

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

AGBG § 23 Abs. 2 Nr. 5; ZVB-StB 80 (= Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, Ausgabe 1980) Nr. 14 und Nr. 15; VOB/B § 2 Nr. 3

Nr. 14 und Nr. 15 ZVB-StB 80 enthalten jedenfalls insgesamt einen so schwerwiegenden Eingriff in die nach § 2 VOB/B begründeten Rechte des Auftragnehmers, daß die VOB/B in ihrem Kernbereich betroffen und deshalb nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1990 - VII ZR 248/89 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 248/89

URTEIL

Verkündet am
20. Dezember 1990
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Bauunternehmung F [REDACTED] W [REDACTED] GmbH, vertreten
durch ihre Geschäftsführer Werner M [REDACTED], Walter R [REDACTED] und
Hermann K [REDACTED], Auf der N [REDACTED], S [REDACTED]-G [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

- die Firma Werner R [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch ihre
persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma R [REDACTED] B [REDACTED]
[REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
Werner R [REDACTED], H [REDACTED], S [REDACTED]-G [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WI

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 30. Juni 1989 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte beauftragte die Klägerin 1986 mit Straßen- und Kanalarbeiten für ein Erschließungsprojekt in Saarbrücken. Der Vertrag sieht die Geltung der VOB/B und der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau 1980 (ZVB-StB 80) vor.

Nach Beendigung der Arbeiten kam es zum Streit über den Restwerklohn von 83.777,28 DM. Die Klage auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen haben die Vorinstanzen abgewiesen, weil die Klägerin gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B mit ihrer Forderung ausgeschlossen sei. Sie haben in einem Schreiben der Beklagten vom 5. Mai 1989 eine endgültige Ablehnung weiterer Zahlungen unter Hinweis auf geleistete Zahlungen gesehen.

Dagegen richtet sich die - angenommene - Revision der Klägerin, die die Beklagte zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die VOB/B sei als Ganzes vereinbart worden. Die in der ZVB-StB 80 geregelten Änderungen der VOB/B fielen nicht ins Gewicht, so daß

§ 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B anwendbar bleibe. Zu den § 2 VOB/B betreffenden Änderungen führt es aus:

Soweit in Nr. 14 ZVB-StB 80 entgegen § 2 Nr. 3 VOB/B bei Bedarfspositionen die Festsetzung eines neuen Preises erst bei einer Mengenabweichung von 100 % verlangt werden könne, müsse berücksichtigt werden, daß es nur um die Positionen gehe, bei denen von vornherein erkennbar sei, daß trotz des angegebenen Mengenansatzes nicht feststehe, ob und in welchem Umfang sie zur Ausführung kämen.

Soweit nach Nr. 15.2 ZVB-StB 80 bei einer Änderung des Bauentwurfs oder wegen anderer Anordnungen des Auftraggebers das Verlangen nach einer erhöhten Vergütung dem Auftraggeber vor der Ausführung schriftlich angekündigt werden müsse, sähe bereits § 2 Nr. 5 VOB/B vor, daß die Vereinbarung eines neuen Preises vor der Ausführung getroffen werden solle. Wenn lediglich eine Ankündigung verlangt werde, sei das keine ins Gewicht fallende Änderung. Das gelte auch für die Verpflichtung nach Nr. 15.1 ZVB-StB 80, den Anspruch auf Bildung eines neuen Preises nach § 2 Nr. 3 VOB/B unverzüglich schriftlich dem Auftraggeber anzukündigen.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die mehrfache Abänderung des § 2 VOB/B ist von solchem Gewicht, daß die VOB/B nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist.

1. Nach Nr. 14 ZVB-StB 80 gelten die für Bedarfspositionen vereinbarten Preise auch bei einer Über- bzw. Unterschreitung des Mengenansatzes bis zu 100 %. Bedarfspositionen sind nach Nr. 4.2 ZVB-StB 80 "als solche im Leistungsverzeichnis gekennzeichnete Positionen mit Mengenansatz, bei denen zum Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht feststellbar ist, ob und in welchem Umfang sie zur Ausführung kommen. Hierzu gehören auch Stundenlohnarbeiten. Die Entscheidung über die Ausführung der Bedarfsposition trifft der Auftraggeber während der Bauzeit."

Mit der Entscheidung über die Ausführung der Bedarfsposition ist der Auftragnehmer verpflichtet, die darin vorgesehenen Leistungen zu dem vereinbarten Preis zu erbringen. Weicht die ausgeführte Menge um mehr als 10 % von der im Leistungsverzeichnis angegebenen Menge ab, hätte er unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 3 Abs. 2 und 3 VOB/B einen Anspruch auf Anpassung des Preises. Denn nach § 2 Nr. 3 VOB/B spielt es keine Rolle, daß die Ausführung der Leistung zum Zeitpunkt der Auftragserteilung ungewiß war. Entscheidend ist allein die Überschreitung oder Unterschreitung des Mengenansatzes. Sieht der Vertrag für eine Bedarfsposition einen derartigen Ansatz vor, obwohl die wirklich zur Ausführung gelangenden Mengen zunächst nicht feststellbar sind, gilt § 2 Nr. 3 VOB/B unabhängig davon, ob aus der Ausschreibung ersichtlich ist, daß die Massen lediglich überschlägig ermittelt worden sind (vgl. Heiermann NJW 1986, 2682, 2686). Denn auch dann übernimmt der Auftragnehmer bei uneingeschränkter Geltung der VOB/B nicht das mit einer fehlerhaften Schätzung des Auftraggebers verbundene Wagnis einer unzutreffenden Preiskalkulation.

Dieses Risiko wird ihm vielmehr erst durch die Regelung der Nr. 14 ZVB-StB 80 in weitaus größerem Maße auferlegt, als es die VOB/B vorsieht. Daß auch der Auftraggeber das Risiko einer zu seinen Lasten gehenden Fehlschätzung trägt, ist kein interessengerechter Ausgleich. Denn der Auftraggeber hat es durch seine Schätzung weitgehend in der Hand, eine für ihn ungünstige Abweichung von der Preiskalkulation von vornherein zu vermeiden.

2. Nr. 15 ZVB trifft folgende Regelung:

"15.1 Beansprucht der Auftragnehmer wegen einer über 10 v.H. hinausgehenden Überschreitung des Mengenansatzes einen höheren Preis, so muß er dies dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich ankündigen.

15.2 Beansprucht der Auftragnehmer wegen Änderung des Bauentwurfs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers eine erhöhte Vergütung, so muß er dies dem Auftraggeber vor der Ausführung schriftlich ankündigen."

Diese Regelung lehnt sich eng an den Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des § 2 Nr. 6 VOB/B an und enthält wie dieser eine Anspruchsvoraussetzung (Senatsurteil vom 20. März 1969 - VII ZR 29/67 = LM VOB/B Nr. 36 = Betrieb 1969, 1058 = SFH Z. 2.311 Bl. 31 ff = WM 1969, 1019 zur gleichlautenden Fassung des § 2 Nr. 6 VOB/B 1973; vgl. ferner Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., B § 2 Rdn. 299 m.w.N.). Dafür spricht im übrigen auch, daß ein Auftraggeber, der eine derartige Klausel einführt, ein starkes Interesse daran hat, die Einhaltung der Ankündigungspflicht möglichst nachhaltig zu gewährleisten. Das trifft aber für die Einführung einer Anspruchsvoraussetzung viel eher zu als

bei Begründung einer bloßen Nebenpflicht, deren Verletzung unter Umständen zwar Schadensersatzansprüche auslösen kann (Senat BGHZ 65, 354, 357), aber eben nicht den Anspruch selbst berührt.

Damit ändert die in Nr. 15 ZVB-StB 80 getroffene Regelung die Bestimmung des § 2 VOB/B in weitaus erheblicherem Maße ab, als es das Berufungsgericht annimmt. Nach § 2 Nr. 3 VOB/B entsteht der Anspruch unabhängig von einer unverzüglichen Ankündigung. Gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B soll zwar die Vereinbarung eines Preises vor der Ausführung erfolgen. Geschieht dies nicht, so hindert das jedoch die Entstehung des Anspruchs auf den neuen Preis nicht (Senat, BGHZ 50, 25, 30; Ingenstau/Korbion, aaO, B § 2 Rdn. 282).

3. Nach alledem enthalten die Regelungen der Nr. 14 und Nr. 15 ZVB jedenfalls insgesamt einen so schwerwiegenden Eingriff in die nach § 2 VOB/B begründeten Rechte des Auftragnehmers, daß die VOB/B in ihrem Kernbereich betroffen und deshalb nicht mehr als Ganzes vereinbart ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese zusätzlichen Regelungen ihrerseits mit den Vorschriften des AGB-Gesetzes vereinbar sind. Denn die Ausgewogenheit der VOB/B wird schon dadurch gestört, daß in ihren Kernbereich eingreifende Abweichungen überhaupt vereinbart sind (vgl. Senat BGHZ 101, 357, 359; Senatsurteil vom 28. September 1989 - VII ZR 167/89 = WM 1990, 276, 278).

Die Beklagte kann sich deshalb nicht auf die Wirkungen des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1979) berufen. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (1979) hält nämlich der nunmehr gebotenen "iso-

lierten" Inhaltskontrolle nicht stand und ist daher gemäß § 9 AGBG unwirksam (ständige Rechtsprechung, zuletzt Senatsurteile vom 23. November 1989 - VII ZR 228/88 = NJW 1990, 1365 f = ZfBR 1990, 70 = BauR 1990, 207 und vom 21. Juni 1990 - VII ZR 109/89 = NJW 1990, 2384).

Auf die Frage, ob auch andere Regelungen der ZVB-StB 80 in den Kernbereich der VOB/B eingreifen und das Schreiben der Beklagten vom 5. Mai 1987 die Voraussetzungen einer endgültigen Zahlungsablehnung im Sinne des § 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 2 VOB/B (1979) erfüllt, kommt es nicht mehr an.

4. Da Feststellungen dazu fehlen, ob die Forderung der Klägerin zu Recht besteht, ist das Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Bliesener

Quack

Hausmann

Wiebel