

13

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu Ziff. 1 EGr.

AGBG § 9 Bf, Cl

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Baubetreuers enthaltene Musterprozeßvereinbarung, wonach der Auftragnehmer bei gerichtlicher Geltendmachung seiner Ansprüche aus Gründen der Kostenersparnis nur einen von dem Baubetreuer zu bestimmenden Bauherrn entsprechend dessen Anteil in Anspruch nehmen kann, benachteiligt den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher unwirksam.

BGH, Urt. v. 28. Juni 1984 - VII ZR 38/83 - OLG Hamm  
LG Münster

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 38/83

URTEIL

Verkündet am

28. Juni 1984

W e r n e r,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.

13

- 2 -

- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.
- 19.
- 20.
- 21.
- 22.
- 23.
- 24.
- 25.
- 26.
- 27.
- 28.
- 29.
- 30.
- 31.
- 32.
- 33.
- 34.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

- 35.
- 36.
- 37.
- 38.
- 39.
- 40.
- 41.
- 42.
- 43.
- 44.
- 45.
- 46.
- 47.
- 48.
- 49.
- 50.
- 51.
- 52.
- 53.
- 54.
- 55.
- 56.
- 57.

58.

sämtlich vertreten durch die R- I- GmbH & Co KG in Liquidation, diese vertreten durch die Firma R- I- GmbH in Liquidation, diese vertreten durch den Liquidator Dipl.-Kfm. U. T., Am B-, D- und durch den Beirat der aus den Beklagten zu 1) bis 58) bestehenden Bauherrengemeinschaft mit Rechtsanwalt Dr. Tö-, A-straße -, M-, Dr. Karl-Otto B-, Im A-, S-, Wilhelm K-, R- Straße -, W-

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Firma N- GmbH & Co KG, vertreten durch die N- Verwaltungs- und Beteiligungs GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Rainer N-, M-weg -, M-,

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs  
hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1984  
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die  
Richter Doerry, Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das  
Urteil des 24. Zivilsenats des Ober-  
landesgerichts Hamm vom 16. Dezember  
1982 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Re-  
vision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten sind Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ("Realfonds"), die 1980 ein Grundstück bebaut hat. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft übertrugen sie der Firma R.-I.-GmbH & Co KG als "Betreuerin". Nach dem Gesellschaftsvertrag und einem "Geschäftsführungsvertrag" wurden die Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte der Betreuerin in der Weise beschränkt, daß die Gesellschafter nur entsprechend ihrem jeweiligen Kapitalanteil mit beschränkter Haftung auf das Gesellschaftsvermögen verpflichtet werden durften.

Die Betreuerin übertrug der Klägerin die Durchführung der Fensterarbeiten. Dem Vertrag wurden "Vertragsbedingungen für die Erbringung von Bauleistungen" zugrundegelegt. Diese enthalten unter anderem folgende Regelung:

"43.

Vor der Abnahme findet eine gemeinsame Begehung und Besichtigung der Leistung statt. Eventuell festgestellte Mängel sind unverzüglich abzustellen. Anderenfalls ist der Auftraggeber berechtigt, ohne weitere Vorankündigung diese Mängel zu Lasten des Auftragnehmers beseitigen zu lassen. Nach Behebung der so festgestellten Mängel findet eine förmliche Abnahme statt, die protokolliert wird. Das Abnahmeprotokoll ist von beiden Vertragspartnern zu unterzeichnen.

...

71.

Soweit der Auftragnehmer aus diesem Vertrag Ansprüche gerichtlich geltend machen will,

gilt als vereinbart, daß aus Gründen der Kostenersparnis nur ein von der Baubetreuerin zu bestimmender Bauherr entsprechend seinem Miteigentumsanteil in Anspruch genommen werden kann. Das für oder gegen diesen Bauherrn ergehende Urteil befreit oder verpflichtet alle übrigen Bauherren, die dieser Bauherrengemeinschaft angehören. Auf Verlangen des Auftragnehmers hat die Baubetreuerin für die am Rechtsstreit nicht beteiligten Bauherren eine entsprechende Verpflichtungserklärung abzugeben."

Auf die Schlußrechnungen der Klägerin vom 16. und 17. Dezember 1980 über 348.000,- DM und 991,63 DM zahlten die Beklagten wegen angeblicher Mängel nur 224.585,- DM. Mit der Klage macht die Klägerin, die den Beklagten eine Gutschrift von 4.271,40 DM erteilt hat, ihren Restwerklohn in Höhe von 120.135,23 DM nebst Zinsen geltend. Die Beklagten rechnen hilfsweise mit einer von der Klägerin verwirkten Vertragsstrafe in Höhe von 287.100,- DM auf.

Die zunächst nur gegen die Beklagten zu 1) bis 4) gerichtete Klage hat das Landgericht im Hinblick auf die in Nr. 71 der "Vertragsbedingungen" enthaltene Musterprozeßvereinbarung als unzulässig abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die im Berufungsrechtszug gegen sämtliche Beklagten - mit Ausnahme der Beklagten zu 42), gegen die die Berufung später wieder zurückgenommen wurde - erweiterte Klage wegen eines Teilbetrags von 19.209,25 DM nebst Zinsen abgewiesen, im übrigen dem Grunde nach gegen alle Beklagten als Teilschuldner in Höhe ihrer Anteile an der BGB-Gesellschaft für gerechtfertigt erklärt und die Haftung der Beklagten auf ihren Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkt. Wegen der Höhe der Beträge hat es den Rechts-

streit an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, beantragen die Beklagten die Abweisung der Klage als unzulässig, soweit sie sich gegen die erst in zweiter Instanz einbezogenen Beklagten richtet. Im übrigen begehren sie die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, Nr. 71 der "Vertragsbedingungen" benachteilige die Klägerin unangemessen und verstoße daher gegen § 9 Abs. 1 AGBG. Die Klausel enthalte zwar keinen allgemeinen Ausschluß der Klagbarkeit. Weitere Prozesse würden dadurch jedoch nicht vermieden, weil die Klägerin aus dem Urteil des Musterprozesses gegen die übrigen Beklagten nicht vollstrecken könne. Die von der Klägerin in der Berufungsinstanz erklärte Klageerweiterung gegen sämtliche Gesellschafter sei zulässig. Die Einwilligung der neuen Beklagten sei entbehrlich, weil sich ihre Verweigerung als Prozeßmißbrauch darstelle. Der Werklohnanspruch der Klägerin sei nach durchgeführter Abnahme fällig. Die Forderung vermindere sich aber aufgrund eines von den Beklagten einzubehaltenden Betrages für Bauwesenversicherung (3 % der Auftragssumme) sowie eines Sicherheits einbehalts in Höhe von 5 % der Werklohnforderung. Die von den Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung mit

einem Vertragsstrafenanspruch greife nicht durch. Die Klageforderung sei daher dem Grunde nach in Höhe von 100.925,98 DM gerechtfertigt. Wegen eines von den Beklagten geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts sei der Rechtsstreit jedoch noch nicht zur Entscheidung reif.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht mit Recht von der Zulässigkeit der Klage aus. Denn die in Nr. 71 der "Vertragsbedingungen" enthaltene Musterprozeßvereinbarung ist nach § 9 AGBG unwirksam (allgemein zur Problematik des Musterprozesses vgl. Kempf ZZP 73 (1960), 342).

a) Bei den von der Betreuerin der Beklagten verwendeten "Vertragsbedingungen für die Erbringung von Bauleistungen", die der Klägerin mit dem Auftragschreiben übersandt und zu "Vertragsbestandteilen" erklärt wurden, handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen. Sie wurden von der Betreuerin - wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist - bei der Vergabe von Aufträgen stets zugrundegelegt und sind daher Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S. des § 1 Abs. 1 AGBG.

b) Die in Nr. 71 der "Vertragsbedingungen" enthaltene Musterprozeßvereinbarung benachteiligt die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 9 Abs. 1, 2 AGBG).

aa) Schließt ein Bauhandwerker mit Gesellschaftern einer BGB-Gesellschaft einen Werkvertrag, steht ihm der Werklohnanspruch gegen alle Gesellschafter zu. Zwar kann er, wenn sich die Gesellschafter - wie hier - lediglich entsprechend ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen verpflichtet und ihre Haftung auf diesen Kapitalanteil beschränkt haben, gegen die einzelnen Gesellschafter jeweils nur einen bestimmten Teil seiner Forderung geltend machen. Es bleibt ihm jedoch unbenommen, alle Gesellschafter in Anspruch zu nehmen und gegen alle Gesellschafter einen vollstreckbaren Titel zu erwirken.

bb) Mit dem dieser Regelung zugrundeliegenden Gerechtigkeitsgehalt ist die beanstandete Klausel nicht zu vereinbaren.

Der Auftragnehmer wird bei der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs bereits dadurch benachteiligt, daß die Auswahl des zu verklagenden Gesellschafters allein der Betreuerin obliegt. Wählt sie einen Gesellschafter aus, der entsprechend seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen nur für einen geringen Betrag haftet, muß der Musterprozeß vor dem Amtsgericht und in der Berufungsinstanz vor dem Landgericht geführt werden; ein weiterer Rechtszug kann nicht mehr besritten werden. Benennt sie einen Gesellschafter, der gegen die Forderung des Auftragnehmers mit einer eigenen Gegenforderung aufrechnen oder ein Zurückbehaltungsrecht einwenden kann, bleibt die Klage des Auftragnehmers unter Umständen aus Gründen erfolglos, die gar nicht für alle Gesellschafter

maßgebend sind. In diesem Fall muß der Auftragnehmer den Anspruch erneut gegen einen anderen Gesellschafter gerichtlich geltend machen.

Führt der Musterprozeß zu einer Verurteilung des von der Betreuerin bestimmten Gesellschafters, kann der Auftragnehmer bei der Durchsetzung seines gesamten Anspruchs weitere Nachteile erleiden. Zwar sieht die Klausel vor, daß das von dem Auftragnehmer gegen den von der Betreuerin bestimmten Bauherrn erstrittene Urteil alle übrigen Bauherren "verpflichtet". Auch kann der Auftragnehmer verlangen, daß die Betreuerin für die am Rechtsstreit nicht beteiligten Gesellschafter eine entsprechende Verpflichtungserklärung abgibt. Diese Regelung enthält jedoch - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - nur eine unzureichende Bindung der anderen Gesellschafter. Der Auftragnehmer hat keine Möglichkeit, gegen die von der Betreuerin vertretenen Gesellschafter zu vollstrecken, weil eine Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nicht erklärt wird. Verweigern die Gesellschafter trotz der von der Betreuerin abgegebenen Verpflichtungserklärung eine ihrem Anteil entsprechende Zahlung, muß der Auftragnehmer deshalb auch gegen sie im Klageweg vorgehen, um vollstreckbare Titel zu erlangen. Dabei kann jeder Gesellschafter, auch wenn er durch die Verpflichtungserklärung an die Feststellungen des Musterurteils gebunden sein sollte, neue Einwendungen oder Einreden vorbringen oder mit einer eigenen Gegenforderung aufrechnen. Auch muß der Auftragnehmer befürchten, daß er seinen Anspruch gegen inzwischen vermögenslos gewordene Gesellschafter nicht mehr durchzusetzen vermag.

Zudem kann zweifelhaft sein, ob die der Baubetreuerin erteilten Vollmachten die Verpflichtung der Gesellschafter aus Musterprozessen gegen einen von ihnen überhaupt umfassen (vgl. BGHZ 76, 86, 90 zu Schiedsgerichtsvereinbarungen).

Die Musterprozeßvereinbarung kann somit den Auftragnehmer bei der Geltendmachung seiner Ansprüche unter Umständen mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand belasten. Die Rechtsverfolgung durch den Auftragnehmer wird dadurch unangemessen erschwert. Die Klausel wahrt deshalb einseitig die Interessen der Gesellschafter und ihrer Betreuerin, die damit das Kostenrisiko geringhalten und eine rasche Streiterledigung erreichen wollen. Auch unter Berücksichtigung dieser Interessen ist es aber nicht gerechtfertigt, den Gesellschaftern und ihrer Betreuerin zu Lasten des Auftragnehmers eine derart bevorzugte Rechtsposition einzuräumen. Eine solche Regelung verstößt gegen Treu und Glauben und ist nicht mehr angemessen.

2. Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, daß die von der Klägerin in der Berufungsinstanz erklärte Parteierweiterung zulässig ist, obwohl die Beklagten zu 1) bis 4) einer Klageänderung widersprochen und die neu in den Prozeß einbezogenen Beklagten zu 5) bis 41), 43) bis 58) der Parteiänderung nicht zugestimmt haben.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 21, 285; 65, 264, 268; BGH NJW 1962, 633, 635, insoweit in BGHZ 36, 187 nicht ab-

gedruckt; NJW 1974, 750, insoweit in BGHZ 62, 131 nicht abgedruckt; NJW 1981, 989, 990) ist eine Parteiänderung auf der Beklagtenseite in der Berufungsinstanz grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der neue Beklagte zustimmt. Seine Zustimmung ist jedoch entbehrlich, wenn ihre Verweigerung sich als Prozeßmißbrauch darstellt. Ein solcher Mißbrauch ist im allgemeinen dann zu bejahen, wenn ein schutzwürdiges Interesse des neuen Beklagten an der Weigerung nicht anzuerkennen und ihm nach der ganzen Sachlage zuzumuten ist, in den Rechtsstreit einzutreten, obgleich dieser bereits in der Berufungsinstanz schwebt. Dabei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen. Insbesondere ist in Betracht zu ziehen, daß der erst in der Berufungsinstanz in einen Rechtsstreit "herein-gezogene" Beklagte eine Tatsacheninstanz verliert (BGHZ 21, 285, 289).

b) Die Weigerung der neu in den Prozeß einbezogenen Beklagten sieht das Berufungsgericht zutreffend als Rechtsmißbrauch an. Die Beklagten zu 5) bis 58) sind wie die Beklagten zu 1) bis 4) Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft. Hinsichtlich ihrer Rechtsstellung unterscheiden sie sich nicht von den bereits vor dem Landgericht auf der Beklagtenseite stehenden Gesellschaftern. Auch sie haben die Betreuerin mit ihrer Vertretung beauftragt; die Betreuerin ist im gleichen Umfang auch für sie tätig geworden. Da das Landgericht die Klage als unzulässig abgewiesen und der Sach- und Streitstand sich in der Berufungsinstanz nicht geändert hat, ist es den Beklagten zuzumuten, im zweiten

Rechtszug in den Prozeß einzutreten. Bei dieser Sachlage nimmt das Berufungsgericht mit Recht an, daß ein schutzwürdiges Interesse der neuen Beklagten an der Verweigerung ihrer Zustimmung nicht ersichtlich ist. Die Beklagte zu 42) ist lediglich wieder ausgeschieden, weil die Klage gegen sie bereits anderweitig anhängig ist.

3. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Werklohnanspruch der Klägerin sei fällig, weil eine Abnahme i.S. der Nr. 43 der "Vertragsbedingungen" stattgefunden habe, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht stellt zutreffend fest, daß die Weigerung der Betreuerin, das Abnahmeprotokoll zu unterzeichnen, aufgrund der gegebenen Umstände (30 % der Versiegelung der Fenster konnte lediglich aus witterungsbedingten Gründen noch nicht durchgeführt werden, das Gebäude war aber schon in Benutzung genommen) rechtsmißbräuchlich war.

4. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Höhe der Werklohnforderung der Klägerin und zu der von den Beklagten erklärten Hilfsaufrechnung lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Sie werden von der Revision auch nicht angegriffen.

5. Nach alledem hat die Revision der Beklagten keinen Erfolg. Sie ist daher mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer

Quack