

Johannes Kuffer

Heilung unwirksamer Bauvertragsklauseln

Schriften zum deutschen
und internationalen
Baurecht

4

Herausgegeben von Axel Wirth



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einleitung

1. Gegenstand der Arbeit

Selten haben in der baurechtlichen Literatur Entscheidungen des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes so heftige und kontroverse Reaktionen hervorgerufen, wie die Entscheidungen vom 18.04.2002¹ und vom 04.07.2002².

Das mag seine Ursache darin haben, dass sich der VII. Senat des BGH, der allein für Werkverträge in Zusammenhang mit der Errichtung von Bauwerken zuständig ist und daher in der Literatur etwas salopp als „*Bausenat*“ bezeichnet wird, bis zu diesem Zeitpunkt relativ selten mit der Wirksamkeit von Bürgschaften beschäftigt hat. Die damit zusammenhängenden Fragen wurden in Rechtsprechung und Literatur vorwiegend dem für Bürgschaften zuständigen IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes zugeordnet. Bürgschaftsrechtliche Fragen führten daher bis zu diesen Entscheidungen in der baurechtlichen Literatur ein Schattendasein.

Das war jedoch wohl nicht der Grund für die kontroversen Reaktionen; denn die Entscheidungen betrafen nicht in erster Linie bürgschaftsrechtliche Fragestellungen, sondern die Wirksamkeit von Bauvertragsklauseln.

Die Kontroverse hat dem Verfasser Anlass gegeben, sich allgemein mit der Frage zu befassen, wie mit Klauseln in Bauverträgen zu verfahren ist, die inhaltlich gegen geltendes Recht verstoßen.

2. Überprüfung von Bauvertragsklauseln

Dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entspricht es, dass der Inhalt der zwischen zwei Vertragsparteien geschlossenen Vereinbarungen einer gerichtlichen Angemessenheitsprüfung entzogen ist. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass jede Vertragspartei selbst in der Lage ist, darüber zu entscheiden, ob ein Vertragsabschluss sich für sie als günstig darstellt oder nicht.

Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt. So werden in der Rechtswirklichkeit immer wieder Fälle auftreten, in denen sich bei Vertragsabschluss unterschiedlich starke Verhandlungspartner gegenüberstehen. Hier will der Gesetzgeber den „schwächeren“, weil wirtschaftlich oder in rechtlichen Angelegenheiten weniger erfahrenen Teil vor einer Übervorteilung durch den Vertragspartner schützen. So ist in bestimmten Fällen trotz des Grundsatzes der

¹ BGH Urt. v. 18.04.2002 – VII ZR 192/01, BGHZ 150, 299 = BauR 2002, 1239 = DB 2002, 1548 = NJW 2002, 2388 = ZfBR 2002, 669.

² BGH Urt. v. 04.07.2002 – VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229 = NJW 2002, 3098 = BauR 2002, 1533 = ZfBR 2002, 784.

Vertragsfreiheit den Gerichten der Weg eröffnet, die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen auch inhaltlich zu überprüfen.

Eine solche Überprüfung findet nur in den gesetzlich vorgegebenen Grenzen statt. Dabei ist vorrangig von Bedeutung, ob es sich bei den zur Überprüfung stehenden Vereinbarungen um Individualvereinbarungen oder um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Die Überprüfung von Klauseln in Bauverträgen unterliegt demnach unterschiedlichen Maßstäben, je nachdem in welcher Form und auf welchem Weg sie Bestandteil des Vertrages geworden sind.

a) keine Inhaltskontrolle bei Individualvereinbarungen

Individualvertragliche Regelungen unterliegen grundsätzlich keiner Inhaltskontrolle durch die Gerichte.

Eine Unwirksamkeit solcher Vereinbarungen kommt allenfalls bei Verstößen gegen § 138 BGB in Betracht. Individualvereinbarungen sind zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt. Es entspricht dem Prinzip der Vertragsfreiheit, dass die Parteien eines Vertrages die Modalitäten der Vertragsabwicklung im Einzelnen regeln können, ohne dabei einer Angemessenheitsprüfung durch die Gerichte zu unterliegen. Unerheblich ist dabei auch, ob sich diese Vereinbarung für eine der Vertragsseiten deutlich nachteilig auswirkt. Es korrespondiert mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, dass eine Partei auch rechtlich nachteilige Geschäfte abschließen darf.

Die Grenze ist dort erreicht, wo das Verhalten einer Vertragspartei sich als sittenwidrig darstellt. Voraussetzung hierfür ist, dass eine Partei sich die Unerfahrenheit der anderen Partei zu Nutze macht. Der Grundsatz der Privatautonomie erhält mit der Generalklausel des § 138 BGB dann ein notwendiges Korrektiv, wenn sie im Widerspruch zu den Grundprinzipien unserer Recht- und Sittenordnung steht.³

b) Überprüfung von Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Bauvertragsklauseln, die in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Eingang in den Bauvertrag gefunden haben, unterliegen hingegen einer Nachprüfung durch die Gerichte.

Die hierzu bedeutsamen Vorschriften waren bis zum 31.12.2001 im AGBG enthalten. Das AGBG wurde mit Art. 6 Nr. 4 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) vom 26.11.2001⁴ ab dem 01.01.2002 aufgehoben. Die Bestimmungen des bisherigen AGBG über die Ein-

³ Palandt/Heinrichs, § 138, Rdnr. 1.

⁴ BGBl. I 2001, S. 3137 f..

beziehung und Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nunmehr in den §§ 305 ff. BGB enthalten.

Die Vorschriften des AGBG wurden weitgehend inhaltsgleich in die §§ 305 ff. BGB übernommen, so dass beide Regelwerke hinsichtlich der Inhaltskontrolle im Wesentlichen übereinstimmen. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird deshalb eine Differenzierung zwischen solchen Klauseln, die aufgrund des Zeitpunktes des Vertragsabschlusses einer Überprüfung nach den §§ 6 ff. AGBG unterliegen und solchen, die nach §§ 305 ff. BGB zu prüfen sind, nicht erfolgen. Auch bestehen im Wesentlichen keine Bedenken, die zu den §§ 5 ff. AGBG in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten auch auf Klauseln zur Anwendung zu bringen, die nach §§ 305 ff. BGB zu überprüfen sind.

Eine Legaldefinition des Begriffs der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ findet sich in § 1 Abs. 1 AGBG:

- (1) *Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.*
- (2) *Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt sind.*

Die Vorschrift wurde inhaltsgleich mit lediglich redaktionellen Änderungen in § 305 Abs. 1 BGB übernommen.

Positive Voraussetzung für Allgemeine Geschäftsbedingungen ist demnach, dass es sich um ein für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliertes Vertragswerk handelt. Als negatives Abgrenzungsmerkmal dient der Begriff des Aushandelns. Was im Einzelnen zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt ist, ist keine Allgemeine Geschäftsbedingung.

aa) Aushandeln

Ein „Aushandeln“ im Sinne der Vorschrift liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn

„der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“⁵.

Entscheidend ist also, dass alle Punkte, die vom Gesetzeskern abweichen, zum Inhalt der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien gemacht werden. Ist dies nur teilweise der Fall, so liegt auch nur insofern eine Individualvereinbarung vor. Hinsichtlich der restlichen Punkte dieser Vereinbarung findet eine Inhaltskontrolle statt.⁶

bb) vorformuliertes Vertragswerk

Um ein „vorformuliertes Klauselwerk“ handelt es sich, wenn der Verwender zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Absicht der Vielfachverwendung hatte.⁷

Erforderlich ist nach der Rechtsprechung eine mindestens dreimalige Verwendung⁸. Den Nachweis der Vielfachverwendung hat der Gegner des Klauselverwenders zu erbringen.⁹ Unter Umständen kommen ihm aber die Grundsätze des Anscheinsbeweises zu Hilfe.¹⁰

cc) Überprüfung nur gegen den Verwender

Wichtig für die Beurteilung ist – was in Literatur und Rechtsprechung gelegentlich übersehen wird - dass eine AGB-Kontrolle stets nur gegen den Verwender stattfindet.¹¹ Nur der Klauselgegner kann sich auf die Unwirksamkeit berufen, nicht der Verwender.

⁵ ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes Urt. v. 10.10.1991 – VII ZR 289/90 = BauR 1992, 226 = NJW 1992, 1107 = ZfBR 1992, 63; Urt. v. 16.07.1998 – VII ZR 9/97 = NJW 1998, 3488 = BauR 1998, 1094 = ZfBR 1998, 308 = ZIP 1998, 1756; Urt. v. 23.01.2003 – VII ZR 210/01 = BauR 2003, 870 = NZBau 2003, 321 = ZfBR 2003, 447.

⁶ vgl. Kniffka/Koebler, 3. Teil, Rdnr. 10, Seite 56 mit Verweis auf BGH Urt. v. 23.01.2003 – VII ZR 210/01 = BauR 2003, 870 = NZBau 2003, 321 = ZfBR 2003, 447.

⁷ BGH Urt. v. 13.09.2001 – VII ZR 487/99 = BauR 2001, 1895 = NZBau 2001, 682 = ZIP 2001, 1921 = ZfBR 2002, 56.

⁸ BGH Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00 = BauR 2002, 83 = NJW 2002 138 = NZBau 2002, 25 = ZfBR 2002, 63.

⁹ BGH Urt. v. 13.09.2001 – VII ZR 487/99 = BauR 2001, 1895 = NZBau 2001, 682 = ZIP 2001, 1921 = ZfBR 2002, 56.

¹⁰ vgl. Kniffka/Koebler, 3. Teil, Rdnr. 7, Seite 55.

¹¹ Der Verwender selbst gibt die Klauseln vor und bedarf damit eines Schutzes durch den Gesetzgeber nicht.

Unter Verwender ist dabei die Vertragspartei zu verstehen, die die Einbeziehung der vorformulierten Vertragsbedingungen veranlasst hat.¹²

dd) Verwendung gegenüber Verbrauchern

Handelt es sich beim Auftraggeber um einen Verbraucher im Sinne des § 13 BGB, gelten für die Einbeziehung, Mehrfachverwendung und die Kontrolle die Besonderheiten der §§ 24a AGBG/310 Abs. 3 BGB.

§ 13 BGB: Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.

So reicht gegenüber einem Verbraucher die Absicht des Klauselverwenders zur einmaligen Verwendung der vorformulierten Vertragsbedingungen aus, um die Inhaltskontrolle nach den §§ 5 ff. AGBG/305 ff. BGB zu eröffnen.

Grundsätzlich gelten dabei gegenüber einem Verbraucher die in einem Vertrag enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen stets als vom Unternehmer gestellt, soweit sie nicht vom Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Es findet also eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers statt, so dass dieser nicht mehr im Einzelnen darzulegen hat, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen vom Unternehmer in den Vertrag eingeführt wurden.

ee) Verwendung gegenüber Unternehmern

Auch wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, hat gemäß §§ 24 Abs. 1 S. 2 AGBG/310 Abs. 1 S. 2 BGB eine Überprüfung jedenfalls anhand der §§ 9 AGBG/307 BGB zu erfolgen:

§ 24 Abs. 1 AGBG: Die Vorschriften der §§ 2, 10 und 11 dieses Gesetzes sowie Artikel 29a des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 9 ist in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 10 und 11 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsver-

¹² Kniffka/Koeble, 3. Teil, Rdnr. 18, Seite 61; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, 9. Aufl., § 1 AGBG, Rdnr. 27.

kehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

Die Vorschriften der §§ 9 AGBG/307 BGB - auch als Generalklauseln bezeichnet – stellen in erster Linie einen Auffangtatbestand dar¹³, über den auch die sog. „Kardinalpflichten“ der §§ 308 und 309 BGB/§§ 10 und 11 AGBG Eingang in den Prüfungsumfang finden, so dass die verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch in dieser Hinsicht zu überprüfen sind.¹⁴

3. Darstellung der Problematik und Gang der Untersuchung

Ist eine Vertragsklausel erst der Inhaltskontrolle durch das Gericht unterworfen, stellt sich weiter die Frage nach der Rechtsfolge, wenn die Klausel vom Gericht für unwirksam erachtet wird.

Im Rahmen dieser Arbeit soll neben einer Darstellung der wesentlichen Fälle unwirksamer Klauseln vor allem auch diese Rechtsfolgende Seite genauer beleuchtet werden.

Die Arbeit wurde dabei bewusst auf die Fälle unwirksamer Bauvertragsklauseln beschränkt. Dies trägt zum einen der Tatsache Rechnung, dass allein die Fülle an Rechtsprechung zur Heilung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Generellen – sei sie höchstrichterlich oder auch instanzgerichtlich – den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Zum anderen waren es gerade die Entscheidungen des „Bausenats“ des Bundesgerichtshofes zur Vertragserfüllungsbürgschaft und zur Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern, die aktuell für Aufmerksamkeit gesorgt haben. Diese Entscheidungen sollen deshalb auch im Verlauf dieser Arbeit einer besonderen Untersuchung unterzogen werden.

a) Darstellung der Problematik

Die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einer Vertragsklausel unterscheiden sich, je nachdem, aufgrund welcher Vorschriften die Klausel vom Gericht für unwirksam befunden wurde.

Zu differenzieren ist zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die aufgrund eines Verstoßes gegen die §§ 5 ff. AGBG/305 ff. BGB für unwirksam befunden wurden und Individualvereinbarungen, die vom Gericht für sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB erachtet wurden.

¹³ vgl. Palandt/Heinrichs, § 307 Rdnr. 2.

¹⁴ vgl. Palandt/Heinrichs, § 307 Rdnr. 39 f..

Während sich im ersten Fall die Rechtsfolge eines Verstoßes aus den §§ 6 AGBG/306 BGB entnehmen lässt, findet sich die Rechtsfolge bei Verstoß einer Individualvereinbarung gegen die guten Sitten in § 139 BGB geregelt.

Beide Vorschriften sehen unterschiedliche Rechtsfolgen vor.

*§ 139 BGB
Teilnichtigkeit*

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Dem gegenüber lautet § 6 AGBG:

*§ 6 AGBG
Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit*

- (1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.*
- (2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften.*
- (3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte auch für eine Vertragspartei darstellen würde.*

Die Vorschrift des § 6 AGBG wurde inhaltsgleich in § 306 BGB übernommen.

Während § 139 BGB also im Zweifel die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäftes anordnet und davon nur eine Ausnahme für den Fall zulässt, dass anzunehmen ist, das Geschäft wäre auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden, führen §§ 6 Abs. 1 AGBG/306 Abs. 1 BGB zunächst zur genau gegenteiligen Rechtsfolge. Sind einzelne Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen davon unberührt. Erst für den Fall, dass das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellt, soll nach der Regelung der §§ 6 Abs. 3 AGBG/306 Abs. 3 BGB der Vertrag im Ganzen unwirksam sein.

Neben der Frage, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit einer oder mehrerer Klauseln auf das gesamte Vertragswerk hat, ist aber auch zu fragen, was mit der für unwirksam erachteten Klausel geschehen soll. Auch hier gelangen die beiden Vorschriften zu unterschiedlichen Ergebnissen:

aa) Die Rechtsfolge des § 139 BGB

Im Bereich individualvertraglicher Regelungen ordnet § 139 BGB grundsätzlich die Unwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts und damit also auch der für unwirksam erachteten Klausel selbst an. Ist dagegen anzunehmen, dass das zugrunde liegende Rechtsgeschäft auch ohne den unwirksamen Teil vorgenommen worden wäre, bleibt es aufrechterhalten.

Die Regelung ist nach ihrem Wortlaut eindeutig. Das Rechtsgeschäft bleibt bestehen. Die unwirksame Klausel entfällt vollständig.

Dennoch gibt es zahlreiche Fallgestaltungen, in denen diese Rechtsfolge für nicht interessengerecht erachtet wird. Hier soll dann nicht die Rechtsfolge des § 139 BGB eingreifen, sondern die unwirksame Klausel soll in einem zulässigen Maß aufrecht erhalten bleiben oder durch eine wirksame Regelung ersetzt¹⁵ werden.

Betroffen sind in erster Linie die Fälle, in denen gegen Preisvorschriften verstoßen wurde. Diesen liegt die Besonderheit zugrunde, dass die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäftes sich mitunter auch nachteilig für den Vertragspartner des Klauselverwenders auswirken könnte. Rechtsfolge soll dann nicht die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäftes und auch nicht der vollständige Wegfall der unwirksamen Klausel sein, sondern das Rechtsgeschäft soll mit dem zulässigen Preis aufrechterhalten werden.¹⁶

bb) Die Rechtsfolge der §§ 6 AGBG/306 BGB

Eine andere Regelung sehen §§ 6 AGBG/306 BGB für den Fall Allgemeiner Geschäftsbedingungen vor. Nach den jeweiligen Abs. 2 der beiden Regelungen richtet sich der Inhalt des Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften, soweit einzelne Klauseln sich als unwirksam erweisen. Der primäre Rückgriff auf dispositives Recht ist damit gesetzlich verankert.

¹⁵ vgl. hierzu die Nachweise bei Palandt/Heinrichs, § 139 Rdnr. 18.

¹⁶ vgl. zum ganzen Palandt/Heinrichs, § 139 Rdnr. 18 und § 134 Rdnr. 27. Zu entscheiden war beispielsweise über den Fall einer Überschreitung der Honorarsätze der HOAI: BGH Urt. v. 09.11.1989 - VII ZR 252/88 = BauR 1990, 239 = NJW-RR 1990, 276 = WM 1990, 689 = MDR 1990, 535 oder über eine unwirksame Honorarabrede eines Rechtsanwalts: BGH Urt. v. 26.10.1955 - VI ZR 145/54 = BGHZ 18, 340.

Dieses Ergebnis wird nicht immer für interessengerecht erachtet, so dass in vielen Fällen durchaus berechtigt die Frage aufgeworfen werden darf, ob die für unwirksam erachtete Klausel nicht gegebenenfalls in einem noch zulässigen Umfang aufrechterhalten werden kann.

Oftmals erscheint es nämlich sachgerechter, eine an sich für unwirksam zu erachtende Klausel nicht in ihrer Gesamtheit für unwirksam zu erklären, sondern teilweise aufrechtzuerhalten. Hier stellt sich die Frage, ob nicht solche Klauseln, die zwar gegen §§ 6 Abs. 2 AGBG/306 Abs. 2 BGB verstoßen, sich aber im übrigen positiv für den Klauselgegner auswirken würden, im zulässigen Umfang aufrecht erhalten werden, oder ob sie gegebenenfalls im Wege der ergänzenden Auslegung durch eine Klausel mit entsprechend wirksamen Klauselinhalt ersetzt werden dürfen.

cc) kurze Übersicht zum Meinungsstand

Die verschiedenen hierzu in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze werden im weiteren Verlauf dieser Arbeit einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. An dieser Stelle soll vorab nur ein kurzer Überblick über die vier im wesentlichen hierzu vertretenen Lösungsansätze gegeben werden, wobei deutlich gemacht werden darf, dass es einen allgemeingültigen Lösungsweg, sozusagen ein „Patentrezept“ zur Behandlung unwirksamer Bauvertragsklauseln nicht gibt. Die in der Literatur vertretenen Lösungsansätze stellen sich als durchweg uneinheitlich dar und auch die in der Rechtsprechung vertretenen Lösungsansätze sind – wie im weiteren Verlauf der Arbeit dargetan werden wird – nicht stets von einer deutlich erkennbaren einheitlichen Linie geprägt.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Meinungsstand erfolgt im zweiten Teil dieser Arbeit.

- Die Teilbarkeit von Klauseln

Teilweise wird bei Beurteilung der Rechtsfolge der Unwirksamkeit einer Klausel danach unterschieden, ob die Klausel sich als teilbar darstellt. Entscheidend soll demnach sein, ob die betreffende Klausel inhaltlich teilbar ist. Ist dies der Fall, so soll nur der AGB - widrige Teil der Klausel unwirksam sein. Der abtrennbare gesetzeskonforme Teil der Klausel soll dagegen aufrecht erhalten und damit auch wirksam bleiben. Schlagwortartig lässt sich von einer Heilung bei Teilbarkeit der Klausel sprechen.

- *Die ergänzende Vertragsauslegung*

Ein weiterer Lösungsansatz ergibt sich aus dem Rechtsinstitut der ergänzenden Vertragsauslegung. Unter Anwendung der Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung soll die unwirksame Klausel nicht zum Teil aufrechterhalten, sondern zunächst in vollem Umfang kassiert und dann durch eine (noch) gesetzeskonforme Regelung ersetzt werden. Man könnte insofern von einer Heilung durch ergänzende Vertragsauslegung sprechen.

Die Vertreter beider Ansätze wollen die jeweils vorgeschlagene Vorgehensweise aber nicht uneingeschränkt angewandt wissen, sondern stellen mitunter mehr oder weniger strenge Anforderungen, welche die jeweilige Klausel zu erfüllen hat, um der Folge gänzlicher Unwirksamkeit zu entgehen. Diese Einschränkungen stellen teilweise auch ein Zugeständnis an die Vertreter der dritten Ansicht dar, die von einem grundsätzlichen Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion ausgehen.

- *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*

Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bedeutet eine Unwirksamkeit als unwirksam erkannter Klauseln ohne jede Ausnahme. Unter geltungserhaltender Reduktion ist dabei eine Aufrechterhaltung der Klausel im angemessenen Umfang zu verstehen. Eine solche soll grundsätzlich nicht zulässig sein. Jede hiervon abweichende Behandlung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt nach dieser Ansicht eine klare Gesetzesumgehung dar.

- *Die Privilegierung der VOB/B oder der Gedanke der Kompensation*

Auf der Basis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu diesem Bereich zeigt sich im Bereich der VOB/B, deren Regelungen ebenfalls Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, noch ein vierter Fall, in dem unwirksame Bauvertragsklauseln weiterhin Geltung beanspruchen können, der Fall der Privilegierung der VOB/B „als Ganzes“.

Die VOB/B enthält als solche verschiedene Regelungen, die einer Überprüfung anhand der §§ 5 ff. AGBG/305 ff. BGB nicht standhalten würden. So sollen zwar die Regelungen der §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 5, 2 Nr. 6 und 18 Nr. 4 einer Inhaltskontrolle standhalten.¹⁷ Die Regelungen der §§ 2 Nr. 8 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2, 12 Nr. 5, 13 Nr. 4, 16 Nr. 3 Abs. 2 und des § 16 Nr. 6 hingegen nicht.^{18/19} Die VOB/B würde einer Überprüfung anhand der §§ 5 ff. AGBG/305 ff. BGB somit in weiten Bereichen nicht standhalten.

¹⁷ vgl. Kniffka/Koebke, 3. Teil Rdnr. 33, S. 68 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁸ vgl. Kniffka/Koebke, 3. Teil Rdnr. 34, S. 68 mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁹ jeweils im Stand der Fassung von 2002.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes²⁰ ist allerdings die VOB/B, wenn sie „als Ganzes“ vereinbart ist, einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 5 ff. AGBG/305 ff. BGB entzogen. Im Ergebnis führt diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes damit dazu, dass ein gesamtes Regelwerk für wirksam erachtet wird, obwohl einzelne darin enthaltenen Klauseln für sich betrachtet unwirksam wären.

Grund für diese Sonderbehandlung ist, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit als „ausgewogenes Regelwerk“ angesehen wird. An der Erstellung waren die Interessengruppen beider Vertragsparteien eines Bauvertrages beteiligt, so dass die VOB/B „einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im ganzen einigermäßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen“²¹ gewährleisten können soll. Damit sei davon auszugehen, dass auf jeder Vertragsseite begünstigende und belastende Klauseln vorhanden seien, so dass letztlich von einer Kompensation der Vor- und Nachteile ausgegangen werden könne.

Schlagwortartig wäre von einer Heilung durch Kompensation zu sprechen.

Tatsächlich handelt es sich hier wohl aber nicht um einen Fall der Heilung einer Klausel, da die Klauseln einer richterlichen Überprüfung tatsächlich nicht unterzogen werden.

Die Privilegierung der VOB/B bei Vereinbarung als Ganzes hat ihre Brisanz durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes weitestgehend verloren. Nach dieser Rechtsprechung führt nämlich jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht mehr darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.²² Von erheblicher Bedeutung ist allerdings die Frage, welche Auswirkungen das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und die sog. Klausel-Richtlinie 93/13/EWG auf die Privilegierung der VOB/B haben. Diese Frage wird im weiteren Verlauf der Arbeit ebenfalls noch vertieft behandelt werden.

b) Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile.

Im ersten Teil wird Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu unwirksamen Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Bauverträgen und die hier-

²⁰ BGH Urt. v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135 = BauR 1983, 161 = NJW 1983, 816 = ZIP 1983, 325 = MDR 1983, 393.

²¹ BGH Urt. v. 16.12.1982 - VII ZR 92/82 aaO..

²² BGH Urt. v. 22.01.2004 – VII ZR 419/02, NJW 2004, 1597 = ZfBR 2004, 362 = ZIP 2004, 511.

zu entwickelten Möglichkeiten einer Heilung solcher Klauseln einer näheren Betrachtung unterzogen.

Im zweiten Teil werden die in der Literatur vertretenen Ansichten zur Heilung als unwirksam erkannter Allgemeiner Geschäftsbedingungen dargestellt werden, wobei vor allem auch die Vorschrift des § 6 AGBG genauer betrachtet und einer Auslegung unterzogen werden soll.