachten, dass das Recht sich fortentwickelt, einerseits durch neue oder geänderte Gesetze, andererseits durch neue oder geänderte Rechtssprechung.

Ebenfalls untauglich sind Versuche in Verträgen, im Fall einer Unwirksamkeit die entsprechende Regelung durch eine andere zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Derartige Klauseln werden als „**salvatorische Klauseln**“ bezeichnet.

⁷ BGH IBR 1998, 155

Beispiel:

Eine unwirksame Bedingung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.

Derartige Klauseln, die häufig in Verträgen anzutreffen sind, sind wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot unwirksam. Der Vertragsinhalt ist völlig unklar. Dies gilt auch für Einschränkungen „soweit gesetzlich zulässig“⁸.

2.1.4. Taktische Überlegungen

Da insoweit Vordrucke, Textbausteine bzw. Verhandlungsprotokolle sowie salvatorische Klauseln keine Lösung darstellen, bleibt den Vertragsparteien nur die Möglichkeit durch taktisches Verhandeln möglichst viele Bereiche des Vertrages in eine Individualvereinbarung zu erheben.

Der Sachverständige sollte zumindest versuchen, die rechtliche Haltbarkeit einzelner kritischer Klauseln, insbesondere in **Schlüsselbereichen** des Vertrags z.B. Leistungsbeschreibung, Abnahme, Haftung, Mängelrechte, durch „**Aushandeln**“ zu erhöhen.

Selbst wenn im Einzelfall aus der Formulklausel im Vertrag keine Individualvereinbarung wird, stärkt dies zumindest im Streitfall sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich die Verhandlungsposition gegenüber dem Vertragspartner. Es liegen dann **schriftliche Belege** vor, dass man dem Vertragspartner nicht einfach den Vertrag unterschriftsreif vorgelegt hat (= AGB), sondern dieser das Ergebnis einer eingehenden gemeinsamen Verhandlung ist (= Individualvereinbarung).

Möglichkeiten (alternativ oder kumulativ einsetzbar):

- Verhandlungsprotokoll umfassend verfassen, d.h. kein bloßes Ergebnisprotokoll sondern ein Verlaufsprotokoll erstellen. Verlaufsprotokoll bedeutet, dass handschriftlich die inhaltlichen Verhandlungen (Geben und Nehmen) zumindest in den Schlüsselbereichen wiedergegeben werden.
- Begleitschreiben zu Vertrag bzw. bei Einladung zum Verhandlungstermin Zusatz aufnehmen, dass man bereit ist, Klauseln zur Disposition zu stellen.
- Formulklauseln des Vertrages tatsächlich abändern (insbesondere handschriftlich mit Unterschriftsbestätigung beider Seiten)
- Bestätigungsschreiben des Vertragspartners provozieren (Akzeptanz von Vertragsklauseln gegen Zustimmung einer bestimmten Vergütung)
- Bestätigungsschreiben über Telefonate, Besprechungen an Vertragspartner schicken, wobei nicht nur Ergebnis sondern auch Inhalt der Verhandlungen (Geben und Nehmen) wiedergegeben wird.
- Bei eigener starker Verhandlungsposition Vertragspartner bewusst Vertrag mit Lücken überlassen, damit dieser sie selbst ergänzt. Im Anschluss diese Ergänzungen nicht akzeptieren und Verhandlungen beginnen mit dem Ziel, das ursprüngliche Ergebnis einzusetzen.

⁸ BGH v. 26.06.1991 und BGH v. 24.09.2002

Diese Vorschläge stellen keine Garantie dar, dass ein Gericht im konkreten Einzelfall tatsächlich von ausgehandelten Klauseln ausgeht, allerdings wird die Wahrscheinlichkeit, dass eine Individualvereinbarung angenommen wird, erhöht. Zumindest wird aber die Verhandlungsposition des Sachverständigen im Streitfall gestärkt.

2.2. Bedeutung einer Struktur des Sachverständigenvertrages

Der Sachverständige sollte eine eigene Struktur des Sachverständigenvertrages entwickeln und den Bearbeitungsstand jeweils anpassen.

2.2.1. Struktur des Sachverständigenvertrages

Der Sachverständige sollte die „Struktur“ des eigenen Sachverständigenvertrages möglichst nicht ändern.

Struktur des Vertrages bedeutet, dass immer am gleichen Ort immer das gleiche geregelt wird.

Beispiel:

In Ziff. 2 des Sachverständigenvertrages ist beispielsweise der Gegenstand und der Umfang der Tätigkeit festgelegt, in Ziff. 3 der Zweck der Sachverständigentätigkeit, etc.

Vorteil:

- Schnelles Auffinden von Regelungen möglich, unabhängig von Gutachterauftrag und Vertragspartei, ohne dass bei jedem Problem der gesamte Vertrag gelesen werden muss.
- Schnellere Beratung und Betreuung von außen, unabhängig vom Gutachterauftrag und Vertragspartner durch Rechtsanwalt/Steuerberater, der mit Struktur vertraut ist.

Sofern im Verlauf einer Vertragsverhandlung Ergänzungen notwendig sind, sollte besser Einschübe mit Unterziffern erfolgen also z. B. zwischen Ziff. 2 und 3 eine neue Ziff. 2a.

Vorteil:

- Schnelles Auffinden von Sondervereinbarungen
- Keine Gefahr von Falsch-/Blindverweisen, da häufig innerhalb eines Vertrages und im Schriftverkehr auf Ziff. Bezug genommen wird.
- Werden Einschübe vorgenommen und die folgende Nummerierung verändert, drohen falsche Verweise.

Eine einfache Grundstruktur für einen Sachverständigenvertrag könnte etwa wie folgt aussehen:

GRUNDSTRUKTUR SACHVERSTÄNDIGENVERTRAG:

Auftraggeber

Auftragnehmer (Sachverständiger)

Präambel/Vorbemerkung:

§ 1 Gegenstand der Sachverständigentätigkeit

§ 2 Zweck der Sachverständigentätigkeit

§ 3 Unterlagen des Auftraggebers

§ 4 Mitwirkungspflicht des Auftraggebers

§ 5 Mitwirkung fachlicher Hilfskräfte

§ 6 Urheberrecht und Nutzungsrecht

§ 7 Honorar

§ 8 Fälligkeit des Honorars

§ 9 Ausführungsfristen

§ 10 Haftung

§ 11 Kündigung

§ 12 Zurückbehaltungsrecht

§ 13 Aufrechnung

§ 14 Sonstige Bestimmungen

Unterschriften

2.2.2. Bearbeitungsstand

Der Bearbeitungsstand des Sachverständigenvertrages sollte im Vertrag selbst oder zumindest intern festgehalten werden, um genau zuordnen zu können, welcher Bearbeitungsstand der Vertrag für den konkreten Privatauftrag hat. Gesetzesänderungen, neue AGB`s oder geänderte Rechtsprechung führen zwangsläufig zu einer Anpassung des Bauvertrages.

Vorteil:

- Altersklasse des Vertrages, damit Stand der Vertragsbedingungen schnell erfassbar.
- Anpassungsbedarf schnell erkennbar, wenn z.B. nachträglich Lücken oder Fehler im Vertrag erkannt werden, können die Problemverträge intern schneller erfasst werden.

2.3. Grundregeln der Vertragsgestaltung

Einige Grundregeln der Vertragsgestaltung, sowohl bei Individualvereinbarung als auch bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, werden in der Praxis häufig nicht beherzigt. Es ist den Beteiligten zu empfehlen, die Leistung konkret im Sachverständigenvertrag festzulegen. Es gilt eine Reihe von allgemeinen Punkten zu beachten, um sich nicht den Auslegungszwängen Dritter, insbesondere Gerichte, auszusetzen:

MERKE:

1. Grundsatz der *Eindeutigkeit*.

Dies gilt insbesondere bei Festlegung des Gegenstandes und des Umfangs der Sachverständigentätigkeit (= Auftrag).

2. Grundsatz der *Beweisbarkeit*

Leistung schriftlich festlegen, Vermeidung mündlicher Abreden über den Leistungsinhalt.

3. Grundsatz der *geordneten Dokumentation*

Geordnete Zusammenstellung des Vertragswerks. Sofern auf Anlagen verwiesen wird, diese genau bezeichnen und dem Sachverständigenvertrag beifügen.

4. Grundsatz der *Klarheit*

Widersprüchlichkeiten innerhalb des Vertragswerks und dessen Anlagen vermeiden. Gegebenenfalls eine Reihenfolge der Geltung festlegen, welche Unterlagen Vorrang haben.

2.4. Einsatz Allgemeine Geschäftsbedingungen

Sofern der Sachverständige auf den Einsatz Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) nicht verzichten kann oder will, gilt es über die allgemeinen Grundsätze der Vertragsgestaltung hinaus eine Reihe von Punkten zu beachten, die AGB´s spezifisch betreffen.

2.4.1. Wirksame Einbeziehung von AGB´s

Es klingt fast selbstverständlich, aber AGB müssen auch wirksam **einbezogen** werden. Die Praxis zeigt hier viele Fehlerquellen, da viele Sachverständige, aber auch schon länger am Markt tätige sog. „alte Hasen“, leider ihre sorgfältig gestellten AGB´s in der konkreten Vertragsbeziehung mit dem Kunden nicht wirksam einbeziehen.

Die AGB müssen **bei Vertragsabschluss** Bestandteil des Vertrages werden.

Falls der Hinweis auf die AGB´s **erst nach Vertragsabschluss** (beispielsweise auf Rechnungen oder bei Gutachtenabgabe, wie in der Praxis häufig zu finden) enthalten ist, werden die AGB **nicht Bestandteil des Vertrages**.

Darüber hinaus muss der Vertragspartner die **Möglichkeit haben**, in zumutbarer Weise **vom Inhalt der AGB Kenntnis** zu nehmen.

Deshalb sind bei **Vertragsschluss unter Anwesenden** die AGB vorzulegen oder zumindest die **Vorlage anzubieten**, oder, falls ein ausdrücklicher Hinweis erfolgt, die AGB zur Einsicht auszuhängen oder auszulegen.

Bei **Vertragsschluss unter Abwesenden** müssen die AGB grundsätzlich **mit dem Angebot übersandt** werden. Die AGB können jedoch **auch im Katalog oder Prospekt** abgedruckt sein, **falls** ein entsprechender Hinweis im Angebot erfolgt.

Bei der Einbeziehung gegenüber **Unternehmer** genügt **ein bloßer Hinweis des Verwenders** auf seine AGB, falls der Vertragspartner der Einbeziehung nicht widerspricht. Auch hier gilt, dass der Hinweis bei Vertragsschluss oder vorher erfolgen muss und nicht erst nachträglich auf irgendwie gearteten Rechnungen oder Lieferscheinen erscheinen. Darüber hinaus sind auf Verlangen die AGB´s zu übersenden.

Im **Internet** muss die Kenntnisnahme so gelöst werden, dass die AGB´s sich in einem Fenster öffnen und wegzuklicken sind und ein Kunde die Kenntnisnahme durch klicken eines Buttons (Häkchen) bestätigen muss.

MERKE:

Der Sachverständige muss AGB´s unbedingt **rechtzeitig** einbeziehen. Die besten AGB´s nützen nichts, wenn sie zu spät gestellt werden.

2.4.2. Auslegung

Individuell getroffene Vereinbarungen haben **Vorrang** vor den vorformulierten Vertragsklauseln. Unklarheiten gehen bei AGB´s **zu Lasten des Verwenders**, können sogar zur Unwirksamkeit der ganzen Klauseln führen.

2.4.3. Inhalt von AGB´s

Übersicht:

Inhalt von AGB	Kein Inhalt von AGB
Vertragsschluss	Konkrete Leistungsbeschreibung
Regelung Zahlung, Fälligkeit, Verzug	Preise
Gewährleistung	Individuelle Abreden
Haftung, Verjährung von Ansprüchen	
Mitwirkungspflichten des Auftraggebers	
Verschwiegenheitsklauseln	
Gerichtsstand, gegebenenfalls Rechtswahl	

Sachverständige sollten in AGB´s keine Preise nennen. Preise können in Preisverzeichnissen aufgenommen werden, die jedoch nicht Teil der AGB´s sind. Dies hat den Vorteil größerer Flexibilität.

Ebenfalls nicht in AGB´s gehören konkrete Bestimmungen zum Leistungsumfang, da diese meist nicht einheitlich sind. Derartiges gehört in ein Angebot oder in eine Vertragsanlage. Individuelle Absprachen widersprechen dem Grundprinzip von AGB´s. Diese gehören in den Vertragstext selbst.

2.4.4. Kontrolle der AGB anhand §§ 305, 310 BGB

Dem Vertragspartner, dem AGB´s gestellt werden, fehlt meist die wirtschaftliche Stärke, einzelne Bestimmungen auszuhandeln und durchzusetzen.

Dem Vertragspartner, der Verbraucher ist, fehlt häufig auch die juristische Kenntnis, um die Rechtsfolgen der einzelnen Klauseln zu erfassen und beurteilen zu können.

Um den schwächeren Vertragspartner zu schützen, ist nicht alles, was in AGB´s steht, tatsächlich auch wirksam. Wird die Grenze des zulässigen überschritten, kippt die ganze Klausel und es gilt nur das Gesetz!

In den §§ 309, 308 BGB sind katalogartig **verbotene Klauseln** aufgeführt.

In § 307 BGB wird dieser Katalog durch Generalklauseln ergänzt.

Beispiel:

In § 309 Nr. 7b BGB ist es beispielsweise unzulässig, die Haftung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auszuschließen. Dies gilt auch für Fälle von Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit.

Gem. § 309 Nr. 8b BGB ist bei Lieferung und Werkverträgen über neu hergestellte Sachen der vollständige Gewährleistungsausschluss in AGB´s unzulässig.

Diese Beispiele wären endlos fortzuführen. Die Rechtsprechung fügt zudem ständig neue Beispiele an, da auch die Kreativität einzelner AGB-Steller sich nicht erschöpft.

Prüfungsfolge AGB´s:

1. Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung, § 305 I BGB
 - Vorformulierung
 - Für eine Vielzahl von Verträgen
 - Keine Individualvereinbarung
2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich, § 310 BGB
3. Einbeziehung, § 305a II, III BGB
 - Hinweis des Verwenders
 - Möglichkeit der Kenntnisnahme
 - Einverständnis des Vertragspartners
 - Überraschende Klauseln, § 305c I BGB
4. Auslegung
 - Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB
 - Unklarheitenregel, § 305c II BGB
5. Inhaltskontrolle
 - Anwendungsklausel, § 310 BGB und § 307 III BGB
 - Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten, § 309 BGB
 - Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit, § 308 BGB
 - Generalklausel, § 307 BGB (erst § 307 II BGB, dann § 307 I BGB)
6. Rechtsfolgen bei nicht einbezogenen oder fehlerhaften AGB, § 306 BGB
7. Umgehungsverbot

2.4.5. Rechtsfolgen unwirksamer AGB´s

An die Stelle unwirksamer AGB´s tritt das Gesetz, wie bereits oben angeführt. Die häufig in Verträgen zu findende Klausel, dass bei Unwirksamkeit eine Klausel gelten soll, die der unwirksamen möglichst nahe kommt, ändert hieran nichts. Dies ist eine unzulässige Umgehung der §§ 305 ff. BGB.

Wer zuviel will, bekommt nichts. Die Gerichte prüfen also nicht, ob die Klausel auf einen noch gerade zulässigen Inhalt reduziert werden kann.

MERKE:

Dem Sachverständigen ist es aber nicht verboten, sich selbst zu benachteiligen. Wer als Verwender zu seinen Lasten vom Gesetz abweicht, ist daran gebunden. Dies gilt selbst dann, wenn die Klausel an sich AGB-widrig wäre. Wer ungeschickt AGB´s verwendet, benachteiligt sich selbst. Dies kostet meist sehr viel Geld. Deshalb ist es sinnvoll, hier einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen.

.....