

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 159/77

URTEIL

Verkündet am
16. März 1978
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans-Martin S c h [REDACTED],
F [REDACTED]weg [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] & W [REDACTED],
I [REDACTED] und Sch [REDACTED] KG, Ir [REDACTED]straße [REDACTED],
D [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich haftenden
Gesellschafter Heinz B [REDACTED] und Manfred W [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden die Urteile des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Mai 1977 und der 16. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 22. September 1976 teilweise aufgehoben. Der Urteilsspruch wird wie folgt neu gefaßt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.917 DM nur Zug um Zug gegen Ausführung folgender Arbeiten zu zahlen:
 - a) Auswechslung der Umwälzpumpe der Schwimmanlage gegen eine neue, bei welcher im Hinblick auf die vorhandene Förderhöhe von 3,60 m die Wassersäule nicht abreißt (Luft angesaugt wird);
 - b) Aufnahme und erneute einwandfreie Befestigung der zur Bodenumrandung gehörenden Abdeckplatten.
2. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten beider Rechtsmittel zu tragen. Die Kosten des ersten Rechtszugs werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Mit Vertrag vom 1. Juli 1975 bestellte der Beklagte bei der Klägerin eine gebrauchsfertige Schwimmanlage zum Preis von 22.417 DM. Allgemeine Verkaufs- und Lieferungsbedingungen (AVLB) der Klägerin sowie die VOB/B sind Bestandteil des Vertrages. § 2 Nr. 2 AVLB lautet:

"Zurückhaltung der Zahlung oder Aufrechnung wegen irgendwelcher Ansprüche des Käufers sind ausgeschlossen."

In der "Bauabnahme-Erklärung" vom 25. Juli 1975 machte der Beklagte Mängel an der fertiggestellten und übergebenen Schwimmanlage geltend. Er zahlte auf die Rechnung nur 17.500 DM.

Die Klägerin hat 4.917 DM restlichen Werklohn nebst Zinsen eingeklagt. Der Beklagte hat im ersten Rechtszug u.a. ein Zurückbehaltungsrecht wegen Mängeln geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Berufung hat der Beklagte beantragt, ihn nur Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Berufungsantrag weiter.



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



Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, das vom Beklagten im zweiten Rechtszug allein noch geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht wegen Werkmängeln sei durch § 2 Nr. 2 AVLB wirksam ausgeschlossen. Zwar seien die Umwälzpumpe und die Randabdeckung des Schwimmbeckens unstreitig mangelhaft. Auch verlange der Beklagte weiterhin die Beseitigung dieser Mängel. Die Ausschlußklausel sei aber nach ihrem eindeutigen Wortlaut dahin auszulegen, daß die Zurückhaltung der Vergütung wegen aller Gegenansprüche des Bestellers ausnahmslos in jedem Fall ausgeschlossen sei. Das bedeute, daß dem Besteller das Druckmittel des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts wegen eines Nachbesserungsanspruchs schlechthin genommen sei. Die Klausel sei weder überraschend noch unangemessen. Sie verschlechtere zwar die gesetzliche Rechtslage des Bestellers. Ihr noch zu billigender Zweck liege aber darin, daß der Unternehmer zunächst die Vergütung für seine bereits erbrachte Leistung uneingeschränkt und ohne Verzögerung erhalte, was für seine Kalkulation und seine Existenzfähigkeit wichtig sein könne. Es solle verhindert werden, daß der Besteller dem Unternehmer den Werklohn für die erbrachte Leistung vorenthalte, sich dazu auf möglicherweise zweifelhafte und erst durch einen vielleicht langwierigen Prozeß zurückweisbare Gegenforderungen berufe und so die zügige Geschäftsabwicklung hinauszögere. Die Vertragsrechte des Bestellers würden dadurch nicht endgültig abgeschnitten; er sei nur gezwungen, eine Klärung seiner Einwände über eine Widerklage oder einen neuen Rechtsstreit zu suchen. Diese Gründe für die Ausschlußklausel behielten ihre

Gültigkeit auch dann, wenn der Nachbesserungsanspruch des Bestellers unstreitig bestehe. Die Klägerin habe dem Beklagten die Mängelbeseitigung bereits vor und dann im Prozeß angeboten. Die Geltendmachung der Ausschlußklausel sei daher hier auch nicht rechtsmißbräuchlich. Die Vertragsregelung müsse im Interesse der Rechtssicherheit beachtet werden.

Gegen diese Rechtsauffassung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit Erfolg. Der Klägerin ist die Berufung auf den vertraglichen Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts des Beklagten versagt.

1. Zwar ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) am 1. April 1977 - auch gegenüber Personen, für die der Vertrag nicht zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört (vgl. §§ 11 Nr. 2, 24 AGBG) - eine Zurückhaltung der Werklohnzahlung wegen irgendwelcher Ansprüche des Bestellers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers wirksam ausgeschlossen werden konnte (BGHZ 62, 323, 327 mit weiteren Nachweisen). Die vom Berufungsgericht angeführten Gründe sprechen dafür, einer solchen vor dem 1. April 1977 vereinbarten Ausschlußklausel die rechtliche Anerkennung grundsätzlich nicht zu versagen.

2. Das Berufungsgericht läßt jedoch außer acht, daß nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Unternehmer sich auf den vertraglichen Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts des Bestellers dann nicht mehr berufen kann, wenn der zur Rechtfertigung vorgebrachte Gegenanspruch erwiesen oder - wie hier - sogar unstreitig ist (BGHZ 62, 323, 328; BGH NJW 1960, 859; 1970, 383, 386; Urteil vom 16. Juni 1976 - VIII ZR 33/75 - WM 1976, 1016, 1019).

a) Wie das Berufungsgericht ausführt, soll mit dem Ausschluß des gesetzlichen Zahlungsverweigerungsrechts verhindert werden, daß der Besteller unter Geltendmachung zweifelhafter Ansprüche, die oft nicht einfach und nicht sofort zu klären sind, das berechnete Interesse des Unternehmers verletzt, die Vergütung für seine bereits erbrachte Leistung uneingeschränkt und ohne Verzögerung zu erhalten. Daraus ergibt sich aber zugleich, daß der mit dem Ausschluß verbundene Verlust eines Druckmittels zu baldiger Mängelbeseitigung nur so lange keine unangemessene Durchsetzung der Unternehmerinteressen darstellt, wie ein Mißbrauch der gesetzlichen Befugnis den Umständen nach überhaupt in Betracht kommt. Steht fest, daß die erbrachte Leistung mangelhaft ist, so hat der Unternehmer trotz Abnahme keinen Anspruch auf die volle Vergütung. Steht die Zahlungsverweigerung auch der Höhe nach - wie hier - in angemessenem Verhältnis zum Gewicht des Mangels, dessen Beseitigung möglich, zumutbar und gefordert ist, so scheidet eine Mißbrauchsgefahr als Rechtfertigung der Ausschlussklausel aus.

b) Nach der gesetzlichen Regelung geht dem verständlichen Interesse des Unternehmers an unverzüglicher Vergütung seiner Leistung das Interesse des Bestellers vor, zunächst eine Leistung ohne erkennbare Mängel zu erhalten. Soweit die Ausschlussklausel es dem Unternehmer erlaubt, nach Abnahme die volle Vergütung ohne Rücksicht auf die Sorgfalt der Werk Ausführung und den Leistungserfolg zu fordern, muß ihr nach Treu und Glauben die Verbindlichkeit versagt werden. Die Gefahr eines Mißbrauchs des Gesetzes durch den Besteller rechtfertigt nicht den Klauselmisbrauch durch den Unternehmer. Bei Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen ist nicht einzusehen, warum der Besteller sich trotz

- 7 -

erwiesenen oder unstreitigen Werkmangels auf eine Widerklage oder einen weiteren Rechtsstreit sollte verweisen lassen müssen. Nicht die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts ist dann mißbräuchlich, sondern die der Ausschlußklausel.

c) Der Wegfall der zweckbestimmten Rechtfertigung des Ausschlusses eines Zurückbehaltungsrechts in AGB bei feststehendem Gegenanspruch hängt auch nicht davon ab, ob - wie hier (vgl. auch BGHZ 62, 323 und Urteil vom 16. Juni 1976 - VIII ZR 33/75 = WM 1976, 1016) - die Zurückhaltung von Zahlungen wegen "jeglicher" Gegenansprüche des Bestellers ausgeschlossen ist oder nur wegen "vom Unternehmer nicht anerkannter" Gegenansprüche (vgl. BGH NJW 1958, 419; 1960, 859 Nr. 1; BGHZ 48, 264). In Fällen letzterer Art ist die Weigerung, den offenkundigen Gegenanspruch anzuerkennen, unberechtigt und daher unbeachtlich (BGH NJW 1960, 859).

3. Die Klägerin hat zwar die vom Beklagten geforderte Beseitigung der Mängel angeboten, jedoch von der vorherigen Zahlung des restlichen Werklohns abhängig gemacht. Dies darf sie nicht. Sie kann den restlichen Werklohn vielmehr erst Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung fordern.

II.

Die Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts sind daher aufzuheben, soweit das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten nicht berücksichtigt worden ist. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Der Beklagte ist zur Zahlung nur Zug um Zug gegen die von

der Klägerin geschuldete Nachbesserung zu verurteilen
(§ 322 Abs. 1 BGB).

Zinsen stehen der Klägerin nicht zu, weil die Schuld
noch nicht fällig ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

Obenhaus