

16
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG § 9; HGB § 348

Die Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Bestandteil eines Bauvertrages sind, wonach beim Überschreiten vereinbarter Fristen eine Vertragsstrafe von 1,5 % der Auftragssumme je Arbeitstag verfällt, ist unwirksam, auch wenn der Vertragspartner des Verwenders Kaufmann ist.

BGH, Urt. v. 12. März 1981 - VII ZR 293/79 - OLG Nürnberg

LG Nürnberg-Fürth

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 293/79

URTEIL

Verkündet am
12. März 1981
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Stefan M [REDACTED], O [REDACTED] G [REDACTED],
E [REDACTED]-B [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Franz V [REDACTED] & Sohn, Inh. Max V [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED], V [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

16

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1981 durch die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. Oktober 1979 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für ein Bauvorhaben des Beklagten aufgrund zweier Werkverträge vom 17. Mai/15. Juni 1977 die Lüftungs- und Heizungstechnischen Anlagen erstellt. Sie verlangt vom Beklagten - der Höhe nach unstreitigen - restlichen Werklohn von 64.300 DM nebst Zinsen. Der Beklagte beruft sich auf einen Vertragsstrafenanspruch von mindestens 70.875 DM und hat damit die Aufrechnung erklärt. Die vom Beklagten verwendeten, zum Bauvertrag gehörenden "Angebots- und Auftragsbedingungen" enthalten insoweit folgende Bestimmungen:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Nr. 23:

Vertragsstrafe wird fällig, wenn die vereinbarten Fristen überschritten werden. Hierfür gelten die §§ 339 bis 345 BGB. Eine erfolgte Abnahme hat hierauf keinen Einfluß. Falls nichts anderes im Vertrag vereinbart, ist die Strafe je Arbeitstag 1,5 % der Vertragssumme, mindestens DM 15,-- und kann verlangt werden bis die Vertragsleistungen restlos und mängelfrei fertig sind.

Nr. 24:

Abnahme ist grundsätzlich zu beantragen und erfolgt erst nach Fertigstellung der Gesamtleistung. Für später unzugängliche Teile hat der Auftragnehmer den Bauleiter rechtzeitig zur vorläufigen Abnahme aufzufordern. Die Benutzung von Einzelteilen eines Bauwerkes zur Weiterführung des Baues sowie laufende Kontrollen oder geleistete Abschlagszahlungen gelten in keinem Falle als stillschweigende Abnahme. Teilweise Mängelrüge bedeutet, daß Abnahme bis zur Behebung nicht erfolgt ist. Vorbehaltlose Abnahme schließt nicht aus, daß später bis dahin unbekannte verdeckte Mängel geltend gemacht werden, oder daß bei Fristüberschreitung Vertragsstrafe abgezogen wird. ..."

Das Landgericht hat die Aufrechnung für begründet erachtet und die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben (das Urteil ist in MDR 1980, 393 veröffentlicht). Mit seiner - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die vom Beklagten verwendeten "Angebots- und Auftragsbedingungen" Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S. § 1 AGBG darstellten. Das ist richtig und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

Die somit erforderliche Inhaltskontrolle führe - so meint das Berufungsgericht weiter - zur Unwirksamkeit der hier maßgeblichen Vertragsklauseln Nr. 23 und 24. Nach diesen Bestimmungen solle der Beklagte berechtigt sein, eine Vertragsstrafe trotz vorbehaltloser Abnahme der Hauptleistung bis zum Ablauf der Verjährung einzutreiben. Diese Regelung entferne sich zu weit von dem gesetzlichen Leitbild des § 341 Abs. 3 BGB und dem darin verankerten Gerechtigkeitsgebot, den Schuldner vor unbilligen Härten zu schützen.

Damit trete an die Stelle der unwirksamen Klausel § 341 Abs. 3 BGB. Da sich der Beklagte bei der Abnahme am 17. November 1977 die Vertragsstrafe nicht vorbehalten habe und den Erklärungen vom 18. Oktober 1977 und 28. März 1978 rechtlich keine Bedeutung zukomme, sei eine etwaige Vertragsstrafe untergegangen.

II.

1. Die Revision hält das angefochtene Urteil schon deshalb für unrichtig, weil hier die - unstreitig anwendbare - Bestimmung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 VOB/B der Forderung entgegenstehe. Das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagte durch das Schreiben seines bevollmächtigten Architekten vom 28. März 1978 auf die Endabrechnung der Klägerin klar zum Ausdruck gebracht habe, er lehne weitere Zahlungen ab und bitte um Rücküberweisung überzahlter 8.334,80 DM. Da die Klägerin selbst nicht vortragen habe, daß sie sich innerhalb der Frist des § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B Nachforderungen vorbehalten habe, sei die Klage von vornherein unbegründet.

Das geht fehl. Die Revision verkennt, daß die vorbehaltlose Annahme einer Schlußzahlung dem Auftraggeber nur eine Einrede gewährt (Senatsurteil BGHZ 62, 15, 18; 75, 307, 314 m.w.N.; Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., Rdn. 54 a zu B § 16, 3). Der Beklagte hat diese Einrede jedoch bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz nicht erhoben. Im Revisionsrechtszug kann sie nicht nachgeholt werden (BGHZ 1, 234, 239 für die Einrede der Verjährung). Damit scheidet eine Anwendung der Ausschlußbestimmung des § 16 Nr. 3 VOB/B aus.

2. Wie der Senat bereits in BGHZ 72, 222, 227 f ausgeführt hat, ist die Bestimmung des § 341 Abs. 3 BGB vor allem das Ergebnis einer Zweckmäßigkeitserwägung des Gesetzgebers. Deshalb darf ein Besteller auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbaren, daß er sich eine Vertragsstrafe nicht schon bei Abnahme vorbehalten

muß, sondern daß er sie vielmehr noch bis zur Schlußzahlung geltend machen darf.

Dagegen hatte der Bundesgerichtshof bisher nicht zu entscheiden, ob die Regelung des § 341 Abs. 3 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen völlig abbedungen werden kann. Diese vom Berufungsgericht, aber auch vom Oberlandesgericht Karlsruhe (BB 1980, 600) verneinte Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Ebenso kann offen bleiben, ob die Rüge der Revision berechtigt ist, das Berufungsgericht habe den Inhalt der in Nr. 24 der "Angebots- und Auftragsbedingungen" enthaltenen Vereinbarung verkannt, da das Recht, die Vertragsstrafe trotz vorbehaltloser Abnahme des Werkes abzuziehen, letztlich nur bedeute, daß der Beklagte eine Vertragsstrafe bis zur Bezahlung der Schlußrechnung geltend machen dürfe. Der Revision muß nämlich der Erfolg schon deshalb versagt bleiben, weil die hier zu beurteilende Vertragsstrafenregelung aus einem anderen Grunde unwirksam ist.

3. Da im Vertrag nichts anderes vereinbart worden ist, beträgt die Vertragsstrafe gemäß Nr. 23 der "Angebots- und Auftragsbedingungen" hier "je Arbeitstag 1,5 % der Vertragssumme, mindestens DM 15,-- und kann verlangt werden, bis die Vertragsleistungen restlos und mangelfrei fertig sind."

a) Nach dieser Regelung würde der Auftragnehmer bereits nach rund 3 Monaten seinen gesamten Werklohn verlieren, wenn er mit der mangelfreien Fertigstellung des Werkes für diesen Zeitraum in Verzug kommt. Das ist unbillig.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß sich die Bestimmung für die Klägerin als "Kaufmann" nicht als überraschende Klausel im Sinne des § 3 AGBG darstellt, hält sie jedenfalls der Inhaltskontrolle gemäß § 9 Abs. 1 AGBG nicht stand, da die festgelegte Höhe der Vertragsstrafe die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die starre Anbindung der Vertragsstrafenhöhe an den Werklohn läßt hier zu wenig Raum für eine fallbezogene Lösung, bei der die Gewichte - Erfüllungsdruck auf der einen, die durch Verzug bedingten Nachteile auf der anderen Seite - angemessen verteilt werden

Der Senat hat in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Vertragsstrafen unbeanstandet gelassen, die der Höhe nach durch einen Teilbetrag der Auftragssumme bestimmt werden, wenn sich der Teilbetrag in angemessenen Grenzen hält, so bei 0,2 % je Werktag (BGHZ 72, 222, 224) oder 0,3 % je Arbeitstag (Urteil vom 1. April 1976 - VII ZR 122/74 = BauR 1976, 279). Hier ist es das Fünffache. Eine solche, den Auftraggeber einseitig bevorzughende Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nicht hingenommen werden, auch nicht unter Berücksichtigung des Zwecks der Vertragsstrafe, den Schuldner vor Vertragsverletzungen abzuschrecken und dem Gläubiger die Schadloshaltung zu erleichtern (vgl. dazu BGHZ 33, 163, 165; 63, 256, 259; Senatsurteil vom 13. März 1975 - VII ZR 205/73 = LM BGB § 339 Nr. 19).

Es ist vielmehr mit Treu und Glauben unvereinbar, bei Bauverträgen eine Vertragsstrafe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen völlig unabhängig von den Verzugs-

auswirkungen im Einzelfall und ohne jede Begrenzung nach oben so hoch festzusetzen, daß der Auftragnehmer bereits bei verhältnismäßig kurzer Verzugsdauer nicht nur seinen gesamten Werklohn verliert, sondern darüber hinaus auch noch möglicherweise Zahlungen an den Auftraggeber zu leisten hat. Der Auftraggeber wird dadurch in seinen schutzwerten Interessen nicht unzumutbar beeinträchtigt, denn etwaige Schadensersatzansprüche aus verspäteter Fertigstellung verbleiben ihm, auch wenn er keine Vertragsstrafe verlangen kann (BGH NJW 1975, 1701).

Daß der Beklagte hier Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber einem Kaufmann verwendet hat, spielt keine Rolle. § 9 Abs. 1 AGBG gilt auch in einem derartigen Fall (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG).

b) Hält die Klausel somit der Inhaltskontrolle nicht stand, ist sie unwirksam (§ 9 Abs. 1 AGBG). Dabei kann offen bleiben, ob das auch in den Fällen gilt, in denen an sich eine Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB herabgesetzt werden kann (vgl. dazu Lindacher, Phänomenologie der "Vertragsstrafe", 1972, S. 208/209; Münch. Komm., Kötz, Rdn. 50 zu § 11 AGBG; andererseits Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., F. 219). Denn gemäß § 348 HGB scheidet hier die richterliche Herabsetzung einer von der Klägerin geschuldeten Vertragsstrafe aus. Soweit vor Inkrafttreten des AGBG auch für diesen Fall eine entsprechende Anwendung des § 343 BGB befürwortet wurde, falls die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen sollte (z.B. LG Frankfurt, NJW 1975, 1519, 1520; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, 5. Aufl., Rdn. 30 zu § 348),

kann das jetzt im Hinblick auf die Regelung des § 9 AGBG, aus der sich die Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel ergibt, nicht mehr gelten.

4. Damit haben die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil im Ergebnis keinen Erfolg.

Soweit sich der Beklagte in der Revisionsbegründung darauf beruft, daß er auch mit Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Fertigstellung des Werkes aufgerechnet habe, hilft ihm das nichts. Es trifft zwar zu, daß der Beklagte vor dem Berufungsgericht behauptet hat, ihm sei auch ein Verzögerungsschaden entstanden. Das Berufungsgericht hat diesem Vortrag aber nicht entnehmen müssen, daß er auch insoweit die Aufrechnung erkläre. Vielmehr durfte es nach der hier gegebenen Sachlage davon ausgehen, der Beklagte wolle mit diesem Vortrag lediglich belegen, daß der Vertragsstrafenforderung ein wirklich erlittener Schaden zugrunde liege. Dafür spricht auch die Erklärung des Beklagten in der Berufungserwiderung, daß Gegenstand des Rechtsstreits nur die Frage sei, ob er vom restlichen Werklohn die Vertragsstrafe abziehen dürfe.

III.

Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge
aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Meise

Recken

Doerry

Bliesener