

schnittskunden überschritten wird¹. So soll nach Auffassung der Rechtsprechung schon die Verwendung solcher Begriffe wie Wandelung und Minderung nicht mehr angemessen sein². Vor diesem Hintergrund erscheint es problematisch, bestimmte Fachbegriffe aus dem TKG, der TKV oder dem TDG zu verwenden, sofern die Alltagssprache ihnen eine andere, fest gefügte Bedeutung beimisst³. Auch ist die **Transparenz** von Klauseln zweifelhaft,⁴ die unter Bezugnahme auf Begrifflichkeiten des TKG unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen, je nachdem, ob es sich um Telekommunikationsdienste oder andere Dienstleistungen handelt, da selbst im juristischen Schrifttum keine klare Vorstellung über die Abgrenzung beider Bereiche herrscht⁵. Andererseits wird der Anbieter von konvergenten Diensten durch TKG und TKV gezwungen, deren Regelungsgehalte zu berücksichtigen, sodass es hier legitim erscheint, nicht dem Anbieter die Last unklarer Formulierungen des Gesetzgebers aufzubürden. Zu beachten ist aber jedenfalls, dass dem Anbieter unter Umständen die Pflicht obliegt, die AGB-Klauseln zu erläutern, um dem Verbot der Irreführung zu entgehen⁶.

4. Gestaltung von AGB und Grenzen

4.1 Vertragsabschluss und Einbeziehung von AGB

4.1.1 Überblick

- 30 Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Provider-Verträgen richtet sich wie sonst auch nach § 305 Abs. 2 BGB. Gegenüber der (bislang noch) vorherrschenden Praxis bei anderen Vertragstypen des Wirtschaftsverkehrs finden sich bei Computernetz-Verträgen wesentlich häufiger Formen des Online-Vertragsabschlusses und damit der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne direkten physischen

1 Vgl. BGH, Urteil v. 21.2.1990 – VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886 (888); vgl. BGH, Urteil v. 2.2.1994 – VIII ZR 262/92, NJW 1994, 1004 (1005); *Heinrichs*, in: FS Trinkner, 1995, S. 157 (165 f.); Staudinger/*Coester* § 9 AGBG Rz. 142.

2 Vgl. BGH, Urteil v. 7.10.1981 – VIII ZR 229/80, NJW 1982, 331 (333); selbst für den kaufmännischen Verkehr, vgl. BGH, Urteil v. 29.10.1997 – VIII ZR 347/96, NJW 1998, 677 (678).

3 Vgl. *Dreher*, AcP 189 (1989), 342 (346 ff.); Staudinger/*Schlosser* § 5 AGBG Rz. 20; MünchKomm/*Basedow*, § 305c BGB, Rz. 25, der bei Divergenz des Alltagsverständnisses gegenüber der Fachsprache für generellen Vorrang der allgemeinsprachlichen Bedeutung plädiert.

4 Ebenso *Schmitz/v. Netzer*, in: Schuster (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, Kap. 12 Rz. 51 ff.

5 Näher dazu *Spindler*, in: Roßnagel (Hrsg.), Recht der Multimediadienste, § 2 TDG Rz. 36 f. m. w. N.

6 Vgl. BGH, Urteil v. 10.3.1993 – VIII ZR 85/92, NJW 1993, 2052 (2054); Staudinger/*Coester* § 9 AGBG Rz. 143.

Kontakt zwischen Verwender und Vertragspartner. Allerdings ist hier von vornherein darauf hinzuweisen, dass auf Grund der strengen datenschutzrechtlichen Anforderungen an Einwilligungen im Bereich des BDSG (nicht im Bereich des TDDSG) in Einzelfällen die elektronische Form nicht ausreichen wird¹, sondern weiterhin der Vertragsschluss und die Einbeziehung der AGB schriftlich erfolgen muss. Zur Frage, ob durch Club-Mitgliedschaften der Anwendungsbereich der AGB-rechtlichen Vorschriften ausgeschlossen werden kann, unten Rz. 75.

4.1.1.1 Voraussetzungen nach allgemeinem Vertragsrecht

Eine Einbeziehung von AGB durch **bloßes Einloggen des Nutzers** ohne vorherigen rechtsgeschäftlichen Kontakt zwischen Verwender bzw. Anbieter und Nutzer scheidet aus, da noch keine vertragliche Beziehung zwischen dem Nutzer und dem Anbieter durch das Einloggen entsteht. Die Homepage eines Anbieters ist grundsätzlich als reine **Invitatio ad offerendum** zu qualifizieren², sofern nicht im Einzelfall auf Grund der konkreten Leistungsbeschreibung und der unbedingten Bereitschaft des Anbieters, an jedermann zu leisten, ein Angebot zu erkennen ist³. 31

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Nutzer sein Einverständnis mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erklären muss, bevor er den **weiteren** Inhalt der Homepage nutzen kann, z. B. wenn die Homepage nur ein Inhaltsverzeichnis bietet und erst nach Zustimmung zu den AGB den Zugriff auf weitere Inhalte freigibt. In diesem Fall liegt nach allgemeinem Vertragsrecht eine Willenserklärung des Nutzers vor, doch müssen zusätzlich die Voraussetzungen für die Einbeziehung der AGB nach § 305 Abs. 2 BGB vorliegen, wenn es sich um vorformulierte Klauseln handelt. 32

4.1.1.2 Voraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB

Gem. § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB können Allgemeine Geschäftsbedingungen nur bei **ausdrücklichem Hinweis** des Verwenders auf sie sowie der Möglichkeit für den Nutzer, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen, wirksam in den Vertrag zwischen Anbieter und Nutzer einbezogen werden. Der Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss derart klar und übersichtlich angebracht sein, dass dem Nutzer die 33

1 S. dazu unten Rz. 392.

2 Waldenberger, BB 1996, 2365 (2365); Ernst, BB 1997, 1057 (1057); Ernst, NJW-CoR 1997, 165 (165); Löhnig, NJW 1997, 1688 (1688); Köhler, NJW 1998, 185 (187); Koehler, MMR 1998, 289 (290); Heinrichs, NJW 1999, 1596 (1598); Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 35a.

3 Vgl. Mehrings, BB 1998, 2373 (2375).

Bedeutung des Hinweises deutlich wird¹. Denn der Wille des Verwenders zur Einbeziehung der AGB muss hier erkennbar zum Ausdruck kommen². Zwar kann nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt BGB ausnahmsweise auch auf den ausdrücklichen Hinweis verzichtet werden, aber lediglich dann, wenn der Hinweis nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre, wie z. B. bei Verträgen des täglichen Lebens³. Für die hier zu behandelnden Verträge spielt diese Ausnahme von der Hinweispflicht jedoch keine Rolle⁴. Hier bestehen schon durch das Medium, das nicht nur kurzzeitig sichtbare Anzeigen auf dem Bildschirm, Speicherungen oder Ausdrucke bietet, genügend technisch zumutbare Möglichkeiten, einen Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzubringen. Mit einem versteckten Hinweis oder Link auf die AGB, womöglich noch in kleiner Druckschrift am Rande einer Homepage oder gar auf einer unteren Ebene des Internetauftritts, ist der Hinweispflicht in keinem Fall Genüge getan⁵. Allein, dass der Vertragspartner die Möglichkeit hat, bei einer Recherche im Internet auf die AGB des Verwenders zu stoßen, genügt nicht⁶. Ebenso wenig ausreichend für den ausdrücklichen Hinweis des Verwenders bzw. Providers auf seine AGB ist der hervorgehobene Hinweis lediglich zu Beginn einer Homepage. Erforderlich ist vielmehr, dass der Hinweis auf die AGB in dem Formular, welches der Nutzer zum Zustandebringen des Vertrages auszufüllen und abzuschicken hat, befindlich ist⁷. Denn der Hinweis muss so gestaltet sein, dass der Kunde vor der Abgabe der Bestellung auf ihn aufmerksam wird⁸. Dies ist nicht gewährleistet, wenn der Hinweis auf die AGB auf einer beliebigen Seite im Internetauftritt zu finden ist, da dieser etwa mittels eines „Deep-Links“ einer Suchmaschine nicht sichtbar werden kann⁹. Andererseits genügt ein Link auf der Seite

1 BGH, Urteil v. 18.6.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (113); *Horn*, MMR 2002, 209 (209 f.); Einzelheiten bei Staudinger/*Schlosser* § 2 AGBG Rz. 5 f.; MünchKomm/*Basedow* § 305 BGB Rz. 54 ff. m. w. N.

2 BGH, Urteil v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293 (304); spezifisch für Online-AGB OLG Hamburg, Urteil v. 13.6.2002 – 3 U 168/00, CR 2002, 915 = MMR 2002, 677 (678); *Koch*, K&R 2001, 87 (88).

3 Näher Staudinger/*Schlosser* § 2 AGBG Rz. 19, *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 36 ff., MünchKomm/*Basedow* § 305 BGB Rz. 60 f. m. w. N.

4 *Ranke*, MMR 2002, 509 (509).

5 OLG Hamburg, Urteil v. 13.6.2002 – 3 U 168/00, CR 2002, 915.

6 OLG Hamburg, Urteil v. 13.6.2002 – 3 U 168/00, CR 2002, 915.

7 Vgl. LG Essen, Urteil v. 13.2.2003 – 16 O 416/02, NJW-RR 2003, 1207; *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1688 f.); *Mehrigs*, BB 1998, 2373 (2374 f.); *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 35a; *Koehler*, MMR 1998, 289 (290 f.); *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (422); *Koch*, K&R 2001, 87 (88); für BtX: *Lachmann*, NJW 1984, 405 (408).

8 *Koch*, K&R 2001, 87 (88); *Horn*, MMR 2002, 209 (209); *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, O Rz. 141.

9 OLG Hamburg, Urteil v. 13.6.2002 – 3 U 168/00, CR 2002, 915 = MMR 2002, 677 (678).

des Vertragsangebots, sofern dieser deutlich auf die AGB des Verwenders verweist und vom Kunden vor Bestellung nicht zu übersehen ist¹.

Problematisch ist dagegen vor allem die **Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB** durch den Nutzer gem. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Das in der US-Praxis übliche sog. Click-Wrap-Verfahren, in welchem der Nutzer vor Vertragsschluss zwingend über Internet-Seiten mit den AGB des Verwenders geführt wird, ist hierfür nicht erforderlich². Bei der **allein am Bildschirm erfolgenden Anzeige** muss man nicht so weit wie die frühere Rechtsprechung im Rahmen des Btx-Systems gehen, die teilweise kurze, am Bildschirm lesbare und verständliche AGB verlangte³. Zwar können **lange AGB** auf dem Bildschirm erhebliche Telekommunikationskosten verursachen, doch besteht für den Nutzer in der Regel die Möglichkeit, über den Browser die angezeigte Seite zu speichern und die AGB in Ruhe offline zu studieren. Dementsprechend kann der Nutzer die AGB zu einem beliebigen Zeitpunkt auch später ausdrucken lassen. Daher liegt eine zumutbare Kenntnisnahme auch bei der reinen Anzeige von langen AGB auf dem Bildschirm vor⁴. Bei entsprechend langen AGB ist allerdings für unerfahrene Nutzer ein entsprechender Hinweis am Anfang der AGB zu verlangen⁵. Es muss jedoch wenigstens die Gelegenheit zum Herunterladen oder zum ausführlichen Studieren von AGB für den Nutzer bestehen⁶.

1 LG Essen, Urteil v. 13.2.2003 – 16 O 416/02, NJW-RR 2003, 1207; *Ranke*, MMR 2002, 509 (510).

2 *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (422).

3 Wie hier *Roth*, in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), *Praxis des Online-Rechts*, S. 57 (114); anders *Waltl*, *Online-Netzwerke und Multimedia*, in: Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht*, 1997, S. 185 (202 f.); wohl auch *Köhler*, NJW 1998, 185 (189); unklar *Koch*, *Internet-Recht*, S. 69; zum Einbezug von AGB im Rahmen des Btx-Dienstes: OLG Köln, Urteil v. 21.11.1997 – 19 U 128/97, CR 1998, 244 (245); LG Osnabrück, Urteil v. 10.11.1995 – 2 O 60/94, CR 1996, 227 (229); LG Aachen, Urteil v. 24.1.1991 – 6 S 192/90, NJW 1991, 2159 f.; LG Freiburg, Urteil v. 7.4.1992 – 9 S 139/90, NJW-RR 1992, 1018 f.; umfassende Nachw. bei *Mehrings*, BB 1998, 2373 (2373 f.); *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 49a.

4 Im Ergebnis ebenso *Ernst*, BB 1997, 1057 (1058), *Ernst*, NJW-CoR 1997, 164 (167), *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689); *Koehler*, MMR 1998, 289 (292); *Heinrichs*, NJW 1999, 1596 (1598); MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 65; *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (422 f.), die allerdings ausdrücklich auf die erforderliche Möglichkeit zum Ausdrucken der AGB hinweist, mit Einschränkungen jetzt zustimmend *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 49a; *Koch*, K&R 2001, 87 (89); *Ranke*, MMR 2002, 509 (510).

5 Ähnlich *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (423), die hier das Risiko der Unerfahrenheit des Nutzers in den Risikobereich des Verwenders fallen lässt; weiter gehend *Mehrings*, BB 1998, 2373 (2379), der für Alltagsgeschäfte kurze AGB verlangt.

6 Vgl. *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2368); *Löhnig*, NJW 1997, 1688 (1689); *Horn*, MMR 2002, 209 (210); *Koehler*, MMR 1998, 289 (292); *Drexler*, in: Lehmann (Hrsg.), *Rechtsgeschäfte im Netz*, S. 75 (95), je m. w. N.; restriktiv *Waltl*, *Online-Netzwerke und Multimedia*, in: Lehmann (Hrsg.), *Internet- und Multimediarecht*, S. 185 (202 f.); maximal drei Seiten; offen *Staudinger/Schlosser* § 2 AGBG Rz. 33a.

- 35 Gegen die zumutbare Kenntnissnahme durch **alleinige Anzeige der AGB am Bildschirm** könnte allerdings ferner die **Gefahr der späteren Veränderung der AGB** durch den Verwender sprechen¹. Dieses Risiko besteht jedoch im gleichen Maße bei denjenigen AGB, die dem Kunden nicht ausgehändigt, sondern nur ausgehängt oder bereitgehalten werden, was für die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnissnahme aber ausreicht. Missbrauchsfälle werden sich weder im schriftlich dokumentierten noch im elektronischen Bereich vermeiden lassen². Zudem trifft die Beweislast, dass die AGB nicht nachträglich verändert wurden, den Verwender³.
- 36 Ebenso ausreichend ist der **Verweis** auf die auf einer **anderen Web-Seite** abgelegten AGB, sofern diese bei Vertragsabschluss abrufbar ist⁴. Es genügt ein deutlich wahrnehmbarer Link zu einer Seite mit den AGB⁵. Denn hier steht dem Nutzer in zumutbarer Weise die Kenntnissnahme der AGB offen; es macht keinen Unterschied, ob die AGB direkt am Bildschirm wiedergegeben werden oder der Nutzer erst durch einen Hyperlink oder einen Download die AGB zur Kenntnis nehmen kann. Stets ist ihm die zumutbare Möglichkeit zur Kenntnissnahme eröffnet.
- 37 Die Grenze der Zumutbarkeit wird jedoch überschritten, wenn AGB nur noch in Gestalt eines bestimmten Formats, oft als **pdf-File**, zur Verfügung gestellt werden. Denn in diesem Fall ist der Kunde gezwungen, sich ein Programm zu besorgen, mit dem er die AGB überhaupt erst lesen kann. Selbst wenn wie im Fall der pdf-Files dieses Programm (Acrobat Reader) kostenlos zur Verfügung gestellt wird, besteht zum einen keine Gewissheit, dass die unentgeltliche Verfügbarkeit dieses Programms auch in Zukunft besteht, zum anderen wird dem Kunden zugemutet, unter Umständen umfangrei-

1 Deswegen einen Einbezug abl. *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 2 AGBG Rz. 24 m. w. N.; *Waltl*, Online-Netzwerke und Multimedia, in: Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 185 (202).

2 Im Ergebnis wie hier *Mehnings*, BB 1998, 2373 (2379); s. auch *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2368 f.), der allerdings einen Datumstempel fordert; *Waldenberger*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 13.4. Rz. 180 f.

3 Vgl. *Heinrichs*, NJW 1999, 1596 (1598); *Mehnings*, BB 1998, 2373 (2379); Münch-Komm/Basedow § 305 BGB Rz. 65. *Köhler/Arndt*, Recht des Internet, S. 87.

4 *Waldenberger*, BB 1996, 2365 (2369); *Waldenberger*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 13.4 Rz. 175 (allerdings bezogen auf Hinweis); *Bachmann*, Internet und IPR, in: Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediarecht, S. 169 (174); *Köhler*, NJW 1998, 185 (189); *Drexler*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 75 (95); wohl auch *Mehnings*, BB 1998, 2373 (2378) und *Roth*, in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, S. 57 (114); anders anscheinend *Heermann*, K&R 1999, 6 (8), der aber offenbar verkennet, dass § 305 Abs. 2 BGB auf die *Möglichkeit* der Kenntnissnahme abstellt, nicht auf die Kenntnissnahme selbst.

5 LG Essen, Urteil v. 13.2.2003 – 16 O 416/02, NJW-RR 2003, 1207; *Kamanabrou*, CR 2001, 421 (422); *Ernst*, BB 1997, 1057 f.; *Ph. Koehler*, MMR 1998, 289 (291); *Mehnings*, BB 1998, 2373 (2378); *Horn*, MMR 2002, 209 (210).

che Programme erst herunterladen und zu installieren, sodass von einer möglichst einfachen Kenntnisnahme nicht mehr die Rede sein kann¹.

Dagegen kann keine Rede von einem Einbezug der AGB sein, wenn diese dem Nutzer erst **nach** oder mit **Vertragsabschluss** zugefaxt oder per Briefpost zugesandt werden oder gar vom Nutzer erst angefordert werden müssen, sofern der Nutzer nicht spätestens **bei** Vertragsabschluss die Möglichkeit der Einsicht- und Kenntnisnahme hatte, wenigstens durch Wiedergabe der AGB am Bildschirm; dies folgt schon aus bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen des Vertragsschlusses². Allenfalls ist hier ähnlich wie bei telefonischen Vertragsabschlüssen daran zu denken, dass der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen wird, dass der Nutzer den ihm nachträglich zur Verfügung gestellten AGB nicht widerspricht³. Eine nachträgliche Einbeziehung der AGB, etwa durch Zusendung von schriftlichen Unterlagen oder per E-Mail, ist als Angebot auf Änderung des Vertrages zu qualifizieren⁴; wiederum müssen die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sein⁵. Die Zustimmung des Nutzers wird in der Praxis häufig durch entsprechende Genehmigungsklauseln oder durch seine weitere Benutzung des Dienstes fingiert; zu deren Zulässigkeit unten Rz. 66 ff.

Für den Fall, dass die AGB erst nach einer Registrierung und damit nach dem Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt werden, ist es problematisch, ob allein durch die **weitere Nutzung des Dienstes** der Nutzer **konkludent** der **Einbeziehung** der AGB zustimmt. So wird teilweise die Auffassung vertreten, dass bei einer Erbringung von Leistungen, denen erstmalig ein Hinweis auf die AGB beigelegt ist, mit der vorbehaltlosen Annahme der Leistungen auch das Einverständnis mit den AGB zum Ausdruck gebracht werde⁶. Um ein Unterlaufen der Voraussetzungen des

1 Ähnlich *Ernst*, in: Hohl/Leible/Sosnitza (Hrsg.), Vernetztes Recht, S. 71 (76); *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rz. 197; s. auch *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 53 f.

2 Vgl. BGH, Urteil v. 29.6.1959 – II ZR 114/57, NJW 1959, 1679; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 10, 15; MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 74.

3 Vgl. Palandt/Heinrichs § 305 BGB Rz. 37; *Koch*, Internet-Recht, S. 84; weiter gehend *Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen § 2 AGBG Rz. 49, 49a: Verzicht des Kunden auf Einräumung zumutbarer Kenntnisnahme.

4 Vgl. BGH, Urteil v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135 (137); KG, Urteil v. 6.1.1994 – 10 U 1276/93, NJW-RR 1994, 1265; *Ulmer*, in: Ulmer/Brandner/Hensen § 2 AGBG Rz. 57; MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 75 f.; *Heinrichs*, NJW 1995, 1395 (1396 f.); *Roth*, in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, S. 57 (114); *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 287.

5 BGH, Urteil v. 18.6.1986 – VIII ZR 137/85, NJW-RR 1987, 112 (114); *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 287.

6 So Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 40; s. aber LG Karlsruhe, Urteil v. 29.12.1995 – 12 O 371/95, BB 1996, 1580: In diesem Fall ging es um eine auf telefonische Bestellung erfolgende Lieferung per Nachnahme, bei der die AGB auf der Rückseite der mit der Warenablieferung sofort zu begleichenden Rechnung abgedruckt waren. Nach der

§ 305 Abs. 2 BGB zu verhindern, ist zu fordern, dass der Nutzer sich bewusst ist, dass er den Vertrag auch ohne die AGB fortsetzen könnte¹; andernfalls könnte der Anbieter stets zunächst einen Vertragsabschluss durch Online-Registrierung herbeiführen und die Einbeziehung von AGB erst nachträglich bewerkstelligen. Nur bei einer dem Vertragsabschluss vorweggehenden Ankündigung der Zusendung der AGB – etwa per E-Mail – und dem deutlichen Hinweis, welche Rechtsfolgen mit der weiteren Benutzung des Dienstes nach Empfang der entsprechenden AGB verbunden sind, kann eine Ausnahme gemacht werden².

- 40 Schwierigkeiten bereitet zudem die **Sprache**, in der die AGB abgefasst sind. Zwar sind alle hier untersuchten AGB von Providern in Deutsch abgefasst, doch ist keineswegs auszuschließen, dass in Zukunft auch Vereinbarungen mit ausländischen Providern in deren Landessprache oder häufig in Englisch abgefasst werden. Sofern deutsches Recht Anwendung findet (s. dazu *Mankowski*, Teil III Rz. 1 ff.) wird für diesen Fall die Einbeziehung der AGB abgelehnt, sofern der Vertragspartner die Sprache nicht nachweislich beherrscht³. Die h. M. nimmt jedoch zu Recht an, dass derjenige, der sich auf eine bestimmte Sprache als Verhandlungssprache eingelassen hat, sich nicht auf Verständigungsschwierigkeiten der AGB berufen kann⁴. Ebenso genügt auch der Hinweis auf die AGB in der Verhandlungssprache⁵. Daher wird auch für das Internet anzunehmen sein, dass der Nutzer, der eine fremdsprachige Web-Seite aufruft, sich auf die dort verwandte Sprache in den AGB verweisen lassen muss⁶.

Ansicht des LG Karlsruhe kommt eine Einbeziehung jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn dem Empfänger bei der Konfrontation mit dem Leistungsangebot einschließlich der damit eingeführten AGB typischerweise keine ausreichende Zeit zur Kenntnisnahme und Prüfung der AGB verbleibt. In diesem Fall soll aus der „vorbehaltlosen“ Annahme nicht auf ein stillschweigendes Einverständnis mit den AGB geschlossen werden können.

- 1 Ähnlich KG, Urteil v. 6.1.1994 – 10 U 1276/93, NJW-RR 1994, 1265 f.; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 3a.
- 2 Vgl. Koch, Internet-Recht, S. 85, der aber wohl keinen Hinweis auf die Rechtsfolgen verlangt.
- 3 Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, Anh. § 2 AGBG Rz. 42
- 4 Vgl. BGH, Urteil v. 10.3.1983 – VII ZR 302/82, BGHZ 87, 112 (114 f.); s. auch BGH, Urteil v. 27.10.1994 – IX ZR 168/93, NJW 1995, 190; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 2 AGBG Rz. 14; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 28a; C. Schäfer, JZ 2003, 879 (883); Koehler, MMR 1998, 289 (293 f.); Koch, K&R 2001, 87 (89); Wallt, Online-Netzwerke und Multimedia, in: Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimedia-recht, S. 185 (202); MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 59.
- 5 Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 24; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 2 AGBG Rz. 15; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, § 2 AGBG Rz. 10; a. A. Soergel/Stein § 2 AGBG Rz. 7.
- 6 Zutr. Waldenberger, BB 1996, 2365 (2369); Waldenberger, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 13.4. Rz. 183; MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 66; Koch, Internet-Recht, S. 86; Drexler, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz, S. 75 (95), je m. w. N.

Es wäre nicht einsichtig, warum der Verbraucher bei einem nichtelektronischen Vertragsschluss sich auf die Verhandlungssprache verweisen lassen muss, bei Internet-Vertragsabschlüssen aber die AGB in Deutsch verlangen könnte¹. Dies muss auch dann gelten, wenn es sich um einen inländischen Verwender und einen inländischen Kunden handelt, sofern das Angebot des Verwenders erkennbar nicht nur auf den inländischen Markt beschränkt ist, da der Verwender ein legitimes Interesse an der Verwendung einheitlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen hat².

4.1.1.3 Einbeziehung und Änderung von Misch-AGB von Telekommunikations- und Internet-Providern (§ 305a BGB)

Ein für die Telekommunikations- und Internet-Branche bereits angesprochenes Problem resultiert aus der Konvergenz der Medien ohne gemeinsame rechtliche Rahmenbedingungen³, da sowohl die Vorgaben der TKV als auch die §§ 305 ff. BGB im Bereich der Online-Dienste zu berücksichtigen sind. Manche Anbieter lösen dieses Dilemma, indem sie Sonderbedingungen für einzelne Dienste wie etwa Homepages, E-Mail-Service, oder generell für den Internet-Bereich vorsehen. Problematisch ist die Bezugnahme in AGB auf weitere Spezialbedingungen, wenn diese nicht den Haupt-AGB beigelegt werden; hier handelt es sich in der Regel um eine unzulässige Staffelterweisung⁴. 41

Bei einem gemeinsamen, einheitlichen AGB unterliegenden Angebot von Telekommunikationsleistungen und Internetzugang sowie auch nachgelagerten Serviceleistungen stellt sich die Frage, nach welchen Regelungen die AGB des Anbieters einbezogen werden. Wenn es sich um eine „Telekommunikations-, Informations- und andere Dienstleistung handelt, die unmittelbar nach Einsatz von Fernkommunikationsmitteln und während der Erbringung einer Telekommunikationsleistung in einem Mal erbracht werden,“ bedarf es nach § 305a Nr. 2b BGB für die Einbeziehung der AGB nur der Veröffentlichung im Amtsblatt der Regulierungsbehörde und des Bereithaltens der AGB bei den Geschäftsstellen der Anbieter zur Einsichtnahme; § 305 Abs. 2 BGB findet dann keine Anwendung⁵. Die 42

1 So aber *Heinrichs*, NJW 1999, 1596 (1599), der allerdings auch die Übersetzung in Englisch zulassen will. Wieso diesbezüglich eine Ausnahme gelten soll, wird aber nicht näher erläutert.

2 S. aber *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 51 im Anschluss an LG Berlin, Urteil v. 10.6.1981 – 28 O 236/80, NJW 1982, 343 (344): keine zumutbare Kenntnisaufnahme bei englischsprachigen AGB eines Flugtickets.

3 Zur Kritik s. *Spindler*, in: *Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft* 1999, 194 (196 ff.).

4 S. dazu BGH, Urteil v. 21.6.1990 – VII ZR 308/89, BGHZ 111, 388 (390 ff.): hier als zulässig erachtet worden; dagegen zu Recht *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 52a.

5 Vgl. *MünchKomm/Basedow* § 305a BGB Rz. 1; näher dazu, allerdings auf der Grundlage der alten TKV und zur Tarifreform der Telekom: OLG München, Urteil v.

früher von § 28 Abs. 2, 3 TKV a. F. für die Änderungen von AGB vorgesehene Regelung, dass diese ohne Einverständnis der Kunden nach amtlicher Veröffentlichung und geeigneter und angemessener Information des Kunden¹ wirksam werden konnten (vorbehaltlich eines Kündigungsrechts des Kunden)², wird mit der neuen TKV vollständig zugunsten der allgemeinen Regelungen der §§ 305, 305a BGB entfallen. Die im Zuge der Schuldrechtsreform eingefügte Regelung des § 305a BGB, die den § 23 Abs. 2 Nr. 1a, 1b AGBG a. F. ersetzt, offenbart allerdings bei näherer Betrachtung auch ihre Tücken: Denn das dort vorausgesetzte Einverständnis der anderen Partei mit der Geltung der AGB fehlt gerade bei der Inanspruchnahme der Telekommunikationsleistung, wenn kein Hinweis auf die AGB erfolgen kann³. Im Ergebnis wird man trotz des misslungenen Wortlauts § 305a Nr. 2b BGB nur so interpretieren können, dass er eine Ausnahme zum sonst erforderlichen deutlichen Hinweis auf die AGB bei Vertragsabschluss enthält, da die AGB öffentlich bekannt gemacht werden⁴.

- 43 Die früher relevante Frage, wie mit den AGB derjenigen Anbieter zu verfahren ist, die einheitlich sowohl Telekommunikationsdienstleistungen als auch Internet-Dienste regeln⁵, hat sich durch die Neufassung des § 305a Nr. 2 b BGB entschärft: Denn es kommt nur noch darauf an, ob die Leistung unmittelbar mit Benutzen der Fernkommunikationsmittel erbracht wird, einerlei, ob es sich um eine Telekommunikationsdienstleistung im Sinne des TKG oder um andere Leistungen handelt. Allerdings kann nicht jeder Provider ausschließen, dass etwa Informationsangebote erst nach Zustandekommen der Verbindung und erst nach Anwahl einer Eingangs-Website wahrgenommen werden; in diesen Fällen würde § 305a Nr. 2 b BGB nicht eingreifen, da es dem Anbieter nicht unzumutbar wäre, auf seine AGB vor Inanspruchnahme der Dienstleistung hinzuweisen, etwa per Hyperlink. Zahlreiche Anbieter werden zudem ihre Leistungen nicht unmittelbar mit der Nutzung der Fernkommunikations-

17.12.1997 – 3 U 6108/96, ArchPT 1998, 153, 154; OLG München, Urteil v. 23.9.1997 – 25 U 2715/97, ArchPT 1998, 49; OLG München, Urteil v. 17.10.1997 – 21 U 2620/97, ArchPT 1998, 50, 51; OLG Düsseldorf, Urteil v. 5.3.1998 – 14 U 197/97, ArchPT 1998, 267; OLG Dresden, Urteil v. 30.1.1998 – 3 U 1874/97, ArchPT 1998, 268; dagegen *Michalski*, ZIP 1996, 1327 ff.; zusammenfassend Staudinger/*Schlosser* § 23 AGBG Rz. 20.

1 S. dazu bzw. zu der vorhergehenden Regelung des § 5 TKV BGH, Urteil v. 2.7.1998 – III ZR 287/97, NJW 1998, 3188 = CR 1998, 664 (667); ferner *Schmitz/v. Netzer*, in: Schuster (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, Kap. 12 Rz. 98 ff.

2 Dazu *Michalski*, ZIP 1996, 1327 (1331); *Großkopf/Taubert*, CR 1998, 603 (609 f.); *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 38 ff.; s. für die alte TKV im Verhältnis zu § 305a Nr. 2 BGB *Struck*, MMR 2002, 600 f.; *Fischer/Galster*, MMR 2002, 71 (74).

3 Zu Recht krit. daher MünchKomm/*Basedow* § 305a BGB Rz. 3.

4 Letztlich auch MünchKomm/*Basedow* § 305a BGB Rz. 3.

5 So etwa 1&1 Internet 04/2003, Nr. 1.1.

mittel erbringen, sodass § 305a Nr. 2b BGB nicht verfängt¹. Daher kann Providern nur empfohlen werden, sich nicht allein auf das Verfahren nach § 305a Nr. 2 b BGB zu verlassen, sondern zusätzlich § 305 Abs. 2 BGB einzuhalten. Eine Ausnahme kann lediglich dann gelten, wenn der Internet-Dienst eines Telekommunikationsanbieters nur über dessen Telekommunikationsdienstleistungen erreicht werden kann bzw. die einheitlichen Geschäftsbedingungen nur in diesem Fall Geltung finden, etwa bei **Internet by Call**², nicht aber über andere Telekommunikationsanbieter oder über das Internet.

Von einigen Anbietern wird in den AGB ausdrücklich festgehalten, dass **die TKV auch neben den AGB gelte**³. Zwar wird mit einem solchen Hinweis dem zwingenden Charakter der TKV und deren Anwendung auf Telekommunikationsdienste Rechnung getragen. Doch kann er Verwirrung stiften, wenn unklar bleibt, in welchen Fällen die TKV anzuwenden ist und ob sie generell auch außerhalb ihres Anwendungsbereiches auf andere Dienste Gültigkeit besitzen soll. Im Hinblick auf das Gebot, AGB auch für rechtsunkundige Durchschnittskunden verständlich zu formulieren⁴, unterliegen auch derartige Verweise auf gesetzliche Regelungen in AGB der Kontrolle⁵. Da der Anwendungsbereich des TKG bzw. der TKV aber hohen Unsicherheiten unterliegt, bleibt für den Durchschnittsnutzer häufig unklar, wann und welche Regelungen der TKV gelten. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn einzelne Klauseln mit einem Verweis auf die TKV verquickt werden⁶. Dementsprechend ist von der Rechtsprechung der pauschale Verweis auf die TKV in einer Regelung zum Zahlungsverzug als Verstoß gegen das Transparenzgebot qualifiziert worden⁷. Es genügt daher nicht, wenn innerhalb einer Klausel pauschal auf die TKV verwiesen wird. Hier muss zumindest die entsprechende Norm der

1 S. auch *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rz. 199; *Fischer/Galster*, MMR 2002, 71 (74).

2 Ebenso *Struck*, MMR 2002, 600 (601); *Fischer/Galster*, MMR 2002, 71 (74); vgl. Arcor – Leistungsbeschreibung Internet-Zugang 05/2003, Nr. 2 sowie Arcor – Leistungsbeschreibung ISDN/DSL 05/2003, Nr. 2; 1&1 Internet 04/2003, Nr. 1.1.

3 Arcor-Internet 03/2003, Nr. 1.1, verweist vorbehaltlich abweichender Regelungen auf die gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die TKV.

4 Vgl. BGH, Urteil v. 10.3.1993 – VIII ZR 85/92, NJW 1993, 2052 (2054); *Wolf/Ungeheuer*, JZ 1995, 176 (180), die das Verständlichkeitsgebot als bedeutsamsten Teil des Transparenzgebotes ansehen.

5 Vgl. OLG Schleswig, Rechtsentscheid v. 27.3.1995 – 4 RE-Miet 1/93, NJW 1995, 2858 (2859); OLG Karlsruhe, Rechtsentscheid v. 18.10.1985 – 3 ReMiet 1/85, NJW-RR 1986, 91 (92); *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGB Rz. 52.

6 Etwa QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 15.2: „QSC ist berechtigt, die Inanspruchnahme der Leistung durch den Kunden in Übereinstimmung mit den Regelungen der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung („TKV“) ganz oder teilweise zu unterbinden.“

7 OLG Köln, Urteil v. 8.5.1998 – 6 U 149/96, ArchPT 1998, 252 (257 f.) = K&R 1999, 27 (32 f.).

TKV angeführt werden¹. Die pauschale Inbezugnahme der gesamten TKV träfe vor diesem Hintergrund erst recht auf erhebliche Bedenken.

4.1.2 Besondere Klauselgestaltungen

4.1.2.1 Klauseln über Vertragspartner

- 45 Klauseln, die den Vertragspartner näher bezeichnen, haben größere Verbreitung gefunden. So legt etwa T-Online mit den Nutzern und den registrierten Nutzern verschiedene Kategorien als „Kunden“ fest, wohingegen sog. Mitnutzer, die die Kennungen des Kunden mit dessen Einwilligung auch verwenden dürfen, nicht als Vertragspartner betrachtet werden².
- 46 Gegen derartige Klauseln ist nichts einzuwenden, da sie oft deklaratorisch nur die bestehenden Vertragsbeziehungen und Rechtsstellungen der Beteiligten wiedergeben, wie sie sich auch nach allgemeinen Regeln darstellen würden. Anders hingegen ist die Rechtslage, wenn der Nutzer mit einem Vertragspartner konfrontiert wird, mit dem er nach der Ausgestaltung des Dienstes und der Werbung für den Dienst nicht rechnen musste, insbesondere bei Sitz des Anbieters im Ausland. Fehlt es an entsprechenden Hinweisen beim Vertragsabschluss und wird dem Nutzer suggeriert, dass er mit einem in Deutschland ansässigen Anbieter kontrahiert, können derartige Klauseln, die als Vertragspartner ein anderes Unternehmen deklarieren, überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB sein. Dies gilt erst recht, wenn sich die Festlegung des im Ausland ansässigen Vertragspartners gar nicht aus den eigentlichen AGB-Klauseln, sondern allein aus den angefügten sog. Kontaktinformationen ergibt³, auch wenn an anderer Stelle dem Anbieter das Recht eingeräumt wird, sämtliche Rechte auf die inländische Tochterfirma übertragen zu dürfen⁴. Aus der zuletzt genannten Klausel ergibt sich zwar im Umkehrschluss, dass das inländische Tochterunternehmen nicht Vertragspartner ist, dem Verbraucher ist allerdings die Identifizierung des tatsächlichen Vertragspartners außerhalb des eigentlichen Klauselwerkes nicht zuzumuten. Abge-

1 So z. B. QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 3.3: „QSC kann die Bereitstellung der Leistung von der Abgabe einer Grundstückseigentümergeklärung gem. § 10 TKV abhängig machen.“; 1&1 Internet 04/2003, Nr. 9.6: „Im Anwendungsbereich der Telekommunikationskundenschutzverordnung (TKV) bleibt die Haftungsregelung des § 7 Abs. 2 TKV in jedem Fall unberührt.“; Compuserve 05/2003, Nr. 7.5. S. 4: „Eine Sperre unterbleibt, wenn Sie gegen berechnete Leistungen begründete Einwendungen erhoben haben und den Durchschnittsbetrag der letzten unstrittigen Rechnungen nach § 17 TKV bezahlt haben.“

2 AGB T-Online International AG 09/2003, Nr. 1.

3 So AOL 04/2003, Die Festlegung des Vertragspartners findet sich hier neben den typischen Kontaktdaten für die Mitgliederbetreuung; ebenso Compuserve 05/2003.

4 AOL 04/2003, Nr. 16.1.; noch problematischer Compuserve 05/2003, Nr. 17.1., wonach auch eine Übertragung auf America Online Inc., Virginia, USA möglich sein soll.

sehen davon können schon nach allgemeinen Grundsätzen zum Vertragsabschluss die AGB nicht die per Auslegung von Willenserklärungen festzustellende Eigenschaft als Vertragspartner festlegen; stattdessen kann bei Auseinanderfallen der Vorstellungen der Vertragspartner ein Dissens vorliegen, der aber nicht mittels AGB dahin gehend geändert werden kann, dass nunmehr ein anderer Anbieter als derjenige Vertragspartner wird, den sich der Kunde eigentlich bei Vertragsabschluss redlicherweise vom objektiven Empfängerhorizont her vorgestellt hatte¹.

4.1.2.2 Klauseln über den Vertragsabschluss und die Einbeziehung von AGB

Hinsichtlich des **Vertragsabschlusses** sind häufiger Klauseln vorzufinden², die den Vertragsabschluss von der Online-Registrierung des Nutzers abhängig machen. Auch wenn generell Vertragsabschlussklauseln erst nach Abschluss des Vertrages Wirksamkeit entfalten und somit an den Regeln der §§ 145 ff. BGB nichts ändern, da die AGB erst mit Vertragsabschluss einbezogen werden können³, schränkt § 308 Nr. 1 BGB die Möglichkeit zur Bindung des Kunden an Angebote ein. Soweit eine Klausel dazu führt, dass erst dann ein Vertrag zustande kommen soll, wenn sich der Nutzer bei dem Anbieter hat registrieren lassen und daneben – sofern sich diese nicht nach § 308 Nr. 1, 2. Hs. BGB auf den Vorbehalt des Anbieters beschränkt – der Anbieter erst nach Ablauf der Widerrufs- oder Rückgabefrist nach § 355 Abs. 1 und 2 BGB und § 356 BGB zu leisten verpflichtet ist, könnte eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Frist für die Annahme eines Angebotes vorliegen⁴. Da die Online-Registrierung als Anmeldeprozedur und damit die Länge der

1 Wie hier *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 105 f.; anders aber LG München, Urteil v. 19.9.1996 – 21 O 5002/96, abrufbar unter http://www.netlaw.de/urteile/lgm_01.htm wonach die Festlegung von Compuserve, Inc., USA als Vertragspartner nicht zu beanstanden sei, allerdings unter Hinweis auf die Einzelumstände.

2 Anders als im Telekommunikationsbereich dürfte dagegen die Frage, wer Vertragspartner wird (etwa bei der Nutzung von Verbindungsnetzen, s. dazu *Hahn*, MMR 1999, 251 [252 f.]), für Provider selten relevant werden, da hier deutlich die Nutzung des Telekommunikationsnetzes von der Leistung des Providers – dem Zugang zum Computernetz – unterschieden werden kann. Dies gilt selbst für integrierte Angebote eines TK-Unternehmens wie etwa Internet by Call.

3 BGH, Urteil v. 13.2.1985 – I Vb ZR 72/83, NJW 1985, 1394; OLG Koblenz Urteil v. 17.9.1993 – U 1694/91, NJW-RR 1994, 58 (59); *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 63; offen gelassen indes von BGH, Urteil v. 23.3.1988, – VIII ZR 175/87, NJW 1988, 1908 (1909); ebenso BGH, Urteil v. 7.11.2001 – VIII ZR 13/01, CR 2002, 213 (215) m. Anm. *Wiebe* (S. 216) = MMR 2002, 95 m. Anm. *Spindler*; a. A. Münch-Komm/Basedow § 308 Nr. 1 BGB, Rz. 3, allerdings auf der Basis einer Art Vorvertrag über den Abschluss des Hauptvertrages.

4 S. etwa den (nicht Internetbezogenen) Fall in BGH, Urteil v. 13.9.2000 – VIII ZR 34/00, BGHZ 145, 139 = NJW 2001, 303; 3 Wochen Bindung unangemessen lang.

Frist aber in der Hand des Nutzers liegt, ist die Klausel ebenso zulässig¹ wie eine Bestimmung, die eine schriftliche Bestätigung eines Antrages² oder per E-Mail³ vorsieht. Dies gilt erst recht für Internet-by-Call-Verträge, bei denen keine vorherige Registrierung möglich ist⁴.

- 48 Gleiches gilt für Klauseln, die mit der Bereitstellung des Dienstes die **Annahmeerklärung** durch den Provider **fingieren**⁵; denn auch nach den allgemeinen Regeln läge in der Erbringung der Dienste die konkludente Erklärung des Anbieters, das Angebot auf Vertragsabschluss durch den Kunden anzunehmen, sodass der Vertragspartner nicht durch eine derartige Klausel benachteiligt wird. In diese Kategorie sind auch Klauseln einzuordnen, die lediglich den Beginn einer „Mitgliedschaft“ mit der Nutzung eines Kennwortes und Zugangs eintreten lassen⁶. Unzulässig sind ferner Klauseln, die die Geltung der AGB für „alle künftigen Geschäftsbeziehungen, auch wenn sie nicht erneut ausdrücklich vereinbart werden“, festschreiben wollen. Denn damit geht der Verwender weit über das von § 305 Abs. 3 BGB vorgesehene Maß hinaus, der nur für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften, die zuvor festliegen, eine Geltung auf für die Zukunft zulässt⁷.
- 49 Im engen Zusammenhang mit dem eigentlichen Vertragsschluss steht der Versuch, die Nutzung der vom Anbieter zugeteilten Zugangskennung oder die Einwahl des Nutzers in einen der Zugangsknoten des Anbieters als **Anerkenntnis der AGB** zu qualifizieren⁸. Das Einverständnis des Vertragspartners mit der Geltung der AGB des Verwenders ist eine Willens-

1 Ebenso für den Mobilfunkbereich: *Hahn*, MMR 1999, 251 (252) = *Hahn*, ZAP 1999, Fach 6, S. 279 (282); *Hahn*, Telekommunikationsdienstleistungsrecht, Rz. 134 ff.; AGB-Vertragsrecht/*Hoeren*, E-Commerce-Verträge Rz. 8.

2 Vgl. *H. Schmidt*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 10 Nr. 1 AGBG Rz. 8; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 10 Nr. 1 AGBG Rz. 20; so auch QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 2.1, die allerdings zusätzlich auch die Leistungsbereitstellung als Annahmeerklärung fingiert.

3 Debitel 04/2002, Nr. 1; RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 2.3 hält sich sowohl die schriftliche als auch die elektronische Form für die Annahme offen.

4 Tiscali 07/2003, § 1 Abs. 2 Satz 1 lässt den Vertrag beim Call-by-Call Verfahren ausdrücklich mit der Einwahl zustande kommen, ebenso RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 2.2.

5 AGB T-Online International AG 09/2003, Nr. 3; 1&1 Internet 04/2003, Nr. 7.2 mit dem Zugang der Zugangskennung beim Kunden oder der Freischaltung des Internet-Zugangs, falls diese zuvor erfolgt; GMX Internet-Zugänge 07/2003, Nr. 4.2 Satz 2 Vertragsschluss spätestens mit Freischaltung; auch RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 2.3 will den Vertrag spätestens mit Freischaltung zustande kommen lassen; QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 2.1.

6 So AOL 04/2003, Nr. 2.3.; RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 2.3 knüpft daran nicht den Vertragsschluss, sondern die Leistungsbereitstellung.

7 LG München I, Urteil v. 14.8.2003 – 12 O 2393/03, CR 2004, 221, n. rkr.

8 DFN-WinShuttle 12/2002, § 1 Abs. 1; ähnlich Tiscali 07/2003 § 1 Abs. 4.

erklärung, die aber auch in einer schlüssigen Handlung liegen kann¹. Allein durch die AGB kann die Bestätigung der Kenntnis und damit des Einbeziehens der AGB indes nicht hergestellt werden. Allerdings ist die Begründung für dieses einhellig akzeptierte Ergebnis unklar: Während die Rechtsprechung überwiegend von der Anwendung des § 309 Nr. 12b BGB ausgeht², stellt eine im Schrifttum zu Recht vertretene Auffassung darauf ab, dass weder § 309 Nr. 12b BGB noch § 308 Nr. 5 BGB einschlägig sind, da die Erklärungswirkung weder auf einem Verhalten nach Vertragsabschluss (§ 308 Nr. 5 BGB) noch auf einer vorformulierten Erklärung bei Vertragsabschluss beruhe; vielmehr gehe es ausschließlich um eine Einbeziehungsvereinbarung, die gemessen an § 307 BGB in der Regel unzulässig sei³. Nach anderen sollen derartige Klauseln, die die Kenntnis von AGB bestätigen, als Verstoß gegen zwingendes Recht, nämlich § 305 Abs. 2 BGB und §§ 305b, 305c BGB, zu werten sein⁴. Im Ergebnis jedenfalls sind die Klauseln als unzulässig und damit unwirksam zu qualifizieren⁵.

Nicht so weit gingen andere Klauselwerke, die unter der Überschrift 50 „Einbeziehung der Nutzungsbedingungen“ die Aussage trafen, dass die AGB „vor Ihrer Mitgliedschaft, während Sie sich online angemeldet haben, bekannt gegeben worden (sind) und (...) Ihnen somit vor(liegen)“. Ferner wurde festgehalten, dass der Nutzer jederzeit die Möglichkeit habe, neben dem schriftlichen Exemplar die Bedingungen auch online abzufragen⁶. Derartige Klauseln bezwecken zwar nicht die **Fiktion des Einverständnisses** des Nutzers mit der Geltung der AGB, doch wollen sie offenbar zumindest eines der erforderlichen Elemente für die wirksame Einbeziehung, nämlich die zumutbare Kenntnisnahme, festhalten. Solche Klauseln sind im besten Fall rein deklaratorischer Natur; da sie aber dem Nutzer suggerieren, dass er die AGB tatsächlich kenne, verstoßen sie gegen § 309 Nr. 12b BGB,⁷ zumindest aber gegen das Transparenzgebot,

1 BGH, Urteil v. 1.3.1982 – VIII ZR 63/81, NJW 1982, 1388 (1389); Staudinger/*Schlosser* § 2 AGBG Rz. 36 f.; vor Geltung des AGBG: BGH, Urteil v. 29.9.1960 – II ZR 25/59, BGHZ 33, 216 (219).

2 So zum inhaltsgleichen § 11 Nr. 15b AGBG BGH, Urteil v. 9.11.1989 – IX ZR 269/87, NJW 1990, 761 (765); BGH, Urteil v. 24.3.1988 – III ZR 21/87, NJW 1988, 2106 (2108); BGH, Beschluss v. 28.3.1996 – III ZR 95/95, NJW 1996, 1819; OLG Köln, Urteil v. 11.1.2002, 6 U 125/01 K&R 2002, 556 (557); OLG Köln, Urteil v. 29.3.1996 – 6 U 68/95 VuR 1996, 257; OLG Hamm, Urteil v. 16.12.1991 – 17 U 109/91, NJW-RR 1992, 444 (445) für Fitnessstudio-Vertrag.

3 Staudinger/*Coester-Waltjen* § 10 Nr. 5 AGBG Rz. 6, § 11 Nr. 15 Rz. 11: es handle sich nicht um Beweislastverschiebungen; s. auch MünchKomm/*Basedow* § 308 Nr. 5 BGB, Rz. 5, 11; *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 681 ff., 689.

4 Staudinger/*Coester* § 9 AGBG Rz. 177.

5 Im Ergebnis ebenso *Koch*, Internet-Recht, S. 84; *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 99 f.

6 So früher AOL 12/1998, Nr. 1 Satz 1–3.

7 S. auch MünchKomm/*Basedow* § 309 Nr. 12 BGB, Rz. 17.

da die Kenntnis der AGB durch den Nutzer unterstellt und ein entsprechender Eindruck beim Nutzer hervorgerufen wird¹.

- 51 Man mag daher in die AGB einen Hinweis aufnehmen, wonach durch die Betätigung eines am Ende des Textes sichtbaren OK-Feldes der Vertrag mit dem Anbieter zustande kommt und der Nutzer zum vorherigen sorgfältigen Lesen der AGB aufgefordert wird, unter Hinweis auf die Möglichkeit zur kostenlosen Zusendung der AGB in schriftlicher Form². Da die ganz überwiegende Meinung die §§ 305 Abs. 2 und 305b, 305c BGB als zwingendes Recht qualifiziert und darüber hinaus entsprechende Bestätigungen stets der Gefahr der Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 12b BGB unterliegen, ist eine solche Klausel rein deklaratorisch.

4.1.2.3 Minderjährigen-Klauseln

- 52 Vergleichbar sind Klauseln, die im Rahmen der Anmeldeprozedur vorsehen, dass nur bei Einverständnis mit den nach der AGB-Präambel aufgeführten Bedingungen sowie bei voller **Geschäftsfähigkeit** eine Anmeldung zulässig sei und mit dem Klicken auf „Einverstanden“ die Bedingungen einbezogen werden. Fraglich ist hier neben der Einbeziehung der AGB, welche Bedeutung der in den Klauseln vorgesehenen indirekten Bestätigung der Geschäftsfähigkeit, dass der Nutzer **volljährig** sei, zukommt³. Anders als bei früher zahlreich verwandten Klauseln⁴ wird hier nicht mehr die Volljährigkeit versichert, sondern nur eine nach BGB selbstverständliche Voraussetzung für den Vertragsabschluss wiederholt. Da es an einer echten Bestätigung fehlt und auch die Beweislast nicht umverteilt wird, ist die Klausel diesbezüglich sowohl nach § 309 Nr. 12b BGB als auch nach § 307 Abs. 2 BGB zulässig⁵. Haltbar sind auch Klauseln, denen zufolge Voraussetzung für den Vertragsschluss ist, dass der Kunde mindestens 16 Jahre alt ist⁶, da nach dieser Formulierung nicht das gesetzliche Einwilligungserfordernis des § 107 BGB umgangen wird, sondern lediglich der Kreis der nach allgemeinem Zivilrecht möglichen Vertragspartner auf mindestens 16-Jährige beschränkt wird. Für die Aufnahme entsprechender Klauseln spricht das praktische Bedürfnis im Hinblick auf etwaige strafrechtliche Verfolgungen wegen Pornographie sowie die Einhaltung der Vorschriften des JuSchG bzw. des JMStV. Immerhin kann hier der Provider darauf verweisen, dass der Nutzer selber

1 Wie hier jetzt *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 100 f.

2 So die von *Roth*, in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, S. 57 (115) vorgeschlagene Musterklausel.

3 S. AOL 04/2003, Nr. 2.1.: „AOL-Mitglied kann werden, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.“; s. auch AGB T-Online International AG 09/2003, Nr. 1.3: „Als Kunden werden nur volljährige Personen akzeptiert (...)“.

4 Vgl. *Koch*, Internet-Recht, S. 87; *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 106 ff.

5 Wie hier *Ernst*, Vertragsgestaltung im Internet, Rz. 246; anders wohl *Koch*, Internet-Recht, S. 87; ebenso anscheinend *Stork*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 108.

6 QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 2.1.

seine Volljährigkeit versichert habe – wenngleich damit nur ein Indiz gegeben sein dürfte und die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden in ihrer Beurteilung gewiss nicht an in AGB vorformulierte Bestätigungen gebunden sind.

4.1.2.4 Widerspruchsklauseln gegen Nutzer-AGB

Vereinzelte sehen Anbieter vor, dass widersprechende AGB eines Kunden 53 keine Anwendung finden, was insbesondere im unternehmerischen Rechtsverkehr von Bedeutung ist. Die AGB des Kunden sollen selbst dann nicht gelten, wenn der Anbieter ihnen nicht ausdrücklich widerspricht¹. Eine solche **Abwehrklausel** ist ohne weiteres zulässig, da sie die verschiedentlich von der Rechtsprechung geforderte Manifestation eines Abwehrwillens einer Vertragspartei enthält². Diese Klausel führt somit dazu, dass regelmäßig weder die AGB des Kunden noch die des Anbieters gelten; eine Geltung kommt nur in Betracht, soweit sie sich nicht widersprechen³.

4.1.2.5 Individualvereinbarungen und Schriftformklauseln

Vereinzelte versuchen Anbieter, sich gegen individuelle Abweichungen 54 von den AGB zu schützen, indem diese nur dann zugelassen werden, wenn sie vom Anbieter schriftlich bestätigt wurden⁴. Solche Klauseln sind zwar nicht generell als unwirksam zu erachten, da ein entsprechender Vorschlag schon während der Beratungen des AGBG verworfen wurde⁵. Demnach sind Klauseln, die Individualvereinbarungen an bestimmte

1 DFN-WinShuttle 12/2002, § 1 Abs. 1; Arcor – Internet 03/2003, Nr. 12; GMX 01/2003 (Mail & Messaging), „Geltungsbereich“; Früher bei Telepassport 09/1998, Nr. 1.3; RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 1.3 widerspricht ausdrücklich der Einbeziehung von AGB des Kunden, ähnlich AGB T-Online International AG 09/2003, Nr. 13.4; anders QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 1.2, wonach abweichende AGB der Kunden nicht gelten, soweit QSC deren Geltung nicht ausdrücklich schriftlich zustimmt.

2 BGH, Urteil v. 24.10.2000 – X ZR 42/99, NJW-RR 2001, 484 (484 f.); BGH, Urteil v. 5.3.1986 – VIII ZR 97/85, NJW-RR 1986, 984 (985); BGH, Urteil v. 20.3.1985 – VIII ZR 327/83, NJW 1985, 1838 (1839); OLG Düsseldorf, Urteil v. 24.4.1996 – 11 U 54/95, NJW-RR 1997, 946 (947); weiter gehend: OLG Hamm, Urteil v. 11.7.1983 – 2 U 86/83, BB 1983, 1814 (1815); Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 83, die die Abwehrklausel nicht für erforderlich halten.

3 Vgl. BGH, Urteil v. 20.3.1985 – VIII ZR 327/83, NJW 1985, 1838 (1839); BGH, Urteil v. 23.1.1991 – VIII ZR 122/90, NJW 1991, 1604 (1606) = BGHZ 113, 251, dort insoweit nicht abgedruckt; Details bei Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 98 ff.; MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 99 ff.; v. Westphalen, ZIP 1987, 1361 (1363).

4 UUNet 06/2002, A § 1 Abs. 2; DFN-WinShuttle 12/2002, § 1 Abs. 2; GMX 01/2003 (Mail & Messaging), „Schlussbestimmungen“; s. auch nach 1&1 Nr. 1.1: demnach wird die Leistung „ausschließlich zu den nachfolgenden Bedingungen“ zur Verfügung gestellt; RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 14.1: „Abweichungen von diesen Vertragsbestimmungen bedürfen der Schriftform.“

5 Vgl. BT-Drucks. 7/5422, S. 3.

Voraussetzungen binden, nicht per se nach § 307 BGB unzulässig¹. Jedoch hält eine Schriftformklausel der Inhaltskontrolle nicht stand, wenn die vom Verwender selbst oder einem seiner mit umfassender Vertretungsmacht ausgestatteten Vertreter getroffene individuelle Abrede unter den Vorbehalt der Schriftform gestellt wird². Auch wurde eine Schriftform- bzw. Bestätigungsklausel, die augenscheinlich selbst nachträgliche mündliche Abreden ausschloss, vom BGH für ungültig erklärt³, ebenso wie eine Klausel, die Änderungen der Schriftform unterstellte, weil hier der Kunde von der Durchsetzung seiner mündlich vereinbarten Ansprüche abgehalten würde⁴. Die soeben angeführte Klausel ist daher schon aus diesem Grunde unwirksam.

- 55 Zudem **unterläuft die Rechtsprechung die Schriftformklausel**, indem beiden Parteien unterstellt wird, dass sie durch die mündliche Abrede konkludent die Klausel aufheben⁵. Daran ändert auch die Verwendung der oben beschriebenen „Bestätigungs“-Klausel nichts, die versucht, die mündliche Abrede nur als ein Angebot an den Anbieter zu werten, das dieser seinerseits allein in Form der AGB mitsamt der Schriftformklausel modifiziert nach § 150 Abs. 2 BGB annimmt. Eine solche Klausel wird zu Recht als überraschend für den Kunden qualifiziert⁶, wobei die Rechtsprechung oft auch mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung arbeitet⁷.
- 56 Aus diesem Grund findet sich vereinzelt die ausdrückliche Erstreckung des Schriftformerfordernisses auch auf **den Verzicht auf dieses Formerfordernis**⁸. In Individualverträgen zwischen Kaufleuten hat die höchst-richterliche Rechtsprechung ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit und

1 BGH, Urteil v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, NJW 1995, 1488 (1489); *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 AGBG Rz. 32; *Staudinger/Schlosser* § 4 AGBG Rz. 23; *Münch-Komm/Basedow* § 305b BGB Rz. 12, dort (Rz. 15 f.) aber auch zu europarechtlichen Bedenken wegen Anhang Nr. 1 n) der EG-Richtlinie 93/13/EG; s. auch *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 354 ff.

2 BGH, Urteil v. 9.7.1991 – XI ZR 72/90, NJW 1991, 2559 f.; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 9 AGBG Rz. S 38 ff.; *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 4 AGBG Rz. 32; *MünchKomm/Basedow* § 305b BGB Rz. 13.

3 BGH, Urteil v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320 (321f.); OLG Köln, Urteil v. 15.5.1998 – 6 U 72/97, n. v. Umdruck S. 38.

4 BGH, Urteil v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, NJW 1995, 1488 (1489); LG Köln, Urteil v. 29.7.1998 – 26 O 36/97, VuR 1999, 63 (64).

5 BGH, Urteil v. 24.4.1985 – VIII ZR 95/84, BGHZ 94, 195 (205f.); BGH, Urteil v. 15.5.1991 – VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750 (1751); BGH, Beschluss v. 20.10.1994 – III ZR 76/94, NJW-RR 1995, 179 (180).

6 *Staudinger/Schlosser* § 4 AGBG Rz. 26 m. w. N.

7 BGH, Urteil v. 25.6.1975 – VIII ZR 244/73, NJW 1975, 1693 (1695).

8 1&1 Internet 08/1998, Präambel; GMX 01/2003 (Mail & Messaging), „Schlussbestimmungen“.

Klarheit für derartige Klauseln anerkannt¹; auf vorformulierte Klauseln in Verträgen mit privaten Kunden lässt sich diese Rechtsprechung jedoch nicht übertragen. Demgemäß sind oft mündlich erteilte Auskünfte oder getroffene Vereinbarungen trotz entsprechender Schriftformklausel als vorrangig angesehen und diesbezügliche Klauseln als Verstoß gegen § 307 BGB qualifiziert worden, da sonst der Vertragspartner seine Rechte nicht durchsetzen könne². Eine Klausel, die die Aufhebung der Schriftform selbst von der Schriftform abhängig macht, ist daher unzulässig³.

Die Kautelarpraxis versucht aus diesem Grund, einen anderen Weg zu beschreiten, indem in den AGB die **mangelnde Befugnis von Angestellten** des Anbieters, **mündliche Nebenabreden** zu treffen oder mündliche Zusicherungen zu geben, festgelegt wird⁴. Aber auch diese Klausel bietet dem Verwender nur einen schwachen Schutz vor Individualabreden: Sie ist gem. § 307 Abs. 1 BGB nur dann wirksam, wenn sie die Einschränkung der Vertretungsmacht des Angestellten derart deutlich macht, dass auch ein geschäftsunerfahrener Kunde sie erkennen konnte⁵; nur dann kann von einer Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht ausgegangen werden. Dies wird in der Regel nur bei einer drucktechnisch hervorgehobenen und in der Nähe der Unterschrift⁶, bei online abgeschlossenen Verträgen in der Nähe des „Einverstanden“-Icons befindlichen Klausel der Fall sein. Zudem muss man auf das Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht achten⁷, die nur durch eine deutliche, drucktechnisch besonders gestaltete AGB-Klausel ausgeschlossen werden kann⁸. Bei über

57

1 BGH, Urteil v. 2.6.1976 – VIII ZR 97/74, BGHZ 66, 378 (382); vgl. dazu auch BGH, Urteil v. 17.4.1991 – XII ZR 15/90, NJW-RR 1991, 1289 (1290), der im konkreten Einzelfall aber ausdrücklich offen lässt, ob eine sog. qualifizierte Schriftformklausel nur durch eine schriftliche Vereinbarung geändert werden kann.

2 Vgl. BGH, Urteil v. 15.2.1995 – VIII ZR 93/94, NJW 1995, 1488 (1489); BGH, Urteil v. 31.10.1984 – VIII ZR 226/83, NJW 1985, 320 (321f.).

3 Staudinger/Schlosser § 4 AGBG Rz. 24; Soergel/Hefermehl § 125 BGB Rz. 33; Palandt/Heinrichs § 125 BGB Rz. 14.

4 So etwa DFN-WinShuttle 12/2002, § 1 Abs. 2.

5 Vgl. LG Köln, Urteil v. 29.7.1998 – 26 O 36/97, VuR 1999, 63 (64 f.).

6 So zu Recht Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 4 AGBG Rz. 35, Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGBG Rz. 635; Lindacher, in: Wolf/Horn/Lindacher, § 4 AGBG Rz. 40, allerdings nur für nichtleitende/herausgehobene Abschlussvertreter; AGB-Vertragsrecht/v. Westphalen Schriftformklauseln Rz. 21f.; Staudinger/Schlosser § 4 AGBG Rz. 33; strenger noch Soergel/Stein § 4 AGBG Rz. 19; gesonderter Hinweis außerhalb von AGB erforderlich im nichtunternehmerischen Bereich.

7 Zutr. Staudinger/Schlosser § 4 AGBG Rz. 31 ff.

8 Vgl. BGH, Urteil v. 14.7.1994 – VII ZR 186/93, ZIP 1994, 1607 (1608); Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 4 AGBG Rz. 44; Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11 AGBG Rz. 629; OLG Hamm, Urteil v. 22.1.1982 – 20 U 274/81, ZIP 1982, 594 (595); OLG Stuttgart, Urteil v. 19.10.1984 – 2 U 39/84, BB 1984, 2218 (2219); Soergel/Stein § 4 AGBG Rz. 19.

das Internet abgeschlossenen Verträgen wird freilich die Individualabrede mit einem Angestellten eher die Ausnahme sein¹.

- 58 In diesen Rahmen gehören schließlich auch Klauseln, die festhalten, dass „**mündliche Nebenabreden nicht bestehen**“. Derartige Klauseln hat der BGH indes auch für die Verwendung im nichtkaufmännischen Verkehr für zulässig erachtet, da sie zwar die Schriftform aufstellen, andererseits deren individuelle Aufhebung nicht hindern und nur die sowieso geltende Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Vertragsurkunde bestätigen. Ebenso wenig wird nach Auffassung des BGH der Gegenbeweis ausgeschlossen².

4.1.2.6 Hinweis auf Widerrufsrecht (für Verbraucher)

- 59 Vereinzelt findet sich in den Klauselwerken eine Bestimmung, die den Kunden explizit auf sein Widerrufsrecht hinsichtlich seiner auf den Abschluss des Vertrages gerichteten Willenserklärung hinweist³. Dieser Hinweis ist rein deklaratorisch, da er nicht die nach § 312d BGB erforderliche ausdrückliche Widerrufsbelehrung ersetzen kann (s. dazu *Fuchs*, Teil II Rz. 343 ff.).

4.1.2.7 Probemitgliedschaften

- 60 Besondere Bedeutung kommt im Marketing der Provider den **Probemitgliedschaften** zu, mit Hilfe derer die potentiellen Kunden das Angebot eines Providers testen können; dem Nutzer wird dabei also eine Mitgliedschaft für einen bestimmten Zeitraum gewährt. Wenn diese Probemitgliedschaft nicht innerhalb der Testphase gekündigt wird, bleibt die Mitgliedschaft im Dienst bestehen⁴. Hiervon zu unterscheiden sind **Freistundenregelungen**, die im Rahmen eines bereits abgeschlossenen Vertrages die Entgelthöhe regeln (hierzu unten Rz. 273).

1 Zu denken wäre hier an eine E-Mail-Korrespondenz mit einem Sachbearbeiter oder eine telefonisch getroffene Vereinbarung etc.

2 So explizit für AGB eines Mobilfunkanbieters: BGH, Urteil v. 14.10.1999 – III ZR 203/98, CR 2000, 168 = WM 1999, 2475, 2476 = NJW 2000, 207; BGH, Urteil v. 19.6.1985 – VIII ZR 238/84– NJW 1985, 2329 (2331); zust. MünchKomm/*Basedow* § 305b BGB Rz. 13 und § 309 Nr. 12 BGB Rz. 14; anders für Dauerschuldverhältnisse – aber kaum haltbar – OLG Köln, Urteil v. 15.5.1998 – 6 U 72/97, n. v. Umbruck S. 38 f. in Abgrenzung zum BGH, da der Kunde von der Geltendmachung nachträglich mündlich vereinbarter Nebenabreden abgehalten werde, BGH, Urteil v. 19.6.1985 – VIII ZR 238/84, NJW 1985, 2329 (2330).

3 S. etwa AGB T-Online International AG 09/2003, Nr. 4; GMX 01/2003 (Mail & Messaging), „Widerrufsrecht nach Fernabsatz“.

4 AOL 04/2003, Nr. 2.3. Satz 2, 3 (früher: AOL 12/1998, Nr. 11) – die Notwendigkeit der Kündigung ergibt sich allerdings nur aus dem Gesamtzusammenhang der AGB.

Die rechtliche Einordnung derartiger Probemitgliedschaften ist bislang 61 weitgehend ungeklärt: Sowohl ein Vertragsschluss unter Verzicht auf Entgelt unter Vereinbarung einer besonderen Kündigungsfrist als auch ein aufschiebend bedingter Vertragsschluss ist denkbar¹. Die beschriebenen Klauseln können aber vom Nutzer nur so verstanden werden, dass er einen Vertrag abschließt, für den der Anbieter ihm vorerst kein Entgelt in Rechnung stellt. Nur so lässt sich die erforderliche Kündigung einordnen. Zudem wird der Provider in der Regel daran interessiert sein, entsprechende nebenvertragliche Pflichten des Kunden, z. B. zur Unterlassung des Missbrauchs, von Anfang an zu vereinbaren. Eine derartige Klausel, die den Kunden zur Kündigung zwingt, ist weder überraschend noch unangemessen, da der Kunde nicht damit rechnen kann, den Dienst auf Dauer unentgeltlich zu nutzen. Dem Kunden kann auch zugemutet werden, eine Kündigung auszusprechen, sofern diese nicht an unangemessene Fristen oder Formen gebunden wird. Zu beachten ist hier, dass die Rechtsprechung bei Probezeiten die gleichzeitige Vereinbarung einer Kündigungsfrist für unangemessen nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB hält, wenn diese bewirkt, dass bereits nach Ablauf der Hälfte der Probezeit der Kunde eine Entscheidung treffen muss, da dies dem Sinn der Probezeit widerspreche². Ist die Klausel jedoch so ausgestaltet, dass ein Vertragsabschluss erst mit Ablauf der Probezeit fingiert wird, müssen die Anforderungen nach § 308 Nr. 5 a, b BGB beachtet werden, insbesondere die bereits in die AGB aufzunehmende Pflicht zum Hinweis auf die Rechtsfolgen des Verhaltens des Kunden³.

Auch die Beschränkung der Probemitgliedschaft auf eine Person und die 62 Klausel, dass bei einer mehrfachen Probemitgliedschaft für eine Person der Anbieter sich die Nachforderung der vollen Entgelte vorbehält, verstößt nicht gegen die §§ 305 ff. BGB. Denn die Pflicht, die kostenlose Nutzung des Dienstes nicht mehrfach in Anspruch zu nehmen, geht der Kunde mit der Probemitgliedschaft ein, sodass er sich bei mehrfacher Ausnutzung vertragswidrig verhält. Die Klausel entspricht einem berechtigten Interesse des Providers zum Schutz vor etwaigem Missbrauch.

4.1.2.8 Geltung im kaufmännischen Bereich

Für Unternehmer, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen als Vertragspartner gelten gem. § 310 63 Abs. 1 BGB die Regelungen des § 305 Abs. 2 und 3 BGB nicht. Der schon im Zuge der Handelsrechtsreform ebenfalls reformierte § 310 Abs. 1 BGB,

1 Vgl. Koch, in: Loewenheim/Koch (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, S. 549 (567).

2 LG Hamburg, Urteil v. 8.4.1987 – 17 S 281/86, DB 1987, 1482 (1483); Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 12 AGBG Rz. 19; Staudinger/Coester § 9 AGBG Rz. 505.

3 Vgl. H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 5 AGBG Rz. 14; MünchKomm/Basedow § 308 Nr. 5 BGB Rz. 13 f.

damals noch § 24 AGBG¹, erfasst nunmehr sämtliche unternehmerischen Tätigkeiten, wozu nach Auffassung des Gesetzgebers auch Freiberufler zählen, weil sie nicht zu dem eigentlichen, vom AGB-Recht zu schützenden Personenkreis gehören². Für Unternehmer bedarf es keines ausdrücklichen Hinweises auf die Einbeziehung von AGB; gleichwohl wird von der Rechtsprechung verlangt, dass der Vertragspartner den entsprechenden Willen des Vertragspartners zur Einbeziehung der AGB erkennen kann, sei es auch durch schlüssiges Verhalten³. Auch hinsichtlich der zumutbaren Kenntnisnahme sind die Anforderungen wesentlich geringer als bei Nicht-Unternehmen; es genügt, dass der Unternehmer sich über die Bedingungen Kenntnis verschaffen kann⁴. Demgemäß ist es dem Unternehmer ohne weiteres zumutbar, sich vorab oder per Download die AGB des Vertragspartners zu besorgen.

- 64 Besondere Bedeutung hat für die Vertragspraxis vor allem die nach § 305 Abs. 3 BGB mögliche Pauschalvereinbarung und **Einbeziehung der AGB bei ständiger Geschäftsverbindung**. So legt ein Anbieter in seinen AGB fest, dass bei Kaufleuten als Vertragspartnern die AGB für alle künftigen Geschäftsbeziehungen gelten, auch wenn sie nicht nochmals ausdrücklich vereinbart werden⁵. Eine solche Klausel entspricht der Rechtsprechung, wenn die Parteien bereits mehrere Verträge miteinander abgeschlossen haben und sie beide von der Geltung bestimmter AGB als selbstverständlich ausgehen⁶. Fraglich ist hier nur, ob bereits bei erstmaliger Geschäftsbeziehung durch eine AGB-Klausel die ständige Einbeziehung von AGB für spätere Verträge festgeschrieben werden kann, da die dargelegte Rechtsprechung maßgeblich auf dem Gedanken beruht, dass nach mehrmaligem rechtsgeschäftlichen Kontakt der Unternehmer sich selbst über die Geltung der AGB informieren muss. Der BGH hat in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass der Hinweis des Verwenders beim ersten Vertragsabschluss auf seine AGB nicht genügt; vielmehr muss zur Einbeziehung der AGB auch in künftige Vertragsbeziehungen dem Vertragspartner die AGB-Klausel, die dieses vorsieht, bekannt sein⁷.

1 Nach BT-Drucks. 13/8444, S. 46 f. sollte mit der Neufassung der Wegfall der Kategorie des Minderkaufmanns aufgefangen werden.

2 BT-Drucks. 13/8444, S. 46 f.; Pfeiffer, NJW 1999, 169 (169); anders wohl Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 3.

3 BGH, Urteil v. 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, NJW 1992, 1232; Rüffert, MDR 1992, 922 (922 f.); Palandt/Heinrichs, § 305 BGB Rz. 50 ff. m. w. N.

4 Vgl. BGH, Urteil v. 3.12.1987 – VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293 (304); Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 34.

5 UUNet 06/2002, A § 1 Abs. 1 Satz 2.

6 Vgl. BGH, Urteil v. 6.12.1990 – I ZR 138/89, NJW-RR 1991, 570 (571); Fischer, BB 1995, 2491 (2491 f.); Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 86; Münch-Komm/Basedow § 305 BGB, Rz. 93; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 59, je m. w. N.

7 BGH, Urteil v. 12.2.1992 – VIII ZR 84/91, ZIP 1992, 404 (405, 406).

Schließlich lassen sich für den Rechtsverkehr mit Unternehmen die oben bei Rz. 54 ff. dargelegten Grundsätze zu Schriftformklauseln nicht anwenden, da ihnen die Beachtung entsprechender Formvorschriften zugemutet werden kann und es am Überraschungsmoment zwischen den Vertragsparteien fehlt¹. 65

4.1.3 Änderungen der AGB und Anpassungsklauseln

Neue oder geänderte AGB können nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn sich der Vertragspartner damit einverstanden erklärt, wofür wiederum §§ 305, 305a Nr. 2 BGB gelten². Gerade bei Dauerschuldverhältnissen führt die Zusendung neuer AGB nicht von vornherein dazu, dass sie ohne Einverständniserklärung des Vertragspartners und ohne Änderungskündigung in den Vertrag einbezogen werden³. Nur wenn die AGB selbst die Möglichkeit ihrer einseitigen Änderung vorsehen, kann dem Verwender überhaupt das Recht zur Vertragsänderung eingeräumt werden. 66

Die Rechtsprechung hat einem **vorbehaltlosen Änderungsrecht** der AGB mit Wirkung für bestehende Verträge schon frühzeitig eine deutliche Absage erteilt⁴. Auch heute geht die h. M. zu Recht davon aus, dass umfassende, einseitige Änderungsrechte der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB wegen einseitiger Bevorzugung der Belange des Klauselverwenders nicht standhalten⁵. Eine Ausnahme greift nur bei einem dauernden Geschäftsverhältnis zwischen Verwender und Vertragspartner ein⁶, beschränkt auf in diesem Rahmen erbrachte „vielfältige, neue Dienste“⁷. Denn nach Änderung der AGB erklärt der Kunde sein Einverständnis mit den neuen AGB durch die erneute Inanspruchnahme der Leistungen⁸. Die Zustimmung 67

1 Ebenso Staudinger/Schlosser § 4 AGBG Rz. 28.

2 Vgl. OLG Frankfurt, Urteil v. 7.5.1998 – 3 U 250/97, VersR 1998, 1540 (1541); LG Frankfurt, Urteil v. 26.3.1991 – 2/13 O 295/90, NJW 1991, 2842 – Kreditkarten; Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 64; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 46.

3 LG Frankfurt, Urteil v. 26.3.1991 – 2/13 O 295/90, NJW 1991, 2842 – Kreditkarten; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 46; MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 77 f.

4 BGH, Urteil v. 22.9.1971 – IV ZR 13/70, VersR 1971, 1116 (1117).

5 BGH, Urteil v. 8.10.1997 – IV ZR 220/96, NJW 1998, 454 (455f.); Heinrichs, NJW 1999, 1596 (1598 f.); Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 65; Palandt/Heinrichs § 305 BGB Rz. 47; Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 48; MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 79.

6 So Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 64.

7 So Staudinger/Schlosser § 2 AGBG Rz. 48.

8 Für T-Online-AGB a. F. (1998): OLG Frankfurt, Urteil v. 4.11.1997 – 2/4 O 262/95, ArchPT 1998, 147 (148); Allgemein: OLG Koblenz, Urteil v. 6.5.1983 – 2 U 91/82, BB 1983, 1635; OLG Stuttgart, Urteil v. 15.12.1993 – 9 U 216/93, WM 1994, 626 (630); MünchKomm/Basedow § 305 BGB Rz. 78; wesentlich restriktiver (ausdrückliche Zustimmung erforderlich): Freund, Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in bestehenden Verträgen, 1998, S. 67 f.

mung des Kunden kann gem. § 308 Nr. 5 BGB fingiert werden, sofern dem Kunden eine angemessene Frist zum Widerspruch eingeräumt wird und der Verwender sich verpflichtet, bei Beginn der Frist den Kunden auf deren Bedeutung besonders hinzuweisen¹. Die Rechtsprechung hält eine Frist von einem Monat zum Widerspruch zumindest im Versicherungsvertragsrecht für unzulässig, da unter Berücksichtigung möglicher Abwesenheitszeiten (Urlaub etc.) dem Vertragspartner zu wenig Zeit bleibe, um sich rechtlich beraten zu lassen². Lediglich für solche Einzeländerungen der AGB, deren Zielsetzung im Vorhinein hinreichend bestimmt ist, wird ein einseitiger Änderungsvorbehalt ohne Zustimmung des Kunden für zulässig erachtet, wenn die Änderung dem Kunden ausdrücklich mitgeteilt wird und er gleichzeitig oder unverzüglich danach den Text der geänderten Bedingungen erhält³. Ein Widerspruch des Nutzers gegen die neuen AGB rechtfertigt schließlich nicht eine fristlose Kündigung durch den Anbieter⁴. Allerdings muss man auch nicht so weit gehen, selbst Änderungsklauseln, die ein Lösungsrecht des Kunden vorsehen, die Bedingungen für eine Änderungsbefugnis aber nicht weiter konkretisieren, für unzulässig zu halten;⁵ dies könnte allenfalls bei Dauerschuldverhältnissen ohne Kündigungsmöglichkeit verfangen.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung begegnen einige in der Vertragspraxis der Provider vorzufindende Klauseln erheblichen Bedenken:

- 68 Zunächst können Klauseln ausgeschieden werden, die den früheren **§ 28 TKV a. F.** zum Vorbild hatten, etwa indem Änderungen der AGB dem Kunden mindestens sechs Wochen vor In-Kraft-Treten per E-Mail oder postalisch mitzuteilen seien, jedoch ohne einen Hinweis auf ein Kündigungsrecht zu enthalten⁶. Nach § 28 TKV a. F. konnte eine Mitteilung über entsprechende Änderungen ausreichen, was selbst für Mitteilungen durch den dem E-Mail-Dienst vergleichbaren Short Message Service (SMS) möglich sein sollte, sofern der Nutzer schon zu Vertragsanfang da-

1 Vgl. MünchKommBGB/*Basedow*, § 308 Nr. 5 BGB, Rz. 12 ff.; *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 64; *Staudinger/Schlosser* § 2 AGBG Rz. 48; *Staudinger/Coester-Waltjen* § 10 Nr. 5 AGBG Rz. 8; *Stoffels*, AGB-Recht, Rz. 653; *Schwintowski*, VuR 1998, 128 für AVB; *Matusche-Beckmann*, NJW 1998, 112 (115); *Seybold*, VersR 1989, 1231 (1235); *Draznin*, ArchPT 1998, 127 (129).

2 Vgl. zu § 10 A Abs. 3 ARB 1994 BGH, Urteil v. 17.3.1999 – IV ZR 218/97, NJW 1999, 1865 (1866); s. auch OLG Köln Urteil v. 25.6.1997 – 27 U 130/96 VersR 1997, 1109 (1110): Frist von 6 Wochen für Einwendungen gegen Rechnungen eines Mobilfunkanbieters.

3 So *Staudinger/Schlosser* § 2 AGBG Rz. 49.

4 OLG Köln, Beschluss v. 28.8.1995 – 16 W 45/95, NJW 1996, 1065; *Heinrichs*, NJW 1996, 1383; zust. *Imhof*, in: *Beck'sches Formularhandbuch E-Commerce*, A.1. Rz. 26.

5 So aber *Matusche-Beckmann*, NJW 1998, 112, 117 Fn. 51; zust. MünchKomm/*Basedow* § 305 BGB Rz. 82 gegenüber AGB-Banken Nr. 1 Abs. 2.

6 So früher 1&1 Internet 08/1998, Nr. 11.2.

rauf hingewiesen wurde¹. Durch die Änderung der TKV und durch die Schuldrechtsreform ist solchen Klauseln von vornherein der Boden entzogen, sodass die Maßstäbe der §§ 305, 305a BGB (zunächst) einschlägig bleiben,² da auch der TKV-E hier keine Regelungen vorsieht. Da zudem dem Nutzer suggeriert wurde, dass der Anbieter einseitig die Änderung zum Vertragsbestandteil machen kann, und die Klausel keinerlei Einschränkung hinsichtlich der möglichen Änderungen enthält, konnten die genannten Klauseln auch schon nach früherem Recht keinen Bestand haben³. Allerdings sieht **Art. 20 Abs. 4 der Universaldienrichtlinie** vor, dass die Kunden eines Telekommunikationsanbieters einen Monat vor Änderungen der AGB zu unterrichten und auf ihr Lösungsrecht (ohne Zahlung von Vertragsstrafen) hinzuweisen seien, mithin der Anbieter von Gesetzes wegen ein Änderungsrecht haben soll – auch ohne entsprechende AGB-Änderungsklauseln. Offen ist bislang, ob diese Regelung eine Vollharmonisierung darstellt und der deutsche Gesetzgeber gezwungen ist, die im deutschen Recht weiter gehenden, kundenfreundlichen Regelungen herabzustufen⁴.

Häufiger findet sich dagegen ein **Änderungsrecht für den Provider** unter der Voraussetzung, dass die Änderung **unter Berücksichtigung der Interessen des Anbieters für den Nutzer zumutbar** ist⁵, worunter insbesondere eine Änderung ohne wirtschaftliche Nachteile für den Nutzer verstanden wird. Die geänderten Bedingungen würden auf jeden Fall dem Nutzer zur Verfügung gestellt und es erfolge ein rechtzeitiger Hinweis im Service, wobei der Nutzer in der Regel ein Recht zur Kündigung erhalten soll. Zwar trägt diese Klausel den meisten der oben Rz. 67 geschilderten Anforderungen Rechnung, doch ruft sie Bedenken dahin gehend hervor, dass der Provider sich nicht bereits in den AGB zu dem nach § 308 Nr. 5 BGB erforderlichen ausdrücklichen Hinweis auf die Rechtsfolgen einer Fortsetzung der Nutzung ohne Widerspruch⁶ verpflichtet⁷. Zudem suggeriert die Klausel, dass der Nutzer nur die Wahl zwischen einer von ihm vorzunehmenden Kündigung des Vertrages und einer Fortsetzung unter geänderten Bedingungen habe; dies entspricht aber gerade nicht dem

1 Vgl. *Großkopf/Taubert*, CR 1998, 603 (609 f.); *Schmitz/v. Netzer*, in: Schuster (Hrsg.), *Vertragshandbuch Telemedia*, Kap. 12 Rz. 98 ff.; anders *Schulz*, CR 1998, 213 (217) aufgrund von § 28 Abs. 3 Satz 3 TKV für Änderungen zu Lasten des Kunden: nur schriftliche, individuelle Mitteilung.

2 S. auch *Struck*, MMR 2002, 600 (601).

3 Vgl. *Koch*, *Internet-Recht*, S. 88f.; allgemein: *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 65; *Staudinger/Schlosser* § 2 AGBG Rz. 48.

4 S. dazu *Nacimiento/Bornhofen*, K&R 2003, 440 (444 f.).

5 So etwa *Debitel* 04/2002, Nr. 15; 1&1 04/2003, Nr. 1.2.

6 Vgl. *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 2 AGBG Rz. 65; *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher*, § 10 Nr. 5 AGBG Rz. 25; *Koch*, *Internet-Recht*, S. 88f.; anders *Horn*, WM 1984, 449 (453) für § 28 Abs. 2 AGB-Banken a. F.

7 Bedenken daher auch gegen UUNet 06/2002, A § 1 Abs. 4 und früher bei *Germany.net* Nr. 15.

Charakter des Widerspruchs, der zur Fortsetzung des zuvor geschlossenen Vertrages mit den ursprünglichen Bedingungen führt, sodass es dem Provider obliegt, den Vertrag zu beenden¹.

- 70 Nur dann, wenn in die Klausel **ausdrücklich eine Hinweispflicht des Providers auf die Rechtsfolgen eines unterbleibenden Widerspruchs** durch den Kunden aufgenommen wird, genügt der Änderungsvorbehalt den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB². Ebenso muss in den AGB auf eine Kündigung seitens des Providers und nicht des Kunden abgestellt werden, um eine Fortsetzung des Vertrages mit den alten AGB zu verhindern³. Aber auch hier ist zu bedenken, dass eine angemessene Kündigungsfrist eingehalten wird, die allerdings die Zeit des Widerspruchs einbeziehen kann, da dem Kunden dann ausreichend Zeit eingeräumt wird, sich auf andere Anbieter umzustellen.
- 71 Zu weit geht es jedoch, wenn vereinzelt im Schrifttum selbst eine Änderungsklausel für unzulässig gehalten wird, die einen erforderlichen **Widerspruch des Kunden innerhalb einer angemessenen Frist** bei gleichzeitiger Belehrung über die Rechtsfolgen vorsieht. Die Unwirksamkeit soll aus der einseitigen Pflicht des Kunden zu Widerspruch oder Kündigung folgen; vielmehr müsse der Provider selbst die Änderung des Vertrages durch eine Änderungskündigung herbeizuführen suchen⁴. Diese Anforderungen gehen über § 308 Nr. 5a BGB hinaus und ignorieren die vom Gesetzgeber damit vorgesehenen Möglichkeiten der Fiktion einer Genehmigung⁵. Demgemäß wird von der ganz überwiegenden Meinung etwa der Änderungsvorbehalt in Art. 28 Abs. 2 AGB-Banken für zulässig er-

1 Problematisch daher auch RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 1.2: „Ist der Kunde mit der Änderung nicht einverstanden, kann er das Vertragsverhältnis für den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderung kündigen.“; ein Widerspruchsrecht sehen die AGB von RTL NET überhaupt nicht vor.

2 OLG Köln, Urteil v. 8.9.2000 – 6 U 199/99, CR 2001, 514; *Fischer/Galster*, MMR 2002, 71 (74); s. QSC Q-DSL home (Stand 09/2003), Nr. 17.2, 17.3; RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 1.2: „Mit der anschließenden Nutzung von Diensten der RTL NET nach diesem Vertrag stimmt der Kunde der Änderung zu. RTL NET wird den Kunden auf die Bedeutung seines Verhaltens ausdrücklich hinweisen.“; wobei allerdings unklar bleibt, wie dieser Hinweis erfolgen soll, und es an der Festlegung einer Frist zwischen Ankündigung von Änderungen und Wirksamwerden fehlt, so dass für den Nutzer offen bleibt, innerhalb welcher Zeit er reagieren muss.

3 Insoweit zutreffend die Klausel DFN-WinShuttle 12/2002, § 1 Abs. 3. Die Klausel erweckt allerdings hinsichtlich der Frist von nur 10 Tagen nach Zugang der Änderungsmitteilung erhebliche Zweifel an ihrer Zulässigkeit, s. dazu oben; demgegenüber weist Arcor in Nr. 1.2 dem Kunden ein Kündigungsrecht zu; s. auch *Imhof*, in: Beck'sches Formularhandbuch E-Commerce, A.1. Rz. 26.

4 So *Koch*, Internet-Recht, S. 89.

5 Wie hier *Imhof*, in: Beck'sches Formularhandbuch E-Commerce, A.1. Rz. 26.

achtet¹. An dieser Änderungsklausel orientieren sich heute – soweit ersichtlich – wohl auch die meisten der AGB².

Hinsichtlich der vorgesehenen **Form der Versendung als E-Mail** ergeben sich keine Bedenken, da grundsätzlich selbst mündliche Mitteilungen genügen würden; zur E-Mail bzgl. Formvorschriften s. unten Rz. 421 ff. 72

Festzuhalten ist allerdings, dass dem Kunden die beabsichtigten Änderungen der AGB, zumindest aber deren Ankündigung, **zugehen** müssen. Es kann nicht genügen, dass der Anbieter sich das Änderungsrecht einräumt, wenn er die **Änderung der AGB allein auf seiner Homepage ankündigt**,³ denn in diesem Fall ist keinesfalls gesichert, dass dem Kunden das Vorhaben des Providers tatsächlich im Sinne des Zugangs einer Erklärung mitgeteilt wird. Dies ändert sich auch dann nicht, wenn der Anbieter den Kunden über die AGB gleichzeitig zu verpflichten versucht, die offizielle Seite des Providers als Startseite im jeweiligen Browser zu benutzen⁴. Abgesehen davon, dass eine solche Klausel bereits für sich derart unüblich ist, dass sie als überraschend zu qualifizieren ist, kann sie keinesfalls die Pflicht des Providers zur ordnungsgemäßen Ankündigung von AGB-Änderungen aufweichen. Erst recht kann dann nicht an den Zeitpunkt der Ankündigung im Internet für den Beginn einer Widerspruchsfrist angeknüpft werden, mit deren Ablauf die Zustimmung des Kunden zu den geänderten AGB fingiert wird. Es ist technisch für den Anbieter ein Leichtes, die Ankündigungen auf dem E-Mail-Weg an den Kunden zu versenden. 73

1 Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 AGBG Rz. 65; H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 5 AGBG Rz. 15; Stoffels, AGB-Recht, Rz. 654; für ältere Fassungen der AGB-Banken: AGB-Klauselwerke/v. Westphalen, Banken- und Sparkassen-AGB, Rz. 4; Horn, WM 1984, 449 (453).

2 S. OLG Köln, Urteil v. 8.9.2000 – 6 U 199/99, CR 2001, 514: Die in AGB der DTAG verwandte Klausel „Änderungen der AGB etc. werden den Kunden schriftlich mitgeteilt; die Änderungen gelten als genehmigt, wenn der Kunde ihnen nicht schriftlich widerspricht. Die DTAG wird auf diese Folge im Mitteilungsschreiben besonders hinweisen. Der Widerspruch muss innerhalb eines Monats nach Zugang der Mitteilung eingegangen sein.“ ist AGB-rechtlich nicht zu beanstanden.

3 So aber GMX 01/2003 (Mail & Messaging), „Geltungsbereich“: „GMX ist berechtigt, diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einer angemessenen Ankündigungsfrist zu ändern oder zu ergänzen. Die Ankündigung erfolgt ausschließlich durch Veröffentlichung im Internet auf den Seiten von GMX (<http://www.gmx.de>). Widerspricht der Kunde den geänderten oder ergänzten Bedingungen nicht innerhalb von 4 Wochen nach deren Veröffentlichung im Internet, so werden die geänderten oder ergänzenden Bedingungen wirksam. Widerspricht der Kunde fristgemäß, so ist GMX berechtigt, den Vertrag zu dem Zeitpunkt zu kündigen, an dem die geänderten oder ergänzenden Geschäftsbedingungen in Kraft treten sollen.“

4 So RTL NET (Stand 09/2003), Nr. 1.2: „Über jede Änderung, die zu Ungunsten des Kunden erfolgt, wird RTL NET den Kunden auf der Seite <http://www.rtl.de/net>, die der Kunde als voreingestellte Startseite für den Internetzugang zu nutzen hat, unterrichten.“ [Hervorhebungen d. Verfasser].