

c) Bei **laufenden Geschäftsbeziehungen** kann etwas anderes gelten (Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 176). Doch sind auch diese – für sich allein genommen – kein ausreichender Grund dafür, dass die AGB konkludent in den konkreten Vertrag einbezogen worden sind (BGH NJW-RR 2005, 1518; 2004, 1292; ZIP 1992, 404 (405)). Der Hinweis auf die Geltung der AGB hat grundsätzlich nur für den individuellen Vertragsabschluss Bedeutung (Grüneberg/Grüneberg BGB § 505 Rn. 51). Etwas anderes gilt dann, wenn schon bei früheren Verträgen zwischen den Parteien stets die AGB des Verwenders zugrunde lagen und unmissverständlich erklärt wurde, dass dies auch für Folgegeschäfte der Fall sein werde (BGH ZIP 1992, 404 (405 f.)). Unter diesen Voraussetzungen ist auch denkbar, dass der AGB-Verwender – etwa durch Hinweis auf eine Rechnung – auf die **Neufassung** der AGB **durch besonderen Vermerk** klar und eindeutig hinweist (Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 177; kritisch Graf von Westphalen NJW 2021, 3145 ff. – BGH NJW 2021, 2173), so dass dann auch die geänderten AGB wirksam einbezogen werden (BGH BB 1991, 501). Es ist dann nicht erforderlich, dass die Rechnung – mit dem Hinweis auf die Geltung der AGB – einer Person beim Kunden zugeht, welche zur Abänderung von Verträgen befugt ist (BGH BB 1991, 501 (502)). Wichtig ist jedoch des Weiteren: Laufende Geschäftsbeziehungen im Sinn einer schlüssigen Einbeziehung von AGB-Klauseln für Folgegeschäfte liegen nur dann vor, wenn zwischen den Parteien von vornherein der erkennbare Wille vorhanden ist, in Zukunft – nicht nur unregelmäßig – miteinander Verträge unter Verwendung der AGB abzuwickeln; ein längerer zeitlicher Abstand zwischen den einzelnen Vertragsabschlüssen ist hier schädlich und begründet die rechtliche Selbstständigkeit der Einzelverträge. Selbstverständlich gilt dies nicht, wenn ein Vertrag als **Nachbestellung** bezeichnet wird; dann ist davon auszugehen, dass die AGB des Erstvertrages konkludent gelten (BGH BB 1965, 435).

d) Ist die Verwendung von AGB-Klauseln jedoch **branchenüblich** (Erman/Looschelders BGB § 305 Rn. 49), wie etwa bei den ADSp, so muss der Kunde mit ihrer Verwendung rechnen (BGH WM 1975, 1163; NJW 1986, 1434). Ein Hinweis ist hier nicht erforderlich (BGHZ 17, 1 (3)). Für atypische Geschäfte des Spediteurs gilt dies freilich nicht (BGH NJW 1980, 1275 „Forderungseinzug“), wohl aber für einen mit der Güterverwendung verknüpften Lagergeschäft (BGH NJW 1985, 2411 (2412)).

**2.** Da die Einbeziehung von AGB im kaufmännischen Verkehr gemäß §§ 145 ff. BGB stets auf rechtsgeschäftlicher Grundlage vollzogen wird (Grüneberg/Grüneberg BGB § 305 Rn. 49), ist auch hier die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme der AGB durch den betreffenden Kunden grundsätzlich zu beachten (Erman/Looschelders BGB § 305 Rn. 50). Die AGB müssen deshalb dem **Verständlichkeitsgebot** und dem Gebot der **Lesbarkeit** entsprechen (BGH NJW 1983, 159 (162): branchenkundiger Gastwirt; BGH NJW-RR 1986, 1311; NJW 1996, 1407; Hamburg BB 1987, 1703). Deshalb empfiehlt sich insbesondere auch eine klare systematische Gliederung der AGB; Überschriften sind zu verwenden. Die Drucktype muss ausreichend groß und lesbar sein (BGH NJW 1983, 2772 „Konnossements-AGB“; BGH NJW-RR 1986, 1311 „dito“).

**3.** Für gewöhnlich werden AGB des Verkäufers im Rahmen einer Auftragsbestätigung in den Vertrag einbezogen. Sofern eine **modifizierte Auftragsbestätigung** gem. § 150 Abs. 2 BGB vorliegt, weil der – individuelle – Inhalt der Auftragsbestätigung von der zugrunde liegenden Bestellung (Angebot) abweicht, gilt Schweigen des Kunden auf den Inhalt der modifizierten Auftragsbestätigung, einschließlich der dort einbezogenen AGB nicht als Zustimmung (BGHZ 18, 212 (216); 61, 282 (286)). Doch kann die rüge- und vorbehaltlose Entgegennahme des Kunden betreffend die vom Verwender bewirkte Lieferung/Leistung als Zustimmung – einschließlich der Geltung der AGB – bewertet werden; es entscheiden aber stets die Umstände des Einzelfalls gem. § 242

BGB (vgl. BGH LM BGB § 150 Nr. 3; LM BGB § 150 Nr. 6; BGHZ 18, 212 (216); NJW 1995, 1671).

Von der Auftragsbestätigung ist das **kaufmännische Bestätigungsschreiben** gem. § 346 strikt zu unterscheiden (Hopt/Hopt HGB § 346 Rn. 16 ff.). Gem. § 346 gilt Schweigen auf den Inhalt eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens als Zustimmung; der Empfänger ist verpflichtet, unverzüglich zu widersprechen, sofern er die Bindungswirkung ausschließen will (BGHZ 11, 1 (3); BGH ZIP 1984, 603 (605)). Fehlt es an einem rechtzeitigen Widerspruch (hierzu Hopt/Hopt HGB § 346 Rn. 25), so kommt in der Regel der Vertrag entsprechend dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande (BGHZ 61, 282 (285); BGH ZIP 1984, 603 (604)). Nimmt der AGB-Verwender **erstmalig** im Rahmen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auf die AGB Bezug, so werden diese grundsätzlich Inhalt des Vertrages, sofern der Empfänger/Kunde nicht rechtzeitig widerspricht (BGH NJW 1978, 2243 (2244); MüKoBGB/Basedow). Die Grenze des jeweiligen **Individualvertrages** gem. § 305b BGB bleibt allerdings zu beachten (vgl. Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp/Graf von Westphalen, VertrR/AGB-Klauselwerke- Vertragsabschlussklauseln Rn. 40 ff.): Klauseln, die dem Ergebnis der Vorverhandlungen widersprechen, werden daher nicht Vertragsbestandteil. Dies ist freilich nicht schon dann zu bejahen, wenn die AGB Regelungen enthalten, die von der Vereinbarung der Parteien nicht erfasst werden, etwa Gerichtsstandsklauseln, Haftungsfreizeichnungen, Gewährleistungsregeln etc Denn jeder Individualvertrag ist gem. §§ 133, 157 BGB – jedenfalls im kaufmännischen Verkehr – um derartige, übliche Regelungen zu ergänzen, so dass das Vorrangprinzip von § 305b BGB nicht sperrt. Trotz des Schweigens des Kunden auf den Erhalt eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens bleibt die **Wirksamkeitskontrolle** der AGB gem. BGB § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unberührt. Im Übrigen Hopt/Hopt HGB § 346 Rn. 16 ff. mwN.

**4.** Die Klausel betrifft das leidige Problem der **kollidierenden AGB** beim Vertragsabschluss (im Einzelnen Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp/Graf von Westphalen, VertrR/AGB-Klauselwerke Vertragsabschlussklauseln Rn. 46 ff.). Die Rechtsprechung des BGH ist nach wie vor schwankend, weil sie von der Maßgeblichkeit des § 150 Abs. 2 BGB ausgeht und einer Abwehrklausel in den Bestell-AGB entscheidende Bedeutung zuweist (BGH NJW-RR 2001, 484). Damit setzt sich tendenziell der Kunde als Besteller durch (hierzu auch Grüneberg/Grüneberg § 305 Rn. 54), es sei denn, der Lieferant hat seinerseits in seinen Verkaufs-AGB ebenfalls eine Abwehrklausel vorgesehen. Trifft dies zu, dann gilt dispositives Recht, soweit der Widerspruch der Bedingungen reicht (BGH NJW 1991, 802 (804)). Das ist in hohem Maß unbefriedigend (Graf von Westphalen FS Kreft, 2004, 97 ff.). Denn dann hat es zum einen der Kunde/Besteller in der Hand, ob sich seine AGB – wegen der Bedeutung der Abwehrklausel – durchsetzen, zum anderen hängt das Eingreifen des dispositiven Rechts davon ab, ob der Lieferant seinerseits eine Abwehrklausel einsetzt, obwohl die rechtsgeschäftliche Bedeutung einer Abwehrklausel nicht höher steht als die der allgemeinen Hinweisklausel. Denn auch sie verkörpert den Willen des AGB-Verwenders, dass die jeweils eigenen, nicht aber anderslautende und abweichende Bedingungen gelten. **Vorzuziehen** ist daher die Lösung, dass bei widerstreitenden AGB die Bestimmungen des dispositiven Rechts gem. § 306 Abs. 2 BGB gelten, soweit sich die Einkaufs- und Verkaufsbedingungen nicht entsprechen (BGH BB 1974, 1136; ZIP 1991, 802 (804); NJW 1991, 2633 (2634 f.); MDR 2002, 569 – CISG). Die einander widersprechenden AGB werden also nicht Vertragsbestandteil (Grüneberg/Grüneberg BGB § 305 Rn. 54; Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack BGB § 305 Rn. 188 ff.). Dies gilt **unabhängig** davon, ob – wie hier vorgesehen – Ausschließlichkeits- und Abwehrklauseln verwendet werden (aM MüKoBGB/Basedow BGB § 305 Rn. 99; wie hier Grüneberg/Grüneberg BGB § 305 Rn. 54 f.). Es reicht aus, ist aber auch erforderlich, dass eine Geltungsklausel betreffend die eigenen AGB verwendet wird (vgl.

auch Grüneberg/Grüneberg BGB § 305 Rn. 54; Erman/Looschelders BGB § 305 Rn. 54 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack § 305 Rn. 191 ff.). Dass aufgrund der kollidierenden AGB **Dissens** zwischen den Parteien vorliegt (§ 154 Abs. 2 BGB), ergibt sich bereits daraus, dass jede Partei die Geltung der eigenen AGB für den Vertragsabschluss erreichen will; auf weiterreichende Ausschließlichkeits- und Abwehrklauseln kommt es daher nicht mehr entscheidend an: Dissens bleibt Dissens (Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp/Graf von Westphalen, VerTR/AGB-Klauselwerke/Graf v. Westphalen Vertragsabschlußklauseln Rn. 54 ff.).

a) Freilich hindert dieser – auf die Geltung der AGB beschränkte – Dissens nicht den Vertragsabschluss: Soweit die Parteien sich über die wesentlichen Bedingungen des Vertrages verständigt haben, gilt der Vertrag gem. der Auslegungsregeln von § 154 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 155 BGB. Das damit angesprochene **Kongruenzprinzip** (Grüneberg/Grüneberg BGB § 305 Rn. 54) bewirkt nicht nur das Zustandekommen des Individualvertrages; es gelten vielmehr auch die AGB, die einander nicht widersprechen (Grüneberg/Grüneberg). Der Umfang der Übereinstimmung der AGB ist dabei durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Enthalten jedoch nur die AGB einer Partei eine vertragliche Regelung, während die AGB der anderen in diesem Punkt **schweigen** – etwa bei **Eigentumsvorbehaltsklauseln** in Verkaufs-AGB, denen keine Abbedingung in den Einkaufs-AGB entgegensteht –, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass gem. §§ 133, 157 BGB die schweigende Partei die Geltung des dispositiven Rechts vorsehen will (vgl. BGH WM 1991, 1671 (1672); ZIP 1985, 544 (545)). Folglich ist der Dissens in diesen Fällen auf Basis der AGB im Vergleich zum dispositiven Recht zu ermitteln; dabei ist auch entscheidend, ob die „schweigende“ Partei eine **Abwehrklausel** in ihren AGB vorsieht. Denn diese legt den Schluss gem. §§ 133, 157 BGB nahe, dass damit die Geltung der eigenen AGB auf Basis des dispositiven Rechts gewollt ist.

b) Bei der Verwendung einer **einfachen Eigentumsvorbehaltsklausel** gilt jedoch eine Ausnahme: Dieser setzt sich durch, soweit er in den Verkaufs-AGB enthalten ist und der Kunde davon Kenntnis hatte (BGH WM 1986, 1081 (1082); 1990, 1671 (1672); Grüneberg/Grüneberg BGB § 305 Rn. 55). Allerdings ist der verlängerte Eigentumsvorbehalt – und dies ist praktisch von hoher Wichtigkeit – bei Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB – insbesondere dann nicht wirksam vereinbart, wenn der Kunde eine Abwehrklausel in seinen Einkaufs-AGB vorsieht (BGH ZIP 1985, 544 (546); WM 1986, 643 (644); 1990, 1671 (1672); NJW 1995, 1671; aM Eckert/Nebel WM 1988, 1545 (1549 ff.)). Das gilt dann allerdings nicht, wenn der Kunde/Besteller den verlängerten Eigentumsvorbehalt erkennbar anerkannt hat (Düsseldorf NJW-RR 1997, 946). Im Übrigen → Anm. 23.

c) Die vorgesehene Textierung der AGB ist – das darf nicht übersehen werden – also **nicht geeignet**, das dargestellte Konsens-Dissens-Prinzip der §§ 154 Abs. 1, 155 BGB zugunsten des AGB-Verwenders und damit der alleinigen Geltung der Verkaufs-AGB aufzulösen: Soweit der Kunde/Besteller Einkaufs-AGB verwendet und diese wirksam in seine Angebots- oder Annahmeerklärung gem. §§ 145 ff. BGB einbezieht, so bleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz: Die einander widersprechenden AGB werden nicht Vertragsbestandteil, weil insoweit gem. § 306 Abs. 2 BGB dispositives Recht gilt. Dies ist für den **Lieferanten** ausgesprochen nachteilig, weil dann für alle Vertragsverletzungen die gesetzlichen Haftungsbestimmungen gelten. Die durch die Verwendung der Verkaufs-AGB bezweckte **Risikobegrenzung** geht daher fehl. Unkalkulierte Risiken können aufgrund gesetzlicher Haftungen durchschlagen, sofern der Lieferant eine ihm zurechenbare Vertragsverletzung begeht. Daher bleibt lediglich der **Ausweg**: Der AGB-Verwender muss darauf dringen, dass ausschließlich seine AGB dem Vertrag zugrunde liegen; entgegenstehende Einkaufs-AGB sind also von vornherein **auszuschalten**. Ob dies gelingt, ist in erster Linie eine Frage der Marktmacht. Zu erwägen bleibt allerdings, ob der Lieferant nicht mit seinen wesentlichen Kunden **Rahmenvereinbarungen** abschließt, in denen die

durch AGB zu regelnden Rechte und Pflichten einvernehmlich – regelmäßig: **individualvertraglich** – niedergelegt werden. Doch das ist nicht einfach, weil die Hürde des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zu überwinden ist; → Anm. e).

d) Diese Empfehlung gilt insbesondere, sofern eine **Kreditsicherung** aufgrund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts erforderlich ist (Köln BB 1994, 741; Düsseldorf NJW-RR 1997, 946), aber auch dann, wenn Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsklauseln wegen des besonderen Risikos des Vertrages essentiell sind. → Anm. 16 ff Anm. 18.

e) Die Voraussetzungen eines im Sinn von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zu erreichenden ausgehandelten **Individualvertrages** sind in der Regel schwer zu erreichen. Bedingung ist, dass der Lieferant die einzelnen Klauseln seiner Verkaufs-AGB in ihrem „gesetzesfremden Kerngehalt“ ernsthaft gegenüber seinem Kunden zur Disposition stellt (BGH NJW 2013, 856 (858); 2014, 1725; NZBau 2016, 213 NJW 2019, 2080). Er muss auf diesem Weg dem Kunden die „reale Möglichkeit“ einräumen, durch eigene Textvorschläge seine eigenen Interessen durchzusetzen (BGH NJW 2000, 1110 (1111)). Dies wird in der Regel dazu führen (BGH NJW 2015, 3025 (3026)), dass die betreffende Klausel auch tatsächlich abgeändert wird (BGH NJW 2013, 856 (858)). Es steht dem Verwender jedoch nicht zu, diesen Tatbestand des aktiven Aushandelns durch eine einseitig vorformulierte Klausel zu ersetzen, weil dies mit dem Schutzzweck der AGB-Rechts unvereinbar ist (NJW 2014, 1725). Bleibt der Text unverändert, kann darin ausnahmsweise ein Aushandeln liegen (BGH NJW 2015, 3025 (3026)). Doch muss der Kunde nach gründlicher Erörterung von der Sachgerechtigkeit der Klausel überzeugt sein und dieser auch zustimmen (BGH NJW 2015, 1952 (1953)). Doch gibt es bislang keine Entscheidung des BGH, die diese Sentenz in der Praxis tatsächlich auch bestätigt. Auf jeden Fall ist es wichtig, dass die Vertragsverhandlungen auf das Genaueste protokolliert werden, damit dann in der Instanz entsprechender Sachvortrag nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB auch gebracht werden kann.

**5. Schriftformklauseln** in AGB sind üblich. Ihre Wirksamkeit – abhängig von der jeweiligen Gestaltung – ist jedoch unter Berücksichtigung des Vorrangprinzips nach § 305b BGB (BGH NJW 2017, 1017 – doppelte Schriftformklausel) sowie bei Beachtung der Rechtsprechung gem. BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sehr problematisch (Hopt/Hopt HGB Einl. vor § 343 Rn. 9).

a) Die hier verwendete **Vollständigkeitsklausel** verstößt weder gegen das Vorrangprinzip von § 305b BGB noch ist sie nach BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam (BGH NJW 1985, 2329 (2331)). Ihre Funktion ist freilich begrenzt. Im Ergebnis reflektiert sie die ohnehin bestehende Rechtslage: Ein schriftlich abgeschlossener Vertrag trägt die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit; der Beweis abweichender mündlicher Vereinbarung ist jedoch nicht versperrt (Grüneberg/Ellenberger BGB § 125 Rn. 17 ff.). Die Parteien haben es in der Hand, den vereinbarten Formzwang jederzeit formlos – durch übereinstimmende mündliche Vereinbarung – aufzuheben (BGH WM 1982, 902; NJW-RR 1995, 180; BAG NJW 1989, 2149; OLG Hamm NJW-RR 1994, 631). Regelmäßig ist dies dann zu bejahen, wenn die Parteien übereinstimmend das mündlich Vereinbarte als maßgeblich gewollt haben (BGH NJW 2017, 1017; 2006, 138 – Vorrang nach § 305b BGB).

b) Häufig finden sich in AGB auch Schriftformklauseln in Form von **Bestätigungsklauseln**. Sie sehen vor, dass etwaige mündliche Vereinbarungen – gleich, welcher Art sie sein mögen – nur dann gelten, wenn sie vom AGB-Verwender schriftlich bestätigt worden sind. Ob solche Klauseln im kaufmännischen Verkehr gem. BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wirksam sind, ist strittig, im Zweifel jedoch zu verneinen (BGH ZIP 1986, 714 (715); 1991, 1054 (1055) – nicht-kaufmännischer Bereich). Entscheidend ist, ob das mündliche Vereinbarte – ungeachtet des Bestätigungsvorbehalts – als maßgeblich

gewollt wurde. Ist dies zu bejahen, dann gilt entweder das Vorrangprinzip von § 305b BGB oder die Unwirksamkeitssanktion gem. BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Graf von Westphalen/Thüsing/Pamp/Graf von Westphalen, VertragsR – Klauselwerke – Schriftformklauseln Rn. 27 ff.). Liegen zB **mündliche Garantiezusagen gem. §§ 276, 444, 639 BGB** vor (BGH NJW 2007, 1346), auf die der Kunde vertraute, so ist allemal das Vorrangprinzip von § 305b BGB missachtet, wenn sich der AGB-Verwender unter Hinweis auf die fehlende schriftliche Bestätigung nicht mehr an die Eigenschaftszusicherung gebunden hält (BGHZ 50, 200 (207) „Kleber“). Dies beruht auch auf der Erwägung, dass eine solche Garantiezusage als Vereinbarung einer vom Verschulden losgelösten Haftung im Sinn des § 276 Abs. 1 BGB zu verstehen ist. Das Gleiche gilt bei formularmäßig vereinbarter Wirtschaftsklausel im Verhältnis zu einem Festpreis (BGH NJW 2013, 2475). Diese Rechtsfolge wird man auch dann im Auge behalten müssen, wenn im Rahmen der Mängelhaftung eine **Beschaffenheitsvereinbarung** akkordiert ist, weil die sich hieraus ergebenden Risiken nicht wirksam – auch nicht in Form einer Schriftformklausel – abbedungen werden können (Grüneberg/Weidenkaff BGB § 434 Rn. 55). Denn bei einer solchen Vereinbarung übernimmt der Verkäufer die Gewähr für eine Eigenschaft und gibt damit gegenüber dem Käufer zu erkennen, dass er für deren Fehlen eintreten will (BGH NJW 2019, 1937).

c) Schriftformklauseln haben auch häufig **vollmachtsbeschränkenden Charakter** (Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 40 ff.). Soweit gesetzliche Vollmachten **einschränkbar** sind, wird man eine Schriftformklausel nur dann anerkennen können, wenn sie – vgl. etwa § 54 Abs. 3 – eindeutig und klar abgefasst und demjenigen bekannt waren, der die vertragliche Bindung begründet hat. Deshalb hat auch der BGH einen Bestätigungsvorbehalt in Reparatur-AGB von BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB scheitern lassen (BGH NJW 1982, 1390). Soweit die Voraussetzungen einer **Duldungs- oder Anscheinsvollmacht** gegeben sind (Grüneberg/Ellenberger BGB § 172 Rn. 6 ff.), ist der im **Verkehrsinteresse** gebotene Rechtsschutz des Vertragspartners durch das Vorrangprinzip von § 305b BGB sowie durch BGB § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB geschützt. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Vertragspartner aktuell die vollmachtsbeschränkende Wirkung der Schriftformklausel kannte; doch ist es regelmäßig auch so, dass dann das Entstehen einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht überhaupt gehindert wird, weil diese zentral auf dem Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB aufbaut (Hopt/Hopt HGB Überbl. vor § 48 Rn. 5 f.; vgl. auch BGH ZIP 1994, 1607).

**6.** Die Geltung der AGB auch für **künftige Geschäfte** ist – hier ist allemal Vorsicht geboten – entscheidend davon abhängig, dass der Einbeziehungswille des AGB-Verwenders dem Kunden gegenüber **unmissverständlich** erklärt wird (BGH NJW-RR 2005, 1518; ZIP 1992, 404 (407)). Auch muss vereinbart sein, dass fortlaufend Geschäfte zwischen den Parteien abgeschlossen werden. Ist dies **zweifelhaft**, ist von der Verwendung dieser Klausel **abzuraten**. Sie ist dann **ersatzlos** zu streichen. Ist jedoch eine Fortgeltung der AGB im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen bezweckt, so muss der AGB-Verwender sicherstellen, dass die AGB dem Kunden **zugehen** (BGH NJW-RR 2005, 1518; ZIP 1992, 404 (407)). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die AGB dem Kunden zugegangen sind, trägt gem. § 130 BGB der AGB-Verwender.

**7.** Die hier verwendete Klausel regelt lediglich den Tatbestand der §§ 286, 280 Abs. 2 BGB. Nicht geregelt sind die weiterreichenden Folgen des **Zahlungsverzugs**, wie sie sich aus § 323 BGB – nach Fristsetzung – in Form. des Rücktritts ergeben, einschließlich des Rechts auf Ersatz des Schadens statt der Leistung nach § 281 BGB: Der AGB-Verwender ist dann – diese Fälle sind freilich sehr selten – sowohl zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt als auch dazu, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen (§ 325 BGB). Denn in der Regel hat der Kunde ein großes Interesse daran, die Lieferung – wenngleich

verspätet – doch noch zu erhalten und nicht eine Rückabwicklung durchzuführen oder einen Schadensersatz zu verlangen.

a) Die Klausel ist an dem Verbotstatbestand von § 309 Nr. 5a BGB orientiert. Danach gilt, dass die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nur dann wirksam ist, wenn sie dem **durchschnittlich-typischen Schaden** entspricht (BGH NJW-RR 2015, 690 – Chipband; Erman/Roloff/Looschelders BGB § 309 Rn. 48; Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 26 f.). Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB sind diese Kriterien auch im unternehmerischen Verkehr zu berücksichtigen (BGH NZBau 2016, 213 (216); NJW 1994, 1060 (1068); BGHZ 67, 312 (317); Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 32). Die Geltendmachung eines Verzugschadens im Fall des Zahlungsverzugs in Höhe des gesetzlichen Schadens nach § 288 Abs. 2 BGB – 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz – ist zwangsläufig als schadenstypisch zu bezeichnen: Die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass der pauschalierte Verzugschaden durchschnittlich-typisch ist, obliegt dem AGB-Verwender (BGH NJW-RR 2015, 690; ZIP 1992, 404 (407)), was allerdings nur dann praktisch Bedeutung besitzt, wenn nach § 288 Abs. 4 BGB ein weitergehender Schaden reklamiert wird. Das wird nur sehr selten der Fall sein, weil es schwerlich vorstellbar ist, dass typischerweise ein höherer Schaden als Folge des Verzugs eintreten kann.

b) Gem. § 309 Nr. 5b BGB ist es dem AGB-Verwender geboten, dem anderen Vertrags- teil ausdrücklich den Nachweis zu gestatten, dass kein Schaden oder ein wesentlich niedrigerer Schaden entstanden ist. Ob diese Bestimmung im unternehmerischen **Bereich** gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen ist, ist strittig, wohl aber insoweit nur zu bejahen, als der Gegenbeweis nicht abbedungen werden darf (BGH NZBau 2016, 213 (216); ZIP 1994, 461 (473); Erman/Looschelders BGB § 309 Rn. 51), so dass er allerdings nicht ausdrücklich vorbehalten sein muss (BGH NZBau 2016, 213 (216); Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 32).

**8.** Die am Verbotstatbestand von § 309 Nr. 3 BGB orientierte Klausel (sehr weitgehend für den Bereich der Gewerberaummietae BGH NZM 2016, 585 – Rechtswirksamkeit ablehnend (Zustimmung des Vermieters erforderlich); bereits BGH NJW 2007, 3421) reflektiert die Ergebnisse der BGH-Rechtsprechung (BGH NJW 1985, 523 (525); 1985, 1556 (1558); NJW-RR 1986, 1110 (1111); ZIP 1989, 783 (784)). Sie verlangt auch im unternehmerischen Verkehr die Klarstellung, dass die Aufrechnung mit unbestrittenem oder rechtskräftig festgestellten Forderungen möglich ist (BGH NJW 1984, 2404; 1985, 319; NJW-RR 1986, 1110; NJW 1994, 657; 2011, 1729 – Architektenvertrag).

**9.** Ob im unternehmerischen Verkehr der Verbotstatbestand von § 309 Nr. 2b BGB gem. BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder gem. BGB § 307 Abs. 1 BGB geschützt ist, wird überwiegend verneint (Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 16; Erman/Looschelders BGB § 309 Rn. 26; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann § 309 Nr. 2 Rn. 70; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 309 Nr. 2 Rn. 22). Dem ist jedenfalls aus praktischen Gründen zu folgen. Die BGH-Judikatur bestätigt allerdings, dass die Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts gem. §§ 273, 320 BGB dann gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist (BGH NJW 2011, 514), wenn die Klausel den Verbotstatbestand von § 309 Nr. 3 BGB – vgl. § 3 Abs. (5) S. 1 des Form. – nicht berücksichtigt (BGH ZIP 1989, 783 (784); NJW 1992, 575; BB 1995, 1054). Diese Ansichten vermögen nicht zu überzeugen (im Einzelnen Graf vom Westphalen/Thüsing/Pamp/Thüsing, *VertrR/AGB-Klauselwerke – Zurückbehaltungsklauseln* Rn. 21). Jedenfalls bei der hier gem. § 6 Abs. (3) gewählten Vertragsgestaltung, welche am Verbotstatbestand von § 309 Nr. 8b bb BGB orientiert ist, ist es mit BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht vereinbar, dem Kunden die Einreden gem. §§ 273, 320 BGB formularmäßig abzuschneiden. So gesehen entspricht die hier vorgeschlagene Klausel dem Gebot des „sicheren Weges“. Sie kann jedoch auch – alternativ – **ersatzlos gestrichen** und dem Aufrechnungsverbot angeglichen werden.

**10.** Die hier vorgeschlagene **Pauschalierung** des dem Kunden zustehenden Ersatzanspruchs steht in einem engen, unauflösbaren Zusammenhang mit den Regelungen in Abs. (3) und Abs. (4). Deshalb erfasst die Regelung von § 4 Abs. (2) **ausschließlich** die Schadensersatzhaftung wegen Verzugs gem. § 280 Abs. 2 BGB.

a) Die hier vorgesehene **Haftungsbegrenzung** ist bis zu maximal 5 % des Lieferwertes eine in der Industrie durchaus übliche, häufig praktizierte Klauselgestaltung. Ihre an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu orientierende Wirksamkeit ist jedoch – auch bei einer Höchstsumme von 10 % – **zweifelhaft** (BGH ZIP 1994, 461 (465)). Dies hängt zunächst damit zusammen, dass der Verbotstatbestand von § 309 Nr. 7b BGB gem. BGB § 307 Abs. 1 BGB auch im unternehmerischen Verkehr grundsätzlich Bedeutung verdient (BGH NJW 2007, 3774; Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 48). Denn bei der Haftung wegen Lieferverzugs handelt es sich in der Regel auch um eine schuldhaft Verletzung einer als wesentlich einzuordnenden Pflicht nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB (BGH NJW 1994, 1060 (1063))

Ob im Übrigen die **Haftungsbeschränkung** auf maximal 5 % des Lieferwertes bei einem gewöhnlichen Lieferverzug mit BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vereinbar ist, ist daher mehr als zweifelhaft und hängt entscheidend von der weiteren Frage ab, ob im Fall des Lieferverzugs eine „wesentliche“ Vertragspflicht iSv § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verletzt ist, was die Rechtsprechung wohl bejaht (BGH NJW 1994, 1060 (1063); 2001, 292 (295) – Kfz-Kauf) und nicht nur, wenn der **Ausnahmetatbestand** von § 4 Abs. (4) vorliegt. Geklärt ist in diesem Zusammenhang, dass eine Haftungsbegrenzung unterhalb der Schwelle des vorhersehbaren, typischerweise eintretenden Schadens (BGH NJW 2013, 291; 1993, 335) bei Verletzung einer „wesentlichen“ Vertragspflicht iSv § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB **unwirksam** ist (BGH ZIP 1993, 46 (47); vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs § 307 Rn. 287 ff.; höchst kritisch Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr, Klauseln (F) Rn. 92 ff.).

**11.** Grundsätzlich ist zu beachten, dass der Verbotstatbestand von § 309 Nr. 7b BGB im unternehmerischen Verkehr gem. BGB § 307 Abs. 1 S. 1 BGB **uneingeschränkt** zu berücksichtigen ist (BGH NJW 2007, 3774; Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen § 309 Nr. 7 Rn. 46). Bei der Regelung der Verzugsfolgen gem. § 280 Abs. 2 BGB ist es im übrigen auch **ausgeschlossen**, zwischen grober Fahrlässigkeit von nicht leitenden und leitenden Angestellten, Mitarbeitern, Erfüllungsgehilfen des AGB-Verwenders zu differenzieren, weil die Ursache des Lieferverzuges regelmäßig – ausgenommen etwa: Boykott – nicht von einer einzelnen Person zu vertreten ist; vielmehr beruht der Verzug regelmäßig auf mehreren, eng miteinander verbundenen Ursachenketten, die nicht zuletzt auch in die **Organisationsverantwortung** des AGB-Verwenders fallen. Das führt dann auch regelmäßig zur Feststellung, dass es sich im Fall einer schuldhaften Verletzung insoweit grundsätzlich um eine „wesentliche“ Vertragspflicht handelt (vgl. BGH NJW 1994, 1060 (1063); 2001, 292 (295) – Kfz-Kauf; NJW-RR 2005, 1496 (1505) – Honda).

**12.** Die **Begrenzung** der aus § 281 BGB resultierenden Schadensersatzhaftung ist auch im Anwendungsbereich von § 309 Nr. 7b BGB unter Berücksichtigung von BGB § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu beanstanden, soweit sie sich – wie hier vorgeschlagen – auf den typischerweise eintretenden, „**vorhersehbaren Schaden**“ bezieht (BGH NJW 1993, 335; 2001, 292 (295)). Es fügt sich in dieses Bild, dass der BGH – freilich im Rahmen von BGB § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB bei Verletzung einer „wesentlichen“ Vertragspflicht – fordert, dass die Haftungsbegrenzungsklausel nicht unterhalb des „vertragstypischen“ Schadens liegen dürfe (BGH NJW 1993, 335 – „Baustoffberatung“).

a) Außerdem ist – wie hier geschehen – der Verbotstatbestand von § 309 Nr. 8a BGB gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu berücksichtigen. Dies bedeutet: Das sich aus § 323

BGB ergebende **Rücktrittsrecht** darf nicht abbedungen werden (Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 60).

b) Im Bereich **einfacher Fahrlässigkeit** ist es mit BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unvereinbar, den aus § 281 BGB resultierenden Schadensersatzanspruch statt der Leistung unterhalb der Schwelle des vorhersehbaren Schadens zu begrenzen (vgl. BGH ZIP 1994, 461 (465); BB 1996, 654). In der **Literatur** wird freilich die Auffassung vertreten, dass der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. § 281 BGB bei einfacher Fahrlässigkeit abbedungen werden kann (hierzu Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen § 309 Nr. 7 Rn. 38; Koch WM 2002, 2173 (2179); AGB/Klauselwerke/Graf von Westphalen – Freizeichnungsklausel Rn. 40 ff.). Eine BGH-Entscheidung zu dieser Streitfolge steht noch aus. Doch hat diese Frage hohe praktische Bedeutung, weil es darum geht, den Anspruch auf Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns nach § 437 Nr. 3 BGB (BGH NJW 2010, 1346) entweder als freizeichnungsfest zu behandeln oder die Freizeichnung – bei Einräumung eines Rücktrittsrechts – anzuerkennen (vgl. Dauner-Lieb/Khan FS Graf von Westphalen, 2010, 55 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs BGB § 307 Rn. 292 ff.).

**13.** Ist zwischen den Parteien ein kaufmännisches **Fixgeschäft** gem. § 376 vereinbart (Hopt/Hopt HGB § 376 Rn. 3 f.), so wird man – genauso wie im Rahmen von § 280 Abs. 2 BGB – annehmen müssen, dass hier der AGB-Verwender eine Pflicht verletzt hat, auf deren Erfüllung der Kunde vertraute und auch vertrauen durfte (vgl. BGH NJW 2013, 291; NJW-RR 2005, 1396 – Honda), weil die Einhaltung der Lieferzeit **kardinale Voraussetzung** und Bedingung des Individualvertrages war. Daraus folgt, dass gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine **Haftungsfreizeichnung** in diesen Fällen **unwirksam** ist, weil sie die Erfüllung des Vertragszwecks gefährdet und den Kunden **rechtlos** stellt (BGH ZIP 1993, 46 (47); 1994, 461 (465); NJW 2001, 292 (295); 2002, 673 (674)). Der Rücktritt ist hier keine angemessene Kompensation für die frustrierten Interessen des Kunden.

Es ist daher **dringend** zu **empfehlen**, als alternative Klauselgestaltung zu § 4 Abs. (4) vorzusehen, dass die Haftungsbegrenzung gem. § 4 Abs. (2) und Abs. (3) immer dann nicht gelten, wenn Lieferverzug auf der Verletzung einer „wesentlichen“ Vertragspflicht beruht.

**14.** Die Erfüllung der **unverzöglichen** Untersuchungs- und Rügepflicht iSd § 377 hat für alle Gewährleistungsansprüche des Kunden zentrale Bedeutung (im Einzelnen Hopt/Hopt HGB § 377 Rn. 2 ff.). Es liegt nicht im Interesse des AGB-Verwenders, in seinen Verkaufs-AGB Voraussetzungen oder Rechtsfolgen des § 377 abzuändern. Da diese Bestimmungen den Kunden seinerseits belasten, sind regelmäßig in **Einkaufs-AGB** weitreichende Bestimmungen, die entgegen den § 377 einseitig die Interessen des Kunden favorisieren, verankert; sie sind in der Regel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB **unwirksam** (Grunewald NJW 1995, 1778; aA Steinmann DB 1991, 873). Allerdings werden Ansprüche aus der **Produkthaftung** iSv § 823 Abs. 1 BGB von der Verletzung der Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 nicht erfasst; diese Ansprüche des Kunden bestehen unabhängig von der Genehmigungsfiktion des § 377 Abs. 2 (BGH NJW 1988, 52 (54)).

**15.** Ob der Verbotstatbestand von § 309 Nr. 8b cc BGB auch im unternehmerischen Bereich gem. BGB § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Bezug auf die Mangelbeseitigung **uneingeschränkt** gilt, ist nach wie vor strittig. Fest steht jedenfalls, dass die Mangelbeseitigungspflicht des AGB-Verwenders nicht durch AGB – und die darin liegende Kostenüberwälzung auf den Kunden – ausgehöhlt werden darf (BGH NJW 1981, 1510; 1996, 389). Dies ist auch allgemein anerkannt (Grüneberg/Grüneberg BGB § 309 Rn. 66; Erman/Looschelders § 309 Rn. 105; Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen § 309 Nr. 8 Rn. 79 f.). **Umstritten** ist jedoch, ob bzw. inwieweit der AGB-Verwender im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB berechtigt ist, **Teile** der gem. § 439 Abs. 2 BGB zu tragenden Mangelbeseitigungsaufwendungen – vor allem im Blick auf Aus- und Einbaukosten (hierzu BGH