



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Der Vorrang der Individualabrede“

Dissertation vorgelegt von Theresa Bauerdick

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Zusammenfassung der Dissertation

zum Thema „Der Vorrang der Individualabrede“

von Theresa Bauerdick

I. Einleitung

Die Dissertation befasst sich mit einer grundlegenden Frage aus dem Bereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es geht um das Verhältnis von sog. Individualabreden zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Gesetzgeber sagt dazu in § 305b BGB, einer der kürzesten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, „Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeine Geschäftsbedingungen.“

Diese Vorrangregel hat große praktische Bedeutung, denn in einer marktwirtschaftlich organisierten und hochtechnisierten Industriegesellschaft sind Allgemeine Geschäftsbedingungen weit verbreitet. Gleichwohl erschöpft sich auch der Inhalt eines Formularvertrags in der Regel nicht ausschließlich in den darin enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die vorformulierten Verträge sind vielmehr auf eine Ergänzung durch individuelle Absprachen angelegt. Darüber hinaus können die Vertragsparteien besondere Absprachen treffen, mit deren Hilfe bestimmte Einzelpunkte abweichend vom vorformulierten Klauseltext geregelt werden sollen. Schließlich ist denkbar, dass die Vertragsparteien nachträglich, das heißt erst im laufenden Vertragsverhältnis, von den in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweichende Individualvereinbarungen treffen, die zu einer Änderung des ursprünglichen Vertragsinhalts führen sollen. Infolgedessen ist es im Rechtsverkehr möglich, dass eine individuell von den Parteien getroffene Abrede mit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung des Verwenders in Widerspruch steht.

Daran anknüpfend ist der zentrale Gegenstand der Arbeit die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen Individualabreden tatsächlich ein „Vorrang“ einzuräumen ist. Denn bei genauerer Betrachtung der Vorrangregel in § 305b BGB zeigen sich bis heute sowohl hinsichtlich der dogmatischen Grundlagen als auch rechtlichen Handhabung bis heute erhebliche Probleme. Ziel der Arbeit ist es daher, die Vielzahl an Einzelfallentscheidungen und verschiedenen Literaturansichten zu durchdringen und sich auf diesem Weg einer einheitlichen Handhabung des Vorrangprinzips zu nähern, unter die jegliche relevanten Fallgestaltungen gefasst werden können. Die Analyse der Arbeit beschränkt sich dabei auf das deutsche AGB-Recht in den §§ 305 ff. BGB unter Berücksichtigung der europäischen Einflüsse im Primär- und Sekundärrecht.

II. Erstes Kapitel: Historische Entwicklung

1. Obwohl das Vorrangprinzip in der zivil- und arbeitsrechtlichen Praxis bereits seit vielen Jahrzehnten als ein allgemeines Rechtsprinzip anerkannt ist, gelang es der Rechtsprechung und Literatur bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht, eine klare dogmatische Struktur sowie einheitliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu erarbeiten. Die Schaffung des

§ 4 AGBG (heute § 305b BGB) stellte daher, anders als vom Gesetzgeber zunächst beabsichtigt, nicht nur die gesetzliche Fixierung eines durch die richterrechtliche Rechtsfortbildung entwickelten Grundsatzes des AGB-Rechts dar. Dem Vorrangprinzip kommt erst seither ein eigenständiger und fester Platz im Kontrollsystem der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu, welches vom Rechtsanwender uneingeschränkt zu beachten ist.

III. Zweites Kapitel: Grundlagen des Vorrangprinzips

2. Das Vorrangprinzip in § 305b BGB bringt das funktionale Rangverhältnis zwischen den beiden Vertragsbestandteilen „Individualabrede und Allgemeine Geschäftsbedingung“ zum Ausdruck. In ihrem unterschiedlichen Zustandekommen zeigt sich eine Rangabstufung, aufgrund derer den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Auftreten einer inhaltlichen Kollision der Nachrang hinter der Individualabrede einzuräumen ist. Denn anders als die einseitig vorformulierten und vom Verwender gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden Individualabreden von den Vertragsparteien ausgehandelt. Die Vertragsparteien üben durch sie gleichberechtigt die ihnen von Verfassung wegen zustehende Privatautonomie in Form der Vertragsfreiheit aus. Anders als Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen sie daher auch nur einer eingeschränkten Inhaltskontrolle (z.B. §§ 134, 138, 242 BGB).
3. Von seiner Rechtsnatur ist das in § 305b BGB kodifizierte Vorrangprinzip eine negative Einbeziehungsvoraussetzung für Allgemeine Geschäftsbedingungen. Der Schutz der Individualabrede wird dadurch sichergestellt, dass die kollidierende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht wirksam in den Vertrag einbezogen werden kann. Als die von den Vertragsparteien stärker legitimierte Rechtsquelle geht die Individualabrede den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Kollisionsfall unabhängig von ihrer inhaltlichen Ausgestaltung und dem Parteiwillen vor. § 305b BGB kann deshalb auch nicht als Auslegungsregel verstanden werden.
4. Diese Ergebnisse stehen mit den Vorgaben des Unionsrechts und speziell der Richtlinie 93/13/EWG in Einklang. Der sog. Klauselrichtlinie kann aus Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 sowie den Klauselbeispielen Nr. 1 lit. j, lit. k und lit. n des Anhangs zu Art. 3 Abs. 3 ebenfalls indirekt ein Vorrang der Individualabrede entnommen werden. Darüber hinaus untersagt sie dem nationalen Gesetzgeber dem Grunde nach nicht, in ihrem Anwendungsbereich Einbeziehungsvorschriften zu erlassen.
5. Die gesetzlichen Einbeziehungsvoraussetzungen in §§ 305 Abs. 1, 2, 305a BGB und das Überraschungsverbot gemäß § 305c Abs. 1 BGB stehen gleichberechtigt neben dem Vorrangprinzip in § 305b BGB. Dem Rechtsanwender steht es deshalb frei, die Nichteinbeziehung der AGB-Klausel kumulativ oder wahlweise auf eine der genannten Vorschriften zu stützen. Die Prüfung des § 305c Abs. 2 BGB ist der Prüfung des § 305b BGB hingegen zwingend vorgelagert. Die Inhaltskontrolle der kollidierenden AGB-Klauseln hat dem Vorrangprinzip denkllogisch nachzufolgen. Liegen die Voraussetzungen des § 305b BGB vor, vermag auch eine inhaltlich wirksame AGB-Klausel am Vorrang der Individualabrede nichts zu ändern. Dies gilt

ebenfalls für die sog. tendenziell individualvertragswidrigen Klauseln in den §§ 308, 309 BGB; § 305b BGB ist ihnen gegenüber die speziellere Vorschrift.

IV. Drittes Kapitel: Tatbestand des § 305b BGB

6. Eine Abbedingung des Vorrangprinzips ist sowohl mithilfe einer Allgemeinen Geschäftsbedingung als auch einer Individualabrede nicht möglich. Es handelt sich bei § 305b BGB um eine zwingende Vorschrift, die ein vom Willen der Vertragsparteien unabhängiges Rangverhältnis zwischen zwei Vertragsabreden und damit gleichzeitig ein fundamentales Prinzip des Privatrechts zum Ausdruck bringt.
7. Als Individualabrede gemäß § 305b BGB ist jede Vereinbarung zu verstehen, die zwischen den Vertragsparteien i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt worden ist. Auch im Falle der nachträglichen Einbringung ist die Individualabrede an den Anforderungen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB zu messen. Der Schutzzweck des § 305b BGB erlaubt nicht, die Anforderungen der am Vorrangprinzip teilnehmenden Individualabrede herabzusetzen. Sowohl das funktionale Rangverhältnis als auch die einer Individualabrede zugrunde liegende sog. „Richtigkeitsgewähr“ ließe sich dadurch andernfalls nicht mehr ausreichend begründen und sicherstellen.
8. Die Individualabrede muss zudem inhaltlich wirksam sein. Lässt sich ihre Wirksamkeit nicht abschließend feststellen, besteht für ein Eingreifen des Vorrangprinzips kein Anlass. Die Individualabrede wird in dieser Situation nicht zum Vertragsbestandteil, sodass es bereits an der von § 305b BGB vorausgesetzten Kollisionslage mit einer AGB-Klausel fehlt. Auf die Wirksamkeit der infrage stehenden AGB-Klausel kommt es hingegen nicht an. Selbst eine nach den §§ 307-309 BGB inhaltlich wirksame Allgemeine Geschäftsbedingung muss hinter der stärker legitimierten Individualabrede im Rang zurücktreten. Sie vermag sich ihr gegenüber nicht durchzusetzen.
9. Aufgrund des zwingenden funktionalen Rangverhältnisses von Individualabreden und Allgemeinen Geschäftsbedingungen entfalten alle Maßnahmen des Verwenders, die darauf abzielen, diese auszuhöhlen, keine Wirkung. Entsprechend können vorformulierte „einfache“ als auch „doppelte“ Schriftformklauseln keine Wirkung entfalten. Aufgrund der Vertragsfreiheit ist es den Parteien allerdings erlaubt, individuell eine doppelte Schriftformklausel auszuhandeln, um dergestalt Formvorgaben für spätere Individualabreden zu machen. In dieser Situation kollidieren zwei im Rang gleichberechtigt nebeneinander stehende Vertragsbestandteile, sodass das Vorrangprinzip in § 305b BGB keine Anwendung findet.
10. Unabhängig vom Kollisionszeitpunkt greift das Vorrangprinzip sowohl bei direkten als auch indirekten Widersprüchen zwischen einer Individualabrede und einer AGB-Klausel. Der Inhalt beider Vertragsbestandteile ist nach den jeweils für sie geltenden Auslegungsregeln zu bestimmen. Die Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird nicht durch die Individualabrede beeinflusst. Eine eigenständige Kategorie von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche der

Individualabrede wegen einer Erweiterung ihres Funktionsbereichs widersprechen, ist abzulehnen.

11. § 305b BGB findet zur Auflösung einer inhaltlichen Kollision von Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Anwendung. Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB stehen nicht in dem dafür notwendigen Über- und Unterordnungsverhältnis. Trifft allerdings eine individualvertraglich vereinbarte Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB auf einen individualvertraglich ausgehandelten Gewährleistungsausschluss, ist durch sorgfältige Auslegung zu ermitteln, ob Letzterer nach dem Willen der Parteien so weit reichen soll, dass er die Verkäuferhaftung auf Fälle der Arglist beschränkt. Eine formularvertragliche Haftungsfreizeichnung vermag sich indes bereits aufgrund des Vorrangprinzips nicht gegen eine davon abweichende vertragliche Individualabrede durchzusetzen. Kollidiert eine formularvertragliche Beschaffenheitsangabe dagegen mit der kaufrechtlichen Beschaffenheitsfiktion i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, S. 3 BGB, so geht ihr die Allgemeine Geschäftsbedingung bei inhaltlicher Wirksamkeit vor. Aufgrund ihrer Einbeziehung in den Vertrag beruht sie auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Vertragsparteien – mit der Folge, dass die Fiktion der Normalbeschaffenheit nicht zur Anwendung gelangen kann.

IV. Viertes Kapitel: Rechtsfolgen und prozessuale Geltendmachung

12. Da es sich bei § 305b BGB um eine negative Einbeziehungsvoraussetzung handelt, wird die inhaltlich mit einer Individualabrede kollidierende AGB-Klausel nicht Vertragsbestandteil. Sie entfällt vollständig und gilt vorbehaltlich einer ausdrücklich getroffenen Vereinbarung, in der die Vertragsparteien ihren „Wiederauflebewillen“ deutlich machen, nicht „ersatzweise“ im Hintergrund weiter. Durch die Nichteinbeziehung der AGB-Klausel entsteht in der Regel auch keine Lücke im Vertrag, da die Vertragsparteien den Regelungsgegenstand gerade mithilfe der Individualabrede ausfüllen wollen. Einer Anwendung des § 306 Abs. 2, 3 BGB bedarf es nicht.
13. § 305b BGB ist im Individualprozess inzident im Rahmen der Anspruchsprüfung zu berücksichtigen. Im Verbandsklageverfahren gemäß § 1 UKlaG hat die Überprüfung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf einen abstrakten Verstoß gegen die Vorschriften der Inhaltskontrolle zu erfolgen. Das Vorrangprinzip findet hier über § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 305b BGB und über das in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB niedergelegte Transparenzgebot Beachtung.

V. Fünftes Kapitel: Besondere Sachprobleme

14. Das Gesetz enthält in § 310 Abs. 1 S. 1 BGB keine Bereichsausnahme für § 305b BGB. Das Vorrangprinzip findet infolgedessen uneingeschränkt auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen Anwendung, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Gleiches gilt bei der Verwendung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben. § 305b BGB greift sowohl gegenüber den darin ausdrücklich genannten Individualabreden als auch solchen, die nicht schriftlich fixiert worden sind. Problematisch ist allerdings, dass der Vertragspartner vortragen und beweisen

muss, dass die Individualabrede tatsächlich vereinbart worden ist. Zur Bestimmung einer „Individualabrede“ gelten im unternehmerischen Geschäftsverkehr dieselben inhaltlichen Anforderungen wie bei Verträgen unter Mitwirkung eines oder mehrerer Verbraucher. Somit sind hier ebenfalls die Anforderungen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB einzuhalten. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung sind den Forderungen nach einer Absenkung des Schutzniveaus der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr *de lege lata* bislang zu Recht nicht nachgekommen. *De lege ferenda* ist ein Absenken der Anforderungen an eine Individualabrede jedoch begrüßenswert.

15. Die Klauselrichtlinie geht davon aus, dass das Vorrangprinzip auch für vorformulierte Einmalklauseln gilt. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, nach dem diese Klauseln im nationalen Recht nicht dem § 305b BGB unterworfen sind, ist aufgrund des klaren und eindeutigen Wortlauts jedoch nicht möglich. Allerdings kann ein richtlinienkonformes Ergebnis weitestgehend über eine konsequente Anwendung des dem § 305b BGB zugrunde liegenden funktionalen Rangprinzips, nach welchem eine individuell ausgehandelte Klausel immer noch stärker legitimiert ist als eine vorformulierte Einmalklausel, erreicht werden. Abschließende Rechtssicherheit lässt sich an dieser Stelle durch die Aufnahme des § 305b BGB in die enumerative Aufzählung der im Rahmen des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB anwendbaren AGB-Vorschriften durch den Gesetzgeber erreichen.
16. Der Vorrang der Individualabrede wird im Arbeitsrecht häufig bereits durch die konsequente Anwendung des Günstigkeitsprinzips erzielt. Allerdings ist sein Anwendungsbereich auf das Verhältnis von Individualabreden zu normativ wirkenden Kollektivverträgen, das heißt der ranghöheren Rechtsquelle, beschränkt. § 305b BGB findet daher weiterhin bei zwischen den Arbeitsvertragsparteien einzeln ausgehandelten Abreden und den vorformulierten Allgemeinen Arbeitsbedingungen Anwendung. Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten i.S.d. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB stehen dem nicht entgegen. § 305b BGB findet umfassend zugunsten beider Vertragsparteien, das heißt sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer, Anwendung.
17. Bei der zum Vertragsinhalt werdenden betrieblichen Übung handelt es sich nicht um eine ausgehandelte (konkludente) Individualabrede i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, sondern um eine unter die §§ 305 ff. BGB fallende nachträgliche Einbeziehung Allgemeiner Arbeitsbedingungen. Die betriebliche Übung geht einer inhaltlich wirksam ausgestalteten doppelten Schriftformklausel daher nicht gemäß § 305b BGB vor. Aufgrund des Transparenzgebots gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Arbeitgeber den Vorrang individueller Abreden – anders als beim pauschalen Freiwillichkeitsvorbehalt – ausdrücklich als Ausnahme in die Klausel aufnehmen.