BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 53/03

Verkündet am:
27. November 2003
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AGBG § 9 A, Ca, Cb; BGB § 157 Ge, § 641 Abs. 3

a) Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, daß sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind (im Anschluß an BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238).

b) Eine vom Auftraggeber gestellte Klausel in einem Bauvertrag, nach der jegliche Nachforderungen ausgeschlossen sind, wenn sie nicht auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen des Auftraggebers beruhen, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist deshalb gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.

c) Ein Zahlungsplan in einem Bauvertrag, wonach die 12. Rate nach Fertigstellung der Leistung und die 13. und letzte Rate nach Beseitigung aller Mängel, Abnahme und Vorlage einer Gewährleistungsbürgschaft zu zahlen ist, ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen dahin zu verstehen, daß die 13. Rate fällig wird, wenn die Abnahme trotz vorhandener Mängel erfolgt. Dem Auftraggeber steht dann in Höhe des mindestens Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 53/03 - OLG Frankfurt
LG Frankfurt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Januar 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Werklohn in Höhe von 1.573.776,47 € (= 3.078.039,23 DM) für abgenommene Bauleistungen aus einem Pauschalpreisvertrag vom 18. November 1993, in dem die Beklagten die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit der Errichtung der "Boddenpassage" in B. beauftragt haben.

Die Parteien streiten zum einen um verschiedene Nachforderungen in Höhe von 1.985.539,23 DM. Diese Nachforderungen sind nicht schriftlich beauftragt worden. Die Beklagten vertreten die Auffassung, sie müßten deshalb nicht bezahlt werden und berufen sich auf das von ihnen verwendete Vertragswerk. Dieses enthält folgende Regelungen:

§ 3 des Bauwerkvertrages (BV)

"Als Vergütung für die vereinbarten Bauleistungen gemäß § 1 erhält der Auftragnehmer einen pauschalen Festpreis von 12.150.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer...
Der Pauschalfestpreis versteht sich auch einschließlich aller Lieferungen und Leistungen, die in den Vertragsunterlagen im einzelnen nicht aufgeführt, jedoch zum vollständigen ordnungsgemäßen Leistungsumfang erforderlich sind. Im übrigen sind Nachforderungen in jedem Fall, auch für den Fall außergewöhnlicher Steigerungen von Materialpreisen oder Lohnkosten der Bauindustrie, ausgeschlossen. Ausgenommen hiervon sind ausdrückliche schriftliche Zusatz- und Nachtragsaufträge des Auftraggebers..."

§ 1.1 der Zusätzlichen Bedingungen für Bauleistungen (ZBB)

"Der vereinbarte Preis ist ein Festpreis, Nachforderungen sind ausgeschlossen..."

§ 1.5 ZBB

"Werden Mehrleistungen über den vertraglich erteilten Auftrag erforderlich, so hat der Auftragnehmer unaufgefordert ein Nachtragsangebot einzureichen. Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung. Hierzu legt der Auftragnehmer entsprechende Angebote von Subunternehmern vor, die nach Auswahl durch den Auftraggeber mit einem Zuschlag von 10 % abgerechnet wer-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

den. Ein Anspruch auf Vergütung besteht erst, wenn der Auftraggeber dieses Nachtragsangebot angenommen und schriftlich bestätigt hat..."

Ferner streiten die Parteien darüber, ob die Beklagten die 13. Zahlungsrate von 1.092.500 DM schulden. Die Beklagten verweigern die Zahlung dieser Rate, weil die Werkleistung mangelhaft sei. Nach dem Zahlungsplan sollte die 13. und letzte Rate in Höhe von 950.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer fällig werden "nach Beseitigung aller Mängel, erfolgter Abnahme und Vorlage der Gewährleistungsbürgschaft".

§ 8.5 ZBB enthält folgende Regelung:

"Besteht während der Bauzeit, der Bauabnahme oder während der Gewährleistungsfrist Meinungsverschiedenheit zwischen den Vertragspartnern darüber, ob und welche Mängel vorhanden sind, ist über die Frage durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen mit verbindlicher Wirkung zwischen den Parteien zu entscheiden. Der Sachverständige ist durch die IHK zu benennen...Die Feststellungen des Sachverständigen sind in jedem Fall für die Parteien hinsichtlich der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der Mängel und der Bewertung verbindlich".

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist zurückgewiesen worden. Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen. Die Auslegung der streitgegenständlichen Klauseln weise grundsätzliche Bedeutung auf. Die Zulassung sei auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung angezeigt. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts.

Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

A. Nachforderungen

I.

Das Berufungsgericht läßt es dahinstehen, ob die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen ist. Ansprüche aus § 2 Nr. 5 und 2 Nr. 6 VOB/B scheiterten an den vertraglichen Regeln im Bauwerkvertrag. Diese seien wirksam.

Zweifelhaft sei schon, ob diese Regeln Allgemeine Geschäftsbedingungen seien. Die Absicht der Mehrfachverwendung dürfte für die Beklagten fehlen. Es sei nicht hinreichend geklärt, welches gebräuchliche Vertragsmuster die Beklagten verwendet hätten, wenn auch eine gewisse Lebenserfahrung dafür spreche, daß die verwendeten Klauseln für eine mehrfache Verwendung entworfen worden seien. Unter Berücksichtigung von § 15 ZBB, wonach die zusätzlichen Bedingungen für Bauleistungen eine Einheit mit dem Bauwerkvertrag bildeten und individuell ausgehandelt seien, liege nicht fern, daß dies so sei, da die Klägerin als eines der größten deutschen Bauunternehmen in diesem Regelungszusammenhang nicht allzu schutzbedürftig erscheine.

Selbst wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen vorlägen, wären diese nicht unwirksam. Der Auftraggeber verfolge mit den Schriftformklauseln legitimerweise sein Interesse an Eindeutigkeit, Beweissicherheit und Rechtssicherheit. Indirekt führten sie zu einer Vollmachtsbeschränkung für Mitarbeiter der Beklagten und für ihre Architekten oder Bauleiter. Die Schriftform schütze auch den Auftragnehmer, der ein großes Interesse daran habe, nur beweisbaren Anordnungen Folge zu leisten.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Sind die Klauseln unter § 3 BV und § 1.1 und § 1.5 ZBB Allgemeine Geschäftsbedingungen, so sind sie unwirksam. Der Vergütungsanspruch der Klägerin kann dann nicht mit der Begründung versagt werden, sie habe die Voraussetzungen des § 1.5 ZBB nicht dargelegt.

1. In der Revision ist davon auszugehen, daß § 3 BV und die Zusätzlichen Bedingungen des Bauvertrages von den Beklagten verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen sind. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, daß der Vertrag von den Beklagten gestellt worden ist. Streitig ist lediglich, ob der Vertrag zur Mehrfachverwendung entworfen worden und ob er zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt worden ist.

a) Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Vertrag bzw. die entscheidungsrelevanten Klauseln des Vertrages im Einzelnen ausgehandelt worden sind. In der Revision ist davon auszugehen, daß das nicht geschehen ist.

b) Das Berufungsgericht äußert Zweifel daran, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, weil die Klägerin die Absicht der Mehrfachverwendung durch die Beklagten nicht dargetan habe. Diese Zweifel lassen sich mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht aufrecht erhalten.

aa) Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, daß sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238). Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist. Das hat der Senat für den Bauträgervertrag ausgeführt. Es gilt gleichermaßen für den Bauvertrag.

bb) Die Vertragsklauseln sind allem Anschein nach für eine Mehrfachverwendung vorformuliert. Sie bestehen aus einer Vielzahl von formelhaften Wendungen zur Regelung der typischen konfliktgefährdeten Sachverhalte. Sie enthalten fast ausschließlich den Auftragnehmer belastende Regelungen. Jedenfalls eine der beklagten Gesellschafter ist im Immobiliengewerbe tätig (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BauR 2000, 1182, 1185 = NZBau 2000, 375 = ZfBR 2000, 472). Die Vertragsklauseln sind nicht auf das Bauvorhaben der Beklagten und die Beauftragung der Klägerin zugeschnitten, wie u.a. auch daran erkennbar ist, daß unter § 14.1 ZBB allgemein der Fall geregelt ist, daß der Auftragnehmer in einer Arbeitsgemeinschaft organisiert ist. Der Anschein von zur Mehrfachverwendung entworfenen Bedingungen gilt nicht nur für die Zusätzlichen Bedingungen für Bauleistungen. Er gilt auch für § 3 BV, auf den sich das Berufungsgericht auch stützt. Denn § 3 BV enthält jedenfalls zu der Frage, inwieweit der Pauschalpreis abgeändert werden kann, formelhafte, nicht auf das konkrete Bauvorhaben zugeschnittene Wendungen, die im engen

Zusammenhang mit § 1.5 ZBB stehen. Unerheblich ist, daß § 3 Satz 1 BV zunächst den Pauschalpreis enthält, der individuell vereinbart ist. Denn der Anschein eines zur Mehrfachverwendung entwickelten Vertrages wird nicht dadurch widerlegt, daß er in Teilen individuelle Vereinbarungen enthält (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, aaO).

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß der Vertrag in § 15 ZBB die Regelung enthält, diese Bedingungen bildeten mit dem Bauvertrag eine rechtliche Einheit, sie seien individuell ausgehandelt und stellten keine Geschäftsbedingungen dar. Diese Regelung verdeutlicht vielmehr den Anschein eines zur Vielfachverwendung entwickelten Vertrages, weil sie in formelhafter Wendung den Tatbestand des § 1 Abs. 2 AGBG manifestieren will. Diese Regelung vermittelt deshalb auch keinen Anschein, daß der Vertrag tatsächlich individuell ausgehandelt worden ist.

cc) Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, auf dieser Grundlage wären bauvertragliche Regelungen als Individualvereinbarungen praktisch ausgeschlossen. Die Nutzung von ganz überwiegend formelhaften Klauseln in Verträgen schließt nicht aus, daß Individualvereinbarungen getroffen sind. Sind formelhafte Klauseln z.B. in eine individuelle Gestaltung des Vertrages eingebettet, kann es an einem Anschein für eine Mehrfachverwendung fehlen. Ergibt die Vertragsgestaltung einen Anschein der Mehrfachverwendung, bleibt dem Verwender die Möglichkeit, diesen Anschein zu widerlegen. Kann der Verwender den Anschein nicht widerlegen, bleibt ihm der Nachweis, daß die Klauseln im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Ist das nicht der Fall, ist es interessengerecht, die Regelungen des AGB-Gesetzes anzuwenden. Soweit das Berufungsgericht bei der Frage, ob zur Mehrfachverwendung entwickelte Geschäftsbedingungen vorliegen, wiederholt auf die eingeschränkte Schutzbedürftigkeit der Klägerin als große Bauunternehmung abstellt, ist darauf hinzuweisen, daß das

AGB-Gesetz insoweit keine Einschränkungen vorsieht. Auch ein großes Bauunternehmen kann sich auf die Regelungen des § 1 Abs. 1, § 9 AGBG berufen.

c) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Beklagten den Anschein eines zur Mehrfachverwendung entworfenen Vertrages widerlegt haben. In der Revision ist deshalb davon auszugehen, daß das AGB-Gesetz zu Lasten der Beklagten anwendbar ist.

2. Unzutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Bestimmungen des Vertrages, wonach Nachforderungen ausgeschlossen sind, wenn sie nicht auf einer schriftlichen Beauftragung durch die Beklagten beruhen, hielten der Inhaltskontrolle stand.

a) Nach der im Vertragswerk des § 3 BV und des § 1.5 ZBB vorgesehenen Regelung können Ansprüche für vertraglich zunächst nicht geschuldete Leistungen nur auf vertraglicher Grundlage entstehen und zwar nach Maßgabe des § 1.5 ZBB nur dann, wenn der Auftragnehmer ein Nachtragsangebot (seiner Subunternehmer) eingereicht und der Auftraggeber dieses angenommen und schriftlich bestätigt hat.

Damit sind, wie sowohl § 3 BV als auch § 1.1 ZBB hervorheben, Nachforderungen zum vereinbarten Festpreis ausgeschlossen, soweit sie nicht auf einer derartigen schriftlich bestätigten Vereinbarung beruhen. Dieser Ausschluß betrifft alle denkbaren Forderungen für vertraglich zunächst nicht vereinbarte Leistungen. Es sind nicht nur vertragliche, sondern auch eventuelle Ansprüche aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B sowie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherung ausgeschlossen. Davon geht auch das Berufungsgericht aus, wie sich daraus ergibt, daß es die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften "unter den gegebenen Umständen" verneint und "im übrigen" die Voraussetzungen für nicht gegeben hielte.

b) Ein derartiger Ausschluß aller sich aus der Erbringung von vertraglich nicht vorgesehenen Leistungen ergebenden Ansprüchen benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen.

aa) Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, daß eine Regelung in einem Bauvertrag den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, wonach die gesetzlichen Ansprüche für notwendige Leistungen ausgeschlossen sind, wenn diese nicht unverzüglich angezeigt wurden (isolierte Inhaltskontrolle des § 2 Nr. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 VOB/B). Das Interesse des Auftraggebers an einer frühzeitigen Information rechtfertige zwar die Anzeigepflicht, nicht jedoch den Ausschluß der Ansprüche (Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315, 323).

bb) Erst recht liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn die gesetzlichen Ansprüche für alle zusätzlichen und geänderten Leistungen insgesamt ausgeschlossen werden. Die gesetzlichen Ansprüche stellen einen regelmäßig angemessenen Interessenausgleich für den Fall dar, daß vertragliche Ansprüche nicht gegeben sind. Ihre uneingeschränkte Abbedingung ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren, § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Das gilt auch für den Bauvertrag. Die gesetzlichen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherung kommen vor allem dann zur Geltung, wenn der Auftragnehmer für das Bauvorhaben notwendige oder vom Auftraggeber gewollte und später genutzte Leistungen erbracht hat, ohne daß sie wirksam beauftragt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2001 - VII ZR 222/99, BauR 2001, 1412, 1414 = ZfBR 2001, 455; Urteil vom 4. April 2002 - VII ZR 26/01, BauR 2002, 1245, 1246 = NZBau 2002, 562 = ZfBR 2002, 565). Das Interesse des Auftraggebers an Kostenklarheit, Kostensicherheit und Vermeidung unliebsamer Überraschungen sowie von Auseinandersetzungen über die häufig umstrittenen Nachforderungen vermag nicht aus-

reichend zu begründen, daß der Auftraggeber die Leistungen ohne geldwerten Ausgleich behalten und nutzen kann. Denn letztlich sind diese Nachforderungen, so sie denn berechtigt sind, in vielen Fällen entweder auf nachträgliche Sonderwünsche des Auftraggebers, Änderungen der öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen, unzureichende Ausschreibung und Beauftragung oder auf eine nach Nutzerwünschen geänderte Planung zurückzuführen, die sich der Auftraggeber häufig zu eigen macht. Sie haben deshalb ihre Ursache regelmäßig im Verantwortungsbereich des Auftraggebers.

Insbesondere läßt sich die Angemessenheit einer derartigen Klausel nicht damit begründen, sie liege auch im Interesse des Auftragnehmers, dieser habe zudem ein Leistungsverweigerungsrecht, solange Nachträge nicht schriftlich beauftragt seien (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 4. Aufl., Band 1, Rdn. 962). Die Klausel nimmt dem Auftragnehmer gesetzliche Ansprüche und ist deshalb nicht in seinem Interesse. Ob und inwieweit der Auftragnehmer bei Geltung der Klausel ein Zurückbehaltungsrecht bei ausstehender schriftlicher Beauftragung hat, kann dahin stehen. Der Umstand, daß er es nicht ausgeübt hat und es deshalb auch zu keiner Beauftragung gekommen ist, ist dann die Ursache dafür, daß er keine vertraglichen Ansprüche durchsetzen kann, rechtfertigt jedoch nicht die Beschränkung der gesetzlichen Ansprüche.

cc) Dieser Beurteilung liegt auch die von den Beklagten herangezogene Entscheidung des Senats zugrunde (Urteil vom 14. Juli 1994 - VII ZR 186/93, BauR 1994, 760, 762 = ZfBR 1995, 15). Der Senat hat die in dieser Entscheidung zu beurteilende Klausel so verstanden, daß mit ihr nicht die Ansprüche aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B und auch keine eventuellen gesetzlichen Ansprüche ausgeschlossen sein sollten. Im übrigen hat er offen gelassen, ob die Schriftformklausel der Inhaltskontrolle stand hält, jedoch darauf hingewiesen,

daß die formularmäßige Beschränkung der Vertretungsmacht des für den Auftraggeber tätigen Bauleiters gesetzeskonform ist.

c) Die Unwirksamkeit der von den Beklagten verwendeten Klauseln beschränkt sich nicht auf den Ausschluß der gesetzlichen Ansprüche. Auch soweit vertragliche Ansprüche von der Schriftform abhängig gemacht werden, sind die Klauseln unwirksam. Denn sie differenzieren nicht zwischen den verschiedenen Ansprüchen. Vielmehr erheben sie die schriftliche Vereinbarung zur einzigen Möglichkeit, einen Anspruch durchzusetzen. Die darin liegende unangemessene Benachteiligung kann nicht durch eine geltungserhaltende Reduktion ausgeglichen werden.

d) Es kann danach dahin stehen, ob die Schriftformklausel in § 1.5 ZBB auch deshalb unangemessen ist, weil sie die Vergütungspflicht davon abhängig macht, daß der Auftragnehmer "unaufgefordert ein Nachtragsangebot" für erforderliche Mehrleistungen einzureichen hat, dem seinerseits ein Nachtragsangebot seines Subunternehmers zugrunde liegt. Dahin stehen kann auch, ob die Klauseln auch deshalb unwirksam sind, weil sie nach ihrer Gestaltung Nachforderungen auch dann ausschließen sollen, wenn ungeachtet der Schriftformklausel wirksame mündliche Vereinbarungen mit den Beklagten oder deren Bevollmächtigten getroffen worden sind.

3. Das Berufungsurteil kann insoweit keinen Bestand haben. Es ist nicht aus anderen Gründen richtig.

Das Berufungsgericht hat sich nicht abschließend dazu geäußert, ob und welche Ansprüche die Klägerin hätte, wenn die Klausel nichtig ist. Es hat zwar mehrere Erwägungen dazu angestellt, welche Bedenken gegen die Schlüssigkeit der Klage bestehen könnten. Letztlich hat es die Berechtigung der Bedenken jedoch dahin stehen lassen. Das Berufungsgericht wird deshalb die in Be-

tracht kommenden Ansprüche abschließend zu prüfen und zu bewerten haben. Eine eigene Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da die notwendigen Feststellungen fehlen. Vorsorglich weist der Senat auf folgendes hin:

a) Das Berufungsgericht läßt es dahinstehen, ob die VOB/B überhaupt wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist und ob auf die Regelungen der VOB/B zurückgegriffen werden könnte, wenn die Schriftformklausel unwirksam wäre. Dies sind Fragen der Vertragsauslegung, die das Berufungsgericht nachzuholen hat.

aa) Mit dem Berufungsgericht spricht viel dafür, daß die VOB/B nachrangig nach den Vertragsbedingungen in den Vertrag einbezogen sein sollte.

bb) Die Unwirksamkeit der Schriftformklausel führt nicht automatisch zur Geltung der nachrangig etwa vereinbarten VOB/B. Vielmehr gilt grundsätzlich die gesetzliche Regelung, § 6 Abs. 2 AGBG. Die Parteien können jedoch vereinbaren, daß die Regelungen der VOB/B gelten sollen, soweit vertragliche Regelungen unwirksam sind. Das Berufungsgericht erhält Gelegenheit, dazu Feststellungen zu treffen. Gegen die Ersatzgeltung der VOB/B könnte sprechen, daß deren Regelungen in zahlreichen Klauseln abgeändert wurde, was insbesondere auch die Vergütungsregelungen betrifft.

cc) Kommt das Berufungsgericht gleichwohl zu der Auffassung, daß bei Unwirksamkeit der Schriftformklauseln die Regelungen der VOB/B Anwendung finden sollen, ist zu beachten, daß die VOB/B nicht als Ganzes in den Vertrag einbezogen worden ist. Das Vertragswerk sieht eine Vielzahl von Klauseln vor, die die VOB/B abändern. Das hat zur Folge, daß die Regelungen des § 2 Nr. 8 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B nicht eingreifen würden, soweit sie die gesetzlichen Ansprüche ausschließen (BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315, 322). Die Regelungen des § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B wä-

ren mit dem vom Senat entwickelten Verständnis anwendbar (BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 - VII ZR 233/94, BGHZ 131, 392, 400; Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 245/94, BGHZ 133, 44, 46 ff.; Urteil vom 27. Juni 1996 - VII ZR 59/95, BauR 1997, 126, 129 = ZfBR 1997, 29).

b) Zutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beauftragung der Klägerin durch den Architekten der Beklagten oder durch dessen Mitarbeiter, z.B. durch Übersendung vom Vertrag abweichender Pläne, grundsätzlich keine vertraglichen Ansprüche begründen kann, soweit diese keine Vertretungsmacht hatten, sei sie durch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht oder durch die Tatbestände der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht begründet (BGH, Urteil vom 14. Juli 1994 - VII ZR 186/93, BauR 1994, 760, 762 = ZfBR 1995, 15). Allein die Veranlassung der geänderten oder zusätzlichen Leistungen durch diese Personen reicht nicht, einen Vergütungstatbestand auszulösen. Soweit sich aus einer Entscheidung des X. Zivilsenats (Urteil vom 8. Januar 2002 - X ZR 6/00, BauR 2002, 787 = NZBau 2002, 325 = ZfBR 2002, 465) zu einem Fall, in dem der Auftragnehmer mit der Entwicklung von Software beauftragt war, etwas anderes ergeben sollte, kann dem für das Bauvertragsrecht nicht gefolgt werden.

c) Ein Preisanpassungsanspruch der Klägerin scheitert nicht daran, daß der Mehraufwand von 14% unter einer "Zumutbarkeitsgrenze" liege. Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen. Insoweit wäre bei Geltung der VOB/B § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 4 heranzuziehen. Danach ist § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B anwendbar ungeachtet der Frage, ob die Mehraufwendungen erheblich sind (BGH, Beschluß vom 12. September 2002 - VII ZR 81/01, BauR 2002, 1847 = NZBau 2002, 669 = ZfBR 2003, 31). Maßgeblich ist allein, ob sich die geänderten oder zusätzlichen Leistungen auf die Kalkulationsgrundlagen auswirken.

Bei Geltung des gesetzlichen Vertragsrechts käme es ebenfalls grundsätzlich nicht darauf an, ob die Mehraufwendungen erheblich sind. Einigen sich die Parteien im Pauschalvertrag auf zusätzliche oder geänderte Leistungen und treffen sie keine Vergütungsvereinbarung, so ergibt sich der Vergütungsanspruch vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelungen aus § 632 BGB. Nur in den Fällen, in denen die Mehraufwendungen so gering sind, daß üblicherweise dafür kein Entgelt verlangt wird, kann keine zusätzliche Vergütung verlangt werden.

Eine "Zumutbarkeitsgrenze" kann dann eine Rolle spielen, wenn ein Fall des § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 VOB/B bzw. des § 242 BGB vorliegt. Ein Anwendungsbereich dieser Regelung sind Mengenabweichungen von erheblichem Gewicht, ohne daß diesen eine Leistungsänderung oder zusätzliche Leistung zugrunde liegt. Es ist darauf hinzuweisen, daß der Senat es abgelehnt hat, insoweit eine starre Grenze von 20% zu entwickeln (BGH, Urteil vom 2. November 1995 - VII ZR 29/95, BauR 1996, 250, 251 = ZfBR 1996, 82).

Der Anspruch der Klägerin scheitert nicht daran, daß sie teilweise keine Subunternehmerangebote vorgelegt hat. Dieser Teil der Klausel § 1.5 ZBB ist Bestandteil der nichtigen Regelung.

d) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag können nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, es fehle schon deshalb an dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Beklagten, weil sie davon hätten ausgehen dürfen, daß Ansprüche nur unter den geregelten vertraglichen Voraussetzungen entstehen. Liegen nicht ausgehandelte Allgemeine Geschäftsbedingungen vor, ist das schon deshalb nicht richtig, weil die Beklagten kein Vertrauen auf ihre nichtigen Klauseln entwickeln konnten. Zu prüfen ist, ob die Leistungen

durch die Klägerin dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprachen, maßgeblich ist nicht, ob die Beklagten Kostensicherheit haben wollten.

Gleiches gilt für die entsprechende Erwägung des Berufungsgerichts zum Anspruch aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B.

e) Soweit das Berufungsgericht einen Bereicherungsanspruch nicht für möglich hält, weil dieser in überzeugender Weise nicht nach der üblichen Vergütung berechnet werden könnte, ist auf die Rechtsprechung des Senats hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2001 - VII ZR 222/99, BauR 2001, 1412, 1414 = ZfBR 2001, 455; Urteil vom 4. April 2002 - VII ZR 26/01, BauR 2002, 1245, 1246 = IBR 2002, 463 = NZBau 2002, 562 = ZfBR 2002, 565). Soweit die Klägerin die Vergütung aus der Kalkulation ableitet, kann die Klage nicht ohne weiteres deshalb abgewiesen werden, weil ihr möglicherweise die übliche Vergütung zusteht. Die Klägerin muß Gelegenheit erhalten, entweder darzutun, daß ihre Berechnung der üblichen Vergütung entspricht, oder diese gesondert zu berechnen.

f) Auf eine Verletzung der Kooperationspflicht kann der Ausschluß der Nachforderungen nicht gestützt werden, wenn die diese Kooperationspflicht begründenden Regelungen des Vertrages unwirksam sind.

B. Anspruch auf Zahlung der 13. Rate

I.

Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe kein Anspruch auf Zahlung der 13. Rate von 1.092.500 DM zu. Diese Rate sei nicht fällig, weil noch nicht alle bei Abnahme festgestellten Mängel des Bauwerks beseitigt seien. Das ergebe sich aus den Schiedsgutachten, die auch hinsichtlich der Frage verbindlich seien, ob die zunächst festgestellten Mängel beseitigt sind. Gegen die Wirksamkeit der Schiedsgutachterklausel bestünden keine Bedenken.

Es verstoße nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Werklohnanspruch in Höhe der 13. Rate wegen relativ geringfügiger Mängel zurückbehalten würde. Es sei deshalb auch keine restriktive Auslegung der Regelung angezeigt.

II.

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Revision auch zu diesem Teil der Klage zugelassen. Eine Beschränkung der Zulassung auf den Teil, der die Nachforderungen betrifft, ist der Begründung des Berufungsgerichts zur Zulassung nicht zu entnehmen. Die Zulassung erfolgte, weil die Auslegung der streitgegenständlichen Klauseln grundsätzliche Bedeutung habe. Streitgegenständlich ist auch die Klausel § 8.5 zur Schiedsgutachtervereinbarung. Diese ist nur im Zusammenhang mit der 13. Rate erheblich.

III.

Die Revision hat auch insoweit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung dahin aus, daß die Fälligkeit der 13. Rate von der Beseitigung jedenfalls der bei der Abnahme festgestellten Mängel abhängt. Das hält der Überprüfung nicht stand. Diese Auslegung verstößt vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen, zu denen das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat, gegen den Grundsatz der interessengerechten Auslegung.

a) Bereits das Landgericht hat die Vereinbarung zur 13. Rate so verstanden, daß diese erst dann fällig werde, wenn die bei der Abnahme festgestellten Mängel beseitigt sind. Es hat darauf hingewiesen, daß deren Behebung nach §§ 640, 641 BGB Voraussetzung für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs ist. Das ist nicht richtig. Mit der Abnahme wird der Vergütungsanspruch nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB insgesamt fällig. Das gilt auch dann, wenn sich der Auftraggeber bei der Abnahme die Rechte wegen Mängeln vorbehält. Wegen dieser Mängel steht ihm in Höhe des mindestens Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten ein Leistungsverweigerungsrecht zu, § 641 Abs. 3 BGB. Diese durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingebrachte Regelung ist auch auf Verträge anwendbar, die vor dem 1. Mai 2000 geschlossen worden sind, Art. 229 § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB. Bereits vor dieser Gesetzesänderung bestand ein Leistungsverweigerungsrecht, das allerdings vom Einzelfall abhing und von der Rechtsprechung mit in der Regel dem Zwei- bis Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten bewertet wurde.

b) Die Vereinbarung zur 13. Rate läßt nicht erkennen, daß diese gesetzliche Regelung abbedungen worden ist. Das Berufungsgericht läßt bei seiner

Auslegung den systematischen Zusammenhang des Zahlungsplans und die Interessenlage der Parteien unberücksichtigt.

aa) Nach dem Zahlungsplan wird die 12. Rate nach Fertigstellung aller Leistungen fällig. Ersichtlich ist damit keine mängelfreie Fertigstellung gemeint. Vielmehr ist der Auftraggeber berechtigt, zunächst die 13. Rate zurückzuhalten, bis deren Voraussetzungen vorliegen. Die Aufzählung dieser Voraussetzungen erweckt den Eindruck, daß der in einer chronologischen Reihenfolge abzuwikkelnde Fortgang nach Fertigstellung der Bauleistung geregelt und zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben wird. Danach hat der Auftragnehmer Mängel der fertiggestellten Leistung zu beseitigen, bevor er die Abnahme fordern kann. Sind die Mängel beseitigt, hat der Auftraggeber die Abnahme zu erklären und kann eine Gewährleistungsbürgschaft verlangen. Die Vereinbarung geht davon aus, daß die Abnahme nach Mängelbeseitigung erklärt wird und entsprechend der gesetzlichen Regel der Restwerklohn vor Abnahme nicht fällig wird. Sie betrifft nicht den Fall, daß die Abnahme trotz vorhandener Mängel erklärt wird. Insoweit gilt bei interessengerechter Auslegung die gesetzliche Regelung. Die 13. Rate wird fällig. Den Beklagten steht jedoch wegen der vorbehaltenen und anderer Mängel ein Leistungsverweigerungsrecht in gesetzlicher Höhe zu. Außerdem haben sie Anspruch auf Absicherung durch eine Gewährleistungsbürgschaft.

bb) Eine andere Auslegung verbietet sich schon deshalb, weil sie entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu einer unangemessenen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Benachteiligung der Klägerin führen würde. Denn sie würde dazu führen, daß die Beklagten nach Abnahme auch wegen sehr geringfügiger Mängel noch einen ganz erheblichen Teil des Werklohns zurückhalten dürften. Mit diesem Verständnis konnte die Klägerin nicht rechnen, vgl. § 157 BGB. Es gibt kein anerkennenswertes Interesse der Beklagten, das

ein derart umfassendes Leistungsverweigerungsrecht rechtfertigen könnte. Ihr Interesse an Mängelbeseitigung wird durch das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht ausreichend geschützt.

2. Das Berufungsurteil kann deshalb auch insoweit keinen Bestand haben. Der Senat kann nicht entscheiden, ob das Berufungsurteil aus anderen Gründen richtig ist. Feststellungen des Berufungsgerichts, ob die Klägerin eine den vertraglichen Anforderungen entsprechende Bürgschaft gestellt hat, fehlen.

3. Zur Frage, inwieweit nach den vertraglichen Vereinbarungen zu berücksichtigende Mängel noch bestehen, weist der Senat vorsorglich auf folgendes hin:

a) Unbedenklich ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Schiedsgutachterklausel benachteilige die Klägerin nicht unangemessen. Die Grundsätze, die der Senat zu einer Schiedsgutachterklausel in einem Fertighausvertrag für die zu Lasten des Unternehmers vorzunehmende Inhaltskontrolle entwickelt hat (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1991 - VII ZR 2/91, BGHZ 115, 329, 331 ff.), sind auf die Inhaltskontrolle zu Lasten des Auftraggebers eines Vertrages über die Erstellung eines Geschäftshauses nicht anwendbar.

b) Ebensowenig ist die Meinung des Berufungsgerichts zu beanstanden, allein der Schiedsgutachter sei befugt, über das Vorhandensein von Mängeln zu entscheiden. Das gilt sowohl für bei der Abnahme gerügte und angeblich beseitigte Mängel als auch für neu aufgetretene Mängel.

c) Die Vereinbarung ist dahin zu verstehen, daß der Sachverständige auch die Bewertung der Mängel vorzunehmen hat, wie sich aus dem letzten Satz der Klausel ergibt. Diese Bewertung ist Grundlage für ein eventuelles Lei-

stungsverweigerungsrecht in Höhe des mindestens Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten.

d) Soweit die Mängelbeseitigung unmöglich ist oder wegen unverhältnismäßig hoher Kosten verweigert werden kann oder die Beklagten keine Mängelbeseitigung mehr fordern, kann ein Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend gemacht werden. Insoweit findet eine Abrechnung statt (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002 - VII ZR 315/01, BauR 2003, 88, 89 = NZBau 2003, 35 = ZfBR 2003, 140).

Dressler Thode Kuffer

Kniffka Bauner