
Datum: 30.01.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 23. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-23 U 90/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0130.I23U90.03.00

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16. April 2003 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.546,55 EUR nebst 1 v.H. über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank seit dem 20.10.2001 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits der 1. Instanz tragen die Beklagte zu 90 % und die Klägerin zu 10 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Der Senat sieht von einer Darstellung des Tatbestandes gemäß §§ 540 Abs. 2, § 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO ab.

1

2

Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die bis zum 31.12.2001 geltenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden.	3
Die zulässige Berufung der Klägerin hat im Wesentlichen Erfolg. Die Beklagte schuldet zusätzlich zu der vom Landgericht zuerkannten Vergütung von 151,07 EUR aus dem Hauptauftrag die Zahlung weiterer 5.395,48 EUR als Werklohn für die gemäß dem Nachtragsauftrag durchgeführten Abdichtungsarbeiten, § 631 BGB.	4
Die Klägerin hat die unstreitig mangelfrei durchgeführten Abdichtungsarbeiten des Nachtragsauftrages vom 17.08.2001 unter dem 31.08.2001 mit 5.395,48 EUR in Rechnung gestellt. Bedenken gegen die Richtigkeit der Vergütungsberechnung erhebt die Beklagte nicht. Die von ihr erhobene Schlusszahlungseinrede gemäß § 16 Nr. 3, Abs. 2, 4 VOB/B steht dem Anspruch nicht entgegen.	5
I.	6
Auf die Aufschlusswirkung der vorbehaltlosen Annahme einer Schlusszahlung kann sich die Beklagte schon deshalb nicht berufen, weil die der isolierten Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegende Regelung des § 16 Abs. 3 VOB/B wegen Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam ist. Die Verwendung dieser Bestimmung der VOB/B ist nur dann zulässig, wenn die Vertragsparteien die Anwendung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B insgesamt vereinbaren, weil deren Bestimmungen in der Gesamtheit einen auf die Besonderheiten des Bauvertrages abgestimmten, im ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen darstellen (BGHZ 101, 357, 359f, BGH in BauR 2002, 775). Aufgrund der vorrangig geltenden Besonderen Vertragsbedingungen in den zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Verträgen, ist die VOB/B aber nicht als Ganzes vereinbart, so dass eine isolierte Inhaltskontrolle des § 16 Nr. 3 VOB/B vorzunehmen ist.	7
1.	8
Die besonderen, von der Beklagten gestellten Allgemeinen Vertragsbedingungen greifen in den Kernbereich der VOB/B ein. Diese Klauseln ändern die Rechtslage, die bei vollständiger Geltung der VOB/B gelten würde, so erheblich ab, dass diese nicht mehr "als Ganzes" vereinbart ist. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung kommt es nicht entscheidend darauf an, ob eine einzelne Regelung der VOB/B durch vorrangige Vertragsbedingungen im Kernbereich verändert wird. Entscheidend ist vielmehr, ob die Vertragsklauseln insgesamt einen Eingriff in die Ausgewogenheit des Interessenausgleichs nach der VOB/B beinhalten, deren Kernbereich verändern und dass deshalb nicht mehr von einer Gesamtübernahme der Regelungen der Verdingungsordnung gesprochen werden kann (vgl. BGH in BGH-Report 2003, 319; in BauR 2002, 775). Unter Berücksichtigung der nachfolgend aufgeführten vertraglichen Regelungen liegen erhebliche Eingriffe in die VOB/B vor so dass von einer Geltung der VOB/B als Ganzes nicht ausgegangen werden kann.	9
a)	10
Die Klausel in Nr. 6.4 des Bauvertrages beeinträchtigt die Ausgewogenheit der Regeln der VOB/B zum Nachteil des Auftraggebers. Diese lautet:	11
"Nach- und Zusatzaufträge, auch Tagelohnarbeiten, müssen schriftlich bestätigt sein und werden nach Ausführung und Abnahme dieser Leistung durch den AG vom AN gesondert in Rechnung gestellt und sind innerhalb von 30 Werktagen nach Zugang der Rechnung zu 90 %	12

vom AG auszugleichen. Die verbleibenden 10 % werden mit der Schlusszahlung ausgeglichen."

Auch nach ordnungsgemäßer Durchführung und nach Abnahme der ausgeführten Arbeiten muss der Auftraggeber danach trotz Fälligkeit der gesamten Vergütung nur einen Teil von 90 % des Rechnungsbetrages zahlen. Damit wird ihm das Recht zur bloßen Abschlagszahlung trotz Fälligkeit der Gesamtforderungen zugebilligt, ohne dass hierfür ein zu billigender Rechtsgrund ersichtlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes greift eine Regelung, die bei Abschlagszahlungen die Auszahlung auf 90 % begrenzt, in den Kernbereich der VOB/B ein, da diese derartige Begrenzungen nicht kennt (BGHZ 111, 394, 396; BGH in BauR 2002, 775). Entsprechendes gilt, wenn die Auszahlung des Rechnungsbetrages für einen Nachtrag teilweise von der Fälligkeit der Schlusszahlung für den Hauptauftrag abhängig gemacht wird. 13

Die Vergütung von Nachtragsarbeiten nur aufgrund schriftlichen Einverständnisses des Auftraggebers modifiziert zudem die Regelungen in § 2 Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 8 VOB/B. Von einem Schriftformerfordernis macht die Verdingungsordnung einen Werklohnanspruch des Unternehmers gerade nicht abhängig. Auch die Festlegung einer Vergütungspflicht allein für schriftlich erteilte Zusatz- und Nachtragsaufträge verändert die Ausgewogenheit der Regelungen der VOB/B nachhaltig zu Lasten des Auftragnehmers. 14

Dass die Vertragsklausel selbst unwirksam ist, weil sie gegen das AGB-Gesetz verstößt, ist ohne Bedeutung. Die Unwirksamkeit der Klausel beruht zum einen darauf, dass sie gesetzliche Ansprüche ausschließt und eine Vergütung nur für in Auftrag gegebene Leistungen einräumt. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass gesetzliche Ansprüche unberührt bleiben sollen, ist die Schriftformklausel unwirksam, weil die schriftliche Vereinbarung zur einzigen Möglichkeit wird, einen vertraglichen Anspruch durchzusetzen (BGH Urteil vom 27.11.2003 AZ VII ZR 53/03). Auf die Wirksamkeit der die VOB verändernden Vertragsbedingung kommt es nicht. Gerade auch die allgemeinen Vertragsbedingungen, die ihrerseits dem Unwerturteil des § 9 AGBG unterfallen, müssen in die Bewertung einfließen, ob nach den Vertragsgrundlagen insgesamt eine Geltung der VOB/B als Ganzes vereinbart ist (BGH in BGH-Report 2003, 319; in NJW 1995, 526, 527). 15

b) 16

Die Regelung in Nr. 7.2. des Vertrages 17

" Es wird ein Sicherheitseinbehalt gemäß § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B in Höhe von 5 % der Gesamtauftragssumme, unverzinst, abzulösen durch eine unbefristete selbstschuldnerische Gewährleistungsbürgschaft in Form einer Rückbürgschaft (gem. Muster, die im Wortlaut zu übernehmen ist- Anlage -) einer deutschen Großbank oder eines dem AG genehmen Kreditversicherers, vereinbart." 18

ist ebenfalls ein einschneidender Eingriff in den von der VOB/B bezweckten ausgewogenen Interessenausgleich. Die Regelung des § 17 Nr. 5 VOB/B geht anders als die hier vorliegende Klausel von der Verzinsbarkeit der Sicherheitsleistung aus. Das dem Vertrag beigefügte Bürgschaftsmuster sieht zudem eine Bürgschaft auf erste Anforderung zwingend vor. Auch dies greift in die Regelungen des § 17 VOB/B nachhaltig zu Lasten des Auftragnehmers ein, da diese eine derart beschränkte Ablösungsbefugnis der Sicherheitsleistung nicht vorsieht und eine selbstschuldnerische Bürgschaft ausreichen lässt, § 17 Nr. 4 VOB/B. Wie bereits dargelegt, ist dabei ohne Bedeutung, dass die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Regelung über einen Sicherheitseinbehalt von 5 %, 19

ablösbar durch eine Bürgschaft auf erste Anforderung, selbst unwirksam ist (vgl. dazu BGH in NJW 2002, 894; Senat Urteil vom 17.06.2003 - 23 U 234/02 - = NJW 2003, 3716 mit weiteren Nachweisen).

c) 20

Die in Nr. 10 der Vertragsbedingungen geregelte Ergänzung und Änderung des § 8 VOB/B greift ebenfalls in wesentliche Strukturen der VOB/B ein. In dieser Klausel heißt es : 21

"Eine vorzeitige Vertragskündigung durch den AG kann neben den Punkten der VOB/B § 8 22 aus folgenden Gründen erfolgen:

Für nach Vertragsabschluss erstmals festgestellte Abweichungen und damit verbundene Zusatzleistungen, die sich bei den beauftragten Gewerken ergeben und den Wert von 30.000 DM überschreiten. 23

Die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen werden gemäß Angebot abgerechnet und vor 24 AG vergütet. Ein darüber hinaus gehender Schadensersatzanspruch oder entgangener Gewinn wird nicht vergütet. Ein darüberhinausgehender Anspruch besteht nicht."

Diese Vertragsklausel begründet einen besonderen Kündigungsgrund unter Ausschluss eines Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruches des Auftragnehmers auch dann, wenn die Kündigung nicht von dem Unternehmer verursacht oder zu verantworten ist. Dies widerspricht dem Interessenausgleich, den § 8 VOB/B vorsieht. Es handelt sich um einen "freien Kündigungsgrund", an denen abweichend vom Gesetz (§ 649 BGB) und der VOB/B dem Auftraggeber einseitig begünstigende Folgen geknüpft werden. 25

d) 26

Die Abnahmeregulation in Nr. 7.4. des Vertrages beinhaltet ebenfalls einen Eingriff in den von der VOB/B verfolgten Interessenausgleich. Die Klausel lautet: 27

"Die Abnahme regelt sich nach VOB Teil B, § 12. Es hat eine förmliche Abnahme zu erfolgen, wobei der AN den AG einzuladen hat. Bei Unterlassen der förmlichen Einladung, gilt die Inbetriebnahme des Werkes nicht als Abnahme." 28

Die Inbetriebnahme der Leistung als fiktive Abnahme im Sinne des § 12 Nr. 5 VOB/B für den Fall das eine förmliche Abnahme nicht verlangt wird, wird hierdurch, ausgeschlossen. Damit ist die Regelung des § 12 VOB/B auf den die Klausel Bezug nimmt, wesentlich modifiziert. 29

2. 30

Die Regelung der Ausschlusswirkung des § 16 Nr. 3 VOB/B verstößt bei isolierter Würdigung gegen § 9 AGB-Gesetz. Denn sie bewirkt, dass eine Werklohnforderung innerhalb kurzer Frist aus formalen Gründen nicht durchsetzbar werden kann, und weicht damit erheblich von dem Grundgedanken des dispositiven Rechts ab, wonach eine Forderung nur dann nicht mehr realisiert werden kann, wenn sie verjährt oder verwirkt ist (BGHZ 138, 176, 178; BGH in BauR 2002, 775). 31

II. 32

33

Die Beklagte kann sich auf die Ausschlusswirkung selbst dann nicht mit Erfolg berufen, wenn man die Anwendbarkeit des § 16 Nr. 3 VOB/B bejahen wollte. Denn die Schlusszahlung der Beklagten bezog sich allein auf die den Hauptauftrag betreffende Schlussrechnung vom 31.07.2001 und nicht auf die erst nach Erteilung dieser Schlussrechnung im August 2001 in Auftrag gegebenen und abgerechneten Nachtragsarbeiten.

1. 34

Die Klägerin stützt ihre Berufung allerdings nicht darauf, dass die Zahlung entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung nur eine beschränkte Ausschlusswirkung haben könnte. Dies steht einer Prüfung durch den Senat nicht entgegen. Gemäß § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist das Berufungsgericht an die geltend gemachten Gründe der zulässigen Berufung nicht gebunden.

2. 36

Die Schlusszahlung der Beklagten bezog sich nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit auf sämtliche Ansprüche aus dem Bauvertrag, so dass mit der Annahme der Zahlung nur diejenigen nicht vorbehaltenen Ansprüche der Klägerin ausgeschlossen sind, die Gegenstand der Schlussrechnung vom 31.07.2001 waren. Die Forderung für die erst nach Erstellen dieser Schlussrechnung am 17.08.2001 in Auftrag gegebenen und am 31.08.2001 berechneten Abdichtungsarbeiten ist hiervon nicht erfasst.

Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung hat gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B die Wirkung, dass der Unternehmer mit Nachforderungen ausgeschlossen ist. Der Zweck dieser Regelung ist es, Klarheit über die Ansprüche des Auftragnehmers aus dem beendeten Bauvertrag zu schaffen. Grundlage der Schlusszahlung ist die Schlussrechnung des Unternehmers, mit der er bekannt gibt, was er aus seiner Sicht für die erbrachten Bauleistungen verlangen kann (vgl. BGH in NJW 1987, 2582, 2583). Nimmt der Auftragnehmer die auf der Grundlage seiner Abrechnung ermittelte Schlusszahlung vorbehaltlos an, schafft er für den Auftraggeber einen Vertrauenstatbestand dahin, dass er keine weitere Forderungen aus dem Bauvertrag mehr stellen werde. Der wegen der vorbehaltlosen Annahme der Zahlung begründete Vertrauenstatbestand und die daraus gerechtfertigte Ausschlusswirkung für weitere Vergütungsansprüche setzt zunächst voraus, dass der Auftraggeber klar und zweifelsfrei, das heißt eindeutig erkennen lässt, dass durch diese Zahlung aus seiner Sicht die in Rechnung gestellten Ansprüche des Auftraggebers erledigt sind. Etwaige verbleibende Zweifel gehen zu Lasten des Auftraggebers (Locher in Ingenstau/Korbion, 14. Auflage, § 16 Rn.191; Heiermann/Riedel/Rusam, 10. Auflage, § 16 VOB/B Rn. 108).

Erfolgt die Schlusszahlung auf nur eine von mehreren, dem Auftraggeber vorliegenden Schlussrechnungen, dann beschränkt sich die Ausschlusswirkung auf die in Bezug genommene Rechnung. Nur insoweit kann für den Auftraggeber durch die vorbehaltlose Annahme der Zahlung ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden. Die Beklagte hat ausdrücklich auf die Schlussrechnung der Klägerin über den Hauptauftrag Bezug genommen. Sie hat damit nicht zweifelsfrei zu erkennen gegeben, dass auch Ansprüche wegen der ihr vorliegenden weiteren Schlussrechnung über die nachträglich in Auftrag gegebenen Arbeiten mit dieser Zahlung ebenfalls ausgeglichen sein sollten. Es war nicht erkennbar, dass sie nicht bereit war, die weiteren unstreitig in Auftrag gegebenen und mangelfrei ausgeführten Arbeiten zu vergüten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Schlussrechnung des Auftragnehmers in der Regel sämtliche in Auftrag gegebenen Arbeiten umfassen muss, so dass sich allein aus der Bezugnahme auf die Schlussrechnung auch die Ausschlusswirkung

für sämtliche Ansprüche aus dem Bauvertrag rechtfertigen lässt. Die Ausschlusswirkung tritt hinsichtlich aller Vergütungsbestandteile ein, die zu dem Bereich der Schlussrechnung gehören oder gehören müssen (Locher in Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 16 Rn. 181). Vorliegend bestand aber die Besonderheit, dass die erste Schlussrechnung die Abdichtungsarbeiten nicht erfassen konnte, weil diese im Zeitpunkt der Erstellung der Schlussrechnung noch nicht in Auftrag gegeben waren. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten wussten daher, dass zwei getrennte, unabhängig voneinander bestehende Schlussrechnungen vorlagen. Durch die Bezugnahme der Schlusszahlung nur auf eine der Schlussrechnungen machte die Beklagte daher deutlich, dass die zweite Rechnung hiervon gar nicht betroffen war. Nur auf die Vergütungsbestandteile dieser ersten Schlussrechnung konnte sich die Schlusszahlung beziehen. Zumindest verbleiben insoweit zu ihren Lasten gehende Zweifel. Dies hat zur Folge, dass die Ausschlusswirkung sich auch nur auf die mit dieser Schlusszahlung abgegoltene Schlussrechnung beziehen konnte. Auch der für die Ausschlusswirkung erforderliche Hinweis der Beklagten über die Schlusszahlung enthält keinen Anhalt dafür, dass nicht nur die in Bezug genommene Rechnung sondern auch der weitere wegen der späteren Auftragserteilung notwendigerweise selbständig abgerechnete Auftrag von der Schlusszahlung betroffen sein sollte. Es fehlt jeglicher Hinweis, dass sich die Zahlung auf den Bauvertrag mit dem Nachtragsauftrag beziehen sollte.

Dem steht die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B nicht entgegen, wonach auch früher gestellte aber unerledigte Forderungen ausgeschlossen werden, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden. Voraussetzung ist, dass eine Schlussrechnung erteilt wurde, die alle im Zusammenhang mit dem abgerechneten Bauvertrag stehenden Ansprüche umfasst. Die Ausschlusswirkung umfasst nicht Ansprüche aus anderen selbständig abgerechneten Aufträgen, es sei denn, die Schlusszahlungserklärung des Auftraggebers bezieht diese ausdrücklich mit ein (Heiermann/Riedel/Rusam, a.a.O. § 16 Rn. 123). Die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B betrifft allein die Fälle, in denen eine Forderung vor Erstellen der Schlussrechnung berechnet und in die Schlussrechnung nicht aufgenommen wurde oder zwar aufgeführt ist, aber selbständig bereits geltend gemacht wurde (vgl. Locher in Ingenstau/Korbion, a.a.O. § 16 Rn. 217). Auf den hier in Rede stehenden Fall, dass erst nach der für den Hauptauftrag erstellten Schlussrechnung ein weiterer Auftrag als Nachauftrag erteilt und abgerechnet wird, bezieht sich diese Bestimmung des § 16 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B nicht. 40

3. 41

Eine andere Beurteilung ergibt sich nicht daraus, dass die Klägerin in ihrem Vorbehaltsschreiben als Gewerk die Abdichtungsarbeiten genannt hat. Denn es kommt nicht auf die Erklärung der Klägerin an, da für die Anwendung des § 16 Nr. 3 VOB/B allein entscheidend ist, ob der Auftraggeber seine Zahlung als Schlusszahlung bezüglich aller Ansprüche aus dem Bauvorhaben gekennzeichnet hat und die Entgegennahme der Zahlung deshalb weitere Forderungen des Unternehmers ausschließt. 42

III. 43

Der Zinsanspruch ist erst seit dem 20.10.2001 aus Verzug gerechtfertigt. Einen früheren Verzugsbeginn hat die Klägerin nicht dargelegt. 44

IV. 45

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO und berücksichtigt die vom Landgericht rechtskräftig abgewiesene Mehrforderung. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit 46

folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO liegen nicht vor. 47

Streitwert des Berufungsverfahrens: 5.395,48 EUR 48

(D....) (D....) (T.....) 49

