
Teil I Allgemeiner Teil

1. Welches Ziel verfolgt das Gesetz bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen?

1

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ging ursprünglich davon aus, dass sich beim Abschluss von Verträgen gleichwertige und gleichberechtigte Partner gegenüberstehen, die im Wege individueller Vereinbarungen die für beide Seiten gerechte vertragliche Regelung treffen. Der Gesetzgeber hatte deshalb in der Urfassung des BGB, das am 01. Januar 1900 in Kraft getreten ist, weitgehend darauf verzichtet, die gesetzlichen Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen verbindlich vorzuschreiben. Diese kamen in der ursprünglichen Fassung des BGB überwiegend nur dann zur Anwendung, wenn die Vertragspartner keine abweichenden Vereinbarungen getroffen hatten.

Später hat sich dann jedoch gezeigt, dass dieser vom Gesetzgeber eingeräumte Freiraum zunehmend missbraucht worden ist. Wirtschaftlich und meist auch intellektuell überlegene Vertragspartner gingen nämlich immer mehr dazu über, Verträge nur noch auf der Grundlage ihrer eigenen Vertragsmuster abzuschließen, die weitgehend einseitig zu ihren Gunsten formuliert waren.

Dieses in der Praxis auftretende Ungleichgewicht konnte von der Rechtsordnung auf die Dauer nicht hingenommen werden. Schon im Jahre 1935 begann deshalb eine Diskussion um die Problematik der Verwendung solcher Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Hierbei setzte sich zunehmend die Überzeugung durch, dass die Vertragsfreiheit nicht ohne Beschränkungen ausgeübt werden darf.

Es wurde zwar später im Grundgesetz das Recht auf Vertragsfreiheit ausdrücklich verankert. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) „aber nicht schrankenlos. Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind.“¹⁾

Daraus folgt, dass keiner der Vertragspartner beim Zustandekommen eines Vertrages ein so starkes Übergewicht haben darf, „dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann“ (BGH a. a. O).

Nur wenn ein einigermaßen ausgewogenes Kräfteverhältnis der an einem Vertragsabschluss Beteiligten besteht, wird also der vom Gesetzgeber vorgegebene Rahmen für die Ausübung der Vertragsfreiheit gewahrt.

¹⁾ BGH vom 20. 03. 2014, Az.: VII ZR 248/13.

2

Schon das am 1. April 1977 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) sollte dies sicherstellen.

Mit Wirkung vom 01. 01. 2002 ist das AGB-Gesetz – im Wesentlichen inhaltsgleich – dann in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB, §§ 305 ff.) eingearbeitet worden. Diese gesetzlichen Bestimmungen kommen nur dann nicht zur Anwendung, wenn Vertragsbedingungen durch ein Aushandeln im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB zustande kommen (siehe hierzu Rn. 15).

3

Zu beachten ist allerdings, dass auch individuelle vertragliche Vereinbarungen nur rechtswirksam sind, wenn sie nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen, das die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit einschränkt.

Eine solche Einschränkung stellt beispielsweise das am 29. 07. 2014 in Kraft getretene **„Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“** dar, das für Verträge zur Anwendung kommt, die ab diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind. Diese neue gesetzliche Regelung begrenzt auch **im Rahmen individueller Vereinbarungen** die Möglichkeit, beliebig lange Zahlungs-, Überprüfungs- und Abnahmefristen festzulegen (§§ 271a, 286, 288 BGB).

Hierbei ist zu beachten, dass diese Vorschriften nur dann zur Anwendung kommen, wenn solche Vereinbarungen zwischen **Unternehmen untereinander oder zwischen einem Unternehmen und der öffentlichen Hand**²⁾ geschlossen werden (§ 271a Abs. 5 Nr. 2 BGB). Verträge, an denen ein **Verbraucher** beteiligt ist, sind von dieser neuen gesetzlichen Regelung, die die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug (RL 2011/7EU) in deutsches Recht umsetzt und zu einer besseren Zahlungsdisziplin im Geschäftsverkehr führen soll, **nicht betroffen**.

§ 271a BGB legt fest, dass zwischen Unternehmen individuell vereinbarte Zahlungsfristen von mehr als 60 Tagen nur dann wirksam sind, wenn sie ausdrücklich getroffen und nicht grob unbillig sind (§ 271a Abs. 1 BGB).

Diese Frist halbiert sich, wenn der Vertragspartner des Unternehmens ein **öffentlicher Auftraggeber**³⁾ ist (§ 271a Abs. 2 BGB). Dann ist eine Zahlungsfrist von mehr als 30 Tagen nur wirksam, wenn der Verwender nachweisen kann, dass die Vereinbarung ausdrücklich getroffen wurde und nicht grob unbillig ist.

²⁾ Wer als öffentlicher Auftraggeber gilt, ergibt sich aus § 98 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

³⁾ Siehe auch Fußnote 2.

Da die Zahlungsfälligkeit nicht nur von den vereinbarten **Zahlungsfristen**, sondern auch von den Fristen zur Überprüfung der Schlussrechnung und der vereinbarten Abnahmefrist abhängt, ist in § 271a Abs. 3 BGB zusätzlich geregelt, dass hierfür eine Frist von mehr als 30 Tagen nur wirksam ist, wenn dies ausdrücklich beschlossen wurde und nicht grob unbillig ist.

Diese neuen gesetzlichen Regelungen beschränken also die Vertragspartner auch außerhalb Allgemeiner Geschäftsbedingungen in ihrem Spielraum zur Vertragsgestaltung in einem nicht unerheblichen Umfang. Soweit entsprechende Regelungen in Form Allgemeiner Geschäftsbedingungen getroffen werden, gilt eine abweichende Regelung (siehe insoweit Rn. 77).

2. Welche Bedeutung haben Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Bauwirtschaft?

Obwohl das AGB-Gesetz in seiner ursprünglichen Konzeption ein reines Verbraucherschutzgesetz werden sollte, schloss es in der verabschiedeten Fassung den Schutz aller Vertragspartner der Verwender von AGB-Klauseln (also auch den gewerblichen Geschäftsverkehr) ein.

4

Da Bauverträge fast ausschließlich auf der Grundlage vorformulierter Vertragsmuster abgeschlossen werden, kommt dem gesetzlichen AGB-Recht bei Bauverträgen also große Bedeutung zu.

Nachdem in der Regel die Auftraggeber im Rahmen von Ausschreibungen vorgegebene Vertragsmuster verwenden, führen die gesetzlichen Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen einerseits zu deren Beschränkung bei der Vertragsgestaltung, andererseits zu einem Schutz für ihre Vertragspartner vor unangemessenen Vertragsklauseln.

Gerade bei Bauverträgen hatten die Verwender vorformulierter Vertragsbedingungen häufig die Tendenz verfolgt, sehr einseitige Vorteile aus ihren Vertragsbedingungen zu ziehen.

Interessanterweise zeigte sich hierbei nicht selten, dass Baufirmen, die unter den Vertragsbedingungen ihrer Auftraggeber zu leiden hatten, sich keineswegs anders als diese verhielten, wenn sie bei der Vergabe von Subunternehmerleistungen selbst die Rolle des Auftraggebers übernommen haben.

Die Neigung zum Abschluss einseitiger, unausgewogener Bauverträge hat sich zwar seit Inkrafttreten des AGB-Gesetzes im Jahre 1977 deutlich verbessert, ist jedoch auch heute immer noch anzutreffen.

Das ist eigentlich erstaunlich, da Vertragsklauseln, die gegen das Gesetz verstoßen, auch dann unwirksam sind, wenn sich der Vertragspartner

gar nicht auf deren Unwirksamkeit beruft. Dies gilt selbst dann, wenn dieser die Bedingungen bei Vertragsabschluss sogar ausdrücklich durch seine Unterschrift pauschal akzeptiert hat.⁴⁾

5

Denn unwirksame Klauseln entfallen entweder ersatzlos oder sie werden durch die entsprechende gesetzliche Regelung dann ersetzt, wenn eine solche vorhanden ist (siehe hierzu im Einzelnen Rn. 15).

Im Streitfall hat ein Gericht vorformulierte Vertragsklauseln von Amts wegen auf mögliche unwirksame Regelungen zu überprüfen und dies bei seiner Entscheidung zu beachten.

Deshalb nützen unwirksame Bauvertragsklauseln dem Verwender im Streitfall nichts. Sie können seine Position im Gegenteil sogar deutlich verschlechtern (siehe hierzu Rn. 8).

Nun könnte man meinen, dass gerade die Auftraggeber von Bauleistungen auf eigene Vertragsbedingungen sogar weitgehend verzichten können, da ja die Bauwirtschaft in Form der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) über ein Vertragsmuster verfügt, das – wie der Bundesgerichtshof⁵⁾ zutreffend festgestellt hat – in einigermaßen ausgewogener Weise die Interessen beider Vertragspartner wahrnimmt und darüber hinaus für die Abwicklung von Bauverträgen auch hinreichend praxisgerecht ist.

6

Dies ist darauf zurückzuführen, dass die VOB/B vom DVA⁶⁾, einem mit Auftraggeber- und Auftragnehmer-Vertretern besetzten Gremium, regelmäßig überarbeitet wird. Dieser Ausschuss setzt sich also aus Interessenvertretern beider Seiten zusammen, was dazu führt, dass die VOB/B bei einer Gesamtgegenüberstellung aller Rechte und Pflichten beider Vertragspartner ein vertretbar gerechtes und einigermaßen praktikables Vertragswerk darstellt, wenngleich einige VOB-Klauseln – betrachtet man sie isoliert – gegen gesetzliche AGB-Vorschriften verstoßen (siehe hierzu Rn. 94 ff.)

7

Die VOB/B ist zwar bis heute Bestandteil der überwiegenden Zahl der Bauverträge, doch fast immer wird deren ausgewogener Charakter dadurch aufgehoben oder eingeschränkt, dass VOB-Klauseln ausgeschlossen oder abgeändert werden (welche nachteiligen Konsequenzen dies für den Auftraggeber hat, wird unter Rn. 94 ff. behandelt).

Aufgrund dieser häufig unausgewogenen Vertragsgestaltung lässt sich feststellen, dass der gesetzlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Abwicklung von Bauverträgen nach wie vor große Bedeutung zukommt. Noch immer greift das Gesetz häufig in Bauverträge ein

⁴⁾ OLG Hamm vom 15. 03. 1995, Az.: 17 U 163/93, BauR 97, 645.

⁵⁾ BGH vom 16. 12. 1982, Az.: VII ZR 92/82, BB 83, 599.

⁶⁾ Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen.

und verändert deren Inhalt oft in entscheidender, vom Verwender nicht immer gewünschter Weise.

Hierbei zeigt sich, dass sich die häufigsten Verstöße zunehmend im technischen Teil der meist mehrgliedrigen Vertragsbedingungen befinden, meist in den Vorbemerkungen zu den Leistungsverzeichnissen. Auch diese sind meist standardisiert und stellen deshalb Allgemeine Geschäftsbedingungen dar (siehe Rn. 30). Dies ist häufig auch bei Auftraggebern festzustellen, die ihre sonstigen Vertragsbedingungen an die gesetzlichen Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen angepasst haben. Aber Leistungsverzeichnisse und deren Vorbemerkungen werden oft keiner rechtlichen Prüfung unterzogen, wobei übersehen wird, dass auch technische Bedingungen häufig rechtliche Regelungen enthalten, sodass eine Abstimmung mit den übrigen Vertragsbedingungen erforderlich wäre.

Das kann für den Verwender solcher Bedingungen fatal sein, da sich zwar sein Vertragspartner auf die Unwirksamkeit entsprechender Klauseln berufen kann, nicht jedoch er als Verwender selbst, wenn bestimmte von ihm gestellte Klauseln Regelungen enthalten, die zu seinem eigenen Nachteil sind. Denn das Recht, sich auf unwirksame Vertragsbedingungen berufen zu können, steht ausschließlich dem Vertragspartner des Klausel-Verwenders zu, nicht aber dem Verwender selbst.⁷⁾

3. Was sind Allgemeine Geschäftsbedingungen?

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 BGB alle für eine **Vielzahl** (Rn. 11, 24) von Verträgen **vorformulierten** Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrages **stellt** (siehe Rn. 13, 25). Hierbei kommt es nicht auf die äußere Form an. Auch eine nur mündlich aus dem Gedächtnis zitierte, vielfach verwendete Regelung stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar (BGH vom 10. 03. 1999, Az.: VIII ZR 204/98, BB 99, 976).

Trotzdem kann sich schon aus dem Inhalt oder der äußeren Form von Vertragsbedingungen ein vom Verwender zwar widerlegbarer Anschein dafür ergeben, dass diese Bedingungen für eine Mehrfachverwendung formuliert worden sind.⁸⁾ Siehe hierzu Rn. 74.

Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Verwender die Bedingungen selbst entworfen hat, sondern nur darauf, ob er sich die Bedingungen

⁷⁾ OLG Celle vom 21. 11. 2013, Az.: 2 U 179/13, IBR 2014, 114; BGH vom 04. 12. 1997, Az.: VII ZR 187/96, BB 98, 915.

⁸⁾ BGH vom 20. 10. 2005, Az.: VII ZR 153/04, Baurecht 2006, 374 und BGH vom 24. 11. 2005, Az.: VII ZR 87/04, Baurecht 2006, 514.

als von ihm gestellt zurechnen lassen muss.⁹⁾ Deshalb liegen auch dann AGB vor, wenn Bedingungen von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen formuliert wurden, ein anderer Verwender sie jedoch nur in einem einzigen Fall bei einer Ausschreibung verwendet.¹⁰⁾

10

Bei sogen. **Verbraucherverträgen**, bei denen ein Unternehmer (§ 14 BGB) vorformulierte Vertragsbedingungen gegenüber einem „Verbraucher“ (§ 13 BGB) verwendet, gilt eine eingeschränkte AGB-Definition. In diesem Bereich ist eine Mehrfachverwendung bzw. eine Mehrfachverwendungsabsicht für die Anwendung bestimmter AGB-Vorschriften nicht erforderlich (siehe hierzu im Einzelnen Rn. 126 ff.).

3.1 Wann sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert?

11

Schon seit Inkrafttreten des damaligen AGB-Gesetzes im April 1977 wurde in der Literatur die Meinung vertreten, dass eine Vorformulierung für eine **Vielzahl** von Anwendungsfällen schon dann anzunehmen ist, wenn die mindestens **dreimalige Verwendung** von Klauseln **beabsichtigt** sei. Diese Ansicht wurde auch vom BGH wiederholt bestätigt.¹¹⁾

Grundsätzlich ist das Vielzahlkriterium also nicht erfüllt, wenn die Vorformulierung nur für **eine** oder **zwei** Anwendungen beabsichtigt ist.¹²⁾ Hieran ändert sich auch nichts, wenn ein Ausschreibungstext an eine Vielzahl von Bewerbern versandt wird, da dies nur auf einen einzigen Vertrag abzielt. Die Versendung vorformulierter Vertragsbedingungen an eine Vielzahl von Bietern, die nur auf den Abschluss eines Vertrages abzielt, stellt also noch keine Mehrfachverwendung der Bedingungen im Sinne von § 305 Satz 1 BGB dar.¹³⁾

Beispiel:

Ein privater Bauherr stellt Vertragsbedingungen auf, die er ausschließlich zur Ausschreibung seines Einfamilienhauses verwenden will.

Bei **schlüsselfertiger Vergabe** kommen die gesetzlichen AGB-Vorschriften grds. nicht zur Anwendung, da nur ein Verwendungsfall geplant ist.

⁹⁾ BGH vom 30. 06. 1993, Az.: VII ZR 116/93, NJW 94, 2825.

¹⁰⁾ BGH vom 20. 10. 2005, Az.: VII ZR 153/04, Baurecht 2006, 374; BGH vom 24. 11. 2005, Az.: VII ZR 87/04, Baurecht 2006, 514.

¹¹⁾ BGH, Az.: VII ZR 318/95, Schäfer-Finnern-Hochstein, Nr. 9 zu § 1 AGBG.

¹²⁾ A. A. OLG Koblenz vom 26. 03. 2010, Az.: 8 U 1325/05, IBR 2012, 19, das auch schon bei 2-maliger Verwendung das Vielzahlkriterium für erfüllt hält.

¹³⁾ BGH vom 11. 12. 2003, Az.: VII ZR 31/03, Baurecht 2004, 674; BGH vom 24. 11. 2005, Az.: VII ZR 87/07, Baurecht 2006, 514.

Bei **Vergabe nach Gewerken** dagegen sind zwangsläufig mehr als drei Vertragsabschlüsse geplant, sodass das Gesetz schon ab dem ersten Verwendungsfall zur Anwendung kommt.

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es hierbei nicht darauf an, dass die mindestens dreimalige Verwendung vom Verwender selbst beabsichtigt ist. Eine **Vielfachverwendung** liegt auch dann vor, wenn die **Klausel durch einen Dritten aufgestellt** wurde und beispielsweise in einer Formularsammlung oder einem anderen Formularvertrag enthalten ist. Selbst wenn solche Klauseln noch nicht mindestens dreimal verwendet wurden, sind sie doch zur **Vielfachverwendung bestimmt**, was für die Anwendung des Gesetzes ausreicht.¹⁴⁾ Dies gilt beispielsweise auch für die einmalige Verwendung der VOB/B durch einen bestimmten Auftraggeber. Die VOB/B ist als zur Verfügung stehendes Vertragsmuster „AGB aus sich heraus“.¹⁵⁾

Deshalb hat sich in der Rechtsprechung zunehmend die Meinung herausgebildet, dass allgemein gebräuchliche, „typisierte“ Klauseln immer das Vielzahlkriterium erfüllen, da sie – inhaltsgleich – schon von den verschiedensten Verwendern verwendet worden sind.¹⁶⁾

Auch der BGH vertritt die Auffassung, dass sich aus dem Inhalt und der Gestaltung von Bauvertragsbedingungen ein Anschein dafür ergeben kann, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind.

Beispiel:

Ein privater Auftraggeber verwendet die Klausel: „Für den Fall des Verzugs des AN wird eine Vertragsstrafe von 0,1 % je Werktag, maximal 10% der Auftragssumme vereinbart.“

Der BGH hält diese Klausel auch ohne Nachweis der Mehrfachverwendung für eine typische formelhafte Klausel, die den Anschein erweckt, zur Mehrfachverwendung bestimmt zu sein.

Schon im Jahr 1992 hatte der BGH entschieden, dass Bauträger erfahrungsgemäß mit Formularverträgen arbeiten, die einseitig zulasten von Verbrauchern Vertragsbedingungen vorgeben, sodass hierdurch der Anschein entstehen kann, dass Bedingungen gestellt worden sind.¹⁷⁾

Allerdings könne ein solcher Erfahrungssatz, nicht ohne Weiteres für gewerbliche Vertragspartner eines Bauträgers herangezogen werden. Wenn in diesem Bereich allerdings ein von einem Bauträger gestelltes Vertragswerk Klauseln enthält, die für den Vertragspartner nachteilig

¹⁴⁾ OLG Hamm, Beschluss vom 27. 02. 1981, Az.: 4 Re Miet 4/80, NJW 81, 1049; BGH vom 24. 11. 2005, Az.: VII ZR 87/04.

¹⁵⁾ BGH vom 07. 05. 1987, Az.: VII ZR 129/86, BauR 87, 438.

¹⁶⁾ Heinrichs in NJW 77, 1506.

¹⁷⁾ Urteil vom 14. 05. 1092, Az.: VII ZR 204/90, BGHZ 118/229.

sind, erzeuge das zumindest den **Anschein**, dass die Bedingungen vom Bauträger einseitig auferlegt worden sind. Einen solchen Anschein kann der Bauträger allerdings widerlegen.¹⁸⁾

Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Klauseln handelt, die für Bauträgerverträge typisch sind.¹⁹⁾

Diese Rechtsauffassung hat der BGH auch bei Verwendung typisierter Vertragstexte durch andere Verwender angewandt und beispielsweise entschieden, dass die Bedingungen eines privaten Bauherren den Anschein von AGB erwecken, wenn sie zahlreiche formelhafte Klauseln enthalten und nicht auf die individuelle Vertragssituation zugeschnitten sind.²⁰⁾

12

Auch Regelungen in sogenannten **„Grundlagenverträgen“** erfüllen das Vielzahlkriterium. Da solche Verträge dazu bestimmt sind, Bedingungen für noch im Einzelnen später abzuschließende Bauverträge festzulegen, ist schon hieraus abzuleiten, dass die Bedingungen eines Grundlagenvertrages in einer Mehrzahl von Verträgen Verwendung finden sollen (OLG Oldenburg vom 18. 11. 1998, Az.: 2 U 188/98, OLGR 99, 100).

Zusätzlich muss auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes²¹⁾ beachtet werden, wonach eine richterliche **Inhaltskontrolle selbst bei Individualverträgen** stattzufinden hat, wenn einer der beiden Vertragspartner außergewöhnlich stark belastet wird und dies das Ergebnis einer „strukturellen Unterlegenheit des belasteten Vertragspartners“ ist. Dies könnte zu einer an den Normen der gesetzlichen AGB-Regelung (§§ 305 ff. BGB) orientierten gerichtlichen Überprüfung auch von individuell ausgehandelten Bauvertragsklauseln führen, wenn solche Vereinbarungen dergestalt zustande gekommen sind, dass der Auftraggeber unmittelbaren oder mittelbaren Druck auf den Auftragnehmer zur Durchsetzung seiner Klauseln ausüben konnte.

Außerdem ist zu beachten, dass es bei sogenannten **Verbraucherverträgen** von vorne herein **nicht auf das Vielzahlkriterium** ankommt (siehe insoweit unter Rn. 128).

3.1.1 Wann sind Vertragsbedingungen gestellt?

13

Im Gegensatz zu individuellen Vereinbarungen kommen also bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die gesetzlichen Regelungen nach

¹⁸⁾ BGH vom 17. 02. 2010, Az.: VII ZR 67/09, BGHZ 184, 259, Rn. 14 und BGH vom 20. 03. 2014, Az.: VII ZR 248/13.

¹⁹⁾ BGH vom 13. 09. 2001 – Az.: VII ZR 487/99; BGH vom 20. 08. 2009, Az.: VII ZR 212/07; OLG Brandenburg vom 13. 06. 2013, Az.: 12 U 162/12.

²⁰⁾ Urteil vom 20. 08. 2009, Az.: VII ZR 212/07, Baurechts-Report 2009, S. 42.

²¹⁾ BVerfG, Beschluss vom 05. 08. 1994, Az.: BvR 1402/89, NJW 94, 2749.

§ 305 Abs. 1 BGB zur Anwendung, wenn der Verwender seinem Vertragspartner vorformulierte Klauseln **stellt**. Hierzu reicht es aus, dass der Verwender die Bedingungen zur Grundlage der von ihm vorgelegten Angebotsunterlagen macht, falls kein Aushandeln dieser Bedingungen vorausgegangen ist. Für ein Stellen muss also nicht etwa schon ein Vertrag zustande gekommen sein. Hierzu genügt die Anbahnung eines Vertrages, was schon im **Versenden von Vertragsunterlagen im Rahmen einer Ausschreibung** anzunehmen ist.²²⁾

Vertragsunterlagen gelten sogar schon dann als gestellt, wenn ein Auftraggeber regelmäßig Verträge unter Einbeziehung bestimmter AGB abschließt und ein Auftragnehmer oder ein Bieter sie deshalb zum Bestandteil seines Angebots macht, ohne dass ihn der Auftraggeber hierzu ausdrücklich aufgefordert hat.²³⁾

Das Gleiche gilt bei **Öffentlichen Ausschreibungen**, wenn ein Bieter seinem Angebot die Bedingungen des Öffentlichen Auftraggebers auf Weisung der Verwaltung oder auch stillschweigend zugrunde legt, weil er weiß, dass der Auftraggeber nur unter Zugrundelegung dieser Unterlagen einen Vertrag abschließen wird.²⁴⁾

Das Stellen von AGB im Sinne von § 305 Satz 1 BGB lässt sich für den Auftraggeber im Regelfall kaum vermeiden, da er nur dann vergleichbare Angebote erhält, wenn er alle Bieter zu den gleichen von ihm vorgegebenen Bedingungen anbieten lässt, also im Rahmen einer von ihm erstellten Ausschreibung. Bei **Vergaben nach VOB/A** ist deshalb generell von einem „Stellen“ der Vertragsbedingungen auszugehen, weil die Bieter keine Änderungen an den vom Auftraggeber vorgegebenen Vertragsbedingungen vornehmen dürfen, um ihr Angebot nicht von vorne herein von der Wertung auszuschließen (§ 21 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A).

Bei **Verbraucherverträgen** gelten AGB regelmäßig als gestellt, es sei denn, sie sind durch den Verbraucher selbst in den Vertrag eingeführt worden.²⁵⁾

Von einem Vertragspartner gestellte Unterlagen können allerdings den Charakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen wieder verlieren, wenn die Bedingungen nach dem Stellen nachträglich **ausgehandelt**²⁶⁾ werden (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Klauseln des Verwenders, die die Erklärung enthalten, dass die vom Verwender gestellten Bedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden

²²⁾ BGH vom 28. 01. 1981, Az.: VIII ZR 165/79, NJW 81, 979; Frikell-Glatzel-Hofmann E 1.17.

²³⁾ BGH vom 09. 03. 2006, Az.: VII ZR 268/04, Baurecht 2006, 1012; BGH vom 04. 03. 1997, Az.: X ZR 141/95, NJW 1997, 2043.

²⁴⁾ OLG Frankfurt vom 13. 07. 2006, Az.: 3 U 70/05, Baurecht 2007, 1053.

²⁵⁾ § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, siehe auch Rn. 128.

²⁶⁾ Siehe hierzu Rn. 52.