

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG § 9 Bf; VOB/B § 2 Nr. 3 (1973)

Die von einem Auftraggeber in einem Einheitspreisvertrag gestellte Formularklausel "Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit und behalten auch dann ihre Gültigkeit, wenn Massenänderungen im Sinne § 2.3 VOB/B eintreten" verstößt nicht gegen § 9 AGBG.

BGH, Urteil vom 8. Juli 1993 - VII ZR 79/92 - OLG Frankfurt am Main
LG Gießen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 79/92

Verkündet am:

8. Juli 1993

Henco

Justizangestellte

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28. Februar 1992 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision einschließlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen.

Von Rechts wegen

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Klägerin macht einen Mehrvergütungsanspruch wegen Massenüberschreitung bei der Lieferung von Betonstahl geltend. Die Beklagten führten in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts für ihren Nebenintervenienten, das Land H., die Rohbauarbeiten für den Neubau der Chirurgischen Klinik in G. aus.

Aufgrund schriftlichen Verhandlungsprotokolls vom 14. Januar 1988 wurde der Klägerin mit Schreiben vom selben Tag u.a. der Auftrag zur Lieferung und Verlegung von Betonstahl erteilt, den die Klägerin mit Schreiben vom 28. Januar 1988 annahm.

In dem Schreiben vom 14. Januar 1988 heißt es:

"Vertragsbestandteil sind dieses Zuschlags-schreiben, das Verhandlungsprotokoll über die getroffenen Vereinbarungen und die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen zur VOB" (ZVB HOCHTIEF 4/84) sowie die genannten weiteren Unterlagen in der angeführten Reihenfolge."

Das Verhandlungsprotokoll vom 14. Januar 1988 enthält folgende Regelungen:

" ...

14.4. Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit und behalten auch dann ihre Gültigkeit, wenn Massenänderungen im Sinne § 2.3 VOB/B eintreten.

...

16. Vertragsgrundlagen

16.1. Die Bedingungen dieses Protokolls werden mit der Maßgabe anerkannt, daß weitere Vertragsbestandteile hierzu nachrangig in aufgeführter Reihenfolge sind:

- a) ...
- b) ...
- c) Zusätzliche Vertragsbedingungen zur VOB (ZVB HOCHTIEF 4/84)
- d) Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B und C."

Nach Position 1 der Anlage 1 zum Verhandlungsprotokoll vom 14. Januar 1988 waren ca. 770 t Betonstahl zum Preis von 660 DM je Tonne zu liefern. Während der Bauarbeiten stellte sich heraus, daß erheblich mehr Betonstahl benötigt wurde.

Die Klägerin lieferte insgesamt 1.434 t. Der von der Klägerin an die Hüttenwerke zu zahlende Stahlpreis hatte sich inzwischen erhöht. Die Beklagten zahlten den vertraglich vereinbarten Preis. Die Klägerin akzeptierte das bis zu einer Menge von etwa 10 % über der vertraglich vorgesehenen Menge von ca. 770 t. Für 593 t verlangt sie einen Mehrpreis von insgesamt 243.367,20 DM.

Das Landgericht hat die Klage wegen dieses Mehrvergütungsanspruchs durch Teilurteil abgewiesen. Die Berufung der Klägerin gegen dieses Teilurteil hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht führt im wesentlichen folgendes aus:

Der Klägerin stehe ein Anspruch auf eine erhöhte Vergütung für die fragliche Mehrmenge nicht zu. Die Parteien hätten § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B wirksam ausgeschlossen. Auch wenn die Klausel Nr. 14.4. in dem formularmäßigen Verhandlungsprotokoll vom 14. Januar 1988 als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen sei, sei sie wirksam, da sie der dann gebotenen Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhalte. Durch die fragliche Klausel werde weder der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung noch ein etwaiger Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß ausgeschlossen.

Die Berufung der Beklagten auf den Ausschluß von § 2 Nr. 3 VOB/B verstoße nicht gegen Treu und Glauben. Der geltend gemachte Anspruch sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verschulden bei Vertragsschluß begründet.

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klausel Nr. 14.4. Vorrang vor der Bestimmung des § 2 Nr. 3 VOB/B hat. Dieser Vorrang ergibt sich aus Nr. 16 des Verhandlungsprotokolls vom 14. Januar 1988.

2. Wie in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, handelt es sich bei der Klausel Nr. 14.4. um eine nicht im einzelnen ausgehandelte formularmäßige Vertragsbestimmung. Sie ist jedoch auch unter Berücksichtigung des AGB-Gesetzes wirksam.

a) Dabei kann offenbleiben, ob von ihrer Wirksamkeit bereits deshalb auszugehen ist, weil sie gemäß § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle entzogen ist. Klauseln, die lediglich den Inhalt einer ohnehin geltenden gesetzlichen Regelung wiederholen, unterliegen der Inhaltskontrolle an sich nicht (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1991 - VIII ZR 38/90 = NJW 1991, 1750, 1754; BGH, Urteil vom 5. April 1984 - III ZR 2/83 = BGHZ 91, 55, 57). Festpreisklauseln sind der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz allerdings nicht stets entzogen (vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz 7. Aufl. § 8 Rdn. 21; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz 2. Aufl. § 8 Rdn. 16; Erman/Hefermehl, BGB 9. Aufl. § 8 AGBG Rdn. 12; Soergel/Stein, BGB 12. Aufl. § 8 AGBG Rdn. 11). Ob hier ein derartiger Ausnahmefall vorliegt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung.

b) Die Klausel Nr. 14.4. hält nämlich auch einer etwa gebotenen Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist nach der Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs unangemessen im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG, wenn der Verwender mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne dessen Interessen hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1993 - XII ZR 74/91 = NJW 1993, 1133, 1134; BGH, Urteil vom 4. November 1992 - VIII ZR 235/91 = BGHZ 120, 108 = NJW 1993, 326, 329; BGH, Urteil vom 8. März 1984 - IX ZR 144/83 = BGHZ 90, 280, 284).

Die Klausel Nr. 14.4. beeinträchtigt den Auftragnehmer als Kunden nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

aa) Nach der rechtsfehlerfreien Annahme des Berufungsgerichts schließt die Klausel weder den Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch etwaige Ansprüche des Auftragnehmers aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß aus. Es kann daher dahinstehen, ob eine vom Auftraggeber gestellte Formularklausel der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG standhielte, die jegliche Anpassung von Einheitspreisen bei Mengenänderungen verbietet und so umfassend formuliert ist, daß damit auch Ansprüche des Auftragnehmers auf Preisanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß ausgeschlossen werden (vgl. zu der Frage Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 2. Aufl. Rdn. 249; Heiermann, NJW 1986, 2682/2685 unter III. 1 a und b sowie III. 3 b; Korbion/Locher, AGB-Gesetz und Bauerrichtungsverträge Rdn. 120; Ingenstau/Korbion, VOB 12. Aufl. B § 2 Rdn. 206).

bb) Soweit die Klausel Nr. 14.4. die Preisanpassungsmöglichkeiten gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Abs. 3 VOB/B bei Mengenänderungen ausschließt, führt dies nicht zu ihrer Unwirksamkeit nach § 9 AGBG.

(1) Allerdings wird in der Literatur die Auffassung vertreten, daß ein formularmäßiger Ausschluß der Preisanpassungsmöglichkeiten gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B bei Mengenänderungen zur Unwirksamkeit einer derartigen vom Auftraggeber gestellten Klausel nach § 9 AGBG führe (Heiermann aaO 2685-2687 unter III. 3 c m.w.N.; Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Band 1 2. Aufl Rdn. 421; Erman/Hefermehl, BGB 9. Aufl. AGBG § 9 Rdn. 145; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz 2. Aufl. § 23 Rdn. 273; Staudinger/Schlosser, BGB 12. Aufl. § 9 AGBG Rdn. 98).

(2) Der Senat teilt diese Auffassung nicht. Die Preisanpassungsmöglichkeiten gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B bei Mengenänderungen zählen nicht zu der für die Klauselbewertung maßgeblichen gesetzlichen Regelung im Sinne von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Allerdings umfaßt die gesetzliche Regelung im Sinne dieser Vorschrift nicht nur Gesetzesbestimmungen, sondern auch alle Rechtssätze, welche durch Auslegung, Analogie und Rechtsfortbildung aus den gesetzlichen Vorschriften hergeleitet werden (Senat, Urteil vom 12. März 1987 - VII ZR 37/86 = BGHZ 100, 157, 163; Senat, Urteil vom 28. April 1983 - VII ZR 259/82 = BauR 1983, 368, 369 f = ZfBR 1983, 188, 189 = WM 1983, 757, 758). Die Bestimmung des § 2 Nr. 3 VOB/B zählt hierzu indes nicht. Der in dieser Regelung zum Ausdruck kommende Grundsatz gehört auch nicht

mittelbar zu den Rechtssätzen, die für die Bewertung einer Klausel gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG heranzuziehen sind.

Nach dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertragsrechts hat der Unternehmer für den werkvertraglichen Erfolg einzustehen, während der Besteller den vereinbarten Werklohn zu zahlen hat. Haben die Parteien von einer Vereinbarung des § 2 Nr. 3 VOB/B oder von einer entsprechenden anderweitigen Vereinbarung abgesehen, ist eine Anpassung von Einheitspreisen bei Mengenänderungen nur nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich (vgl. MünchKomm/Soergel, 2. Aufl. § 631 Rdn. 195; RGRK-BGB/Glanzmann, 12. Aufl. § 631 Rdn. 73; Nicklisch/Weick, VOB 2. Aufl. § 2 Rdn. 33; Enders, VOB/B und BGB-Bauvertrag im Rechtsvergleich S. 77-81; a.M. Schmidt, Die Vergütung bei Bauleistungen S. 26). Die Voraussetzungen für eine Preisanpassung nach diesen Grundsätzen sind enger als diejenigen für eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B (vgl. Senat, Urteil vom 16. März 1970 - VII ZR 136 u. 212/68, Urteilsabdruck S. 8, wiedergegeben bei Schmidt, WM Sonderbeilage Nr. 4/1972, 19; Nicklisch/Weick aaO).

Der in der Klausel Nr. 14.4. enthaltene Ausschluß der Preisanpassungsmöglichkeiten gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 und Abs. 3 VOB/B bei Mengenänderungen führt auch nicht zu einer Gefährdung des Vertragszwecks (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Selbst wenn man annehmen wollte, daß im Sinne dieser Bestimmung von einem eigenständigen Typ eines VOB-Vertrages auszugehen ist, kann hier von einer die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden Einschränkung wesentlicher Rechte des Auftragnehmers keine Rede sein. Da die Parteien eines

VOB-Vertrages als Vergütung auch für Teile der Leistung eine Pauschalsumme vereinbaren können, die im Regelfall unverändert bleibt (vgl. § 2 Nr. 7 VOB/B), bestehen im Hinblick auf die nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG durchzuführende Inhaltskontrolle auch keine durchgreifenden Bedenken gegen eine Klausel, die den Einheitspreis innerhalb der durch den Grundsatz von Treu und Glauben gezogenen Grenzen festlegt. Nach der Klausel Nr. 14.4. bleiben aber nur solche Störungen der Äquivalenz des Leistungsaustauschs infolge von Mengenänderungen unberücksichtigt, die unterhalb der Schwelle liegen, bei der die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Preisanpassung ermöglichen.

Bei der erforderlichen Interessenabwägung ist zudem zu berücksichtigen, daß der Ausschluß der Preisanpassungsmöglichkeit gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B bei Mengenüberschreitungen für den Auftragnehmer in der Regel vorteilhaft ist. Im allgemeinen wird sich bei Anwendung des § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B für Mehrmengen ein geringerer Einheitspreis ergeben, weil sich die Baustelleneinrichtungskosten, die Baustellengemeinkosten und die allgemeinen Geschäftskosten dann auf eine größere Leistungsmenge verteilen. Nur in seltenen Fällen wird für die über 10 % hinausgehenden Überschreitungen des Mengenansatzes ein höherer Einheitspreis gerechtfertigt sein mit der Folge, daß der Ausschluß der Preisanpassungsmöglichkeit gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B für den Auftragnehmer dann nachteilig ist (vgl. Nicklisch/Weick, VOB/B 2. Aufl. § 2 Rdn. 42 i.V. mit 31; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 6. Aufl. Bd. 2 Rdn. 66 a) In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, daß nach der von der Revision vertretenen Auffassung der Auftragnehmer

letztlich eine Option auf eine Meistbegünstigung erhielte: kann er die Mehrmengen zu niedrigeren Preisen beschaffen oder wird durch eine Überschreitung des Mengenansatzes seine Kalkulation - wie im Regelfall - günstig beeinflusst, wird er als "klauselunterworfen" Vertragspartei natürlich an der Klausel festhalten, während er sich im umgekehrten Fall über § 9 AGBG auf die Regelung des § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B berufen würde. Daß dieses auch von der VOB/B hier nicht gewollte Ergebnis nicht befriedigt, liegt auf der Hand.

cc) Daß mit der Abänderung des § 2 Nr. 3 VOB/B durch AGB-Regelungen die VOB/B in ihrem Kernbereich betroffen und deshalb nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist (Senat, Urteil vom 20. Dezember 1990 - VII ZR 248/89 = BauR 1991, 210, 212 = ZfBR 1991, 101, 102 = WM 1991, 817, 818), berührt das hier entwickelte Ergebnis der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG nicht. Ein Eingriff in den Kernbereich der VOB/B hat nach der ständigen Senatsrechtsprechung lediglich zur Folge, daß die dem Vertragspartner des Verwenders ungünstigen Bestimmungen der VOB/B einer "isolierten" Inhaltsskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegen (vgl. Senat aaO; Senat, Urteil vom 6. Juni 1991 - VII ZR 101/90 = BauR 1991, 740, 741 = ZfBR 1991, 253, 254 = WM 1991, 1962, 1964). Daraus, daß eine zusätzliche Regelung in den Kernbereich der VOB/B eingreift, kann hingegen nicht auf deren Verstoß gegen Vorschriften des AGB-Gesetzes geschlossen werden. Denn für die Frage, ob die VOB/B "als Ganzes" vereinbart ist, kommt es nicht darauf an, ob die zusätzlichen, einen Eingriff in den Kernbereich der VOB/B enthaltenden

Regelungen ihrerseits mit den Vorschriften des AGB-Gesetzes vereinbar sind (Senat, Urteil vom 20. Dezember 1990 aaO).

3. Soweit das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Mehrvergütung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verneint hat, hält auch dies der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe eine derart massive Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung, wie sie für eine Preisanpassung nach diesen Grundsätzen erforderlich ist, nicht hinreichend substantiiert dargetan, wird von der Revision nicht angegriffen.

4. Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin aus Verschulden bei Vertragsschluß verneint hat. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß den Beklagten bezüglich der Ungenauigkeit des Mengenansatzes kein Verschulden zur Last fällt, wird von der Revision hingenommen.

Lang

Bliesener

Thode

Hausmann

Wiebel