

Für die Annahme einer **Auslegungsregel** wird geltend gemacht, dass lediglich die schon vor Inkrafttreten des AGBG geltende Rechtslage (→ Rn. 4) und mithin der dem Charakter von AGB als Rahmenordnung entsprechende Auslegungsgrundsatz einer nachrangigen Geltung kodifiziert werden sollte.³⁰ Die **Gesetzesbegründung**³¹ zu § 4 AGBG erachtete indes lediglich das Ergebnis, also den Vorrang der Individualvereinbarung, für fast selbstverständlich, äußert sich zur dogmatischen Einordnung aber nicht.³² Gegen die Einordnung als bloße Auslegungsregel spricht hingegen, dass es der Verwender dann durch eine hinreichend **deutliche Formulierung** in der Hand hätte, den lediglich im Wege der Auslegung ermittelten **Nachrang** der AGB zu **vermeiden**.³³ Für eine solche Beschränkung der Vorrangwirkung gibt der **Wortlaut** nichts her und sie wäre auch im Hinblick auf den **Normzweck** (→ Rn. 2 ff.) nicht überzeugend. Vielmehr statuiert § 305b den Vorrang der Individualvereinbarung von Gesetzes wegen und damit **parteiwillenunabhängig**.³⁴ Eine „zwingende Auslegungsregel“³⁵ wäre eine *contradictio in adjecto*.

Richtigerweise statuiert § 305b daher ein zwingendes gesetzliches **Rangverhältnis**, das auf der **schwächeren** privatautonomiebezogenen **Legitimation von AGB** beruht, deren Einbeziehung sich nach überwiegender Auffassung als Inanspruchnahme einseitiger Vertragsgestaltungsmacht durch den Verwender darstellt (allgemein zum Schutzzweck des AGB-Rechts → Vor § 305 Rn. 9 ff.).³⁶ Insofern ließe sich auch von einer „Kollisionsnorm eigener Art“ sprechen.³⁷ Der Nachrang führt aber nicht zur **Unwirksamkeit** der kollidierenden AGB, sondern lediglich zu deren (temporärer) **Verdrängung** (zum uneinheitlichen Sprachgebrauch des BGH → Rn. 6).³⁸ Die Individualvereinbarung genießt, vergleichbar dem Unionsrecht gegenüber dem nationalen Recht, lediglich Anwendungs-, nicht hingegen Geltungsvorrang, sodass die betroffenen AGB nach **Wegfall der Kollision** – namentlich durch Aufhebung der Individualvereinbarung – **wieder aufleben** (→ Rn. 56).³⁹

Für die Annahme einer bloßen Verdrängung spricht hierbei aus **AGB-spezifischer** Sicht, dass die über die konkrete Kollisionslage hinausreichende AGB-typische **Gesamtunwirksamkeit** der fraglichen Klausel bzw. das **Verbot der geltungserhaltenden Reduktion** (→ § 306 Rn. 56 ff.) vorliegend teleologisch unpassend sind, da die Individualvereinbarung nur innerhalb ihres sachlichen und zeitlichen Regelungsbereichs Vorrang beansprucht und gegen die Geltung der wirksamen Klausel (→ Rn. 47) im Übrigen nichts einzuwenden ist.⁴⁰ Beim **nachträglichen** Eintritt einer **Kollisionslage** (→ Rn. 38) müsste zudem vom **nachträglichen Unwirksamwerden** der AGB ausgegangen werden, was in Widerspruch zur **allgemeinen Zivilrechtssystematik** stünde.⁴¹ Beispielhaft sei insofern auf die Sittenwidrigkeitsprüfung (§ 138 Abs. 1) von **Eheverträgen**⁴² und gesellschaftsrechtlichen **Abfindungsklauseln**⁴³ verwiesen: Der nachträgliche Eintritt der Sittenwidrigkeit – sei es durch Veränderung der Umstände oder der Anschauungen – führt nicht zur nachträglichen, endgültigen Unwirksamkeit der Regelung, sondern beschränkt lediglich die Möglichkeit

³⁰ Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 7; vgl. auch Soergel/Stein AGBG § 4 Rn. 1 („keine Änderung der bisherigen Rechtslage“).

³¹ BT-Drs. 7/3919, 20.

³² Bauerdick S. 69 f.; Zoller JZ 1991, 850 (852); zum eigenständigen Charakter von § 305b bzw. § 4 AGBGB vgl. auch Coester DB 1982, 1551 (1552).

³³ Soergel/Fritzsche § 305b Rn. 1; Zoller JZ 1991, 850 (852).

³⁴ Bauerdick S. 73; Stoffels Rn. 346; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 2; Zoller JZ 1991, 850 (852).

³⁵ In diese Richtung BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 3.1.

³⁶ Vgl. Zoller JZ 1991, 850 (853); vgl. zur schwächeren Legitimation von AGB auch BGH VIII ZR 47/12, NJW 2013, 2745 Rn. 22; PWW/Berger § 305b Rn. 1; Spruß S. 273; Stoffels Rn. 344. Zum Gesetzesauslegungsgrundsatz „lex superior derogat legi inferiori“ vgl. Möllers § 4 Rn. 135.

³⁷ Erman/Looschelders § 305b Rn. 1.

³⁸ BAG 9 AZR 382/07, BAGE 126, 364 Rn. 28 = NJW 2009, 316; NK-BGB/Kollmann § 305b Rn. 3; Bieder SAE 2007, 379; Wolf ZIP 1987, 341 (344); aA Zoller JZ 1991, 850 (854).

³⁹ Vgl. Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 18.

⁴⁰ IERG ebenso BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 39.

⁴¹ Eingehend dazu Rodi S. 37 ff.

⁴² Vgl. BGH XII ZR 265/02, BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 (935).

⁴³ Vgl. BGH II ZR 104/92, BGHZ 123, 281 = NJW 1993, 3193.

des Begünstigten, sich derzeit (umfassend) auf diese zu berufen.⁴⁴ Ergänzend lässt sich auch ein Vergleich zum **Verhältnis** von **dispositivem Gesetzesrecht** und der dieses abbedingenden **rechtsgeschäftlichen Regelung** ziehen: Das dispositive Gesetzesrecht ist zwar nachrangig und durch die vorrangige rechtsgeschäftliche Regelung verdrängt, aber selbstverständlich nicht unwirksam.⁴⁵

III. Anwendungsbereich

- 11 **1. Persönlich.** § 305b findet im **unternehmerischen Rechtsverkehr** – vorbehaltlich der Bereichsausnahmen in § 310 Abs. 4 S. 1 (→ Rn. 12 f.) – uneingeschränkte Anwendung;⁴⁶ die **Bereichsausnahme** für **professionelle Finanzmarktakteure** in § 310 Abs. 1a beschränkt sich auf die Inhaltskontrolle und gilt **nicht** für § 305b.⁴⁷ Insbesondere ist die hinter dem statuierten Rangverhältnis stehende Annahme der schwächeren privatautonomiebezogenen Legitimation von AGB (→ Rn. 2, 9) auch im unternehmerischen Rechtsverkehr berechtigt, da Unternehmer zwar eine **größere Geschäftserfahrung** als Verbraucher aufweisen, für sie im Regelfall aber ebenfalls aufgrund des mit der detaillierten Prüfung sämtlicher AGB der Gegenseite verbundenen Aufwands ein diesbezügliches **Motivationsgefälle** bzw. **Transaktionskosten-Vertragswert-Missverhältnis**⁴⁸ sowie potentiell eine **Verhandlungsimparität** aufgrund wirtschaftlicher Überlegenheit des Verwenders besteht (allgemein zum Schutzzweck des AGB-Rechts → Vor § 305 Rn. 9 ff.).⁴⁹
- 12 **2. Sachlich. a) Reichweite der Bereichsausnahme.** Die **Bereichsausnahme** nach § 310 Abs. 4 S. 1 (→ § 310 Rn. 64 ff.) greift unzweifelhaft ein, wenn sowohl Individualvereinbarung als auch AGB die ausgenommenen Rechtsgebiete betreffen.⁵⁰ Ob es diesbezüglich überhaupt zu einem **Auseinanderfallen** – nur AGB oder nur Individualabrede von § 310 Abs. 4 S. 1 erfasst – kommen kann,⁵¹ erscheint fraglich und hängt von der Vorfrage ab, ob für das Eingreifen der Bereichsausnahme maßgeblich auf die **formale Einkleidung** der Erklärung – zB innerhalb eines Erb- bzw. Gesellschaftsvertrags – oder auf ihren **sachlichen Bezugspunkt** – der für AGB und Individualvereinbarung notwendigerweise identisch ist, gäbe es doch sonst keine Kollision – abgestellt wird.
- 13 Obgleich § 305b den Fokus – auch seiner amtlichen Überschrift nach – auf den Vorrang der Individualabrede legt, erscheint für die Anwendung von § 310 Abs. 4 S. 1 der implizit vorgesehene spiegelbildliche **Nachrang** der AGB als **entscheidend**. Denn zwar ist § 310 Abs. 4 S. 1 offen formuliert („Verträge“), doch bezieht sich der auszuschließende Abschnitt über das AGB-Recht (§§ 305 ff.) generell auf die Behandlung von AGB, sodass unter „Verträge“ aus **systematischer**, aber auch aus teleologischer Sicht „die die AGB enthaltenden Verträge“ zu verstehen ist. Demgegenüber stellt die durch § 305b notwendigerweise erfolgte **Mitregelung** von **Individualvereinbarungen** einen **Fremdkörper** in dem auf AGB bezogenen AGB-Recht dar.⁵² Für die **Verwirklichung von § 310 Abs. 4 S. 1** kommt es somit darauf an, ob die **AGB** der Bereichsausnahme unterfallen, wohingegen die

⁴⁴ Vgl. auch Medicus NJW 1995, 2577 (2578 f.), wonach dem Einwand der nachträglichen Sittenwidrigkeit beispielsweise durch freiwillige Ermäßigung der Forderung die Grundlage entzogen werden kann.

⁴⁵ Bieder SAE 2007, 379; vgl. auch Helm FS Schnorr von Carolsfeld, 1972, 125 (142).

⁴⁶ BGH II ZR 15/89, NJW-RR 1990, 613; Bauerdick S. 209; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 4; Staudinger/Masch § 305b Rn. 1.

⁴⁷ Vgl. auch Herresthal ZIP 2023, 1873 (1876).

⁴⁸ Vgl. auch Eidenmüller JZ 2005, 216 (222); Leuschner AcP 207 (2007), 491 (505): „rationale Ignoranz“.

⁴⁹ Eingehend Wendland S. 759 ff.

⁵⁰ Bauerdick S. 239; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 24.1.

⁵¹ Vgl. BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 24.1 [Stand: 1.4.2023] zu einem mit vielen Prämissen versehenen, durch die WEG-Reform potentiell überholten – in der aktuellen Auflage jedenfalls nicht mehr vorzufindenden – Beispiel.

⁵² Vgl. auch Spruß S. 271; Zoller JZ 1991, 850 (852).

Qualifizierung der **Individualvereinbarung** ohne Bedeutung ist.⁵³ Der Vorrang der Individualabrede mag sich bei Unanwendbarkeit von § 305b je nach Konstellation aber im Wege der **Auslegung** ergeben (→ Rn. 3; vgl. auch → § 310 Rn. 115).⁵⁴

b) Übereinstimmendes Klauselverständnis. Der BGH hat verschiedentlich auf § 305b 14 Bezug genommen, um hiermit einen **Vorrang** des übereinstimmenden **subjektiven Klauselverständnisses** der Parteien gegenüber der **objektiven Auslegung** zu begründen,⁵⁵ doch hat dies richtigerweise nichts mit § 305b zu tun, sondern ist schlicht ein Anwendungsfall der **vorrangigen natürlichen Auslegung** (→ § 305c Rn. 113).⁵⁶ Zwar könnten die Parteien durchaus – auch konkludent – eine „**Interpretationsabrede**“ schließen,⁵⁷ doch handelte es sich hierbei im Regelfall um eine **bloße Fiktion**.⁵⁸

c) Anwendung auf das Verhältnis von AGB. Der BGH hat § 305b bzw. § 4 AGBG in 15 einer – soweit ersichtlich allerdings singulären – Entscheidung zudem entsprechend auf das **Verhältnis** von **ursprünglichen** und nachträglich **hinzugefügten AGB-Bestandteilen** angewendet und Letzteren den Vorrang eingeräumt.⁵⁹ Dies hat zu Recht überwiegend **Ablehnung** erfahren.⁶⁰ Zwar ist § 305b auch Ausdruck des Vorrangs der **spezielleren Regelung** (→ Rn. 3),⁶¹ doch ist die zeitliche Abfolge nicht das insofern entscheidende Spezifitätskriterium (→ Rn. 38), sondern das strukturelle, **legitimationsbedingte Rangverhältnis** zwischen AGB und Individualvereinbarungen (→ Rn. 9). Ein solches Rangverhältnis besteht zwischen verschiedenen AGB aber gerade nicht.⁶²

Die **Auslegung** mag freilich im Regelfall einen Vorrang der nachträglich eingefügten 16 Klausel ergeben (zum „lex posterior“-Grundsatz → Rn. 3), wobei hierfür aufgrund der größeren Aktualität des später geäußerten Willens **kein konkreter Wille zur Derogation** der älteren Regelung bzw. ein Bewusstsein der Kollision zu fordern ist.⁶³ Die zeitliche Abfolge ist aber kein zwingendes Kriterium, etwa wenn die zuerst einbezogenen AGB ersichtlich **speziellere Sonderbedingungen** darstellen (vgl. dazu etwa Nr. 1 Abs. 1 S. 2 AGB-Banken). Verbleiben **Unklarheiten**, greift § 305c Abs. 2 ein (→ § 305c Rn. 128).⁶⁴

d) Einseitige Erklärungen. § 305b betrifft nach seinem Wortlaut lediglich Vertrags- 17 abreden, wird verbreitet aber auch (entsprechend) auf **einseitige Rechtsgeschäfte** bzw. **Vertragsofferten** angewendet (zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben → Rn. 39 ff.).⁶⁵ Richtig ist hieran, dass das AGB-Recht grundsätzlich auch bei Bezug zu einseitigen

⁵³ AA Bauerdick S. 239 f. und BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 24.1, die eine Anwendung von § 305b für den Fall bejahen, dass die AGB der Bereichsausnahme unterfallen, nicht aber die Individualvereinbarung.

⁵⁴ Bauerdick S. 240.

⁵⁵ Vgl. etwa BGH IVa ZR 31/82, NJW 1983, 2638; III ZR 55/94, NJW 1995, 1494 (1496); V ZR 405/00, NJW 2002, 2102; IV ZR 54/05, VersR 2006, 1246 Rn. 15; MüKoBGB/Fornasier § 305c Rn. 40.

⁵⁶ Bauerdick S. 155 f.; Stoffels Rn. 361; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305c Rn. 104; vgl. auch OLG Rostock 6 U 175/97, NZG 1999, 844 (845).

⁵⁷ BGH IVa ZR 31/82, NJW 1983, 2638; VIII ZR 122/90, BGHZ 113, 251 = NJW 1991, 1604 (1606); BGH VIII ZR 224/13, NJW-RR 2015, 264 Rn. 31.

⁵⁸ Dammann GS Wolf, 2011, 11 (22 f.).

⁵⁹ BGH III ZR 172/90, BeckRS 1991, 31064252; ebenso Böhle JuS 2019, 523 (527); Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 24, auch zum Verhältnis von Haupt- und Nebenabreden; vgl. auch Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 22 unter Zugrundelegung eines weiten Verständnisses von Individualabrede (→ Rn. 34).

⁶⁰ Vgl. Bauerdick S. 1174 f.; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 5; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 5; jurisPK-BGB/Lapp/Salamon § 305b Rn. 6; Spruß S. 284; Soergel/Fritzsche § 305b Rn. 2, 5; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 6.

⁶¹ Maßgeblich hierauf abstellend Böhle JuS 2019, 523 (527).

⁶² Bauerdick S. 175; Spruß S. 284.

⁶³ Soergel/Fritzsche § 305b Rn. 5; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 6; aA BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 5.

⁶⁴ Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 6.

⁶⁵ BGH III ZR 84/86, NJW 1987, 2011; AG Freudenstadt 4 C 798/91, NJW-RR 1994, 238 (239); BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 25; Erman/Looschelders § 305b Rn. 4; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 1; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 10a; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 7.

Erklärungen anwendbar ist (→ § 305 Rn. 9 ff.). Ein **genereller Vorrang** der Individualerklärung, wie ihn § 305b für Individualvereinbarungen statuiert, wäre indes bereits im Ansatz **verfehlt**: Sollten die Parteien etwa unabhängig von den in den AGB vorgesehenen Einschränkungen kündigen dürfen, weil individuelle Erklärungen den AGB-Regeln vorgehen? Bei näherer Betrachtung geht es bei der potentiellen Anwendung von § 305b auf einseitige Erklärungen vielmehr um **spezifische Sachfragen**, deren Beantwortung aber richtigerweise außerhalb des § 305b zu suchen ist.

- 18 Bei einseitigen **Erklärungen des Verwenders** ließe sich zwar anführen, dass die Individualerklärung möglicherweise spezieller als die AGB sei. Es geht bei § 305b aber nicht entscheidend um die **Spezialität**, sondern um das durch die schwächere **Legitimation** von AGB begründete Rangverhältnis (→ Rn. 9). Die **Individualerklärung** des Verwenders weist im Verhältnis zu den von ihm entworfenen oder jedenfalls gestellten AGB indes **keine gesteigerte** privatautonomiebezogene **Legitimation** auf, da das Legitimationsdefizit lediglich auf Seiten des Klauselgegners besteht und dieser an der einseitigen Erklärung des Verwenders – im Gegensatz zur Einbeziehung der AGB – überhaupt nicht beteiligt ist.
 - 19 Sofern der Verwender ihrem **äußeren Anschein** nach bindende **Angebote** durch **Vorbehalte** in den AGB zu entkräften versucht oder sich umgekehrt der Bindungswille erst aus den AGB ergibt,⁶⁶ mag hier § 305c Abs. 1 eingreifen (→ § 305c Rn. 60 ff.), ein Anwendungsfall von § 305b ist es nach dem Gesagten nicht.⁶⁷ Auch die Konstellation, dass ein **Verhalten** des Verwenders im Rahmen der **Vertragsverhandlungen** beim Klauselgegner bestimmte, vom objektiven Inhalt der AGB **abweichende Vorstellungen hervorruft**,⁶⁸ ist – sofern hieraus keine Individualvereinbarung resultiert – keine Frage von § 305b, sondern eine der Versubjektivierung der nach hM objektiven **Auslegung** der AGB (→ § 305c Rn. 112). Daneben hat das individuelle Vertragsverhalten auch Bedeutung für die Anwendung von **§ 305c Abs. 1** (→ § 305c Rn. 67 ff.).
 - 20 An eine Anwendung von § 305b denken könnte man hingegen bei einseitigen **Erklärungen des Klauselgegners**, wie etwa in dem Fall, dass bei der Erteilung einer **Kontovollmacht** mittels eines Bankvordrucks mündliche Einschränkungen der Bevollmächtigung erfolgt sind.⁶⁹ Allerdings besteht auch hier **keine Regelungslücke**, da das Verhalten des Klauselgegners als **erwartungshorizontprägender Begleitumstand** im Rahmen des **§ 305c Abs. 1** zu berücksichtigen ist (→ § 305c Rn. 67 ff.).
 - 21 Als einen Sonderfall der Anwendung von § 305b auf **einseitige Handlungen des Verwenders** ließe sich die vereinzelt vertretene Auffassung ansehen, die Lösung des Problems der **Heilung einer intransparenten Klausel** durch begleitende **individuelle Aufklärung** ergebe sich aus einer Analogie zu § 305b bzw. § 4 AGBGB.⁷⁰ Da § 305b auf einseitige Handlungen des Verwenders aber nicht passt (→ Rn. 18), ist diese Frage ohne Rekurs auf § 305b zu klären.⁷¹
- 21a **e) Musterfeststellungsklagen.** **Musterfeststellungsklagen** nach dem VDuG beziehen sich zwar primär auf den B2C-Bereich, nach § 1 Abs. 2 VDuG gelten **kleine Unternehmer** aber als **Verbraucher**. § 305b BGB bewirkt in diesem Kontext, dass das Vorliegen einer vorrangigen **Individualabrede** die **Bindungswirkung** eines Musterfeststellungsurteils (§ 11 Abs. 3 VDuG) insofern **ausschließt** und im Individualverfahren geklärt werden muss.⁷²

⁶⁶ Siehe die Beispiele bei Schmidt-Salzer Rn. E.19 (2) sowie (6); Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 1.

⁶⁷ AA Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 1; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 10a; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 7.

⁶⁸ Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 10a.

⁶⁹ Vgl. BGH III ZR 84/86, NJW 1987, 2011.

⁷⁰ So Köndgen NJW 1989, 943 (951); abl. vHoyningen-Huene Rn. 203.

⁷¹ Vgl. dazu Staudinger/Wendland § 307 Rn. 202 ff.

⁷² BGH XI ZR 234/20, BGHZ 231, 215 = NJW 2022, 311 Rn. 80, 83. Feldhusen ZIP 2020, 2377 (2385).

IV. Verhältnis zu anderen Vorschriften

1. § 305 Abs. 1 S. 3. § 305 Abs. 1 S. 3 (→ § 305 Rn. 46 ff.) ist gegenüber § 305b logisch **vorrangig**.⁷³ Denn § 305b setzt eine Kollision zwischen einer Individualvereinbarung und einer AGB voraus (zur Anwendung auf das Verhältnis kollidierender AGB → Rn. 15); die hierfür zu klärende Vorfrage, ob eine AGB vorliegt, richtet sich aber nach § 305 Abs. 1 und damit auch nach § 305 Abs. 1 S. 3 (zur Bedeutung dieser Norm für das Vorliegen einer Individualabrede iSv § 305b → Rn. 33 f.). 22

2. § 305c Abs. 1. Begreift man § 305b nicht als negative Einbeziehungsvoraussetzung (→ Rn. 7), ist **§ 305c Abs. 1 vorrangig**, da die von § 305b tatbestandlich vorausgesetzte Kollision nur eintreten kann, wenn die AGB wirksam in den Vertrag **einbezogen** wurde (→ Rn. 47).⁷⁴ Im Ergebnis bedeutet dies freilich keinen Unterschied gegenüber der Annahme einer **Gleichrangigkeit**,⁷⁵ da es dem Gericht trotz dogmatischer Vorrangigkeit der Einbeziehungskontrolle natürlich im konkreten Fall grundsätzlich (zu bestehenden Unterschieden → Rn. 25) freisteht, die **Frage der Einbeziehung** im Hinblick auf eine eindeutige Verwirklichung von § 305b **dahinstehen zu lassen**.⁷⁶ 23

Eine potentielle **Wechselwirkung** zwischen § 305b und § 305c Abs. 1 besteht insofern, als sich der **Überraschungscharakter** der Klausel nach verbreiteter Auffassung gerade aus ihrer **Abweichung** von der durch eine **Individualvereinbarung geschaffenen Erwartungshaltung** des Klauselgegners ergeben kann.⁷⁷ Diese Annahme ist bei **isolierter Betrachtung von § 305c Abs. 1** durchaus stimmig, da für die Ermittlung des überraschenden Charakters **sogar einseitige Erklärungen** im Rahmen der Vertragsverhandlungen beachtlich sind (→ § 305c Rn. 67), was dann **aber erst recht** für eine bindende und damit den Erwartungshorizont noch stärker prägende **zweiseitige Individualvereinbarung** gelten müsste. Allerdings können Normen nicht rein isoliert betrachtet werden, sondern es muss auch das **systematische Verhältnis zu anderen Vorschriften** Berücksichtigung finden.⁷⁸ Eine extensive Anwendung des – zumal vorrangig zu prüfenden (→ Rn. 23) – § 305c Abs. 1 würde **§ 305b nahezu jeglichen Anwendungsbereichs berauben**. Eine Ausnahme bestünde lediglich für den Sonderfall, dass der Überraschungscharakter durch eine **individuelle Aufklärung beseitigt** wurde (→ § 305c Rn. 75 ff.), sowie bei einer erst **nachträglichen Individualvereinbarung** (→ Rn. 38).⁷⁹ 24

Unabhängig von dem **allgemeinen Auslegungstopos**, dass Normen im Zweifel so auszulegen sind, dass ihnen ein **Anwendungsbereich verbleibt**,⁸⁰ spricht gegen ein solches Ergebnis, dass § 305b gerade für die **Auflösung der Kollision von Individualvereinbarungen und AGB geschaffen** wurde, wohingegen § 305c Abs. 1 diesen Gesichtspunkt – neben vielen – **lediglich miterfasst**. Als sachnähere und **speziellere Regelung** muss § 305b zudem im Hinblick auf dessen **spezifische Rechtsfolgen der Vorrang** eingeräumt werden, die andernfalls unterlaufen würden. So ist die von § 305b statuierte **Verdrängung** der kollidierenden AGB nur **temporärer Natur** (→ Rn. 55 f.), wohingegen eine über- 25

⁷³ BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 2; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 2; vgl. auch BGH III ZR 84/86, NJW 1987, 2011; IX ZR 30/91, NJW-RR 1992, 884.

⁷⁴ Bauerdick S. 96; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 11; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 8; Soergel/Fritzsche § 305b Rn. 4 (bezüglich § 305); Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 2; vgl. auch BGH V ZR 282/85, BGHZ 99, 203 = NJW 1987, 1636 (1637).

⁷⁵ So Bauerdick S. 96; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 3.

⁷⁶ BGH VII ZR 255/88, NJW-RR 1990, 371; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 11; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 8; Spruß S. 276; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 2.

⁷⁷ OLG Köln 1 U 101/99, MDR 2000, 1365; BeckOGK/Bonin BGB § 305c Rn. 22; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305c Rn. 11; Staudinger/Mäsch § 305c Rn. 46; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305c Rn. 10; aA MüKoBGB/Formasier § 305c Rn. 9; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305c Rn. 4.

⁷⁸ Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305c Rn. 4.

⁷⁹ BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 13.

⁸⁰ Möllers § 5 Rn. 54.

raschende Klausel endgültig nicht Vertragsbestandteil wird (→ § 305c Rn. 83). Ferner kann sich § 305b im Gegensatz zu § 305c Abs. 1 (→ § 305c Rn. 84) auch **zugunsten des Verwenders** auswirken (→ Rn. 50 ff.). Der so begründete **Vorrang von § 305b vor § 305c Abs. 1** beschränkt sich nicht auf das Vorliegen einer Individualvereinbarung, sondern **erstreckt sich** auch auf die mit dem Abschluss einer Individualvereinbarung regelmäßig einhergehenden **Vertragsverhandlungen**, die zur Wahrung des systematischen Verhältnisses ebenfalls nicht als Anknüpfungspunkt für die Annahme einer überraschenden Klausel dienen können. Beim Vorliegen einer Individualvereinbarung ist § 305c Abs. 1 daher nur von Bedeutung, wenn sich der **Überraschungscharakter aus sonstigen Umständen** ergibt.⁸¹ Das schließt es – sofern nicht die spezifischen Rechtsfolgen von § 305b in Rede stehen – aus Gründen der **Prozessökonomie** aber nicht aus, die Unverbindlichkeit der Klausel **wahlweise auf § 305b und § 305c Abs. 1** zu stützen, ohne zwingend entscheiden zu müssen, ob die erwartungshorizontprägenden Vertragsverhandlungen letztlich in eine Individualvereinbarung mündeten oder nicht.⁸²

- 26 **3. § 305c Abs. 2.** Begreift man § 305b nicht als Auslegungsregel (→ Rn. 8), besteht **kein unmittelbares Konkurrenzverhältnis** zu § 305c Abs. 2 (zur Bedeutung der Existenz von § 305b für die Anwendung von § 305c Abs. 2 → Rn. 4). Die Unklarheitenregelung ist für die Anwendung von § 305b aber insofern von prinzipieller Bedeutung, als die erforderliche **Feststellung einer Kollision** von Individualvereinbarung und AGB eine **Auslegung** der beiden Abreden erfordert und hinsichtlich der AGB § 305c Abs. 2 eingreift,⁸³ wenngleich dies **ohne effektive Bedeutung** ist (→ Rn. 46). Da die **Existenz der Individualvereinbarung** nach der herrschenden objektiven Auslegung von AGB grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist (→ § 305c Rn. 112 ff., 117 f.), kann sich aus dieser **nicht** die **für § 305c Abs. 2 erforderliche Unklarheit** der AGB ergeben.⁸⁴
- 27 **4. § 307 Abs. 1.** Ebenso wie die Einbeziehungskontrolle (→ Rn. 23) ist die **Inhalts- und Transparenzkontrolle** (§ 307 Abs. 1) der Anwendung von § 305b **vorgelagert**, da nur bei Wirksamkeit der AGB die tatbestandlich vorausgesetzte Kollision eintreten kann.⁸⁵ Dem Gericht steht es trotz der dogmatischen Vorrangigkeit der Inhaltskontrolle im konkreten Fall aber dennoch grundsätzlich (zum nachträglichen Entfallen der Kollision → Rn. 56) frei, die **Frage der Wirksamkeit** der Klausel im Hinblick auf eine eindeutige Verwirklichung von § 305b **dahinstehen zu lassen**.⁸⁶
- 28 Gerade im unternehmerischen Rechtsverkehr kommt § 305b im Verhältnis zur Inhaltskontrolle eine besondere Bedeutung zu, da die verschiedenen auch zum Schutz der **Effizienz von Individualvereinbarungen** bestehenden **besonderen Klauselverbote**, wie etwa §§ 308 Nr. 1, 3, 4, 309 Nr. 1,⁸⁷ hier gem. § 310 Abs. 1 S. 1 keine unmittelbare Anwendung finden (→ § 310 Rn. 26 ff.) und die **allgemeine Inhaltskontrolle** nach 307 Abs. 1 S. 1 insofern eher **restriktiv** zu handhaben ist.⁸⁸ Soweit sich die **Klauseln** allerdings direkt **gegen das Vorrangprinzip** richten, müssen sie sich an §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 307 Abs. 1 S. 1 messen lassen, da § 305b **Leitbildfunktion** zukommt (zum bloßen Fehlen

⁸¹ MüKoBGB/Fornasier § 305c Rn. 9; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305c Rn. 4.

⁸² Vgl. BGH IX ZR 102/93, NJW 1994, 1656 (1657).

⁸³ Bauerdick S. 97; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 2.

⁸⁴ BGH II ZR 15/89, NJW-RR 1990, 613; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 14; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 4.

⁸⁵ BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 19; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 2a; aA (für Gleichrangigkeit) Soergel/Fritzsche § 305b Rn. 4; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 4.

⁸⁶ BGH VIII ZR 84/82, NJW 1984, 48 (48 f.), der aber anerkennt, dass die Frage der Wirksamkeit möglicherweise vorrangig sei; Bauerdick S. 99 f.; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 19; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 8; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 5; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 2a; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 4.

⁸⁷ Eingehend hierzu Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 6 ff.

⁸⁸ Wolf ZIP 1987, 341 (344).

einer ausdrücklichen Nachrangklausel → Rn. 4).⁸⁹ Das ist insbesondere für **Schriftformklauseln** von Bedeutung (→ Schriftformklauseln Rn. 38 ff.). **Vollständigkeitsklauseln** („Mündliche Nebenabreden bestehen nicht“) geben nach ständiger Rechtsprechung hingegen lediglich – deklaratorisch – die ohnehin eingreifende Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der schriftlichen Vertragsurkunde wieder, begründen aber keine – mit § 305b konfligierende – unwiderlegbare Vermutung für das Nichtbestehen mündlicher Abreden bzw. die Nichtgeltung von Absprachen der Parteien aus dem Stadium der vertragsanbahnenden Verhandlungen.⁹⁰

5. § 5 VVG. Gemäß § 5 Abs. 1 VVG gelten im **Versicherungsschein** enthaltene **Abweichungen** von vorher getroffenen Vereinbarungen zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer als **genehmigt**, wenn der letztere nicht innerhalb eines Monats nach Erhalt des Versicherungsscheins und einer diesbezüglichen Belehrung **widerspricht** (zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben → Rn. 39 ff.). Diese Genehmigungsfiktion ist prinzipiell geeignet, den **Vorrang individuell** getroffener **Abreden** zu **unterlaufen**.⁹¹ Allerdings enthält der **Versicherungsschein** im Regelfall nicht selbst die AVB, sondern **verweist** lediglich auf diese, sodass § 5 VVG insofern **keine Anwendung** findet.⁹² Darüber hinaus ist die Genehmigungsfiktion im vorliegenden Kontext auch deshalb praktisch nicht bedeutsam, da sie nach § 5 Abs. 2 S. 2 VVG voraussetzt, dass der Versicherungsnehmer auf **jede Abweichung** explizit **hingewiesen** wird.⁹³

V. Abdingbarkeit

Dass § 305b **nicht durch AGB abbedungen** werden kann, ist fast schon eine bare **Selbstverständlichkeit**, wäre die Verdrängung des Vorrangs der Individualabrede durch AGB doch nahezu ein Widerspruch in sich (zur Leitbildfunktion der Regelung → Rn. 28).⁹⁴

Aber auch eine **individualvertragliche Abbedingung** ist **abzulehnen**.⁹⁵ Hierfür spricht schon die generelle Indispositivität des – auch im unternehmerischen Rechtsverkehr – **zwingenden AGB-Rechts**.⁹⁶ Auch aus teleologischer Sicht lässt sich eine Abbedingung nicht etwa mit dem Argument rechtfertigen, dem **Zweck der Norm**, AGB nur insoweit Geltung einzuräumen, als die von den Parteien getroffene Individualabrede dafür Raum lässt (→ Rn. 2), sei genüge getan, weil die **Parteien** durch die individuelle Abrede über den **Inhalt des Vertrags entschieden** hätten.⁹⁷ Denn das **Einverständnis des Kunden** mit dem fehlenden Vorrang bzw. je nachdem sogar Nachrang („Es gelten stets unsere AGB, abweichende Vereinbarungen sind unwirksam“⁹⁸) jeglicher Individualvereinbarungen ist ebenso **globaler Natur** wie das Einverständnis mit der Geltung der AGB überhaupt, weshalb der Schutz der spezifischen Individualabreden (→ Rn. 2 f.) auch hier erforderlich ist. So hat der BGH etwa auch die individualvertragliche **Deklaration eines Vertrags als Individualvertrag** für **unwirksam** erachtet.⁹⁹

⁸⁹ BGH VII ZR 276/83, BGHZ 92, 24 = NJW 1984, 2468 (2469); BGH XII ZR 312/02, BGHZ 164, 133 = NJW 2006, 138; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 17; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 19; Soergel/Fritzschke § 305b Rn. 4; Teske S. 281.

⁹⁰ BGH VIII ZR 238/84, NJW 1985, 2329 (2331); BGH III ZR 203/98, NJW 2000, 207; BGH XII ZR 92/19, NJW-RR 2021, 872 Rn. 13.

⁹¹ Erman/Looschelders § 305b Rn. 3; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 18; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 13; aA BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 7; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 16.

⁹² MüKo/Armbrüster VVG § 5 Rn. 20; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 16.

⁹³ MüKo/Armbrüster VVG § 5 Rn. 20; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 18.

⁹⁴ BGH XII ZR 92/19, NJW-RR 2021, 872 Rn. 13; OLG Frankfurt a. M. 12 U 136/10, BeckRS 2012, 7451; Bauerdick S. 105; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 20; Zoller JZ 1991, 850 (852).

⁹⁵ Bauerdick S. 106 f.; aA BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 21.

⁹⁶ BGH VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 = NJW 2014, 1725 Rn. 28; Stoffels Rn. 91; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Habersack Vor. §§ 305 ff. Rn. 53.

⁹⁷ So aber BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 21.

⁹⁸ Vgl. BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 21.

⁹⁹ BGH VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 = NJW 2014, 1725 Rn. 28 ff.

B. Tatbestand

- 32 § 305b enthält keine expliziten tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern normiert unmittelbar **lediglich die Rechtsfolge** der Vorrangigkeit von individuellen Abreden gegenüber AGB (→ Rn. 55). Implizit setzt die normierte Vorrangigkeit aber zum einen das Vorliegen einer **individuellen Abrede** (→ Rn. 33 ff.), zum anderen deren **Kollision** mit einer AGB voraus (→ Rn. 42 ff.).

I. Individuelle Abrede

- 33 **1. Definition.** § 305b **definiert** den Begriff der **individuellen Abrede nicht**. Es handelt sich hierbei aber schon angesichts des Normzwecks (→ Rn. 2) ersichtlich um ein **Antonym** zum Begriff der **AGB**, denen gegenüber der Vorrang statuiert werden soll.¹⁰⁰ Als **individuelle Abrede** bzw. Individualvereinbarung ist daher jede Abrede anzusehen, die **nicht unter § 305 Abs. 1 fällt**, sei es mangels **Vorformulierung** (→ § 305 Rn. 12 ff.) für eine **Vielzahl von Fällen** (→ § 305 Rn. 18 ff.), mangels **Stellens** (→ § 305 Rn. 27 ff.) oder wegen eines **Aushandelns** gem. § 305 Abs. 1 S. 3 (→ § 305 Rn. 46 ff.).¹⁰¹
- 34 Teilweise werden – **enger** – **nur** die iSv § 305 Abs. 1 S. 3 im **einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingungen** als Individualvereinbarung iSv § 305b anerkannt.¹⁰² Nach der Gesetzessystematik besteht der Vorrang aber für sämtliche Abreden, die nicht den „Makel“ der Klassifizierung als AGB und damit keine relativ **schwächere privatautonomiebezogene Legitimation** aufweisen (→ Rn. 2, 9). Aus diesem Grund ist umgekehrt auch das vereinzelt vertretene **weite** Verständnis der individuellen Abrede abzulehnen, wonach der in § 305b statuierte **Vorrang** für alles – und mithin **auch für AGB** – gelte, was innerhalb eines sich als Einheit begreifenden Klauselwerks **spezielleren Charakter** habe (zur Ablehnung einer entsprechenden Anwendung von § 305b auf die Konkurrenz von AGB → Rn. 15).¹⁰³
- 35 Eine Individualvereinbarung liegt zweifellos vor, wenn bereits das Formular auf eine individuelle Ergänzung für den konkreten Vertrag angelegt ist und tatsächlich auch **individuell ausgefüllt** wird.¹⁰⁴ Demgegenüber liegt **keine individuelle Ergänzung** vor, wenn die Ausfüllung nach **feststehenden Vorgaben** erfolgt, gewissermaßen also „im Kopf des Verwenders“ gespeichert ist, wie etwa bei der konkreten Eintragung der Höhe des nach einem feststehenden Prozentsatz berechneten **Bearbeitungsentgelts** in einem **Darlehensvertrag**.¹⁰⁵ Auch die „individuelle“ **Wahl** zwischen **mehreren vorformulierten Varianten** führt nicht zu einer Einordnung als Individualvereinbarung.¹⁰⁶
- 36 Von den Umständen des Einzelfalles abhängig ist die Beurteilung der Konstellation, dass der **Kunde** für sein **Angebot** ein **Formular des Verwenders** nutzt, hierbei aber **Zusätze** bzw. **Streichungen** vornimmt.¹⁰⁷ Da die Verwendung des Formulars die Billigung der enthaltenen AGB suggeriert, muss der Kunde die **Modifikationen** hinreichend **deutlich**

¹⁰⁰ BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 24; NK-BGB/Kollmann § 305b Rn. 5.

¹⁰¹ BAG 7 Sa 1881/09, BAGE 139, 156 Rn. 39 = NZA 2012, 81; BAG 5 AZR 129/16, BAGE 156, 157 Rn. 19 = NZA 2017, 58; BeckOGK/Lehmann-Richter BGB § 305b Rn. 24; NK-BGB/Kollmann § 305b Rn. 5; Soergel/Fritzsche § 305b Rn. 5; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 6; wohl auch Grüneberg/Grüneberg § 305b Rn. 2.

¹⁰² Bauerdick S. 116 ff.; Stoffels Rn. 347; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer § 305b Rn. 10; nicht ganz eindeutig BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 9; vgl. auch BAG 9 AZR 382/07, BAGE 126, 364 Rn. 28 = NJW 2009, 316; Ulrici BB 2005, 1902 (1903).

¹⁰³ So Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 22.

¹⁰⁴ Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 44; Pfeiffer/Lindacher/Hau § 305b Rn. 8.

¹⁰⁵ BGH XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133 Rn. 20 f.; OLG Nürnberg 14 U 612/15, BKR 2017, 251 (253 f.); BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 9.

¹⁰⁶ BGH VII ZR 19/12, NJW 2014, 206 Rn. 20; IV ZR 91/16, BGHZ 214, 314 = NJW 2017, 2346 Rn. 9; BGH III ZR 126/17, NJW-RR 2018, 683 Rn. 18; XI ZR 291/16, NJW-RR 2018, 814 Rn. 16; BeckOK BGB/H. Schmidt § 305b Rn. 9.

¹⁰⁷ Eingehend Bauerdick S. 122 f.; Staudinger/Mäsch § 305b Rn. 45 ff.