

AGB-Recht

Wolf / Lindacher / Pfeiffer

7. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74045-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

c) Möglichkeit der Kenntnisnahme. Die andere Vertragspartei muss auch im unternehmerischen Verkehr die Möglichkeit der **zumutbaren Kenntnisnahme** vom Inhalt der AGB haben.⁷⁸⁷ Nur unter dieser Voraussetzung lässt sich die selbstverantwortliche Zurechnung der Einbeziehungserklärung (→ Rn. 134) rechtfertigen. Niemand kann an etwas gebunden sein, wovon er nicht einmal die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Im Unterschied zu Abs. 2 Nr. 2 können an Unternehmer aber erhöhte Anforderungen an die Kenntnisnahme gestellt werden, jedoch muss die Bezugnahme auf die konkret maßgeblichen AGB so gefasst sein, dass keine vernünftigen Zweifel auftreten können.⁷⁸⁸ Im nationalen Rechtsverkehr zwischen Unternehmern müssen die AGB nicht dem für den Vertragsabschluss maßgebenden Schreiben beigelegt⁷⁸⁹ oder ausgehändigt sein;⁷⁹⁰ (anderes gilt im Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts).⁷⁹¹ Die AGB müssen auch sonst dem anderen Vertragsteil nicht in allen Einzelheiten bekannt sein.⁷⁹² Unternehmer müssen vielmehr mit zumutbarer Sorgfalt selbst zur Klarstellung der Geschäftsbeziehung beitragen.⁷⁹³ Von ihnen kann deshalb erwartet werden, dass sie ihnen unbekannte AGB anfordern oder sich sonst beschaffen.⁷⁹⁴ Die AGB sind vom Verwender zur Verfügung zu stellen, sofern sie nicht allgemein üblich und verbreitet sind. Werden in einem Globalzessionsvertrag die AGB-Banken ergänzend in Bezug genommen, so werden diese gegenüber einem Unternehmer, weil allgemein zugänglich, Vertragsinhalt.⁷⁹⁵ Lesbarkeit und Verständlichkeit sind an der Geschäftserfahrung zu messen, wie sie von Unternehmern der jeweiligen Branche erwartet werden kann.⁷⁹⁶ Ungewöhnlicher Kleindruck und mangelnde farbliche Unterscheidung, so dass die AGB nur mit Mühe zu entziffern sind, erlaubt auch zwischen Unternehmern nach Treu und Glauben nicht die Annahme eines Einverständnisses mit den AGB aufgrund deren widerspruchsloser Entgegennahme.⁷⁹⁷ Dies gilt auch für Konnossementsbedingungen.⁷⁹⁸ Der Verweis in AGB auf andere AGB ist wirksam, wenn Unternehmer mit einem solchen Verweis rechnen müssen. Dies trifft für die ERA bei Akkreditiven und für die ERI bei Inkassogeschäften zu. Diese wurden deshalb durch Art. 28 I 2 AGB-Banken aF gegenüber Unternehmern wirksam einbezogen. Bei **Kapitalmarktpapieren** gelten für Anleger einheitliche Einbeziehungsvoraussetzungen (→ Rn. 85, 30).

Unternehmer können auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme verzichten. Ein solcher **Verzicht** ist in der Regel anzunehmen, wenn der Unternehmer den Vertrag abschließt, ohne die ihm nicht vorliegenden AGB anzufordern, obwohl der Einbeziehungswille des Verwenders ihm bekannt ist oder bekannt sein muss und das Anfordern ihm zumutbar ist.⁷⁹⁹ § 305c II BGB gilt trotz eines solchen Verzichts.

d) Bei Vertragsschluss. Die Erkennbarkeit des Einbeziehungswillens (→ Rn. 59) und die Möglichkeit der Kenntnisnahme (→ Rn. 131) müssen dem **Zeitpunkt** nach bei Vertragsabschluss gegeben sein. Hinweise auf Rechnungen, Lieferscheinen und andere Hinweise, die nach Vertragsabschluss gegeben werden, genügen auch im unternehmerischen Verkehr grundsätzlich nicht, da sie nach ihrer Funktion nicht dazu bestimmt sind, Angebote

⁷⁸⁷ S. auch BGHZ 102, 293 = NJW 1988, 1210; BGH NJW-RR 1989, 1104; OLG Hamm NJW-RR 1988, 944.

⁷⁸⁸ S. auch BGH NJW-RR 1989, 1104.

⁷⁸⁹ BGH BB 1985, 884.

⁷⁹⁰ BGH NJW-RR 1989, 1104.

⁷⁹¹ BGHZ 149, 113 = NJW 2002, 370; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1562.

⁷⁹² BGH NJW 1976, 1886 (1887); BB 1985, 884.

⁷⁹³ BGH JZ 1978, 104 (105).

⁷⁹⁴ BGH NJW 1982, 1749 (1750); OLG Düsseldorf VersR 1996, 1394.

⁷⁹⁵ S. auch BGH NJW 1987, 487 (491).

⁷⁹⁶ BGH WM 1979, 918 (919); NJW 1983, 159 (162): branchenkundiger Gastwirt.

⁷⁹⁷ BGH NJW-RR 1986, 1311; OLG Hamburg BB 1987, 1703; OLG Hamm NJW-RR 1988, 944; Thamm/Detzer BB 1989, 1133 (1134).

⁷⁹⁸ → K Rn. 2.

⁷⁹⁹ aA Müller-Graff, FS Pleyer, 1986, 401 (408).

auf Änderung eines bereits geschlossenen Vertrags aufzunehmen (auch Rn. 98). Der Unternehmer hat deshalb auch im Handelsverkehr keinen Anlass, Rechnungen darauf zu überprüfen, ob sie AGB oder einen Hinweis hierauf enthalten.⁸⁰⁰ Im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen können AGB jedoch für künftige Verträge einbezogen werden (s. Rn. 126). Nimmt die Auftragsbestätigung auf bestimmte AGB Bezug, die nicht Vertragsinhalt werden, so werden der Auftragsbestätigung beigelegte AGB nicht Vertragsinhalt, da dem anderen Vertragsteil ein Vergleich beider AGB und die Entscheidung, welche gelten sollen, nicht zugemutet werden kann.⁸⁰¹ Geht das Vertragsangebot vom Verwender aus, ohne dass die Einbeziehungserklärung erkennbar ist, so kann der Kunde das Angebot ohne AGB annehmen. Macht der Kunde ein Vertragsangebot ohne AGB, so gilt § 150 II BGB, wenn der Verwender die AGB erkennbar in seine Annahmeerklärung einbezieht. §§ 154, 155 BGB sind anwendbar. Eine Anfechtung des Verwenders nach § 119 I BGB, wenn dieser irrtümlich vom Vorliegen einer Einbeziehung der AGB ausgeht, scheidet jedoch an der speziellen Regelung von § 306 BGB (→ Rn. 98).

134 e) Einverständnis der anderen Vertragspartei. Die andere Vertragspartei muss mit der Einbeziehung der AGB einverstanden sein, gleichgültig, ob ihre Erklärung als Angebot oder als Annahme zu werten ist. Bei branchenüblichen AGB ist dieses Einverständnis aufgrund der Branchenüblichkeit anzunehmen, falls nicht erkennbar widersprochen wird. Ob der anderen Vertragspartei die Branchenüblichkeit bekannt ist oder nicht, ist gleichgültig, solange sie zu den branchenkundigen Personen (→ Rn. 127) gehört. Hat sie ihre Einbeziehungserklärung irrtümlich abgegeben, so kann sie nach § 119 BGB anfechten. Ihrer Anfechtung steht § 306 BGB nicht entgegen (→ Rn. 108). Allein die Kenntnis des Kunden von der Praxis des Verwenders, seinen Verträgen AGB zu Grunde zu legen, reicht dagegen nicht aus, um von einer stillschweigenden Einbeziehung der Bedingungen auszugehen.⁸⁰²

135 f) Unternehmerisches Bestätigungsschreiben. Wird auf AGB erst in einem unternehmerischen Bestätigungsschreiben Bezug genommen, ohne dass in den Vertragsverhandlungen davon die Rede war, so gilt das Schweigen grundsätzlich als Einverständnis mit den AGB.⁸⁰³ Durch die dem unternehmerischen Bestätigungsschreiben beigefügten AGB bleiben jedoch Individualabreden nach § 305b BGB unberührt. Wenn in den Vertragsverhandlungen nicht bereits auf die AGB hingewiesen wurde, so gilt aber nicht die Geltung des dispositiven Rechts nach § 305b BGB als individuell vereinbart.⁸⁰⁴ Deshalb können die AGB auch noch durch ein unternehmerisches Bestätigungsschreiben ohne Verstoß gegen § 305b BGB wirksam einbezogen werden.⁸⁰⁵ Soweit die Grundsätze des unternehmerischen Bestätigungsschreibens auch auf Verbraucher anwendbar sind⁸⁰⁶, gilt dies nur, wenn zugleich die Voraussetzungen von Abs. 2 Nr. 1 und 2 vorliegen. Eine Schriftformklausel für Änderungen und Ergänzungen schließt die Anwendung der Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben nicht aus,⁸⁰⁷ da das kaufmännische Bestätigungsschreiben mit seiner Schriftform den Beweiszweck erfüllt und die Grundsätze des unternehmerischen Bestätigungsschreibens der Rechtssicherheit und dem aus Treu und Glauben abgeleiteten Vertrauensschutz dienen, die nach § 307 BGB grundsätzlich nicht durch AGB ausgeschlossen werden dürfen. Die Einbeziehung der AGB aufgrund des unternehmerischen Bestätigungsschreibens tritt jedoch nicht ein, wenn der Verwender auf ihre Anerkennung nicht vertrauen darf, so insbesondere, wenn die AGB erheblich vom dispositiven Recht abwei-

⁸⁰⁰ OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 567.

⁸⁰¹ OLG Hamm NJW-RR 1988, 944.

⁸⁰² BGH WM 1979, 19 (20); *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 170 a.

⁸⁰³ BGH NJW 1964, 589; 1978, 2243 (2244).

⁸⁰⁴ *Reh*, 97; aA *Batsch* NJW 1980, 1731.

⁸⁰⁵ aA *Batsch* NJW 1980, 1731.

⁸⁰⁶ BGHZ 40, 42, 44 = NJW 1963, 1322; *Soergel/Wolf* § 147 Rn. 40.

⁸⁰⁷ Vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 374.

chen⁸⁰⁸ oder dem Vertragszweck erheblich widersprechen, wenn der Empfänger den AGB bei den Vertragsverhandlungen eindeutig widersprochen hat,⁸⁰⁹ wenn der Verwender die Ablehnung seiner AGB durch den anderen aufgrund vorhergehender Geschäftsbeziehungen kennt⁸¹⁰ oder wenn durch das Bestätigungsschreiben statt der in den Vertragsverhandlungen zu Grunde gelegten AGB neue AGB mit wesentlichen Abweichungen eingeführt werden und der Absender deshalb nicht auf das Einverständnis vertrauen darf. Das Vertrauen auf das Einverständnis bezieht sich auf die globale Einbeziehung (→ Rn. 104). Deshalb ist hinsichtlich der Erheblichkeit etwaiger Abweichungen nicht auf die jeweilige Einzelklausel, sondern auf die Gesamtheit der AGB abzustellen und deren Gesamteindruck, der aber auch durch besonders wesentliche Einzelklauseln geprägt werden kann. Da die Einbeziehung global auf die AGB insgesamt gerichtet ist, kann trotz Einbeziehung aufgrund unternehmerischen Bestätigungsschreibens hinsichtlich einzelner Klauseln immer noch § 305c I BGB zur Anwendung kommen. Werden AGB infolge Schweigens auf ein unternehmerisches Bestätigungsschreiben Vertragsinhalt, so ist eine Anfechtung nach § 119 BGB ausgeschlossen, weil die Rechtsfolge der Einbeziehung in diesem Fall auf Handelsbrauch beruht.⁸¹¹

g) Modifizierte Auftragsbestätigung. Eine modifizierte Auftragsbestätigung unterliegt § 150 II BGB und entfaltet grundsätzlich **nicht dieselbe Festlegungswirkung** für AGB wie ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben. Allerdings hat die Rechtsprechung bislang offengelassen, inwieweit eine ebensolche Festlegungswirkung für beigelegte AGB eintritt, wenn der Zweck der Auftragsbestätigung gerade darin besteht, auch zu Beweis-zwecken Vertragsmodalitäten niederzulegen, über die bereits vorher für den Fall des Zustandekommens des Vertrags Einigung erzielt wurde.⁸¹² Bezogen auf AGB setzt dies indessen in jedem Fall voraus, dass sich die vorhergehende Einigung gerade auf die AGB bezieht, was namentlich in den Fällen kollidierender AGB regelmäßig nicht der Fall ist (s. nachfolgende Rn.).

h) Kollidierende AGB. Verwendet jede Vertragspartei ihre eigenen, mit der anderen Vertragspartei kollidierenden AGB, so können je nach den Umständen die zuletzt in Bezug genommenen AGB nach §§ 150 II, 151 BGB Vertragsinhalt werden (Prinzip des letzten Wortes, → Rn. 138, 139), oder der Vertrag gilt entgegen der Auslegungsregel des § 154 I BGB trotz kollidierender AGB als geschlossen,⁸¹³ wobei die AGB Vertragsinhalt werden, soweit sie sich nicht widersprechen, während im Übrigen das dispositive Recht gilt.⁸¹⁴ Beim Schweigen auf ein unternehmerisches Bestätigungsschreiben gelten die im Bestätigungsschreiben in Bezug genommenen AGB unter den Voraussetzungen von → Rn. 135. Im Übrigen richten sich die Rechtsfolgen danach, ob die beiderseitigen AGB eine Abwehrklausel, d. h. die fremden AGB werden nicht anerkannt, eine Ausschließlichkeitsklausel, d. h. der Vertrag soll nur mit den eigenen AGB geschlossen werden, oder keinerlei Geltungsklausel, d. h. weder Abwehr- noch Ausschließlichkeitsklausel, enthalten.⁸¹⁵

aa) Keine Geltungsklausel. Bezieht sich der Anbieter auf seine AGB ohne Geltungsklausel und verweist der Annehmende in der Annahme auf seine eigenen AGB, so liegt darin nach § 150 II BGB die Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag.⁸¹⁶ Das bloße Schweigen auf diese modifizierte Auftragsbestätigung ist aber nicht als dessen

⁸⁰⁸ S. auch *Lindacher* WM 1981, 702.

⁸⁰⁹ BGH DB 1963, 929.

⁸¹⁰ BGH NJW 1982, 1751.

⁸¹¹ BGHZ 20, 154 = NJW 1956, 945; BGH BB 1971, 1480.

⁸¹² BGH NJW-RR 2001, 484; vgl. auch NJW 1995, 1671.

⁸¹³ S. auch *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 188 ff.

⁸¹⁴ Prinzip der Kongruenzgeltung, Rn. 139, 142 ff.

⁸¹⁵ S. zur Zweckmäßigkeit dieser Klauseln auch *Rieger/Friedrich* JuS 1987, 118 (125).

⁸¹⁶ BGH NJW-RR 2001, 484.

Anerkennung anzusehen.⁸¹⁷ Wohl aber ist der Vertrag nach §§ 150 II, 151 BGB mit den zuletzt in Bezug genommenen AGB zustande gekommen, wenn der erste Anbieter den Vertrag ohne Widerspruch abwickelt, insbesondere die gelieferte Ware ohne Widerspruch entgegennimmt (Prinzip des letzten Wortes).⁸¹⁸ Gleichgültig ist insoweit, ob der modifiziert Annehmende eine Geltungsklausel (Abwehr- oder Ausschließlichkeitsklausel) benutzt oder nicht.

139 Widerspricht der Anbieter außerhalb der AGB dagegen ausdrücklich oder konkludent den AGB und wird der Vertrag dennoch abgewickelt, insbesondere die Ware geliefert, so ist entgegen § 154 I BGB der Vertrag ohne Einigung über die AGB, jedoch mit Geltung der kongruenten AGB (→ Rn. 142 ff.) zustande gekommen. Dies gilt unabhängig davon, ob die AGB des modifiziert Annehmenden eine Abwehrklausel⁸¹⁹ oder keine Geltungsklausel enthalten. Enthalten die AGB des Annehmenden eine Ausschließlichkeitsklausel und wickelt der Annehmende den Vertrag trotz des erkennbaren Widerspruchs des Anbietenden ab, so liegt darin konkludent ein Verzicht auf die Ausschließlichkeitsklausel.

140 bb) Abwehrklausel. Enthalten die **AGB des Anbieters** eine Abwehrklausel, so gilt dies als vorweggenommener Widerspruch mit denselben Folgen wie beim Widerspruch des Anbieters (→ Rn. 139), d. h., die beiderseitigen AGB gelten insoweit, als sie übereinstimmen.⁸²⁰ Als vorweggenommener Widerspruch entfaltet die Abwehrklausel ihre Wirkung, auch wenn sie nicht Vertragsinhalt wird.⁸²¹ Benutzt der andere Teil seinerseits eine Abwehr- oder Ausschließlichkeitsklausel, so wird die Abwehrklausel nicht Vertragsinhalt und bedarf deshalb im Individualprozess nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.⁸²² Sie kann aber insbesondere im Verbandsprozess nach § 307 BGB überprüft werden, auch wenn es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, da dadurch ähnlich wie in § 308 Nr. 1 BGB die Bedingungen der Annahme geregelt werden.⁸²³ Eine Abwehrklausel ist nach § 307 BGB unwirksam, wenn sie den anderen Vertragsteil an einer als berechtigt anzusehenden Regelung hindert.⁸²⁴ Beim einfachen und beim verlängerten Eigentumsvorbehalt ist dies eher anzunehmen als beim erweiterten. Für eine mit der Abwehrklausel verbundene Schriftformklausel, wonach abweichende Vereinbarungen nur bei schriftlicher Bestätigung gelten, sind die allgemeinen Kriterien für Schriftformklauseln anzuwenden.⁸²⁵ Verlangt der Verwender für die Abwehrklausel des anderen Teils einen ausdrücklichen Hinweis in einem besonderen Schreiben, so ist dies nach § 309 Nr. 13 BGB und zwischen Unternehmern grundsätzlich nach § 307 BGB unwirksam, da hierfür jedenfalls dann kein anerkennenswertes Bedürfnis besteht, wenn der Verwender für sich die einfache Abwehrklausel in Anspruch nimmt.

141 cc) Ausschließlichkeitsklausel. Bezieht sich der **Anbieter** auf AGB mit Ausschließlichkeitsklausel und nimmt der Annehmende erkennbar auf seine AGB, gleichgültig ob mit oder ohne Geltungsklausel, Bezug, wird aber der Vertrag dennoch abgewickelt, so liegt darin ein stillschweigender Verzicht auf die Ausschließlichkeitsklausel und der Vertrag ist entgegen § 154 I BGB entsprechend dem Prinzip der Kongruenzgeltung (→ Rn. 143) geschlossen.⁸²⁶ Wird der Vertrag nicht abgewickelt und ergibt sich auch nicht aus anderen Umständen ein Verzicht des Anbieters auf die Ausschließlichkeitsklausel, so gilt § 154 BGB, falls nicht der Annehmende die AGB des Verwenders anerkennt. Allein aus der widerspruchslosen Hinnahme der Auftragsbestätigung lässt sich aber eine solche Anerkennung

⁸¹⁷ BGH JZ 1977, 602; vgl. auch NJW-RR 2001, 484.

⁸¹⁸ BGHZ 61, 282 (287) = NJW 1973, 2106.

⁸¹⁹ So in BGH NJW 1982, 1749.

⁸²⁰ S. BGH NJW 1982, 1749; NJW-RR 1986, 984; NJW 1991, 1604 (1606); NJW-RR 2001, 484.

⁸²¹ BGH NJW 1985, 1838 (1839).

⁸²² S. auch BGH NJW 1985, 1838 (1840).

⁸²³ S. auch *Graf Lambsdorff* ZIP 1987, 1370 (1372); → V Rn. 251 ff.

⁸²⁴ S. auch *de Lousanoff* NJW 1985, 2921 (2924) und E Rn. 36.

⁸²⁵ → S Rn. 71 ff.

⁸²⁶ OLG Köln BB 1980, 1237; vgl. auch BGH NJW-RR 2001, 484.

nicht herleiten.⁸²⁷ Erkennt er die AGB mit Ausschließlichkeitsklausel an, so gelten seine AGB insgesamt grundsätzlich nicht, und zwar nicht nur, soweit sie abweichen, sondern auch nicht, soweit es sich um zusätzliche Ergänzungsregelungen handelt.⁸²⁸ Eine Ausschließlichkeitsklausel liegt nicht nur vor, wenn die Formulierung „ausschließlich“ benutzt wird, sondern auch, wenn auf die alleinige Geltung der eigenen AGB hingewiesen wird (sog. Alleinstellungsklausel).⁸²⁹

dd) Prinzip der Kongruenzgeltung. Ist der Vertrag entgegen § 154 I BGB ohne Einigung über die AGB einer Partei zustande gekommen (→ Rn. 139–141), so gilt nicht ausschließlich das dispositive Recht.⁸³⁰ Vielmehr ist dem Parteiwillen soweit wie möglich Rechnung zu tragen. Die AGB gelten, soweit sie inhaltlich übereinstimmen (Prinzip der Kongruenzgeltung). Gleichgültig ist, ob die Parteien die Übereinstimmung kennen. Es kommt allein auf die tatsächliche Übereinstimmung an. Die Übereinstimmung ist selbst dann maßgeblich und lässt die Klausel gültig sein, wenn die Regelung als einseitige Regelung nach § 307 BGB unwirksam wäre. Ob die AGB übereinstimmen, ist nicht formal nach dem Wortlaut, sondern nach Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung und des gemeinschaftlichen Interesses beider Parteien zu bestimmen.⁸³¹ Es kann danach aber nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass jeweils das gemeinsame Minimum gelte, so gilt zB nicht die gemeinsame Mindestfrist bei einer Fristenregelung nach § 281 I BGB oder die gemeinsame Mindestsumme bei einer Vertragsstrafe, weil und soweit diese Regelungen in den jeweiligen AGB nur für den anderen Teil, aber nicht für die verwendende Partei selbst vorgesehen sind. Aus demselben Grund ist auch ein in den jeweiligen AGB vorgesehener Haftungsausschluss nicht ohne weiteres eine übereinstimmende Regelung. Übereinstimmung liegt zB vor, wenn für beide Parteien Kündigungs- oder Rücktrittsrechte vorgesehen sind oder ausgeschlossen werden oder wenn in den beiderseitigen AGB für Sachmängel ein Recht auf kostenlose bzw. unentgeltliche Nachbesserung oder Nachlieferung vorgesehen ist.⁸³² Soweit Übereinstimmung besteht, ist keine Vertragspartei Verwender.⁸³³ Eine Inhaltskontrolle findet deshalb nicht statt.

Soweit sich die AGB unmittelbar widersprechen, gilt das **dispositive Recht** analog § 306 II BGB. Ein unmittelbarer Widerspruch liegt vor, wenn beide AGB ein und dieselbe Frage unterschiedlich regeln (→ Rn. 143). Dies trifft auch unter Berücksichtigung der Art. 27 IV, 31 I EGBGB etwa zu, wenn im internationalen Verkehr die Parteien in ihren AGB je eine unterschiedliche Rechtswahl treffen. Die Anwendung des CISG ist in einem solchen Fall deshalb nicht ausgeschlossen.⁸³⁴ Ein Widerspruch besteht auch, wenn in Einkaufsbedingungen die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB ausgeschlossen, in Verkaufsbedingungen dagegen auf kurze Fristen festgelegt wird.⁸³⁵ Kein unmittelbarer Widerspruch besteht im Falle einer Ergänzungsregelung (→ Rn. 145). Gleichgültig ist, ob den Parteien der Widerspruch bekannt ist. Soweit § 154 I BGB nicht gilt, ist auch die irrtümliche Annahme, es liege Übereinstimmung vor, unbeachtlich.

Eine **Ergänzungsregelung** oder einseitige Regelung⁸³⁶ ist gegeben, wenn eine bestimmte Frage nur in den AGB eines Teils geregelt ist, während die AGB des anderen Teils dazu schweigen oder unwirksam sind.⁸³⁷ Eine Ergänzungsregelung liegt etwa vor, wenn

⁸²⁷ BGH NJW-RR 2001, 484.

⁸²⁸ BGH NJW 1979, 2199; s. im Einzelnen → Rn. 144.

⁸²⁹ BGH NJW-RR 2001, 484; *Lindacher* JZ 1977, 604.

⁸³⁰ H. M., s. zB BGH NJW 1985, 1838 (1839); *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 191; OLG Köln BB 1980, 1237; aA *Emmerich* JuS 1972, 365; *Weber* DB 1970, 2422.

⁸³¹ S. auch *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 192.

⁸³² BGH NJW 1991, 1604 (1606).

⁸³³ Zutreffend *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 192.

⁸³⁴ OLG Hamm NJW 1984, 1307.

⁸³⁵ BGH NJW 1991, 2633 (2634 f.).

⁸³⁶ *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 194.

⁸³⁷ BGH NJW 1991, 2633 (2635).

einem Abtretungsverbot eine Konzernverrechnungsklausel gegenübersteht⁸³⁸ oder wenn ein Eigentumsvorbehalt, insbesondere ein verlängerter oder erweiterter Eigentumsvorbehalt, in den AGB des Verkäufers vorgesehen ist, während die Einkaufsbedingungen außer der allgemeinen Abwehrklausel keine Regelung zum Eigentumsvorbehalt enthalten.⁸³⁹ Ein der einseitigen Regelung gleichzustellender Fall liegt vor, wenn von ursprünglich sich widersprechenden Klauseln in den beiderseitigen AGB eine von ihnen nach § 307 BGB oder sonst unwirksam ist.⁸⁴⁰ Im Falle einer Ergänzungsregelung ist durch Auslegung unter Berücksichtigung der Parteiinteressen zu bestimmen, ob die Regelung trotz Abwehr- oder Ausschlussklausel (→ Rn. 141, 142) gelten soll oder nicht.⁸⁴¹ Durch eine allgemein gehaltene Abwehrklausel sollen aber grundsätzlich nicht nur widersprechende, sondern auch zusätzlich ergänzende Klauseln ausgeschlossen werden,⁸⁴² soweit nicht besondere Umstände eine andere Annahme rechtfertigen. Ein solcher Ausgangspunkt ist unter Berücksichtigung von § 305 c. II BGB jedoch nur dann anzuerkennen, wenn die Abwehrklausel eindeutig die gesamten AGB des anderen Teils ausschließen will. Räumt die einseitige Regelung der anderen Partei Rechte und Vergünstigungen ein, so gelten diese im Zweifel trotz Abwehrklausel (**Günstigkeitsprinzip**), soweit sie als isolierbare Regelung anzusehen sind und es sich nicht nur um unselbstständige Reste eines einheitlichen Regelungsgegenstandes handelt.⁸⁴³ Dem anderen Teil ungünstige Regelungen gelten dagegen bei eindeutiger Abwehrklausel nicht als vereinbart. Vielmehr gilt das dispositiven Recht, es sei denn, eine Regelung ist derart üblich, dass sie auch ohne AGB als stillschweigend vereinbart gilt.⁸⁴⁴ Dies trifft zB bei Warenlieferungen in einigen Branchen für den einfachen Eigentumsvorbehalt zu,⁸⁴⁵ nicht jedoch für den verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt.⁸⁴⁶

3. Geltungskraft des Handelsbrauchs

- 145 Soweit ein Handelsbrauch besteht, können AGB auch ohne rechtsgeschäftliche Einbeziehung nach § 346 HGB kraft Gesetzes gelten. Im Einzelnen sind jedoch **verschiedene Inhalte des Handelsbrauchs** zu unterscheiden (→ Rn. 147, 148). § 346 HGB kann abbedungen werden. Widerspricht die andere Vertragspartei der Geltung der AGB und wird der Vertrag dennoch abgeschlossen, so werden die AGB trotz Handelsbrauchs nicht Vertragsinhalt.⁸⁴⁷ Ein Handelsbrauch liegt vor, wenn eine tatsächliche, nicht nur vorübergehende Übung besteht, die von der allgemeinen Zustimmung der beteiligten Verkehrskreise getragen wird.⁸⁴⁸ Auf die Kenntnis der konkreten Beteiligten vom Handelsbrauch kommt es nicht an, deshalb ist auch eine Anfechtung wegen Irrtums über den Handelsbrauch ausgeschlossen.

⁸³⁸ S. auch BGH NJW 1981, 2257.

⁸³⁹ BGH NJW 1985, 1838.

⁸⁴⁰ BGH NJW 1991, 2633 (2535).

⁸⁴¹ BGH NJW 1985, 1838 (1839); *Löwe/Graf von Westphalen* § 2 Rn. 47; *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 194; aA *Striewe* JuS 1982, 732; generell keine Geltung; kritisch *Ebel* NJW 1978, 1036.

⁸⁴² BGH NJW 1985, 1838 (1840); BGH NJW 1991, 2633 (2536); vgl. auch *Emmerich*, WuB IV B § 2 AGBG 2.90; aA *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 194; *Schlechtriem*, *Kollidierende Standardbedingungen*, 20.

⁸⁴³ Ohne diese Einschränkung *Flume* § 37, 3; *Medicus/Petersen*, *BürgerlR*, Rn. 75; wie hier auch *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 194.

⁸⁴⁴ *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 194; aA *Staudinger/Schlosser* Rn. 209; *OLG Hamm* WM 1985, 785 (787).

⁸⁴⁵ S. auch Rn. 147; *von Westphalen* DB 1977, 1637.

⁸⁴⁶ S. auch BGH NJW 1985, 1838 (1840); *Ulmer/Habersack* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* § 305 Rn. 195; s. auch *Eckert/Nebel* WM 1988, 1545 (1549 f.); aA *Schulte* BB 1977, 274.

⁸⁴⁷ *KG* NJW 1960, 632.

⁸⁴⁸ *Baumbach/Hopt* § 346 HGB Rn. 12.

a) Einbeziehung der Gesamt-AGB. Der Handelsbrauch kann sich auf die Einbeziehung der Gesamt-AGB oder einzelner Klauseln beschränken (Verweisung auf AGB kraft Handelsbrauchs)⁸⁴⁹ und erfasst dann **nicht** den **Inhalt** der einzelnen Klauseln. Dies ist gleichbedeutend mit der Branchenüblichkeit (→ Rn. 127, 128). Eine Änderung einzelner Klauseln beseitigt grundsätzlich nicht die Geltung des auf Einbeziehung der Gesamt-AGB gerichteten Handelsbrauchs. Klauseln, die lediglich aufgrund des Einbeziehungshandelsbrauchs Vertragsbestandteil werden, unterliegen dem AGB-Recht. Sie werden deshalb als überraschende Klauseln (§ 305c I BGB) nicht Vertragsbestandteil.

b) Inhalt einzelner Klauseln. Gilt der Inhalt einzelner Klauseln kraft **Handelsbrauchs**, so gelten diese auch ohne AGB (sog. normativer Handelsbrauch). Deren Kontrolle richtet sich deshalb nicht nach dem AGB-Recht (→ § 305 Rn. 8).⁸⁵⁰ Die inhaltliche Geltung des Handelsbrauchs kann sich insbesondere aufgrund ergänzender Vertragsauslegung nach § 242 BGB mit § 346 HGB oder daraus ergeben, dass branchentypisches Verhalten als Grundlage einer stillschweigenden Vereinbarung angesehen wird. Eine solche stillschweigende Vereinbarung kommt etwa für eine Schiedsvereinbarung im internationalen Handel mit Fellen in Betracht.⁸⁵¹ Voraussetzung für die Anerkennung von AGB-Klauseln als Handelsbrauch ist jedoch, dass die in ihnen getroffene Regelung mit Treu und Glauben übereinstimmt und freiwillig, auch ohne besondere Vereinbarung oder Empfehlung befolgt wird.⁸⁵² Inwieweit ein solcher Handelsbrauch anzuerkennen ist, ist nur selten eindeutig geklärt. Er wird zB angenommen für die Allgemeinen deutschen Seeversicherungsbedingungen,⁸⁵³ für die Tegernseer Gebräuche im Holzhandel, einschließlich der Tegernseer Gebräuche für die Vermittlung von Holzgeschäften.⁸⁵⁴ Ein einfacher Eigentumsvorbehalt kraft Handelsbrauchs ist nur in einzelnen wenigen Branchen anerkannt, wie zB zwischen Verleger und Buchhändler oder im Weinhandel.⁸⁵⁵ Ein auf den Klauselinhalt gerichteter Handelsbrauch muss aber für jede Klausel gesondert festgestellt werden.

Kein Handelsbrauch besteht für Lieferbedingungen im Mineralölhandel.⁸⁵⁶ Auch die Hamburger Lagerungsbedingungen (HLB) gelten nicht bereits als Handelsbrauch.⁸⁵⁷

c) Auslegung nach dem Handelsbrauch. Von der Einbeziehung kraft Handelsbrauchs (→ Rn. 145) und der Übereinstimmung zwischen Klauselinhalt und normativ geltendem Handelsbrauch (→ Rn. 147) ist die Auslegung von Klauseln nach dem Handelsbrauch zu unterscheiden. Diese setzt die AGB-Einbeziehung in den Vertrag voraus, die aber durch Handelsbrauch ersetzt werden kann (→ Rn. 147). Die Klauseln unterliegen dann grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, bei der jedoch auf den Handelsbrauch Rücksicht zu nehmen ist.⁸⁵⁸ Soweit eine Auslegung nach Handelsbrauch stattfindet, scheidet § 305c II BGB aus. Zur Auslegung einzelner Handelsklauseln → § 307 Rn. 64 ff.

XII. Gesetzliche Sonderregel für den elektronischen Geschäftsverkehr

Für Vertragsabschlüsse im elektronischen Geschäftsverkehr enthält § 312i I Nr. 4 BGB eine **besondere gesetzliche Regelung**. Danach hat der Verwender dem Vertragspartner

⁸⁴⁹ Drettmann, FS Graf von Westphalen, 2010, 73 (78).

⁸⁵⁰ Drettmann, FS Graf von Westphalen, 2010, 73 (79).

⁸⁵¹ S. BGH NJW 1993, 1798 = LM § 1027 ZPO Nr. 18 mAnm Kappus.

⁸⁵² BGH BB 1980, 1552.

⁸⁵³ ADS, s. Ulmer/Habersack in: Ulmer/Brandner/Hensen § 305 Rn. 181.

⁸⁵⁴ BGH NJW-RR 1987, 94, 95; OLG Koblenz NJW-RR 1988, 1306; Roth BB 1992 Beilage 4, 1, 3; Fink BB 1982, 80; aA Roller BB 1981, 587.

⁸⁵⁵ S. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragungen, Bd. I, 87; Graf Lambsdorff, Handbuch des Eigentumsvorbehalts, Rn. 47 ff.

⁸⁵⁶ BGH NJW 1978, 2243.

⁸⁵⁷ BGH VersR 1980, 383; OLG Hamburg EWiR § 346 HGB 1/97, 895 mAnm Mankowski.

⁸⁵⁸ § 310 I 2 BGB.

die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern. Diese Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 10 III der E-Commerce-RL 2000/31 BGB. Sie soll dem jeweiligen Kunden ermöglichen, auch nach dem Vertragsabschluss dauerhaft Einblick in die für den Vertrag maßgebenden Bedingungen nehmen zu können. Die nachstehenden Ausführungen dienen nur einem Überblick über diese Sonderregel, wohingegen AGB-rechtliche Fragestellungen des elektronischen Rechtsverkehrs in ihrem jeweiligen Kontext behandelt werden.

- 151 Die aus § 312i I Nr. 4 BGB folgenden Anforderungen gelten gleichermaßen für den Rechtsverkehr mit **Verbrauchern** wie für denjenigen mit **Unternehmern**. Die Regelung geht insofern zunächst in persönlicher Hinsicht über § 305 II BGB hinaus. Gemäß § 312f darf von dieser Vorschrift zu Ungunsten des Verbrauchers oder des Kunden nicht abgewichen werden; sie enthält mithin einseitig **zwingendes Recht**. Das gilt auch, soweit es um Abweichungen durch individuelle oder ausgehandelte Vereinbarungen geht. Von § 312i I Nr. 4 BGB abweichende Vereinbarungen werden auch durch § 312i II 2 BGB nicht zugelassen. Da das Abweichungsverbot ebenfalls nicht nur für Verbraucher gilt, erfasst es alle Abnehmer von Gütern oder Dienstleistungen im Falle einer Vertragsanbahnung im elektronischen Geschäftsverkehr. Mithin kann die Vorschrift auch Unternehmern gegenüber nicht abbedungen werden.⁸⁵⁹
- 152 Die Bereichsausnahme für individuelle Kommunikation in § 312i II 1 BGB gilt nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut für die AGB-rechtlichen Anforderungen des § 312i I Nr. 4 BGB nicht, weil ein Bedürfnis für eine Anwendung auch dann besteht, wenn AGB einer individuellen E-Mail beigelegt werden. Die Vorschrift erfasst also den Vertragsabschluss durch Austausch **individueller E-Mails**.⁸⁶⁰
- 153 Sachlich geht § 312i I Nr. 4 BGB über § 305 II BGB hinaus. Das in § 312i I Nr. 4 BGB vorgesehene Erfordernis der Verschaffung der **Möglichkeit zur dauerhaften Speicherung** ist in § 305 II BGB nicht enthalten. Dies ist insofern von Bedeutung, als sich die Rechtsfolgen beider Vorschriften unterscheiden. Den Anforderungen des § 312i I Nr. 4 BGB genügt der Verwender, wenn er die Vertragsbedingungen auf einem dauerhaften Datenträger, etwa auch per E-Mail, in einem gängigen Format zur Verfügung stellt oder im Internet zum Download bereithält.
- 154 Den **Rechtsfolgen** nach führt ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 312i I Nr. 4 BGB nicht dazu, dass die AGB nicht in den Vertrag einbezogen werden.⁸⁶¹ Vielmehr steht dem Vertragspartner zunächst ein **Erfüllungsanspruch** zu. Er kann auch nachträglich noch verlangen, dass ihm die AGB in der von § 312i I Nr. 4 BGB vorgesehenen Form zur Verfügung gestellt werden.⁸⁶² In Betracht kommen ferner ein **Schadensersatzanspruch** aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB (nachstehende Rn.) sowie eine verbraucherrechtliche oder eine wettbewerbsrechtliche **Unterlassungsklage** (§ 2 I, II Nr. 2 UKlaG bzw. §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG).⁸⁶³

XIII. Haftung wegen unterlassenen Hinweises

- 155 Der nach § 305 II Nr. 1 BGB erforderliche Hinweis beruht nicht auf einer Pflicht des Verwenders, sondern stellt eine Wirksamkeitsvoraussetzung dar, deren Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit der AGB, nicht aber zu einer Schadensersatzpflicht führt. Da § 305 II Nr. 1 BGB jedoch nur einen globalen Hinweis verlangt (→ Rn. 70), können die AGB zum Vertragsinhalt werden, ohne dass auf wichtige Klauseln besonders hingewiesen wurde.

⁸⁵⁹ BT-Drs. 14/6040, 172.

⁸⁶⁰ BT-Drs. 14/6040, 172.

⁸⁶¹ BT-Drs. 14/6040, 172.

⁸⁶² BT-Drs. 14/6040, 172.

⁸⁶³ BT-Drs. 14/6040, 172.