
Datum: 19.01.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 128/95
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:0119.3U128.95.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 21 O 401/94

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 2.3.1995 verkündete Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Köln (21 O 401/94) wird zurückgewiesen. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 13.000 DM abwenden, sofern die Beklagten nicht zuvor Sicherheit in gleicher Höhe erbringen. Die Sicherheitsleistung kann auch durch die selbstschuldnerische Bürgschaft einer in Deutschland ansässigen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

Tatbestand	1
Die Klägerin verfolgt mit der Klage Gewährleistungsansprüche	2
aus einem mit der Beklagten zu 1. geschlossenen Bauleistungs-	3
vertrag vom 8.7./15.8.1989. Wegen des Wortlauts des Vertrags	4
wird auf die Anlagen zur Klageschrift (Bl. 13 ff. d.A.) ver-	5
wiesen.	6
Die Klägerin, die die Auffassung vertritt, Vertragsbestand-	7
teil seien auch ihre "Allgemeinen Vertragsbedingungen für	8
	9

Bauleistungen" geworden, die hinsichtlich der Verjährung von	
Gewährleistungsansprüchen - abweichend von der vereinbarten	10
VOB - die Geltung des § 638 BGB vorsehen, hat behauptet, die	11
- unstreitig im Dezember 1989 abgenommenen - Bauleistungen	12
der Beklagten seien mangelhaft.	13
Sie hat beantragt,	14
1.die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner	15
150.000 DM nebst 5% Zinsen seit Rechtshängigkeit zu	16
zahlen.	17
2.festzustellen, daß die Beklagten als Gesamtschuld-	18
ner verpflichtet sind, ihr sämtliche Schäden zu er-	19
setzen, die ihr dadurch entstehen, daß in die Kel-	20
ler der Häuser S. Wasser eindringt, sofern die ihr	21
entstehenden Schäden nicht durch die Zahlung eines	22
Kostenvorschusses in Höhe von 143.750 DM für die Män-	23
gelbeseitigung abgegolten sind.	24
Die Beklagten haben beantragt,	25
die Klage abzuweisen.	26
Die Beklagten, die sich auf Verjährung berufen, haben behauptet, die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen"	27
der Klägerin erstmals im vorliegenden Rechtsstreit zur Kenntnis erhalten zu haben.	28
	29
	30
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands	31
des ersten Rechtszugs sowie des Inhalts des angefochtenen Ur-	32
teils wird auf die Entscheidung des Landgerichts vom 2.3.1995	33
verwiesen, mit der die Klage unter Hinweis auf die Verjährung	34
abgewiesen worden ist.	35
Gegen dieses ihr am 29.3.1995 zugestellte Urteil hat die Klä-	36
	37

gerin mit beim nunmehr erkennenden Gericht an dem auf den	
Maifeiertag folgenden Dienstag, dem 2.5.1995, eingegangenen	38
Schriftsatz Berufung eingelegt und diese innerhalb der ver-	39
längerten Begründungsfrist begründet.	40
Die Klägerin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen	41
Vortrag. Sie beruft sich unter Beweisantritt insbesondere	42
darauf, die Beklagte zu 1) habe ihre "Allgemeinen Vertragsbe-	43
dingungen für Bauleistungen" sowohl bei dem Auftrag vom	44
8.7./15.8.1989 als auch bei zahlreichen vorausgegangenen er-	45
halten.	46
Die Klägerin beantragt,	47
unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den	48
in der erstinstanzlichen Schlußverhandlung gestell-	49
ten Anträgen zu erkennen.	50
Die Beklagten beantragen,	51
die Berufung zurückzuweisen.	52
Wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Parteienvor-	53
trags wird auf den Inhalt der wechselseitigen Parteischrift-	54
sätze Bezug genommen.	55
Die Akten des Prozesses 89 O 18/91 LG Köln-3 U 153/91 OLG	56
Köln, in dem die Beklagte zu 1. ihren Werklohn eingeklagt	57
hat, sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht	58
worden.	59
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	60
Die Berufung ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Er-	61
folg.	62
Das Landgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender	63
Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug	64
	65

genommen wird, abgewiesen.

Dem Klagebegehren steht nicht von vornherein die Ent- 66
scheidung des Senats vom 13.8.1993 in dem Vorprozeß 89 O 67
18/91 LG Köln/3 U 153/91 OLG Köln entgegen, in dem die Kläge- 68
rin sich gegen die Werklohnforderung mit dem Hinweis auf Män- 69
gel verteidigt und der Senat ein Zurückbehaltungsrecht unter 70
Hinweis auf die Verjährung zurückgewiesen hat, weil sich die 71
Klägerin in jenem Verfahren nicht auf ihre "Allgemeinen Ver- 72
tragsbedingungen für Bauleistungen" berufen hat. 73
Derartige Einwände - kommen sie letztlich auch einer Aufrech- 74
nung gleich, für die § 322 Abs.2 ZPO eine Rechtskrafterstrek- 75
kung vorsieht - erwachsen jedoch nicht in Rechtskraft. 76
Eine analoge Anwendung des 322 Abs.2 ZPO auf ein Zurückbe- 77
haltungsrecht aufgrund von Gegenforderungen verbietet sich 78
wegen des Ausnahmecharakters der Bestimmung (vgl. Zöl- 79
ler/Vollkommer § 322 Rdn 15). 80
Etwaige Gewährleistungsansprüche sind jedoch, wie das 81
Landgericht zutreffend ausgeführt hat, verjährt, weil eine 82
Einbeziehung der "Allgemeine Vertragsbedingungen für Baulei- 83
stungen" der Klägerin in die vertragliche Vereinbarung der 84
Parteien auch unter Berücksichtigung der mit der Berufung 85
vorgebrachten Argumente nicht ersichtlich ist. 86
Dies gilt zunächst für den Fall, daß die AGB dem Vertrags- 87
formular nicht beigelegt waren und die Beklagten auch nicht 88
aufgrund früherer Aufträge Kenntnis von ihnen hatten. 89
Es ist zwar richtig -wie die Berufung betont-, daß § 2 AGBG 90
im Hinblick auf die Kaufmannseigenschaft der Parteien keine 91
Anwendung findet (§ 24 Nr.1 AGBG). Das ändert aber nichts 92
93

darán, daß es einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung der AGB	
bedarf (vgl. BGH NJW 1992, 1232).	94
Ob Kaufleute gehalten sind, den im Vertrag nicht genannten	95
AGB des Partners zu widersprechen, wenn sie davon wissen, daß	96
dieser seinen Geschäften bestimmte AGB zugrundelegt (vgl.	97
hierzu den Rechtsprechungsnachweis in MÜKo § 2 AGBG Fußn.26),	98
ist für die Beurteilung des Falles nicht von Bedeutung, denn	99
die Klägerin hat auf ihre "Allgemeinen Vertragsbedingungen	100
für Bauleistungen" in der Vertragsurkunde ausdrücklich hingewiesen.	101
	102
In einem solchen Fall genügt es nach der Rechtsprechung des	103
Bundesgerichtshofs (DB 1979, 982, 983; NJW 1988, 1210,1212)	104
grundsätzlich, daß der Verwender seine AGB dem Vertragspartner	105
auf dessen Bitte zur Verfügung stellt, der Vertragspartner	106
also gehalten ist nachzufragen.	107
Diese Rechtsprechung kommt aber wegen der Besonderheiten des	108
Vertrages vom 8.7./15.8.1989 und dessen Aussagebedeutung	109
nicht zum Tragen.	110
Da die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen"	111
entgegen Ziff.7 des Vertrages weder beigelegt waren noch die	112
Klägerin die unterschriebenen Bedingungen einforderte, kann	113
man dem nur den objektiven Aussagewert beimessen, daß es der	114
Klägerin auf diese Bedingungen nicht ankam und ihr die Vereinbarung	115
ihrer "Besonderen Vertragsbedingungen" und der VOB	116
genügte. Unter diesen Umständen kann auch keine Verpflichtung	117
der Beklagten, die sich zu keiner anderen Deutung veranlaßt	118
sehen mußten, zur Nachfrage angenommen werden, ob die Klägerin	119
nicht doch auch die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für	120
	121

Bauleistungen" wünschte und diese auch gelten sollten, wenn sie nicht unterschrieben zurückgesandt wurden.	122
Ob den Beklagten die "Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen" anlässlich des Vertrages ausgehändigt worden sind, wie die Klägerin behauptet, die sich in dem Prozeß 89 O 18/91 LG Köln allerdings - bei Richtigkeit ihrer jetzigen Behauptung unverständlicherweise - noch nicht auf die Vereinbarung dieser Bedingungen berufen hat, kann dahinstehen.	123
Eine vertragliche Vereinbarung auch der "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen" kann auch in diesem Fall nicht angenommen werden. Dann konnten die Beklagten den "Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen" zwar entnehmen, daß darin u.a. die für die Klägerin wichtige Verjährungsfrage abweichend von der VOB geregelt war und diese AGB nach der Eingangsklausel für alle auch in Zukunft erteilten Aufträge gelten sollten.	124
Das ändert aber nichts daran, daß sich angesichts der konkreten Umstände eine, wenn auch nur stillschweigende Vereinbarung über den Einbezug der "Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen" für den bestimmten Auftrag nicht feststellen läßt, denn es bedurfte angesichts der Vertragsklauseln 7 und 9, die es so auch bei den früheren Verträgen gab, einer ausdrücklichen Unterzeichnung. Sicherlich konnte man von diesem Erfordernis stillschweigend abweichen. So hat die Klägerin "die Gültigkeit" des Auftrags auch entgegen Ziff. 9 nicht von den unterzeichneten AGB abhängig gemacht.	125
Indem sie ihre eigenen strengen Abforderungen an einen förmlichen Einbezug der "Allgemeine Vertragsbedingungen für Bau-	126
	127
	128
	129
	130
	131
	132
	133
	134
	135
	136
	137
	138
	139
	140
	141
	142
	143
	144
	145
	146
	147
	148
	149

leistungen" in den Vertrag aber ignorierte, war objektiv für	
die Beklagten nicht mehr erkennbar, daß die Klägerin ihre	150
"Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen" einbezie-	151
hen wollte. Vielmehr durften sie darauf vertrauen, nur bei	152
Unterzeichnung eines AGB-Formulars sich auch hinsichtlich	153
dieser "Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen" ge-	154
bunden zu haben.	155
Der Umstand, daß sich die Parteien bei den vorausgegangenen	156
Aufträgen genauso verhalten haben, läßt zugunsten der Kläge-	157
rin nicht den Rückschluß auf einen einverständlichen Einbezug	158
der AGB zu, denn durch die Wiederholung ändert sich nichts an	159
der Qualität des jeweiligen Vorgehens.	160
Für den Auftrag vom 8.7./15.8.1989 kommt zudem entscheidend	161
noch hinzu, daß die Beklagte zu 1. das ihr übersandte und	162
seitens der Klägerin unter dem 8.7.1989 unterzeichnete Ver-	163
tragsformular erst am 15.8.1989 mit Änderungen versehen un-	164
terschrieben zurücksandte.	165
Handelte es sich somit gemäß § 150 Abs.2 BGB um die Ablehnung	166
des klägerischen Vertragsantrags verbunden mit einem neuen	167
Beklagtenantrag, kommt dem Umstand, daß die Beklagte zu 1)	168
die "Allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen" der	169
Klägerin nicht gleichzeitig unterzeichnet mitübersandte und	170
dies in der Folgezeit von der Klägerin auch nicht eingefor-	171
dert wurde, noch deutlicher der Aussagewert zu, daß die Be-	172
klagte zu 1) sich zu der Einbeziehung der genannten AGB eben	173
nicht bereitfand.	174
Sollte die Klägerin gleichwohl von der Geltung ihrer "Allge-	175
meinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen" ausgegangen	176
	177

sein, muß sie sich diesen Irrtum selber zuschreiben, trifft	
sie als Verwender der Bedingungen doch das Risiko, eindeutige	178
Regelungen aufzustellen, sollen sie Verbindlichkeit erlangen.	179
Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge aus	180
§ 97 Abs.1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.	181
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht	182
auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.	183
Streitwert des Berufungsverfahrens und Beschwer für die	184
Klägerin: 180.500 DM	185
