

Betriebs Berater

38 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **AGB-Recht** ... **EU-Beihilferecht** ... **Organschaft** ... Recht 18.9.2017 | 72. Jg.
Seiten 2177–2240

DIE ERSTE SEITE

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA

Der börsennotierte Kartellant: Reden oder Schweigen?

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Marius Mann, RA, MBA, M.Jur.

Die Einbeziehung von AGB in Verträgen zwischen Unternehmern | 2178

Stephan Schneider, Richter

Branchenbuch-Fälle – Verwendung verschleierte Rechtswahlklauseln in betrügerischer Absicht | 2184

Dr. Julia Sophia Habbe, RAin, und **Dr. Konrad Gieseler**, RA

Einführung einer Musterfeststellungsklage – Kompatibilität mit zivilprozessualen Grundlagen | 2188

STEUERRECHT

Dr. Andreas Bartosch, RA

Nationale Steuersysteme im Fadenkreuz des EU-Beihilferechts – wer bestimmt künftig den Maßstab? | 2199

Dr. Johann Wagner, LL.M., RA/StB, und **Nico Fuchs**, RA

Umsatzsteuerliche Organschaft: Zwingendes Ende der finanziellen Eingliederung durch Insolvenz einer Gesellschaft? | 2202

Prof. Dr. Claus Koss, StB/WP

Erschließungsbeiträge als Handwerkerleistungen? | 2209

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Michael Hommel, StB, und **Theresa Ummenhofer**, M. Sc.

Rückstellungen nach dem Realisationsprinzip – eine Analyse der jüngeren BFH-Rechtsprechung | 2219

ARBEITSRECHT

Thomas Ubber, RA/FAArbR, und **Michaela Massig**, RAin

Die Betriebsvereinbarungsoffenheit Allgemeiner Geschäftsbedingungen – ein Ausweg aus der „Ewigkeitsbindung“ durch Bezugnahme Klauseln? | 2230

Dr. Marius Mann, RA, MBA, M.Jur. (Oxford)

Die Einbeziehung von AGB in Verträgen zwischen Unternehmern

Die wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wirft auch und gerade im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern häufig Probleme auf. Zwar ist unbestritten, dass die wirksame Einbeziehung von AGB auch im Verkehr zwischen Unternehmern einer sogenannten Einbeziehungsvereinbarung bedarf. Bezüglich der Anforderungen, die im Einzelfall an diese Einbeziehungsvereinbarung zu stellen sind, herrscht aber zum Teil erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Digitalisierung und Beschleunigung der Kommunikation sowie die Internationalisierung der Vertragsbeziehungen und Warenströme verstärkt zudem das Aufkommen unterschiedlicher Einbeziehungskonstellationen. Der Beitrag stellt zunächst – in gebotener Kürze – die grundsätzlichen Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr dar und beleuchtet anschließend einzelne Einbeziehungskonstellationen, die in der Praxis immer wieder Probleme aufwerfen.

I. Die Einbeziehungsvoraussetzungen im Unternehmerrechtsverkehr

Die Rechtsunsicherheit, die in Bezug auf die Voraussetzungen einer Einbeziehungsvereinbarung im Einzelfall vorliegen müssen, ist zum einen darauf zurückzuführen, dass der Umfang und die Grenzen der Einbeziehungsvoraussetzungen wegen § 310 Abs. 1 BGB weitgehend durch die Rechtsprechung bestimmt und konkretisiert werden, was eine Fülle an Entscheidungen unterschiedlicher Instanzgerichte und sogar BGH-Senate mit sich bringt, aus denen sich nicht immer ein einheitliches Bild ableiten lässt. Zum anderen hält der kaufmännische Verkehr eine schier unerschöpfliche Fülle an Lebenssachverhalten vor, die jeweils einer individuellen rechtlichen Betrachtung bedürfen.¹ Zwar finden die spezifischen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 und 3 BGB im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern wegen § 310 Abs. 1 S. 1 BGB keine Anwendung. Auch im unternehmerischen Rechtsverkehr gilt aber, dass AGB nur dann Vertragsinhalt werden, wenn sie wirksam einbezogen wurden.² Ob dies im Einzelfall erfolgt ist, hängt entscheidend davon ab, ob die vertragliche Einigung der Vertragsparteien sich auch auf die Einbeziehung der AGB erstreckt (sog. Einbeziehungsvereinbarung). Falls insoweit Zweifel bestehen, ist erforderlichenfalls durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB und Handelsbrauch gemäß § 346 HGB zu ermitteln, ob die Parteien der Geltung bestimmter AGB zugestimmt haben. Zu den Voraussetzungen des Unternehmerbegriffs und der Einbeziehungsvereinbarung im Einzelnen:

1. Unternehmerbegriff

Wer Unternehmer ist, ergibt sich aus § 14 BGB. Danach kommt es für die Unternehmereigenschaft darauf an, dass der Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung der gewerblichen oder selbständigen be-

ruflichen Tätigkeit der handelnden Person erfolgt. Entsprechend sind nicht nur juristische Personen, sondern z. B. auch Freiberufler, Handwerker, Landwirte, Kleingewerbetreibende, Einzelhandelskaufleute, Bauunternehmer, Werbeagenturen oder Autovermieter Unternehmer, selbst wenn sie nicht im Handelsregister eingetragen sind.³ Auf die Absicht einer Gewinnerzielung kommt es nicht an.⁴ Auch nebenberufliche unternehmerische Tätigkeiten können dazu führen, dass die Unternehmereigenschaft im Sinne des § 14 BGB angenommen wird. Dies soll beispielsweise für sogenannte eBay-Power-Seller gelten.⁵ Gleiches gilt für Existenzgründer, wenn diese Geschäfte tätigen, die der Gründung des Unternehmens dienen.⁶

2. Einbeziehungsvereinbarung

Getreu der Lehre von Angebot und Annahme und der Kongruenz zweier Willenserklärungen muss der AGB-Verwender grundsätzlich seinen Willen kundtun, den Vertrag unter Geltung seiner AGB abzuschließen. Dies ist auch stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten möglich.⁷ Das Verhalten der anderen Vertragspartei muss als Einverständnis zu werten sein. Anders als im nicht gewerblichen Bereich besteht jedoch zwischen Unternehmern grundsätzlich keine Pflicht des AGB-Verwenders, dem Vertragspartner aktiv den Inhalt seiner AGB zu übermitteln.⁸ Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Vertragspartner in der Lage sein, sich über die Bedingungen ohne weiteres Kenntnis zu verschaffen.⁹

Die Verschaffung der Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme durch den AGB-Verwender setzt einen zutreffenden Hinweis voraus, wo der Vertragspartner die AGB einsehen kann. Bei diesem Punkt ergeben sich zum Teil diffizile Abgrenzungsfragen, denn die Beschaffungsobliegenheit des Vertragspartners ist auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht grenzenlos. Fordert der Vertragspartner den Verwender beispielsweise dazu auf, ihm eine Fundstelle zu nennen oder die AGB zu übersenden, so scheidet die Einbeziehung der AGB, wenn der AGB-

1 Dieser Beitrag ist keine Abhandlung zu der Frage, ob und inwieweit das AGB-Recht im b2b-Bereich reformbedürftig ist, vgl. zu dieser Debatte etwa Müller, BB 2009, 2658; ders., NZM 2016, 185; Graf von Westphalen, NZM 2016, 10; Schmidt, NJW 2011, 3329 ff.

2 BGH, 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, 194, BB 1992, 879; OLG Dresden, 13.2.1998 – 8 U 2863/97, NJW-RR 1999, 846, 847.

3 Ellenberger, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 14, Rn. 2; Micklitz/Purnhagen, in: Münch-KommBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 14, Rn. 5.

4 BGH, 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250, 2251, Rn. 16.

5 OLG Frankfurt a. M., 22.12.2004 – 6 W 153/04, NJW 2005, 1438; LG Berlin, 5.9.2006 – 103 O 75/06, MMR 2007, 401; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 14, Rn. 2.

6 Sog. Geschäfte des Gründungsvorgangs, wie etwa das Anmieten von Geschäftsräumen, vgl. BGH, 24.2.2005 – III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 257. Dies gilt aber nicht im Rahmen solcher Geschäfte, die nur die Entscheidung vorbereiten, ob überhaupt es überhaupt zu einer Existenzgründung kommen soll, BGH, 15.11.2007 – III ZR 295/06, NJW 2008, 435, 436.

7 BGH, 20.3.1985 – VIII ZR 327/83, BB 1985, 1150, NJW 1985, 1838, 1839; BGH, 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, BB 1992, 879, 880.

8 Dies gilt zumindest im deutschen Recht, BGH, 30.6.1976 – VIII ZR 267/75, NJW 1976, 1886, 1887 m. w. N. Zu den Besonderheiten des UN-Kaufrechts, s. Ziff. II. 13.

9 BGH, 18.6.1971 – I ZR 83/70, NJW 1971, 2126, 2127; BGH, 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, BB 1992, 879, 881.

Verwender dieser Aufforderung nicht nachkommt oder die Fundstelle unrichtig ist bzw. ins Leere geht (Näheres hierzu unter II.).¹⁰

II. Praxisrelevante Einbeziehungskonstellationen

Nachfolgend werden Einbeziehungskonstellationen besprochen, die in der Praxis häufig vorkommen und deren rechtliche Beurteilung teils erhebliche Probleme aufwerfen.

1. Der Ausgangsfall: Bestellung und Auftragsbestätigung

Bekanntermaßen werden Verträge auch zwischen Unternehmern durch Angebot und Annahme bzw. Bestellung und Bestellbestätigung abgeschlossen. Formerfordernisse sind hierfür grundsätzlich nicht einzuhalten. Dies gilt auch für die Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Verkehr. Die AGB müssen bei Vertragsschluss grundsätzlich auch nicht schriftlich übergeben werden. Die Einbeziehung von AGB ist demnach auch mündlich möglich, z.B. durch mündliche Inbezugnahme im Rahmen einer mündlichen Bestellung, die vom Vertragspartner ohne Ergänzungen oder Änderungen bestätigt wird (wobei die Bestätigung z.B. auch wortlos durch Auslieferung der Bestellung erfolgen kann).

Wird in einer Auftragsbestätigung erstmalig Bezug auf die AGB des Bestätigenden genommen, so liegt hierin gemäß § 150 Abs. 2 BGB eine Ablehnung des vom Besteller gemachten Angebotes verbunden mit einem neuen Angebot des Bestätigenden, welches auf Abschluss eines Vertrages unter Einbeziehung seiner AGB abzielt (modifizierende Auftragsbestätigung).¹¹ Ein Vertragsschluss unter wirksamer Einbeziehung der AGB des Bestätigenden setzt nunmehr voraus, dass der Besteller diese modifizierte Auftragsbestätigung (neues Angebot) annimmt. In der bloß widerspruchslosen Entgegennahme der modifizierten Auftragsbestätigung kann noch keine stillschweigende Annahmeerklärung und Einbeziehungsvereinbarung gesehen werden.¹² Von einer stillschweigenden Annahme bzw. Einbeziehungsvereinbarung kann aber u.U. dann ausgegangen werden, wenn der Besteller die ihm angebotene Vertragsleistung widerspruchslos entgegennimmt, insbesondere wenn die Gegenseite vorher deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie nur unter ihren Bedingungen zur Leistung bereit ist.¹³ Insoweit bedarf es also eines weiteren Aktes, nämlich der widerspruchslosen Entgegennahme der Vertragsleistung.

Praxishinweis: Von großer praktischer Bedeutung ist der Fall, dass die Vertragspartei, welche die Hauptleistung entgegennimmt (i.d.R. der Besteller), der Einbeziehung der in der Auftragsbestätigung bezeichneten AGB zwar nicht ausdrücklich widersprochen, aber in der vorgelagerten Korrespondenz (z.B. durch eine besondere Erklärung oder eine gegen abweichende AGB der anderen Partei gerichtete Abwehrklausel) deutlich gemacht hat, nicht unter den AGB seines Vertragspartners kontrahieren zu wollen. In dieser Konstellation kann sogar die widerspruchslose Leistungsannahme der Leistung *nicht* als Einverständnis mit den AGB des Bestätigenden ausgelegt werden. Empfohlen wird daher, Abwehrklauseln zu verwenden.

2. Nachschieben von AGB

Sofern auf AGB bei Vertragsschluss nicht Bezug genommen wurde, ist es grundsätzlich ungenügend, AGB erst nach Vertragsschluss nachzuschieben. Derartige Fälle, in denen beispielsweise ein Verweis auf die

AGB erstmals im Lieferschein oder auf der Rechnung enthalten ist, sind in der Praxis immer wieder zu beobachten.¹⁴ Dies kann allenfalls dann zu einer wirksamen Einbeziehung von AGB führen, wenn der Lieferschein oder die Rechnung zugleich die Auftragsbestätigung darstellt und der Vertragspartner erkennen lässt, dass er die Leistung (und damit auch die AGB) unwidersprochen annimmt und die AGB damit auch gegen sich gelten lassen will, indem er z.B. zahlt oder die gelieferten Produkte nutzt.

Praxishinweis: Wer Zweifel an einer wirksamen Einbeziehung in jedem Fall schon im Grundsatz ersticken will, der sollte den Verweis auf AGB in der Bestellung nicht unterhalb der Unterschriftsleiste, sondern im Text platzieren. Ein zusätzlicher Abdruck der AGB, beispielsweise auf der Rückseite der Bestellung oder der Auftragsbestätigung ist im unternehmerischen Geschäftsverkehr dagegen nicht zwingend erforderlich, aber natürlich aus Gründen der Klarheit empfehlenswert.

3. Kommentarlos Übersendung von AGB

Enthält der Text einer Bestellung oder ggf. auch Auftragsbestätigung keinen Hinweis auf die eigenen AGB, so ist umstritten, ob diese durch kommentarlos Übersendung oder einen erstmaligen Hinweis auf der Rückseite einer Rechnung wirksam einbezogen sind.¹⁵ Grundsätzlich ist eine Einziehungsvereinbarung in solchen Fällen abzulehnen, wenn nicht im Einzelfall deutlich wird, dass der Vertragspartner mit der Geltung der AGB einverstanden ist.¹⁶

Ausnahmen können allenfalls im Rahmen von Handelsbräuchen oder bei Branchenüblichkeit gelten, wenn der Vertragspartner (Kunde) wusste oder wissen musste, dass der AGB-Verwender seinen Geschäftsabschlüssen AGB zugrunde zu legen pflegt, und der Vertragspartner ihre Anwendung nicht ausgeschlossen hat (sogenanntes „Wissen müssen“). Branchenüblichkeit wird zum Teil etwa im Rahmen von Speditions- oder Frachtgeschäften für die ADSP angenommen. Zum Handelsbrauch erstarkte AGB, wie etwa die Tegerenseer Gebräuche im Holzhandel, werden ohne Einbeziehung Vertragsbestandteil; dies ist allerdings ein Ausnahme- und Sonderfall.

Praxishinweis: Um Unklarheit zu den eigenen Lasten zu vermeiden, sollte in der Bestellung oder der Auftragsbestätigung klar und unmissverständlich auf die Geltung der eigenen AGB hingewiesen werden (und zwar im Text vor der Unterschriftszeile). Dies erhöht die Chance, dass die unwidersprochene Annahme der Leistung durch den Vertragspartner als stillschweigendes Einverständnis ausgelegt und eine wirksame Einbeziehungsvereinbarung zu Gunsten des AGB-Verwenders angenommen werden kann.

¹⁰ Typisches Beispiel hierfür ist die Übersendung eines Hyperlinks oder die Nennung der Homepage, auf der die AGB einsehbar sind. Ist der Hyperlink falsch oder die Homepage nicht aufrufbar, erfolgt keine Einbeziehung der AGB; vgl. auch OLG Hamm, 11.7.1983 – 2 U 86/83, DB 1983, 2619; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 53.

¹¹ St. Rspr., vgl. BGH, 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, BB 1995, 950, 951; *Basedow*, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 103; *Schlosser*, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2013, § 305, Rn. 196; *Roloff*, in: Erman, BGB, Bd. 1, 14. Aufl. 2014, § 305, Rn. 47.

¹² St. Rspr., vgl. etwa BGH, 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212, 216; BGH, 14.3.1963 – VII ZR 257/61, NJW 1963, 1248.

¹³ BGH, 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, BB 1995, 950, NJW 1995, 1671, 1672; BGH, 6.4.2000 – IX ZR 122/99, BB 2000, 2279 Ls, NJW-RR 2000, 1154, 1155.

¹⁴ Vgl. BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, NJW 1978, 2243.

¹⁵ Gegen diese Vorgehensweise OLG Hamburg, 19.9.1984 – 5 U 56/84, ZIP 1984, 1241; OLG Köln, 21.3.1997 – 19 U 174/96, VersR 1998, 464, 465; *Schlosser*, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2013, § 305, Rn. 127; *Stein*, in: Soergel, BGB, Bd. 3, 12. Aufl. 1991, § 2 AGBG, Rn. 34; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305, Rn. 170.

¹⁶ Vgl. auch BGH, 22.3.1995 – VIII ZR 20/94, BB 1995, 950, NJW 1995, 1671, 1672; BGH, 6.4.2000 – IX ZR 122/99, BB 2000, 2279 Ls, NJW-RR 2000, 1154; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 52 m. w. N.

4. Erstmaliger Hinweis auf die Geltung der AGB im Liefer- oder Transportschein

Sofern der Liefer- oder Transportschein erstmals einen Hinweis auf die Geltung der eigenen AGB enthält, gilt das vorstehend Gesagte. Zudem tritt in diesen Fällen das Problem auf, dass die Personen, die beim Empfänger mit den AGB konfrontiert werden (i. d. R. Mitarbeiter aus der Logistik), häufig nicht befugt sind, Verträge abzuschließen oder abzuändern. Teilweise wird daher darauf verwiesen, dass AGB auf Seiten des Vertragspartners (Kunden) auch den für Vertragsabschlüsse zuständigen Personen zur Kenntnis gelangen müssen. Dies seien Lagerhalter oder Logistikmitarbeiter (an sich auch der Buchhalter), an den Lieferscheine oder Rechnungen gehen, in der Regel nicht.¹⁷ Indessen ist davon auszugehen, dass der Empfänger sich das Verhalten seiner für ihn handelnden Personen nach allgemeinen Grundsätzen zurechnen lassen muss. Es kommt im Ergebnis also darauf an, ob der Mitarbeiter, der Kenntnis von den AGB erlangt, Wissensvertreter im Sinne des § 166 BGB analog ist. Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn (Unternehmers) dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen, zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzugeben.¹⁸ Im Einzelfall kommt es daher auf die Größe und Organisationsstruktur des Unternehmens und die Stellung, Funktion und Aufgabenzuweisung des Mitarbeiters an, der die AGB (d. h. den Liefer- oder Transportschein) entgegen nimmt.¹⁹

5. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Im Gegensatz zur modifizierenden Auftragsbestätigung (s. o. Ziffer II. 1.) liegt in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben kein neues, eigenständiges Angebot, das wiederum der Annahme bedürfte. Vielmehr kommt der Vertrag mit dem im kaufmännischen Bestätigungsschreiben benannten Inhalt zustande, wenn die andere Partei nicht rechtzeitig widerspricht.²⁰ Dies gilt natürlich nur insoweit, als der Inhalt des Bestätigungsschreibens im Wesentlichen das wiedergibt, was in den vorausgehenden Verhandlungen zwischen den Parteien besprochen wurde (genehmigungsfähiger Inhalt).²¹

Grundsätzlich ist auch die Einbeziehung von AGB durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben möglich.²² Wird in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben also erstmals auf die AGB des Bestätigenden Bezug genommen, können diese folglich bereits durch das bloße Schweigen des Vertragspartners in den Vertrag mit einbezogen werden;²³ dies gilt selbst dann, wenn die AGB nicht beigefügt sind.²⁴ Irrelevant ist, ob das kaufmännische Bestätigungsschreiben ein Angebot oder eine Annahme darstellt. Voraussetzung ist jedoch, dass klar und unmissverständlich auf die AGB hingewiesen wird. Die bloße Beifügung oder der Abdruck der AGB ohne entsprechenden Hinweis genügt i. d. R. nicht.²⁵

Darüber hinaus sind die allgemein für das kaufmännische Bestätigungsschreiben entwickelten Grundsätze zu beachten. Die Bestätigung darf nicht bewusst unrichtig oder entstellt sein.²⁶ Ferner darf der Inhalt des Bestätigungsschreibens auch nicht so weit von den vorausgegangenen Abreden abweichen, dass der Absender redlicher Weise nicht mehr auf eine Billigung durch seinen Vertragspartner vertrauen durfte.²⁷ Üblicherweise dürfte sich die erstmalige Beifügung von AGB in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben noch im Rahmen dessen bewegen, mit was der Vertragspartner redlicher Weise rechnen musste. Dies gilt freilich nicht, wenn die AGB unübliche Klauseln enthalten, welche die Leistungsbestimmung ändern oder

überraschend sind; wobei im letzteren Fall bereits § 305c Abs. 1 BGB greift und zur Unanwendbarkeit der betreffenden Klausel führt.

6. Vertragsschlüsse über das Internet

Sofern Verträge mittels moderner Kommunikationsmittel (z. B. E-Mail, SMS, Facebook oder WhatsApp) geschlossen werden, gilt zwischen Unternehmern nichts anderes als beim Vertragsschluss mittels Fax oder Brief. Der AGB-Verwender muss auf die Geltung seiner AGB hinweisen und dem Vertragspartner in zumutbarer Weise die Möglichkeit zur Kenntniserlangung der AGB verschaffen. Gleiches gilt auch für Internet-Bestellplattformen, Händler-Bestellportale und virtuelle Marktplätze. Es ist anerkannt, dass bei einem auf elektronischem Wege geschlossenen Vertrag die Einbeziehung von AGB auch durch das sog. „click wrapping“, also das Anklicken von Masken auf einer Internetseite, möglich ist.²⁸

7. Einbeziehung von AGB unter einem Rahmenvertrag

Rahmen- oder Lieferverträge, die den Rahmen für eine laufende Lieferbeziehung abstecken, enthalten häufig den Hinweis, dass ergänzend zu der Rahmenvereinbarung die AGB einer Vertragspartei (beispielsweise des Verkäufers) Anwendung finden. Eine solche Vereinbarung ist ohne weiteres möglich, sofern der Rahmenvereinbarung der ausdrückliche Wille des Verwenders entnommen werden kann, dass seine AGB für künftige Rechtsgeschäfte (beispielsweise Einzelkaufverträge unter dem Rahmenvertrag) gelten sollen, was üblicherweise der Fall ist.²⁹

Der Vertragspartner muss sich selbstverständlich mit der Geltung der AGB für künftige Rechtsgeschäfte einverstanden erklären. Dieses Einverständnis ist mit der Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung erteilt. Insbesondere für den AGB-Verwender empfiehlt es sich, darauf zu achten, dass die aktuelle Fassung der einzubeziehenden AGB dem Vertrag als Anlage beigefügt ist. Dies ist natürlich nicht zwingend, da der Vertragspartner des AGB-Verwenders im Geschäftsverkehr lediglich die Möglichkeit erhalten muss, sich über die Bedingungen ohne weiteres Kenntnis zu verschaffen. Potenziellen Streitigkeiten über eine

17 Vgl. Schmidt, NJW 2011, 3329, 3332.

18 BGH, 24.1.1992 – V ZR 262/90, BB 1992, 456 f.

19 Ähnlich auch BGH, 6.12.1990 – I ZR 138/89, BB 1991, 501, 502.

20 Vgl. hierzu Pamp, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 346, Rn. 38, 40; Busche, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 147, Rn. 9; Schlosser, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2013, § 305, Rn. 197.

21 St. Rspr., vgl. etwa BGH, 24.9.1952 – II ZR 305/51, BGHZ 7, 187, 190; BGH, 27.10.1953 – I ZR 111/52, BGHZ 11, 1, 4.

22 BGH, 24.9.1952 – II ZR 305/51, BGHZ 7, 187, 190; BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, NJW 1978, 2243, 2244; BGH, 5.5.1982 – VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1751.

23 BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, NJW 1978, 2243, 2244; OLG Karlsruhe, 11.2.1993 – 4 U 61/92, DZWIR 1994, 70, 71; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 52; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 346, Rn. 17.

24 BGH, 24.9.1952 – II ZR 305/51, BGHZ 7, 187, 190; BGH, 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212, 216; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 52; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 346, Rn. 17.

25 OLG Düsseldorf, 30.12.1964 – 5 U 237/62, NJW 1965, 761, 762; Basedow, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 104; Schlosser, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2013, § 305, Rn. 197, jeweils m. w. N.

26 St. Rspr., vgl. nur BGH, 27.10.1953 – I ZR 111/52, BGHZ 11, 1, 4; BGH, 26.6.1963 – VIII ZR 61/62, BGHZ 40, 42, 45.

27 BGH, 24.9.1952 – II ZR 305/51, BGHZ 7, 187, 192 f.; BGH, 27.10.1953 – I ZR 111/52, BGHZ 11, 1, 4; BGH, 25.2.1987 – VIII ZR 341/86, BB 1987, 1348, NJW 1987, 1940, 1942; Pamp, in: Oetker, HGB, 4. Aufl. 2015, § 346, Rn. 60; Busche, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 147, Rn. 18.

28 Der EuGH hat jüngst entschieden, dass „click-wrapping“ selbst den Formanforderungen des Art. 23 Abs. 2 der Brüssel-I-VO (Gerichtsstandsvereinbarung, nun in Art. 25 Abs. 2 Brüssel-II-VO geregelt) genügt, wenn das Ausdrucken und Speichern des Textes der Geschäftsbedingungen vor Abschluss des Vertrags ermöglicht wird, vgl. EuGH, 21.5.2015 – C-322/14, BB 2015, 2830.

29 Vgl. BGH, 18.6.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112.

wirksame Einbeziehung der AGB oder darüber, in welcher Fassung die AGB gelten sollen, wird indessen in weiten Teilen der Boden entzogen, wenn der AGB-Verwender seine AGB als Anlage zum Rahmenvertrag beifügt.

Praxishinweis: Verweist ein Rahmenvertrag auf AGB, sollten diese als Anlage beigefügt werden, um Streitigkeiten über die bei Vertragsabschluss geltende AGB-Fassung zu vermeiden. Zudem ist eine Klausel empfehlenswert, welche die Geltungsreihenfolge des Rahmenvertrags selbst zu den als Anlage beigefügten AGB und weiterer Dokumente und Anlagen regelt. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass es zwischen den Regelungen des Rahmenvertrags und den einzelnen AGB-Klauseln häufig zu Abweichungen oder Doppelungen kommt. Eine Vertragsklausel, der beispielsweise zu entnehmen ist, dass in erster Linie die Regelungen des Rahmenvertrags gelten und nachrangig – also ergänzend – die AGB, vermeidet Unklarheiten, die im Zweifel zu Lasten des AGB-Verwenders gehen würden.

8. Erstreckungsklauseln

Unter einer Erstreckungsklausel ist eine Klausel zu verstehen, nach der die betreffenden AGB auch sämtlichen zukünftigen Verträgen zwischen den Parteien zugrunde liegen sollen. Im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen (z.B. Rahmenverträgen) können derartige Bestimmungen problemlos getroffen werden. Dies gilt nicht in gleichem Maße für Einzelschuldverhältnisse, z.B. einen Kauf- oder Werkvertrag. Anders als bei der Einbeziehung von AGB unter einem Rahmenvertrag (Dauerschuldverhältnis) ist beim Abschluss eines gewöhnlichen Kaufvertrags nicht damit zu rechnen, dass Bestimmungen aus diesem Einzelschuldverhältnis in Zukunft – also über die Abwicklung des Kaufgeschäfts hinaus – Wirkung entfalten sollen. AGB-Erstreckungsklauseln in Einzelschuldverhältnissen sind daher überraschend und werden wegen § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil. Etwas anderes gilt freilich, wenn die Parteien eine Individualvereinbarung treffen oder das Verhalten der Parteien auf eine längere Zusammenarbeit abzielt und der Abschluss des Kaufvertrags lediglich den Beginn einer faktisch gelebten Dauerschuldbeziehung markiert.

Wenn Kaufleute in laufender Geschäftsverbindung zueinander stehen und frühere Verträge zwischen ihnen stets zu den Geschäftsbedingungen der einen Seite (des AGB-Verwenders) abgeschlossen haben und der AGB-Verwender unmissverständlich zu erkennen gegeben hat, dass er regelmäßig Geschäfte nur auf der Grundlage seiner AGB tätigen will, kann ausnahmsweise von einer Wirkungserstreckung ausgegangen werden.³⁰

Sofern sich die Wirkungserstreckung auf künftige Verträge lediglich aus den AGB selbst – und nicht etwa aus dem mündlich oder schriftlich geschlossenen (Kauf)Vertrag ergibt – müssen die AGB dem Vertragspartner unmittelbar (durch Aushändigung) zur Kenntnis gebracht werden. Die bloße Möglichkeit zur Kenntnisnahme reicht in diesem Fall nicht aus.³¹

9. Wiederkehrende Hinweise in laufenden Geschäftsverbindungen

Anders als Rahmenvereinbarungen oder Erstreckungsklauseln kann sich im Rahmen laufender Geschäftsverbindungen die Frage einer wirksamen Einbeziehung von AGB auch dann stellen, wenn in der Geschäftsverbindung von zwei Unternehmern einer dieser Unternehmer einen immer wiederkehrenden Hinweis auf die AGB des Verwen-

ders (z.B. in Rechnungen) unwidersprochen gelassen hat.³² In diesem Fall können die AGB des Verwenders auch dann Vertragsbestandteil werden, wenn er auf sie bei einem konkret in Frage stehenden Vertragsschluss nicht erneut hingewiesen hat.³³ Darüber hinaus können durch wiederkehrende Hinweise im Rahmen einer laufenden Geschäftsverbindung auch neue, im Vergleich zu vergangenen Vertragsschlüssen abgeänderte AGB zum Inhalt eines nachfolgenden Vertrages gemacht werden.³⁴ Hierzu im Einzelnen:

a) Wirksame Einbeziehung der AGB in vorangegangene Verträge

Entscheidend ist jeweils, dass das Schweigen des Vertragspartners tatsächlich als stillschweigendes Einverständnis mit der Geltung der AGB des Verwenders gewertet werden kann, denn es kommt maßgeblich darauf an, ob eine Einbeziehungsvereinbarung vorliegt, die natürlich auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen kann.³⁵ Um eine solche Annahme einer stillschweigenden Einbeziehung im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung zu rechtfertigen, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Zunächst muss tatsächlich eine laufende Geschäftsbeziehung vorliegen. Hierfür bedarf es einer gewissen Häufigkeit von Vertragsabschlüssen. Lediglich sporadische Geschäftskontakte oder die vereinzelt Einbeziehung von AGB genügen nicht. Wo hier die Grenze zu ziehen ist, lässt sich nicht allgemein festlegen. Die Rechtsprechung ist in Bezug auf dieses Kriterium uneinheitlich und lässt bislang keine klare Richtlinie erkennen. Letztlich sind – wie immer – die Umstände des Einzelfalles entscheidend. Weiter ist erforderlich, dass die AGB des Verwenders auch tatsächlich in die vorangegangenen Verträge einbezogen worden sind. Dies setzt voraus, dass der Hinweis auf die Geltung der AGB einerseits inhaltlich eindeutig und andererseits von seiner Darstellung so ausgestaltet gewesen sein muss, dass er die Aufmerksamkeit eines auch nur oberflächlichen Lesers auf sich zieht.

b) Form der Hinweise auf eigene AGB

Neben der Frage, *wie* die Hinweise auf die AGB des Verwenders ausgestaltet sein müssen, kommt es auch darauf an, *auf welchen Dokumenten* die wiederholten Hinweise abgedruckt sind und wer von den Dokumenten Kenntnis erlangt hat, damit diese in künftigen Fällen tatsächlich als einbezogen gelten. Auch hier gelten die oben dargestellten Grundsätze der Wissenszurechnung mit dem Ergebnis, dass wiederkehrende Hinweise auf die Geltung der AGB in Lieferscheinen des Verwenders für eine Einbeziehung grundsätzlich nicht ausreichend sein dürften,³⁶ während dies bei Hinweisen auf Rechnungen ggf. anders zu beurteilen sein kann.³⁷ Selbstredend ist, dass es auch auf Rechnungen jedenfalls nicht an einem ausdrücklichen Hinweis

30 BGH, 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, BB 1992, 879, 881.

31 BGH, 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, BB 1992, 879, 881.

32 BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, NJW 1978, 2243, 2244; Berger, ZGS 2004, 415, 417.

33 BGH, 24.3.1965 – VIII ZR 71/63, NJW 1965, 1324, 1325; OLG Hamburg, 15.5.1986 – 3 U 178/85, NJW-RR 1986, 1177, 1178; Basedow, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 97; Roloff, in: Erman, BGB, Bd. 1, 14. Aufl. 2014, § 305, Rn. 48.

34 BGH, 6.12.1990 – I ZR 138/89, BB 1991, 501; Basedow, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 98; Fischer, BB 1995, 2491, 2492.

35 BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, NJW 1978, 2243; Fischer, BB 1995, 2491, 2492; Berger, ZGS 2004, 415, 418.

36 H. M., BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, NJW 1978, 2243, 2244; OLG Hamburg, 13.6.2002 – 3 U 168/00, WM 2003, 581, 583; Basedow, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 98; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 51; Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 11. Aufl. 2016, § 305, Rn. 35; ders., ZGS 2004, 415, 418; Fischer, BB 1995, 2491, 2492.

37 BGH, 7.6.1978 – VIII ZR 146/77, BB 1978, 1587; OLG Karlsruhe, 27.6.2002 – 9 U 204/01, NJW-RR 2002, 1722, 1723.

auf die AGB fehlen darf (ein Abdruck ist hingegen nicht notwendig). Sind die AGB aber lediglich auf der Rückseite der Rechnung abgedruckt, genügt dies nicht für eine Einbeziehung, wenn es an einer Bezugnahme auf die AGB auf der Vorderseite fehlt.³⁸

c) Kein Widerspruch

Schließlich darf der Vertragspartner des Verwenders der Geltung der AGB nicht widersprochen haben. Ein Widerspruch kann hierbei auch stillschweigend in Form einer Abwehrklausel in den eigenen AGB des Vertragspartners erfolgen.³⁹ In diesem Fall würden kollidierende AGB vorliegen (hierzu unten).

10. Einbeziehung künftiger AGB-Fassungen (dynamischer Verweis)

Vertragsparteien ist es unbenommen, die Geltung von bestimmten AGB für die gesamte Dauer ihrer Vertragsbeziehung zu vereinbaren. Typischerweise geschieht dies in Rahmenvereinbarungen. Problematisch ist hingegen der in der Praxis gebräuchliche Hinweis in Rahmenvereinbarungen, dass die AGB des Verwenders für die künftig unter dem Rahmenvertrag abzuschließenden Einzelkaufverträge „in ihrer jeweils gültigen Fassung“ zur Anwendung gelangen sollen, ohne dass diese Fassung bei Abschluss der Rahmenvereinbarung beigefügt (oder zumindest bekannt) wäre.

Ob in dieser dynamischen Verweisung eine wirksame Einbeziehung künftiger AGB-Fassungen des Verwenders gesehen werden kann, ist umstritten.⁴⁰ Da im Geschäftsverkehr weniger strenge Anforderungen an die Einbeziehung von AGB gelten, wird man dynamische Verweise zumindest dann als wirksam einbezogen betrachten dürfen, wenn der Verwender den Vertragspartner auf die neue Fassung seiner AGB hinweist.⁴¹ Hierfür muss ein formloser Hinweis ausreichen. Anderenfalls würden für die Einbeziehung der neuen AGB-Fassung im Ergebnis strengere Anforderungen gelten, als für die Einbeziehung der Ursprungsfassung. Dies würde die allgemeinen Grundsätze der Einbeziehung von AGB im kaufmännischen Verkehr überspannen.⁴²

Praxishinweis: Ausreichend ist ein Telefonat, eine sonstige mündliche Äußerung, eine E-Mail oder ein Schreiben mit dem Hinweis, (i) dass eine (konkrete) Änderung der AGB erfolgt ist, und (ii) wo die geänderten AGB eingesehen werden können. Hierzu genügt ein zutreffender Verweis auf die Homepage⁴³ oder die Übermittlung der geänderten AGB auf Anforderung des Vertragspartners. Am klarsten und sichersten ist aber stets die unaufgeforderte Übermittlung der geänderten AGB mit einem entsprechenden Hinweisschreiben.

11. Kollidierende AGB

Die rechtliche Behandlung sich widersprechender, kollidierender AGB ist gerade im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern von enormer praktischer Relevanz. Da jeder Unternehmer regelmäßig nur zu seinen eigenen, für ihn günstigen AGB kontrahieren will, kommt es im Rahmen der Einbeziehung von AGB besonders häufig zu Widersprüchen zwischen den jeweils in Bezug genommenen AGB der Vertragsparteien. Typische Konstellation sind Verkaufs- und Lieferbedingungen einerseits sowie Einkaufsbedingungen andererseits, die sich widersprechen. Einigkeit besteht in solchen Fällen dahingehend, dass jedenfalls das Zustandekommen des Vertrages nicht an der fehlenden Einigung der Parteien über die Frage der Geltung der einen oder der anderen AGB scheitern soll. Dies gilt

erst Recht dann, wenn die Parteien den Vertrag umsetzen. Der Vollzug des Vertrags zeigt nämlich, dass die Parteien den Vertragsabschluss nicht an einer fehlenden Einigung über die Geltung der AGB scheitern lassen wollen.⁴⁴

Damit ist allerdings noch nicht die Frage geklärt, mit welchem Inhalt – insbesondere unter Geltung welcher AGB – der Vertrag bei kollidierenden AGB zustande kommt. Die früher unter Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB vertretene Auffassung, dass jeweils die AGB zum Vertragsinhalt werden, auf welche zuletzt verwiesen wurde („Theorie des letzten Wortes“),⁴⁵ gilt heute aufgrund der damit verbundenen Zufälligkeiten zu Recht als überholt. Um der Problematik kollidierender AGB gerecht zu werden, bedarf es vielmehr einer differenzierteren Betrachtungsweise. Soweit sich die AGB der beiden Vertragsparteien decken, werden sie Vertragsbestandteil.⁴⁶ Soweit sich die jeweiligen AGB-Klauseln dagegen widersprechen, werden sie nicht Vertragsinhalt. Nach dem Rechtsgedanken des § 306 Abs. 2 BGB sind stattdessen die gesetzlichen Vorschriften anzuwenden.⁴⁷ Durch dieses „Prinzip der Kongruenzgeltung“ wird dem Willen der Parteien größtmöglich Rechnung getragen.

In der Praxis tritt häufig der Fall auf, dass lediglich die AGB einer Vertragspartei Regelungen zu einer bestimmten Frage enthalten, während die AGB der anderen Vertragspartei insoweit schweigen oder in Betreff auf diese Frage unwirksam sind.⁴⁸ Was dann als in den Vertrag einbezogen gilt, wird nicht einheitlich beurteilt. Überwiegend wird darauf abgestellt, ob der anhand der sonstigen Umstände zu ermittelnde Wille des Vertragspartners als stillschweigendes Einverständnis mit der Geltung der entsprechenden Klauseln gewertet werden kann.⁴⁹ Insoweit spielen Abwehrklauseln, also der Hinweis, dass anderslautende Vertragsbedingungen nicht gelten, eine bedeutende Rolle.⁵⁰

Praxishinweis: Die Auslegung des Parteiwillens, ergibt im Falle einer Abwehrklausel regelmäßig, dass sich widersprechende und vor allem auch zusätzliche, ergänzende Klauseln der anderen Vertragsseite ausgeschlossen werden sollen. Achten Sie daher darauf, dass Ihre AGB eine Abwehrklausel enthalten.

38 OLG Hamburg, 19.9.1984 – 5 U 56/84, ZIP 1984, 1241; OLG Köln, 21.3.1997 – 19 U 174/96, VersR 1998, 464, 465; Basedow, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 98; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 51.

39 Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 11. Aufl. 2016, § 305, Rn. 35.

40 Dafür Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 50; dagegen Stadler, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 305, Rn. 21; ferner (allerdings offenbar beschränkt auf Nicht-Kaufleute) Berger, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 11. Aufl. 2016, § 305, Rn. 42; Basedow, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, § 305, Rn. 90.

41 Vgl. auch Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 51.

42 Vgl. auch OLG Koblenz, 6.5.1983 – 2 U 91/82, BB 1983, 1635.

43 OLG Bremen, 11.2.2004 – 1 U 68/03, NJOZ 2004, 2854, 2856.

44 BGH, 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, BGHZ 61, 282, 285; OLG Koblenz, 14.7.1983 – 6 U 977/82, BB 1984, 1319, WRP 1984, 426; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305, Rn. 54; Schlosser, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl. 2013, § 305, Rn. 206; Roloff, in: Erman, BGB, Bd. 1, 14. Aufl. 2014, § 305, Rn. 54; Becker, in: Bamberger/Roth, BGB, 40. Ed., Stand: 1.5.2016, § 305, Rn. 82.

45 BGH, 17.9.1954 – I ZR 18/53, MDR 1954, 733; BGH, 29.9.1955 – II ZR 210/54, BGHZ 18, 212, 216; BGH, 14.3.1963 – VII ZR 257/61, NJW 1963, 1248; BGH, 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, NJW 1973, 2106.

46 Statt vieler BGH, 20.3.1985 – VIII ZR 327/83, BB 1985, 1150, NJW 1985, 1838, 1839; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 305, Rn. 142 m. w. N.

47 BGH, 19.6.1991 – VIII ZR 149/90, BB 1991, 1732, 1734; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305, Rn. 193.

48 BGH, 19.6.1991 – VIII ZR 149/90, BB 1991, 1732, 1734; Hau, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 305, Rn. 144.

49 BGH, 20.3.1985 – VIII ZR 327/83, BB 1985, 1150, NJW 1985, 1838, 1839; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305, Rn. 194.

50 Vgl. hierzu BGH, 19.6.1991 – VIII ZR 149/90, BB 1991, 1732, 1734; BGH, 24.10.2000 – X ZR 42/99, NJW-RR 2001, 484.

12. Einbeziehung von AGB in grenzüberschreitenden Fällen

Die vorstehend genannten Grundsätze gelten auch für Vertragsschlüsse mit Auslandsberührung, wenn deutsches Recht anwendbar ist. Welches Recht anwendbar ist, beurteilt sich in Ermangelung einer wirksamen Rechtswahl und der Unanwendbarkeit einschlägiger Konventionen (wie etwa des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf)⁵¹ nach den Regelungen der Rom I-Verordnung,⁵² namentlich den Art. 3 ff.

Für eine wirksame Einbeziehung von AGB im Rahmen grenzüberschreitender Vertragsabschlüsse stellt sich neben der Frage des anwendbaren Rechts eine weitere praktische Frage: Die Frage nach Sprache und Verständlichkeit der AGB und des Hinweises darauf. Gehören AGB-Verwender und ausländischer Vertragspartner unterschiedlichen Sprachkreisen an, so stellt sich mit Blick auf das Erfordernis der Verständlichkeit die Frage, in welcher Sprache der Hinweis auf die AGB und der zu übermittelnde AGB-Text abgefasst sein müssen. Sind die AGB in der Heimatsprache des ausländischen Vertragspartners abgefasst, so ist dies in jedem Fall ausreichend.⁵³ Dasselbe gilt, wenn Hinweis und AGB-Text in der Verhandlungssprache abgefasst sind.⁵⁴ Inwieweit eine AGB-Fassung in einer Weltsprache genügt – also z. B. englischsprachige AGB bei einem Vertragsschluss mit arabischem oder chinesischem Vertragspartner – wird dagegen nicht einheitlich beurteilt. Die herrschende Meinung geht indessen davon aus, dass AGB in einer Weltsprache (insbesondere Englisch) genügen.⁵⁵ Hat der ausländische Vertragspartner den Anschein erweckt, die entsprechende (Welt)Sprache zu verstehen, beispielsweise durch den Austausch von Vertragsentwürfen und der Verhandlungssprache bzw. Korrespondenz in der entsprechenden Sprache, gilt dies erst recht. Er muss sich dann an diesem von ihm gesetzten Schein festhalten lassen.⁵⁶ Es ist selbstredend, dass sich jede Vertragspartei die Sprachkenntnisse eines eingeschalteten Vertreters oder einer sonstigen Hilfsperson (etwa eines Dolmetschers) zurechnen lassen muss.⁵⁷

13. Einbeziehung von AGB unter Geltung des UN-Kaufrechts (CISG)

Sofern auf ein Vertragsverhältnis UN-Kaufrecht anwendbar ist, richtet sich die Einbeziehung von AGB ausschließlich nach UN-Kaufrecht, Art. 14, 18 CISG. Obwohl das CISG keine besonderen Regelungen für die Einbeziehung von AGB in einen Vertrag enthält, ist nach Art. 8 CISG durch Auslegung zu ermitteln, ob AGB Bestandteil eines Vertrages sind, der unter Geltung des UN-Kaufrechts abgeschlossen wurde. Ein Rückgriff auf das nach internationalem Privatrecht berufene nationale Recht erfolgt nicht, obwohl anerkannt ist, dass das UN-Kaufrecht vertragsrechtliche Fragen nicht abschließend regelt. Der BGH hat klargestellt, dass für das Vorliegen einer wirksamen Einbeziehungsvereinbarung auch unter Anwendung des UN-Kaufrechts erforderlich ist, dass der Vertragspartner des AGB-Verwenders die Möglichkeit hat, von den AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen.⁵⁸ Dies setzt voraus, dass (i) für den Vertragspartner erkennbar ist, dass der Verwender seine AGB in den Vertrag einbeziehen möchte und (ii) der Verwender dem Vertragspartner den Text der AGB übersendet oder anderweitig zugänglich macht.⁵⁹

Diese Rechtsprechung zeigt, dass das UN-Kaufrecht höhere Maßstäbe an die Einbeziehung von AGB stellt, als das deutsche Recht dies tut.

Während der AGB-Verwender im unternehmerischen Rechtsverkehr für die Einbeziehung von AGB nach deutschem Recht seinem Vertragspartner lediglich die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisaufklärung verschaffen muss, fordert das UN-Kaufrecht die Übersendung der AGB oder eine anderweitige Zugänglichmachung. Die *Beschaffungsobliegenheit* des Vertragspartners, die im deutschen Recht besteht, wird unter Geltung des UN-Kaufrechts zu einer *Verschaffungsobliegenheit* des AGB-Verwenders. Der BGH hat diesen Unterscheid zum deutschen Recht damit begründet, dass es für den AGB-Verwender unschwer möglich sei, seinem Angebot die AGB beizufügen und es dem Grundsatz des guten Glaubens im internationalen Handel nach Art. 7 Abs. 1 CISG widerspräche, wenn der ausländische Vertragspartner sich die AGB beschaffen müsste.⁶⁰

III. Zusammenfassung

1. Für die Einbeziehung von AGB zwischen Unternehmern bedarf es einer Einbeziehungsvereinbarung, also einer Vereinbarung, die sich auf die Geltung der AGB des Verwenders erstreckt. Ob AGB zwischen Unternehmern wirksam in den Vertrag einbezogen wurden, hängt maßgeblich davon ab, ob der Vertragspartner nach der Einbeziehungserklärung des AGB-Verwenders eine Willenserklärung abgibt (was auch stillschweigend möglich ist), aus der geschlossen werden kann, dass er mit der Geltung der AGB des Verwenders einverstanden ist. Dies muss im Zweifel durch Auslegung ermittelt werden.

2. Als pauschale und praktische Orientierungshilfe gilt folgendes: Verweist der AGB-Verwender auf die Geltung seiner AGB, so muss der Vertragspartner eine Reaktion zeigen, die als Wille dahingehend ausgelegt werden kann, dass der Vertrag unter Geltung der AGB des Verwenders durchgeführt wird. Eine solche Reaktion kann entweder in einer ausdrücklichen Zustimmung oder aber vor allem auch darin liegen, dass der Vertragspartner die gelieferte Leistung annimmt und/oder nutzt, die Rechnung bezahlt oder Mängelgewährleistungsrechte geltend macht. Nicht ausreichend ist bloßes Schweigen des Vertragspartners.

3. Eine Ausnahme hiervon gilt nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Insoweit ist in der Praxis Vorsicht geboten, wenn der Vertragspartner nach Verhandlungen mit dem AGB-Verwender ein Bestätigungsschreiben erhält, das die Geltung der AGB des Verwenders vorsieht. Möchte der Vertragspartner den Vertrag nicht unter Geltung der AGB des Verwenders durchführen, muss er der Geltung der AGB rechtzeitig widersprechen.

51 Zum UN-Kaufrecht s. Ziff. II. 13.

52 Verordnung (EG) Nr. 593/2008, ABl. EU 2008 L 177, 6.

53 S. *Hau*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, IntGV, Rn. 38; *Schlosser*, in: *Staudinger*, BGB, 15. Aufl. 2013, § 305, Rn. 105.

54 H. M. vgl. nur BGH, 10.3.1983 – VII ZR 302/82, BGHZ 87, 112; OLG Hamburg, 1.6.1979 – 11 U 32/79, NJW 1980, 1232; OLG Hamm, 19.5.2015 – 7 U 26/15, ZVertriebsR 2015, 235; OLG Hamm, 18.10.1982 – 2 XW 29/82, NJW 1983, 523, 524; *Hau*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, IntGV, Rn. 38.

55 Für eine wirksame Einbeziehung der AGB in einem solchen Fall OLG Hamburg, 1.6.1979 – 11 U 32/79, NJW 1980, 1232, 1233; OLG Karlsruhe, 11.2.1993 – 4 U 61/92, DZWIR 1994, 70; OLG Koblenz, 16.1.1992 – 5 U 534/91, IPrax 1994, 46, 48; kritisch *Hau*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, IntGV, Rn. 38.

56 So auch *Spellenberg*, in: *MünchKommBGB*, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 183.

57 Vgl. BGH, 27.10.1994 – IX ZR 168/93, BB 1994, 2439, 2440.

58 BGH, 31.10.2001 – VIII ZR 60/01, BGHZ 149, 113, 117, RIW 2002, 144.

59 Vgl. BGH, 31.10.2001 – VIII ZR 60/01, BGHZ 149, 113, 117, RIW 2002, 144; *Piltz*, NJW 1996, 2768.

60 BGH, 31.10.2001 – VIII ZR 60/01, BGHZ 149, 113, 118, RIW 2002, 144.

4. Im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern ist für die Einbeziehung von AGB grundsätzlich nicht erforderlich, dass der AGB-Verwender die AGB dem Vertragspartner übergibt. Ausreichend ist ein eindeutiger Hinweis auf die Geltung der AGB (möglichst auf der Vorderseite des Vertragsdokuments vor der Unterschriftenzeile). Im Übrigen muss der AGB-Verwender dem Vertragspartner lediglich die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme verschafft. Eine Ausnahme gilt für Verträge, die unter Geltung des UN-Kaufrechts abgeschlossen werden. Insoweit müssen die AGB dem Vertragspartner übergeben werden oder anderweitig aktiv zugänglich gemacht werden.

Dr. Marius Mann, MBA, M. Jur. (Oxford), ist Rechtsanwalt bei LUTZ ABEL in Stuttgart und schwerpunktmäßig in den Bereichen Dispute Resolution, Handels- und Vertriebsrecht, sowie Produkthaftung tätig. Er vertritt Mandanten bei streitigen Auseinandersetzungen vor Gerichten und Schiedsgerichten und begleitet diese branchenübergreifend u.a. im Rahmen von Vertragsverhandlungen und beim Abschluss komplexer vertriebsrechtlicher Verträge.



Stephan Schneider, Richter

Branchenbuch-Falle – Verwendung verschleierter Rechtswahlklauseln in betrügerischer Absicht

Betrüger versuchen in großem Maßstab insbesondere neu eingetragene Gewerbetreibende massenhaft zur Eintragung in ein Online-Branchenbuch zu bewegen, indem sie eine diesbezügliche gesetzliche Pflicht vorspielen. Später werden den Gewerbetreibenden für die wertlosen Dienstleistungen hohe Rechnungen gestellt. Nachdem dieses Vorgehen höchstrichterlich als Verstoß gegen deutsches AGB-Recht gebrandmarkt wurde, sind die Branchenbuchdienstleister dazu übergegangen, in ihren unübersichtlichen Klauselwerken Rechtswahlklauseln, zumeist zu Gunsten des Rechts des Staates Malta, einzufügen. Damit werden die Fälle der Branchenbuchabzocke zu einem kollisionsrechtlichen Problem, für das dieser Beitrag eine Lösung zu finden versucht.

I. Problemstellung

Wer in Deutschland ein Gewerbe anmeldet, bekommt nicht selten Post von den Betreibern sogenannter Online-Branchenbücher. Den Gewerbetreibenden wird dabei angeboten, ihr Unternehmen in einem Online Register aufführen zu lassen – eine wirtschaftlich ganz und gar wertlose Dienstleistung. Kriminelle Züge bekommt dieses Vorgehen dadurch, dass den Gewerbetreibenden suggeriert wird, bei der Online-Eintragung handle es sich um eine gesetzliche Pflicht. Die Betreiber der Branchenbücher, bei denen es sich regelmäßig um Briefkastenfirmen in Malta handelt, deren tatsächlicher Sitz jedoch meistens in Deutschland liegt, verwenden ein von staatlicher Autorität geprägtes Auftreten, versehen ihre Anmeldebögen etwa mit einer Art Staatswappen, bedrucken diese mit Barcodes und halten die Formulierungen so allgemein, dass daraus der Eindruck entsteht, die Gewerbetreibenden hätten gar keine andere Wahl, als eine Eintragung vornehmen zu lassen. Wenige Tage später erkennen die Opfer dann die böse Überraschung: Mit einer Rechnung werden die Gewerbetreibenden dazu aufgefordert, hohe Beträge, nicht selten deutlich über 1000 € zu Gunsten der Branchenbuchbetreiber zu

überweisen. Die Kostenpflichtigkeit der Eintragung wird im Angebot freilich an äußerst unauffälliger Stelle versteckt. Lediglich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, oft unter allgemeinen Punkten wie „Sonstiges“ wird darauf hingewiesen, dass hohe Kosten anfallen. Für den durchschnittlichen Gewerbetreibenden ist dieser Hinweis in der Regel nicht erkennbar.

Nun mag man hierbei sofort an eine Problematik im Rahmen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen denken. Es würde doch sehr wundern, wenn eine so offensichtlich betrügerische Leistung einer Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB standhielte, falls sie überhaupt gemäß § 305 ff. BGB wirksam in den Vertrag einbezogen werden würde. So entschied der BGH bereits im Jahr 2012, dass es sich dabei um eine überraschende Klausel handelt, die gemäß § 305c BGB nicht Eingang in den Vertrag findet.¹

Um genau diese Problematik zu umgehen, bedienen sich die Branchenbuchbetreiber einer rechtlichen Gestaltung, mit dem die (unerfahrenen) Gewerbetreibenden schlicht nicht rechnen können: In die AGB werden zwei zusätzliche Klauseln eingefügt. In einer Klausel bestätigen die Gewerbetreibenden, dass sie Unternehmer sind, in einer weiteren Klausel wird für den Vertrag die Geltung des Rechts des Staates Malta vereinbart. Man kann durchaus behaupten, dass es sich bei dieser Form des Betruges um ein Massenphänomen handelt.² Dass aber auch diese Rechtswahlklausel den Branchenbuchbetreibern nicht zum Erfolg verhilft, soll Gegenstand dieses Beitrages sein.

¹ BGH, 26.7.2012 – VII ZR 262/11, BB 2012, 2718, K&R 2012, 678, MMR 2012, 741.

² Vgl. zu dieser Problematik auch die Meldungen in der Tagespresse und in Onlinemedien: „Hände weg von diesem Fax“ vom 9.3.2016, abrufbar unter sz-online.de; „Stadt Rinteln warnt vor Abzocke“ vom 8.2.2016, abrufbar unter szlz.de; „Regista online: Warnung vor Branchenbuchabzocke – Abofalle“ vom 21.11.2016, abrufbar unter onlinewarnungen.de; „Dreiste Abzocke mit Onlinebranchenbucheinträgen“ vom 25.10.2013, abrufbar unter aachener-zeitung.de.