

VOB-Vertrag und AGB-Gesetz*

I. Die VOB/A und sonstigen Ausschreibungsbedingungen als AGB-Klauseln

1. Die VOB/A als AGB

Jedenfalls nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes besteht kein Zweifel daran, daß die VOB AGB-Charakter hat. Wäre es anders, dann wäre es nicht erforderlich gewesen, die VOB – ohne Zusatz, ob damit Teil A, Teil B oder Teil C gemeint ist – in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz ausdrücklich zu erwähnen und zu privilegieren¹.

Ob damit auch die Bestimmungen der VOB/A dem AGB-Gesetz unterliegen, ist in der Literatur umstritten. Die VOB/A ist ja eine Vergabeordnung und wird deshalb nicht vertragsgrundlage². Doch erscheint es zutreffend, auch die Bestimmungen der VOB/A jedenfalls insoweit dem Geltungsbereich des AGB-Gesetzes zu unterwerfen, als die einzelnen Bestimmungen in den abgeschlossenen Vertrag hineinwirken, wie z.B. die Umschreibung der Bauleistung in § 1 VOB/A³. Denn aus § 10 Nr. 1 AGB-Gesetz folgt, daß der Gesetzgeber nicht nur solchen Klauseln den Charakter einer AGB zugewiesen hat, welche den Vertrag selbst betreffen, sondern daß auch solche Klauseln erfaßt sein sollen, welche lediglich das vorvertragliche Stadium regeln⁴. Daraus folgt also, daß die VOB/A – mit dieser begriffsnotwendigen Einschränkung – AGB im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz sind⁵.

Ergänzend sei festzuhalten, daß auch die in der VOB/C niedergelegten Allgemeinen Technischen Vorschriften AGB im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz sind, was dem von der h.M. herausgearbeiteten Befund entspricht⁶. Denn die Bestimmungen der VOB/C sind gemäß § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B Bestandteil des VOB-Vertrages⁷. Daß – gleichwohl – die Vorschriften der VOB/C regelmäßig keine Kollision mit den § 9 ff. AGB-Gesetz erkennen lassen, steht auf einem anderen Blatt, hindert aber nicht die Annahme, daß es sich insoweit um Rechtsvorschriften im Sinn von § 8 AGB-Gesetz handelt, z.B. die Fixierung des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers für die von ihm zu erbringenden Leistungen oder die endgültige Berechnung der Vergütung gemäß §§ 14, 15 VOB/B⁸.

2. Sonstige Ausschreibungsbedingungen als AGB

Berücksichtigt man also, daß die VOB/A, soweit sie vertragsrechtliche Relevanz besitzt, AGB im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz ist, so ist auch damit der "Einstieg" gewonnen, um weitere, in der Praxis übliche Bestimmungen in Ausschreibungen an der Generalklausel von § 9 AGB-Gesetz zu messen.

2.1 Typische Bestätigungsklauseln

Soweit zum Beispiel in der Ausschreibungsbedingungen vorgesehen ist, der Auftragnehmer "bestätigt", sich über die Lage der Baustelle, ihre Zugänglichkeit, die Bodenbeschaffenheit etc. überzeugt zu haben, ist dies weder nach § 9 AGB-Gesetz noch nach § 11 Nr. 15 AGB-Gesetz zu beanstanden, sondern entspricht der allgemeinen vertraglichen Pflicht des Auftragnehmers⁹. Falls diese Klausel jedoch darauf abzielt, dem Auftragnehmer auch solche Ansprüche abzuschneiden, die sich aufgrund etwaiger *Erschwernisse* ergeben, die erst nach Angebotsabgabe erkennbar werden, so wird darin eine – verschuldensunabhängige – garantiemäßige Einstandspflicht des Auftragnehmers begründet. Diese weicht ersichtlich von den Haftungsprinzipien der §§ 275, 276 BGB zum Nachteil des Auftragnehmers ab und ist deshalb unwirksam¹⁰. Anknüpfungspunkt für die zutreffende

* Bei dem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete und um den Fußnotenapparat ergänzte Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am 26.9.85 bei der Vortragsveranstaltung der Gesellschaft für Baurecht gehalten hat.

- 1 Ingenstau/Korbion, § 10 VOB/A Rdn 52; Heiermann/Riedl/Schwaab, § 10 VOB/A Rdn 56; Locher, NJW 1977, S. 1801.
- 2 Heiermann/Riedl/Schwaab, § 10 VOB/A Rdn 58; Ingenstau/Korbion, § 19 VOB/A Rdn 53.
- 3 Locher, NJW 1977 S. 1801, 1802.
- 4 Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 240; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdn 900.
- 5 Denzinger, BB 1981 S. 1123.
- 6 Ingenstau/Korbion, § 10 VOB/A Rdn 53; Locher, NJW 1977 S. 1801, 1802; a.M. Heiermann/Riedl/Schwaab, § 10 VOB/A Rdn 59.
- 7 Ingenstau/Korbion, HO.
- 8 Ebenda.
- 9 OLG Karlsruhe, AGBE III § 9 Nr. 15.
- 10 Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 284; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdn 721; Locher, NJW 1979 S. 2235, 2237.

Erfassung derartiger Klauseln ist die Wertung von § 9 Nr. 4 Abs. 4 VOB/A: Daraus folgt, daß grundsätzlich die Boden- und Wasserverhältnisse so zu beschreiben sind, daß der Mieter/Auftragnehmer den Baugrund und seine Tragfähigkeit, die Grundwasserverhältnisse und die Einflüsse benachbarter Gewässer auf das Bauwerk hinreichend beurteilen kann¹¹. Das sich aus den Boden- und Wasserverhältnissen ergebende Risiko liegt also – und dies ist für eine Beurteilung gemäß § 9 AGB-Gesetz von Bedeutung – beim Auftraggeber; und den Auftragnehmer/AGB-Kunden trifft insoweit – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – nur eine Mitverantwortung, wenn und soweit ihm die Übernahme einer Prüfpflicht zumutbar ist¹².

Verstößt aber eine derartige "Bestätigungsklausel" gegen § 9 AGB-Gesetz, so ist von entscheidender Bedeutung, daß auch eine – wie immer geartete – Preisvereinbarung nicht geeignet ist, dem Auftragnehmer/AGB-Kunden das Recht zu nehmen, sich auf die Unwirksamkeit der AGB-Klausel gemäß § 9 AGB-Gesetz mit Erfolg zu berufen. Beispiel: Auch dann, wenn ein "Festpreis" zwischen den Parteien vereinbart ist, sind die nachfolgenden Klauseln wegen Verstoßes gegen § 9 AGB-Gesetz unwirksam:

"Der Auftragnehmer erklärt verbindlich, daß ihm die Trassenführung, insbesondere die Boden-, Wasser-, Verkehrs- und Zufahrtsverhältnisse bekannt sind und er aus Nichtkenntnis keinen Anspruch gegen den Auftraggeber herleiten kann."

Oder:

"Die gegebenenfalls in den Ausführungsunterlagen dargestellten Bodenarten, Grundwasserstände und unterirdischen Anlagen dienen nur als Anhalt. Der Auftraggeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben."

Selbstverständlich macht es dabei keinen Unterschied, ob diese Klauseln als typische "Bestätigungsklauseln" – regelmäßig auch in der Form einer Fiktion – aufgebaut sind, oder ob die Risikoüberwälzung etwa wie folgt wiedergegeben wird:

"Das Hochwasser- und Witterungswagnis, auch für Unwetterschäden, trägt der Auftragnehmer."

Zu diesem Verdikt wird man auch dann gelangen, wenn kein "Festpreis", sondern ein "Pauschalpreis" vereinbart ist. Denn aus der – als Definition herangezogenen – Norm des § 5 Nr. 1 lit. b VOB/A folgt, daß ein Pauschalpreis in der Regel dann nicht in Betracht kommt, wenn sich die Leistung nach Art und Umfang ändert¹³. Ist aber – und darauf heben ja die erwähnten Klauseln ab – mit einer Änderung der zu erbringenden Leistungen zu rechnen – gleichgültig, ob im Hinblick auf die Ausführungsart oder im Hinblick auf den Leistungsumfang –, dann widerstreitet dies dem Charakter eines Pauschalvertrages.

Aber selbst wenn man dieses Argument nicht gelten läßt, so ist es keineswegs richtig, daß die Vereinbarung eines "Festpreises" oder eines "Pauschalpreises" – möglicherweise sogar in der Diktion eines "Pauschalpreises" – geeignet ist, dem Auftragnehmer/AGB-Kunden die Berufung auf die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel zu nehmen. Denn es gilt der allgemeine – und in der Sache unbestrittene – Satz: Dem AGB-Verwender steht nicht das Recht zu, unangemessene AGB-Klauseln unter Hinweis auf einen "billigen" Preis zu rechtfertigen¹⁴. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn – was in der Praxis der Bauwirtschaft selten ist – eine typische "Tarifwahl" vorgenommen wird¹⁵. Essentielles Tatbestandsmerkmal einer solchen "Tarifwahl" ist indessen, daß der AGB-Verwender eine individualvertragliche Transparenz zwischen Preis und – unwirksamer – AGB-Klausel herstellt¹⁶.

2.2 Risikoüberwälzungen betreffend die Ausführungsunterlagen
In Angebots- oder Ausschreibungsbedingungen finden sich durchaus häufig, daß dem Auftragnehmer/AGB-Kunden die Berufung auf etwaige Planfehler oder sonstige falsche Angaben im Leistungsverzeichnis oder in anderen Unterlagen, die der Auftraggeber zur Verfügung gestellt hat, rigoros abgeschnitten wird¹⁷. Maßstab für die Beurteilung derartiger AGB-Klauseln ist § 3 VOB/B. So ist zum Beispiel folgende Klausel mit Recht vom OLG Karlsruhe^{17a} beanstandet worden:

"Der Auftragnehmer erkennt weiter an, daß er alle Maße unter seiner eigenen Verantwortung am Bau bzw. nach den Bauzeichnungen kontrol-

liert und bei An- und Erweiterungsbauten alle Höhen und Einzelheiten der bestehenden Teile genau aufgenommen hat, so daß eine Berufung auf Planfehler oder falsche Angaben im Leistungsverzeichnis oder in anderen Unterlagen ausgeschlossen ist."

Nichts anderes gilt dann, wenn dem Auftragnehmer/AGB-Kunden die Berufung darauf verwehrt wird, daß er "Unterlagen oder Auskünfte nicht rechtzeitig, nicht vollständig, nicht genau oder überhaupt nicht erhalten" hat¹⁸. Denn es bleibt ausschließliche Obliegenheit des Auftraggebers, dafür Sorge zu tragen, daß der Auftragnehmer/AGB-Kunde die für die Bauausführung notwendigen Unterlagen rechtzeitig erhält¹⁹. Selbstverständlich trifft den Auftragnehmer/AGB-Kunden insoweit eine Kontrollpflicht, die allerdings ihrerseits an den Grenzen der Zumutbarkeit endet.

Auf der gleichen Linie liegt es, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Risiko in bezug auf etwa erforderliche – regelmäßig: öffentlich-rechtliche – Auflagen, Genehmigungen oder Erlaubnisse überwälzt²⁰.

2.3 Irrtumsklauseln

Ungeachtet der Tatsache, daß die BGH-Entscheidung vom 28.4.1983²¹ den nicht-kaufmännischen Verkehr betraf, wird man sie auch im kaufmännischen Bereich für einschlägig halten müssen. Bestimmt also eine Ausschreibungsklausel: Der Einwand eines Preis- oder Kalkulationsirrtums auf Seiten des Auftragnehmers ist ausgeschlossen, so ist sie nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam. Man wird dies auch dann so sehen müssen, wenn der Kalkulationsirrtum als *externer Kalkulationsirrtum* gemäß § 119 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist²²; nur der – interne – Kalkulationsirrtum als typischer Motivirrtum ist nach § 119 Abs. 1 BGB unbeachtlich²³. Diese Distinktion ist zwingend vom AGB-Verwender/Auftraggeber in seinen Ausschreibungsbedingungen zu berücksichtigen. Wie Heiermann²⁴ zutreffend ausgeführt hat, wird man deshalb auch eine – gelegentlich von der öffentlichen Hand – verwendete AGB-Klausel nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz beanstanden müssen, die es dem Bieter/Auftragnehmer untersagt, zum Nachweis eines Kalkulationsirrtums seine Kalkulationsunterlagen zu "hinterlegen". Denn es macht in der Sache keinen Unterschied, ob der AGB-Verwender durch eine direkte Ausschlußklausel eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers/AGB-Kunden bewirkt, oder ob er sie – durchaus dezenter – auf indirektem Weg zu erreichen versucht²⁵. Diese Parallelität ist evident; und niemand bestreitet ernsthaft, daß die rigideste Form der Haftungsfreizeichnung darin besteht, sich von der eigentlich als AGB-Verwender geschuldeten Leistung klauselmäßig zu dispensieren²⁶.

2.4 "Bietererklärungen" – kartellrechtswidriges Verhalten – Vertragsstrafe

In Ausschreibungen der öffentlichen Hand – insbesondere der Deutschen Bundesbahn – werden verschiedentlich sogenannte

11 Hierzu Ingenstau/Korbion, VOB/A § 9 Rdn 44.

12 Vgl. auch LG Köln, BauR 1980 S. 368 mit Anm. von Hofmann.

13 Heiermann/Riedl/Schwaab, § 2 VOB/B Rdn 61; Ingenstau/Korbion, VOB/A § 5 Rdn 8.

14 Statt aller Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 77 f.

15 Vgl. BGH, BB 1980 S. 1011; Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 79.

16 Erman/H. Hefermehl, § 9 Rdn 8; Palandt/Heinrichs, § 9 Anm. 2 b.

17 Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 275; Staudinger/Schlosser, § 9 Rdn 94.

17 a OLG Karlsruhe, BB 1983 S. 725.

18 OLG München, BB 1984 S. 1386; LG München, AGBE iv § 9 Nr. 26; Frikell/Glatzel/Hofmann, Bauvertragsklausel und AGB-Gesetz, K 1.20.

19 Vgl. auch LG München, AGBE III § 9 Nr. 18; LG Frankfurt, AGBE II § 9 Nr. 18.

20 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Bd. III – Subunternehmerverträge Rdn 5.

21 BGH, ZfBR 1983 S. 188.

22 Im einzelnen Heiermann, BB 1984 S. 1836 ff.

23 Im einzelnen Kramer, in: MünchKomm., § 119 Rdn 72 ff. m.w.N. 24 S. Fn 22.

25 Zum Parallelproblem der – mittelbaren – Haftungsfreizeichnung vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 14 m.w.N.

26 Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 108.

„Bietererklärungen“ vorgesehen. Sinn und Zweck dieser „Bietererklärungen“ ist es, den jeweiligen „Bieter“ – durch Unterschriftsleistung – zu verpflichten, im Zusammenhang mit der Ausschreibung keine kartellrechtswidrigen Handlungen vorgenommen zu haben – mit der Konsequenz, daß für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe fälliggestellt wird, die maximal 3% der Angebotssumme des jeweiligen „Bieters“ ausmacht.

Wie Sie sicherlich wissen, hat das LG Frankfurt/M. – 2/13 O 110/84 – die vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V. und dem Verband der Bauindustrie Hessen e.V. / J. die Deutsche Bundesbahn angestrebte Kontrollklage gemäß §§ 13 ff. AGB-Gesetz abgewiesen. Da es sich um ein schwebendes Verfahren handelt, soll das Für und Wider gegen dieses Urteil nicht weiter vertieft werden. Aber festgehalten werden muß:

Die Vertragsstrafesanktion betrifft in dieser „Bietererklärung“ nicht nur „Preisabreden“ im Sinn von § 1 GWB, sondern auch – aufgrund einer typischen Fiktionsklausel – „Verhandlungen, Verabredungen oder Empfehlungen“. Damit erweitert die „Bietererklärung“ die Verhaltenspflichten der jeweiligen „Bieter“/Auftragnehmer auf Handlungen, die zugunsten der Deutschen Bundesbahn als AGB-Verwenderin engere Schranken errichten als das GWB zum Schutz der Wettbewerbsfreiheit vorsieht. „Verhandlungen“ zwischen mehreren „Bietern“, z.B. über die „Abgabe oder Nichtabgabe von Angeboten“ sind jedoch im Sinn von § 1 GWB solange irrelevant, als es sich lediglich um entsprechende *Bemühungen* verschiedener „Bieter“ handelt, einen Kartellvertrag im Sinn von § 1 GWB abzuschließen. Unter Berücksichtigung des Zwecks des GWB, wie er in § 1 GWB seinen inhaltlichen Niederschlag gefunden hat, kommt es nämlich entscheidend und ausschließlich auf den *Vollzug* des abgeschlossenen Kartellvertrages an²⁷. Solange aber lediglich „Verhandlungen“ zwischen verschiedenen „Bietern“ geführt werden, fehlt es bereits im Sinn von § 1 GWB an der erforderlichen Willenseinigung, weil ja „Verhandlungen“ im Sinn dieser „Bietererklärung“ lediglich eine Tätigkeit, nicht aber – wie z.B. bei einer „Preisabrede“ – ein bereits erzielt konkretisiertes Ergebnis²⁸ einschließen.

In diesem Zusammenhang ist – bezogen auf das Tatbestandselement der „Verhandlungen“ – insbesondere auch zu berücksichtigen, daß die Bildung von ARGE's in der Bauindustrie üblich und schon deswegen unerlässlich ist, um die erheblichen Volumina zu bewältigen; „Verhandlungen“ sind deshalb – etwa als „Verhandlungen“ über die „zu fordernden Preise“ – integraler Bestandteil der Bildung einer ARGE, also: ein von der Rechtsordnung gebilligtes, aber von der „Bietererklärung“ pönalisiertes Verhalten.

Auch wenn ich im Rahmen dieses Verfahrens – zugegebenermaßen – Partei und damit auch parteiisch bin, so meine ich doch: Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung der „Bieter“/Auftragnehmer im Sinn von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, die die Unwirksamkeit – jedenfalls – dieses Teils der „Bietererklärung“ zur Folge hat. Mehr noch: Die Strafsanktion in Höhe von 3% der jeweiligen „Angebotssumme“ bezieht sich auf schlechthin jeden „Bieter“ sie richtet sich ja gegen alle „Bieter“, die gegen den Wortlaut der „Bietererklärung“ verstoßen haben. Damit aber steht fest, daß die Strafsanktion in ihrer Höhe nur durch die – mehr oder weniger zufällige – Begrenzung der Zahl der „Bieter“ beschränkt ist. Die Strafsanktion in Höhe von 3% der jeweiligen „Angebotssumme“ verschafft also der Deutschen Bundesbahn eine geldwerte Leistung, die nicht durch die „Bifunktionalität“ der gesetzlichen Vertragsstrafe gemäß §§ 339 ff. BGB gedeckt ist^{28a}. Sicherlich, eine Vertragsstrafe im Sinn der §§ 339 ff. BGB ist ein Zwangsmittel gegenüber dem Schuldner; sie dient anerkanntermaßen dem Zweck, den Schuldner zu einer vertragsgemäßen Erfüllung seiner Leistungspflichten anzuhalten²⁹. Darüber hinaus aber – und darin erweist sich die „Bifunktionalität“ der Vertragsstrafe im Sinn der §§ 339 ff. BGB³⁰ – erspart sie dem Gläubiger im Fall einer vom Schuldner zu vertretenden Leistungsstörung den Nachweis eines entstandenen Schadens³¹. Diese Erkenntnis stand Pate, als der BGH³² eine übermäßige Vertragsstrafebestimmung in AGB deswegen verwarf, weil sie dem AGB-Verwender eine „vom Sachinteresse des Auftraggebers losgelöste Geldforderung“ verschaffte³³. Auch fällt ins Gewicht, daß Vertragsstra-

feregelungen aufgrund der neuesten BGH-Judikatur nur dann mit § 9 AGB-Gesetz im Einklang stehen, wenn sie so ausgeprägt sind, daß sie alle Umstände des jeweiligen Einzelfalls respektieren³⁴, was notwendigerweise eine summenmäßige Begrenzung einschließt³⁵. Gewiß, man wird der öffentlichen Hand – insbesondere auch der Deutschen Bundesbahn – nicht das Recht streitig machen dürfen, in einer „Bietererklärung“ den Bereich ihres Interesses durch eine angemessene, begrenzte Vertragsstrafeabgrenzung abzusichern, die sich – im Fall eines schuldhaften Verstoßes – mit den Schadensersatzansprüchen gemäß § 35 GWB deckt.

Indessen ist es gerade die Funktion von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz sicherzustellen, daß solche Abweichungen vom dispositiven Recht ausgeschaltet werden, die einseitig die Interessen des AGB-Verwenders in den Vordergrund rücken und dadurch eine unangemessene Benachteiligung des AGB-Kunden erreichen³⁶.

II. Die VOB/B als AGB gemäß § 1 AGB-Gesetz

1. Das Kriterium der „Vielzahl“ in § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz
Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz ist immer dann von AGB-Klauseln zu sprechen, wenn es sich um Vertragsbedingungen handelt, die für eine „Vielzahl von Verträgen“ vorformuliert worden sind. Zugegeben, dieses Kriterium ist bei Verwendung der Bestimmungen der VOB/B stets erfüllt; indessen ist es von Belang, soweit für Bauverträge Zusätzliche Vertragsbedingungen oder Besondere Vertragsbedingungen verwendet werden.

Es ist in diesem Zusammenhang von weitreichender Bedeutung, daß der BGH in seiner Entscheidung vom 11.10.1984³⁷ festgestellt hat:

„Der Wertung der streiterheblichen Vertragsklausel (hier: einer Hinterlegungsklausel) als AGB steht nicht entgegen, daß der Vertragsentwurf jeweils nur für einen der Veräußerer verwendet und dessen Vertragspartner gestellt worden ist. Es genügt, daß die gleichen Bedingungen für mehrere gleichartige Verträge vorformuliert worden sind und jeder der Veräußerer sich den Entwurf als Bestandteil seines Angebots zu eigen macht“³⁸.

Und dann heißt es weiter:

„Hier hat die Familie der Beklagten wie ein Bauträger das gemeinschaftliche Grundstück parzelliert, bebauen, darüber sogar einen Prospekt anfertigen und dann durch ihren Bruder mindestens drei der vier Reihenhäuser namens und für Rechnung des jeweils berechtigten Familienmitglieds veräußern lassen. Insofern müssen alle drei Veräußerer als Verwender von für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen gelten“³⁹.

Damit hat sich eine in der Literatur⁴⁰ heftig umstrittene Kontroverse, wieviele Anwendungsfälle für das Kriterium der „Vielzahl“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz erforderlich sind, erledigt. Offen bleibt, ob damit auch die – weitere – Streitfrage ihr Ende gefunden hat, ob nämlich das „Vorformulieren“ gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz voraussetzt, daß diese Vertragsbedingungen tatsächlich in einer „Vielzahl“ von Verträgen Verwendung gefunden haben⁴¹, oder ob es ausreichend, aber auch erforderlich ist, daß der AGB-Verwender die *Absicht* ver-

27 Statt aller Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB, § 35 Rdn 6 vgl. auch Immenga/Mestmäcker, § 1 Rdn 113.

28 Statt aller Müller/Gießler/Scholz, § 1 Rdn 115 m.w.N.

28a BGH, NJW 1976 S. 1886, 1887; BGH, NJW 1977 S. 624, 626; BGH, ZIP 1981 S. 628, 629; BGH, ZIP 1983 S. 76, 79.

29 BGH, ZIP 1983 S. 76, 79 = ZfBR 1983 S. 78, 80.

30 BGH, aaO.

31 BGHZ 63 S. 256, 259 f.; BGHZ 72 S. 222, 228; BGH, ZfBR 1983 S. 78, 80.

32 BGH, aaO.

33 BGH, ZfBR 1983 S. 78, 80.

34 BGH, ZIP 1981 S. 628; BGH, ZfBR 1983 S. 78.

35 Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 6 Rdn 36.

36 Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 66 ff. m.w.N.

37 BGH, ZfBR 1985 S. 40.

38 S. 41.

39 S. 42.

40 Zum Meinungsspektrum vgl. Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 13.

41 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 1 Rdn 8.

folgt, die vorformulierten Vertragsbedingungen für eine "Vielzahl" von Verträgen zu verwenden⁴². Auf Basis der BGH-Entscheidung vom 11.10.1984⁴³ spricht einiges dafür, daß insoweit lediglich die objektiven Kriterien erfüllt sein müssen, die ein Vorformulieren von Vertragsbedingungen für eine "Vielzahl" ausmachen.

Die Konsequenzen, die sich daraus für die Praxis ergeben, liegen auf der Hand: Ungeachtet der Phantasie noch so tüchtiger Juristen in der Bauwirtschaft gibt es keine Vertragsbestimmung – weder in Zusätzlichen Vertragsbedingungen noch in Besonderen Vertragsbedingungen –, die nicht der Wirksamkeitskontrolle von § 9 AGB-Gesetz ausgesetzt ist – allen voran die neuralgischen Punkte eines jeden Vertrages: Haftungsbegrenzung, Haftungsfreizeichnung, Risikoabwälzung⁴⁴. Denn allein der Befund, daß die betreffende Klausel – gleichgültig, ob vom AGB-Verwender selbst entworfen oder nicht – in drei oder vier Anwendungsfällen benutzt worden ist, führt zur Wirksamkeitskontrolle, die besonders rigide unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – am Parameter des dispositiven Werkvertragsrechts ausgerichtet – vorgenommen wird.

2. Der Begriff des "Verwenders" in § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz – Vereinbarung der VOB/B

Wird die VOB/B bei einem Bauvertrag vereinbart, so stellt sich regelmäßig die Frage, welche Partei hier AGB-Verwender im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz ist. Das Gesetz geht davon aus, daß AGB-Verwender diejenige Vertragspartei ist, die die für eine "Vielzahl" vorformulierten Vertragsbedingungen der anderen Vertragspartei "bei Abschluß des Vertrages stellt". Nimmt man die Absicht des Gesetzgebers zum Nennwert, so wird mit dem Begriff des "Stellens" der Tatbestand des einseitigen Auferlegens von AGB zum Ausdruck gebracht⁴⁵. Umstritten ist allerdings, ob dieses Tatbestandselement praktisch gleichbedeutend ist mit der Veranlassung der Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag, so daß es praktisch auf die *Initiative* der einen oder anderen Partei ankommt, der es zuzuschreiben ist, daß die betreffenden AGB dem Vertrag zugrundegelegt worden sind⁴⁶. Demgegenüber wird freilich in der Literatur auch geltend gemacht, dem Begriff des "Stellens" in § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz komme keine eigenständige Bedeutung zu; vielmehr sei damit lediglich das – negative – Tatbestandsmerkmal umschrieben, das – positiv formuliert – in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz seinen Niederschlag gefunden hat, nämlich: Ein "Stellen" als Gegensatz zum "Aushandeln" vorformulierter AGB⁴⁷. In dieser Perspektive liegt dann ein "Stellen" immer dann vor, wenn die – andere – Vertragspartei "keine reale Möglichkeit zum Aushandeln"⁴⁸ hat, also die AGB nach dem Motto "take or leave it" hinnehmen mußte⁴⁹.

In der Praxis dürfte sich die hier angeschnittene Problematik – insbesondere bei Vereinbarung der Bestimmungen der VOB/B – oft als akademische Streitfrage erweisen. Denn in der Regel ist es so, daß eben eine Vertragspartei – aufgrund ihres vorgegebenen wirtschaftlichen Übergewichts, sei es real oder nur vermeintlich – den Impuls dafür gibt, daß die VOB/B in das jeweilige Vertragsverhältnis einbezogen wird⁵⁰. Unter dieser Perspektive ist dann eben diese Partei, weil sie die AGB im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz gestellt hat, AGB-Verwenderin. Dabei ist streng im Auge zu behalten, daß zum Beispiel der Notar niemals AGB-Verwender ist, wohl aber wird sein Verhalten dem AGB-Verwender zugerechnet⁵¹. Das gleiche gilt für das Tätigwerden eines Beraters, dessen Verhalten sich der AGB-Verwender ebenfalls zurechnen lassen muß⁵². Stets kommt es also darauf an, auf Umstände abzuheben, die vor oder bei Vertragsabschluß der einen oder der anderen Vertragspartei *zuzurechnen* sind, um eben diese Partei zum AGB-Verwender im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz zu machen.

Wie aber ist es, wenn die VOB/B *auf Veranlassung beider Parteien* in den Vertrag eingeführt wird⁵³? Unter dieser Voraussetzung tendiert die Literatur dazu, die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz zu verneinen⁵⁴. Vorgeschlagen wird allerdings auch, in diesen Fällen beide Vertragsparteien – gleichzeitig – als AGB-Verwender und als AGB-Kunde zu behandeln⁵⁵. Verschiedentlich wird auch empfohlen, wenigstens einzelne Vorschriften des AGB-Gesetzes analog auf das Ver-

hältnis der Vertragspartner anzuwenden⁵⁶, um auf diese Weise zu erreichen, daß eine konkrete Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln gemäß §§ 9 ff. AGB-Gesetz erfolgt.

Wenn ich die Dinge richtig sehe, ist jedoch die damit aufgeworfene Streitfrage aufgrund der BGH-Entscheidung vom 6.5.1982⁵⁷ bereits entschieden, obwohl dies in der Literatur noch nicht reflektiert wird⁵⁸: In dieser Entscheidung führt der BGH aus:

"Ein derartiger Haftungsausschluß (hier: Gewährleistungsausschluß in einem notariell beurkundeten Vertrag) kann daher nur hingenommen werden, wenn er zuvor Gegenstand ausführlicher Belehrung und besonderer Vereinbarung gewesen ist. Wer die vom Notar vorgefertigte Freizeichnungsklausel ohne diese Voraussetzung zu seinen Gunsten *ausnutzt*, muß nach Treu und Glauben wie ein Verwender dieser Klausel behandelt werden"⁵⁹.

Damit ist ein – zugegebenermaßen – neues Abgrenzungskriterium in § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz eingeführt worden: AGB-Verwender ist nämlich auch diejenige Partei, jedenfalls aber muß sie sich wie ein AGB-Verwender behandeln lassen, die eine vom dispositiven Recht abweichende AGB-Klausel zu ihren Gunsten "ausnutzt". Ein solches "Ausnutzen" ist immer dann zu bejahen, wenn sich die eine Vertragspartei auf die jeweilige Bestimmung beruft und Rechte aus der Klausel gegen die andere Partei herleitet.

Ich meine weiter, daß es unter Berücksichtigung dieser BGH-Entscheidung keinen qualitativen Unterschied machen kann, ob ein Notar – also: ein Dritter – eine bestimmte, anderweitig vorformulierte AGB-Klausel im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz in einen Vertrag eingeführt hat, dem sich dann beide Parteien im Rahmen der notariellen Beurkundung "unterworfen" haben, oder ob sich beide Parteien – von vornherein – auf ein bestimmtes Vertragsmuster – etwa auf die VOB/B – bei Abschluß des Vertrages einigen.

Daraus folgt: Auch wenn keine Partei vorformulierte Vertragsbedingungen bei Abschluß eines Vertrages "stellt", ist – gleichwohl – im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz diejenige Partei AGB-Verwenderin, die sich eine bestimmte AGB-Klausel "zunutze" macht. Eine Inhaltskontrolle im Sinn von § 9 AGB-Gesetz kommt dann zugunsten der anderen Partei in Betracht, soweit das "Ausnutzen" ein Sich-Berufen auf eine AGB-Klausel einschließt, die eine unangemessene Benachteiligung der anderen Vertragspartei im Sinn von § 9 AGB-Gesetz bewirkt.

3. Die Voraussetzungen des "Aushandelns" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz

Gerade weil der BGH⁶⁰ das Tatbestandselement der "Vielzahl" in § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz aufgrund restriktiver Interpretation objektiviert und weil des weiteren⁶¹ diejenige Partei AGB-Verwenderin ist, die sich eine vorformulierte AGB-Klausel "zunutze" macht, stellt sich mit Nachdruck die Frage: Unter welchen Tatbestandsvoraussetzungen liegt ein "Aushandeln"

42 Erman/H. Hefermehl, § 1 Rdn 8; vgl. auch Staudinger/Schlosser, § 1 Rdn 14.

43 S. Fn 37.

44 Hierzu im einzelnen Graf von Westphalen, WM 1983 S. 974 ff.

45 BT-Drucks. 7/3919 S. 15.

46 Hierzu Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 27; Staudinger/Schlosser, § 1 Rdn 19.

47 Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 24.

48 Ebenda.

49 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 6.

50 Hierzu Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 23; 25.

51 BGH, ZfBR 1985 S. 40.

52 Wolf/Horn/Lindacher, aaO.

53 Hierzu auch Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 29.

54 Locher, NJW 1977 S. 1801; Palandt/Heinrichs, § 1 Anm. 2 d; Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 26.

55 Koch/Stübing, § 1 Rdn 18.

56 So Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 30; a.M. Nicklisch/Weick, VOB Einl. Rdn 56.

57 BGH, ZfBR 1982 S. 152, 153.

58 Ablehnend freilich Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 25, vgl. aber auch Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 29 f.

59 S. 153.

60 BGH, ZfBR 1985 S. 40.

61 BGH, ZfBR 1982 S. 152.

vorformulierter AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz vor?

3.1 Die Entwicklung der BGH-Judikatur

Nach der Ausgangs-Entscheidung des BGH vom 15.12.1976⁶² ist für ein "Aushandeln" folgendes konstitutiv:

"Für das Zustandekommen einer Individualvereinbarung ist es vielmehr erforderlich, daß der Verwender von AGB oder Vertragsformularen zur **Abänderung** seiner Bedingungen bereit ist und der Geschäftspartner dies bei den Vertragsverhandlungen weiß. Dies wird insbesondere dann angenommen werden können, wenn der Verwender dem Partner seine trotz vorformulierten Klauseltextes vorhandene **Änderungsbereitschaft** hinreichend deutlich zu erkennen gegeben hat. Diese Voraussetzungen einer Individualvereinbarung müssen im Einzelfall tatrichterlich festgestellt werden, sofern sich der Verwender darauf beruft, daß der Vertrag bzw. eine einzelne Vertragsbedingung entgegen dem äußeren Anschein individuell ausgehandelt worden ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt beim Verwender"⁶³.

Demgegenüber erklärte allerdings der BGH in seiner Entscheidung vom 20.10.1976⁶⁴, daß es für die Bejahung einer individualvertraglichen Vereinbarung auf das "Ergebnis" ankommt, indem er folgendes ausführte:

"Sie (die AGB-Klauseln) können nur dann als Inhalt eines Individualvertrages angesehen werden, wenn sie das **Ergebnis** eines freien, gegenseitigen Aushandelns des Vertragsinhalts durch die Vertragspartner sind"⁶⁵.

In seinem Urteil vom 8.11.1978⁶⁶ greift der BGH die Entscheidungstendenz seines Urteils vom 15.12.1976⁶⁷ auf und erklärt:

"Es ist vielmehr die Aufgabe derjenigen Vertragspartei, die ihre AGB in die Verhandlungen eingeführt hat, für klare Verhältnisse zu sorgen und beim jeweiligen Vertragsabschluß eindeutig und unmißverständlich zu erkennen zu geben, ob und inwieweit in diesem Fall ihre vorformulierten Bedingungen durch gegenseitiges **gleichberechtigtes Verhandeln** abgeändert werden können, wenn sie sich später darauf berufen will, die Bedingungen seien entgegen dem äußeren Anschein individuell vereinbart worden".

Es ist unschwer zu erkennen: Diese Entscheidungen sind nicht ausreichend. Nach dem BGH-Urteil vom 15.12.1976⁶⁸ reicht als Mindestvoraussetzung eines "Aushandelns" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz aus, daß dem anderen Vertragspartner mit hinreichender Deutlichkeit die "**Änderungsbereitschaft**" signalisiert worden ist. Demgegenüber heißt es in der Entscheidung vom 8.11.1978⁶⁹, es sei Sache des AGB-Verwenders, "für klare Verhältnisse zu sorgen", also auch dafür, daß durch "gegenseitiges gleichberechtigtes Verhandeln" eine Abänderung der vorformulierten AGB zustande kommt.

In der nachfolgenden Entscheidung vom 5.4.1979⁷⁰ erklärt der BGH:

"Eine Vertragsbestimmung, über eine so einschneidende Rechtsfolge wie den Ausschluß jeglicher Sachmängelhaftung des Veräußerers eines neu errichteten, vom Veräußerer noch fertigzustellenden Wohnhauses bedarf der **eingehenden vorherigen Erörterung** zwischen den Vertragsparteien und sich daran anschließender eindeutiger Niederlegung im Vertrag, wenn sie als Individualabrede gelten soll"⁷¹.

Dieses Kriterium der "eingehenden vorherigen Erörterung zwischen den Vertragsparteien"⁷² konkretisiert der BGH in seiner Entscheidung vom 6.5.1982⁷³, indem er folgendes ausführt:

"Ein derartiger Haftungsausschluß (betreffend die Gewährleistung) kann daher nur hingenommen werden, wenn er zuvor Gegenstand **ausführlicher Belehrung** und **besonderer Vereinbarung** gewesen ist"⁷⁴.

In der Entscheidung vom 18.11.1982⁷⁵ erklärt der BGH – im Hinblick auf das Erfordernis des "Aushandelns" gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz –:

"Dazu wäre erforderlich gewesen, daß auch die Beklagte hinsichtlich des Vertragsinhalts **Gestaltungsfreiheit** zur Wahrung eigener berechtigter Interessen gehabt hätte, es ihr also **möglich** gewesen wäre, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen".

Negativ abgegrenzt heißt dies auf Basis der bislang letzten BGH-Entscheidung vom 11.10.1984⁷⁶:

"Es genügt auch nicht, daß – wie die Beklagte behauptet – der Vertrag vor dem Notar durchgesprochen und erläutert worden ist, der Notar über die Bedeutung der Klauseln belehrt hat und die Erwerber keinen

Widerspruch erhoben haben. Darin liegt noch kein **freies gegenseitiges Aushandeln**, wie es § 1 Abs. 2 AGBG voraussetzt".

Im Ergebnis steht also fest: Die Tendenz der BGH-Judikatur zur Interpretation des Kriteriums des "Aushandelns" in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ist zunehmend restriktiver geworden: Aus der ursprünglichen "Abänderungsbereitschaft"⁷⁷ wurde das "Ergebnis eines freien, gegenseitigen Aushandelns des Vertragsinhalts"; daraus wurde schließlich⁷⁸ das Erfordernis der "Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener berechtigter Interessen", also: Das Erfordernis einer "besonderen Vereinbarung" oder – noch deutlicher – der Nachweis der Möglichkeit "die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen"⁷⁹.

Umgekehrt formuliert: Für ein "Aushandeln" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz reicht anerkanntermaßen nicht aus, daß die andere Vertragspartei das erhaltene Formular unterzeichnet hat⁸⁰, daß es ihr lediglich vorgelesen wurde⁸¹, daß eine allgemeine Belehrung stattgefunden hat⁸², daß über die Klausel "nicht besonders gesprochen"⁸³ wurde. Auch ein notariell beurkundeter Vertrag macht insoweit keine Ausnahme, weil es eben nicht genügt, daß der Notar den Vertrag "durchgesprochen und erläutert" hat, daß er die andere Vertragspartei "über die Bedeutung der Klauseln belehrt"⁸⁴ hat, und daß die andere Vertragspartei "keinen Widerspruch erhoben"⁸⁵ hat.

3.2 Die Auffassungen in der Literatur

Man kann erst dann ermesen, welchen Weg der BGH – durchaus im Sinn einer Restriktion zu verstehen – zurückgelegt hat, wenn man die Ursprünge dieser Judikatur im Spiegelbild der Meinungen wertet, wie sie in der Literatur vertreten worden sind.

Das BGH-Urteil vom 15.12.1976⁸⁶ hat in der Literatur heftige Kritik erfahren⁸⁷, weil die bloße "Abänderungsbereitschaft" des AGB-Verwenders – ohne tatsächliche Abänderung der AGB-Klauseln – den Schutz des AGB-Kunden nicht hinreichend sichert. Ein "Aushandeln" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz wird deshalb in der Literatur überwiegend nur dann bejaht⁸⁸, wenn die andere Vertragspartei die "**reale Möglichkeit**" gehabt hat, auf die Gestaltung des Vertrages im einzelnen Einfluß zu nehmen. Garrn⁸⁹ versteht unter dieser "realen Möglichkeit" neben der "Abänderungsbereitschaft" des AGB-Verwenders, die dem AGB-Kunden mit hinreichender Deutlichkeit vor Augen geführt sein muß, auch die "Abänderungsfähigkeit" des AGB-Kunden, weil nur dann – im Sinn einer gleichberechtigten Vertragsgestaltungsfreiheit – eine Patt-Situation gegeben ist.

62 BGH, DB 1977 S. 488.

63 S. 489 – Unterstreichungen hinzugefügt.

64 BGH, DB 1977 S. 158.

65 Ebenda.

66 BGH, DB 1979 S. 159.

67 S. Fn 62.

68 Ebenda.

69 S. Fn 66.

70 BGH, NJW 1979 S. 1406.

71 S. 1407.

72 Ebenda.

73 BGH, ZfBR 1982 S. 152.

74 S. 153.

75 BGH, ZfBR 1983 S. 78, 79.

76 BGH, ZfBR 1985 S. 40, 41.

77 S. Fn 62.

78 S. Fn 66.

79 Ebenda.

80 Vgl. BGH, ZfBR 1982 S. 152.

81 BGH, ZfBR 1985 S. 40, 41.

82 BGH, ZfBR 1982 S. 152, 153.

83 BGH, ZfBR 1985 S. 40, 41.

84 BGH, ZfBR 1985 S. 40, 41.

85 Ebenda.

86 S. Fn 62.

87 Trinkner, BB 1977 S. 717; Löwe, NJW 1977 S. 1328; Graf von Westphalen, DB 1981 S. 61, 67.

88 Hierzu Kötz, in: MünchKomm., § 1 Rdn 19; Wolf, NJW 1977 S. 1939, 1940; Heinrichs, NJW 1977 S. 1505, 1508; Jaeger, NJW 1979 S. 1569, 1573 ff.; Erman/H. Hefermehl, § 1 Rdn 18.

89 JZ 1978 S. 302 ff.

Denn die "Abänderungsfähigkeit" auf Seiten des AGB-Kunden erfordert, daß nicht nur seine "intellektuelle Abänderungsfähigkeit" zu bejahen ist, sondern auch die "tatsächliche Fähigkeit zur Abänderung" einer vorformulierten AGB-Klausel. So gesehen ist das entscheidende Kriterium die "Abänderungsfähigkeit im Sinn der Fähigkeit zu sinnvollem Verhandeln", wie Wolf⁹⁰ erklärt. Dabei sind naturgemäß die gesamten Umstände zu berücksichtigen, wie zum Beispiel die Tatsache, ob der AGB-Verwender ein marktstarkes Unternehmen, der AGB-Kunde aber ein abhängiger Zulieferant ist, um nur ein Beispiel zu wählen.

Damit kommt notwendigerweise ein beträchtliches Maß an *Unwägbarkeiten* ins Spiel: Überspitzt formuliert, aber keineswegs in der Sache unzutreffend, läßt sich nämlich sagen: "Da das "Aushandeln" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz von der "realen Möglichkeit"⁹¹ abhängt, ob also eine "aktive Einflunnahme des Partners auf den Inhalt der Vertragsbedingungen"⁹² stattgefunden hat, wird praktisch das Kriterium der "wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit" als Wesensmerkmal der Individualvereinbarung begründet⁹³. Denn ob ein Vertragspartner wirklich – unter Berücksichtigung aller Umstände – diese "reale Möglichkeit"⁹⁴ zur Abänderung eines Vertrages hatte und diese "reale Möglichkeit" auch nutzen wollte und konnte, beurteilt sich für ein kleines mittelständisches Unternehmen gänzlich anders als für einen Großkonzern und wiederum anders für einen Einzelkaufmann.

Es kommt ja noch ein weiteres hinzu: Verzichtet der AGB-Kunde auf die tatsächliche Abänderung der vorformulierten AGB-Klauseln, so genießt er den vollen Schutz der §§ 9 ff. AGB-Gesetz; begibt er sich hingegen in das Stadium des "Aushandelns", so reduziert sich dieser Schutz auf den Kernbestand der §§ 134, 138, 242 BGB. Deshalb stellt sich die Frage, ob es nicht ein wesentliches Merkmal des "Aushandelns" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ist, daß dem AGB-Kunden aufgrund seiner wirtschaftlichen und intellektuellen Einsichtsfähigkeit eben auch noch dieses Faktum bekannt ist: Ein wie auch immer geartetes "Aushandeln" verkürzt den ihm zustehenden Rechtsschutz, soweit der AGB-Kunde davon Gebrauch macht. Noch krasser formuliert: Rechtsgeschäftliche Verantwortungslosigkeit wird prämiert – sie ist es letztlich, die den Schutz des AGB-Gesetzes garantiert.

3.3 Das Ausmaß des "Aushandelns" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz

Anerkanntermaßen müssen die Voraussetzungen des "Aushandelns" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz für *jeden einzelnen Punkt* und für jede einzelne Klausel festgestellt werden⁹⁵. Dies folgt zwingend aus der Verwendung des Wortes "soweit". Diesen Tatbestand umschreibt der BGH in seiner Entscheidung vom 11.10.1984⁹⁶ wie folgt:

"Dieses Klauselwerk ist als Ganzes unstreitig nicht im einzelnen zwischen den Parteien vor dem Beurkundungstermin ausgehandelt worden (§ 1 Abs. 2 AGBG). Es ist vielmehr lediglich vom Vertreter der Beklagten oder auf dessen Veranlassung vom Notar den Erwerbervorher zugeleitet und von ihnen insgesamt hingenommen worden. Verhandelt haben sie mit ihm über Baubeschreibungen, Sonderwünsche, Bezugsstermine und Finanzierungen. Dazu sind auf ihren Wunsch einige zusätzliche Bestimmungen in den Entwurf aufgenommen worden. Die vorformulierten Bedingungen des Angebots, insbesondere die Klausel zum Recht des Veräußerers, die Hinterlegung des vierten und fünften Teilbetrages vor Übergabe des Hauses zu verlangen, sind davon aber unberührt geblieben. **Insoweit** (vgl. § 1 Abs. 2 AGBG) spricht nichts für eine Individualvereinbarung: Zugeständnisse des Verwenders in Punkten, die nicht Gegenstand der AGB sind, – etwa im Preis oder im Fertigstellungstermin – begründen nicht die Annahme, der Verwender sei ohne weiteres auch bereit, von seinen sonstigen Bedingungen abzulassen"⁹⁷.

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob ein "Aushandeln" in einem bestimmten Punkt nicht gewisse "Ausstrahlungswirkungen" auf andere – nicht "ausgehandelte" – AGB-Klauseln nach sich ziehen kann. Sicher ist dabei nur eins: Sind mehrere oder die Mehrzahl der Klauseln eines Klauselwerkes "ausgehandelt" und tatsächlich abgeändert, so liegt darin in der Regel ein wesentliches Indiz dafür, daß die Voraussetzungen des "Aushandelns" auch für die nicht abgeänderten Klauseln gegeben waren⁹⁸. Umstritten ist indessen, ob eine sogenannte "Ausstrahlungswirkung" einer tatsächlich "ausgehandelten",

d.h. abgeänderten AGB-Klausel im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz auch für solche vorformulierten AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz bejaht werden kann, die mit der "ausgehandelten" in einem engen, unauflösbaren Zusammenhang stehen⁹⁹. Dies wird man – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – bejahen können. Voraussetzung ist aber auch insoweit, daß dann die – nicht abgeänderte – AGB-Klausel in den "beiderseitigen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen"¹⁰⁰ worden ist.

Von kardinaler Wichtigkeit ist schließlich: Ein "Aushandeln" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz muß für *jeden einzelnen Vertragsabschluß* gesondert vorgenommen werden¹⁰¹. Es reicht anerkanntermaßen nicht aus, daß vorformulierte AGB-Klauseln im Sinn von § 1 Abs. 1 AGB-Gesetz bei einem Vertragsabschluß "ausgehandelt" werden, sofern diese dann bei einem nachfolgenden Vertragsabschluß einfach in Bezug genommen werden¹⁰². Offen ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob bei einem Rahmenvertrag etwas anderes gilt, was wohl zu bejahen ist¹⁰³. Denn der Rahmenvertrag leitet seine Funktion davon ab, die Geschäftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien für eine gewisse Dauer zu regeln, so daß ein einmal erfolgtes "Aushandeln" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz für die Dauer der weiteren Existenz des Rahmenvertrages verbindlich bleibt.

3.4 Die Darlegungs- und Beweislast

Damit ist auch schon vorgezeichnet, wie die Darlegungs- und Beweislast im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz verteilt ist: Beruft sich der AGB-Verwender darauf, daß von ihm oder von einem Dritten vorformulierte Klauseln der Inhaltskontrolle der §§ 9 ff. AGB-Gesetz entzogen sind, so muß er die für ihn günstige Rechtsfolge im einzelnen darlegen und nachweisen¹⁰⁴. Es ist also an ihm, die Tatbestandsvoraussetzungen eines "Aushandelns" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz zu beweisen. Uneingeschränkt gilt dies für einen notariell beurkundeten Vertrag¹⁰⁵. Dabei gelten für die Praxis folgende Beweisregeln: Ist eine im Sinn von § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz vorformulierte Klausel tatsächlich abgeändert worden, so spricht der erste Anschein dafür, daß dies auf einem "Aushandeln" im Sinn von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz beruht¹⁰⁶. Sind allerdings die vorformulierten AGB-Klauseln – unverändert – übernommen worden¹⁰⁷, so wird man darin nur dann ein "Aushandeln" sehen, wenn man auf Basis der BGH-Entscheidung vom 15.12.1976¹⁰⁸ die einfache "Abänderungsbereitschaft" des AGB-Verwenders, die dem AGB-Kunden mit hinreichender Deutlichkeit signalisiert worden ist, ausreichend sein läßt – ein Gesichtspunkt, der nach meiner Einschätzung der Tendenz der BGH-Judikatur¹⁰⁹ inzwischen, wenn auch nicht offiziell aufgegeben¹¹⁰, so doch in der Sache überholt ist. Denn es ist kaum erkennbar, was unverändert gebliebene, vorformulierte AGB-Klauseln Ausdruck der "realen Möglichkeit" des AGB-Kunden waren, von einer Vertragsgestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner eigenen berechtigten Belange¹¹¹ Gebrauch zu machen.

90 Wolf, aaO: vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 32.

91 S. Fn 91.

92 Kötz, aaO.

93 Vgl. auch Bunte, ZIP 1985 S. 1168; im einzelnen Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich 1970.

94 S. Fn 88.

95 Hierzu Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 34.

96 BGH, ZfBR 1985 S. 40.

97 S. 41.

98 Wolf/Horn/Lindacher, § 1 Rdn 34.

99 Dietlein/Rebmann, § 1 Rdn 10; Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 55.

100 Ulmer/Brandner/Hensen, aaO.

101 BGH, NJW 1979 S. 367, 369.

102 Ebenda.

103 Ebenda.

104 Hierzu im einzelnen auch BGH, ZfBR 1985 S. 40, 42.

105 BGH, ZfBR 1982 S. 152 m.w.N.

106 Hierzu auch Ulmer/Brandner/Hensen, § 1 Rdn 63.

107 S. Fn 62.

108 Ebenda.

109 S. Fn 62 ff.

110 Vgl. auch BGH, ZfBR S. 40, 41.

111 S. Fn 75.

3.5 Praktische Konsequenzen

Die praktischen Konsequenzen der *restriktiven Interpretation* des Begriffs "Aushandeln" in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz liegen auf der Hand: Bei Bauverträgen sind Individualvereinbarungen nur noch in engen Grenzen denkbar. Insbesondere gilt dies bei Subunternehmerverträgen, in denen erfahrungsgemäß der Generalunternehmer Wert darauf legt, die mit den Kunden im einzelnen vereinbarten Bedingungen auf die Subunternehmer "abzuwälzen"¹¹². Denn trotz Verhandlungen und trotz Unterzeichnung eines Vergabeprotokolls sind damit die Vertragsbedingungen keineswegs gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz "ausgehandelt". Mehr noch: Die äußerst extensive Interpretation des Verwenderbegriffs in § 1 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz bewirkt, daß auch alle die Vertragsbedingungen, auf die sich beide Parteien bei Abschluß eines Vertrages – gemeinsam – verständigt haben, der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 9 ff. AGB-Gesetz unterworfen werden können. Und bei der VOB/B gilt dies auf Basis der BGH-Entscheidung vom 16.12.1982¹¹³ jedenfalls dann, wenn die VOB/B nicht "als Ganzes" dem Vertrag zugrunde gelegt worden ist, sondern wenn Änderungen, z.B. durch *Zusätzliche Vertragsbedingungen* oder *Besondere Vertragsbedingungen* vorgenommen werden, die die ansonsten gegebene "Ausgewogenheit" der Bestimmungen der VOB/B Einschränkungen unterziehen, die nach der Formel des BGH¹¹⁴ "ins Gewicht" fallen, ein Punkt, der uns weiter noch ausgiebig beschäftigen wird.

4. Die Einbeziehung der VOB/B in den Einzelvertrag

4.1 Im kaufmännischen Bereich

Hier ist soviel klar: § 24 AGB-Gesetz stellt klar, daß die strengen Einbeziehungsvoraussetzungen von § 2 AGB-Gesetz im kaufmännischen Verkehr nicht gelten. Daraus darf freilich nicht der Schluß abgeleitet werden, als käme es im kaufmännischen Bereich nicht entscheidend darauf an, daß die *rechtsgeschäftlichen Einbeziehungsvoraussetzungen* erfüllt werden¹¹⁵. Zwar ist soviel richtig, daß die ältere BGH-Judikatur in bezug auf die Einbeziehung von AGB-Klauseln mit der Formel des "Kennen-Müssens"¹¹⁶ gearbeitet hat. Doch hat sich hier der Trend aufgrund der in der Literatur vertretenen Auffassungen¹¹⁷ wesentlich geändert: Übereinstimmend wird nunmehr die Auffassung vertreten¹¹⁸, daß die Einbeziehung von AGB-Klauseln in einen Individualvertrag auch im kaufmännischen Verkehr nur unter Berücksichtigung der §§ 145 ff. BGB erfolgen könne¹¹⁹, nicht mehr aber auf Basis der Formel des "Kennen-Müssens" der einzubeziehenden AGB. Deshalb kann auch im kaufmännischen Verkehr nicht darauf verzichtet werden, daß der AGB-Verwender auf die einzubeziehenden AGB "ausdrücklich" hinweist¹²⁰; der Kenntnisverschaffungsobliegenheit gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz ist er freilich entbunden¹²¹. Fehlt es an einem solchen "ausdrücklichen" Hinweis, so ist – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – die Frage zu prüfen, ob jedenfalls eine *stillschweigende Einbeziehung* vorliegt¹²². Dies entspricht auch der Sentenz des BGH-Urteils vom 16.12.1982¹²³, wo es heißt:

"Gegenüber einem im Baugewerbe tätigen Vertragspartner reicht daher der Hinweis auf die Geltung der VOB/B aus, um sie in den Vertrag einzubeziehen"¹²⁴.

Ob man allerdings auch dann zum gleichen Resultat kommt, wenn es an einem derartigen "ausdrücklichen" Hinweis auf die Geltung der VOB/B fehlt, erscheint fraglich. Sicherlich, die Judikatur akzeptiert eine – *stillschweigende* – Einbeziehung von AGB-Klauseln vor allem im INTER-BANKEN-VERKEHR¹²⁵ sowie beim Abschluß von Speditionsverträgen¹²⁶. Dies wird damit begründet, daß die Geltung bestimmter AGB in der Branche allgemein akzeptiert ist¹²⁷. Dies aber trifft für die VOB/B anerkanntermaßen¹²⁸ nicht zu. Daraus wird man den Schluß ableiten müssen, daß die Einbeziehung der VOB/B in einen Bauvertrag – mangels eines "ausdrücklichen" Hinweises – scheidet.

Genügt allerdings der AGB-Verwender seiner – rechtsgeschäftlichen – Hinweispflicht auf die Geltung der VOB/B, so besteht im kaufmännischen Verkehr – im Gegensatz zum nicht-kaufmännischen Bereich – keine Kenntnisverschaffungspflicht des AGB-Verwenders, sondern eine Erkundigungspflicht des AGB-Kunden¹²⁹.

4.2 Im nicht-kaufmännischen Bereich

Gegenüber dem privaten Bauherrn ist allerdings der AGB-Verwender gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 1 AGB-Gesetz zunächst verpflichtet, auf die Geltung der VOB/B "ausdrücklich" hinzuweisen. Ob der AGB-Verwender diese Verpflichtung dadurch erfüllt, daß er das Kürzel "VOB" verwendet¹³⁰, erscheint fraglich, weil ja Sinn und Zweck von § 2 Abs. 1 Ziff. 1 AGB-Gesetz darin besteht, die Einbeziehung von AGB-Klauseln in den jeweiligen Einzelvertrag auf Basis der tradierten Rechtsgelehrtenlehre abzuwickeln¹³¹. Dies schließt zwingend ein, daß der AGB-Verwender verpflichtet ist, einen solchen Hinweis zu benutzen, aus dem sich für den "rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden"¹³² ohne weiteres der Schluß ableitet, daß es sich hierbei um *Vertragsbedingungen* handelt. Deshalb ist nicht auf die "VOB", sondern auf die "Verdingungsordnung für Bauleistungen – Teil B" im Sinn von § 2 Abs. 1 Ziff. 1 AGB-Gesetz hinzuweisen¹³³.

Der schlechthin "neuralgische" Punkt betrifft die kontroverse Frage, ob der AGB-Verwender bei Vereinbarung der VOB/B gegenüber einem privaten Bauherrn verpflichtet ist, diesem im Sinn von § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme zu verschaffen. Überwiegend¹³⁴ wird die Auffassung vertreten, es reiche aus, wenn der AGB-Verwender seinen Vertragspartner im Sinn von § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz darauf verweist, daß die VOB/B zum Beispiel im Buchhandel erhältlich oder bei der Handwerkskammer einzusehen ist. Diese Ansicht wird teilweise damit begründet, § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz dürfe nicht zu formalistisch interpretiert werden¹³⁵; teilweise wird auch behauptet¹³⁶, es sei dem AGB-Verwender nicht zumutbar, dem AGB-Kunden bei Abschluß des Vertrages vom Inhalt der VOB/B – ohne besonderes Verlangen – Kenntnis zu geben, indem zum Beispiel der Text der VOB/B schon bei Abgabe des Angebots dem Kunden übersandt wird. Dieser Ansicht ist zu widersprechen: Ansatzpunkt für die zutreffende Wertung von § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz ist die dem AGB-Verwender obliegende *Kenntnisverschaffungspflicht*¹³⁷; sie steht quer zu einer den AGB-Kunden treffenden *Erkundigungspflicht*¹³⁸. Deshalb ist es unerlässlich, daß der AGB-Verwender – bei Abschluß des Vertrages – dem Kunden den Text der VOB/B zur Kenntnis bringt. Dies wird ganz allgemein in der AGB-Literatur¹³⁹ gefordert; und es ist nicht zu sehen, daß dies den AGB-Verwender – bei Vereinbarung der VOB/B – in unzumutbarer Weise belastet, weil der Text der

112 Hierzu im einzelnen Locher, NJW 1979 S. 2235 ff.; vgl. auch Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rdn 269; Rdn 112 ff.

113 BGH, ZfBR 1983 S. 85 ff.; kritisch Peters, NJW 1983 S. 798 ff.

114 S. 87.

115 Hierzu im einzelnen Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 60 ff. m.w.N.

116 Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rdn 80 m.w.N.

117 BGH, NJW 1978 S. 2243, 2244; BGH, BB 1976 S. 1289; Staudinger/Schlosser, § 2 Rdn 39; Kötz, in: MünchKomm., § 2 Rdn 22.

118 Hierzu auch Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 61.

119 Erman/H. Hefermehl, § 2 Rdn 34.

120 Erman/H. Hefermehl, § 2 Rdn 33.

121 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 68.

122 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 61.

123 BGH, ZfBR 1983 S. 85, 86.

124 Ebenda.

125 BGH, NJW 1972 S. 1200, BGH, WM 1973 S. 635, 636.

126 BGH, WM 1974 S. 1118; BGH, WM 1975 S. 1163, 1165.

127 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 63 f.

128 Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 65.

129 Hierzu auch OLG Hamburg, DB 1982 S. 470.

130 Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdn 902.

131 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 4 f.

132 BGH, ZIP 1981 S. 285, 286.

133 S. Fn 130.

134 Koch/Stübing, § 2 Rdn 31; Locher, BauR 1977 S. 221, 222; derselbe, NJW 1977 S. 1801, 1902; Heiermann, DB 1977 S. 1733, 1736; a.M. Recken, BauR 1978 S. 417, 419; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rdn 47.

135 Locher, aaO.

136 Heiermann, aaO.

137 Hierzu auch Recken, aaO; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rdn 47 ff. m.w.N.

138 Bartsch, BB 1982 S. 1699 m.w.N.

139 Wolf/Horn/Lindacher, § 2 Rdn 25; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 2 Rdn 14; Oalandt/Heinrichs, § 2 Anm. 3 a.

VOB/B keineswegs wesentlich umfänglicher ist als zum Beispiel die AGB der Privatbanken.

Deshalb genügt der AGB-Verwender seiner Kenntnisverschaffungspflicht im Sinn von § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz nur dann, wenn er bei Abschluß seines *schriftlichen Vertrages* dem AGB-Kunden die VOB/B übersendet und sie ihm auf diese Weise zur Kenntnis bringt. Etwas anderes gilt freilich dann, wenn beide Vertragsparteien sich auf die Geltung der VOB/B – bei Abschluß des Vertrages – verständigt haben, wenn also die Einbeziehung der VOB/B auf den Wunsch beider Vertragsparteien zurückzuführen ist¹⁴⁰. Selbstverständlich gilt auch dann etwas anderes, wenn der private Bauherr – aufgrund eines vorangegangenen Vertragsabschlusses mit dem gleichen AGB-Verwender – bereits Kenntnis vom Inhalt der VOB/B hat¹⁴¹. Denn in all diesen Fällen wird die strikte Erfüllung der Kenntnisverschaffungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz zur leeren Förmel. Ob dies auch dann gilt, wenn der private Bauherr durch einen *Architekten* vertreten wird, bei dem die Kenntnis der VOB/B – jedenfalls in Grundzügen – vorausgesetzt werden kann¹⁴², erscheint fraglich¹⁴³. Denn die rechtsgeschäftlichen Wirkungen der Einbeziehung der VOB/B treffen gemäß §§ 164 ff. BGB nicht den Architekten, sondern den privaten Bauherrn als den Vertretenen; dieser ist AGB-Kunde im Sinn von § 2 Abs. 1 Ziff. 2 AGB-Gesetz, so daß der AGB-Verwender auch verpflichtet ist, die Erfüllung seiner Obliegenheit auf die Person des Vertretenen, nicht aber auf die Person des Architekten als des Vertreters abzustellen.

5. Der Privilegierungstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz

5.1 Die Privilegierung von § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz

Ungeachtet der Tatsache, daß der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages bei Abfassung des Privilegierungstatbestandes von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz lediglich an § 12 Nr. 5 VOB/B gedacht hat¹⁴⁴, sind auch alle sonstigen Erklärungsfiktionen von der Privilegierung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz erfaßt¹⁴⁵. Dies gilt allerdings nur für Erklärungsfiktionen im Sinn von § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz, nicht aber für andere Tatbestände¹⁴⁶. Deshalb erfaßt der Privilegierungstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz zusätzlich die Bestimmungen der §§ 15 Nr. 3 Satz 5 und 16 Nr. 6 Satz 2 VOB/B¹⁴⁷. Nicht aber erfaßt werden § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B¹⁴⁸ und – insbesondere – § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B¹⁴⁹. Denn weder die eine noch die andere Bestimmung ist eine Erklärungsfiktion im Sinn von § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz¹⁵⁰.

Voraussetzung für das Eingreifen des Privilegierungstatbestandes von § 23 Abs. 2 Nr. 5 ist allerdings, daß die VOB/B „als Ganzes“ Vertragsbestandteil wird¹⁵¹. Dies schließt ein und setzt voraus, daß die VOB/B – in der Formel des BGH gesprochen¹⁵² – keine „ins Gewicht fallenden Einschränkungen“ aufweist.

5.2 Die Privilegierung von § 11 Nr. 10 f. AGB-Gesetz

Überaus *umstritten* ist die Antwort auf die Frage, ob der Privilegierungstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auch davon abhängig ist, daß die Bestimmungen der VOB/B „als Ganzes“ dem Vertrag zugrunde liegen¹⁵³. Es erscheint schwierig, in diesem Zusammenhang von einer h.M. zu sprechen¹⁵⁴, denn es sind viele Stimmen in der Literatur laut geworden¹⁵⁵, welche den Privilegierungstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auch dann zur Anwendung bringen, wenn die gesamte Gewährleistungsregel des Bauvertrages den Bestimmungen des § 13 VOB/B entspricht.

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 8.10.1981¹⁵⁶ die hiermit aufgeworfene Frage – für Bauträgerverträge – ausdrücklich offengelassen; doch haben jüngst zwei instanzgerichtliche Entscheidungen¹⁵⁷ die Anwendung von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz versagt, weil lediglich die Gewährleistung an § 13 VOB/B ausgerichtet war¹⁵⁸.

5.3 Eigene Auffassung

5.3.1 Beim Bauvertrag

In diesem Punkt habe ich meine Meinung bereits seit einiger Zeit fixiert: Der Privilegierungstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5

AGB-Gesetz greift auch dann ein, wenn in einem Bauvertrag die Gewährleistungsbestimmungen insgesamt nach § 13 VOB/B geregelt sind. Damit ist klargestellt, daß keineswegs die – isolierte – Anwendung von § 13 Nr. 4 VOB/B die Privilegierung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auslöst, sondern daß es vielmehr – ganz entscheidend – auch darauf ankommt, daß die Regelung von § 13 Nr. 5 VOB/B Gegenstand der Gewährleistungsregelung ist, also: insgesamt die Regelung von § 13 VOB/B.

Die wesentlichen Argumente sind folgende: Unabhängig davon, wie man die Gesetzesmaterialien interpretiert¹⁵⁹ – bekanntlich geschieht dies in höchst kontroverser Weise –, zielt die Privilegierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz unmittelbar auf § 11 Nr. 10 f. AGB-Gesetz. Zielpunkt dieser Privilegierung ist also die zweijährige Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B¹⁶⁰. Demgegenüber läßt sich – entgegen der Auffassung von Korbion¹⁶¹ – gerade nicht sagen, die Privilegierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz sei auch dann auf § 12 Nr. 5 VOB/B – bei isolierter Vereinbarung von § 12 VOB/B – zu erstrecken, weil dies die rechtlich zu nennende Konsequenz gebiete: Wer nämlich § 13 VOB/B als – privilegierte – Gewährleistungsbestimmung behandle – so Korbion –, müsse dies auch für § 12 VOB/B tun. Doch dabei wird außer acht gelassen, daß der Gesetzgeber erwiesenermaßen, wie bereits angedeutet, die übrigen Erklärungsfiktionen der VOB/B übersehen hat, was auf § 13 Nr. 4 VOB/B – bezogen auf die Privilegierung gegenüber § 11 Nr. 10 AGB-Gesetz – gerade nicht zutrifft. Anders gewendet: Die Privilegierung von § 12 Nr. 5 VOB/B steht als Teil für alle übrigen Erklärungsfiktionen, so daß die Nichtanwendbarkeit von § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz zwingend gebietet, daß die VOB/B als Ganzes dem Vertrag zugrunde liegt. Deshalb ist mit Recken¹⁶² festzuhalten: Eine Klausel: Gewährleistung nach „VOB/B“, (genauer: nach den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B) genießt die Privilegierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz; das gleiche gilt, wenn es heißt: „Abnahme und Gewährleistung nach VOB/B“. Unanwendbar

140 Dies ist die zwingende Konsequenz der BGH-Entscheidung vom 16.12.1982, ZfBR 1983 S. 85; hierzu im einzelnen auch Bunte, BB 1983 S. 732 ff.; vgl. auch Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rdn 723.

141 Vgl. BGH, aaO; a.M. Bunte, aaO, S. 734; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Rdn 47.

142 Hierzu Recken, BauR 1978 S. 417, 419; kritisch allerdings zum Bekanntheitsgrad der VOB/B Werner/Pastor, aaO; Ingenstau/Korbion, Einl. Rdn 23.

143 Hierzu im einzelnen auch Bunte, BB 1983 S. 732, 734 f.

144 BT-Drucks. 7/5422 S. 44.

145 Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 54; Locher, NJW 1977 S. 1801, 1802 f.; Staudinger/Schlosser, § 23 Rdn 27; Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 244.

146 Vgl. BGH, ZfBR 1983 S. 85; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 23 Abs. 2 Nr. 5 Rdn 4 f.

147 Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 54.

148 Ingenstau/Korbion, aaO.

149 Vgl. BGH, aaO; a.M. Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB/B § 16 Rdn 79.

150 Vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 263; Rdn 250.

151 Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner aaO.

152 BGH, ZfBR 1983 S. 85, 87.

153 Hierzu im einzelnen Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 60 a m.w.N.

154 Vgl. Kaiser, ZfBR 1983 S. 253, 255 f. m.w.N.; Schmidt, ZfBR 1984 S. 57 ff. m.w.N.

155 Brambring, NJW 1978 S. 777, 779 f.; Heiermann, DB 1977 S. 1733, 1737 f.; Schmidt, BauR 1981 S. 119; Recken, BauR 1978 S. 417, 418; Frikell/Glatzel/Hofmann, E 6.8 f.; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 23 Abs. 2 Nr. 5 Rdn 10 m.w.N.

156 BGH, ZfBR 1981 S. 284; vgl. auch Doerry, ZfBR 1982 S. 189, 192 f.; BGH, ZfBR 1983 S. 17, 19.

157 LG Düsseldorf, NJW 1985 S. 500; OLG Stuttgart, BauR 1985

158 Vgl. auch Bunte, in: EWIR § 23 II 5 AGBG 1/85 m.w.N.

159 Hierzu Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 60 a; Schmidt, ZfBR 1984 S. 57 ff. m.w.N.

160 Hierzu Schmidt, ZfBR 1984 S. 57; vgl. auch Usinger, NJW 1984 S. 153 ff.

161 Ingenstau/Korbion, aaO.

162 Recken, BauR 1978 S. 417, 418 f.; a.M. Doerry, ZfBR 1982 S. 189, 192.

allerdings ist § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz, wenn lediglich – isoliert – die Klausel heißt, daß “Abnahme nach VOB/B” erfolgen soll¹⁶³.

Verschiedene Autoren¹⁶⁴ stützen allerdings ihre gegenteilige Auffassung darauf, die Ausgewogenheit der VOB/B-Gesamtregelung werde dadurch beeinträchtigt, wenn sich lediglich die Privilegierung auf § 13 VOB/B erstrecke. Im Grunde genommen geht es freilich diesen Autoren darum, den “VOB-Vertrag” – in seiner Gesamtheit – als ausgewogenes Vertragswerk der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz auf dem Umweg über § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz zu entziehen¹⁶⁵. Diese Sicht aber ist unzutreffend. § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz spricht nämlich lediglich von “Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist”. Daraus folgt zwingend, daß damit keineswegs der “VOB-Vertrag” als solcher Gegenstand der Privilegierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz ist – ein Gesichtspunkt, der schon deswegen einleuchtet, weil ja die VOB/B – 1973 – neu gefaßt und an das AGB-Gesetz angeglichen wurde¹⁶⁶, der Gesetzgeber daher die VOB – 1979 – privilegiert hätte, was er ersichtlich nicht wollte.

5.3.1.1 Die BGH-Entscheidung vom 16.12.1982¹⁶⁷

Uneingeschränkt ist freilich einzuräumen: Die BGH-Entscheidung vom 16.12.1982¹⁶⁸ hat denjenigen Stimmen in der Literatur Recht gegeben¹⁶⁹, die stets auf die Ausgewogenheit der VOB/B hingewiesen haben. Denn der BGH hat kategorisch festgestellt, wird die VOB/B gemäß § 2 AGB-Gesetz Vertragsinhalt, “so hat eine isolierte Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen gemäß § 9 AGBG zu unterbleiben. Das Normgefüge ist vielmehr als Ganzes zu prüfen. Bei dieser Betrachtungsweise hält es der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand.”

Das ist sicherlich zutreffend, besagt aber nichts darüber, ob die Privilegierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz nicht auch dann zum Zuge kommen kann, wenn die Gewährleistung nach § 13 VOB/B ausgerichtet wird. Denn der entscheidende Schwachpunkt der BGH-Argumentation liegt in ihren *praktischen Auswirkungen*¹⁷⁰: Der Verzicht auf die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz kommt nur dann der einzelnen Bestimmung der VOB/B zugute, wenn die VOB/B “ohne ins Gewicht fallende Einschränkung”¹⁷¹ vom AGB-Verwender übernommen worden ist. Stets ist also zu prüfen, “ob die VOB/B im Kern Vertragsgrundlage geblieben und der von ihr verwirklichte Interessenausgleich nicht wesentlich beeinträchtigt worden ist”¹⁷².

In der Entscheidung vom 16.12.1982¹⁷³ stellte der BGH fest, daß die dort vorgenommene *vertragliche Abänderung* von § 12 VOB/B nur “unwesentlich” abweicht, weil gegenüber § 12 VOB/B die Frist für die förmliche Abnahme um 12 Tage verlängert, die fiktive Abnahme aber – entgegen § 12 Nr. 5 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B – allein an die öffentlich-rechtliche Gebrauchsabnahme anknüpfte, nicht aber an eine schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung oder an deren Ingebrauchnahme durch den Auftraggeber.

Abschließend erklärt der BGH:

“Damit halten sich BAVB im Rahmen der Abnahmeregeln des § 12 VOB/B und stellen den von der VOB/B insgesamt erzielten Interessenausgleich nicht in Frage. Sie sind daher nach § 9 AGBG nicht zu beanstanden.”

5.3.1.2 Praktische Schwierigkeiten

Die ganz entscheidende praktische Schwierigkeit besteht also darin, im einzelnen festzulegen, ob “der Verwender die VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernehmen”¹⁷⁴ hat. Aus § 10 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A folgt ja, daß Auftraggeber/AGB-Verwender, die ständig Bauleistungen vergeben, berechtigt sind, *Zusätzliche Vertragsbedingungen* dem Bauvertrag zugrundezulegen. Gemäß § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen – für die Erfordernisse des Einzelfalls – durch *Besondere Vertragsbedingungen* zu ergänzen¹⁷⁵. Bartsch¹⁷⁶ hat eindrücklich gezeigt, daß die VOB/B selbst an *zahlreichen Stellen* ausdrücklich Vorbehalte dafür geschaffen hat, solche *Zusätzlichen oder Besonderen Vertragsbedingungen* – abweichend

von den Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B – zu vereinbaren. Damit aber beginnt ein Dilemma, zumal die VOB/B in der Praxis der Bauwirtschaft fast nie uneingeschränkt “als Ganzes” vereinbart wird.

5.3.1.2.1 Das Meinungsspektrum

Korbion¹⁷⁷ ist der Auffassung, die Vereinbarung der VOB “als Ganzes” bleibe unberührt, wenn und soweit *Zusätzliche Vertragsbedingungen* eine von der VOB abweichende Regelung vorsehen, die für den AGB-Kunden nicht nachteiliger ist als nach der einschlägigen VOB/Bestimmung. Dem ist nicht zu widersprechen; allein, für die Praxis bleibt die Frage unbeantwortet, welchen Sinn dann solche *Zusätzlichen Vertragsbedingungen* noch haben, wenn sie im Grunde genommen von der entsprechenden VOB-Regelung nicht zum Nachteil des AGB-Kunden abweichen, um so das Risiko zu vermeiden, daß § 9 AGB-Gesetz eingreift¹⁷⁸. Ob dies allerdings auch – wie Korbion¹⁷⁹ meint – dann gilt, wenn *Besondere Vertragsbedingungen* vereinbart sind, erscheint fraglich. Denn unter Berücksichtigung der hier dargestellten BGH-Judikatur¹⁸⁰ ist es gewiß unzutreffend, die Vereinbarkeit derartiger *Besonderer Vertragsbedingungen* unter Hinweis auf § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz zu rechtfertigen und darin regelmäßig eine *Individualvereinbarung* zu sehen. Jedenfalls gemahnt die BGH-Entscheidung vom 11.10.1984¹⁸¹ zur äußersten Zurückhaltung. Unberührt bleiben selbstverständlich all die *Besonderen Vertragsbedingungen*, die entsprechend § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A auf die besondere “Eigenart der Leistung und ihre Ausführung” abgestellt sind, weil hier jegliche richterliche Inhaltskontrolle an § 8 AGB-Gesetz scheitern würde.

Locher¹⁸² geht von der *Gesamtregelung der VOB* aus und meint im Hinblick auf *Zusätzliche und Besondere Vertragsbedingungen*, daß diese sehr wohl in der Lage sind, die Privilegierung der VOB/B zu gefährden. Denn:

“Werden hierdurch die Allgemeinen Vertragsbedingungen in erheblichem Maße verdrängt oder abgeändert, so wird in das Vertragsgefüge der VOB und ihre Ausgewogenheit eingegriffen”¹⁸³.

Diese Auffassung deckt sich im wesentlichen mit der Meinung von Hensen¹⁸⁴ und von Nicklisch¹⁸⁵: Beide sehen die Grenze der Beeinträchtigung der VOB “als Ganzes” dort erreicht, wo die für den Gesamtinhalt der VOB/B kennzeichnende *Risikoverteilung* zum Nachteil des AGB-Kunden beeinträchtigt ist.

Bartsch¹⁸⁶ geht ebenfalls von der als gerecht empfundenen Risikoverteilung der VOB aus, will aber – als Kontrollkriterium – die “einschlägigen Bestimmungen der VOB Teil A mit in die Betrachtung der VOB als Ganzes einbezogen”¹⁸⁷ wissen. Nach

163 Vgl. hierzu Vygen, aaO Rdn 366 ff.

164 Locher, NJW 1977 S. 1801, 1802; derselbe, BauR 1983 S. 362; Nicklisch/Weick, Einl. Rdn 58; Bartsch, BB 1982 S. 1697, 1698.

165 So insbesondere auch Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 54

166 Hierzu auch Kaiser, ZfBR 1983 S. 253, 256.

167 BGH, ZfBR 1983 S. 85.

168 Ebenda.

169 Hierzu Bunte, BB 1983 S. 732 ff.; Locher, BauR 1983 S. 362; Bartsch, ZfBR 1984 S. 1 ff.

170 Hierzu vor allem Schmidt, ZfBR 1984 S. 57, 59 f.

171 S. Fn 168 S. 87.

172 Ebenda.

173 Ebenda.

174 Ebenda.

175 Hierzu im einzelnen Ingenstau/Korbion, Rdn 16 ff. m.w.N.

176 ZfBR 1984 S. 1, 4.

177 Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 59.

178 Es bleibt unklar, was mit der “einschlägigen VOB-Regelung (aaO) gemeint ist. Gilt dies – im Hinblick auf *Zusätzliche Vertragsbedingungen* –, “wenn nichts anderes vereinbart ist”, oder gilt dies lediglich in bezug auf die *Allgemeinen Vertragsbedingungen*?

179 Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 51.

180 S. Fn 62 ff.

181 S. Fn 96.

182 Locher, NJW 1977 S. 1801 f.

183 Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11, Rdn 905.

185 Nicklisch/Weick, Einl. Rdn 59.

186 Bartsch, ZfBR 1984 S. 1 ff.

187 S. 5.

ihm erstreckt sich die Privilegierung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz nicht nur auf die VOB als Ganzes, sondern auch auf die "VOB-gerechten" Zusätzlichen Vertragsbedingungen und Besonderen Vertragsbedingungen¹⁸⁸. Denn:

"Berücksichtigen die ergänzenden Vertragsbedingungen die Erfordernisse der Regelungen in der VOB Teil A und verändern in diesem Rahmen die ohne Rücksicht auf den Einzelfall generell festgelegte Risikoverteilung des Teiles B, so ist die VOB ohne ins Gewicht fallende Einschränkung übernommen und im Kern Vertragsgrundlage geblieben"¹⁸⁹.

5.3.1.2.2 Eigene Auffassung

Bei der Bewertung dieser Streitfrage muß man sich über folgenden klar sein: Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 16.12.1982¹⁹⁰ die Regelung von § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nach § 9 AGB-Gesetz gerechtfertigt, indem er eine nach § 12 Nr. 1 VOB/B mögliche *Zusätzliche Vertragsbedingung* – unter Berücksichtigung von § 12 VOB/B – der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz unterzogen hat.

Die VOB/B ist also nur dann "im Kern Vertragsgrundlage geblieben und der von ihr verwirklichte Interessenausgleich (ist) nicht wesentlich beeinträchtigt"¹⁹¹, wenn und soweit Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen "nicht wesentlich"¹⁹² von der Grundwertung der *entsprechenden* Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B abweichen. Sowohl Zusätzliche als auch Besondere Vertragsbedingungen sind jeweils ohne weiteres – ungeachtet von § 10 Nr. 2 VOB/A – geeignet, als "ins Gewicht fallende Einschränkung"¹⁹³ der Risiko- und Interessenverteilung der VOB/B qualifiziert zu werden. Damit ist sowohl für Zusätzliche als auch für Besondere Vertragsbedingungen eine *enge Grenze* ihrer Wirksamkeit im Sinn von § 9 AGB-Gesetz bezeichnet.

Jede Klausel – gleichgültig, ob streitbefangen oder nicht – ist auf ihre Übereinstimmung oder Abweichung von den entsprechenden Bestimmungen der VOB/B zu prüfen. Das ist das, was der BGH als "VOB als Ganzes" umschreibt. Ein Rückgriff auf § 10 VOB/A scheidet dabei genauso aus wie ein Rückgriff auf die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten Zusätzlicher Vertragsbedingungen, die die VOB/B bereithält. Diese sind nicht Rechtfertigung für die VOB "als Ganzes", sondern im Gegenteil Ansatzpunkt der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz. Zwangsläufig scheidet auch jegliche Kompensation einzelner AGB-Klauseln aus: Ist zum Beispiel gemäß § 12 Nr. 1 VOB/B eine Zusätzliche Vertragsbedingung vorgesehen, die – aus welchen Gründen immer – nach § 9 AGB-Gesetz unter Berücksichtigung des allgemeinen Regelungsgehalts von § 12 VOB/B zu beanstanden ist, so kann eine Kompensation durch eine kundenfreundliche Regelung im Bereich von § 13 Nr. 4 VOB/B – zum Beispiel durch eine Erstreckung der Gewährleistungsfrist im Sinn des § 638 BGB – nicht erreicht werden. Ein solches Verfahren widerspricht diametral der Privilegierung der VOB/B "als Ganzes" und den Grundsätzen von § 9 AGB-Gesetz: Nicht das von der VOB/B abweichende Vertragswerk als solches unterliegt der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz, sondern die AGB-Klauseln als solche¹⁹⁴, jede für sich.

Deshalb ist auch Bunte¹⁹⁵ zu widersprechen: In einem Individualprozeß sei der Kunde berechtigt, die Unwirksamkeit einer solchen Vertragsbestimmung gemäß § 9 AGB-Gesetz zu reklamieren, in der der AGB-Verwender vom Inhalt der entsprechenden Bestimmung der VOB/B Abstand genommen und eine Regelung vorgesehen hat, die die Geltung des *dispositiven Rechts* stipuliert. Gewiß, das dispositive Recht weicht von den Bestimmungen der VOB/B teils erheblich ab, doch kann eine richterliche Inhaltskontrolle eine solche Klausel gemäß § 8 AGB-Gesetz nie und nimmer erfassen, die dem dispositiven Recht folgt.

5.3.2 Im Bauträgervertrag

Nicht minder umstritten ist die Frage, ob der Privilegierungsstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auch – bei isolierter Anwendung von § 13 VOB/B – im *Bauträgervertrag* vereinbart werden kann¹⁹⁶. Zwangsläufig müssen alle die Autoren dies ablehnen, die die Privilegierung von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz nur dann eingreifen lassen wollen, wenn die VOB "als

Ganzes" dem Vertrag zugrunde liegt¹⁹⁷. Dies erfordert zunächst eine Antwort auf die Frage, ob der Bauträger eine *Bauleistung* gemäß § 1 VOB/A erbringt. Denn die Privilegierung von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz kann natürlich nur dann in Betracht kommen, wenn und soweit der Anwendungsbereich der VOB selbst in Rede steht. Dies wird man für die Bauleistungen des Bauträgers bejahen können¹⁹⁸, doch bedeutet dies nicht, den eng umgrenzten Privilegierungsstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auch beim Bauträgervertrag – insgesamt – zur Anwendung zu bringen. Vielmehr erscheint es interessengerecht, die Vereinbarung der VOB/B beim Bauträgervertrag – im Hinblick auf die unterschiedlichen Pflichten des Bauträgers – restriktiv zu handhaben¹⁹⁹, weil der Bauträger keineswegs nur eine "Bauleistung" erbringt, sondern auch alle sonstigen Verpflichtungen erfüllt, wie zum Beispiel die Architekten- und Ingenieurleistungen, welche der Errichtung eines Bauwerks im eigenen Namen dienen²⁰⁰. Da indessen Architektenleistungen – nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers – nicht in den Genuß der Privilegierung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz gelangen sollten²⁰¹, erscheint es geboten, auch im Rahmen eines Bauträgervertrages die Privilegierung des Bauträgers – bezogen auf die Anwendbarkeit der VOB/B – auf die Leistungen zu beschränken, welche tatsächlich "Bauleistungen" sind²⁰².

Das sich hier abzeichnende Meinungsspektrum ist breit gefächert²⁰³. Geht man davon aus, daß die Vereinbarung der Gewährleistung im Sinn von § 13 VOB/B die Privilegierung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auslöst, so liegt es nahe, auch beim Bauträgervertrag – allerdings bezogen und begrenzt auf "Bauleistungen" – in gleicher Weise zu argumentieren, zumal der Bauträger in aller Regel Verträge mit Bauunternehmern schließt, denen er die Bestimmungen der VOB/B zugrunde legt, so daß dann eine Kongruenz der Gewährleistungspflichten besteht²⁰⁴.

Doch es erscheint mir zutreffender, aus Gründen des *Kundenschutzes* bei Bauträgerverträgen davon abzusehen, den Privilegierungsstatbestand von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz auf die isolierte Anwendung von § 13 VOB/B zu beziehen²⁰⁵. Würde man nämlich dem Bauträger gestatten, seine Gewährleistungspflicht nach § 13 VOB/B gegenüber dem Erwerber auszurichten, so wären damit ohnehin nur die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers wegen etwaiger Mängel der "Bauleistungen" erfaßt, nicht aber wegen etwaiger Mängel der Architekten- und Ingenieurleistungen. Eine solche Spaltung von Gewährleistungsfristen ist aber dem Kunden – vor allem im nicht-kaufmännischen Bereich – nicht zuzumuten²⁰⁶. Der Erwerber muß in den Genuß der Frist des § 638 BGB gelangen²⁰⁷.

188 S. 6.

189 Ebenda.

190 BGH, ZfBR 1983 S. 85.

191 S. 87.

192 Ebenda.

193 Ebenda.

194 A.M. Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 54; Locher, NJW 1977 S. 1801, 1802, derselbe, BauR 1983 S. 362.

195 Bunte, BB 1983 S. 732, 735 f.

196 Zum Meinungsspektrum vgl. Kaiser, ZfBR 1984 S. 15 ff.; dagegen Schmidt, ZfBR 1984 S. 57 ff.; jeweils m.w.N.

197 Vgl. Ingenstau/Korbion, VOB/B § 10 Rdn 60 a m.w.N.

198 Löwe/ZfBR 1978 S. 49; Schippel/Brambring, DNocZ 1977 S. 197, 213; Brambring, NJW 1978 S. 777, 780; Locher, Köble, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, Rdn 341 ff.

199 Im einzelnen Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Bd. III – Bauvertrag/Bauträgervertrag Rdn 13 ff.

200 Usinger, NJW 1984 S. 153.

201 Statt aller Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, § 23 Abs. 2 Nr. 5 Rdn 12 m.w.N.

201 Vgl. auch Jagenburg/Sturmberg, BauR 1982 S. 321, 324.

202 S. Fn 199.

203 Vgl. Schmidt, BauR 1981 S. 119 ff.; Locher, BauR 1984 S. 227 ff.; Kaiser, ZfBR 1984 S. 15 ff. derselbe, ZfBR 1984 S. 205 ff.; Schmidt, ZfBR 1984 S. 57 ff.

204 Hierzu Brambring, NJW 1978 S. 777, 780.

205 Im einzelnen Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Bd. III Bauvertrag/Bauträgervertrag Rdn 14 f.

206 Ebenda.

207 Vgl. auch Kaiser, aaO.

Dies gilt uneingeschränkt. Keineswegs ist es so, daß die Bestimmungen der VOB/B – soweit diese auf den Bauträgervertrag nicht passen²⁰⁸ – durch “verwandte Formularbedingungen” ersetzt werden sollten, um so – wie zum Beispiel von Schlosser vorgeschlagen²⁰⁹ – sicherzustellen, daß auch der Bauträger/AGB-Verwender in den Genuß der Privilegierung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz gelangt. Denn eine solche Vertragsgestaltung ist wenig praktikabel und sie ist auch nicht durchschaubar.

6. Das Schicksal AGB-widriger VOB-Verträge

Die überwiegend in der Literatur vertretene Auffassung macht mit der Sanktionsfolge des § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz ernst: Weicht der AGB-Verwender von der VOB/B “als Ganzes” ab, dann sind “sämtliche Klauseln in den standardisierten Vertragsbedingungen am AGB-Gesetz zu messen”, wie Nicklisch²¹⁰ feststellt, der anfügt: “Sie unterliegen dann also auch der Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz”. Ähnlich äußert sich Hensen²¹¹; er spricht davon, daß durch eine Abweichung von den Bestimmungen der VOB/B das Risiko besteht, daß dann “sämtliche Vorteile der VOB/B” verspielt werden. Und auch Korbion/Hochstein²¹² warnen davor, nachhaltig in die Bestimmungen der VOB/B durch irgendwelche Abänderungen einzugreifen, weil dies “die volle Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes” bedingt.

6.1 Die Auffassung von Bunte und Korbion

Bunte²¹³ hat jedoch insoweit eine *Differenzierung* vorgeschlagen. Er ist der Auffassung: Hat der AGB-Verwender selbst die Ausgewogenheit der VOB/B dadurch vereitelt, “daß er teilweise für *ihn* ungünstige Regelungen ausgeschlossen hat, so können nicht die übrigen für ihn ungünstigen, für den Vertragspartner aber günstigen Regelungen durch die Inhaltskontrolle” nach § 9 AGB-Gesetz für unwirksam erklärt und durch das dispositive Recht gemäß § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz ersetzt werden. Diese Ansicht begründet Bunte mit folgendem Beispiel aufgrund einer teleologischen Reduktion von § 6 Abs. 1 AGB-Gesetz.

Schließt der Auftraggeber als AGB-Verwender die fiktive Abnahme nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B aus, so beseitigt er dadurch eine dem Auftragnehmer/AGB-Kunden in besonders hohem Maße günstige Regelung. Dies aber kann – so Bunte²¹⁴ – nicht zur Konsequenz haben, daß damit auch die Privilegierung gemäß § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz in Fortfall gerät so daß dann auch der AGB-Kunde in den Genuß der fünfjährigen Gewährleistungsfrist gemäß § 638 BGB gelangt. Deshalb formuliert Bunte den Rechtssatz:

“Der Verwender der VOB/B kann also dadurch, daß er Abweichungen vornimmt, durch die die VOB/B als Ganzes nicht mehr als gegeben anzusehen ist, nur die ihm günstigen sonstigen VOB-Regelungen der Inhaltskontrolle unterwerfen. Es sind also nicht alle, sondern nur die dem Verwender günstigen Regelungen der Inhaltskontrolle zu unterwerfen.”

Auch Korbion²¹⁵ tendiert zu diesem Ergebnis; er begründet dies unter Rückgriff auf § 242 BGB wie folgt:

“Im allgemeinen dürfte eine Abwägung nach § 242 BGB dahingehend geboten sein, ob und inwieweit sich der Auftraggeber auf Verbotsklauseln in den §§ 10 f. AGB-Gesetz berufen kann, wenn er als Verwender selbst dafür gesorgt hat, daß die Vereinbarung der VOB/B “als Ganzes” nach § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz nicht mehr gegeben ist. Wer dadurch die gerade durch Teil B der VOB gegebene bauvertragliche Ausgewogenheit zugunsten des Auftraggebers und zu Lasten des Auftragnehmers zerstört, dürfte die Folgerung angebracht sein, daß sich der Auftraggeber in einem solchen Fall nicht auf die von § 10 f. AGB-Gesetz erfaßten VOB-Regelungen berufen kann, welche ohne weiteres gültig wären, wenn er nicht selbst als Verwender von AGB für deren Ausschluß gesorgt hätte.”²¹⁶

6.2 Die eigene Auffassung

Von dem eben dargestellten dogmatischen Ansatzpunkt her meine ich, daß diese Schlußfolgerungen, wie sie Bunte²¹⁷ und Korbion²¹⁸ formuliert haben, nur im Ergebnis, nicht aber in der dogmatischen Begründung zutreffend sind. Nach meiner Einschätzung handelt es sich hier um das klassische Problem des individuellen Rechtsmißbrauchs: Der AGB-Verwender verhält sich aus Gründen, die im Individualverhältnis liegen, rechtsmißbräuchlich, wenn er sich gegenüber dem AGB-Kunden auf eine

an sich wirksame Vertragsbestimmung beruft²¹⁹. Diese Figur ist von der BGH-Judikatur²²⁰ in zahlreichen Fällen herausgebildet worden; regelmäßig handelte es sich darum, daß es dem AGB-Verwender verwehrt war, sich auf eine an sich wirksame Haftungsfreizeichnungsklausel mit Erfolg zu berufen, weil dies unter Berücksichtigung seines Individualverhaltens rechtsmißbräuchlich war.

Genau dies aber ist der Fall – freilich mit umgekehrten Vorzeichen: Hat der AGB-Verwender durch eine von ihm vorformulierte Klausel die “Gleichgewichtslage” der VOB/B gestört, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, wenn eine Einzelbestimmung des Bauvertrages, die – wie zum Beispiel die zweijährige Verjährungsfrist – § 13 Nr. 4 VOB/B entspricht, an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitert. Diese Sicht mutet fremdartig an, weil die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz den Rekurs auf § 242 BGB verdrängt. Doch ist dies deswegen unausweichlich, weil der BGH in seiner Entscheidung vom 16.12.1982²²¹ die Vereinbarung der VOB “als Ganzes” der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz entzogen hat, so daß stets nicht nur die Prüfung der streitbefangenen AGB-Klausel, sondern auch die Antwort auf die weitere Frage erforderlich ist, inwieweit der AGB-Verwender nicht solche Einschränkungen vorgenommen hat, die “ins Gewicht” fallen²²²

6.3 Kritische Einwände

Das macht kritische Einwände unausweichlich: Der BGH begründet das Nichteingreifen der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz in seiner Entscheidung vom 16.12.1982²²³ damit, daß bei der Ausarbeitung der VOB beide Marktseiten gleichermaßen beteiligt gewesen seien; die VOB/B enthalte einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts “abgestimmten, im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen”²²⁴.

Flach²²⁵ hat jedoch mit Recht darauf hingewiesen, daß es bislang in der Judikatur des BGH nicht anerkannt war, ein Klauselwerk sei schon deswegen der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz entzogen, weil beide Marktseiten an seiner Ausarbeitung beteiligt waren. Bei einem Vertragshändler-Vertrag in der KFZ-Branche hat der BGH²²⁶ kürzlich – ganz im Gegensatz zu der VOB-freundlichen Entscheidung²²⁷ – das Schwert der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz sehr rigide eingesetzt, obwohl das Vertragswerk von einer Kommission erarbeitet worden war, an der sowohl die Herstellerseite als auch die Händlerseite gleichermaßen beteiligt waren.

Des weiteren hat die BGH-Judikatur bislang überhaupt nicht gezögert, auch solche AGB-Klauseln der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz zu unterziehen, die als Konditionempfehlung im Sinn von § 38 GWB angemeldet worden waren, obwohl zwingend im Rahmen des Anmeldeverfahrens auch die andere Marktseite zu hören ist²²⁸. So gesehen erscheint

208 Staudinger/Schlosser, § 9 Rdn 111; Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 304.

209 Hosser, aaO; vgl. auch Locher/Koebke, aaO, Rdn 344.

210 Nicklisch/Weick, Einl. 58 a.

211 Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdn 904.

212 Korbion/Hochstein, Der VOB-Vertrag, Rdn 23 t.

213 Bunte, BB 1983 S. 732, 736.

214 Ebenda.

215 Ingenstau/Korbion, VOB/A § 10 Rdn 60 a.E.

216 Ebenda.

217 S. Fn 213.

218 S. Fn 215.

219 Hierzu im einzelnen Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 34 ff.

220 BGH, WM 1956 S. 563, BGH, WM 1966 S. 734; BGH, WM 1971 S. 932.

221 BGH, ZfBR 1983 S. 85.

222 S. 87.

223 BGH, ZfBR 1983 S. 85.

224 S. 86.

225 NJW 1984 S. 156 ff.

226 BGH, BB 1985 S. 218 ff.

227 S. Fn 223.

228 Hierzu Bunte, DB-Beilage Nr. 13/1982 S. 7; Kötz, in: MünchKomm. § 8 Rdn 11.

im "Sonderrecht"²²⁹ der VOB/B durchaus bedenklich, zumal zum Beispiel niemand bislang auf den Gedanken verfallen ist, die AGB der Privatbanken der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz deswegen zu entziehen, weil sie – angesichts der fehlenden Kodifizierung des Bankrechts – auf die Besonderheiten des Bankvertragsrechts abgestimmt und im einzelnen mit den Verbraucherverbänden, was vor allem auch für die Änderung per 1.1.1986 gilt, ausgehandelt worden sind.

Doch meine Bedenken reichen tiefer: Ich bin der Ansicht, daß es mit der herkömmlichen Lehre des Streitgegenstandes, wie er von § 253 ZPO umschrieben ist, schlechthin nicht zu vereinbaren ist, nicht nur auf seine Übereinstimmung mit der VOB/B. Auch der Grundsatz der Prozeßökonomie hindert das Gericht grundsätzlich daran, Rechtsfragen der Prüfung zu unterziehen, die nicht streitbefangen sind. Für das abstrakte Kontrollverfahren gemäß §§ 13 ff. AGB-Gesetz gilt dies aufgrund der *spezialgesetzlichen* Ausprägung in § 15 Abs. 2 AGB-Gesetz: Der Kläger ist danach verpflichtet, den exakten Wortlaut der angegriffenen AGB-Klausel anzugeben und das Rechtsgeschäft zu bezeichnen, für welches diese Klausel verwendet wird.

Dazu aber ist der Kläger, dem es zum Beispiel um die Vereinbarkeit von § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B mit § 9 AGB-Gesetz geht, überhaupt nicht in der Lage, wenn sich die Berechtigung der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz daraus herleitet, daß der AGB-Verwender davon Abstand genommen hat, die VOB/B "als Ganzes" zu vereinbaren. Darüber hinaus sind die Bestimmungen der §§ 19, 21 AGB-Gesetz notwendigerweise auf die *Einzelklausel*, nicht aber auf das gesamte Vertragswerk abgestimmt. Folgt man zum Beispiel aus der BGH-Entscheidung vom 16.12.1982^{229 a} – bei Verwendung einer die Ausgewogenheit der VOB/B beeinträchtigenden zusätzlichen Vertragsbedingung –, daß § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist^{229 b} so ist nicht zu sehen, wie einem AGB-Kunden die Berufung auf dieses Urteil gemäß § 21 AGB-Gesetz abgeschnitten werden kann, obwohl der AGB-Verwender in diesem Fall die VOB "als Ganzes" verwendet. Denn § 17 AGB-Gesetz bestimmt eindeutig, wie die Urteilsformel aussehen muß, die in einem abstrakten Kontrollverfahren gemäß § 13 ff. AGB-Gesetz ergeht. Mit keinem Wort ist davon die Rede, daß nicht nur die streitbefangene Klausel, sondern im übrigen auch der gesamte Vertrag der richterlichen Inhaltskontrolle zu unterziehen sei. Dies alles ist schlicht ungereimt: Es war eben gerade nicht – wie bereits betont – Absicht des Gesetzgebers, in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz die gesamte VOB/B zu "privilegieren", sondern lediglich einzelnen Bestimmungen, die in einem VOB-Vertrag als notwendig angesehen waren, aber den Verbotsnormen von § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz und § 11 Nr. 10 f. AGB-Gesetz zuwiderliegen.

Letzten Endes meine ich auch, daß die praktischen Schwierigkeiten, die die BGH-Entscheidung vom 16.12.1982²³⁰ bereitet, kaum zu überwinden sind, wenn man nicht – wie hier vorgeschlagen – äußerst restriktiv vorgeht und die vom BGH anerkannte Freistellung des VOB-Vertrages von den Unwägbarkeiten der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz nicht auf die entsprechenden Bestimmungen der VOB/B beschränkt, ohne Rückgriff auf die VOB/A und irgendwelche Kompensationsmöglichkeiten innerhalb Zusätzlicher oder Besonderer Vertragsbedingungen.

6.4 Die einzelnen Bestimmungen der VOB/B – § 9 AGB-Gesetz
Man kann die BGH-Entscheidung vom 16.12.1982²³¹ ohne weiteres dahin verstehen: Wird die VOB/B nicht "als Ganzes" dem Vertrag zugrunde gelegt, so sind auch einzelne Bestimmungen der VOB/B der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz ausgesetzt, zumal der BGH²³² ja lediglich feststellt, daß die VOB/B "im Ganzen" eine im wesentlichen ausgewogene Regelung enthält.

Daraus könnte man ableiten: Weicht der AGB-Verwender von der VOB/B "als Ganzes" ab, dann greift die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz schonungslos ein und erklärt auch Einzelbestimmungen der VOB/B als unwirksam. Dies ist unproblematisch, soweit der Bereich des Privilegierungsstatbestandes von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGB-Gesetz verlassen wird: We-

der Erklärungsfiguren noch die Verkürzung der Gewährleistungsfrist gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B sind dann zu tolerieren, sie scheitern vielmehr an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz bzw. an § 10 Nr. 5 AGB-Gesetz und § 11 Nr. 10 f. AGB-Gesetz.

Aber selbst bei einer rigiden Anwendung der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz auf die übrigen Bestimmungen der VOB/B bleibt zu berücksichtigen: Anerkanntermaßen²³³ reicht es für die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel nicht aus, wenn diese – bezogen auf die Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz – vom dispositiven Recht abweicht; erforderlich ist vielmehr eine ins Gewicht fallende unangemessene Benachteiligung des AGB-Kunden²³⁴. Daran aber fehlt es nach meiner Überzeugung, die ich hier nicht im einzelnen weiter begründen kann²³⁵, sowohl im Bereich von § 4 Nr. 7 VOB/B²³⁶ als auch bei § 4 Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 VOB/B²³⁷, § 15 Nr. 3 Satz 5 VOB/B als auch bei allen Bestimmungen von § 16 VOB/B²³⁸. Freilich ist dies nicht unumstritten²³⁹. Doch fehlt mir die Zeit, dies hier im einzelnen auseinanderzufalten; der Diskussion sollte es vorbehalten bleiben, hier das eine oder andere Erklärungsbedürftige zu sagen.

Damit erweist sich: Der eigentliche Ansatzpunkt der richterlichen Inhaltskontrolle von Bauvertragsklauseln liegt in den weiten Bereichen, in denen der AGB-Verwender Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen vorsieht das Tummelfeld unwirksamer AGB-Klauseln sind daher die zahllosen AGB-Bestimmungen, die außerhalb oder neben der VOB/B vereinbart werden. In der Praxis liegt hier eindeutig das Schwergewicht.

6.5 Teilerhaltung AGB-widriger VOB-Verträge?

Jüngst hat Lenzen²⁴⁰ die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen AGB-widrige VOB-Verträge – entgegen der Sanktionswirkung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz – aufrechterhalten werden könnten. Aus dogmatischer Perspektive ergibt sich folgendes:

Es ist allgemein anerkannt, daß eine "geltungserhaltende Reduktion" unwirksamer AGB-Klauseln nicht in Betracht kommt²⁴¹. An die Stelle der unwirksamen AGB-Klauseln tritt statt dessen das dispositive Recht²⁴².

Eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB kommt demgegenüber nur dann in Betracht, wenn und soweit es im Sinn von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz an einer entsprechenden Regelung des dispositiven Rechts fehlt²⁴³. Daraus folgt: Soweit ein Bauvertrag unwirksame AGB-Klauseln enthält, scheidet ein Rückgriff auf das Instrumentarium der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 133, 157 BGB aus, weil das Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB Regelungen des dispositiven Rechts bereithält, auf die im Sinn von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz zurückgegriffen werden kann.

Ein Rückgriff auf die Bestimmungen der VOB/B im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung ist abzulehnen²⁴⁴. Denn wenn der AGB-Verwender davon abgesehen hat, die VOB/B "als Ganzes" dem Verträge zugrunde zu legen, so kann die Sanktionswirkung für etwa unwirksame Regelungen im Rahmen der Zusätzlichen Vertragsbedingungen oder der Besonderer Vertrags-

229 Flach, NJW 1984 S. 156, 158.

229 a BGH, ZfBR 1983 S. 85.

229 b Vgl. BGH, aaO – in der Sache aber nicht entschieden.

230 Ebenda.

231 Ebenda.

232 Ebenda.

233 Statt aller Kötz, in: MünchKomm., § 9 Rdn 13 m.w.N.

234 Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdn 93 ff. m.w.N.

235 Hierzu im einzelnen Wolf/Horn/Lindacher, § 23 Rdn 249 ff. m.w.N.

236 Staudinger/Schlosser, § 9 Rdn 76.

237 Weick/Nicklisch, § 4 VOB/B Rdn 118 f.; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. zu §§ 9–11 Rdn 903; vgl. aber auch Staudinger/Schlosser, § 9 Rdn 77.

238 Vgl. Heiermann, NJW 1984 S. 2489 ff. m.w.N.

239 Kritisch Peters, NJW 1983 S. 798 ff. – gegen BGH, ZfBR 1983 S. 85.

240 Lenzen, BauR 1985 S. 261 ff.

241 BGH, ZIP 1985 S. 38.

242 Statt aller Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn 27 ff. m.w.N.

243 Hierzu Ulmer, NJW 1981 S. 2025, 2031; Kötz, in: MünchKomm., § 6 Rdn 16 ff. BGH, BB 1984 S. 486 m.w.N.

244 Vgl. aber Lenzen, aaO.

bedingungen nicht darin liegen, anstelle des dispositiven Rechts die entsprechenden Bestimmungen der VOB/B zur Anwendung zu berufen²⁴⁵. Dies wäre ein widersinniger Zirkelschluß: Der AGB-Verwender, der – unwirksame – Zusätzliche Vertragsbedingungen oder Besondere Vertragsbedingungen stipuliert hat, verdient nicht den Schutz der VOB/B. Die Existenz – unwirksamer – Zusätzlicher oder Besonderer Vertragsbedingungen belegt schlagend, daß auch der hypothetische Parteiwille des AGB-Verwenders nicht darauf gerichtet war, auf die Bestimmungen der VOB/B zu rekurrieren, sofern die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz zum Zuge gelangt. Denn damit realisiert sich in Wirklichkeit keine ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, sondern eine – verkappte – „geltungserhaltende Reduktion“ unwirksamer AGB-Klauseln zugunsten der VOB/B.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß – wie in der Bauwirtschaft üblich – die Zusätzlichen oder Besonderer Vertragsbedingungen stets *vorrangig* vor der VOB/B vereinbart werden, die „im übrigen“ gelten sollen. Denn der Wille des AGB-Verwenders geht aufgrund der Vereinbarung Zusätzlicher oder Besonderer Vertragsbedingungen gerade dahin, die entsprechende Bestimmung der VOB/B *insoweit* nicht zur Anwendung zu berufen. Sein Wille ist auf Abänderung gerichtet, nicht aber auf – salvatorische – Erhaltung der entsprechenden Bestimmung in der VOB/B, falls die Unwirksamkeitssanktion von § 9 AGB-Gesetz die vom AGB-Verwender vorformulierte Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingung erfaßt. Diese Schlußfolgerung ist das notwendige Resultat der rechtsgeschäftlichen Einbeziehung Zusätzlicher oder Besonderer Vertragsbedingungen, deren Zweck gerade darauf hinausläuft, die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen der VOB/B zu verdrängen.

Auch aus § 1 Nr. 2 VOB/B ergibt sich nichts anderes. Denn die – *vorrangige* – Geltung der Besonderen und der Zusätzlichen Vertragsbedingungen und der – *nachrangigen* – Geltung der Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B ist davon abhängig, daß „Widersprüche im Vertrag“ stehen. Demzufolge stehen auch die Kommentatoren der VOB/B übereinstimmend auf dem Standpunkt, daß § 1 Nr. 2 VOB/B lediglich und ausschließlich *wirkliche Widersprüche* erfaßt^{245a}. Dieses Verständnis aber ist nicht kongruent mit der Erkenntnis, daß die richterliche Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz dazu geführt hat, eine bestimmte Besondere oder Zusätzliche Vertragsbedingung für unwirksam zu erklären. § 1 Nr. 2 VOB/B trachtet danach, ein Auslegungsproblem zu bewältigen, das gemäß der allgemeinen Regel des § 5 AGB-Gesetz der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGB-Gesetz zwingend vorgeschaltet ist^{245a}. Es geht

deshalb nicht an, sich auf § 2 Nr. 1 VOB/B zurückzubedenken, wenn aufgrund der Verwendung Besonderer oder Zusätzlicher Vertragsbedingungen überhaupt kein Auslegungsproblem besteht, weil die Sanktionswirkung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz infolge der Unwirksamkeit einer bestimmten AGB-Klausel gemäß § 9 AGB-Gesetz eingreift.

Ein gegenteiliges Resultat kann auch nicht dadurch erreicht werden, daß im Rahmen einer „salvatorischen“ Klausel zum Beispiel bestimmt wird: „Im Falle der Unwirksamkeit einer Bestimmung dieses Vertrages wird die unwirksame Bestimmung durch die entsprechende Regelung der VOB/B ersetzt“²⁴⁶. Denn damit wird die Kassationswirkung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz außer Kraft gesetzt, was nach zutreffender Auffassung in der Literatur unwirksam ist²⁴⁷. Dies gilt nur dann nicht, wenn – ausdrücklich – für den Fall der Unwirksamkeit einer AGB-Klausel eine *Ersatz-AGB* bestimmt wird²⁴⁸. Doch dies kann nicht generell, sondern lediglich im Zusammenhang mit einer Einzelklausel geschehen²⁴⁹.

Im Ergebnis können also AGB-widrige VOB-Verträge nicht durch einen Rückgriff auf die ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB „geheilt“ werden, indem einfach auf die Bestimmungen der VOB/B zurückgegriffen wird. Gleiches gilt dann, wenn die Geltung der VOB/B – anstelle der eigentlichen Sanktionswirkung des § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz – im Rahmen einer „salvatorischen“ Klausel verankert wird. Damit realisiert sich auch für den AGB-Verwender in der Bauwirtschaft das typische „Verwenderrisiko“; es trifft ihn nicht mehr, aber auch nicht weniger als alle übrigen AGB-Verwender.

Keineswegs ist es so, daß die Kassationswirkung von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz bewirkt, Befürchtungen darüber zu heben, daß wegen der angeblichen „Unausgewogenheit“ der „Rest-VOB“ § 6 Abs. 3 AGB-Gesetz zum Zuge käme, wonach ein Festhalten am Vertrag für den AGB-Verwender oder für den AGB-Kunden eine unzumutbare Härte darstellt²⁵⁰. Denn ein Rückgriff auf die dispositiven Bestimmungen der §§ 631 ff. BGB stellt sich schlechterdings nicht als unzumutbare Härte für den AGB-Verwender dar.

245 Vgl. aber Bartsch, ZfBR 1984 S. 1ff.

245 a Hierzu im einzelnen Ingenstau/Korbion, VOB/B § 1 Rdn 11.

245 b Im einzelnen Denzinger, BB 1981 S. 1123 ff.

246 Hierzu Frikell/Glatzel/Hofmann

247 Vgl. Kötz, in: MünchKomm., § 6 Rdn 14.

248 Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn 39.

249 Vgl. insbesondere BGH, BB 1985 S. 218, 222.

250 Vgl. im einzelnen Ulmer/Brandner/Hensen, § 6 Rdn 40 ff. m.w.N.