

# AGB-Recht

## Kommentar

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Dr. h. c. Thomas Pfeiffer**

Bearbeitet von

**Stefanie Bergmann  
Jens Dammann  
Wolfgang Hau  
Rüdiger Pamp**

**Thomas Pfeiffer  
Benjamin Raue  
Peter Reiff  
Hubert Schmidt  
Markus Stoffels**

8. Auflage 2026

des von  
Prof. Dr. Manfred Wolf (†),  
Prof. Dr. Norbert Horn (†)  
sowie Prof. Dr. Walter F. Lindacher  
begründeten und  
bis zur 7. Auflage von  
Prof. Dr. Walter F. Lindacher  
mitherausgegebenen Kommentars



Dies ist gerechtfertigt, weil nach § 305 II Nr. 2 die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme für jede einzelne Klausel gegeben sein muss und es dem Vertragspartner überlassen bleibt, ob er tatsächlich Kenntnis nimmt. Das globale Einverständnis erstreckt sich jedoch nicht auf überraschende Klauseln (§ 305c I). Bei Haftungsfreizeichnungsklauseln geht die Rspr. darüber hinaus von einer engen Auslegung aus. An das Einverständnis mit einer völligen Haftungsfreistellung sind besonders strenge Anforderungen zu stellen.<sup>743</sup> Auch sonst können trotz einer globalen Einbeziehung einzelne Teile ausgenommen sein. So gilt etwa bei Bauträgerverträgen eine Vermutung, dass trotz Einbeziehung der VOB/B als Ganzes unpassende Klauseln nicht gelten sollen.<sup>744</sup> Auch bei Einbeziehung der VOB/B in einen Generalunternehmervertrag erstreckt sich die Einbeziehung nur auf die Bauleistungen, nicht auf die ebenfalls übernommenen Architekten-, Ingenieur- und Statikerleistungen.<sup>745</sup>

**b) Konkludentes Einverständnis.** Die Einbeziehungserklärung kann, sofern nicht 105 Schriftform vorgesehen ist (→ Rn. 109), auch **konkludent** abgegeben werden.<sup>746</sup> Ebenso gilt für sie § 151 mit dem Verzicht auf das Erfordernis des Zugangs.<sup>747</sup> Das bloße Schweigen ist zwar grundsätzlich nicht als Einverständnis anzusehen. Nimmt der Kunde aber die unter den Voraussetzungen von § 305 II Nr. 1 und 2 mit AGB angebotene Leistung an, so liegt darin in der Regel sein stillschweigendes Einverständnis, falls er nicht ausdrücklich widerspricht.<sup>748</sup> Eine Einverständniserklärung kann deshalb auch angenommen werden, wenn der Kunde nach ausdrücklichem Hinweis auf die Änderung von AGB und deren zumutbarer Kenntnisnahme ohne Widerspruch das Vertragsverhältnis, insbesondere ein Dauerschuldverhältnis, fortsetzt. Nicht ausreichend ist es demgegenüber, dass die AGB auf der Internetseite des Verwenders (ohne deutlichen sichtbaren Hinweis) abrufbar waren und der Kunde außerhalb des elektronischen Rechtsverkehrs eine Bestellung abgibt.<sup>749</sup>

**c) Einverständnisklausel.** Eine Einverständnisklausel, mit der der Kunde seine Zustimmung erklärt, wirkt nicht konstitutiv und **kann das tatsächliche Einverständnis nicht ersetzen**. § 305 II enthält seinerseits einen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung iSd § 307 II Nr. 1.<sup>750</sup> Eine Klausel, wonach der Kunde durch seine Unterschrift die im Anhang abgedruckten AGB als Vertragsbestandteil anerkennt, ist je nach Auslegung entweder als Erklärungsfiktion nach § 307 oder als Tatsachenbestätigung nach § 309 Nr. 12 lit. b unwirksam.<sup>751</sup> Dies gilt im Verbandsprozess uneingeschränkt. Im Individualprozess kann nach den Umständen, zB durch eine nachfolgende Unterschrift, das Einverständnis aber konkludent oder ausdrücklich vorliegen. Die Klausel hat dann nur deklaratorische Bedeutung und ist deshalb nicht nach §§ 307–309 zu beanstanden.<sup>752</sup> Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass der **Wortlaut des Einverständnisses zwar vorformuliert**, das Einverständnis selbst aber auf einer **individualvertraglichen Entscheidung** (gesonderter Zustimmungsklick)<sup>753</sup> beruht.<sup>754</sup>

<sup>743</sup> S. auch BGH NJW 1982, 1144; Badefloß.

<sup>744</sup> BGHZ 96, 275 (279) = NJW 1986, 925.

<sup>745</sup> BGH NJW 1988, 142; → BGB § 309 Nr. 8 lit. b ff Rn. 12–13.

<sup>746</sup> MüKoBGB/-Basedow Rn. 97; Grüneberg/Grüneberg Rn. 41; im Ergebnis ebenso Soergel/Fritzsche Rn. 73.

<sup>747</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 161.

<sup>748</sup> S. auch OLG Hamm BB 1979, 1789; Soergel/Fritzsche Rn. 73; aA OLG Köln NJW-RR 1994, 1430 (1431).

<sup>749</sup> OLG Hamburg WM 2003, 581.

<sup>750</sup> BGHZ 229, 344 Rn. 22.

<sup>751</sup> OLG Köln BeckRS 2002, 30231628.

<sup>752</sup> BGH NJW 1982, 1388; OLG Frankfurt a. M. ZIP 1983, 1213 (1215); aA OLG Hamburg DB 1984, 2504 (2505); einschränkend Bohle BB 1983, 16; Hensen ZIP 1984, 145 (147); Roth VuR 1998, 251 (254) (Verstoß gegen Transparenzgebot).

<sup>753</sup> S. zB BGH NJW 2015, 687, Rn. 21 zum Click-Wrap-Verfahren.

<sup>754</sup> BGHZ 230, 347, Rn. 42.

**107 d) Genehmigungsfiktion.** Für den Fall der Änderung von bereits vereinbarten AGB kann bei als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Massengeschäften ein Bedürfnis für eine leichtgängige Änderungsmöglichkeit bestehen. Daher enthalten solche Klauselwerke zum Teil eine Erklärungsfiktion, nach der eine AGB-Änderung genehmigt ist, wenn die Änderung dem Kunden mitgeteilt wurde und der Kunde nicht widerspricht. Eine solche **Genehmigungs- oder Zustimmungsfiktion bei AGB-Änderungen** begründet kein einseitiges Änderungsrecht und weicht daher von den §§ 145 ff., 305 nicht ab; eine Abweichung von der gesetzlichen Ausgangslage liegt nur insofern vor, als für die Zustimmung des Kunden zu den AGB keine Erklärung notwendig ist, weil deren Vorliegen fingiert wird.<sup>755</sup> Solche Klauseln sind an § 308 Nr. 5 zu messen und – wenn es sich um massenhafte Dauerschuldverhältnisse handelt – wegen des dort bestehenden Rationalisierungsbedürfnisses auch grundsätzlich zulässig.<sup>756</sup> Allerdings lässt eine insoweit zu restriktive Rechtsprechung bei weitreichenden, die Grundlagen der rechtlichen Beziehungen der Parteien berührenden Änderungen (etwa wenn das Äquivalenzverhältnis berührt sein kann) eine Zustimmungsfiktion nicht zu, sondern verlangt einen individuellen Änderungsvertrag<sup>757</sup>, was einsteils schwer praktikabel ist und deshalb mit Blick auf mögliche Alternativen auf der Ebene der Transparenz- und Ausübungskontrolle noch einmal überdacht werden sollte.<sup>758</sup> Auch eine § 675g entsprechende Klausel soll danach unwirksam sein.<sup>759</sup> Als echte einseitige Änderungsklauseln sind zudem die Gestaltungen anzusehen, bei denen der Genehmigung keine eigenständige Bedeutung zukommt, weil der Verwender ohnehin einseitig zur Änderung befugt ist.<sup>760</sup> Im elektronischen Geschäftsverkehr hat es der Anbieter durch Ausgestaltung seiner App oder Webseite in der Hand, den Kunden zur Fortsetzung des Vertragsverhältnisses auf eine entsprechende Seite oder ein Pop-up-Element zu lenken und zu einer Zustimmung zur Änderung aufzufordern.<sup>761</sup> Über die Abgabe einer solchen Zustimmungserklärung kann der Kunde frei entscheiden, so dass sie einer Individualklausel gleicht steht.<sup>762</sup> Der Inhaltskontrolle unterliegt alsdann das geänderte Klauselwerk.

**108 e) Anfechtung.** Bei einem **Irrtum** über die Bedeutung seiner Erklärung als **Einverständniserklärung** kann der Kunde nach allgemeinen Voraussetzungen, insbesondere aufgrund von § 119 I, anfechten.<sup>763</sup> Ein bloßer Rechtsfolgenirrtum berechtigt als Motivirrtum jedoch nicht zur Anfechtung. Die Beweislast für den Irrtum und seine Kausalität trägt der Vertragspartner des Verwenders. Der Beweis ist im Allgemeinen nicht leicht zu führen. Im Falle der Anfechtung ist nach § 122 Schadensersatz zu leisten. Eine Anfechtung nach § 123 ist ohne weiteres möglich. Zur Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt einzelner Klauseln → BGB § 307 Rn. 10. Zum Anfechtungsrecht des Verwenders → Rn. 98.

## 6. Schriftform

**109** Ist durch Gesetz oder Rechtsgeschäft Schriftform vorgesehen, so muss die Einbeziehung der AGB dem jeweiligen Schriftformerfordernis genügen. Die Einbeziehung schriftlich formulierter AGB nach § 305 II, III erfüllt die Schriftform nicht ohne weiteres. Für die

<sup>755</sup> BGH NJW-RR 2008, 134 Rn. 28 mAnm Pfeiffer LMK 2007, 246011.

<sup>756</sup> Pfeiffer K&R 1998, 465; vgl. im Ergebnis auch OLG Köln NJW-RR 2001, 639 mAnm Pfeiffer K&R 2000, 552. Hier von ausgehend auch der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform bei der Beschränkung der früheren Privilegierung der Telekommunikationsverträge, BT-Drs. 14/6040, 152. Zweifelnd wegen einer im Einzelfall als kurz angesehenen Frist von vier Wochen BGHZ 141, 153 = NJW 1999, 1865.

<sup>757</sup> BGH NJW-RR 2008, 134 Rn. 32 mkritAnm Pfeiffer LMK 2007, 246011; BGHZ 229, 344.

<sup>758</sup> Pfeiffer LMK 2007, 246011; Pfeiffer RdZ 2022, 18 (23).

<sup>759</sup> BGHZ 229, 344; krit. zB Casper, ZIP 2021, 2361.

<sup>760</sup> Von einer solchen Konstellation ausgehend BGHZ 141, 153.

<sup>761</sup> Vgl. BGHZ 230, 347, Rn. 33; OLG Schleswig GRUR-RS 2021, 53244; OLG Braunschweig GRUR-RS 2020, 41161; s. ferner Pfeiffer, RdZ 2022, 18 (24).

<sup>762</sup> Zur Wirksamkeit dieser Gestaltung zB OLG Schleswig GRUR-RS 2021, 53244; OLG Braunschweig GRUR-RS 2020, 41161; s. ferner → Rn. 107.

<sup>763</sup> Locher BB 1981, 818; aA Tilmann ZHR 142, 52.

Schriftform nach § 126 muss die Unterschrift vielmehr auch die globale (→ Rn. 104) Einbeziehung der schriftlichen AGB mit abdecken. Dazu genügt der Abdruck auf der Rückseite nicht, wenn die Unterschrift auf der Vorderseite erfolgt und über der Unterschrift nicht ein deutlicher Hinweis auf die AGB angebracht ist. Ist die Schriftform für beide Vertragserklärungen vorgesehen, so müssen beide Unterschriften die AGB erkennbar mittragen. Ist Schriftform nicht für den Gesamtvertrag, sondern nur für einzelne Inhalte vorgesehen, wie zB bei Gerichtsstandsvereinbarungen für Verbraucher, so genügt nicht die global schriftliche Einbeziehung der AGB. Vielmehr muss die Unterschrift gerade die betreffende Klausel erfassen.<sup>764</sup> Soweit notarielle Beurkundung vorgesehen ist, müssen auch die AGB in die notarielle Beurkundung einbezogen werden. Ein bloßer Hinweis auf sie genügt nicht (→ Rn. 74).

## 7. Verzicht auf Einbeziehung

Ein Verzicht des Kunden auf die Einbeziehungsvoraussetzungen ist auch nach § 307 **110 grundsätzlich unwirksam**, da es sich um eine Schutzzvorschrift im Allgemeinen Interesse des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Verbrauchern handelt. Alle **Einbeziehungsklauseln** (→ Rn. 93, 106), wonach der Vertragspartner die Einbeziehung entgegen den Voraussetzungen aus § 305 II, III bestätigt oder durch welche die den Verwender treffende Beweislast auf den Kunden abgewälzt wird, sind wegen des darin liegenden Verzichts auf die Voraussetzungen in § 305 II, III nach § 307 bzw. nach § 309 Nr. 12 unwirksam.<sup>765</sup> Nach § 307 unwirksam ist grundsätzlich auch eine Klausel, wonach alle weiteren Einzelheiten bei der Annahme des Antrags im banküblichen Rahmen festgelegt werden, soweit es sich in Wirklichkeit um AGB handelt, da dem Kunden dadurch die Möglichkeit der Kenntnisnahme vorenthalten wird.<sup>766</sup> Unwirksam nach § 307 ist auch eine Klausel, die den Kunden täuscht, indem sie den Eindruck erweckt, es gälen die AGB, obwohl die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Die Klausel „Wir arbeiten nach AGB“, ohne dass diese bei Vertragsschluss vorliegen, ist deshalb nach § 307 unwirksam.<sup>767</sup> Gleiches gilt für die Klausel „Es gelten die AGB, die auf Wunsch gerne zugesandt werden“,<sup>768</sup> weil damit die Geltung ohne Beachtung von § 305 II, III vereinbart werden soll. Darin liegt zugleich ein Verstoß gegen das Richtigkeitsgebot.<sup>769</sup> Auch wenn die Einbeziehung nach § 305 II, III nicht im Verbandsklageverfahren überprüft werden kann, so können doch Klauseln, die die Einbeziehung abweichend von § 305 II, III regeln, Gegenstand des Verbandsklageverfahrens sein, soweit sie gegen §§ 307–309 verstößen. Dies gilt insbesondere auch für die Kenntnisnahme und Bestätigung (→ Rn. 93 f.), für Einverständnisklauseln (→ Rn. 106) sowie allgemein beim Verstoß gegen das Transparenzgebot.<sup>770</sup> Ausnahmsweise ist ein Verzicht auf § 305 II Nr. 2 im Wege der Individualvereinbarung möglich, wenn wegen der besonderen Bedürfnisse im Einzelfall, wie bei telefonischer Bestellung des Kunden (→ Rn. 87), ein berechtigter Grund für den Verzicht vorhanden ist oder wenn ein Bedürfnis für ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht besteht.<sup>771</sup> Der Verwender darf aber seinen Geschäftsverkehr nicht allgemein so einrichten, dass er von allen Kunden einen Verzicht verlangt. Ein Verzicht in AGB ist in jedem Fall unwirksam. Vom Verzicht auf die Einbeziehungsvoraussetzungen ist zu unterscheiden, ob sich die andere Vertragspartei **auf ihr günstige AGB trotz fehlender Einbeziehung berufen** kann. Dies ist zB unter dem Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* möglich, wenn der Verwender mit seinen AGB geworben, aber durch sein Verhalten beim konkreten Vertragsabschluss die

<sup>764</sup> → Gerichtsstandsklauseln Rn. 6.

<sup>765</sup> S. auch BGH NJW 1991, 1750 (1753).

<sup>766</sup> BGH ZIP 1988, 559 (562); aA OLG Koblenz ZIP 1983, 557.

<sup>767</sup> Hensen ZIP 1984, 145 (146); aA offenbar BGH NJW 1983, 2026.

<sup>768</sup> S. LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1992, 441.

<sup>769</sup> → BGB § 307 Rn. 267 f.

<sup>770</sup> → BGB § 307 Rn. 235 ff.

<sup>771</sup> → Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315, 317 BGB Rn. 6.

Voraussetzungen von § 305 II Nr. 1 oder 2 vereitelt hat. Dem Verwender ist die Berufung auf die fehlende Einbeziehung nicht generell verwehrt, sondern allenfalls dann, wenn dem anderen Vertragsteil dadurch Rechte entzogen würden, auf deren Bestand er vertrauen durfte.<sup>772</sup>

## 8. Beweislast

- 111 Der Beweis der Einbeziehung obliegt demjenigen, der sich auf die Geltung der AGB beruft.<sup>773</sup> Dies ist regelmäßig der Verwender.<sup>774</sup> Bei **mündlichem** oder telefonischem Vertragsabschluss kann dies zu Schwierigkeiten führen, wenn nicht ein Aushang (→ Rn. 79 ff.) genügt oder eine Rahmenvereinbarung (→ Rn. 114 ff.) vorliegt. Ebenso reicht bei Vertragsschluss per **Fax** oder **E-Mail** die Vorlage von Sendeprotokollen jedenfalls für sich genommen nicht aus, zumal sie keinen Rückschluss auf den Inhalt der versandten Dokumente oder Daten erlaubt.<sup>775</sup> Eine allgemeine Anweisung an das Verkaufspersonal, auf die AGB hinzuweisen und sie bekannt zu machen, ersetzt nicht den Nachweis im Einzelfall. Eine schriftliche Einbeziehung, etwa durch Unterschrift des Kunden unter die AGB, erleichtert die Beweisführung. Eine Kenntnisnahmeklausel, wonach der Kunde bestätigt, von den AGB Kenntnis genommen zu haben und mit ihnen einverstanden zu sein, kann nicht konstitutiv die tatsächlichen Voraussetzungen der Einbeziehung ersetzen (→ Rn. 106). Wenn auf die Klausel deutlich hingewiesen wird und die AGB mit ihr eng verbunden sind, zB durch Abdruck auf der Rückseite, so sind die Einbeziehungsvoraussetzungen gegeben. Die Klausel hat dann lediglich feststellenden Charakter und unterliegt weder § 309 Nr. 12 noch § 307.<sup>776</sup> Unwirksam ist aber eine Aushändigungsklausel (→ Rn. 85). Soweit sich der Vertragspartner des Verwenders auf eine ihm günstige Klausel beruft, muss er nicht die seinem Schutz dienenden Voraussetzungen des § 305 II beweisen. Es genügt, dass er eine Vereinbarung nach §§ 145 ff. beweist. Beim Vertragsschluss im Internet kann der Bestellvorgang so ausgestaltet werden, dass der Vertragspartner den Vertrag nur abschließen kann, wenn er zuvor einem auf die AGB verweisenden Link gefolgt ist und diesen zugestimmt hat („**Click-Wrap-Verfahren**“).<sup>777</sup>

## 9. Wirkungen

- 112 Die Wirkung der wirksamen Einbeziehung besteht darin, dass die AGB Vertragsinhalt werden. Sie unterliegen jedoch auch und gerade dann, wenn die Voraussetzungen von § 305 II, III vorliegen, der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 im Individualprozess. Für die Verbandsklage bedarf es keiner Einbeziehung. Die Rechtsfolgen missglückter Einbeziehung ergeben sich aus → § 306. Der Vertragspartner kann sich (nur) dann auf ihm günstige, aber nicht einbezogene Klauseln berufen, wenn die Berufung des Verwenders auf die Missglückte Einbeziehung rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 ist.<sup>778</sup>
- 113 Werden an Stelle der ursprünglichen AGB **später andere AGB** in den Vertrag einbezogen, so gelten im Falle von Widersprüchen grundsätzlich die später einbezogenen.<sup>779</sup>

<sup>772</sup> S. auch BGH NJW 1999, 3261; ferner Henkel ZGS 2003, 418.

<sup>773</sup> BGH NJW-RR 1987, 112 (113).

<sup>774</sup> S. auch BGH NJW 1991, 1750 (1753).

<sup>775</sup> OLG Hamburg WM 2003, 581.

<sup>776</sup> S. BGH NJW 1982, 1388.

<sup>777</sup> Vgl. BGH NJW 2015, 687, Rn. 21.

<sup>778</sup> Schlie NZBau 2024, 387.

<sup>779</sup> S. auch BGH NJW 1980, 2022 (2023).

## X. Rahmenvereinbarung (§ 305 III)

### 1. Zweck und Rechtsnatur

Die Rahmenvereinbarung dient der **Erleichterung des Geschäftsverkehrs** zwischen **114** Parteien mit ständigen Geschäftsbeziehungen auf der Basis einer Vielzahl gleichartiger Verträge. Dadurch, dass die Vertragsbedingungen im Rahmenvertrag auf eine Vielzahl von Verträgen zur Anwendung gelangen, werden sie zu AGB.<sup>780</sup> Die AGB brauchen dann nicht in jedem Einzelfall neu vereinbart werden. Vielmehr macht die Rahmenvereinbarung die AGB zwischen den Parteien für alle von ihr erfassten Verträge verbindlich, ohne dass die Einbeziehungsvoraussetzungen bei den Einzelverträgen erfüllt sein müssten oder in den Einzelverträgen auf die Rahmenvereinbarung verwiesen werden müsste.<sup>781</sup> Die Rahmenvereinbarung ergänzt den Einzelvertrag und füllt ihn aus. Sie erzeugt sie keine Rechte und Pflichten; diese bestehen vielmehr nur aufgrund ihrer Geltung im Einzelvertrag.<sup>782</sup> Sie ist deshalb von den AGB im Sukzessivlieferungsvertrag zu unterscheiden und sollte deshalb auch nicht als Dauerschuldverhältnis eigener Art bezeichnet werden.<sup>783</sup> Rechtliche Folgen resultieren aus dieser Bezeichnung aber nicht, solange nicht aus der Einordnung als Dauerschuldverhältnis auf das Bestehen von Rechten und Pflichten über die Einzelvertrag hinaus geschlossen wird. Terminologisch und der Wirkung handelt es sich um einen **Normvertrag**,<sup>784</sup> dessen Rechtswirkung in der unmittelbaren Geltung der zwischen den Parteien vorgefertigten Vertragsordnung für den Einzelvertrag besteht. Mit dem Normenvertrag kann ein Grund- oder Geschäftsbeziehungsvertrag verbunden sein, der Rechte und Pflichten unabhängig vom Einzelfall erzeugt, zB die Pflicht zum Abschluss der Einzelverträge oder Pflichten für das Verhalten beim Vertragsabschluss (§ 311a). Rahmenvereinbarungen nach § 305 III sind insbesondere die AGB-Banken; die Lehre vom Bankvertrag als allgemeinem Vertrag über die Geschäftsverbindung hat sich allerdings nicht durchgesetzt.<sup>785</sup> Grund- und Rahmenvertrag kann aber auch ein Darlehensvertrag sein, auf den bei späteren Wiederholungskrediten Bezug genommen wird.<sup>786</sup> AGB in Rahmenvereinbarungen unterliegen in gleicher Weise dem AGB-R, insbesondere auch den §§ 307–309, wie AGB im Einzelvertrag.

### 2. Voraussetzungen

a) **Vertrag.** Die Rahmenvereinbarung ist Vertrag, für den die **allgemeinen Vertragsvorschriften des BGB** gelten, soweit § 305 III nicht zusätzliche Erfordernisse aufstellt. Es muss eine Rahmenvereinbarung für die Geltung in künftigen Verträgen gewollt sein. Dazu bedarf es des Vorliegens von beiderseitigen Willenserklärungen, die erkennbar zum Ausdruck bringen, dass AGB über den jeweils konkreten Einzelvertrag hinaus für künftige gleichartige Verträge gelten sollen.<sup>787</sup> Die bloße Existenz jahrelanger intensiver Geschäftsbeziehungen („Geschäftsverbindung“) oder auch die ständige Verwendung der AGB in laufenden Geschäftsbeziehungen oder der ständige Hinweis in Rechnungen und Lieferscheinen lässt noch keine Rahmenvereinbarung entstehen, auch wenn der Vertragspartner die jeweilige Einbeziehung kennt und die AGB stillschweigend akzeptiert.<sup>788</sup> Dies gilt auf jeden Fall gegenüber Verbrauchern.<sup>789</sup> Auch die Theorie des allgemeinen **Bankvertrags**,

<sup>780</sup> → Rn. 15.

<sup>781</sup> BT-Drs. 7/3919, 18; BGH NJW-RR 1987, 112.

<sup>782</sup> Vgl. BGHZ 152, 114 (118f.) = NJW 2002, 3695.

<sup>783</sup> So aber BGHZ 200, 362, Rn. 46; Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 205.

<sup>784</sup> A. Hueck JherB. 73, 33.

<sup>785</sup> BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695.

<sup>786</sup> OLG Frankfurt a. M. ZIP 1984, 302.

<sup>787</sup> BGH NJW-RR 1987, 112.

<sup>788</sup> BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695.

<sup>789</sup> BGH NJW-RR 1987, 112.

nach der die einmalige Vereinbarung der AGB-Banken zu einem Rahmenvertrag führt, hat die Rechtsprechung abgelehnt.<sup>790</sup> Von dem Vorliegen einer Rahmenvereinbarung zu unterscheiden ist die Frage, ob durch ständige Verwendung und Kenntnis des Vertragspartners von den AGB eine konkrete Einbeziehung nach § 305 II stattfindet (→ Rn. 101, → Rn. 102). Eine Klausel in AGB, dass diese für alle künftigen Verträge derselben Art gelten, führt in der Regel schon nach § 305c I nicht zu einer Rahmenvereinbarung.<sup>791</sup>

- 116 b) Bestimmte Art von Rechtsgeschäften.** Die Rahmenvereinbarung muss eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften bezeichnen, für die sie gelten will. Die Geltung der AGB kann nicht für alle beliebigen Geschäfte zwischen den Parteien vereinbart werden. Die Art eines Rechtsgeschäfts wird durch seine Rechtsnatur, zB Kaufvertrag, Werkvertrag, seinen wirtschaftlichen Zweck und den Gegenstand seiner Hauptleistungen bestimmt. Diese Art muss für die von der Rahmenvereinbarung erfassten Geschäfte gleich sein, so dass eine einheitliche Regelung der AGB gerechtfertigt ist. Dies trifft etwa für AGB in einem Darlehensvertrag zu, der zugleich Rahmenvertrag für weitere Kredite ist.<sup>792</sup> Als Rechtsgeschäfte kommen Verträge und einseitige Rechtsgeschäfte in Betracht. Mehrere Arten von Rechtsgeschäften können durch eine Rahmenvereinbarung geregelt werden, wenn eine einheitliche Regelung für alle gerechtfertigt ist oder wenn für jede Art von Geschäft ein Teil der Rahmenvereinbarung gilt, wie zB bei den AGB-Banken, und die Übersichtlichkeit nicht beeinträchtigt wird.
- 117 c) Bestimmte AGB.** Es muss die Geltung bestimmter AGB vereinbart werden. Die Vereinbarung von AGB in ihrer jeweils geltenden Fassung, also eine dynamische **Verweisungsvereinbarung**, ist damit ausgeschlossen.<sup>793</sup>
- 118 d) Voraussetzungen von § 305 II.** Die Voraussetzungen von § 305 II (→ Rn. 67–109) müssen auch bei der Rahmenvereinbarung eingehalten werden. Dazu bedarf es eines **ausdrücklichen Hinweises** nach § 305 II Nr. 1. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch Aushang der AGB dürfte praktisch kaum in Betracht kommen. Schriftform ist nicht erforderlich, aus Beweisgründen aber ratsam. Der Zeitpunkt bei Vertragsabschluss ist im Rahmen von § 305 III der Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung.
- 3. Wirkung**
- 119** Die AGB gelten aufgrund der Rahmenvereinbarung unmittelbar für alle Verträge, für die die Rahmenvereinbarung nach ihrem Inhalt zulässigerweise Geltung beansprucht. In personeller Hinsicht gilt sie nur zwischen den Parteien des Rahmenabkommens; in zeitlicher Hinsicht gilt sie mit Wirkung ex tunc für künftige Verträge, falls nicht ausdrücklich eine rückwirkende Geltung vereinbart ist. Die Geltung für den Einzelvertrag tritt unmittelbar ein, ohne dass es eines weiteren hierauf gerichteten Willensaktes bedarf. Die Parteien können aber im einzelnen Vertrag die Geltung ausschließen. Die einseitige Erklärung einer Partei reicht dafür jedoch nicht aus. Die Rahmenvereinbarung insgesamt verliert ihre Wirkung durch Aufhebungsvertrag. Im Falle eines Abänderungsvertrags gilt für die Zukunft die neue Rahmenvereinbarung. Die Partei, die die Rahmenvereinbarung nicht mehr gelten lassen will, kann auch vom Abschluss weiterer Einzelverträge absehen. Eine Kündigung der Rahmenvereinbarung kommt, falls nicht vereinbart, nicht in Betracht. Ist die Rahmenvereinbarung einer geänderten Situation nicht mehr angemessen, so kommt die Inhaltskontrolle (§§ 307–309), aber auch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Soweit die Rahmenvereinbarung als Normenvertrag nicht für sich allein, sondern nur über den Einzelvertrag Geltung entfaltet (→ Rn. 114), kann auch die Inhaltskontrolle von der anderen

<sup>790</sup> BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695.

<sup>791</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 206.

<sup>792</sup> OLG Frankfurt a. M. ZIP 1984, 302.

<sup>793</sup> BT-Drs. 7/3919, 18.

Vertragspartei nur im Rahmen des Einzelvertrags durchgeführt werden. Eine abstrakte Kontrolle der Rahmenvereinbarung ist für die andere Vertragspartei nicht vorgesehen.

## XI. Einbeziehung im unternehmerischen Geschäftsverkehr

### 1. Allgemeines und Überblick

**a) Grund für die Ausnahme.** Das geringere Schutzbedürfnis und die unterschiedlichen Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs, der auf rasche und unkomplizierte Abwicklung gerichtet ist,<sup>794</sup> sind der **Grund für die Ausnahme**, dass § 305 II, III im Geschäftsverkehr gegenüber Unternehmern und gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine Anwendung finden (§ 310 I).<sup>795</sup> § 305 II, III strahlen auch nicht in der Weise auf den unternehmerischen Verkehr aus, dass die Absätze grundsätzlich zu beachten sind, falls nicht besondere Gründe eine Abweichung rechtfertigen.<sup>796</sup> Vielmehr sind die allgemeinen Voraussetzungen des Vertragsschlusses unter Berücksichtigung der Branchenüblichkeit und des Handelsbrauchs im unternehmerischen Verkehr zu beachten.

**b) Unternehmer.** Unternehmer ist jeder **Gewerbetreibende** oder **Freiberufler** unabhängig von der Größe seines Gewerbebetriebs. § 310 I betrifft unmittelbar nur den privatrechtlichen Verkehr mit den öffentlichen Institutionen; zur analogen Anwendung bei öffentlich-rechtlichen Verträgen → Einl. Rn. 24. Voraussetzung für die Nichtanwendung von § 305 II, III ist, dass der Unternehmer oder die juristische Person des öffentlichen Rechts die andere Vertragspartei ist. Ob beim Verwender die Voraussetzungen von § 310 vorliegen, ist gleichgültig.

**c) Kein Handelsgeschäft erforderlich.** Da es auf die Kaufmannseigenschaft nicht mehr ankommt, ist kein (anders als nach der früheren Rechtslage) Handelsgeschäft iSd § 343 HGB erforderlich. Allerdings setzt die Unternehmerdefinition in § 14 voraus, dass der Betreffende zu einem seiner selbstständigen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zuzuordnenden Zweck handelt, es sich also um ein **zur Unternehmertätigkeit gehöriges Geschäft** handelt.

**d) Geltung der Vorschriften von BGB und HGB.** An Stelle von § 305 II, III gelten die Vorschriften des BGB und gegebenenfalls auch des HGB. Es bedarf deshalb grundsätzlich einer **rechtsgeschäftlichen Einbeziehungsvereinbarung** (→ Rn. 124 ff.), soweit nicht AGB kraft **Handelsbrauchs** gelten (→ Rn. 145 ff.). Die bisherige Rechtsprechung gilt grundsätzlich fort. § 305 II Nr. 1 und 2 gelten nicht unmittelbar; zuweilen muss auf deren Grundgedanken jedoch zurückgegriffen werden.<sup>797</sup> Werden sie freiwillig eingehalten, so werden die AGB selbstverständlich auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr Vertragsbestandteil. Rahmenvereinbarungen nach § 305 III sind auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr möglich, obwohl § 310 I darauf nicht verweist; es gelten jedoch nicht die Anforderungen von § 305 II Nr. 1 und 2.

### 2. Rechtsgeschäftliche Einbeziehungs voraussetzungen

**a) §§ 145 ff.** Die Einbeziehung der AGB ist Bestandteil des allgemeinen Vertragsschlusses nach §§ 145 ff. und setzt deshalb eine darauf gerichtete ausdrückliche oder stillschweigende **Vereinbarung** voraus.<sup>798</sup>

<sup>794</sup> S. Müller-Graff FS Pleyer, 1986, 401 (402); Schröder, Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, 76 f.

<sup>795</sup> BT-Drs. 7/3919, 43.

<sup>796</sup> So aber Müller-Graff FS Pleyer, 1986, 401 (405).

<sup>797</sup> S. auch BT-Drs. 7/3919, 43 und → Rn. 125, 131.

<sup>798</sup> BGH NJW 1978, 2243; 1985, 1838; NJW-RR 1991, 357; NJW 1995, 1671 (1672); Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 170.

- 125 **b) Erkennbarer Wille zur Einbeziehung.** Der Wille des Verwenders zur Einbeziehung der AGB muss erkennbar sein. Dieser Wille ist erforderlichenfalls durch **Auslegung des gesamten Erklärungsverhaltens** nach §§ 133, 157 zu ermitteln. Anstelle des ausdrücklichen Hinweises<sup>799</sup> kann sich die Einbeziehung deshalb auch aus anderen Umständen als konkludenter Hinweis ergeben.<sup>800</sup> Auch eine rechtlich unzutreffende Wortwahl (zB Hinweis auf AGB als „Geschäftsgrundlage“) steht nicht entgegen.<sup>801</sup> Die Erkennbarkeit der Einbeziehung betrifft nur die AGB an sich, nicht deren Inhalt (dazu → Rn. 131). Grundsätzlich obliegt dem Unternehmer eine größere Sorgfalt und Erkundigungslast bei der Prüfung von Vertragsangeboten und Vertragsannahmeerklärungen als dem Verbraucher.<sup>802</sup> Die Anforderungen können je nach den angesprochenen Verkehrskreisen variieren, soweit ein Vertragspartner nicht in bestimmten Bereichen besondere Geschäftserfahrung besitzt. Gleichgültig ist, ob der Einbeziehungswille im Angebot oder in der Annahmeerklärung enthalten ist, für die dann § 150 II gilt. Als **konkludente Erklärungen** kommen in Betracht: Beifügung der AGB im schriftlichen Angebot, Abdruck der AGB auf der Rückseite eines Bestellscheins oder einer Auftragsbestätigung,<sup>803</sup> Abdruck in Preislisten, Katalogen oder Prospekten jedenfalls dann, wenn diese dem Bestellvorgang üblicherweise zu Grunde gelegt werden, sowie die Annahme der gelieferten Ware, wenn der Verkäufer erstmals in der Auftragsbestätigung seine AGB erwähnt hat,<sup>804</sup> deutlich sichtbarer Aushang am Ort des Vertragsschlusses, auch ohne dass die Voraussetzungen von § 305 II Nr. 1 vorliegen. Insbesondere kann es ausreichen, wenn der Verwender die Überlassung der AGB auf Wunsch anbietet.<sup>805</sup> Zur Branchenüblichkeit → Rn. 127. **Keine stillschweigende Einbeziehung** liegt aber regelmäßig vor, wenn der andere Vertragsteil durch eine Abwehrklausel (→ Rn. 140) seinen vorweggenommenen Widerspruch zu erkennen gegeben hat. Dabei ist unmaßgeblich, ob die Abwehrklausel bereits jetzt oder später Vertragsinhalt geworden ist.<sup>806</sup> Auch im unternehmerischen Verkehr muss klar und eindeutig sein, welche AGB einbezogen werden sollen. Bestehen hieran Zweifel, so entfällt eine wirksame Einbeziehung.<sup>807</sup> Zur Einbeziehung der ADSp Teil 5 § 310 Rn. A 72 f.

- 126 **aa) Laufende Geschäftsbeziehung.** Ist auf AGB in einer laufenden Geschäftsbeziehung<sup>808</sup> bisher stets hingewiesen worden, so gelten sie bei unveränderten Umständen stillschweigend auch für die weiteren Verträge, falls der Kunde nicht deutlich widerspricht.<sup>809</sup> Eine laufende Geschäftsbeziehung setzt eine Dauerbeziehung oder mehrere Geschäftsabschlüsse in einem begrenzten Zeitraum voraus, was je nach Branche unterschiedlich sein kann.<sup>810</sup> Die stillschweigende Einbeziehung bedarf jedoch sorgfältiger Prüfung im Einzelfall.<sup>811</sup> Einzelne gelegentliche Vertragsabschlüsse<sup>812</sup> reichen dafür nicht aus. Hinweise auf Lieferscheinen sind grundsätzlich ungeeignet,<sup>813</sup> weil sie nicht notwendig zur Kenntnis des vertretungsberechtigten Personals gelangen. Auch ein Hinweis auf Rechnungen ist grundsätzlich ungeeignet.<sup>814</sup> Ist aber bereits einmal entsprechend einer auf dem

<sup>799</sup> § 305 II Nr. 1; dazu auch → Rn. 130.

<sup>800</sup> BGHZ 102, 293 (304) = NJW 1988, 1210; BGH NJW-RR 1991, 570.

<sup>801</sup> OLG Frankfurt a. M. BauR 1999, 1460.

<sup>802</sup> BGH WM 1977, 1353.

<sup>803</sup> AA Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz § 2 AGBG Rn. 35.

<sup>804</sup> BGH NJW 1995, 1671 (1672).

<sup>805</sup> OLG Naumburg NJOZ 2004, 14.

<sup>806</sup> BGH NJW 1985, 1838.

<sup>807</sup> BGH ZIP 1988, 175 (179).

<sup>808</sup> S. dazu im Einzelnen Müller-Graff FS Pleyer, 1986, 401 (412 ff.).

<sup>809</sup> BGHZ 42, 53 (55) = NJW 1964, 1788; BGH NJW-RR 1991, 570.

<sup>810</sup> Fischer BB 1995, 2491 (2492) allgemein mindestens fünf in einem halben Jahr; vgl. auch Berger ZGS 2004, 415 (418 f.).

<sup>811</sup> BGH NJW 1978, 2243.

<sup>812</sup> BGH MDR 1973, 845: acht Kaufverträge in drei Jahren.

<sup>813</sup> BGH NJW 1978, 2243.

<sup>814</sup> → Rn. 133; vgl. auch Grüneberg/Grüneberg Rn. 51; Lindacher WuB IV B § 2 AGBG 1.92.