

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 26. August 1998 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Verein zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, verlangt von der beklagten Stadt, die Verwendung einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen.

Die Beklagte vergibt Bauleistungen. In ihren Ausschreibungen verwendet sie Besondere Vertragsbedingungen, die in einem von der Finanzverwaltung herausgegebenen Vergabehandbuch empfohlen werden. Das Vergabehandbuch soll bundesweit die einheitliche Durchführung und Abwicklung von Bauvergaben bewirken. In den Besonderen Vertragsbedingungen heißt es u.a.:

"Bauwasser (§ 4)

In der Schlußrechnung werden die Verbrauchskosten und etwaige Kosten für Messer und Zähler in Höhe von 1,2 % des Endbetrages der Schlußrechnung ... abgesetzt."

Gegen diese Klausel wendet sich die Klägerin mit ihrer Unterlassungsklage aus § 13 AGBG. Die Vorinstanzen haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klausel sei nach § 8 AGBG nicht kontrollfähig. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klausel enthalte eine Preisabrede, die nach § 8 AGBG der Inhaltskontrolle der Gerichte nicht unterliege. Der pauschale Abzug eines bestimmt bezeichneten Prozentsatzes der Schlußrechnungssumme regele nach seiner Zielrichtung lediglich die vom Unternehmer zu beanspruchende Vergütung und sei Teil der eigentlichen Preisabrede. Zwar sei nicht zu verkennen, daß die Klausel über den pauschalen Aufwendungsersatz für Bauwasser auf den ersten Blick an die Stelle dispositiven Gesetzesrechts trete, weil mit der Vergütung die vom Unternehmer zu tragenden Kosten für Energie, Wasser etc. zur Herstellung des Gewerks abgegolten seien und der

- 4 -

Unternehmer die Kosten für auf der Baustelle entnommenes Wasser zu erstatten habe. Die Klausel sei jedoch im Kern nichts anderes als eine sogleich bei Vertragsschluß vereinbarte Gewährung eines pauschal bestimmten Nachlasses. Sie knüpfe lediglich formal an den Verbrauch von Bauwasser an, habe tatsächlich aber mit einem Verbrauch und einem der Beklagten zu erstattenden Aufwendungsersatz nichts zu tun. Dieser in jedem Fall zu gewährende Nachlaß sei Teil der privatautonomen Gestaltung der Preise für die Hauptleistung.

II.

Diese Beurteilung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht beurteilt zutreffend die angegriffene Klausel als eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG. Die Klausel verliert ihren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht dadurch, daß die Höhe des vom Unternehmer hinzunehmenden Abzugs in die Klausel maschinenschriftlich eingefügt wird. Die Eintragung des Prozentsatzes stellt lediglich eine notwendige, aber unselbständige Ergänzung der Klausel dar (vgl. dazu: BGH, Urteile vom 2. Juli 1998 - IX ZR 255/97, NJW 1998, 2815 f und vom 17. März 1993 - VIII ZR 180/92, NJW 1993, 1651 f). Das wird in der Revision auch nicht in Zweifel gezogen.

2. Die angegriffene Klausel unterliegt entgegen der Meinung der Revision gemäß § 8 AGBG nicht der richterlichen Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG.

a) Nach § 8 AGBG gelten diese Vorschriften nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Der Inhalts-



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



kontrolle entzogen sind hingegen Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz oder andere Rechtsvorschriften unterliegen, sondern von den Vertragspartnern festgelegt werden müssen (st. Rspr.; z.B.: BGH, Urteile vom 18. Mai 1999 - XI ZR 219/98, WM 1999, 1271, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, und vom 19. November 1991 - X ZR 63/90, BGHZ 116, 117, 118 f). Aus dem Anwendungsbereich der §§ 9 bis 11 AGBG scheiden daher Abreden aus, die Art und Umfang der vertraglichen Leistungspflichten unmittelbar regeln. Dieser ist die Konsequenz aus dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz zur Vertragsfreiheit. Dies umfaßt auch das Recht der Parteien, den Preis für eine Ware oder eine Dienstleistung frei bestimmen zu können. Preisvereinbarungen für Haupt- und Nebenleistungen stellen deshalb im nicht preisregulierten Markt weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar und unterliegen daher grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle (BGH, Urteil vom 18. Mai 1999 aaO).

Der Inhaltskontrolle unterliegen Preisnebenabreden, die mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle dispositives Gesetzesrecht tritt, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt (BGH, Urteil vom 18. Mai 1999 aaO).

b) Eine solche Preisnebenabrede liegt nicht vor.

aa) Die beanstandete Klausel enthält eine von dem vereinbarten Werklohn unabhängige Entgeltabrede für eine selbständige Leistung des Bestellers. Sie regelt das selbständige Angebot des Bestellers, den Unternehmer bei der Herstellung seines Werkes auf der Baustelle mit Bauwasser zu beliefern. Als Gegenleistung dafür ist ein der Höhe nach pauschaliertes Entgelt festgesetzt. Dem Unternehmer bleibt es unbenommen, ob er bei Ausführung seiner Bauleistung das Angebot des Bestellers annehmen oder Bauwasser, sofern er es

benötigt, auf eigene Kosten selbst besorgen will. Daher kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (vgl. auch OLG Stuttgart, NJW-RR 1998, 312 f) die Beklagte als Besteller nur dann das der Höhe nach pauschalierte Entgelt für Bauwasser fordern, wenn der Unternehmer nachweislich von ihrem Angebot, das von ihr zur Verfügung gestellte Bauwasser zu nutzen, Gebrauch gemacht hat.

bb) Eine solche Abrede unterliegt ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz oder andere Rechtsvorschriften. Mit ihr wird allein der Preis für die Lieferung von Bauwasser festgesetzt. An die Stelle der Preisabrede, sofern eine wirksame vertragliche Regelung fehlen würde, könnte dispositives Gesetzesrecht nicht treten. Der Hinweis der Revision auf § 4 Nr. 4 Buchst. c VOB/B geht fehl. Die VOB/B ist keine gesetzliche Vorschrift i.S.v. § 6 Abs.2 AGBG.

cc) Die Klausel erhält nicht dadurch den Charakter einer Preisnebenabrede, daß die Kosten für verbrauchtes Bauwasser einschließlich etwaiger Kosten für Messer und Zähler pauschal mit 1,2 % des Werklohns von der Schlußrechnung des Unternehmers abgesetzt werden. Dieser Teil der Regelung zielt nicht auf eine verdeckte Erhöhung oder Verbilligung des eigentlichen, als solchen ausgewiesenen Preises (vgl. dazu: Ulmer/Brandner/Hensen AGBG, 8. Aufl., § 8 Rdn. 22 ff). Sie ermöglicht lediglich eine Verrechnung der rechtlich voneinander unabhängigen Forderungen des Unternehmers auf Werklohn und des Bestellers auf Entgelt für geliefertes Wasser.

c) Die Frage, ob die Verletzung des Transparenzgebotes die Inhaltskontrolle einer Klausel gebieten kann (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 8 Rdn. 8 a), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Entgegen der Auffassung der Revision ist die angegriffene Klausel nicht intransparent. Sie findet sich in den Besonderen Vertragsbedingungen der Beklagten, deren einzelne Bestim-

mungen sich ausdrücklich auf diejenigen der VOB/B beziehen und deren Regelungen teilweise modifizieren. Dies geschieht fortlaufend und übersichtlich entsprechend dem Aufbau der VOB/B.

Ullmann

Quack

Thode

Hausmann

Wiebel