

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 291/89

URTEIL

Verkündet am
14. Februar 1991
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Felicitas W[REDACTED], L[REDACTED] Straße [REDACTED], M[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Christa Mü[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED], E[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1991 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Haß und Hausmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. Juni 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

9

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin fordert aus abgetretenem Recht restlichen Werklohn und Schadensersatz in Höhe von insgesamt 96.991,50 DM nebst Zinsen. Die einzelnen Forderungen gehen auf einen Bauvertrag zurück, den ihr Ehemann (= Auftragnehmer und Zedent) mit der Beklagten am 14. März/10. April 1981 abgeschlossen hat. Nach diesem Vertrag sollte der Zedent die Rohbau- und Verputzarbeiten für einen Wohnhausneubau mit Doppelgarage und Schwimmbad erbringen (vorläufiges Auftragsvolumen: 408.000 DM). Der Umfang der Arbeiten vergrößerte sich später durch Zusatzaufträge.

Gemäß Ziffer 3 des Bauvertrages, der die Geltung Besonderer Vertragsbedingungen und Zusätzlicher Vertragsbedingungen vorsieht, werden "die Zahlungen wie folgt geleistet:

Innerhalb von einer Woche nach Zahlungsanforderung für Abschlagsrechnung 90 % der Rechnungssumme, innerhalb von zwei Wochen nach Zahlungsaufforderung für Schlußrechnung 95 % der Rechnungssumme".

Mit der "Schlußrechnung" vom 11. Mai 1982 verlangte der Auftragnehmer nach Abzug von Sicherheitsrückstellungen, Abschlagszahlungen und Pfändungen noch 29.600,32 DM. Weitere Rechnungen wurden am 8. Juni 1982 über 25.311,77 DM, 10.115,76 DM und 6.966,45 DM erteilt. Ferner forderte der Auftragnehmer Kostenersatz in Höhe von 1.000 DM für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens, das aufgrund der Weigerung der Beklagten, die Bauarbeiten abzunehmen, habe in Auftrag gegeben werden müssen.



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



Die Abtretungen erfolgten nach den tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts am 21. Mai 1982, 7. April 1983 und 3. März 1986 und wurden der Beklagten jeweils mitgeteilt.

Auf die Schreiben des früheren Vertreters des Auftragnehmers vom 25. April und 25. Mai 1983, mit denen die Zahlung von 29.600,32 DM und des Rückstellungsbetrags von 21.236,46 DM verlangt wurde, erwiderte der Vertreter der Beklagten mit Schreiben vom 16. Juni 1983 unter dem Betreff "W. F. ./. M. Christa", daß die Forderungen aus näher dargelegten Gründen abgelehnt würden; zugleich erklärte er die Aufrechnung mit Forderungen der Beklagten. Daraufhin erklärte der Auftragnehmer unter dem Briefkopf "Bauunternehmung Hans W." der Beklagten mit Schreiben vom 27. Juni 1983, daß er gegen die Zahlungsverweigerung "Einspruch gemäß § 16 Nr. 3, Abs. 2 VOB/B" erhebe. Mit einem weiteren Schreiben vom 28. Juli 1983 führte er Gründe für seinen "Einspruch" an.

Das Landgericht hat die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen, da der Bauvertrag in den Allgemeinen Vorbemerkungen ein Abtretungsverbot enthalte. Das Berufungsgericht meint dagegen, die Beklagte habe nicht bewiesen, daß die Allgemeinen Vorbemerkungen Vertragsbestandteil geworden seien. Eine nähere Begründung erübrige sich jedoch insoweit, da der Klage bereits § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B entgegenstehe. Der im Schreiben vom 27. Juni 1983 liegende Vorbehalt sei nämlich nicht vom Forderungsinhaber (= Klägerin), sondern vom Zedenten erklärt worden und damit wirkungslos.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, die die Beklagte zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht legt seiner Entscheidung die Auffassung zugrunde, daß der Auftragnehmer infolge der Abtretung nicht mehr Forderungsinhaber gewesen sei, als er den Vorbehalt erklärt habe. Abgesehen davon, daß das hinsichtlich des geforderten Kostenersatzes von 1.000 DM schon deshalb fehlgeht, weil diese Forderung erst lange Zeit nach Erklärung des Vorbehalts (am 3. März 1986) abgetreten wurde, hätte das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus die Ansicht, das in den Allgemeinen Vorbemerkungen enthaltene Abtretungsverbot sei nicht Vertragsinhalt geworden, auch begründen müssen. Denn das Berufungsurteil setzt ja gerade voraus, daß die Abtretung wirksam war.

2. Richtig ist allerdings, daß dem Vertrag die VOB/B zugrunde liegt. Auch wenn das entsprechende "Kästchen" im Bauvertrag (1.3.3.) nicht "angekreuzt" wurde, zeigen vor allem die Zusätzlichen Vertragsbedingungen, die sich auf die Bestimmungen der VOB/B beziehen, daß die VOB/B Vertragsgrundlage sein sollte.

3. Auch wenn somit von der Geltung der VOB/B auszugehen ist, hält das Urteil der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Anwendung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1979)

setzt voraus, daß die VOB/B "als Ganzes" vereinbart wurde. Das ist im Hinblick auf Ziffer 3 des Bauvertrags zu verneinen, der eine wesentliche Abweichung von § 16 Nr. 1 VOB/B vorsieht, weil - trotz eines Sicherheitseinbehalts von 5 % bei der Schlußzahlung (vgl. Ziffer 9 der Besonderen Vertragsbedingungen) - nur 90 % der Abschlagsforderungen ausbezahlt sind. Daß die Zahlungsfrist dabei um ein paar Tage verkürzt wurde, gleicht diesen erheblichen Nachteil nicht aus.

Damit gelten insoweit die Grundsätze, die der Senat für diesen Fragenbereich bereits seit längerem entwickelt hat (vgl. BGHZ 101, 357, 361; Senatsurteil vom 23. November 1989 - VII ZR 228/88 = BauR 90, 207 ff = ZfBR 90, 70 f). Liegt danach aber ein Eingriff in den "Kernbereich" der VOB/B vor und ist die VOB/B deshalb nicht "als Ganzes" vereinbart, kommt auch der Schlußzahlungserklärung keine Wirkung zu, weil § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1979) bei "isolierter" Würdigung gegen § 9 AGBG verstößt und damit unwirksam ist (vgl. die Fundstellen im Senatsurteil vom 23. November 1989, aaO).

Das setzt allerdings voraus, daß die dem Zedenten nachteilige Vertragsklausel von der Beklagten verwendet worden ist. Da das Berufungsgericht dazu bisher keine Feststellungen getroffen hat und sich die Frage auch nicht aus dem im Berufungsurteil in Bezug genommenen Akteninhalt zweifelsfrei beantworten läßt, kann das Urteil schon aus diesem Grund nicht bestehen bleiben. Hätte dagegen der Zedent selbst die ihm nachteilige Klausel in den Vertrag eingeführt, könnte er sich als Verwender nicht auf ihre Unwirksamkeit berufen (vgl. auch BGHZ 99, 160).

4. Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Sollte dabei erneut die Frage entscheidungserheblich werden, wer den Vorbehalt hier wirksam erklären konnte, empfiehlt es sich, hier zunächst zu bedenken, daß die Schlußzahlungserklärung an den Anwalt der Klägerin gerichtet wurde, die ihrerseits die Beantwortung dieses Schreibens ihrem Ehemann ersichtlich deshalb übertrug, weil er als Auftragnehmer dafür kompetent war. Bei einer derartigen Sachlage liegt es aber nahe, daß der Ehemann - auch für die Beklagte erkennbar - als "Sachwalter der Forderung" und damit - falls erforderlich - rechtlich auch als Vertreter seiner Ehefrau tätig werden wollte.

Lang

Bliesener

Quack

Haß

Hausmann