

BUNDESGERICHTSHOF

3

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 20/87

Verkündet am
8. Oktober 1987
Seelinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landes Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Finanz-
minister des Landes Nordrhein-Westfalen, dieser vertreten
durch die Oberfinanzdirektion M[REDACTED], diese vertreten durch
den Oberfinanzpräsidenten, A[REDACTED]-H[REDACTED]-Straße [REDACTED],
M[REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

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

g e g e n

die Heinrich H[REDACTED] Hochbau GmbH & Co KG, vertreten durch die
Heinrich H[REDACTED] Hochbau GmbH, diese vertreten durch den Ge-
schäftsführer, den Bauunternehmer Heinrich H[REDACTED], K[REDACTED]
Straße [REDACTED], R[REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. November 1986 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Recht wegen

Tatbestand

Die Beklagte führte für das klagende Land (im folgenden: Kläger) beim Neubau eines Finanzamts Bauarbeiten aus. Dem Vertrag vom 3. November 1977 wurden neben der VOB/B die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen - EVM (B) ZVB (1975)" zugrundegelegt. Darin ist unter Nr. 24.4 folgendes geregelt:

"Im Falle einer Überzahlung hat der Auftragnehmer den zu erstattenden Betrag vom Empfang der Zahlung an mit 4 v.H. für das Jahr zu verzinsen."

Nach Abschluß des Bauvorhabens stellte der Kläger bei der Rechnungsprüfung fest, daß er an die Beklagte Überzahlungen in Höhe von 226.997,15 DM geleistet hat. Die Beklagte zahlte daraufhin - nach entsprechender Aufforderung des Klägers - diesen Betrag zurück. Der weiteren Aufforderung des Klägers, für den erstatteten Betrag gemäß Nr. 24.4 EVM (B) ZVB (1975) 4 % Zinsen in Höhe von 18.851,31 DM zu zahlen, kam sie nicht nach. Der Kläger verlangt deshalb mit der Klage - nach Berichtigung seiner Zinsrechnung - Zahlung von 18.797,22 DM nebst Zinsen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, die die Beklagte zurückzuweisen bittet, verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht nimmt an, dem Kläger stehe ein



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zinsanspruch nicht zu. Auf §§ 812, 818 BGB könne er sein Begehren nicht stützen, weil nach diesen Vorschriften der Bereicherungsschuldner nur zur Herausgabe der wirklich gezogenen Nutzungen verpflichtet sei, nicht aber auch ersparte Zinsaufwendungen ersetzen müsse. Der Kläger habe nicht vorgetragen, daß die Beklagte mit dem überzahlten Betrag Zinserträge erzielt habe. Er habe lediglich behauptet, sie habe entweder Zinsen in Höhe von 4 % gezogen oder eine Zinspflicht in dieser Höhe abgebaut. Diese aus einem nicht bestehenden Erfahrungssatz abgeleitete Behauptung sei unsubstantiiert und deshalb unbeachtlich. Aus Nr. 24.4 EVM (B) ZVB (1975) könne der Kläger den Klageanspruch ebenfalls nicht herleiten. Die Klausel sei mit wesentlichen Grundgedanken des Bereicherungsrechts nicht vereinbar, auch verstoße sie gegen Grundsätze der gesetzlichen Regelung über die Verpflichtung zur Verzinsung von Geldforderungen. Sie sei daher gemäß § 9 AGBG unwirksam.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß dem Kläger nach §§ 812, 818 BGB ein Anspruch auf Zinsen nicht zusteht. Ohne Rechtsfehler nimmt es an, daß ein etwaiger Zinsgewinn der Beklagten vom Kläger nicht substantiiert vorgetragen wurde. Ebenso ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe entweder Zinsen in Höhe von 4 % gezogen oder eine ent-

sprechende Zinspflicht abgebaut, als aus einem nicht bestehenden Erfahrungssatz abgeleitet und daher als unbeachtlich ansieht.

II.

Ein Anspruch des Klägers auf Zinszahlung ergibt sich auch nicht aus Nr. 24.4 EVM (B) ZVB (1975). Diese Klausel verstößt - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - gegen § 9 AGBG und ist daher unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 8. Oktober 1987 - VII ZR 185/86, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

1. In Rechtsprechung und Schrifttum ist umstritten, ob die in Nr. 24.2 EVM (B) ZVB (1985) enthaltene Klausel (bzw. die im wesentlichen inhaltsgleiche frühere Fassung der Nr. 24.4 EVM (B) ZVB (1975)) wirksam ist. Der Bundesgerichtshof hat die Frage bisher nicht entschieden. Gegen die Wirksamkeit der Regelung werden teilweise keine Bedenken erhoben (Heiermann/Riedl/Rusam/Schwaab, VOB, 4. Aufl., B § 16 Rdn. 135; Ingenstau/Korbion, VOB, 10. Aufl., B § 16 Rdn. 52 b; vgl. auch die bei Hahn BauR 1987, 269 Fn. 5 angeführten Nachweise aus der Rechtsprechung). Andererseits wird die Auffassung vertreten, daß die Klausel gegen Vorschriften des AGBG verstosse und daher unwirksam sei (OLG München - 9. Zivilsenat - BauR 1986, 702; Dähne in Festschrift für Korbion [1986] S. 39, 52 f; Frikell/Glatzel/Hofmann, Bauvertragsklauseln und AGBG, 2. Aufl., S. 184, 186; Hahn ZfBR 1982, 139, 140; ders. BauR 1987, 269; weitere Nachweise aus der Rechtsprechung bei Hahn BauR 1987, 269 Fn. 6).

Der Senat ist der Ansicht, daß die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren ist. Sie benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders unangemessen und ist gemäß § 9 AGBG unwirksam.

2. Die in der Klausel enthaltene Regelung verstößt allerdings nicht gegen die Klauselverbote des § 11 Nr. 4, 5, 15 AGBG.

a) Die Klausel hält der Inhaltskontrolle gemäß § 11 Nr. 4 AGBG stand. Danach ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Nachfrist zu setzen. Dabei liegt auch dann ein Verstoß gegen § 11 Nr. 4 AGBG vor, wenn die Klausel nicht ausdrücklich Mahnung oder Nachfristsetzung für entbehrlich erklärt, der Verwender aber für sich eine Rechtsfolge in Anspruch nimmt, die nach dem Gesetz erst aufgrund Mahnung oder Fristsetzung eintritt (vgl. BGH NJW 1983, 1320, 1322; 1985, 320, 324; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 5. Aufl., § 11 Nr. 4 Rdn. 4). § 11 Nr. 4 AGBG betrifft jedoch lediglich Allgemeine Geschäftsbedingungen, in denen von einer gesetzlichen Vorschrift abgewichen wird, die - wie z.B. §§ 284, 326, 634 BGB - eine Mahnung oder Nachfristsetzung als Voraussetzung eines bestimmten Anspruches enthalten (vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 4 Rdn. 1, 10).

Die Klausel würde daher nur dann von § 11 Nr. 4 AGBG erfaßt werden, wenn sie einen Anspruch auf Verzugszinsen

ohne die verzugsbegründenden Voraussetzungen gemäß § 284 BGB begründen würde. Dies ist nicht der Fall. Wie der Wortlaut und der Zusammenhang mit der in Nr. 24 ZVB insgesamt enthaltenen Regelung ergibt, dient die Klausel nicht als Anspruchsgrundlage für Verzugszinsen, sondern für die Herausgabe von Nutzungen unter dem Gesichtspunkt ungerechtfertigter Bereicherung. Dabei ist unbeachtlich, daß sich der damit verfolgte Zinsanspruch möglicherweise auch als wirtschaftlicher Ersatz für Verzugszinsen darstellt. Entscheidend ist allein, ob ein nicht als Anspruch auf Verzugszinsen ausgestaltetes Recht im Einklang mit anderen gesetzlichen Vorschriften begründet werden kann. Dies ist aber nicht nach § 11 Nr. 4 AGBG, sondern im Rahmen anderer Vorschriften zu prüfen.

b) Die Klausel verstößt auch nicht gegen § 11 Nr. 5 b AGBG. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist beschränkt auf die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruches des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung (vgl. zur Anwendung auf andere Abwicklungsregelung Senatsurteile NJW 1985, 632; 1985, 633, 634). Da durch die Regelung jedoch eine Pauschalierung der gemäß § 818 Abs. 1 BGB herauszugebenden Nutzungen begründet werden soll, liegen die Voraussetzungen des § 11 Nr. 5 b AGBG nicht vor.

c) Die Klausel verstößt ferner nicht gegen § 11 Nr. 15 AGBG. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert. Verboten sind somit alle Änderungen gesetzlicher oder von der Rechtsprechung entwickelter Beweislastregeln, ebenso eine Änderung der Grund-

sätze über den Beweis des ersten Anscheins. § 11 Nr. 5 AGBG geht jedoch als Sonderregelung § 11 Nr. 15 AGBG vor (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 11 Nr. 15 Rdn. 2). Soweit durch eine AGB-Bestimmung Nutzungen in Form eines bestimmten Zinssatzes pauschaliert und dem Vertragspartner des Verwenders ohne Gelegenheit des Gegenbeweises eines niedrigeren Betrages oder der Nichtnutzung aufgegeben werden, ist daher nicht das Verbot der Beweislaständerung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen maßgebend. Vielmehr ist eine solche Klausel an dem Grundsatz zu messen, daß Gegenbeweise durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht abgeschnitten werden können.

Grundsätzlich hat der Anspruchsberechtigte nachzuweisen, daß Nutzungen, insbesondere auch in Form von Zinsen, tatsächlich gezogen worden sind. Bei Kaufleuten besteht in gewissem Umfange eine Vermutung dafür, daß sie einen erlangten Kapitalbetrag zinsbringend angelegt haben (vgl. BGHZ 64, 322; Palandt/Thomas, BGB, 46. Aufl., § 818 Anm. 3 c; Büttner BB 1970, 233, 234 m.w.N.; vgl. aber auch OLG Hamburg BB 1984, 14, 16). Umgekehrt lassen sich bei Nichtkaufleuten Erfahrungssätze hinsichtlich der Erzielung und des Umfangs von Kapitalnutzungen nicht aufstellen (vgl. Büttner aaO S. 235).

Aufgrund der Klausel braucht aber weder der Verwender zu beweisen, daß sein Vertragspartner tatsächlich Nutzungen aus überzahlten Beträgen gezogen hat, noch wird diesem der Beweis gestattet, entgegen einer etwa vermuteten Nutzung gar nicht oder jedenfalls nicht in Höhe von 4 % oder erst später Nutzungen gezogen zu haben. Die Bestimmung führt

somit weder ausdrücklich noch mittelbar zu einer Beweislastumkehr oder auch nur zu einer "Beweislaständerung" (vgl. dazu BGH NJW 1987, 1634 = BGHZ 99, 374). Sie beinhaltet vielmehr den völligen Ausschluß jeglichen Beweises. § 11 Nr. 15 AGBG ist jedoch nur anwendbar, wenn der Inhalt der Klausel noch Raum für eine den Vertragspartner des Verwenders treffende Beweislast läßt. Alle durch einen (Gegen-)beweis nicht mehr änderbaren inhaltlichen Interessenverschiebungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sind daher nicht gemäß § 11 Nr. 15 AGBG zu überprüfen, sondern sind im Rahmen des § 9 AGBG zu würdigen (vgl. Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 11 Nr. 15 AGBG Rdn. 2).

3. Die in der Klausel enthaltene Regelung verstößt jedoch gegen § 9 AGBG.

a) Die maßgebliche gesetzliche Regelung, von der die Klausel abweicht, ist nicht in einer Reihe zivilrechtlicher, aus unterschiedlichen Gründen einen Zinsanspruch regelnder Normen zu sehen. Vielmehr ist als Vergleichsmaßstab allein von Bedeutung, welche dispositiven Vorschriften konkret durch die Klausel verdrängt werden sollen. Da Grundlage des Rückzahlungsanspruches das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung ist, die Klausel somit ausschließlich auf einen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch abzielt, muß die Regelung über die Verzinsung des Rückzahlungsanspruchs an den Vorschriften des Bereicherungsrechts gemessen werden.

aa) Gemäß § 818 Abs. 1 BGB ist der Bereicherungsgläubiger berechtigt, die gezogenen Nutzungen herauszuver-

langen. Dabei sind nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herauszugeben (Senatsurteil BGHZ 35, 356, 360; vgl. ferner BGHZ 64, 322, 323). Solange der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes nicht kannte und der Bereicherungsanspruch auch nicht rechtshängig war, eine verschärfte Haftung nach §§ 819, 818 Abs. 4 BGB also nicht eingetreten ist, braucht der Bereicherungsschuldner auch für schuldhaft unterlassene mögliche Nutzung nicht einzustehen. Bildet Geld den Gegenstand der Bereicherung, sind grundsätzlich ebenfalls nur die tatsächlich erlangten Zinsen seit Entstehung des Bereicherungsanspruches als Nutzungen herauszugeben. Ob hierunter auch durch die Bereicherung ersparte Aufwendungen fallen (so beispielsweise Büttner aaO S. 233, anders RGZ 136, 135, 136; Palandt/Thomas, aaO § 818 Anm. 3 c; Dähne aaO S. 53 f; Hahn ZfBR 1982, 139, 140) braucht nicht entschieden zu werden; dann kann es sich nur um nachweislich ersparte Aufwendungen handeln. Ferner gibt es keinen Grundsatz, wonach allgemein derjenige, der ohne Rechtsgrund Geld empfangen hat, dieses als Kapital nutzt und diese Nutzungen in Form üblicher Zinsen als Wertersatz herausgeben müßte (BGHZ 64, 322, 323).

bb) Die Klausel begründet - unabhängig von einer tatsächlich gezogenen Nutzung - auch gegen den gutgläubigen Bereicherungsschuldner einen Zinsanspruch. Daneben gewährt sie dem Gläubiger in jedem Fall der Überzahlung einen pauschalen Nutzungsvergütungsanspruch. Sie ändert daher materiellrechtlich die nach dem dispositiven Recht gegebene Lage erheblich ab.

Zugleich gestaltet sie auch die prozeßrechtliche Lage um. In der Rechtsprechung wird bei Verwendungen, die einen

bestimmten wirtschaftlichen Vorteil nach der Lebenserfahrung vermuten lassen (zinstragende Wertpapiere, als Betriebsmittel eingesetzte Darlehen, Verwendung durch Banken), der übliche Zinssatz als Wert der Nutzungen angesetzt (BGHZ 64, 322, 323 m.w.N.). Ob eine solche Lebenserfahrung allgemein für alle Vertragspartner der Klauselverwender dahin festgestellt werden kann, daß sie Überzahlungen anlegen und Nutzungen daraus ziehen, erscheint bereits zweifelhaft (vgl. Dähne aaO S. 53). Selbst wenn man eine solche Lebenserfahrung unterstellt, könnte es sich dabei doch nur um eine widerlegbare Tatsachenvermutung handeln, die sich prozeßrechtlich als Beweiserleichterung für den Bereicherungsgläubiger auswirken könnte. Der Bereicherungsschuldner wäre daher in jedem Falle befugt, die für eine Nutzung sprechenden Umstände durch entsprechenden Sachvortrag unter Beweisantritt zu entkräften. Durch die Klausel wird dem Vertragspartner des Verwenders diese Möglichkeit genommen. Zumindest aber ist sie geeignet, diesen Eindruck zu erwecken, indem sie nicht offenlegt, daß es um (nachweisbare) Nutzungen geht, sondern diese "kategorisch" von einem bestimmten Zeitpunkt an in Zinsform fordert.

b) Die Klausel weicht nicht nur unwesentlich von der maßgeblichen gesetzlichen Regelung ab. Vielmehr ist sie mit wesentlichen Grundgedanken dieser Vorschriften unvereinbar.

aa) So kann der Zinssatz von 4 % nicht als vernachlässigbar geringe Größe angesehen werden. Die hohen Bau-
summen, die bei öffentlichen Aufträgen häufig Vertragsgegenstand sind, können zu entsprechend großen Überzahlungen führen. Rückzahlungsansprüche, die auf die Klausel gestützt

werden, nehmen daher nicht selten ein erhebliches Ausmaß an, zumal zwischen Zahlung und Rückforderung nach Prüfung durch besondere Behörden regelmäßig einige Jahre vergehen. Zwar mögen manche Bauunternehmer während dieses Zeitraums aus dem überzahlten Kapital Nutzungen ziehen. Deshalb kann die in der Klausel enthaltene Abweichung vom gesetzlichen Bereicherungsrecht jedoch nicht für die Fälle als unerheblich bezeichnet werden, in denen andere Auftragnehmer keine bereicherungsrechtlich auszugleichenden Kapitalnutzungen aus der Überzahlung zu ziehen vermögen.

bb) Auch der Hinweis auf § 353 HGB führt zu keinem anderen Ergebnis. Einmal gilt die Klausel nicht nur gegenüber Kaufleuten als Vertragspartnern der Verwender. Zum anderen kann diese Vorschrift deshalb nicht zum Vergleich herangezogen werden, weil sie einen Fälligkeitszinsanspruch nur für beiderseitige Handelsgeschäfte begründet. Die Klausel sieht aber weder eine beiderseitige Zinsregelung vor, noch geht es um die Verzinsung von Ansprüchen aus Handelsgeschäften.

cc) Maßstab für die Frage der Erheblichkeit der Abweichung kann daher nur die bereicherungsrechtliche gesetzliche Regelung selbst sein, die - abgesehen von den besonderen Fällen der §§ 818 Abs. 4, 819 BGB - eine pauschalisierte Zinszahlungsregelung gerade nicht vorsieht. Auf die Sonderregelung des § 820 BGB kann dabei nicht zurückgegriffen werden. Diese Vorschrift setzt voraus, daß beide Teile bei Vertragsschluß den Eintritt des Erfolgs oder den Wegfall des rechtlichen Grundes als möglich ansehen und sich dies aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts ergibt. Halten

die Beteiligten den Wegfall des rechtlichen Grundes dagegen für unwahrscheinlich, ist die Ausnahmenvorschrift des § 820 BGB nicht anwendbar. So ist es hier. Leistet der Auftraggeber eines Bauvertrags aufgrund einer geprüften Schlußrechnung die Abschlußzahlung, gehen er und der Auftragnehmer regelmäßig davon aus, daß die Zahlung mit Rechtsgrund und vorbehaltlos erfolgt. Im übrigen könnte sich eine entsprechende Anwendung des § 820 BGB auch zu Lasten des Auftragnehmers auswirken, weil dem Vorteil des späteren Zinsbeginns (§ 820 Abs. 2 BGB) der Nachteil der verschärften Haftung (§ 820 Abs. 1 BGB) gegenübersteht. Dies wäre nicht sach- und interessengerecht; auch entspräche es nicht dem Zweck des § 820 BGB.

c) Die nach § 9 Abs. 1 AGBG vorzunehmende Gesamtabwägung aller Gesichtspunkte vermag die durch § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG indizierte Unbilligkeit der Klausel nicht zu entkräften (vgl. BGHZ 82, 238, 240; Palandt/Heinrichs aaO § 9 AGBG Anm. 3; Zoller, Vorleistungspflicht und AGBG, S. 73 m.w.N.; Becker, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGBG, S. 202). Sie bestätigt vielmehr die Unwirksamkeitsvermutung.

aa) Bei der Abwägung aller Interessen ist zunächst zu berücksichtigen, daß der Werklohnanspruch des Bauunternehmers der kurzen Verjährungsfrist der §§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 198, 201 BGB unterliegt, während für Rückzahlungsansprüche nach § 812 BGB die 30-jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB gilt. Es können somit Zinsansprüche in beträchtlicher Höhe anfallen.

bb) Auch ist es nicht ausgewogen, wenn nach der Klausel nur für die Rückforderung von Überzahlungen eine Verzinsungspflicht vorgesehen ist, nicht aber zugleich für Nachforderungen des Bauunternehmers. Zwar wirkt sich dies

nicht aus, wenn bei Vereinbarung der VOB/B die Voraussetzungen einer vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung vorliegen. Dann ist der Auftragnehmer mit Nachforderungen ohnedies ausgeschlossen. Auch kommt gemäß § 389 BGB die Verzinsungspflicht der Klausel nicht zum Tragen, wenn der Auftragnehmer gegen den Rückforderungsanspruch des Auftraggebers mit einer Nachforderung aufrechnet (vgl. Senatsurteil vom 4. Mai 1961 - VII ZR 57/60 unveröff. - S. 14 unter Hinweis auf RGZ 101, 111, 114; v. Feldmann in MünchKomm, BGB, 2. Aufl., § 389 Rdn. 4 m.w.N.; a.A. wohl Palandt/Heinrichs aaO § 389 Anm. 2).

Jedoch endet nicht jede Abrechnung mit der vorbehaltlosen Annahme einer Schlußzahlung. Vielmehr tritt die "Ausschluß"wirkung vielfach entweder mangels Schlußzahlungserklärung oder im Hinblick auf einen wirksam erklärten Vorbehalt nicht ein. Dann wirkt sich die in der Klausel vorgesehene Verzinsung ausschließlich zugunsten des Verwenders aus. Der Zinsanspruch nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B stellt dabei keinen entsprechenden Ausgleich dar. Er ist vom Setzen einer Nachfrist abhängig, während die Klausel ohne jede Fristsetzung rückwirkend zum Zeitpunkt der Zahlung eine Verzinsungspflicht zu begründen versucht.

cc) Ferner ist es nicht möglich, von der Wirksamkeit der Regelung über die vorbehaltlose Annahme der Schlußzahlung auf die Wirksamkeit der angegriffenen Klausel über den zusätzlich geforderten Zins für Rückzahlungsforderungen des Auftraggebers zu schließen. Zwar hat der Senat in dem Senatsurteil BGHZ 86, 135 festgestellt, daß die insgesamt vereinbarten Bestimmungen der VOB/B einen auf die Besonder-

heiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen darstellen (aaO S. 141; vgl. auch Senatsurteil NJW 1987, 2582, 2583). Bei einer Vereinbarung der VOB/B "als Ganzes" wäre es daher verfehlt, einzelne Bestimmungen einer Wirksamkeitskontrolle zu unterziehen. Soweit § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B einer Inhaltskontrolle entzogen ist, weil die VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen Vertragsbestandteil geworden ist, hat der Senat aber immer wieder hervorgehoben, daß diese Vorschrift wegen ihrer einschneidenden Folgen zurückhaltend auszulegen ist (vgl. etwa NJW 1987, 2582, 2583). Wird die VOB/B daher nicht "als Ganzes" vereinbart, hält § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B einer isolierten Kontrolle nach dem AGBG nicht stand (vgl. Senatsurteil vom 17. September 1987 - VII ZR 155/86, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

Diese Vorschrift, die zwar Rückforderungsansprüche des Auftraggebers ermöglicht, Nachforderungen des Auftragnehmers unter bestimmten Voraussetzungen dagegen "ausschließt", kann daher für sich allein nicht als billige Vertragsbestimmung erachtet werden. Auch kann aus ihr nicht hergeleitet werden, daß gegen die weitergehende Klausel der Nr. 24.2 ZVB nichts einzuwenden sei, da diese nurmehr eine "Nebenforderung" betreffe. Vielmehr verstärkt gerade umgekehrt die Zinsklausel die Unausgewogenheit der Schlußzahlungsregelung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Sie genießt auch nicht für sich das Privileg der nicht möglichen Inhaltskontrolle, die für § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nur dann gilt, wenn die VOB/B "als Ganzes" Vertragsbestandteil ist.

dd) Schließlich kann zugunsten der Klausel nicht angeführt werden, der Auftragnehmer habe es selbst in der Hand, durch ordnungsgemäße Abrechnung dafür zu sorgen, daß gegen ihn kein Zinsanspruch entstehe. Damit würde einseitig auf Abrechnungsfehler des Auftragnehmers abgestellt werden; die nicht unwesentliche Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers bei der Erstellung und Zuordnung des Aufmaßes bliebe außer Betracht. Daß die Rechnungsprüfung häufig mehrere Jahre in Anspruch nimmt und das allgemein bekannt ist, vermag die Klausel sachlich nicht zu rechtfertigen. Nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B sind Schlußrechnungen beschleunigt zu prüfen. Dies gilt zunächst im Hinblick auf den Eintritt der Fälligkeit der Werklohnforderung. Dieser Grundsatz hat aber den weiteren Sinn, auch alsbald endgültige Klarheit unter den Parteien über die abschließende berechnete Werklohn~~höhe~~ herbeizuführen. Auch wenn nach § 16 VOB/B unter bestimmten Voraussetzungen Nachforderungen "ausgeschlossen", Rückforderungen des Auftragnehmers hingegen grundsätzlich zulässig sind, sollen nach der Interessenlage doch derartige Rückforderungen wenigstens baldmöglichst festgestellt werden. Demgegenüber ist es nicht sach- und interessengerecht, zusätzlich - im Gesetz nicht vorgesehene - einseitige Zinsansprüche als Pauschalierung der - unterstellt - gezogenen Nutzungen gemäß § 818 Abs. 1 BGB zu begründen. Dies widerspräche auch dem Ziel, durch Beschleunigung alsbald Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu erreichen. Das gilt um so mehr, als es der Klauselverwender selbst in der Hand hat zu bestimmen, wann die endgültig letzte Rechnungsprüfung abgeschlossen und damit der Zinszeitraum festgestellt ist, während der Auftragnehmer hierauf keinen Einfluß hat und so einer Verzinsungspflicht auch

nicht vorbeugen kann. Für den bereicherungsrechtlichen Ausgleich gezogener Nutzungen wird die gesetzliche Regelung des § 818 BGB der Interessenlage bereits vollständig und mit sachgerechter Differenzierung gerecht.

d) Die Klausel benachteiligt somit die Vertragspartner der Verwender entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Sie ist daher gemäß § 9 AGBG unwirksam. Dies gilt sowohl für die Verwendung im kaufmännischen wie im nichtkaufmännischen Geschäftsverkehr. Die gesetzliche Regelung, von der abgewichen wird, kennt keine entsprechende Unterscheidung; sie ist auch durch sonstige sachliche Gründe nicht geboten.

III.

Die Revision des Klägers ist nach alledem mit der
Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer