

dahin verändert wird, dass die dem Einheitspreisvertrag innewohnende Möglichkeit, eine von der Menge abhängige Vergütung zu verlangen, ab einem bestimmten Höchstpreis ausgeschlossen ist.⁴⁶

3. Atypische Nebenabreden

Überraschende Wirkung kann weiterhin auch Klauseln zukommen, die als Nebenabreden zur Konkretisierung der Rahmenordnung des Vertrages in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders enthalten sind. Wegen der tendenziell niedrigeren Eingriffsintensität wird man hier freilich das Überraschungsmoment nur unter erschwerten Voraussetzungen annehmen können.⁴⁷ Die Beispielfälle sind außerordentlich vielgestaltig.⁴⁸

Beispiele:

- (1) Eine Klausel in einem Formularvertrag über den Erwerb eines noch zu errichtenden Hauses bezieht vertragliche Bauleistungen in einen Katalog von **Aufschließungskosten** ein, die mit der eigentlichen Errichtung des Hauses nichts zu tun haben.⁴⁹
- (2) Die in Einkaufsbedingungen verwendete Klausel „**Die vereinbarten Liefertermine und Lieferfristen gelten fix**“ wurde als überraschend qualifiziert. Der Vertragspartner des Verwenders, der sich mit diesem nicht darüber geeinigt hat, dass mit der Fristeinholung das Geschäft steht oder fällt, braucht den Umständen nach vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Abhängigkeit des Geschäfts von der strikten Fristwahrung festgelegt wird.⁵⁰
- (3) Klauseln in formularmäßigen Mietverträgen, die eine **Lohn- und Gehaltsabtretung zugunsten des Vermieters** vorsehen, sind absolut unüblich und weichen von dem ab, was von einem Mieter bei Abschluss eines Mietvertrages erwartet wird (nämlich allenfalls eine Kautionsgestellung).⁵¹
- (4) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Bestimmung, mit der der Vertragspartner **versichert, Vollkaufmann zu sein**, wurde als überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB angesehen.⁵²
- (5) Die Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach der **Erwerber eines Grundstücks nach Besitzübergang** bis zur Fälligkeit des Kaufpreises **Nutzungszinsen** zahlen muss, ist mit Recht als nicht überraschend angesehen worden, entspricht es doch allgemein bekannter Praxis im Geschäftsleben, dem Nichteigentümer die Nutzung von Wirtschaftsgütern nur gegen Entgelt zu gestatten.⁵³

4. Versteckte Klauseln

Nicht nur der ungewöhnliche Inhalt kann eine Klausel zu einer überraschenden im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB machen. Auch der **ungewöhnliche äußere Zuschnitt der Vertragsurkunde** und die **Unterbringung der Klausel an unerwarteter Stelle** können den Überraschungseinwand begründen.⁵⁴

Beispiel:

- (1) Eine Klausel auf der Rückseite eines vorformulierten **Anzeigen-Wiederholungsauftrags**, der zufolge eine **automatische Vertragsverlängerung** bei nicht rechtzeitiger Kündigung gelten soll,

⁴⁶ BGH NJW-RR 2005, 246.

⁴⁷ Ulmer/Schäfer BGB § 305c Rn. 16.

⁴⁸ Eingehende Übersicht bei Ulmer/Schäfer BGB § 305c Rn. 33 ff.

⁴⁹ BGH NJW 1984, 171.

⁵⁰ BGH NJW 1990, 2065 (2067).

⁵¹ LG Lübeck NJW 1985, 2958; beachte für Wohnraummietverhältnisse im Übrigen auch § 551 BGB.

⁵² BGH NJW 1982, 2309 f.

⁵³ BGH NJW-RR 2001, 195.

⁵⁴ BGH NJW 1982, 2309 (2310); 1989, 2255; NJW-RR 2012, 1261; BAG NZA 2006, 37 (39); Staudinger/Mäsch BGB § 305c Rn. 30; Ulmer/Schäfer BGB § 305c Rn. 17; NK-Kollmann BGB § 305c Rn. 6.

- ist als überraschend zu werten, wenn auf der unterschriebenen Vorderseite in drucktechnisch hervorgehobener Form lediglich bestimmt ist, die Vertragsdauer betrage jeweils ein Jahr.⁵⁵
- (2) Wird in vorformulierten Vertragsbedingungen ein sog. **gespaltener Krankenhausvertrag** vereinbart, so muss dem Patienten hinreichend – etwa durch Hinweis in dem von ihm unterzeichneten Vertragstext – verdeutlicht werden, dass der Krankenhausträger nicht Schuldner der ärztlichen Leistungen ist und ihm auch für etwaige ärztliche Fehlleistungen nicht haftet. Die Unterbringung einer solchen wichtigen Klausel in unauffälliger Weise in elf Seiten umfassenden Formularbedingungen innerhalb eines Abschnitts, der seinerseits zehn teilweise noch unterteilte Nummern umfasst, überrascht den Kunden mit der Folge, dass die Klausel nicht Vertragsinhalt wird.⁵⁶
 - (3) Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen bei **Internetgeschäften** kann wegen irreführender Programmgestaltung am Überraschungsverbot scheitern.⁵⁷
 - (4) Wird der Grundeintrag in ein **Branchenverzeichnis** im Internet in einer Vielzahl von Fällen unentgeltlich angeboten, so wird eine **Entgeltklausel** nicht Vertragsbestandteil, die nach der drucktechnischen Gestaltung des Antragsformulars so unauffällig in das Gesamtbild eingefügt ist, dass sie von dem Vertragspartner des Klauselverwenders dort nicht vermutet wird.⁵⁸
 - (5) Um eine Überraschungsklausel handelt es sich bei einer arbeitsvertraglichen Regelung, die neben einer durch Fettdruck und vergrößerte Schrift optisch hervorgehobenen Befristung für die Dauer eines Jahres im folgenden Text ohne besondere Hervorhebung eine weitere **Befristung** zum Ablauf der sechsmonatigen Probezeit vorsieht.⁵⁹
 - (6) Auch **Ausgleichsquittungen** können für den Arbeitnehmer überraschende Wirkung entfalten, wenn der Arbeitgeber sie in eine Erklärung mit falscher oder missverständlicher Überschrift ohne besonderen Hinweis oder drucktechnische Hervorhebung einfügt.⁶⁰

§ 11. Vorrang der Individualabrede – § 305b BGB

Literatur: Bauerdick, Der Vorrang der Individualabrede, 2021; Coester, Bestätigungsschreiben und AGB: Zum Vorrang der Individualabrede nach § 4 AGBG, DB 1982, 1551; Trinkner, Vorrang der Individualabrede bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: FS für Cohn (1975), S. 191; Graf von Westphalen, AGB-rechtliche Auslegung, überraschende Klauseln, Vorrang des Individualvertrags und Transparenzgebot im Licht des UN-Kaufrechts, ZIP 2019, 2281; Zoller, Dogmatik, Anwendungsprobleme und ungewisse Zukunft des Vorrangs individueller Vertragsvereinbarungen vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1991, 850. Zu Schriftformklauseln vgl. die Angaben vor → Rn. 349.

I. Regelungsanliegen und Dogmatik des Vorrangprinzips

- 344 Die heutige Vertragspraxis bedient sich zwar in den weitaus meisten Fällen vorformulierter Bedingungswerke, insbesondere in Form von Formularverträgen. Diese sind jedoch nicht selten von vornherein auf Ergänzung durch individuelle Absprachen angelegt. Sie lassen insbesondere Lücken für die nähere Bestimmung des Leistungsgegenstandes und des hierfür zu entrichtenden Preises. Daneben treten jedoch mitunter besondere Absprachen der vertragsschließenden Parteien, durch die bestimmte Einzelpunkte abweichend vom vorformulierten Klauseltext geregelt werden. Solche einzelfallbezogenen Vereinbarungen können mündlich oder schriftlich getroffen werden. Die Parteien verzichten dann meist darauf – oder denken schlicht nicht daran –, die Allgemeinen Geschäfts-

⁵⁵ BGH NJW 1989, 2255 (2256).

⁵⁶ BGH NJW 1993, 779 (780); OLG Koblenz NJW 1998, 3425.

⁵⁷ LG Dortmund NJW-RR 1991, 1529 (Btx-Programm); Ulmer/Schäfer BGB § 305c Rn. 17 mwN.

⁵⁸ BGH NJW-RR 2012, 1261; hierzu Kaufhold BB 2012, 2719 f.

⁵⁹ BAG NZA 2008, 876.

⁶⁰ BAG NZA 2005, 1193 (1198 f.). Preis/Bleser/Rauf DB 2006, 2812 f. sehen in allgemein gehaltenen Ausgleichsklauseln, die die Empfangsbestätigung mit dem Rechtsverzicht verknüpfen, sogar im Regelfall eine Überraschungsklausel iS von § 305c Abs. 1 BGB.

bedingungen an die individuell getroffene Vertragsabrede anzupassen. Dies wäre im Übrigen auch ein sehr aufwändiges Unterfangen, das die Parteien, so sie nicht über besondere Rechts- und Geschäftskunde verfügen, leicht überfordern könnte.¹ In dieser Situation kommt den Vertragsschließenden das Gesetz zu Hilfe. Denn die Vorschrift des **§ 305b BGB** entlastet die Vertragsparteien von solchen Anstrengungen, indem sie Regelungskonflikte zwischen dem Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und dem gesondert Vereinbarten **zugunsten der individuell getroffenen Vertragsabrede** auflöst. Für das in § 305b BGB angeordnete **funktionelle Rangverhältnis**² spricht in der Tat, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen als typische Regelungen für eine Vielzahl von Fällen den Besonderheiten des Einzelfalls naturgemäß nicht Rechnung tragen können, es aber einen unkomplizierten Weg geben muss, den individuellen Gestaltungswünschen Geltung zu verschaffen. Abgesehen davon trägt die Vorrangregel der Erkenntnis Rechnung, dass individuelle Vereinbarungen den Parteiwillen im konkreten Fall stärker zur Geltung bringen als abstrakt-generelle Geschäftsbedingungen,³ ihnen mithin eine **höhere Dignität** zuzusprechen ist.

Damit bringt § 305b BGB einen **allgemeinen Gedanken des Vertragsrechts** zum Ausdruck, der auch im **unternehmerischen Geschäftsverkehr** uneingeschränkt Geltung beansprucht.⁴ Der Vorrang der Individualabrede wurde schon bislang vom BAG als allgemeiner Rechtsgrundsatz qualifiziert und im **Arbeitsvertragsrecht** angewendet.⁵ „Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten“ im Sinne des § 310 Abs. 4 BGB sind dabei bislang nicht zu Tage getreten.⁶ Darüber hinaus ist der Vorrang individueller Absprachen vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch in Art. 2.1.21 der Grundregeln der internationalen Handelsverträge (**UNIDROIT Prinzipien**) verankert. Dort heißt es: „Im Falle eines Widerspruchs zwischen einer allgemeinen Geschäftsbedingung und einer Bedingung, welche keine allgemeine Geschäftsbedingung ist, geht die letztere vor.“

Über die genaue **dogmatische Erfassung der Vorrangregel** und ihre **systematische Einordnung in den Prüfungsgang der AGB-Kontrolle** wird im deutschen Schrifttum kontrovers diskutiert.⁷ Bisweilen sieht man in § 305b BGB eine **Auslegungsregel** für den Geltungsanspruch der in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen.⁸ Dieser trete zurück gegenüber einer spezielleren, weil für den konkreten Fall getroffenen, Vereinbarung. § 305b BGB beschreibt hiernach einen Teilaspekt der für Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelten und partiell in der Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) kodifizierten Auslegungsgrundsätze.⁹ Richtig ist sicherlich, dass die Vorrangregel den oben beschriebenen Widerstreit im Allgemeinen im Sinne des realen oder hypothetischen Willens der Beteiligten auflösen wird. Der Einordnung als kodifizierte Auslegungsregel steht jedoch entgegen, dass es sich bei § 305b BGB um eine Norm handelt, die

¹ MüKoBGB/Fornasier § 305b Rn. 1.

² So die im Grundsatz nahezu unbestrittene Charakterisierung der Vorrangregel; vgl. Schmidt-Salzer, AGB, Rn. E. 7; Wolf/Hau BGB § 305b Rn. 1; Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 7; Grüneberg/Grüneberg BGB § 305b Rn. 1; HK/Schulte-Nölke BGB § 305b Rn. 2; Trinkner, FS Cohn, 1975, 191.

³ BGH NJW 2013, 2745 (2747); PWW/Berger BGB § 305b Rn. 1.

⁴ BGH NJW-RR 1990, 613; NJW 2013, 2745; Wolf/Hau BGB § 305b Rn. 51.

⁵ BAG AP Nr. 16 zu § 4 TVG.

⁶ Für uneingeschränkte Anwendung des Vorrangprinzips daher zu Recht Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 253; ferner BAG NZA 2007, 940.

⁷ Überblick über den Diskussionsstand bei Zoller JZ 1991, 850. Nicht durchgesetzt hat sich die Auffassung Trinkners (Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner AGBG § 4 Rn. 11), die Vorrangregel wurzle im Verbot des venire contra factum proprium; zu Recht ablehnend Zoller JZ 1991, 853.

⁸ Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 7 ff.; HK/Schulte-Nölke BGB § 305b Rn. 1; Schmidt-Salzer, AGB, Rn. E. 8; dagegen MüKoBGB/Fornasier § 305b Rn. 2.

⁹ Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 8.

zwingend – losgelöst vom Parteiwillen – den Vorrang des individuell Vereinbarten fest-
schreibt.¹⁰ Näher liegt daher ein anderes dogmatisches Verständnis, welches das Rege-
lungsanliegen des § 305b BGB in der Beantwortung einer **Geltungsfrage** sieht.¹¹ Die
Vorschrift des § 305b BGB geht nämlich davon aus, dass eine Auslegung der betreffenden
Allgemeinen Geschäftsbedingung und der konträren individuell getroffenen Verein-
barung bereits stattgefunden hat und es auf diesem Weg nicht zu einer Bereinigung des
Regelungskonflikts gekommen ist.¹² Von daher kann die Kollision nur auf der **Ebene der
Einbeziehung** entschieden werden. Für diese Betrachtungsweise spricht nicht nur die
gesetzliche Systematik – die benachbarten Vorschriften (§§ 305 Abs. 2, 305a und 305c
Abs. 1 BGB) befassen sich allesamt mit Einbeziehungsfragen. Vielmehr dürfte auch der
rechtsgeschäftliche Konsens der Parteien eher dahin zu beschreiben sein, dass die All-
gemeinen Geschäftsbedingungen insoweit nicht Bestandteil des Vertrages werden sollen,
als sie mit individuellen Abreden kollidieren. Anders formuliert: Die Einbeziehungsver-
einbarung hinsichtlich der privatautonom schwächer legitimierten Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen und speziell das Einverständnis des Kunden mit ihrer Geltung erstre-
cken sich von vornherein nur auf individualabredevertragliche Bedingungen.¹³

II. Voraussetzungen des Vorrangs

1. Vorliegen einer Individualabrede

- 347 Individualabreden sind solche Vertragsbedingungen bzw. einseitige Rechtsgeschäfte,¹⁴
die nicht unter den AGB-Begriff im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB fallen, weil sie **zwischen
den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt** worden sind (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3
BGB).¹⁵ Die Individualabrede kann **schriftlich, mündlich oder stillschweigend**¹⁶ getrof-
fen werden. Die Vorrangregel des § 305b BGB setzt auch nicht voraus, dass die Indi-
vidualabrede schon zum **Zeitpunkt** des Vertragsschlusses vorliegt. Auch nach Abschluss
des Vertrages getroffene Individualabreden nehmen am Vorrang teil, ohne dass es hierfür
eine Rolle spielt, ob die Parteien sich des Widerspruchs zu den Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen bewusst sind oder nicht.¹⁷ Wohl aber setzt die Vorrangwirkung einer Indi-
vidualvereinbarung deren **Wirksamkeit** voraus.¹⁸ Als Wirksamkeitsmangel kommen zB
Formverstöße oder das Fehlen der Vertretungsmacht der in die Vertragsverhandlungen
eingeschalteten Hilfspersonen in Betracht.

2. Inhaltliche Abweichung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von der Individualabrede

- 348 Der Tatbestand der Vorrangregel setzt voraus, dass zwischen den Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen und der Individualabrede nach gewissenhafter Auslegung beider
Teile ein **Regelungswiderspruch** verbleibt. In den meisten Fällen verhält es sich so, dass
die Individualabrede vom Regelungsgehalt des vorformulierten Teils zugunsten des Kun-

¹⁰ Zoller JZ 1991, 852.

¹¹ Wolf/Hau BGB § 305b Rn. 3; wohl auch Koch/Stübing AGBG § 4 Rn. 2f.

¹² So zutreffend MüKoBGB/Fornasier § 305b Rn. 2.

¹³ Wie hier im Ergebnis Wolf//Hau BGB § 305b Rn. 2; Zoller JZ 1991, 853; ähnlich BGH NJW 1984, 2468.

¹⁴ BGH NJW 1987, 2011.

¹⁵ Wolf//Hau BGB § 305b Rn. 6; geringfügig weiter fasst den Begriff der Individualabrede im Sinne des § 305b BGB Staudinger/Mäsch BGB § 305b Rn. 22.

¹⁶ BGH NJW 1986, 1807.

¹⁷ BGH NJW 2006, 138; BAG NZA 2007, 801 (803).

¹⁸ Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 11; MüKoBGB/Fornasier § 305b Rn. 5; Erman/Looschelders BGB § 305b Rn. 5; aA Koch/Stübing AGBG § 4 Rn. 3.

den abweicht. Die Rechtsposition des Kunden wird verbessert, indem ihm weitergehende Ansprüche und Rechte zugebilligt werden oder der Verwender seinerseits auf ihm nach dem Text seines Bedingungswerks zustehende Rechte verzichtet. Der Vorrang der Individualabrede ist jedoch nicht in erster Linie eine Kundenschutzbestimmung, sondern ein Kollisionsprinzip zur Auflösung von Widersprüchen. Die Vorrangregel gelangt daher auch dann zur Anwendung, wenn die mit dem Kunden getroffene Individualabrede zugunsten des Verwenders von seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen abweicht.¹⁹ Die Abweichung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur individuell getroffenen Vereinbarung kann sich in einem offen zutage liegenden, **direkten Widerspruch** oder in einem **indirekten**, der Individualabrede den Sinn nehmenden **Widerspruch** äußern.²⁰ Der Unterscheidung kommt für die Anwendung des § 305b BGB keine Bedeutung zu. Sie verdeutlicht allerdings, dass nicht nur offenkundige Textabweichungen zählen, sondern auch Sinnwidersprüche, die sich erst aus einem näheren Vergleich der Regelungsinhalte beider Vertragsteile ergeben. Einige Beispiele aus der Rechtsprechung sollen nachfolgend das Anwendungsfeld der Vorrangregel verdeutlichen:

Beispiele:

- (1) Die Klausel „Lieferfristen und Termine sind unverbindlich“ wird nicht Vertragsbestandteil, wenn die Parteien eine **konkrete Lieferfrist** oder einen bestimmten Termin vereinbaren.²¹
- (2) Die Regierungsbegründung zum AGB-Gesetz²² nennt in Anlehnung an eine Entscheidung des BGH²³ den Fall eines Grundstückseigentümers, der einen Makler mit dem Verkauf des Anwesens beauftragt. Das vom **Makler** verwendete Vertragsformular war auf einen **Alleinauftrag** zugeschnitten. Jedoch wurde in das Vertragsformular handschriftlich ein Passus eingefügt, aus dem hervorging, dass der Auftraggeber freibleiben sollte, das Anwesen auch direkt oder über einen anderen Makler zu veräußern. Auch hier setzt sich die Individualabrede durch.
- (3) Die individualvertragliche Festlegung der Parteien des Vertragsverhältnisses verdrängt regelmäßig eine entgegenstehende Klausel, die dem Verwender die Möglichkeit eröffnen soll, eine dritte Person an seiner statt als Vertragspartner einzusetzen. Eröffnen beispielsweise zwei Eheleute ein sog. „und-Konto“ und wird individuell eine nur gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis vereinbart, so wird eine „**oder-Klausel**“, die eine Auszahlung an einen der beiden Gesamtberechtigten erlauben würde, nicht Vertragsbestandteil.²⁴
- (4) Weist ein Konnossement den Charterer auf der Vorderseite deutlich hervorgehoben als Verfrachter aus, so geht dies als Individualvereinbarung der Benennung des Reeders als Verfrachter in den Konnossementsbedingungen (**Identity-of-Carrier-Klausel**) vor.²⁵
- (5) Eine individuell ausgehandelt **Festpreisvereinbarung** in einem **Gasliefervertrag** verdrängt in ihrem – ggf. durch Auslegung zu bestimmenden – Anwendungsbereich eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen niedergelegte **Wirtschaftsklausel**.²⁶

III. Rechtsfolgen des Vorrangs

Der in § 305b BGB normierte Vorrang der Individualabrede führt nach hier vertretener Ansicht (→ Rn. 346) dazu, dass die widersprechende AGB-Regelung im Kollisionsbereich nicht in den Vertrag einbezogen wird, insoweit also keine Geltung erlangt. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion steht dieser Vorgehensweise nicht entgegen, da § 305b BGB keine Wirksamkeitsschranke statuiert.²⁷ Die AGB-Regelung bleibt wirksam

348a

¹⁹ BGH NJW 1995, 1494 (1496); Zoller JZ 1991, 853; Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 25.

²⁰ Grüneberg/Grüneberg BGB § 305b Rn. 3 f.

²¹ Vgl. BGH NJW 1983, 1320; 1984, 48 f.; hierzu auch BGH NJW 2007, 1198 (1199); ferner Erman/Looschelders BGB § 305b Rn. 7.

²² BT-Drs. 7/3919, S. 20.

²³ BGHZ 49, 84 (87).

²⁴ OLG Köln NJW-RR 1990, 1007.

²⁵ BGH NJW 2007, 2036.

²⁶ BGH NJW 2013, 2745.

²⁷ BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 39.

und kann, wenn die Individualabrede später wegfällt, grundsätzlich auch wieder aufleben.²⁸

IV. Problematik der Schriftformklauseln

Literatur: Baumann, Schriftformklauseln und Individualabrede, BB 1980, 551; Hromadka, Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen, DB 2004, 1261; Kötz, Schriftformklausel, JZ 2018, 988; Lindacher, Zur Vertretungsmachtbegrenzung durch formularmäßige Schriftform- und Bestätigungsvorbehaltsklauseln, JR 1982, 1; Michalski, Schriftformklauseln in Individual- und Formularverträgen, DStR 1998, 771; Reiling, Vorkehrungen gegen Vertragsänderungen durch den Vertragspartner: Schriftformklauseln, JA 2000, 866; Roloff, Vertragsänderungen und Schriftformklauseln, NZA 2004, 1191; Schulz, Schriftformklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Jura 1995, 1; Teske, Schriftformklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1990.

1. Vorkommen und Gestaltungsformen

- 349 Der Vorrang individuell getroffener Vertragsabreden gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt – wie bereits erwähnt – ohne Rücksicht auf die Form der Individualabrede. Der Verwender muss daher damit rechnen, dass der Kunde unter Berufung auf eine mündlich getroffene Sonderabrede eine vom Klauseltext abweichende Rechtsfolge für sich reklamiert. Das kann für den Verwender vor allem dann misslich sein, wenn er an den Vertragsschlüssen nicht persönlich beteiligt ist, sondern sich hierbei bevollmächtigter Abschlussgehilfen bedient. In der Praxis trifft man daher **häufig** auf Klauseln, die darauf zielen, mündlichen Abreden die Anerkennung zu versagen oder sie doch jedenfalls nur unter erschwerten Bedingungen wirksam werden zu lassen. Ob und unter welchen Voraussetzungen solche Schriftformklauseln die intendierte Wirkung entfalten können, ist umstritten. Man wird zwei Problemkreise auseinanderhalten müssen. Zum einen ist das **Vorrangprinzip des § 305b BGB** berührt, und zum anderen darf sich eine Schriftformklausel nicht als **unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 und 2 BGB** darstellen. Ferner kommt es für die rechtliche Beurteilung auf den Regelungsgehalt der Klausel an. Dieser ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, denn Schriftformklauseln treten in unterschiedlicher Gestalt auf.²⁹

Beispiele für Schriftformklauseln

- (1) „Mündliche Abreden bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.“³⁰ (sog. **einfache Schriftformklausel**)
- (2) „Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind, auch wenn sie bereits mündlich getroffen wurden, nur wirksam, wenn sie schriftlich festgelegt und von beiden Parteien unterzeichnet worden sind. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis.“³¹ (sog. **qualifizierte oder doppelte Schriftformklausel**)
- (3) „Nebenabreden bedürfen unserer ausdrücklichen schriftlichen Bestätigung.“³² (**qualifizierte Schriftformklausel in Form einer Bestätigungsklausel**).

- 350 Nicht zu den Schriftformklauseln im engeren Sinne zählen Klauseln, in denen der Kunde erklärt, dass keine über den Vertragstext hinausgehenden mündlichen Vereinbarungen getroffen und ihm insbesondere keine weiteren Zusagen gemacht worden sind. Solche sog. **Vollständigkeitsklauseln** sind an § 309 Nr. 12 BGB zu messen (→ Rn. 682).

²⁸ CKK/Clemenz BGB § 305b Rn. 16; Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 11a.

²⁹ Überblick bei Michalski DStR 1998, 771 f.

³⁰ AGB-Klauselwerke/Thüsing, Schriftformklauseln, Rn. 1.

³¹ BAG NZA 2008, 1233.

³² Begründung des RegE BT-Drs. 7/3919, S. 20.

2. Vorrang mündlicher Abreden

Hinsichtlich des Vorrangs der Individualabrede hat sich im Schrifttum die Ansicht durchgesetzt, dass die auf Geltung des mündlich Vereinbarten angelegte Individualabrede der auf Geltungsverneinung zielenden AGB-Regelung vorgeht.³³ Der BGH hatte sich mit Schriftformklauseln bislang meist im Verbandsverfahren auseinanderzusetzen, in dem allein die §§ 307 bis 309 BGB den Prüfungsmaßstab abgeben. Gleichwohl hat der BGH in mehreren Entscheidungen deutlich gemacht, dass eine Schriftformklausel der Verbindlichkeit einer mündlichen Sonderabrede schon aufgrund des Vorrangprinzips nicht entgegensteht. Der **Vorrang der Individualabrede behauptet sich** im Übrigen auch gegenüber einer nach § 307 BGB nicht zu beanstandenden Schriftformklausel.³⁴ Ferner macht es insoweit keinen Unterschied, ob es sich um eine einfache oder qualifizierte (doppelte) Schriftformklausel handelt.³⁵ Eine einfache Schriftformklausel kann nach der Rechtsprechung im Übrigen schlicht dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass die Vertragsschließenden den Willen zum Ausdruck bringen, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet dieser Klausel gelten.³⁶ Die Vertragsparteien könnten nämlich das für eine Vertragsänderung vereinbarte Schriftformerfordernis jederzeit schlüssig und formlos aufheben.³⁷ Das soll sogar dann möglich sein, wenn die Vertragsparteien bei ihrer mündlichen Abrede an die Schriftform überhaupt nicht gedacht haben.³⁸

Allerdings ist eine wichtige Einschränkung zu beachten. Der Vorrang der Individualabrede setzt – wie bereits erwähnt – deren Wirksamkeit voraus. Daran kann es fehlen, wenn die Schriftformklausel zugleich die **Vertretungsmacht des Personals** einschränkt, dessen sich der Verwender zur Herbeiführung des Vertragsschlusses bedient. Die Beschränkung der Vertretungsmacht muss für den anderen Vertragsteil bei Abschluss des Vertrages deutlich sichtbar werden.³⁹ Dies muss nicht unbedingt in Form einer zusätzlichen Vertreterklausel geschehen.

Beispiel: „Unsere Abschlussvertreter sind nur zu schriftlichen Zusagen befugt. Mündliche Abreden bedürfen zur Gültigkeit daher der schriftlichen Bestätigung.“⁴⁰ (sog. **Vertreterklausel** in S. 1).

Einen vertretungsmachtbezogenen Regelungsgehalt weisen im Allgemeinen auch die qualifizierten Schriftformabreden in Form des Abweichungsverbots und der Bestätigungsklausel auf.⁴¹ Durch solche Klauseln kann jedenfalls die Vertretungsmacht des kaufmännischen Personals im Sinne der §§ 54, 55 HGB wirksam limitiert werden (vgl. hierzu unter dem Aspekt des § 307 BGB sogleich unter → Rn. 355). Mündliche Zusagen eines hierzu nicht bevollmächtigten kaufmännischen Angestellten können daher gegenüber dem Verwender grundsätzlich⁴² keine Wirksamkeit entfalten. Abweichende Individualabreden, die der Verwender selbst mit seinen Kunden trifft, verdrängen hingegen ohne weiteres die Schriftformklausel. Gleiches gilt, wenn die mündliche Absprache nicht mit dem Verwender selbst, wohl aber mit einem voll vertretungsberechtigten Repräsentanten des Verwenders, also zB mit einem Prokuristen oder Generalbevollmächtigten, getroffen wird.⁴³

³³ Vgl. statt vieler Wolf/Hau BGB § 305b Rn. 33.

³⁴ BGH NJW 2006, 138 f.; NJW-RR 1995, 179 (180); Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 33.

³⁵ BGH NJW 2017, 1017 Rn. 19.

³⁶ BGH NJW 1985, 320 (322).

³⁷ BAG NZA 2023, 629 Rn. 30.

³⁸ BAG NZA 2012, 81 Rn. 17.

³⁹ Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 35; Erman/Looschelders BGB § 305b Rn. 12.

⁴⁰ Michalski DStR 1998, 772.

⁴¹ Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 38.

⁴² Im Einzelfall kann sich die Vertretungsmacht allerdings aus einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht ergeben; vgl. Wolf/Hau BGB § 305b Rn. 43 mwN.

⁴³ Ulmer/Schäfer BGB § 305b Rn. 34; Erman/Looschelders BGB § 305b Rn. 12.

3. Wirksamkeit von Schriftformklauseln

354 Schriftformklauseln sind nicht schlechthin gem. § 307 BGB unzulässig. Ihre Wirksamkeit hängt vielmehr von der Ausgestaltung und dem Anwendungsbereich der konkreten Klausel ab. Unwirksam ist eine Schriftformklausel, wenn sie dazu dient, insbesondere **nach Vertragsschluss** getroffene Individualvereinbarungen zu unterlaufen, indem sie beim anderen Vertragsteil den Eindruck erweckt, eine mündliche Abrede sei entgegen allgemeinen Grundsätzen unwirksam.⁴⁴ Eine Schriftformklausel kann nämlich dadurch außer Kraft gesetzt werden, dass die Parteien deutlich den Willen zum Ausdruck bringen, die mündlich getroffene Abrede solle ungeachtet dieser Klausel gelten. Eine Klauselgestaltung, die dem Verwender die Gelegenheit eröffnet, begründete Ansprüche unter Hinweis auf eine in der Sache nicht – stets – zutreffende Darstellung der Rechtslage in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuwehren, benachteiligt den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.⁴⁵ Das gilt gleichermaßen für einfache wie für doppelte Schriftformklauseln.⁴⁶

Beispiele:

- (1) In den „**Einkaufs- und Lieferungsbedingungen**“ eines Möbelhandelsunternehmens heißt es: „Änderungen oder Ergänzungen bedürfen der Schriftform“. Diese Schriftformklausel ist so gefasst, dass der Kunde im Falle des Vorhalts der Klausel durch den Verwender von der Durchsetzung der ihm aufgrund wirksamer mündlicher Vereinbarung zustehenden Rechte abgehalten werden könnte.⁴⁷
- (2) Zu **Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen** → Rn. 1186 f.

355 Schriftformklauseln können nach der Rechtsprechung allenfalls dann einer Angemessenheitskontrolle anhand des § 307 BGB standhalten, wenn sie auf **mündliche Vereinbarungen im Vorfeld und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** zielen. Bei der Klauselüberprüfung kann insbesondere ein berechtigtes Interesse des Verwenders, sich vor vollmachtüberschreitenden Abmachungen seiner Außendienstmitarbeiter und auch vor unkontrollierten mündlichen Zusagen vertretungsberechtigter Personen vor oder bei Vertragsschluss zu schützen, durchaus anerkannt werden.⁴⁸ In jedem Fall bedarf es einer Abwägung dieses Verwenderinteresses gegenüber den Belangen des Kunden.

355a In formularmäßigen Gewerberaummietverträgen finden sich mitunter sog. **Schriftformheilungsklauseln**.

Beispiel: „Die Parteien verpflichten sich gegenseitig, ... jederzeit alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um dem gesetzlichen Schriftformerfordernis gem. § 550 BGB, insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss dieses Nachtrags sowie weiteren Nachträgen, Genüge zu tun und bis dahin den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen.“⁴⁹

355b Derartige Schriftformheilungsklauseln sind **mit** der nicht abdingbaren Vorschrift des **§ 550 BGB unvereinbar** und daher unwirksam. Sie können deshalb für sich genommen eine Vertragspartei nicht daran hindern, einen Mietvertrag unter Berufung auf einen Schriftformmangel ordentlich zu kündigen. Ausnahmsweise kann es aber dem anderen Vertragsteil nach § 242 BGB verwehrt sein, sich auf die Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts zu berufen.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, Schriftformmängel

⁴⁴ BGH NJW 1995, 1488 (1489); 2001, 292; KG NJW 2009, 3376.

⁴⁵ BGH NJW 1995, 1488 (1489).

⁴⁶ Zur doppelten Schriftformklausel zuletzt OLG Karlsruhe NJW-RR 2018, 1292.

⁴⁷ BGH NJW 1995, 1488. In diesem Sinne auch BGH NJW 2001, 292 f. zu einer Schriftformklausel in Neuwagen-Verkaufsbedingungen.

⁴⁸ BGH NJW 1991, 2559.

⁴⁹ BGH NJW 2017, 3772.

⁵⁰ BGH NJW 2017, 3772; hierzu Lindner-Figura/Reuter NJW 2018, 897.