BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 55/07

Verkündet am:
24. Juli 2008
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

UKlaG §§ 1, 3

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss empfiehlt die VOB Teil B im Sinne von § 1 UKlaG. Die Empfehlung enthält keine Einschränkung hinsichtlich der Verwendung gegenüber Verbrauchern.

BGB §§ 307 Bf, 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 b) ff)

a) Wird die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart ist.

b) Klauseln, die gemäß § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB den zwingenden Klauselverboten entzogen sind, können gemäß § 307 BGB unwirksam sein.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2008 - VII ZR 55/07 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. Februar 2007 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger verlangt von dem Beklagten es zu unterlassen, mehrere in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB Teil B) enthaltene Klauseln zur Verwendung gegenüber Verbrauchern zu empfehlen.

2 Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er ist in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen. Der Beklagte, der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), verfolgt satzungsgemäß den Zweck, Grundsätze für die sachgerechte Vergabe und Abwicklung von Bauverträgen zu erar-

beiten und weiterzuentwickeln, indem er insbesondere die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) erarbeitet und fortschreibt.

3 Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, zahlreiche Klauseln, die in der VOB Teil B enthalten sind, im Verkehr mit Verbrauchern für Werk- und Werklieferungsverträge nicht mehr zu empfehlen. Außerdem hat er verlangt, den Beklagten zu verurteilen, die Empfehlung zu widerrufen.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (BauR 2006, 384 = NZBau 2006, 182). Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2007, 707 = NZBau 2007, 584 = ZfBR 2007, 507 und 564 veröffentlicht ist, führt aus, der Kläger sei aktivlegitimiert, weil er im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG berechtigt sei, einen Anspruch aus § 1 UKlaG geltend zu machen. Dem Beklagten fehle jedoch die Passivlegitimation, weil er die VOB Teil B nicht im Sinne des § 1 UKlaG empfehle. Es sei bereits fraglich, ob der Beklagte sich im eigenen Namen an die

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

Verwender der VOB Teil B gegenüber Verbrauchern richte, da diese von einem Bundesministerium veröffentlicht werde. Jedenfalls aber fehle es an einer Empfehlung gegenüber Verbrauchern. Wer ein Klauselwerk erstelle, empfehle es nur dann, wenn er die Verwendung durch Dritte aktiv oder konkludent gefördert habe. Hierfür gebe es keine Anhaltspunkte in dem Verhalten des Beklagten, der selbst keine öffentlichen Erklärungen abgebe, das Klauselwerk nicht einmal selbst veröffentliche und sich zu der Frage der Verwendung gegenüber Verbrauchern öffentlich in keiner Weise positioniert habe.

7 Die Klage könne zudem in der Sache keinen Erfolg haben, soweit der Kläger die Unterlassung der Empfehlung von Einzelklauseln der VOB Teil B begehre. Einzelklauseln seien nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der weit überwiegenden Meinung in der Literatur einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB entzogen, soweit, worum es hier allein gehen könne, die VOB Teil B als Ganzes vereinbart werde. Diese unterscheide sich von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch, dass an ihrer Ausarbeitung Interessengruppen der Besteller und der Unternehmer beteiligt seien. Die Bestellerinteressen würden durch die öffentliche Hand gewahrt. Die VOB Teil B enthalte einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im Ganzen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen. Dies habe der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) anerkannt, und dies gelte auch nach der Schuldrechtsreform fort. Diese habe nur zu geringen Änderungen im Werkvertragsrecht geführt. Es bestehe daher kein Anlass, die rechtliche Lage nun anders zu beurteilen. Für die Ausgewogenheit der VOB Teil B spreche nach wie vor, dass Besteller und Werkunternehmer bei ihrer Erstellung zusammenwirkten. Dass Verbraucher nicht beteiligt seien, liege an Ziel und Zweck der Teile A und B der VOB und sei für sich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für

Verbraucherverträge die bisher bestehende Privilegierung der VOB Teil B als kontrollfrei im AGB-Gesetz in der Schuldrechtsreform festgeschrieben.

8 Auch in Ansicht der Richtlinie 93/13/EWG sei die VOB Teil B als kontrollprivilegiert zu qualifizieren. Sie unterfalle zwar dem Geltungsbereich der Richtlinie, ihre von der Rechtsprechung entwickelte Privilegierung sei aber mit europäischem Recht vereinbar. Denn gemäß Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie seien bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Klausel alle anderen Klauseln desselben Vertrages zu berücksichtigen. Daher sei ein Nachteilsausgleich durch einen nicht notwendig mit dem Nachteil sachlich zusammenhängenden Vorteil möglich.

II.

9 Das hält der rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

A.

10 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die VOB Teil B vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB beinhaltet (st. Rspr., vgl. u.a. BGH, Urteil vom 14. Januar 1971 - VII ZR 3/69, BGHZ 55, 198, 200; Urteil vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 139; Urteil vom 7. Mai 1987 - VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, 439 = ZfBR 1987, 199; Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 166/86, BGHZ 101, 369, 374; Urteil vom 2. Oktober 1997 - VII ZR 44/97, BauR 1997, 1027, 1028 = ZfBR 1998, 31).

11 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, der Beklagte empfehle die Verwendung der VOB Teil B im Rechtsverkehr nicht im Sinne des § 1 UKlaG.

12 a) Eine Empfehlung im Sinne des § 1 UKlaG liegt jedenfalls dann vor, wenn der Verfasser eines Klauselwerks dieses veröffentlichen lässt und dabei als solcher zu erkennen ist. Denn durch die Veröffentlichung gibt er zu erkennen, dass er das Klauselwerk zur Verwendung im Rechtsverkehr für geeignet hält. So erfasst § 1 UKlaG zum Beispiel auch die Verfasser von Formularbüchern (vgl. BT-Drucks. 7/5422, S. 10 zu § 13 AGBG).

13 b) Danach hat der Beklagte die streitgegenständlichen Klauseln zur Verwendung im Rechtsverkehr empfohlen. Die diese Klauseln enthaltende VOB Teil B ist entsprechend der Satzung des Beklagten (§ 17 Abs. 1) im Bundesanzeiger durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen veröffentlicht worden. Einleitend ist dort auf die Urheberschaft des Beklagten hingewiesen (Bundesanzeiger vom 29. Oktober 2002, Nr. 202 a, S. 3). Dass diese Veröffentlichung in amtlicher Form geschehen ist, hindert nicht, dass es sich um eine Empfehlung des Beklagten handelt; diese Art der Veröffentlichung legt vielmehr in besonderer Weise einem möglichen Verwender die Eignung der VOB Teil B für den Rechtsverkehr nahe.

14 Entsprechendes gilt für die satzungsgemäße (§ 17 Abs. 2) Veröffentlichung der VOB Teil B durch das Deutsche Institut für Normung im Auftrag des Beklagten, die als DIN (hier: DIN 1961) Empfehlungscharakter hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1998 - VII ZR 184/97, BGHZ 139, 16, 19 f. m.w.N.).

15 c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht im Rahmen des § 1 UKlaG geprüft, ob der Beklagte die VOB Teil B zur Verwendung auch gegenüber Verbrauchern empfiehlt. Eine solche Einschränkung enthält § 1 UKlaG nicht.

Die Frage, gegenüber wem die Empfehlung ausgesprochen wird, ist vielmehr gemäß § 3 Abs. 2 UKlaG für die Anspruchsberechtigung des Klägers von Bedeutung (dazu sogleich).

16 3. Der Kläger ist gemäß § 3 UKlaG anspruchsberechtigt.

17 a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Kläger eine qualifizierte Einrichtung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG ist. Die Revision hat hiergegen nichts erinnert.

18 b) Die Anspruchsberechtigung des Klägers ist nicht gemäß § 3 Abs. 2 UKlaG ausgeschlossen. Nach dieser Vorschrift kann eine im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG qualifizierte Stelle einen Unterlassungsanspruch dann nicht geltend machen, wenn die angegriffenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur ausschließlichen Verwendung gegenüber Unternehmern empfohlen werden. Dies setzt grundsätzlich voraus, dass die Empfehlung ausdrücklich eingeschränkt ist (vgl. Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGBG, 2. Aufl., § 13 Rdn. 94; vgl. auch Staudinger/Schlosser, 2006, § 3 UKlaG, Rdn. 3) oder aufgrund sonstiger Umstände feststeht, dass die im Streit befindlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht gegenüber Verbrauchern verwendet werden. Dies kann sich daraus ergeben, dass die Empfehlung für einen Geschäftstyp ausgesprochen wird, der nur unter Unternehmern üblich ist, oder sich an Adressaten richtet (z.B. Großhändler), die es geschäftstypischerweise nicht mit Letztverbrauchern zu tun haben (vgl. Staudinger/Schlosser, aaO).

19 aa) Die Empfehlung des Beklagten enthält keine ausdrückliche Einschränkung. Vielmehr ergibt sich unter anderem aus § 16 Nr. 5 Abs. 3 und 4 VOB/B, dass der Beklagte die VOB Teil B auch zur Verwendung gegenüber Verbrauchern vorgesehen hat. Dort ist bestimmt, dass der Auftragnehmer in den dort geregelten Fällen Anspruch auf Zinsen "in Höhe der in § 288 BGB an-

gegebenen Zinssätze" hat. Welcher dieser Zinssätze zur Anwendung kommt, entscheidet sich danach, ob es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (§ 288 Abs. 1 BGB) oder nicht (§ 288 Abs. 2 BGB). Der Grund dafür, eine Verweisung auf § 288 BGB in die genannten Bestimmungen aufzunehmen, war nach den ebenfalls im Bundesanzeiger veröffentlichten Hinweisen des Beklagten zur Neufassung der VOB Teil B 2002, dass damit "die Differenzierung in der Höhe der Zinssätze übernommen wird" (Bundesanzeiger vom 29. Oktober 2002, Nr. 202 a, S. 15). Diese Differenzierung ist nur dann erforderlich, wenn die VOB Teil B auch gegenüber Verbrauchern verwendet werden soll.

20 Zudem ist in den genannten Hinweisen ausgeführt, es sei davon auszugehen, dass die Neubezeichnung als "Vergabe- und Vertragsordnung" für Bauleistungen ihre Privilegierung nach § 308 Nr. 5, § 309 Nr. 8 b) ff) BGB, in denen von der "Verdingungsordnung" für Bauleistungen die Rede ist, unverändert lasse. Diese Vorschriften sind auf Verbraucherverträge anwendbar, § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch dies deutet darauf hin, dass der Beklagte von einer Verwendung der streitgegenständlichen Klauseln auch gegenüber Verbrauchern ausgeht.

21 bb) Die Verwendung der VOB Teil B gegenüber Verbrauchern ist nicht nach den sonstigen Umständen ausgeschlossen. Sie dient der Abwicklung von Bauverträgen; Adressat der Empfehlung sind auch Bauunternehmer. Diese schließen Bauverträge regelmäßig nicht nur mit Unternehmern, sondern auch mit Verbrauchern ab.

B.

22 Das Berufungsurteil kann nicht mit der Hilfserwägung des Berufungsgerichts aufrecht erhalten bleiben, die angegriffenen Klauseln seien nicht einzeln anhand der §§ 307 ff. BGB auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Diese Auffassung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

23 1. Nach der grundlegenden Entscheidung des Senats (Urteil vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 142) ist es verfehlt, in einem Vertrag, in dem die VOB Teil B gegenüber einem Bauhandwerker verwendet wird, einzelne Bestimmungen dieses Klauselwerks einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, wenn es als Ganzes vereinbart ist. Der Senat hat dies damit begründet, dass sich die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen dadurch wesentlich unterscheide, dass sie nicht den Vorteil nur einer Vertragsseite verfolge. An ihrer Ausarbeitung seien Interessengruppen der Besteller wie der Unternehmer beteiligt gewesen und sie enthalte einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen. Auf der gleichen Erwägung beruhe es, dass § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f) AGBG nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG auf Leistungen nicht anzuwenden seien, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B Vertragsgrundlage sei. Würden aufgrund einer Kontrolle einzelner Klauseln bestimmte, die Interessen einer Vertragsseite bevorzugende Bestimmungen für unwirksam erklärt, so würde gerade dadurch der von dem Vertragswerk im Zusammenwirken sämtlicher Klauseln erstrebte billige Ausgleich der Interessen gestört. Der Senat hat daraus geschlossen, dass das Normgefüge als Ganzes zu prüfen sei, und festgestellt, dass dieses bei einer solchen Betrachtungsweise der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhalte (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, aaO, S. 141 f.).

24 2. Diese Rechtsprechung, die der Senat dahingehend modifiziert hat, dass die VOB Teil B nicht als Ganzes vereinbart ist, wenn sie inhaltlich nicht vollständig übernommen wird (BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346; Urteil vom 15. April 2004 - VII ZR 129/02, BauR 2004, 1142 = NZBau 2004, 385 = ZfBR 2004, 555; Urteil vom 10. Mai 2007 - VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404 = NZBau 2007, 581 = ZfBR 2007, 665), hat teilweise Kritik erfahren (vgl. zum Meinungsstand u.a. Staudinger/Coester, 2006, § 307 BGB Rdn. 128 m.w.N.). Streitig ist zudem, ob sie auch auf Verträge angewandt werden kann, die nach dem 31. Dezember 2001 geschlossen worden sind, weil das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts insoweit zu einer abweichenden Beurteilung führen könnte (vgl. zum Meinungsstand u.a. Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 3. Juni 2008, vor § 631 Anm. 2.4.3., Rdn. 27 ff.). Der Senat muss zu den Streitfragen nicht abschließend Stellung nehmen. Denn die Rechtsprechung des Senats ist nicht auf Verträge anwendbar, in denen die VOB Teil B gegenüber Verbrauchern verwendet wird. Soweit der grundlegenden Entscheidung des Senats vom 16. Dezember 1982 etwas anderes entnommen werden könnte, hält der Senat daran nicht fest.

25 a) Ein maßgeblicher Gesichtspunkt für die sogenannte Privilegierung der VOB Teil B ist der Umstand, dass diese Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (früher Verdingungsausschuss) und dort speziell im Hauptausschuss Allgemeines erarbeitet und ständig überarbeitet werden. Ordentliche Mitglieder des Beklagten können auf Auftraggeberseite solche Institutionen sein, die als oberste Bundes- oder Landesbehörden oder in einer vergleichbaren Organisationsform oder als bundesweit tätige Spitzenverbände unmittelbar an der Vergabe von öffentlichen Bauleistungen beteiligt sind; auf Auftragnehmerseite können bundesweit tätige Institutionen ordentliche Mitglieder sein, die als Spitzenorganisation die Interessen der Auftragnehmer im Bereich des öffentlichen

Bauauftragswesens vertreten (§ 3 Abs. 1 der Satzung des Beklagten). Der Tätigkeit des Ausschusses liegt die Erwägung zugrunde, dass ein gemeinsam von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite erarbeitetes Vertragswerk besser als ein Gesetz oder eine Verwaltungsanordnung geeignet ist, allgemeine Anerkennung und Anwendung zu finden und auch das erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen beiden Lagern anzubahnen (vgl. Lampe-Helbig, Festschrift für Korbion, 1986, S. 249, 250). Der Ausschuss geht davon aus, dass er ein Vertragswerk erarbeitet, das die Interessen der Baubeteiligten ausgewogen berücksichtigt.

26 Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Der Bereich der privaten Vergabe wird bei den Überlegungen zwar nicht vollkommen ausgeklammert (vgl. Lampe-Helbig, aaO, S. 267), die Interessen der Verbraucher werden jedoch nicht in dem Maße berücksichtigt wie die Interessen der sonstigen Baubeteiligten. Der Ausschuss sieht es nicht als seine Aufgabe an, Regelungen für die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung im privaten Bereich auszuarbeiten. Das hat der Beklagte nicht nur in diesem Gerichtsverfahren vorgetragen. Es entspricht auch dem überlieferten Selbstverständnis des Ausschusses, der nach seiner Tradition in erster Linie die Vergabe von Bauleistungen durch die öffentliche Hand regeln will. Dieses Selbstverständnis kommt auch deutlich dadurch zum Ausdruck, dass Verbände der Verbraucher keine ordentlichen Mitglieder im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss sein können.

27 b) Die von der Rechtsprechung entwickelte Privilegierung, mit der die Inhaltskontrolle einzelner Regelungen entfällt, wenn die VOB Teil B als Ganzes vereinbart ist, mag - was der Senat nicht entscheiden muss - auch weiterhin gerechtfertigt sein, solange gewährleistet ist, dass die Vertragspartner, denen gegenüber die VOB Teil B verwendet wird, durch ihre Interessenvertretungen im Vergabe- und Vertragsausschuss vertreten sind und ausreichend Gelegenheit haben, sich in eine ausgewogene, den Bedürfnissen der Bauvertragspar-

teien entsprechende Gestaltung der VOB Teil B einzubringen. Voraussetzung ist allerdings stets, dass das Klauselwerk in diesem Sinne tatsächlich ausgewogen ist, was für jede neue Fassung der VOB Teil B von den Gerichten zu überprüfen ist.

28 c) Jedenfalls ist die Privilegierung der VOB Teil B dann nicht zu rechtfertigen, wenn sie gegenüber Vertragspartnern verwendet wird, die weder unmittelbar noch mittelbar ihre besonderen Interessen bei der Gestaltung des Vertragswerks einbringen können. Dass die Verbraucherinteressen einer besonderen Berücksichtigung bei der Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen bedürfen, ergibt sich schon daraus, dass Verbraucher in aller Regel in geschäftlichen Dingen unerfahren sind und eines besonderen Schutzes bedürfen. Die Mitwirkung der öffentlichen Hand auf Auftraggeberseite an der Erarbeitung der VOB Teil B bietet keine Gewähr für eine ausreichende Vertretung der Verbraucherinteressen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Interessen der öffentlichen Hand mit den typischen Verbraucherinteressen übereinstimmen. Die öffentliche Hand errichtet in aller Regel andere Bauvorhaben mit anderen Zweckbestimmungen als Verbraucher. Sie ist geschäftlich erfahren und ohne weiteres in der Lage, fachliche und rechtliche Beratung hinzuzuziehen. Bei ihr besteht ein anderes Verständnis von den Regeln der VOB Teil B und ihrem Zusammenspiel als bei Verbrauchern. Auch ist sie anders als ein Verbraucher in der Lage, die Nachteile zu kompensieren, die durch eine unangemessene Regelung zu ihren Lasten entstehen könnten. So wird z.B. ein privater Besteller eines Einfamilienhauses durch eine kürzere Gewährleistungsfrist ungleich stärker belastet als eine öffentliche Körperschaft.

29 d) Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Die Privilegierung der VOB Teil B ist durch richterliche Fortbildung entwickelt worden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, die durch eine Inhaltskontrolle einzelner

Bestimmungen entstehen, wenn die VOB Teil B als Ganzes in ihrem Anwendungsbereich als einigermaßen ausgewogen angesehen werden kann. Eine dahingehende Regelung war im Zeitpunkt der Grundsatzentscheidung des Senats im AGB-Gesetz nicht enthalten. Sie ist auch durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nicht geschaffen worden.

30 aa) Nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG finden § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f) AGBG keine Anwendung für Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist. Aus dieser Regelung ergibt sich lediglich, dass die Klauselverbote aus § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 f) AGBG entfallen. Eine weitergehende Aussage enthalten die Regelungen nicht. Insbesondere lassen sie nicht den Schluss zu, dass einzelne Bestimmungen der VOB Teil B nicht der Inhaltskontrolle nach § 9 sowie §§ 10 und 11 AGBG unterliegen, wenn die VOB Teil B als Ganzes vereinbart ist. Dem steht schon entgegen, dass lediglich einzelne Klauselverbote aus dem Anwendungsbereich herausgenommen worden sind. Hätte der Gesetzgeber die VOB Teil B insgesamt privilegieren wollen, so hätte er eine andere Regelung finden müssen. Insbesondere hätte er auch Regelungen zur Anwendung des § 9 AGBG verabschieden müssen. Die Gesetzesmotive geben dementsprechend auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die gesamte VOB Teil B der Inhaltskontrolle entzogen werden sollte. Vielmehr hatte man lediglich bestimmte Regelungen der VOB Teil B im Auge, die der Inhaltskontrolle entzogen werden sollten. Das war in erster Linie die Regelung zur Gewährleistungsfrist. Später sind auf Vorschlag des Rechtsausschusses Regelungen zu fiktiven Erklärungen hinzugekommen, wobei in erster Linie an die Fiktion der Abnahme nach § 12 Nr. 5 VOB/B gedacht war (BT-Drucks. 7/5422, S. 4). Es mag sein, dass der Gesetzgeber seinerzeit davon ausgegangen ist, dass andere Regelungen der VOB Teil B bei einer Inhaltskontrolle nicht problematisch sind. Diese Einschätzung wäre unzutreffend, wie die Rechtsprechung des Senats belegt (Unwirksamkeit des § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1

VOB/B a.F. - BGH, Urteil vom 31. Januar 1991 - VII ZR 291/88, BGHZ 113, 315; Unwirksamkeit des § 16 Nr. 3 Abs. 2 a.F. (vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung) - BGH, Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 155/86, BGHZ 101, 357; Unwirksamkeit des § 16 Nr. 3 Abs. 2 n.F. - BGH, Urteil vom 19. März 1998 - VII ZR 116/97, BGHZ 138, 176; Urteil vom 9. Oktober 2001 - X ZR 153/99, BauR 2002, 775; Urteil vom 22. Januar 2004 - VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346; Urteil vom 10. Mai 2007 - VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404 = NZBau 2007, 581 = ZfBR 2007, 665; Urteil vom 12. Juli 2007 - VII ZR 186/06, BauR 2007, 1726 = NZBau 2007, 644 = ZfBR 2007, 681; Unwirksamkeit des § 16 Nr. 6 a.F. (Zahlung an Nachunternehmer) - BGH, Urteil vom 21. Juni 1990 - VII ZR 109/89, BGHZ 111, 394). Eine solche unzutreffende Einschätzung rechtfertigt es nicht, dem insoweit klaren Gesetz einen Inhalt zu unterlegen, wonach die gesamte VOB Teil B privilegiert sein sollte. Der Senat hat das Ergebnis der Privilegierung dementsprechend auch nicht auf eine Auslegung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG gestützt, sondern auf eine besondere Anwendung des § 9 AGBG (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 142).

31 Die Privilegierung der VOB Teil B in Verbraucherverträgen ergibt sich auch nicht aus der dargestellten Systematik des AGB-Gesetzes. Der Gesetzgeber hat nicht die VOB Teil B der Inhaltskontrolle entzogen, wenn sie als Ganzes vereinbart ist. Diese Regelung hat er insbesondere auch nicht für Verbraucherverträge getroffen, sondern sich für diese Verträge darauf beschränkt, einzelne Klauseln der VOB Teil B den zwingenden Klauselverboten zu entziehen. Er hat es dadurch der Rechtsprechung überlassen, eine im Einklang mit den Regelungen der §§ 9 ff. AGBG stehende Lösung zu entwickeln, die den in diesem Gesetz zum Ausdruck gebrachten Anforderungen an den Schutz des Vertragspartners des Verwenders Geltung verschafft. Insbesondere hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung die Möglichkeit eröffnet, nicht nur hinsichtlich

der Privilegierung der insgesamt vereinbarten VOB Teil B nach Verbrauchern und in Bauvertragssachen erfahrenen Vertragspartnern zu differenzieren, sondern die Verbraucherinteressen durch eine Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG angemessen zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, dass einzelne Klauseln der VOB Teil B von zwingenden Klauselverboten ausgenommen sind.

32 bb) Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat sich insoweit inhaltlich nichts geändert. In § 307 BGB ist eine Sonderbehandlung der VOB Teil B nicht vorgesehen. Dieses Klauselwerk ist lediglich unter der Bezeichnung Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erwähnt, die die Anwendung der dort enthaltenen Klauselverbote ausschließen, wenn die VOB Teil B insgesamt einbezogen ist. Darüber, wie die Kontrolle von Klauseln, die nicht unter diese Vorschriften fallen, vorzunehmen ist, enthält das Gesetz keine Regelungen. Solche waren auch nicht beabsichtigt. Das Gesetzgebungsverfahren gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber insoweit eine Regelung treffen wollte, die über diejenige des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG hinausging. Das ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien.

33 (1) Vorrangiges Ziel der Neuregelung der §§ 305 ff. BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz war es, das AGB-Gesetz in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren, um die gesetzliche Regelung zu vereinfachen und übersichtlicher zu gestalten (BT-Drucks. 14/6040, S. 149). Dies entspricht einem der grundlegenden Ziele der Reform, "die das Bürgerliche Gesetzbuch immer mehr überwuchernden (schuldrechtlichen) Sondergesetze zu sichten und ihren dauerhaften Bestand in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren", was "zu einer übersichtlicheren Schuldrechtsordnung" führen sollte (aaO, S. 79; ähnlich auch auf S. 91). Mit dieser Zielsetzung sind die Ausnahmeregelungen für Verträge, in die die Verdingungsordnung für Bauleistungen einbezogen ist,

nicht mehr in einer gesonderten Vorschrift (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG), sondern nun bei dem jeweiligen Klauselverbot aufgeführt (vgl. aaO, S. 154).

34 Sachliche Änderungen sollten mit der Neuregelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht verbunden sein. Vielmehr wollte der Gesetzgeber „das im AGB-Gesetz enthaltene (geschlossene) System aufrechterhalten“ (aaO, S. 150). Soweit inhaltliche Änderungen vorgesehen wurden, sollte "das AGB-Gesetz durch Ergänzungen und teilweise Neuformulierungen fort[geschrieben werden], die aber im Ergebnis Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung des AGB-Gesetzes entsprechen" (aaO, S. 150).

35 (2) Eine Privilegierung der VOB Teil B als Ganzes hat der Gesetzgeber insbesondere nicht dadurch beabsichtigt, dass er die Nichtanwendung von Klauselverboten davon abhängig gemacht hat, dass die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B anstatt wie in § 23 AGBG "Grundlage des Vertrages" nunmehr "insgesamt einbezogen" (§ 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB) sein muss. Damit wollte der Gesetzgeber der gefestigten Rechtsprechungspraxis Rechnung tragen, die das Eingreifen der im bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG zugunsten der VOB Teil B geregelten Ausnahmen davon abhängig macht, dass diese insgesamt, das heißt ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen worden ist (aaO, S. 154). Diese gesetzgeberische Intention wird durch die in der Gesetzesbegründung zitierten Entscheidungen des Senats bestätigt. Alle dort genannten Entscheidungen (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1985 - VII ZR 325/84, BGHZ 96, 129, 133; Urteil vom 7. Mai 1987 - VII ZR 366/85, BGHZ 100, 391, 399; Urteil vom 24. Oktober 1985 - VII ZR 31/85, BGHZ 96, 146; Urteil vom 7. Mai 1987 - VII ZR 129/86, BauR 1987, 438 = ZfBR 1987, 199; Urteil vom 29. September 1988 - VII ZR 186/87, BauR 1989, 77 = ZfBR 1989, 28) betreffen die Frage, ob die Verkürzung der Gewährleistungsfrist einer Überprüfung nach dem AGB-Gesetz standhält, wenn ausschließlich die Ge-

währleistungsregeln der VOB Teil B vereinbart worden sind. Lediglich insoweit ist also die bekannte Rechtsprechung "ohne inhaltliche Änderung" (BT-Drucks. 14/6040, S. 154) kodifiziert worden.

36 Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob die VOB Teil B, sofern sie als Ganzes vereinbart ist, einer isolierten Inhaltskontrolle ihrer einzelnen Klauseln anhand der §§ 307 ff. BGB entzogen ist. Zu dieser Frage hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts keine Entscheidung getroffen. Soweit in der Gesetzesbegründung ausgeführt ist, es könne davon ausgegangen werden, dass die VOB Teil B in ihrer jeweils geltenden Fassung einen insgesamt angemessenen Interessenausgleich zwischen den an Bauverträgen Beteiligten schafft, dient dies lediglich als Begründung dafür, dass die Privilegierung in § 308 Nr. 5 BGB die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B in ihrer jeweils gültigen Fassung erfassen sollte (aaO, S. 154). Die Absicht, die ausdrücklich nur beschränkt angeordnete Privilegierung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B dahin auszudehnen, dass eine Einzelkontrolle ihrer Bestimmungen nicht vorzunehmen sei, kann daraus nicht abgelesen werden. Dem entspricht es, dass die grundlegende Entscheidung des Senats, die Verdingungsordnung für Bauleistungen nur als Ganzes einer Kontrolle gemäß § 9 AGBG zu unterziehen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1982 - VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135), in der Gesetzesbegründung nicht zitiert ist. Zudem ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wenn er diese umstrittene Problematik hätte entscheiden wollen, dies auch im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene Normenklarheit (vgl. BVerfGE 114, 73, 91 f.) und die europarechtlichen Anforderungen an die Richtlinienumsetzung (vgl. EuGH, NJW 2001, 2244, 2245) im Gesetzestext hinreichend klar und bestimmt zum Ausdruck gebracht hätte.

III.

37 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Beurteilung der Wirksamkeit der streitgegenständlichen Bestimmungen bedarf einer umfassenden Würdigung, in die insbesondere die typischen Interessen der Vertragsparteien sowie die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen sind (vgl. Palandt/Grüneberg, 67. Aufl., § 307 BGB, Rdn. 8). Hierzu hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen; dies wird es nachzuholen haben. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht muss den geltend gemachten Unterlassungsanspruch prüfen und in diesem Zusammenhang beurteilen, inwieweit die Klauseln wirksam sind.

38 Soweit es Klauseln beurteilt, die nach ihrem Regelungsgehalt unter § 308 Nr. 5 oder § 309 Nr. 8 b) ff) BGB fallen, ist das Berufungsgericht nicht gehindert, eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB vorzunehmen. Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB sind Ausprägungen der Generalklausel des § 307 BGB. Als Generalklausel tritt § 307 BGB zurück, wenn eine AGB-Bestimmung dem Klauselverbot der §§ 308, 309 BGB unterfällt. Soweit eine Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem Regelungsgehalt zwar den §§ 308, 309 BGB unterfällt, danach aber nicht unwirksam ist, bedeutet dies nicht, dass ihre Wirksamkeit feststünde. Die Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB kann unter Berücksichtigung des Prüfungsmaßstabes dieser Norm zur Unwirksamkeit der Regelung führen (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 1988 - VIII ZR 84/87, BGHZ 104, 232, 239; Urteil vom 8. März 1984 - IX ZR 144/83, BGHZ 90, 280, 283 f.; Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl., vor §§ 307 - 309, Rdn. 2; Staudinger/Coester, aaO, § 307 Rdn. 11 f.; Ulmer/Brandner/Hensen/A. Fuchs, AGB-Gesetz, 10. Aufl., Vorb. v. § 307 BGB, Rdn. 8). Bei der Überprüfung nach § 307 BGB sind die in §§ 308, 309 BGB zum Ausdruck gebrachten Wertungen zu berücksichtigen

(vgl. BGH, Urteil vom 12. März 1987 - VII ZR 37/86, BGHZ 100, 157, 182; Urteil vom 4. Dezember 1996 - XII ZR 193/95, NJW 1997, 739, 740; Erman/Roloff, ebd.; Staudinger/Schlosser, aaO, Rdn. 12; Ulmer/Brandner/Hensen/A. Fuchs, aaO, Vorb. v. § 307 BGB, Rdn. 9). Gleiches gilt, wenn der Gesetzgeber Klauseln ausdrücklich dem zwingenden Klauselverbot entzieht.

39 Danach ist das Berufungsgericht nicht von vornherein gehindert, die Regelungen der VOB Teil B, die dem Regelungsgehalt des § 308 Nr. 5 und des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unterfallen, nach § 307 BGB für unwirksam zu halten. Allerdings ist bereits Anlass für die gesetzliche Entscheidung zu § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG die Annahme des Gesetzgebers gewesen, die VOB Teil B stelle ein ausgewogenes Vertragswerk dar, so dass es nicht gerechtfertigt sei, deren Gewährleistungsregeln und deren Regelungen zu fiktiven Erklärungen daran scheitern zu lassen, dass sie den Klauselverboten unterliegen. Indem er es unterlassen hat, die VOB Teil B insgesamt der Inhaltskontrolle zu entziehen, hat er die Überprüfung und Beurteilung dieser Annahme der Rechtsprechung überlassen und damit auch den Weg eröffnet, eine andere Lösung zu entwickeln. Eine solche Lösung muss auch die weiteren Erkenntnisse zur VOB Teil B einbeziehen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit von Klauseln der VOB Teil B in einem Vertrag mit einem Verbraucher kann die Rechtsprechung nicht unberücksichtigt lassen, dass ein tragender Pfeiler für die Annahme des Gesetzgebers fehlt, die VOB Teil B sei eine für alle Bauverträge angemessene Regelung. Denn Verbrauchervertreter sind im Vergabe- und Vertragsausschuss nicht vertreten und Verbraucherinteressen werden nach den nunmehr eindeutigen Erklärungen dieses Ausschusses nicht in der Weise berücksichtigt wie die Interessen anderer Auftraggeber von Bauleistungen. Dieser Einschätzung entsprechen die vom Deutschen Bundestag am 26. Juni 2008 (BT-Protokoll Nr. 16/172) beschlossene Streichung der Ausnahmetatbestände in § 308 Nr. 5 und § 309 Nr. 8 b) ff) BGB und die Neuregelung des § 310 Abs. 1 BGB. Danach

soll die Privilegierung der VOB Teil B nur bei einer Verwendung gegenüber Unternehmern im Sinne des § 14 BGB, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Sondervermögen des öffentlichen Rechts, nicht aber bei Verwendung gegenüber Verbrauchern gelten.

40 In die Überlegungen zur Inhaltskontrolle nach § 307 BGB müssen schließlich auch die Gesichtspunkte einfließen, die durch die Anwendung dieser Regelung unabhängig von der gesetzlichen Wertung zu §§ 308 und 309 BGB eröffnet werden. Das sind auch Gesichtspunkte der Transparenz, Regelungsklarheit und Angemessenheit.

Dressler Kuffer Kniffka

Safari Chabestari Eick

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 07.12.2005 - 26 O 46/05 -
KG Berlin, Entscheidung vom 15.02.2007 - 23 U 12/06 -