



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 212/07

Verkündet am:  
20. August 2009  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VOB/B (2000) § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2

Leistungsteile innerhalb eines Gewerks stellen grundsätzlich keinen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung dar, auf den die Entziehung des Auftrags nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B beschränkt werden kann.

BGB § 254 Abs. 1 F

Ist der Auftragnehmer nach einer unzulässigen Teilkündigung des Auftraggebers seinerseits zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt, kann der Auftraggeber dem sich hieraus ergebenden Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gemäß § 254 Abs. 1 BGB den Einwand des Mitverschuldens entgegenhalten, wenn der Auftragnehmer durch sein vertragswidriges Verhalten Anlass für die Teilkündigung gegeben hat.

BGB § 307 Bf; VOB/B (2000) § 16 Nr. 5 Abs. 3 A

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, so dass die Möglichkeit der Inhaltskontrolle nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen eröffnet ist, ist § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B nach § 307 BGB unwirksam, wenn der Auftraggeber Verwender der VOB/B ist.

BGH, Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 212/07 - OLG München  
LG München I

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Mai 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 13. November 2007 im Kostenausspruch und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 25.641,63 € nebst Zinsen verurteilt worden ist und soweit festgestellt worden ist, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die auf den Betrag von 91.700,86 € entfallende Umsatzsteuer zu erstatten, falls die M. Gesellschaft für Bausanierung mbH i.L. insoweit bestandskräftig zur Abführung der Umsatzsteuer herangezogen wird.

Im Umfang der Aufhebung im Kosten- und im Zahlungsausspruch wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Beklagten wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1            Der Kläger hat als Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. GmbH i.L. (künftig: Schuldnerin) vom Beklagten aufgrund eines gekündigten Werkvertrages Werklohn für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen sowie Feststellung hinsichtlich der Umsatzsteuer auf den Werklohn für die nicht erbrachten Leistungen begehrt.
  
- 2            Der Beklagte beauftragte mit Vertrag vom 30. Juli 2002 die Schuldnerin mit der Anbringung eines Wärmedämmverbundsystems für sein Bauvorhaben. Der Vertrag, in dem die Geltung der VOB/B (2000) vereinbart wurde, gliedert die inhaltlich gleichen Dämmarbeiten in drei Bauabschnitte. Als verbindlicher Gesamtfertigstellungstermin wurde der 15. November 2002 festgelegt, außerdem enthalten der Bauvertrag und die Leistungsbeschreibung einige als verbindlich bezeichnete Zwischentermine.
  
- 3            Nr. 5 der vom Beklagten gestellten Allgemeinen Vorbemerkungen sieht "für den Fall des Verzugs" des Auftragnehmers eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Auftragssumme je Werktag, begrenzt auf maximal 10 % der Gesamtauftragssumme, vor.
  
- 4            Mit Schreiben vom 7. November 2002 verlängerte der Beklagte die Fertigstellungsfrist bis zum 22. November 2002 und kündigte für den fruchtlosen Ablauf der Frist die Auftragsentziehung an. Mit Schreiben vom 17. November 2002 wurde die Frist nochmals bis zum 5. Dezember 2002 verlängert. Die Arbeiten waren bis zu diesem Termin nicht fertiggestellt. Nach dem 5. Dezember 2002 erbrachte die Schuldnerin weitere Leistungen für den Bauabschnitt 1, die der Beklagte vorbehaltlos entgegennahm. Mit Schreiben vom 10. Januar 2003 kündigte der Beklagte die Bauabschnitte 2 und 3 wegen Verzugs. Nachdem die Schuldnerin mit Anwaltsschreiben vom 18. Februar 2003 mitgeteilt hatte, dass

sie die Kündigung für unwirksam halte, hielt der Beklagte an der teilweisen Auftragsentziehung fest. Daraufhin erklärte die Schuldnerin ihrerseits mit Schreiben vom 28. Februar 2003 die Kündigung aus wichtigem Grund. Die Arbeiten am Bauabschnitt 1 sind zu ca. 80 % von der Schuldnerin fertiggestellt worden. In den Bauabschnitten 2 und 3 erbrachte sie keine Leistungen.

5 Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 124.071,20 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Betrag setzt sich zusammen aus 94.618,10 € für erbrachte Leistungen und 91.771,29 € für nicht erbrachte Leistungen abzüglich geleisteter Abschlagszahlungen von 62.318,19 €. Gegenansprüche von insgesamt 64.353,77 €, mit denen der Beklagte die Aufrechnung erklärt hat, hat das Landgericht für unbegründet gehalten. Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Auf die Anschlussberufung des Klägers ist diesem ein weitergehender Zinsanspruch zugesprochen und festgestellt worden, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die auf den Betrag von 91.700,86 € entfallende Umsatzsteuer zu erstatten, falls die Schuldnerin insoweit bestandskräftig zur Abführung der Umsatzsteuer herangezogen wird. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

6 In der Revisionsverhandlung haben die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Feststellungsklage übereinstimmend für erledigt erklärt.

#### Entscheidungsgründe:

7 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 25.641,63 € nebst Zinsen verurteilt worden ist.

I.

- 8 Das Berufungsgericht erkennt einen Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen in Höhe von 91.771,29 € zu. Dazu führt es aus, die Kündigung des Beklagten vom 10. Januar 2003 sei unwirksam, weil die Beschränkung auf die Bauabschnitte 2 und 3 unzulässig gewesen sei. Eine ausreichende Abgrenzung zwischen den drei Bauabschnitten sei objektiv nicht feststellbar. Auch wenn die Dämmarbeiten an verschiedenen Seiten des Gebäudes auszuführen gewesen seien, handele es sich doch um ein und dasselbe Gewerk. Es liege daher keine Abgeschlossenheit im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B vor. Die Umdeutung in eine ordentliche freie Kündigung komme nicht in Betracht, da es an einem unbedingten Willen zur Beendigung des gesamten Vertragsverhältnisses fehle. Die Schuldnerin habe hingegen aus wichtigem Grund wirksam gekündigt und habe aus § 9 Nr. 3 VOB/B Ansprüche für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen.
- 9 Soweit der Beklagte von der Vergütung für die erbrachten Leistungen (94.618,10 €) einen Abzug von 4.730,90 € aufgrund eines Gewährleistungseinbehalts in Höhe von 5 % sowie 1.927,37 € Skonto abziehen wolle, fehle es an einem ausreichend substantiierten Berufungsangriff.
- 10 Hinsichtlich der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Vertragsstrafenansprüche wegen Verzugs (20.142 €) verweist das Berufungsgericht auf das landgerichtliche Urteil, das die Abreden über die Vertragsstrafen wegen Verstoßes gegen § 307 BGB für unwirksam erachtet hat. Die Allgemeinen Vorbemerkungen, in denen die Vertragsstrafenklauseln enthalten seien, seien nach dem ersten Anschein Allgemeine Geschäftsbedingungen, da die äußere Gestaltung nahelege, dass eine Mehrfachverwendung beabsichtigt sei.

11 Das Berufungsgericht spricht dem Kläger nach § 286 Abs. 3 BGB Zinsen  
ab dem 10. August 2003 zu. § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B stehe der Anwendung  
von § 286 Abs. 3 BGB nicht entgegen, da die vom Beklagten gestellte VOB/B  
nicht als Ganzes vereinbart sei und § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B einer Prüfung  
nach § 307 BGB nicht standhalte.

## II.

12 Das hält rechtlicher Überprüfung überwiegend nicht stand.

13 1. Ohne Rechtsfehler hält das Berufungsgericht allerdings die Kündigung  
des Beklagten für unwirksam.

14 a) § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B erfasst nach seinem Sinn und Zweck  
auch den Fall, dass der Vertrag nur hinsichtlich der letzten Leistungsteile ge-  
kündigt wird. Die davon abweichende Auffassung der Revision findet in der Re-  
gelung keine Stütze. Ihr ist nicht zu entnehmen, dass sie nur auf den Fall zuge-  
schnitten ist, dass der Auftragnehmer seine Leistung nach Fertigstellung der  
gekündigten Teilleistung durch einen Drittunternehmer wieder aufnimmt.

15 b) Der Beklagte durfte keine Teilkündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2  
VOB/B aussprechen, weil sich diese nicht auf einen in sich abgeschlossenen  
Teil der vertraglichen Leistung bezog.

16 aa) Unter welchen Voraussetzungen ein Teil der vertraglichen Leistung  
als abgeschlossen im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B anzusehen ist,  
so dass eine beschränkte Entziehung des Auftrags möglich ist, ist höchstrichter-  
lich nicht geklärt und in der Literatur umstritten. Zum Teil wird angenommen,  
der Begriff der Abgeschlossenheit sei ebenso zu verstehen wie in § 12 Nr. 2

VOB/B (Kapellmann/Messerschmidt/Lederer, VOB Teile A und B, 2. Aufl., § 8 VOB/B Rdn. 82; Ingenstau/Korbion/Vygen, VOB, 16. Aufl., B § 8 Nr. 3 Rdn. 31; Heiermann/Riedl/Rusam/Kuffer, VOB, 11. Aufl., § 8 Rdn. 80; Nicklisch in Nicklisch/Weick, VOB, 3. Aufl., B § 8 Rdn. 23). Andere befürworten ein weiteres Verständnis, wobei sich die Interpretationen in den Details unterscheiden (Lang, BauR 2006, 1956; Kapellmann in Festschrift für Thode 2005, 29, 37 ff.; Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, § 8 VOB/B Rdn. 13; Beck'scher VOB-Komm./Motzke, 2. Aufl., B § 8 Nr. 3 Rdn. 29 ff.; Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB, 16. Aufl., B § 4 Nr. 7 Rdn. 64).

17           bb) Der erstgenannten Auffassung ist zuzustimmen.

18           Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (BGH, Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 339/03, NJW 2004, 2961, 2962; vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1987 - VII ZR 307/86, BGHZ 102, 384, 389 f.). Dabei ist in erster Linie der Wortlaut der auszulegenden Klausel maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2001 - VII ZR 150/01, BauR 2002, 467, 468 = NZBau 2002, 89 = ZfBR 2002, 247).

19           Nach diesen Auslegungsgrundsätzen ist ein Begriff, der innerhalb eines AGB-Klauselwerks mehrfach verwendet wird, grundsätzlich für alle Klauseln einheitlich auszulegen. Ein verständiger und redlicher Vertragspartner wird in der Regel davon ausgehen, dass einem identischen Wortlaut auch eine identische Bedeutung beizumessen ist.

- 20 Dies gilt auch für den in der VOB/B verwendeten Begriff des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung. Zwar betreffen § 8 Nr. 3 VOB/B und § 12 Nr. 2 VOB/B unterschiedliche Regelungsbereiche. Diese sind aber nicht so verschieden, dass ein unterschiedliches Verständnis desselben Begriffs für den verständigen und redlichen Vertragspartner naheläge.
- 21 Daraus folgt, dass bei der Auslegung des Begriffs des in sich abgeschlossenen Teils einer Leistung nicht allein Sinn und Zweck des § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B herangezogen werden dürfen, sondern auch die Ziele des § 12 Nr. 2 VOB/B zu beachten sind. Das führt zu einem engen Anwendungsbereich des Begriffs. Im Rahmen des § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B stünde einer weiten Auslegung nichts entgegen, weil die Beschränkung auf die Teilkündigung regelmäßig sowohl im Interesse des Auftraggebers als auch des Auftragnehmers ist. Dagegen ist die Teilabnahme allein für den Auftragnehmer günstig. Ihrer Annahme sind durch den Begriff des in sich abgeschlossenen Teils der Leistung Grenzen gesetzt, durch die das hohe Interesse des Auftraggebers daran geschützt wird, dass zusammengehörende Leistungsteile nicht dadurch zergliedert werden, dass für sie unterschiedliche Abnahmewirkungen eintreten, wie z.B. unterschiedliche Gewährleistungsfristen oder Gefahrübergänge.
- 22 cc) Der Senat hat im Rahmen des § 12 Nr. 2 VOB/B bereits entschieden, dass einzelne Teile eines Rohbaus, z.B. eine Betondecke oder ein Stockwerk, keine in sich abgeschlossenen Teile der Bauleistung sind (BGH, Urteil vom 6. Mai 1968 - VII ZR 33/66, BGHZ 50, 160, 163). In dieser Entscheidung kommt zum Ausdruck, dass Leistungsteile innerhalb eines Gewerks grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden können. Ihnen mangelt es regelmäßig an der Selbständigkeit, die eine eigenständige Beurteilung der Teilleistung ermöglichte. Dies kann bei klarer räumlicher oder zeitlicher Trennung der Leistungsteile eines Gewerks anders zu beurteilen sein, wobei eine ausreichende



räumliche Trennung etwa dann angenommen werden kann, wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken, etwa an mehreren zu errichtenden Häusern, zu erbringen sind.

23            dd) Nach diesen Grundsätzen bezog sich die vom Beklagten ausgesprochene Teilkündigung nicht auf in sich abgeschlossene Teile der Leistung. Die Klägerin hatte die Wärmedämmarbeiten für ein Haus zu erbringen. Die Einteilung der an dem Haus des Beklagten vorzunehmenden gleichartigen Arbeiten in Bauabschnitte führt nicht zu einer räumlichen Trennung im oben dargestellten Sinn. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Bauabschnitt 1 durch eine Natursteinfassade von den anderen Bauabschnitten getrennt war. Diese optische Unterbrechung verlieh den Arbeiten am Bauabschnitt 1 keine derartige Selbständigkeit, die es etwa rechtfertigen würde, eine Teilabnahme verlangen zu dürfen. Diese haben die Parteien sogar ausgeschlossen, indem sie unter Nr. 14 der allgemeinen Vorbemerkungen des Bauvertrags die Abnahme nach Fertigstellung sämtlicher Arbeiten vorgesehen haben. Damit ist auch dem Argument der Boden entzogen, die Parteien hätten durch die Vertragsgestaltung die einzelnen Bauabschnitte als in sich abgeschlossene Teile der Leistung bestimmt. Auch eine zeitliche Zäsur zwischen den Bauabschnitten ist nicht gegeben, da die Arbeiten in unmittelbarer zeitlicher Abfolge durchgeführt werden sollten.

24            c) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht in Erwägung gezogen, die Kündigung des Beklagten in eine unbeschränkte Auftragsentziehung umzudeuten, hat keinen Erfolg.

25            Das Berufungsgericht hat die Umdeutung der Teilkündigung in eine das gesamte Vertragsverhältnis beendende Kündigung zwar nicht im Rahmen einer außerordentlichen Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B erwogen, aber im

Hinblick auf eine ordentliche freie Kündigung. Hierbei hat es festgestellt, dass der Beklagte ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, dass er die Fortführung der Arbeiten am Bauabschnitt 1 wünschte. Damit steht aber auch fest, dass es an der Voraussetzung für eine Umdeutung in eine unbeschränkte außerordentliche Auftragsentziehung nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B fehlt.

26

2. Auch die Würdigung des Berufungsgerichts, die Schuldnerin sei zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund berechtigt gewesen, lässt keine Rechtsfehler erkennen. Das Revisionsgericht kann die Entscheidung des Tatrichters darüber, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, nur beschränkt darauf nachprüfen, ob der Tatrichter wesentliche Umstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt hat, Erfahrungssätze verletzt oder Verfahrensfehler begangen hat (BGH, Urteil vom 1. Dezember 1993 - VIII ZR 129/92, NJW 1994, 443, 444). Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht in der unwirksamen außerordentlichen Teilkündigung des Beklagten vom 10. Januar 2003 und der nachfolgenden nachdrücklichen Weigerung, sich davon zu distanzieren, eine derart erhebliche Pflichtverletzung gesehen hat, welche die Kündigung der Schuldnerin aus wichtigem Grund gerechtfertigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 393/98, BGHZ 143, 89). Durch die Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25. März 1993 (X ZR 17/92, NJW 1993, 1972) hat das Berufungsgericht zudem deutlich gemacht, dass der Vertrauensverlust der Schuldnerin ein wichtiger Grund zur Kündigung war. Mit den von der Revision hiergegen vorgebrachten Gründen, der behaupteten Vertragsuntreue der Schuldnerin und dem daraus entstehenden Kündigungsrecht, hat sich das Berufungsgericht bereits in anderem Zusammenhang befasst. Einer weiteren Begründung bedurfte es auch deswegen nicht, weil der Beklagte in der Berufungsbegründung lediglich die Umdeutung seiner Kündigung vom 10. Januar 2003 durch das Landgericht in eine freie Kündigung angegriffen hatte und nicht dessen weitere Erwägungen zum Recht

der Schuldnerin zur außerordentlichen Kündigung am 28. Februar 2003. Das Berufungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 2007 darauf hingewiesen, dass das Vertragsverhältnis durch die Kündigung der Auftragnehmerin vom 28. Februar 2003 beendet worden sei. Der Beklagte hat für sich in Anspruch genommen, dazu noch Stellung nehmen zu können, nachdem das Berufungsgericht einen Entscheidungstermin festgesetzt hat. In seinem Schriftsatz vom 8. November 2007 ist insoweit kein substantiiertes Angriff erfolgt.

27                    3. Zu Unrecht erkennt das Berufungsgericht dem Kläger jedoch einen Anspruch in Höhe von 91.771,29 € für die nicht erbrachten Leistungen zu.

28                    a) Der Anspruch kann nicht, wie das Berufungsgericht ohne nähere Begründung annimmt, aus § 9 Abs. 3 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB hergeleitet werden. Diese Regelung gewährt eine Entschädigung nur für die Nachteile, die dem Auftragnehmer durch den Verzug des Auftraggebers während der ursprünglichen Vertragsdauer entstanden sind und erfasst daher nur die bis zur Kündigung entstandenen Verzögerungskosten (Ingenstau/Korbion/Vygen, VOB, 16. Aufl., B § 9 Nr. 3 Rdn. 8; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, VOB Teile A und B, 2. Aufl., § 9 VOB/B Rdn. 85; Kniffka/Koebler/Kniffka, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., Teil 8 Rdn. 28). Darum geht es hier nicht.

29                    b) In Betracht kommt hingegen ein Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB. Für diesen Schadensersatzanspruch trifft das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen, so dass das Berufungsurteil insoweit aufzuheben ist.

30                    Der Beklagte hat durch seine unberechtigte Kündigung seine Vertragspflichten verletzt und dadurch die vorzeitige Vertragsbeendigung durch die

Schuldnerin verursacht. Für den hierdurch entstandenen Schaden hat er grundsätzlich einzustehen. Der Schaden besteht in der für die nicht erbrachten Leistungen vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen und anderweitigen oder böswillig unterlassenen Erwerbs (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1990 - X ZR 128/88, ZfBR 1990, 228; Urteil vom 4. Juli 2002 - I ZR 313/99, NJW 2002, 3541; Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 225/03, BauR 2005, 861 = NZBau 2005, 1650 = ZfBR 2005, 454). Dass der Beklagte zu einer unbeschränkten Kündigung berechtigt gewesen wäre, ändert an der Kausalität nichts. Die von der Revision angeführten Umstände rechtfertigen auch nicht die Annahme, der Beklagte habe die Pflichtverletzung nicht zu vertreten, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass das auf einem Rechtsirrtum beruhende Verschulden des Beklagten - seinen Vortrag als richtig unterstellt - gering ist.

31 Ungeklärt ist jedoch, inwieweit die Schuldnerin ein Mitverschulden an der Entstehung des Schadens trifft. Diesen Einwand hat der Beklagte, wenn auch in anderem Zusammenhang erhoben, indem er darauf hingewiesen hat, dass die Schuldnerin die Kündigung durch Überschreitung der Vertragsfristen provoziert habe und er berechtigt gewesen sei, den gesamten Vertrag zu kündigen. Trifft der insoweit näher vom Beklagten dargelegte Sachverhalt zu, kann die Schuldnerin ein Mitverschulden an der Verursachung des Schadens treffen, § 254 Abs. 1 BGB. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht, worauf die Revision zurecht hinweist, berücksichtigen müssen, dass dem Beklagten lediglich der Vorwurf zu machen wäre, die Teilkündigung statt der Kündigung des gesamten Vertrages gewählt zu haben und insoweit dem Rechtsirrtum unterlegen zu sein, die Teilkündigung sei wegen der besonderen Bauverhältnisse möglich. Diese mit den Vertragsregelungen der VOB/B nicht zu vereinbarende Wahl hat die Klägerin nicht spürbar beeinträchtigt, wenn der Beklagte zur Kündigung des gesamten Vertrages berechtigt gewesen sein sollte. Wenn revisionsrechtlich auch hingenommen werden muss, dass die Kündigung der Kläge-

rin berechtigt war, so muss dennoch bei der Bemessung des Schadensersatzes berücksichtigt werden, dass auch die Klägerin durch ihre Vertragsverletzungen Anteil an der Schadensverursachung gehabt hat.

32            Der Senat ist nicht in der Lage, selbst zu entscheiden, weil jegliche Feststellungen zu den Behauptungen des Beklagten fehlen, die Schuldnerin habe die vertraglichen Pflichten versäumt und die Voraussetzungen für die Kündigung des gesamten Vertrages hätten vorgelegen. Zu Gunsten des Beklagten ist dessen Vortrag zu unterstellen, so dass die Verurteilung zur Bezahlung der nicht erbrachten Leistungen in Höhe von 91.771,29 € keinen Bestand haben kann.

33            4. Auch die Verurteilung zur Zahlung der Vergütung für erbrachte Leistungen hat nicht in vollem Umfang Bestand.

34            Das Berufungsgericht legt seiner Berechnung neben dem Betrag von 91.771,29 € für die nicht erbrachten Leistungen einen - von der Revision hingegenommenen - Werklohn für erbrachte Leistungen in Höhe von 94.618,10 € und Abschlagszahlungen in Höhe von 62.318,19 € zugrunde, so dass sich ein Zahlungsbetrag von 124.071,20 € errechnet. Die Revision beanstandet mit Recht, dass das Berufungsgericht von dem Betrag von 124.071,20 € Abzüge wegen des vertraglich vereinbarten Gewährleistungseinbehalts von 5 % der Vergütung (= 4.730,91 €) und des mit 1.927,37 € bezifferten Skontos von 3 % versagt hat. Die Auffassung des Berufungsgerichts, insoweit liege kein ausreichend substantiierter Angriff gegen das Urteil des Landgerichts vor, ist nicht nachzuvollziehen. In beiden Fällen hat der Beklagte geltend gemacht, das Urteil des Landgerichts sei materiell unrichtig, weil aufgrund der getroffenen Vereinbarung Abzüge vorzunehmen seien. Soweit das Berufungsgericht gemeint haben soll-

te, die Abzugsberechtigung sei nicht substantiiert dargetan, könnte dem nicht gefolgt werden.

35 a) Der Beklagte hat den von ihm bezifferten Gewährleistungseinbehalt auf Ziffer 10 der Allgemeinen Vorbemerkungen gestützt. Eine weitere Substantiierung des erstmals im Berufungsverfahren geltend gemachten Abzugs war nicht erforderlich, zumal der Kläger die Vereinbarung eines Gewährleistungseinbehalts nicht in Abrede gestellt hat. Aus diesem Grund kann der Vortrag auch nicht als verspätet zurückgewiesen werden.

36 b) Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2007 und der Anlage B 43 die Skontoabrede, die Fälligkeit der Abschlagsrechnungen und die Daten der entsprechenden Zahlungen vorgetragen. Im Schriftsatz vom 16. Juli 2007 ist zudem ausgeführt, die Zahlungen seien innerhalb der vereinbarten Skontofristen erfolgt. Mehr war zur Substantiierung nicht erforderlich.

37 Der Vortrag war auch nicht etwa verspätet. Der Beklagte hatte bereits erstinstanzlich auf die Skontoabrede in Nr. 4 des Bauvertrags hingewiesen und vorgetragen, dass die bisher geleisteten Zahlungen innerhalb der Skontofrist geleistet worden seien. Der Kläger hat darauf - offenbar den Sinn des Vortrags verkennend - lediglich erwidert, die mit der Klage geltend gemachten Forderungen seien gar nicht, also auch nicht innerhalb der Skontofrist gezahlt worden. Dies kann nicht als Bestreiten des Vortrags des Beklagten verstanden werden, weshalb der Beklagte zu diesem Zeitpunkt keinen Anlass hatte, zu den Daten, aus denen sich die Einhaltung der Skontofristen ergibt, vorzutragen.

38 5. Nach diesen gegebenenfalls vorzunehmenden Abzügen und dem Abzug von 91.771,29 € verbleibt jedenfalls eine Forderung des Klägers von 25.641,63 €. Insoweit hat die Revision des Beklagten keinen Erfolg. Die geltend gemachten Gegenansprüche können nicht aufgerechnet werden.

39 a) Ein aufrechenbarer Anspruch auf Schadensersatz und Fertigstellungsmehrkosten in Höhe von 25.511,77 € steht dem Beklagten nicht zu, da seine Kündigung unwirksam, die der Schuldnerin hingegen berechtigt war, so dass Fertigstellungsmehrkosten nicht verlangt werden können. Voraussetzung für den Anspruch auf Ersatz der Fertigstellungsmehrkosten ist eine wirksame Kündigung nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (BGH, Urteil vom 9. März 1995 - VII ZR 23/93, BauR 1995, 45 = ZfBR 1995, 198). Diese Voraussetzung liegt nicht vor.

40 b) Zu Unrecht beanstandet die Revision, dass das Berufungsgericht die (im Wesentlichen hilfsweise) erklärte Aufrechnung mit einem Vertragsstrafanspruch wegen Verzugs für unbegründet hält.

41 aa) Nicht zu beanstanden ist die Würdigung des Landgerichts, auf die das Berufungsurteil Bezug nimmt, bei den vom Beklagten gestellten Allgemeinen Vorbemerkungen, in denen die Vertragsstrafe geregelt ist, handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Instanzgerichte gehen zu Recht davon aus, dass dafür der erste Anschein spricht.

42 Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert sind. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist (BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102, 106). Diese Grundsätze sind entgegen der Auffassung der Revision nicht nur bei Bauträgerverträgen und solchen Bauverträgen, die von im Immobiliengewerbe tätigen Personen oder Unternehmen formuliert werden, anwendbar. Sie gelten auch für Privatpersonen, die nicht im Baugewerbe tätig sind, da auch sie auf zur Mehrfach-

verwendung vorgesehene Vertragsmuster zurückgreifen oder solche Muster entwerfen, etwa wenn sie mehr als ein Bauvorhaben durchführen wollen oder für ein Objekt Verträge mit mehreren Bauunternehmen oder Handwerkern abzuschließen sind.

43           bb) Die in Nr. 5 der Allgemeinen Vorbemerkungen geregelte Vertragsstrafe sieht "für den Fall des Verzugs des Auftragnehmers ... eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,1 % der Auftragssumme je Werktag" vor, "begrenzt auf maximal 10 % der Gesamtauftragssumme". Diese Bestimmung ist schon deswegen unwirksam, weil sie gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1988 - III ZR 188/87, BGHZ 106, 42, 49 m.w.N.). Die Klausel macht nicht in dem gebotenen Maße deutlich, auf welche Vertragspflichten sich der Verzug bezieht.

44           6. Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge der Revision zur Verzinsung der Klageforderung ab dem 10. August 2003.

45           Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass § 286 Abs. 3 BGB nicht durch § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B abbedungen ist, da diese Klausel nach § 307 BGB unwirksam ist.

46           a) Das Berufungsgericht stellt von der Revision unangegriffen fest, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wurde. Daher ist die Möglichkeit, die einzelnen Bestimmungen der VOB/B einer Inhaltskontrolle nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen zu unterziehen, eröffnet (BGH, Urteil vom 10. Mai 2007 - VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404, 1406 = NZBau 2007, 581 = ZfBR 2007, 665).



47           b) Der Beklagte ist Verwender der VOB/B. Die von der Revision gegen diese Feststellung des Berufungsgerichts vorgebrachte Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO).

48           c) § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B hält einer isolierten Inhaltskontrolle nicht stand. Er ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zur Verzinsung der Werklohnforderung nicht vereinbar, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

49           § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B stellt eine abschließende Regelung für die Verzinsung der Werklohnforderung dar und schließt die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften insoweit aus (Ingenstau/Korbion/Locher, VOB/B, 16. Aufl., B § 16 Nr. 5 Rdn. 12; Heiermann/Riedl/Rusam/Heiermann, VOB, 11. Aufl., B § 16 Rdn. 144). Dies gilt auch hinsichtlich § 286 Abs. 3 BGB bzw. seiner Vorgängervorschrift § 284 Abs. 3 BGB a.F. Zwar war diese Regelung zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der VOB/B (2000) noch nicht in das Gesetz eingefügt, konnte also von den Autoren der VOB/B (2000) nicht berücksichtigt werden. Die Klausel ist jedoch so gefasst, dass sie ausschließliche Geltung beansprucht und damit die Anwendung auch später ins Gesetz aufgenommener Regelungen der Verzinsung nicht zulässt.

50           Der Ausschluss der Geltung von § 286 Abs. 3 BGB benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen. Wesentliches Indiz für eine unangemessene Regelung ist die Abweichung von dispositiven gesetzlichen Bestimmungen, soweit diese nicht nur auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen, sondern dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck verleihen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1983 - VIII ZR 195/82, BGHZ 89, 206, 211). Eine solche Bestimmung stellt § 286 Abs. 3 BGB dar (vgl. Niemöller/Kraus, Jahrbuch Baurecht 2001, 243, 258; Beck'scher VOB-Komm./Kandel, 2. Aufl., B § 16 Nr. 5 Rdn. 3; Kniffka, ZfBR

2000, 227, 228; a.A. Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 4. Aufl., Rdn. 2628).

51 Die Vorschrift, die die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie) umsetzt und die Regelung darüber hinaus auf Verträge außerhalb des Handelsverkehrs überträgt, soll den Eintritt des Verzugs vereinfachen, wenn der Schuldner auf eine Rechnung nicht bezahlt. Die Folgen des vertragswidrigen Verhaltens sollen nicht mehr davon abhängen, dass der Gläubiger den Schuldner zusätzlich mahnt (BT-Drucks. 14/6040, S. 146). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Schuldner sich nicht auf Kosten des Gläubigers billige Liquidität verschaffen können soll, obwohl er aus der Rechnung ersehen kann, wieviel er wofür zahlen soll, und ausreichend Zeit zur Überprüfung der Forderung hatte.

52 § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B weicht von § 286 Abs. 3 BGB nicht nur ab, sondern schließt den Beginn der Verzinsung ohne weitere Handlung des Gläubigers sogar ganz aus. Ein berechtigtes Interesse daran ist nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, als nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B der Fälligkeit des Werklohns ohnehin schon eine Prüfungsfrist von bis zu zwei Monaten vorausgeht (vgl. Niemöller/Kraus, Jahrbuch Baurecht 2001, 243, 258; Beck'scher VOB-Komm./Kandel, 2. Aufl., B § 16 Nr. 5 Rdn. 3; Schulze-Hagen, Festschrift für Thode, S. 167, 176; a.A. Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 4. Aufl., Rdn. 2628). Hinzu kommt, dass § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B dem Auftragnehmer auch das Recht nimmt, unabhängig vom Verzugseintritt nach § 641 Abs. 4 BGB (bzw. § 641 Abs. 2 BGB a.F.) Fälligkeitszinsen zu verlangen.

53 7. Die Aufhebung der Feststellung, dass der Beklagte zur Erstattung der gegebenenfalls abzuführenden Umsatzsteuer verpflichtet sei, erfolgte deklar-

torisch, nachdem die Parteien insoweit im Termin vor dem Senat die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben.

III.

54 Die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gibt diesem Gelegenheit zu prüfen, ob die Klägerin wegen eines vertragswidrigen Verhaltens ein Mitverschulden trifft. Es wird auch zu beurteilen haben, ob vom Werklohn ein Gewährleistungseinbehalt und Skonto abzuziehen sind.

Kniffka

Kuffer

Safari Chabestari

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 07.03.2007 - 24 O 8353/05 -

OLG München, Entscheidung vom 13.11.2007 - 9 U 2947/07 -