

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.⁷⁴³ 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.⁷⁴⁴ 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.⁷⁴⁵

b) Konkludentes Einverständnis. Die Einbeziehungserklärung kann, sofern nicht **105** Schriftform vorgesehen ist (→ Rn. 109), auch **konkludent** abgegeben werden.⁷⁴⁶ Ebenso gilt für sie § 151 mit dem Verzicht auf das Erfordernis des Zugangs.⁷⁴⁷ 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.⁷⁴⁸ 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.⁷⁴⁹

c) Einverständnisklausel. Eine Einverständnisklausel, mit der der Kunde seine Zustimmung erklärt, wirkt nicht konstitutiv und **kann das tatsächliche Einverständnis nicht 106 ersetzen**. § 305 II enthält seinerseits einen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung iSd § 307 II Nr. 1.⁷⁵⁰ 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.⁷⁵¹ 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.⁷⁵² Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass der **Wortlaut des Einverständnisses zwar vorformuliert**, das Einverständnis selbst aber auf einer **individualvertraglichen Entscheidung** (gesonderter Zustimmungsklick⁷⁵³) beruht.⁷⁵⁴

⁷⁴³ S. auch BGH NJW 1982, 1144; Badefloß.

⁷⁴⁴ BGHZ 96, 275 (279) = NJW 1986, 925.

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

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

⁷⁴⁷ Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 161.

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

⁷⁴⁹ OLG Hamburg WM 2003, 581.

⁷⁵⁰ BGHZ 229, 344 Rn. 22.

⁷⁵¹ OLG Köln BeckRS 2002, 30231628.

⁷⁵² 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).

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

⁷⁵⁴ 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.⁷⁵⁵ 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.⁷⁵⁶ 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 Änderungsvertrag⁷⁵⁷, was einesteils schwer praktikabel ist und deshalb mit Blick auf mögliche Alternativen auf der Ebene der Transparenz- und Ausübungskontrolle noch einmal überdacht werden sollte.⁷⁵⁸ Auch eine § 675g entsprechende Klausel soll danach unwirksam sein.⁷⁵⁹ 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.⁷⁶⁰ 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.⁷⁶¹ Über die Abgabe einer solchen Zustimmungserklärung kann der Kunde frei entscheiden, so dass sie einer Individualklausel gleicht steht.⁷⁶² 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.⁷⁶³ 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

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

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

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

⁷⁵⁸ Pfeiffer LMK 2007, 246011; Pfeiffer RdZ 2022, 18 (23).

⁷⁵⁹ BGHZ 229, 344; krit. zB Casper, ZIP 2021, 2361.

⁷⁶⁰ Von einer solchen Konstellation ausgehend BGHZ 141, 153.

⁷⁶¹ 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).

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

⁷⁶³ 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.⁷⁶⁴ 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 Schutzvorschrift 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.⁷⁶⁵ 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.⁷⁶⁶ Unwirksam nach § 307 ist auch eine Klausel, die den Kunden täuscht, indem sie den Eindruck erweckt, es gälten die AGB, obwohl die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Die Klausel „Wir arbeiten nach AGB“, ohne dass diese bei Vertragsschluss vorliegen, ist deshalb nach § 307 unwirksam.⁷⁶⁷ Gleiches gilt für die Klausel „Es gelten die AGB, die auf Wunsch gerne zugesandt werden“,⁷⁶⁸ weil damit die Geltung ohne Beachtung von § 305 II, III vereinbart werden soll. Darin liegt zugleich ein Verstoß gegen das Richtigkeitsgebot.⁷⁶⁹ 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 verstoßen. Dies gilt insbesondere auch für die Kenntnisnahme und Bestätigung (→ Rn. 93 f.), für Einverständnisklauseln (→ Rn. 106) sowie allgemein beim Verstoß gegen das Transparenzgebot.⁷⁷⁰ 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.⁷⁷¹ 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

⁷⁶⁴ → Gerichtsstandsklauseln Rn. 6.

⁷⁶⁵ S. auch BGH NJW 1991, 1750 (1753).

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

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

⁷⁶⁸ S. LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1992, 441.

⁷⁶⁹ → BGB § 307 Rn. 267 f.

⁷⁷⁰ → BGB § 307 Rn. 235 ff.

⁷⁷¹ → 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.⁷⁷²

8. Beweislast

- 111 Der Beweis der Einbeziehung obliegt demjenigen, der sich auf die Geltung der AGB beruft.⁷⁷³ Dies ist regelmäßig der Verwender.⁷⁷⁴ 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.⁷⁷⁵ 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 Kenntnismarkierung, 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 § 307.⁷⁷⁶ 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**“).⁷⁷⁷

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.⁷⁷⁸
- 113 Werden an Stelle der ursprünglichen AGB **später andere AGB** in den Vertrag einbezogen, so gelten im Falle von Widersprüchen grundsätzlich die später einbezogenen.⁷⁷⁹

⁷⁷² S. auch BGH NJW 1999, 3261; ferner Henkel ZGS 2003, 418.

⁷⁷³ BGH NJW-RR 1987, 112 (113).

⁷⁷⁴ S. auch BGH NJW 1991, 1750 (1753).

⁷⁷⁵ OLG Hamburg WM 2003, 581.

⁷⁷⁶ S. BGH NJW 1982, 1388.

⁷⁷⁷ Vgl. BGH NJW 2015, 687, Rn. 21.

⁷⁷⁸ Schlie NZBau 2024, 387.

⁷⁷⁹ 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.⁷⁸⁰ 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.⁷⁸¹ 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.⁷⁸² Sie ist deshalb von den AGB im Sukzessivlieferungsvertrag zu unterscheiden und sollte deshalb auch nicht als Dauerschuldverhältnis eigener Art bezeichnet werden.⁷⁸³ 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**,⁷⁸⁴ 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.⁷⁸⁵ Grund- und Rahmenvertrag kann aber auch ein Darlehensvertrag sein, auf den bei späteren Wiederholungskrediten Bezug genommen wird.⁷⁸⁶ 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.⁷⁸⁷ 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.⁷⁸⁸ Dies gilt auf jeden Fall gegenüber Verbrauchern.⁷⁸⁹ Auch die Theorie des allgemeinen **Bankvertrags**,

⁷⁸⁰ → Rn. 15.

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

⁷⁸² Vgl. BGHZ 152, 114 (118 f.) = NJW 2002, 3695.

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

⁷⁸⁴ A. Hueck JherJb. 73, 33.

⁷⁸⁵ BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695.

⁷⁸⁶ OLG Frankfurt a. M. ZIP 1984, 302.

⁷⁸⁷ BGH NJW-RR 1987, 112.

⁷⁸⁸ BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695.

⁷⁸⁹ BGH NJW-RR 1987, 112.

nach der die einmalige Vereinbarung der AGB-Banken zu einem Rahmenvertrag führt, hat die Rechtsprechung abgelehnt.⁷⁹⁰ 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.⁷⁹¹

- 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.⁷⁹² 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.⁷⁹³
- 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

⁷⁹⁰ BGHZ 152, 114 = NJW 2002, 3695.

⁷⁹¹ Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 206.

⁷⁹² OLG Frankfurt a. M. ZIP 1984, 302.

⁷⁹³ 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,⁷⁹⁴ 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).⁷⁹⁵ § 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.⁷⁹⁶ 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 gehörendes 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.⁷⁹⁷ 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 Einbeziehungsvoraussetzungen

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.⁷⁹⁸

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

⁷⁹⁵ BT-Drs. 7/3919, 43.

⁷⁹⁶ So aber Müller-Graff FS Pleyer, 1986, 401 (405).

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

⁷⁹⁸ 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 Hinweises⁷⁹⁹ kann sich die Einbeziehung deshalb auch aus anderen Umständen als konkludenter Hinweis ergeben.⁸⁰⁰ Auch eine rechtlich unzutreffende Wortwahl (zB Hinweis auf AGB als „Geschäftsgrundlage“) steht nicht entgegen.⁸⁰¹ 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.⁸⁰² 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,⁸⁰³ 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,⁸⁰⁴ 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.⁸⁰⁵ 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.⁸⁰⁶ Auch im unternehmerischen Verkehr muss klar und eindeutig sein, welche AGB einbezogen werden sollen. Bestehen hieran Zweifel, so entfällt eine wirksame Einbeziehung.⁸⁰⁷ Zur Einbeziehung der ADSP Teil 5 § 310 Rn. A 72 f.

126 aa) Laufende Geschäftsbeziehung. Ist auf AGB in einer laufenden Geschäftsbeziehung⁸⁰⁸ bisher stets hingewiesen worden, so gelten sie bei unveränderten Umständen stillschweigend auch für die weiteren Verträge, falls der Kunde nicht deutlich widerspricht.⁸⁰⁹ Eine laufende Geschäftsbeziehung setzt eine Dauerbeziehung oder mehrere Geschäftsabschlüsse in einem begrenzten Zeitraum voraus, was je nach Branche unterschiedlich sein kann.⁸¹⁰ Die stillschweigende Einbeziehung bedarf jedoch sorgfältiger Prüfung im Einzelfall.⁸¹¹ Einzelne gelegentliche Vertragsabschlüsse⁸¹² reichen dafür nicht aus. Hinweise auf Lieferscheinen sind grundsätzlich ungeeignet,⁸¹³ weil sie nicht notwendig zur Kenntnis des vertretungsberechtigten Personals gelangen. Auch ein Hinweis auf Rechnungen ist grundsätzlich ungeeignet.⁸¹⁴ Ist aber bereits einmal entsprechend einer auf dem

⁷⁹⁹ § 305 II Nr. 1; dazu auch → Rn. 130.

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

⁸⁰¹ OLG Frankfurt a. M. BauR 1999, 1460.

⁸⁰² BGH WM 1977, 1353.

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

⁸⁰⁴ BGH NJW 1995, 1671 (1672).

⁸⁰⁵ OLG Naumburg NJOZ 2004, 14.

⁸⁰⁶ BGH NJW 1985, 1838.

⁸⁰⁷ BGH ZIP 1988, 175 (179).

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

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

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

⁸¹¹ BGH NJW 1978, 2243.

⁸¹² BGH MDR 1973, 845: acht Kaufverträge in drei Jahren.

⁸¹³ BGH NJW 1978, 2243.

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