

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AGBG § 9 Bf u. Cl; BGB § 648

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Baubetreuers enthaltene Klausel, wonach dem Unternehmer wegen seiner Forderungen aus dem Vertrag ein Anspruch gemäß § 648 BGB auf Einräumung einer Sicherungshypothek auf dem Baugrundstück nicht zusteht, benachteiligt den Unternehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben jedenfalls dann, wenn ihm keine andere angemessene Sicherheit angeboten wird.

BGH, Urt. v. 3. Mai 1984 - VII ZR 80/82 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 80/82

URTEIL

Verkündet am
3. Mai 1984
W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A. N. [REDACTED] GmbH & Co. KG., vertreten
durch die N. [REDACTED] Verwaltungs- und Beteiligungs-
GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer R. [REDACTED]
N. [REDACTED], M. [REDACTED]weg [REDACTED], M. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.

- 2 -

- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.
- 19.
- 20.
- 21.
- 22.
- 23.
- 24.
- 25.
- 26.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

- 4 -

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

handelnd als Gesellschafter der Gesellschaft bürger-
lichen Rechts "R[REDACTED]-[REDACTED] Nr. [REDACTED] - M[REDACTED] GbR"

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1984 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter
Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 24. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Hamm vom 17. Dezember
1981 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten sind Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ("R[REDACTED]"), die das Erbbaurecht an einem Grundstück erworben und das Grundstück bebaut hat. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft übertrugen die Gesellschafter der Firma R.I. GmbH & Co KG als "Betreuerin". Nach dem Gesellschaftsvertrag und einem "Geschäftsführungsvertrag" sowie nach den von allen Beklagten erteilten Vollmachten wurden die Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte der Betreuerin in der Weise beschränkt, daß die als Teilschuldner, nicht als Gesamtschuldner haftenden Gesellschafter nur entsprechend ihrem jeweiligen Kapitalanteil mit beschränkter Haftung auf das Gesellschaftsvermögen verpflichtet werden durften.

Die Betreuerin übertrug der Klägerin "im Namen und für Rechnung der ... Bauherrengesellschaft" mit Vertrag vom 8./14. Mai 1980 und Nachtrag vom 14. August 1980 die Durchführung der Fensterarbeiten. Der Vertrag, der in Nr. 6 einen genauen "Zahlungs- und Terminplan" enthält, sieht unter Nr. 7 folgende Regelung vor:

"Der Auftragnehmer weiß und ist damit einverstanden, daß

7.1

die Gesellschafter des Auftraggebers für die Verbindlichkeiten des Auftraggebers nur als Teilschuldner in Höhe ihrer Beteiligung am Kapital des Auftraggebers haften und

7.2

daß der Auftraggeber eine Gesellschaft bürger-

lichen Rechts ist, bei der die Gesellschafter aufgrund der dem Betreuer erteilten Vollmacht nur mit ihrem Anteil am Vermögen des Auftraggebers für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, also eine ähnlich beschränkte Haftung wie bei einem Kommanditisten gegeben ist."

Dem Vertrag wurden die von der Betreuerin formulierten "Vertragsbedingungen für die Erbringung von Bauleistungen" zugrundegelegt. Dort heißt es unter anderem:

"68.

Wegen seiner Forderungen aus dem Vertrag stehen dem Auftragnehmer Ansprüche gemäß § 648 BGB (Bauwerkersicherungshypothek) nicht zu."

Auf die Schlußrechnungen der Klägerin vom 16./17. Dezember 1980 über 348.000,- DM und 991,63 DM haben die Beklagten unter Hinweis auf angebliche Mängel an den Fenstern einen Betrag von 120.135,23 DM nicht bezahlt. Mit der Klage strebt die Klägerin daher an, wegen des ihr gegen die Beklagten als Gesamtschuldner, hilfsweise als Teilschuldner entsprechend den jeweiligen Geschäftsanteilen zustehenden Restwerklohnanspruchs die Einwilligung der Beklagten zur Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auf dem Erbbaurecht zu erlangen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht zu Recht von der Anwendbarkeit des AGBG aus; denn bei den von der Betreuerin der Beklagten verwendeten "Vertragsbedingungen für die Erbringung von Bauleistungen", die der Klägerin mit dem Auftragsschreiben 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 Satz 1 AGBG.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der in Nr. 68 der "Vertragsbedingungen" enthaltene Ausschluß der Bauhandwerkersicherungshypothek sei sowohl mit § 3 als auch mit § 9 Abs. 1 AGBG vereinbar. Die Klausel wirke nach ihrer äußeren Aufmachung nicht überraschend, insbesondere habe sie keinen Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt. Sie verletze auch nicht das Gebot von Treu und Glauben. Der mit der Klausel ausgeschlossene Anspruch der Klägerin auf die Sicherungshypothek sei nicht ihr einziges Sicherungsmittel. Die Klägerin habe vielmehr die Möglichkeit eines Arrests gemäß §§ 916 ff ZPO; daneben sei sie durch die vertraglich vereinbarten Abschlagszahlungen gesichert. Schließlich bringe die Klausel nicht zum Ausdruck, daß die Klägerin an den Verzicht auf den Anspruch aus § 648 BGB auch dann gebunden sein solle, wenn sich die Verhältnisse der Beklagten wesentlich änderten. Die Klägerin könne daher entsprechend § 321 BGB den Verzicht widerrufen. Im

übrigen habe die Sicherungsmöglichkeit gemäß § 648 BGB nur geringen praktischen Wert. Zu bedenken sei auch, daß der in der Praxis vielfach als Druckmittel verwendete Anspruch aus § 648 BGB den Beklagten die weitere Belastung sowie die Veräußerung des Grundbesitzes erschwere bzw. unmöglich mache. Darüberhinaus sei zu berücksichtigen, daß sich der in Nr. 68 der "Vertragsbedingungen" enthaltene Verzicht an die Klägerin als Vollkaufmann richte und ihr deshalb eher zuzumuten sei als Minderkaufleuten oder Handwerkern.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Der Klägerin steht aufgrund des mit den Beklagten - vertreten durch die Betreuerin - abgeschlossenen Werkvertrags vom 8./14. Mai 1980 mit Nachtrag vom 14. August 1980 ein Restwerklohnanspruch zu. Für diese Forderung haften die Beklagten nicht als Gesamtschuldner, sondern beschränkt mit ihrem jeweiligen Anteil am Gesellschaftsvermögen als Teilschuldner. Die Beklagten haben die der Betreuerin erteilten Vollmachten wirksam in der Weise eingeschränkt, daß sie für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur als Teilschuldner im Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung verpflichtet werden dürfen. Eine solche Beschränkung der Vollmacht des Vertreters von Gesellschaftern ist zulässig (vgl. Ulmer in MünchKomm, BGB, § 714 Rdn. 29; Staudinger/Keßler, BGB, 12. Aufl., § 714 Rdn. 13, jeweils m.w.N.).

Die beschränkte Vertretungsmacht der Betreuerin ist - wie sich aus Nr. 7 des Vertrags ergibt - im Vertrag ausdrücklich erwähnt und war der Klägerin somit bekannt. Ob für die Wirksamkeit der Haftungsbegrenzung

von Gesellschaftern Erkennbarkeit der beschränkten Vertretungsmacht durch den Vertragspartner ausreicht oder ob die Vollmachtsbeschränkung offenkundig sein oder sogar mit dem Vertragspartner vereinbart werden muß, kann daher offen bleiben.

2. Die Klägerin hat nach § 648 BGB grundsätzlich auch einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Erbbaurecht der Beklagten.

a) Der Klägerin ist der Anspruch nicht bereits deshalb zu versagen, weil die von ihr gelieferten und eingebauten Fenster - wie die Beklagten behaupten - Mängel aufweisen. Zwar kann ein Handwerker für seine Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Sicherungshypothek nicht verlangen, soweit und solange sein Werk mangelhaft ist (Senatsurteil BGHZ 68, 180). Von einem solchen Ausschluß des der Klägerin zustehenden Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek kann hier jedoch nicht ausgegangen werden. Denn das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, inwieweit die Arbeiten der Klägerin mit Mängeln behaftet sind und daher keine vollwertige Leistung darstellen.

b) Dem Anspruch der Klägerin steht auch nicht die auf den jeweiligen Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung der Beklagten entgegen. Die Beklagten haben - vertreten durch die Betreuerin - der Klägerin den Auftrag für die Fensterarbeiten erteilt. Sie sind trotz der wirksamen Haftungsbegrenzung als Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft Besteller der von der Klägerin erbrachten Werkleistungen. Da ihnen als Gesellschafter auch das ungeteilte Erbbaurecht am

Grundstück zusteht, fallen Berechtigter des Sicherungsgegenstandes und Besteller der Werkleistung nicht auseinander. Inhaber des Erbbaurechts, das sich im Gesamthandsvermögen der Gesellschaft befindet, und Bauherr als Auftraggeber sind vielmehr identisch.

Durch die Belastung des Erbbaurechts mit der von der Klägerin begehrten Bauhandwerkersicherungshypothek wird auch die auf den jeweiligen Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung der Beklagten nicht berührt. Das Recht der Klägerin aus der Sicherungshypothek bestimmt sich gemäß § 1184 Abs. 1 BGB nur nach der Forderung. Der Gläubiger kann sich zum Beweis der Forderung deshalb nicht auf die Eintragung der Hypothek berufen. Eine im Grundbuch zugunsten der Klägerin eingetragene Bauhandwerkersicherungshypothek sichert nur die gegen die Beklagten als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft zustehenden Teilforderungen. Eine gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten, die mit den der Betreuerin erteilten beschränkten Vollmachten in Widerspruch stünde, wird damit nicht begründet, ist aber auch nicht Voraussetzung für die Eintragung der Sicherungshypothek, jedenfalls dann, wenn - wie hier - alle Gesellschafter anteilig für die Forderung haften.

3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Anspruch der Klägerin auf Einräumung einer Sicherungshypothek nicht aufgrund der in Nr. 68 der "Vertragsbedingungen" enthaltenen Klausel ausgeschlossen. Denn diese Bestimmung benachteiligt die Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist daher nach § 9 AGBG unwirksam.

a) Zutreffend hält das Berufungsgericht allerdings die von der Betreuerin der Beklagten in den "Vertragsbedingungen" aufgenommene Regelung nicht für eine überraschende Klausel i.S. des § 3 AGBG.

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht, liegen dann vor, wenn ihnen ein Überraschung- oder Übertölpelungseffekt innewohnt und zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Kunden eine deutliche Diskrepanz besteht. Die Klausel muß eine Regelung enthalten, mit der der Vertragspartner den Umständen nach vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Auch der ungewöhnlich äußere Zuschnitt der Klausel, ihre Unterbringung an unerwarteter Stelle, kann die Bestimmung zu einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel machen (Senatsurteil BGHZ 84, 109, 112/113 m.w.N.).

Danach kann Nr. 68 der "Vertragsbedingungen" nicht als überraschende Klausel angesehen werden. Die Klägerin mußte schon damit rechnen, daß die Beklagten von ihr einen Verzicht auf den ihr zustehenden Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek verlangen könnten. Sie konnte deshalb durch die in Nr. 68 der "Vertragsbedingungen" enthaltene Regelung nicht überrascht werden. Auch ist die Klausel nach ihrem äußeren Zuschnitt, insbesondere nach dem Druckbild und der Gliederung der "Vertragsbedingungen", nicht so ungewöhnlich, daß sie zu einer überraschenden Klausel wird.

b) Die Klausel hält jedoch der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand.

aa) Die Frage, ob der sich aus § 648 BGB ergebende Anspruch des Unternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann, ist im Schrifttum umstritten. Der Bundesgerichtshof hat sie bisher nicht entschieden.

Die überwiegende Meinung hält einen solchen Ausschluß gemäß § 9 AGBG grundsätzlich für unwirksam (Jagenburg BauR 1977, Sonderheft 1, 10 f; Locher, Das private Baurecht, 3. Aufl., Rdn. 432; Löwe/von Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGB-Gesetz, § 9 Rdn. 71; Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 9 AGBG Anm. 7 g; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 9 Rdn. 69; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 9 AGBG Rdn. 99; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl., Anh. §§ 9 - 11 Rdn. 213; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 4. Aufl., Rdn. 155; vgl. auch LG Frankfurt AGBE III § 9 Nr. 17 a).

Teilweise wird die Ansicht vertreten, ein formularmäßiger Ausschluß benachteilige den Vertragspartner nur dann entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, wenn ihm nicht eine andere Sicherheit eingeräumt werde (Bunte, Bauverträge und AGB-Gesetz, S. 66 f; Erman/Hefermehl, BGB, 7. Aufl., § 9 AGBG Rdn. 18; Frikell/Glatzel/Hofmann, Bauvertragsklauseln und AGB-Gesetz, S. 193 ff; Groß, Die Bauhandwerkersicherungshypothek, S. 9 ff; Motzke, Die Bauhandwerkersicherungshypothek, S. 156; Palandt/Thomas aaO § 648 Anm. 1; Soergel in MünchKomm, BGB, § 648 Rdn. 2; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, § 23 Rdn. 278; vgl. auch Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 648 Rdn. 2; OLG München BB 1976, 1001; LG Frankfurt AGBE I § 24 Nr. 17).

Demgegenüber ist eine Mindermeinung der Auffassung, angesichts der verhältnismäßig geringen Schutzwirkung des § 648 BGB stehe § 9 AGBG einem Ausschluß durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht entgegen (Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 16 Rdn. 97; Kapellmann BauR 1976, 323, 328).

bb) Der Senat hält Nr. 68 der "Vertragsbedingungen", die den Anspruch des Auftragnehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB ausschließt und ihm andere Sicherheiten nicht gewährt, gemäß § 9 AGBG für unwirksam. Eine solche Klausel ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 648 BGB nicht zu vereinbaren und benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen daher entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Die Vorschrift des § 648 BGB verschafft dem Unternehmer eines Bauwerks ein bevorzugtes und schnell zu verwirklichendes Sicherungsmittel. Das findet seine Rechtfertigung einmal in der Vorleistungspflicht des Unternehmers, zum anderen in dem Mehrwert, den das Grundstück durch seine Leistung erfahren hat. Dem Unternehmer, der durch den Einbau von beweglichen Sachen in das Grundstück gemäß § 946 BGB einen Eigentumsverlust erleidet und sich durch einen Eigentumsvorbehalt oder ein Besitzpfandrecht nicht absichern kann, soll bereits vor Fälligkeit seiner Werklohnforderung ein Kredit-sicherungsmittel in die Hand gegeben werden (Senatsurteil BGHZ 68, 180, 183). Wird dem Unternehmer diese Möglichkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verwehrt und ihm eine andere Sicherheit (z.B. Bankbürg-

schaft oder Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren) nicht eingeräumt, nimmt der Verwender einseitig und auf Kosten des Unternehmers in rechtsmißbräuchlicher Weise seine Interessen wahr.

cc) Demgegenüber sind - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - die Möglichkeit eines Arrests oder vertraglich vereinbarte Abschlagszahlungen keine ausreichende Sicherheit. Während die Anordnung eines Arrests stets einen besonderen, vom Antragsteller glaubhaft zu machenden Arrestgrund voraussetzt (vgl. §§ 917, 918, 920 Abs. 2 ZPO), kann der Anspruch gemäß § 648 BGB aufgrund einstweiliger Verfügung durch eine Vormerkung gesichert werden, ohne daß eine Gefährdung dieses Anspruchs glaubhaft gemacht werden muß (§ 885 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Einleitung eines Arrestverfahrens stellt daher für den Unternehmer kein dem Anspruch nach § 648 BGB gleichwertiges Sicherungsmittel dar.

Das gilt auch für etwaige in dem Vertrag vereinbarte Abschlagszahlungen. Der mit solchen Zahlungen bezweckte Schutz des Unternehmers versagt regelmäßig dann, wenn der Bauherr nicht zahlt. Auch werden solche Zahlungen vereinbarungsgemäß erst nach Vornahme bestimmter Leistungen oder nach einer gewissen Zeit fällig. Die Absicherung der Werklohnforderung des Unternehmers durch eine Sicherungshypothek nach § 648 BGB setzt dagegen nur den Beginn der Arbeiten voraus. Auch braucht die Werklohnforderung nicht oder noch nicht fällig zu sein (Senatsurteil BGHZ 68, 180, 183). Bezeichnenderweise enthält deshalb § 16 VOB/B, der in Nr. 1 Abschlagszahlungen nach Baufortschritt vorsieht, keinen Ausschluß der Rechte des Auftragnehmers aus § 648 BGB.

dd) Die unangemessene Benachteiligung des Unternehmers wird schließlich nicht - wie das Berufungsgericht meint - dadurch beseitigt, daß er bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse des AGB-Verwenders den Verzicht auf den Anspruch aus § 648 BGB entsprechend § 321 BGB widerrufen kann. Ob der Unternehmer bei einem vertraglichen Verzicht im Wege der Vertragsauslegung zu einem solchen Widerruf berechtigt ist (so OLG Köln BauR 1974, 282), kann offen bleiben. Ein Verzicht aufgrund einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klausel kann jedenfalls nicht dahin ausgelegt werden. Im übrigen wird ein solcher Widerruf - da der Bauherr in der Regel nicht damit einverstanden sein dürfte - häufig erst durch einen Rechtsstreit geklärt werden können. Mit Sinn und Zweck des § 648 BGB, der dem Unternehmer ein schnell zu verwirklichendes Sicherungsmittel einräumen will, ist dies nicht zu vereinbaren.

ee) Ebensowenig können der möglicherweise geringe, von Fall zu Fall aber durchaus verschieden einzuschätzende praktische Wert einer Bauhandwerkersicherungshypothek sowie die Eigenschaft der Klägerin als Vollkaufmann dazu führen, die mit der Klausel der Betreuerin verbundene unangemessene Benachteiligung der Klägerin zu verneinen. Selbst wenn die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek in der Praxis auch als "Druckmittel" verwendet wird, gewährt sie dem vorleistenden Unternehmer doch eine Sicherheit, die ihm nicht einseitig genommen werden darf. Schließlich muß auch dem als Vollkaufmann auftretenden Unternehmer der mit dem Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gewährte Schutz zumindest

dann verbleiben, wenn ihm ein anderes angemessenes Sicherungsmittel nicht angeboten wird.

4. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist deshalb aufzuheben. Da der Senat nicht in der Lage ist, die von den Beklagten behauptete Mangelhaftigkeit der Leistung der Klägerin zu beurteilen und nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO abschließend zu entscheiden, ist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird nunmehr zu prüfen haben, ob die Arbeiten der Klägerin Mängel aufweisen und inwieweit ihr aus diesem Grund ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB nicht zusteht (vgl. BGHZ 68, 180).

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer