

17

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 16 D

Enthalten vom Auftraggeber (hier: bei der Vergabe von Gerüstarbeiten erheblichen Umfangs mit vorgesehener Vorhaltezeit von 2 Jahren) gestellte "Besondere Vertragsbedingungen", die nach den getroffenen Abreden der VOB/B vorgehen sollen, die Bestimmung,

daß auf Abschlagszahlungen bis zur Erteilung der Schlußrechnung ein Sicherheitseinbehalt von 10 v.H. ausbedungen wird,

so ist die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart und damit § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B unanwendbar (im Anschluß an Senatsurteil BGHZ 101, 357).

BGH, Urt. v. 23. November 1989 - VII ZR 228/88 - KG

LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

17

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 228/88

URTEIL

Verkündet am
23. November 1989
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hilmar H., handelnd unter der Firma Horst
und Erduin H., K. Straße 31/32, B.,

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. . und
-

g e g e n

das Land Berlin, vertreten durch den Senator für Finanzen,
N. Straße 53/55, Berlin ,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. . und
Dr. v. . -

WI

17

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Prof. Dr. Walchshöfer, Dr. Thode und Hausmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 21. April 1988 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Das beklagte Land (in Zukunft: der Beklagte) beauftragte den Kläger am 15. Juni 1978 mit Gerüstarbeiten für ein großes Bauvorhaben. In dem Vertrag wurde die Geltung der VOB/B, der Zusätzlichen Vertragsbedingungen Berlins für die Ausführung von Bauleistungen (Fassung 1974 - ZVB 1974 = Amtsblatt für Berlin, 1974, S. 1012/1017) und weiterer "Besonderer Vertragsbedingungen" vereinbart. Das Auftragsvolumen lag bei über 4 Mio. DM.

Mit "Schlußrechnung" vom 1. Februar 1982 verlangte der Kläger 4.652.919,17 DM brutto abzüglich bezahlter 3.488.000 DM, also noch 1.164.919,17 DM. Während der von dem Beklagten mit der Rechnungsprüfung beauftragte Architekt K. diese Rechnung auf 295.209 DM kürzte, teilte der Beklagte mit Schreiben vom 11. Februar 1982 mit, daß er den "Restbetrag in Höhe von 216.288,44 DM" umgehend zur Auszahlung bringen werde.

Das Schreiben des Klägers vom 25. Februar 1982, mit dem er sich nachdrücklich gegen die beabsichtigten Kürzungen wandte, beantwortete der Beklagte schließlich mit Schreiben vom 9. März 1982, in dem er an seiner im Schreiben vom 11. Februar 1982 zum Ausdruck gekommenen Haltung festhielt und mitteilte, daß der Schlußrechnungsbetrag in Höhe von 216.288,44 DM inzwischen angewiesen worden sei.

Am 18. März 1982 ging bei dem Kläger ein Betrag von 216.288,45 DM mit dem als Verwendungszweck angegebenen Vermerk "Schluß-Rg v. 02.02.82" ein.

Mit Schreiben vom 18. Juli 1983 verlangte der Kläger erneut die Zahlung des noch offenen Restbetrages. Die Einschaltung der "VOB-Stelle" des Beklagten blieb erfolglos. Der Beklagte lehnte in der Folgezeit eine Zahlung auch im Hinblick auf § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ab. Der Kläger fordert jetzt noch 604.392,74 DM nebst Zinsen.

Er ist damit in beiden Vorinstanzen unterlegen. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hält die Klage, über deren materielle Berechtigung an sich noch nicht sachlich befunden werden könne, schon wegen der Schlußzahlungseinrede für unbegründet. Es sieht sich an der Anwendung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B auch nicht durch die ZVB 1974 gehindert und führt insoweit aus:

Soweit Nr. 4 (zu § 2 Nr. 4 VOB/B) bestimme, daß die dafür vereinbarte Vergütung ganz - unter Nichtanwendung des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B - entfalle, wenn der Auftraggeber Leistungen selbst übernehme oder einem anderen Unternehmer übertrage, gelte das nur, falls der Auftraggeber sich das ausdrücklich vorbehalten habe. Da es hier an einem derartigen Vorbehalt fehle, spiele diese Klausel bei der Frage, ob die VOB/B "als Ganzes" vereinbart worden sei, keine Rolle.

Auch Nr. 17 (zu § 8 VOB/B) enthalte für den Fall der dort vorausgesetzten besonders schwerwiegenden Unregelmäßigkeiten keine unangemessene Sanktion, so daß der Kernbereich der VOB/B dadurch nicht berührt werde.

Schließlich falle auch die Tatsache, daß sich der Beklagte in Nr. 10 der "Besonderen Vertragsbedingungen" auf Abschlagszahlungen einen Sicherheitseinbehalt von 10 % "bis zur Legung der Schlußrechnung" ausbedungen habe, nicht sonderlich ins Gewicht und stelle die Ausgewogenheit der VOB-Bestimmungen nicht in Frage.

2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht die Bedeutung der Klausel Nr. 10 der vorrangig vereinbarten "Besonderen Vertragsbedingungen" unterbewertet hat.

Wie der Senat bereits entschieden hat (BGHZ 101, 357, 360/362), liegt in dem Einbehalt von 10 % der eigentlich geschuldeten Abschlagszahlungen eine deutliche Abweichung von dem Regelungsgehalt des § 16 VOB/B zum Nachteil des Auftragnehmers. Schon damit ist die VOB/B nicht mehr "als Ganzes" vereinbart.

Dem steht nicht entgegen, daß die Parteien hier - anders als in dem damals entschiedenen Fall - keinen Sicherheitseinbehalt von der Schlußrechnungssumme vereinbart haben. Das kam hier von vornherein nicht in Betracht, weil der Kläger lediglich Gerüstarbeiten zu erbringen hatte, mit deren Abschluß das Gewährleistungsrisiko weitgehend entfiel. Da bei dieser Sachlage auch mit den Abschlagszahlungen, die

ohnehin nur "in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen" (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B) geschuldet werden, keine ins Gewicht fallenden Mängelrisiken verbunden sind, besteht kein sachlicher Grund, dem Auftragnehmer einen nicht unwesentlichen Teil der Abschläge auf seine Vergütung bis zur Schlußrechnung vorzuenthalten. Das gilt um so mehr, als hier schon im Vertrag vorgesehen war, daß die Gerüste bei einem beträchtlichen Auftragsvolumen 2 Jahre lang vorzuhalten waren.

3. Greift damit aber die Bestimmung der Nr. 10 der "Besonderen Vertragsbedingungen" - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - doch in den "Kernbereich" der VOB/B ein und ist somit die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart, kann auch auf § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1973) nicht zurückgegriffen werden. Denn diese Bestimmung verstößt bei "isolierter" Würdigung gegen § 9 AGBG und ist dann unwirksam (Senatsurteile BGHZ 86, 135, 142; 101, 357, 364 ff; 102, 41, 51; 107, 205, 207; vgl. ferner die Senatsurteile NJW 1987, 2582 und vom 28. September 1989 - VII ZR 167/88, zur Veröffentlichung vorgesehen). Darauf, ob hier überhaupt eine vorbehaltlose Schlußzahlung geleistet worden ist, kommt es nicht mehr an.

4. Das angefochtene Urteil kann daher nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an

das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich nun dem weiteren Vorbringen wird zuwenden müssen, mit dem die Parteien um die sachliche Berechtigung des Klageanspruchs streiten.

Girisch

Bliesener

Walchshöfer

Thode

Hausmann