

**Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen  
Geschäftsverkehr**

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades

des Fachbereichs Rechtswissenschaften  
der Universität Osnabrück

vorgelegt von

Niklas Ewerding  
aus Ankum

Osnabrück, 2021

Berichterstatter:

Prof. Dr. Lars Leuschner

Mitberichterstatter:

Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M. (Michigan)

Tag der mündlichen Prüfung: 22.09.2021

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Osnabrück. Im Sommersemester 2021 wurde die Arbeit vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt zunächst meinen Eltern sowie meinen Geschwistern. Sie haben mich stets ermutigt und in jeglicher Hinsicht unterstützt. Meinen Eltern danke ich von Herzen, dass sie mir diese Ausbildung ermöglicht und mich auf meinem bisherigen Lebensweg unterstützt haben. Sie haben die Basis für meine persönliche und berufliche Zukunft gelegt.

Ein großes Dankeschön gebührt auch meinen Freunden. Ihnen danke ich für die unzähligen Aufheiterungen. Sie haben mich immer wieder darauf aufmerksam gemacht, dass es viele heitere Dinge im Leben gibt.

Mein größter Dank gilt meiner Freundin Julia. Ihr habe ich es zu verdanken, dass ich trotz aller Höhen und Tiefen diese Arbeit geschrieben und abgeschlossen habe. Durch ihren steten Rückhalt und ihren Zuspruch hat sie im wesentlichen Maße zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Osnabrück, im September 2021

Niklas Ewerding

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	IX
Literaturverzeichnis .....	XI
§ 1 Einführung .....	1
I. Untersuchungsgegenstand .....	2
II. Gang der Darstellung.....	2
<i>Erster Teil</i> .....	3
Kollidierende AGB im deutschen Recht.....	3
§ 2 Vom AGB-Gesetz bis zum §§ 305 ff. BGB.....	3
I. Gesetzesentwurf der Fraktion CDU/CSU.....	3
II. Gesetzesentwurf der Bundesregierung .....	4
1. Stellungnahme des Bundesrates.....	4
2. Gegenäußerung der Bundesregierung.....	5
III. Heutiger Stand.....	5
§ 3 Entwicklung der Rechtsprechung .....	6
I. Theorie des letzten Wortes .....	6
1. Vertragsschluss durch Schweigen.....	7
2. Vertragsschluss durch Entgegennahme der Lieferung.....	8
II. Kongruenzlösung.....	10
1. Vertragsschluss .....	11
2. Vertragsinhalt.....	13
a) Übereinstimmende Bedingungen.....	13
b) Ergänzende Bedingungen .....	14
3. Zusammenfassung.....	14
III. Alternative Betrachtung des OLG Köln.....	15
IV. Zusammenfassung .....	16
§ 4 Lösungsansätze in der Literatur .....	16
I. Zustandekommen des Vertrages.....	16
1. Lösung über § 154 Abs. 1 S. 1 BGB.....	17
a) Vertragsschluss durch Vertragsdurchführung.....	17
b) Vertragsschluss durch Angebot und Annahme.....	19
c) Bedeutung einer Abwehrklausel .....	23
2. Lösung über § 306 Abs. 1 BGB .....	23
3. Lösung über § 155 BGB .....	24

4. Zweiteilung der Willenserklärung .....	25
5. Lösung über § 150 Abs. 2 BGB .....	26
6. Differenzierte Betrachtung.....	28
a) Keine Geltungsklausel .....	28
b) Abwehrklausel .....	29
c) Ausschließlichkeitsklausel.....	29
d) Zusammenfassung .....	30
7. Lösung über Art oder Inhalt des Widerspruchs .....	30
a) Wirkungsweise eines individuell erklärten Verweises .....	30
b) Wirkung von der Typizität der Abwehrklausel abhängig.....	33
c) Wirkungsweise eines ausdrücklichen und gesonderten Widerspruchs.....	34
8. Zusammenfassung.....	35
II. Inhalt des Vertrages.....	35
1. Theorie des letzten Wortes.....	35
2. Anwendung des § 154 Abs. 1 BGB .....	35
a) Abstellen auf den Parteiwillen .....	36
aa) Ausnahme für begünstigende Bedingungen.....	37
bb) Ausnahme hinsichtlich eines gemeinsamen Minimums.....	37
b) Volle Ersetzung der AGB.....	39
c) Effizientere Bedingung hat Vorrang.....	41
d) Sonderproblem: Geltung einseitiger Bedingungen.....	42
3. Inhalt richtet sich nach Art der Abwehrklausel .....	44
4. Zusammenfassung.....	45
<i>Zweiter Teil</i> .....	45
Kollidierende AGB in anderen Rechtsordnungen und Modellgesetzen .....	45
§ 5 Ausgewählte Länder .....	45
I. USA .....	45
1. Common Law.....	46
2. Uniform Commercial Code.....	46
a) § 2-207 (1) UCC .....	47
b) § 2-207 (2) UCC .....	50
aa) Zusätzliche Bestimmungen im Angebot .....	50
bb) Zusätzliche Bestimmungen in der Annahme .....	50
(1) Unwesentliche Änderung .....	51
(2) Wesentliche Änderung .....	52

c) § 2-207 (3) UCC .....	52
3. Bewertung .....	53
II. England.....	53
III. Niederlande .....	55
IV. Schweiz.....	57
V. Österreich .....	59
VI. Zusammenfassung .....	61
§ 6 UN-Kaufrecht.....	61
I. Lücke im UN-Kaufrecht .....	62
1. Externe Regelungslücke.....	62
2. Interne Regelungslücke.....	63
II. Theorie des letzten Wortes .....	64
III. Restgültigkeitstheorie.....	66
1. Anwendung über Art. 9 CISG.....	67
2. Anwendung über Art. 6 CISG.....	69
3. Anwendung über Art. 8 CISG.....	70
IV. Zusammenfassung .....	72
§ 7 Modellgesetze .....	73
I. Principles of European Contract Law .....	74
II. Draft Common Frame of Reference .....	75
III. Stellungnahme.....	76
<i>Dritter Teil</i> .....	77
Lösungsansatz für kollidierende AGB.....	77
§ 8 Vertragsschluss und -inhalt nach der Kollision von AGB .....	78
I. Herleitung des Vertragsschlusses .....	78
1. Lösung über § 306 BGB .....	78
a) Grammatikalische Auslegung.....	78
b) Systematische Auslegung .....	79
c) Historische Auslegung .....	81
d) Teleologische Auslegung.....	83
e) Zusammenfassung.....	85
2. Lösung über § 150 Abs. 2 BGB.....	85
a) Modifizierendes Angebot.....	86
b) Annahme des Angebots .....	87
aa) Schweigen als Annahme .....	88

bb) Annahme durch konkludentes Verhalten.....	93
(1) Auslegung des konkludenten Verhaltens .....	94
(2) Beweisfragen .....	97
cc) Die Teilannahme als letzter Ausweg.....	97
c) Zusammenfassung.....	98
3. Lösung über §§ 154 und/oder 155 BGB .....	98
a) Anwendungsbereich der Vorschriften .....	99
aa) Anwendbarkeit auf Vertragsschluss durch Angebot und Annahme .....	99
bb) Verhältnis zu § 150 Abs. 2 BGB .....	101
b) § 154 BGB .....	102
aa) Regelungsgehalt .....	102
bb) Anwendung auf kollidierende AGB .....	104
c) § 155 BGB .....	107
aa) Anwendungsbereich.....	108
(1) Nebenpunkte.....	108
(2) Regelungsbedürftigkeit .....	108
(3) Fehlende Einigung.....	109
(4) Irrtümliche Einigung .....	110
bb) Rechtsfolge .....	111
cc) Anwendung auf kollidierende AGB.....	114
4. Zusammenfassung.....	116
II. Vertragsinhalt .....	116
1. Übereinstimmende Bedingungen .....	118
2. Widersprechende Bedingungen .....	120
3. Einseitige Bedingungen .....	123
4. Das dispositive Recht enthält keine Regelung.....	125
5. Zusammenfassung.....	126
§ 9 Bestätigung des Lösungsansatzes durch Anwendung auf Sonderfragen .....	126
I. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben.....	127
1. Einseitiges Bestätigungsschreiben .....	128
2. Beidseitiges Bestätigungsschreiben .....	130
3. AGB-Charakter einer Klausel trotz Aufnahme in den Text eines KBS .....	134
4. Zusammenfassung.....	134
II. Einfacher Eigentumsvorbehalt .....	135
1. Ansichten von Rechtsprechung und Literatur.....	136

a) Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.....	136
aa) Sachenrechtliche Lösung .....	136
(1) Erklärung durch AGB in der Auftragsbestätigung.....	137
(2) Kritik .....	138
(3) Der einfache Eigentumsvorbehalt muss erneut erklärt werden.....	140
bb) Schuldrechtliche Lösung .....	141
(1) Durch Branchenüblichkeit.....	142
(2) Durch Handelsbrauch .....	143
(3) Durch ständige Geschäftsbeziehung .....	143
b) Ökonomischer Ansatz.....	144
2. Anwendung des § 155 BGB.....	146
a) Widersprechende Bedingungen .....	147
b) Einseitige Bedingung.....	148
3. Zusammenfassung.....	149
III. Verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt.....	150
1. Ansicht von Rechtsprechung und Literatur .....	150
2. Anwendung des § 155 BGB.....	153
a) Widersprechende Bedingungen .....	154
b) Einseitige Bedingung.....	155
3. Zusammenfassung.....	156
§ 10 Auswirkungen des Lösungsansatzes und Alternativen.....	156
I. Auswirkung auf die weiteren AGB-Vorschriften, insbesondere die Inhaltskontrolle.....	157
II. Wirksamkeit einer Bedingung trotz Kollision.....	159
§ 11 Schlussbetrachtung.....	160

# Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a. F.	alte Fassung
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allge- meinen Geschäftsbedingungen
AGBG-E	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allge- meinen Geschäftsbedingungen-Entwurf
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EU	Europäische Union
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
h. M.	herrschende Meinung
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
KBS	Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

lit.	Buchstabe
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
OGH	Oberster Gerichtshof
OR	Obligationenrecht
PECL	Principles of European Contract Law
sog.	sogenannte
S&S	Schip en Schade
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
USA	United States of America
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
zust.	zustimmend

## Literaturverzeichnis

- Adams, Michael*                      Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte: ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten, Königstein im Taunus, 1980 (zitiert: *Adams*, Ökonomische Analyse)
- Andrews, Neil*                       Contract law, Cambridge, 2011 (zitiert: *Andrews*, Contract law)
- Applebey, George*                   Contract law, London, 2001 (zitiert: *Applebey*, Contract law)
- von Bar, Christian / Zimmermann, Reinhard*                   Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts / Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Teil I und II, München 2002 (zitiert: *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts)
- von Bar, Christian / Clive, Eric*                   Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft common Frame of Reference (DCFR), Volume I, München, 2009 (zitiert: *von Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law)
- Batsch, Karl Ludwig*               Abschied vom sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1980, 1731
- Baumbach, Adolf* (Begr.)           Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transport (ohne Seerecht), 39., neu bearbeitete Aufl., München, 2020 (zitiert: *Baumbach/Hopt/Bearbeiter*)
- Baur, Jürgen / Stürner, Rolf*       Sachenrecht, 18., neu bearbeitete Aufl., München, 2009 (zitiert: *Baur/Stürner*, Sachenrecht)
- Beatson, Jack / Burrow, Andrew S. / Cartwright, John*                   Anson's law of contract, 30th edition, Oxford, 2016 (zitiert: *Beatson/Burrow/Cartwright*, Anson's law of contract)
- Behr, Volker*                         Anmerkung zu OLG Hamburg Urteil vom 21.06.1977 – 7 U 7/77, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1978, 223

- Beimowski, Joachim* Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, München, 1989 (zitiert: *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen)
- Berger, Klaus Peter* Einbeziehung von AGB in B2B-Verträge, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS), 2004, 415
- Bernstorff, Christoph Graf von* Einführung in das englische Recht, 5. Aufl., München, 2018 (zitiert: *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht)
- Bork, Reinhard* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4., neu bearbeitete Aufl., Tübingen, 2016 (zitiert: *Bork* BGB AT)
- Boujong, Karlheinz / Eberoth, Carsten Thomas / Joost, Detlef* (Begr.) Handelsgesetzbuch, Band 2: §§ 343-475h: Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, 4. Aufl., München, 2020 (zitiert: *EBJS/Bearbeiter*)
- Brehmer, Nikolaus* Die Annahme nach § 151 BGB, Juristische Schulung (JuS), 1994, 386
- de Buhr, Perdita Regina* Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaardregeling" im Nieuw Burgerlijk Wetboek der Niederlande: ein Vergleich mit dem AGB-Gesetz, Münster, 1994 (zitiert: *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaardregeling")
- Bunte, Hermann-Josef* Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts, Juristische Arbeitsblätter (JA), 1982, 321
- Derselbe* Anmerkung zu BGH Urteil vom 03.02.1982 – VIII ZR 316/80 (OLG Stuttgart), Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 1982, 449
- Derselbe* Zu den Rechtsfolgen unwirksamer Tagespreisklauseln in Kfz-Kaufverträgen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 1983, 765
- Burkart, Fabian* Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT principles, Baden-Baden, 2000 (zitiert: *Burkart*, Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT principles)

- Busch, Danny / Hondius, Ewoud* Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2001, 223
- Canaris, Claus-Wilhelm* Handelsrecht, 24., vollständig neu bearbeitete Aufl., München, 2006 (zitiert: *Canaris*, HandelsR)
- Dannemann, Gerhard* The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws, in *Rose, Francis D.* (Hg.): *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, Bristol, 2000, 199 (zitiert: *Dannemann*, FS Reynolds (2000))
- Dauner-Lieb, Barbara / Langen, Werner* (Hg.) Schuldrecht: §§ 241-487, Band 2, Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden, 2021 (zitiert: NK-BGB/*Bearbeiter*)
- Diederichsen, Uwe* Der logische Dissens, in *Wilke, Dieter* (Hg.): *Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, 1984, 81 (zitiert: *Diederichsen*, FS zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft Berlin)
- Derselbe* Der Auslegungsdissens, in *Baumgärtel, Gottfried / Becker, Hans-Jürgen / Klingmüller, Ernst / Wacke, Andreas* (Hg.): *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984*, Berlin, 1984, 421 (zitiert: *Diederichsen*, FS Hübner (1984))
- Dorndorf, Eberhard / Frank, Jürgen* Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten – unter besonderer Berücksichtigung der ökonomischen Analyse der Sicherungsrechte, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 1985, 65
- Ebel, Hermann* Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1978, 1033
- Eckert, Jörn / Nebel, Andreas* Abwehrklausel in Einkaufsbedingungen, verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 1988, 1545
- Ehle, Bernd / Brunschweiler, André* Schweizer AGB-Recht im Umbruch, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), 2012, 262

- Elsing, Siegfried H. / van Alstine, Michael P.* US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Heidelberg, 1999 (zitiert: *Elsing/Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht)
- Emmerich, Volker* Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Juristische Schulung (JuS), 1972, 361
- Erman*, hrsg. von Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, Harm Peter Westermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-778, AGG, 16., neu bearbeitete Aufl., Köln, 2020 (zitiert: *Erman/Bearbeiter*)
- Ferrari, Franco* What sources of law contracts for the international sale of goods? Why one has to look beyond the CISG, Internationales Handelsrecht (IHR), 2006, 1
- Flume, Werner* Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, 1992 (zitiert: *Flume*, Das Rechtsgeschäft)
- Fröhlich, Ernst* Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, Aarau, 1922 (zitiert: *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht)
- Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.* (Hg.) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich, 2012 (zitiert: *CHK-Bearbeiter*)
- Gade, Marcel* Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht - Ein Vergleich anlässlich des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Berlin, 2014 (zitiert: *Gade*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht)
- Gauch, Peter / Schluep, Walter R.* (Begr.) Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 10. Aufl., Zürich, 2014 (zitiert: *Gauch/Schluep*)

- Gerhardt, Walter* Die neuere Rechtsprechung zu den Mobiliarsicherheiten – Teil 1, JuristenZeitung (JZ), 1986, 672
- Giger, Hans* Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich, 1983 (zitiert: *Giger*, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen)
- Götz, Donald* Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1968 (zitiert: *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr)
- Gottwald, Peter / Haas, Ulrich* Insolvenzrechts-Handbuch, 6., vollständig überarbeitete Aufl., München, 2020 (zitiert: *Gottwald/Haas/Bearbeiter*)
- Grasmann, Siegfried* Das Zusammentreffen unterschiedlicher Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, Der Betrieb (DB), 1971, 561
- Gsell, Beate* Die Beweislast für den Inhalt der vertraglichen Einigung, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 203 (2003), 119
- Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph* (Hg.) Beck-online.Grosskommentar, BGB, München, 2021 (zitiert: *BeckOGK/Bearbeiter*)
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman* (Hg.) BeckOK BGB: Kommentar, 58. Ed., München, 2021 (zitiert: *BeckOK BGB/Bearbeiter*)
- Heinrichs, Helmut* Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1997, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1998, 1447
- Helmich, Elisabeth* Einander widersprechende AGB, ecolex, 2002, 244
- Hellwege, Phillip* Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen, 2010 (zitiert: *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen)

- Hennemann, Marc Samuel* AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht aus deutscher und französischer Sicht, Tübingen, 2001 (zitiert: *Hennemann*, AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht)
- Herber, Rolf / Czerwenka, Beate* Internationales Kaufrecht: Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über internationalen Warenkauf, München, 1991 (zitiert: *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht)
- Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Weth, Stephan / Würdiger, Markus* Juris Praxiskommentar BGB, Allgemeiner Teil, Band 1, 9. Aufl., Saarbrücken, 2020 (zitiert: *Herberger/Martinek/Weth/Würdiger/Bearbeiter*)
- Dieselben* Juris Praxiskommentar BGB, Schuldrecht, Band 2, 9. Aufl., Saarbrücken, 2020 (zitiert: *Herberger/Martinek/Weth/Würdiger/Bearbeiter*)
- Dieselben* Juris Praxiskommentar BGB, Sachenrecht, Band 3, 9. Aufl., Saarbrücken, 2020 (zitiert: *Herberger/Martinek/Weth/Würdiger/Bearbeiter*)
- Hilger, Norbert* Die verspätete Annahme, Eine vergleichende Betrachtung der §§ 149, 150 BGB und des Art. 9 EAG, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 185 (1985), 559
- Himmelschein, Jury* Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft, Mannheim, 1930 (zitiert: *Himmelschein*, Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft)
- Hirte, Heribert / Vallender, Heinz* (Hg.) Insolvenzordnung / Uhlenbruck, 15., völlig neu bearbeitete Aufl., München, 2019 (zitiert: *Uhlenbruck/Bearbeiter*)
- Honsell, Heinrich* Aktuelle Probleme des Eigentumsvorbehalts, Juristische Schulung (JuS), 1981, 705
- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang* Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel, Genf, München, 2003 (zitiert: *Honsell/Vogt/Wiegand/Bearbeiter*)

- Huber, Ulrich* Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 1979, 413
- Derselbe* Kaufvertrag, in Bundesminister der Justiz (Hg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln, 1981, 911 (zitiert *Huber*, Kaufvertrag)
- Derselbe* Der Eigentumsvorbehalt im Synallagma, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1987, 750
- Jäggi, Peter / Gauch, Peter* Kommentar zu Art. 18 OR, in *Schönenberger, Wilhelm / Gauch, Peter* (Hg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 3., völlig neu bearbeitete Aufl., Zürich, 1980 (zitiert: *Jäggi/Gauch*, Kommentar zu Art. 18 OR)
- Jauernig, Othmar* (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO, HUntProt und EuErbVO, 18. Aufl., München, 2021 (zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*)
- Kanzleiter, Rainer* Anmerkung zu LG Koblenz Urteil vom 20.03.1987 – 4 T 29/87, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 1988, 498
- Kegel, Gerhard* Jurist und Laie, *JuristenZeitung (JZ)*, 1952, 501
- Kemper, Bernd* Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Übereignungstatbestand und Eigentumsvorbehalt, *Betriebs-Berater (BB)*, 1983, 94
- Kletečka, Andreas / Koziol, Helmut / Welser, Rudolf* Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 14. Aufl., Wien, 2014 (zitiert: *Kletečka/Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts)
- Koch, Robert* Wider den formularmäßigen Ausschluss des UN-Kaufrechts, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2000, 910
- Koch, Stefan* Abweichende Annahme? Kein Fall für Treu und Glauben, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2014, 3553

- Köhler, Helmut* BGB, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 44., neu bearbeitete Aufl., München, 2020 (zitiert: *Köhler*, BGB AT)
- Köster, Thomas* Stillschweigende Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts – OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 946 ff., Juristische Schulung (JuS), 2000, 22
- Kötz, Hein* Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, Juristische Schulung (JuS), 2003, 209
- Koller, Ingo / Kindler, Peter / Roth, Wulf-Henning / Drüen, Klaus-Dieter* Handelsgesetzbuch: Kommentar, 9. Aufl., München, 2019 (zitiert: KKRD/Bearbeiter)
- Kramer, Ernst A.* Grundlagen der vertraglichen Einigung: Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts, München, Salzburg, 1972 (zitiert: *Kramer*, Grundlagen der vertraglichen Einigung)
- Derselbe* Schweigen als Annahme eines Antrags, Juristische Ausbildung (JURA), 1984, 235
- Derselbe* Allgemeine Geschäftsbedingungen: Status quo, Zukunftsperspektiven, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), 1985, 17
- Krause, Hermann* Auftragsbestätigung und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater (BB), 1952, 996
- Kropholler, Jan* Internationales Einheitsrecht: Allgemeine Lehren, Tübingen, 1975 (zitiert: *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht)
- Kröll, Stefan / Hennecke, Rudolf* Kollidierenden Allgemeine Geschäftsbedingungen in internationalen Kaufverträgen, Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW), 2001, 736

- Kröll, Stefan / Mistelis, Loukas A. / Perales Viscasillas, Maria del Pilar* (Hg.) UN Convention on Contracts for the International Sale of Waren (CISG): a commentary, 2. Ed., München, Portland, Baden-Baden, 2018 (zitiert: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Bearbeiter*)
- Kühl, Sebastian / Hingst, Kai-Michael* Das UN-Kaufrecht und das Recht der AGB, in *Thume, Karl-Heinz* (Hg.): Transport und Vertriebsrecht 2000, Festgabe für Prof. Dr. Rolf Herber, Neuwied, 1999, 50 (zitiert: *Kühl/Hingst*, FS Herber (2000))
- Künne, Karl* Die Verfolgung des Eigentumsvorbehaltes im Konkurse und Vergleichsverfahren des Käufers, *Der Betrieb (DB)*, 1971, 1509
- Lambsdorff, Hans Georg Graf* Der Eigentumsvorbehalt bei Kollision von Verkaufs- und Einkaufsbedingungen, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1987, 1370
- Landwehr, Norbert / Thonfeld, Henning* Die Sicherung des Lieferantenkredits durch Allgemeine Geschäftsbedingungen - sicherungs- und insolvenzrechtliche Konsequenzen, *Neue Zeitschrift für Insolvenz-und Sanierungsrecht (NZI)*, 2004, 7
- Leenen, Detlef* Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 188 (1988), 381
- Derselbe* Faktischer und normativer Konsens, in *Armbrüster, Christian / Canaris, Claus-Wilhelm / Häublein, Martin / Hager, Johannes / Isensee, Josef / Klimike, Dominik / Koller, Ingo / Kunig, Philipp / Leenen, Detlef / Lorenz, Egon / Singer, Reinhard / Utz, Stephen* (Verf.): Recht genau: Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag, München, 2009, 153 (zitiert: *Leenen*, FS Prölss (2009))
- Leuschner, Lars* „AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen“ – Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen – Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz, 2014 (zitiert: *Leuschner*, Gutachten BMJV, 2014)

- Derselbe* AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB mit Klauselteil, Erläuterungen zur Rechtswahl und Länderberichten, 1. Aufl., München, 2021 (zitiert: *Leuschner/Bearbeiter*)
- Lieb, Manfred* Eigentumsvorbehalt und Abwehrklausel – Versuch einer Neubestimmung – in *Prütting, Hanns*: Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, 1990, 311 (zitiert: *Lieb*, FS Baumgärtel (1990))
- Lindacher, Walter F.* Anmerkung zu BGH Urteil vom 09.02.1977 – VIII ZR 249/75 (OLG Nürnberg), JuristenZeitung (JZ), 1977, 604
- Derselbe* Zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 1981, 702
- Lorenz, Stephan* Grundwissen – Zivilrecht: Der Eigentumsvorbehalt, Juristische Schulung (JuS), 2011, 199
- de Lousanoff, Oleg* Neues zur Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts bei kollidierenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1985, 2921
- Ludwig, Katharina S.* Der Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law: dargestellt auf Grundlage der Rechtsordnungen Englands und Deutschlands, Frankfurt am Main, 1994 (zitiert: *Ludwig*, Der Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht)
- Lukes, Rudolf* Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Juristische Schulung (JuS), 1961, 301
- Manigk, Alfred* Das rechtswirksame Verhalten, Berlin, 1939 (zitiert: *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten)
- Mann, Marius* Die Einbeziehung von AGB in Verträgen zwischen Unternehmern, Betriebs-Berater (BB), 2017, 2178

- Markesinis, Basil / Unberath, Hannes / Johnston, Angus* The German law of contract: a comparative treatise, 2. Edition, Oxford, 2006 (zitiert: *Markesinis/Unberath/Johnston*, The German law of contract)
- Mayer, Kurt* Der Eigentumsvorbehalt bei sich widersprechenden AGB, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1978, 1037
- McColgan, Peter* Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, Tübingen, 2020 (zitiert: *McColgan*, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen)
- Medicus, Dieter / Petersen, Jens* Allgemeiner Teil des BGB, 11., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, 2016 (zitiert: *Medicus/Petersen*, BGB AT)
- Merle, Werner* Die Vereinbarung als mehrseitiger Vertrag, Vertragsschluss durch Zustimmung zu einem Text, in *Merle, Werner* (Hg.): Festschrift für Joachim Wenzel zum 65. Geburtstag, Köln, 2005, 251 (zitiert: *Merle*, FS Wenzel (2005))
- Meyer-Cording, Ulrich* “Vernünftiges Auslegung“ von AGB?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1981, 2338
- Mielke, Sebastian / Lägler, Ulrich* Die Geltendmachung von (Ersatz-)Aussonderungsrechten in der insolvenzrechtlichen Praxis, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 2019, 947
- Moritz, Klaus* Vertragsfixierung durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben, Betriebs-Berater (BB), 1995, 420
- Möll, Lisa B.* Kollidierende Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht, Frankfurt am Main, 2012 (zitiert: *Möll*, Kollidierende Rechtswahlklauseln)
- Müller, Werner* Plädoyer für eine weniger starre AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr am Beispiel des Gewerberaummietrechts, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (NZM), 2016, 185

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixinger, Hartmut Oetker, Bettina Limperg
- Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München, 2018 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*)
- Derselbe*
- Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München, 2019 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*)
- Derselbe*
- Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Aufl., München, 2019 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*)
- Derselbe*
- Band 8, Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbauRG, 8. Aufl., München 2020 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Karsten Schmidt
- Band 5, §§ 343-406 HGB, CISG, 4. Aufl., München, 2018 (zitiert: *MüKoHGB/Bearbeiter*)
- Mugdan, Benno*
- Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Stockstadt am Main, 2005 = 1899 (zitiert: *Mugdan*, Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch)
- Murray, Jr., John E.*
- The Chaos of the “Battle of Forms“: Solutions, 39 Vanderbilt Law Review, 1986, 1307
- Nassall, Wendt*
- Reduzierte Geltungserhaltung kartellrechtswidriger Klauseln?, Betriebs-Berater (BB), 1988, 1264
- Nerlich, Jörg / Römermann, Volker*
- Insolvenzordnung (InsO): Kommentar, 41. Ergänzungslieferung, München, 2020 (zitiert: *Nerlich/Römermann/Bearbeiter*)

- Neumayer, Karl H.* Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen und die sogenannte „battle of forms“, in *Habscheid, Walter J. / Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim / Linder, Willy / Meier-Hayoz, Arthur* (Hg.): Freiheit und Zwang: rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Festschrift zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern, 1989, 501 (zitiert: *Neumayer*, FS Giger (1989))
- Neuner, Jörg* Vertragsauslegung – Vertragsergänzung – Vertragskorrektur, in *Heldrich, Andreas / Prölss, Jürgen / Koller, Ingo* (Hg.): Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München, 2007, 901 (zitiert: *Neuner*, FS Canaris (2007))
- Derselbe* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12., vollständig neu bearbeitete Aufl., München, 2020 (zitiert: *Neuner*, BGB AT)
- Niebling, Jürgen* Übereinstimmende und kollidierende Vertragsbedingungen, Bau-recht (BauR), 1981, 227
- Nitsche, Gunter* Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in *Klingenberg, Georg / Rainer, Joh. Michael / Stiegler, Herwig*: Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, Graz, 1992, 317 (zitiert: *Nitsche*, FS Wesener (1992))
- Oertmann, Paul* Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3., um-gearb. Aufl., Berlin, 1927 (zitiert: *Oertmann*, BGB AT)
- Otto, Hans-Hermann* Allgemeine Geschäftsbedingungen und internationales Privatrecht, Göttingen, 1984 (zitiert: *Otto*, AGB und IPR)
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 80., neu bearbeitete Aufl., München, 2021 (zitiert: *Palandt/Bearbeiter*)
- Paulusch, Bernd-A.* Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Kaufrecht, Zeit-schrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 1986, Beil. 10

- Perales Viscasillas, Maria del Pilar* "Battle of the Forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, *Pace international law review (Pace Int'l L. Rev.)*, Volume 10, Issue 1 (1998), 97
- Petersen, Jens* Das Zustandekommen des Vertrags, *Juristische Ausbildung (JURA)*, 2009, 183
- Derselbe* Der Dissens beim Vertragsschluss, *Juristische Ausbildung (JURA)*, 2009, 419
- Petzinger, Walter F.* „Battle of Forms“ und Allgemeine Geschäftsbedingungen im amerikanischen Recht, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1988, 673
- Piltz, Burghard* AGB in UN-Kaufverträgen, *Internationales Handelsrecht (IHR)*, 2004, 133
- Piltz, Burghard* Battle of Forms und UN-Kaufrecht, *Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ)*, 2017, 195
- Pottschmidt, Günter / Rohr, Ulrich* *Kreditsicherungsrecht: ein Handbuch für Studium und Praxis*, 4., überarbeitete und erw. Aufl., München, 1992 (zitiert: *Pottschmidt/Rohr, Kreditsicherungsrecht*)
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd* (Hg.) *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 15. Aufl., Köln, 2020 (zitiert: *Prütting/Wegen/Weinreich/Bearbeiter*)
- Raiser, Ludwig* *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg v. d. H., 1935, Neuauflage 1961 (zitiert: *Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*)
- Ramstein, Christoph R.* *Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1988, 440

- Ranieri, Filippo* Europäisches Obligationenrecht, 3., vollst. überarbeitete Aufl., Wien, New York, 2009 (zitiert: *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht)
- Reppen, Tilman* Abschied von der Willensbestätigung, Die Rechtsnatur der Vertragsannahme nach § 151 BGB, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 200 (2000), 533
- Richter, Charlotte* Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr in Deutschland, der Schweiz und England – unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsklauseln in Kaufverträgen und der ökonomischen Analyse des Rechts, Köln, 2014 (zitiert: *Richter*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr)
- Rödl, Florian* Kollidierende AGB: Vertrag trotz Dissens, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 215 (2015), 683
- Rosenberg, Leo* Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5., durchges. Aufl., München, 1965 (zitiert: *Rosenberg*, Die Beweislast)
- Rummel, Peter / Lukas, Meinhard* (Hg.) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Teilband §§ 859-916 ABGB (Vertragsrecht), 4. Aufl., Wien, 2014 (zitiert: *Rummel/Lukas/Bearbeiter*)
- Sandrock, Otto* (Hg.) Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung: Ein Leitfaden für den Abschluß von Verträgen im internationalen Wirtschaftsverkehr, Band 1, Heidelberg, 1980 (zitiert: *Sandrock/Bearbeiter*)
- Schlechtriem, Peter* Die Kollision von Standardbedingungen beim Vertragsabschluß, in *Müller, Klaus / Soell, Hermann* (Hg.): Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1973, 67 (zitiert: *Schlechtriem*, FS Wahl (1973))
- Derselbe* Die Kollision von Standardbedingungen nach BGB und Einheitlichem Kaufabschlußgesetz, Betriebs-Berater (BB), 1974, 1309

- Derselbe* Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht, in *Thume, Karl-Heinz* (Hg.): Transport und Vertriebsrecht 2000, Festgabe für Prof. Dr. Rolf Herber, Neuwied, 1999, 36 (zitiert: *Schlechtriem*, FS Herber (2000))
- Schlechtriem, Peter / Leser, Hans G.* (Hg.) Kollidierende Standardbedingungen und Eigentumsvorbehalt, in Zum deutschen und internationalen Schuldrecht: Kolloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1983, 1 (zitiert: *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht)
- Schmidt, Hubert* Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2011, 3329
- Schmidt, Karsten* Handelsrecht, 6. Aufl., Köln, 2014 (zitiert: *Schmidt*, HandelsR)
- Schmidt-Salzer, Joachim* Auftragsbestätigung, Bestätigungsschreiben und kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen, Betriebs-Berater (BB), 1971, 591
- Derselbe* Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2., völlig neu bearbeitete Aufl., München, 1977 (zitiert: *Schmidt-Salzer*, AGB 1977)
- Derselbe* Produkthaftung, Band II: Freizeichnungsklauseln, 2., neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Aufl., Heidelberg, 1985 (zitiert: *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung)
- Schneider, Christof Alexander* Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen Geschäftsverkehr, Hamburg, 2012 (zitiert: *Schneider*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen)
- Schopp, Heinrich* Schweigen im Rechtsverkehr, insbesondere im Handelsverkehr, Der Deutsche Rechtspfleger (Rpfleger), 1982, 321
- Schulte, Hans* Zur Möglichkeit stillschweigenden Eigentumsvorbehalts, Betriebs-Berater (BB), 1977, 269
- Schulte-Nölke, Hans* Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, 2161

- Schultheiß, Jörg* Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht: Eine vergleichende Analyse des Einheitsrechts mit dem Recht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs und der USA, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2004 (zitiert: *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht)
- Schulze, Reiner* (Hg.) Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden, 2019 (zitiert: HK-BGB/*Bearbeiter*)
- Schwab, Martin* AGB-Recht, 3., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, 2019 (zitiert: *Schwab*, AGB-Recht)
- Schwarze, Roland* Die Annahmehandlung in § 151 BGB als Problem der prozessualen Feststellbarkeit des Annahmewillens, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 202 (2002), 607
- Schwenzer, Ingeborg* / *Schroeter, Ulrich G.* Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG), Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 7., neu bearbeitete und erweiterte Aufl., München, 2019 (zitiert: *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Bearbeiter*)
- Schwimann, Michael* / *Neumayr, Matthias* (Hg.) ABGB Taschenkommentar: mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG, 4. Aufl., Wien, 2017 (zitiert: *Schwimann/Neumayr/Bearbeiter*)
- Serick, Rolf* Der einfache Eigentumsvorbehalt, Bd. I, Heidelberg, 1963 (zitiert: *Serick*, Eigentumsvorbehalt, Bd. I)
- Derselbe* Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung – zweiter Teil, Erweiterungsformen, – dritter Teil, Sonstiges, Bd. V, Heidelberg, 1982 (zitiert: *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. V)
- Soergel, Hans-Theodor* (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, Band 2: §§ 104-240, Stuttgart, 1999 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*)

- Derselbe* Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Schuldrecht, 2: §§ 305-310, UKlaG, 13. Aufl., Stuttgart, 2019 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*)
- Sonnenschein, Jürgen* Formularverträge im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1980, 1489
- Spruß, Christian* Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts und des UN-Kaufrechts, 1. Aufl., Frankfurt am Main, Bern, Basel, Wien, 2010 (zitiert: *Spruß, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*)
- Stadler, Astrid* Allgemeiner Teil des BGB, 20., überarbeitete Aufl., München, 2020 (zitiert: *Stadler, BGB AT*)
- Stahl, Hans* Widerspruch zwischen Lieferungs- und Einkaufsbedingungen, Der Betrieb (DB), 1956, 681
- von Staudinger, Julius* (Begr.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139-163, Berlin, 2020 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter, (2020)*)
- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305-310; UKlaG, Berlin, 2019 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter, (2019)*)
- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433-480, Berlin, 2013 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter, (2013)*)
- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Wiener UN-Kaufrecht, Berlin, 2018 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter, (2018), CISG*)

- Derselbe* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/Internationales Privatrecht, Internationales Privatrecht (Einleitung zum IPR), Berlin, 2019 (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*, (2019), Einl. IPR)
- Stephens, Corneill A.* Escape from the battle of the forms: keep it simple, stupid, *Lewis & Clark Law Review*, 2007, 233 (zitiert: *Stephens*, Escape from the battle of the forms: keep it simple, stupid)
- Stoffels, Markus* AGB-Recht, 3. Aufl., München, 2015 (zitiert: *Stoffels*, AGB-Recht)
- Striewe, Peter H.* Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen: Vertragsschluß und Vertragsinhalt, *Juristsische Schulung (JuS)*, 1982, 728
- Teklote, Stephan* Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz, Probleme bei der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im CISG und im EKG/EAG, Baden-Baden, 1994 (zitiert: *Teklote*, Die Einheitlichen Kaufgesetze)
- Tengelmann, Curt* Widerstreit der Einkaufs- und Verkaufsbedingungen, *Der Betrieb (DB)*, 1968, 205
- Thaler, Christian A.* Kreuzende Verweisung auf AGB, *ecolex*, 2000, 356
- Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Diether* (Hg.) AGB-Recht: Kommentar, 12. Aufl., Köln, 2016 (zitiert: *Ulmer/Brandner/Hensen/Bearbeiter*)
- Ulmer, Peter / Schmidt, Harry* Nachträglicher „einseitiger“ Eigentumsvorbehalt – BGH NJW 1982, 1749 und 1751, *Juristische Schulung (JuS)*, 1984, 18
- Vogt, Peter* Kollidierende Geschäftsbedingungen, *Betriebs-Berater (BB)*, 1975, 200

- Vorderobermeier, Bernd-Stefan* Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr unter besonderer Berücksichtigung der überraschenden Klauseln (§ 3 AGBG), München, 1992 (zitiert: *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen)
- Westphalen, Friedrich Graf von* Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluß, *Der Betrieb (DB)*, 1976, 1317
- Derselbe* Eigentumsvorbehaltsklauseln unter dem Blickwinkel des AGB Gesetzes (I), *Der Betrieb (DB)*, 1977, 1637
- Derselbe* Vertragswidriger Eigentumsvorbehalt und Kollision von AGB beim Vertragsabschluß, *Betriebs-Berater (BB)*, 1980, 1405
- Derselbe* Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts bei Kollision von Abwehrklauseln in Einkaufs-AGB und Verkaufs-AGB, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1987, 1361
- Derselbe* Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB – Ein Irrweg des BGH, in *Haarmeyer, Hans / Hirte, Heribert / Kirchhof, Hans-Peter / Westphalen, Friedrich Graf von* (Hg.): Festschrift für Gerhard Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen, 2004, 97 (zitiert: *von Westphalen*, FS Kreft (2004))
- Derselbe* Einkaufs-AGB – Eine kritische Analyse der BGH Judikatur, in *Berger, Klaus Peter / Borges, Georg / Herrmann, Harald / Schlüter, Andreas / Wackerbarth, Ulrich* (Hg.): Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, Berlin, 2006, 159 (zitiert: *von Westphalen*, FS Horn (2006))
- Westphalen, Friedrich Graf von / Thüsing, Gregor* Vertragsrecht und AGB Klauselwerke, 45. Ergänzung, München, 2020 (zitiert: *von Westphalen/Thüsing/Bearbeiter*)
- White, James J. / Summers, Robert S.* Uniform commercial code, 5th ed., St. Paul (Minnesota), 2004 (zitiert: *Bearbeiter* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code)

- Witz, Wolfgang / Salger, Hanns-Christian / Lorenz, Manuel* International Einheitliches Kaufrecht, Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, 2., neu bearbeitete Aufl., Frankfurt am Main, 2016 (zitiert: *Witz/Salger/Lorenz/Bearbeiter*)
- Wolf, Manfred / Lindacher Walter F. / Pfeiffer, Thomas* (Hg.) AGB-Recht: Kommentar, 7. Aufl., München, 2020 (zitiert: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Bearbeiter*)
- Zimmermann, Reinhard* Common Frame of Reference, in: *Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard* (Hg.): Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band I, Tübingen, 2009, 276 (zitiert: *Zimmermann HWB-EUP 2009, Common Frame of Reference*)
- Derselbe* Principles of European Contract Law, in: *Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard* (Hg.): Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, Tübingen, 2009, 1177 (zitiert: *Zimmermann HWB-EuP 2009, Principles of European Contract Law*)
- Zweigert, Konrad / Kötz, Hein* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3., neu bearbeitete Aufl., Tübingen, 1996 (zitiert: *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*)

## § 1 Einführung

Laut einer empirischen Untersuchung werden bei jedem fünften Vertrag im unternehmerischen Rechtsverkehr von beiden Vertragsparteien Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) verwendet.<sup>1</sup> Dabei kommt es häufig vor, dass die AGB kollidieren, denn die Vertragsbedingungen werden nur in den seltensten Fällen miteinander abgestimmt sein.<sup>2</sup> Vielmehr nehmen die Unternehmen die AGB hin – auch im Falle, wenn eine Partei der anderen wirtschaftlich überlegen ist.<sup>3</sup> Dies hat seine Begründung in einer Kosten-Nutzen-Analyse.<sup>4</sup> Sicherlich könnten die Parteien über die AGB verhandeln sowie diese auf ihren rechtlichen Gehalt prüfen. Allerdings führt das zu erhöhten Transaktionskosten. Diese rechtfertigen sich jedoch nur bei einem erheblichen Nutzen.<sup>5</sup> Oftmals ist es jedoch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sehr unwahrscheinlich, dass sich das Risiko der widersprechenden AGB auswirken wird; zumal es sich um Nebenpunkte handelt. Somit sind die Kosten regelmäßig nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus erhöhen solche Verhandlungen das Risiko eines Scheiterns des Vertragsschlusses.<sup>6</sup>

Diese Ausführungen beruhen zweifellos auf der Hoffnung, die Vertragsdurchführung unproblematisch gelingen zu lassen. Dies mag zwar regelmäßig der Fall sein, dennoch können jederzeit Schwierigkeiten auftreten. Sodann kommt es auf den genauen Vertragsinhalt an. Dieser ist bei widersprechenden AGB nicht eindeutig formuliert.<sup>7</sup> Es ist deshalb für die Parteien von erheblicher Bedeutung, wie die Kollision von AGB zu bewerten ist.

Bereits *Raiser* erkannte 1935 dieses Problem. Er stellte insoweit fest, dass die Vertragsparteien oftmals die Geltungsfrage der AGB ungeklärt lassen.<sup>8</sup> Es ist somit nicht verwunderlich, dass heutzutage in der Rechtsprechung und Literatur weitestgehend Einigkeit darüber besteht, wie dieser Fall im Ergebnis zu behandeln ist. Allerdings ist bis heute die dogmatische Herleitung nicht geklärt. Vielmehr hat man sich offenkundig mit dem gefundenen Ergebnis abgefunden. Es ist jedoch die Aufgabe der Wissenschaft, das Ergebnis rechtlich zu begründen. Nur so hat es seine Rechtfertigung. Zudem trägt eine Aufklärung der rechtlichen Begründung zum Verständnis der zivilrechtlichen Zusammenhänge bei.

---

<sup>1</sup> *Leuschner*, Gutachten BMJV, 2014, S. 178.

<sup>2</sup> So *Leuschner*, Gutachten BMJV, 2014, S. 178.

<sup>3</sup> *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 552.

<sup>4</sup> *Kötz*, JuS 2003, 209 (211).

<sup>5</sup> So auch *Kötz*, JuS 2003, 209 (211).

<sup>6</sup> Anschaulich *Kegel*, JZ 1952, 501.

<sup>7</sup> Das Problem auch erkennend *McColgan*, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 207.

<sup>8</sup> *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 222 f.

## **I. Untersuchungsgegenstand**

Bei der Kollision von AGB stellen sich zwei Rechtsfragen. Zunächst ist zu hinterfragen, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Insofern dies angenommen werden kann, rückt die Problematik in den Vordergrund, mit welchem Inhalt der Vertrag ausgestaltet ist. Für die Beantwortung dieser Fragen gibt es bislang keinen „Zauberschlüssel“<sup>9</sup>, der auf alle Sachverhalte angewandt werden kann. Es liegt stattdessen regelmäßig die Konstellation vor, dass die Parteien, ohne sich über die Geltungsfrage der AGB geeinigt zu haben, den Vertrag ausführen. Sobald allerdings bei der Vertragsdurchführung Probleme auftreten, gewinnen die AGB erheblich an Bedeutung. Sodann kommt es entscheidend auf die eingangs genannten Fragestellungen an.

## **II. Gang der Darstellung**

In dieser Arbeit wird sich im Grundsatz mit den zwei aufgeworfenen Rechtsfragen befasst. Dabei wird im Rahmen des Vertragsschlusses insbesondere auf dessen möglichen Zeitpunkt eingegangen. Im Weiteren steht die Frage im Mittelpunkt, welchen Inhalt ein möglicher Vertrag hat und dabei speziell, inwiefern die kollidierenden AGB Geltung erlangen können. Dabei wird ebenfalls zu untersuchen sein, ob Abwehrklauseln bei der Lösung des Problems der kollidierenden AGB Bedeutung erlangen.

Um sich dem Thema der Dissertation zu nähern, wird zunächst analysiert, ob der Gesetzgeber das Problem erkannt hat. Des Weiteren wird der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur dargelegt. Anschließend werden in einem rechtsvergleichenden Teil Lösungsansätze aus ausgewählten Rechtsordnungen herausgearbeitet, um bestenfalls Ideen für eine Lösung des Problems der widersprechenden AGB in Deutschland zu erhalten.

Sodann soll anhand der allgemeinen Vorschriften des BGB, insbesondere der §§ 154, 155 BGB, dargelegt werden, dass es für Deutschland keiner gesetzlichen Lösung bedarf, sondern das Problem mit den vorhandenen Rechtsgrundlagen gelöst werden kann. Dabei soll insbesondere aufgezeigt werden, inwiefern die Kollision von AGB mit grundlegenden Erwägungen und Herleitungen zu bewältigen ist.

Abschließend wird geprüft, inwieweit sich die erarbeitete Lösung auf Sonderprobleme, wie das kaufmännische Bestätigungsschreiben und den Eigentumsvorbehalt, anwenden lässt und zu einer Lösung beiträgt.

---

<sup>9</sup> *Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 223.

## *Erster Teil*

### **Kollidierende AGB im deutschen Recht**

#### **§ 2 Vom AGB-Gesetz bis zum §§ 305 ff. BGB**

Aufgrund einer zunehmend wichtiger werdenden Bedeutung von AGB, insbesondere bei der Vertragsgestaltung im Business-to-Consumer-Verkehr (B2C-Verkehr), sah sich der Gesetzgeber im Jahr 1975 gezwungen, aktiv zu werden. Dass die AGB immer mehr an Gewicht gewannen, hatte zum einen seine Ursache in der Rationalisierung der Massengeschäfte und zum anderen in dem Versuch der unternehmerischen Parteien, ihre eigenen Interessen anstelle der gesetzlichen Regelungen in den Fokus zu stellen.<sup>10</sup> Dies führte allerdings dazu, dass immer öfter zum Nachteil des Verbrauchers die Grundsätze der Vertragsfreiheit und der Vertragsgerechtigkeit missachtet wurden.<sup>11</sup> Der Gesetzgeber versuchte dieser Ungerechtigkeit mit dem Gesetzesentwurf zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegenzusteuern, indem die den AGB unterwerfende Vertragspartei vor unangemessenen AGB geschützt werden sollte.<sup>12</sup> Im Rahmen dieser Gesetzgebung wurde ferner auf die Kollision von AGB eingegangen.

#### **I. Gesetzesentwurf der Fraktion CDU/CSU**

Zunächst brachte die Fraktion der CDU/CSU am 31. Januar 1975 einen Gesetzesentwurf über die Behandlung von AGB in den Bundestag ein.<sup>13</sup> Dieser enthielt in § 6 AGBG-E<sup>14</sup> eine Regelung zum Zusammentreffen von AGB. Hiernach sollten die sich widersprechenden Bestimmungen nicht wirksam werden, wenn beide Parteien auf AGB Bezug nehmen, die sich insgesamt oder in einzelnen Bestimmungen widersprechen, und die Parteien insoweit eine ausdrückliche Einigung nicht erzielt haben. Anstelle der widersprechenden Bestimmungen sollten in der Folge die gesetzlichen Vorschriften treten. Der Vertrag im Ganzen sollte nur gem. § 6 S. 2 i. V. m. § 5 S. 3 AGBG-E unwirksam werden, wenn das Festhalten am ergänzten Vertrag unter Abwägung aller Umstände einer Partei nicht zugemutet werden kann. Diese

---

<sup>10</sup> BT-Drs. 7/3919 S. 1.

<sup>11</sup> BT-Drs. 7/3200 S. 1.

<sup>12</sup> BT-Drs. 7/3200 S. 1; BT-Drs. 7/3919 S. 1.

<sup>13</sup> BT-Drs. 7/3200.

<sup>14</sup> BT-Drs. 7/3200 S. 3.

Regelung sollte dabei nicht nur für den B2C-Verkehr, sondern ebenso für den Business-to-Business-Verkehr (B2B-Verkehr) gelten.<sup>15</sup>

Mit dem Entwurf sollte vermieden werden, die Parteien zu einer nicht absehbaren Wiederholung der Verweisung auf die jeweils eigenen AGB zu drängen.<sup>16</sup> Dies fußte darauf, dass zu diesem Zeitpunkt teilweise vertreten wurde, die AGB des Vertragspartners als vereinbart anzusehen, der als letztes auf seine AGB verwiesen hatte, ohne dass die andere Partei nochmals eine ausdrückliche Erklärung abgegeben hatte.<sup>17</sup>

Es ging der Fraktion CDU/CSU mit dem Entwurf deswegen augenscheinlich auch um Rechtsklarheit bzgl. des Problems der widersprechenden AGB.

## **II. Gesetzesentwurf der Bundesregierung**

Am 06. August 1975 wurde die damalige Bundesregierung, bestehend aus SPD und FDP, aktiv und legte dem Bundestag einen Gesetzentwurf zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Abstimmung vor.<sup>18</sup> Dieser Entwurf enthielt im Gegensatz zum vorherigen Entwurf seitens der Fraktion der CDU/CSU keine Regelung für das Problem der kollidierenden AGB. Stattdessen ist im Entwurf darauf verwiesen worden, dass sich die Rechtsprechung bislang bemüht habe, die Problematik der kollidierenden AGB nach den allgemeinen Vorschriften zu lösen (§ 150 Abs. 2 BGB, §§ 151, 154, 155 BGB).<sup>19</sup> Es sei zwar anzuerkennen, dass die Feststellung, ob die eine Partei konkludent die AGB der anderen Vertragspartei angenommen habe, regelmäßig Schwierigkeiten bereite. Dies dürfe allerdings nicht zur Folge haben, eine derartige Annahme, die nach den allgemeinen Grundsätzen möglich sei, allgemein auszuschließen. Zudem könne die Frage, inwieweit der Vertrag bei teilweisem Dissens wirksam sei, nicht allgemein beantwortet werden. Eine Lösung nach den allgemeinen Vorschriften sei daher interessen- und sachgerechter.

### **1. Stellungnahme des Bundesrates**

Der Bundesrat vertrat hingegen in seiner Stellungnahme vom 11. Juli 1975 zum AGBG-E eine andere Auffassung. Er ergänzte den Entwurf um § 5a.<sup>20</sup> Dieser sah vor, dass bei widersprechenden AGB und ausdrücklich nicht erzielter Einigung die sich widersprechenden

---

<sup>15</sup> Vgl. BT-Drs. 7/3200 S. 11.

<sup>16</sup> BT-Drs. 7/3200 S. 11.

<sup>17</sup> BGH I ZR 18/53 = MDR 1954, 733; OLG Köln 2 U 106/70 = BB 1971, 676.

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

<sup>19</sup> Diese und die folgenden Ausführungen BT-Drs. 7/3919 S. 17 f.

<sup>20</sup> Diese und die folgenden Ausführungen BT-Drs. 7/3919 S. 47 f.

Bestimmungen nicht Vertragsinhalt werden. Die entstandenen Lücken sollten nach § 5 Abs. 2 und 3 AGBG-E (jetzt § 306 Abs. 2 und 3 BGB) geschlossen werden. Der Bundesrat legte dar, dass sich ein Gesetz, das das Recht der AGB regeln soll, auch um die wichtigen Fragen des kaufmännischen Verkehrs kümmern muss. Eine Lösung dieses bekannten Problems könne nicht weiterhin der Rechtsprechung überlassen werden – zumal die damalige Rechtsprechung<sup>21</sup> bei widersprechenden AGB dazu übergang, keine der AGB Vertragsbestandteil werden zu lassen und die Lücke i. S. v. § 5 Abs. 2 und 3 AGBG-E zu schließen. Würde nun eine derartige Regelung nicht ins Gesetz aufgenommen werden, so könne der nicht gewünschte Eindruck entstehen, der Gesetzgeber wolle der neuen Rechtsprechung des BGH die Grundlage entziehen. Im Übrigen kodifiziere das Gesetz weitgehend die herrschende Rechtsprechung.

## **2. Gegenäußerung der Bundesregierung**

Dem Vorschlag des Bundesrates widersprach die Bundesregierung.<sup>22</sup> Zunächst sei es nicht angebracht, ein derartig spezielles Problem, das beinahe ausschließlich im unternehmerischen Verkehr vorkomme, durch eine gesetzliche Vorschrift zu regeln. Vielmehr sei es sogar widersprüchlich. § 12 AGBG-E sehe wegen der differenzierten Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs von einer Anwendung der in § 2 AGBG-E enthaltenen Grundregeln über die Einbeziehung von AGB in den Vertrag ab. Eine Detailregelung widerspreche dieser Konzeption. Weiterhin nehme im Übrigen das vom Bundesrat zitierte Urteil des BGH<sup>23</sup> Bezug auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dementsprechend sei die Befürchtung des Bundesrates unbegründet. Zudem sei es nicht sachgerecht, dass das Gesetz eine nach den allgemeinen Grundsätzen mögliche konkludente Annahme des Angebots der Gegenpartei, das widersprechende AGB enthält, ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles zu nehmen, stets ausschließen wolle. Eine derartige Vorschrift, die trotz des teilweisen Dissens einen wirksamen Vertrag annehme, widerspreche außerdem dem § 154 Abs. 1 BGB.

## **III. Heutiger Stand**

Der Entwurf der Bundesregierung wurde schlussendlich mit wenigen Änderungen vom Bundestag verabschiedet und im Bundesgesetzblatt vom 15. Dezember 1976 verkündet.<sup>24</sup> Mit dem Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurden keine inhaltlichen Überarbei-

---

<sup>21</sup> Vgl. BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>22</sup> Diese und die folgenden Ausführungen BT-Drs. 7/3919 S. 60.

<sup>23</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>24</sup> BGBl. I, 1976 Nr. 142, S. 3317 ff.

tungen an den für die Kollision entscheidungserheblichen Normen vorgenommen.<sup>25</sup> Bis heute wurde eine Lösung des Problems der widersprechenden AGB nicht ins Gesetz aufgenommen. Daran lässt sich erkennen, dass der Gesetzgeber offenkundig weiterhin die – skizzierte – Meinung vertritt. Er hat sich, wie an der Erläuterung des Entwurfes und insbesondere an der Gegenäußerung zu erkennen ist, bewusst einer Regelung enthalten. Der deutsche Gesetzgeber vertritt demnach weiterhin die grundlegende Ansicht, eine Detailfrage im unternehmerischen Bereich nicht durch ein Gesetz zu lösen, sofern im Gegenzug von einer Anwendung des § 305 Abs. 2 BGB im kaufmännischen Rechtsverkehr abgesehen wird. Vielmehr werden die allgemeinen Regelungen des BGB als ausreichend und sachgerecht erachtet.

### **§ 3 Entwicklung der Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung hingegen erlebte im Laufe der Zeit einen Wandel. Im Ergebnis ist zwischen zwei Lösungsansätzen zu differenzieren. Zunächst wurde ausschließlich die Theorie des letzten Wortes vertreten.<sup>26</sup> In den 1970er Jahren wurde sodann die bis dahin vertretene Auffassung eingeschränkt.<sup>27</sup> Die Rechtsprechung wandte von nun an für besondere Fälle die sog. Kongruenzlösung an.

#### **I. Theorie des letzten Wortes**

Zunächst orientierten sich die Gerichte bei den zwei Rechtsfragen streng an dem Grundmuster des § 150 Abs. 2 BGB.<sup>28</sup> Hiernach stellt eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen eine Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag, dar. Dies beruht auf dem Grundsatz der Vertragslehre. Ein Vertrag kommt hiernach zustande, wenn zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, vorliegen.<sup>29</sup> Legt der Lieferant seiner Auftragsbestätigung seine AGB bei, ist keine Übereinstimmung mit dem Angebot des Bestellers gegeben, wenn dem Angebot ebenfalls AGB beigefügt worden sind. Es handelt sich hier vielmehr um eine modifizierende Annahme. Gem. § 150 Abs. 2 BGB ist

---

<sup>25</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 150 ff.

<sup>26</sup> BGH I ZR 93/51 = BB 1952, 238; BGH I ZR 18/53 = MDR 1954, 733; BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795); BGH VII ZR 257/61 = NJW 1963, 1248.

<sup>27</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842; BGH VIII ZR 223/78 = NJW 1980, 449; BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839 f.); BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606); BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484.

<sup>28</sup> BGH I ZR 93/51 = BB 1952, 238; BGH I ZR 18/53 = MDR 1954, 733; BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795); BGH VII ZR 257/61 = NJW 1963, 1248.

<sup>29</sup> *Stadler*, BGB AT, § 19 Rn. 1.

ein neues Angebot des Lieferanten gegeben. Folglich liegt im Zeitpunkt der abgegebenen Auftragsbestätigung aufgrund der widersprechenden Willenserklärungen kein Vertrag vor. Es gilt somit zu untersuchen, wie die Rechtsprechung dennoch zum Vertragsschluss kam.

## 1. Vertragsschluss durch Schweigen

Möglicherweise wurde von der Rechtsprechung der Nichtwiderspruch, also das Schweigen, auf die sog. modifizierende Auftragsbestätigung als Zustimmung angesehen. Dafür müsste ein Schweigen jedoch allgemein als Zustimmung gelten. Dies widerspricht allerdings dem Grundsatz, dass Schweigen im kaufmännischen rechtsgeschäftlichen Verkehr grundsätzlich nicht Zustimmung bedeutet.<sup>30</sup> Der BGH hat insbesondere bei der widerspruchslosen Hinnahme einer modifizierten Auftragsbestätigung – anders als bei einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben – entschieden, hierin allein keine stillschweigende Annahmeerklärung zu erkennen.<sup>31</sup> Dies liege an der unterschiedlichen Rechtsnatur zwischen einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben und einer modifizierenden Auftragsbestätigung.<sup>32</sup> Bei einem Bestätigungsschreiben wolle der Absender einen bereits zustande gekommenen oder zumindest nach Ansicht des gutgläubigen Absenders rechtswirksam geschlossenen Vertrag überwiegend zu Beweis Zwecken festlegen oder max. in Nebenpunkten ergänzen.<sup>33</sup> Sodann ist nach der Verkehrssitte der Empfänger eines derartigen Schreibens gehalten, dem Inhalt unverzüglich zu widersprechen, insofern er den Inhalt nicht gegen sich gelten lassen wolle.<sup>34</sup> Dementsprechend führt ein Schweigen des Empfängers eines Bestätigungsschreibens zu einem Vertragsschluss mit dem dazugehörigen Inhalt.

Bei einer modifizierenden Auftragsbestätigung liegt jedoch eine andere Sach- und Interessenlage vor. Der bestätigende Vertragspartner ist sich bewusst, dass noch kein Vertrag zustande gekommen ist.<sup>35</sup> Die Auftragsbestätigung soll mithin erst einen Vertragsschluss herbeiführen. Es handelt sich bei der modifizierenden Annahme insofern um eine in die Form einer Bestätigung gekleidete Erklärung gegenüber der Bestellung.<sup>36</sup> Dabei deckt sich die Erklärung nicht mit dem Angebot. Der Bestätigende kann demzufolge auch nicht von der Auslegung ausgehen, im Schweigen des Anderen eine Zustimmung zu seiner modifizierenden Annahme zu erkennen. Er könne nicht ohne Weiteres damit rechnen, dass der Andere mit der Änderung

---

<sup>30</sup> BGH II ZR 52/50 = NJW 1951, 711.

<sup>31</sup> BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795).

<sup>32</sup> BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795); BGH VIII ZR 164/68 = DB 1970, 2069.

<sup>33</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106; BGH VIII ZR 164/68 = DB 1970, 2069.

<sup>34</sup> BGH I ZR 111/53 = NJW 1954, 105; BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795).

<sup>35</sup> Diese und die folgenden Ausführung BGH VIII 106/72 = NJW 1973, 2106.

<sup>36</sup> BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795).

einverstanden sei.<sup>37</sup> Vielmehr müsse er dafür Sorge tragen, die abändernd vorgeschlagenen Bedingungen Vertragsinhalt werden zu lassen.

Allerdings lässt der BGH von dem aufgestellten Grundsatz in besonderen Fällen eine Ausnahme zu, sodass ein Schweigen doch als Zustimmung zum neuen Antrag nach § 150 Abs. 2 BGB angesehen werden kann.<sup>38</sup> Hierfür müssen allerdings konkrete Umstände vorliegen, die den Schluss zulassen, dass nach dem hypothetischen Parteiwillen des Empfängers der modifizierenden Annahme von einem Vertragsschluss auszugehen ist.

In einer Entscheidung vom 31. Januar 1951<sup>39</sup> hat der BGH dies angenommen. Dabei ging es im Grundsatz um die Frage, ob eine verspätete Annahme, die formell wiederum einen neuen Antrag nach § 150 Abs. 1 BGB darstellt, durch Schweigen angenommen werden kann. Der BGH arbeitet sodann in der Entscheidung heraus, dass es die beteiligten Vertragsparteien häufig mit der Annahmefrist nicht so genau nehmen. Die Parteien würden sich dementsprechend darauf verlassen, dass sich der andere Teil mit einer verspäteten Annahmeerklärung zufriedengebe. Es könne deswegen nach Treu und Glauben angenommen werden, im Schweigen regelmäßig eine Annahme des neuen Antrages zu erkennen.

Diese Situation unterscheidet sich jedoch erheblich von der Kollision von AGB. Dort wird stattdessen ein neuer Antrag nach § 150 Abs. 2 BGB aufgrund der Tatsache der fehlenden Übereinstimmung der modifizierten Auftragsbestätigung mit dem Angebot angenommen. Dahingegen hatten sich die Vertragsparteien in der Entscheidung des BGH schon grundsätzlich auf einen Vertrag geeinigt. Lediglich die verspätete Annahmeerklärung stand einem wirksamen Vertrag entgegen. Beim Fall der widersprechenden AGB ist keine Einigung zu sehen. Vielmehr sind sich die Parteien noch uneinig, welche AGB gelten sollen.

Folglich ist zu konstatieren, dass die vom BGH aufgestellten Grundsätze keinen Vertragsschluss durch Schweigen bei der Kollision von AGB zulassen.

## **2. Vertragsschluss durch Entgegennahme der Lieferung**

Um noch einen Vertragsschluss bei sich widersprechenden AGB annehmen zu können, geht der BGH sodann auf den Umstand des schlüssigen Verhaltens ein.<sup>40</sup> Hierbei wird die Entgegennahme der Lieferung ohne Widerspruch in den Fokus gestellt. In der Entscheidung vom 17. September 1954<sup>41</sup> wird dies explizit deutlich. Ihr ist folgender Leitsatz vorangestellt:

---

<sup>37</sup> So diese und die folgende Ausführung BGH VIII 106/72 = NJW 1973, 2106.

<sup>38</sup> Hierauf verweisend BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795).

<sup>39</sup> BGH II ZR 46/50 = NJW 1951, 313.

<sup>40</sup> BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795).

<sup>41</sup> BGH I ZR 18/53 = MDR 1954, 733.

„Hat der Besteller in seinem Bestellschreiben darauf hingewiesen, dass er den Vertragsbeziehungen seine Einkaufsbedingungen zugrunde legen wolle und dass die Geltung der Bedingungen des Lieferanten seiner – des Bestellers – schriftlich Anerkennung bedürfe, so gelten die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des Lieferers, wenn dieser in seinem Bestätigungsschreiben den Auftrag in unmissverständlicher Weise nur unter Zugrundelegung seiner Bedingungen angenommen und der Besteller hierauf nicht widersprochen, sondern Teillieferungen abgenommen und Teilzahlungen geleistet hat.“<sup>42</sup>

Hieraus lässt sich folgern, dass der maßgebliche Geschäftswille nicht nur durch eine ausdrückliche Willenserklärung zum Ausdruck gebracht werden kann, sondern auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten. Dies setzt nach Auffassung des BGH jedoch voraus, dass dem Handelnden bewusst ist, dass sein Verhalten als Willenserklärung aufzufassen ist.<sup>43</sup> Mit Rücksichtnahme auf die Verkehrssitte und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben könne das allerdings im Rahmen der Auslegung der stillschweigenden Willenserklärung angenommen werden. Denn durch das schlüssige Verhalten habe er bei der anderen Vertragspartei den Eindruck erweckt, dass bei ihm ein Geschäftswille vorhanden sei. In der Folge müsse er sich so behandeln lassen, als habe er seinen Willen erklärt. Hierbei handele es sich zwar um einen fingierten Geschäftswillen, allerdings verlange der Schutz des Rechtsverkehrs, diesen Willen wie eine rechtserhebliche Erklärung anzusehen.

Demnach wird ein Vertrag auf Grundlage der AGB des zuletzt Verweisenden abgeschlossen. Das schlüssige Verhalten stellt die Annahme des neuen Antrages nach § 150 Abs. 2 BGB dar. Aufgrund dessen, dass sich hiernach derjenige durchsetzt, der zuletzt auf seine AGB verwiesen hat, wird der Lösungsansatz als „Theorie des letzten Wortes“ bezeichnet.<sup>44</sup>

Wollte hingegen die andere Vertragspartei diese Rechtsfolge verhindern, hätte sie es vor dem konkludeten Verhalten klarstellen müssen.<sup>45</sup> Eine Auslegung der stillschweigenden Willenserklärung kann sodann nicht zum Ergebnis des Einverständnisses mit den gegnerischen AGB führen. Wird die Vertragsdurchführung anschließend dennoch vollzogen, würde hiernach allerdings der Besteller eine Lieferung erhalten, ohne einen wirksam zustande gekommenen Vertrag. Dies hat sodann auch der BGH erkannt.<sup>46</sup> Er verwies aus diesem Grunde darauf, dass ebenso die Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB unter dem Grundsatz von Treu und Glauben

---

<sup>42</sup> BGH I ZR 18/53 = MDR 1954, 733.

<sup>43</sup> Diese und die folgenden Ausführungen BGH VII ZR 257/61 = NJW 1963, 1248.

<sup>44</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 185.

<sup>45</sup> BGH VII ZR 257/61 = NJW 1963, 1248.

<sup>46</sup> Diese und die folgenden Ausführungen BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107).

steht. Haben die beiden Parteien weder vor noch während des Rechtsstreits jemals einen wirksamen Vertragsschluss in Zweifel gezogen, so sei beiden Parteien aufgrund von Treu und Glauben eine Berufung auf ein Nichtzustandekommen des Vertrages verwehrt. Durch die Lieferung und die Annahme hätten beide Parteien deutlich gemacht, der Streit, wessen AGB zum Vertragsinhalt werden, solle keine Auswirkung auf die Frage des Zustandekommens des Vertrages haben.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der BGH auch dann einen Vertrag zustande kommen lässt, wenn die eine Seite den neuen Antrag nach § 150 Abs. 2 BGB nicht widerspruchlos annimmt. Es erlangen sodann beide AGB keine Geltung.<sup>47</sup>

Eine Entscheidung, die allerdings nicht in den Kontext der bis hierhin vom BGH vertretenen Theorie des letzten Wortes passt, ist jene vom 12. Februar 1952<sup>48</sup>. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin bestellte bei der Beklagten zu ihren Einkaufsbedingungen. In den Bedingungen hieß es, die Verkaufs- und Lieferbedingungen des Lieferers gelten nur dann, wenn sie von ihr schriftlich anerkannt wurden. Die Bestellannahme der Beklagten verwies hingegen auf die Geltung ihrer allgemeinen Verkaufs- und Lieferbedingungen. Die Beklagte lieferte daraufhin den bestellten Artikel. Der BGH vertrat sodann in seiner Entscheidung die Ansicht, dass sich die Bestellerin mit ihren AGB durchgesetzt hat. Der Vertrag sei mit den Bedingungen der Bestellerin zustande gekommen. Die Lieferantin hätte deutlich und missverständlich in der Bestellannahme zum Ausdruck bringen müssen, wenn sie mit den Bedingungen der Bestellerin nicht einverstanden gewesen wäre.<sup>49</sup> Hierbei verkennt der BGH jedoch, dass die Lieferantin sehr wohl – wie gefordert – in unmissverständlicher Weise mit dem Verweis auf ihre AGB in der Bestellannahme zum Ausdruck brachte, nur zu ihren Bedingungen liefern zu wollen. Es ist nicht ersichtlich, warum der BGH nicht wie üblicherweise auf das letzte Wort abstellte. Die Entscheidung ist deswegen als Ausnahme anzuerkennen und in der weiteren Betrachtung zu vernachlässigen.

## II. Kongruenzlösung

In den 1970er Jahren kam es zu einer Wende in der Rechtsprechung des BGH.<sup>50</sup> Die Theorie des letzten Wortes wurde bei der Verwendung von Abwehrklauseln eingeschränkt. Bislang musste der Besteller vor der Lieferung klar zum Ausdruck bringen, dass er den in Frage stehenden Vertrag nicht auf Grundlage der AGB des Lieferanten abschließen möchte. Wenn dies

---

<sup>47</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107).

<sup>48</sup> BGH I ZR 98/51 = NJW 1952, 499.

<sup>49</sup> BGH I ZR 98/51 = NJW 1952, 499.

<sup>50</sup> Vgl. BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

nicht geschehen ist, wurde die Annahme der Lieferung als Einverständnis mit den AGB des anderen gewertet. Dabei reichte es für das Klarstellen nicht grundsätzlich aus, auf die eigenen AGB zu verweisen.<sup>51</sup> Von dieser Rechtsprechung wich der BGH von diesem Zeitpunkt an ab, wenn eine Abwehrklausel verwendet wurde.

## 1. Vertragsschluss

Verwendet eine Vertragspartei in ihrem Angebot eine Abwehrklausel, gibt der BGH seine grundsätzliche Lösung nach § 150 Abs. 2 BGB auf.<sup>52</sup> Eine Abwehrklausel beispielsweise in den Einkaufsbedingungen drückt aus, dass der Verwender nur zu seinen AGB die Ware beziehen will und die AGB des Vertragsgegners keine Gültigkeit erlangen sollen, es sei denn, der Verwender erkennt sie ausdrücklich – meistens schriftlich – an. So eine Abwehrklausel führe dazu, die Annahme der Lieferung nicht als Einverständnis mit den AGB der anderen Partei zu werten.<sup>53</sup> Der Vertragsschluss solle hingegen nicht an der Nichteinigung über die AGB scheitern.<sup>54</sup>

Insgesamt fällt bei der Rechtsprechungsanalyse auf, dass die meisten Entscheidungen nicht die Wirksamkeit des Vertrags thematisieren, sondern nur darauf eingehen, welchen Inhalt der Vertrag hat.<sup>55</sup>

*Vogt* vertritt in seiner Kommentierung zu den Entscheidungen des BGH vom 26. September 1973<sup>56</sup> und vom 10. Juni 1974<sup>57</sup> indes eine andere Lesart.<sup>58</sup> Er geht davon aus, dass der BGH nicht so weit gegangen und nicht von seinem bisherigen Konzept abgewichen ist. Der BGH habe vielmehr an seinem bisherigen Vorgehen festgehalten. Die beiden Fälle würden stattdessen auf einer Besonderheit beruhen. Der Besteller habe vor der Annahme der Ware und dessen Zahlung bereits durch Geltendmachung eines Anspruchs, der sich aus seinen AGB ergab, zu erkennen gegeben, das Angebot der anderen Partei abzulehnen. *Vogt* ist somit offenkundig der Meinung, dass der BGH den in den Fällen verwendeten Abwehrklauseln keine Geltung zuspricht. Diese augenscheinliche Interpretation der genannten BGH-Entscheidungen ist in-

---

<sup>51</sup> BGH VII ZR 257/61 = NJW 1963, 1248.

<sup>52</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>53</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842; BGH VIII ZR 223/78 = NJW 1980, 449; BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606); BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484.

<sup>54</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842; BGH VIII ZR 249/75 = WM 1977, 451 (452); BGH VIII ZR 223/78 = NJW 1980, 449; BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839 f.); BGH IX ZR 107/89 = WM 1990, 1671 (1672); BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606); BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484 (484 f.); so im Ergebnis bereits auch BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2106 f.).

<sup>55</sup> Vgl. BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606), BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484.

<sup>56</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106.

<sup>57</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>58</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Vogt*, BB 1975, 200 (200 f.).

zwischen nachgewiesener Weise falsch. Der BGH macht u. a. in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 2000 deutlich, dass durch eine Abwehrklausel widersprechende Klauseln ausgeschlossen werden sollen.<sup>59</sup> Es ist somit eindeutig bewiesen, dass der BGH den Abwehrklauseln die entscheidende Bedeutung zuweist.

Es stellt sich jedoch weiterhin die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag nach Ansicht des BGH als geschlossen zu erachten ist. Hierzu ist festzustellen, dass der BGH das Verhalten der Parteien als entscheidend ansieht, um die Vermutung des § 154 Abs. 1 BGB zu widerlegen.<sup>60</sup> Es ist jedoch fraglich, welches Verhalten relevant ist. Spätestens im Zeitpunkt der Vertragsdurchführung ist dies zu erkennen. Die Tatsache, dass der BGH auch einen früheren Vertragschlusszeitpunkt für möglich hält, lässt sich anhand eines Urteils aus dem Jahr 1974<sup>61</sup> feststellen. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin bestellte bei der Beklagten eine Maschine. Auf der Rückseite des Bestellschreibens waren die Einkaufsbedingungen der Klägerin abgedruckt. Die Bedingungen enthielten eine Abwehrklausel. Die Beklagte bestätigte den Auftrag wiederum mit einem Verweis auf ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen. In den Bedingungen wurden Ersatzansprüche wegen verzögerter Lieferung ausgeschlossen. Auf die Auftragsbestätigung antwortete die Klägerin sodann nicht. Als sich die Lieferung verspätete, machte die Klägerin Schadensersatz geltend. Diesen lehnte die Beklagte allerdings mit Verweis auf ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen ab. Aufgrund der fehlenden Bereitschaft, Schadensersatz zu leisten, kam es in der Folge nicht zur Vertragsdurchführung.

In seinem Urteil nahm der BGH sodann an, in der widerspruchslosen Hinnahme der modifizierten Auftragsbestätigung keine Annahme zu erkennen. Er konstruierte einen Schadenersatzanspruch auf Grundlage des § 326 BGB a. F.<sup>62</sup> Dies setzt indes einen wirksamen Vertrag voraus. Wäre der BGH hingegen nun davon ausgegangen, den Vertragsschluss erst in der Lieferung der Sache zu sehen, hätte die Beklagte den Schadensersatzanspruch jederzeit mit Verweis auf den vorhandenen Dissens ablehnen können. Vielmehr rückte der BGH den Umstand in den Vordergrund, dass die Klägerin stets auf Einhaltung des Liefertermins drängte und die Beklagte alles getan hatte, eine Maschine, die den Ansprüchen der Klägerin genüge, zu konstruieren.<sup>63</sup> Hieraus könne angenommen werden, die Parteien hätten die Lieferverpflichtung stets als verbindlich angesehen.

---

<sup>59</sup> BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484 (485).

<sup>60</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>61</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>62</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>63</sup> Diese und die folgende Ausführung BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

An diesem Urteil lässt sich erkennen, dass der BGH in gewissen Fällen einen Vertragsschluss bereits vor der Lieferung annimmt. Der genaue Zeitpunkt des Vertragsschlusses lässt sich jedoch ebenso anhand dieses Urteils nicht belegen.

Es ist zu konstatieren, dass der BGH eine Abwehrklausel auf die gleiche Stufe wie einen vorweggenommenen Widerspruch stellt. Aufgrund der Abwehrklausel kann die Annahme der Lieferung nicht mehr als stillschweigende Willenserklärung mit dem Inhalt eines Einverständnisses mit den gegnerischen AGB ausgelegt werden.<sup>64</sup> Der Vertragsschluss wird vielmehr aus Indizien hergeleitet, die sodann die Vermutung des § 154 Abs. 1 BGB widerlegen.<sup>65</sup> Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist jedoch weiterhin ungeklärt.

## **2. Vertragsinhalt**

Ist der Vertrag nun entgegen der Vermutung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen, stellt sich die Frage nach dem Vertragsinhalt. Der BGH stellt insoweit fest, dass nicht ausschließlich das dispositive Recht gilt.<sup>66</sup> Stattdessen soll es trotz der Kollision und der damit folgenden Nichteinbeziehung auf den Inhalt der jeweiligen AGB ankommen. Eine Nichteinigung über die Geltung der AGB habe nichts darüber auszusagen, ob an die Stelle der AGB ohne Ausnahme das dispositive Recht trete. Den AGB könne ein Parteiwillen entnommen werden. Diesem Willen sei so weit wie möglich Rechnung zu tragen.

### **a) Übereinstimmende Bedingungen**

Haben die beidseitigen AGB einen übereinstimmenden Inhalt, so ist nach Ansicht des BGH diesem Geltung zu verschaffen.<sup>67</sup> Weiche der übereinstimmende Inhalt vom dispositiven Recht ab oder ergänze es, so trete dieser Inhalt an die Stelle des dispositiven Rechts.<sup>68</sup> Durch eine Auslegung ist insoweit der Umfang der Übereinstimmung festzustellen.<sup>69</sup> Dieser ist dabei nicht formal am Wortlaut der jeweiligen Klausel zu bestimmen, sondern nach deren Sinn und Zweck. Liegt allerdings keine Übereinstimmung vor und widersprechen sich demnach die

---

<sup>64</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842; BGH VIII ZR 249/75 = WM 1977, 451 (452); BGH VIII ZR 97/85 = WM 1986, 643 (644).

<sup>65</sup> BGH VII ZR 51/73 = WM 1974, 842.

<sup>66</sup> Diese und die folgenden Ausführungen BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

<sup>67</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839); BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606); BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484 (484 f.).

<sup>68</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

<sup>69</sup> Diese und die folgende Ausführung vgl. BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606).

AGB, gelte an dessen Stellen nach dem Rechtsgedanken des § 306 Abs. 2 BGB das dispositive Recht und somit die gesetzlichen Vorschriften.<sup>70</sup>

Aufgrund des Ansatzes, dem übereinstimmenden Inhalt Geltung zu verschaffen, ist diese Theorie unter dem Begriff der „Kongruenzlösung“ bekannt.<sup>71</sup>

Zum Teil wird in der Rechtsprechung allerdings von der Meinung des BGH abgewichen. So wird auch dann das dispositive Recht angewandt, wenn Übereinstimmungen in den AGB vorliegen. Es soll hiernach grundsätzlich bei kollidierenden AGB Gesetzesrecht gelten.<sup>72</sup> Denn die Parteien haben trotz Kenntnis der Kollision keine Klärung der Thematik, welche AGB gelte, herbeigeführt. Dies zeige, dass sie dieser Sache keine Bedeutung zumessen und der Vertrag notfalls auch ohne AGB geschlossen werden sollte.

## **b) Ergänzende Bedingungen**

Abschließend ist der Frage nachzugehen, was nach der Lösung des BGH gelten soll, wenn eine bestimmte Angelegenheit nur in den AGB des einen Vertragspartners geregelt ist und die anderen AGB sich hierzu nicht äußern, es sich somit um einseitige oder ergänzende Bedingungen handelt.

Nach Ansicht des BGH ist dies durch Auslegung der Parteiinteressen zu ermitteln.<sup>73</sup> Anhand des Parteiwillens sei zu bestimmen, ob aufgrund der verwendeten Abwehrklausel auch ergänzende oder einseitige Regelungen ausgeschlossen werden sollen. Die Verwendung einer Abwehrklausel deute jedoch grundsätzlich daraufhin.<sup>74</sup> Lediglich unter besonderen Umständen können einseitige Klauseln Geltung erlangen.<sup>75</sup> Dies ist womöglich anzunehmen, wenn die Klausel die gegnerische Partei begünstigt.

## **3. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die heutige BGH-Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 150 Abs. 2 BGB sehr einengt.<sup>76</sup> Im Grunde gibt es lediglich zwei Konstellationen, bei denen es weiterhin zu einer Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB kommt: zum einen, wenn es an einer Abwehrklausel in der Bestellung fehlt<sup>77</sup>, und zum anderen, wenn der

---

<sup>70</sup> BGH VIII ZR 149/90 = NJW 1991, 2633 (2634 f.).

<sup>71</sup> Vgl. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 142.

<sup>72</sup> Diese und die folgenden Ausführungen OLG Karlsruhe 8 U 69/71 = BB 1972, 1162.

<sup>73</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

<sup>74</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1840); BGH VIII ZR 149/90 = NJW 1991, 2633 (2635).

<sup>75</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

<sup>76</sup> So auch Landwehr/Thonfeld, NZI 2004, 7 (9).

<sup>77</sup> Andeutend BGH VIII ZR 20/94 = NJW 1995, 1671 (1672); BGH X ZR 42/99 = NJW-RR 2001, 484.

Lieferant in der Auftragsbestätigung eindeutig sowie unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er nur auf Grundlage seiner AGB einen Vertrag abschließen will.<sup>78</sup>

### III. Alternative Betrachtung des OLG Köln

Nach der dargelegten Ansicht des BGH kann weiterhin, sofern die Gesamtumstände und die Verkehrssitte auf ein Einverständnis schließen lassen, in der Entgegennahme der Lieferung eine stillschweigende Annahme des in einer modifizierenden Auftragsbestätigung liegenden Angebots gesehen werden.<sup>79</sup> Dem tritt das OLG Köln<sup>80</sup> entgegen. Durch die beidseitigen Verweisungen auf die eigenen AGB müsse davonausgegangen werden, dass keine der kollidierenden AGB gelte.<sup>81</sup> Insbesondere könne in der Entgegennahme der Ware kein stillschweigendes Einverständnis gesehen werden.<sup>82</sup> Ferner zeige die Lieferung der Ware, dass der Lieferant auf die Beantwortung der Frage nach der Geltung der AGB verzichte. Dementsprechend könne auch die Annahme der Ware keinen Erklärungswert haben.

Weiterhin stellt das OLG Köln fest, auch in dem Schweigen auf eine Abwehrklausel keine Unterwerfung unter die AGB der anderen Vertragspartei zu sehen. Dies sei unabhängig davon, ob eine einfache oder qualifizierte Abwehrklausel verwendet worden sei. Es könne nicht von der Formulierungskunst der Parteien abhängen, ob und welche AGB Geltung erlangen.

Des Weiteren dürfe nicht danach differenziert werden, ob die andere Partei den AGB gesondert widersprochen oder aber nur auf ihre AGB verwiesen habe.<sup>83</sup> Käme es entscheidend darauf an, in welcher Art der Widerspruch erteilt wurde, würde dies das Problem der kollidierenden AGB nicht lösen, sondern nur verlagern. Infolgedessen widerspräche zukünftig jede Partei „formulärmäßig individualisiert“<sup>84</sup>. Vielmehr sei durch die beidseitige Verweisung der Parteien zu erkennen, dass keine eindeutige und klare Vereinbarung getroffen worden sei. Dies werde im Regelfall auch gar nicht beabsichtigt, um nicht den Abschluss des Geschäftes aufs Spiel zu setzen. Folglich könne nicht durch rechtliche Konstruktionen versucht werden, dieses Ergebnis zu umgehen und einer Partei die Nachteile einer Unterwerfung aufzubürden.

Abschließend verweist das OLG Köln zudem darauf, dass es nicht den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs entspricht, z. B. mit der Entgegennahme der Ware, fremde AGB zu akzeptie-

---

<sup>78</sup> So auch Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 186; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 318.

<sup>79</sup> BGH VIII ZR 249/75 = WM 1977, 451 (452).

<sup>80</sup> OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239 f.); wohl zust. OLG Hamm 2 U 86/83 = BB 1983, 1814 (1815).

<sup>81</sup> OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239 f.); zust. *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 675 f.

<sup>82</sup> Diese und die folgenden Ausführungen OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239).

<sup>83</sup> Diese und die folgenden Ausführungen OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239).

<sup>84</sup> OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239).

ren. Vielmehr werde durch die Handlung erkennbar, dass die Parteien die Kollisionsfrage in den Hintergrund treten lassen, um den Vertragsschluss nicht zu riskieren.

Im Ergebnis kommt es dieser Auffassung zufolge somit auf keine Abwehrklausel an und es ist bei widersprechenden AGB immer auf die Kongruenzlösung abzustellen.

#### **IV. Zusammenfassung**

Der BGH hält im Grundsatz bei der Kollision von AGB an der Theorie des letzten Wortes fest. Lediglich bei der Verwendung von Abwehrklauseln kommt er zur Anwendung der Kongruenzlösung. Da heutzutage jedoch die Verwendung einer Abwehrklausel üblich ist, kann die Kongruenzlösung als Standard bezeichnet werden. Allerdings darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass in gewissen Fällen weiterhin die Theorie des letzten Wortes zur Anwendung kommen kann – mit der Folge, dass die Vertragsparteien frühestens zum Zeitpunkt der Entgegennahme der Lieferung einen Vertrag sicher annehmen können. Ein jederzeitiger vorheriger Widerspruch kann den erhofften Vertrag scheitern lassen. Zudem hat es diese Theorie bei der Bestimmung des Vertragsinhalts zum Nachteil, klären zu müssen, welche Partei zuletzt auf die eigenen AGB verwiesen hat. Dies stellt in den meisten Fällen erhebliche Schwierigkeiten dar.

Jedoch ist auch die Kongruenzlösung nicht problemfrei. Dies zeigen die Urteile einiger Instanzgerichte eminent auf. Zudem hat der BGH bis heute nicht entschieden, wann ein Vertrag nach der Kongruenzlösung zustande kommt und unter welchen Umständen einseitige Bedingungen Vertragsinhalt werden können.

### **§ 4 Lösungsansätze in der Literatur**

In der Literatur wird das Thema der kollidierenden AGB umfangreich diskutiert. Hierbei wird zwischen den Fragestellungen nach dem Zustandekommen des Vertrages sowie dem Vertragsinhalt differenziert.

#### **I. Zustandekommen des Vertrages**

Hinsichtlich der Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages werden in der Literatur verschiedenartige Begründungen für einen wirksamen Vertragsschluss vertreten. Im Kern geht es dabei um die §§ 154 Abs. 1 S. 1 und 150 Abs. 2 BGB.

## 1. Lösung über § 154 Abs. 1 S. 1 BGB

Ein Großteil der Literatur versucht, den Vertragsschluss trotz kollidierender AGB im Rahmen des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB zu begründen.<sup>85</sup>

So spricht sich *von Westphalen* grundsätzlich für eine Anwendung des § 154 BGB in Verbindung mit § 155 BGB aus.<sup>86</sup> Hinsichtlich der widersprechenden Bedingungen sei alleiniges Kriterium der Dissens nach § 154 BGB.<sup>87</sup>

Wenn dies jedoch angenommen wird, muss gefragt werden, mit welcher Begründung die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB umgekehrt oder widerlegt und somit ein Vertragsschluss angenommen werden kann. Die Begründungen hierfür unterscheiden sich in der Literatur zum Teil erheblich. Insbesondere in Bezug auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses werden verschiedene Ansichten vertreten.

### a) Vertragsschluss durch Vertragsdurchführung

Ein Teil der Literatur nimmt an, dass die Zweifelsregelung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB durch die Vertragsdurchführung widerlegt wird.<sup>88</sup> Vollziehen die Parteien den Vertrag, ohne sich über die widersprechenden AGB geeinigt zu haben, sei darin zu erkennen, dass die Frage, welche AGB gelten sollen, offen gelassen wurde, um den Vertragsschluss nicht zu gefährden.<sup>89</sup> Somit kann hiernach erst zum Zeitpunkt der Vertragsdurchführung von einem wirksamen Vertrag ausgegangen werden.

*Mäsch* schließt sich dem an und geht ebenfalls davon aus, dass die Zweifelsregelung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB durch die Durchführung des Vertrages meist als widerlegt anzusehen ist.<sup>90</sup> Durch das Anfordern oder Erbringen der Vertragsleistung werde der ursprüngliche Vertragsschlusswille manifestiert.<sup>91</sup>

*Bunte* hingegen hebt hervor, in der Vertragsdurchführung ohne Widerspruch kein Einverständnis mit den gegnerischen AGB zu sehen.<sup>92</sup> Vielmehr habe es jede Partei selbst in der

---

<sup>85</sup> Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 235 f.; Leuschner/*Leuschner*, § 305, Rn. 222; BeckOK BGB/*Becker*, § 305 Rn. 84; NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 116a; Ulmer/*Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 188; Stahl, DB 1956, 681; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435; a. A. *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1034 ff.); einschränkend Wolf/*Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 137 ff.

<sup>86</sup> *von Westphalen*, DB 1976, 1317 (1321).

<sup>87</sup> *von Westphalen*, DB 1976, 1317 (1319).

<sup>88</sup> Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 235 f.; BeckOK BGB/*Becker*, § 305, Rn. 84; NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 116a; Stahl, DB 1956, 681; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 434 f.

<sup>89</sup> BeckOK BGB/*Becker*, § 305, Rn. 84.

<sup>90</sup> Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 235.

<sup>91</sup> Diese und die folgende Ausführung Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 236.

<sup>92</sup> *Bunte*, JA 1982, 321 (324).

Hand, die Kollisionsfrage zu klären. Wenn dies nicht geschehe, könne das nur bedeuten, dass die widersprechenden AGB nicht vereinbart seien.

Einen grundlegenden Ansatz für seine Argumentation wählt wiederum *Stahl*.<sup>93</sup> Es sei Aufgabe des Gerichts, den Willen der Vertragsparteien zu erforschen. Ein Einigungswille sei anzunehmen, wenn sich die Parteien über die essentialia des Vertrages geeinigt haben. Denn jede Partei wisse, dass der andere Vertragspartner über Nebenabreden eine divergente Vorstellung habe. Wird dennoch der Vertrag ausgeführt, müsse angenommen werden, dass auch ohne Einigung über jene Nebenabreden der Vertrag zustande kommen soll.<sup>94</sup> Von einem Vertragsschluss sei somit auszugehen.

Zum gleichen Ergebnis gelangt am Ende seiner Betrachtung ebenfalls *Lindacher*.<sup>95</sup> Durch den Hinweis auf die eigenen AGB hätten die Vertragsparteien verdeutlicht, dass die in den AGB enthaltenen Nebenabreden Regelungsbestandteil des Vertrages werden sollen. Folglich dürfe dieser Dissens nur dazu führen, zum Zeitpunkt des Austausches der Willenserklärungen keinen Vertragsschluss anzunehmen.<sup>96</sup> Er erachtet es allerdings auch für möglich, dass die meisten Vertragsparteien bereits in diesem Stadium unabhängig von der AGB-Geltungsfrage einen Geschäftsabschluss wollen. Jedoch sei § 154 Abs. 1 S. 1 BGB nicht „als Vertypung eines Wahrscheinlichkeitsurteils zu verstehen“<sup>97</sup>. Folglich dürfe hieraus auch keine Ausnahme von der Zweifelsregelung gezogen werden. Vielmehr sei § 154 BGB ein Ausfluss der negativen Abschlussfreiheit und solle verhindern, eine Partei ohne explizit vorhandenen Willen in einen Vertragsschluss zu treiben. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass möglicherweise eine Partei bei nicht übereinstimmenden AGB – auch wenn es nicht der Regelfall sein möge – keinen Vertragsschluss anstrebe. Somit erkennt *Lindacher* aufgrund des Unterschieds zwischen Bestätigungsschreiben und modifizierender Auftragsbestätigung in der widerspruchslosen Hinnahme jener Auftragsbestätigung keine Zustimmung bzw. konkludente Annahmeerklärung.<sup>98</sup> Sodann führt er weiter aus, dass in der widerspruchslosen Vertragserfüllung nicht eine allgemeine Unterwerfung unter die gegnerischen AGB gesehen werden kann. Der Hinweis auf die eigenen AGB dürfe nicht bedeutungslos werden, nur weil die andere Partei nach jenem auf die eigenen AGB verwiesen habe. Allerdings erlange der Vertrag durch die Erfüllungshandlung Geltung. Aufgrund der Leistungserbringung und der Annahme im Zusammenhang mit anderen Umständen (z. B. die Leistungsankündigung) werde ex post die Unwirk-

---

<sup>93</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Stahl*, DB 1956, 681.

<sup>94</sup> Wohl zust. *Tengelmann*, DB 1968, 205 (208).

<sup>95</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Lindacher*, JZ 1977, 604 (604 f.).

<sup>96</sup> A. A. *Schlechtriem*, FS Wahl (1973), 67 (76).

<sup>97</sup> *Lindacher*, JZ 1977, 604.

<sup>98</sup> Ebenso *Tengelmann*, DB 1968, 205 (207 f.).

samkeitsvermutung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB widerlegt. Wenn diese Betrachtungsweise nicht möglich sei, erlange der Vertrag ex nunc Geltung. Dies begründet *Lindacher* damit, dass die Leistungserbringung nach dem objektiven Erklärungswert ein neues Vertragsangebot ohne AGB enthält. Die Annahme der Leistung stelle demnach die Vertragsannahme dar. Eine Klärung der Fragen, wie die beiden Varianten abzugrenzen sind und sich im Detail unterscheiden, bleibt *Lindacher* schuldig. Es darf dementsprechend in Frage gestellt werden, ob eine derartige Abgrenzung überhaupt praktikabel bzw. umsetzbar ist.<sup>99</sup>

Oftmals wird allerdings – abgesehen von den genannten Darstellungen – ohne nähere dogmatische Ausführung angenommen, den Vertrag aufgrund der Durchführung als geschlossen zu erachten.<sup>100</sup> Es wird lediglich auf die Erfüllung des Vertrages durch die Parteien verwiesen, womit sie zeigen würden, dass ihnen das Zustandekommen des Vertrages wichtiger sei als die Durchsetzung der eigenen AGB.<sup>101</sup> Dem stimmt auch *Kollmann* zu.<sup>102</sup> Es entspreche nicht dem Parteiwillen, nach Ausführung des Vertrags den Vertragsschluss zu leugnen. Einer weiteren Begründung bleibt auch er hingegen schuldig.

Die geschilderten Lösungen haben demnach ausnahmslos gemeinsam, die Widerlegung der Zweifelsregelung des § 154 Abs. 1 BGB von der Vertragsdurchführung abhängig zu machen. Das bedeutet im Umkehrschluss jedoch auch, dass bis zur Vertragsdurchführung kein wirksamer Vertrag vorliegt. Folglich besteht bis dahin keine Rechtssicherheit für die Parteien mit all ihren negativen Auswirkungen wie des jederzeitigen Lösens vom Vertrag. Es drängt sich daher die Fragestellung auf, inwieweit eine Lösung unabhängig von der Vertragsdurchführung gefunden werden kann.

## **b) Vertragsschluss durch Angebot und Annahme**

Die Problematik des bis zur Vertragsdurchführung bzw. bis zur Abnahme der Lieferung nicht zustande gekommenen Vertrages erkannte bereits *Flume*.<sup>103</sup> Zunächst weist er allgemein daraufhin, dass kein Vertragspartner bedenkt, in der Abnahme der Lieferung die Annahme des Angebots des Lieferanten mit der gleichzeitigen Anerkennung dessen AGB zu sehen.<sup>104</sup> Damit tritt *Flume* der Ansicht der Theorie des letzten Wortes ausdrücklich entgegen. Das letzte Wort sei kein geeignetes Kriterium, um die Frage der widersprechenden AGB zu entscheiden.

---

<sup>99</sup> So auch *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 10 in Fn. 41.

<sup>100</sup> Vgl. beispielsweise *Neuner*, BGB AT, § 47 Rn. 35.

<sup>101</sup> *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435; *BeckOK BGB/Becker*, § 305, Rn. 84; *Erman/Roloff/Looschelders*, § 305, Rn. 54; *Neuner*, BGB AT, § 47 Rn. 35.

<sup>102</sup> *NK-BGB/Kollmann*, § 305, Rn. 116a.

<sup>103</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 673 ff.

<sup>104</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 676.

Es könne oftmals gar nicht festgestellt werden, welche Partei das letzte Wort gehabt habe. Bei seiner Betrachtung und Kritik an der Theorie des letzten Wortes geht *Flume* ebenso auf die Folgen ein, die sich aufgrund der Theorie ergeben. Die Lösung nach dieser Theorie sei auch deshalb unzulänglich, weil bis zur Abnahme der Lieferung kein Vertrag zustande gekommen sei. Vielmehr müsse der Fakt, dass keine der Parteien die Frage nach der Geltung der AGB geklärt habe, in die Lösung der Problematik widersprechender AGB miteinbezogen werden. Hieraus sei zu schlussfolgern, dass keine Vertragspartei auf die Geltung der jeweiligen AGB bestehe. Deswegen dürfe auch nicht die fehlende Einigung bzgl. der Geltung der AGB durch eine fiktive Einigung bei der Abnahme der Lieferung ersetzt werden. Die widersprechenden AGB seien somit nicht vereinbart. Der Vertrag sei aber trotzdem wirksam zustande gekommen.

Von welchem Zeitpunkt *Flume* sodann hinsichtlich des Vertragsschlusses ausgeht, lässt sich aus den Ausführungen nicht zweifelsfrei erkennen. Für den Fall, dass der Lieferant in der Annahme einer Bestellung ohne AGB auf seine AGB Bezug nimmt, plädiert er bereits für einen Vertragsschluss, sobald der Besteller auf die Annahme nicht unverzüglich widerspricht.<sup>105</sup> Allerdings handelt es sich hierbei nicht um die Konstellation von widersprechenden AGB. Dementsprechend kann an dieser Stelle lediglich konstatiert werden, dass *Flume* trotz Kollision von AGB einen Vertragsschluss annimmt. Die Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist jedoch nicht zweifelsfrei zu beantworten.

Ein wenig deutlicher wird hingegen von *Westphalen*. Er sieht zunächst den Dissens nach § 154 Abs. 1 BGB vom Konsens über die essentialia negotii gem. § 155 BGB verdrängt.<sup>106</sup> Es lägen nämlich übereinstimmende Erklärungen vor.<sup>107</sup> Entscheidend sei, dass sich die Parteien auf die wesentlichen Punkte eines Vertrags verständigt hätten. Aufgrund dessen werde der Vertrag geschlossen.<sup>108</sup> Die widersprechenden AGB seien hingegen unbeachtlich.<sup>109</sup> Dementsprechend werde der Vertragsschluss nicht von dem Dissens gehindert.<sup>110</sup> Es ist somit anzunehmen, dass er bereits im Zeitpunkt des Austausches von Vertragsschlusserklärungen den Vertragsschluss annimmt.

Nach der Auffassung von *Schlechtriem* liegt oftmals ein offener Einigungsmangel bzgl. der Einbeziehung der AGB vor.<sup>111</sup> Der Hinweis auf die eigenen AGB, insbesondere in Form einer

---

<sup>105</sup> Vgl. *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 673.

<sup>106</sup> *von Westphalen*, DB 1976, 1317 (1319).

<sup>107</sup> *von Westphalen*, FS Kreft (2004), 97 (114).

<sup>108</sup> *von Westphalen*, FS Kreft (2004), 97 (114).

<sup>109</sup> *von Westphalen*, BB 1980, 1405 (1407).

<sup>110</sup> *von Westphalen*, DB 1976, 1317 (1319); *von Westphalen*, FS Kreft (2004), 97 (114).

<sup>111</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schlechtriem*, BB 1974, 1309 (1310).

qualifizierten Abwehrklausel, sei als Vorbehalt nach § 154 Abs. 1 BGB anzusehen. Dieser Bewertung tritt er jedoch direkt entgegen. Dabei erfolgt die Einschränkung unabhängig von der Frage, ob überhaupt der konkrete Bezug zum jeweiligen Vertragsabschluss durch eine formularmäßige Abwehrklausel hergestellt werden könne, der für einen Vorbehalt nach § 154 BGB entscheidend sei.<sup>112</sup> Denn seiner Meinung nach ist der partielle Dissens nicht so stark, wie die Absicht der Parteien, am Vertrag festzuhalten.<sup>113</sup> Durch die Vertragserfüllung werde die Absicht manifestiert, dass von der Gültigkeit eines Vertragsschlusses auszugehen sei. Die Zweifel nach § 154 Abs. 1 BGB würden hierdurch verdrängt werden. Der partielle Dissens wirkt sich somit nicht mehr aus. Wenn der Dissens von den Parteien nicht erkannt werde, gelte gem. § 155 BGB entsprechendes. Ein Vertragsschluss ist dementsprechend auch hiernach anzunehmen.

Nach diesen Ausführungen von *Schlechtriem* könnte ein Vertragsschluss erst im Zeitpunkt der Vertragsdurchführung anzunehmen sein. Allerdings verwendet er im obigen Kontext die Formulierung, dass „von Gültigkeit des ersten Vertragsschlusses ausgegangen wird“<sup>114</sup>, die Spielraum für eine Interpretation dahingehend offenlässt, wonach *Schlechtriem* den Vertragsschluss bereits im Zeitpunkt von Angebot und Annahme sieht. Im Kolloquium zum Anlass des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer widmet er sich sodann erneut der Frage der kollidierenden AGB.<sup>115</sup> Darin wird eminent deutlich, dass er den Vertragsschluss nicht zum Zeitpunkt der Vertragserfüllung annimmt. Zwar wird zunächst die Lösung, nach der erst die Durchführung des Vertrages vertragskonstitutiv wirkt, als attraktiv bezeichnet.<sup>116</sup> Denn es erscheine insoweit dogmatisch schlüssiger, erst im Leistungsangebot und der Annahme der Leistung die Vertragsschlusserklärungen zu sehen. So könne bei Lieferungsbeginn die Annahmefrist der modifizierenden Annahme gem. § 147 Abs. 2 BGB bereits verstrichen sein.<sup>117</sup> Zudem sei es möglich, die Durchführung als ein Indiz dafür zu werten, dass die Parteien die Geltungsfrage der AGB nicht als Vorbehalt i. S. v. § 154 Abs. S. 1 BGB erachten. Trotz aller Vorteile ist *Schlechtriem* dennoch kein Anhänger dieser Ansicht. Den Vertragsschluss erst in jenem Zeitpunkt anzunehmen, leide unter dem Nachteil, dass es den Parteien ermögliche, sich

---

<sup>112</sup> *Schlechtriem*, BB 1974, 1309 (1310) in Fn. 16.

<sup>113</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schlechtriem*, BB 1974, 1309 (1310).

<sup>114</sup> *Schlechtriem*, BB 1974, 1309 (1310).

<sup>115</sup> *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 1 ff.

<sup>116</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 10 f.

<sup>117</sup> Darauf bereits hinweisend BGH VIII ZR 249/75 = WM 1977, 451 (454).

vor Leistungserbringung ohne weiteren Grund vom Vertrag zu lösen. Zwar schränkt er ein, ein derartiges „anstößiges Abstandnehmen“<sup>118</sup> kann mit einem Verweis auf § 242 BGB verhindert werden, jedoch wird die Erbringung des Beweises in den meisten Fällen nicht gelingen. Außerdem sei es problematisch, den Parteien bei der Ausführung des Vertrages Vertragsabschlusserklärungen zu unterstellen. Kennen die Parteien den Dissens nicht, können sie bei der Durchführung keinen Vertragsabschlusswillen haben. Zudem würden nach dieser Lösung regelmäßig die gesetzlichen Bestimmungen Geltung erlangen. Denn bei der Durchführung des Vertrages könne nicht allgemein angenommen werden, dass die Parteien ihre Bedingungen weiterhin erklären. Deswegen sei vielmehr dem Umstand größeres Gewicht zu widmen, dass die Parteien im Wissen, jede Seite verwendet eigene Vertragsbedingungen, den Vertrag abschließen, ohne zu klären, welche AGB gelten sollen. Deshalb komme der Vertrag bereits mit Austausch von Angebot und Annahme zustande. Dass § 154 Abs. 1 S. 1 BGB bei einem offenen Dissens den Vertragsschluss hindert, hält *Schlechtriem* folglich in diesem Zusammenhang für unbegründet.

Nach *Vorderobermeier* kann jenes allerdings nur angenommen werden, wenn die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB entkräftet wird.<sup>119</sup> Dies sei jedoch nicht generell mit den Vertragsschlusserklärungen möglich. Denn als Erklärung einer Partei im Sinne von § 154 Abs. 1 BGB sei der Hinweis auf die Geltung der eigenen AGB zu sehen. Dies habe sodann zur Folge, dass die Zweifelsregelung zur Anwendung gelange. Deswegen müsse ein weiterer Umstand hinzutreten, der einen Vertragsabschlusswillen bereits mit dem Austausch von Angebot und Annahme erkennen lässt. Ein solcher Umstand könne in dem Verhalten der Parteien liegen. Dieser könne etwa in einer teilweisen Ausführung im beidseitigen Einvernehmen zu erkennen sein oder in dem Falle, wenn die Parteien ihre Verpflichtungen nach der ersten Willenserklärung fortwährend als verbindlich ansähen.

*Ulmer/Habersack* sehen dagegen ebenso wie *Schlechtriem* das entscheidende Kriterium für einen Vertragsschluss in der Annahme des Angebots, ohne dabei das Hinzutreten weiterer Umstände zu fordern.<sup>120</sup> Eine spätere Vertragsdurchführung indiziere hingegen lediglich den Bindungswillen der Parteien. Die Lösung der Frage der kollidierenden AGB ist hiernach dementsprechend in der Umkehrung der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB zu finden.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 10.

<sup>119</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 104 f.

<sup>120</sup> Diese und die folgende Ausführungen *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 188; ebenso *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 222 f.

<sup>121</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 188.

### c) Bedeutung einer Abwehrklausel

Gesondert ist darauf einzugehen, inwiefern eine Abwehrklausel entscheidend für die Nichtanwendung des § 150 Abs. 2 BGB sein soll. Entgegen der Rechtsprechung wird überwiegend angenommen, dass der dargestellte Lösungsansatz unabhängig von der Verwendung einer Abwehrklausel zu gelten habe.<sup>122</sup> Durch den Verweis auf die eigenen AGB haben die Parteien den Dissens manifestiert.<sup>123</sup> Eine Abwehrklausel hat keinen weitreichenderen Geltungsumfang.

Diejenigen, die allerdings für den vorweggenommenen Widerspruch eine Abwehrklausel als entscheidend ansehen<sup>124</sup>, müssen sich der Fragestellung widmen, ob die Abwehrklausel einer AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausgesetzt ist. Grundsätzlich kann eine Abwehrklausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen.<sup>125</sup> Allerdings sei dies im Regelfall unerheblich. Durch die beidseitige Benutzung einer Abwehrklausel würden jene bereits gar nicht Vertragsbestandteil.<sup>126</sup> Zudem sei eine Inhaltskontrolle deswegen unbeachtlich, da bereits durch die Verwendung einer Abwehrklausel der Wille des Vertragspartners deutlich werde.<sup>127</sup> Allein dies ist für das Problem der kollidierenden AGB von Bedeutung.

Eine Inhaltskontrolle ist demnach nur in den Ausnahmefällen angezeigt, wenn die Klauseln in den Vertrag einbezogen worden sind oder bei Prozessen nach dem UKlaG.<sup>128</sup>

## 2. Lösung über § 306 Abs. 1 BGB

Im Gegensatz zum bisher Genannten rückt *Grüneberg* den § 306 BGB in den Fokus der Betrachtung. Dabei stimmt er zunächst zu, dass bei widersprechenden AGB grundsätzlich ein Dissens nach den §§ 154, 155 BGB vorliegt.<sup>129</sup> Des Weiteren sei der § 306 Abs. 1 BGB zwar nach seinem Wortlaut, aber nicht dem Sinn nach, erfüllt.<sup>130</sup> Durch die Durchführung des Vertrages werde allerdings die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB entkräftet.<sup>131</sup> Nach dem

---

<sup>122</sup> Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 236; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 188; Leuschner/*Leuschner*, § 305, Rn. 226; von *Westphalen*, DB 1976, 1317 (1321); von *Westphalen*, FS Horn (2006), 159 (161 f.); von Westphalen/Thüsing/*von Westphalen*, Vertragsabschlussklauseln - Einbeziehung, Rn. 52; *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 106; *Stahl* DB 1956, 681; einschränkend Wolf/Lindacher/*Pfeiffer*, § 305, Rn. 140.

<sup>123</sup> Diese und die folgende Ausführung von Westphalen/Thüsing/*von Westphalen*, Vertragsabschlussklauseln - Einbeziehung, Rn. 52.

<sup>124</sup> Wolf/Lindacher/*Pfeiffer*, § 305, Rn. 140.

<sup>125</sup> So NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 121.

<sup>126</sup> Wolf/Lindacher/*Pfeiffer*, § 305, Rn. 140.

<sup>127</sup> NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 121 mit Verweis auf BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

<sup>128</sup> NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 121.

<sup>129</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 305, Rn. 54.

<sup>130</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 306, Rn. 4.

<sup>131</sup> Palandt/*Ellenberger*, § 154, Rn. 3.

Rechtsgedanken des § 306 BGB hindere der Dissens bei einverständlicher Durchführung so- dann die Wirksamkeit des Vertrages nicht.<sup>132</sup>

*Basedow* vertritt einen ähnlichen Ansatz. Nach seiner Beurteilung ist der § 306 Abs. 1 BGB auf den Teil des Vertrages anzuwenden, bei dem kein Dissens vorliegt.<sup>133</sup> Insofern sei der § 306 Abs. 1 BGB eine den § 154 BGB verdrängende Regelung. Hinsichtlich der Kollision werde durch die Durchführung die Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB ex post widerlegt. Folglich sei trotz des Dissenses ein wirksamer Vertrag geschlossen.<sup>134</sup> An einer detaillierteren Begründung fehlt es jedoch.

### 3. Lösung über § 155 BGB

Die bis hierhin referierten Meinungen haben gemeinsam, dass sie überwiegend versuchen, die Lösung des Problems im Rahmen des § 154 Abs. 1 BGB zu finden. Eine mögliche Bedeutung von § 155 BGB wird nicht näher thematisiert. Der § 155 BGB kann allerdings eine entschei- dende Rolle im Rahmen des Problems der widersprechenden AGB einnehmen. Dies ist einem Beitrag von *Lukes* aus der JuS im Jahr 1961<sup>135</sup> zu entnehmen.

Er verweist in der Schrift zunächst darauf, dass es nicht darauf ankommen kann, wer zuletzt seine AGB übermittelt hat.<sup>136</sup> Es fehle an der inneren Berechtigung, anzunehmen, dass je- mand, der zuerst z. B. beim Vertragsangebot auf seine eigenen AGB verweist, anschließend von diesen abweicht und sich den AGB der anderen Partei unterwirft. Hieraus zieht *Lukes* folgende Konsequenz: Wenn die Parteien mit der Vertragsdurchführung beginnen, so seien deren Willenserklärungen auf Vertragsschluss gerichtet. Allerdings liege eine Willenseini- gung lediglich hinsichtlich der übereinstimmenden Bedingungen der AGB vor. Betreffend der widersprechenden Punkte fehle es an einer Willenseinigung. Diese fehlende Willenseinigung sei ein Fall des § 155 BGB und somit des sog. versteckten Dissens. Aufgrund der Durchfüh- rung des Vertrages würden die Parteien aufzeigen, dass eine Willenseinigung über die abwei- chenden Bedingungen der AGB nicht entscheidend für einen wirksamen Vertragsschluss sei. Der Widerspruch der AGB sei demnach unwesentlich.

Aus dieser Betrachtungsweise lassen sich drei Schlussfolgerungen ziehen: Zum einem ist auch hiernach der Vertragsschluss offenkundig von der Vertragsdurchführung abhängig. Zum anderen erachtet *Lukes* die widersprechenden AGB als Anwendungsfall des § 155 BGB. Ob

---

<sup>132</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 305, Rn. 54.

<sup>133</sup> Diese und die folgenden Ausführungen MüKoBGB/*Basedow*, § 154, Rn. 6.

<sup>134</sup> MüKoBGB/*Basedow*, § 306, Rn. 11.

<sup>135</sup> *Lukes*, JuS 1961, 301 ff.

<sup>136</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Lukes*, JuS 1961, 301 (306).

dies jedoch allgemein angenommen werden kann, ist jedenfalls ohne nähere Begründung äußerst fraglich; insbesondere in Abgrenzung zum offenen Dissens nach § 154 Abs. 1 S. 1 BGB. Des Weiteren nimmt er offenkundig eine Zweiteilung der Willenserklärung vor.

#### 4. Zweiteilung der Willenserklärung

Auf den Ansatz der Zweiteilung der Willenserklärung geht *Krause* näher ein. Er stellt dabei zunächst die Frage, ob ein Kaufmann durch Verweis auf seine AGB in der Bestellannahme oder in der Auftragsbestätigung der anderen Vertragspartei den Beweis dafür auflegen könne, dass die Vertragsbedingungen des Kaufmanns ohne ausdrückliche Ablehnung Vertragsinhalt werden und dies selbst dann, wenn die andere Partei die Bestellung mit eigenen AGB versehen habe.<sup>137</sup> Er formuliert damit die grundlegende Frage, welche AGB gelten, wenn sie sich widersprechen. Für die Beantwortung schlägt er drei mögliche Lösungsalternativen vor.

Zunächst sei an eine Gleichsetzung von Angebotsannahme und Bestätigungsschreiben zu denken.<sup>138</sup> Hiernach käme es sodann nicht mehr darauf an, ob die Voraussetzungen des Bestätigungsschreibens vorliegen. Ein Vorliegen jener wird einfach ohne nähere Ausführungen angenommen. Jedes Schweigen der anderen Partei führe zur Geltung der AGB des modifizierend Annehmenden. Allerdings verweist er darauf, dass ein derartiger Ansatz den Begriff des Bestätigungsschreibens zu weit ausdehnt. Derjenige, der seine AGB in den Vertrag einführen wolle, müsse versuchen, die Zustimmung der anderen Vertragspartei zu erlangen. Zudem führe die Gleichstellung von Annahme und Bestätigungsschreiben zu einer Umgehung der Voraussetzungen des Bestätigungsschreibens und widerspreche dem Sinn und Zweck jenes Schreibens. Ein Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben wirke deshalb positiv, weil der Absender bereits von einem Vertragsschluss ausgehe und deswegen mit einer Zustimmung des Empfängers hinsichtlich des Inhalts des Schreibens rechnen dürfe. Diese Situation liege bei einer einfachen Annahme oder Auftragsbestätigung hingegen nicht vor.

Der zweite aufgeworfene Lösungsansatz schränkt die erste Lösungsmöglichkeit auf die Fälle ein, bei denen ein echtes Bestätigungsschreiben vorliegt.<sup>139</sup> Hiergegen spreche jedoch, dass ermittelt werden müsse, ob dem Schreiben bereits ein Vertragsschluss oder nur eine Bestellung vorausging. Des Weiteren hätte diese Ansicht zur Konsequenz, bei einem fehlenden Vertragsschluss eine bereits erfolgte Durchführung über das Bereicherungsrecht rückabwickeln zu müssen.

---

<sup>137</sup> *Krause*, BB 1952, 996 (997).

<sup>138</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Krause*, BB 1952, 996 (997).

<sup>139</sup> Diese und die folgende Ausführung *Krause*, BB 1952, 996 (997).

Der dritte Lösungsvorschlag differenziert sich grundlegend von den anderen beiden. Hiernach sollen die AGB als gesonderter Teil des Vertrages angesehen werden. Es müsse zwischen dem ausgehandelten Teil und den AGB differenziert werden.<sup>140</sup> Dies soll dazu führen, dass sich eine Unwirksamkeit des einen Teils nicht auf den anderen Teil auswirkt. Er umgeht somit die skizzierten Probleme der anderen beiden Lösungsansätze. Ein wirksamer Vertragsschluss liegt hiernach vor. Allerdings wird dieses Ergebnis über einen Kunstgriff erreicht, der äußerster Argumentationsanstrengungen bedarf. *Krauses* Ansatz besteht darin, dass der Einbeziehungswille inhaltlich abstrakt und losgelöst vom Willen hinsichtlich des Abschlusses des Rechtsgeschäftes zu betrachten ist.<sup>141</sup> Allerdings kann eine derartige Zweiteilung des Erklärungsinhalts einer Willenserklärung nicht ohne weiteres angenommen werden. *Krause* hält dem jedoch entgegen, dass bereits die Rechtsprechung im gewissen Sinne von einer Zweiteilung ausgeht, indem sie trotz nicht übereinstimmender AGB einen Vertragsschluss annimmt. Folglich dürften AGB als etwas Zusätzliches angesehen werden.<sup>142</sup> Dementsprechend ist das entscheidende Kriterium für eine Wirksamkeit die Willensübereinstimmung, die hinsichtlich der nicht übereinstimmenden AGB nicht vorliegt.

Dieser Lösungsansatz hat somit zur Folge, allgemein bei widersprechenden AGB einen Vertragsschluss anzunehmen.<sup>143</sup> Die AGB seien jedoch ungültig. Einer möglichen Kritik, nach der den Parteien ein Vertrag nach dem BGB aufgedrängt werde, könne entgegengehalten werden, dass es den Einbeziehenden der AGB selbst überlassen sei, die Wirksamkeit ihrer AGB herbeizuführen, so wie es ihnen ebenso in Bezug auf die individuellen Vereinbarungen gelinge. Dies widerspricht jedoch der heutigen Schnellebigkeit des Geschäftsverkehrs.

## 5. Lösung über § 150 Abs. 2 BGB

Eine Mindermeinung folgt weiterhin der Ansicht, dass sich die Frage des Zustandekommens des Vertrages an § 150 Abs. 2 BGB zu orientieren hat und damit die Theorie des letzten Wortes gelten soll.<sup>144</sup> Nach dieser Ansicht beziehen die Kritiker der Theorie des letzten Wortes ungerechtfertigter Weise bei der Auslegung der Annahme das Bestellschreiben mit ein.<sup>145</sup>

*Ebel* hält diesen Kritikern entgegen, dass das Gesetz nicht nur allgemeine Grundsätze wie die §§ 157, 242 BGB aufstellt, sondern auch spezielle Auslegungsregeln.<sup>146</sup> § 150 Abs. 2 BGB

---

<sup>140</sup> *Krause*, BB 1952, 996 (997).

<sup>141</sup> *Krause*, BB 1952, 996 (998).

<sup>142</sup> *Krause*, BB 1952, 996 (998).

<sup>143</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Krause*, BB 1952, 996 (998).

<sup>144</sup> *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1034 ff.).

<sup>145</sup> *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1034 f.).

<sup>146</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1035).

sei in diesem Zusammenhang eine besondere Auslegungsregel. Um nun die Ansicht der Kritiker zu widerlegen, geht *Ebel* auf die Rechtsfolgen des § 150 Abs. 2 BGB ein. Zum einen stellt die modifizierende Annahme nach § 150 Abs. 2 BGB eine Ablehnung des Angebotes dar. Zum anderen ist in ihr ein neues Angebot zu sehen. Insbesondere die erste Rechtsfolge sei entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob bei der Auslegung der Annahme auf das ursprüngliche Angebot zurückgegriffen werden dürfe. Nach dem Wortlaut des § 150 Abs. 2 BGB werde das ganze Angebot abgelehnt und somit auch die Punkte, über die die Parteien bereits Einigkeit erzielt haben. Folglich könne bei der Auslegung der vorbehaltlosen Annahme der Lieferung das Bestellschreiben nicht entscheidend sein. Dementsprechend soll beispielsweise die Annahme der Ware auf einen Vertragsschluss zu den Bedingungen des modifiziert Annehmenden schließen lassen.<sup>147</sup>

Diese Ansicht könnte darin Bestätigung finden, dass in der Regel auch von einer Annahme auszugehen ist, wenn der Annehmende den Kaufpreis zahlt.<sup>148</sup> Des Weiteren kann sich eine Person, die eine Handlung vornimmt, die nach den Gesamtumständen wie eine Annahme zu werten ist, obwohl ein derartiger Wille nicht vorliegt, auch nicht auf § 116 BGB berufen.<sup>149</sup> Wenn man der Argumentation von *Ebel* folgt, entspricht sie auf den ersten Blick zudem dem § 151 BGB.<sup>150</sup> Eine Annahme nach § 151 BGB ist grundsätzlich wie die Willenserklärungen ein Akt finaler, privatautonomer Gestaltung eines Rechtsgeschäfts.<sup>151</sup> Hierbei ist allerdings auf den wirklichen Willen abzustellen, da eine derartige Annahme eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist.<sup>152</sup> Es kommt nicht entscheidend auf den Vertrauensschutz an.<sup>153</sup> Dementsprechend kann nicht der Empfängerhorizont bestimmend für die Ermittlung eines möglichen Annahmewillens sein. Für die Beurteilung des Annahmewillens soll vielmehr auf das Gesamtverhalten des Angebotsempfängers abzustellen sein.<sup>154</sup> Es ist demnach zu fragen, wie das Gesamtverhalten anhand äußerer Indizien zu beurteilen ist. Im Rahmen des Gesamtverhaltens darf nach der Ansicht von *Ebel* das ursprüngliche Angebot nicht berücksichtigt werden. Folglich ist hiernach eine Annahme aufgrund des Verhaltens des Annehmenden ge-

---

<sup>147</sup> Vgl. *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1035); ablehnend da das Verhalten einer Warenannahmestelle keinen Vertrag begründen kann von *Westphalen*, BB 1980, 1405 (1407).

<sup>148</sup> Vgl. RG III 289/29 = 129, 109 (113); *Erman/Armbrüster*, § 151, Rn. 5.

<sup>149</sup> *MüKoBGB/Busche*, § 151, Rn. 10; *Erman/Armbrüster*, § 151, Rn. 9.

<sup>150</sup> Hierzu ausführlich S. 93 ff.

<sup>151</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 655.

<sup>152</sup> BGH VIII ZR 258/89 = NJW 1990, 1655 (1656); BGH XI ZR 24/99 = NJW 2000 276 (277); *MüKoBGB/Busche* § 151 Rn. 10.

<sup>153</sup> *Erman/Armbrüster*, § 151, Rn. 9.

<sup>154</sup> Diese und die folgende Ausführung *MüKoBGB/Busche*, § 151, Rn. 10.

geben. Ob bereits eine Annahme zum Zeitpunkt des Schweigens auf die modifizierende Auftragsbestätigung anzunehmen ist, lässt *Ebel* allerdings unbeantwortet.

## 6. Differenzierte Betrachtung

*Pfeiffer* hingegen unterscheidet bei der Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages danach, ob die AGB eine Abwehr-, Ausschließlichkeits- oder gar keine Geltungsklausel enthalten.<sup>155</sup> Nach seinem Verständnis hat eine Abwehrklausel zum Inhalt, dass der Klauselverwender die AGB der anderen Partei nicht anerkennt.<sup>156</sup> Durch eine Ausschließlichkeitsklausel verdeutliche der Verwender hingegen, den Vertrag nur auf Grundlage seiner AGB schließen zu wollen. Liegen beiden Klauseln nicht vor, so spricht *Pfeiffer* von keiner Geltungsklausel.

### a) Keine Geltungsklausel

Für den grundlegenden Fall, dass beide Parteien keine Geltungsklausel verwenden bzw. nur die nicht modifizierende Partei keine Geltungsklausel verwendet, solle es zur Anwendung der §§ 150 Abs. 2, 151 BGB kommen.<sup>157</sup> Dabei stelle jedoch nicht das Schweigen auf die modifizierende Auftragsbestätigung die Zustimmung zu dem Angebot dar. Der Vertrag komme insofern zustande, dass der Nicht-Modifizierende mit der Durchführung beginnt oder die gelieferte Ware entgegennimmt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass *Pfeiffer* zur Anwendung der Theorie des letzten Wortes gelangt, wenn der nicht modifizierend Annehmende keine Geltungsklausel verwendet. Außer Betracht bleibt dabei allerdings die Tatsache, dass jene Partei auch AGB einführen wollte und somit ebenfalls den Willen besaß, die eigenen AGB miteinzubeziehen. Einer Erklärung, aus welchem Grund die nicht modifizierende Partei von diesem Willen abrücken sollte, bleibt *Pfeiffer* schuldig.

Wenn der ursprünglich Anbietende außerhalb der AGB widerspricht, dann weicht *Pfeiffer* von seiner Lösung ab.<sup>158</sup> In diesem Fall sei der Vertrag auch ohne Einigung über die AGB zustande gekommen und somit entgegen der Zweifelsregelung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB. Ob dabei die AGB des modifizierenden Annehmenden eine Abwehrklausel enthalten, sei unbeachtlich. Des Weiteren liege ein Verzicht auf eine etwaige Ausschließlichkeitsklausel vor, wenn der modifizierend Annehmende trotz des Widerspruchs der anderen Partei den Vertrag durchführe.<sup>159</sup> Dies ist insofern konsequent, dass durch den Widerspruch der einen Partei eine Annah-

---

<sup>155</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 137 ff.

<sup>156</sup> Diese und die folgenden Ausführungen Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 137.

<sup>157</sup> Diese und die folgenden Ausführungen Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 138.

<sup>158</sup> Diese und die folgenden Ausführungen Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 139.

<sup>159</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 139.

me nach § 151 BGB nicht angenommen werden kann und dementsprechend die Theorie des letzten Wortes keine Anwendung findet.

## **b) Abwehrklausel**

Verwendet der Anbietende in seinen AGB eine Abwehrklausel, rückt *Pfeiffer* von seiner Lösung nach der Theorie des letzten Wortes ab. Die Abwehrklausel erkennt er als vorweggenommenen Widerspruch an.<sup>160</sup> Er kommt dementsprechend zu dem gleichen Ergebnis wie bei einem Widerspruch außerhalb der AGB. Es ist dabei auch unbeachtlich, ob die Abwehrklausel überhaupt zu einem späteren Zeitpunkt Vertragsinhalt wird. Die Wirkung entfalte sie hier von losgelöst.<sup>161</sup>

## **c) Ausschließlichkeitsklausel**

Eine andere Situation liegt hingegen seiner Meinung nach vor, wenn der ursprünglich Anbietende eine Ausschließlichkeitsklausel verwendet.<sup>162</sup> In diesem Fall komme es entscheidend darauf an, ob der Vertrag abgewickelt werde oder nicht. Wenn der Vertrag sodann zur Durchführung gelange und der Annehmende eindeutig auf seine AGB verwiesen habe, sei entgegen der § 154 Abs. 1 S. 1 BGB ein wirksamer Vertrag anzunehmen. Dies gelte unabhängig davon, ob der Annehmende eine Abwehr-, Ausschließlichkeits- oder keine Geltungsklausel verwendet habe. Durch die Durchführung des Vertrages sei zu erkennen, dass der Anbietende stillschweigend auf seine Ausschließlichkeitsklausel verzichtet habe.

Eine andere Gegengegebenheit liege dagegen vor, wenn der Vertrag nicht zur Durchführung gelange.<sup>163</sup> Sodann komme es darauf an, ob der Annehmende die AGB des Anbieters anerkenne oder ob aus anderen Umständen erkennbar sei, dass der Anbietende auf seine Ausschließlichkeitsklausel verzichtet habe. Ist Beides nicht gegeben, ist nach Ansicht von *Pfeiffer* gem. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB kein Vertrag zustande gekommen. In der widerspruchslosen Hinnahme sei in keinem Fall eine Anerkennung der gegnerischen AGB zu sehen. Erkenne der Andere jedoch die AGB mit der Ausschließlichkeitsklausel an, so gelten seine AGB in Gesamtheit nicht. Dies ist unabhängig davon, ob sie den AGB des anderen widersprechen oder sie ergänzen.

Ebenfalls geht *Schopp* auf die Ausschließlichkeitsklausel ein. Verwenden beide Parteien eine

---

<sup>160</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 140.

<sup>161</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 140.

<sup>162</sup> Diese und die folgenden Ausführungen Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 141.

<sup>163</sup> Diese und die folgenden Ausführungen Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 141.

derartige Klausel, könne keine stillschweigende Annahme, etwa gem. § 151 BGB, angenommen werden.<sup>164</sup> Es werde erkennbar, dass beide Parteien eine ausdrückliche Anerkennung der jeweils widersprechenden Bedingungen verlangen würden. Deswegen sei es maßgeblich, ob die Parteien trotz der kollidierenden Bedingungen am Vertrag festhalten, ihn erfüllen oder die Erfüllung nicht verweigern. Es kommt somit entscheidend für das Zustandekommen des Vertrages auf die Vertragsdurchführung an. Ist diese gegeben, setze sich keine der AGB durch. Wird hingegen keine Ausschließkeitsklausel verwendet, liegt e contrario der Schluss nahe, dass *Schopp* trotz kollidierender AGB eine stillschweigende Annahme anerkennt.

#### **d) Zusammenfassung**

Es kommt hiernach somit entscheidend darauf an, ob der Besteller eine Geltungsklausel verwendet hat. Enthalten die AGB eine derartige Klausel, kommt der Vertrag entgegen der Zweifelsregelung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB zustande. Wird stattdessen lediglich auf die eigenen AGB ohne Geltungsklausel verwiesen, kommt es zur Anwendung der §§ 150 Abs. 2, 151 BGB. Obwohl der Besteller in beiden Varianten seinen Einbeziehungswillen zum Ausdruck bringt, soll der Wille nicht gleich beachtlich sein.<sup>165</sup> Vielmehr ist hiernach entscheidend, wie die Geltung der eigenen AGB zum Ausdruck gebracht wird.

### **7. Lösung über Art oder Inhalt des Widerspruchs**

Teilweise wird in der Literatur das Zustandekommen des Vertrages von der Art oder dem Inhalt eines erklärten Widerspruchs abhängig gemacht. Der erklärte Widerspruch soll sich entscheidend auf einen möglichen Vertragsschluss auswirken.

#### **a) Wirkungsweise eines individuell erklärten Verweises**

*Schmidt-Salzer* stellt im Zusammenhang mit der Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages bei kollidierenden AGB auf die Art des Widerspruchs ab. Grundsätzlich komme im kaufmännischen Geschäftsverkehr einem Schweigen auf eine modifizierende Auftragsbestätigung keine Zustimmungswirkung zu.<sup>166</sup> Vielmehr gälten hier ebenso die entwickelten Grundsätze über die Bewertung einer modifizierenden Auftragsbestätigung aus dem nicht-kaufmännischen Verkehr. Es bestehe somit im B2B-Verkehr seitens des Empfängers keine Widerspruchsobliegenheit in Bezug auf eine modifizierende Auftragsbestätigung. Allerdings

---

<sup>164</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schopp*, Rpfleger 1982, 321 (325).

<sup>165</sup> A. A. von Westphalen/Thüsing/von Westphalen, Vertragsabschlussklauseln - Einbeziehung, Rn. 54.

<sup>166</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (597).

hält er es für möglich, insofern der modifizierend Annehmende die Leistung erbringt, in der Annahme der Leistung durch den Erstverweisenden eine konkludente Annahme des in der Leistung liegenden neuen Angebotes zu erkennen.<sup>167</sup> *Schmidt-Salzer* differenziert hierfür zwischen diversen Szenarien.

Habe der modifizierend Annehmende in seiner Auftragsbestätigung formularmäßig auf die eigenen AGB verwiesen, so sei in der Annahme der Leistung durch die andere Partei keine Zustimmung zum Vertrag mit den AGB der modifizierenden Auftragsbestätigung zu erachten, insofern der Annehmende ebenfalls in seinem ursprünglichen Angebot formularmäßig auf die eigenen AGB verwiesen habe.<sup>168</sup> Dadurch, dass der Bestätigende lediglich formularmäßig auf die eigenen AGB verweise, könne der Annehmende davon ausgehen, die Ablehnung der gegnerischen AGB bereits eindeutig kundgetan zu haben. Dies liege am allgemeinen und nicht auf den Einzelfall bezogenen Charakter von formularmäßigen Erklärungen. Ein derartiger Hinweis bewirke stattdessen eine Ablehnung der gegnerischen AGB. Doch trotz dieser Nichteinigung komme durch die Lieferung und Entgegennahme ein Vertrag ohne AGB zustande.

Habe hingegen der Bestätigende individuell in dem maschinenschriftlichen Text auf die eigenen AGB verwiesen und der ursprünglich Anbietende weiterhin nur formularmäßig, so sollen sich nach *Schmidt-Salzer* die AGB des Bestätigenden durchsetzen.<sup>169</sup> Werde die Lieferung des Bestätigenden vorbehaltlos angenommen, müsse der Annehmende die Leistung vor dem Hintergrund der individuellen Erklärung betrachten. Hiernach komme somit der Vertrag mit den AGB des Bestätigenden zustande.

An diesem Resultat ändere sich im Grundsatz auch nichts, wenn mehrere Schreiben mit jeweiligem Verweis auf die eigenen AGB ausgetauscht werden.<sup>170</sup> Es komme einzig auf die Form der Verweisung an. Dementsprechend seien ebenso ausdrückliche Ablehnungen fremder AGB rechtlich unbeachtlich, solange sie lediglich formularmäßig erklärt würden. Die Berechtigung dieses Ergebnisses sieht er in einem Vergleich mit handgeschriebenen Vertragsbestimmungen. Diese seien auch ggü. gedruckten Vertragsbestimmungen vorrangig. Beide hätten gemeinsam, dass es sich um individuell-konkrete Erklärungen handele, die ggü. allgemeinen Erklärungen vorgehen.

Hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrages haben die bisher geschilderten Fälle gemeinsam, den Vertrag erst durch Entgegennahme der Lieferung wirksam werden zu lassen. Hiervon rückt *Schmidt-Salzer* sodann ab, wenn eine Partei mehrfach individuell und die ande-

---

<sup>167</sup> *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596).

<sup>168</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596).

<sup>169</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596).

<sup>170</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596).

re mehrmals formularmäßig auf die eigenen AGB verweist.<sup>171</sup> In diesem Fall käme der Vertrag bereits aufgrund der Korrespondenz mit den AGB zustande, auf die individuell verwiesen wurde.

Konsequenterweise sieht *Schmidt-Salzer* auch dann die individuelle Erklärung als vorrangig an, wenn lediglich der Anbietende individuell auf seine AGB verweist.<sup>172</sup> Die formularmäßige Erklärung in der modifizierenden Annehmende stelle dagegen nur eine allgemeine Erklärung dar und trete deswegen zurück. Das Gleiche gelte, wenn der Anbietende in seinem Angebot andere AGB individuell ausschließe. Demnach komme dann der Vertrag ohne AGB zustande. Dieses Vorgehen ist auf Grundlage der vorherigen Betrachtungen und Erläuterungen folgerichtig. In einem Punkt unterscheidet sich dieses Ergebnis jedoch von den Vorherigen. Der Vertrag kommt in dieser Konstellation nicht durch Entgegennahme der Lieferung oder Ausführung der Leistung zustande, sondern bereits zum Zeitpunkt des Austausches von Angebot und modifizierender Annahme.<sup>173</sup> Obwohl *Schmidt-Salzer* von einer modifizierenden Annahme und somit dogmatisch nach § 150 Abs. 2 BGB von einem neuen Angebot ausgeht, sieht er den Vertrag mit der modifizierenden Annahme als geschlossen an. Der Wille des Annehmenden, den Vertrag auf Grundlage seiner AGB zu schließen, werde durch die allgemeine Erklärung nicht deutlich. Vielmehr sei die formularmäßige Erklärung rechtlich unerheblich. Dass diese Lösung dogmatisch unsauber und den Grundsätzen der §§ 145 ff. BGB widerspricht, scheint *Schmidt-Salzer* insofern zu erkennen, da er der eigentlichen modifizierenden Auftragsbestätigung das Wort „tatsächlich“<sup>174</sup> voranstellt und im Folgenden mit dem Rechtssinn argumentiert.

Ein anderer Fall sei jedoch gegeben, wenn der modifizierend Annehmende nicht formularmäßig auf seine AGB verweist, sondern ebenfalls individuell wie der Anbietende.<sup>175</sup> Aufgrund des individuellen Verweises komme ein Vertrag erst konkludent zustande, wenn die Leistung erbracht und angenommen werde. Wegen der jeweilig individuell erklärten Verweisungen werden allerdings keine der beiden AGB Vertragsinhalt. Der Vertrag sei somit ohne AGB geschlossen worden.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass hiernach die Lösung des Problems der kollidierenden AGB entscheidend davon abhängt, wie auf die AGB verwiesen wird. Wenn beide dieselbe Art von Verweis wählen, ist keine vorrangig und der Vertrag wird im Regelfall ohne

---

<sup>171</sup> *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596).

<sup>172</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596 f.).

<sup>173</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (596 f.).

<sup>174</sup> *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (597).

<sup>175</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schmidt-Salzer*, BB 1971, 591 (597).

AGB wirksam. Hingegen soll ein formularmäßig formulierter Verweis rechtlich unerheblich sein, wenn jener auf einen individuellen Verweis trifft. Dementsprechend setzen sich die AGB mit dem individuellen Verweis durch.<sup>176</sup>

## **b) Wirkung von der Typizität der Abwehrklausel abhängig**

Einen ähnlichen Weg wie *Schmidt-Salzer* schlägt auch *Götz* vor.<sup>177</sup> Beim Sachverhalt der kollidierenden AGB solle es auf den Inhalt der Erklärung ankommen. Entscheidend sei, ob aus den Erklärungen der Parteien hervorgehe, ob der Vertrag ohne Einigung über die AGB zustande kommen könne.<sup>178</sup> Mache der Offerent in seinem Angebot ausdrücklich deutlich („Verträge schließen wir nur zu unseren [...] Bedingungen ab“<sup>179</sup>), alleinig auf Grundlage seiner AGB den Vertrag schließen zu wollen, könne nicht angenommen werden, dass er der modifizierenden Annahme positiv gegenüberstehe. Vielmehr werde man eine Annahmeerklärung des Offerenten erwarten müssen.<sup>180</sup>

Anders liege jedoch der Fall, wenn der Offerent eine Formulierung wie die folgende wählt: Den Vereinbarungen liegen unsere Vertragsbedingungen zugrunde. Abweichende Bedingungen sind ohne schriftliche Anerkennung nicht verbindlich, auch wenn kein ausdrücklicher Widerspruch vorliegt.<sup>181</sup> Hier könne nicht grundsätzlich von einer ablehnenden Haltung gegenüber der modifizierenden Annahme ausgegangen werden.<sup>182</sup> Allerdings wäre es auch fehlerhaft, hieraus generell zu schließen, dass sich der ursprüngliche Offerent den gegnerischen Bedingungen unterwerfe. Dies widerspräche der ausdrücklichen Erklärung. Vielmehr müsse berücksichtigt werden, dass die Parteien regelmäßig den Streit, welche Bedingungen gelten, nicht austragen wollen und es nicht ihrem Interesse entspreche, keinen Vertrag anzunehmen. Deswegen sei ein Vertragsschluss gem. § 155 BGB anzunehmen.

Nach *Götz* soll somit den Erklärungen zu entnehmen sein, ob ein Vertrag zustande kommt. Es kommt somit entscheidend, im Gegensatz zu *Schmidt-Salzer*, der auf die Art der Klausel verweist, auf den Text der Klausel an.

Lässt sich aus dem Inhalt der Erklärung des ursprünglichen Offerenten allerdings nichts schließen, was bei einem einfachen Verweis auf die eigenen AGB der Fall wäre, vertritt *Götz* – offensichtlich – die Meinung, dass sich die modifizierende Annahme mit ihrem Inhalt

---

<sup>176</sup> A. A. Erman/*Roloff/Looschelders*, § 305, BGB, Rn. 54.

<sup>177</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 257 ff.

<sup>178</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 258.

<sup>179</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 259.

<sup>180</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 259.

<sup>181</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 258.

<sup>182</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 259.

durchsetzt. Dies ergibt sich daraus, dass er grundsätzlich die Regeln des Bestätigungsschreibens auch auf die modifizierende Annahme überträgt.<sup>183</sup>

Gesondert betrachtet *Götz* den Fall, wenn auf ein modifizierendes Angebot wiederum mit einem modifizierenden Angebot geantwortet wird.<sup>184</sup> Im Ergebnis verweist er jedoch auf die dargestellten Grundsätze. Es dürfe keinen Unterschied machen, welche Partei abschließend mit einer modifizierenden Annahme antworte. Der Empfänger der modifizierenden Annahme dürfe sich ebenfalls auf die Vorteile einer modifizierenden Annahme berufen, wenn er mit einer modifizierenden Annahme antworte. Diese Betrachtungsweise führt jedoch, wie *Götz* selbst erkennt, zu einem Folgeproblem. Sie kann zur Konsequenz haben, dass jede Partei versuchen wird, die abschließende modifizierende Annahme zu erklären, und es somit zu einem „Hin- und Herschieben“<sup>185</sup> kommt. Denn der modifizierende Annehmende muss hiernach im Gegensatz zur anderen Partei nicht durch eine vorherige Erklärung deutlich machen, sich nicht den Bedingungen des modifizierend Annehmenden unterwerfen zu wollen. Dies sei allerdings hinzunehmen, da die Privatautonomie durch weitere Regelungen nicht noch weiter eingeschränkt werden dürfe. Es sei Aufgabe der Parteien, das Problem zu lösen und sich zu einigen. Zudem hätten die Parteien durch eine entsprechende Formulierung die Möglichkeit, dass „Hin- und Herschieben“<sup>186</sup> zu verhindern. Es gälten in dem Fall die gleichen Grundsätze als wenn nur eine Partei modifizierend annehme.<sup>187</sup>

### **c) Wirkungsweise eines ausdrücklichen und gesonderten Widerspruchs**

Etwas anders stellt sich der Sachverhalt dar, wenn eine Vertragspartei außerhalb der eigenen AGB den entgegenstehenden AGB der anderen Vertragspartei ausdrücklich sowie gesondert widerspricht und die wirksame Einbeziehung der eigenen AGB verlangt. In diesem Fall drängt sich die Frage auf, ob ein solcher Widerspruch von anderer Qualität als eine Abwehr- oder Ausschließlichkeitsklausel ist.

Im Schrifttum wird dies angenommen.<sup>188</sup> So schreibt *von Westphalen*, dass es in diesem Ausnahmefall zur Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB kommt.<sup>189</sup> Die andere Partei sei in derartigen Fällen nicht mehr schutzbedürftig. Sie könne nicht mehr darauf vertrauen, dass die eige-

---

<sup>183</sup> Vgl. *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 257 f.

<sup>184</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 279 ff.

<sup>185</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 281.

<sup>186</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 281.

<sup>187</sup> *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 281.

<sup>188</sup> *von Westphalen/Thüsing/von Westphalen*, Vertragsabschlussklauseln – Einbeziehung, Rn. 64, *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 236; *Ulmer/Brandner/Hensen/Habersack*, § 305, Rn. 189.

<sup>189</sup> *von Westphalen/Thüsing/von Westphalen*, Vertragsabschlussklauseln - Einbeziehung, Rn. 64.

nen AGB Geltung erlangen. Wenn die andere Partei trotz des ausdrücklichen und gesonderten Widerspruchs die Lieferung ausführe oder annehme, erkläre sie sich mit den AGB der anderen Vertragspartei einverstanden. Die Kenntnis eines derartigen Widerspruchs lässt somit die Schutzbedürftigkeit entfallen.

## **8. Zusammenfassung**

Die dargestellten Lösungen der Literatur machen deutlich, dass der Umgang mit kollidierenden AGB bis heute nicht einheitlich erfolgt. Weiterhin bestehen unterschiedliche Lösungsansätze, um den Vertragsschluss herzustellen. Im Grundsatz sind sich die Autoren dabei allerdings einig, dass die kollidierenden AGB einem wirksamen Vertragsschluss nicht entgegenstehen dürfen.

## **II. Inhalt des Vertrages**

Nach dem Genannten stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf den Inhalt des Vertrages hat. Es geht dabei im Kern darum, wessen AGB gelten oder inwiefern das dispositive Recht zur Anwendung gelangt.

### **1. Theorie des letzten Wortes**

Die Verfechter der Theorie des letzten Wortes wenden bei kollidierenden AGB den § 150 Abs. 2 BGB an. Im Ergebnis bedeutet dies, dass hiernach die zuletzt übersandten AGB zum Inhalt des Vertrages werden.<sup>190</sup> Durch das Schweigen auf die zuletzt übersandten AGB oder durch die widerspruchslose Entgegennahme der Lieferung hat die andere Partei die AGB des modifizierend Annehmenden akzeptiert.

### **2. Anwendung des § 154 Abs. 1 BGB**

Die Anhänger, die eine Lösung des Problems der kollidierenden AGB über § 154 Abs. 1 suchen, sind hinsichtlich dieser Fragestellung verschiedener Auffassung. Es ist keine Einheitlichkeit ersichtlich.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> Ebel, NJW 1978, 1033 (1035).

<sup>191</sup> So auch Schmidt, NJW 2011, 3329 (3333).

## a) Abstellen auf den Parteiwillen

Nach einer Ansicht werden die inhaltlich übereinstimmenden AGB aufgrund des Parteiwillens Vertragsinhalt.<sup>192</sup> Das dispositive Recht kommt somit bei Übereinstimmung der AGB nicht zur Anwendung. Dies liege daran, dass eine Lösung, die die kompletten AGB durch dispositives Recht ersetzen wolle, nicht dem übereinstimmenden Willen der Parteien gerecht werde.<sup>193</sup> Die Übereinstimmungen werden dabei im Wege der Auslegung ermittelt.<sup>194</sup> Hierbei komme es entscheidend auf das nach objektiver Auslegung zu ermittelnde beidseitige Interesse der Parteien an einer sinnvollen Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen an.<sup>195</sup>

Widersprechen sich jedoch die AGB unmittelbar, so erlange an dieser Stelle das dispositive Recht Geltung.<sup>196</sup> Dies ergebe sich ebenfalls aus dem Rechtsgedanken des § 306 Abs. 2 BGB.<sup>197</sup> Ferner sei ein Widerspruch dann gegeben, wenn eine Partei lediglich das dispositive Recht wiederhole und die andere eine vom dispositiven Recht abweichende Regelung in ihren AGB verwende.<sup>198</sup> Dadurch, dass eine Partei ausdrücklich auf eine Regelung aus dem dispositiven Recht verweise, mache sie deutlich, explizit diese Regelung zur Anwendung bringen zu wollen.

Nach *Kollmann* soll es hingegen nicht entscheidend auf die Übereinstimmung ankommen.<sup>199</sup> Vielmehr sei maßgeblich, ob die AGB sich nicht widersprechen. Stehen die AGB nicht in einem Widerspruch, gälten sie nebeneinander. Soweit die Klauseln der AGB sich jedoch widersprüchen, erlangen die gesetzlichen Bestimmungen i. S. v. § 306 Abs. 2 BGB Geltung. Etwas anderes sei jedoch sodann anzunehmen, wenn die AGB eine Abwehrklausel enthielten. Eine Abwehrklausel wirke wie ein vorweggenommener Widerspruch.<sup>200</sup> Dies habe zur Folge, dass die AGB der gegnerischen Partei nicht Vertragsbestandteil werden. Hierfür sei es jedoch entscheidend, dass aus der Formulierung der Abwehrklausel klar hervorgehe, dass sie sich gegen sämtliche Regelungen der AGB des Vertragspartners richte und nicht nur gegen sich widersprechende Bestimmungen. Trotz dessen können dennoch eindeutig übereinstimmende

---

<sup>192</sup> *Stoffels*, AGB Recht, Rn. 321; *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 235 f., 238; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 191; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 225.

<sup>193</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 191.

<sup>194</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 142; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 19; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 227.

<sup>195</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 227.

<sup>196</sup> *Palandt/Ellenberger*, § 154, Rn. 3.

<sup>197</sup> *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 12; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 143; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 193; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 231; *Prütting/Wegen/Weinreich/Berger*, § 305, Rn. 41.

<sup>198</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 193.

<sup>199</sup> Diese und die folgende Ausführung NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 116a.

<sup>200</sup> Diese und die folgenden Ausführungen NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 118b.

Regelungen zur Anwendung gelangen.<sup>201</sup> In diesem Fall sei die Deckungsgleichheit für die Geltung der AGB maßgebend.<sup>202</sup>

Des Weiteren verliert die Abwehrklausel nach Ansicht von *Kollmann* ihre Wirkung, wenn die Parteien vereinbaren, den AGB beider Seiten Geltung zukommen zu lassen.<sup>203</sup> In diesem Fall würden nur die sich widersprechenden Bedingungen – wie im Fall der Nichtverwendung einer Abwehrklausel – nicht Vertragsbestandteil werden. *Kollmann* empfiehlt deswegen, in die AGB neben einer Abwehrklausel ebenso die wichtigsten Regelungen aufzunehmen.<sup>204</sup>

Zusammenfassend betrachtet unterscheidet sich dies zur vorherigen Rechtsauffassung insofern, dass zum einen eine Abwehrklausel maßgebend für den Inhalt sein kann. Zum anderen komme es für die Übereinstimmung entweder auf das Nebeneinandergelten oder die Deckungsgleichheit an.

### **aa) Ausnahme für begünstigende Bedingungen**

Nach *Medicus* kommt ebenfalls im Grundsatz lediglich bei der Kollision von AGB das dispositive Recht im Geltungsbereich der Nicht-Übereinstimmung zur Anwendung.<sup>205</sup> Dies ergebe sich aus dem Gedanken des § 306 Abs. 2 BGB. Allerdings rückt er hiervon nach einer vorgenommenen Günstigerprüfung ab. Ist eine Bedingung einer Partei günstiger für die andere Partei als die gesetzliche Bestimmung, so gelte die günstigere Bedingung.<sup>206</sup> Einer Begründung dieser Ansicht bleibt er allerdings schuldig. Es ist jedoch davon auszugehen, dass er aufgrund der Besserstellung der anderen Partei am Parteiwillen anknüpft.

### **bb) Ausnahme hinsichtlich eines gemeinsamen Minimums**

Wenn der Ansicht gefolgt wird, dass im Kollisionsbereich die übereinstimmenden AGB Geltung erlangen und dabei die Übereinstimmungen durch Auslegung ermittelt werden, stellt sich in der Konsequenz die Frage nach den Grenzen der Auslegung.<sup>207</sup> Zur Verdeutlichung dient folgendes Beispiel: In den AGB des Lieferanten ist aufgeführt, dass die Zahlung innerhalb von 30 Tagen erfolgen soll. In den AGB des Bestellers wird hingegen ein Zahlungsziel von

---

<sup>201</sup> NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 120.

<sup>202</sup> NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 116a.

<sup>203</sup> NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 120.

<sup>204</sup> NK-BGB/*Kollmann*, § 305 Rn. 120.

<sup>205</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435.

<sup>206</sup> *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435; a. A. *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 111.

<sup>207</sup> ebenfalls das Problem erkennend *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 112.

15 Tagen genannt. Es stellt sich sodann die Frage, ob der Vertrag nun mit einem Zahlungsziel von 15 Tagen zustande komme, als gemeinsames Minimum, oder aber das dispositive Recht gelte mit der Folge, dass die Zahlung gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig werde.

Nach *Ulmer/Habersack* erlangt das gemeinsame Minimum im Regelfall keine Geltung.<sup>208</sup> Sie nehmen zwar an, dass der Umfang der Übereinstimmung der Bedingungen durch Auslegung zu ermitteln ist, das schließt aber keine Einigung auf das gemeinsame Minimum ein. Ein Abstellen auf das gemeinsame Minimum hätte zur Folge, dass sich immer diejenige Partei durchsetze, die die weniger weitergehenden Formulierungen verwende. Dies sei nach *Ulmer/Habersack* vom Willen der anderen Partei nicht umfasst.<sup>209</sup> Lediglich dann, wenn eine Harmonisierung der beiden AGB-Bedingungen nur auf diesem Weg möglich sei, sei eine Ausnahme anzunehmen. Als Beispiel wird die Kollision von einem einfachen Eigentumsvorbehalt mit einem Kontokorrentvorbehalt genannt. In dem Fall setze sich der einfache Eigentumsvorbehalt durch.<sup>210</sup>

Als keine sachgerechte Lösung bezeichnet *Striewe* die Reduzierung der Übereinstimmung auf ein gemeinsames Minimum.<sup>211</sup> Es sei nicht die Aufgabe des Richters, die AGB so weit zu mildern, „dass die dem Verwendungsgegner so günstig wie nötig, aber auch dem Verwender so günstig wie möglich sind“<sup>212</sup>. Ansonsten zeichne es sich immer für die Partei aus, die die weitreichsten Klauseln formuliert habe.<sup>213</sup>

Anders sieht es hingegen *Schwab*. Dabei differenziert er danach, ob das dispositive Recht hinsichtlich der infrage stehenden AGB eine Regelung vorsieht oder nicht.<sup>214</sup> Ist das der Fall, müsse sich danach orientiert werden, ob beide AGB vom dispositiven Recht abweichen. Liegt eine solche beidseitige Abweichung vor, sei von einer Einigkeit der Parteien hinsichtlich der Geltung des gemeinsamen Minimums auszugehen. Hinsichtlich des Beispielsfalls bedeutet dies, dass demnach als Zahlungsziel 15 Tage als vereinbart anzusehen sind. Das dispositive Recht geht von der sofortigen Fälligkeit aus. Beide Parteien weichen hiervon durch die Formulierung ihrer Klauseln ab, sodass nach Ansicht von *Schwab* das gemeinsame Minimum als vereinbart gilt. Enthalte hingegen das dispositive Recht keine Regelung, dann komme es darauf an, von welchem Grundsatz das dispositive Recht ausgehe. Er verdeutlicht dies anhand

---

<sup>208</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192; ähnlich Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 239, der auf die unterschiedlichen Pflichten der Vertragsparteien verweist; offenlassend Paulusch, WM 1986, Beil. 10, S. 18 f.

<sup>209</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>210</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>211</sup> *Striewe*, JuS 1982, 728 (732).

<sup>212</sup> *Striewe*, JuS 1982, 728 (732); so ähnlich auch *Meyer-Cording*, NJW 1981, 2338.

<sup>213</sup> *Striewe*, JuS 1982, 728 (732).

<sup>214</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 146.

der Vertragslaufzeit von Mietverträgen. Das BGB geht, wie § 542 BGB erkennen lässt, grundsätzlich von unbefristeten Mietverträgen aus. Wenn nun beide Parteien eine Vertragslaufzeit in ihren AGB nennen, entspreche es eher dem Parteiwillen, einen befristeten Mietvertrag anzunehmen. Es kommt somit entscheidend auf den Parteiwillen unter Berücksichtigung der Grundsätze der gesetzlichen Vorschriften an.

Ebenfalls stellt *Bunte* auf den Parteiwillen ab.<sup>215</sup> Dabei sei entscheidend, ob das gemeinsame Minimum günstiger ist als die gesetzliche Regelung. Die günstigere Regelung sei vom Willen der anderen Partei umfasst, die sich nicht mit ihrer Bestimmung durchsetzen kann. Voraussetzung ist jedoch, dass eine „teilweise inhaltliche Übereinstimmung besteht“<sup>216</sup>.

*Schlechtriem* will hingegen durch Auslegung ermitteln, welche Lösung die Parteien bei Kenntnis der kollidierenden Bestimmungen gewählt hätten.<sup>217</sup> Folglich nimmt er konsequenterweise in vielen Fällen die Geltung des gemeinsamen Minimums an.<sup>218</sup>

Es lässt sich erkennen, dass die dargestellte Literatur den übereinstimmenden Inhalt der AGB-Klauseln durch Auslegung der Klauseln ermitteln will. Der Parteiwille bzw. das Interesse der Parteien sei insofern entscheidend.<sup>219</sup> Allerdings ist dabei streitig, ob das gemeinsame Minimum noch Teil des Parteiwillens ist.

## **b) Volle Ersetzung der AGB**

Nach *Vorderobermeier* werden im Fall der kollidierenden AGB weder die AGB der einen noch der anderen Seite Vertragsinhalt.<sup>220</sup> Dieses Ergebnis gelte unabhängig davon, ob es sich um übereinstimmende, widersprechende oder nur einseitige Klauseln handele.<sup>221</sup> Es liege bekanntlich hinsichtlich der AGB-Einbeziehung keine Einigung der Parteien vor. Andere Meinungen übersähen, dass sich die Parteien nicht über einzelne Klauseln einigen müssen, sondern vielmehr über die grundsätzliche Einbeziehung der kompletten Geschäftsbedingungen. Es liege bei kollidierenden AGB nicht ein Dissens hinsichtlich einzelner Klauseln, sondern eine Nichtvereinbarung des gesamten Bedingungswerks vor. Einen möglichen Vorwurf, dass der geschilderte Lösungsansatz dem Parteiwillen widerspreche, lässt *Vorderobermeier* nicht

---

<sup>215</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Bunte*, ZIP 1982, 449 (450).

<sup>216</sup> *Bunte*, ZIP 1982, 449 (450).

<sup>217</sup> *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 12.

<sup>218</sup> *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 12 Fn. 47.

<sup>219</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 142; *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 12; *Bunte*, ZIP 1982, 449 (450); *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 146.

<sup>220</sup> *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 108.

<sup>221</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 109 f.

gelten. Es sei Aufgabe der vom dispositiven Recht abweichenden Vertragsparteien, rechtsgültige abweichende Regelungen zu vereinbaren.<sup>222</sup> Der Wille allein reiche nicht aus. Eine derartige Einigung über abweichende Regelungen sei im Fall der kollidierenden AGB nicht zu erkennen. Vielmehr seien aufgrund der Kollision die gesamten AGB nicht in den Vertrag einbezogen worden. Dies ergebe sich daraus, dass die Parteien nicht über die Einbeziehung einzelner Klauseln, sondern über die Gesamtheit der AGB verhandeln. Würde diese globale Einbeziehung nun scheitern, seien die AGB „vom Tisch“<sup>223</sup>.

Dementsprechend kann hiernach auch die von *Medicus* vorgeschlagene Günstigerprüfung nicht zur Anwendung gelangen. *Vorderobermeier* erkennt dies und verweist darauf, dass der Verwender auf der einen Seite eine derartig günstige, kundenfreundliche Klausel regelmäßig nur deswegen verfasst hat, um auf der anderen Seite eine andere Klausel enger bzw. kundenfeindlicher formulieren zu können.<sup>224</sup> Es handelt sich somit um eine am Gedanken von sog. Paketlösungen orientierte Argumentation.<sup>225</sup>

Im Weiteren sei dieser Ansatz neben der einfacheren Anwendung für die Parteien auch allein mit § 306 BGB konform.<sup>226</sup> Solange sich die Parteien nicht über die Einbeziehung der kollidierenden AGB geeinigt haben, seien die gesamten AGB nicht Vertragsbestandteil geworden und der Inhalt des Vertrages richte sich gem. § 306 Abs. 2 BGB nach dem dispositiven Recht. Treffe hingegen das dispositive Recht keine Regelung, sei der Inhalt durch Vertragsauslegung zu ermitteln.<sup>227</sup>

*Vorderobermeier* sieht seine Ansicht zudem vom BGH als bestätigt an.<sup>228</sup> Er verweist auf ein Urteil vom 05. März 1986, indem der BGH bei widersprechenden AGB die Lieferbedingungen der Klägerin weder insgesamt noch teilweise als Inhalt des Vertrages anerkannt hat.<sup>229</sup> Allerdings hat der BGH bereits mit der Entscheidung vom 23. Januar 1991 erklärt, dass die beidseitigen Geschäftsbedingungen nur insoweit gelten, als sie übereinstimmen.<sup>230</sup> Daran lässt sich eindeutig erkennen, dass der BGH, anders als von *Vorderobermeier* erhofft, weiterhin übereinstimmenden Bedingungen Geltung verschafft.

---

<sup>222</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 111 f.

<sup>223</sup> *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 111.

<sup>224</sup> *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 111.

<sup>225</sup> Allgemein zur Paketlösung *MüKoBGB/Basedow*, § 305, Rn. 41.

<sup>226</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 113 f.

<sup>227</sup> *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 115

<sup>228</sup> *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 114.

<sup>229</sup> BGH VIII ZR 97/85 = WM 1986, 643 (644).

<sup>230</sup> BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606).

### c) Effizientere Bedingung hat Vorrang

Demgegenüber vertritt *Beimowski* einen völlig anderen Lösungsansatz. Es ist ein Versuch, stringent dem hinter dem Problem der kollidierenden AGB liegenden ökonomischen Aspekt Achtung zu schenken. Er beabsichtigt es, den Inhalt des Vertrages bei Kollision von AGB nach dem Kriterium der Allokationseffizienz zu bestimmen.<sup>231</sup> Eine derartige ökonomische Betrachtung sei deswegen angebracht, da sie die hinter den einzelnen Klauseln stehenden Interessen der Parteien aufdecke und Geltung verschaffe. Die Auffassungen von Rechtsprechung und Literatur bewögen sich dagegen lediglich auf formaler Ebene.<sup>232</sup> Darüber hinaus bleibe der sich durch die AGB ergebende wohlfahrtsökonomische Vorteil aus, wenn angenommen werde, dass aufgrund einer verwendeten Abwehrklausel keine der AGB Geltung erlange.<sup>233</sup> Dabei versteht *Beimowski* unter dem wohlfahrtsökonomischen Vorteil die „Kostensenkung durch Rationalisierung der Vertragsdurchführung“<sup>234</sup>. Um dies zu erreichen und die Argumentation von der formalen auf eine inhaltliche Ebene zu heben, wendet er das Kriterium der Allokationseffizienz an.

*Beimowski* nimmt dabei eine Unterscheidung zwischen den Fällen dahingehend vor, ob eine oder keine Abwehrklausel verwendet wird.<sup>235</sup> Wird keine Abwehrklausel benutzt, verweist er auf das Coase-Theorem. Hiernach erfolge immer die Einigung auf die effizientere Alternative. Es gelte somit bei widersprechenden AGB ohne Verwendung einer Abwehrklausel immer die effizientere der beiden AGB-Klauseln.

Trifft allerdings eine AGB-Klausel auf eine Abwehrklausel, sei danach zu unterscheiden, ob eine spezielle gesetzliche Bestimmung bestehe.<sup>236</sup> Liegt eine derartige spezielle gesetzliche Bestimmung vor, komme es entscheidend darauf an, ob die Klausel oder die gesetzliche Bestimmung effizienter sei. Die effizientere Regelung erlange Geltung. *Beimowski* begründet das damit, dass immer die wohlfahrtsökonomisch günstigsten Folgen zu realisieren sind. Fehlt es an einer speziellen gesetzlichen Regelung, müsse auf den hypothetischen Willen der Parteien abgestellt werden. Anhand des Effizienzkriteriums sei festzustellen, ob die Parteien die

---

<sup>231</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29.

<sup>232</sup> *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 28.

<sup>233</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29.

<sup>234</sup> *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29.

<sup>235</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29.

<sup>236</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29.

AGB-Klausel vereinbart hätten. Ist die Klausel effizient, komme sie zur Anwendung. Bei Nicht-Effizienz der Klausel setze sich die Abwehrklausel durch.

#### **d) Sonderproblem: Geltung einseitiger Bedingungen**

Eine gesonderte Betrachtung verlangt die Frage, wie nach Ansicht des Schrifttums mit den AGB umgegangen werden muss, die keine Entsprechung in den AGB der anderen Vertragspartei finden. Hierbei wird von „einseitig geregelten AGB“<sup>237</sup> oder der „Ergänzungsregelung“<sup>238</sup> gesprochen.

Unstreitig sollen einseitig geregelte AGB vorliegen, wenn lediglich die AGB der einen Seite eine Regelung enthalten, während die gegnerischen AGB hierzu keine Regelung vorsehen.<sup>239</sup>

Nimmt des Weiteren eine Partei pauschal auf das dispositive Recht Bezug und die anderen AGB enthalten eine vom dispositiven Recht abweichende Bedingung, so solle dies auch in den Anwendungsbereich der einseitig geregelten AGB fallen.<sup>240</sup> Teilweise wird außerdem angenommen, dass ebenso einseitige AGB vorliegen, wenn eine von sich ursprünglich widersprechenden AGB aufgrund von § 307 BGB unwirksam ist.<sup>241</sup>

Ob sodann einseitige AGB Geltung erlangen, hänge entscheidend vom zu ermittelnden Parteiwillen ab, der sich aus den sonstigen Umständen ergebe.<sup>242</sup> Maßgebend kann es dabei darauf ankommen, ob die Parteien eine Abwehrklausel verwendet haben. So nimmt *Fritzsche* beispielsweise an, dass die Verwendung einer umfassenden Abwehrklausel grundsätzlich gegen ein Einverständnis einseitig geregelter AGB spricht.<sup>243</sup> Dagegen sollen nach Ansicht von *Striewe*, unabhängig von einer Abwehrklausel, generell ergänzende bzw. einseitig geregelte AGB unberücksichtigt bleiben.<sup>244</sup>

Ein Großteil der Literatur erachtet hingegen aufgrund des mutmaßlichen Parteiwillens einseitige AGB, die die andere Partei begünstigen, als wirksam vereinbart.<sup>245</sup> Soweit die ergänzende Regelung der einen Partei die Gegenseite begünstige, sei von einem Einverständnis der ande-

---

<sup>237</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

<sup>238</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144.

<sup>239</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144; siehe Beispiel bei Schwab, AGB-Recht, Rn. 148.

<sup>240</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 193.

<sup>241</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144.

<sup>242</sup> Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 236; Soergel/Fritzsche, § 305, Rn. 89; so wohl auch Mann, BB 2017, 2178 (2182).

<sup>243</sup> Soergel/Fritzsche, § 305, Rn. 89.

<sup>244</sup> Striewe JuS 1982, 728 (732).

<sup>245</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144; Schwab, AGB-Recht, Rn. 149; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 322; Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 238; Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 238.

ren Partei auszugehen.<sup>246</sup> Nichts anderes ergebe sich auch in dem Falle, wenn jene Partei eine Abwehrklausel verwendet habe.<sup>247</sup> Vereinzelt wird jedoch zusätzlich gefordert, dass die ergänzende Regelung isolierbar ist und es sich nicht um einen unselbstständigen Rest einer nicht wirksam einbezogenen Regelung handelt.<sup>248</sup>

Eine differenzierte Betrachtungsweise nimmt dagegen *Schlechtriem* vor. Schweigen die AGB zu einer Sachfrage, sei zu fragen, wie die Partei die Frage geregelt hätte, wenn sie die Regelungsbedürftigkeit gekannt hätte.<sup>249</sup> Hierbei sei der Grundsatz von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Oftmals werde sich dabei herausstellen, dass das dispositive Recht zur Anwendung gelangen soll.<sup>250</sup> Denn die ergänzende Regelung müsse immer der Regelung des dispositiven Rechts gegenübergestellt werden. Dementsprechend sei keine einseitige Regelung wirksam vereinbart, je weiter sie sich vom dispositiven Recht entferne. Desto weiter die Abweichung von den gesetzlichen Regelungen sind, umso schwieriger könne nach Treu und Glauben ein Einverständnis der anderen Partei mit der ergänzenden Regelung angenommen werden. Ob hiernach günstige Regelungen gelten sollen, lässt sich nicht eindeutig erkennen. Allerdings darf bezweifelt werden, dass sich *Schlechtriem* günstigen Klauseln verwehren würde. Ist die einseitige Regelung hingegen für die andere Partei nachteilig, stellt sich eine andere Situation dar. Nachteilig ist eine ergänzende Regelung, wenn sie zu Ungunsten vom dispositiven Recht abweicht. Beim Abstellen auf den Parteiwillen kann sich nach dem Gesagten nur eine Nichtgeltung einer derartigen Klausel ergeben. Trotz dessen wird teilweise in der Literatur die Verwendung einer Abwehrklausel gefordert.<sup>251</sup> Dabei wird vereinzelt zudem verlangt, dass die Abwehrklausel umfassend formuliert sein muss. Ansonsten würden die ergänzenden Regelungen trotz Abwehrklausel gelten.<sup>252</sup> Dies wird jedoch von anderen Meinungen in der Literatur in Zweifel gezogen. Es könne bei nachteiligen Regelungen nicht auf die Verwendung einer Abwehrklausel ankommen.<sup>253</sup> Bei der Ermittlung des Parteiwillens müsse immer das dispositive Recht als Maßstab herangezogen werden.<sup>254</sup> Eine Vertragspartei gehe hinsicht-

---

<sup>246</sup> Schwab, AGB-Recht, Rn. 149; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

<sup>247</sup> Schwab, AGB-Recht, Rn. 149; a. A. Soergel/Fritzsche, § 305, Rn. 89.

<sup>248</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144; Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 238; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

<sup>249</sup> Diese und die folgenden Ausführungen Schlechtriem/Leser/Schlechtriem, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 14.

<sup>250</sup> So bereits auch Niebling, BauR 1981, 227 (230).

<sup>251</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144; NK-BGB/Kollmann, § 305, Rn. 116a; ebenfalls entscheidend auf Abwehrklausel abstellend Paulusch, WM 1986, Beil. 10, S. 18.

<sup>252</sup> NK-BGB/Kollmann, § 305, Rn. 121.

<sup>253</sup> Schwab, AGB-Recht, Rn. 152; Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 237; wohl auch Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

<sup>254</sup> Schlechtriem/Leser/Schlechtriem, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 14.

lich einer Nichtregelung in ihren AGB von der Geltung des dispositiven Rechts aus.<sup>255</sup> Folglich kann hiernach nicht nach Treu und Glauben angenommen werden, dass diese Partei mit einer nachteiligen Ergänzung einverstanden sei.

Ist die einseitige Klausel dagegen handels- und/oder branchenüblich, wird teilweise unabhängig davon, ob die einseitige Regelung vorteilhaft oder nachteilig ist, ihre wirksame Einbeziehung angenommen.<sup>256</sup> *Schlechtriem* macht dies daran fest, dass in diesen Fällen die gesetzlichen Regelungen nicht als Maßstab für ein mögliches Einverständnis herangezogen werden können.<sup>257</sup> An den Stellen, an denen in der Praxis andere Vertragsgestaltungen üblich seien, gewinne die Regelungslücke in den AGB eine andere Bedeutung. Es sei hier eine Zustimmung anzunehmen. Dieses Ergebnis sei zudem unabhängig davon, ob eine Abwehrklausel vorliege.<sup>258</sup> Nach anderer Ansicht kann sich zwar grundsätzlich aus der Handels- und/oder Branchenüblichkeit die Geltung ergänzender Regelungen ergeben. Allerdings könne sich der Klauselgegner hiergegen mit einer Abwehrklausel schützen.<sup>259</sup> Nach Auffassung von *Mäsch* soll dies bereits ohne Verwendung einer Abwehrklausel gelten.<sup>260</sup>

### 3. Inhalt richtet sich nach Art der Abwehrklausel

Teilweise wird hinsichtlich der Frage des vertraglichen Inhalts auf die Art der Abwehrklausel abgestellt. So nimmt *Grasmann* an, dass eine einfache Abwehrklausel durch eine qualifizierte Abwehrklausel verdrängt wird.<sup>261</sup> Eine qualifizierte Abwehrklausel verweise im Gegensatz zur einfachen nicht nur auf die eigenen Bedingungen der jeweiligen Vertragspartei, sondern erkläre zudem, dass nur die eigenen Bedingungen gelten bzw. nicht gelten, wenn entgegenstehende Bedingungen ausdrücklich, beispielsweise schriftlich, angenommen werden.<sup>262</sup>

Verwendet nun der Besteller eine qualifizierte Abwehrklausel und in der Auftragsbestätigung wird lediglich auf die AGB Bezug genommen, könne hiernach die Auftragsbestätigung nicht als modifizierender Antrag gewertet werden.<sup>263</sup> Dementsprechend komme der Vertrag mit den AGB des Bestellers zustande.

---

<sup>255</sup> *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 150.

<sup>256</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 194; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 144; *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 15; für den einfachen Eigentumsvorbehalt *de Lousanoff*, NJW 1985, 2921 (2925).

<sup>257</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 15.

<sup>258</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 194.

<sup>259</sup> *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 151; auch auf die Abwehrklausel abstellend *Soergel/Fritzsche*, § 305, Rn. 89.

<sup>260</sup> *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 238; ebenfalls *Erman/Roloff/Looschelders*, § 305, Rn. 55.

<sup>261</sup> *Grasmann*, DB 1971, 561 (563).

<sup>262</sup> *von Westphalen*, DB 1976, 1317 (1319).

<sup>263</sup> *Grasmann*, DB 1971, 561 (563).

## **4. Zusammenfassung**

Anhand der Ausführungen lässt sich erkennen, dass die Meinungen im Schrifttum überwiegend den Inhalt des Vertrags am Parteiwillen festmachen und dementsprechend übereinstimmende Bedingungen zum Vertragsinhalt werden sollen. Dabei ist jedoch weiterhin umstritten, inwiefern einseitige Regelungen Geltung erlangen. Trotz dessen dürfen nicht die Ansätze sowohl von *Vorderobermeier* als auch von *Beimowski* unberücksichtigt gelassen werden. Beide nehmen in ihrer Argumentation jeweils auf Argumente Bezug, die nicht ohne weiteres abzuweisen sind. Es kann somit konstatiert werden, dass sich der Meinungsstand in der Literatur differenzierter darstellt, als es häufig angenommen wird. Eine einheitliche Lösung hat sich bis heute nicht herauskristallisiert.

## ***Zweiter Teil***

### **Kollidierende AGB in anderen Rechtsordnungen und Modellgesetzen**

Nicht nur in Deutschland tritt das Problem der Kollision von AGB auf. Auch in anderen Rechtsstaaten ist es bekannt. Aufgrund der wachsenden Globalisierung läuft der Vertragsschluss in vielen Ländern vergleichbar ab. Im englisch/amerikanisch sprachigen Raum ist die Kollision von AGB unter dem Begriff „Battle of the Forms“ (Kampf der Formulare) geläufig.<sup>264</sup> Im Folgenden sollen einige ausgewählte Lösungsansätze aus anderen Rechtsordnungen und Modellgesetzen dargestellt werden. Hierbei wird insbesondere der Blick darauf gerichtet sein, ob jene eine ausdrückliche Lösung für das Problem vorsehen.

## **§ 5 Ausgewählte Länder**

### **I. USA**

In den United States of America (USA) werden auf das Zustandekommen von Verträgen zwei unterschiedliche Regelungssysteme angewandt: zum einen das Common Law und zum anderen der Uniform Commercial Code (UCC). Das Recht des Common Law ist jedoch nur inso-

---

<sup>264</sup> vgl. beispielsweise *Stephens*, *Escape from the battle of the forms: keep it simple, stupid*, S. 233.

weit anzuwenden, wie der Uniform Commercial Code unanwendbar ist.<sup>265</sup> Dies ist zum Beispiel im Bereich der Dienstleistungen der Fall. Bei Warenverkäufen sind hingegen in der Regel die Grundsätze des Uniform Commercial Code anzuwenden.

## 1. Common Law

Nach dem Recht des Common Law richtet sich das Zustandekommen der Verträge nach dem Grundsatz der „mirror image rule“. Hiernach müssen Angebot- und Annahmeerklärung komplett spiegelbildlich sein.<sup>266</sup> Entsprechen sich die Auftrags- und Bestätigungsschreiben nicht, bedeutet dies, dass kein Vertrag zustande gekommen ist. Jegliche Abweichung, dabei ist irrelevant, wie unbedeutend sie ist, führt zu einer Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Dieser Antrag bedarf dementsprechend einer neuen Annahme. Hinsichtlich der Annahme ist auch konkludentes Handeln ausreichend. Folglich reicht hiernach die Warenannahme oder Bezahlung des Kaufpreises aus.<sup>267</sup> Liegt hingegen ein Widerspruch der anderen Vertragspartei vor, bedeutet dies wieder Ablehnung des Angebotes in Verbindung mit einem neuen Antrag. Das beschriebene Verfahren beginnt von vorne.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich nach den Prinzipien des Common Law regelmäßig die Partei mit ihren AGB durchsetzt, die das letzte Schreiben versandt hat. Deswegen wird in diesem Zusammenhang auch von der „last shot rule“ gesprochen.<sup>268</sup> Der Grundsatz entspricht insoweit der deutschen Theorie des letzten Wortes.

## 2. Uniform Commercial Code

Die Ergebnisse, die sich nach den Grundsätzen der „mirror image rule“ ergaben, wurden oftmals als unfair bezeichnet.<sup>269</sup> Denn danach konnte sich die Partei mit ihren eigenen AGB durchsetzen, die sich am trickreichsten verhielt. Es wurde einfach im Schreiben eine Klausel ergänzt und gehofft, dass die andere Partei diese Änderung nicht bemerkte. Nahm diese Partei sodann die Ware an, setzte sich die „trickreichere“ Partei durch. An diesem Vorgehen entflammte dementsprechend deutliche Kritik.<sup>270</sup>

---

<sup>265</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 153.

<sup>266</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (674); *Elsing/van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 107.

<sup>267</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (674).

<sup>268</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (674); *Otto* AGB und IPR, S. 72.

<sup>269</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Petzinger*, RIW 1988, 673 (674).

<sup>270</sup> So in *Poel v. Brunswick-Balke-Collender Co.*, 216 N. Y. 310, 110 N. E. 619 v. 23.05.1915; diskutiert in *Murray Vand. L. Rev.* 1986, 1307 (1315 ff.).

Bei der Entstehung des UCC<sup>271</sup> wurde daraufhin versucht, ein angemesseneres und weniger überraschendes Resultat der beschriebenen Fälle zu erreichen.<sup>272</sup> Ausfluss dessen war die Schaffung des § 2-207 UCC<sup>273</sup>. Es handelt sich hierbei nach dem Verfasserkommentar um eine Vorschrift, die eine Regelung für das Problem der widersprechenden AGB darstellen soll.<sup>274</sup> § 2-207 UCC unterscheidet dabei nicht, ob die AGB den Vertragsschlusserklärungen oder einem Bestätigungsschreiben beigelegt sind.<sup>275</sup>

### a) § 2-207 (1) UCC

Hinsichtlich des § 2-207 (1) UCC ist zunächst zwischen dem ersten und zweiten Halbsatz zu differenzieren.

Der erste Halbsatz weicht grundsätzlich von der „mirror image rule“ ab. Ein Vertrag kommt insoweit bereits zustande, wenn die Annahme den Kernelementen des Angebots nicht widerspricht. Es kommt dementsprechend auch dann ein Vertrag zustande, ohne dass Angebot und Annahme spiegelbildlich sind. Eine Einigung über die Kernelemente, die sog. „essential terms“, ist ausreichend für einen Vertragsschluss.<sup>276</sup> Die Kernelemente sind die Bedingungen, die im deutschen Recht unter den Begriff der essentialia negotii fallen.<sup>277</sup> Liegt keine Übereinstimmung der essentialia negotii des Vertrages vor, kann ein Vertragsschluss lediglich

---

<sup>271</sup> Beim UCC handelt es sich nicht um Bundesrecht, sondern um Landesrecht. Art. 2 UCC ist jedoch von fast allen Bundesstaaten der USA übernommen worden (lediglich Louisiana hat Art. 2 UCC nicht übernommen vgl. abrufbar unter:

<https://www.sos.la.gov/BusinessServices/UniformCommercialCode/WhatIsUniformCommercialCode/Pages/default.aspx> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021)).

<sup>272</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (674 f.).

<sup>273</sup> Der § 2-207 UCC lautet wie folgt: § 2-207. Additional Terms in Acceptance or Confirmation.

(1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.

(2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:

(a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;

(b) they materially alter it; or

(c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.

(3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.; eine aktuelle Version der UCC ist abrufbar unter: <https://www.law.cornell.edu/ucc> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>274</sup> Comment 6, abrufbar unter: [https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd\\_130210-53cd.html](https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_130210-53cd.html) (zuletzt abgerufen am 14.07.2021).

<sup>275</sup> so auch *Sandrock/Beckmann/Sandrock*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 1, 1980, § 8, Rn. 162; *Schlechtriem*, FS Wahl (1973), 67 (74).

<sup>276</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (675).

<sup>277</sup> nicht ausdrücklich aber indirekt zustimmend *Petzinger*, RIW 1988, 673 (675).

nach den Voraussetzungen des § 2-207 (3) UCC in Betracht kommen.

Nach dem zweiten Halbsatz des § 2-207 (1) UCC kann der Annehmende seine Annahme unter eine bestimmte Bedingung stellen. Demgemäß kommt es nur zu einem Vertragsschluss, wenn diese Bedingung eintritt. Es kommt somit kein Vertrag zustande, auch wenn die essentialia negotii im Sinne des ersten Halbsatzes des § 2-207 (1) UCC übereinstimmen. Hierfür muss der Annehmende – meistens der Verkäufer im Rahmen der Auftragsbestätigung – ausdrücklich erklären, seine Annahme unter die Bedingung zu stellen, wonach die andere Partei – meistens der bestellende Käufer – seinen AGB zustimmen muss. Rein formal stellt eine derartige Annahme im Grunde eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot dar.<sup>278</sup> Allerdings muss diese sog. Annahme ausdrücklich die Bedingung der Zustimmung enthalten. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des zweiten Halbsatzes des § 2-207 (1) UCC („[...] acceptance is expressly made conditional on assent [...]“). *Petzinger* geht sogar noch weiter und nennt es eine Voraussetzung, dass die Bedingung dem Wortlaut des Gesetzes entsprechen muss.<sup>279</sup> Dies ist zweifelsohne die sicherste Variante, um der Geltung der Vorschrift zu entsprechen. Allerdings kann dies auch, ohne den genauen Wortlaut zu wiederholen, zum Ausdruck gebracht werden. Werden die Anforderungen des zweiten Halbsatzes erfüllt, bedeutet dies, dass dem Vertragspartner die Zustimmung zu seinen AGB wichtiger ist als ein Vertragsschluss nur auf Grundlage der essentialia negotii, wie es der erste Halbsatz vorsieht.

Die Zustimmung der anderen Vertragspartei („assent“) muss sodann anders als nach der „mirror image rule“ ausdrücklich erfolgen. Unter „assent“ ist die ausdrückliche und nicht konkludente Annahme zu verstehen.<sup>280</sup>

Verwendet der Annehmende hingegen keine Bedingung nach § 2-207 (1) UCC zweiter Halbsatz und es besteht Einigkeit über die essentialia negotii, kommt ein Vertrag nach § 2-207 (1) UCC erster Halbsatz zustande. Es ist sodann zu thematisieren, welchen Inhalt der Vertrag neben den essentialia negotii hat.

Übereinstimmende Bedingungen sollen unstreitig neben den essentialia negotii Vertragsbestandteil werden.<sup>281</sup>

Streitiger stellt sich die Situation bei widersprechenden Bedingungen dar. Zum Teil wird vertreten, dass sich bei widersprechenden AGB-Klauseln die Klauseln des Angebots durchset-

---

<sup>278</sup> so auch *Petzinger*, RIW 1988, 673 (677).

<sup>279</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (677).

<sup>280</sup> ausführlich die Art der “assent” thematisierend *Diamond Fruit Growers, Inc. v. Krack Corp.*, 794 F. 2d 1440, 1444 f. (9<sup>th</sup> Cir. 1986).

<sup>281</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (675); *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 155.

zen.<sup>282</sup> Das wird damit begründet, dass der Angebotsempfänger die Möglichkeit besitzt, den AGB-Klauseln des Anbietenden zu widersprechen.<sup>283</sup> Der Widerspruch müsse jedoch ausdrücklich erklärt werden. Es reiche demnach keine einfache Formulierung in den eigenen AGB.<sup>284</sup> Übertragen auf die deutsche Rechtslage würde nach dieser Ansicht die Verwendung einer Abwehrklausel keine Wirkung entfalten. Der Annehmende müsse vielmehr auf der Vorderseite der Annahme den Bestimmungen des Antragenden widersprechen.<sup>285</sup>

Eine andere Ansicht wendet für das Problem der sich widersprechenden Bedingungen den § 2-207 (2) UCC (analog) an.<sup>286</sup> *Petzinger* weist allerdings daraufhin, dass die Folge ein widerspruchsvolles Ergebnis sein kann.<sup>287</sup> Es könnten hiernach gleichzeitig zwei widersprechende Bedingungen, die unwesentlich sind, zum Inhalt des Vertrages werden. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass in der Praxis die Unterscheidung zwischen ergänzenden und widersprechenden Bedingungen schwierig zu bestimmen ist.<sup>288</sup>

Nach der verbreitetsten Ansicht schließen sich widersprechende Bedingungen gegenseitig aus.<sup>289</sup> In dem Übersenden der eigenen AGB wird konkludent ein Widerspruch gegenüber den widersprechenden Klauseln erkannt.<sup>290</sup> Dies ergebe sich aus Absatz 6 des Verfasserkommentars.<sup>291</sup> Dadurch, dass sich die widersprechenden Bedingungen ausschließen, wird diese Ansicht auch als „knock-out rule“ bezeichnet.<sup>292</sup> An die Stelle der widersprechenden Bedingungen sollen sodann die Bestimmungen des UCC treten („[...] and any other terms supplied by the U.C.C. [...]“<sup>293</sup>). Die übereinstimmenden Bedingungen erlangen weiterhin Geltung („The ultimate contract, then includes those non-conflicting terms [...]“<sup>294</sup>).

---

<sup>282</sup> *Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 34; *Sandrock/Beckmann/Sandrock*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 1, 1980, § 8, Rn. 163.

<sup>283</sup> *Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 35.

<sup>284</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (675).

<sup>285</sup> So bereits auch *Petzinger*, RIW 1988, 673 (675).

<sup>286</sup> *Steiner v. Mobil Oil Corp* - 20 Cal. 3d 90, 94 (1977).

<sup>287</sup> Diese und die folgende Ausführung *Petzinger*, RIW 1988, 673 (676).

<sup>288</sup> Sprechen zwar anstatt von widersprechenden Bestimmungen von Änderungen, im Ergebnis jedoch dasselbe *Sandrock/Beckmann/Sandrock*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 1, 1980, § 8, Rn. 168.

<sup>289</sup> *Southern Idaho Pipe Steel v. Cal-Cut Pipe* 98 Idaho 495, 503 (Idaho 1977); *m.w.N. Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F.2d 1569, 1579 (10th Cir. 1984); *White* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 34; *El-sing/van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 107 in Fn. 12.

<sup>290</sup> *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F.2d 1569, 1579 (10th Cir. 1984).

<sup>291</sup> *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F.2d 1569, 1579 (10th Cir. 1984); *White* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 34; *Petzinger*, RIW 1988, 673 (675); a. A. *Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S 34 f.

<sup>292</sup> *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F.2d 1569, 1579 (10th Cir. 1984).

<sup>293</sup> *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F.2d 1569, 1579 (10th Cir. 1984).

<sup>294</sup> *Daitom, Inc. v. Pennwalt Corp.* 741 F.2d 1569, 1579 (10th Cir. 1984).

## **b) § 2-207 (2) UCC**

Einen Spezialfall stellen die zusätzlichen Bestimmungen dar. Diese sind mit den in Deutschland einseitig geregelten AGB zu vergleichen. In den USA wird dabei zwischen zusätzlichen Bestimmungen im Angebot und in der Annahme unterschieden.

### **aa) Zusätzliche Bestimmungen im Angebot**

Zusätzliche Bestimmungen im Angebot werden gesetzlich nicht geregelt. Solange der Annehmende den Bestimmungen nicht widerspricht, werden sie Vertragsbestandteil.<sup>295</sup> Dies bedeutet zwar im Ergebnis, dass der Anbietende einen „unearned“<sup>296</sup> Vorteil hat. Allerdings spricht der Verfasserkommentar in Absatz 6 zu § 2-207 UCC eindeutig von einem „conflict“ der Bedingungen.<sup>297</sup> Dieser liegt bei einer ergänzenden Klausel nicht vor.<sup>298</sup>

Ist hingegen ein Fall des § 2-207 (1) UCC letzter Halbsatz gegeben, werden die zusätzlichen Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil. Ferner ist ein ausdrücklicher Widerspruch als ausreichend anzuerkennen.<sup>299</sup>

Ebenfalls ist in den USA die in Deutschland geführte Diskussion bekannt, ob ergänzende Klauseln Inhalt des Vertrages werden, wenn sie dem dispositiven Recht widersprechen. Hierbei wird vertreten, dass die ergänzenden Klauseln vorgehen.<sup>300</sup>

Es kommt somit im Vergleich zur Diskussion in Deutschland nicht entscheidend darauf an, ob die andere Vertragspartei stillschweigend mit der Einbeziehung in den Vertrag einverstanden ist. Bei einem fehlenden Widerspruch ist dies vielmehr unbeachtlich.

### **bb) Zusätzliche Bestimmungen in der Annahme**

Eine andere Rechtslage ergibt sich, wenn die Annahme zusätzliche Bestimmungen enthält. In diesem Fall gelangt § 2-207 (2) UCC zur Anwendung. Hiernach können zusätzliche Bestimmungen bei einem Vertrag zwischen Kaufleuten („merchants“)<sup>301</sup> unter besonderen Voraussetzungen ohne ausdrückliche Zustimmung der anderen Partei zum Vertragsinhalt werden. Die zusätzlichen Bestimmungen stellen insoweit einen Vorschlag zur Ergänzung des Vertra-

---

<sup>295</sup> *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 36; *Earl M. Jorgenson Co. v. Mark Construction, Inc.*, 540 P.2d. 978, 983 (1975).

<sup>296</sup> So erkennend und bezeichnend *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 47.

<sup>297</sup> Comment 6, abrufbar unter: [https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd\\_130210-53cd.html](https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_130210-53cd.html) (zuletzt abgerufen am 14.07.2021).

<sup>298</sup> So auch *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 36.

<sup>299</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (676).

<sup>300</sup> *Idaho Power Co. v. Westinghouse Electric Corp.*, 596 F2d 924, 927 f. (1979).

<sup>301</sup> Der Uniform Commercial Code ist im Grundsatz sowohl zwischen Kaufleuten, Verbrauchern als auch zwischen Kaufleuten und Verbrauchern anwendbar.

ges dar.<sup>302</sup> Ob die zusätzlichen Bestimmungen sodann Inhalt des Vertrages werden, richtet sich danach, ob die zusätzlichen Bestimmungen den Vertrag wesentlich oder unwesentlich ändern. Dies wird damit begründet, dass § 2-207 (1) UCC zwar von „different terms“ und „additional terms“ spricht, aber für „additional terms“ zusätzlich die Bestimmungen des § 2-207 (2) UCC gelten.<sup>303</sup> Nach § 2-207 (2) (b) UCC werden zusätzliche Bestimmungen nicht Inhalt des Vertrages, wenn sie den Vertrag wesentlich ändern („materially alter“).

### **(1) Unwesentliche Änderung**

Handelt es sich bei der Ergänzung um eine unwesentliche Bestimmung, wird sie regelmäßig automatisch Inhalt des Vertrages – allerdings nicht, wenn der ursprünglich Anbietende der Einbeziehung der zusätzlichen Bestimmungen widerspricht. Dies kann entweder zuvor oder nachträglich geschehen gem. § 2-207 (2) (c) UCC. Formuliert der Anbietende bereits in seinem Angebot, nicht mit zusätzlichen Bestimmungen einverstanden zu sein, ist ein gültiger Widerspruch gegeben. In diesem Fall reicht es ausnahmsweise, im Gegensatz zu den sonst üblichen ausdrücklichen und bestimmten Widersprüchen, eine allgemeine Formulierung im Angebot zu definieren. Eine derartige Formulierung entspricht in Deutschland einer Abwehrklausel. Dies wird damit begründet, dass es sich beim Angebot regelmäßig um die erste Form des Austausches zwischen den Parteien handelt.<sup>304</sup> Der Annehmende weiß somit, dass der Anbietende nicht mit anderen Bestimmungen einverstanden ist. Ein Überraschungseffekt liegt somit nicht vor.<sup>305</sup>

Des Weiteren kann der ursprünglich Anbietende seinen Widerspruch nachträglich äußern. Hierfür muss der Widerspruch jedoch der Form des § 2-207 (2) (c) UCC entsprechen. Er muss ausdrücklich in angemessener Zeit erklärt werden, nachdem die Annahme erhalten worden ist.

Eine dritte Möglichkeit, um die zusätzlichen Bedingungen nicht Inhalt des Vertrages werden zu lassen, besteht gem. § 2-207 (2) (a) UCC. Hiernach kann der Anbietende in seinem Angebot erklären, dass die Annahme seines Angebotes nur erfolgen kann, wenn der Annehmende die AGB des Angebots akzeptiert. Der Vertrag kann somit nur auf Grundlage der AGB des Angebots zustande kommen. Die dafür nötige Erklärung im Angebot muss jedoch ausdrücklich („[...] expressly [...]“) erfolgen.

---

<sup>302</sup> “The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract.” (§ 2-207 (2) UCC).

<sup>303</sup> *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 37.

<sup>304</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (676); ebenfalls von der ersten Form sprechend („First Form“) *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 37.

<sup>305</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (676).

## (2) Wesentliche Änderung

Eine andere Situation ist hingegen gegeben, wenn es sich um eine Ergänzung handelt, die den Vertrag wesentlich ändert. Gem. § 2-207 (2) (b) UCC wird eine wesentliche Änderung nicht Inhalt des Vertrages. Es bedarf somit der ausdrücklichen Annahme des ursprünglich Anbietenden.<sup>306</sup> Für die ausdrückliche Annahmeerklärung reicht die Annahme der Ware oder die Bezahlung des Kaufpreises nicht aus.<sup>307</sup>

Gem. Abschnitt 4 des Verfasserkommentars zu § 2-207 UCC liegt eine wesentliche Änderung vor, wenn die in Frage stehende Bestimmung für die andere Partei eine Überraschung oder Härte darstellt. Der Verfasserkommentar nennt hierfür einige Beispielsklauseln, wie etwa den Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistung.<sup>308</sup> Im Grunde bleibt jedoch den Gerichten die Entscheidung überlassen, ob eine wesentliche Änderung vorliegt.<sup>309</sup> Dabei wird es den Annehmenden regelmäßig schwerfallen, darzulegen, dass es sich bei der Klausel um keine wesentliche Änderung handelt.<sup>310</sup> Denn das Verhalten des Annehmenden mit der Geltendmachung von Rechtsmitteln und dem besonderen Wertlegen auf die Einbeziehung lassen auf eine wesentliche Änderung hindeuten.

## c) § 2-207 (3) UCC

Liegt hingegen kein Vertrag nach erfolgtem Schriftwechsel durch die Parteien nach § 2-207 (1) UCC vor, gelangt § 2-207 (3) UCC zur Anwendung.<sup>311</sup> Hierunter fällt insbesondere der Fall, bei denen der Annehmende gem. § 2-207 (1) UCC letzter Halbsatz seine Annahme davon abhängig gemacht hat, dass der ursprünglich Anbietende seinen AGB zustimmt.<sup>312</sup> Fehlt es sodann an der Zustimmung („[...] assent [...]“) der anderen Partei, kommt zunächst kein Vertrag zustande. Hieran knüpft § 2-207 (3) UCC an. Danach kommt ein Vertrag dennoch zustande, wenn die Parteien durch ihr Verhalten konkludent zum Ausdruck bringen, von einem wirksamen Vertrag auszugehen. Ein Anhaltspunkt dafür soll die Vertragsdurchführung sein.<sup>313</sup> Es kommt somit nach dieser Vorschrift wie im Common Law ein Vertrag durch konkludentes Verhalten der Parteien zustande. Allerdings setzen sich nicht die AGB des zuletzt

---

<sup>306</sup> *Otto*, AGB und IPR, S. 78; *Petzinger*, RIW 1988, 673 (676).

<sup>307</sup> *Petzinger*, RIW 1988, 673 (676).

<sup>308</sup> Comment 4, abrufbar unter: [https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd\\_130210-53cd.html](https://law.justia.com/codes/ohio/2006/orc/jd_130210-53cd.html) (zuletzt abgerufen am 14.07.2021).

<sup>309</sup> *Otto*, AGB und IPR, S. 79.

<sup>310</sup> Ebenfalls zweifelnd *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 38 f.

<sup>311</sup> Ebenso *Elsing/van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 107.

<sup>312</sup> *Elsing/van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 107.

<sup>313</sup> *Otto*, AGB und IPR, S. 80; *Elsing/van Alstine*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 108; *Petzinger*, RIW 1988, 673 (677).

Verweisenden durch, sondern der Vertrag besteht gem. § 2-207 (3) UCC aus den übereinstimmenden AGB und ansonsten aus dem dispositiven Recht des Uniform Commercial Code.

### 3. Bewertung

Diese kurze Darstellung der Rechtslage in den USA lässt erkennen, dass die dort praktizierte Lösung nicht befriedigend ausfällt. Zwar wird in den USA im Gegensatz zu Deutschland versucht, mit einer speziellen gesetzlichen Regelung das Problem zu lösen, allerdings ist dies nicht zufriedenstellend gelungen. Die entscheidende Norm, der § 2-207 UCC, weist einige Schwächen auf. Dies lässt sich u. a. an der wichtigen, aber schweren Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen festmachen. Des Weiteren kann nicht abgestritten werden, dass die Person, die das Angebot verschickt, stellenweise einen unverdienten Vorteil gegenüber der anderen Partei hat.<sup>314</sup>

Anhand der § 2-207 (1) UCC erster Halbsatz und § 2-207 (3) UCC ist allerdings zu erkennen, dass in den USA für das Problem der kollidierenden AGB das Prinzip der „knock-out rule“ vorherrschend ist.<sup>315</sup>

## II. England

In England gelten hinsichtlich der Einbeziehung von AGB in den Vertrag die Regeln des Common Law<sup>316, 317</sup>. Inzwischen werden jedoch, ähnlich wie in den USA, in England einige Vertragsarten, z. B. der Warenkauf, gesetzlich geregelt. Allerdings sollen hierdurch im Gegensatz zu den USA die allgemeinen fallrechtlichen Vertragsregeln nicht verdrängt werden.<sup>318</sup>

Nach dem Recht des Common Law kommt ein Vertrag nur zustande, wenn Angebot und Annahme völlig identisch sind.<sup>319</sup> Stimmt die Annahme nicht mit dem Angebot überein, bedeutet dies aufgrund der „mirror image rule“<sup>320</sup>, dass das Angebot zurückgewiesen wird, verbunden mit einem neuen Antrag. Das neue Angebot muss sodann von dem ursprünglich Anbietenden

---

<sup>314</sup> So auch *White/Summers* in *White/Summers*, Uniform Commercial Code, S. 47.

<sup>315</sup> So wohl auch *Piltz*, IWRZ 2017, 195 (196).

<sup>316</sup> Unter den Begriff des Common Law wird oftmals die Gesamtheit des anglo-amerikanischen Rechts gefasst. Es ist jedoch vom Common Law im engeren Sinne zu unterscheiden, dass nur das von den Gerichten in England entwickelte Recht umfasst (*Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, S. 185).

<sup>317</sup> *Sandrock/Beckmann/Sandrock*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 1, 1980, § 8, Rn. 120.

<sup>318</sup> Vgl. *von Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, S. 87 f.

<sup>319</sup> *Sandrock/Beckmann/Sandrock*, Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung, Bd. 1, 1980, § 8, Rn. 130; *Schneider*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 54.

<sup>320</sup> *Beatson/Burrow/Cartwright*, Ansons's law of contract, S. 39.

angenommen werden, wenn es zu einem Vertragsschluss kommen soll.<sup>321</sup> Dies könne auch durch schlüssiges Verhalten geschehen.<sup>322</sup> Bei widersprechenden AGB kommt somit der Vertrag mit den AGB der Partei zustande, „who fired the ‚last shot‘ in the battle of forms“<sup>323</sup>. Dieses Vorgehen entspricht der in Deutschland bekannten Theorie des letzten Wortes. In England wird diese Methode als „last shot doctrine“ bezeichnet<sup>324</sup> und weitverbreitet von den Gerichten in England vertreten.<sup>325</sup>

Allerdings gibt es auch Gegenstimmen. So hat *Lord Denning* in der Entscheidung *Butler Machine Tool Co. Ltd. V. Ex-cell-o corporation (England) Ltd.* ein alternatives Vorgehen vorgeschlagen. Es sollte nicht allgemein die „last shot rule“ angewandt, sondern nach Einzelfällen unterschieden werden.<sup>326</sup> So schlägt er folgendes vor:

„There are yet other cases where the battle depends on the shots fired on both sides. The terms and conditions of both parties are to be construed together. If they can be reconciled so as to give a harmonious result, all well and good. If differences are irreconcilable - so that they are mutually contradictory - then the conflicting terms may have to be scrapped and replaced by a reasonable implication.“<sup>327</sup>

Dies ähnelt der deutschen Kongruenzlösung. Allerdings hält er für einige Fälle ebenso den „first shot“ für möglich:

„In other cases, however, the battle is won by the man who gets the blow in first. If he offers to sell at a named price on the terms and conditions stated on the back: and the buyer orders the goods purporting to accept the offer on an order form with his own different terms and conditions of the back - then if the difference is so material that it would affect the price, the buyer ought not to be allowed to take advantage of the difference unless he draws it specifically to the attention of the seller.“<sup>328</sup>

---

<sup>321</sup> *Butler Machine Tool Co. Ltd. V. Ex-cell-o corporation (England) Ltd.* (1979) 1 W.L.R. 401, 406 f.; *Claxton Engineering Services Ltd v. TXM Olaj-És Gázkutató KFT*, [2010] EWHC 2567 (Comm), [2011] 2 All ER (Comm) 38 [51]-[52] (Gloster J); *Beatson/Burrow/Cartwright*, *Ansons's law of contract*, S. 39.

<sup>322</sup> *Sandrock/Beckmann/Sandrock*, *Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung*, Bd. 1, 1980, § 8, Rn. 130.

<sup>323</sup> *Beatson/Burrow/Cartwright*, *Ansons's law of contract*, S. 39.

<sup>324</sup> *Markesinis/Unberath/Johnston*, *The German law of contract*, S. 79.

<sup>325</sup> Beispielsfälle: *Butler Machine Tool Co. Ltd. V. Ex-cell-o corporation (England) Ltd.* (1979) 1 W.L.R. 401, 406 f.; *Tekdata Intercommunications v. Ampenol Ltd.* (2009), EWCA Civ. 1209; *Claxton Engineering Services Ltd v. TXM Olaj-És Gázkutató KFT*, [2010] EWHC 2567 (Comm), [2011] 2 All ER (Comm) 38 [51]-[52] (Gloster J).

<sup>326</sup> *Butler Machine Tool Co Ltd. v Ex-Cell-O Corp (England) Ltd.* [1977] EWCA Civ 9 (25 April 1977).

<sup>327</sup> *Butler Machine Tool Co Ltd. v Ex-Cell-O Corp (England) Ltd.* [1977] EWCA Civ 9 (25 April 1977).

<sup>328</sup> *Butler Machine Tool Co Ltd. v Ex-Cell-O Corp (England) Ltd.* [1977] EWCA Civ 9 (25 April 1977).

Dem wird jedoch entgegengehalten, dass diese Meinung Ungewissheit bei den Parteien hervorriefe.<sup>329</sup> Zudem sei die „last shot“-Analyse leichter anzuwenden. Deswegen wird der aufgezeigte Ansatz in der Literatur auch als „minority approach“<sup>330</sup> bezeichnet.

Es kann an dieser Stelle konstatiert werden, dass die „last shot rule“ vereinzelt auf Kritik stößt, weil sie zur Folge hat, entweder einen Vertrag zu den Bestimmungen einer Partei oder gar keinen Vertrag zustande kommen zu lassen<sup>331</sup> – ganz nach dem Prinzip „the winner takes it all“. Insgesamt muss dennoch festgehalten werden, dass trotz mancher Kritik die „last shot rule“ in England weiterhin die geläufigste Lösung für das Problem der „battle of the forms“ darstellt.

### III. Niederlande

Der niederländische Gesetzgeber versucht ebenfalls, das Problem der kollidierenden AGB mithilfe einer gesetzlichen Regelung anzugehen. Dabei differenziert sich die niederländische Lösung grundlegend von den bereits dargestellten Ansätzen.

Gem. Art. 6:225 Abs. 1 NBW<sup>332</sup> gilt eine Annahme unter Änderung des Angebots als Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot. Dies entspricht dem § 150 Abs. 2 BGB. Diese Regelung wird allerdings durch Art. 6:225 Abs. 2 NBW<sup>333</sup> modifiziert. Hiernach gilt der Vertrag auf Grundlage der Annahmeerklärung als zustande gekommen, wenn die Annahme nur geringfügig vom Angebot abweicht. Problematisch hieran ist, dass es Schwierigkeiten bereiten kann, festzustellen, ob die Annahmeerklärung nur geringfügig vom Angebot abweicht. Durch diese Rechtsunsicherheit würde die Anwendung des Art. 6:225 Abs. 2 NBW ihrem eigenen Zweck, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen, widersprechen.<sup>334</sup> Eine genauere Darstellung dieser Diskussion kann an dieser Stelle jedoch dahinstehen, da Art. 6:225 Abs. 3 NBW<sup>335</sup> ebenfalls Art. 6:225 Abs. 1 NBW modifiziert und speziell das Problem der kollidierenden AGB thematisiert. Gem. Art. 6:225 Abs. 3 NBW kommt ein Vertrag trotz widersprechender AGB und fehlender Einigung mit dem Inhalt der AGB des zuerst Verweisenden, dem

---

<sup>329</sup> Diese und die folgende Ausführung *Andrews*, Contract law, S. 61.

<sup>330</sup> *Andrews* Contract law, S. 61.

<sup>331</sup> Ähnlich *Applebey*, Contract law, S. 69; insbesondere kritisierend *Beatson/Burrow/Cartwright*, Ansons's law of contract, S. 40.

<sup>332</sup> Deutsche Übersetzung *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 100; eine englische Übersetzung des NBW ist abrufbar unter: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>333</sup> Deutsche Übersetzung *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 101.

<sup>334</sup> *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 101.

<sup>335</sup> Deutsche Übersetzung in *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 102 und *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. 368.

Anbietenden, zustande, wenn der Annehmende in seiner Annahme nicht ausdrücklich die AGB des Anbietenden ablehnt. Aufgründessen wird dieses Prinzip als „first shot doctrine“<sup>336</sup> bezeichnet.

Ist der Annehmende mit der Geltung der AGB des Offerenten nicht einverstanden, so kommt der ausdrücklichen Ablehnung eine entscheidende Bedeutung zu. Es ist zu hinterfragen, was unter der ausdrücklichen Ablehnung verstanden wird. Zunächst ist festzustellen, dass ein einfaches Bezugnehmen auf die eigenen AGB nicht als ausdrückliche Ablehnung angesehen wird.<sup>337</sup> Dies ist insoweit verständlich, denn für einen außenstehenden Dritten ist keinesfalls eine Bezugnahme identisch mit einer ausdrücklichen Ablehnung.

Des Weiteren wird indessen ein formularmäßiger Zusatz in der Annahme, nachdem die AGB des Offerenten abgelehnt werden, und eine Verweisung auf eine Abwehrklausel nur unter bestimmten Voraussetzungen als genügend erachtet. Der Wille der Zurückweisung müsse demnach eindeutig erkennbar sein.<sup>338</sup> Dies ergebe sich daraus, dass Absatz 3 des Art. 6:225 NWB auf den Grundsätzen der Redlichkeit und Billigkeit beruhe. Diese werden nur dann erreicht, wenn der Zusatz oder die Verweisung auf die Abwehrklausel drucktechnisch hervorgehoben werde. Hiernach müsste somit in der Annahmeerklärung entweder ein unter drucktechnischer Hervorhebung formularmäßiger auf den Einzelfall zugeschnittener Zusatz oder aber ein formularmäßiger Zusatz mit Verweisung auf die Abwehrklausel vorliegen.<sup>339</sup> Hieraus kann sodann der Wille der Partei zur Zurückweisung der gegnerischen AGB zu erkennen sein. Im Vergleich zum deutschen Recht reicht somit eine einfache Abwehrklausel nicht aus.

Liegt eine ausdrückliche Ablehnung der AGB des Offerenten vor, ist umstritten, ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustande kommt.<sup>340</sup> Im Ergebnis wird allerdings von einem Vertragsschluss ausgegangen. Der Vertragsschluss wird dabei spätestens in der Vertragsdurchführung gesehen.<sup>341</sup> Hinsichtlich des Inhalts des Vertrags werden unterschiedliche Regelungen vertreten. Die Rechtsprechung ist dabei uneinheitlich. Teilweise wird die Einbeziehung beider AGB angenommen.<sup>342</sup> In einem anderen Urteil hingegen wird keine der beiden AGB

---

<sup>336</sup> *Busch-Hondius*, ZEuP 2001, 223 (233); *Möll*, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 143.

<sup>337</sup> *de Buhr* Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 102.

<sup>338</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 102 f.

<sup>339</sup> So auch *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 103.

<sup>340</sup> Vgl. *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 104 f. m.w.N.

<sup>341</sup> *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 105.

<sup>342</sup> Rb Amsterdam S&S 1975, Nr. 30, 75 (77); Rb Zwolle S&S 1987, Nr. 71, 185 (188).

als einbezogen anerkannt.<sup>343</sup> In der Literatur wird dahingehend vertreten, die Geltung der AGB anzuerkennen, soweit sie übereinstimmen.<sup>344</sup>

Es kann somit konstatiert werden, dass in den Niederlanden das erste Wort entscheidend ist, solange keine ausdrückliche Ablehnung der AGB vom Zweitverweisenden vorgenommen wird. Liegt hingegen eine ausdrückliche Ablehnung vor, wird zwar trotzdem im Ergebnis ein Vertragsschluss angenommen, allerdings ist der Inhalt des Vertrages umstritten.

Insgesamt ist die Regelung des Art. 6:225 Abs. 3 NBW nicht als vorbildlich anzusehen. Das Prinzip der „first shot doctrine“ sorgt im Gegensatz zur „last shot rule“ dafür, dass sich die Parteien nicht fortwährend neue Vertragsdokumente zuschicken müssen.<sup>345</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sie zum einen den Offerenten bevorzugt und zum anderen nach einer ausdrücklichen Ablehnung der AGB durch den Annehmenden Rechtsunsicherheit entsteht. Das Vorliegen eines Vertrages wird zwar immerhin regelmäßig angenommen, der Inhalt hinsichtlich der Geltung von AGB ist jedoch im Ergebnis für die Parteien nicht eindeutig zu bestimmen. Es fehlt an einer einheitlichen Umsetzung.

#### IV. Schweiz

Das schweizerische Recht enthält im Gegensatz zum deutschen Recht fast keine speziellen AGB-Regelungen. Es handelt sich um ungeschriebenes Recht. Lediglich Art. 8 UWG<sup>346</sup> enthält eine gesetzliche Regelung.<sup>347</sup>

Hinsichtlich der Fragestellung rund um das Problem der „battle of forms“ werden im Grundsatz zwei bekannte Theorien vertreten. Zur Vollständigkeit soll zunächst jedoch auf eine weitere kaum vertretende Lösung eingegangen werden. Hiernach sollen die AGB der Partei gelten, die die charakteristische Leistung erbringt.<sup>348</sup> Dementsprechend würde sich somit regelmäßig der Lieferant durchsetzen. Dies ist jedoch nur schwierig zu rechtfertigen.<sup>349</sup>

---

<sup>343</sup> Hof's Gravenhage S&S 1989, Nr. 84, 254 (256 f.).

<sup>344</sup> M.w.N. *de Buhr*, Das Recht der "algemene voorwaarden" und der "standaard-regeling", S. 105.

<sup>345</sup> *Dannemann*, FS Reynolds (2000), 199 (202).

<sup>346</sup> „Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.“ Abrufbar unter: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223\\_223\\_223/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/de) (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>347</sup> Abgesehen von einzelnen speziellen Regelungen im Miet-, Pacht- und Versicherungsrecht insbesondere Verwendungsverbote; siehe näheres *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (263).

<sup>348</sup> Vgl. *Giger*, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 66; Hinweis bei *Ramstein*, RIW 1988, 440 (442) und *Honsell/Vogt/Wiegand/Bucher*, Art. 1, OR, Rn. 69.

<sup>349</sup> Ähnlich *Schneider*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 97.

Andere vertreten hingegen die Theorie des letzten Wortes.<sup>350</sup> Nach dieser sollen die AGB des Letztübersandten Geltungen erlangen. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die andere Partei eine umfassende Abwehrklausel verwende oder anderweitig rechtzeitig Widerspruch erhebe.<sup>351</sup> Diese Ansicht wird allerdings inzwischen überwiegend abgelehnt.<sup>352</sup> Es wird ihr entgegengehalten, dass nicht ersichtlich ist, weshalb die zuerstverweisende Partei ihre Meinung geändert haben soll.<sup>353</sup>

Die weitverbreitetste und als herrschende Ansicht titulierte Meinung geht hingegen von einem Partialdissens aus.<sup>354</sup> Der Vertrag komme zustande, insofern sich der Widerspruch der AGB auf objektiv unwesentliche Nebenpunkte beziehe. Der Anknüpfungspunkt hierfür sei der Art. 2 Abs. 1 OR.<sup>355</sup> Übereinstimmende Bestimmungen sollen in der Folge sodann Geltung erlangen und zum Inhalt des Vertrages werden.<sup>357</sup> Hinsichtlich der widersprechenden AGB entsteht eine Lücke. Sie werden nicht Teil des Vertrages.<sup>358</sup> Vielmehr sind sie im Ganzen unwirksam.<sup>359</sup> Dadurch, dass sich widersprechende Bedingungen ausschließen, wird diese Theorie stellenweise auch als „knock-out-rule“ bezeichnet.<sup>360</sup> Dies entspricht der in Deutschland vertretenden Kongruenzlösung. Handelt es sich dagegen bei den widersprechenden Regelungen um wesentliche Vertragsbestimmungen, kommt aufgrund des Dissenses kein Vertrag zustande.<sup>361</sup>

Umstritten ist jedoch, wie die durch den Widerspruch der AGB entstandenen Lücken zu füllen sind. Nach einer Ansicht erlangt an dieser Stelle das dispositive Recht Geltung.<sup>362</sup> Andere Stimmen wollen hingegen die Lücke durch richterliche Vertragsauslegung schließen.<sup>363</sup>

---

<sup>350</sup> *Jäggi/Gauch*, Kommentar zu Art. 18 OR, Rn. 469.

<sup>351</sup> *Jäggi/Gauch*, Kommentar zu Art. 18 OR, Rn. 469.

<sup>352</sup> Vgl. *Honsell/Vogt/Wiegand/Bucher*, Art. 1, OR, Rn. 67, *Gauch/Schluemp*, Rn. 1130a.

<sup>353</sup> *Kramer*, SJZ 1985, 17 (20).

<sup>354</sup> *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269); *Honsell/Vogt/Wiegand/Bucher*, Art. 1, OR, Rn. 68; *CHK-Kut*, OR 1, Rn. 58.

<sup>355</sup> „Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle.“ Abrufbar unter: [https://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=2&art=Die\\_Entstehung\\_der\\_Obligationen](https://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=2&art=Die_Entstehung_der_Obligationen) (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>356</sup> *Ramstein*, RIW 1988, 440 (442); *CHK-Kut*, OR 1, Rn. 58.

<sup>357</sup> *CHK-Kut*, OR 1, Rn. 58.

<sup>358</sup> *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269); *CHK-Kut*, OR 1, Rn. 58.

<sup>359</sup> *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269).

<sup>360</sup> Vgl. *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 150.

<sup>361</sup> *Gauch/Schluemp*, Rn. 1130a.

<sup>362</sup> *Honsell/Vogt/Wiegand/Bucher*, Art. 1, OR, Rn. 68.

<sup>363</sup> *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269); *CHK-Kut*, OR 1, Rn. 58.

Anknüpfungspunkt soll dabei Art. 2 Abs. 2 OR<sup>364</sup> sein. Innerhalb dieser Ansicht ist allerdings umstritten, ob das Gericht die Lücke anhand des dispositiven Rechts oder durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens schließen muss.<sup>365</sup> Das Schweizer Bundesgericht folgt hierbei der erstgenannten Ansicht.<sup>366</sup>

Liegt hingegen kein Widerspruch der Klauseln vor, sondern handelt es sich um eine ergänzende Regelung, ist es des Weiteren streitig, ob die ergänzende Klausel aufgrund des fehlenden Widerspruchs zum Inhalt des Vertrages wird. Nach *Bucher* erlangt die Klausel wegen des fehlenden unvereinbaren Widerspruchs Geltung.<sup>367</sup> Andere hingegen möchten auch in diesem Fall die Regeln vom partiellen Dissens anwenden – mit dem Ergebnis, dass die ergänzende Klausel nicht zum Inhalt des Vertrages wird.<sup>368</sup>

Insgesamt kann trotz gewisser Streitigkeiten konstatiert werden, dass die herrschende Ansicht in der Schweiz weitestgehend mit der deutschen Kongruenzlösung übereinstimmt. Auffällig ist allerdings, dass der Art. 2 Abs. 1 OR grundsätzlich von einem vermuteten Vertragsschluss ausgeht.

## V. Österreich

In Österreich wird das Problem der kollidierenden AGB einer sehr ähnlichen Lösung wie in Deutschland unterzogen.

Gegen die Theorie des letzten Wortes wird u. a. angeführt, dass es vom Zufall abhängt, welche Partei zuletzt auf ihre AGB verwies und sich somit durchsetzt.<sup>369</sup> Deswegen wird der „battle of forms“ überwiegend über die Voraussetzungen des Dissenses gelöst.<sup>370</sup> Hiernach werden widersprechende Bestimmungen als Dissens angesehen.<sup>371</sup> Dies gilt allerdings nur

---

<sup>364</sup> „Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.“ Abrufbar unter:

[https://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=2&art=Die\\_Entstehung\\_der\\_Obligationen](https://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=2&art=Die_Entstehung_der_Obligationen) (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>365</sup> Vgl. *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269); *CHK-Kut*, OR 18, Rn. 34 m.w.N.

<sup>366</sup> Vgl. Schweizerischen Bundesgericht v. 6. 1. 2006 4C.376/2005, E. 3.2: „Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren.“

<sup>367</sup> *Honsell/Vogt/Wiegand/Bucher*, Art. 1, OR, Rn. 68.

<sup>368</sup> *Ehle/Brunschweiler*, RIW 2012, 262 (269); *CHK-Kut*, OR 1, Rn. 58.

<sup>369</sup> *Nitsche*, FS Wesener (1992), 317 (324).

<sup>370</sup> Vgl. *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 864a, Rn. 12; *Kletečka/Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, S. 147.

<sup>371</sup> *Rummel/Lukas/Rummel* ABGB, § 864a, Rn. 12.

insofern, als sich der Widerspruch in den AGB auf Nebenbestimmungen bezieht.<sup>372</sup> In der Folge kommt hinsichtlich des versteckten Dissens nicht die Zweifelsregelung des § 861 ABGB<sup>373</sup> zur Anwendung, sondern der § 878 S. 2 ABGB<sup>374</sup> analog.<sup>375</sup> Der hypothetische Parteiwille muss dementsprechend beachtet werden.<sup>376</sup> Ein wirksamer Vertrag ist insofern insbesondere nach Beginn der Vertragsdurchführung anzunehmen.<sup>377</sup>

Der Dissens wird hingegen nicht lediglich in dem Falle angenommen, wenn sich die Bedingungen widersprechen, sondern ebenfalls, wenn nur die AGB der einen Partei eine bestimmte Bestimmung enthalten und die gegnerischen AGB zu diesem Punkt schweigen.<sup>378</sup> Dies wird damit begründet, dass die Nichtregelung als Verweis auf die Vorschriften des dispositiven Rechts zu verstehen ist.<sup>379</sup> *Rummel* grenzt dies jedoch insofern ein, dass sich die ergänzende Regelung zum Nachteil der anderen Partei auswirken muss.<sup>380</sup> Dem wird allerdings entgegengehalten, dass durch die Ablehnung der gegnerischen AGB nicht mehr zwischen belastenden oder begünstigenden AGB-Regelungen differenziert werden darf.<sup>381</sup> Durch die Benutzung eigener AGB seien die gegnerischen Bestimmungen generell ausgeschlossen.<sup>382</sup> Lediglich bei übereinstimmenden Regelungen sei hiervon eine Ausnahme zu machen.<sup>383</sup>

Es ist somit hinsichtlich des Inhalts des Vertrages zwischen widersprechenden und übereinstimmenden Bedingungen zu unterscheiden. Liegen widersprechende Bedingungen vor, tritt an deren Stelle das dispositive Recht.<sup>384</sup> Übereinstimmende Bedingungen erlangen hingegen

---

<sup>372</sup> Schwimann/Neumayr/*Kolmasch*, ABGB, § 869, Rn. 6 i. V. m. § 861, Rn. 4; *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB § 869, Rn. 14.

<sup>373</sup> „Wer sich erklärt, daß er jemanden sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande. So lange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.“ Abrufbar unter: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/861> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>374</sup> „Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne.“ Abrufbar unter: <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/878> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>375</sup> *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 869, Rn. 14.

<sup>376</sup> *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 869, Rn. 14.

<sup>377</sup> *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 864a, Rn. 12; *Thaler*, *ecolex* 2000, 356 (357).

<sup>378</sup> *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 864a, Rn. 12; *Kletečka/Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, S. 147.

<sup>379</sup> *Kletečka/Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, S. 147; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht, AT, § 6, Rn. 25.

<sup>380</sup> *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 864a, Rn. 12.

<sup>381</sup> *Thaler*, *ecolex* 2000, 356 (357).

<sup>382</sup> *Helmich*, *ecolex* 2002, 244 (245).

<sup>383</sup> *Helmich*, *ecolex* 2002, 244 (245).

<sup>384</sup> OGH 2 Ob 275/99a = *ecolex* 2000, 356.

aufgrund des Parteiwillens Geltung.<sup>385</sup> Ergänzende Klauseln werden dagegen nach überwiegender Ansicht nicht Vertragsbestandteil.<sup>386</sup>

Fraglich ist allerdings, ob die Parteien hiernach eine Abwehrklausel verwendet haben müssen, um das Problem der „battle of forms“ über die Voraussetzungen des Dissenses lösen zu können. Der OGH hat sich dazu bislang nicht eindeutig verhalten. So hat er in einer Entscheidung vom 10. Februar 2009 zwar die Dissens-Lösung vertreten, jedoch hat die Klägerin in dem Fall in ihren AGB eine Abwehrklausel verwendet.<sup>387</sup> Es spricht jedoch einiges dafür, den Widerspruch nach dem österreichischen Recht bereits im Benutzen der eigenen AGB zu erkennen. Hierdurch werde der Wille ausreichend kundgetan, nicht auf Grundlage der gegnerischen AGB den Vertrag abschließen zu wollen.<sup>388</sup>

## VI. Zusammenfassung

Die dargestellten Lösungen verdeutlichen, dass das Problem nicht alleinig in Deutschland eminent diskutiert wird, sondern ebenso in vielen anderen Ländern. Dabei fällt auf, dass sich die herrschende Meinung in einigen Ländern<sup>389</sup> ebenfalls der Kongruenzlösung angeschlossen hat und die Theorie des letzten Wortes zunehmend abgelehnt wird. Allerdings werden auch andere Ansätze wie die „first shot rule“ in den Niederlanden vertreten.<sup>390</sup> Zudem ist besonders der Ansatz in den USA hervorzuheben, der im Rahmen des Uniform Commercial Code versucht, eine entsprechende Regelung für die Lösung der „battle of forms“ zu finden. Es lässt sich jedoch dabei erkennen, dass eine spezielle Lösung einige neue Probleme<sup>391</sup> aufwirft und somit nicht als „Heilmittel“ anzusehen ist.

## § 6 UN-Kaufrecht

Im internationalen Geschäftsverkehr kann für die Lösung des Problems der kollidierenden AGB das Wiener UN-Kaufrecht<sup>392</sup> von besonderer Bedeutung sein. Das CISG ist gem. Art. 1,

---

<sup>385</sup> *Helmich*, *ecolex* 2002, 244 (245).

<sup>386</sup> OGH 5 Ob 286/08g; *Thaler*, *ecolex* 2000, 356 (357); a. A. für begünstigende ergänzende Klauseln *Rummel/Lukas/Rummel*, ABGB, § 864a, Rn. 12.

<sup>387</sup> OGH 5 Ob 286/08g.

<sup>388</sup> *Thaler*, *ecolex* 2000, 356 (357).

<sup>389</sup> Schweiz siehe S. 57 ff.; Österreich siehe S. 59 ff.

<sup>390</sup> Siehe S. 55 ff.

<sup>391</sup> Es ist beispielsweise auf die entscheidende Auslegung von „materially alter“ zu verweisen (siehe S. 50 ff.).

<sup>392</sup> Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.04.1980, BGBl. 1989 II S. 588, engl. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

3 CISG auf Warenkäufe und Werklieferungsverträge zwischen Parteien<sup>393</sup> aus den Vertragsstaaten anwendbar. Insoweit stellt es internationales Einheitsrecht dar. Inzwischen wurde es von mehr als 80 Staaten ratifiziert. Darunter befinden sich die meisten der sog. G20-Staaten.<sup>394</sup> Ebenfalls auf Verträge mit Parteien aus Nicht-Vertragsstaaten findet das UN-Kaufrecht Anwendung, wenn das Kollisionsrecht der *lex fori* auf das Recht von einem Mitgliedsstaat verweist.<sup>395</sup> Es ist somit grundsätzlich auf eine Vielzahl von Verträgen, die im internationalen Handelsverkehr abgeschlossen werden, anwendbar.<sup>396</sup>

## I. Lücke im UN-Kaufrecht

### 1. Externe Regelungslücke

Teilweise wird angenommen, dass es sich hinsichtlich der Kollision von AGB um eine externe Regelungslücke im UN-Kaufrecht handelt.<sup>397</sup> Deswegen ist die Lösung des Problems nicht im UN-Kaufrecht zu finden, sondern richtet sich nach dem gem. internationalen Privatrecht anwendbaren nationalen Recht.<sup>398</sup> *Huber* begründet dies damit, dass bei widersprechenden AGB ein offener Dissens vorliegt. Dieser stelle im CISG ein nicht geregeltes Gültigkeitsproblem gem. Art. 4 S. 2 lit. a CISG dar. Folglich gelange gem. Art. 7 Abs. 2 CISG<sup>399</sup> das nach den Regeln des internationalen Privatrechts anzuwendende nationale Recht zur Anwendung. Diese Ansicht wird jedoch überwiegend in der Literatur abgelehnt.<sup>400</sup> Denn nur die inhaltliche Gültigkeit des in Frage stehenden Vertrages richtet sich nach nationalem Recht.<sup>401</sup> Das Problem der widersprechenden Geschäftsbedingungen handelt hingegen nicht von der Frage der inhaltlichen Gültigkeit, sondern um die Einbeziehung in den Vertrag. Die Einbeziehung wird jedoch vom UN-Kaufrecht geregelt.<sup>402</sup> Dementsprechend ist hiernach keine Regelungslücke gegeben, die durch nationales Recht geschlossen werden muss.

---

<sup>393</sup> Das CISG stellt dem Grunde nach nicht auf die Kaufmannseigenschaft ab, allerdings wird der private Geschäftsverkehr in Art. 2 a) CISG ausgeschlossen.

<sup>394</sup> Eine Liste der aktuellen Mitgliedsstaaten des UN-Kaufrechts ist abrufbar unter:

<https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states> (zuletzt abgerufen am 14.07.2021).

<sup>395</sup> *Möll*, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 112; *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, Anh. § 305, Rn. 8.

<sup>396</sup> Gem. Art. 6 CISG kann das UN-Kaufrecht durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden.

<sup>397</sup> *Huber*, *RabelsZ* 1979, 413 (444 f.).

<sup>398</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Huber*, *RabelsZ* 1979, 413 (445).

<sup>399</sup> „Fragen, die in diesem Übereinkommen geregelte Gegenstände betreffen, aber in diesem Übereinkommen nicht ausdrücklich entschieden werden, sind nach den allgemeinen Grundsätzen, die diesem Übereinkommen zugrunde liegen, oder mangels solcher Grundsätze nach dem Recht zu entscheiden, das nach den Regeln des internationalen Privatrechts anzuwenden ist.“ Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.02.2021).

<sup>400</sup> *Teklote*, Die Einheitlichen Kaufgesetze, S. 149; *Perales Viscasillas*, *Pace Int'l L. Rev.*, Volume 10, Issue 1 (1998), 97 (138); *Staudinger/Magnus*, (2018), CISG, Art. 19, Rn. 20.

<sup>401</sup> *Staudinger/Magnus*, (2018), CISG, Art. 19, Rn. 20.

<sup>402</sup> So auch *Richter*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im B2B-Verkehr, S. 25.

## 2. Interne Regelungslücke

Einem anderen Lösungsansatz folgend, handelt es sich nicht um eine externe, sondern um eine interne Regelungslücke, die über die Grundsätze des Konventionsrechts zu schließen ist.<sup>403</sup> *Burkart* will sodann mithilfe der Regelung in Art. 2.22 a. F. der UNIDROIT Principles<sup>404</sup> die Lücke schließen.<sup>405</sup> Allerdings muss hierfür zunächst eine Regelungslücke vorliegen. Das bedeutet, Art. 19 CISG<sup>406</sup> dürfte die Problematik der widersprechenden AGB nicht umfassen.<sup>407</sup> Dies ist jedoch nicht ersichtlich.<sup>408</sup> Den Befürwortern einer Regelungslücke ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass Art. 19 CISG nicht explizit für den Fall der „battle of forms“ zugeschnitten ist. Es ist allerdings ebenso nicht zu erkennen, aus welchem Grund Art. 19 CISG nicht das Problem der kollidierenden Geschäftsbedingungen erfassen soll. So spricht der Wortlaut für eine Anwendbarkeit. Art. 19 CISG bezieht sich offenkundig nicht nur auf Individualvereinbarungen.<sup>409</sup> Er ist vielmehr mit dem § 150 BGB zu vergleichen. Hier ist man sich einig, dass jedes Hinzufügen von AGB eine Änderung des Angebots darstellt.<sup>410</sup> Durch die Verwendung kollidierender AGB in der Annahme wird das Angebot nicht ohne Änderung angenommen und ist somit als neues Angebot zu werten. Art. 19 CISG stellt genau dies fest, indem es festlegt, in jeder Änderung, Ergänzung oder Einschränkung in der Annah-

---

<sup>403</sup> *Schneider*, Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 260; *Burkart*, Interpretatives Zusammenwirken von CISG und Unidroit Principles, S. 223 f.; auch auf dieses Vorgehen verweisend *Witz/Salger/Lorenz/Witz*, CISG, Art. 19, Rn. 3.

<sup>404</sup> Die neue Fassung hat sich nicht geändert. Lediglich die Nummerierung. Es ist jetzt Art. 2.1.22: „Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.“ (2016 Edition) abrufbar unter: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>405</sup> *Burkart*, Interpretatives Zusammenwirken von CISG und Unidroit Principles, S. 225 f.

<sup>406</sup> „(1) Eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthält, ist eine Ablehnung des Angebots und stellt ein Gegenangebot dar.

(2) Eine Antwort auf ein Angebot, die eine Annahme darstellen soll, aber Ergänzungen oder Abweichungen enthält, welche die Bedingungen des Angebots nicht wesentlich ändern, stellt jedoch eine Annahme dar, wenn der Anbietende das Fehlen der Übereinstimmung nicht unverzüglich mündlich beanstandet oder eine entsprechende Mitteilung absendet. Unterläßt er dies, so bilden die Bedingungen des Angebots mit den in der Annahme enthaltenen Änderungen den Vertragsinhalt.

(3) Ergänzungen oder Abweichungen, die sich insbesondere auf Preis, Bezahlung, Qualität und Menge der Ware, auf Ort und Zeit der Lieferung, auf den Umfang der Haftung der einen Partei gegenüber der anderen oder auf die Beilegung von Streitigkeiten beziehen, werden so angesehen, als änderten sie die Bedingungen des Angebots wesentlich.“ Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>407</sup> So auch *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (740).

<sup>408</sup> Zust. *Gade*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht, S. 223

<sup>409</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 162; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (740), die den Wortlaut für „weit genug“ halten.

<sup>410</sup> Vgl. § 8 I. 2. a).

me eine Ablehnung, verbunden mit einem neuen Angebot, zu erkennen. Dementsprechend ist es nicht ersichtlich, Art. 19 CISG nicht auf kollidierende AGB anzuwenden.

Des Weiteren spricht die Entstehungsgeschichte für eine Anwendbarkeit des Art. 19 CISG. Belgien machte bei den Beratungen über das UN-Kaufrecht den Vorschlag, den heutigen Art. 19 um einen Abs. 4 zu ergänzen, der eine entsprechende Regelung enthielt.<sup>411</sup> Hieran lässt sich erkennen, dass das Problem der kollidierenden AGB erkannt wurde. Zwar fand der Vorschlag damals keine Zustimmung<sup>412</sup>, dies spricht jedoch nicht zwingend dafür, keine Anwendbarkeit des Art. 19 CISG zuzulassen. Vielmehr ergibt sich aus den Stellungnahmen zu dem Vorschlag ein anderes Bild. So wies der großbritannische Vertreter *Feltham* daraufhin, dass es bei den „battle of forms“ schwierig ist, eine Lösung zu finden, die allen Parteien gerecht wird.<sup>413</sup> Der heutige Art. 19 CISG stelle eine zufriedenstellende Lösung dar. Zudem erklärte der deutsche Vertreter *Landfermann*, der belgische Vorschlag zielt auf eine komplizierte Problematik ab, die nicht ohne Vorbereitung entschieden werden kann.<sup>414</sup> Diese Ausführungen lassen eindeutig erkennen, dass der heutige Art. 19 CISG auf das Problem der kollidierenden AGB Anwendung finden soll. Bei der Auslegung von Einheitsrecht darf zwar nicht nur auf den Willen des Normgebers abgestellt werden<sup>415</sup>; allerdings kommt ihm ein besonderes Gewicht zu.<sup>416</sup> Es ist insoweit äußerst problematisch, von dem eindeutig geäußerten Willen des Normgebers abzurücken und von einer Lücke auszugehen.<sup>417</sup>

Dementsprechend ist keine Lücke im UN-Kaufrecht anzunehmen und somit eine Lösung im Rahmen der Vorschriften des UN-Kaufrechts zu finden.

## II. Theorie des letzten Wortes

Eine andere viel vertretende Meinung in der Literatur<sup>418</sup> erachtet die Theorie des letzten Wortes für anwendbar.<sup>419</sup> Es wird insoweit auf eine strikte Anwendung des Art. 19 CISG verwiesen.<sup>420</sup> Der Vertrag komme sodann mit der Vertragsdurchführung zustande.<sup>421</sup> Die Vertrags-

---

<sup>411</sup> Official Records, S. 96; der vorgeschlagene Text lautet wie folgt: „4) When the offeror and the offeree have expressly (or implicitly) referred in the course of negotiations to general conditions the terms of which are mutually exclusive the conflict clauses should be considered not to form an integral part of the contract.”

<sup>412</sup> Official Records, S. 289, Nr. 102.

<sup>413</sup> Diese und die folgende Ausführung Official Records, S. 288, Nr. 92.

<sup>414</sup> Official Records, S. 288, Nr. 93.

<sup>415</sup> *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 259 + 274.

<sup>416</sup> *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, S. 274.

<sup>417</sup> *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (740), *Kühl/Hingst*, FS Herber (2000), S. 55.

<sup>418</sup> Als herrschend bezeichnend sogar *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (739).

<sup>419</sup> *Hennemann*, AGB-Kontrolle im UN-Kaufrecht, S. 91 f.; *Koch* NJW 2000, 910 (911); *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, CISG, Art. 19, Rn. 18.

<sup>420</sup> *Koch*, NJW 2000, 910 (911); So auch *Möll*, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 116.

<sup>421</sup> *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, CISG, Art. 19, Rn. 18.

durchführung stelle dabei die Annahme einschließlich der enthaltenen AGB dar.<sup>422</sup> Dieses Vorgehen entspricht insoweit dem Grundsatz der „last shot rule“.

Ist die Änderung allerdings unwesentlich, schränkt Art. 19 Abs. 2 CISG die Anwendung der „last shot rule“ ein. Falls lediglich eine unwesentliche Änderung vorliegt und die andere Partei nicht unverzüglich widerspricht, so kommt der Vertrag gem. Art. 19 Abs. 2 S. 3 CISG auf Grundlage der Annahme zustande. Diese Regelung unterscheidet sich somit in zwei Punkten von dem Grundsatz in Art. 19 Abs. 1 CISG. Zum einen wird der Vertragsschluss nach vorne verlegt und zum anderen muss der Offerent unverzüglich widersprechen, wenn er mit dem Inhalt der Annahmeerklärung nicht einverstanden ist. Ansonsten erlangen die AGB des Annehmenden Geltung.

Art. 19 Abs. 3 CISG enthält sodann Beispiele, bei denen von einer wesentlichen Änderung auszugehen ist – mit der Folge, dass der Abs. 2 nicht zur Anwendung gelangt und die Theorie des letzten Wortes erneut entscheidend ist. Da es sich hierbei allerdings um Beispiele handelt, die üblicherweise in AGB geregelt werden, ist der Anwendungsbereich des Abs. 2 im Ergebnis sehr gering.<sup>423</sup> Zudem wird vertreten, dass bereits die Bezugnahme auf die eigenen AGB eine wesentliche Änderung darstelle, ohne den Inhalt der AGB zu prüfen.<sup>424</sup> Einer anderen Ansicht zufolge soll jedoch der Inhalt der AGB entscheidend sein und nicht allein die Verweisung.<sup>425</sup> Unabhängig vom Meinungsstreit werden die AGB zumindest dann als wesentliche Änderung angesehen, wenn die AGB sowohl wesentliche als auch unwesentliche Klauseln beinhalten.<sup>426</sup> Dies sei folgerichtig, da die AGB als ein Regelwerk erachtet werden müssen.<sup>427</sup>

Somit kann an dieser Stelle konstatiert werden, dass es hiernach selten in der Praxis zur Anwendung des Art. 19 Abs. 2 CISG kommt und damit seine Relevanz äußerst gering ist.<sup>428</sup> Dementsprechend bleibt es regelmäßig bei der Anwendung der „last shot rule“.

Diese Ansicht ist jedoch erheblicher Kritik ausgesetzt. Zunächst wird darauf hingewiesen, dass in der Geschäftsdurchführung keine Zustimmung der gegnerischen Partei zu den AGB der anderen Seite gesehen werden kann.<sup>429</sup> Denn die AGB der anderen Partei würden meis-

---

<sup>422</sup> Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, CISG, Art. 19, Rn. 18.

<sup>423</sup> Kühl/Hingst, FS Herber (2000), S. 56.

<sup>424</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter, CISG, Art. 19, Rn. 44; Teklote, Die Einheitlichen Kaufgesetze, S. 146; vgl. zum EAG LG Landshut HK O 135/75 = NJW 1977, 2033.

<sup>425</sup> Staudinger/Magnus, (2018), CISG, Art. 19, Rn. 21; Herber/Czerwenka, Internationales Kaufrecht, CISG, Art. 19, Rn. 18.

<sup>426</sup> Neumayer, FS Giger (1989), 501 (522).

<sup>427</sup> Möll, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 117.

<sup>428</sup> Zust. Schutheiß, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 165.

<sup>429</sup> Schultheiß, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 168; Möll, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 118 f.

tens gar nicht oder nur sehr oberflächlich gelesen werden.<sup>430</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es nicht die Aufgabe des UN-Kaufrechts ist, die Parteien vor ihrer Unachtsamkeit zu schützen.<sup>431</sup> Allerdings muss bei der Auslegung der Geschäftsdurchführung der tatsächliche Wille der Parteien beachtet werden. Die Parteien gehen regelmäßig bei der Vertragsdurchführung von einem wirksamen Vertrag aus.<sup>432</sup> Wenn dies nicht so wäre, würde bis zur Vertragsdurchführung kein Vertrag bestehen, mit der Konsequenz, dass sich die andere Partei jederzeit vom Geschäft lösen könnte und der Versender auf „gut Glück“ seine Ware verschicke. Dies kann offensichtlich nicht im Sinne der Parteien sein – insbesondere dann, wenn berücksichtigt wird, dass es sich bei Verträgen nach dem UN-Kaufrecht regelmäßig um Warenlieferungen handelt, die eine weite Distanz zurücklegen und demgemäß kostspielig sind. Folglich ist die Durchführung nicht als Vertragsschluss zu bewerten und somit liegt keine Unterwerfung unter die Bedingungen der modifizierend annehmenden Partei vor.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass trotz des Wortlautes des Art. 19 Abs. 1 CISG eine Anwendung der „last shot rule“ nicht überzeugen kann. Die Theorie ist nicht vereinbar mit den Vorstellungen der Parteien im unternehmerischen Rechtsverkehr.<sup>433</sup> Zudem steht die „last shot rule“ im Widerspruch zu Absatz 3 der Präambel des UN-Kaufrechts<sup>434</sup>. Demgemäß soll das UN-Kaufrecht zur Vereinfachung des internationalen Kaufrechts führen. Ein späterer Vertragsschluss oder ein mehrmaliges Hin- und Hersenden von AGB stellt hingegen keine Vereinfachung dar.

### III. Restgültigkeitstheorie

Wie auch in anderen Rechtsordnungen, wird ebenso im UN-Kaufrecht eine Art der Kongruenzlösung diskutiert. Nach der Restgültigkeitstheorie, auch als „knock out rule“ bezeichnet, sollen die übereinstimmenden Bedingungen in den AGB Geltung erlangen und ein Vertrag wird auf deren Grundlage und der essentialia negotii geschlossen.<sup>435</sup> An die Stelle der widersprechenden Bedingungen trete das dispositives Recht. Diese Theorie entspricht insofern eher dem Interesse der Parteien, da sie den Vertragsschluss im Zeitpunkt von Angebot und An-

---

<sup>430</sup> Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (739); Möll, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 119.

<sup>431</sup> Perales Viscasillas, Pace Int'l L. Rev., Volume 10, Issue 1 (1998), 97 (147).

<sup>432</sup> So auch Schultheiß, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 169.

<sup>433</sup> So auch Gade, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht, S. 227 f.

<sup>434</sup> „[...] in der Meinung, daß die Annahme einheitlicher Bestimmungen, die auf Verträge über den internationalen Warenkauf Anwendung finden und die verschiedenen Gesellschafts-, Wirtschafts- und Rechtsordnungen berücksichtigen, dazu beitragen würde, die rechtlichen Hindernisse im internationalen Handel zu beseitigen und seine Entwicklung zu fördern [...]“. Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>435</sup> Kühl/Hingst, FS Herber (2000), S. 56.

nahme vorsieht. Kritisiert wird an ihr allerdings, dass sie nicht vereinbar mit dem historischen Willen des Normgebers sei.<sup>436</sup> In der Ablehnung des belgischen Vorschlags<sup>437</sup> sei zu erkennen, dass sich der Normgeber gegen diese Theorie ausgesprochen habe.<sup>438</sup> Diese Aussage in der Verallgemeinerung ist jedoch nicht richtig. Bei Betrachtung der einzelnen Stellungnahmen fällt zwar zunächst auf, dass zwar einige Vertreter der Länder den Vorschlag wegen der „knock out rule“ ablehnten.<sup>439</sup> Dahingegen lehnten andere Vertreter den Vorschlag nicht dem Grunde nach ab, sondern aufgrund von zeitlichen Faktoren<sup>440</sup> oder wegen gewisser Einzelheiten<sup>441</sup>. Hieraus lässt sich erkennen, dass sich der Normgeber nicht grundsätzlich gegen die „knock out rule“ ausgesprochen hat.<sup>442</sup> Vielmehr waren die Argumente für die Ablehnung des belgischen Vorschlages vielfältig. Unabhängig von dieser Diskussion kommt eine Anwendung der Restgültigkeitstheorie allerdings nur in Betracht, wenn sie mit dem CISG vereinbar ist.

## 1. Anwendung über Art. 9 CISG

Die „knock out rule“ könnte über Art. 9 CISG<sup>443</sup> zur Anwendung gelangen. Gem. Art. 9 Abs. 1 CISG sind die Parteien an die Gebräuche und Gepflogenheiten gebunden, die zwischen ihnen entstanden sind. Sollte ein solcher Brauch oder eine Gepflogenheit vorliegen, könnte nicht die Regelung des Art. 19 CISG, sondern stattdessen die „knock out rule“ zur Anwendung kommen. Hierfür müsste die „knock out rule“ jedoch einen Brauch oder eine Gepflogenheit zwischen den Parteien darstellen.

Nach Art. 9 Abs. 1 Alt. 1 CISG sind die Parteien an die Gebräuche gebunden, auf die sie sich zuvor geeinigt haben. Dabei kann eine derartige Einigung auch stillschweigend erfolgen.<sup>444</sup>

---

<sup>436</sup> Ludwig, Der Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht, S. 414.

<sup>437</sup> Siehe hierzu S. 64.

<sup>438</sup> Ludwig, Der Vertragsschluß nach UN-Kaufrecht, S. 414.

<sup>439</sup> Beispielsweise der irländische Vertreter Plunkett (Nr. 90), vgl. Official Records, S. 288.

<sup>440</sup> So der deutsche Vertreter Landferman, Official Records, S. 288, Nr. 93.

<sup>441</sup> So der ägyptische Vertreter Shafik (Nr. 89) und der argentinische Vertreter Boggiano (Nr. 99) Official Records, S. 288.

<sup>442</sup> „Diese Ablehnung bedeutet lediglich, dass CISG keine explizite Aussage zur „battle of forms“-Problematik trifft, (...).“ Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (743).

<sup>443</sup> „(1) Die Parteien sind an die Gebräuche, mit denen sie sich einverstanden erklärt haben, und an die Gepflogenheiten gebunden, die zwischen ihnen entstanden sind. (2) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so wird angenommen, daß sie sich in ihrem Vertrag oder bei seinem Abschluß stillschweigend auf Gebräuche bezogen haben, die sie kannten oder kennen mußten und die im internationalen Handel den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig weithin bekannt sind und von ihnen regelmäßig beachtet werden.“ Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.02.2021).

<sup>444</sup> Staudinger/Magnus, (2018), CISG, Art. 9, Rn. 9; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schmidt-Kassel, CISG, Art. 9, Rn. 7.

Zudem kann sie als gegeben angesehen werden, wenn die Parteien auf schriftliche anerkannte Gebräuche wie die Tegernseer Gebräuche für den Holzhandel<sup>445</sup> oder die österreichischen Holzhandelsusancen<sup>446</sup> verweisen.<sup>447</sup> Zusätzlich umfasst Art. 9 Abs. 1 Alt. 1 CISG lokale Gebräuche<sup>448</sup> und solche von anderen Branchen<sup>449</sup>. Ob sich die Parteien auf einen derartigen Brauch geeinigt haben, ist durch Auslegung gem. Art. 8, 14 ff. CISG zu ermitteln.<sup>450</sup>

Im Fall der kollidierenden AGB sind jedoch keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach standardmäßig anzunehmen ist, dass sich die Parteien auf die „knock out rule“ als Brauch geeinigt haben. Ein Einverständnis der Parteien gem. Art. 9 Abs. 1 CISG liegt allgemein nicht vor.

Gem. Art. 9 Abs. 1 Alt. 2 CISG sind die Parteien allerdings auch an Gepflogenheiten gebunden, die zwischen ihnen entstanden sind. Gepflogenheiten liegen vor, wenn zwischen den Parteien Geschäftsbeziehungen über eine gewisse Häufigkeit und Dauer bestehen.<sup>451</sup> Das würde jedoch für alle Verträge, bei denen die Parteien das erste Mal miteinander kontrahieren, bedeuten, dass die „knock out rule“ durch Verweis auf Art. 9 Abs. 1 Alt. 2 CISG aufgrund der fehlenden Häufigkeit von Geschäftskontakten nicht angewandt werden könnte. Zudem kann in allen anderen Fällen nicht alleinig aufgrund der Vertragsdurchführung angenommen werden, dass die Parteien sich auf die „knock out rule“ geeinigt haben. Die Vertragsdurchführung ist vielmehr das entscheidende Kriterium für die Theorie des letzten Wortes.<sup>452</sup> Eine Abgrenzung ist somit nur schwer möglich.

Etwas anderes könnte sich nach Art. 9 Abs. 2 CISG ergeben. Hiernach könnte die „knock out rule“ zur Anwendung gelangen, wenn sie einen Handelsbrauch darstellt. Ob ein derartiger Handelsbrauch vorliegt, ist ohne Rücksicht auf nationale Ansichten auszulegen.<sup>453</sup> Ein Handelsbrauch kann insofern angenommen werden, wenn er im internationalen Handel verwendet wird und bei Parteien, die derartige Geschäfte durchführen, bekannt ist.<sup>454</sup> Es ist fraglich, inwieweit die Restgültigkeitstheorie einen derartigen Handelsbrauch darstellen kann. Das Problem der kollidierenden AGB wird in den Ländern eminent unterschiedlich gelöst. Aufgrund der verschiedenen Behandlung kann deswegen nicht allgemein ohne weitere Anhaltspunkte

---

<sup>445</sup> Für den deutschen Rechtsverkehr BGH IVa ZR 209/84 = NJW-RR 1987, 94 (95).

<sup>446</sup> OHG 10Ob344/99g v. 21.02.2000 = CISG-online 641.

<sup>447</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schmidt-Kassel*, CISG, Art. 9, Rn. 6.

<sup>448</sup> Staudinger/*Magnus*, (2018), CISG, Art. 9, Rn. 8; *Ferrari*, IHR 2006, 1 (18); Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Perales Viscasillas*, CISG, Art. 9, Rn. 14.

<sup>449</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schmidt-Kassel*, CISG, Art. 9, Rn. 6.

<sup>450</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schmidt-Kassel*, CISG, Art. 9, Rn. 7.

<sup>451</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schmidt-Kassel*, CISG, Art. 9, Rn. 8.

<sup>452</sup> So auch *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (741).

<sup>453</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/*Schmidt-Kassel*, CISG, Art. 9, Rn. 11.

<sup>454</sup> Staudinger/*Magnus*, (2018), CISG, Art. 9, Rn. 21.

angenommen werden, dass im internationalen Handel ein anerkannter Handelsbrauch derart besteht, bei kollidierenden AGB die Restgültigkeitstheorie anzuwenden.<sup>455</sup>

Dementsprechend kann die Restgültigkeitstheorie nicht über Art. 9 CISG zur Anwendung gelangen.

## 2. Anwendung über Art. 6 CISG

Ein anderer Ansatz besteht darin, die Anwendung der „knock out rule“ über Art. 6 CISG<sup>456</sup> herzuleiten.<sup>457</sup> Gem. Art. 6 CISG können die Parteien eine Ausschließungsvereinbarung treffen. Die Parteien können dabei den Ausschluss sowohl ausdrücklich als auch konkludent vereinbaren.<sup>458</sup>

Die Vertreter dieser Ansicht argumentieren sodann, dass die Parteien durch die Vertragsdurchführung verdeutlicht haben, auf ihre widersprechenden Bedingungen zu verzichten und somit vom Regelungsgehalt des Art. 19 CISG abzuweichen.<sup>459</sup> Durch die Vertragsdurchführung würde der Ausschluss konkludent vereinbart.<sup>460</sup> Das Interesse der Parteien sei am Zustandekommen des Vertrages insofern größer als an der Durchsetzung der eigenen AGB. Der Vertrag sei in der Folge auf Grundlage der Regelungen des CISG und der übereinstimmenden Bedingungen geschlossen.<sup>461</sup>

Dieser Argumentation kann jedoch entgegengehalten werden, dass es fraglich ist, ob die Vertragsdurchführung alleinig ausreicht, um einen Ausschluss des Art. 19 CISG nach Art. 6 CISG anzunehmen. Damit ein stillschweigender Ausschluss angenommen werden kann, muss ein hinreichend deutlicher Parteiwille vorliegen. *Schultheiß* verweist zurecht auf den Fall des versteckten Dissens.<sup>462</sup> Wenn die Parteien den Dissens nicht erkennen, ist nicht zu argumentieren, dass sie von der Regel des Art. 19 CISG abweichen wollen. Ohne das Bewusstsein, nach dem Art. 19 CISG auf ihren Vertragsschluss Anwendung findet, kann nicht von einem Ausschluss ausgegangen werden. Das Nichtkennen des Dissenses verdeutlicht, dass ihnen der Widerspruch in den AGB nicht wichtig ist. Zugleich liegt jedoch keine Ausschlussvereinba-

---

<sup>455</sup> So auch *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (741).

<sup>456</sup> „Die Parteien können die Anwendung dieses Übereinkommens ausschließen oder, vorbehaltlich des Artikels 12, von seinen Bestimmungen abweichen oder deren Wirkung ändern.“ Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>457</sup> AG Kehl 3 C 925/93 = NJW-RR 1996, 565 f.; *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter*, CISG, Art. 19, Rn. 83; *Schlechtriem* FS Herber (2000), S. 46; *Staudinger/Magnus*, (2018), CISG, Art. 19, Rn. 28.

<sup>458</sup> *Staudinger/Magnus*, (2018), CISG, Art. 6, Rn. 20; *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter* CISG Art. 19 Rn. 83.

<sup>459</sup> AG Kehl 3 C 925/93 = NJW-RR 1996, 565 f.

<sup>460</sup> *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter*, CISG, Art. 19, Rn. 83.

<sup>461</sup> *Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter*, CISG, Art. 19, Rn. 90.

<sup>462</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 173.

nung vor.<sup>463</sup> Zudem ist die Vertragsdurchführung selbst weiterhin das entscheidende Argument der Anhänger der Theorie des letzten Wortes.<sup>464</sup> Es bedarf somit höchsten Argumentationsanstrengungen, um die Vertragsdurchführung als Ausschluss des Art. 19 CISG zu erfassen und nicht als Argument für die Theorie des letzten Wortes. Dementsprechend ist diese Lösung als nicht befriedigend zu bewerten.

### 3. Anwendung über Art. 8 CISG

Des Weiteren wird diskutiert, die Restgültigkeitstheorie über Art. 8 CISG<sup>465</sup> zur Anwendung zu bringen.<sup>466</sup> Diese Ansicht ist von dem Gedanken geprägt, dass nach Art. 19 CISG der Vertragsschluss nur bei wesentlichen Änderungen in der Annahme scheitert.<sup>467</sup> Es wird sodann im Zusammenhang mit Art. 19 CISG vertreten, dass bei Verwendung von AGB regelmäßig bereits eine wesentliche Änderung vorliegt.<sup>468</sup> Die Vertreter dieser Ansicht gehen hingegen von der Unwesentlichkeit der widersprechenden AGB aus, aufgrund des Parteiwillens oder einer Auslegung der Umstände nach dem objektiven Empfängerhorizont.<sup>469</sup>

Gem. Art. 8 Abs. 1 CISG sind Willenserklärungen der Parteien nach dem Parteiwillen auszulegen, wenn die andere Partei den Willen kannte oder nicht in Unkenntnis hätte sein dürfen. Ist Abs. 1 hingegen nicht anwendbar, so ist nach Art. 8 Abs. 2 CISG auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen. Dabei sind gem. Art. 8 Abs. 3 CISG alle Umstände zwischen den Parteien zu berücksichtigen. Kommt nach dieser Auslegung des Parteiwillens das Ergebnis zu Tage, dass der Vertragsschluss wichtiger ist als die Geltung der eigenen AGB, so sind hier-

---

<sup>463</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 173.

<sup>464</sup> *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (741).

<sup>465</sup> „(1) Für die Zwecke dieses Übereinkommens sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte. (2) Ist Absatz 1 nicht anwendbar, so sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei so auszulegen, wie eine vernünftige Person in gleicher Stellung wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefaßt hätte. (3) Um den Willen einer Partei oder die Auffassung festzustellen, die eine vernünftige Person gehabt hätte, sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Handelsbräuche und das spätere Verhalten der Parteien.“ Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.02.2021).

<sup>466</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 173; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (742 f.); *Teklote*, Die Einheitlichen Kaufgesetze, S. 153.

<sup>467</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 173.

<sup>468</sup> Vgl. § 6 II.

<sup>469</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 173; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (742).

nach die abweichenden AGB als unwesentlich zu erachten.<sup>470</sup> Im Gegensatz zum Art. 6 CISG knüpft diese Lösung somit direkt an Art. 19 CISG an.<sup>471</sup>

Für die Frage nach dem Vertragsschluss ist eine Auslegung des Parteiwillens gem. Art. 8 CISG ein nachvollziehbarer Ansatz. Dadurch, dass der ursprünglich Anbietende versucht, mit seinem Angebot seine AGB in den Vertrag einzuführen, kann bei anschließender widerspruchsloser Vertragsdurchführung nicht angenommen werden, dass jene Partei plötzlich auf ihre AGB verzichtet und mit den gegnerischen AGB einverstanden ist.<sup>472</sup> Ferner kann gem. Art. 8 Abs. 2 CISG der modifizierend Annehmende von nichts Gegenteiligem ausgehen. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die andere Partei seine AGB anerkennen sollte, obwohl sie selbst mit der Einbeziehung der fremden AGB nicht einverstanden ist.<sup>473</sup> Aus dem Nichtdiskutieren über die Geltungsfrage der AGB ist zu folgern, dass der Vertragsschluss wichtiger ist als die Geltung der eigenen AGB. Die Vertreter dieser Ansicht nehmen somit zu Recht an, dass aufgrund des regelmäßigen Interesses der Parteien an einem wirksamen Vertragsschluss dieses Ergebnis den Regelfall der kollidierenden AGB darstellt.<sup>474</sup>

Allerdings ist hiermit noch nicht geklärt, mit welchem Inhalt der Vertrag zustande kommt. Eine analoge Anwendung des Art. 19 Abs. 2 + 3 CISG kommt aufgrund der angenommenen Unwesentlichkeit der widersprechenden AGB nicht in Betracht.<sup>475</sup> Hiernach würde der Vertrag mit den zuletzt genannten AGB Geltung erlangen. Dies liefe jedoch dem obigen Ergebnis zuwider. Es stellt sich die Frage, wie der Vertragsinhalt hergeleitet werden kann.

Die Verfechter der Restgültigkeitstheorie nehmen die Regelung des Art. 2.22 a. F.<sup>476</sup> der UNIDROIT Principles<sup>477</sup> zur Hilfe.<sup>478</sup> Nach Art. 2.1.22 der UNIDROIT Principles gelten im Fall der kollidierenden AGB die übereinstimmenden Bedingungen. Die widersprechenden Bedingungen werden nicht Inhalt des Vertrages. Die Anwendung der UNIDROIT Principles ergebe sich dabei aus dem Parteiwillen, denn die Regelung des Art. 2.1.22 der UNIDROIT Principles

---

<sup>470</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 173 f.

<sup>471</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 174; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (742).

<sup>472</sup> *Teklote*, Die Einheitlichen Kaufgesetze, S. 154; a. A. *Piltz*, IHR 2004, 133 (137); einschränkend *Schlechtriem*, FS Herber (2000), S. 47 f.

<sup>473</sup> *Teklote*, Die Einheitlichen Kaufgesetze, S. 154.

<sup>474</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 174; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (742).

<sup>475</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 175.

<sup>476</sup> Ab der Edition 2004 ist es Art. 2.1.22. Im Folgenden wird auf den neuen Artikel verwiesen.

<sup>477</sup> Bei den UNIDROIT Principles handelt es sich um unverbindliche Vorschläge für internationale Handelsverträge vom 1926 gegründeten International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) (Staudinger/Looschelders, (2019), Einl. IPR, Rn. 396, 422; *Bork*, BGB AT, § 1 Rn. 25).

<sup>478</sup> *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 175; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (742).

entspreche genau diesem Willen.<sup>479</sup> Der Wille der Parteien ist regelmäßig der Vertragsschluss.<sup>480</sup> Hiervon geht Art. 2.1.22 der UNIDROIT Principles bereits aus („[...] a contract is concluded [...]“). Weiterhin wird argumentiert, dass Art. 2.1.22 der UNIDROIT Principles auch eine Lösung vorsieht, wenn eine Partei eindeutig zu erkennen gibt, den Vertragsschluss von der Geltung der eigenen AGB abhängig zu machen.<sup>481</sup> In diesem Fall wird die Anwendung der „knock out rule“ ausgeschlossen.<sup>482</sup> Es kommt im Ergebnis zur Anwendung der Theorie des letzten Wortes. Des Weiteren wird vorgebracht, dass die Lösung über die UNIDROIT Principles nicht der Kritik des „homeward trend“ ausgesetzt ist.<sup>483</sup> Gem. Art. 7 Abs. 1 CISG<sup>484</sup> darf bei der Anwendung der Vorschriften des CISG auf keine nationalen Lösungen zurückgegriffen werden.<sup>485</sup> Bei den UNIDROIT Principles handelt es sich allerdings um unverbindliche Vorschläge einer internationalen Organisation für das internationale Handelsrecht, womit dies nicht gegen die Anwendung der Grundsätze spricht.

#### IV. Zusammenfassung

Es lässt sich anhand der Ausführungen erkennen, dass das Problem der widersprechenden AGB bereits vielfach diskutiert worden ist, ohne jedoch eine endgültige Lösung des Problems zu erreichen. Bemühungen, eine spezielle Regelung im CISG zu schaffen, sind dabei mehrmals gescheitert.<sup>486</sup> Zusammenfassend kann konstatiert werden, dass die Restgültigkeitstheorie am wahrscheinlichsten dem Parteiwillen entspricht. Allerdings ist sie im CISG nicht statuiert. Vielmehr geht das CISG in Art. 19 von der Theorie des letzten Wortes aus. Es benötigt somit erhebliche Argumentationsanstrengungen, um trotz des Wortlautes des Art. 19 CISG zur Anwendung der Restgültigkeitstheorie zu gelangen. Der Lösungsweg über Art. 8 CISG mag dabei am ehesten überzeugen, weil er an Art. 19 CISG anknüpft. Dennoch kann insbesondere die dogmatische Herleitung hinsichtlich des Inhalts des Vertrages nicht vollends zu-

---

<sup>479</sup> Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (742).

<sup>480</sup> Vgl. § 6 III. 3.

<sup>481</sup> Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (742); Schultheiß, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 176.

<sup>482</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016), Art. 2.1.22 Anm. 3.

<sup>483</sup> Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (742); Schultheiß, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 176.

<sup>484</sup> „Bei der Auslegung dieses Übereinkommens sind sein internationaler Charakter und die Notwendigkeit zu berücksichtigen, seine einheitliche Anwendung und die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern.“ Abrufbar unter: <http://cisg7.institut-e-business.de/pdf/gesetze/Deutschland.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>485</sup> Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari, CISG, Art. 7, Rn. 9; Staudinger/Magnus, (2018), CISG, Art. 7, Rn. 12; Kröll/Hennecke, RIW 2001, 736 (742).

<sup>486</sup> Vgl. UNCITRAL YB VIII (1977), S. 82, Nr. 110; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schroeter, CISG, Art. 19, Rn. 65; Staudinger/Magnus, (2018), CISG, Art. 19, Rn. 20.

friedenstellen. Zudem steht eine Argumentation mit dem Parteiwillen insoweit vor der Schwierigkeit, nicht allgemein ausschließen zu können, dass eine Partei bei der Vertragsdurchführung trotz kollidierender AGB sich den AGB der anderen Partei unterwerfen will.<sup>487</sup> Dass das UN-Kaufrecht im Ergebnis keine eindeutige Lösung für das Problem der kollidierenden AGB vorweist, verdeutlicht eine Entscheidung des BGH vom 09. Januar 2002<sup>488</sup>. Der BGH stellt in der Entscheidung fest, dass die Parteien die fehlende Willensübereinstimmung nicht als wesentlich i. S. d. Art. 19 CISG erachtet haben und somit ein wirksamer Vertrag vorliegt. Dies sei in der Vertragsdurchführung zu erkennen. Dies könnte ein Indiz für die Anwendung der Restgültigkeitstheorie sein. Im Folgenden ließ er sodann jedoch die Entscheidung offen, welcher Theorie zu folgen ist, da in dem zu entscheidenden Fall sowohl die Restgültigkeitstheorie als auch die Theorie des letzten Wortes zum gleichen Ergebnis kamen.<sup>489</sup> Somit muss festgehalten werden, dass sich anhand dieser Entscheidung nicht erkennen lässt, welcher Theorie der BGH folgt.<sup>490</sup> Sie deutet lediglich in Ansätzen gewisse Sympathien des BGH für die Restgültigkeitstheorie an.<sup>491</sup> Eine neuere Entscheidung des OLG Hamm wendet hingegen ohne nähere Begründung die Kongruenzlösung im Rahmen des CISG an.<sup>492</sup> Es scheint sich somit die hier präferierte Lösung zunehmend in der deutschen Rechtsprechung zum CISG durchzusetzen.

## § 7 Modellgesetze

Das Problem der kollidierenden AGB wird ebenfalls in den Principles of European Contract Law (PECL) und in den Draft Common Frame of Reference (DCFR) thematisiert. Hierbei handelt es sich um Grundsätze des Vertragsrechts für die EU-Mitgliedsstaaten, die zu einer Harmonisierung des europäischen Privatrechts führen sollen.<sup>493</sup>

---

<sup>487</sup> Piltz, IHR 2004, 133 (137); *Schlechtriem*, FS Herber (2000), S. 47 f.

<sup>488</sup> BGH VIII ZR 304/00 = NJW 2002, 1651.

<sup>489</sup> BGH VIII ZR 304/00 = NJW 2002, 1651 (1653).

<sup>490</sup> zust. *Möll*, Kollidierende Rechtswahlklauseln, S. 122; a. A. *Schultheiß*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, S. 177.

<sup>491</sup> So auch *MüKoBGB/Gruber*, Art. 19, CISG, Rn. 23.

<sup>492</sup> OLG Hamm 2 U 132/18 = IHR 2020, 49.

<sup>493</sup> *Staudinger/Looschelders*, (2019), Einl IPR, Rn. 427 f.

## I. Principles of European Contract Law

Die PECL wurden von der Commission on European Contract Law ausgearbeitet<sup>494</sup>, die auf Initiative von Professor Ole Lando gegründet wurde.<sup>495</sup> Aufgrund seiner Initiative wird die Kommission allgemein als „Lando Kommission“ oder die PECL als „Lando Principles“ bezeichnet.<sup>496</sup> Die PECL sollen eine Grundlage für ein späteres Europäisches Vertragsrecht darstellen.<sup>497</sup> Zunächst unterstützen die Grundregeln jedoch die Gerichte sowie die Legislative bei der Anwendung des europäischen Gemeinschaftsrechts und bei der Weiterentwicklung des Vertragsrechts in Europa.<sup>498</sup> Die Vertragsparteien können allerdings die PECL bereits durch Parteivereinbarung als anwendbares Recht wählen.<sup>499</sup>

In Art. 2:209<sup>500</sup> der PECL ist das Problem der widersprechenden AGB normiert. Absatz 3 des Art. 2:209 PECL definiert den Begriff der AGB. Die Definition stimmt dabei in Weitem mit dem AGB-Begriff des § 305 Abs. 1 S. 1 + 3 BGB überein. Gem. Art. 2:209 Abs. 1 PECL kommt auf Grundlage der übereinstimmenden Bedingungen trotz widersprechender AGB ein Vertrag zustande, insoweit die Parteien eine Einigung mit Ausnahme der widersprechenden AGB erzielt haben. Für die Anwendung des Art. 2:209 PECL muss es sich laut Kommentar um einen beachtlichen Widerspruch handeln.<sup>501</sup> Dieser sei gegeben, wenn sich die AGB widersprechen. Des Weiteren ist dies der Fall, wenn die AGB der einen Partei eine Regelung enthalten und diese von den gesetzlichen Vorschriften abweicht. Zudem muss sodann davon auszugehen sein, dass die andere Partei die Geltung des dispositiven Rechts vorsieht. Beides gilt allerdings nur unter der Annahme, dass die Parteien gem. Art. 2:104 PECL<sup>502</sup> auf ihre AGB aufmerksam gemacht haben.<sup>503</sup> Eine Ausnahme der Vorschrift für den B2B-Verkehr, wie es im deutschen Recht gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB vorgesehen ist, gibt es im PECL nicht.

---

<sup>494</sup> *Spruß*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 485.

<sup>495</sup> *Zimmermann*, HWB-EuP 2009, Principles of European Contract Law, S. 1177.

<sup>496</sup> *Zimmermann*, HWB-EuP 2009, Principles of European Contract Law, S. 1177.

<sup>497</sup> *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXV; *MüKoBGB/Schubert*, § 242, Rn. 159; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (738).

<sup>498</sup> *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXV f.; *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (738).

<sup>499</sup> *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (738); *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXV f.

<sup>500</sup> Siehe deutsche Übersetzung in *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 202.

<sup>501</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 203.

<sup>502</sup> Siehe deutsche Übersetzung in *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 159.

<sup>503</sup> Andeutend *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 203.

Art. 2:209 PECL geht somit zunächst wie Art. 2.1.22 UNIDROIT Principles von einem Vertragsschluss aus. Es kommt demzufolge bereits zum Zeitpunkt des Austausches von Angebot und Annahme zum Vertragsschluss und nicht erst mit der Vertragsdurchführung.<sup>504</sup>

Ein Vertrag ist jedoch gem. Art. 2:209 Abs. 2 PECL nicht geschlossen, wenn (a) eine Partei im Voraus ausdrücklich erklärt hat, dass sie nicht durch einen Vertrag nach Abs. 1 gebunden sein will, oder wenn (b) eine Partei unverzüglich nach Austausch der Vertragsabschlussdokumente die andere Partei davon in Kenntnis setzt, dass sie einen solchen Vertrag nicht abschließen möchte. Für ein zum Ausdruck bringen im Voraus reicht jedoch keine entsprechende Klausel in den AGB.<sup>505</sup> Eine Abwehrklausel genügt somit nicht den Anforderungen.

Ist ein Vertragsschluss allerdings gegeben, stellt sich die Frage nach dem Vertragsinhalt. Nach Art. 2:209 Abs. 1 PECL erlangen die sich deckenden Bedingungen Geltung. Widersprechende Bedingungen schließen sich gegenseitig aus. Da ferner einseitige Bedingungen als Kollision zu behandeln sind<sup>506</sup>, werden sie nicht Vertragsbestandteil. Ein sog. Decken liegt nicht vor.<sup>507</sup> Hinsichtlich des Schließens der Lücke enthält sich jedoch die Vorschrift. Lediglich im Kommentar zum PECL wird auf eine derartige Regelung eingegangen.<sup>508</sup> Hiernach sollen die Gerichte die entstandene Lücke durch Anwendung des PECL schließen, indem sie u. a. explizit die Gebräuche der jeweiligen Branche und die Gepflogenheiten der Parteien gem. Art. 1:105 PECL<sup>509</sup> berücksichtigen.<sup>510</sup>

Das Regelungssystem des PECL folgt demnach im Grundsatz der Kongruenzlösung. Die Theorien des ersten und letzten Wortes werden aufgrund des Zufalls, welche Partei sich mit ihren AGB durchsetzt, abgelehnt.<sup>511</sup> Es bleibt jedoch offen, weshalb die Lückenschließung und damit die Frage nach der Gültigkeit des Restvertrages nicht ausdrücklich im PECL – sondern nur im Kommentar zum PECL – angesprochen wird, wenn schon der Fall der widersprechenden AGB im PECL Erwähnung findet.

## II. Draft Common Frame of Reference

Einen weiteren Schritt zu einem vereinheitlichten europäischen Vertragsrecht stellt der 2009 veröffentlichte Draft Common Frame of Reference (DCFR) dar. Da es bislang weiterhin an

---

<sup>504</sup> von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 204.

<sup>505</sup> von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 204.

<sup>506</sup> von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 203.

<sup>507</sup> Ebenso Gade, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen und europäischen Privatrecht, S. 240.

<sup>508</sup> von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 204 f.

<sup>509</sup> Siehe deutsche Übersetzung in von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 99.

<sup>510</sup> von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 204 f.

<sup>511</sup> von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. 204.

einer Kompetenz für ein europäisches Zivilgesetzbuch fehlt, wurde von der Europäischen Kommission in einer Mitteilung an das Europäische Parlament und den Europäischen Rat ein Referenzrahmen vorgeschlagen, der die Verbesserung des europäischen Vertragsrechts zum Ziel hat.<sup>512</sup> Dieser Referenzrahmen wurde von der Study Group on a European Civil Code und der European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Gruppe) herausgearbeitet.<sup>513</sup> Das Ergebnis dieser Zusammenarbeit ist der DCFR.

Im DCFR wird wie im PECL das Problem der kollidierenden AGB aufgegriffen. In II.-4:209<sup>514</sup> wird hinsichtlich der kollidierenden AGB eine eindeutige Regelung getroffen. Im Sinne der Kongruenzlösung wird nach II.-4:209 Abs. 1 DCFR im Fall der kollidierenden AGB der Vertrag auf Grundlage der übereinstimmenden Bedingungen als wirksam erachtet. Ein Vertrag kommt gem. II.-4:209 Abs. 2 DCFR allerdings dann nicht zustande, wenn eine Partei (a) im Voraus und nicht durch Verwendung von AGB deutlich gemacht hat, dass sie den Vertrag nicht auf Grundlage des Abs. 1 schließen möchte, oder wenn (b) die eine Partei ggü. der anderen Partei unverzüglich eine derartige Erklärung abgibt. Eine entsprechende Klausel in den AGB reicht hierfür nicht aus.<sup>515</sup> Der II.-209 DCFR entspricht somit im Grundsatz dem Art. 2:209 PECL. Die Theorien des ersten oder letzten Wortes werden dagegen von den Verfassern aufgrund ihrer Abhängigkeit vom Zufall abgelehnt.<sup>516</sup>

Aufgrund der Ähnlichkeiten zwischen dem Reglement im PECL und der im DCFR bedarf es an dieser Stelle deswegen keiner näheren Auseinandersetzung mit dem II.-4:209 DCFR. Es ist abschließend lediglich darauf hinzuweisen, dass im DCFR ebenso wie im PECL die Frage der Lückenschließung nicht ausdrücklich im Modellgesetz geregelt ist, sondern lediglich im Kommentar Erwähnung findet.<sup>517</sup>

### III. Stellungnahme

Die PECL und der DCFR stellen umfangreiche Regelwerke dar. Beide Werke sehen im Fall der kollidierenden AGB die Kongruenzlösung vor. Hieraus könnte der Schluss zu ziehen sein,

---

<sup>512</sup> Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat, „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht“, ein Aktionsplan KOM (2003) 68 endg., S. 19; vgl. auch *Zimmermann*, HWB-EUP 2009, Common Frame of Reference, S. 276.

<sup>513</sup> *Staudinger/Looschelders*, (2019), Einl IPR, Rn. 427 f.

<sup>514</sup> Siehe von *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, S. 328; deutsche Übersetzung von *Schulte-Nölke* abrufbar unter: [https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/fileadmin/documents/public/hsn/DCFR\\_%C3%9Cbersetzung\\_f%C3%BCr\\_Internet.pdf](https://www.elsi.uni-osnabrueck.de/fileadmin/documents/public/hsn/DCFR_%C3%9Cbersetzung_f%C3%BCr_Internet.pdf) (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>515</sup> *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, S. 329.

<sup>516</sup> *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, S. 330.

<sup>517</sup> Vgl. *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, S. 330 f.

dass bei europäischen Sachverhalten im Wege der Auslegung des jeweilig anwendbaren nationalen Rechts die Kongruenzlösung zur Anwendung gelangen sollte. Dies ist jedoch zu weit gegriffen. Der DCFR stellt vielmehr einen Ausgangspunkt für eine europäische Diskussion dar.<sup>518</sup> Er soll als Aufhänger für die Erarbeitung rechtsvergleichender Informationen dienen.<sup>519</sup> Sowohl beim PECL als auch beim DCFR handelt es sich um eine Grundlage für eine spätere Harmonisierung des europäischen Privatrechts.<sup>520</sup> Dementsprechend können die Regelungen lediglich einen Ansatzpunkt bei der Ermittlung eines gerechten Ergebnisses für den Fall der kollidierenden AGB darstellen. Die Lösung des Problems muss jedoch weiterhin im jeweilig anzuwendenden nationalen Recht gefunden werden – es sei denn, die Parteien einigen sich in ihrem Vertrag auf die Anwendung des PECL oder des DCFR.

### *Dritter Teil*

## **Lösungsansatz für kollidierende AGB**

Anhand des bis hierhin Erarbeiteten lässt sich erkennen, dass die Lösung des Problems der kollidierenden AGB im B2B-Verkehr kontrovers diskutiert wird und bislang keine kritikfreie Lösung gefunden wurde. Im deutschen Rechtsverkehr ist zwar die Kongruenzlösung inzwischen der meistverwendete Lösungsansatz, allerdings ist die dogmatische Herleitung fortwährend nicht ausreichend und abschließend geklärt. Es besteht weiterhin hinsichtlich des Zeitpunkts des Vertragsschlusses und des Inhalts des Vertrages, wenn er denn angenommen werden kann, Lösungsbedarf. Ein Vergleich mit ausgewählten anderen Staaten hat gezeigt, wie viele divergente Ansätze, von der „first shot doctrine“ bis zur „knock out rule“, bestehen. Anhand des DCFR lässt sich vermuten, dass die Kongruenzlösung in Europa die vorherrschende Theorie ist. Jedoch kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass sie in Deutschland gelten muss. Vielmehr wird es die Aufgabe sein, anhand der Vorschriften des BGB eine dogmatisch zutreffende Lösung für das Problem der kollidierenden AGB zu erarbeiten. Dabei soll ferner das Interesse der Vertragsparteien im Ergebnis Berücksichtigung finden. Eine spezielle gesetzliche Regelung des Problems, wie sie in den USA vorzufinden ist, darf erst als letzte Möglichkeit angesehen werden.

---

<sup>518</sup> *Schulte-Nölke*, NJW 2009, 2161 (2167).

<sup>519</sup> *Schulte-Nölke*, NJW 2009, 2161 (2162).

<sup>520</sup> Fürs PECL: *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, S. XXVI; fürs DCFR: *Bar/Clive*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, S. 4.

## **§ 8 Vertragsschluss und -inhalt nach der Kollision von AGB**

### **I. Herleitung des Vertragsschlusses**

Für die Herleitung des Vertragsschlusses kommen, wie die aufgezeigten Lösungsansätze erkennen lassen, im Grundsatz vier Normen in Betracht.

Die folgende kritische Untersuchung der diskutierten Ansätze soll nun den Beweis erbringen, dass zum einen die Problematik mit den Vorschriften des BGB gelöst werden kann und zum anderen ein Vertrag bereits mit dem Austausch der Vertragsschlusserklärungen zustande kommt. Dies würde sodann für den unternehmerischen Rechtsverkehr die umfassendste Rechtssicherheit bedeuten.

### **1. Lösung über § 306 BGB**

Zunächst könnte § 306 BGB als Lösungsansatz in Betracht kommen.<sup>521</sup> Gem. § 306 Abs. 1 BGB bleibt ein Vertrag auch dann wirksam, wenn AGB ganz oder teilweise unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Im Fall der kollidierenden AGB könnte anzunehmen sein, dass hinsichtlich der kollidierenden Klauseln i. S. v. § 306 Abs. 1 BGB ein Fall des ganzen oder teilweisen Nicht-Vertragsbestandteilwerdens vorliegt. Ein wirksamer Vertrag bestünde somit trotz Kollision. Des Weiteren hätte eine Anwendung des § 306 BGB den Vorteil, dass Abs. 2 mit Anwendung der gesetzlichen Vorschriften eine Lösung für die durch die widersprechenden AGB entstandene Lücke vorsieht.

Damit § 306 BGB als Lösungsansatz indes in Betracht kommt, muss geklärt werden, ob bei kollidierenden AGB ein Fall des ganzen oder teilweisen Nicht-Vertragsbestandteilwerdens gegeben ist. Hierfür muss durch Auslegung der Erklärungs- und Sinngehalt des § 306 BGB ermittelt werden. Lediglich dann, wenn der Sinn und Zweck des § 306 BGB das Problem der kollidierenden AGB in Angebot und Annahme umfasst, kann der § 306 BGB eine die §§ 154, 155 BGB verdrängende Regel darstellen.

#### **a) Grammatikalische Auslegung**

Zunächst ist im Wege der grammatikalischen Auslegung der Wortlaut des § 306 BGB zu betrachten. Dabei ist der Sinngehalt der einzelnen Wörter von entscheidender Bedeutung.

Nach Abs. 1 und der dort normierten Rechtsfolge bleibt der Vertrag wirksam, wenn AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind. Der Wortlaut

---

<sup>521</sup> Vgl. § 4 I. 2.

lässt darauf schließen, dass es sich hinsichtlich der Rechtsfolge um keine Kann- oder Soll-Vorschrift handelt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Rechtsfolge auch bei kollidierenden AGB greifen kann.

Es bedarf insofern einer Untersuchung, ob unter dem Wortsinn des „nicht Vertragsbestandteil werden“ das Problem der Kollision von AGB zu fassen ist. Nach Auslegung des Wortlauts kann es nur davon erfasst sein. Kollidierende AGB widersprechen sich. Widersprechende Bedingungen können nicht gemeinsam Teil des Vertrages werden. Folglich handelt sich um AGB, die nicht Vertragsbestandteil werden. Des Weiteren kollidieren in der Regel lediglich einzelne Klauseln miteinander. Aus der Formulierung „ganz oder teilweise“ kann geschlossen werden, dass § 306 BGB ebenfalls für einzelne Klauseln gilt.<sup>522</sup>

Fraglich ist allerdings, ob die weitere Formulierung des § 306 Abs. 1 BGB gegen eine Anwendung spricht. Hiernach bleibt der Vertrag wirksam. Das bedeutet, ein wirksamer Vertrag muss bereits vorgelegen haben.<sup>523</sup> Dies lässt sich aus der Formulierung „bleibt“ schließen. Bleiben kann nur das, was vorher schon bestand. Im Fall der kollidierenden AGB ist hingegen der Vertragsschluss umstritten.<sup>524</sup> Eine Formulierung wie beispielsweise „hindert den Vertragsschluss nicht“ wäre passender gewesen. Allerdings lässt sich hieraus nicht mit letzter Gewissheit schließen, dass der Wortlaut gegen eine Anwendung spricht. Vielmehr ist eher dem Wortlaut nach eine Anwendung anzunehmen. Denn dadurch, dass kollidierende AGB nicht Vertragsbestandteil werden, ist der Wortlaut des § 306 Abs. 1 BGB erfüllt. Ob die Formulierung der Rechtsfolge passt, darf kein entscheidenderes Kriterium sein. Die Voraussetzung des § 306 Abs. 1 BGB liegt zumindest vor.

Somit stellt der Wortlaut ein Indiz für eine Anwendung des § 306 BGB auf die Kollision von AGB dar.<sup>525</sup> Jedoch bleiben Restzweifel bestehen, sodass anhand des Wortlautes nicht zweifellos geklärt werden kann, ob die Kollision von AGB unter § 306 BGB zu fassen ist.

## **b) Systematische Auslegung**

Zu einem eindeutigeren Ergebnis könnte die systematische Auslegung führen. Hiernach werden die Normen im Umfeld des § 306 BGB in die Betrachtung miteinbezogen, um die nähere Bedeutung des auszulegenden Gesetzestextes zu ermitteln.

Zunächst bedarf der Titel des § 306 BGB einer näheren Analyse. Der Titel „Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit“ lässt auf die Thematik des § 306 BGB schließen. Er

---

<sup>522</sup> HK-BGB/Schulte-Nölke, § 306, Rn. 2.

<sup>523</sup> So Niebling, BauR 1981, S. 227 (Fn. 3).

<sup>524</sup> Zust. Niebling, BauR 1981, S. 227 (Fn. 3).

<sup>525</sup> So auch Palandt/Grüneberg, § 306, Rn. 4.

macht deutlich, dass der Zweck des § 306 BGB die Rechtsfolgenbestimmung hinsichtlich der zwei genannten Voraussetzungen ist. Ob damit allerdings die kollidierenden AGB als Unterfall der Nichteinbeziehung zu verstehen sind, ist hiermit nicht beantwortet.

Eine Betrachtung der umstehenden Paragraphen kann möglicherweise für die Ermittlung des Sinngehalts hilfreich sein. § 305c Abs. 1 BGB normiert als Rechtsfolge die Nichteinbeziehung. Hiernach werden ungewöhnliche Klauseln, mit denen der andere Vertragspartner nicht zu rechnen hatte, kein Vertragsbestandteil. Diese Situation ist mit der Kollision von AGB vergleichbar. Auch hier sollen Klauseln aufgrund des Widerspruchs zumindest nicht zusammen Vertragsbestandteil werden. Allerdings ist die Situation dahingehend verschieden, dass § 305c BGB offensichtlich für den Fall konzipiert ist, nach dem nur eine Partei ihre AGB zur Geltung bringen möchte. § 305c BGB beruht auf dem Hintergrund, dass oftmals der Kunde die Möglichkeit der Kenntnisnahme nach § 305 Abs. 2 BGB nicht nutzt bzw. nicht nutzen kann, da ihm die Rechtskenntnis fehlt, um zu erkennen, ob eine Klausel überraschend ist.<sup>526</sup> In diesem Fall soll die Partei vor derartigen Klauseln geschützt werden. Vom Vertragsschluss ist dies jedoch unabhängig. Bei widersprechenden AGB ist dieser dahingegen streitig. Ohne den § 305c Abs. 1 BGB wären die ungewöhnlichen Klauseln wirksam einbezogen worden und somit Inhalt des Vertrages. Bei widersprechenden AGB ist hingegen die Einbeziehung fraglich. Somit spricht der § 305c Abs. 1 BGB eher gegen eine Anwendung des § 306 BGB. In § 305 BGB werden die Voraussetzungen für die wirksame Einbeziehung von AGB normiert. Dabei wird in § 305 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB festgelegt, dass die andere Vertragspartei mit der Geltung der AGB einverstanden sein muss. Gerade dieser Punkt ist hinsichtlich der widersprechenden AGB nicht gegeben. Indes kann bei übereinstimmenden Bedingungen von einem Einverständnis ausgegangen werden. Gem. § 305 Abs. 2, erster Halbsatz BGB werden AGB sodann nicht Vertragsbestandteil, insofern die andere Partei nicht einverstanden ist. Hieraus könnte der Schluss gezogen werden, bei Kollision eine Nichteinbeziehung aufgrund des fehlenden Einverständnisses anzunehmen und damit den § 306 BGB zur Anwendung zu bringen. Die Tatsache, dass § 310 Abs. 1 S. 1 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr die Nichtanwendung des § 305 Abs. 2 BGB erklärt, ist unbeachtlich. Das Schrifttum und die Rechtsprechung sind sich richtigerweise einig, dass es auch im unternehmerischen Rechtsverkehr einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehungsvereinbarung bedarf.<sup>527</sup> Nach Be-

---

<sup>526</sup> MüKoBGB/Basedow, § 305c, Rn. 1.

<sup>527</sup> BGH VIII ZR 111/13 = NJW 2014, 1296; BGH I ZR 104/00 = NJW-RR 2003, 754 (755); BGH VII ZR 374/86 = NJW 1988, 1210 (1212); BGH VIII ZR 146/77 = NJW 1978, 2243 (2244); Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 170; Erman/Roloff/Looschelders, § 305, Rn. 47; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 123; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger § 305, Rn. 31; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 304.

trachtung des § 305 BGB liegt somit der Schluss nahe, den § 306 BGB im Falle der Kollision von AGB anzuwenden. Um jedoch den Sinngehalt abschließend zu klären, bedarf es der Herausarbeitung des Willens des Gesetzgebers und seiner Motive.

### **c) Historische Auslegung**

Im Rahmen der historischen Auslegung werden der Wille und die Motive des Gesetzgebers ermittelt. Zudem wird die während des Gesetzgebungsverfahrens geführte Diskussion berücksichtigt, um den Bedeutungsgehalt der Vorschrift zu erkennen.

Der § 306 BGB entspricht dem damals beschlossenen § 6 AGBG. In den Begründungen und Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf ist zwar § 5 AGBG-E noch die entscheidende Norm, im weiteren Gesetzgebungsverfahren ist jedoch aus § 5 AGBG-E der später verabschiedete § 6 AGBG geworden. In der Begründung der Bundesregierung zum § 5 AGBG-E heißt es insoweit, die Vorschrift hat den Zweck, den Vertrag aufrechtzuerhalten.<sup>528</sup> Denn dies entspreche dem Willen der Parteien.<sup>529</sup> Die weiteren Ausführungen beziehen sich sodann zwar auf die Unwirksamkeit von Klauseln, allerdings sollen die Regelungen auf die Fälle der ganzen oder teilweisen Nichteinbeziehung übertragen werden.<sup>530</sup> Durch die Regelung des § 5 AGBG-E sollte verhindert werden, dass § 139 BGB zur Anwendung gelangt.<sup>531</sup> Nach § 139 BGB würde bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln der komplette Vertrag in Frage gestellt. Ist ein Teil eines Vertrages hiernach nichtig, so wäre unter Umständen der gesamte Vertrag gem. § 139 BGB nichtig. Dahingegen sollte der § 5 AGBG-E zunächst von der Wirksamkeit des Vertrages ausgehen und damit dem Willen der Vertragspartner Rechnung tragen.<sup>532</sup> Weiterhin wird darauf verwiesen, dass ebenso die Rechtsprechung den § 139 BGB als nicht geeignet ansieht, obwohl er dem Wortlaut nach anzuwenden sei.<sup>533</sup> Allerdings beziehen sich auch diese Äußerungen auf die Situation der Unwirksamkeit einer Klausel. Es stellt sich daher die grundlegende Frage, inwiefern bei einer Nichteinbeziehung der § 139 BGB überhaupt die anzuwendende Vorschrift ist. Nichteinbeziehung und Nichtigkeit sind nicht vergleichbar. Eine Klausel kann nur unwirksam und somit nichtig sein, nachdem sie einbezogen worden ist. Die Gleichsetzung mit der Nichteinbeziehung beruht wohl eher auf der Vergleichbarkeit der Situationen. Ist eine Klausel nichtig, so ist wohl grundsätzlich vom Willen der Parteien auszu-

---

<sup>528</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 20.

<sup>529</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 20.

<sup>530</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 21.

<sup>531</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 20.

<sup>532</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 20 f.

<sup>533</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 21.

gehen, am Vertrag festhalten zu wollen. Es ist nicht daraus zu schließen, dass die Parteien nicht mehr am Vertrag interessiert sind. Dies ist insofern mit der Konstellation bei der Kollision von AGB vergleichbar.

Gegen eine Anwendung spricht, dass die Bundesregierung hinsichtlich kollidierender AGB feststellte, dass dies eine Spezialfrage ist.<sup>534</sup> Es handele sich insbesondere um ein Problem des kaufmännischen Geschäftsverkehrs. Deswegen werde im B2B-Verkehr auch von der Anwendung des § 2 AGBG abgesehen. Die Besonderheiten in dem Geschäftsbereich könnten nicht allgemein geregelt werden, sondern müssten einer Einzelfallbetrachtung unterzogen werden. Im Rahmen dieser Einzelfallbetrachtung würden die allgemeinen Vorschriften des BGB zu einer sachgerechten Lösung führen. Außerdem wurde vom Rechtsausschuss gegen eine entsprechende Regelung angeführt, dass sie aufgrund der fehlenden Flexibilität ein Hindernis für die Rechtsprechung darstellt.<sup>535</sup> Zudem widerspreche die grundsätzliche Annahme eines wirksamen Vertrages dem § 154 Abs. 1 BGB.<sup>536</sup>

Diese Ansicht wird bei näherer Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens bestätigt. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf der Fraktion CDU/CSU und einzelner Abgeordneter sah in § 6 AGBG-E eine Regelung für die Kollision von AGB vor.<sup>537</sup> Er hatte zum Inhalt, dass widersprechende Bedingungen nicht wirksamer Vertragsbestandteil werden. Auch der Bundesrat bevorzugte eine derartige Regelung.<sup>538</sup> Er begründete seine Auffassung damit, dass ein Gesetz für AGB die wichtigen Fragen regeln muss, wozu das Problem der kollidierenden AGB zählt.<sup>539</sup> Zudem dürfe die Lösung des Problems nicht der Rechtsprechung überlassen werden.<sup>540</sup> Dagegen präferierte die Bundesregierung weiterhin eine Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB.<sup>541</sup> Sie verwies dabei auf die Vorschriften des §§ 150 Abs. 2, 151, 154, 155 BGB.<sup>542</sup> Das später erlassene AGBG enthielt eine derartige Regelung nicht.<sup>543</sup> Die Bundesregierung setzte sich somit mit ihrer Auffassung durch.

Insgesamt lässt sich anhand dieser Ausführungen feststellen, dass der § 6 AGBG entstanden ist, um insbesondere die Anwendung des § 139 BGB zu verhindern. Des Weiteren hat der Gesetzgeber das Problem der kollidierenden AGB erkannt. Er wollte es aber bewusst nicht

---

<sup>534</sup> Diese und die folgenden Ausführungen in diesem Abschnitt BT-Drs. 7/3919, S. 60.

<sup>535</sup> BT-Drs. 7/5422, S. 3.

<sup>536</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 60.

<sup>537</sup> BT-Drs. 7/3200, S. 3.

<sup>538</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 47 f.

<sup>539</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 48.

<sup>540</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 48.

<sup>541</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 17 f.

<sup>542</sup> BT-Drs. 7/3919, S. 17 f.

<sup>543</sup> Vgl. BGBl. I, 1976 Nr. 142, S. 3317 ff.

regeln. Denn die vorgeschlagene Regelung stehe im Widerspruch mit § 154 Abs. 1 BGB. Es lässt sich somit konstatieren, dass nach der historischen Auslegung einiges darauf hindeutet, die Kollision von AGB nicht unter § 306 BGB zu fassen.

#### **d) Teleologische Auslegung**

Das Ergebnis der bisherigen Auslegung könnte im Wege der letzten Auslegungsmethode, der teleologischen Auslegung, Bestätigung finden. Es kommt hiernach darauf an, welcher Sinn und Normzweck hinter der Regelung des § 306 BGB stecken.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der § 306 BGB dem Sinn und Zweck nach sowohl für den B2C-Verkehr als auch für den B2B-Verkehr gilt.<sup>544</sup> Außerdem ist die Vorschrift von einer Schutzfunktion gegenüber der anderen Vertragspartei geprägt.<sup>545</sup> Gäbe es die Vorschrift des § 306 BGB nicht, würde bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln der § 139 BGB zur Anwendung gelangen.<sup>546</sup> Nach § 139 BGB käme es dann bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäftes zur Gesamtnichtigkeit, wenn nichts anderes anzunehmen ist. Dies würde für die andere Partei bedeuten, dass sie regelmäßig den kompletten Anspruch verlöre, der oftmals aufgrund der AGB nur beschränkt werden sollte.<sup>547</sup> Die Partei müsste dadurch abwägen, ob sie die nachteilige AGB gegen sich gelten lassen möchte und somit die Wirksamkeit des Vertrages bestehen bleibt oder aber, ob sie die nachteilige Regelung mit der Folge der Unwirksamkeit des Gesamtvertrages anführt.<sup>548</sup> Dies wollte der Gesetzgeber mit der Regelung des § 306 BGB verhindern. Deswegen wird diese Regelung vereinzelt auch als *lex specialis* zu § 139 BGB angesehen.<sup>549</sup> Der Hauptzweck des § 306 BGB ist dementsprechend die Nichtanwendung des § 139 BGB. Allerdings ist der Ausschluss der Anwendung des § 139 BGB nicht mit den Nichteinbeziehungsfällen vergleichbar. Der Gesetzgeber stellt die Nichtigkeit und die Einbeziehung im § 306 BGB zwar gleich<sup>550</sup>, dies bedeutet jedoch nicht, dass dies die Kollision einbezieht.

Aufgrund der Kollision ist die Frage des Vertragsschlusses streitig. Beide Willenserklärungen stimmen aufgrund der widersprechenden AGB nicht überein. Bei der Nichteinbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB liegen hingegen Einbeziehungsmängel vor. Der § 306 Abs. 1 BGB stellt in

---

<sup>544</sup> Staudinger/Mäsch, (2019), § 306, Rn. 2.

<sup>545</sup> BGH IX ZR 113/91 = NJW 1992, 896 (897); BGH II ZR 209/95 = WM 1996, 2018 (2020); Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 306, Rn. 1; Jauernig/Stadler, § 306, Rn. 1.

<sup>546</sup> BeckOK BGB/H. Schmidt, § 306, Rn. 1.

<sup>547</sup> MüKoBGB/Basedow, § 306, Rn. 2.

<sup>548</sup> BeckOK BGB/H. Schmidt, § 306, Rn. 1.

<sup>549</sup> Palandt/Grüneberg, § 306, Rn. 1; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, § 306, Rn. 1.

<sup>550</sup> BT-Drs. 7/3919 S. 21.

dem Zusammenhang klar, dass der Vertrag trotz der Nichteinbeziehung aufgrund der Mängel wirksam bleibt. Diese Situation ist insofern mit der Nichtigkeit einer Klausel vergleichbar, als dass eine nichtige Klausel auch im gewissen Sinne einen Mangel aufweist. Ein derartiger Mangel liegt jedoch bei kollidierenden AGB im B2B-Verkehr nicht vor. Vielmehr fehlt es bei der Kollision an der Einbeziehungsvereinbarung i. S. v. § 305 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB. Eine derartige Einbeziehungsvereinbarung muss im unternehmerischen Rechtsverkehr vorliegen<sup>551</sup>, jedoch ist das Nichtvorliegen einer solchen Vereinbarung nicht vom Normzweck des § 306 BGB umfasst.<sup>552</sup> § 306 BGB bezieht sich nicht auf den Fall des Nichteinverständnisses nach § 305 Abs. 2, letzter Halbsatz BGB.<sup>553</sup> Dieser wird nicht vom Schutzzweck des § 306 Abs. 1 BGB gedeckt.<sup>554</sup> § 306 BGB setzt vielmehr einen wirksamen Vertragsschluss voraus. Dies lässt sich daran erkennen, dass die Vorschrift nicht greift, wenn die andere Partei den AGB widerspricht.<sup>555</sup> Gälte dieser Grundsatz nicht, könnte die andere Partei stets über das Wohl und Wehe des Vertrages frei entscheiden. Sie könnte wählen, ob sie den Vertrag mithilfe von § 306 Abs. 1 BGB ohne die AGB oder bei erklärtem Einverständnis mit AGB abschließt.<sup>556</sup> Die Norm umfasst somit vielmehr, neben der Unwirksamkeit einzelner Klauseln, den Fall, dass der Vertrag zwar zustande gekommen, die Einbeziehung jedoch gescheitert ist. Dasselbe muss bei einer Anwendung des Rechtsgedankens des § 306 BGB gelten. Auch dieser muss einen Vertragsschluss voraussetzen. Dies bestätigt sich darin, dass durch die Verwendung eigener AGB das vertragshindernde Ereignis bewusst von der anderen Partei selbst gesetzt wird. Es ist deswegen nicht mit dem Sinn und Zweck vereinbar, anzunehmen, dass diese Partei trotz des eigenen bewussten Setzens des Hindernisses weiterhin einen Vertrag möchte. Der Sinn und Zweck des § 306 BGB ist es stattdessen, einen wirksamen Vertrag bestehen zu lassen, wenn ein Einbeziehungsmangel nur von einer Vertragsseite zu vertreten ist und die andere Seite sich darauf beruft. § 306 BGB soll insofern keinen Vertragsschluss begründen. Vielmehr soll die andere Partei vor dem Prinzip „all or nothing“ – Hinnehmen des Mangels oder aber kein wirksamer Vertrag – geschützt werden.

---

<sup>551</sup> BGH VIII ZR 84/91 = NJW 1992, 1232; siehe auch Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 170.

<sup>552</sup> Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 306, Rn. 5.

<sup>553</sup> Rödl, AcP 2015, 683 (695).

<sup>554</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 306, Rn. 8.

<sup>555</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt, § 306, Rn. 8; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau, § 306, Rn. 8; Palandt/Grüneberg, § 306, Rn. 4; a. A. Staudinger/Mäsch, (2019), § 306, Rn. 33; MüKoBGB/Basedow, § 306, Rn. 11.

<sup>556</sup> So auch Rödl, AcP 2015, 683 (695).

## e) Zusammenfassung

Nach erfolgter Auslegung des Erklärungs- und Sinngehalts kann konstatiert werden, dass insbesondere aufgrund des Ergebnisses der teleologischen Auslegung der § 306 BGB nicht als Lösungsansatz für das Problem der Kollision von AGB in Betracht kommt. Die Kollision von AGB ist nicht vom § 306 BGB umfasst.

## 2. Lösung über § 150 Abs. 2 BGB

Heutzutage wird wie festgestellt teilweise weiterhin für den Fall der kollidierenden AGB die sog. Theorie des letzten Wortes vertreten, die auf dem § 150 Abs. 2 BGB beruht.<sup>557</sup>

Grundsätzlich würde ein Vertrag nicht zustande kommen, wenn die Annahme verspätet ist oder nicht mit dem Antrag übereinstimmt. Bei einer verspäteten Annahme ist der Antrag gem. § 146 BGB erloschen. Zudem kann ein Antrag nur mit dem Inhalt angenommen werden, den er definiert. Deswegen stellt eine modifizierende Annahme eine Ablehnung i. S. v. § 146 BGB dar.<sup>558</sup> Folglich wären in diesen Fällen derartige Annahmeerklärungen bedeutungslos.<sup>559</sup> Der § 150 BGB setzt hier an. Er enthält zwei widerlegbare – auch wenn der Wortlaut etwas anderes vermuten lässt („gilt“) – Auslegungsregeln.<sup>560</sup> Gem. § 150 Abs. 1 BGB gilt eine verspätete Annahme als neuer Antrag. Absatz 2 des § 150 BGB bestimmt zudem, dass eine modifizierende Annahme eine Ablehnung und zugleich einen neuen Antrag darstellt. Damit sind die unwirksamen Annahmeerklärungen nicht mehr unbeachtlich.<sup>561</sup>

Die Annahmeerklärung wird in den Fällen des § 150 BGB im Sinne des mutmaßlichen Parteiwillens umgedeutet.<sup>562</sup> Eine Anwendung des § 140 BGB kommt dagegen in diesen Fällen nicht in Betracht, da eine verspätete Annahme oder abändernde Annahme keinen Nichtigkeitsgrund darstellt.<sup>563</sup> Sie ist vielmehr fehlgeschlagen.<sup>564</sup> Allerdings handelt es sich bei § 150 BGB um eine widerlegbare Auslegungsregel.<sup>565</sup> Widerlegbar deswegen, weil sich im Einzelfall aus der Annahmeerklärung selbst ergeben kann, dass sie nicht als neues Angebot gewertet

---

<sup>557</sup> Vgl. § 4 I. 5.

<sup>558</sup> BGH VII ZR 193/10 = NJW 2012, 3505 (3506); BGH V ZR 123/92 = NJW-RR 1993, 1035 (1036); Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann, § 150, Rn. 3.

<sup>559</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 1; Oertmann, BGB AT, § 150, Anm. 1a.

<sup>560</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 1; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1; BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 150, Rn. 1; Soergel/Wolf § 150 Rn. 1.

<sup>561</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 1; Oertmann, BGB AT, § 150, Anm. 1a.

<sup>562</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1; ferner Hilger, AcP 1985, 559, 580 ff.

<sup>563</sup> Soergel/Wolf, § 150, Rn. 3; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1.

<sup>564</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1.

<sup>565</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 1; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1; BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 150, Rn. 1; Soergel/Wolf, § 150, Rn. 1.

werden soll.<sup>566</sup> § 150 BGB ist somit als eine Fiktion zu verstehen.<sup>567</sup> Die Parteien können aufgrund des fehlenden zwingenden Charakters der Vorschrift zudem die Wirkung des § 150 Abs. 1 und 2 BGB ausschließen.<sup>568</sup>

Damit der § 150 BGB seine Wirkung entfalten kann, muss sodann das neue Angebot dem ursprünglichen Offerenten zugehen.<sup>569</sup> Es ist hierbei ohne Bedeutung, ob es sich bei der Annahme um eine empfangsbedürftige Annahme oder einen der Ausnahmefälle nach §§ 151, 152, 156 BGB handelt. Denn die verspätete oder modifizierende Annahme ist ein neues Angebot und unterliegt dementsprechend den Regelungen über Angebote.<sup>570</sup> Folglich handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung und somit ist ihr Zugang erforderlich. In Bezug auf das Bestimmtheitserfordernis des Angebotes kann jedoch das ursprüngliche Angebot miteinbezogen werden.<sup>571</sup> Liegen alle Voraussetzungen vor, ist der Zweitofferent an den neuen Antrag gebunden.<sup>572</sup> Dabei muss dem Zweitofferenten die Umdeutung nicht bewusst sein.<sup>573</sup> Es genügt, wenn die Partei den Vertragsschluss zum Ziel hat.<sup>574</sup>

Im Folgenden ist zu analysieren, ob die Kollision ein Anwendungsfall des § 150 Abs. 2 BGB sein kann und wenn dies der Fall ist, inwiefern ein Vertragsschluss angenommen werden kann.

### **a) Modifizierendes Angebot**

Damit der § 150 BGB anwendbar ist, muss die Verweisung auf die eigenen AGB in der Annahme eine Abweichung vom Angebot und somit eine modifizierende Annahme darstellen i. S. v. § 150 Abs. 2 BGB. Dies ist durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.<sup>575</sup>

Beide Willenserklärungen, Angebot und Annahme, müssen aus Sicht des Empfängerhorizonts und nach deren objektivem Sinngehalt ausgelegt werden.<sup>576</sup> Die Abweichung muss dabei der modifizierenden Partei nicht bewusst sein.<sup>577</sup> Vielmehr ist zu fordern, dass die Abweichung

---

<sup>566</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1; Soergel/Wolf, § 150 Rn. 3.

<sup>567</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1.

<sup>568</sup> BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 150, Rn. 1; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1; BGH V ZR 176/84 = NJW 1986, 1983 (1984); BGH III ZR 52/66 = WM 1968, 1103 (1105).

<sup>569</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1; Soergel/Wolf, § 150, Rn. 2.

<sup>570</sup> Soergel/Wolf, § 150, Rn. 2; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1.

<sup>571</sup> OLG München 9 U 3350/77 = OLGZ 1978, 444 (446 f.; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 13, 4.

<sup>572</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 1.

<sup>573</sup> Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 650 in Fn. 49; Soergel/Wolf, § 150, Rn. 3; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 13.

<sup>574</sup> Soergel/Wolf, § 150, Rn. 3.

<sup>575</sup> AG Freudenstadt 4 C 798/91 = WM 1994, 1661 (1662); BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 150, Rn. 8; MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 6; Soergel/Wolf, § 150, Rn. 9.

<sup>576</sup> Soergel/Wolf § 150 Rn. 9.

<sup>577</sup> OLG Hamm 29 U 166/95 NJW-RR 1996, 1454; MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 6; Soergel/Wolf, § 150, Rn. 8.

aus Sicht des ursprünglich Antragenden hinreichend deutlich werden muss.<sup>578</sup> Der ursprünglich Antragende muss die Abweichung jedoch nicht subjektiv erkennen.<sup>579</sup> Vielmehr ist die Sicht eines objektiven Empfängers entscheidend.<sup>580</sup> Dementsprechend tritt die Rechtsfolge des § 150 Abs. 2 BGB auch dann ein, wenn eine Partei irrig annimmt, sie seien sich einig.<sup>581</sup> Die Auslegung kann allerdings ergeben, dass trotz nicht übereinstimmenden Wortlauts eine Modifizierung nicht vorliegt.<sup>582</sup> Bestehen nach der Auslegung weiterhin Zweifel, gehen diese zu Lasten des Annehmenden, wenn der ursprüngliche Offerent unter Berücksichtigung von Treu und Glauben eine nicht modifizierende Annahmeerklärung annehmen durfte.<sup>583</sup> Folglich ist es von Bedeutung, ob die Modifizierung eindeutig erkennbar ist. Die Abweichung muss klar und deutlich sein.<sup>584</sup> Sie ist jedoch unabhängig davon anzunehmen, ob sie wesentliche oder unwesentliche Punkte betrifft.<sup>585</sup> Ebenfalls sind günstige Abweichungen für die andere Partei als erheblich anzusehen.<sup>586</sup> Das Hinzufügen der eigenen AGB zur Annahme ist demnach als eine Modifikation i. S. d. § 150 Abs. 2 BGB anzuerkennen.<sup>587</sup> Liegt nun eine derartige Abweichung vor, stellt sie eine vollständige Ablehnung<sup>588</sup> des Angebots verbunden mit einem neuen Angebot dar.

## **b) Annahme des Angebots**

Damit ein wirksamer Vertrag zustande kommt, muss dieses neue Angebot angenommen werden. Von einer ausdrücklichen Annahme kann im Regelfall bei der Kollision von AGB nicht ausgegangen werden. Läge sie dennoch vor, würden sich die Probleme, ob ein Vertrag entstanden ist und die des Vertragsinhalts nicht stellen. Der Vertrag würde in dem Fall mit dem Inhalt der modifizierenden Annahme zustande kommen. Die Vertreter der Theorie des letzten Wortes gehen insofern von einer konkludenten Annahme aus, indem sie beispielsweise in der Lieferung, Entgegennahme der Ware oder in der Kaufpreiszahlung die Annahme des neuen

---

<sup>578</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 6.

<sup>579</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 150, Rn. 26.

<sup>580</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 6.

<sup>581</sup> OLG Hamm 29 U 166/95 NJW-RR 1996, 1454; Soergel/*Wolf*, § 150, Rn. 8.

<sup>582</sup> OLG Frankfurt 23 U 112/91 = NJW-RR 1993, 153.

<sup>583</sup> BGH VII ZR 129/09 = NJW 2010, 3436, (3438), BGH VII ZR 334/12 = NJW 2014, 2100 (2101), Staudinger/*Bork*, (2020), § 150, Rn. 9; ohne Anwendung von Treu und Glaube *Koch*, NJW 2014, 3553 (3554 f.).

<sup>584</sup> BGH VII ZR 334/12 = NJW 2014, 2100 (2101); HK-BGB/*Dörner*, § 150, Rn. 3; Soergel/*Wolf*, § 150, Rn. 14.

<sup>585</sup> BGH XII ZR 179/98 = NJW 2001, 221 (222); BGH NJW-RR 2010, 1127 (1128); MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 8; Staudinger/*Bork*, (2020), § 150, Rn. 8; Prütting/*Wegen/Weinreich/Brinkmann*, § 150, Rn. 3 f.; anders offensichtlich OLG Koblenz 5 U 310/91 = CR 1992, 400 (401).

<sup>586</sup> Prütting/*Wegen/Weinreich/Brinkmann*, § 150, Rn. 4.

<sup>587</sup> BGH III ZR 21/87 = NJW 1988, 2106 (2108); OLG Köln 13 U 206/91 = WM 1993, 369 (369 f.); Staudinger/*Bork*, (2020), § 150, Rn. 12; BeckOK BGB/*H.-W. Eckert*, § 150, Rn. 9.

<sup>588</sup> So ausdrücklich BGH V ZR 123/92 = NJW-RR 1993, 1035 (1036).

Angebotes sehen.<sup>589</sup> Allerdings könnte der Vertrag bereits mit dem Schweigen der anderen Partei zustande gekommen sein.

### aa) Schweigen als Annahme

Grundsätzlich kommt einem Schweigen kein Erklärungsgehalt zu und dementsprechend kann im Schweigen keine Annahme gesehen werden.<sup>590</sup> Im Rechtsverkehr bedeutet Schweigen im Regelfall keine Zustimmung.<sup>591</sup> Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit<sup>592</sup>, die sich wiederum aus Art. 2 Abs. 1 GG herleitet. Vielmehr muss die Annahme nach § 146 BGB gegenüber dem Antragenden erklärt werden. Die Annahme ist gem. § 130 Abs. 1 BGB empfangsbedürftig. Ein Schweigen auf eine modifizierende Annahme stellt dementsprechend grundsätzlich keine Zustimmung dar.<sup>593</sup> Dies gilt ebenso für den Handelsverkehr.<sup>594</sup> Es besteht demnach keine Obliegenheit für den Angebotsempfänger, dem Angebot nach § 150 Abs. 2 BGB zu widersprechen.<sup>595</sup>

Allerdings kann ein Vertrag bereits nach § 151 S. 1 BGB zustande kommen, ohne dass die Annahme gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden braucht und somit dem Antragenden zugehen muss. Dies ist bei einem entsprechenden Verzicht oder bei entsprechender Verkehrssitte anzunehmen. Wann eine derartige Verkehrssitte oder ein Verzicht vorliegt, kann an dieser Stelle erstmal dahinstehen.<sup>596</sup> § 151 S. 1 BGB kann im Grunde nicht darüber hinweghelfen, in einem Schweigen eine Annahme zu sehen, da § 151 S. 1 BGB lediglich auf die Empfangsbedürftigkeit der Willenserklärung verzichtet.<sup>597</sup> Allerdings wird § 151 BGB teilweise weiter verstanden.

Neben der Beseitigung der Empfangsbedürftigkeit nehmen einzelne Autoren an, dass § 151 BGB zudem auf die Erklärungsbedürftigkeit verzichtet.<sup>598</sup> Es könnte somit hiernach ein Vertrag bereits durch Schweigen zustande kommen – mit der Folge, dass es lediglich darauf an-

---

<sup>589</sup> Vgl. § 4 I. 5.

<sup>590</sup> BGH II ZR 52/50 = NJW 1951, 711; BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106; MüKoBGB/*Busche*, § 147, Rn. 6; Erman/*Armbrüster*, § 147, Rn. 3.

<sup>591</sup> BGH XII ZR 227/92 = NJW-RR 1994, 1163 (1165); BGH II ZR 52/50 = NJW 1951, 711; BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106.

<sup>592</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 147, Rn. 6.

<sup>593</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106; BGH VIII ZR 20/94 = NJW 1995, 1671 (1672); OLG Hamm 29 U 166/95 = NJW-RR 1996, 1454; Erman/*Armbrüster*, § 150, Rn. 3, 7; MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 9; *Petersen*, JURA 2009, 183 (186).

<sup>594</sup> So bereits auch *Tengelmann*, DB 1968, 205 (206).

<sup>595</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 9.

<sup>596</sup> Zu dem Thema *Staudinger/Bork*, (2020), § 151, Rn. 5 ff. m.w.N.

<sup>597</sup> *Staudinger/Bork*, (2020), § 151, Rn. 3; MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 1; BeckOK BGB/*H.-W. Eckert*, § 151, Rn. 1.

<sup>598</sup> So *Schwarze*, AcP 2002, 607 (618 ff.), vgl. *Brehmer*, JuS 1994, 386 m.w.N.

kommt, ob ein Annahmeentschluss vorlag.<sup>599</sup> Dies ist sodann eine Darlegungs- und Beweisfrage.<sup>600</sup>

Im Fall der kollidierenden AGB könnte dementsprechend ein Vertrag bereits zum Zeitpunkt des zuletzt übersandten modifizierenden Angebotes angenommen werden. Die anschließende Lieferung, Annahme der Ware oder Kaufpreiszahlung würde nicht vertragsbegründend, sondern lediglich für die Darlegungs- und Beweisfrage von entscheidender Bedeutung sein.

Ob der § 151 BGB auf die Erklärungsbedürftigkeit verzichtet, könnte sich daraus ergeben, dass zum Teil die Annahme nach § 151 BGB gar nicht als Willenserklärung, sondern als Willensgeschäft angesehen wird.<sup>601</sup> Eine Willenserklärung sei eine an einen Adressaten gerichtete Willensäußerung, ein Willensgeschäft sei hingegen eine nicht gerichtete Willensäußerung.<sup>602</sup> Das entscheidende Kennzeichen für Willensgeschäfte ist hierbei nach *Manigk* die nach außen tretende Handlung.<sup>603</sup> Bei § 151 BGB handele sich nach der Definition daher um ein Willensgeschäft, da dieser auf eine Erklärung gegenüber dem Antragenden verzichtet und dementsprechend die Abgabe der Erklärung insgesamt nicht mehr erfolgen müsse.<sup>604</sup> *Flume* hingegen erachtet zwar die Annahme des § 151 BGB ebenso als Willensgeschäft, wendet jedoch die Vorschriften über die Willenserklärung an.<sup>605</sup> Die Annahme nach § 151 BGB sei wie bei allgemeinen Willenserklärungen „ein Akt finaler, privatautonomer Gestaltung eines Rechtsverhältnisses“<sup>606</sup>. Der BGH geht im Fall von § 151 BGB von einer Willensbetätigung aus.<sup>607</sup> Die Annahme sei nämlich in der Handlung zu sehen.<sup>608</sup> Da für den BGH wie für *Manigk* das entscheidende Kriterium die Handlung ist, erübrigt sich eine Unterscheidung zwischen Willensgeschäft und Willensbetätigung. In einem Urteil geht der BGH allerdings weiter und verlangt ausdrücklich keine „Erklärungsbedürftigkeit“.<sup>609</sup> Es ist jedoch davon auszugehen, dass der BGH die „Empfangsbedürftigkeit“ meint, wie er auch in einem späteren Urteil darlegt.<sup>610</sup>

Der Streit, ob es sich um eine Willenserklärung oder ein Willensgeschäft handelt, kann jedoch im Ergebnis insoweit dahinstehen, da sich das Willensgeschäft im Grunde nach nicht von

---

<sup>599</sup> So ausdrücklich *Schwarze*, AcP 2002, 607 (618).

<sup>600</sup> Zust. *Schwarze*, AcP 2002, 607 (618).

<sup>601</sup> Vgl. *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, S. 370.

<sup>602</sup> *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, S. 135, 296 ff, 344 ff.

<sup>603</sup> Vgl. *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, S. 344 ff.

<sup>604</sup> *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, S. 370.

<sup>605</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 655.

<sup>606</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 655.

<sup>607</sup> BGH III ZR 166/05 = NJW 2006, 3777 (3778); BGH III ZR 380/03 = NJW 2004, 3699; wohl a. A. BGH II ZR 99–98 = NJW 1999, 1328.

<sup>608</sup> BGH III ZR 166/05 = NJW 2006, 3777 (3778).

<sup>609</sup> BGH VIII ZR 370–97 = NJW 1999, 2179.

<sup>610</sup> BGH XI ZR 24/99 = NJW 2000, (276) 277.

einer nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung unterscheidet.<sup>611</sup> In beiden Fällen wird eine nach außen tretende Handlung verlangt. Des Weiteren sollen im Übrigen bei einem Willensgeschäft die Grundsätze der Willenserklärung entsprechend Anwendung finden.<sup>612</sup>

Da es offensichtlich nicht ausschlaggebend auf jene Unterscheidung ankommt, ist anhand anderer Kriterien zu beurteilen, ob der § 151 BGB insoweit auf die Erklärungsbedürftigkeit verzichtet, dass der Annahmewille nicht betätigt werden muss.

Im Rahmen einer historischen Auslegung sind die Protokolle zur Entstehung des BGB von entscheidender Bedeutung. Hiernach genügt „eine jede Betätigung des Annahmewillens, welche diesen erkennbar zum Ausdruck bringe, ohne dass sie an den Antragenden gerichtet, diesem gegenüber erfolgt sein brauche“<sup>613</sup>. Weiter heißt es, dass es eine Einzelfallentscheidung ist, wann eine derartige Betätigung vorliegt.<sup>614</sup> Hieraus könnte zu schließen sein, dass eine Betätigung des Annahmewillens in irgendeiner Form vorliegen muss. Dementsprechend würde das Schweigen nicht ausreichen. Dem wird jedoch nachvollziehbarerweise entgegengehalten, dass der Gesetzgeber dies in § 151 BGB nicht positiv formuliert hat.<sup>615</sup> Vielmehr besagt § 151 BGB negativ, eine Annahme braucht dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden. Es könnte somit bedeuten, dass insgesamt auf jede Art von Betätigung verzichtet wird.<sup>616</sup> Nach dem Wortlaut ist es für möglich zu halten, hinsichtlich der Voraussetzungen des § 151 BGB überhaupt keine Annahmeerklärung zu verlangen.<sup>617</sup> Allerdings kann der Wortlaut des § 151 BGB auch so gedeutet werden, dass die Annahmeerklärung nur „dem Antragenden gegenüber“ nicht erklärt zu werden braucht.<sup>618</sup> Da der Wortlaut sowohl für eine Erklärungsbedürftigkeit als auch gegen eine spricht, kann dieser nicht entscheidungserheblich sein.

Gegen eine Erklärungsbedürftigkeit der Annahme nach § 151 BGB wird angenommen, dass die Äußerung der Annahme nicht darauf gerichtet ist, dem Antragenden den Willen mitzuteilen.<sup>619</sup> Allerdings ist dem richtigerweise entgegenzuhalten, dass i. S. v. § 151 BGB bereits eine Annahmeerklärung vorliegt, wenn die Erklärung selbst die „eigenen vier Wände“ nicht verlassen hat.<sup>620</sup> Somit kann dies kein Argument gegen die Erklärungsbedürftigkeit der Annahme sein.

---

<sup>611</sup> Jauernig/Mansel, § 151, Rn. 1

<sup>612</sup> Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 376.

<sup>613</sup> Mugdan, Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 693.

<sup>614</sup> Mugdan, Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 693.

<sup>615</sup> Schwarze, AcP 2002, 607 (614).

<sup>616</sup> Schwarze, AcP 2002, 607 (614).

<sup>617</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 14.

<sup>618</sup> Ebenso Staudinger/Bork, § 151, Rn. 14.

<sup>619</sup> Schwarze, AcP 2002, 607 (618).

<sup>620</sup> So Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 15.

Vielmehr kann für eine Äußerung der Annahme sprechen, dass etwas nur rechtliche Geltung erlangt, wenn eine Entäußerung und somit Objektivierung vorliegen.<sup>621</sup> Was nicht „erklärt sei, (könne) auch nicht gelten“<sup>622</sup> – denn es ist nicht existent.<sup>623</sup> *Schwarze* hält dem zwar entgegen, dass dies am Ende bedeutet, dass für die rechtsgeschäftliche Bindung nicht der eigentliche Wille selbst das tragende Element ist, sondern die den Willen zum Ausdruck bringende Handlung, obwohl das BGB nur dem inneren Willen bei den Vorschriften zu den Willensmängeln Bedeutung schenke.<sup>624</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das BGB nur erkennen lässt, dass der innere Wille ein Tatbestandsmerkmal ist.<sup>625</sup> Über die rechtliche Geltung sagt dies nichts aus.

Ferner wird für eine Erklärungsbedürftigkeit hervorgebracht, dass erst die Äußerung des Willens für eine Festigkeit des Willens spreche.<sup>626</sup> Erst hierdurch werde der Prozess der Willensbildung abgeschlossen und der Wille vollzogen. Der Hintergrund hiervon ist offenkundig, dass erst durch eine Äußerung dem Äußernden die Ernsthaftigkeit der Sache bewusst werde. Indes kann eine Willensäußerung in vielen Fällen jedoch wieder zurückgenommen werden. Exemplarisch sind der Widerruf oder die Anfechtung zu nennen. Deswegen müsse hiernach vielmehr nicht die Äußerung, sondern die Irreversibilität für eine Bewusstseinschärfung des Äußernden gefordert werden.<sup>627</sup> Eine zurücknehmbare Willensäußerung ist dagegen nicht geeignet für eine Unterscheidung zwischen dem unerheblichen inneren Willen und der erheblichen Äußerung.<sup>628</sup> Zudem kann die in den eigenen vier Wänden geäußerte Annahmeerklärung, die wie dargestellt für § 151 BGB als Äußerung reichen soll, nicht für mehr Festigkeit stehen als der nicht geäußerte Wille.<sup>629</sup> Wenn die Festigkeit des Willens als ein entscheidender Grund für die Erklärungsbedürftigkeit angesehen wird, dann sollte konsequenterweise gefordert werden, dass die Äußerung irreversibel ist.<sup>630</sup> Das bedeutet, eine Annahme liegt erst dann vor, wenn der Annehmende eine irreversible Handlung vorgenommen hat. Nach dieser

---

<sup>621</sup> *Brehmer*, JuS 1994, 386 (387).

<sup>622</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 54 – wenngleich für § 151 BGB anders vgl. *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 655.

<sup>623</sup> wohl auch *Reppen*, AcP 2000, 533 (546).

<sup>624</sup> *Schwarze*, AcP 2002, 607 (619 f.).

<sup>625</sup> Ebenfalls *Brehmer*, JuS 1994, 386 (387).

<sup>626</sup> Diese und die folgende Ausführung *Brehmer*, JuS 1994, 386 (387).

<sup>627</sup> *Schwarze*, AcP 2002, 607 (621).

<sup>628</sup> So auch *Schwarze*, AcP 2002, 607 (621).

<sup>629</sup> Ebenso *Schwarze*, AcP 2002, 607 (621).

<sup>630</sup> Ebenso diese und die folgenden Ausführungen *Schwarze*, AcP 2002, 607 (621 f.).

sog. „Irreversibilitätstheorie“ existiert vor der irreversiblen Handlung kein entsprechender Wille.<sup>631</sup>

Allerdings ist dies nicht richtig. Es kann nicht allgemein ausgeschlossen werden, sich einer Sache bereits sicher zu sein, bevor ein irreversibler Zustand geschaffen wird. Des Weiteren leidet die Theorie darunter, nicht belegen zu können, dass ein Wille nach ihrer Ansicht vor der Schaffung eines unveränderbaren Zustandes nicht feststellbar ist. Beispielhaft ist an die Wirksamkeit eines Testaments trotz Widerruflichkeit gem. § 2253 BGB zu denken. Dementsprechend kann der Wille auch ohne Irreversibilität bereits als relevant angesehen werden. Jedoch ist hieraus nicht der Umkehrschluss zu ziehen, dass die Annahme nach § 151 BGB nicht erklärungsbedürftig ist. Dies belegt ebenfalls der Sinn und Zweck des § 151 BGB.

Indem der § 151 BGB unstrittigerweise auf den Zugang der Annahme verzichtet, sollte der Rechtsverkehr erleichtert werden.<sup>632</sup> Er fördert die Beschleunigung des Rechtsverkehrs.<sup>633</sup> Aus dieser Tatsache darf jedoch nicht geschlossen werden, in § 151 BGB einen gänzlichen Verzicht der Annahme zu sehen. Vielmehr ist die Annahmeerklärung wie eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung zu behandeln.<sup>634</sup> Diese richtet sich sodann nach den allgemeinen Anforderungen, die an Willenserklärungen zu stellen sind, mit der Ausnahme des Fehlens einer zielgerichteten Abgabe an den Offerenten.<sup>635</sup> Folglich muss ein objektiver äußerer Erklärungstatbestand vorliegen.<sup>636</sup> Lediglich der Annahmeentschluss reicht nicht.<sup>637</sup>

Dementsprechend ist für die Annahme nach § 151 BGB zu fordern, dass der Annahmeentschluss die „Gedankenwelt“ des Annehmenden verlassen haben muss.<sup>638</sup> Ab diesem Zeitpunkt liegt eine Annahme vor und somit ein wirksamer Vertrag. Dabei muss die Annahme nicht ausdrücklich erklärt werden, konkludentes Verhalten ist ausreichend.<sup>639</sup>

Eine Ausnahme hiervon solle jedoch dann gemacht werden, wenn das Rechtsgeschäft für den Annehmenden vorteilhaft sei.<sup>640</sup> Eine ausdrückliche oder konkludente Annahmeerklärung sei

---

<sup>631</sup> *Himmelschein* umgeht dies, indem er zwischen Annahme- und Bindungswillen unterscheidet, *Himmelschein*, Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 57.

<sup>632</sup> BeckOK BGG/H.-W. Eckert, § 151, Rn. 1; MüKoBGB/Busche, § 151, Rn. 1; Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 14.

<sup>633</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 1; BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 151, Rn. 1.

<sup>634</sup> Jauernig/Mansel, § 151, Rn. 1; MüKoBGB/Busche, § 151, Rn. 3; Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 14.

<sup>635</sup> Ebenso BGH VII ZR 192/92 = NJW-RR 1994, 280 (281); Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 14; Repgen, AcP 2000, 533 (534 u. 564); Kramer, JURA 1984, 235 (248).

<sup>636</sup> A. A. Kanzleiter, DNotz 1988, 498 (499).

<sup>637</sup> A. A. Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 655; Schwarze, AcP 2002, 607 (622); BAG 9 AZR 307/00 = BB 2002, 359 (360) das unter Umständen auf die komplette Annahme verzichten will.

<sup>638</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 15.

<sup>639</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 15; HK-BGB/Dörner, § 151, Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkman, § 151, Rn. 1; Soergel/Wolf, § 151, Rn. 5.

<sup>640</sup> BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 151, Rn. 8; Staudinger/Bork, (2020), § 151, Rn. 8.

dann nicht erforderlich. Dies ist jedoch nicht als richtig zu erachten. Vielmehr ist weiterhin eine Betätigung des Annahmewillens zu fordern.<sup>641</sup> Ein nach außen tretendes Verhalten sollte vorliegen. Stattdessen kann der Vorteilhaftigkeit des Geschäfts bei der Auslegung, inwieweit eine Handlung gegeben ist, die eine Betätigung des Annahmewillens darstellen soll, Bedeutung zu kommen.<sup>642</sup> So kann exemplarisch in dem Behalten einer Bürgschaftsurkunde die zu fordernde Betätigung gesehen werden, wenn einem abwesenden Gläubiger die Bürgschaftsurkunde zugesandt wurde.<sup>643</sup>

In der Praxis wird es hingegen regelmäßig nicht von Bedeutung sein, ob der hier vertretenden Meinung gefolgt wird oder aber der Ansicht, es kommt bei § 151 BGB nicht auf die Erklärungsbedürftigkeit der Annahme an. Denn wenn angenommen werde, dass die Annahme nicht erklärt zu werden braucht und der Annahmewille ausreicht, muss dieser Wille im Prozess bewiesen werden. Im Rahmen des Prozesses muss diejenige Partei den Annahmewillen beweisen, die auf den Vertragsschluss nach § 151 S. 1 BGB verweist.<sup>644</sup> Das wird die Partei sein, zu deren Gunsten sich ein wirksamer Vertrag auswirkt. Wenn die andere nun das Vorliegen des Annahmewillens bestreitet, muss die beweisbelastete Partei den Beweis des Annahmewillens führen. Regelmäßig wird der Beweis erst durch das Vorliegen eines den Willen indizierenden Verhaltens erbracht werden können.<sup>645</sup> Dieses Verhalten ist auch das nach der hier vertretenden Ansicht maßgebliche Verhalten für die Betätigung des Annahmewillens. Ein vorheriger Wille kann allenfalls durch Indizien bewiesen werden.

Für den Fall der kollidierenden AGB bedeutet dies, dass der Vertrag nicht bereits durch das Schweigen des Angebotsempfängers zustande kommt. Vielmehr muss eine ausdrückliche oder konkludente Annahme vorliegen.

## **bb) Annahme durch konkludentes Verhalten**

Im Gegensatz zur Annahme durch Schweigen liegt bei der konkludenten Annahme ein positiver Erklärungsgehalt zu Grunde, der im Verhalten des Annehmenden zu sehen ist.<sup>646</sup> Dementsprechend kann ein konkludentes Verhalten eine Zustimmung darstellen.<sup>647</sup> Es ist somit

---

<sup>641</sup> BGH XI ZR 24/99 = NJW 2000, 276 (277).

<sup>642</sup> BGH XI ZR 24/99 = NJW 2000, 276 (277).

<sup>643</sup> BGH IX ZR 136/96 = NJW 1997, 2233.

<sup>644</sup> Soergel/Wolf, § 151, Rn. 28; Rosenberg, Die Beweislast, S. 255.

<sup>645</sup> Schwarze, AcP 2002, 607 (627).

<sup>646</sup> Soergel/Wolf, § 147, Rn. 24.

<sup>647</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 9.

nicht ausgeschlossen, dass mit der widerspruchslosen Annahme und Zahlung der Ware oder der Lieferung eine Zustimmung anzunehmen ist.<sup>648</sup>

Ebenfalls kann im Rahmen des § 151 BGB die Annahme durch ein derartiges schlüssiges Verhalten erklärt werden.<sup>649</sup> Durch die Betätigung wird der Annahmeheschluss nach außen hervorgetragen und die Annahme somit konkludent erklärt.<sup>650</sup> Allerdings kann nicht in jedem Verhalten des Angebotsempfängers eine derartige Betätigung gesehen werden. Es muss vielmehr ein Verhalten vorliegen, aus dem sich der Annahmewille schließen lässt.<sup>651</sup> Dies muss durch Auslegung ermittelt werden. Dabei ist zunächst die Frage nach dem Auslegungsgegenstand und -horizont zu stellen.

### **(1) Auslegung des konkludenten Verhaltens**

Vereinzelt wird vertreten, dass im Rahmen der Ermittlung, ob eine Annahme vorliegt, auf den § 116 BGB analog und dem wirklichen Willen abzustellen ist.<sup>652</sup> Denn § 151 BGB verzichte auf den Zugang der Annahme und somit müsse bei der Auslegung nicht auf den objektiven Empfängerhorizont abgestellt werden.<sup>653</sup> Wäre dieser Ansicht zu folgen, würde das bedeuten, dass in den Fällen keine Annahme vorliegt, bei denen der Antragsempfänger die Sachlage fehlerhaft beurteilt. Beispielhaft ist das Benutzen von unbestellter Ware zu nennen, bei der der Empfänger der Offerte die Sache als für ihn gehörig hält. Nach dieser Ansicht könnte der Antragsempfänger sodann ohne Anfechtung und durch Beweis richtigstellen, dass aufgrund des Irrtums kein Annahmewille vorlag, und somit den Anschein der Annahme widerlegen.<sup>654</sup> Unbeachtlich und somit eine Annahme darstellend, wäre hingegen, wenn der Antragsempfänger nicht den Willen hatte, das Angebot anzunehmen, dabei aber wusste, eine Interpretation seines Verhaltens lässt auf eine Annahme schließen.<sup>655</sup> Diesem Vorgehen ist allerdings nicht zu folgen.<sup>656</sup> Dass aufgrund der fehlenden Außenwirkung des betätigenden Verhaltens kein Vertrauenstatbestand vorliege und demnach nicht auf einen objektiven Dritten bei der Auslegung abzustellen sei, ist insofern nicht richtig. Denn derartige Fälle werden erst relevant werden,

---

<sup>648</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107); BGH VIII ZR 20/94 = NJW 1995, 1671 (1672); Erman/*Armbrüster*, § 150, Rn. 8; MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 12.

<sup>649</sup> Staudinger/*Bork*, (2020), § 151, Rn. 15.

<sup>650</sup> *Brehmer*, JuS 1994, 386 (387 f.).

<sup>651</sup> Staudinger/*Bork*, (2020), § 151, Rn. 15.

<sup>652</sup> HK-BGB/*Dörner*, § 151, Rn. 3; MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 10; a. A. *Brehmer*, JuS 1994, 386 (388 f.); *Eckardt*, BB 1996, 1945 (1950).

<sup>653</sup> HK-BGB/*Dörner*, § 151, Rn. 3.

<sup>654</sup> BGH VIII ZR 297/84 = NJW-RR 1986, 415; MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 10; Erman/*Armbrüster*, § 151, Rn. 9.

<sup>655</sup> BGH VIII ZR 297/84 = NJW-RR 1986, 415 (416); MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 10.

<sup>656</sup> Zust. Staudinger/*Bork*, (2020), § 151, Rn. 16; *Brehmer*, JuS 1994, 386 (388).

wenn das Verhalten Außenwirkung erlangt hat.<sup>657</sup> Dadurch, dass es bei § 151 BGB an der Empfangsbedürftigkeit fehlt, kann es jedoch nicht auf den Empfängerhorizont ankommen.<sup>658</sup> Es ist deswegen hinsichtlich des Auslegungshorizonts auf den Standpunkt eines externen Dritten abzustellen.

Des Weiteren ist zu klären, was im Rahmen des § 151 BGB den Auslegungsgegenstand darstellt. Aufgrund des Verzichts einer zugehenden Erklärung kann es nur auf das nach außen tretende Verhalten des Angebotsempfängers ankommen. Das Gesamtverhalten des potenziell Annehmenden ist insofern entscheidend.<sup>659</sup> Es ist insbesondere anhand der äußeren Indizien, dem Gesamtverhalten, der wahre Wille des Antragsempfängers zu beurteilen.<sup>660</sup>

Somit ist hiernach das Gesamtverhalten aus der Perspektive eines objektiven neutralen Beobachters zu bewerten.<sup>661</sup> Das bedeutet jedoch nicht, dass die dem Antragenden bekannten Umstände nicht miteinbezogen werden. Für einen Unbeteiligten ist es vielmehr nicht möglich, aus dem Gesamtverhalten und der nach außen tretenden Betätigung ggf. eine Annahme zu schließen.<sup>662</sup>

Nachdem die Frage nach dem Auslegungshorizont und dem -gegenstand geklärt ist, ist hier nach zu evaluieren, ob bei der Kollision von AGB in der Handlung des Angebotsempfängers – Warenannahme oder Kaufpreiszahlung – eine konkludente Annahme angenommen werden kann.

Es lässt sich argumentieren, dass der Empfänger des Antrages durch die vorgenommene Handlung nach außen erkennbar seinen Annahmewillen deutlich gemacht hat. So wird teilweise vertreten, bei Ausführung der Leistung entsprechend dem Antrag oder der Kaufpreiszahlung eine Annahme anzunehmen.<sup>663</sup> Das würde bedeuten, dass sich der Antragende mit seinen AGB durchsetzen würde und ein Vertrag mit dem Inhalt des Antrages zustande kommt. Dies steht allerdings im Widerspruch zum ursprünglichen Willen des Angebotsempfängers, seine eigenen AGB zur Geltung zu bringen. Es stellt sich somit die Frage, ob im Rahmen der Auslegung dem ursprünglichen Angebot des jetzigen Angebotsempfängers Bedeutung zukommen darf. Nach *Ebel* kommt es darauf nicht an.<sup>664</sup> Er knüpft dabei direkt an § 150 Abs. 2 BGB und

---

<sup>657</sup> So auch Staudinger/*Bork*, (2020), § 151, Rn. 16.

<sup>658</sup> BGH III ZR 380/03 = MMR 2005, 44 (45); BGH X ZR 39/89 = NJW 1990, 1656 (1657).

<sup>659</sup> Ebenso MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 10.

<sup>660</sup> BGH III ZR 380/03 = MMR 2005, 44 (45); BGH X ZR 39/89 = NJW 1990, 1656 (1657); Soergel/*Wolf*, § 151, Rn. 8; *Brehmer* JuS 1994, 386 (389).

<sup>661</sup> BGH III ZR 380/03 = MMR 2005, 44 (45); BGH X ZR 39/89 = NJW 1990, 1656 (1657); Staudinger/*Bork*, (2020), § 151, Rn. 16; Erman/*Armbrüster*, § 151, Rn. 5; ähnlich *Brehmer*, JuS 1994, 386 (389).

<sup>662</sup> *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten, S. 351, 353; so auch *Brehmer*, JuS 1994, 386 (388).

<sup>663</sup> Erman/*Armbrüster*, § 151, Rn. 5.

<sup>664</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1035).

verweist auf die zwei Rechtsfolgen. Die modifizierende Annahme stelle zum einen eine Ablehnung des Angebots und zum anderen ein neues Angebot dar. *Ebel* verweist darauf, dass nach der ersten Rechtsfolge das ursprüngliche Angebot ausdrücklich abgelehnt wird. Die Ablehnung beziehe sich auf das komplette Angebot. Habe der Gesetzgeber dies nicht beabsichtigt, hätte er Ausnahmen formulieren müssen. Dies habe zur Konsequenz, dass bei der Auslegung des Annahmewillens das ursprüngliche Angebot keine Relevanz habe. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Es ist zwar richtig, dass das Angebot durch eine modifizierende Annahme abgelehnt wird. Dies bedeutet dennoch nicht, dass das Schreiben bei der Auslegung zu ignorieren ist. Bei der Auslegung des Annahmewillens ist das nach außen erkennbare Gesamtverhalten zu beurteilen. Zum Gesamtverhalten gehören zum einen die beschriebenen Handlungen. Des Weiteren ist auf alle anderen äußeren Indizien Bezug zu nehmen.<sup>665</sup> „Dabei können alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein, die im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen von Bedeutung sind.“<sup>666</sup> Folglich ist jedes Verhalten für die Beurteilung entscheidend. Damit kann bei der Auslegung nicht über das ursprüngliche Angebot hinweggesehen werden – im Gegenteil, es ist bei der Auslegung miteinzubeziehen. Aus der Sicht eines objektiven neutralen Dritten ist sodann zu fragen, ob das Verhalten, also die skizzierten Handlungen, oder das ursprüngliche Angebot mehr Bedeutung hat. Dies ist eine Einzelfallbetrachtung. Macht der Antragsempfänger ausdrücklich deutlich, dass er einen Vertrag nicht mit den AGB der anderen Partei wünscht, ist der Fall eindeutig. Ein Vertragsschluss kann nicht auf Grundlage der gegnerischen AGB angenommen werden. Ein derartiger Hinweis liegt unstrittig vor, wenn der Angebotsempfänger in seinen AGB eine Abwehrklausel verwendet hat.<sup>667</sup> Aufgrund der Abwehrklausel wird ersichtlich, dass er mit den AGB des anderen nicht einverstanden ist und einen Vertrag mit dessen AGB nicht zustimmt.

Anders liegt der Fall, wenn im ursprünglichen Angebot nur auf die AGB verwiesen wird und diese keine Abwehrklausel enthalten. Hier ist zu hinterfragen, ob der einmalige Verweis auf die eigenen AGB mehr Bedeutung hat als die Handlung, nach der ein Annahmewille angenommen werden könnte. Damit diese Frage beantwortet werden kann, muss eine Rechtsfolgenbetrachtung durchgeführt werden. Die günstigere Rechtsfolge wird – jedenfalls kann das angenommen werden – im Sinne der annehmenden Partei sein.

Nimmt man einen Annahmewillen an, würde dies implizieren, den AGB des Antragenden Geltung zu verschaffen. Dies hätte den Vorteil, dass ein wirksamer Vertrag mit der Vornahme

---

<sup>665</sup> So BGH X ZR 39/89 = NJW 1990, 1656 (1657).

<sup>666</sup> BGH X ZR 39/89 = NJW 1990, 1656 (1657).

<sup>667</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

der konkludenten Handlung vorläge, was vollumfänglich im Sinne des Gedankens der Rechtssicherheit ist. Dagegen kann jedoch eingewandt werden, dass hiernach ein Vertrag mit einem Inhalt zustande käme, den der Angebotsempfänger nicht herbeiführen wollte. Es ist regelmäßig nicht evident, dass der Angebotsempfänger von seinem ursprünglichen Verlangen, den eigenen AGB Geltung zu verschaffen, abrückt. Zudem hat nicht nur der Angebotsempfänger ein Interesse am Vertragsschluss. Vielmehr ist es ebenfalls im Interesse des Anbietenden, dass ein Vertrag zustande kommt. Folglich wäre es nicht nachvollziehbar, wenn das beidseitige Verlangen nach einem wirksamen Vertrag zugunsten des modifiziert Antragenden entschieden würde. Dementsprechend ist nach Betrachtung aller Umstände trotz eines widersprechenden Verhaltens im Fall der kollidierenden AGB regelmäßig kein Annahmewille des Antragsempfängers nach §§ 150 Abs. 2, 151 S. 1 BGB anzunehmen. Auf die Verwendung einer Abwehrklausel kommt es hierfür nicht an.<sup>668</sup>

## **(2) Beweisfragen**

Diese Ansicht ist hinsichtlich der Beweisfrage von Vorteil. Die Partei, die einen Vertragsschluss nach § 151 BGB durch Willensbetätigung behauptet, ist hinsichtlich zwei Fragestellungen beweispflichtig. Zum einen muss die Partei beweisen, dass die Annahme nicht zugehen muss, und zum anderen, dass ein Verhalten vorliegt, indem die Annahme gesehen werden kann.<sup>669</sup> Dadurch jedoch, dass das vertragsdurchführende Verhalten des Angebotsempfängers regelmäßig als Annahme angesehen wird<sup>670</sup>, müsste der Angebotsempfänger darlegen, dass sein Verhalten nicht als Annahme i. S. v. § 151 S. 1 BGB zu werten ist. Dies wird ihm nach der hier vertretenden Ansicht insofern gelingen, indem er den Beweis erbringt, dass er in seinem Angebot auf seine AGB verwiesen hat. Dies wird sodann den Beweis der anderen Partei erschüttern.

## **cc) Die Teilannahme als letzter Ausweg**

Aus dem ermittelten Parteiwillen kann jedoch in Abweichung zu § 150 Abs. 2 BGB hervorgehen, dass eine Teilannahme möglich sein soll.<sup>671</sup> Es könnte ein Vertragsschluss der Parteien anzunehmen sein, allerdings ohne Geltung von AGB. Dies ist jedoch abzulehnen. Zum einen

---

<sup>668</sup> So im Ergebnis auch Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 188; Prütting/Wegen/Weinreich/*Brinkmann*, § 150, Rn. 7.

<sup>669</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 151, Rn. 12; Soergel/*Wolf*, § 151, Rn. 28, *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 255.

<sup>670</sup> Vgl. BGH VIII ZR 297/84 = NJW-RR 1986, 415 (415 f.).

<sup>671</sup> BGHV ZR 176/84 = NJW 1986, 1983 (1984); MüKoBGB/*Busche*, § 150, Rn. 8; Staudinger/*Bork*, (2020), § 150, Rn. 13; Erman/*Armbrüster*, § 150, Rn. 5.

zielt die Konstellation der Teilannahme auf andere Fälle ab. Zum anderen ist sie nicht übertragbar auf die Kollision von AGB. So wird beispielsweise eine Teilannahme insoweit diskutiert, als dass sich die Annahme auf eine kleinere Menge an Waren bezieht als die Angebotene und die angebotene Menge zudem eine trennbare Einheit darstellt.<sup>672</sup> Hiernach kommt möglicherweise ein Vertrag mit einer anderen Menge zustande. Alle anderen Vertragspunkte bleiben jedoch unberührt. Es kann dabei im Rahmen des Parteiwillens argumentiert werden, dass die anbietende Partei einen Vertrag mit einer geringeren Menge bei Vorliegen der beschriebenen Voraussetzungen möchte. Denn das Angebot enthält im gewissen Sinne auch die geringere Menge.

Bei der Kollision von AGB würde hingegen nicht ein Punkt in den AGB geändert, sondern es würden die kompletten AGB nicht als Vertragsinhalt deklariert werden. Wenn an dieser Stelle der vertretenden Ansicht gefolgt wird, die aufgrund des Verweises auf die eigenen AGB keinen Vertragsschluss nach §§ 150 Abs. 2, 151 S. 1 BGB annimmt, dann kann nicht zugleich dahingehend ein Parteiwille angenommen werden, dass eine Teilannahme ohne die Geltung von AGB gewollt ist.

### **c) Zusammenfassung**

Verwenden sowohl der ursprünglich Anbietende als auch der nach § 150 Abs. 2 BGB modifizierende Annehmende in ihren Angeboten AGB, ist kein Vertragsschluss nach §§ 150 Abs. 2, 151 S. 1 BGB gegeben. Das Schweigen auf ein modifizierendes Angebot stellt ebenfalls wie die Durchführung von Vertragshandlungen keine Annahme dar. Aufgrund der Verweisung auf die eigenen AGB kann kein Einverständnis mit den gegnerischen AGB angenommen werden. Dies ist auch unabhängig davon, ob die Parteien Abwehrklauseln verwendet haben. Somit ist ein erneuter Widerspruch nicht zu fordern.

## **3. Lösung über §§ 154 und/oder 155 BGB**

Um der Kollision von AGB einer Lösung zuführen zu können, muss das hinter der Kollision liegende Problem betrachtet werden. Die Kollision bedeutet ein Nichteinigsein über den Vertragsinhalt. Dieses Nichteinigsein ist ebenso der Ausgangspunkt der Regelungen in § 154 BGB und § 155 BGB. Folglich stellt sich die Frage, ob diese Regelungen zum Dissens auf die Kollision übertragbar und anwendbar sind.

---

<sup>672</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150 Rn. 11; HK-BGB/Dörner, § 150, Rn. 3.

## **a) Anwendungsbereich der Vorschriften**

### **aa) Anwendbarkeit auf Vertragsschluss durch Angebot und Annahme**

Zunächst ist erklärungsbedürftig, über welchen Anwendungsbereich die §§ 154, 155 BGB verfügen. Damit ein Vertrag wirksam zustande kommt, ist Konsens erforderlich. Es werden demgemäß zwei übereinstimmende Willenserklärungen gefordert. Hierzu wirken die §§ 154, 155 BGB jedoch konträr. Nach § 154 Abs. 1 BGB soll lediglich im Zweifel kein Vertrag zustande kommen, wenn eine Nichtübereinstimmung vorliegt. Im Rahmen des § 155 BGB wird sogar ausdrücklich trotz Dissens ein Vertragsschluss angenommen. Er scheint damit augenscheinlich dem Grundsatz des Konsenses zu widersprechen.

*Leenen* geht deswegen davon aus, dass die §§ 154, 155 BGB für eine alternative Vertragsschlusstechnik gelten.<sup>673</sup> Sie seien nicht auf den Vertragsschluss durch Angebot und Annahme anzuwenden, sondern auf den Vertragsschluss durch Zustimmung. Der Vertragsschluss durch Zustimmung zeichne sich dadurch aus, dass sich die Parteien auf einen Inhalt des Vertrags verständigen und diesen anschließend gemeinsam in Geltung setzen.<sup>674</sup> Im Rahmen der vorherigen Verhandlungen könne jede Partei formulieren, von welcher Regelung sie den Vertragsabschluss abhängig machen wolle.<sup>675</sup> Hieran knüpfe sodann § 154 Abs. 1 BGB an, indem er die *accidentalia negotii* mit den *essentiali negotii* gleichstelle. Diese Regelung sei insoweit eine Abschlussperre und Ausdruck der negativen Vertragsfreiheit. Die Abschlussperre werde jedoch aufgehoben, wenn die Parteien dem Vertrag zustimmen und in Geltung setzen, obwohl ihnen die fehlende Einigkeit über alle Regelungen bewusst ist.<sup>676</sup> Haben die Parteien jedoch einen regelungsbedürftigen Punkt übersehen und folglich hierüber keine Vereinbarung getroffen, komme § 155 BGB zur Anwendung, um den rechtsgeschäftlichen Verkehr zu erleichtern. Insofern sei § 155 BGB eine Ausnahme des § 154 Abs. 1 BGB, mit dem Ziel des Aufrechterhaltens des Vertrages.

Bei dem Vertragsschluss durch Angebot und Annahme bedürfe es hingegen dieser Regelung nicht, da das Angebot bereits den Rahmen des Vertrages festlege und die andere Partei durch die Möglichkeiten der Annahme, Ablehnung oder modifizierenden Annahme geschützt werde.<sup>677</sup>

---

<sup>673</sup> Diese und die folgende Ausführung *Leenen*, AcP 1988, 381 (404 f.).

<sup>674</sup> *Leenen*, AcP 1988, 381 (399).

<sup>675</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Leenen*, AcP 1988, 381 (400 f.).

<sup>676</sup> Diese und die folgende Ausführung *Leenen*, AcP 1988, 381 (403 f.).

<sup>677</sup> *Leenen*, AcP 1988, 381 (400 f.).

Da hiernach die §§ 154, 155 BGB nicht für den schriftlichen Austausch von Angebot und Annahme unter Abwesenden gelten würden<sup>678</sup>, hätte dies zur Folge, dass der Regelfall der kollidierenden AGB nicht hierunter gefasst werden könnte. Dementsprechend muss die Theorie von *Leenen* widerlegt werden, wenn die Kollision von AGB über §§ 154, 155 BGB gelöst werden soll.

Zunächst ist die von *Leenen* unternommene Unterscheidung zwischen den Abschlusstechniken nicht plausibel. In der Sache ist sie regelmäßig nicht gegeben. Auch bei der Abschlusstechnik von Angebot und Annahme liegt am Ende eine Zustimmung vor. Diese wird mit der Annahme erklärt. Die anbietende Partei erklärt ihre Zustimmung bereits mit Abgabe des Angebots. Es ist keine Divergenz ersichtlich, ob dabei ein Angebot vorher ausgehandelt worden ist oder während der Verhandlung abgeändert wird. Am Ende des Prozesses liegt ein Angebot vor, das von einer Partei gestellt wird. Ist ein Vertragstext zwischen den Parteien ausführlich ausgehandelt worden, ist es sicherlich Zufall, welche Partei den Vertrag als erstes unterschreibt. Allerdings kann der Zufall nicht darüber entscheiden, welche Abschlusstechnik gegeben ist.<sup>679</sup> Insofern kommt der Vertrag durch Angebot und Annahme zustande, auch wenn das abschließende Angebot durch Verhandlung entstanden ist. Zwar ist es richtig, dass Vereinbarungen durch Zustimmung zustande kommen können und in diesem Fall die §§ 145 ff. BGB nicht direkt anwendbar sind<sup>680</sup>, jedoch führt dies nicht zur ausschließlichen Anwendung von §§ 154, 155 BGB. Vielmehr müssen in diesen Fällen die Wertungen der §§ 145 ff. BGB analog herangezogen werden.<sup>681</sup>

Weiterhin begründet *Leenen* seine Lesart damit, die Anwendbarkeit §§ 154, 155 BGB nur dann zu sehen, sofern die Erklärungen der Parteien unvollständig sind und ein Vereinbarungsmangel vorliegt.<sup>682</sup> Das Gesetz gehe in § 154 Abs. 1 BGB davon aus, dass sich die Parteien über alle regelungsbedürftigen Punkte geeinigt haben müssten. Solange dies nicht der Fall sei, sei nach § 154 Abs. 1 BGB im Zweifel kein Vertragsschluss anzunehmen. Dies sei mit dem Regelungsgehalt von § 150 Abs. 2 BGB vergleichbar, wenn der Vertrag im Wege von Angebot und Annahme geschlossen werde. Dasselbe gelte ebenso für § 155 BGB. Dementsprechend sei von § 155 BGB nicht der Fall umfasst, wenn zwar eine Vereinbarung getroffen worden ist, es jedoch am Konsens fehlt.<sup>683</sup> Denn in der Unvollständigkeit der Erklärungen und dem Nichtbemerken sei zu erkennen, dass der regelungsbedürftige Punkt von zurückge-

---

<sup>678</sup> *Leenen*, AcP 1988, 381 (405).

<sup>679</sup> Vgl. auch Staudinger/*Bork*, (2020), Vorbemerkung zu § 145, Rn. 38; *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 619.

<sup>680</sup> Ausführlich *Merle*, FS Wenzel (2005), 251 (256 ff.).

<sup>681</sup> *Merle*, FS Wenzel (2005), 251 (257); Staudinger/*Bork*, (2020), Vorbemerkung zu §§ 145-156 BGB, Rn. 38.

<sup>682</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Leenen*, FS Prölss (2009), 153 (156 ff.).

<sup>683</sup> A. A. Palandt/*Ellenberger*, § 155, Rn. 4; Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 3.

stellter Bedeutung sei. Liege jedoch ein Dissens vor, könne dieser Gedanke nicht gezogen werden. Ein versteckter Dissens sage nichts über den Bedeutungsgehalt einer Bestimmung aus.

Dass *Leenen* die bestehende Uneinigkeit und somit im Ergebnis auch die Kollision von AGB nicht von den §§ 154, 155 BGB umfasst sieht, ist ebenfalls nach jener Begründung nicht richtig. Zwar sind die unvollständige Einigung und die Uneinigkeit voneinander zu trennen, jedoch ist beides unter die §§ 154, 155 BGB zu fassen.<sup>684</sup> Der von *Leenen* vorgeschlagene Regelungsgehalt der Vorschriften ergibt sich bereits aus der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Ist nicht in allen Punkten, in denen eine Einigung erzielt werden sollte, eine Einigung gegeben, so kann nicht ohne einen weiteren Anhaltspunkt von einer Willenserklärung mit Rechtsbindungswillen ausgegangen werden. Es liegt vielmehr ein Zwischenergebnis der Vertragsverhandlungen vor. Folglich sind bei einer unvollständigen Einigung keine Erklärungen mit Rechtsbindungswillen gegeben. Dementsprechend ergibt sich bereits hieraus, dass kein Vertrag zustande kommt. Es bedarf nicht der Regelung des § 154 Abs. 1 BGB. Dasselbe gilt, falls eine Partei ihre Zustimmung doch nicht von einer Einigung über eine ihrer Regelungen abhängig machen will.<sup>685</sup> Wird der Vertragsschluss nicht von einer Einigung in einem bestimmten Punkt abhängig gemacht, so kann bereits nach der Rechtsgeschäftslehre ein Vertragsschluss angenommen werden.

Dem steht ferner nicht entgegen, dass *Leenen* den § 155 BGB als Ausnahme zu § 154 BGB ansieht. Dieses Ergebnis ist bereits durch Auslegung zu erzielen. Liegen Willenserklärungen mit Rechtsbindungswillen vor, ist durch Auslegung zu bestimmen, ob beide Parteien demselben Vertragsinhalt zustimmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Vertragsinhalt alle diskutierten Punkte enthält.<sup>686</sup>

Im Ergebnis ist hiernach die Lesart von *Leenen* abzulehnen. Die §§ 154, 155 BGB sind auch im Kontext von Angebot und Annahme anwendbar.

## **bb) Verhältnis zu § 150 Abs. 2 BGB**

Nach *Ebel* ist eine Verweisung auf die eigenen AGB als Ablehnung des gesamten Antrages i. S. v. § 150 Abs. 2 BGB zu verstehen.<sup>687</sup> Wenn dem zuzustimmen wäre, wäre der Anwendungsbereich der §§ 154, 155 BGB nicht eröffnet.

---

<sup>684</sup> Zust. *Rödl*, AcP 2015, 683 (701).

<sup>685</sup> So aber *Leenen*, AcP 1988, 381 (402).

<sup>686</sup> Zust. *Rödl*, AcP 2015, 683 (702).

<sup>687</sup> *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1035).

Unbeachtlich dessen, dass der § 150 Abs. 2 BGB keine befriedigende Lösung darstellt<sup>688</sup>, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass sowohl der § 150 Abs. 2 BGB als auch die §§ 154, 155 BGB an der Situation anknüpfen, nach der die Parteien nicht über alle Vertragspunkte einen Konsens erzielen konnten.<sup>689</sup> Eine Differenzierung ist allerdings über den Vertragsschluss gegeben, den die §§ 154, 155 BGB trotz Einigungsmanagements anerkennen. Hinter dem § 150 Abs. 2 BGB steckt hingegen das „alles oder nichts-Prinzip“<sup>690</sup>. Solange es nach §§ 154, 155 BGB zu keinem Vertragsschluss kommt, ist der scheinbare Wertungswiderspruch der Normen irrelevant. Dies ändert sich, insofern ein Vertragsschluss trotz Dissens angenommen wird. Allerdings lässt diese Darstellung außer Betracht, dass der Sache nach gar kein Widerspruch gegeben ist. Vielmehr ist bei einem Vertragsschluss nach §§ 154, 155 BGB der Anwendungsbereich des § 150 Abs. 2 BGB nicht eröffnet. Auf die Wertung, dass die abweichende Erklärung ein neues abänderndes Angebot darstellt, kann es nicht mehr ankommen, wenn bereits nach §§ 154, 155 BGB ein Vertragsschluss gegeben ist.<sup>691</sup> Die §§ 154, 155 BGB sind somit als vorrangig anzusehen.<sup>692</sup> Dieses Ergebnis lässt sich ebenfalls mit einem Verweis auf die Privatautonomie begründen.<sup>693</sup> Durch die Möglichkeit des Vertragsschlusses, trotz einer Nichtübereinstimmung von Angebot und Annahme, wird dem Parteiwillen eine erhebliche Bedeutung zugesprochen.

## **b) § 154 BGB**

Eine Lösung des Problems der kollidierenden AGB könnte grundsätzlich über § 154 BGB darstellbar sein. Hierbei wird u. a. eine Umkehrung der Zweifelsregelung gefordert.<sup>694</sup>

### **aa) Regelungsgehalt**

Ein Vertrag verlangt grundsätzlich eine Einigung zwischen den Parteien. Liegt kein Konsens hinsichtlich der Erklärungen mit Rechtsbindungswillen vor, ist somit kein wirksamer Vertrag gegeben. Dies soll jedoch gem. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB nur im Zweifel gelten. Es ist zu erörtern, warum der § 154 BGB von diesem Grundsatz abrückt. Dabei kommt es entscheidend auf den Regelungsgehalt von § 154 BGB an.

---

<sup>688</sup> Vgl. § 8 I. 2. c).

<sup>689</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 16.

<sup>690</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 5.

<sup>691</sup> Soergel/Wolf, § 150, Rn. 17.

<sup>692</sup> Soergel/Wolf, § 150, Rn. 17; MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 5; Staudinger/Bork, (2020), § 150, Rn. 16; Bunte, ZIP 1983, 765; a. A. BeckOGK/Möslein, § 150, Rn. 26.

<sup>693</sup> MüKoBGB/Busche, § 150, Rn. 5.

<sup>694</sup> Darstellung der unterschiedlichen Lösungsansätze S. 17 ff.

Zunächst muss festgehalten werden, dass § 154 BGB nicht anwendbar ist, wenn keine Einigung der Parteien über die *essentialia negotii* vorliegt.<sup>695</sup> Ein Dissens über vertragswesentliche Fragen (*essentialia negotii*) schließt regelmäßig einen Vertragsschluss aus.<sup>696</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Vertragsbegriff.<sup>697</sup> Ein Vertrag setzt hiernach einen gewissen Mindestinhalt voraus.<sup>698</sup> Etwas anderes kommt lediglich dann in Frage, wenn die Parteien erkennbar den Vertragsschluss wollen. Hierfür ist allerdings erforderlich, dass sich die Lücke des fehlenden wesentlichen Vertragsinhalts entweder durch ergänzende Vertragsauslegung, das dispositive Recht oder durch §§ 315, 316 BGB ausfüllen lässt.<sup>699</sup> Dies ist jedoch nicht der Regelfall.

Eine Anwendung des § 154 Abs. 1 BGB kommt demnach in der Regel lediglich dann in Betracht, wenn es an einem Konsens über Nebenabreden fehlt.<sup>700</sup> Nebenabreden, die sog. *accidentialia negotii*, sind zusätzliche und abändernde Bedingungen von der gesetzlichen Regelung eines vom Gesetz her geregelten Vertragstyps.<sup>701</sup> Dass § 154 BGB somit nur die *accidentialia* umfasst, deckt sich mit seinem Wortlaut. Nur für die *accidentialia* lässt sich argumentieren, dass „nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll“.<sup>702</sup> Hinsichtlich der *essentialia* ist dies bereits ohne Erklärung einer Partei Voraussetzung für den Vertragsschluss.

Damit lässt sich bereits an dieser Stelle konstatieren, dass § 154 BGB im Fall der kollidierenden AGB nur ggf. dann Anwendung finden kann, insofern sich die kollidierenden AGB auf Nebenabreden beziehen. Dies beantwortet jedoch nicht, weshalb der Gesetzgeber für die *accidentialia* eine Ausnahme formuliert hat. Es ist zu erörtern, wieso die Regelung für *essentialia*, ohne Konsens kein wirksamer Vertrag, nicht auch auf die *accidentialia* übertragen worden ist. Eine Begründung ist darin zu finden, dass ein Vertrag alleinig aufgrund der Übereinstimmung der *essentialia* als vollständig angesehen wird.<sup>703</sup> Auf die *accidentialia* kommt es dementsprechend nicht an und dies kann somit anders behandelt werden. Der Gesetzgeber hätte es ungeklärt und der Auslegung überlassen können, ob trotz des Dissenses hinsichtlich der Ne-

---

<sup>695</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 154, Rn. 3; OLG Koblenz 13 U 727/01 = NJW-RR 2002, 890 (891); Petersen, JURA 2009, 419 (420).

<sup>696</sup> Prütting/Wegen/Weinreich/Brinkmann, § 154, Rn. 3.

<sup>697</sup> Diederichsen, FS zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft Berlin, S. 81 + 89 (m.w.N. in Fn. 3); zust. Leenen, AcP 1988, 381 (411).

<sup>698</sup> Diederichsen, FS zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft Berlin, S. 89.

<sup>699</sup> BGH IX ZR 434/98 = NJW-RR 2000, 1658 (1659).

<sup>700</sup> Zust. Erman/Armbrüster, § 154, Rn. 2; MüKoBGB/Busche, § 154, Rn. 3.

<sup>701</sup> Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 80.

<sup>702</sup> Staudinger/Bork, (2020), § 154, Rn. 3.

<sup>703</sup> Leenen, AcP 1988, 381 (411).

benabreden ein Rechtsbindungswille vorliegt. Er hat sich jedoch für die Auslegungsregel entschieden und für den Zweifelsfall eine Regel statuiert.

Der Schweizer Gesetzgeber hat ebenfalls für den Zweifelsfall einen Normalfall normiert. Allerdings heißt es in Art. 2 S. 1 Schweizer Obligationenrecht: „Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle.“ Es handelt sich demnach um eine genau entgegengesetzte Regel zu § 154 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach die Nebenabreden im Zweifelsfall mit den essentialia gleichzusetzen sind. Denn die Tatsache, dass der offene und noch nicht geklärte Punkt keine essentialia darstellt, muss nicht zugleich dessen Unerheblichkeit für die Partei bedeuten.<sup>704</sup> Vielmehr kann das Nebensächliche für die Partei Hauptsache sein. Durch die Aufstellung der Regelung hat die Partei verdeutlicht, die Zustimmung zum Vertrag von jener Nebenabrede abhängig zu machen. Somit gäbe eine gegenteilige Auslegungsregel dem Willen der Partei einen anderen Inhalt. Folglich kommt es darauf an, ob die Parteien einer Einigung über die Nebenabrede eine erhebliche Bedeutung beigemessen haben.<sup>705</sup> Ob dabei die unregelte Nebenabrede objektiv betrachtet wesentlich oder unwesentlich ist, ist unbeachtlich.<sup>706</sup>

Es kann demnach konstatiert werden, dass der Gesetzgeber mit § 154 BGB eine Orientierung für die Auslegung geschaffen hat, ob ein Rechtsbindungswille trotz nicht geklärter Nebenpunkte vorliegt.<sup>707</sup> Dies ist möglich, weil ohne die accidentalia im Gegensatz zu den essentialia ein Vertrag zustande kommen kann.

## **bb) Anwendung auf kollidierende AGB**

Die diskutierten Lösungen über § 154 BGB haben zunächst gemeinsam, dass sie den Austausch von Angebot und Annahme mit Hinweis auf die eigenen AGB als Fall des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB betrachten. Durch die Bezugnahme auf die eigenen AGB würden die Parteien verdeutlichen, die in den AGB angesprochenen Punkte für regelungsbedürftig i. S. d. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB zu erachten. Damit eine Anwendung des § 154 BGB nicht scheitert, kann es sich jedoch bei den regelungsbedürftigen Punkten nur um Nebenabreden handeln. Kommt es zu einer Anwendung der Vorschrift, müsste der Vertrag im Zweifel als nicht geschlossen erachtet werden. An diesem Punkt setzen die unterschiedlichen Ansichten an.

---

<sup>704</sup> Diese und die folgende Ausführung *Mugdan*, Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 441 (Motive).

<sup>705</sup> BGH II ZR 1/53 = MDR 1954, 217.

<sup>706</sup> BGH II ZR 1/53 = MDR 1954, 217; Palandt/*Ellenberger*, § 154, Rn. 1.

<sup>707</sup> *Rödl*, AcP 2015, 683 (704).

Im Grunde lassen sich die Lösungsansätze auf zwei Ansätze zusammenfassen. Der erste Ansatz nimmt an, dass trotz nicht geregelter Punkte ein Vertrag dennoch außer Zweifel steht.<sup>708</sup> Es komme ein Vertrag mit dem erzielten Teilkonsens zustande. Dies werde besonders durch die Vertragsdurchführung deutlich. Anhänger des zweiten Ansatzes kehren dagegen die Zweifelsregelung bei kollidierenden AGB um und nehmen somit bereits im Zeitpunkt des Austausches von Angebot und Annahme einen Vertrag an.<sup>709</sup>

Die erste Theorie ist im Grunde durchführbar. Die Regelung des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB soll nur im Zweifel gelten. Folglich kann ein Vertrag zustande kommen, wenn der Vertragsschluss außer Zweifel steht, obwohl keine Einigung hinsichtlich regelungsbedürftiger Punkte der AGB vorliegt. Der Vertrag ist sodann mit dem vorliegenden Teilkonsens geschlossen. Dies ist möglich, da es sich bei § 154 BGB um eine Vorschrift im Rahmen der Auslegung handelt. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob ein Vertrag gegeben ist. Lediglich wenn die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, ist die Zweifelsregelung anzuwenden.

Voraussetzung hierfür ist, dass die Willenserklärungen der Parteien ohne Zweifel so auszulegen sind, dass die Parteien einen Vertrag über den Teilkonsens wollen und dazu unabhängig eine ergänzende Abrede über die AGB.<sup>710</sup> Dementsprechend muss der AGB-Verweis des Anbietenden zweifelsfrei als Angebot zu einer ergänzenden Abrede verstanden werden. Der Verweis auf die AGB in der Annahme muss sodann als Angebot zu einer ergänzenden Abrede hinsichtlich der kollidierenden AGB zu verstehen sein. Grundsätzlich mag eine derartige Interpretation der Erklärungen möglich sein, jedoch ist sie ohne weitere Anhaltspunkte nicht frei von Zweifeln. Es muss vielmehr ein weiterer Anhaltspunkt hinzutreten. Fehlt es an einer sog. Bindungsvereinbarung<sup>711</sup> zwischen den Parteien, dann kann den Handelsbräuchen eine entscheidende Bedeutung zukommen. Allerdings ist ein allgemeiner Handelsbrauch hinsichtlich kollidierender AGB nicht gegeben. Erheblicherer Bedeutung soll deswegen in diesem Zusammenhang der Vertragsdurchführung zukommen. Die Durchführung soll eine „Selbstinterpretation durch späteres Verhalten“<sup>712</sup> darstellen. Dies weist jedoch einige konstruktive Mängel auf. Eine Willenserklärung hat zum Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens einen unveränderlichen Erklärungsgehalt.<sup>713</sup> Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung wie dem Angebot kommt es dementsprechend auf den Zugang der Willenserklärung an. Nur Umstände, die dem Empfänger in diesem Zeitpunkt erkennbar waren, finden bei der Auslegung Berücksichti-

---

<sup>708</sup> Vgl. hierzu S. 17 ff.

<sup>709</sup> Vgl. hierzu S. 19 ff.

<sup>710</sup> Rödl, AcP 2015, 683 (693).

<sup>711</sup> Hierzu *Diederichsen*, FS Hübner (1984), 421 (433).

<sup>712</sup> *Lindacher*, JZ 1977, 604 (605).

<sup>713</sup> BGH VIII ZR 250/61 = WM 1962, 550 (551).

gung.<sup>714</sup> Nachträgliche Umstände können den Erklärungsgehalt nicht mehr verändern.<sup>715</sup> Zwar wird das spätere Verhalten bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts berücksichtigt, jedoch lässt es nur Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verhalten der Parteien zu.<sup>716</sup> Davon unabhängig ist allerdings der objektive Erklärungsgehalt der Willenserklärung.<sup>717</sup> Diese kann nicht zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens den einen und später einen anderen Sinn haben.

Wird dies nun auf die Kollision von AGB übertragen, kann das Angebot mit Verweis auf die eigenen AGB objektiv nur bedeuten, dass ein Vertrag nur auf Grundlage der AGB geschlossen werden soll. Eine Annahme mit Verweis auf die eigenen AGB sagt gleichstehendes aus. Zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens ist das Angebot nicht in dem Sinne zu verstehen, dass die AGB eine ergänzende Abrede darstellen. Wäre dies der Fall, würde es dem Annehmenden freistehen, ob er das Angebot mit oder ohne AGB annimmt. Auf den Umstand, ob die annehmende Partei eigene AGB verwendet, käme es nicht an. Dies ist jedoch nicht im Sinne der anbietenden Partei. Vielmehr sollen die eigenen AGB gelten, wenn die annehmende Partei keine AGB verwendet.<sup>718</sup> Somit kann die Willenserklärung nicht in der Gestalt ausgelegt werden, dass die AGB eine ergänzende Abrede darstellen.

Die Durchführung des Vertrages kann allerdings insoweit ein Indiz darstellen, dass die anbietende Partei den tatsächlichen Willen besitzt, den Vertrag auch dann als geschlossen zu erachten, wenn die gegnerische Partei eigene AGB vorlegt. Dies hat allerdings zum Nachteil, dass der Vertrag erst zum Zeitpunkt der Durchführung zustande kommt. Folglich befindet sich der Vertrag bis dahin im Schwebezustand. Die Parteien können sich jederzeit mit Verweis auf die Kollision der AGB vom Vertrag lösen – unbeachtlich dessen, ob die Parteien dabei andere Beweggründe haben als die der widersprechenden AGB. Dementsprechend ist die Ansicht abzulehnen, dass der Vertrag unter § 154 Abs. 1 S. 1 BGB aufgrund der Vertragsdurchführung zustande kommt.

Die zweite Ansicht kollidiert ebenfalls mit erheblichen Bedenken. Eine Umkehrung der Zweifelsregelung bei kollidierenden AGB bedarf gesonderter Rechtfertigung. Denn wenn dieser Ansicht gefolgt werden soll, muss zunächst belegt werden, dass die Kollision von AGB nicht unter §§ 154, 155 BGB fällt. Es muss in Bezug auf die Kollision eine Regelungslücke vorliegen. Sodann ist erst der Ausgangspunkt für die Umkehrung geschaffen. Dies ist jedoch nicht

---

<sup>714</sup> BGH V ZR 49/87 = NJW 1988, 2878 (2879).

<sup>715</sup> BGH VII ZR 166/05 = NJW-RR 2007, 529.

<sup>716</sup> BGH V ZR 49/87 = NJW 1988, 2878 (2879); BGH VII ZR 166/05 = NJW-RR 2007, 529 (530).

<sup>717</sup> BGH VIII ZR 250/61 = WM 1962, 550 (551); BGH V ZR 49/87 = NJW 1988, 2878 (2879).

<sup>718</sup> So auch *Rödl*, AcP 2015, 689 (696).

evident. Es ist kein Anhaltspunkt gegeben, die §§ 154, 155 BGB nicht auf die Kollision anzuwenden. Vielmehr umfasst, wie bereits bewiesen worden ist, § 154 BGB den Dissens von Nebenabreden. Folglich müsste auch die Kollision von AGB, insofern sie sich auf Nebenabreden beziehen, hierunter fallen. Es ist keine Begründung auffindbar, die das widerlegt und sodann, mithilfe einer Analogie, den § 154 BGB modifiziert anwendet.<sup>719</sup> Zudem ist eine Analogie des § 154 BGB in dem Sinne bedenklich, da es sich um eine gesetzliche Auslegungsregel<sup>720</sup> handelt und es dementsprechend an der erforderlichen Gesetzeslücke fehlt.<sup>721</sup>

Des Weiteren ist diese Ansicht ähnlich wie die vorherige einem erheblichen Problem ausgesetzt. Die Umkehrung soll nur dann durchgeführt werden, wenn beide Parteien AGB verwenden. Folglich müsste das Angebot so ausgelegt werden, dass entweder bei vorliegender Kollision der § 154 Abs. 1 S. 1 BGB modifiziert verwendet werden soll oder bei keiner Kollision der § 154 Abs. 1 S. 1 BGB direkt zum Tragen kommen soll, wenn die andere Partei lediglich ohne Einbeziehung der gegnerischen AGB annehmen will. Diese Auslegung ist allerdings nicht möglich. Bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung hat sich die Auslegung am Empfängerhorizont zu orientieren.<sup>722</sup> Es sind zum Zeitpunkt des Zugangs des Angebotes aus dieser Perspektive im Regelfall keine Anhaltspunkte für eine derartige Auslegung ersichtlich. Allerdings muss zu diesem Zeitpunkt durch Auslegung ermittelt werden, ob die Verwendung von AGB als Erklärung nur einer Partei i. S. v. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB verstanden werden muss oder nicht. Ohne weitere Anhaltspunkte kann somit die Auslegung nur zu dem Ergebnis führen, dass die Verwendung von AGB als Erklärung i. S. v. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen ist. Die Zweifelregelung kann somit nicht bereits beim Austausch von Angebot und Annahme umgekehrt werden.

Demzufolge kann § 154 Abs. S. 1 BGB nicht die maßgebliche Vorschrift sein, wenn ein Vertragsschluss trotz Kollision von AGB bereits zum Zeitpunkt des Austausches von Angebot und Annahme angenommen werden soll. Hiernach kann zu diesem Zeitpunkt kein Vertragsschluss konstruiert werden.

### **c) § 155 BGB**

Nach § 155 BGB kann ein Vertrag zustande kommen, obwohl in Wirklichkeit keine Einigung über alle Punkte, über die eine Vereinbarung getroffen werden sollte, besteht. Für die Kollision von AGB könnte dies zur Konsequenz haben, dass jene den Vertragsschluss nicht hindern

---

<sup>719</sup> Zust. *Rödl*, AcP 2015, 683 (696 f.).

<sup>720</sup> So auch *Diederichsen*, FS Hübner (1984), 421 (430 f.).

<sup>721</sup> I. d. S. wohl auch *Diederichsen*, FS Hübner (1984), 421 (440 f.) und insbesondere in Fn. 121.

<sup>722</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 133, Rn. 12.

könnte. Hierfür müsste jedoch § 155 BGB Anwendung auf das Problem finden. Falls dies festgestellt werden kann, könnte die Frage des Zeitpunktes des Vertragsschlusses mit dem Austausch der Vertragsschlusserklärungen beantwortet werden.

## **aa) Anwendungsbereich**

### **(1) Nebenpunkte**

Der § 155 BGB findet zunächst keine Anwendung, wenn keine Einigung hinsichtlich vertragswesentlicher Bestandteile vorliegt.<sup>723</sup> Dadurch, dass es an den essentialia negotii fehlt, kann der Vertrag aufgrund der fehlenden Bestimmtheit nicht ausgeführt werden.<sup>724</sup>

Es mangelt an den wesentlichen Grundlagen für einen wirksamen Vertrag. Hiernach muss ein Konsens vorliegen, der es ermöglicht, die aufgrund des Dissenses entstandene Lücke zu schließen.<sup>725</sup> Dies ist bei einem Dissens über die essentialia negotii nicht gegeben. Im Gegensatz zu einem Dissens in Bezug auf Nebenabreden ist der Vertrag nicht vollständig.

Des Weiteren handelt es sich bei dem § 155 BGB um eine Auslegungsregel.<sup>726</sup> Es kommt entscheidend darauf an, ob die Parteien trotz der fehlenden Einigung einen Vertrag wollen. Bei essentialia negotii kann dies grundsätzlich angenommen werden. Ohne eine Einigung über die vertragswesentlichen Bestandteile ist nicht im Wege der Auslegung anzunehmen, dass ein Vertrag gewollt ist. Ein geltungsfähiger Mindestkonsens ist als Anhaltspunkt für einen Vertrag nicht gegeben. Im Sinne der Vertragslehre kann ein Vertrag ohne die wesentlichen Bestandteile nicht zustande gekommen sein.<sup>727</sup> Daher findet § 155 BGB nur Anwendung, wenn ein Dissens hinsichtlich von Nebenabreden vorliegt.

### **(2) Regelungsbedürftigkeit**

Ferner muss ein Dissens über einen regelungsbedürftigen Nebenpunkt gegeben sein.<sup>728</sup> Hierfür ist ein Dissens der Gestalt unerlässlich, dass zumindest nach dem Willen einer Partei über diesen Nebenpunkt eine Einigung erzielt werden soll.<sup>729</sup> Es ist irrelevant, ob dies konkludent oder ausdrücklich erklärt wird. Dahingegen liegt kein Fall des § 155 BGB vor, wenn die Parteien einen objektiv betrachteten regelungsbedürftigen Punkt übersehen haben, deswegen kei-

---

<sup>723</sup> RGZ IV 157/18 = 93, 297 (299); BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 155, Rn. 11; Staudinger/Bork, (2020), § 155, Rn. 15; Soergel/Wolf, § 155, Rn. 18.

<sup>724</sup> Soergel/Wolf, § 155, Rn. 18.

<sup>725</sup> BeckOGK/Möslein, § 155, Rn. 11.

<sup>726</sup> Diederichsen, FS Hübner (1984), 421 (427 f.); Staudinger/Bork, (2020), § 155, Rn. 15.

<sup>727</sup> So auch Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Otto, § 155, Rn. 2.

<sup>728</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Otto, § 155, Rn. 3.

<sup>729</sup> Diese und die folgende Ausführung HK-BGB/Dörner, § 155, Rn. 2.

ne Verhandlungen über ihn geführt und demzufolge nicht für regelungsbedürftig erachtet haben.<sup>730</sup> Diese Lücke ist vielmehr im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen.<sup>731</sup> Der Vertragsschluss steht im Gegensatz zum Dissens nach § 155 BGB außer Frage. Abzugrenzen ist dies von der Frage, ob der Nebenpunkt objektiv wesentlich oder unwesentlich ist. Dies ist wie bei § 154 BGB unbeachtlich. Es kommt alleinig darauf an, ob eine Partei den Nebenpunkt für regelungsbedürftig hält.

### **(3) Fehlende Einigung**

Als weitere Voraussetzung muss es an einer Einigung fehlen. Der objektive Erklärungsgehalt der Willenserklärungen der Parteien darf hierfür nicht übereinstimmen.<sup>732</sup> Es ist unbeachtlich, ob die Parteien subjektiv unterschiedliches gewollt haben. Ob insofern eine derartige fehlende Einigung vorliegt, ist durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Hierbei ist auf den objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte abzustellen.<sup>733</sup> Im Falle des Dissenses stimmt der objektiv erklärte durch Auslegung ermittelte Inhalt der Willenserklärungen nicht überein. Demzufolge kann ein Dissens nach § 155 BGB gegeben sein, obwohl die Erklärungen der Parteien wortgleich sind.<sup>734</sup> Kein Dissens liegt allerdings vor, wenn sich die Erklärungen objektiv decken und die Parteien subjektiv etwas anderes gewollt haben. In diesem Fall kommt ggf. lediglich eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB in Frage.<sup>735</sup> Im Gegensatz dazu ist ein Dissens bei objektiv nicht übereinstimmenden Willenserklärungen gegeben. Vom Grundsatz der Objektivität ist jedoch eine Ausnahme zuzulassen, wenn beide Parteien subjektiv das Gleiche gewollt, sich jedoch falsch ausgedrückt haben. Insofern tritt der objektiv vorliegende Dissens hinter dem Konsens zurück.<sup>736</sup> Dies beruht auf dem Grundsatz, wonach eine Falschbezeichnung nicht schadet (*falsa demonstratio non nocet*).<sup>737</sup> Im Grunde liegt begrifflich kein Dissens vor. Die Parteien irren nicht über die Einigung, sondern über die richtige Bezeichnung des Gewollten.<sup>738</sup> Ebenfalls ist kein Dissens i. S. v. § 155 BGB gegeben, wenn die Parteien objektiv das Gleiche er-

---

<sup>730</sup> Neuner, FS Canaris (2007), 901 (912); BeckOGK/Möslein, § 155, Rn. 13.

<sup>731</sup> MüKoBGB/Busche, § 155, Rn. 9; Staudinger/Bork, (2020), § 155, Rn. 7.

<sup>732</sup> Diese und die folgende Ausführung BGH VIII ZR 28/60 = NJW 1961, 1668; BGH III ZR 30/91 = NJW 1993, 1798.

<sup>733</sup> BGH VII ZR 342/01 = NJW 2003, 743; OLG Schleswig 17 U 66/15 = NJW 2016, 2045 (2046).

<sup>734</sup> BeckOGK/Möslein, § 155, Rn. 16; andeutend BGH V ZR 122/91 = NJW-RR 1993, 373.

<sup>735</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Otto, § 155, Rn. 5.

<sup>736</sup> BGH V ZR 166/81 = WM 1983, 92.

<sup>737</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Otto, § 155, Rn. 6.

<sup>738</sup> MüKoBGB/Busche, § 155, Rn. 7.

klären, jedoch beide eigentlich etwas anderes erklären wollten<sup>739</sup> oder aber die eine Partei bemerkt, dass die andere Partei etwas anderes erklären will als es der objektive Erklärungsgelhalt ausdrückt<sup>740</sup>.

#### (4) Irrtümliche Einigung

Damit der § 155 BGB zur Anwendung gelangt, darf es jedoch nicht nur an einer Einigung fehlen. Vielmehr müssen sich die Parteien in Abgrenzung zu § 154 Abs. 1 BGB nach § 155 BGB „über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt“ haben. Demnach ist ein versteckter Dissens nur anzunehmen, wenn die Parteien irrtümlicherweise davon ausgehen, dass eine Einigung über jegliche regelungsbedürftigen Punkte bestehe. Die Parteien müssen sich somit im Irrtum über „die Deckungsgleichheit der beiderseitigen Erklärungen“<sup>741</sup> befinden. Hierin ist der Unterschied zu § 119 BGB zu erkennen, der den Irrtum über den Inhalt der Erklärungen umfasst. Worauf der Irrtum zurückzuführen ist, kann desweilen vielfältig begründet sein.<sup>742</sup>

Eine umstrittenere und maßgeblichere Frage ist dagegen, ob § 155 BGB lediglich auf den beidseitigen oder ebenso auf den einseitigen versteckten Dissens anzuwenden ist.<sup>743</sup> Nach dem Wortlaut des § 155 BGB scheint nur ersteres umfasst zu sein. Allerdings können nach dem Gedanken des Vertrauensschutzes nur beide Fälle inbegriffen sein.<sup>744</sup> Es trägt dem „Interesse des Verkehrs an tunlichster Aufrechterhaltung der Verträge“<sup>745</sup> am ehesten Rechnung. Die Partei, die den Dissens nicht erkennt, ist als schutzwürdig anzuerkennen. Ein mögliches Erkennen des Dissenses seitens der anderen Partei ist für den Vertrauensschutz der nicht erkennenden Partei unbeachtlich. Zudem kann die erkennende Partei jederzeit den Dissens offenlegen und somit dafür sorgen, dass kein Fall des versteckten Dissenses gegeben ist. Somit ist die Partei nicht schutzwürdig. *Diedrichsen* nimmt indessen kein Aufrechterhaltungsinteresse an, weil die bisherige Regelung ferner nachteilig für die den Dissens nicht erkennende Partei sein kann.<sup>746</sup> Das ist jedoch nicht überzeugend. Auch bei einem beidseitigen versteck-

---

<sup>739</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Otto, § 155, Rn. 7; MüKoBGB/Busche, § 155, Rn. 6; für eine entsprechende Anwendung des § 155 BGB Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 8.

<sup>740</sup> HK-BGB/Dörner, § 155, Rn. 3; Palandt/*Ellenberger*, § 155, Rn. 3.

<sup>741</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 17.

<sup>742</sup> Ausführlich HK-BGB/Dörner, § 155, Rn. 4.

<sup>743</sup> Für eine Anwendung Palandt/*Ellenberger*, § 155, Rn. 1; MüKoBGB/Busche, § 155, Rn. 2; Soergel/*Wolf*, § 155, Rn. 12; dagegen *Diedrichsen*, FS Hübner (1984), 421 (440); als Unterfall des § 154 BGB ansehend Staudinger/*Bork*, (2020), § 154, Rn. 2; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435 f.

<sup>744</sup> Zust. Soergel/*Wolf*, § 155, Rn. 12; a. A. *Diedrichsen*, FS Hübner (1984), 421 (440).

<sup>745</sup> Denkschrift des Rechtsjustizamts zum Entwurf eines BGB, 1896, 28 (abgedr. in *Mugdan*, Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 837).

<sup>746</sup> *Diedrichsen*, FS Hübner (1984), 421 (440).

ten Dissens kann die bisherige Regelung für eine Partei nachteilig sein. Zudem kann das Nichterkennen des Dissenses ein Indiz dafür sein, dass die Regelung für die Partei nicht über das Wohl und Wehe des Vertrags entscheiden soll.

In der Praxis wird diese Frage hingegen wenig Relevanz haben, da der Richter im Zweifelsfall durch Auslegung – trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 155 BGB – keinen Vertragsschluss annehmen kann.<sup>747</sup>

## **bb) Rechtsfolge**

Ist nach der dogmatischen Grundentscheidung ein versteckter Dissens nach § 155 BGB gegeben, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge. Im Gegensatz zum § 154 Abs. 1 S. 1 BGB formuliert § 155 BGB positiv, es „gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde“. Es muss somit festgestellt werden, ob die Parteien einen Vertrag gewollt hätten, wenn ihnen die fehlende Einigung über den Nebenpunkt zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt gewesen wäre.<sup>748</sup>

Eine ausdrückliche Erklärung wird regelmäßig nicht vorliegen, da die Parteien den Dissens nicht kennen. Etwas anderes gilt nur, wenn eine salvatorische Klausel vereinbart worden ist. Hierdurch können die Parteien ein Nicht-Zustandekommen verhindern. Entweder regeln sie vorab, dass der Vertrag trotz eines möglicherweise versteckten Dissenses geschlossen wird, oder sie verweisen auf ein Nicht-Zustandekommen.<sup>749</sup> Hiermit wird der Privatautonomie trotz des Nichterkennens Rechnung getragen.

Im Übrigen wird es auf den hypothetischen Parteiwillen ankommen. Dieser soll sich am Verhältnis zwischen Vereinbartem und Dissens orientieren: Ist das Nichtvereinbarte zum Vereinbarten von untergeordneter Bedeutung, ist es offenkundig im Interesse der Parteien, einen Vertragsschluss anzunehmen.<sup>750</sup> Im umgekehrten Fall müsste hiernach der Vertrag als gescheitert betrachtet werden. Hierauf kann es jedoch nicht ankommen. Diese Ansicht leidet offenkundig unter der Schwierigkeit, entscheiden zu müssen, welche Bedeutung der nichtge-regelte Punkt im Einzelfall für die Parteien hat. Deswegen hat sich der hypothetische Parteiwille vielmehr an der Regelrechtsfolge des § 155 BGB zu orientieren. Das hat ferner den Vorteil, nicht entscheiden zu müssen, ob sich der hypothetische Parteiwille überhaupt feststellen

---

<sup>747</sup> So auch *Diedrichsen*, FS Hübner (1984), 421 (440).

<sup>748</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 23.

<sup>749</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 8.

<sup>750</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 23; MüKoBGB/*Busche*, § 155, Rn. 14; BGH VIII ZR 99/76 = WM 1977, 1349 (1350); Staudinger/*Bork*, (2020), § 155, Rn. 15.

lässt oder wie *Fröhlich* behauptet, dass ein derartiger Wille niemals festgestellt werden kann, weil er ansonsten nicht mehr hypothetisch wäre.<sup>751</sup> Denn seiner Ansicht nach soll das Gesetz gelten, wenn der zweifelhafte Wille nicht festgestellt werden kann.<sup>752</sup> Hiernach wäre das ebenfalls die Regelrechtsfolge des § 155 BGB.

Nach überwiegender Ansicht ist die Regelrechtsfolge des § 155 BGB das Nicht-Zustandekommen.<sup>753</sup> § 155 BGB setze lediglich eine Ausnahme vom nicht formulierten Grundsatz des Konsenses beim Vertragsschluss fest.<sup>754</sup> Dem muss jedoch widersprochen werden. Es geht darum, zu entscheiden, ob die Parteien bei einer Einigung über die essentialia negotii den Vertrag wollen. Ohne weitere Indizien und Handlungen ist dies positiv zu beantworten. Das Nichterkennen des Dissenses lässt vermuten, dass der unregelte Punkt von weniger erheblicher Bedeutung ist. Sähen die Parteien den Punkt als wesentlich an, hätten sie die fehlende Einigung erkannt. Dies muss die Partei widerlegen, wenn sie behauptet, der unregelte Punkt ist von höherer Bedeutung als der Konsens über die restlichen Vertragspunkte. Die andere Ansicht erkennt zwar, dass § 155 BGB eine Ausnahme formuliert, jedoch verkennt sie, dass der Grundsatz nicht vom § 155 BGB umfasst ist. Die allgemeine Regelrechtsfolge eines Dissenses, das Nicht-Zustandekommen des Vertrages, hat keine Bedeutung für die Regelrechtsfolge des § 155 BGB. Vielmehr hat der Gesetzgeber eine Situation normiert, in der von der allgemeinen Folge abgewichen werden soll.<sup>755</sup> Liegt ein Fall des § 155 BGB vor, so kann nicht mit der allgemeinen Regelrechtsfolge eines Dissenses argumentiert werden. Im Zweifel ist hiernach der Vertrag als geschlossen zu betrachten.

Da dem hypothetischen Willen nicht mehr Gehalt als dem tatsächlichen Willen beigemessen werden darf, muss die Partei lediglich substantiiert darlegen, wenn die teilweise Einigung nicht relevant ist.<sup>756</sup> Gelingt dies einer Partei, dann muss die andere Partei, die einen Vertragsschluss behauptet, beweisen, dass ein Vertrag trotz des Teildissens zustande gekommen ist.<sup>757</sup> Im Regelfall wird es einer Partei allerdings bereits schwer fallen, den fehlenden Vertragsschluss substantiiert darzulegen. Sie muss glaubhaft widerlegen, dass trotz des Übersehens des regelungsbedürftigen Punktes dieser von erheblicher Relevanz ist und der Vertragsschluss dahinter zurücktritt. Wer einen derartigen Punkt allerdings für relevant betrachtet, dem wäre

---

<sup>751</sup> *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, S. 100.

<sup>752</sup> *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, S. 100.

<sup>753</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 25; MüKoBGB/*Busche*, § 155, Rn. 14; Staudinger/*Bork*, § 155, Rn. 13; Herberger/*Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Otto*, § 155, Rn. 12.

<sup>754</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 25.

<sup>755</sup> So im Ergebnis auch *Leenen*, AcP 1988, 381 (416 f.).

<sup>756</sup> So auch *Rödl*, AcP 2015, 683 (708 f.).

<sup>757</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 155, Rn. 16; Staudinger/*Bork*, (2020), § 155, Rn. 18; *Rödl*, AcP 2015, 683 (709); *Gsell*, AcP 2003, 119 (135).

vermutlich der Dissens aufgefallen.<sup>758</sup> Etwas anderes kommt nur dann in Betracht, wenn die Parteien unter demselben Begriff etwas Unterschiedliches verstanden haben.<sup>759</sup> In diesem Fall wird ihr das Widerlegen im obigen Sinne leichter fallen. Dies ändert jedoch nichts an der Regelrechtsfolge. Die Regelrechtsfolge des § 155 BGB ist der Vertragsschluss. Für ein derartiges Ergebnis sprechen zudem die Motive des Gesetzgebers. Hiernach sei es im Interesse des Rechtsverkehrs, den Vertrag tunlichst aufrechtzuerhalten.<sup>760</sup> Diesem wird die vertretende Regelrechtsfolge am gerechtesten.

Ist nun ein Vertrag gegeben, stellt sich die Frage, wie die Lücke regelmäßig zu schließen ist. Hierzu enthält der § 155 BGB keine Aussage. Allgemein ist anerkannt, die Vertragslücke durch die gesetzlichen Vorschriften und die ergänzende Vertragsauslegung zu schließen.<sup>761</sup> Anhand der Typizität des Rechtsgeschäfts soll dabei entschieden werden, welche Methode vorgeht.<sup>762</sup> Ob es insofern im Rahmen von kollidierenden AGB ein Rangverhältnis bei der Schließung der Vertragslücke gibt, wird ausführlich im Nachfolgenden untersucht.<sup>763</sup>

Abschließend ist darauf einzugehen, ob im Anwendungsbereich des versteckten Dissenses eine Schadensersatzhaftung in Betracht kommt. Zum Teil wird vertreten, dass eine Schadensersatzpflicht aus culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) entsteht, wenn die eine Partei durch ihr Verhalten den Dissens herbeigeführt habe und insofern das Vertrauen der anderen Partei schutzwürdig sei.<sup>764</sup> Dem ist jedoch im Allgemeinen nicht zu folgen, da ein Dissens durch beidseitiges Verhalten entsteht. „Jeder Erklärende (muss) sich beim Wort nehmen und es sich gefallen lassen, dass seine Erklärung so verstanden wird, wie die Allgemeinheit sie auffasst. Andererseits muss jeder Teil die Erklärung des Gegners so gegen sich gelten lassen, wie sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen ist.“<sup>765</sup> Demzufolge kommt eine Haftung nicht in Betracht.<sup>766</sup> Eine andere Konstellation ist dagegen gegeben, wenn eine Partei den versteckten Dissens erkannte, schwieg und anschließend substantiiert darlegen kann, dass die fehlende Einigung erheblicher als der Vertragsschluss sei. Kann die andere Partei Gegenteiliges nicht beweisen und vertraute sie auf

---

<sup>758</sup> Zust. *Rödl*, AcP 2015, 683 (709).

<sup>759</sup> KG 21 U 242/04 = NJW-RR 2008, 300 (300 f.): In dem Fall verwendeten die Parteien den Begriff Naturstein und verstanden darunter etwas Verschiedenes. Das KG nahm sodann folgerichtig einen versteckten Dissens an.

<sup>760</sup> *Mugdan*, Die Gesamtmaterialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 721 i. V. m. S. 464.

<sup>761</sup> BGH VIII ZR 99/76 = DB 1978, 978 (979); Staudinger/*Bork*, (2020), § 155, Rn. 16; Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 5.

<sup>762</sup> MüKoBGB/*Busche*, § 157, Rn. 45 f.

<sup>763</sup> Siehe S. 123 f.

<sup>764</sup> BeckOGK/*Möslein*, § 155, Rn. 27; ebenfalls für einen Schadensersatz anerkennend Palandt/*Ellenberger*, § 155, Rn. 5; Staudinger/*Bork*, (2020), § 155, Rn. 17.

<sup>765</sup> RGZ II 44/40 = 165, 193 (198).

<sup>766</sup> *Flume*, Das Rechtsgeschäft, S. 626; MüKoBGB/*Busche*, § 155, Rn. 15; Jauernig/*Mansel*, § 155, Rn. 3.

die Einigung, ist ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens als möglich anzuerkennen. Dies wird jedoch oftmals eher theoretischer Natur bleiben und in der Praxis nicht vorkommen.

### **cc) Anwendung auf kollidierende AGB**

In der Diskussion<sup>767</sup> über die Anwendung der §§ 154, 155 BGB auf den Fall der kollidierenden AGB wird allgemein differenziert, ob die Parteien den Widerspruch erkannt haben oder nicht – mit der Folge, den § 155 BGB lediglich dann anzuwenden, wenn es sich um einen versteckten Dissens handelt.<sup>768</sup> Allerdings führt dies zu dem erläuterten Problem, dass beim offenen Dissens der Vertragsschluss von weiteren Handlungen wie z. B. der Durchführung des Vertrages abhängt. Würde hingegen allgemein § 155 BGB als entscheidende Norm für die Kollision von AGB anerkannt werden, hätte sich das Problem erübrigt. § 155 BGB hat als Regelrechtsfolge den Vertragsschluss.

Damit die Kollision von AGB als Fall des § 155 BGB angesehen werden kann, darf es sich bei den kollidierenden Regelungen nur um Nebenabreden handeln. Denn ohne eine Einigung über die essentialia negotii kann begrifflich bereits kein Vertrag zustande kommen. Ob sodann die Nebenpunkte wesentlich oder unwesentlich sind, ist unbeachtlich. Ebenfalls fehlt es bei der Kollision an einer Einigung. Die Voraussetzungen des § 155 BGB liegen insoweit unproblematisch vor. Schwieriger ist die Frage der irrtümlichen Einigung. Es bedarf äußerster Argumentationsanstrengungen, um zu belegen, dass die Parteien trotz der jeweiligen Verwendung von AGB eine Einigung hinsichtlich aller regelungsbedürftigen Punkte annehmen. Es ist eher als abwegig zu bezeichnen, dass die Parteien von einer umfassenden Einigung ausgehen.<sup>769</sup> Keine AGB entsprechen sich in allen Punkten. Dies ist schon allein den unterschiedlichen Interessenlagen der Parteien geschuldet. Doch im Ergebnis kann dies als unbeachtlich betrachtet werden.

Tauschen die Parteien Vertragsschlusserklärungen mit Bezugnahme auf AGB aus und widerspricht keine Partei sofort und ausdrücklich außerhalb der AGB, ist der Anschein geweckt, dass sich die Parteien trotz der Kollision der AGB als gebunden ansehen, einen Vertragsschluss annehmen und somit im Zweifel die Kollision als irrelevant für den Vertragsschluss bewerten. Dies ist im Grundsatz mit dem Übersehen des Dissenses vergleichbar und dementsprechend gleich zu bewerten.<sup>770</sup> Es ist unerheblich, ob die Parteien die Uneinigkeit nicht er-

---

<sup>767</sup> Anstelle vieler MüKoBGB/*Basedow*, § 305, Rn. 116; *Staudinger/Bork*, (2020), § 155, Rn. 12, 14.

<sup>768</sup> Vgl. *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 436; MüKoBGB/*Basedow*, § 305, Rn. 116.

<sup>769</sup> A. A. *Kröll/Hennecke*, RIW 2001, 736 (740).

<sup>770</sup> *Zust. Rödl*, AcP 2015, 683 (711).

kennen oder aber erkennen und sich als gebunden ansehen. In beiden Fällen gehen die Parteien trotz einer Uneinigkeit offenkundig vom Vertragsschluss aus und bewerten den erzielten Konsens als ausreichend. Diese Annahme wird durch eine Kosten-Nutzen-Analyse bestätigt. Die Kosten für ein weiteres Verhandeln, um den Dissens zu beseitigen, liegen regelmäßig höher als der Nutzen einer möglichen Geltung der eigenen AGB. Hinzu kommt das Risiko eines Scheiterns der Vertragsverhandlungen. Der Anwendungsbereich des § 155 BGB ist somit eröffnet. Dadurch, dass die Regelrechtsfolge des § 155 BGB vom Vertragsschluss ausgeht, kann sodann der Vertrag ohne weitere Indizien als geschlossen erachtet werden. Der Vertrag kommt dementsprechend mit Austausch der Vertragsschlusserklärungen zustande, zu dem Zeitpunkt, in dem erstmalig eine Einigung zumindest über die essentialia negotii bewirkt ist. Ob die Parteien in den AGB eine Abwehrklausel verwenden, ändert im Ergebnis nichts. Zum einen gebrauchen oftmals beide Parteien eine derartige Klausel, sodass an dieser Stelle bereits eine Kollision mit dem Ergebnis der Nicht-Geltung der beiden Klauseln vorliegt. Zum anderen sind die Klauseln deswegen üblich geworden, damit die Rechtsprechung von der Theorie des letzten Wortes absieht und zur Anwendung der Kongruenzlösung kommt. Durch die Anwendung des § 155 BGB verliert die Klausel ihren Sinn und Zweck und ist somit im Rahmen des Vertragsschlusses als irrelevant zu werten. Zudem ist durch eine Abwehrklausel der Einbeziehungswille nicht als höherrangig zu beurteilen.<sup>771</sup> Vielmehr ist dieser durch die Benutzung eigener AGB bereits deutlich genug ausgedrückt worden.

Wird anschließend der Vertrag zudem durchgeführt, wird es für die Parteien nahezu unmöglich sein, substantiiert darlegen zu können, dass von keiner vertraglichen Bindung ausgegangen worden ist.

Das vorgefundene Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Verständnis von *Kramer* über Dissens. Hiernach ist dieser gegeben, wenn keine der Vertragsparteien darauf vertrauen durfte, dass der Vertrag mit dem Inhalt zustande kommt, wie sie ihn herbeiführen wollte.<sup>772</sup> Verwenden beide Parteien AGB, kann explizit im unternehmerischen Rechtsverkehr ein Wissen der Parteien dahingehend angenommen werden, dass die Gegenseite nicht auf die eigenen AGB verzichten wird. Im Unterschied zum B2C-Verkehr ist keiner der Parteien in einer derartig vergleichbar unterlegenen Position wie der Verbraucher. Widerspricht keine Partei sofort, ausdrücklich und außerhalb der AGB können die Parteien darauf vertrauen, dass ein Vertrag hinsichtlich der gegebenen Einigung geschlossen ist. Dass *Kramer* in der Folge von kei-

---

<sup>771</sup> So auch von *Westphalen*, FS Kreft 2004, S. 97 (109).

<sup>772</sup> *Kramer*, Grundlagen der vertraglichen Einigung, S. 180.

nem Vertragsschluss ausgeht<sup>773</sup>, liegt offenbar an einer Fehlinterpretation der Regelrechtsfolge des § 155 BGB.

Auch aus weiteren Gründen kann die Anwendung des § 155 BGB als alleinig sachgerecht bewertet werden. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist dieses Ergebnis das einzig billige. Nur im Zusammenhang mit § 155 BGB kommt der Vertrag ohne weitere Indizien zustande. Die anderen Ansichten weisen den Nachteil auf, dass sich die Parteien ohne das Hinzutreten weiterer Indizien jederzeit vom Vertrag mit Verweis auf die Kollision und dem fehlenden Konsens lösen können. Der Ansatz der Rechtsprechung, dies im Rahmen von § 242 BGB zu verhindern, kann als nicht überzeugend bewertet werden. Vielmehr kann dies als Versuch betrachtet werden, die nicht gewollten Konsequenzen der eigenen Lösung einzuschränken.

Des Weiteren ist diese Ansicht die ökonomischste und wirtschaftlichste der diskutierten Lösungsansätze. Trotz der Kollision erlangen die Parteien aufgrund des Vertragsschlusses Rechts- und Planungssicherheit. Zudem senkt es die Transaktionskosten, da es einen mehrmaligen Austausch von Vertragsschlusserklärungen erübrigt.

#### **4. Zusammenfassung**

Letztendlich ist festzuhalten, dass § 155 BGB sowohl die rechtskonformste als auch die interessengerechteste Lösung für die Kollision von AGB darstellt.<sup>774</sup> Eine Anwendung des § 306 BGB scheidet an der fehlenden Anwendbarkeit auf die vorliegende Problematik. Dahingehend kommen die §§ 150, 154 BGB grundsätzlich in Betracht. Allerdings sprechen gegen deren Anwendung erhebliche Gründe. Hinsichtlich des § 150 Abs. 2 BGB ist konstatiert worden, dass der § 155 BGB vorrangig anzuwenden ist. Zudem ist eine Lösung über § 150 Abs. 2 BGB für die Parteien wenig vorteilhaft. Im Verhältnis zu § 154 BGB hat eine Lösung nach § 155 BGB insbesondere den Vorteil, aufgrund seiner Regelrechtsfolge für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.

## **II. Vertragsinhalt**

Nachdem die Frage des Vertragsschlusses mit der Anwendung des § 155 BGB beantwortet ist, ist in dessen Sinne der Vertragsinhalt zu bestimmen. Dementsprechend kann zunächst in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung und der herrschenden Literatur an dieser

---

<sup>773</sup> Kramer, Grundlagen der vertraglichen Einigung, S. 180.

<sup>774</sup> A. A. BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 155, Rn. 10.

Stelle eine Anwendung des § 150 Abs. 2 BGB und der darauf fußenden Theorie des letzten Wortes abgelehnt werden.<sup>775</sup>

Die jüngere Rechtsprechung und die herrschende Literatur stellen stattdessen allgemein auf den Parteiwillen ab. Dabei sollen die sich entsprechenden Bedingungen zum Inhalt des Vertrages werden und die Übrigen keine Geltung erlangen. Insofern ist auf das dispositive Recht zurückzugreifen (Prinzip der Kongruenzlösung).<sup>776</sup> Vereinzelt wird hingegen vertreten, dass aufgrund der Kollision keine der AGB gelten sollen und das dispositive Recht vollumfänglich zur Anwendung gelangen solle.<sup>777</sup> Die fehlende Einigung der Parteien lasse die Vermutung zu, dass sie den Vertrag ohne AGB abschließen wollten.<sup>778</sup>

Beide Ansichten übersehen jedoch, die Bestimmung des Vertragsinhalts unter Anwendung des § 155 BGB zu suchen. Infolgedessen, dass § 155 BGB die entscheidende Norm für die Kollision von AGB ist, kann nur hiernach die Frage nach dem Vertragsinhalt beantwortet werden.

§ 155 BGB enthält allerdings keine Aussage, inwiefern die Vertragslücke zu schließen ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Frage nach dem Vertragsinhalt aufgrund des Dissenses offenbleiben muss. Vielmehr hat sich die Lückenschließung weiterhin am § 155 BGB zu orientieren. Dabei ist es ebenso wie beim Vertragsschluss unbeachtlich, ob die Parteien eine Abwehrklausel verwendet haben.<sup>779</sup> Bei der Auslegung des Parteiwillens kann nicht angenommen werden, dass die gegnerische Partei mit den AGB der Anderen einverstanden ist. Auch die Verwendung einer Abwehrklausel, unabhängig ihrer Typizität, lässt kein anderes Ergebnis zu. Durch die Verwendung eigener AGB hat die Partei bereits ausdrücklich verdeutlicht, nicht auf Grundlage der gegnerischen AGB kontrahieren zu wollen. Würde gegenteilig angenommen werden, hätte das zur Folge, über die Frage des Vertragsinhalts die Theorie des letzten Wortes zur Anwendung zu bringen.

---

<sup>775</sup> NK-BGB/Kollmann, § 305, Rn. 116a; *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 108; OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239); LG Düsseldorf 12 O 452/79 = WM 1980, 1272; OLG Hamm U 333/82 = WM 1984, 507 (508).

<sup>776</sup> *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 225; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 321; *Palandt/Grüneberg*, § 305, Rn. 54; *Erman/Roloff/Looschelders*, § 305, Rn. 55; *Mann*, BB 2017, 2178 (2182); *Prütting/Wegen/Weinreich/Berger*, § 305, Rn. 40 f.; *Berger*, ZGS 2004, 415 (419).

<sup>777</sup> OLG Karlsruhe 8 U 69/71 = BB 1972, 1162; *Weber*, DB 1970, 2417 (2423); *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rn. 3.135; einschränkend *Emmerich*, JuS 1972, 361 (365).

<sup>778</sup> OLG Karlsruhe 8 U 69/71 = BB 1972, 1162.

<sup>779</sup> Bereits auch *Bunte*, ZIP 1982, 449; *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 140; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 188; *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 236; OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1239 f.).

## 1. Übereinstimmende Bedingungen

Inwieweit die AGB trotz des Dissenses Geltung erlangen können, ist im Rahmen der Lückenschließung zu ermitteln. Nach der herrschenden Ansicht sollen dabei die übereinstimmenden AGB, aufgrund des übereinstimmenden Parteiwillens, zum Vertragsinhalt werden.<sup>780</sup> Nach der Gegenauffassung sollen die übereinstimmenden Bedingungen keine Geltung erlangen, sondern alleinig die Regelungen des dispositiven Rechts.<sup>781</sup> Dies liege daran, dass in der Praxis lediglich allgemein auf die AGB ohne Hilfsangebot verwiesen werde.<sup>782</sup> Folglich dürfe bei der Geltungsfrage nicht eine einzelne Klausel Geltung erlangen.

Welche Ansicht der Zustimmung bedarf, ist allerdings anhand des § 155 BGB festzustellen. Hiernach ist nach allgemeiner Ansicht anzunehmen, dass sich die Lückenschließung am dispositiven Recht und der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 BGB zu orientieren hat.<sup>783</sup> Es könnte sodann argumentiert werden, dass hinsichtlich der übereinstimmenden AGB keine Vertragslücke vorliegt. Allerdings ist dem zu widersprechen. Vielmehr sind die AGB als ein Regelungswerk aufzufassen, das entweder global oder gar nicht einbezogen wird.<sup>784</sup> Für eine derartige Einbeziehung muss ein Einverständnis vorliegen, das an dieser Stelle nicht gegeben ist. Das bedeutet jedoch in der Konsequenz nicht, dass die AGB gar nicht zur Geltung kommen können.<sup>785</sup>

Es ist insofern die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnis im Rahmen der Lückenschließung die ergänzende Vertragsauslegung und das dispositive Recht stehen. Lediglich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist der hypothetische Parteiwille von Bedeutung.<sup>786</sup> Dass das Rangverhältnis der beiden Methoden insoweit als zweifelhaft beschrieben wird<sup>787</sup>, ist bei der Kollision von AGB allerdings weniger beachtlich. Zunächst haben die Parteien durch die AGB zum Ausdruck gebracht, die gesetzlichen Regelungen nicht zu wollen; mit der Folge des Vorrangs der ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>788</sup> Zudem gilt für das Rangverhältnis allgemein: „Das dispositive Recht gibt den allgemeinen, auf eine typisierte Interessenabwä-

---

<sup>780</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839); *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 321; *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 238; *MüKoBGB/Basedow*, § 305, Rn. 116; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 191.

<sup>781</sup> *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rn. 3.135.

<sup>782</sup> Diese und die folgende Ausführung *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rn. 3.136, ferner auch *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 109 f.

<sup>783</sup> BGH VIII ZR 99/76 = DB 1978, 978 (979); *MüKoBGB/Busche*, § 155, Rn. 14; *BeckOGK/Möslein*, § 155, Rn. 24; *Soergel/Wolf*, § 155, Rn. 19; *Staudinger/Bork*, (2020), § 155, Rn. 16.

<sup>784</sup> So auch *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 109 f.; *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rn. 3.136.

<sup>785</sup> So aber schlussfolgernd *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 109.

<sup>786</sup> Vgl. BGH III ZR 96/03 = NJW 2004, 1590 (1591 f.); *MüKoBGB/Busche*, § 157, Rn. 47.

<sup>787</sup> *MüKoBGB/Busche*, § 157, Rn. 45.

<sup>788</sup> BGH VIII ZR 262/73 = NJW 1975, 1116; BGH VIII ZR 18/89 = NJW-RR 1990, 817 (818 f.); *MüKoBGB/Busche*, § 157, Rn. 46; *Nassall*, BB 1988, 1264 (1265).

gung gegründeten Beurteilungsmaßstab; die (ergänzende) Vertragsauslegung trägt der Individualität des Einzelfalles Rechnung, sei es daß der zu regelnde Sachverhalt, sei es daß die von den Parteien getroffene Regelung Besonderheiten aufweisen, denen das hiervon notwendigerweise abstrahierende dispositive Gesetzesrecht nicht Rechnung tragen kann.“<sup>789</sup> Dem folgend kann bereits aufgrund der Individualität von AGB eine allgemeine Vermutung dahingehend angenommen werden, dass bei kollidierenden AGB ein Sachverhalt vorliegt, dem das dispositive Recht nicht gerecht werden kann. Es kommt dementsprechend bei der Kollision von AGB auf die ergänzende Vertragsauslegung und insoweit auf den hypothetischen Parteiwillen an. Infolgedessen hat die Interessenlage der Parteien eine hervorgehobene Bedeutung.<sup>790</sup> In diesem Zusammenhang kann sodann auf die nicht wirksam einbezogenen AGB Bezug genommen werden. Es kommt somit ebenfalls hier nicht auf die theoretische Frage an, inwieweit ein hypothetischer Wille überhaupt festzustellen ist.<sup>791</sup> Durch die Bezugnahme auf die AGB liegt der Theorie *Fröhlichs* folgend ein Parteiwille vor, dem Geltung zu verschaffen ist.

Dies ist zudem nicht als sog. Vertragshilfe anzusehen, die bei der Auslegung abgelehnt wird.<sup>792</sup> In Hinsicht auf den Vertragsinhalt bei kollidierenden AGB wird auf die beidseitigen Interessen der Parteien Rücksicht genommen. Bei der angesprochenen Vertragshilfe wird hingegen eine unwirksame Klausel auf seinen wirksamen Inhalt reduziert.<sup>793</sup>

Somit ist die Bestimmung des Vertragsinhalts im Wege der Auslegung zu ermitteln. Hinsichtlich übereinstimmender Bedingungen kann festgestellt werden, dass sie aufgrund des Parteiwillens Vertragsinhalt werden. Die Auslegung hat dabei nicht formal am Wortlaut zu erfolgen.<sup>794</sup> Dementsprechend ist keine Deckungsgleichheit der Klausel zu fordern.<sup>795</sup> Vordergrundig ist das Interesse der Parteien zu berücksichtigen, ihre Vertragsbeziehungen anhand von AGB anstatt der gesetzlichen Vorschriften zu gestalten.<sup>796</sup> Ob die Parteien die Übereinstimmung erkennen, ist insofern unbeachtlich.<sup>797</sup>

Dadurch, dass die Feststellung der Übereinstimmungen nicht am Wortlaut erfolgt, ist zudem ein anzutreffendes gemeinsames Minimum in den Klauseln anzuerkennen.<sup>798</sup> Durch die Aus-

---

<sup>789</sup> BGH V ZR 80/77 = NJW 1979, 1818 (1819).

<sup>790</sup> BGH V ZR 31/11 = NJW 2012, 526 (527); MüKoBGB/*Busche*, § 157, Rn. 47.

<sup>791</sup> Vgl. *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, S. 100.

<sup>792</sup> A. A. *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rn. 3.136.

<sup>793</sup> Vgl. *Schmidt-Salzer*, Produkthaftung, Rn. 3.182 ff.

<sup>794</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 228.

<sup>795</sup> So aber bei Verwendung von Abwehrklauseln NK-BGB/*Kollmann*, § 305, Rn. 116a.

<sup>796</sup> *Zust. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>797</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 142.

<sup>798</sup> *Bunte*, ZIP 1982, 449 (450).

legung kann trotz Divergenz der AGB eine Regelung ermittelt werden, die eher dem Parteiwillen entspricht als die der gesetzlichen Regelungen. Enthalten beispielsweise die AGB des Lieferanten ein Zahlungsziel von vier Wochen und die des Bestellers von sechs Wochen, so entspricht es den Parteiinteressen, eine Frist von vier Wochen anzunehmen, anstatt nach der gesetzlichen Regelung von einer sofortigen Fälligkeit nach § 271 Abs. 1 BGB auszugehen.<sup>799</sup> Beide Parteien sind sich einig, die gesetzliche Regelung nicht anzuwenden. Dasselbe ist anzunehmen, wenn die Parteien in den AGB jeweils eine unterschiedliche Vertragslaufzeit vorsehen. Der Vertrag ist sodann mit der kürzeren Vertragslaufzeit geschlossen.<sup>800</sup> Dahingehend ist zwar der Kritik zuzustimmen, dass sich insoweit fortwährend jeweils die Partei mit der kürzeren Vertragslaufzeit durchsetzt.<sup>801</sup> Das bedeutet in der Folge jedoch nicht, die Geltung des gemeinsamen Minimums abzulehnen. Vielmehr ist der Parteiwille demgemäß auszulegen, dass die Parteien keinen unbefristeten Vertrag mit der Möglichkeit der jederzeitigen ordentlichen Kündigung wollten. Eine feste Vertragslaufzeit ist somit im Sinne der Parteien. Zu beachten ist jedoch bei der Auslegung und der Feststellung eines gemeinsamen Minimums, für welche der Parteien die Regelung in den AGB gelten soll.<sup>802</sup> Enthalten die AGB beispielsweise eine Haftungsbeschränkungsklausel, die nur für den Verwender gilt, fehlt es an einer Übereinstimmung der AGB. Beide Regelungen betreffen nur die eigene Haftung und klären nicht die Haftung des Vertragspartners. Folglich kann hieraus nicht festgestellt werden, wie der Parteiwille bzgl. der Haftung des Vertragspartners auszulegen ist. Es muss daher im Wege der Lückenschließung auf die gesetzlichen Vorschriften zurückgegriffen werden.

## 2. Widersprechende Bedingungen

Insofern sich die AGB der Vertragsparteien allerdings unmittelbar widersprechen, werden die beidseitigen AGB nicht Vertragsinhalt und das dispositive Recht tritt an dessen Stelle. Die allgemeine Ansicht macht dies am Rechtsgedanken des § 306 Abs. 2 BGB fest.<sup>803</sup> Nach der hier vertretenden Auffassung kommt es allerdings nicht auf § 306 Abs. 2 BGB an. Vielmehr hat die Lückenschließung nach § 155 BGB zu erfolgen. Hierbei sind die ergänzende Vertragsauslegung und das dispositive Recht entscheidend. Bei widersprechenden AGB ist des-

---

<sup>799</sup> Bereits auch *Bunte*, ZIP 1982, 449 (450); *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 146; a. A. *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 239.

<sup>800</sup> *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 146; a. A. *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>801</sup> So *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>802</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 142; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 229.

<sup>803</sup> BGH VIII ZR 149/90 = NJW 1991, 2633 (2634 f.); OLG Köln 2 U 95/79 = BB 1980, 1237 (1240); *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 12; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 143; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 193; *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305 Rn. 235, 238; *Prütting/Wegen/Weinreich/Berger*, § 305, Rn. 41.

halb aufgrund des fehlenden Konsenses von der Geltung des dispositiven Rechts auszugehen. Dies ist insoweit richtig, auch wenn es im Einzelfall bedeutet, dass eine Regelung des dispositiven Rechts Geltung erlangt, obwohl beide Parteien subjektiv eine andere Regelung präferiert hatten. Denn dies ist nicht anhand der AGB zu erkennen.

Ein unmittelbarer Widerspruch ist gegeben, wenn die beidseitigen AGB dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich regeln.<sup>804</sup> Schließt beispielsweise die eine Partei in ihren AGB die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB aus und sehen die anderen AGB eine konkrete Frist vor, ist ein derartiger Widerspruch gegeben.<sup>805</sup> Anhand des Beispiels wird allerdings deutlich, dass es für die Ermittlung des Widerspruchs nicht darauf ankommt, ob die AGB wirksam sind.<sup>806</sup> Der Verwender einer unwirksamen AGB-Klausel hat eindeutig den Willen zum Ausdruck gebracht, mit der widersprechenden Regelung nicht einverstanden zu sein.<sup>807</sup> Zudem kommt es dogmatisch an dieser Stelle nicht auf die Unwirksamkeit einer Klausel an. Das Problem der widersprechenden AGB stellt sich im Rahmen der wirksamen Einbeziehung von AGB. Die Prüfung der Wirksamkeit einer Klausel geht der Einbeziehungsprüfung nach.<sup>808</sup> Daher kann die Wirksamkeit einer Klausel nicht entscheidungserheblich für die Einbeziehung und dementsprechend für die Frage des Widerspruchs bzw. der Übereinstimmung von AGB sein.

Ein unmittelbarer Widerspruch liegt zudem vor, wenn die einen AGB eine vom dispositiven Recht abweichende Regelung vorsehen und die anderen AGB das dispositive Recht lediglich wiedergeben.<sup>809</sup> Liegt hingegen nur ein pauschaler Verweis auf die gesetzlichen Regelungen vor, ist kein unmittelbarer Widerspruch gegeben.<sup>810</sup> Vielmehr finden die Grundsätze der einseitig geregelten AGB Anwendung. Eine pauschale Verweisung kann nicht den gleichen Geltungsanspruch wie ein unmittelbarer Widerspruch haben. Es ist nicht anzunehmen, dass sich die pauschal verweisende Partei mit dem dispositiven Recht auseinandergesetzt hat und es ausdrücklich zur Anwendung bringen möchte.

Im Zusammenhang der widersprechenden AGB müssen die Parteien folglich den Interessenausgleich, den das dispositive Recht vorsieht, akzeptieren.<sup>811</sup> Etwas anderes könnte jedoch anzunehmen sein, wenn trotz des Widerspruchs die Regelung in den gegnerischen AGB für

---

<sup>804</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 143; Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 232.

<sup>805</sup> BGH VII ZR 149/90 = NJW 1991, 2633 (2634); Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 143.

<sup>806</sup> BGH VII ZR 149/90 = NJW 1991, 2633 (2634 f.) (wo jedoch zusätzlich auf eine Abwehrklausel abgestellt wird); a. A. Schwab, AGB-Recht, Rn. 155; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144.

<sup>807</sup> Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 232.

<sup>808</sup> Vgl. Köhler, BGB AT, § 16 Rn. 28.

<sup>809</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 193; Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 233.

<sup>810</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 193; Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 228.

<sup>811</sup> So auch Schwab, AGB-Recht, Rn. 142.

die Partei günstiger ist als die gesetzliche Regelung.<sup>812</sup> Als Beispiel dient hierfür das Einräumen eines Barzahlungsrabatts durch den Verkäufer.<sup>813</sup> Dem ist allerdings zu widersprechen. Für eine derartige Günstigerprüfung muss es entscheidend auf die Isolierbarkeit der Klausel ankommen. Hängt wie im Beispielsfall der Rabatt an einer Zahlungsmethode und wird diese Zahlungsmethode in den anderen AGB ausgeschlossen, kann nicht der Parteiwille angenommen werden, dass die Partei aufgrund des Rabatts mit der Zahlungsmethode einverstanden ist. Durch die Verwendung von eigenen AGB ist eher anzunehmen, die Partei hat die für sich besten Regelungen formuliert. Zudem würde eine derartige Günstigerprüfung trotz des Widerspruchs zu einer „Rosinenpickerei“ führen. Ist die günstige Klausel allerdings isolierbar, finden insoweit die Grundsätze der einseitig geregelten AGB Anwendung.

Ebenfalls erlangt nicht die effizientere der beiden Klauseln Geltung.<sup>814</sup> Die Parteien haben durch das Aufstellen der Klauseln ihren Willen verdeutlicht. Ob dies objektiv betrachtet effizient ist, ist nicht entscheidend. Es kommt bei der Lückenschließung im Rahmen des § 155 BGB alleinig auf den Parteiwillen an.

Unbeachtlich ist deswegen, ob die Parteien den Widerspruch erkennen. Ebenso ist nicht entscheidend, wenn die Parteien irrtümlich eine Übereinstimmung annehmen.<sup>815</sup> Denn die Lückenschließung im Rahmen des § 155 BGB erfolgt alleinig durch Auslegung.

Hinsichtlich der widersprechenden Bedingungen wird in der Folge vereinzelt angenommen, dass für diese Punkte ein Angebot auf Vertragsergänzung nach § 150 Abs. 2 BGB anzunehmen ist.<sup>816</sup> Wenn dies anzunehmen wäre, würde im Ergebnis die Kollision von AGB sowohl unter § 155 BGB als auch unter § 150 Abs. 2 BGB fallen. Dies ist allerdings nach der hier vertretenden Auffassung nicht richtig. Es muss vielmehr durch Auslegung im Rahmen des § 155 BGB ermittelt werden, ob die widersprechenden Bedingungen als ein neues Angebot gewertet werden können. Dafür besteht jedoch kein Raum. Die Auslegung, nach der widersprechende Bedingungen den Vertragsschluss nicht hindern, kann nicht zugleich zum Ergebnis führen, ein neues Angebot bzgl. der widersprechenden AGB anzunehmen. Vielmehr sind die widersprechenden AGB unbeachtlich. Die Lücke ist im Wege des § 155 BGB mit der Anwendung des dispositiven Rechts zu schließen.

---

<sup>812</sup> So *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435.

<sup>813</sup> *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 435.

<sup>814</sup> So aber *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29.

<sup>815</sup> So im Ergebnis auch *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305 Rn. 143.

<sup>816</sup> *MüKoBGB/Busche*, § 150 Rn. 5; *Staudinger/Bork*, (2020), § 150, Rn. 16.

### 3. Einseitige Bedingungen

Ferner können neben den übereinstimmenden und widersprechenden Bedingungen einseitige AGB auftreten. Hiervon ist auszugehen, wenn die einen AGB eine bestimmte Rechtsfrage regeln und die anderen AGB hierzu schweigen.<sup>817</sup> Ebenfalls ist ein Fall der einseitigen Regelung anzunehmen, wenn nicht konkret, sondern lediglich pauschal auf das dispositive Recht verwiesen wird.<sup>818</sup> Ist hingegen eine von zwei widersprechenden AGB nach §§ 307 ff. BGB unwirksam, liegt kein Fall der einseitigen Regelung vor.<sup>819</sup>

Teilweise wird allgemein angenommen, dass ergänzende AGB unabhängig von der Verwendung einer Abwehrklausel keine Geltung erlangen.<sup>820</sup> Dieser Pauschalisierung ist jedoch mit Blick auf den maßgeblichen Parteiwillen nicht zu folgen.<sup>821</sup> Vielmehr ist nach dem Inhalt der Klausel eine Differenzierung vorzunehmen. Dies gilt ebenfalls, wenn die Parteien Abwehrklauseln verwendet haben. Denn ein allgemeines Ablehnen, unabhängig von ihrem Inhalt, würde am Ende dazu führen, dass sich die Abwehrklausel gegen ihren Verwender selbst richten würde.<sup>822</sup> Dies entspricht allerdings nicht dem Parteiwillen des Verwenders und ist daher unbeachtlich.

Ist die einseitige Regelung für die Gegenseite nachteilig, kann die Regelung keine Geltung erlangen. Dies gilt unabhängig vom Umfang der Nachteiligkeit. Es entspricht offenkundig nicht dem Parteiwillen der gegnerischen Partei, einer nachteiligen AGB Geltung zu verschaffen. Aufgrund der Nicht-Regelung ist davon auszugehen, dass sie es beim dispositiven Recht belassen wollte.<sup>823</sup> Dies ist zudem unabhängig von der Verwendung einer Abwehrklausel.<sup>824</sup> Durch die Verwendung eigener AGB wird der Parteiwille ausreichend deutlich gemacht.

Etwas anderes ist anzunehmen, wenn es sich bei einseitigen Klauseln um begünstigende Regelungen für die Gegenseite handelt. Bei einer begünstigenden Klausel kann ein stillschweigendes Einverständnis angenommen werden.<sup>825</sup> Weicht exemplarisch der Verkäufer hinsichtlich der Fälligkeit des Kaufpreises von § 271 Abs. 1 BGB ab und fordert zugunsten des Käufers einen Zahlungseingang von 30 Tagen, während die AGB des Käufers hierzu schweigen,

---

<sup>817</sup> Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 235; Siehe Beispiele bei Schwab, AGB-Recht, Rn. 148.

<sup>818</sup> Vgl. § 8 II. 2.

<sup>819</sup> Ausführlich hierzu S. 126; a. A. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144.

<sup>820</sup> Erman/Roloff/Looschelders, § 305, Rn. 55; Striewe, JuS 1982, 728 (732).

<sup>821</sup> Für die Maßgeblichkeit des Parteiwillens BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839 f.).

<sup>822</sup> Für verlängerten Eigentumsvorbehalt Lieb, FS Baumgärtel (1990), 311 (323 f.)

<sup>823</sup> So auch Schwab, AGB-Recht, Rn. 150.

<sup>824</sup> Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 237; Schwab, AGB-Recht, Rn. 152; a. A. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer § 305 Rn. 144.

<sup>825</sup> Schwab, AGB-Recht, Rn. 149; Stoffels, AGB-Recht, Rn. 322; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

ist von einem beidseitigen Einverständnis auszugehen.<sup>826</sup> Allerdings ist dies dahingehend einzuschränken, dass die Klausel isolierbar sein muss.<sup>827</sup> Das bedeutet, die begünstigende Klausel darf in keinem Zusammenhang mit einer Klausel stehen, die aufgrund einer Kollision keine Geltung erlangt.<sup>828</sup> Es darf sich um keinen unselbstständigen Rest eines zusammenhängenden Regelungskomplexes handeln.<sup>829</sup> Dies nicht zu fordern, hätte zum Ergebnis, dass die Parteien anfangen, die Klausel nach günstigen Regelungen auseinanderzubrechen. Ein derartiges Vorgehen würde erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen.

Ähnliches gilt, wenn die einseitige Klausel nach dem von *Beimowski* aufgestellten Effizienzkriterium effizienter ist als das dispositive Recht. Allerdings muss an dieser Stelle ebenfalls die Isolierbarkeit der Klausel gegeben sein. Ist dies der Fall, kann ein Parteiwille dahingehend angenommen werden, dass die Parteien mit der Klausel einverstanden sind. Die Gegenseite hat offenkundig einen effizienteren Klauselinhalt nicht bedacht.

Entsprechend wird zum Teil die Situation beurteilt, wenn es sich bei der einseitigen Regelung um eine handels- oder branchenübliche Klausel handelt. Es wird dabei vertreten, dass bei derartigen Klauseln allgemein von einem stillschweigenden Einverständnis auszugehen ist.<sup>830</sup> Dies sei ferner unabhängig davon, ob die andere Partei eine Abwehrklausel verwendet habe.<sup>831</sup> Handels- oder branchenübliche Klauseln entsprächen der üblichen Vertragsgestaltung.<sup>832</sup> Losgelöst von der Frage, ob die Aufnahme einer derartigen Klausel in die AGB ein Indiz der Art darstellt, dass es sich um keine handels- oder branchenübliche Klausel handeln könne<sup>833</sup>, ist bei nachteiligen Klauseln Zurückhaltung geboten. Es kommt vielmehr auch in derartigen Fällen entscheidend auf den Parteiwillen an.<sup>834</sup> Sodann könnte zwar zu argumentieren sein, die andere Partei müsse davon ausgehen, dass der Verwender aufgrund der Handels- oder Branchenüblichkeit der Klausel nicht auf diese verzichten werde. Allerdings muss dem entgegenhalten werden, dass der Verwender einer derartigen Klausel dies zumindest dann nicht annehmen kann, wenn die andere Partei eine Abwehrklausel verwendet. Dasselbe ist im

---

<sup>826</sup> Beispiel von *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 148, 153.

<sup>827</sup> Zutr. Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144 Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 238.

<sup>828</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

<sup>829</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144.

<sup>830</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194; *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 151; für den einfachen Eigentumsvorbehalt *de Lousanoff*, NJW 1985, 2921 (2925); ebenso Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 144.

<sup>831</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194; wohl auch *Schlechtriem*, Kollidierende Standardbedingungen, S. 15; a. A. BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1840); BGH VIII ZR 97/85 = NJW-RR 1986, 984 (985).

<sup>832</sup> *Schlechtriem*, Kollidierende Standardbedingungen, S. 15.

<sup>833</sup> So Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 238.

<sup>834</sup> So auch BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

Ergebnis auch unabhängig von einer Abwehrklausel anzunehmen. Die Parteien haben grundsätzlich durch das Stellen eigener AGB ihren Willen deutlich zum Ausdruck gebracht. Eine Nichtregelung ist deswegen regelmäßig dahingehend zu verstehen, dass das dispositive Recht angewendet werden soll.<sup>835</sup> Lediglich bei begünstigenden Klauseln kann von einem stillschweigenden Einverständnis ausgegangen werden. Bei jeglichen nachteiligen Klauseln ist dies unabhängig von ihrer Handels- oder Branchenüblichkeit nicht anzunehmen. Im Ergebnis hat dies die größte Rechtssicherheit für die Parteien zur Folge. Denn im Zweifelsfall ist die Beurteilung, ob es sich um eine handels- oder branchenübliche Klausel handelt, äußerst schwierig.<sup>836</sup>

Gesondert muss die Situation betrachtet werden, wenn es sich bei der einseitigen Klausel um eine neutrale Klausel handelt. Neutrale Klauseln zeichnen sich dadurch aus, dass sie weder vorteil- noch nachteilhaft für eine der beiden Parteien sind. In diesem Fall muss durch Auslegung ermittelt werden, ob die andere Partei mit einer derartigen Klausel einverstanden ist. Dies ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn sie isolierbar und gewissermaßen üblich für das infrage stehende Geschäft ist. Entspricht hingegen die einseitige Klausel dem dispositiven Recht, kann unstreitig angenommen werden, dass die Klausel zum Vertragsinhalt wird. Es ist kein entgegengesetzter Wille feststellbar.

#### **4. Das dispositive Recht enthält keine Regelung**

Aus der vorgenommenen Betrachtung folgt, dass an die Stelle von widersprechenden oder einseitigen nachteiligen AGB das dispositive Recht tritt. Es stellt sich danach allerdings zwangsläufig die Frage, was gilt, wenn die gesetzlichen Vorschriften hierzu keine Regelung vorsehen. Insbesondere bei Themen, die in AGB geregelt werden, mag dies regelmäßig vorkommen.

Grundsätzlich muss in diesem Fall konstatiert werden, dass die Regelung ersatzlos wegfällt. Das ist insofern angebracht, da die Parteien jeweils das Risiko tragen, ihre Bedingung wirksam in den Vertrag einzuführen. Allerdings muss dieser Grundsatz eine Ausnahme zulassen. Der BGH erkennt bei der Situation der Unwirksamkeit einer Klausel insofern eine Ausnahme an, wenn der ersatzlose Wegfall keine angemessene und vielmehr eine unzumutbare Lösung darstellt.<sup>837</sup> Diese Annahmen beruhen zwar auf der Situation der Unwirksamkeit einer Klausel, allerdings lassen sie sich auf die Kollision übertragen. Auch in diesen Fällen wird das

---

<sup>835</sup> Zust. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 194.

<sup>836</sup> Vgl. zur Branchenüblichkeit Leuschner/Leuschner, § 305, Rn. 196.

<sup>837</sup> BGH VIII ZR 54/83 = NJW 1984, 1177 (1178); BGH KZR 2/07 = NJW 2008, 2172 (2175).

dispositive Recht zur Lückenschließung herangezogen.<sup>838</sup> Es ist dementsprechend angebracht, in diesen Ausnahmesituationen erneut im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Vertragslücke zu schließen. Es ist dabei darauf abzustellen, „was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten“<sup>839</sup>. Dem steht auch nicht entgegen, dass sich die Lücke erst aufgrund der Kollision von AGB ergeben hat.<sup>840</sup>

Auf diese Möglichkeit der Lückenschließung ist allerdings nicht allgemein, sondern nur in Einzelfällen zurückzugreifen. Es ist dafür zwar nicht die ausdrückliche Feststellung der Unzumutbarkeit, jedoch eine besondere Situation zu fordern. Diese ist als gegeben anzusehen, wenn unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Risikoverteilung ein ersatzloser Wegfall der Regelung für eine Vertragspartei nicht angemessen ist. Dies ist mit der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB zu vergleichen. Hierdurch kann sichergestellt werden, dass die Parteien in diesen Fällen eine interessengerechte Lösung bekommen, ohne das Vertragsgefüge zu zerrütten.

## **5. Zusammenfassung**

Der Vertragsinhalt von kollidierenden AGB hat sich am § 155 BGB zu orientieren. Das bedeutet, dass vorrangig durch ergänzende Vertragsauslegung der Inhalt festzustellen ist. Ist hiernach kein Konsens gegeben, kommt es zur Geltung des dispositiven Rechts. Die Verwendung einer Abwehrklausel ist nicht zu fordern.

## **§ 9 Bestätigung des Lösungsansatzes durch Anwendung auf Sonderfragen**

Im Zusammenhang von kollidierenden AGB ist unmittelbar an deren Auswirkung auf das Kaufmännische Bestätigungsschreiben und den Eigentumsvorbehalt zu denken. Anhand des erarbeiteten Lösungsansatzes ist aufzuzeigen, dass dieser ebenso für die zwei Sonderfragen interessengerechte und nachvollziehbare Lösungen bereithält.

---

<sup>838</sup> Vgl. BGH KZR 2/07 = NJW 2008, 2172 (2175).

<sup>839</sup> BGH III ZR 35/88 = NJW-RR 1989, 1490 (1491).

<sup>840</sup> Vgl. BGH III ZR 35/88 = NJW-RR 1989, 1490 (1491).

## I. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Ein Kaufmännisches Bestätigungsschreiben (KBS) bewirkt nach gefestigter Rechtsansicht<sup>841</sup> bei Nichtwiderspruch, dass der Inhalt eines solchen Schreibens auch dann als vereinbart gilt, wenn es von dem Ergebnis der vorherigen Vertragsverhandlungen abweicht. Es entfaltet bei Vorliegen der einzelnen Voraussetzungen<sup>842</sup> konstitutive Wirkung und bewirkt, dass ebenso Regelungen Geltung erlangen, die vorher nicht vereinbart worden sind.<sup>843</sup> So soll nach h. M. die konstitutive Wirkung des KBS die nachträgliche Einbeziehung von AGB ermöglichen<sup>844</sup> – ebenfalls dann, wenn der Absender von der nicht wirksamen Einbeziehung der AGB wusste.<sup>845</sup> Denn durch ein KBS kann ein Vertrag in Nebenpunkten ergänzt werden.<sup>846</sup>

Individuelle Vertragsabreden haben allerdings weiterhin gem. § 305b BGB Vorrang und bleiben somit wirksam. Ist in den Vertragsverhandlungen nicht über die Einbeziehung von AGB diskutiert oder hingewiesen worden, bedeutet dies nicht, dass das dispositive Recht als individuelle Vertragsabrede anzuerkennen ist.<sup>847</sup> Denn dies würde voraussetzen, dass sich die Parteien auf die Geltung des dispositiven Rechts geeinigt hätten. Dies ist jedoch nicht gegeben. Die Parteien haben sich vielmehr auf den ausdrücklich erklärten Inhalt geeinigt. Zwar können ferner konkludente Parteivereinbarungen als Inhalt des Vertrags anerkannt werden, allerdings ist dies hinsichtlich der allgemeinen Geltung des dispositiven Rechts nicht gegeben. Vielmehr soll das dispositive Recht offenkundig zur Vertragsergänzung herangezogen werden. Damit wird es noch nicht zur individuellen Vertragsabrede nach § 305b BGB. Eine derartige Vertragsabrede ist zudem nur zwischen den Parteien anzunehmen, wenn sie ausgehandelt wurde.<sup>848</sup> Dabei versteht der BGH unter dem Begriff des Aushandelns, dass der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt der betroffenen Klausel ernsthaft zur Disposition stellt und der anderen Partei Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt.<sup>849</sup> Beim dispositiven Recht handelt es sich um keinen gesetzesfremden Gehalt. Somit würde es hiernach be-

---

<sup>841</sup> BGH II ZR 305/51 = NJW 1952, 1369; BGH NJW 1955, 1794 (1795); BGH VIII ZR 61/62 = NJW 1963, 1922 (1923); BGH III ZR 268/00 = NJW-RR 2001, 680 (680 f.); Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 346, Rn. 17.

<sup>842</sup> Zu den einzelnen Voraussetzungen KKRD/Roth, HGB, § 346, Rn. 26 ff.

<sup>843</sup> So anstatt vieler Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 346, Rn. 17.

<sup>844</sup> BGH II ZR 305/51 = NJW 1952, 1369 (1369 f.); OLG Köln 19 Sch 17/13 = BeckRS 2015, 10334 Rn. 40 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 178; MüKoBGB/Basedow, § 305, Rn. 104; Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 224; KKRD/Roth, HGB, § 346, Rn. 33.

<sup>845</sup> KKRD/Roth, HGB, § 346, Rn. 30; Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 227.

<sup>846</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106; BGH VIII ZR 162/81 = NJW 1982, 1751; Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 227.

<sup>847</sup> Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 135; a. A. Batsch, NJW 1980, 1731 (1732).

<sup>848</sup> BeckOGK/Lehmann-Richter, § 305b, Rn. 10.

<sup>849</sup> BGH XI ZR 9/18 = NJW 2019, 2080 (2081); BGH III ZR 437/04 = NJW 2005, 2543 (2544). Dass teilweise in der Literatur die Anforderungen des BGH an das Aushandeln für den unternehmerischen Rechtsverkehr als zu streng erachtet und deswegen andere Lösungen vorgeschlagen werden, ändert an der dargestellten Lösung nichts. Zu den vorgeschlagenen Lösungen BeckOGK/Lehmann-Richter, § 305, Rn. 163.1 m.w.N.

reits am Aushandeln fehlen. Dementsprechend stellt die nachträgliche Einbeziehung durch ein KBS keinen Verstoß gegen § 305b BGB dar.<sup>850</sup> Damit die AGB aber nachträglich einbezogen werden, muss auf jene im KBS Bezug genommen worden sein.<sup>851</sup> Eine Beifügung ist dagegen nicht erforderlich; es genügt die Möglichkeit der Kenntniserlangung z. B. durch Auffordern.<sup>852</sup>

Eine Ausnahme von den dargelegten Grundsätzen soll hingegen dann vorliegen, wenn der Absender des KBS redlicherweise nicht mit einer Zustimmung des Empfängers rechnen durfte.<sup>853</sup> Nach st. Rspr. des BGH ist dies der Fall, wenn „der Bestätigende angesichts des Inhalts des Bestätigungsschreibens von vornherein nicht mit einer widerspruchslosen Hinnahme durch den Vertragspartner rechnen und daher nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sein Schweigen nicht als stillschweigende Zustimmung ansehen konnte“<sup>854</sup>. Dies wird angenommen, wenn die Vertragsverhandlungen auf Grundlage der AGB des Empfängers geführt worden sind<sup>855</sup> oder der Absender aufgrund langjähriger Geschäftsbeziehungen hiervon nicht ausgehen durfte.<sup>856</sup> Widerspricht der Empfänger bereits während der Vertragsverhandlungen den AGB des Absenders, darf dieser ebenfalls nicht mit einem Einverständnis rechnen.<sup>857</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, ob in der Verwendung von AGB bereits ein genügender Widerspruch zu erkennen ist, damit der Absender bereits nicht mit der Zustimmung rechnen durfte. Hierfür ist zwischen den Konstellationen des einseitigen und des beidseitigen KBS zu differenzieren.

## 1. Einseitiges Bestätigungsschreiben

Fasst nach Beendigung der Vertragsverhandlungen eine Partei das Ergebnis der Verhandlungen in einem Bestätigungsschreiben zusammen, so liegt ein einseitiges KBS vor. Verweist jene hierbei auf ihre AGB, können sie Vertragsbestandteil werden. Dies ist von der modifizierenden Auftragsbestätigung abzugrenzen.<sup>858</sup> Lediglich das KBS entfaltet konstitutive Wir-

---

<sup>850</sup> So auch Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 135.

<sup>851</sup> BGH VIII ZR 111/13 = NJW 2014, 1296 (1297); OLG Düsseldorf 5 U 237/62 = NJW 1965, 761 (762 f.); Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 178.

<sup>852</sup> BGH II ZR 305/51 = NJW 1952, 1369 (1370); Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 178; a. A. für inhaltsergänzendes Bestätigungsschreiben Lindacher, WM 1981, 702 (707).

<sup>853</sup> Schmidt, NJW 2011, 3329 (3333).

<sup>854</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107).

<sup>855</sup> Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 227; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 135; wohl auch NK-BGB/Kollmann, § 305, Rn. 115.

<sup>856</sup> BGH VIII ZR 162/81 = NJW 1982, 1751.

<sup>857</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107); Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 179; Staudinger/Mäsch, (2019), § 305 Rn. 227; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 135; a. A. bei mündlichen Verhandlungen Schmidt-Salzer, AGB 1977, Rn. D. 79.

<sup>858</sup> Vgl. OLG Düsseldorf = I-21 U 178/14 -, juris.

kung. Im Unterschied zum KBS mit erstmaligem Hinweis auf die eigenen AGB wird bei einer modifizierenden Auftragsbestätigung nur ein Angebot auf Grundlage der eigenen AGB akzeptiert. Hier liegt im Gegensatz zum KBS noch kein Vertragsschluss vor und dementsprechend kann der Absender nicht von einem Einverständnis ausgehen.<sup>859</sup>

Es ist jedoch zu fragen, ob aus einer Abwehrklausel in den AGB des Empfängers oder bereits aus der Verwendung der AGB selbst – ohne Abwehrklausel – für den Absender erkenntlich wird, dass ein Schweigen nicht als Zustimmung zum KBS zu werten ist.

Verwendet der Empfänger in seinen AGB eine Abwehrklausel, kann der Absender des KBS nicht von einem stillschweigenden Einverständnis ausgehen. Die Abwehrklausel wirkt wie ein vorweggenommener Widerspruch. Deswegen kann keine Zustimmung angenommen werden.<sup>860</sup> Es ist keineswegs der Ansicht zu folgen, dass es nicht auf die Abwehrklausel ankommen könne, da die AGB aufgrund der fehlenden Zustimmung nicht Vertragsinhalt sind und somit keine rechtsgeschäftliche Wirkung entfalten<sup>861</sup> – auch wenn dies gewissermaßen mit einer Leseobliegenheit des Absenders gleichkommt.<sup>862</sup> Diese Ansicht übersieht, dass sie einseitig zu Lasten des Empfängers ginge. Der Empfänger hat in seinen AGB eindeutig zum Ausdruck gebracht, ohne ausdrückliche Zustimmung mit anderen AGB nicht einverstanden zu sein. Somit kann der Absender nicht mehr redlicherweise von einem Einverständnis ausgehen. Unabhängig davon ist die Tatsache, ob er die Abwehrklausel gelesen hat oder nicht. Entscheidend ist der formulierte Widerspruch. Bestätigt wird das vorliegende Ergebnis durch eine weitere Betrachtung. Die erforderliche Zustimmungsfähigkeit bezieht sich auf die AGB in der Gesamtheit und nicht auf einzelne Klauseln.<sup>863</sup> Dasselbe gilt für die konstitutive Wirkung. Somit können die AGB nur in ihrer Gesamtheit einbezogen werden. Auf eine Betrachtung der einzelnen Klausel kommt es nicht an.<sup>864</sup> Unter diesem Gesichtspunkt muss einer Abwehrklausel umso mehr Bedeutung beigemessen werden. Allerdings können dementsprechend auch nicht einzelne übereinstimmende oder einseitig ergänzende AGB durch das KBS zum Vertragsinhalt werden.

Dieses Ergebnis findet zudem Bestätigung nach einer ökonomischen Betrachtung. Hat der Empfänger bei den Vertragsverhandlungen durch eine Abwehrklausel eindeutig zum Aus-

---

<sup>859</sup> *Schmidt-Salzer* AGB 1977, Rn. D. 80.

<sup>860</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106 (2107); BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839); MüKoBGB/*Basedow*, § 305, Rn. 114.

<sup>861</sup> So aber *Schmidt-Salzer*, AGB 1977, Rn. D. 79.

<sup>862</sup> *Schmidt-Salzer*, AGB 1977, Rn. D. 79.

<sup>863</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 135.

<sup>864</sup> *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, § 305, Rn. 135.

druck gebracht, nicht mit fremden AGB einverstanden zu sein, ist es nicht geboten, ihm trotzdem die Kosten für einen erneuten Widerspruch aufzubürden.

Anders ist es jedoch, wenn die AGB keine Abwehrklausel enthalten. In diesem Fall liegt kein vorweggenommener Widerspruch vor. Durch das alleinige einmalige Beifügen von AGB bei den Vertragsverhandlungen wird der Absender noch nicht unredlich hinsichtlich der Annahme des stillschweigenden Einverständnisses. Hier überwiegt die konstitutive Wirkung eines KBS. Ein mehrmaliges Beifügen ist dagegen als eine Vertragsverhandlung auf Grundlage der AGB des Empfängers mit der Folge der Nichteinbeziehung bei Schweigen zu werten. Dieses Ergebnis ist zudem mit dem herausgearbeiteten Resultat im Fall der modifizierenden Auftragsbestätigung vereinbar. Dort wird die Verwendung von AGB bereits als genügend angesehen, um kein Einverständnis trotz Schweigen annehmen zu können. Dies liegt am fehlenden Vertragsschluss. Ist hingegen ein Vertrag ohne AGB geschlossen worden, kann nicht die einmalige Verwendung von AGB bei den Vertragsverhandlungen die Wirkung des KBS durchbrechen bzw. als Widerspruch gewertet werden. Anders ist die Situation, wenn ein Vertrag mit den übereinstimmenden ggf. ergänzenden AGB aufgrund einer vorherigen Kollision zustande gekommen ist. Sodann kann der Absender nicht mit einer Zustimmung des Empfängers rechnen.

Dem Aspekt, dass die aufgestellten Grundsätze bei mündlichen Verhandlungen nicht gelten sollen, weil hierbei „immer mit Missverständnissen gerechnet werden (muss), zu deren Klärung das Bestätigungsschreiben bestimmt ist“<sup>865</sup>, kann nicht gefolgt werden. Dies führe bei Schweigen immer zur Einbeziehung der AGB des Absenders.<sup>866</sup> Dem muss widersprochen werden. Die Wirkung tritt nur ein, wenn der Absender redlicherweise auf den Inhalt vertrauen durfte.<sup>867</sup> Dementsprechend kann von einem Einverständnis nicht ausgegangen werden, wenn der Empfänger bereits vorher ausdrücklich widersprochen hat oder dies aus den Umständen erkennbar war. Es kann kein Vertrauen des Absenders zu diesem Zeitpunkt angenommen werden. Eine Vertrauenshaftung<sup>868</sup> ist dann nicht gegeben. Deswegen gelten ebenso bei vorherigen mündlichen Vertragsverhandlungen die dargelegten Grundsätze.

## 2. Beidseitiges Bestätigungsschreiben

Eine andere Situation ist gegeben, wenn beide Vertragsparteien im Anschluss an die Vertragsverhandlungen KBS versenden und dabei auf ihre eigenen AGB Bezug nehmen. Es ist zu

---

<sup>865</sup> *Schmidt-Salzer*, AGB 1977, Rn. D. 79.

<sup>866</sup> Siehe auch *Schmidt-Salzer*, AGB 1977, Rn. D. 79.

<sup>867</sup> OLG Düsseldorf 5 U 215/62 = DB 1963, 929.

<sup>868</sup> Das KBS als Fall der Vertrauenshaftung bezeichnend OLG Düsseldorf 5 U 215/62 = DB 1963, 929.

fragen, ob trotz des eigenen Übersendens eines KBS ein Widerspruch nötig ist, um die nachträgliche Einbeziehung der AGB zu verhindern.

Grundsätzlich besteht hierbei eine gewisse Ähnlichkeit wie bei der Konstellation, wenn in Angebot und Annahme auf unterschiedliche AGB verwiesen wird. Es ist lediglich dahingehend ein Unterschied zu erkennen, dass bei sich kreuzenden Bestätigungsschreiben der Vertragsschluss außer Frage steht.<sup>869</sup> Nach teilweiser Ansicht sollen in diesem Fall die allgemeinen Grundsätze zur Kollision von AGB hierauf übertragen werden.<sup>870</sup> Für den Inhalt des Vertrages hätte dies zur Folge, die übereinstimmenden AGB würden Vertragsbestandteil und anstelle der sich widersprechenden AGB trete das dispositives Recht.<sup>871</sup> Diese Betrachtung lässt jedoch die konstitutive Wirkung eines KBS unberücksichtigt, nach der die AGB nur in ihrer Gesamtheit einbezogen werden können. Denn der Inhalt des Schreibens wird bei Schweigen des Empfängers als maßgeblich anerkannt.<sup>872</sup> Lediglich einzelne dem KBS nicht entgegenstehende getroffene Vereinbarungen können zudem Geltung erlangen.<sup>873</sup> Hierfür muss jedoch die andere Partei den Nachweis erbringen.<sup>874</sup> Dies kann allerdings nicht allgemein für kollidierende AGB angenommen werden. Es wird zwar argumentiert, dass hinsichtlich der übereinstimmenden AGB eine Willensübereinstimmung vorliegt<sup>875</sup>, dies ist jedoch bei kreuzenden KBS irrelevant. Mithin ist die Gesamtheit der AGB entscheidend. Folglich ist eine Willenseinigung in einzelnen Punkten unbeachtlich. Des Weiteren ist bei kreuzenden Bestätigungsschreiben bereits regelmäßig ein Vertrag geschlossen, sodass der Anwendungsbereich der §§ 154, 155 BGB nicht eröffnet ist. Beide Normen setzen auf der Ebene der Vertragsverhandlungen an.<sup>876</sup> Die Wirkung des KBS kann zwar auch eintreten, wenn noch kein wirksamer Vertrag vorliegt<sup>877</sup>, allerdings muss hierfür der Absender zwingenderweise bereits von einem erfolgten Vertragsabschluss ausgehen.<sup>878</sup> Somit kann nicht mehr von einer eigentlichen „Verhandlung“ der Parteien gesprochen werden. Dementsprechend widerspricht die vorgeschlagene

---

<sup>869</sup> So auch *Striewe*, JuS 1982, 728 (729).

<sup>870</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 183; wohl auch *MüKoBGB/Basedow*, § 305, Rn. 116

<sup>871</sup> *Striewe*, JuS 1982, 728 (729); *EBJS/Fest*, HGB, § 346, Rn. 355; *Canaris*, HandelsR, § 23 II Rn. 28; wohl auch *MüKoBGB/Basedow*, § 305, Rn. 116.

<sup>872</sup> *MüKoHGB/Karsten Schmidt*, § 346, Rn. 165.

<sup>873</sup> BGH VIII ZR 108/75 = NJW 1977, 384 (385); BGH VIII ZR 186/94 = NJW 1996, 1541 (1542); *MüKoHGB/Karsten Schmidt*, § 346, Rn. 165.

<sup>874</sup> BGH VIII ZR 108/75 = NJW 1977, 384 (385).

<sup>875</sup> *Canaris*, HandelsR, § 23 II, Rn. 28.

<sup>876</sup> Vgl. *MüKoBGB/Busche*, § 154, Rn. 1 und *MüKoBGB/Busche*, § 155, Rn. 1.

<sup>877</sup> RG II 360/21 = RGZ 103, 401 (405); BGH VIII ZR 11/63 = NJW 1965, 965 (966); BGH VIII ZR 234/72 = NJW 1974, 991 (992); *EBJS/Fest* HGB § 346 Rn. 253.

<sup>878</sup> BGH VIII ZR 106/72 = NJW 1973, 2106; *EBJS/Fest*, HGB, § 346 Rn. 253.

ne Kongruenzlösung sowohl dem Grundsatz von KBS als auch den §§ 154, 155 BGB. Daher kann diesem Lösungsansatz nicht gefolgt werden.

Vielmehr lässt sich aus den Grundsätzen des KBS folgend schließen, dass das zuletzt übersandte KBS für den Vertragsinhalt entscheidend sein und somit die Theorie des letzten Wortes Geltung erlangen könnte.<sup>879</sup> Auf das zuletzt übersandte KBS wird im Gegensatz zum zuerst Übersandten geschwiegen. Dabei ist das zweite KBS mit Bezugnahme auf die eigenen AGB als Widerspruch des ersten KBS anzuerkennen, womit es keine Wirkung entfalten kann. Es ist somit kein Schweigen des Empfängers gegeben. Ähnlich verhält es sich, wenn sich die KBS auf dem Weg kreuzen; sie somit gleichzeitig abgesandt wurden. In diesem Fall ist das jeweilige KBS als Widerspruch zu werten. Hinsichtlich des zweiten KBS bei der zeitversetzten Übersendung – dem Regelfall<sup>880</sup> – muss sodann gefragt werden, ob analog der Kollision von AGB in Angebot und Annahme das erste KBS als vorweggenommener Widerspruch anzuerkennen ist – mit der Konsequenz, dass der Absender redlicherweise nicht mit einer Einbeziehung der AGB rechnen darf. Dem ist zu folgen. Durch das vorherige Übersenden des KBS mit Bezugnahme auf die eigenen AGB hat der Empfänger deutlich gemacht, auf Grundlage seiner AGB den Vertrag durchführen zu wollen. Die Bezugnahme ist dabei als vorweggenommener Widerspruch bzgl. der Einbeziehung der AGB der gegnerischen Partei zu werten.<sup>881</sup> Denn aufgrund der eigenen Bezugnahme muss nach Treu und Glauben angenommen werden, dass sich die Partei gegen jede andere Einbeziehung von AGB verwehren will.<sup>882</sup> Infolge des Übersendens des KBS kann keine Partei mehr als schweigend betrachtet werden.<sup>883</sup> Vielmehr ist das Vertrauen, auf dem der Grundsatz des KBS beruht, erschüttert.<sup>884</sup> Die Verwendung einer Abwehrklausel ist dabei nicht erforderlich.<sup>885</sup> Allein die Bezugnahme ist ausreichend, damit der Absender nicht mit einer Zustimmung rechnen durfte.

Angesichts der widersprechenden AGB liegt somit ein Dissens vor.<sup>886</sup> Dieser Dissens kann jedoch – wie festgestellt – nicht wie beim Dissens auf Ebene der Vertragsverhandlungen mithilfe der Kongruenzlösung gelöst werden. Es ist deswegen vorzugswürdiger und dogmatisch nachvollziehbarer, ein gegenseitiges Neutralisieren der beiden nachträglichen Einbeziehungs-

---

<sup>879</sup> So BGH II ZR 210/54 = NJW 1955, 1794 (1795).

<sup>880</sup> So wohl auch MüKoHGB/Karsten Schmidt, § 346, Rn. 164.

<sup>881</sup> Vorderobermeier, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 116; Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 233; wohl auch BGH VIII ZR 162/81 = NJW 1982, 1751.

<sup>882</sup> Staudinger/Mäsch, (2019), § 305, Rn. 233; Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 275.

<sup>883</sup> Götz, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 275.

<sup>884</sup> So auch Schmidt, HandelsR, S. 712.

<sup>885</sup> Zust. Schmidt, HandelsR, S. 712.

<sup>886</sup> So auch EBS/Fest, HGB, § 346, Rn. 355; Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 346, Rn. 22.

versuche anzunehmen.<sup>887</sup> Dementsprechend wird keine der beiden AGB nachträglich in den Vertrag einbezogen.<sup>888</sup> Dies hat zur Folge, dass nicht nur die sich widersprechenden Regelungen nicht einbezogen werden, sondern ferner die übereinstimmenden und ergänzenden. Somit ist das dispositive Recht entscheidend. Dies kann im Einzelfall, insbesondere hinsichtlich übereinstimmender Klauseln, für die Parteien unglücklich sein, jedoch ist dies die einzige Lösung, die dem Grundsatz des KBS entspricht. Hiervon kann dementsprechend keine Ausnahme zugelassen werden.<sup>889</sup> Es wird zwar argumentiert, dass gewisse ergänzende Bestimmungen Geltung erlangen können, wenn hinsichtlich jener kein substantieller Widerspruch besteht und der Absender demnach auf die Einbeziehung vertrauen darf.<sup>890</sup> Dies kann insbesondere bei Klauseln, die in dem Wirtschaftskreis üblich sind, gegeben sein.<sup>891</sup> Eine derartige Praxis ist jedoch unverträglich mit dem Grundsatz des KBS. Sie hätte zur Folge, dass beide KBS hinsichtlich jener Klauseln und der Übereinstimmenden für den Inhalt des Vertrages maßgeblich wären. Die Rechtsfolge eines KBS ist allerdings, dass der Vertrag den Inhalt des KBS bekommt.<sup>892</sup> Demgemäß können nur die gesamten AGB einbezogen werden. Ein Abstellen auf einzelne Klauseln widerspricht der anerkannten Wirkung von Bestätigungsschreiben. Deswegen können auch nicht in Einzelfällen einzelne Regelungen nachträglich einbezogen werden. Wollen die Parteien einzelnen Klauseln Geltung verschaffen, müssen sie den Vertrag nachträglich ausdrücklich oder konkludent abändern.

Dieses Ergebnis des Neutralisierens bestätigt sich durch eine ökonomische Betrachtung. Bei der Kongruenzlösung müsste spätestens im Rahmen eines Prozesses festgestellt werden, welche Klauseln miteinander übereinstimmen. Die hierdurch anfallenden Transaktionskosten sind erheblich. Ähnlich verhält es sich, wenn eine Partei überprüfen will, inwiefern die beiden AGB übereinstimmen, um z. B. Rechtssicherheit zu erlangen. AGB können annähernd nur von Juristen durchschaut werden, was wiederum hohe Transaktionskosten zur Folge hat.<sup>893</sup> Dies alles erspart sich die Lösung des Neutralisierens. Dementsprechend ist sie die effizienteste Lösung.

---

<sup>887</sup> *Vorderobermeier*, Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 116; *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 233; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 215.

<sup>888</sup> So auch zwar für AGB mit Abwehrklausel BGH VIII ZR 162/81 = NJW 1982, 1751.

<sup>889</sup> So aber für ergänzende Bestimmungen *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 276; a. A. für identische Regelungen in den AGB *Staudinger/Mäsch* (2019) § 305 Rn. 233.

<sup>890</sup> BGH VIII ZR 44/64 = NJW 1966, 1070 (1071); *MüKoHGB/Karsten Schmidt*, § 346, Rn. 164.

<sup>891</sup> BGH VIII ZR 44/64 = NJW 1966, 1070 (1071); mit weiteren Kriterien *Götz*, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 276.

<sup>892</sup> BGH VII ZR 186/09 = NJW 2011, 1965 (1966); *Palandt/Ellenberger*, § 147 BGB Rn. 8; *EBJS/Fest*, HGB, § 346, Rn. 324.

<sup>893</sup> *Moritz*, BB 1995, 420 (421).

### 3. AGB-Charakter einer Klausel trotz Aufnahme in den Text eines KBS

Die aufgestellten Grundsätze sind weiterhin dann anwendbar, wenn eine vorformulierte Klausel in den Text des KBS aufgenommen worden ist. Durch die Aufnahme verliert sie nicht ihren AGB-Charakter.<sup>894</sup> Die alleinige Aufnahme einer Klausel in den Text ist nicht geeignet, um sie als Individualabrede i. S. v. § 305b BGB zu werten.<sup>895</sup> Damit eine Klausel nicht mehr den

Charakter einer AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB hat, muss sie gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zwischen den Parteien ausgehandelt worden sein. Die Prüfung des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB geht der Anwendung des § 305b BGB voraus.<sup>896</sup> Unabhängig davon, wie im Einzelnen die Anforderungen an das Aushandeln zu bewerten sind<sup>897</sup>, ist keinesfalls die Aufnahme in den Text eines KBS als genügend zu erachten. Würde einem derartigen Vorgehen zugestimmt werden, nähmen in Zukunft jegliche Parteien ihre Klauseln in den Text auf, um nicht in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB zu gelangen. Die folgenden Probleme der einseitigen und der sich kreuzenden Bestätigungsschreiben würden sich somit lediglich verlagern. Es hätte jedoch zur Konsequenz, dass eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ausgeschlossen wäre. Dies wäre unbillig. Das Verschieben in den Text eines KBS stellt kein Verhandeln und somit erst recht kein Aushandeln nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB dar.<sup>898</sup>

### 4. Zusammenfassung

Die nachträgliche Einbeziehung von AGB durch KBS muss restriktiv gehandhabt werden. Zum einen lässt sich dies mit dem Grundsatz des KBS begründen. Zum anderen ist eine Begründung durch eine Betrachtung der Transaktionskosten gegeben. Ein KBS soll grundsätzlich den Inhalt eines Vertrages außer Streit stellen und somit zum Verkehrsschutz beitragen.<sup>899</sup> Die (bewusste) nachträgliche Einbeziehung führt jedoch zu mehr Problemen, als dass sie welche löst. Beide Parteien sind sich über einen Vertrag einig. Die bisherige Nicht-Einbeziehung von einzelnen AGB einer Partei hat an dem Ergebnis offenkundig nichts geändert. Wenn nun entweder eine oder beide Parteien versuchen, durch das KBS ihren AGB alleinig Geltung zu verschaffen, muss dies vor dem Hintergrund des Sinn und Zwecks eines KBS gemessen werden, der nicht vordergründig die nachträgliche Einbeziehung von AGB ist.

---

<sup>894</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 183; a. A. OLG Hamburg 5 U 122/80 = RIW 1981, 262 (263).

<sup>895</sup> So aber OLG Hamburg 5 U 122/80 = RIW 1981, 262 (263).

<sup>896</sup> BeckOGK/Lehmann-Richter, § 305b, Rn. 10.

<sup>897</sup> Für den B2B-Verkehr als zu starr bezeichnend MüKoBGB/Basedow, § 305, Rn. 46.

<sup>898</sup> Aushandeln ist mehr als Verhandeln BGH III ZR 437/04 = NJW 2005, 2543 (2544).

<sup>899</sup> MüKoHGB/Karsten Schmidt, § 346, Rn. 143 m.w.N.

Dementsprechend ist einer nachträglichen Einbeziehung nur in dem Fall zuzustimmen, wenn entweder AGB nicht Inhalt der Vertragsverhandlungen waren oder nur eine Partei einmalig ohne Abwehrklausel auf ihre AGB hingewiesen hat, die AGB in der Folge nicht Vertragsinhalt geworden sind und sodann eine Partei im Anschluss ein KBS mit Hinweis auf AGB verschickt hat. Schweigt der Empfänger, sind die AGB wirksam einbezogen. Denn in diesem Fall kann es zum einen dem Empfänger zugemutet werden, Widerspruch zu erheben, und zum anderen ergibt sich für den Absender kein Anhaltspunkt, mit der Zustimmung des Empfängers nicht rechnen zu dürfen. Eine Anfechtung nach § 119 BGB wegen Irrtums über die Einbeziehung ist sodann ausgeschlossen, da die Einbeziehung aufgrund von Handelsbrauch erfolgt und nicht wegen einer anfechtbaren Erklärung.<sup>900</sup>

## II. Einfacher Eigentumsvorbehalt

Eine andere äußerst praxisrelevante Frage lautet, ob ein erklärter einfacher Eigentumsvorbehalt in den AGB des Lieferanten trotz Kollision wirksam vereinbart worden ist. Der Eigentumsvorbehalt stellt ein anerkanntes Sicherungsmittel für den Verkäufer dar. Häufig ist der Besteller nicht willens oder in der Lage, den Kaufpreis bei Lieferung zu entrichten. Damit der Verkäufer dennoch abgesichert ist und der Käufer trotz keiner Zahlung im Wege von Zug um Zug die Waren erhält, wird auf den (einfachen) Eigentumsvorbehalt<sup>901</sup> zurückgegriffen.

Bei einem einfachen Eigentumsvorbehalt wird dem Käufer abweichend der §§ 929 ff. BGB nicht mit der Übergabe oder den weiteren genannten Akten das Eigentum übereignet. Die Übereignung wird vielmehr unter die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung gestellt (§§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB). Im Falle einer Insolvenz des Käufers ist der Verkäufer zur Aussonderung der Sache gem. § 47 InsO berechtigt. In der Praxis muss der Verkäufer allerdings aufgrund der Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 BGB beweisen, dass ein wirksamer Eigentumsvorbehalt vereinbart worden ist.<sup>902</sup> Regelmäßig wird dieser in den AGB erklärt.<sup>903</sup> Verwendet die andere Vertragspartei eigene AGB, ist die wirksame Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts fraglich. Nach dem aufgestellten Lösungsansatz hat sich der Vertragsinhalt nach der Kollision von AGB an § 155 BGB zu orientieren. In der Rechtsprechung und Literatur werden hingegen überwiegend andere Lösungsvorschläge vertreten.

---

<sup>900</sup> BGH VII ZR 177/69 = BB 1971, 1479 (1480); Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 179a; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 135.

<sup>901</sup> Auf den verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt wird im Weiteren gesondert eingegangen vgl. § 9 III.

<sup>902</sup> Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 47, Rn. 17; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 47, Rn. 20.

<sup>903</sup> So beispielsweise auch Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 47, Rn. 17.

## 1. Ansichten von Rechtsprechung und Literatur

### a) Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Beim Eigentumsvorbehalt handelt es sich im Wesentlichen um eine sachenrechtliche Konstruktion.<sup>904</sup> Aufgrund des Trennungs- und Abstraktionsprinzips ist die dingliche Rechtslage getrennt von der schuldrechtlichen Vereinbarung zu beurteilen. Allerdings ergeben sich aus dem schuldrechtlichen Vertrag die Pflichten der Vertragsparteien.<sup>905</sup> In diesem Sinne kann es bei der Beurteilung, ob ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, entscheidend auf die schuldrechtliche Vereinbarung ankommen. Haben die Parteien bereits dort einen Eigentumsvorbehalt vereinbart, ist dies bei der Auslegung der dinglichen Willenserklärung zu berücksichtigen.<sup>906</sup> Dies ist umso entscheidender, als dass die bedingt übereignende Partei den Vorbehalt deutlich machen muss.<sup>907</sup> Eine Übergabe ohne Verdeutlichung des Vorbehalts ist nicht für eine bedingte Übereignung ausreichend.<sup>908</sup>

Aufgrund dessen ist es für den Lieferanten von erheblicher Bedeutung, ob der in seinen AGB erklärte Eigentumsvorbehalt wirksam einbezogen worden ist oder wenigstens bei der Auslegung der dinglichen Willenserklärung Berücksichtigung finden kann. Dies ist insofern problematisch, wenn der Besteller eigene AGB verwendet, die entweder keine explizite Regelung zum Eigentumsvorbehalt vorsehen oder der bedingten Übereignung widersprechen.

### aa) Sachenrechtliche Lösung

Nach der Rechtsprechung des BGH, die in der Literatur<sup>909</sup> auf breite Zustimmung stößt, wird der Eigentumsvorbehalt nicht Bestandteil des Vertrages, wenn die andere Vertragspartei eine Abwehrklausel verwendet hat.<sup>910</sup> Demzufolge ist der Lieferant hiernach schuldrechtlich zur unbedingten Übereignung verpflichtet.<sup>911</sup> Dies ist insofern konsequent, als dass der BGH seit seiner Rechtsprechungsänderung für den Fall der kollidierenden AGB nur die Geltung über-

---

<sup>904</sup> Lorenz, JuS 2011, 199.

<sup>905</sup> BeckOK BGB/*Faust*, § 449, Rn. 10.

<sup>906</sup> BeckOK BGB/*Faust*, § 449, Rn. 10.

<sup>907</sup> BGH VIII ZR 184/05 = NJW 2006, 3488 (3489); Erman/*Grunewald*, § 449, Rn. 3; MükoBGB/*Westermann*, § 449, Rn. 13.

<sup>908</sup> MükoBGB/*Westermann*, § 449, Rn. 13.

<sup>909</sup> BeckOGK/*Mock*, § 449, Rn. 27; Staudinger/*Beckmann*, (2013), § 449, Rn. 27; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 197; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/*Dammann*, Klauseln (E), E 20; Ulmer/Brandner/Hensen/*Schmidt*, Teil 2 (43), Rn. 4; BeckOGK/*Klinck*, § 929, Rn. 149; *de Lousanoff*, NJW 1985, 2921 (2925); Schlechtriem/Leser/*Slechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 18; *Gerhardt*, JZ 1986, 672 (673); a. A. *Bunte*, ZIP 1982, 449 (451); *Bunte*, JA 1982, 321 (326); *Kemper*, BB 1983, 94 (95); *von Westphalen*, BB 1980, 1405 (1406 f.).

<sup>910</sup> BGH VIII ZR 162/81 = NJW 1982, 1751, anders wenn keine Abwehrklausel verwendet wurde BGH VIII ZR 20/94 = NJW 1995, 1671 (1672).

<sup>911</sup> Vgl. BGH VIII ZR 232/78 = NJW 1979, 2199 (2200); BGH VIII ZR 206/77 = NJW 1979, 213 (214).

einstimmender AGB annimmt und anstelle der Widersprechenden das dispositive Recht gelten lässt.<sup>912</sup> Allerdings beruht dies auf der Prämisse, die unbedingte Übereignung als gesetzlichen Regelfall anzuerkennen.<sup>913</sup> Damit dennoch dem Schutzbedürfnis des Lieferanten nachgekommen werden kann, verweist der BGH auf die sachenrechtliche Ebene. Losgelöst von der schuldrechtlichen Verpflichtung kann der Lieferant hiernach einen Eigentumsvorbehalt erklären.<sup>914</sup> Da in einem derartigen Fall der Übereignungsvorgang von den Pflichten aus dem Vertrag abweicht, wird von einem vertragswidrigen Eigentumsvorbehalt gesprochen.<sup>915</sup> Dass dies möglich ist, ist eine Folge des Abstraktionsprinzips.<sup>916</sup> Voraussetzung für einen solchen nachträglichen vertragswidrigen Eigentumsvorbehalt ist nach der Rechtsprechung, dass spätestens bei der Übergabe der Kaufsache dem Empfänger der Vorbehalt deutlich erklärt wird, wobei hieran ein strenger Maßstab anzulegen ist.<sup>917</sup>

### **(1) Erklärung durch AGB in der Auftragsbestätigung**

Verweist der Verkäufer in der Auftragsbestätigung auf seine einen Eigentumsvorbehalt enthaltenden AGB und werden sie aufgrund der Kollision mit den Einkaufsbedingungen des Käufers nicht Vertragsbestandteil, entsteht nach der dargelegten Auffassung die Verpflichtung zur unbedingten Eigentumsübertragung. Insofern ein Eigentumsvorbehalt dennoch entstehen soll, muss sich dieser an den strengen Maßgaben eines nachträglichen vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts orientieren. Insofern ist es fraglich, ob hiernach lediglich der Verweis in der Auftragsbestätigung als genügend anzusehen ist. Denn ein erklärter Eigentumsvorbehalt in der Auftragsbestätigung entspricht keiner deutlichen Erklärung bei Übergabe der Ware.<sup>918</sup> Insbesondere ist dieser nicht klar erklärt worden, an dessen Beurteilung sogar ein strenger Maßstab angelegt werden soll.<sup>919</sup> Trotz dessen kommt der BGH, unter Zustimmung einiger Stimmen in der Literatur<sup>920</sup>, bei dieser Fallkonstellation – überraschend – zur Annahme eines bedingten Eigentumsübergangs.<sup>921</sup> Begründet wird dies damit, dass bereits bei Vertrags-

---

<sup>912</sup> Siehe S. 13 f.

<sup>913</sup> als Regelfall anerkennend: BGH VIII ZR 89/74 = NJW 1975, 1699 (1699 f.); wohl auch HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 929, Rn. 47; a. A. MükobGB/*Westermann*, § 449, Rn. 15; BeckOK BGB/*Faust*, § 449, Rn. 13; *Huber*, ZIP 1987, 750 (757); wohl auch *Jauernig/Berger*, § 449, Rn. 4.

<sup>914</sup> BGH VIII ZR 184/05 = NJW 2006, 3488 (3489); BGH VIII ZR 316/80 = NJW 1982, 1749 (1750); BGH VIII ZR 232/78 = NJW 1979, 2199 (2200); BGH VIII ZR 206/77 = NJW 1979, 213 (214).

<sup>915</sup> MükobGB/*Westermann*, § 449, Rn. 18; *Staudinger/Beckmann*, (2013), § 449, Rn. 31.

<sup>916</sup> So auch *Staudinger/Beckmann*, (2013), § 449, Rn. 31.

<sup>917</sup> BGH VIII ZR 184/05 = NJW 2006, 3488 (3489); BGH VIII ZR 89/74 = NJW 1975, 1699 (1700).

<sup>918</sup> Dies jedoch fordernd BGH VIII ZR 89/74 = NJW 1975, 1699 (1700).

<sup>919</sup> BGH VIII ZR 89/74 = NJW 1975, 1699 (1700).

<sup>920</sup> *Staudinger/Beckman*, (2013), § 449, Rn. 27; *Prütting/Wegen/Weinreich/Wagner*, § 449, Rn. 11.

<sup>921</sup> BGH VIII ZR 316/80 = NJW 1982, 1749 (1750).

schluss durch die Bezugnahme des Verkäufers auf seine AGB der Eigentumsvorbehalt für den Käufer erkennbar gewesen sei.<sup>922</sup> Unbeachtlich sei dabei, ob der Käufer im Einzelfall die AGB des Verkäufers kannte.<sup>923</sup> Die Möglichkeit der Kenntnisnahme sei vielmehr ausreichend. Folglich hat der Käufer das mit der Übersendung bzw. Übergabe der Ware enthaltene Angebot des Verkäufers als lediglich bedingtes Übereignungsangebot zu verstehen. *Mayer* ergänzt insoweit, dass sich vorwiegend im kaufmännischen Verkehr ein derartiger Vorbehalt durchgesetzt hat.<sup>924</sup> Dementsprechend müsse mit ihm gerechnet werden, auch wenn der Eigentumsvorbehalt auf schuldrechtlicher Ebene ausdrücklich abgelehnt wird.

Es kann somit konstatiert werden, dass hiernach ein erklärter Eigentumsvorbehalt in der Auftragsbestätigung als genügend erachtet wird.

## (2) Kritik

In Bezug auf die dargestellte sachenrechtliche Lösung gibt es hingegen einige kritische Stimmen. Zwar wird das Ergebnis vereinzelt als wünschenswert bezeichnet, jedoch wird die Begründung bemängelt.<sup>925</sup>

Zunächst wird darauf hingewiesen, dass sich aus dieser Ansicht ein weiteres Problem ergibt. Bei konsequenter Anwendung müsse hiernach jede formulierte Verfügungsklausel in den AGB der Parteien als wirksam erachtet werden.<sup>926</sup> Denn Verfügungsklauseln können aufgrund des Abstraktionsprinzips unabhängig vom Verpflichtungsgeschäft erklärt werden. Allerdings ist dem Hinweis zuzustimmen, dass beispielsweise eine Verarbeitungsklausel nichts mit der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zu tun hat.<sup>927</sup> Diese Verknüpfung stellt jedoch die Berechtigung für den Eigentumsvorbehalt dar und ist somit deren Rechtfertigung. Dementsprechend ist eine Unterscheidung zu anderen Verfügungsklauseln gegeben.

Ferner wird gegen die sachenrechtliche Lösung vorgetragen, dass die AGB nur global einbezogen werden.<sup>928</sup> Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Diese Ansicht verkennt, dass einzelne Klauseln trotz Kollision der AGB zum Vertragsinhalt werden. Lediglich nachteilige und widersprechende AGB werden allgemein nicht Teil des Vertrages. Zwar wird im Weite-

---

<sup>922</sup> BGH VIII ZR 316/80 = NJW 1982, 1749 (1750); BeckOGK/*Klinck*, § 929, Rn. 149.

<sup>923</sup> Diese und die folgende Ausführung BGH VIII ZR 316/80 = NJW 1982, 1749 (1750).

<sup>924</sup> Diese und die folgende Ausführung *Mayer*, NJW 1978, 1037 (1038).

<sup>925</sup> *Bunte*, ZIP 1982, 449 (450).

<sup>926</sup> So auch *Bunte*, ZIP 1982, 449 (451).

<sup>927</sup> So *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 20; zur Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. V, 73 ff.

<sup>928</sup> *Bunte*, ZIP 1982, 449 (451).

ren mit dem Nachteil des Eigentumsvorbehalts für den Einkäufer argumentiert, allerdings wird dieser nicht begründet.<sup>929</sup> Insofern kann nicht pauschal die Nachteiligkeit angenommen werden.

Teilweise wird des Weiteren die grundlegende Frage aufgeworfen, weshalb einer Eigentumsvorbehaltsklausel im Vergleich zu anderen ebenso wichtigen Klauseln eine höhere Bedeutung zugemessen werde.<sup>930</sup> Dem ist insoweit zuzustimmen, da beispielsweise eine Haftungsbeschränkungsklausel für die Vertragsparteien eine ebenso bedeutende Rolle einnimmt. Allerdings übersieht die aufgeworfene Frage, dass ein Eigentumsvorbehalt bei der Übereignung noch wirksam erklärt werden kann. Dies ergibt sich insoweit aus dem Abstraktionsprinzip. Diesem kommt insofern bei der Bewertung, inwieweit eine Abwehrklausel auf sachenrechtlicher Ebene zu berücksichtigen ist, eine entscheidende Bedeutung zu. In dem Zusammenhang kommen jedoch Stimmen auf, die die Gefahr erkennen, das Abstraktionsprinzip überzubewerten.<sup>931</sup> Dem ist allerdings zu widersprechen. Vielmehr muss das Tatbestandsmerkmal des dinglichen Einigseins beachtet werden. Ansonsten würde der schuldrechtlichen Vereinbarung eine quasingliche Wirkung zukommen.<sup>932</sup>

Dies darf allerdings nicht über die Frage hinwegtäuschen, weshalb ein Einwand des Käufers in seinen AGB im Gegensatz zur Erklärung des Eigentumsvorbehalts in den Verkaufs-AGB auf sachenrechtlicher Ebene komplett irrelevant sein soll. Ebenso wie dem Käufer erkennbar sein muss, dass der Verkäufer nur bedingtes Eigentum übertragen möchte, ist umgekehrt dem Verkäufer der Wille des Käufers bewusst, nur unbedingtes Eigentum erhalten zu wollen.<sup>933</sup> Zudem kann dem Käufer nicht allgemein unterstellt werden, immer bereit zu sein, bedingtes Eigentum zu erwerben. Vielmehr folgt das Verfügungsgeschäft dem Verpflichtungsgeschäft.<sup>934</sup> Des Weiteren muss die Willenserklärung des Lieferanten aus der Perspektive eines redlichen Empfängers gem. §§ 133, 157, 242 BGB beurteilt werden.<sup>935</sup> Dieser kann demnach bei Verwendung einer Abwehrklausel in den Einkaufs-AGB nicht mit der Übertragung von lediglich bedingtem Eigentum rechnen.<sup>936</sup> Dementsprechend darf der Verkäufer nicht allgemein von einer Zustimmung zum Eigentumsvorbehalt ausgehen. Es ist insoweit äußerst fraglich, ob die Übereignung grundsätzlich als bedingte Übereignung aufzufassen ist. Vielmehr

---

<sup>929</sup> Vgl. *Bunte*, ZIP 1982, 449 (451).

<sup>930</sup> *von Westphalen*, FS Kreft (2004), 97 (112).

<sup>931</sup> *Ebel*, NJW 1978, 1033 (1037).

<sup>932</sup> So auch *Behr*, NJW 1978, 223.

<sup>933</sup> Diese und die folgende Ausführung *Kemper*, BB 1983, 94 (95).

<sup>934</sup> *von Westphalen*, FS Kreft (2004), 97 (113); ähnlich *Huber*, ZIP 1987, 750 (757).

<sup>935</sup> *von Westphalen*, ZIP 1987, 1361 (1369).

<sup>936</sup> Diese und die folgende Ausführung *von Westphalen*, FS Kreft (2004), 97 (113).

kann nicht der Vorwurf abgewiesen werden, dass der BGH hiernach den vertragstreuen Verkäufer zum vertragsbrüchigen Verhalten zwingt.<sup>937</sup> Anders formuliert: Der redliche Veräußerer, der sich an die schuldrechtlichen Verpflichtungen halten wollte, werde genötigt, trotz nicht wirksam einbezogener AGB, eine Erklärung mit dem Inhalt abzugeben, unbedingtes Eigentum übertragen zu wollen.<sup>938</sup> Stattdessen ist eher vom vertragsbrüchigen Veräußerer eine entsprechende Erklärung zu verlangen.<sup>939</sup> Ohne vorliegende Erklärung des Lieferanten hat bei der Übergabe die Auslegung der Einigung anhand des Verpflichtungsgeschäfts aus Sicht eines redlichen Empfängers zu erfolgen.<sup>940</sup>

Des Weiteren wirft die sachenrechtliche Lösung die Frage auf, ob aufgrund der widerspruchslösen Entgegennahme der Sache der zuvor geschlossene Kaufvertrag geändert wird.<sup>941</sup> Wird dies nicht angenommen, hat der Käufer weiterhin einen Anspruch auf unbedingte Übereignung.<sup>942</sup> Hierfür spricht, dass der Käufer in seinen AGB einem Eigentumsvorbehalt widersprochen hat. Folglich kann die Entgegennahme nicht pauschal als Vereinbarung über einen schuldrechtlichen Eigentumsvorbehalt gedeutet werden. Allerdings führt eine derartige Klage auf Leistung nur zur Zug um Zug Verurteilung gem. § 320 Abs. 1 BGB.

Anhand der genannten Ausführungen lässt sich jedoch insgesamt gut erkennen, welche Probleme sich aus einer Ansicht ergeben, die sich alleinig auf das Abstraktionsprinzip beruft.

### **(3) Der einfache Eigentumsvorbehalt muss erneut erklärt werden**

Aus der Kritik, die Erklärung in den nicht wirksam einbezogenen AGB als nicht genügend anzusehen, wird zum Teil die Schlussfolgerung gezogen, für einen wirksamen Eigentumsvorbehalt müsse dieser bei der Übereignung mindestens auf dem Lieferschein erneut erklärt werden.<sup>943</sup> Der Käufer könne ansonsten nicht damit rechnen, dass der Verkäufer an seinem vertragswidrigen Eigentumsvorbehalt festhalte. Dieser Gedankengang beruht offenkundig auf der Annahme des rechtmäßigen Handelns des Vertragspartners.<sup>944</sup>

Unabhängig davon, ob diese Ansicht der Zustimmung bedarf, kollidiert sie mit einigen Bedenken. Das erneute Erklären ist mit weiteren Voraussetzungen verbunden. Für den Käufer

---

<sup>937</sup> So *Kemper*, BB 1983, 94 (95).

<sup>938</sup> *Kemper*, BB 1983, 94 (95).

<sup>939</sup> *Kemper*, BB 1983, 94 (95); so wohl auch OLG Hamm 5 U 351/77 = BB 1979, 701 (702).

<sup>940</sup> *Bunte*, ZIP 1982, 449 (451).

<sup>941</sup> Dafür *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Beckmann*, § 929, Rn. 85; *Staudinger/Beckmann*, (2013), § 449, Rn. 33 m.w.N.; dagegen *BeckOGK/Klinck*, § 929, Rn. 149, 142.

<sup>942</sup> *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 323; *BeckOGK/Klinck*, § 929, Rn. 149; a. A. *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 21.

<sup>943</sup> Diese und die folgende Ausführungen *Erman/Grunewald*, § 449, Rn. 4.

<sup>944</sup> Vgl. *Erman/Grunewald*, § 449, Rn. 4.

muss die Kenntnisnahme des erklärten Eigentumsvorbehalts auf dem Lieferschein zumutbar sein.<sup>945</sup> Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH bei einem Rechnenmüssen anzunehmen.<sup>946</sup> Dadurch, dass der Eigentumsvorbehalt bereits beim Vertragsschluss erklärt worden ist, kann diese Voraussetzung beim Wiederholen des Eigentumsvorbehalts offenkundig als gegeben betrachtet werden. Des Weiteren muss der Lieferschein dem Käufer oder einer für die inhaltliche Ausgestaltung ermächtigten Person zugehen.<sup>947</sup> Fraglich ist in dem Zusammenhang, ob eine angestellte Person im Warenlager dieser Voraussetzung genügt. Es spricht dabei einiges dafür, dieses abzulehnen.<sup>948</sup> Denn es lässt sich nicht begründen, weshalb der Angestellte im Warenlager von der schuldrechtlichen Vereinbarung abweichen darf.<sup>949</sup> Vielmehr ist es keine Person, die für die inhaltliche Ausgestaltung von Verträgen zuständig ist.<sup>950</sup> Jedoch wird gerade regelmäßig diese Personengruppe den Lieferschein entgegennehmen. Dementsprechend kommt der Eigentumsvorbehalt trotz der geforderten Wiederholung der Erklärung hiernach nicht zustande.

Zudem ist ferner fraglich, ob der Käufer weiterhin einen Anspruch auf unbedingte Übereignung hat. Insbesondere dann, wenn die erneute Erklärung des Eigentumsvorbehalts an einen Angestellten im Warenlager gerichtet wird, kann nicht eine Vertragsänderung angenommen werden. Es fehlt offenkundig an der entsprechenden Befugnis.

## **bb) Schuldrechtliche Lösung**

Zum Teil wird in Literatur und Rechtsprechung von der sachenrechtlichen Lösung abgewichen und versucht, einen einfachen Eigentumsvorbehalt allgemein bereits als Inhalt des Vertrages anzuerkennen. So lässt *Schlechtriem* eine Klage eines Käufers trotz einer in seinen AGB enthaltenen Abwehrklausel auf unbedingte Übereignung nicht zu, da sich der einfache Eigentumsvorbehalt gegenüber der Abwehrklausel durchsetze.<sup>951</sup> Ferner kann nach einem Urteil des OLG Düsseldorf ein einfacher Eigentumsvorbehalt trotz Kollision mit einer Abwehrklausel zum Vertragsinhalt werden.<sup>952</sup> Eine Willensübereinstimmung liegt hiernach zwar nicht vor, insofern zusätzliche Bestimmungen „in den mit einer Abwehrklausel versehenen Bedingungen des anderen Vertragspartners keine Entsprechung finden“<sup>953</sup>. Jedoch sei eine

---

<sup>945</sup> BGH VIII ZR 206/77 = NJW 1979, 213 (214); Erman/*Grunewald*, § 449, Rn. 3.

<sup>946</sup> BGH VIII ZR 206/77 = NJW 1979, 213 (214).

<sup>947</sup> BGH VIII ZR 232/78 = NJW 1979, 2199 (2200); Erman/*Grunewald*, § 449, Rn. 3.

<sup>948</sup> Zust. *Mielke/Lägler*, ZIP 2019, 947 (950), wohl a. A. *Landwehr/Thonfeld*, NZI 2004, 7 (12).

<sup>949</sup> *Mielke/Lägler*, ZIP 2019, 947 (950).

<sup>950</sup> Dies allerdings forderns BGH VIII ZR 232/78 = NJW 1979, 2199 (2200).

<sup>951</sup> *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 21.

<sup>952</sup> OLG Düsseldorf 11 U 54/95 = NJW-RR 1997, 946 (947).

<sup>953</sup> OLG Düsseldorf 11 U 54/95 = NJW-RR 1997, 946 (947).

Bedingung anzuerkennen, wenn die gegnerischen AGB sie offenkundig voraussetzen und akzeptieren.<sup>954</sup> Dies sei anhand einer an Treu und Glauben und der Verkehrssitte orientierten Auslegung festzustellen.

### **(1) Durch Branchenüblichkeit**

Im Falle seiner Branchenüblichkeit wird ein einfacher Eigentumsvorbehalt stellenweise als stillschweigend zustande gekommen erachtet.<sup>955</sup> Ausnahmsweise soll insoweit eine schuldrechtliche wirksame Vereinbarung trotz Kollision zugelassen werden, wenn die Lieferung unter Eigentumsvorbehalt branchenüblich ist und der Käufer einen Eigentumsvorbehalt nicht mit einer Abwehrklausel ausgeschlossen hat.<sup>956</sup> Aufgrund der Branchenüblichkeit einer derartigen Klausel könne mit dem Einverständnis des Käufers gerechnet werden.<sup>957</sup> Der BGH stellt hierzu fest, dass die Branchenüblichkeit ein Indiz für ein stillschweigendes Einverständnis des Vertragspartners sein kann.<sup>958</sup> Dies könne jedoch nicht bei Verwendung einer Abwehrklausel angenommen werden. Der vorweggenommene Widerspruch verhindere, den Eigentumsvorbehalt zum Inhalt des Vertrages werden zu lassen.<sup>959</sup> Hinsichtlich der Abwehrklausel wird jedoch teilweise verlangt, dass es sich hierbei um eine qualifizierte Abwehrklausel handeln muss.<sup>960</sup> Dies ist abzulehnen. Anhand einer einfachen Abwehrklausel kann der Wille der Vertragspartei deutlich zum Ausdruck gebracht werden, nicht mit den Bedingungen der anderen Partei einverstanden zu sein.<sup>961</sup> Es fehlt insoweit am notwendigen Konsens.<sup>962</sup>

Zum Teil wird dagegen trotz der Verwendung einer Abwehrklausel bei Branchenüblichkeit angenommen, dass sich der Eigentumsvorbehalt durchsetzt und zum Vertragsinhalt wird.<sup>963</sup> Die Indizwirkung der Branchenüblichkeit wird dabei offenkundig höher bewertet als eine allgemeine Abwehrklausel in den AGB des Käufers.<sup>964</sup> Nur bei einem ausdrücklichen Wider-

---

<sup>954</sup> Diese und die folgende Ausführung OLG Düsseldorf 11 U 54/95 = NJW-RR 1997, 946 (947).

<sup>955</sup> So HK-BGB/Saenger, § 449, Rn. 3; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 59, Rn. 12.

<sup>956</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdiger/Leible/Müller, § 449, Rn. 13 in Fn. 24; Ulmer/Brandner/Hensen/H. Schmidt, Teil 2 (43), Rn. 4; für möglich haltend OLG Hamm 5 U 65/84 = WM 1985, 785 (787).

<sup>957</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/H. Schmidt, Teil 2 (43), Rn. 4.

<sup>958</sup> Diese und die folgende Ausführung BGH NJW 1985, 1838 (1840); zust. Mielke/Lägler, ZIP 2019, 947 (951); von Westphalen, ZIP 1987, 1361 (1367).

<sup>959</sup> BGH VIII ZR 97/85 = WM 1986, 643 (644).

<sup>960</sup> So ausdrücklich Mielke/Lägler, ZIP 2019, 947 (951), zur Auslegung von Abwehrklauseln BGH VIII ZR 232/78 = NJW 1979, 2199.

<sup>961</sup> Zust. OLG Hamm 5 U 65/84 = WM 1985, 785 (787).

<sup>962</sup> von Westphalen, ZIP 1987, 1361 (1367).

<sup>963</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 196, Eckert/Nebel, WM 1988, 1545 (1549); de Lousanoff, NJW 1985, 2921 (2925); a. A. von Westphalen, ZIP 1987, 1361 (1367).

<sup>964</sup> Vgl. de Lousanoff, NJW 1985, 2921 (2925).

spruch gegen den Eigentumsvorbehalt soll der Verkäufer zu einer bedingungslosen Übereignung verpflichtet sein.<sup>965</sup>

## **(2) Durch Handelsbrauch**

Des Weiteren wird vereinzelt ein Eigentumsvorbehalt kraft Handelsbrauchs als vereinbart angesehen.<sup>966</sup> Ein derartig anerkannter Handelsbrauch für den (einfachen) Eigentumsvorbehalt hätte den Vorteil, eine stillschweigende Einbeziehung nach § 346 HGB überflüssig zu machen.<sup>967</sup> Er gälte bereits ohne Bezugnahme aufgrund des Handelsbrauchs.<sup>968</sup> Ein dahingehender allgemeiner Handelsbrauch ist jedoch abzulehnen.<sup>969</sup> Vielmehr muss der Verkäufer im Einzelfall nachweisen, ob ein derartiger Handelsbrauch besteht.<sup>970</sup> Es kann nicht der Ansicht gefolgt werden, dass der Eigentumsvorbehalt in fast allen Branchen handelsüblich ist und deswegen allgemein mit ihm gerechnet werden muss.<sup>971</sup> Stattdessen ist bei der Annahme eines solchen Handelsbrauchs Zurückhaltung geboten.<sup>972</sup>

## **(3) Durch ständige Geschäftsbeziehung**

Ferner wird angenommen, einen Eigentumsvorbehalt aufgrund ständiger Geschäftsbeziehungen in den Vertrag einzubeziehen. Stehen die Vertragsparteien in laufenden Geschäftsbeziehungen zueinander und sind die Verträge stets wirksam unter Eigentumsvorbehalt geschlossen worden, muss dies ebenso für einen Vertrag angenommen werden, bei dem nicht ausdrücklich ein derartiger Vorbehalt vereinbart wird.<sup>973</sup> Dies ist allerdings nicht allgemein auf die Kollision von AGB übertragbar. Aufgrund der Kollision kann nicht allein aus vorherigen Geschäften ein wirksamer Eigentumsvorbehalt hergeleitet werden. Etwas anderes mag nur gelten, wenn bereits bei den vorherigen Verträgen eine Kollision vorlag und sich die Parteien dennoch über die Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts einig waren.

---

<sup>965</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 195.

<sup>966</sup> Für die Textilbranche LG Marburg 4 O 9/92 = NJW-RR 1993, 1505; a. A. für die Lebensmittelbranche OLG Hamm 27 U 155/91 = NJW-RR 1993, 1444 (1444 f.).

<sup>967</sup> Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 195.

<sup>968</sup> Vgl. BGH II ZR 172/01 = NJW-RR 2004, 555; OLG Hamm 27 U 155/91 = NJW-RR 1993, 1444.

<sup>969</sup> Staudinger/Beckmann, (2013), § 449, Rn. 23; MüKoBGB/Westermann, § 449, Rn. 15.

<sup>970</sup> Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. I, S. 86 f.

<sup>971</sup> So aber Künne, DB 1971, 1509.

<sup>972</sup> Staudinger/Beckmann (2013), § 449, Rn. 23; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 195; vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. I, S. 87 m.w.N.

<sup>973</sup> Serick, Eigentumsvorbehalt, Bd. I, S. 86.

## b) Ökonomischer Ansatz

Seinem ökonomischen Ansatz folgend wendet *Beimowski* das Effizienzkriterium ebenfalls auf die Kollision eines einfachen Eigentumsvorbehalts mit einer Abwehrklausel an.

Dem sachenrechtlichen Ansatz des BGH ist seiner Ansicht nach zu widersprechen, da das Abstellen auf die Trennung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft eine vorgeschobene Argumentation sei.<sup>974</sup> Dies lasse sich mit Blick auf andere Rechtsordnungen erkennen, die das Trennungsprinzip nicht vorsehen. Denn auch dort könne das Problem der bereits übergebenen, aber nicht bezahlten Ware auftauchen. Des Weiteren führe die vom BGH postulierte Pflicht des Käufers, die AGB des Verkäufers auf einen Eigentumsvorbehalt zu prüfen<sup>975</sup>, zu einer Erhöhung der Transaktionskosten.<sup>976</sup>

Ein einfacher Eigentumsvorbehalt sei vielmehr hiernach anzunehmen, wenn eine bedingte Übereignung effizienter als eine unbedingte Übereignung sei.<sup>977</sup> Dies sei der Fall, wenn er zu einer Verbesserung der Ressourcennutzung führe. Insoweit stellt *Beimowski* zunächst fest, dass der Eigentumsvorbehalt der Kreditsicherung des Lieferanten diene.<sup>978</sup> Ohne Eigentumsvorbehalt sind gem. § 320 Abs. 1 BGB Käufer und Verkäufer verpflichtet, Zug um Zug ihren Pflichten aus dem Verpflichtungsgeschäft nachzukommen. Leistet der Verkäufer nun hingegen vor, trägt er das Insolvenzrisiko des Käufers. Um dieses einseitige Risiko abzusichern, kann der Eigentumsvorbehalt ein geeignetes Mittel darstellen. Der Vorbehaltsverkäufer kann im Falle der Insolvenz des Käufers regelmäßig mit der Ware noch etwas anfangen.<sup>979</sup>

Zudem sei eine derartige Risikominderung mit einigen Wohlfahrtsgewinnen verbunden.<sup>980</sup> Dadurch, dass der Lieferant vorleistet, gewähre er dem Käufer einen Warenkredit. Dem Käufer stehe das Geld, das er eigentlich für die sofortige Bezahlung der Ware aufwenden müsste, anderweitig zur Verfügung. Er müsse infolgedessen keinen Bankkredit aufnehmen, um Finanzierungsmittel zu generieren. Diese Art von Kredit ist zudem mit geringeren Transaktionskosten verbunden. Ein Eigentumsvorbehalt kann durch AGB einfacher und kostenfrei vereinbart werden.<sup>981</sup> Ein Bankkredit ist dagegen mit einer großen Informationsbeschaffenheit

---

<sup>974</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 28.

<sup>975</sup> BGH VIII ZR 316/80 = NJW 1982, 1749 (1750).

<sup>976</sup> *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 33.

<sup>977</sup> Diese und die folgende Ausführung *Beimowski*, S. 30.

<sup>978</sup> *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 30.

<sup>979</sup> So *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 130.

<sup>980</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 30.

<sup>981</sup> *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 162.

verbunden.<sup>982</sup> Diese entfällt wiederum beim Eigentumsvorbehalt, da dieser insolvenzfest ist. Ferner werde durch einen Bankkredit der Beteiligtenkreis am Vertrag größer, was mit höheren Transaktionskosten einhergehe.

Einen weiteren Wohlfahrtsgewinn stellt nach *Beimowski* die Abkehr von der Zug um Zug Erfüllung dar.<sup>983</sup> Die gleichzeitige Erfüllung sei in der Praxis nur schwer umsetzbar. Ein zeitliches Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung sei hingegen einfacher umzusetzen und dementsprechend kostengünstiger. Allerdings lasse sich die vorleistende Partei regelmäßig nur darauf ein, wenn sie eine Absicherung erhalte. Hierfür sei sodann der Eigentumsvorbehalt prädestiniert.

Des Weiteren fördere der Eigentumsvorbehalt einen Vertragsschluss.<sup>984</sup> Oftmals seien sich die Parteien unsicher, ob sie einen Vertrag schließen sollen. Die Warenlieferanten seien von der Angst der Insolvenz des Käufers und des damit verbundenen Verlustrisikos getrieben. Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts gebe dahingehend eine Sicherheit und mindere das Verlustrisiko. Die Unsicherheit über einen Vertragsschluss werde somit gesenkt. Die Parteien würden sich stattdessen die Vorteile eines Ressourcenaustausches zu eigen machen, anstatt vom Vertragsschluss Abstand zu nehmen.

Auch in Hinblick auf sog. Start-up-Unternehmen wirke ein Eigentumsvorbehalt positiv.<sup>985</sup> *Beimowski* weist daraufhin, dass sich insbesondere junge Unternehmen aufgrund ihrer Konkursanfälligkeit mit dem Problem einer schwierigen Kreditbeschaffung konfrontiert sehen.<sup>986</sup> Ein Eigentumsvorbehalt helfe jenen Unternehmen in dieser Situation. Durch die Sicherung sei der Warenkredit für konkursanfällige Unternehmen zu erhalten. Dies wirkt sich sodann richtigerweise positiv auf den Wettbewerb aus. Denn Start-up-Unternehmen sind für den Wettbewerb von erheblicher Bedeutung.<sup>987</sup> Folglich kann ein Eigentumsvorbehalt zu einer Stärkung der Innovationskraft führen.<sup>988</sup>

Möglichen Einwendungen, nach denen eine Sicherungsübereignung an eine Bank zum Zwecke der Erlangung von Krediten ebenso effizient sei, tritt *Beimowski* bereits vorab entge-

---

<sup>982</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 30 f.

<sup>983</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 31; ebenso *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 162.

<sup>984</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 31.

<sup>985</sup> Vgl. *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 31 f.

<sup>986</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 31 f.

<sup>987</sup> Sachverständigenrat, Jahresgutachten 1977/1978, BT-Drs. 8/1221, Ziffer 447; *Adams*, Ökonomische Analyse, S. 213.

<sup>988</sup> So *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 32.

gen.<sup>989</sup> Aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitserfordernisses führe eine Sicherungsübereignung zu höheren Transaktionskosten. Des Weiteren sei für die Bank im Vergleich zum Lieferanten der Wert der sicherungsübereigneten Sachen nicht genauso gut abzuschätzen. Dies habe oftmals eine Übersicherung zur Folge, was im Ergebnis einen ineffizienten Ressourcenverkehr bedeute.<sup>990</sup>

Aus diesen Ausführungen schlussfolgernd kommt *Beimowski* zur Anerkennung des einfachen Eigentumsvorbehalts trotz Kollision mit einer Abwehrklausel.<sup>991</sup> Zugleich fordert er den Gesetzgeber auf, den Eigentumsvorbehalt zum Normalfall zu erklären.<sup>992</sup> Solange dies jedoch nicht geschehen ist, folgt *Beimowski* der schuldrechtlichen Lösung. Denn es sei anzunehmen, dass die Parteien im Falle der Kollision die ökonomisch bessere Regelung zum Vertragsinhalt erklären.

## 2. Anwendung des § 155 BGB

Die aufgezeigten Meinungen können nicht als überzeugend bewertet werden. Sie lassen bei der Betrachtung die grundsätzliche Problematik der Kollision von AGB außen vor. Stattdessen versuchen sie, für den einfachen Eigentumsvorbehalt einen Sonderfall zu konstruieren.

Die sachenrechtlichen Ansätze beruhen dabei auf einer falschen Prämisse. Ein Verkäufer, der trotz Kollision von AGB am einfachen Eigentumsvorbehalt festhält, verhalte sich demnach vertragsbrüchig. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Der Verkäufer hat nach dem dispositiven Recht keine Pflicht, unbedingt zu übereignen.<sup>993</sup> Lösungen, die den einfachen Eigentumsvorbehalt bereits auf schuldrechtlicher Ebene als wirksam anerkennen, haben den Vorteil, zu einer Harmonisierung der schuldrechtlichen mit der sachenrechtlichen Ebene zu führen. Allerdings können die aufgezeigten schuldrechtlichen Ansätze nicht überzeugen. Sie führen zu keiner allgemein gültigen Lösung, wie mit einem einfachen Eigentumsvorbehalt im Rahmen von kollidierenden AGB umgegangen werden soll. Sie bewirken nur in Einzelfällen einen wirksamen Eigentumsvorbehalt.

Vielmehr ist es geboten, im Rahmen des § 155 BGB eine entsprechende Lösung aufzuzeigen, die bestenfalls zur Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts gelangt. Hiernach kommt

---

<sup>989</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 32.

<sup>990</sup> Vgl. auch *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65 (77).

<sup>991</sup> *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 32.

<sup>992</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Beimowski*, Zur ökonomischen Analyse allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 33.

<sup>993</sup> Zutreffend *Schwab*, AGB-Recht, Rn. 159 f.; *Leuschner/Leuschner*, § 305, Rn. 245.

es bei widersprechenden AGB auf das dispositive Recht und bei einseitigen AGB auf die Unterscheidung zwischen begünstigenden und nachteiligen Klauseln an.

### **a) Widersprechende Bedingungen**

Trifft eine Eigentumsvorbehaltsklausel in den AGB des Verkäufers auf eine Klausel in den Käufer-AGB, die ausdrücklich eine Lieferung unter Eigentumsvorbehalt abbedingt und eine Vorleistungspflicht des Verkäufers vorsieht, liegt ein Fall der widersprechenden AGB vor. Aufgrund des fehlenden Konsens gilt i. S. v. § 155 BGB das dispositive Recht. Es stellt sich somit die Frage, welche Lösung das dispositive Recht in diesem Fall vorgibt.

Bei einem Vertrag, der keine Vorleistungspflichten der Vertragsparteien zum Inhalt hat, kann der Verkäufer gem. § 320 Abs. 1 BGB die unbedingte Übereignung von der Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug abhängig machen. Diese synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung wird sodann aufgehoben, wenn der Vertrag eine Kaufpreisstundung oder die Vereinbarung eines Zahlungsziels vorsieht und der Verkäufer die Ware übergeben muss. Fraglich ist jedoch, ob er unbedingt übereignen muss. Dadurch, dass aufgrund der Kollision keine Klausel bzgl. der Eigentumverschaffungspflicht wirksam einbezogen worden ist, kommt es auf das dispositive Recht an. Es ist hiernach zu fragen, ob das dispositive Recht eine Norm kennt, die von der Pflicht zur unbedingten Übereignung ausgeht, soweit die Parteien nichts Gegenteiliges vereinbart haben.

Zunächst muss festgehalten werden, dass der einfache Eigentumsvorbehalt nicht ausdrücklich als gesetzliche Regel vorgesehen ist.<sup>994</sup> Dies muss indes nicht bedeuten, dass der Verkäufer nach dem dispositiven Recht bei gleichzeitiger nicht Zug um Zug Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist, unbedingt zu übereignen. Vielmehr ist auf den § 320 BGB zurückzugreifen.<sup>995</sup> Hiernach kann der Verkäufer die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Etwas anderes gilt lediglich, wenn ihn eine Vorleistungspflicht trifft. Es ist somit im Interesse des Käufers, eine derartige Vorleistungspflicht des Verkäufers zu vereinbaren. Verwendet der Verkäufer eine Eigentumsvorbehaltsklausel, impliziert dies jedoch allein eine Vorleistungspflicht bzgl. der Besitzverschaffung.<sup>996</sup> Der § 320 BGB soll hinsichtlich der Verschaffung des Besitzes abbedungen werden. Dahingehend liegt ein Konsens mit den AGB des Käufers vor, die ebenfalls eine Vorleistungspflicht bzgl. des Besitzes vorsehen. Die Eigentumverschaffung bleibt hiervon allerdings unberührt. Aufgrund der widersprechenden AGB bleibt es beim

---

<sup>994</sup> Sich als gesetzlichen Regelfall beim Kauf von beweglichen Sachen wünschend *Huber*, Kaufvertrag, 911 (922).

<sup>995</sup> So auch *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (318); *Huber*, ZIP 1987, 750 (757).

<sup>996</sup> So auch *Huber*, ZIP 1987, 750 (755).

dispositiven Recht. Dementsprechend kann der Verkäufer auf Grundlage des § 320 Abs. 1 BGB die Eigentumsverschaffung unter Vorbehalt erklären. Es trifft ihn keine Pflicht, bei der Übergabe der Ware unbedingt zu übereignen. Erst Zug um Zug mit der vollständigen Kaufpreiszahlung entsteht diese Pflicht. Dahingehend ist sodann seine Erklärung auf Ebene des Verfügungsgeschäfts zu verstehen. Der Verkäufer erklärt, nur bedingt übereignen zu wollen. In der Folge stellt sich die Frage, ob eine Annahme des Käufers gegeben ist. Wiederholt der Käufer bei Übergabe der Ware nicht ausdrücklich sein Verlangen, unbedingtes Eigentum erlangen zu wollen, ist sein Schweigen dahingehend auszulegen, dass er mit der bedingten Übereignung einverstanden ist.<sup>997</sup> Nach dem Parteiwillen ist insoweit ein Einverständnis anzunehmen. Anderenfalls würde sich die AGB-Klausel gegen den Verwender selbst richten, indem sie die Übereignung scheitern lässt. So sichert er sich zumindest ein Anwartschaftsrecht.

Diese Ansicht lässt sich ebenfalls auf den umgekehrten Fall anwenden, nach dem die AGB des Käufers zur Absicherung einer Ratenzahlung einen Eigentumsvorbehalt vorsehen und der Verkäufer dagegen einen Eigentumsvorbehalt in seinen AGB ausdrücklich ablehnt.<sup>998</sup> Aufgrund des Widerspruchs bleibt es bei den Regelungen des dispositiven Rechts und damit beim § 320 BGB.<sup>999</sup> Folglich kann der Verkäufer gem. § 320 Abs. 1 BGB die Leistung bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung verweigern. Dies mag zwar für den Käufer unglücklich sein, jedoch ist das Ausfluss des Grundsatzes der Zug um Zug Leistung.

## **b) Einseitige Bedingung**

Verwendet der Verkäufer in seinen AGB eine Eigentumsvorbehaltsklausel und schweigen hierzu die AGB des Käufers bzw. es wird nur eine allgemeine Abwehrklausel verwendet, ist ein Fall der einseitigen AGB anzunehmen. Wie festgestellt, ist unabhängig von der Verwendung einer Abwehrklausel eine einseitige AGB als wirksam zu erachten, wenn es sich für die gegnerische Partei um eine begünstigende Klausel handelt. Ähnliches gilt, wenn die Klausel effizienter ist als die Regelung nach dem dispositiven Recht. Hinsichtlich Letzterem ist dem Gedanken von *Beimowski* folgend eine bedingte Übereignung effizienter als die unbedingte Übereignung mit der Pflicht der Zug um Zug Zahlung des Kaufpreises. Da es ohne wirksame

---

<sup>997</sup> So auch *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (322), *Reinicke/Tiedtke*, Kaufrecht, S. 484 f., *Ulmer/Schmidt*, JuS 1984, 18 (25); *Pottschmidt/Rohr*, Kreditsicherungsrecht, Rn. 382; wiederholt der Käufer jedoch sein Verlangen, kommt es überhaupt nicht zum Eigentumsübergang, da es an der dinglichen Einigung fehlt vgl. BGH IV ZR 2/52 = NJW 1953, 217 (218).

<sup>998</sup> Vgl. *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (319).

<sup>999</sup> Die Klausel des Verkäufers für unwirksam und somit den Eigentumsvorbehalt als schuldrechtlich wirksam vereinbart haltend *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (319).

Eigentumsvorbehaltsklausel bei der Geltung des § 320 Abs. 1 BGB bleibt, ist eine derartige Klausel als effizient und dementsprechend wirksam zu werten.

Eine Eigentumsvorbehaltsklausel ist jedoch nicht nur eine effizientere, sondern ferner eine begünstigende Klausel. Kann oder ist der Käufer nicht willens, den Kaufpreis direkt zu bezahlen, so kann der Verkäufer die Übergabe und Übereignung bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung gem. § 320 Abs. 1 BGB verweigern. Mit einem wirksamen Eigentumsvorbehalt erlangt der Käufer jedoch bereits sowohl den Besitz an der Sache als auch ein Anwartschaftsrecht. Ein Eigentumsvorbehalt dient somit dem Interesse des Käufers.<sup>1000</sup> Dies macht ein Vergleich mit dem Grundstückskauf besonders deutlich.<sup>1001</sup> Hier ist die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts gem. § 925 Abs. 2 BGB unwirksam. Es wird in diesem Zusammenhang dennoch nicht angenommen, dem Verkäufer eine Vorleistungspflicht zuzusprechen.<sup>1002</sup> Vielmehr verlangt der Käufer anstelle eines Eigentumsvorbehalts die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung, um gem. §§ 883 ff. BGB vor anderweitigen Verfügungen des Verkäufers geschützt zu werden. Hieran lässt sich erkennen, dass sich ein Eigentumsvorbehalt im Vergleich zum dispositiven Recht günstig für den Käufer auswirkt. Folglich ist eine Eigentumsvorbehaltsklausel als einseitige begünstigende Regelung wirksam einbezogen.

### 3. Zusammenfassung

Die Beurteilung der Wirksamkeit einer einfachen Eigentumsvorbehaltsklausel im Rahmen von kollidierenden AGB ist i. S. v. § 155 BGB zu beantworten. Es ist zwischen widersprechenden und einseitigen Regelungen zu differenzieren. Kollidiert die Eigentumsvorbehaltsklausel mit einer Klausel in den Einkaufs-AGB, wird sie nicht wirksam einbezogen. Es gilt das dispositive Recht, wonach i. S. v. § 320 Abs. 1 BGB der Verkäufer nicht zur unbedingten Übereignung verpflichtet ist. Dementsprechend ist eine bedingte Übereignung anzunehmen. Ist hingegen ein Fall der einseitigen Regelung gegeben, wird die Klausel aufgrund der begünstigenden und effizienten Wirkung wirksam einbezogen. Insgesamt führt diese Betrachtungsweise zur Harmonisierung der schuldrechtlichen mit der sachenrechtlichen Ebene.

Verfolgt der Käufer das Ziel, hiervon abzuweichen, liegt es an ihm, zu versuchen, mit dem Verkäufer einen ausdrücklichen Konsens hinsichtlich der Pflicht zur unbedingten Übereignung zu erzielen. Dies wird nur gelingen, wenn es sich um einen marktmächtigen Käufer handelt.

---

<sup>1000</sup> So auch *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (318); *Ulmer/Schmidt*, JuS 1984, 18 (25).

<sup>1001</sup> So bereits *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (318 f.).

<sup>1002</sup> *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (319).

### III. Verlängerter und/oder erweiterter Eigentumsvorbehalt

Ein einfacher Eigentumsvorbehalt bietet keine vollumfassende Sicherheit des Verkäufers. Er hat zum Nachteil, nicht vor einer Weiterverarbeitung und/oder einer Veräußerung der Sache zu schützen. In diesen Fällen kann der Verkäufer trotz wirksamen einfachen Eigentumsvorbehalts sein Eigentum an der Sache verlieren. Um dies zu verhindern, können die AGB des Verkäufers einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vorsehen. Hiernach treten an die Stelle des durch die Weiterveräußerung, Verbindung (§§ 946, 947 BGB), Vermischung (§ 948 BGB) oder Verarbeitung (§ 950 BGB) erloschenen Eigentumsvorbehalts die daraus entstehenden Forderungen oder die neu hergestellte Sache.<sup>1003</sup> Allerdings muss im Gegensatz zum einfachen Eigentumsvorbehalt eine Vorausabtretungsklausel und/oder eine derartige Verarbeitungsklausel mit dem Käufer vereinbart werden.<sup>1004</sup>

Des Weiteren wird in der Praxis oftmals in den AGB des Verkäufers zudem ein erweiterter Eigentumsvorbehalt vorgesehen.<sup>1005</sup> Danach verbleibt das Eigentum an der zu liefernden Ware nicht nur bis zur Kaufpreiszahlung beim Verkäufer, sondern bis sämtliche Forderungen des Verkäufers beglichen worden sind.<sup>1006</sup> Dies muss ebenfalls grundsätzlich für den Verkäufer ausbedungen sein.

Eine Kombination aus verlängertem und erweitertem Eigentumsvorbehalt wird deswegen aufgrund der weitreichenden Folgen zurecht als „non plus ultra“<sup>1007</sup> bezeichnet.

#### 1. Ansicht von Rechtsprechung und Literatur

Der BGH lässt im Fall der kollidierenden AGB zusätzliche Bedingungen, worum es sich regelmäßig beim Eigentumsvorbehalt handelt, lediglich dann gelten, wenn ein stillschweigendes Einverständnis der anderen Partei angenommen werden kann.<sup>1008</sup> Im Gegensatz zum einfachen Eigentumsvorbehalt bedarf der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt darüber hinaus einer schuldrechtlichen Vereinbarung.<sup>1009</sup> Verwendet hingegen die andere Partei eine Abwehrklausel, habe sie klar und eindeutig zu erkennen gegeben, dass sie mit dem verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt nicht einverstanden sei.<sup>1010</sup> Auf eine mögliche Bran-

---

<sup>1003</sup> BeckOGK/Mock, § 449, Rn. 71.

<sup>1004</sup> Gerhardt, JZ 1986, 672 (673).

<sup>1005</sup> Vgl. BeckOGK/Mock, § 449, Rn. 132.

<sup>1006</sup> MüKoBGB/Westermann, § 449, Rn. 75.

<sup>1007</sup> Künne, DB 1971, 1509 (1510).

<sup>1008</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839).

<sup>1009</sup> von Westphalen, DB 1977, 1637 (1638).

<sup>1010</sup> Diese und die folgende Ausführung BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1840); für den verl. Eigentumsvorbehalt zust. LG Köln, Urteil vom 26. Mai 2010 – 20 O 628/09 –, juris Rn. 24.

chenüblichkeit der Klausel könne es dementsprechend nicht ankommen. Aufgrund der umfassenden Formulierung der dortigen<sup>1011</sup> verwendeten Abwehrklausel ist teilweise angenommen worden, dass hiernach nur eine qualifizierte Abwehrklausel einen derartigen Eigentumsvorbehalt verhindern könne.<sup>1012</sup> Dies kann jedoch inzwischen als widerlegt angesehen werden. Der BGH lässt insbesondere in seiner Entscheidung vom 5. März 1986 erkennen, der einfachen Abwehrklausel<sup>1013</sup> die selbige Geltung zuzusprechen.<sup>1014</sup>

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt ebenfalls *Schlechtriem*, indem er die Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts von der Zustimmung des Käufers abhängig macht.<sup>1015</sup> Enthalten die AGB hierzu keine Regelung, dann sei darin nicht ohne zusätzliche Indizien eine Zustimmung zu erkennen. Vielmehr müsse geprüft werden, ob die Erklärung des Verkäufers dahingehend ausgelegt werden könne, dass er in diesem Fall einen einfachen Eigentumsvorbehalt durchsetzen möchte. Diesen erachtet *Schlechtriem* richtigerweise trotz Schweigen des Käufers als wirksam. Dabei handelt es sich um keine verbotene geltungserhaltende Reduktion, sondern um eine ergänzende Vertragsauslegung.

Einen anderen Ansatzpunkt führt derweil *Stoffels* an.<sup>1016</sup> Grundsätzlich werden seiner Meinung nach verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehaltsklauseln nicht Vertragsbestandteil, wenn die andere Partei eine Abwehrklausel verwendet hat. Allerdings sei hiervon eine Ausnahme zu machen, wenn jene AGB erkennbar die infrage stehende Eigentumsvorbehaltsklausel voraussetzen. Diese Ausnahme fußt insoweit auf einer Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 1996. Dort ist ein verlängerter Eigentumsvorbehalt trotz Abwehrklausel wirksam zustande gekommen, da die gegnerischen AGB diesen erkennbar vorausgesetzt und akzeptiert haben.<sup>1017</sup> In dem entschiedenen Fall hat der Käufer eine Weiterveräußerungsklausel für die unter Eigentumsvorbehalt erhaltenen Waren verwendet, ohne jedoch eine Vorausabtretung der Kaufpreisansprüche vorzusehen. Diesbezüglich argumentiert das OLG, der Käufer kann einer derartigen Klausel nicht durch eine einseitige Erklärung Geltung verschaffen. Zudem müsse er damit rechnen, dass sich der Verkäufer nicht auf ein Weiterveräu-

---

<sup>1011</sup> Vgl. BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838.

<sup>1012</sup> So anscheinend die Interpretation von *de Lousanoff*, NJW 1985, 2921 (2925).

<sup>1013</sup> Die von der Vorinstanz (OLG Hamm 5 U 65/84 = WM 1985, 785) im vollen Wortlaut wiedergegebene Klausel: „Für von uns erteilte Aufträge sind ausschließlich unsere nachstehenden Einkaufsbedingungen maßgebend, ohne daß es eines Widerspruchs unsererseits gegenüber abweichenden Lieferantenbedingungen bedarf. Das Unterlassen des Widerspruchs gilt in keinem Fall als stillschweigendes Einverständnis unsererseits.“

<sup>1014</sup> BGH VIII ZR 97/85 = WM 1986, 643 (643 f.).

<sup>1015</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 21.

<sup>1016</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Stoffels*, AGB-Recht, Rn 323.

<sup>1017</sup> Diese und die folgenden Ausführungen OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 946 (947); zust. *Köster*, JuS 2000, 22 (26); *Heinrichs*, NJW 1998, 1447 (1450).

berungsrecht ohne Vorausabtretung einlasse. Vielmehr würde der Käufer beim Festhalten an der Klausel seine Geschäfte selbst blockieren. Dementsprechend sei es im Interesse des Käufers, in diesem Fall den verlängerten Eigentumsvorbehalt als wirksam anzusehen und nur den erweiterten abzulehnen. Diese Entscheidung knüpft insofern an die BGH-Rechtsprechung an, als dass nach ihr die übereinstimmenden Klauseln aufgrund des Parteiwillens Geltung erlangen.<sup>1018</sup> Diese Willensübereinstimmung ist ebenso der Ansatzpunkt für die Darstellung des OLG.<sup>1019</sup>

Darüber hinaus wird vertreten, dass ein verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt stillschweigend vereinbart werden kann, soweit er branchenüblich ist.<sup>1020</sup> Das beurteilt sich danach, was die Vertragsparteien in der Situation normaler- und vernünftigerweise gewollt hätten. Beispielsweise sei ein stillschweigendes Einverständnis anzunehmen, wenn der Lieferant die Ware, die zur Verarbeitung bestimmt ist, auf Kredit liefert und weder einen Eigentumsvorbehalt erwähnt noch durch andere Sicherheiten geschützt ist und der Käufer sich nicht zum Eigentumsvorbehalt äußert. Es wird hierbei offenkundig die Branchenüblichkeit als entscheidendes Kriterium angeführt. Ohne die Branchenüblichkeit fehlt es an der Begründung, aus welchem Grund der Käufer vom dispositiven Recht abweichen sollte. Nach *Eckert/Nebel* soll überdies ein verlängerter Eigentumsvorbehalt, insoweit er branchenüblich ist, selbst dann wirksam in den Vertrag einbezogen sein, wenn eine Abwehrklausel verwendet wird.<sup>1021</sup> *Mayer* hingegen erachtet einen erweiterten Eigentumsvorbehalt für wirksam, wenn die andere Partei mit ihm rechnen müsste.<sup>1022</sup> Dies sei bei Handels- und Branchenüblichkeit gegeben. Der verlängerte Eigentumsvorbehalt könnte hingegen nur durch eine vertragliche Vereinbarung Geltung erlangen.

Nach dem Genannten soll eine mögliche Branchenüblichkeit des verlängerten und/oder erweiterten Eigentumsvorbehalts eine Indizwirkung für die Einbeziehung entfalten.<sup>1023</sup> Gegen eine Branchenüblichkeit wird jedoch argumentiert, dass derartige Klauseln aufgrund der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten sehr komplex sind und deswegen nicht branchenüblich sein können.<sup>1024</sup> Die Klauseln seien zu detailliert, um allgemein auf ein stillschweigendes Einver-

---

<sup>1018</sup> BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1839); BGH VIII ZR 122/90 = NJW 1991, 1604 (1606).

<sup>1019</sup> Vgl. OLG Düsseldorf 11 U 54/95 = NJW-RR 1997, 946 (947).

<sup>1020</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Schulte*, BB 1977, 269 (274).

<sup>1021</sup> *Eckert/Nebel*, WM 1988, 1545 (1550 f.).

<sup>1022</sup> Diese und die folgenden Ausführungen *Mayer*, NJW 1978, 1037 (1038).

<sup>1023</sup> Für möglich haltend *Schulte*, BB 1977, 269 (274); für verl. Eigentumsvorbehalt für möglich haltend *Eckert/Nebel*, WM 1988, 1545 (1550 f.); *Köster*, JuS 2000, 22 (27); BGH VIII ZR 15/67 = NJW 1969, 318 (320); BGH II ZR 172/01 = NJW-RR 2004, 555; zweifelnd *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 195; ablehnend BGH VIII ZR 327/83 = NJW 1985, 1838 (1840); BGH VIII ZR 20/94 = NJW 1995, 1671 (1672); *von Westphalen*, DB 1977, 1637 (1638).

<sup>1024</sup> OLG Hamm 5 U 65/84 = WM 1985, 785 (787).

ständnis schließen zu lassen.<sup>1025</sup> Da es an einer Parteivereinbarung fehle, sollen stattdessen die Regeln des Dissenses gelten, denen der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt regelmäßig zum „Opfer“ falle.<sup>1026</sup>

Abweichend von den bisherigen Darstellungen wird in der Literatur für die Beurteilung der Wirksamkeit der infrage stehenden Klauseln ferner eine Rechtsfolgenbetrachtung vorgeschlagen.<sup>1027</sup> Hiernach sei festzustellen, dass ein Abwehrklausel verwendender Käufer als Nichtberechtigter bei der Weiterveräußerung oder beim Einbau handele.<sup>1028</sup> Folglich mache sich der Käufer strafbar und sehe sich u. a. Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 BGB und §§ 989 ff. BGB ausgesetzt.<sup>1029</sup> Dahingehend könne der Verkäufer sich zwar nicht wirksam auf den erweiterten Eigentumsvorbehalt berufen, allerdings würden ihm die genannten Ansprüche zustehen und im Konkurs des Käufers ein Anspruch auf Ersatzaussonderung nach § 48 InsO. Dementsprechend sei festzustellen, dass sich die Abwehrklausel im Ergebnis gegen den Verwender selbst richte.<sup>1030</sup> Hieraus werden sodann unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen. Einerseits wird angenommen, den verlängerten Eigentumsvorbehalt trotz einer verwendeten Abwehrklausel als wirksam zu erachten.<sup>1031</sup> Andererseits wollen andere das Schweigen des Käufers bei der Annahme entsprechend der Theorie des letzten Wortes bewerten.<sup>1032</sup>

Insgesamt zeigen die Ausführungen, dass die überwiegenden Meinungen in Literatur und Rechtsprechung einen verlängerten und/oder erweiterten Eigentumsvorbehalt, zumindest bei Verwendung einer Abwehrklausel, nicht als wirksam vereinbart betrachten. Allerdings dürfen die anderen Ansätze nicht außer Acht bleiben. Insbesondere die Ausführungen des OLG Düsseldorf und die Rechtsfolgenbetrachtung verdienen besondere Beachtung.

## 2. Anwendung des § 155 BGB

Im Gegensatz zu den bisherigen Ausführungen muss beim verlängerten und/oder erweiterten Eigentumsvorbehalt ebenfalls i. S. d. § 155 BGB zwischen widersprechenden und einseitigen AGB differenziert werden.

---

<sup>1025</sup> von Westphalen, DB 1977, 1637 (1638); a. A. Eckert/Nebel, WM 1988, 1545 (1550 f.).

<sup>1026</sup> von Westphalen, DB 1977, 1637 (1638).

<sup>1027</sup> Vgl. Lambsdorff, ZIP 1987, 1370 (1371 ff.); nur für den verlängerten Eigentumsvorbehalt vgl. Lieb, FS Baumgärtel (1990), 311 (323 f.).

<sup>1028</sup> Lambsdorff, ZIP 1987, 1370 (1371) unter Bezugnahme auf BGH VIII ZR 165/85 = WM 1986, 1081 (1082 f.).

<sup>1029</sup> Diese und die folgende Ausführung Lambsdorff, ZIP 1987, 1370 (1371 f.).

<sup>1030</sup> Lieb, FS Baumgärtel (1990), 311 (323); Lambsdorff, ZIP 1987, 1370 (1372).

<sup>1031</sup> Lieb, FS Baumgärtel (1990), 311 (323 f.).

<sup>1032</sup> Lambsdorff, ZIP 1987, 1370 (1373).

## a) Widersprechende Bedingungen

Enthalten die AGB der einen Partei einen ausdrücklichen Widerspruch gegen den verlängerten und/oder erweiterten Eigentumsvorbehalt, so werden die Vorbehaltsklauseln nicht Vertragsbestandteil. Die entstandene Lücke ist gem. § 155 BGB mithilfe der ergänzenden Vertragsauslegung und des dispositiven Rechts zu schließen. Ohne weitere Anhaltspunkte greift aufgrund des Widerspruchs und des dementsprechend vorliegenden Dissens das dispositive Recht. Es kommt somit zur Anwendung des § 320 Abs. 1 BGB. Der Lieferant hat weiterhin das Recht, unter einfachem Eigentumsvorbehalt zu liefern.<sup>1033</sup> Dies mag für den Lieferanten im ersten Augenblick nachteilig sein. Dem ist jedoch nicht so. Infolge des einfachen Eigentumsvorbehalts hat der Verkäufer bei Insolvenz des Käufers und der vorherigen Weiterveräußerung oder des Einbaus einen Anspruch auf Ersatzaussonderung gem. § 48 InsO. Der Einbau ist insoweit der Weiterveräußerung gleichzustellen.<sup>1034</sup> Denn ansonsten wäre es vom Zufall abhängig, ob die Sache zunächst veräußert oder bereits zuvor eingebaut worden ist.<sup>1035</sup> Dies ist insoweit ggü. einem verlängerten Eigentumsvorbehalt vorteilhaft, da ein Anspruch nach § 48 InsO aufgrund jenes Eigentumsvorbehalts erst einer AGB-Prüfung standhalten muss.<sup>1036</sup> Anders verhält es sich hingegen mit der Verarbeitung. Der Käufer erlangt hier bereits nach § 950 BGB das Eigentum an der Sache. Dieser originäre Eigentumserwerb geschieht unabhängig vom Willen der beteiligten Parteien.<sup>1037</sup> Die Verarbeitung ist darüber hinaus nicht mit dem Einbau bei einem Dritten gleichzustellen, da sie unabhängig von einem Vertrag mit einem Dritten stattfindet.<sup>1038</sup> Es ist an dieser Stelle nicht wie beim Einbau vom Zufall abhängig, ob die Sache erst übereignet und dann eingebaut worden ist oder gar keine rechtsgeschäftliche Übereignung stattgefunden hat. Dementsprechend kann dies nicht mit einer Weiterveräußerung verglichen werden. Das hat für den Verkäufer zur Folge, dass bei Insolvenz des Käufers nur eine einfache Insolvenzforderung besteht.<sup>1039</sup> Ein Anspruch aus § 48 InsO kommt hingegen nicht in Betracht, da dieser nur in den Fällen des originären Eigentumserwerbs entsteht, wenn wie bei der Weiterveräußerung der Eigentumserwerb aufgrund einer Gegenleistung stattfindet. Dieser Nachteil muss hinnehmbar sein, da der Verkäufer nicht auf eine wirk- same Einbeziehung der Klausel gedrängt hat.

---

<sup>1033</sup> Vgl. hierzu S. 152 f.

<sup>1034</sup> BGH VII ZR 53/58 = NJW 1959, 1681; Gottwald/Haas/*Adolphsen*, § 41, Rn. 12.

<sup>1035</sup> BGH VII ZR 53/58 = NJW 1959, 1681.

<sup>1036</sup> Ähnlich *Lambsdorff*, ZIP 1987, 1370 (1372).

<sup>1037</sup> BGH IX ZR 167/88 = NJW 1989, 3213; MüKoBGB/*Füller*, § 950, Rn. 14.

<sup>1038</sup> BGH IX ZR 167/88 = NJW 1989, 3213 (3214).

<sup>1039</sup> BeckOGK/*Schermaier*, § 951, Rn. 63 f; Prütting/*Wegen/Weinreich/Prütting*, § 951, Rn. 2.

Darüber hinaus stehen dem Verkäufer weiterhin die allgemeinen Schadensersatzansprüche aufgrund der Nichtberechtigung des Käufers zu. Bei einem Eigentumsverlust nach §§ 946 bis 950 BGB greift zudem der § 951 BGB. Der Verkäufer muss somit hiernach lediglich auf die Vorteile eines erweiterten Eigentumsvorbehalts verzichten.

## **b) Einseitige Bedingung**

Verwendet hingegen eine Partei einen verlängerten und/oder erweiterten Eigentumsvorbehalt und schweigen die AGB des Vertragspartners hierzu, ist dies nach den aufgestellten Grundsätzen der einseitigen Regelung zu beurteilen. Es kommt für die Wirksamkeit entscheidend auf den Inhalt der Klausel an. Dementsprechend ist eine Unterscheidung zwischen den Arten des Eigentumsvorbehalts vorzunehmen.

Hinsichtlich des verlängerten Eigentumsvorbehalts ist festzustellen, dass er für den Käufer eine begünstigende Wirkung hat. Aufgrund dessen ist er zur Weiterveräußerung und Verarbeitung ermächtigt.<sup>1040</sup> Es entstehen keine Ansprüche aufgrund der Nichtberechtigung oder des Eigentumsverlusts. Anderenfalls würde er als Nichtberechtigter handeln<sup>1041</sup> und sähe sich zivilrechtlichen und möglicherweise strafrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt.<sup>1042</sup> Dass dies zugleich aufgrund der insolvenzrechtlichen Folgen<sup>1043</sup> für den Lieferanten vorteilhaft sein kann, ist unbeachtlich. Ferner hat eine Abwehrklausel des Käufers keine Auswirkungen auf das Ergebnis, da sich ansonsten die Abwehrklausel gegen den Verwender selbst richten würde<sup>1044</sup>, was offenkundig nicht dem Parteiwillen entspricht. Dementsprechend wird der verlängerte Eigentumsvorbehalt aufgrund des Parteiwillens zum Vertragsinhalt.<sup>1045</sup>

Ein erweiterter Eigentumsvorbehalt erlangt hingegen unabhängig von der Verwendung einer Abwehrklausel keine Geltung. Dieser wirkt unstrittig nachteilig für die andere Partei und entspricht somit nicht dem Parteiwillen der Gegenseite.<sup>1046</sup> Eine mögliche Branchen- oder Handelsüblichkeit der Klausel kann ebenfalls hieran nichts ändern.<sup>1047</sup> Möchte der Verwender diese Rechtsfolge vermeiden, liegt es an ihm, im Rahmen der Vertragsverhandlungen ein

---

<sup>1040</sup> So auch *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (323).

<sup>1041</sup> BGH VIII ZR 165/85 = WM 1986, 1081 (1082 f.).

<sup>1042</sup> Vgl. *Lambsdorff*, ZIP 1987, 1370 (1371 f.).

<sup>1043</sup> Lieferant erhält entweder den abgetretenen Anspruch oder entweder ein Absonderungs- oder Aussonderungsrecht.

<sup>1044</sup> Zust. *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (323); zu den Folgen BGH VIII ZR 165/85 = WM 1986, 1081 (1082 f.).

<sup>1045</sup> Andere Schlussfolgerung und auf die Theorie des letzten Wortes abstellend *Lambsdorff*, ZIP 1987, 1370 (1373).

<sup>1046</sup> Im Ergebnis auch für benachteiligend haltend *Honsell*, JuS 1981, 705 (707).

<sup>1047</sup> Siehe hierzu die Ausführungen auf S. 129 f.

Einvernehmen herzustellen.

Entsprechend könnte der Fall zu beurteilen sein, wenn die verwendete Klausel sowohl einen verlängerten als auch erweiterten Eigentumsvorbehalt enthält.<sup>1048</sup> Die Verbindung des verlängerten mit dem nachteiligen erweiterten Eigentumsvorbehalt könnte dessen Unwirksamkeit zur Folge haben. Dies ist jedoch nicht der Fall. Eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion liegt nicht vor. Vielmehr wird der verlängerte Eigentumsvorbehalt wegen seiner begünstigenden Wirkung ggü. dem Käufer zum Vertragsinhalt. Dies folgt aus dem Parteiwillen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Verlängerungsvorbehalt isolierbar ist.

### **3. Zusammenfassung**

Bei den Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts kommt es entscheidend auf die AGB der anderen Partei an. Sehen jene widersprechende AGB vor, bleibt es beim dispositiven Recht. Lediglich ein einfacher Eigentumsvorbehalt erlangt weiterhin Geltung. Schweigen hingegen die AGB der anderen Partei hierzu oder sehen nur eine Abwehrklausel vor, ist der verlängerte Eigentumsvorbehalt als vereinbart anzusehen. Im Gegensatz dazu wird der Erweiterte wegen seiner nachteiligen Wirkung nicht Vertragsbestandteil. Dieses Ergebnis spiegelt insofern eine Kombination aus der Ansicht des OLG Düsseldorf<sup>1049</sup> und der Rechtsfolgenbetrachtung<sup>1050</sup> wider, indem es auf dem Parteiwillen und einer vorhergehenden Analyse der jeweiligen Rechtsfolgen beruht.

## **§ 10 Auswirkungen des Lösungsansatzes und Alternativen**

Nachdem die Kollision von AGB mit einer konsequenten Anwendung des § 155 BGB gelöst ist, sind die weiteren Folgen und mögliche Alternativen zu thematisieren. Neben den Ausführungen zum Vertragsschluss und Vertragsinhalt hat der Lösungsansatz explizit unmittelbare Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.

---

<sup>1048</sup> Eine beispielhafte Klausel siehe bei *Künne*, DB 1971, 1509 (1509 f.).

<sup>1049</sup> OLG Düsseldorf 11 U 54/95 = NJW-RR 1997, 946.

<sup>1050</sup> Vgl. *Lambsdorff*, ZIP 1987, 1370 (1371 ff.); *Lieb*, FS Baumgärtel (1990), 311 (323 f.).

## **I. Auswirkung auf die weiteren AGB-Vorschriften, insbesondere die Inhaltskontrolle**

Werden einzelne Klauseln trotz Kollision Vertragsbestandteil, ergibt sich die Fragestellung, ob diese Klauseln überhaupt noch AGB i. S. v. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind. Hierbei wird hinsichtlich der übereinstimmenden Bedingungen angenommen, keine Partei als Verwender anzusehen.<sup>1051</sup> Das Merkmal des „Stellens“ nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht gegeben.<sup>1052</sup> Somit würden die Klauseln hiernach keiner Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB unterliegen.<sup>1053</sup> Lediglich eine Analogie der Vorschriften des AGB-Rechts könne in Betracht kommen.<sup>1054</sup> Ob dieses für die einseitig begünstigenden Bedingungen gilt, wird nicht beantwortet. Allerdings könne aufgrund des Genannten argumentiert werden, dass bei einseitigen Bedingungen eindeutig feststellbar ist, welche Partei als Verwender anzusehen ist. Inwiefern die genannte Argumentation zustimmungswürdig ist, ist nach einer Auslegung des Sinn und Zwecks von AGB und der Normen des AGB-Rechts zu beurteilen.

Zunächst ist bzgl. der Auslegung des Wortlauts auf die genannte Argumentation zu verweisen. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB nennt eindeutig als Voraussetzung für AGB, dass die Bedingungen von einer Partei der anderen Vertragspartei gestellt werden müssen. Bei übereinstimmenden Bedingungen kann hiernach keine Partei Verwender sein. Ein beidseitiges Gebrauchen stellt kein einseitiges Stellen dar. Ferner kann nicht befriedigend dahingehend argumentiert werden, dass in etwas Beidseitigem immer Einseitiges enthalten ist.<sup>1055</sup> Hinsichtlich einseitig begünstigender Regelungen würde dies hiernach bedeuten, die nicht begünstigende Partei als Verwender anzusehen. Es ist zu fragen, ob dieses Auslegungsergebnis mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar ist.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Einseitigkeit der Auferlegung das entscheidende Merkmal von AGB.<sup>1056</sup> Hierin sei der Unterschied zu Individualvereinbarungen angelegt. Der Gesetzgeber wollte die andere Partei vor Überrumpelung schützen.<sup>1057</sup> Hinsichtlich übereinstimmender Bedingungen kann dies nicht angenommen werden. Dadurch, dass beide Parteien dasselbe erklären, liegt keine Situation der Überrumpelung vor. In Bezug auf einseitige begünstigende Regelungen kann zwar eine Überrumpelung gegeben sein, allerdings ist dies nur

---

<sup>1051</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 192; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 142.

<sup>1052</sup> Niebling, BauR 1981, 227 (232).

<sup>1053</sup> Stoffels, AGB-Recht, Rn. 322; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer, § 305, Rn. 142.

<sup>1054</sup> So Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 192.

<sup>1055</sup> So auch Niebling, BauR 1981, 227 (232).

<sup>1056</sup> Diese und die folgende Ausführung BT-Drs. 7/3919, S. 15.

<sup>1057</sup> So auch Niebling, BauR 1981, 227 (232).

schwer dahingehend in Übereinstimmung zu bringen, dass der Gesetzgeber die andere Partei nur deswegen schützen will, weil sie keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der Bedingung nehmen kann. Bei begünstigenden Regelungen besteht kein Anlass für eine Einflussnahme.

Ein ähnliches Ergebnis ergibt die systematische Betrachtung. Die §§ 305b ff. BGB sind darauf ausgerichtet, die andere Partei vor der einseitigen Gestaltungsmacht des Verwenders zu schützen.<sup>1058</sup> Vor der Verwendung einer begünstigenden Klausel bedarf es selbstredend keines Schutzes. Dasselbe ist bei übereinstimmenden Bedingungen anzunehmen.

Dieses Ergebnis bestätigt sich insbesondere im Rahmen einer teleologischen Auslegung. Übereinstimmende und einseitige begünstigende Bedingungen werden aufgrund des Parteiwillens Bestandteil. Hinsichtlich der genannten Klauseln kann nicht angenommen werden, dass sie sich zum Nachteil der anderen Partei auswirken. Jedoch ist dies Voraussetzung, um eine Klausel nach §§ 307 bis 309 BGB für unwirksam zu erklären.<sup>1059</sup> Es besteht somit keineswegs Bedarf, derartige Klauseln als AGB anzuerkennen. Zudem fehlt es am Informationsdefizit einer Partei, das eine Inhaltskontrolle rechtfertigen könnte.<sup>1060</sup> Entweder haben beide Parteien bereits die Klausel selbst verwendet oder aber es besteht bei einer Begünstigung kein Informationsbedarf. Ebenso hat der BGH in seiner Arzneimittel-Entscheidung festgestellt, dass es am Merkmal des Stellens fehlt, wenn sich die mit den AGB konfrontierte Partei freiwillig für eine Einbeziehung entscheidet.<sup>1061</sup> Für die Bestimmung des Vertragsinhalts hinsichtlich kollidierender AGB ist der Parteiwille maßgebend. Folglich liegt die geforderte freie Entscheidung der Parteien vor. Dementsprechend kann aufgrund der Geltungsverschaffung der Regelung mithilfe des Parteiwillens keine Partei als Verwender deklariert werden.<sup>1062</sup> Abzulehnen ist dahingehend die Ansicht, stets die begünstigende Partei als Verwender der AGB anzusehen.<sup>1063</sup> Der Inhalt der AGB kann für die Bestimmung des Verwenders keine Rolle spielen.<sup>1064</sup> Vielmehr ist die einseitige Gestaltungsmacht bestimmend.<sup>1065</sup> Nur in derartigen Fällen bedarf die andere Partei des Schutzes der AGB-Vorschriften. Aus dem Inhalt der Rege-

---

<sup>1058</sup> BGH VIII ZR 67/09 = NJW 2010, 1131 (1132).

<sup>1059</sup> MüKoBGB/*Basedow*, § 305, Rn. 25.

<sup>1060</sup> Zur Rechtfertigung der AGB-Kontrolle aufgrund des aus dem Informationsdefizits entstehenden Wettbewerbsversagen MüKoBGB/*Basedow*, Vor § 305, Rn. 6 ff.

<sup>1061</sup> BGH VIII ZR 26/15 = NJW 2016, 1230 (1231).

<sup>1062</sup> Im Ergebnis auch Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>1063</sup> So aber *Sonnenschein* NJW 1980, 1489 (1492); OLG Düsseldorf 10 U 152/93 = JR 1995, 245; OLG Düsseldorf 22 U 66/96 = NJW-RR 1997, 659 (660); MüKoBGB/*Basedow*, § 305, Rn. 28.

<sup>1064</sup> BGH VIII ZR 67/09 = NJW 2010, 1131 (1132); Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 29; *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 137; Staudinger/*Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 37; anders BGH VII ZR 204/90 = NJW 1992, 2160 (2162 f.).

<sup>1065</sup> BGH VIII ZR 67/09 = NJW 2010, 1131 (1132).

lung kann jedoch jenes nicht gezogen werden. Dementsprechend kann dahinstehen, ob die Begünstigung wenigstens als Indiz zu werten ist.<sup>1066</sup>

Daher ist insbesondere aufgrund der Systematik und des Regelungszwecks festzuhalten, dass es sich bei übereinstimmenden und einseitigen begünstigenden Regelungen, die Vertragsinhalt geworden sind, nicht um AGB handelt und somit die Vorschriften des AGB-Rechts nicht unmittelbar zur Anwendung gelangen.

Die Nichtanwendung schließt allerdings nicht aus, dass einzelne Vorschriften analog zur Anwendung kommen können.<sup>1067</sup> Hierfür besteht allerdings in diesem Zusammenhang überwiegend kein Bedarf. Bei den infrage stehenden Bedingungen ist eine Anwendung der §§ 307 bis 309 BGB obsolet. Beide Parteien müssen nicht vor den Bedingungen geschützt werden. Sie haben entweder bei übereinstimmenden Bedingungen jene selbst aufgeführt oder es handelt sich um eine begünstigende Klausel, bei der es bereits am Interesse der begünstigten Partei an einer Inhaltskontrolle fehlt. Vielmehr sind die Vorschriften des Vertragsrechts ausreichend. Lediglich eine Anwendung der §§ 305b, 306 BGB analog ist nicht ausgeschlossen. Hinsichtlich dieser Regelung kommt es nicht auf die Unterscheidung zwischen Verwender und seinem Vertragspartner an.<sup>1068</sup> Zudem handelt es sich um allgemeine Grundsätze, die nicht auf den Schutz einer Vertragspartei abzielen.

## **II. Wirksamkeit einer Bedingung trotz Kollision**

Die dargestellte und vorgeschlagene Lösung hat jedoch für die Parteien unstrittig ebenso Defizite. So werden widersprechende und einseitig benachteiligende AGB nicht Vertragsbestandteil. Zwar ist dies nach der Abwägung der Parteiinteressen konsequent und interessengerecht, dennoch widerspricht dies dem Interesse der einbringenden Partei.

Allerdings können die Parteien weiterhin auch nach diesem Lösungsansatz die Geltung einer Regelung in ihren AGB auf verschiedenen Wegen erreichen. Zunächst könnten die Parteien wichtige Bestimmungen, die unbedingt gelten sollen, einzeln aushandeln. Dies hätte zur Folge, dass die Regelungen zu Individualabreden gem. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB werden und diese sodann gem. § 305b BGB Vorrang vor den AGB haben. Allerdings wird es sich hierbei eher um eine theoretische Lösung handeln, da die Parteien in der Praxis kaum eine Bedingung aushandeln, die lediglich die eine Partei begünstigt. Denn bei derartig wichtigen Regelungen

---

<sup>1066</sup> So beispielsweise MüKoBGB/*Basedow*, § 305, Rn. 28; OLG Düsseldorf 10 U 152/93 = JR 1995, 245.

<sup>1067</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack*, § 305, Rn. 192.

<sup>1068</sup> *Staudinger/Mäsch*, (2019), § 305, Rn. 44.

wird es sich regelmäßig für die einbringende Partei um einseitig begünstigende Klauseln handeln.

Alternativ könnten die Parteien erklären, die beiden AGB sollen gleichrangig gelten.<sup>1069</sup> Dies hat den Vorteil, dass beide AGB Geltung erlangen und nur sich eindeutig widersprechende Bedingungen keine Anwendung finden. Haftungsbeschränkungen in den Liefer-AGB würden demnach Vertragsinhalt werden, wenn die Gegenseite in ihren AGB keine Aussage zu der Haftung des Lieferanten trifft. Es würde somit regelmäßig der überwiegende Teil der AGB Geltung erlangen. Allerdings gilt dies ebenso umgekehrt für die AGB der anderen Partei. Es stellt sich somit die Frage, ob die Parteien das hiermit verbundene Risiko eingehen wollen. Daher ist diese Lösung für die Parteien als zu riskant zu bewerten und dementsprechend nicht empfehlenswert. Vielmehr sollten die Parteien einzelne Klauseln, von denen das Wohl und Wehe des Vertrages abhängen soll, unter einen Wirksamkeitsvorbehalt stellen – mit der Folge, dass die Wirksamkeit des Vertrages von der Geltung der Klauseln abhängt.<sup>1070</sup> Allerdings kann ein derartiges Vorgehen schlussendlich auch zum Nicht-Vertragsschluss führen.

## § 11 Schlussbetrachtung

Die Kollision von AGB ist seit jeher eines der größten Probleme des deutschen AGB-Rechts. Die vorangegangene Untersuchung hat nun ein Ergebnis offenbart, dass den Bedürfnissen des B2B-Verkehrs am gerechtesten wird. Des Weiteren entspricht sie dem Ansatz des Gesetzgebers, dieses Problem mit den allgemeinen Vorschriften des BGB zu lösen. Es benötigt keiner gesetzlichen Vorschrift.

Die Rechtsprechung hat sich seit der Rechtsprechungsänderung in den 1970er Jahren nicht mehr ausführlich mit der Thematik befasst. Dies liegt zum einen daran, dass die Vertragsparteien üblicherweise die verlangte Abwehrklausel in ihren AGB verwenden. Zum anderen werden AGB-Streitigkeiten zunehmend häufiger nicht mehr vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit, sondern vor Schiedsgerichten ausgetragen. Deshalb ist es alleinig an der Wissenschaft, die weiterhin offenen Fragen im Zusammenhang mit der Kollision von AGB zu klären.

Bei der Betrachtung der Literaturmeinungen lässt sich feststellen, dass die überwiegende Anzahl der Wissenschaftler die Kongruenzlösung präferiert. Dies darf jedoch nicht über die vie-

---

<sup>1069</sup> Ebenso Kollmann, Deutsches Anwalt Office Programm, § 2 / 4. Kollidierende AGB Rn. 33, abrufbar unter: [https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/2-allgemeine-geschaeftsbedingungen-4-kollidierende-agb-dinglicher-eigentumsvorbehalt\\_idesk\\_PI17574\\_HI11463582.html](https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/2-allgemeine-geschaeftsbedingungen-4-kollidierende-agb-dinglicher-eigentumsvorbehalt_idesk_PI17574_HI11463582.html) (zuletzt abgerufen am 13.07.2021).

<sup>1070</sup> Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack, § 305, Rn. 189.

len einzelnen Streitigkeiten hinwegtäuschen. So sind beispielsweise die dogmatische Herleitung des Vertragsschlusses und die Geltung einseitiger Regelungen nicht abschließend geklärt. Ein wenig in der Diskussion vernachlässigt wird hingegen das Problem des Zeitpunktes des Vertragsschlusses. Einen Vertragsschluss erst in der Leistungsannahme zu sehen, kann die unrühmliche Folge haben, dass sich die Parteien bis zur Leistungsannahme ohne Konsequenzen von der Parteienvereinbarung lösen können.<sup>1071</sup>

Die Ausführungen im rechtsvergleichenden Teil haben deutlich aufgezeigt, dass die Kollision von AGB ein weltweites Problem darstellt. Einige Lösungsansätze sind dabei aus der deutschen Diskussion bekannt. Andere wiederum wählen einen komplett anderen Ansatz. Alle Rechtsordnungen haben jedoch gemeinsam, dass es ihnen nicht gelungen ist, eine befriedigende und problemfreie Lösung aufzustellen. Insbesondere stellt eine gesetzliche Regelung keinesfalls ein Allheilmittel dar.

Es lag somit an dieser Arbeit, eine entsprechende Lösung für den deutschen Rechtsverkehr herauszuarbeiten. Dabei konnte insbesondere auf viele Ansätze aus der Wissenschaft Bezug genommen werden. Nach einer Analyse der diskutierten Ansätze lässt sich konstatieren, es bedarf keiner gesetzlichen Regelung, sondern einer konsequenten Anwendung des § 155 BGB. Dieser scheinbar einfache Ansatz bietet die einzige Möglichkeit, die Interessen des B2B-Verkehrs mit den Vorschriften des BGB in Einklang zu bringen. Den Ausgangspunkt und Mittelpunkt der Betrachtung stellt dabei der Parteiwille dar. Deswegen ist die Verwendung einer Abwehrklausel für diese Lösung keine Voraussetzung.

Trotz der Kollision ist nach § 155 BGB ein Vertragsschluss bereits im Zeitpunkt der Übersendung von Vertragsschlusserklärungen anzunehmen. Ferner kann die Frage, welche AGB zum Vertragsinhalt werden, mithilfe des § 155 BGB gelöst werden. Es kommt hiernach auf das dispositives Recht und die ergänzende Vertragsauslegung an. Insoweit ein übereinstimmender Parteiwille festgestellt werden kann, ist diesem Geltung zu verschaffen. Ist hingegen kein Konsens erkennbar, muss auf das dispositives Recht zurückgegriffen werden. Enthält das dispositives Recht keine Regelung für die Vertragslücke, ist regelmäßig vom ersatzlosen Wegfall auszugehen. Lediglich in Ausnahmefällen ist diese Lücke durch eine Abwägung der Parteieninteressen zu schließen.

Dass die Lösung über § 155 BGB der richtige Ansatz ist, wird durch die Betrachtung von Sonderproblemen bestätigt. Die äußerst umstrittenen Fragen der kollidierenden AGB im Zusammenhang mit dem KBS und dem Eigentumsvorbehalt konnten entsprechend gelöst werden. Das Versenden eines KBS führt nicht zur Einbeziehung von AGB bei vorhergehender

---

<sup>1071</sup> So auch *Lübbert* in *Schlechtriem/Leser/Schlechtriem*, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 24.

Kollision. Hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts kommt es auf die Art des Vorbehalts an. Ein einfacher Eigentumsvorbehalt ist trotz Kollision wirksam erklärt. Das dispositive Recht steht dem nicht entgegen.

Insgesamt kann konstatiert werden, dass diese Lösung zu mehr Rechtssicherheit im B2B-Verkehr beiträgt. Zudem macht sie das deutsche Rechtssystem für Unternehmen interessanter und verhindert eine Flucht der Vertragsparteien ins Ausland. Denn alle Regelungen, die aufgrund der Kollision Geltung erlangen, unterliegen nicht der starren AGB-Kontrolle.<sup>1072</sup> Diese Arbeit kann somit ein Beitrag dafür sein, den Unternehmensstandort Deutschland zu stärken.

---

<sup>1072</sup> Die starre AGB-Kontrolle verhindert es, dass mit dem deutschen Recht geworben werden kann *Müller*, NZM 2016, 185 (189).