

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 16 D; AGBG §§ 9 Bf, Ci, 11 Nr. 8 a

Enthalten vom Auftraggeber gestellte "Besondere Vertragsbedingungen", die nach den getroffenen Abreden der VOB/B vorgehen sollen, die Bestimmung,

daß der Auftragnehmer auch bei berechtigter Kündigung aus wichtigem Grund, die für ihn lediglich mit einer Frist von 4 Wochen möglich ist, nur Vergütung der bis dahin erbrachten Leistungen, nicht aber Schadensersatz oder Entschädigung gem. § 642 BGB verlangen kann,

so ist die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart und damit § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B unanwendbar (im Anschluß an Senatsurteile BGHZ 86, 135; 92, 244, 249; 101, 357).

BGH, Urt. v. 28. September 1989 - VII ZR 167/88 - OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 167/88

URTEIL

Verkündet am
28. September 1989
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der V[REDACTED] W[REDACTED] e.G., vertreten durch die Vorstandsmitglieder A[REDACTED] und B[REDACTED], S[REDACTED]straße 23, W[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Rüdiger N[REDACTED] U[REDACTED]straße 5,
T[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

9

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer, Prof. Quack und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 29. März 1988 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, 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 fordert aus abgetretenem Recht restlichen Werklohn in Höhe von 92.138,76 DM. Der Beklagte hatte die Firma Sch. GmbH (Zedentin), über deren Vermögen am 9. Oktober 1986 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, im Februar 1986 mit Instandsetzungs- und Modernisierungsarbeiten für ein Mehrfamilienhaus zu einem Pauschalpreis beauftragt. Im Vertrag ist die Geltung der VOB/B vereinbart worden, der jedoch u.a. die vom Beklagten gestellten "Besonderen Vertragsbedingungen" (BVB) vorgehen.

Nachdem die Schlußrechnung vom 29. August 1986 über 347.554,39 DM abzüglich gezahlter Abschläge von 228.324,11 DM bei dem Architekten des Beklagten am 1. September 1986 eingegangen war, kam es am 5. September 1986 zur Abnahme, bei der allerdings verschiedene Mängel festgestellt wurden. Außerdem hat sich der Beklagte bei der Abnahme die Geltendmachung einer Vertragsstrafe für 97 Tage Bauzeitüberschreitung vorbehalten. Mit Schreiben vom 9. Oktober 1986, zugegangen am 10. Oktober 1986, an die Firma Sch. GmbH und die Klägerin erklärte der Beklagte, daß er im Hinblick auf die Mängel und die Fristüberschreitung bei den Bauarbeiten über die geleisteten Zahlungen hinaus keine weiteren Zahlungen mehr erbringen werde. Den Vorbehalt, den die jetzigen zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin in deren Namen und im Namen des Konkursverwalters mit Schreiben vom 16. Oktober 1986 erklärten, wies der Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 1986 wegen des fehlenden Vollmachtsnachweises zurück. Auch die am

29. Oktober 1986 beim Beklagten eingegangenen formularmäßigen Prozeßvollmachten der Klägerin und des Konkursverwalters hielt der Beklagte mit Schreiben vom 29. Oktober 1986 für unzureichend.

Die Klägerin fordert mit der Klage die Zahlung von noch 92.138,76 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte macht Vertragsstrafenansprüche, Verzugschaden sowie Mängel geltend und beruft sich darüber hinaus gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auf seine Schlußzahlungserklärung vom 9. Oktober 1986, gegen die ein Vorbehalt nicht rechtzeitig erklärt worden sei.

Das Landgericht hat die Klage im Hinblick auf die Schlußzahlungserklärung abgewiesen. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt. Mit ihrer - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Einrede der Schlußzahlungserklärung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B für begründet und läßt die Klage daran scheitern, daß sich die Klägerin ihre Rechte nicht fristgerecht vorbehalten habe. Die Revision nimmt zwar die Ansicht des Berufungsgerichts, daß der Vorbehalt nicht rechtzeitig erklärt worden sei, hin.

9

Sie ist aber der Auffassung, § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B sei hier nicht anwendbar, weil die BVB des Beklagten zu Lasten der Zedentin in den Kernbereich der VOB/B eingriffen, so daß die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart worden sei. Damit sei Raum für eine Einzelprüfung der Bestimmung nach dem AGBG. Dieser Prüfung halte die Regelung nicht stand.

Das trifft zu.

1. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob die BVB in allen von der Revision aufgegriffenen Punkten in den Kernbereich der VOB eingreifen. Denn jedenfalls enthält bereits die Kündigungsregelung (1.4.7) - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - einen so erheblichen Eingriff in den mit der VOB/B verfolgten Interessenausgleich, daß die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart wurde. Damit sind die einzelnen Bestimmungen der VOB/B nur anwendbar, soweit sie der Inhaltskontrolle nach dem AGBG standhalten.

Die BVB enthalten zur Kündigung folgende Bestimmungen:

"1.4.6. Kündigung

Der Vertrag kann nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Die Kündigung kann nur schriftlich erfolgen.

1.4.7 Der Auftraggeber kann diesen Vertrag jederzeit kündigen, wenn der Auftragnehmer stirbt, seine Zahlungen einstellt, das Vergleichsverfahren beantragt, in Konkurs gerät oder wenn gegen ihn von einem anderen Gläubiger die Zwangsvollstreckung betrieben wird. Der Auftragnehmer hat lediglich Anspruch auf Vergütung der bis dahin erbrachten Leistungen. Der Auftraggeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.

Unberührt bleiben die gesetzlichen Vorschriften über die Kündigung eines Werkvertrages und die Kündigung des Vertrages aus den weiteren in den Allgemeinen Zusatzvereinbarungen oder im Bauvertrag genannten Gründen.

Im Falle der nach Gesetz und Vertrag berechtigten Kündigung durch den Auftragnehmer hat dieser nur Anspruch auf Bezahlung der bis dahin erbrachten Lieferungen und Leistungen zu den vertraglichen Einheitspreisen. Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen mittelbaren oder unmittelbaren Schadens, insbesondere des entgangenen Gewinns oder des sich nach § 642 BGB ergebenden Schadens.

Im Fall der endgültigen oder vorläufigen Beendigung der Arbeiten, bevor der Vertrag vollständig erfüllt ist, kann der Auftraggeber nach seinem Ermessen einen öffentlich bestellten Sachverständigen hinzuziehen, welcher die Kosten der bis dahin erbrachten Leistungen verbindlich für beide Vertragspartner schätzt. Die Kosten der Schätzung hat der Auftragnehmer bei Kündigung aufgrund Nichteinhaltung der Ausführungsfristen, Behinderung und Unterbrechung der Ausführung und Ziff. 1.4.7, Abs. 1 zu tragen. Bei Vorliegen anderer Kündigungsgründe übernimmt jede Vertragspartei die Hälfte der Kosten.

Einer Kündigungsfrist bedarf es für den Auftraggeber nicht, für den Auftragnehmer beträgt sie 4 Wochen.

a) Daß auch der Auftraggeber nach Nr. 1.4.6 nur aus wichtigem Grund kündigen darf, bietet dem Auftragnehmer nur unwesentliche Vorteile. Denn damit sind auch die in §§ 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, 649 Satz 2 BGB enthaltenen Regelungen ausgeschlossen, die dem Auftragnehmer im Fall der "freien" Kündigung durch den Auftraggeber einen angemessenen Ausgleich bieten sollen.

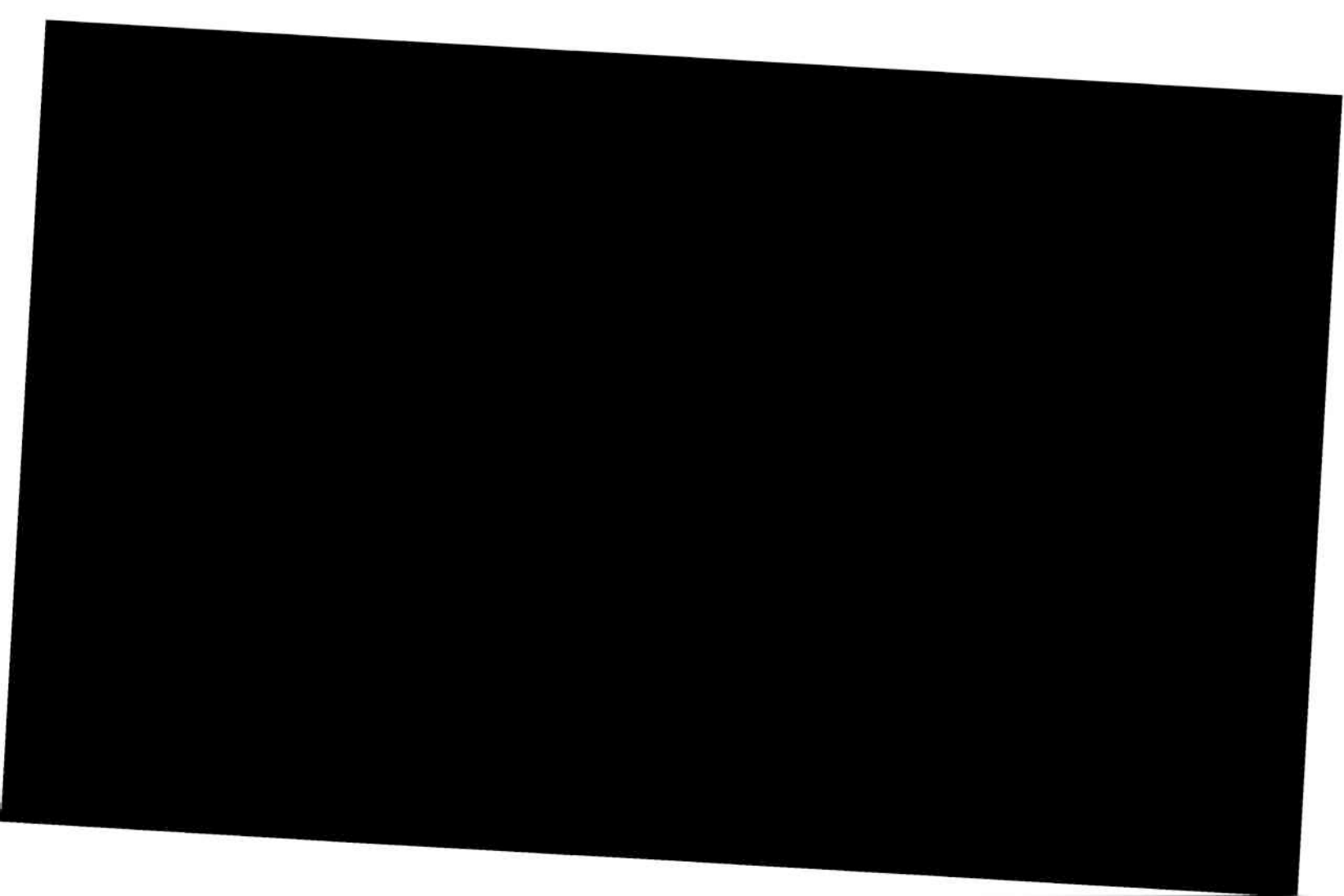
b) Dagegen ist es für den Auftragnehmer in aller Regel unzumutbar, eine Kündigungsfrist von vier Wochen einhalten zu müssen, obwohl ein wichtiger Grund zur Kündigung vor-

sein soll (und deshalb etwa die Schadenssumme, der Ablauf der Kündigungsfrist stellen dürfte).

Die darin liegende unzulässige Einschränkung des Kündigungsrechts des Auftragnehmers verstößt somit gegen § 11 Nr. 8 a AGBG.

c) Unerträglich ist aber vor allem, daß der aus wichtigem Grund kündigende Auftragnehmer nur Anspruch auf Bezahlung der erbrachten Leistungen haben soll, also keinerlei Anspruch auf Ersatz des Schadens, insbesondere des entgangenen Gewinns, oder auf Entschädigung nach § 642 BGB, ja nicht einmal einen Anspruch, wie ihn § 649 Satz 2 BGB bietet, während der Auftraggeber als Kündigender Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen kann (1.4.7 Abs. 1 letzter Satz BVB). In dieser Abbedingung der in § 9 Nr. 3 VOB/B enthaltenen und auch nach dem BGB geltenden Regelung liegt ein eindeutiger Verstoß gegen § 9 AGBG. Die Bestimmung benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Wenn das Berufungsgericht insoweit meint, die Regelung wiege schon deshalb nicht schwer, weil eine Kündigung aus



wichtigem Grund nur eine seltene Ausnahme darstelle, geht das fehl. Einmal sind Fälle, in denen eine außerordentliche Kündigung ausgesprochen wird, keineswegs selten. Zum anderen gebietet es die Gerechtigkeit, gerade bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung hinsichtlich der Kündigungsfolgen das gesetzliche Leitbild nicht so weit zu vernachlässigen, wie es der Beklagte hier über seine BVB versucht.

Noch weniger stichhaltig ist der Gesichtspunkt, der Auftragnehmer könne sich den vollen Werklohn mühelos dadurch sichern, daß er von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch mache und am Vertrag festhalte. Das Berufungsgericht übersieht dabei, daß ein wichtiger Grund nur vorliegt, wenn der Auftraggeber gegen wesentliche Pflichten verstößt. Damit ist für die vom Berufungsgericht aufgezeigte Lösung aber nicht selten von vornherein kein Raum (z.B. bei Verweigerung der erforderlichen Mitwirkung). In anderen Fällen (z.B. bei hartnäckiger Zahlungsverweigerung) kann die Weiterarbeit schon im Hinblick auf die fragwürdige "Realisierungsaussicht" des Werklohnanspruchs schlechthin unzumutbar sein.

Letztlich hat es der Auftraggeber bei dieser Ausgestaltung seiner AGB in der Hand, den Auftragnehmer durch Zahlungsverweigerung oder Verweigerung der Mitwirkung zur Kündigung zu zwingen, wenn er etwa nachträglich einen günstigeren Anbieter findet. Dann bräuchte er den Auftragnehmer nur dem Umfang der erbrachten Leistung entsprechend auszuzahlen und könnte das Werk durch Dritte preisgünstiger vollenden lassen. Damit wäre der willkürlichen Vertragsbeendigung durch den Auftraggeber Tür und Tor geöffnet.

d) Der Ausschluß eines Ausgleichs durch AGB des Auftraggebers in den Fällen der "freien" Kündigung durch den Auftraggeber gemäß § 9 AGBG ist unwirksam (Senatsurteile BGHZ 92, 244, 249/250; 101, 357, 359). Dasselbe gilt für die hier getroffene Regelung, die nicht nur erheblich vom gesetzlichen Leitbild abweicht, sondern zugleich eine offensichtliche Ungleichbehandlung der Vertragspartner bei den Folgen einer Kündigung aus wichtigem Grund enthält.

2. Ist damit aber die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart, kann auch auf § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nicht zurückgegriffen werden, da diese Bestimmung bei "isolierter" Würdigung gegen § 9 AGBG verstößt (Senatsurteile BGHZ 86, 135, 142; 101, 357, 364 ff; vgl. ferner die Senatsurteile NJW 1987, 2582 und 1989, 2124, das letztere zum Abdruck in BGHZ vorgesehen).

Das angefochtene Urteil kann daher nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Re-

vision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich
nun dem weiteren Vorbringen wird zuwenden müssen, mit dem
die Parteien um die sachliche Berechtigung des Klagean-
spruchs streiten.

Girisch

Bliesener

Walchshöfer

Quack

Haß