

## Zugehörige Kurzaufsätze:

- **IBR 2010, 1120 (nur online): HOAI 2009 und Besondere Leistungen: Kann/soll eine Pflicht zur Ankündigung zusätzlicher Vergütung vertraglich geregelt werden?**

## Aufsatz

## Besondere Leistung: Nutzung des § 5 Abs. 4 HOAI a.F. zur Vertragsgestaltung unter Gültigkeit der HOAI 2009?

*Langaufsatz von Dipl.-Ing. Peter Kalte, ö. b. u. v. Sachverständiger für Ingenieurhonorare, und Dipl.-Betriebswirt (FH) Michael Wiesner, LL.M., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

### Inhaltsverzeichnis:

1. **Einleitung**
2. **Beispiele**
3. **Zur Klausel des nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwands**
4. **Zur Klausel einer vorherigen schriftlichen Vereinbarung über Leistungsumfang und Vergütung**
5. **Ergebnis**

### 1. Einleitung

- 1 Der frühere § 5 Abs. 4 HOAI a.F. regelte, dass die Vergütung von Besonderen Leistungen von zwei Bedingungen abhing. Zum Einen musste die Besondere Leistung im Verhältnis zu den Grundleistungen einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand verursachen und das Honorar musste schriftlich vereinbart worden sein. Hiervon findet sich in § 3 Abs. 3 HOAI 2009 nichts mehr; das (gesetzliche) Schriftformerfordernis ist genauso weggefallen wie das Erfordernis eines nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwandes.
- 2 Erste Vertragsmuster zur HOAI 2009 zeigen jedoch, dass Auftraggeber dennoch nicht auf diese beiden Voraussetzungen verzichten wollen. Es fragt sich, ob dies rechtlich unbedenklich ist. Wenn Vertragsmuster den Text des § 5 Abs. 4 HOAI a.F. als Vertragstext übernehmen, wird aus dem ursprünglichen Verordnungstext eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB). AGB-Klauseln unterliegen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB<sup>FN 1</sup>.
- 3 Zu § 5 Abs. 4 HOAI a.F. war geklärt, dass es der (gesetzlichen) Schriftform genüge, wenn diese vor Erbringung der Besonderen Leistung eingehalten war oder kurz danach. Dadurch, dass es sich bei der Schriftform aber um eine Anspruchsvoraussetzung<sup>FN 2</sup> handelte, konnte der Ingenieur nach Leistungserbringung später nicht vom Auftraggeber verlangen, dass er nachträglich die Schriftform mit ihm herbeiführt. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag schieden damit aus, da ansonsten eine Umgehung von § 5 Abs. 4 HOAI a.F. gegeben wäre. Möglich war dem Ingenieur jedoch, sich auf Treu und Glauben zu berufen, zum Beispiel wenn er

vor und während seiner Leistungserbringung im Hinblick auf eine spätere Honorierung gezielt "hingehalten" und getäuscht wurde<sup>FN 3</sup>. Denn der Ingenieur hätte sich gegen das Ansinnen, Besondere Leistungen kostenlos zu erbringen, damit wehren können, dass er mangels besonderer (schriftlicher) Vergütungsvereinbarung zur Erbringung einer Besonderen Leistung vertraglich nicht verpflichtet ist<sup>FN 4</sup>.

- 4 Erforderlich war weiterhin, dass die Besondere Leistung einen nicht unerheblichen Arbeits- und<sup>FN 5</sup> Zeitaufwand verursachte; hierzu hatte der Ingenieur die Darlegungs- und Beweislast<sup>FN 6</sup>.
- 5 Diese beiden Voraussetzungen sind in § 3 Abs. 3 HOAI 2009 nicht mehr erwähnt. In Satz 1 verweist § 3 Abs. 3 lediglich auf Anlage 2, die Beispiele für Besondere Leistungen aufzeigt, und in Satz 2 führt § 3 Abs. 3 aus, dass ein Honorar frei vereinbart werden kann.

## 2. Beispiele

- 6 Im HIV-KOM<sup>FN 7</sup>, Abschnitt C, Teil 1, Seite 7, Zu § 6, Vergütung, findet sich in Ziffer 6.3.3 folgende Regelung:
- 7 *"Honorar für Besondere Leistungen nach § 3.10.2 b) des Vertrages (einvernehmliche Vereinbarung):*
- 8 Besondere Leistungen gemäß Vereinbarung nach § 3.10.2 b) des Vertrages werden wie folgt honoriert:
- als Pauschalhonorar aufgrund einer Vorausschätzung des Zeitbedarfs,
  - als Zeithonorar auf der Grundlage des nachgewiesenen Zeitbedarfs nach den Stundensätzen des § 6.3.5 des Vertrages.
- 9 Voraussetzung hierfür ist jeweils, dass
- die Besonderen Leistungen nicht bereits Teil der vertraglichen Leistung sind, d.h. dass diese Leistungen über das zur ordnungsgemäßen und vollständigen Leistungserbringung der vertraglichen Leistung angemessene Maß (Ergänzung der Autoren: ... hinausgehen)
  - *die Besonderen Leistungen im Verhältnis zur vertraglichen Leistung **einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand** verursachen und*
  - ***vor Leistungsbeginn eine schriftliche Vereinbarung über den Leistungsumfang und die Vergütung getroffen wurde.**"*
- 10 Im HVA F-Stb<sup>FN 8</sup> ist das Gleiche in 2.1 Abs. 8 wie folgt geregelt:
- 11 *Für Besondere Leistungen, die zu Leistungen hinzutreten, kann ein zusätzliches Honorar nach § 3 Abs. 3 der HOAI frei vereinbart werden, wenn*
- *diese Leistungen einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand verursachen und*
  - *das zusätzliche Honorar schriftlich vereinbart worden ist.*
- 12 Die beiden letzten Spiegelstriche in beiden Vertragsmustern übernehmen jeweils die Regelung des § 5 Abs. 4 HOAI a.F.

## 3. Zur Klausel des nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwands

- 13 Diese Vertragsklausel regelt, dass eine Vergütung für eine Zusatzleistung nicht automatisch zu einem Vergütungsanspruch führt.
- 14 Allgemein gilt im AGB-Recht der Grundsatz, dass Preisvereinbarungen keiner Inhaltskontrolle unterliegen, soweit in ihnen Art und Umfang der Vergütung *unmittelbar* geregelt ist<sup>FN 9</sup>. Somit unterliegen Klauseln, die durch Preisangaben die Höhe der Vergütung regeln, keiner AGB-Kontrolle.
- 15 Dagegen unterliegen Klauseln, die den Preis nicht der Höhe nach bestimmen, sondern nur *mittelbar* beeinflussen, sog. Preisnebenabreden, einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle<sup>FN 10</sup>.
- 16 Dabei handelt es sich um Bestimmungen, die zwar Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, aber nicht ausschließlich die in Geld geschuldete Hauptleistung festlegen. Sie weichen im Allgemeinen von dispositiven Rechtsvorschriften des BGB ab oder ihr Regelungsgehalt könnte - wären sie in AGB nicht enthalten - aus §§ **157**, **242** BGB gewonnen werden. Dazu zählen zum Beispiel Klauseln über die Bemessung oder Änderung des Entgelts durch eine Vertragspartei oder Zahlungsbedingungen<sup>FN 11</sup>.
- 17 Hier handelt es sich um eine der Inhaltskontrolle unterliegende Klausel, die regelt, ob eine Besondere Leistung überhaupt zu vergüten ist. Denn diese Klausel weicht von den Rechtsvorschriften im Sinne von § **307** Abs. 3 BGB ab, die dem Werkvertrag (hier Architekten- oder Ingenieurvertrag) sein Gepräge geben.
- 18 Unter Rechtsvorschriften im Sinne von § **307** Abs. 3 BGB sind nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinn zu verstehen. Ansonsten würden zahlreiche Vertragsgestaltungen von vorneherein aus dem Schutzbereich der §§ **307** ff BGB heraus fallen, obwohl der Vertragspartner (hier der Auftragnehmer) des Verwenders (hier der Auftraggeber) vor einer einseitig vorgeschriebenen, unangemessenen Verkürzung solcher Rechte zu schützen ist, die er nach Gegenstand und Zweck des Vertrags erwarten darf.
- 19 Dieser Schutzbereich, den der Auftragnehmer erwarten darf, ergibt sich aus § **307** Abs. 2 Nr. 2 BGB. Danach können auch solche Rechte und Pflichten Maßstab für eine Inhaltskontrolle sein, die aus der Natur des jeweiligen Vertrags folgen. § **307** Abs. 3 BGB gestattet daher eine Inhaltskontrolle auch solcher AGB-Klauseln, die vertragsimmanente wesentliche Rechte und Pflichten zum Nachteil des Vertragspartners einschränken oder sonst gegen allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze verstoßen<sup>FN 12</sup>. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Klausel, die in abstrakter Weise die Voraussetzungen eines Vergütungsanspruchs regelt. Solche Klauseln unterliegen einer Inhaltskontrolle gemäß § **307** BGB<sup>FN 13</sup>.
- 20 Da die "Arena" für eine Inhaltskontrolle somit eröffnet ist, fragt sich, ob die hier verwendete Klausel unwirksam ist.
- 21 Die Klausel im o. g. Beispiel aus dem HIV-KOM und dem HVA-F-StB ist unwirksam, wenn mit ihr ein Verstoß gegen die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, vorliegt, § **307** Abs. 2 Nr. 1 BGB.
- 22 Wesentliche Grundgedanken im Sinne des § **307** Abs. 2 Nr. 1 BGB enthält eine gesetzliche Regelung jedoch nur dann, wenn sie Ausdruck eines Gerechtigkeitsgebotes ist und nicht nur überwiegend einen frei abänderbaren Zweckmäßigkeitsgehalt aufweist<sup>FN 14</sup>, mithin gesetzliches Leitbild ist. Im Werkvertragsrecht bestehen hauptvertragliche Pflichten dergestalt, dass der Unternehmer für den werkvertraglichen Erfolg einzustehen hat, während der Besteller die Leistung abzunehmen und den vereinbarten Werklohn zu zahlen hat<sup>FN 15</sup>. Vorliegend ist das Äquivalenzprinzip betroffen, wonach die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen ist<sup>FN 16</sup>. Dieses Prinzip ist Bestandteil der wesentlichen Grundprinzipien des Schuldrechts<sup>FN 17</sup>, mithin

auch des Werkvertragsrechts. Die Missachtung des Äquivalenzprinzips stellt also einen Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild des Werkvertragsrechts dar, auch wenn es nicht in einer Norm im materiellen Sinne direkt wortwörtlich erfasst ist.

- 23 Der BGH entschied zum Handelsvertreterrecht, dass Klauseln, die die Vergütung entgegen dem Gesetz regeln, unwirksam sind<sup>FN 18</sup>. Konkret ist ein vergleichbarer Fall zum Werkvertragsrecht bereits vom OLG Stuttgart<sup>FN 19</sup> entschieden. Danach ist eine Abweichung von § **632** BGB eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild, denn nach § **632** BGB sind die tatsächlich erbrachten Leistungen einschränkungslos zu vergüten<sup>FN 20</sup>.
- 24 Somit ist die Klausel unwirksam, unabhängig davon, ob dies mit einem Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip begründet wird oder einem Verstoß gegen § **632** BGB.
- 25 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass bereits das "ob" der o. g. Klausel, wonach von dem Grundsatz der Vergütungspflichtigkeit von erbrachten Leistungen abgewichen werden soll, AGB-widrig und somit auch unwirksam ist.
- 26 Hinzu kommt, dass das Erfordernis eines nicht "*unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwandes*" gegen das Bestimmtheitsgebot des § **307** BGB verstößt<sup>FN 21</sup>. Es handelt sich bei dem Begriff "*unwesentlich*" um die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, bei dem unklar ist, ab wann eine Vergütungspflicht beginnen soll<sup>FN 22</sup>. In gewissem Rahmen werden solche unbestimmten Rechtsbegriffe zugelassen, wenn die Zahl möglicher Fallgestaltungen unübersehbar ist. Jedoch gestattet die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe aus (früheren) Normen - hier der HOAI a.F. - nicht ohne Weiteres die Verwendung der gleichen Begriffe in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies gilt vor allem dann, wenn wie hier der Verwender (hier der Auftraggeber) solcher Klauseln seinen Regelungsbereich besser überblicken kann als der abstrakt regelnde Gesetz- oder Verordnungsgeber<sup>FN 23</sup>.
- 27 Im Ergebnis ist die o. g. Klausel daher sowohl dem Grunde nach als auch auf Grund ihrer Unbestimmtheit wegen Verstoßes gegen § **307** Abs. 2 Nr. 1 BGB AGB-widrig und damit unwirksam.

#### **4. Zur Klausel einer vorherigen schriftlichen Vereinbarung über Leistungsumfang und Vergütung**

- 28 In dem bisherigen § **5** Abs. 4 HOAI a.F. handelte es sich bei dem gleich lautenden Text um eine gesetzliche Schriftformklausel gemäß § **126** BGB, bei der eine Vertragsurkunde eigenhändig durch Namensunterschrift (oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens) unterzeichnet sein muss<sup>FN 24</sup>.
- 29 In o. g. Beispielen aus dem HIV-KOM und dem HVA-F-StB handelt es sich jeweils um eine vertragliche Schriftformklausel gemäß §§ **127** Abs. 2 BGB; eine ehemalige Norm der HOAI a. F. wird durch "Abschreiben" zur Vertragsklausel gemacht.
- 30 Es ist nach der Rechtsprechung des BGH möglich, den zunächst schriftlich fixierten Schriftformzwang mündlich (!) aufzuheben<sup>FN 25</sup>. Er argumentiert, dass Vertragsänderungen, die konstitutiv die Einhaltung der Schriftform verlangen, gegen § **305b** BGB (Vorrang der Individualabrede) und § **307** BGB (Inhaltskontrolle) verstoßen und daher AGB-widrig und somit unwirksam sind<sup>FN 26</sup>. Das heißt, dass die in obigen Vertragsmustern aufgeführte Schriftformklausel zu Besonderen Leistungen unwirksam ist. Genauer:
- 31 Nach der Rechtsprechung können die Vertragsparteien den Schriftformzwang jederzeit aufheben. Vereinbaren also Auftraggeber und Auftragnehmer in einem Nachtrag, dass künftig die Schriftform bei Zusatzaufträgen nicht mehr eingehalten werden muss, ist die bisherige Schriftformklausel aufgehoben. Entschieden ist dies bereits mehrfach zu

Bauausführungsverträgen nach VOB/B<sup>FN 27</sup>. Man stelle sich eine Situation auf der Baustelle vor, wo der Auftraggeber in Anwesenheit zahlreicher Zeugen mündlich einen Zusatzauftrag unmissverständlich erteilt und sich später bei Abrechnung der Leistungen auf die Nichteinhaltung der Schriftform beruft. Das Rechtsempfinden würde sich gegen solch widersprüchliches Verhalten sträuben. Nichts anderes kann in Verträgen mit Planern gelten. Man stelle sich hier eine Situation vor, wo in einer Planungsbesprechung der Auftraggeber umfassend Besondere Leistungen beauftragt und sich später auf die Schriftformklausel berufen will<sup>FN 28</sup>.

- 32 Begründet wird die Zulässigkeit der sogar mündlichen (ggfs. konkludenten<sup>FN 29</sup>) Aufhebung einer Schriftformklausel außer mit den §§ **305b**, **307** BGB insbesondere mit der Vertragsautonomie der Parteien und dem hohen Gut der Vertragsfreiheit, so dass trotz nicht eingehaltener vertraglicher Schriftform die Nichtigkeitsfolge des § **125** BGB nach der Rechtsprechung des BGH nicht eintritt, da sie nur im Zweifel eintreten soll. Für Zweifel besteht aber kein Anlass, wenn die Parteien mündlich eindeutig (gegebenenfalls sogar "sehenden Auges") von der Schriftformklausel abweichen und ausdrücklich, mündlich, eine Zusatzleistung wollen. Formularklauseln können die nachträgliche, höherrangige Individualvereinbarung nicht verdrängen. Voraussetzung ist nur, dass die Parteien die mündliche Vereinbarung übereinstimmend gewollt haben<sup>FN 30</sup>.
- 33 Wollen die Parteien eine nicht mündlich aufhebbare Schriftformklausel erzielen, so bedarf es nach umstrittener Ansicht einer vereinbarten doppelten Schriftformklausel, wonach auch die Aufhebung der Schriftformklausel der Schriftform bedarf<sup>FN 31</sup>.

## 5. Ergebnis

- 34 Die in den o. g. Beispielen genannten Klauseln für Besondere Leistungen in Architekten- und Ingenieurverträgen sind als AGB-Klauseln unwirksam. Weder die Schriftformklausel ist zulässig, noch eine erst später einsetzende Vergütungspflichtigkeit der zu erbringenden Besonderen Leistung im Sinne der HOAI, nachdem eine (unbestimmte) Wesentlichkeitsschwelle überschritten ist. Wird der Auftragnehmer mit solchen Klauseln in den genannten Vertragsmustern oder in anderen Verträgen konfrontiert, könnte er diese bedenkenlos unterzeichnen, im Zweifel wären diese nämlich einfach unwirksam. Besser ist es, den Auftraggeber auf die Unwirksamkeit und auf die nachfolgend beschriebene Möglichkeit hinzuweisen.
- 35 Will sich der Auftraggeber vor nachträglichen und für ihn überraschenden Honorarforderungen durch den Planer wegen (überraschend) erbrachter Besonderer Leistungen schützen, ist dem Auftraggeber die Verwendung einer dem § **2** Nr. 6 VOB/B entsprechenden Klausel zu empfehlen:
- 36 *"Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt."*
- 37 Damit wird der Planer zur Transparenz aufgefordert, was allgemein der guten Zusammenarbeit bei einem Projekt dient. Die Verwendung einer dem § **2** Nr. 6 VOB/B entsprechenden Klausel hält einer AGB-Inhaltskontrolle nach den §§ **305** ff BGB stand<sup>FN 32</sup>.
- 38 Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch im Rahmen der zu § **2** Nr. 6 VOB/B inhaltsgleichen Regelung Fälle auftreten können, in denen trotz dieser Regelung Ausnahmen von der Ankündigungspflicht bestehen. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Vergütungspflicht für zusätzliche Leistungen aus objektiver Sicht hinreichend klar erkennbar oder ganz offenkundig ist. Dies wird gerade bei erheblichen,

umfangreichen Zusatzarbeiten in Frage kommen, da dann klar sein muss, dass der Auftragnehmer nicht umsonst arbeiten wird und aus vernünftigen wirtschaftlichen Gründen auch nicht kann<sup>FN 33</sup>. Für solche Ausnahmefälle ist der Auftragnehmer dann jedoch darlegungs- und beweispflichtig<sup>FN 34</sup>.

#### Fußnoten:

- 1** ↑ Gesetze und Rechtsverordnungen (HOAI) unterliegen keiner AGB-Kontrolle, vgl. § **305** Abs. 1 BGB; es handelt sich nicht um Vertragsbedingungen.
- 2** ↑ BGH, Urteil vom 24.11.1988 - **VII ZR 313/87**, **BauR 1989, 222**
- 3** ↑ Locher/Koeble/Frik, 9. Auflage, § **5** HOAI Rdn. 37 m. w. Nachw., Rdn. 44; Pott/Dahlhoff/Kniffka, 8. Auflage, 2006, § 5 HOAI Rdn. 17
- 4** ↑ Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § **2** HOAI Rdn. 13; § 5 Rdn. 44
- 5** ↑ Zur Frage, ob ein nicht unwesentlicher Arbeits- oder Zeitaufwand genügt, oder ob beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen, siehe Locher/Koeble/Frik, a. a. O.: alternativ, § **5** HOAI Rdn. 40; ebenso **Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, HOAI, 8. Auflage 2006, § 5 Rdn. 27**; a. A.: kumulativ: Korbion/Mantscheff/Vygen, 6. Aufl., § **5** HOAI Rdn. 66
- 6** ↑ BGH, Urteil vom 24.11.1988 - **VII ZR 313/87**, a. a. O.
- 7** ↑ HIV-KOM Handbuch für Ingenieurverträge und Vergabe nach VOB im kommunalen Tiefbau, Boorberg-Verlag, Stand August 2009
- 8** ↑ Handbuch für die Vergabe und Ausführung von freiberuflichen Leistungen der Ingenieure und Landschaftsarchitekten im Straßen- und Brückenbau, FGSV-Verlag, Stand 07/09
- 9** ↑ BGH, Urteil vom 18.04.2002 - **III ZR 199/01**, **NJW 2002, 2386**; Grüneberg in Palandt, 69. Auflage, 2010, § 307 BGB Rdn. 59, 61
- 10** ↑ BGH, Urteil vom 30.11.1993 - **XI ZR 80/93**, **NJW 1994, 318** = BGHZ 124, 256; Grüneberg a. a. O. Rdn. 60
- 11** ↑ BGH, Urteil vom 06.02.1985 - **VIII ZR 61/84**, **MDR 1986, 47** = **BGHZ 93, 358** zur Entgeltregelung in AGB eines Wasserversorgungsunternehmens - Kaufrecht - mit weiteren Nachweisen zu Rspr. und Lit.
- 12** ↑ BGH, Urteil vom 06.02.1985 - **VIII ZR 61/84** a. a. O. bei juris Rdn. 15 ff.
- 13** ↑ BGH, Urteil vom 06.02.1985 - **VIII ZR 61/84** a. a. O. bei juris Rdn. 17 mit weiteren Nachweisen
- 14** ↑ BGH, a. a. O. m. w. Nachw. zur Rspr.
- 15** ↑ BGH, Urteil vom 08.07.1993 - **VII ZR 79/92**, **BauR 1993, 723** = **NJW 1993, 2738**
- 16** ↑ BGH, Urteil vom 06.02.1985 - **VIII ZR 61/84** a. a. O.

- 17** ↑ BGH, Urteil vom 23.04.2008 - [XII ZR 62/06](#), [NJW 2008, 2497](#) - Geschäftsraummiete
- 18** ↑ BGH, Urteil vom 12.05.2004 - [VIII ZR 159/03](#), [NJW-RR 2004, 1206](#) - § **87b** Abs. 2 HGB, Provisionsansprüche eines Handelsvertreters betreffend
- 19** ↑ OLG Stuttgart, Urteil vom 21.02.2008 - [2 U 84/07](#), [IBR 2008, 635](#)
- 20** ↑ Vgl. auch Markus/Kaiser/Kapellmann-Kaiser, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, Rdn. 696; OLG Karlsruhe NJW-RR 1989, 52 f; vgl. auch die Parallelproblematik im Arbeitsrecht, wonach Über- oder Mehrarbeit mit dem vereinbarten Gehalt abgegolten ist: kritisch hierzu Stoffels in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5. Auflage, AGB-Recht, ArbR Rdn. 120
- 21** ↑ Wolf in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a. a. O. § 307 Rdn. 258 ff als Unterfall des Transparenzgebotes
- 22** ↑ Vgl. Glatzel/Hofmann/Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 10. Auflage, S. 142 zu § **2** Nr. 2 VOB/B, Festpreis-Gleitklauseln, mit zulässigen Bagatell- und Selbstbeteiligungsklauseln mit konkreten 0,5% der Abrechnungssumme
- 23** ↑ Wolf a. a. O. Rdn. 260
- 24** ↑ Vgl. hierzu Locher/Koeble/Frik, 9. Auflage, § **4** HOAI, Rdn. 26 ff.
- 25** ↑ Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage, 2008, Rdn. 1160; BGH, Urteil vom 02.06.1976 - [VIII ZR 97/74](#), [BGHZ 66, 378](#); Ellenberger in Palandt, § **125** BGB Rdn. 19 m. w. N. auch zur Gegenmeinung; BGH, Urteil vom 09.07.1991 - [XI ZR 72/90](#), [NJW 1991, 2559](#); BGH, Urteil vom 14.10.2004 - [VII ZR 190/03](#), [BauR 2005, 94](#) weil damit auch gesetzliche Ansprüche aus §§ **677** ff BGB (GoA) und §§ **812** ff BGB (ungerechtfertigte Bereicherung) ebenfalls ausgeschlossen würden
- 26** ↑ Heinrichs in Palandt § **305b** BGB Rdn. 5 m.w.N., dort als allgemeine Meinung bezeichnet; BGH, Urteil vom 21.09.2005 - [XII ZR 312/02](#), [NJW 2006, 138](#)
- 27** ↑ BGH, Urteil vom 27.11.2003 - [VII ZR 53/03](#), [NJW 2004, 502](#); BGH, Urteil vom 14.10.2004 - [VII ZR 190/03](#), [BauR 2005, 94](#) = [NJW-RR 2005, 246](#); OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.1988 - [5 U 103/88](#), [BauR 1989, 335](#); OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.07.1993 - [3 U 57/92](#), [NJW-RR 1993, 1435](#); OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.07.1994 - [17 U 212/92](#), BauR 1994, 803; siehe auch Glatzel/Hofmann/Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 10. Auflage, 2003, S. 155 ff; 112 f m. w. Nachw.
- 28** ↑ Der Themenkreis, wonach die öffentliche Hand, z. B. nach GemO, überdies auch vom zuständigen Organ (schriftlich) vertreten sein muss, soll hier nicht weiter vertieft werden.
- 29** ↑ OLG Brandenburg, Urteil vom 18.07.2001 - [4 U 184/00](#), [NJW-RR 2001, 1673](#) zur VOB/B; BGH, Urteil vom 21.09.2005 - [XII ZR 312/02](#), [NJW 2006, 138](#); Palm in Erman § **125** BGB Rdn. 5
- 30** ↑ BGH, Urteil vom 20.06.1962 - V ZR 157/60, NJW 1962, 1908

**31** ↑ BGH, Urteil vom 02.06.1976 - VII ZR 97/74 = **BGHZ 66, 378**; BAG, Urteil vom 24.06.2003 - **9 AZR 302/02, NJW 2003, 3725**; umstritten, vgl. a. A.: Palm in Erman § **125** BGB Rdn. 5 mit w. Nachw. zur Gegenansicht, die eine doppelte Schriftformklausel ebenfalls für mündlich aufhebbar hält

**32** ↑ BGH, Urteil vom 23.05.1996 - **VII ZR 245/94, BauR 1996, 542** - dies gilt auch im Falle einer isolierten Anwendung, also wenn die VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart ist; ebenso OLG Hamm, Urteil vom 05.07.1996 - **12 U 168/95, BauR 1997, 472**

**33** ↑ Vgl. Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B, 15. Auflage, 2004, § 2 Nr. 6 VOB/B, Rdn. 14 f mit weiteren Nachweisen

**34** ↑ BGH, Urteil vom 23.05.1996 **a. a. O.**

(Aufsatz online seit 09.02.2010)