

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG §§ 7, 9 B1, 11 Nr. 2; BGB §§ 242 Cđ, 607

Die AGB-Bestimmung in einem finanzierten Fertighausvertrag,
daß 14 Tage nach der (Roh-)Montage des Hauses 90 % des
Werklohns zur Zahlung fällig sind, ohne daß es auf den
Wert der tatsächlich erbrachten Bauleistungen ankommt,
ist nach § 9 AGBG unwirksam.

Der Besteller kann dies bei Vorliegen der Voraussetzungen
des Einwendungsdurchgriffs auch der Bank entgegenhalten.

BGH, Urt. v. 10. Juli 1986 - III ZR 19/85 - OLG Nürnberg

LG Nürnberg-Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 19/85

URTEIL

Verkündet am:
10. Juli 1986
Freitag
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Vereinigte Sparkassen R- S-
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Direktor Fritz W-
N- Ri-straße c, S-

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

g e g e n

Eheleute

1. Monika K -
2. Hartmut K -

beide Ra- Weg , Sc-

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Prof. Dr. -

2

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Kröner, Boujong, Dr. Engelhardt und Dr. Werp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 12. Dezember 1984 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin war die Hausbank der Firma Nordhaus Fertigbau Oswald L. GmbH (im folgenden: Firma L.). Die beklagten Eheleute bestellten bei dieser Firma im Mai 1980 ein schlüsselfertig zu errichtendes Fertighaus zum Preis von zuletzt 233.808,79 DM. In den Vertragsbedingungen war festgelegt, daß 60 % des Preises 2 Tage nach Montage des Hauses, 30 % 14 Tage nach Montage des Hauses und 10 % nach Übergabe zur Zahlung fällig wurden. Danach heißt es weiter:

"Der Besteller hat durch eine Finanzierungsbestätigung seiner Bank die Zahlung ... sicherzustellen. Er hat weiterhin die Bank des Herstellers unwiderruflich und ohne Vorbehalt zur Auszahlung der fälligen Beträge zu beauftragen.

...

Finanzierungsformulare stellen wir ... zur Verfügung..."

Demgemäß unterschrieben die Beklagten das ihnen von der Firma L. übergebene Formular für die Eröffnung eines Treuhandkontos bei der Klägerin. Darin heißt es:

- | | | |
|---------|---------------|--|
| 1. Rate | DM 140.285,27 | zwei Tage nach Montage
des Hauses |
| 2. Rate | DM 70.142,64 | zwei Wochen nach Montage
des Hauses |

• • •

Die Firma L. hat der Sparkasse S. zu bestätigen, daß sie die entsprechend begründeten Leistungen erbracht hat. Eine Überprüfung seitens der Sparkasse ist nicht erforderlich.

...

Sind die erforderlichen Mittel an den vereinbarten Zahlungsterminen auf dem Treuhandkonto ... nicht verfügbar, beauftragen wir die Sparkasse S. unwider-
ruflich, die Zwischenfinanzierung der fälligen Raten vorzunehmen..."

In der Folgezeit teilte die Hausbank der Beklagten der Klägerin und diese der Firma L. mit, daß die für die Baufinanzierung erforderlichen Mittel zur Verfügung stünden. Die Firma L. rief unter Hinweis auf die am 14. Januar 1982 erfolgte Montage des Hauses am 18. Januar 1982 die vorgesehene erste Rate von 140.285,27 DM und sodann am 28. Januar 1982 auch die zweite Rate von 70.142,64 DM bei der Klägerin ab, die beide Raten mit Wertstellung jeweils vom selben Tag der Firma L. gutschrieb.

Am 25. Februar 1982 wurde über das Vermögen der Firma L. das Konkursverfahren eröffnet. Das Bauvorhaben der Beklagten wurde von der Firma L. nicht zu Ende geführt.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Ausgleichung des Treuhandkontos. Unter Anrechnung erfolgter Zahlungen der Beklagten von zusammen 156.500,-- DM und unter Berücksichtigung von 5.995,28 DM bis zum 30. Mai 1982 aufgelaufener Zinsen hat sie für sich eine Restforderung von 59.923,19 DM errechnet, die sie (nebst Zinsen hieraus ab 1. Juni 1982 und 20,-- DM vorgerichtlichen Mahnkosten) mit der Klage geltend macht.

Die Beklagten sind dem entgegengetreten. Sie haben insbesondere geltend gemacht, die Klägerin habe zumindest die zweite Rate nicht mehr an die Firma L. überweisen dürfen, weil dem noch keine entsprechende Bauleistung der Firma L. gegenübergestanden habe.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die die Beklagten zurückzuweisen begehren.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

I.

1. Mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der zwischen den Parteien geschlossene Treuhandkontovertrag insoweit unwirksam ist, als der darin enthaltene Überweisungsauftrag zugunsten der Firma L. für unwiderruflich erklärt worden ist. Eröffnet der Besteller eines Fertighauses auf Veranlassung des Unternehmers bei dessen Hausbank ein Zwischenfinanzierungskonto und erteilt er der Bank den Auftrag zur Überweisung der vereinbarten Werklohnraten, so ist eine AGB-Bestimmung des Kontoeröffnungsvertrages, in der dieser Überweisungsauftrag für unwiderruflich erklärt wird, nach § 9 AGBG unwirksam. Das hat der erkennende Senat in einem Rechtsstreit der Klägerin gegen einen anderen Kunden der Firma L. entschieden (Urteil vom 28. Mai 1984 - III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816). Daran ist festzuhalten.

Die Unwirksamkeit der Unwiderruflichkeitsvereinbarung hat auf die Wirksamkeit des Überweisungsauftrags im übrigen keinen Einfluß (Senat aaO). Auch davon ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Daß die Beklagten den Überweisungsauftrag vor der zwischen den Parteien umstrittenen Überweisung der zweiten Rate von 70.142,64 DM widerrufen hätten, ist nicht festgestellt.

2. Nach dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Sachvortrag der Parteien liegt es auch nicht so, daß die Beklagten eine drohende "Überzahlung" der Firma L. erkannt, aber unter dem Eindruck des Wortlauts des Treuhandkontovertrages einen Widerruf des Überweisungsauftrags als aussichtslos angesehen und deshalb davon abgesehen hätten. Unstreitig haben die Beklagten vor dem 28. Januar 1982 nicht erkannt, daß der Wert der Bauleistungen der Firma L. nicht dem Umfang der (ersten und) zweiten Rate entsprach. Auch die Klägerin, die zu einer Überprüfung des Baufortschritts nach dem Kontoeröffnungsvertrag nicht verpflichtet war, hatte zur Zeit der Ausführung der zweiten Überweisung hiervon keine Kenntnis. Ihr waren weder der Umfang der Bauleistungen der Firma L. noch der Bautenstand bekannt.

Ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin aus dem Gesichtspunkt der Verletzung vertraglicher oder vorvertraglicher Pflichten aus dem Treuhandkontovertrag (vgl. Senat aaO) kommt deshalb insoweit nicht in Betracht.

3. Ob die Klägerin den Beklagten möglicherweise deshalb zum Schadensersatz verpflichtet ist, weil ihr - wie die Beklagten behaupten - die wirtschaftliche Mißlage der Firma L. seit längerem genau bekannt gewesen sei, bedarf nicht der Entscheidung. Nach den vom Berufungsgericht (bislang) getroffenen Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, daß den zuständigen

Vertretern der Klägerin zur Zeit der streitigen zweiten Überweisung die unmittelbar bevorstehende Insolvenz der Firma L. bekannt war. Es kann deshalb auf sich beruhen, ob für den Fall einer solchen Kenntnis eine Schadensersatzverpflichtung der Klägerin gegenüber den Beklagten zu bejahen sein würde.

II.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagten könnten der Klägerin im Wege des sog. Einwendungsdurchgriffs entgegenhalten, daß die Firma L. nicht berechtigt war, die zweite Rate von 70.142,64 DM bei der Klägerin abzurufen.

Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über den sog. Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Geschäften im Streitfall anzuwenden sind.

Der zwischen den Beklagten und der Firma L. unter Einschaltung der Klägerin als Zwischenfinanzierungsinstitut geschlossene Vertrag über die schlüsselfertige Erstellung eines Fertighauses ist als typischer Fertighausvertrag Werkvertrag,

und zwar ungeachtet seiner Bezeichnung als "Kaufvertrag" (BGHZ 87, 112, 116). Die Rechtsgrundsätze des Einwendungsdurchgriffs (vgl. allgemein dazu Senatsurteile vom 19. November 1981 - III ZR 87/80 = DB 1982, 426 = BB 1982, 1020 und in BGHZ 83, 301 = LM BGB § 242 Cd Nr. 250a mit Anm. Halstenberg) gelten auch für finanzierte Werkverträge. Daß die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit des mit der Firma L. geschlossenen Bauwerkvertrages und des mit der Klägerin geschlossenen Treuhandkontovertrages zu bejahen sind, hat der Senat bereits in dem genannten, einen anderen Kunden der Firma L. und der Klägerin betreffenden Urteil vom 28. Mai 1984 (III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816) entschieden. Im Streitfall gilt nichts anderes. Insbesondere können die Beklagten (anders als der Besteller eines Fertighauses im Senatsbeschuß vom 23. Februar 1984 - III ZR 192/82 = WM 1984, 635) die Firma L. als Werkunternehmerin infolge des Konkurses nicht mehr in Anspruch nehmen.

2. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß die Firma L. am 28. Januar 1982 die zweite Werklohnrate von 70.142,64 DM nicht abrufen durfte.

a) Allerdings lagen die nach dem Fertighausvertrag für die Fälligkeit der zweiten Rate vorgesehenen Voraussetzungen ("14 Tage nach der Montage des Hauses") vor. Das Berufungsgericht hat für den Streitfall unter Hinweis auf das Verständnis

der Vertragsparteien und den allgemeinen Sprachgebrauch ohne Rechtsirrtum angenommen, daß unter Montage im Sinne des Vertrages mit der Firma L. das Aufstellen der Fertigteile und ihr Zusammenbau mit Hilfe des Kranes zu verstehen sei (sog. Rohmontage). Das war am 14. Januar 1982 erfolgt, so daß die zweite Rate nach dem Vertrag am 28. Januar 1982 fällig wurde.

b) Die vorgenannte Fälligkeitsklausel hält jedoch der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz nicht stand, wie das Berufungsgericht jedenfalls im Ergebnis zutreffend angenommen hat.

Die AGB-Bestimmung in einem Fertighausvertrag, daß 14 Tage nach der (äußeren) Montage des Hauses 90 % des Werklohns ohne Rücksicht auf den Umfang der tatsächlich erbrachten Bauleistungen zur Zahlung fällig sind, ist unwirksam. Eine solche Klausel verstößt, wenn nicht gegen §§ 7, 11 Nr. 2 a, so jedenfalls gegen § 9 AGBG. Soweit im Senatsurteil vom 28. Mai 1984 (III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816, 2818 zu II 5 b ff) etwas anderes gesagt sein sollte, lag dem insoweit eine Fallgestaltung zugrunde, bei der es auf die Wirksamkeit dieser Klausel nicht ankam.

Es kann auf sich beruhen, ob in Klauseln dieser Art eine Vorleistungspflicht des Bestellers bestimmt oder die dem Werkunternehmer nach § 641 BGB bis zur Abnahme des Werks obliegende Vorleistungspflicht durch Abschlagszahlungen für Teil-

leistungen gemildert oder schließlich das dem Besteller nach § 320 BGB zustehende Leistungsverweigerungsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, wie es § 11 Nr. 2 a AGBG voraussetzt (vgl. insoweit BGH Urteile vom 23. Mai 1984 - VIII ZR 27/83 = NJW 1985, 850, 851; vom 11. Oktober 1984 - VII ZR 248/83 = NJW 1985, 852; vom 6. Dezember 1984 - VII ZR 227/83 = NJW 1985, 855, 857/858; vom 21. April 1986 - II ZR 126/85 = WM 1986, 784, 785/786; MünchKomm/Kötz 2. Aufl. § 11 Nr. 2 a AGBG Rn. 17; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB/B 5. Aufl. Rn. 192 d). Die fragliche Zahlungsklausel enthält jedenfalls eine nach § 242 BGB unangemessene Benachteiligung des Fertighausbestellers, die zur Unwirksamkeit der Bestimmung nach § 9 AGBG führt.

Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß bei Zahlung von 60 % des Werklohns 2 Tage nach der (äußeren) Montage des Hauses die Fälligkeit weiterer 30 % und damit von insgesamt 90 % des Werklohns nicht allein vom Zeitablauf abhängig gemacht werden darf, ohne daß damit zugleich auch ein Baufortschritt aufgrund zusätzlicher Leistungen des Werkunternehmers einhergeht. Die Fälligkeitsregelung wäre sonst mit dem Gerechtigkeitsgehalt der §§ 320, 322, 273 BGB nicht vereinbar. Nach der im Werkvertragsrecht des BGB getroffenen gesetzlichen Regelung ist der Werkunternehmer bis zur Abnahme des Werks voll vorleistungspflichtig (§ 641 BGB). Vom Zeitpunkt der Abnahme ab sind die gegenseitigen Verpflichtungen Zug um Zug abzuwickeln (BGHZ

61, 42, 44/45). Soweit die Vertragsparteien, wie hier, ergänzend die Geltung der VOB/B vereinbart haben, sind nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B auf Antrag Abschlagszahlungen in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen zu gewähren. Ein Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wird dadurch nicht ausgeschlossen (BGHZ 73, 140, 143/144). Eine ähnliche Regelung ist in § 3 Abs. 2 MaBV enthalten. Soweit das Berufungsgericht allerdings diese Vorschrift auf den Streitfall für unmittelbar anwendbar gehalten hat, ist dem zwar nicht zu folgen, weil die Firma L. hier weder als Makler noch als Bauträger oder Baubetreuer tätig geworden ist (§ 34 c Abs. 1 GewO; vgl. dazu BGH Urteil vom 20. November 1980 - VII ZR 289/79 = NJW 1981, 757). Mit dem Berufungsgericht läßt sich aber dieser Vorschrift der allgemeine und der Natur der Sache entsprechende Grundgedanke entnehmen, daß Abschlagszahlungen im Bauwerkvertragsrecht mit dem Baufortschritt im Einklang stehen müssen. So wird denn auch im Schrifttum weitgehend angenommen, daß grundsätzlich (nur) am jeweiligen Bautenstand orientierte Teilzahlungen des Bestellers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unbedenklich sind (vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner 2. Aufl. § 11 Nr. 2 AGBG Rn. 15; Ulmer/Brandner/Hensen 4. Aufl. § 11 Nr. 2 AGBG Rn. 12 bei Fußn. 3, Anh. §§ 9-11 AGBG Rn. 211; Palandt/Heinrichs 45. Aufl. § 11 AGBG Anm. 2 a; Erman/Battes 7. Aufl. § 320 BGB Rn. 29; Kaiser aaO).

c) Die fragliche Zahlungsklausel ist damit unwirksam. Sie fällt ersatzlos weg. Eine Rückführung der unwirksamen Klausel auf einen gerade noch zulässigen Inhalt, wie sie das Berufungsgericht wohl vorgenommen hat, ist nicht möglich (BGHZ 84, 109, 116). Nach § 6 AGBG gilt vielmehr der Vertragsinhalt ohne die zu beanstandende Klausel und im übrigen die gesetzliche Regelung.

3. Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, welche rechtlichen Folgen sich daraus für die Abwicklung des von den Beklagten mit der Firma L. geschlossenen Bauwerkvertrages ergäben. Ob die Beklagten, die am 24. April 1982 in das Haus eingezogen sind, die Werkleistung der Firma L. (ganz oder zumindest teilweise) abgenommen haben oder zur Abnahme jedenfalls verpflichtet sind, ob sie im Hinblick auf den Konkurs der Firma L. den Fertighausvertrag (zulässigerweise; vgl. BGH Urteil vom 26. September 1985 - VII ZR 19/85 = WM 1985, 1479) gekündigt oder sonst zur Abrechnung gebracht haben (vgl. § 8 Nr. 2 VOB/B; §§ 633 ff., 326 BGB; vgl. auch § 17 KO), kann im einzelnen auf sich beruhen (s. insoweit BGH Urteile vom 30. Mai 1963 - VII ZR 11/62 = WM 1963, 964 und VII ZR 276/61 = NJW 1963, 1869).

Gegenüber dem Klageanspruch auf Ausgleich des Treuhandkontos können die Beklagten jedenfalls trotz der rechtlichen Selbständigkeit der beiden Verträge im Wege des Einwendungs-

durchgriffs nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen, nachdem die Firma L. in Konkurs gefallen ist und damit endgültig feststeht, daß eine reale Möglichkeit, den Werkunternehmer noch in Anspruch zu nehmen, nicht mehr gegeben ist (vgl. Senatsurteile vom 13. November 1975 - III ZR 104/72 = WM 1975, 1298 und in BGHZ 83, 301, 308).

Dieses Leistungsverweigerungsrecht besteht nicht uneingeschränkt, sondern nur insoweit, als den Beklagten ein wirtschaftlicher Gegenwert von Seiten der Firma L. nicht zugeflossen ist. Denn nur in diesem Umfang gebieten es die Grundsätze von Treu und Glauben, den Beklagten den Einwendungsdurchgriff gegenüber der Klägerin zuzubilligen. Das Berufungsgericht hat deshalb jedenfalls im Ergebnis zutreffend darauf abgestellt, inwieweit die Firma L. den Innenausbau des Hauses fertiggestellt hat und in welchem Umfang ihr bei endgültiger Abrechnung des Bauvorhabens (vgl. auch § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 6 Nr. 5 VOB/B) Ansprüche gegen die Beklagten zustanden. Soweit die Firma L. Leistungen nicht oder nicht ordnungsgemäß erbracht hat, können die Beklagten auch gegenüber der Klägerin die Zahlung verweigern. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit den Beklagten, die sich auf den Einwendungsdurchgriff berufen.

Soweit im Senatsurteil vom 28. Mai 1984 (III ZR 63/83 = NJW 1984, 2816, 2818 zu II 5 b ff) darauf abgestellt ist, ob dem Besteller im Zahlungszeitpunkt Mängel des Werks bekannt waren und er diese gerügt hatte, beruht dies auf der seinerzeit gegebenen Fallgestaltung, bei der es auf die Wirksamkeit der hier streitigen Zahlungsklausel nicht ankam.

4. Das Berufungsgericht hat aufgrund des von den Beklagten vorgelegten, nach einer Ortsbesichtigung am 3. März 1982 erstatteten Gutachtens des von ihnen eingeschalteten Architekten P. angenommen, es fehlten noch Innenausbauleistungen im Gesamtwert von 73.653,-- DM, es seien auch Baumängel vorhanden.

Die dagegen gerichtete Verfahrensrüge der Revision hat Erfolg.

Das Berufungsgericht durfte nicht ohne Beweisaufnahme davon ausgehen, daß den Beklagten in dem von ihnen behaupteten Umfang ein Gegenwert nicht zugeflossen sei. Zwar hat die Klägerin die Richtigkeit des Gutachtens und des Vorbringens der Beklagten nicht detailliert bestritten. Sie hat aber eindeutig ausgeführt, sie bestreite sowohl den Umfang der noch fehlenden Leistungen als auch deren Wert, könne mangels eigener Kenntnis nähere Angaben dazu aber nicht machen. Hierzu war die Klägerin nach § 138 Abs. 4 ZPO berechtigt. Der Stand des Bauvorhabens

der Beklagten lag außerhalb ihres eigenen Wahrnehmungsbereichs. Die Kenntnis der Betriebsangehörigen der Firma L. kann der Klägerin nicht zugerechnet werden, da diese Personen nicht unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig waren (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann 44. Aufl. § 138 ZPO Anm. 5 B). Daß die Firma L. Geschäftspartnerin der Klägerin war, genügt insoweit nicht, zumal der zwischenzeitliche Konkurs dieser Firma eine Informationsbeschaffung für den Prozeß noch zusätzlich erschwerte.

Das Berufungsgericht durfte hiernach das von den Beklagten vorgelegte Privatgutachten und das Vorbringen der Beklagten seiner Entscheidung nicht zugrunde legen, ohne darüber Beweis zu erheben. Damit dies nachgeholt werden kann, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Krohn

Kröner

Boujong

Engelhardt

Werp