

14

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

AGBG §§ 5, 6, 9 Bf Cf

Die Bestimmung in einem formularmäßigen Bauvertrag, wonach Gewährleistung und Haftung des Unternehmers sich nach der VOB/B bzw. BGB richten und bei unterschiedlicher Auffassung jeweils die günstigere für den Bauherrn gilt, ist unwirksam.

BGH, Urt. v. 21. November 1985 - VII ZR 22/85 - OLG Frankfurt
LG Wiesbaden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 22/85

URTEIL

Verkündet am
21. November 1985
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Franz K[REDACTED], P[REDACTED]wiese 1,
I[REDACTED]-W[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

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

gegen

die Witwe Ingeborg U. G. M[REDACTED]-H[REDACTED] als Alleinerbin
des Diplomingenieurs Christian M[REDACTED]-H[REDACTED],
F[REDACTED]weg [REDACTED], N[REDACTED]-O[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

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

14

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1985
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Prof. Dr. Walchshöfer
und Quack

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Teilurteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt
am Main vom 1. November 1984 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Aufgrund schriftlichen Bauvertrags vom 22. April 1977
errichtete der Beklagte für den während des Revisions-
verfahrens verstorbenen, von seiner Ehefrau beerbten
Kläger den Rohbau eines Einfamilienhauses nebst Doppel-
garage. Nr. 5 des Vertrages lautet:

"Gewährleistung und Haftung des Unternehmers
richten sich nach der VOB bzw. BGB.

Bei unterschiedlicher Auffassung gilt jeweils
die günstigere für den Bauherrn".



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 1. August 1977 fanden Abnahmeverhandlungen an der Baustelle statt. Im Februar 1978 zog der Kläger in das Haus ein. Als bald - wie auch schon vorher - zeigten sich Baumängel.

Nachdem der Kläger eine deswegen im August 1979 erhobene Nachbesserungsklage im September 1981 zurückgenommen, alsdann ein Beweissicherungsverfahren angestrengt und Zahlungsklage erhoben hatte, hat er mit der vorliegenden, im Juni 1982 eingereichten Klage die Feststellung begehrt, daß der Beklagte ihm den (noch nicht bezifferbaren) Schaden zu ersetzen habe, der aus drei - im Beweissicherungsverfahren vorgebrachten - Baumängeln entstanden sei. Der Beklagte hat insbesondere die Einrede der Verjährung erhoben.

Wegen dieser Einrede hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat mit Teilurteil dem Feststellungsantrag zu 2) - Betonfehler an der Terrassentreppe - stattgegeben.

Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht stellt fest, die Leistung des Beklagten sei am 1. August 1977 abgenommen worden; dieser habe die Betonfehler an der Terrassentreppe auch zu vertreten.

Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision nicht beanstandet.

Das Berufungsgericht hält den deswegen der Klägerin zustehenden, noch nicht bezifferbaren Schadensersatzanspruch für nicht verjährt, weil die Gewährleistungsfrist nach dem Vertrag fünf Jahre betrage. Nr. 5 des Vertrags gestatte der Klägerin, dafür auf die gesetzlichen Bestimmungen (§§ 635, 638 BGB) zurückzugreifen. Somit könne offen bleiben, ob solcher Schadensersatz auch aus § 13 Nr. 7 VOB/B zu leisten wäre. Die hier maßgebliche Klausel des von der Klägerin gestellten Formularvertrags sei - entgegen der Auffassung des Landgerichts - nicht wegen Unbestimmtheit unwirksam. Sie sei zwar auslegungsbedürftig, aber auch der Auslegung zugänglich. Dabei kämen ernstlich nur zwei Auslegungen in Betracht:

- a) Die gesetzliche Unternehmergewähr solle allein durch solche VOB-Regelungen verdrängt werden, durch die sich die Rechtsstellung des Bestellers im Punkt Gewährleistung/Haftung im Vergleich zur BGB-Regelung verbessere.

- b) Durch die ansonsten vereinbarte VOB solle dem Besteller hinsichtlich Haftung und Gewähr des Unternehmers nichts von seinen gesetzlichen Rechten genommen werden.

Nach beiden Auslegungen würden Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB nicht durch § 13 Nr. 7 VOB/B verdrängt, da letztere Bestimmung die Schadensersatzpflicht des Unternehmers an engere Voraussetzungen knüpfe als das Gesetz in § 635 BGB. Müsse der Kläger als Verwender gemäß § 5 AGBG die weniger naheliegende Auslegung b) der Klausel gegen sich gelten lassen, so halte diese der Angemessenheitsprüfung gemäß § 9 AGBG fraglos stand, weil sie die gesetzliche Unternehmerhaftung unberührt lasse. Folge man dagegen der näher liegenden Auslegung a), so verstoße diese unter Umständen zwar gegen die Grundsätze des § 9 AGBG, jedoch habe auch dies zur Folge, daß für die Gewährleistung des Beklagten nicht § 13 VOB/B, sondern gemäß § 6 Abs. 2 AGBG das Gesetz gelte, so daß für die Verjährung in jedem Fall § 638 BGB anzuwenden sei.

Das greift die Revision ohne Erfolg an.

Sie meint, die Klausel Nr. 5 des Bauvertrags sei nicht nur in jeder Hinsicht unklar, weil sie - wie das Urteil des Landgerichts zeige - noch andere als die vom Berufungsgericht erwogenen Auslegungen zulasse, sondern sie benachteilige zudem auch in der Auslegung b) den Unternehmer unangemessen und sei daher insgesamt unwirksam.

Der Revision ist zuzugeben, daß beide vom Berufungsgericht erwogenen Auslegungen immer noch offen lassen, wie die Begünstigungsvoraussetzung "bei unterschiedlicher

14

Auffassung" zu verstehen ist. Daher kommt ausnahmsweise schon allein wegen der Unklarheit der Klausel ihre Unwirksamkeit in Betracht (vgl. BGH NJW 1985, 53, 56). Auch benachteiligt ein ausbedungenes Recht des Auftraggebers, sich gegenüber der gesetzlichen Rechtslage jeweils auf ihm günstigere Bestimmungen der VOB/B berufen zu dürfen, den Auftragnehmer gewiß unangemessen (§ 9 AGBG), wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt (vgl. zur Unwirksamkeit der Vereinbarung nur einzelner Bestimmungen der VOB/B: BGHZ 86, 135, 142; Senatsurteil vom 10. Oktober 1985 - VII ZR 325/84 - zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

Jedoch kommt es darauf hier nicht an.

1. Wie nämlich das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hat eine Unwirksamkeit der Gewährleistungsklausel Nr. 5 des als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu wertenden Formularvertrags nicht etwa die uneingeschränkte Geltung der VOB/B zur Folge. Vielmehr richten sich Voraussetzungen, Folgen und Verjährung der Gewährleistungsrechte des Klägers dann gemäß § 6 Abs. 2 AGBG nach den gesetzlichen Vorschriften, also nach den §§ 635, 638 BGB. Dabei kann nach wie vor offen bleiben, inwieweit eine durch Unwirksamkeit einer Formularklausel entstandene Lücke überhaupt durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden kann (vgl. Senatsurteil NJW 1985, 2270, 2271). Solange gesetzliche Vorschriften die aus der Unwirksamkeit einer Klausel herrührende Vertragslücke angemessen zu füllen vermögen, kommt eine Ergänzung des Vertrages nach den Grundsätzen ergänzender Vertragsauslegung auf keinen Fall in Betracht (vgl. BGHZ 84, 109, 116; 90, 69, 75; Löwe/von Westphalen/Trinkner, AGBG, 1. Aufl., § 6 Rdn. 7; Kötz in MünchKomm,

2. Aufl., AGBG § 6 Rdn. 17). Es kann daher nicht mehr der im übrigen völlig offenen Frage nachgegangen werden, ob die Parteien - wäre ihnen die Unwirksamkeit der Klausel Nr. 5 bewußt gewesen - die Geltung der VOB/B auch für die Gewährleistung oder aber ausschließlich das gesetzliche Gewährleistungsrecht vereinbart hätten (vgl. a. BGHZ 87, 309, 321). Auch kann der Revision nicht darin gefolgt werden, im Zweifel ergebe sich die lückenfüllende Geltung der VOB/B aus Nr. 4.4 des Bauvertrags. Nach dieser Bestimmung soll zwar nach dem Leistungsverzeichnis, den Allgemeinen und den Technischen Vertragsbedingungen die VOB/B für die Vertragsabwicklung gelten. Die Parteien haben jedoch, wie das Berufungsgericht zu Recht hervorhebt, für Gewährleistung und Haftung des Unternehmers in Nr. 5 eine andere Regelung getroffen, also die uneingeschränkte Geltung der VOB/B gerade nicht gewollt. Ist diese Regelung unwirksam, so entsteht eine Vertragslücke, die zumindest vorrangig mit gesetzlichen Vorschriften zu füllen ist.

2. Daran ändert nichts, daß hier für den zuerkannten Schadensersatzanspruch und seine Verjährung eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Klägers durch Unwirksamkeit der Klausel nicht eintritt. Zwar wirkt sich der Wegfall einer ausbedungenen Klausel zumeist nachteilig für den Verwender aus. Dies muß jedoch nicht so sein, wenn wie hier das gemäß § 6 Abs. 2 AGBG zur Anwendung kommende Gesetzesrecht zum selben Ergebnis führt wie die streitige Klausel.

Zu Recht hat daher das Berufungsgericht der Feststellungsklage im Umfang der Entscheidungsreife stattgegeben. Die Revision des Beklagten ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Walchshöfer

Quack