

AGB im kaufmännischen Verkehr – Grundsätze und Grenzen*

Richterin am Oberlandesgericht Susanne Vogt, Dresden

Maßgebend für die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die §§ 305 ff. BGB. Das gilt ebenso für den *kaufmännischen Rechtsverkehr*¹, bei dem der Anwendungsbereich der genannten Vorschriften allerdings beschränkt ist. Der Grund hierfür wird in einem besonderen Bedürfnis nach Schnelligkeit im Handelsverkehr und der geringeren Schutzbedürftigkeit von Kaufleuten im Gegensatz zu Verbrauchern gesehen.² Nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB finden dementsprechend die Regelungen über die Einbeziehung von AGB's, die §§ 305 Abs. 2 und 3 BGB, und die Rege-

lungen über die Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeiten, die §§ 308 und 309 BGB, keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.

* Vortrag, gehalten auf dem Symposium der Deutschen Gesellschaft für Transportrecht in Leipzig am 5. November 2009.

1 Im folgenden auch: »b2b«Geschäfte genannt (business-to-business).

2 Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht 5. Auflage, § 305 BGB Rn. 120.

I. Begriffsbestimmung

Während das HGB nach wie vor den Begriff des Kaufmanns verwendet, ist im Zuge der Umsetzung einer Vielzahl von europarechtlichen Richtlinien der Kaufmann im BGB durch den Unternehmer ersetzt und in § 14 BGB legal definiert worden. Im Vergleich zu dem Begriff des Kaufmanns geht der Begriff des **Unternehmers** weiter, weil er auch Freiberufler und Kleingewerbetreibende ohne Eintragung erfasst. Die Unterscheidung der Begriffe ist deshalb von Bedeutung, weil Handelsbräuche nur unter Kaufleuten gelten, nicht aber unter jeglichen Unternehmern.³

II. Individualvereinbarung

Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB sind im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingungen keine Allgemeine Geschäftsbedingungen und sind folglich einer Inhaltskontrolle an Hand der §§ 305 ff. BGB entzogen. Die Rechtsprechung hat an die Voraussetzungen des Aushandelns stets erhöhte Anforderungen gestellt. Aushandeln bedeutet mehr als bloßes Verhandeln. Der gesetzesfremde Kerngehalt der Klausel muss ernsthaft zur Disposition gestellt worden sein. Das ist nur dann der Fall, wenn der Verwender seinem Vertragspartner die Möglichkeit der realen Beeinflussung einräumt. Er muss autonom entscheiden können, ob und mit welchem Inhalt er eine Klausel im Vertrag haben möchte.⁴ Nicht zu Unrecht geht der BGH auf der Grundlage seiner strikten Rechtsprechung davon aus, dass eigentlich nur eine geänderte Klausel tatsächlich ausgehandelt sein kann.

Diese Anforderungen stellt die Rechtsprechung⁵ und ein Teil der Literatur⁶ auch an ausgehandelte Vertragsbedingungen im unternehmerischen Rechtsverkehr. Die Gegenansicht übt an der engen Rechtsprechung Kritik und fordert für ein wirksames Aushandeln erleichterte Bedingungen.⁷ *Lischek/Mahnken*⁸ meinen der engen Ansicht jedenfalls für sogenannte Massengeschäfte folgen zu sollen, weil in diesen Fällen die Vertragsbedingungen ohne eigenverantwortliche Risikoentscheidung weder ausgehandelt noch gestellt sind und daher der Inhaltskontrolle eine gewisse Sachgerechtigkeit nicht abgesprochen werden könne. Gehe es aber um echte Verhandlungsbereitschaft könnten keine AGB's vorliegen, weil selbst nach dem Gesetzeswortlaut ein Ergebnis des Aushandelns nicht verlangt werde. Ohne die Quantität der Vertragsverhandlungen bei Massengeschäften im Vergleich zu umfangreichen Verhandlungen näher analysiert zu haben, erscheinen die von der zuvor dargestellten Rechtsprechung an ein Aushandeln gestellten Anforderungen bei umfangreichen Vertragsverhandlungen zu eng zu sein.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle die weitere Alternative des § 305 Abs. 1 BGB, das »Stellen« von AGB's erwähnt. Trotz vereinzelter Gegenstimmen in der Literatur⁹ wird mit dem Begriff »Stellen von Vertragsbedingungen« lediglich der Verwender derselben festgelegt.¹⁰

III. Einbeziehung

1. Allgemeines

Mangelt es an einem Aushandeln im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB können Vertragsbestimmungen die Qua-

lität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Diese sind keine Rechtsnormen im Sinne von Art 2 EGBGB und können – von ihrer inhaltlichen Angemessenheit abgesehen – nur dann eine Wirkung entfalten, wenn sie Vertragsbestandteil geworden sind.

Grundsätzlich erfordert die Einbeziehung von AGB's nach § 305 Abs. 2 BGB einen ausdrücklichen Hinweis und die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme. Soweit wegen der Art des Geschäfts – wie etwa Massengeschäfte oder Automatingeschäfte, bei denen jeglicher persönliche Kontakt fehlt – ein ausdrücklicher Hinweis nicht möglich ist, muss der Verwender zumindest durch Aushang auf die Geltung der AGB's hinweisen.

Nach § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB gelten die genannten Einbeziehungsvoraussetzungen nicht für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwandt werden. Hierbei ist – ausgehend von der Legaldefinition des Unternehmerbegriffs in § 14 BGB – allerdings zu bedenken, dass der Vertragspartner des Verwenders nur dann Unternehmer im genannten Sinne sein kann, wenn er in Ausübung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.¹¹ Handelt er zu rein privaten Zwecken, kann er den Schutz aller Regelungen der §§ 305 ff. BGB für sich beanspruchen.¹² Dagegen ist der gesamte Schutzbereich des Gesetzes dem sog. Existenzgründer, der erst durch das Geschäft zum Unternehmer wird, nicht eröffnet.¹³

Diese Einschränkung der Einbeziehungsvoraussetzungen bedeutet jedoch nicht dass Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen mit Unternehmern ohne Weiteres Vertragsbestandteil werden. Unerlässlich ist eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über die Einbeziehung der Bedingungen.¹⁴ Hierzu bedarf es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Willensübereinstimmung der Vertragspartner,¹⁵ die gegebenenfalls durch Auslegung der Einbeziehungserklärung und dessen Annahmeerklärung festzustellen ist (§§ 133, 157 BGB, § 346 HGB).

3 Hopt in: *Baumbach/Hopt*, 34. Auflage, § 346 HGB Rn. 3.

4 BGH NJW 05, 2543, 2544; BGH NJW 02, 2388; BGH NJW 00, 1110.

5 BGH NJW-RR 87, 144, 145; BGH NJW 92, 2283, 2285.

6 *Graf v. Westphalen*, Fallstricke bei Verträgen und Prozessen mit Auslandsberührung, NJW 94, 2113, 2114.

7 *Palandt/Grüneberg*, 68. Auflage, § 305 BGB Rn. 21, 23; *Staudinger/Schlosser*, 13. Auflage, § 305 BGB Rn. 36; *Wolf* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, a.a.O., § 305 BGB Rn. 27, 33 ff.; *Rabe*, Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr, NJW 87, 1978, 1980.

8 *Lischek/Mahnken*, Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen und AGB – Anmerkungen aus der Sicht der Praxis, ZIP 07, 158, 160

9 Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Lischek/Mahnken*, a.a.O., ZIP 07, 158, 161 f., auch zur Frage, ob ein »Stellen« i.S.d. Gesetzes bei der Verwendung von Formularverträgen Dritter gesprochen werden könne.

10 BGHZ 130, 50, 57 f.; BGH NJW 94, 2825 f.; BGH NJW 85, 2477.

11 *Wolf* in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, a.a.O., § 310 BGB Rn. 14; *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 10. Auflage, § 310 BGB Rn. 22.

12 *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, a.a.O., § 310 BGB Rn. 22.

13 OLG Oldenburg NJW-RR 1989, 1081; *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* a.a.O. § 310 BGB Rn. 23; *Basedow* in: *Münch/Komm BGB* 5. Auflage, § 310 BGB Rn. 46; *Saenger* in: *Ermann*, BGB, 11. Auflage, § 14 BGB Rn. 14; *Roloff* in: *Ermann*, a.a.O., § 310 BGB Rn. 5; a.A. OLG München NJW-RR 04, 913; OLG Koblenz NJW 1987, 74; OLG Düsseldorf MDR 96, 465.

14 BGHZ 117, 190, 194; OLG Dresden NJW-RR 99, 846; *Palandt/Grüneberg*, a.a.O., § 305 BGB Rn. 50.

15 BGHZ 117, 190, 194.

2. Branchenüblichkeit

Eine erleichterte Einbeziehung erfährt der unternehmerische Rechtsverkehr im Falle eines Handelsbrauchs. Aufgrund der Bedürfnisse nach Schnelligkeit im Handelsverkehr hat die Rechtsprechung nach geringeren Einbeziehungsmaßstäben gesucht und im Falle von branchenüblichen Klauselwerken eine vereinfachte Einbeziehung gelten lassen.¹⁶ Die Branchenüblichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen indiziert den erforderlichen Einbeziehungswillen,¹⁷ der grundsätzlich auch bei konkludenter Einbeziehung festgestellt werden muss¹⁸ und der – freilich aus der Sicht des Verwenders gesehen – nur bei einem branchenkundigen Vertragspartner vorliegen kann.

Beispiele für branchenübliche Klauselwerke sind die AGB der Banken,¹⁹ die Flughafenbedingungen,²⁰ die Lager- und Hafensbetriebsbedingungen, die Konossementbedingungen²¹ und schließlich die ADSp. Von den genannten Klauselwerken seien an dieser Stelle die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen und die hierzu ergangene Entscheidung des BGH vom 23. 1. 2003^{21a} besonders erwähnt. Hatte der BGH bis zu diesem Zeitpunkt die sogenannte »Wissen-Müssen-Formel« vertreten, die besagte, dass die ADSp in den Vertrag mit einem Spediteur einbezogen sind, wenn der Vertragspartner wusste oder hätte wissen müssen, dass der Spediteur ausschließlich nach den ADSp arbeitet und dass grundsätzlich im Verkehr zwischen einem Spediteur mit Sitz in Deutschland und einem deutschen Kaufmann die ADSp auch ohne Abrede als fertig bereitliegende Rechtsordnung kraft stillschweigender Unterwerfung gelte,²² lässt er eine stillschweigende Einbeziehung von Ziffer 23.1.1 ADSp 1998 im Hinblick auf die am 1. 7. 1998 in Kraft getretene Regelung des § 449 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 HGB nicht mehr gelten. Ob der BGH mit dieser Entscheidung seine »Wissen-Müssen-Formel« schlechthin aufgegeben hat, wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Einigkeit besteht allerdings insoweit als der BGH vom Verwender nicht die Aushändigung der gesamten ADSp an seinen Vertragspartner verlangt, sondern – so eine Branchenüblichkeit zwischen den beteiligten Vertragspartnern festzustellen ist – die Aushändigung der Haftungsbeschränkung selbst genügen lässt.²³ Herber meint darüber hinaus, der Gesetzgeber könne mit Einführung der drucktechnisch hervorgehobenen Gestaltung vorformulierter Haftungsbeschränkungen nur die schriftlich niedergelegten Bedingungswerke im Blick gehabt haben und habe nur eine Formvorschrift fixiert.²⁴ Festzuhalten bleibt, dass der BGH mit der genannten Entscheidung aus dem Jahre 2003 jedenfalls seine Rechtsprechung zur vereinfachten Einbeziehung der ADSp bis auf die Haftungsbeschränkung nicht aufgegeben hat.

3. Handelsbrauch

Weitergehend ist die Einbeziehung qua Handelsbrauch. Hierbei handelt es sich um eine nicht nur vorübergehende, auf Zustimmung der beteiligten Verkehrskreise beruhende tatsächliche Übung.²⁵ AGB's qua Handelsbrauch werden Vertragsbestandteil kraft der gesetzlichen Verweisung des § 346 HGB und unterliegen nicht den Einbeziehungsvoraussetzungen des BGB. Nach Ansicht von Karsten Schmitt sind Handelsbräuche jeglicher Kontrolle an Hand der §§ 305 ff. BGB entzogen.²⁶ Ebenso sind Pfeiffer²⁷ und Hopt²⁸ der Ansicht, dass sich die Kontrolle des normativen Handelsbrauchs nicht nach dem AGB-Recht richte. Diese Ansicht vertritt auch der BGH in

einer Entscheidung vom 23. 4. 1986. Er stellte fest, dass der Handelsbrauch – vorliegend die TGV (Gebrauche für die Vermittlung von Holzgeschäften) – kraft gesetzlicher Verweisung gemäß § 346 HGB gelten. Es handele sich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 (des damals geltenden) AGBG, die der Beklagte als Verwender der Klägerin als der anderen Vertragspartei gestellt hätte. Deshalb sei es fehlerhaft, wenn die Vorinstanzen ohne nähere Erörterung die Haftungsfreistellung des § 2 Abs. 3 TGV wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG als unwirksam angesehen hätten.

Dagegen sollen nach Ulmer²⁹ angesichts des umfassenden Schutzzwecks der §§ 305 ff. BGB die besseren Gründe dafür sprechen, einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen unabhängig davon, ob sie sich infolge branchenweiter Verwendung als AGB zu einem Handelsbrauch entwickelt haben, in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts einzubeziehen und auf die Handelsüblichkeit der Klausel im Rahmen der Kontrollmaßstäbe des § 307 BGB abzustellen.

Weitere Handelsbräuche sind die Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen (ADS).³⁰ Soll das in Rede stehende Klauselwerk nicht Vertragsbestandteil werden, ist ein ausdrücklicher Widerspruch eines Vertragspartners von Nöten.³¹

IV. Inhaltskontrolle

1. Kontrollmaßstab

Kontrollmaßstab für AGB's im unternehmerischen Rechtsverkehr ist alleine § 307 BGB. Danach können Bedingungen unwirksam sein, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die beiden Tatbestände des § 307 Abs. 2 BGB konkretisieren denjenigen des § 307 Abs. 1 BGB und stellen gesetzliche Regelbeispiele für eine unangemessene Benachteiligung dar.

a. Transparenzgebot

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot kann vorliegen, wenn die Bestimmung nicht klar und verständlich ist

16 Z.B.: BGH WM 04, 1197 für AGB der Banken; BGHZ 96, 138 und NJW RR 96, 1313 für ADSp.

17 BGH NJW 85, 1838, 1840; 90, 513, 514; BGHZ 17, 3.

18 BGH NJW-RR 92, 626f.

19 BGH NJW 90, 513, 514.

20 OLG Karlsruhe VersR 71, 158f.

21 LG Hamburg VersR 82, 140f.

21a TranspR 2003, 576f.

22 Vgl. hierzu Heuer, Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen nach dem Ableben der Speditionsversicherung gemäß Ziff. 29 ADSp, TranspR 03, 1ff.

23 Koller EWiR 03, 375.

24 Herber TranspR 03, 120ff.

25 BGH MDR 81, 47f.; Hopt in: Baumbach/Hopt, a.a.O., § 346 HGB Rn. 1 und 12.

26 Karsten Schmitt in: MünchKomm HGB, 4. Auflage, § 346 HGB Rn. 52.

27 Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer a.a.O. § 305 BGB Rn. 147.

28 Hopt in: Baumbach/Hopt § 346 HGB Rn. 10.

29 Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., § 305 BGB Rn. 84.

30 Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 305 BGB Rn. 58; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O. § 305 BGB Rn. 181.

31 OLG Köln MDR 54, 364, KG NJW 60, 632; Hopt in: Baumbach/Hopt, a.a.O., § 346 HGB Rn. 8; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen a.a.O., § 305 BGB Rn. 180; Pfeiffer in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer a.a.O., § 305 BGB Rn. 145.

(§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB »Transparenzgebot«). Das das Transparenzgebot auch bei Verträgen zwischen zwei Unternehmern gilt folgt aus der Stellung in § 307, aber auch aus § 305c Abs. 1 und § 305c Abs. 2 BGB. Es besagt, dass der Verwender nach Treu und Glauben gehalten ist, die Rechte seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen; insbesondere müssen Nachteile und Belastungen so weit erkennbar werden, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann.³² Eine Regelung muss nicht nur aus sich heraus klar und verständlich sein; sie hält einer Inhaltskontrolle auch dann nicht stand, wenn sie an verschiedenen Stellen in den Bedingungen niedergelegt ist und sich aus diesem Grund ihr Zusammenhang nicht erschließt. Dabei kommt es beispielsweise bei Versicherungsbedingungen auf die Verständigungsmöglichkeiten des durchschnittlichen Versicherungsnehmers an, von dem allerdings die aufmerksame Durchsicht der Bedingungen, deren verständige Würdigung und die Berücksichtigung ihres erkennbaren Sinnzusammenhangs erwartet werden kann. Jedes eigene Nachdenken kann dem Kunden nicht erspart bleiben. Denn eine Überspannung des Transparenzgebots – etwa durch eine Vielzahl von Erläuterungen – führt vor allem in Fällen rechtlicher Erläuterungen – eher zur Unverständlichkeit und letztlich zur Intransparenz.³³

b. Leitbildfunktion des dispositiven Rechts

Eine unangemessene Benachteiligung kann auch darin liegen, dass die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB knüpft an den Grundsatz an, dass den Vorschriften des dispositiven Rechts bei der Inhaltskontrolle von AGB's Leitbildfunktion zukommt. Eine Abweichung hiervon liegt vor, wenn die Bedingung die gesetzliche Regelung verändert, ergänzt oder in sonstiger Weise modifiziert.

So hat der BGH³⁴ die Klausel, nach der die Verjährung für Mängelansprüche 36 Monate ab Gefahrübergang beträgt, in Allgemeinen Einkaufsbedingungen eines Baumarktbetreibers, die zum Abschluss von Kaufverträgen mit Lieferanten verwandt werden, als mit § 307 vereinbar erklärt. Er hat allerdings wenige Jahre zuvor eine Klausel in AGB's einer Weinkellerei, nach der die sechsmonatige Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche (damals § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB) gegen Lieferanten auf drei Jahre verlängert werden sollte, als mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar und daher wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) als unwirksam angesehen.³⁵ Der Senat hat damals vertreten, eine Formulklausel dürfe sich nicht so weit von der gesetzlichen Regel entfernen, dass sie mit deren wesentlichen Grundgedanken nicht mehr zu vereinbaren sei. Die damals geltende sechsmonatige Verjährungsfrist sei als gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren und betont verbraucherfreundlich. Die Grenze einer noch hinnehmbaren Verlängerung der Verjährungsfrist in AGB's hat der BGH bei maximal zwei Jahren gesehen.

Die gesetzliche Ausgangslage des Verjährungsrechts hat sich mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch das SMG grundlegend verändert. An die Stelle der betont verkäuferfreundlichen sechsmonatigen Verjährungsregel ist für das gesamte Kaufrecht eine um das vierfache verlängerte Regelfrist von zwei Jahren getreten, mit der der Gesetzgeber die damit verbundenen Belastungen des Verkäufers dem Interesse des Käufers unterordnet, eine faire Chance zur Geltendmachung von Mängelansprüchen zu erhalten. An diesen

gesetzgeberischen Vorgaben gemessen, entfernt sich in dem geschilderten Fall der Baumarktbedingungen die Verlängerung der zweijährigen Frist um ein weiteres Jahr nicht so weit von der gesetzlichen Regelung, dass sie mit deren wesentlichen Grundgedanken nicht mehr zu vereinbaren wäre.

Schließlich soll nicht unerwähnt bleiben, dass das Differenzierungsgebot – damals freilich – zwischen Kaufleuten und Privatleuten bereits vor Einzug der verbraucher-schützenden Regelungen in das BGB Gegenstand des AGBG war. Es spricht nichts für die Annahme eines »Leitbilds des geringeren Unternehmensschutzes«.³⁶

c. Aushöhlungsverbot

Ebenso benachteiligt eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB stellt auf die Natur des Vertrages ab. Die Norm erfasst damit Verträge, für die eine spezielle Regelung im dispositiven Recht gerade fehlt. Hierunter fallen zum Beispiel die Freizeichnungsklauseln.³⁷

2. Indizwirkung der §§ 308 und 309 BGB

Grundsätzlich sind nach § 310 Abs. 1 BGB für die Inhaltskontrolle von AGB's im unternehmerischen Geschäftsverkehr die Klauselverbote mit und ohne Wertungsmöglichkeit, die §§ 308 und 309, nicht heranzuziehen. Somit bleibt zwar – ausgehend vom Gesetzeswortlaut – nur § 307 als Kontrollmaßstab übrig. Allerdings kommt einem Verstoß gegen die Klauselverbote der §§ 308, 309 indizielle Bedeutung für eine Unangemessenheit im Sinne von § 307 BGB zu, es sei denn die betreffende Klausel kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden.³⁸ In dem zu diesem Problembereich vom BGH entschiedenen Fall,³⁹ ging es um den Kauf eines Gebrauchtwagens. Im Kaufvertragsformular ist unter »Gesamtfahrleistung nach Angaben des Vorbesitzers« und »Stand des Kilometerzählers« jeweils die handschriftliche Eintragung »25.760«. Im Übrigen heißt es, der Käufer bestelle nach den nachfolgenden und umseitigen Geschäftsbedingungen. Später stellte sich eine Gesamtfahrleistung von 75.000 km und Betriebsstunden von 3.900 und nicht – wie im Formular angegeben – 600 Stunden heraus. Sowohl das LG als auch das OLG wiesen die auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Zahlungsklage ab, weil dem Käufer wegen des umfassenden mündlichen Gewährleistungsausschlusses dahingehende Ansprüche nicht zustünden. Der BGH stellte einen zum Rücktritt berechtigenden Sachmangel des Fahrzeugs fest, der allerdings am mündlichen Gewährleistungsausschluss scheiterte. Zum formularmäßigen Gewährleistungsausschluss führt er aus, dieser stünde dem Rücktritt nicht entgegen, weil es sich hierbei um eine Klausel

32 BGH NJW 99, 2279, 2280; 98, 454.

33 So: BGH NJW 93, 2052; BGHZ 147, 373.

34 BGH NJW 06, 47, 52.

35 BGHZ 110, 88.

36 *Graf von Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr, NJW 09, 2977, 2979.

37 Siehe hierzu: BGH NJW-RR 98, 1426ff. zu Freizeichnungen in der Betriebsordnung der Bremer Lagerhausgesellschaft.

38 BGHZ 90, 273.

39 BGHZ 170, 67, 31; Fortführung BGHZ 90, 273, 278; BGHZ 103, 316, 328.

handele, die der Kontrolle nach § 307 I und II BGB nicht standhalte. Ein Ausschluss jeglicher Gewährleistung verstoße gegen § 309 Nr. 7a und 7b BGB. Danach könne in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verschuldenshaftung für Körper- und Gesundheitsschäden nicht ausgeschlossen oder begrenzt werden. Die Bestimmung, nach der auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen ist (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB, früher § 24 AGBG), bedeutet in diesem Zusammenhang, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen – soweit sie übertragbar seien – berücksichtigt werden sollen.⁴⁰

3. § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB

Eine weitere Besonderheit im Rahmen der Inhaltskontrolle von AGB's im kaufmännischen Geschäftsverkehr ist § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach die im Handelsverkehr geltenden Sitten und Gebräuche Berücksichtigung finden sollen. Hiermit trage – nach Ansicht von *Berger/Kleine*⁴¹ – der Gesetzgeber der notwendigen flexiblen Inhaltskontrolle bei »b2b-Geschäften« durch das in § 310 Abs. 1 BGB verankerte doppelte Differenzierungsgebot Rechnung. Zum Einen werde diesem Rechtsverkehr ein Teil des Anwendungsbereichs durch § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB entzogen; zum Anderen soll mit der in § 310 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB normierten Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche eine Differenzierung innerhalb dieses Rechtsverkehrs ermöglicht werden.⁴² Dieses notwendige Differenzierungsgebot im unternehmerischen Geschäftsverkehr, liegt auf der Hand, ist doch die Bandbreite der »Unternehmer« vom Großkonzern angefangen bis hin zum Kleinunternehmer sehr weit gefächert und resultiert hieraus eine ebenso große Bandbreite unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit. Ausgehend von dieser Gesetzeslage werden sich für die Rechtsprechung – unabhängig von der Darlegungs- und Beweislast des Vertragspartners des Verwenders hierfür – Schwierigkeiten ergeben, die für eine bestimmte »Branche« typischen Gewohnheiten festzustellen und sie letztlich im konkreten Einzelfall anzuwenden.

V. Fazit

Während der Gesetzgeber der Unterschiede zwischen dem unternehmerischen und dem nichtunternehmerischen Rechtsverkehr in den §§ 305 ff. BGB Rechnung getragen hat, liegt es an der Rechtsprechung diesen vorgegebene Rahmen in der Praxis interessengerecht anzuwenden. Ob der Rechtsprechung von der Unternehmenseite zu Recht der Vorwurf praxisferner, zu wenig differenzierter Entscheidungen gemacht wird,⁴³ erscheint bei näherer Betrachtung der einzelnen Entscheidungen eher fraglich. So die Inhaltskontrolle in Rede steht, gilt es zu bedenken, dass die Rechtsprechung letztlich aus – den in jeder Hinsicht wesentlichen – Gründen der Rechtssicherheit zunächst eine abstrakt-generelle Betrachtung anzustellen hat.⁴⁴ Zudem kann der von der Rechtsprechung entwickelten Indizwirkung der Verstöße gegen die Klauselverbote im Rahmen der Angemessenheitsprüfung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB trotz der gesetzlichen Differenzierungsgebote eine Gleichbehandlung von Unternehmern und Verbrauchern entnommen werden. Hierbei gilt es zu bedenken, dass in einigen dieser Fälle auch ohne Rückgriff auf ein Klauselverbot eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners festzustellen ist und vor allem, dass die Klauselkataloge eine Ausgestaltung der Generalklausel des § 307 BGB darstellen.⁴⁵ Letztlich werden die von einigen Stimmen in der Literatur geforderten, differenzierteren Entscheidungen von AGB-rechtlichen »b2b-Streitfällen« vermutlich weiter auf sich warten lassen, ist doch die Zahl der Entscheidungen für eine »Gruppenbildung« zu gering, weil vermutlich zu wenig abstrakt.

40 *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* a.a.O., § 310 BGB Rn. 27, 34.

41 *Berger, Kleine* »AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr« BB 07,2137, 2138.

42 *Berger/Kleine*, a.a.O., BB 07, 2137, 2138/2139.

43 Hierzu: *Berger/Kleine* a.a.O., BB 07, 2137, 2140.

44 Vgl. *Graf von Westphalen* Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmerverkehr, NJW 09, 2977, 2982.

45 *Graf von Westphalen*, a.a.O. NJW 09, 2977, 2978.