



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZB 84/05

vom

22. Dezember 2005

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

AGBG § 9 Abs. 1 Bf, Cb; HOAI § 8 Abs. 2

- a) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach dem Architekten oder Ingenieur Abschlagszahlungen in Höhe von 95 v.H. des Honorars für die nachgewiesenen Leistungen einschließlich Umsatzsteuer gewährt werden, weicht vom gesetzlichen Leitbild des § 8 Abs. 2 HOAI ab.
- b) Die Klausel ist jedenfalls dann wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam, wenn sie in einem Vertrag verwendet wird, der die Leistungen aller Leistungsphasen des § 15 Abs. 2 HOAI enthält, eine Teilschlusszahlung lediglich nach Genehmigung der bis zur Leistungsphase 4 erbrachten Leistungen vereinbart ist und die Schlusszahlung für die Leistungsphasen 5 bis 9 erst fällig wird, wenn der Auftragnehmer sämtliche Leistungen aus dem Vertrag erfüllt hat.

BGH, Beschluss vom 22. Dezember 2005 - VII ZB 84/05 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. Dezember 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 10. Juni 2005 wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens nach einem Gegenstandswert von 20.900 €.

Gründe:

I.

- 1 Die Beklagte beauftragte die Klägerin in einem Generalplanungsvertrag im Jahre 1997 mit Architektenleistungen für die Herrichtung eines Gebäudes in B. . Die Klägerin sollte u.a. Leistungen der Gebäudeplanung (Leistungsphasen 1 bis 9 des § 15 Abs. 2 HOAI), der Tragwerksplanung und der Technischen Ausrüstung übernehmen. Der Vertrag sah unter Ziff. 6.7.2.2 vor, dass Schlusszahlungen möglich sind, wenn die für die Berechnung des Honorars maßgebenden Kosten feststehen (nach Kostenfeststellung), der Auftragnehmer sämtliche Leistungen aus dem Vertrag erfüllt und eine prüfbare Rechnung eingereicht hat. Die Parteien haben sich darum gestritten, ob sich unter Berücksichtigung der vor dem Vertragsschluss geführten Verhandlungen daraus das Recht ergibt, nach Abschluss der Leistungsphase 8 eine Teilschlusszahlung zu verlangen. Unter § 7 der von der Beklagten verwendeten "Allgemeinen Vertrags-

bestimmungen - AVB - zu den Verträgen für freiberuflich Tätige" ist folgendes geregelt:

"7.1. Auf Anforderung des Auftragnehmers werden Abschlagszahlungen in Höhe von 95 v.H. des Honorars für die nachgewiesenen Leistungen einschließlich Umsatzsteuer gewährt. Abschlagszahlungen sind binnen 18 Werktagen nach Zugang des prüfbaren Nachweises zu leisten.

7.2. Eine Teilschlusszahlung einschließlich Umsatzsteuer wird für die Haushaltsunterlage - Bau - gewährt, wenn die Haushaltsunterlage - Bau - baufachlich genehmigt ist und der Auftragnehmer eine prüfbare Rechnung eingereicht hat.

Die Schlusszahlung für die übrigen Leistungen wird fällig, wenn die für die Berechnung des Honorars maßgebenden anrechenbaren Kosten feststehen, der Auftragnehmer sämtliche Leistungen aus diesem Vertrag erfüllt und eine prüfbare Rechnung eingereicht hat."

2 Die Beklagte zahlte auf eine Teilschlussrechnung für die nach Abschluss der Leistungsphasen 1 bis 4 des § 15 Abs. 2 HOAI erbrachten Leistungen die sich dafür aus dem Vertrag ergebende Vergütung. Auf die Abschlagsrechnungen für die nach Abschluss der Leistungsphasen 5 bis 8 des § 15 Abs. 2 HOAI erbrachten Leistungen zahlte die Beklagte 95 v.H. der vertraglichen Vergütung. Die Klägerin hat mit ihrer Teilschlussrechnung vom 17. Dezember 2003 für die bis zum Abschluss der Leistungsphasen 5 bis 8 des § 15 Abs. 2 HOAI erbrachten Leistungen aus allen beauftragten Leistungsbildern Vergütung in vollem Umfang verlangt. Sie hat Klage auf Zahlung der weiterhin einbehaltenen 5 v.H. in Höhe von 899.219,40 € erhoben. Diesen Betrag hat sie als Schlusszahlung, hilfsweise als Abschlagszahlung verlangt.

3 Die Parteien haben den Rechtsstreit in der ersten Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Landgericht hat der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91a ZPO auferlegt und dies damit begründet, die Parteien hätten unter Ziff. 6.7.2.2 des Vertrages eine Einigung dahin erzielt, dass nach Abschluss der Leistungsphase 8 des § 15 Abs. 2 HOAI eine Teilschlussrechnung für die bis dahin erbrachten Leistungen gelegt werden könne. Die Beschwerde der Beklagten ist im Ergebnis ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich die Beklagte mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II.

4 Das Beschwerdegericht führt aus, aus Ziff. 6.7.2.2 des Vertrages ergebe sich nicht das Recht der Klägerin, nach Abschluss der Leistungsphase 8 eine Teilschlusszahlung zu verlangen. Denn nach dieser Regelung sei Voraussetzung, dass die Klägerin die vertraglichen Leistungen vollständig erbracht habe. Da die Leistungen der Leistungsphase 9 des § 15 Abs. 2 HOAI nicht erbracht worden seien, liege diese Voraussetzung nicht vor. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass die Klägerin vorvertraglich beanstandet habe, dass das Recht zur Teilschlussrechnungslegung nach der Leistungsphase 8 in dem Vertragsentwurf fehle. Die Beklagte habe auf diese Beanstandung mit dem Hinweis auf § 7.2 Satz 2 der AVB reagiert. Diese Regelung sei daraufhin nahezu wörtlich in den Vertragstext übernommen worden. Das lasse keine andere Deutung zu, als dass die Beklagte an der Regelung des § 7.2 Satz 2 AVB festhalten wollte.

5 Der Klägerin stehe die Auszahlung der einbehaltenen 5 v.H. der Vergütung als Abschlagszahlung nach § 8 Abs. 2 HOAI zu. Die Einschränkung in § 7.1 Satz 1 der AVB, wonach Abschlagszahlungen nur zu 95 v.H. nachgewie-

sener Leistungen erbracht würden, sei unwirksam. Sie benachteilige den Auftragnehmer unangemessen und halte daher der Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1 AGBG nicht stand.

6 § 8 Abs. 2 HOAI gestehe dem Architekten in Abweichung von dem 1997 noch geltenden Werkvertragsrecht Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen zu. Aus § 8 Abs. 2 HOAI könne nicht gefolgert werden, dass die erbrachten Leistungen zu 100 v.H. zu vergüten seien. Zumindest könne das wegen des Begriffs "Abschlag" nicht als wesentlicher Grundgedanke der Regelung angesehen werden. Grundsätzlich sei wegen der Unsicherheiten einer Abschlagsforderung der Einbehalt von 5 v.H. der Vergütung auch nicht zu beanstanden. Die unangemessene Benachteiligung folge daraus, dass dieser Einbehalt auch noch vorgenommen werde, bis die Leistungsphase 9 erfüllt sei. Das könne zu einer Hinauszögerung der Auszahlung um bis zu fünf Jahre führen. Diese Verzögerung sei nicht gerechtfertigt, denn die Leistungen nach den Leistungsphasen 5 bis 8 könnten zeitnah anhand der Kostenfeststellung, deren Aufstellung Teil der Arbeiten der Leistungsphasen 8 sei, sicher festgestellt werden.

7 Der Höhe nach seien sich die Parteien über den Anspruch im Wesentlichen einig. Die Abweichung von 20.000 € mache bei einem Gesamtanspruch von 899.000 € keinen die Kostenentscheidung beeinflussenden Teil aus, § 92 Abs. 2 ZPO.

III.

8 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

9 Die Vorinstanzen haben der Beklagten zu Recht die Kosten des Rechts-
streits auferlegt, § 91a ZPO. Die Klage hätte Erfolg gehabt.

10 Auf das Schuldverhältnis finden die bis zum 31. Dezember 2001 gelten-
den Gesetze Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

11 Zutreffend hat das Beschwerdegericht den Anspruch der Klägerin nicht
aus Ziff. 6.7.2.2 des Vertrages hergeleitet. Auch unter Berücksichtigung der vor-
vertraglichen Korrespondenz ergibt sich kein Anspruch der Klägerin auf eine
Teilschlusszahlung der Vergütung für die Leistungen der Leistungsphasen 5 bis
8 aus Ziff. 6.7.2.2 des Vertrages.

12 Die Klägerin konnte als Abschlagszahlung 100 v.H. der sich aus der
HOAI ergebenden Vergütung für die bis zum Abschluss der Leistungsphase 8
des § 15 Abs. 2 HOAI erbrachten Leistungen verlangen. Das ergibt sich aus § 8
Abs. 2 HOAI. Die davon abweichende Regelung des § 7.1 Satz 1 der AVB ist
unwirksam, denn sie benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, § 9
Abs. 1 AGBG.

13 1. Inwieweit die vertragliche Regelung der Abschlagszahlung unange-
messen ist, muss sich an dem gesetzlichen Leitbild orientieren. Denn nach § 9
Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzu-
nehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetz-
lichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Zum Zeit-
punkt des Vertragsschlusses sah das Bürgerliche Gesetzbuch allerdings keinen
Anspruch auf Abschlagszahlungen vor. § 632a BGB ist erst durch das Gesetz

zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I 330) mit Wirkung für Vertragsabschlüsse ab dem 1. Mai 2000 eingeführt worden.

14 Leitbildcharakter im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG hat jedoch § 8 Abs. 2 HOAI (Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 12. Teil Rdn. 326; LG Köln, BauR 1999, 1206). Danach kann der Auftragnehmer in angemessenen zeitlichen Abständen für nachgewiesene Leistungen Abschlagszahlungen fordern. Die Regelung gewährt dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Abschlagszahlungen unter den genannten Voraussetzungen. Sie dient dazu, dem Auftragnehmer eine vorläufige Vergütung zu verschaffen, obwohl seine Leistung noch nicht vollständig vertragsgemäß erbracht ist und er deshalb noch keine Honorarschlussrechnung einreichen kann, mit der er den Vergütungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 HOAI fällig stellt.

15 a) § 8 Abs. 2 HOAI ist wirksam. Die Regelung ist von der in Art. 10 § 1 und 2 des Artikel-Gesetzes (MRVG) erteilten Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Das hat der Senat bereits entschieden (BGH, Urteil vom 9. Juli 1981 - VII ZR 139/80, BGHZ 81, 229, 242 f.; inzident: Urteil vom 5. November 1998 - VII ZR 191/97, BauR 1999, 267, 268 = ZfBR 1999, 98). Diese Entscheidung wird von denjenigen kritisiert, die § 8 HOAI für verfassungswidrig halten (z.B. Locher/Koeble/Frik, HOAI, 8. Aufl., § 8 Rdn. 5; Hesse/Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Aufl., § 8 Rdn. 3 jeweils m.w.N. vgl. auch Wenner, EWiR 1998, 1139). Die Kritik gibt zu einer Änderung der Rechtsprechung keine Veranlassung. Sie wiederholt im Wesentlichen die Argumente, die der Senat bereits beschieden hat. Der Einwand, § 8 HOAI sei keine Regelung zur Bemessung des Honorars und nur dafür sei die Ermächtigung erteilt, lässt insbesondere unberücksichtigt, dass die Ermächtigungsverordnung nicht allein zum Erlass einer Preisverordnung ermächtigt, sondern zu einer Honorarordnung. Eine derartige Ordnung der Honorare der Architekten und Ingenieure kann auch die Fälligkeit der Vergü-

tung regeln, denn diese steht in engem Zusammenhang mit deren Berechnung. Das ergibt sich z.B. daraus, dass die prüffähige Abrechnung in § 8 Abs. 1 HOAI zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben wird, wodurch offenbar sicher gestellt werden soll, dass die aus der HOAI abgeleiteten Merkmale der Honorarermittlung auch in die Abrechnung einbezogen werden und damit ihr Geltungsanspruch verstärkt wird.

16 b) Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht § 8 Abs. 2 HOAI für anwendbar gehalten, obwohl das Honorar der Klägerin jedenfalls teilweise, vgl. z.B. § 16 Abs. 3 HOAI, frei vereinbart werden konnte. Es überstieg für einzelne Leistungsbilder die Tafelwerte. Nach § 1 HOAI gelten die Bestimmungen der Verordnung für die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der Architekten und Ingenieure (Auftragnehmer), soweit sie durch Leistungsbilder oder andere Bestimmungen der Verordnung erfasst sind. Die Klägerin war mit Leistungsbildern der HOAI beauftragt. § 8 HOAI, der im Sinne des § 1 HOAI als Regelung zur Berechnung anzusehen ist, ist danach anwendbar.

17 2. Die Regelung in § 7.1 Satz 1 der AVB benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen.

18 a) Dem Beschwerdegericht kann allerdings nicht zugestimmt werden, soweit es die Auffassung vertritt, aus § 8 Abs. 2 HOAI ergebe sich nicht, in welcher Höhe der Architekt oder Ingenieur Abschlagszahlungen beanspruchen kann. Ein Einbehalt von 5 v.H. der Vergütung sei deshalb grundsätzlich unbedenklich.

19 Nach § 8 Abs. 2 HOAI hat der Auftragnehmer Anspruch auf Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen. Anders als z.B. in § 16 Nr. 1 VOB/B ist nicht geregelt, dass der Abschlag in Höhe des Wertes dieser Leistungen beansprucht werden kann. Das ergibt sich jedoch zwanglos aus dem Gesamtzu-

sammenhang der Regelung. Denn der Anspruch auf Abschlagszahlungen kann sich nur am Wert der erbrachten Leistungen orientieren, weil die HOAI (wie auch der Vertrag) keinen anderen Bewertungsmaßstab angibt. Die Abrechnung der Abschlagszahlung hat sich am Abrechnungssystem der HOAI zu orientieren, es sei denn, die Parteien haben etwas anderes zulässig vereinbart. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Ordnungsgeber den Anspruch auf Abschlagszahlungen deshalb reduziert wissen wollte, weil es sich nur um eine vorläufige Zahlung (Abschlag) handelt.

20 b) Danach weicht eine Vereinbarung, nach der dem Auftragnehmer nur 95 v.H. des Wertes der erbrachten Leistungen zustehen, vom Leitbild der Verordnung ab (vgl. Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 12. Teil Rdn. 326; LG Köln, BauR 1999, 1206 zu 90 v.H.). Der Senat muss nicht entscheiden, ob eine entsprechende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers stets unwirksam ist. Der Auftragnehmer ist jedenfalls dann unangemessen benachteiligt, wenn die Klausel in einem Vertrag verwendet wird, der die Leistungen aller Leistungsphasen des § 15 Abs. 2 HOAI enthält, eine Teilschlusszahlung lediglich nach Genehmigung der bis zur Leistungsphase 4 erbrachten Leistungen vereinbart ist und die Schlusszahlung für die Leistungsphasen 5 bis 9 erst fällig wird, wenn der Auftragnehmer sämtliche Leistungen aus dem Vertrag erfüllt hat. Denn in diesem Fall kann der Auftragnehmer Schlusszahlung erst dann verlangen, wenn er neben den Leistungen aus den vorhergehenden Leistungsphasen auch alle Leistungen aus der Leistungsphase 9 erbracht hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111, 113; Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04, zur Veröffentlichung bestimmt). Der Auftragnehmer kann dann für einen Zeitraum von typischer Weise fünf oder noch mehr Jahren 5 v.H. der für die Leistungsphasen 5 bis 8 verdienten (vorläufigen) Vergütung nicht beanspruchen.

21

aa) Dieser Zeitraum ergibt sich daraus, dass in aller Regel die Leistungen der Leistungsphase 8 zeitnah mit dem Abschluss der Baumaßnahmen und der Abnahme der Bauunternehmerleistungen erbracht sind (eventuell mit Ausnahme des Überwachens der Beseitigung der bei der Abnahme der Bauleistung festgestellten Mängel), dass zu den Leistungen der Leistungsphase 9 die Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmern gehört und dass die Gewährleistungsfristen häufig fünf Jahre betragen, die sich durch Unterbrechung oder Hemmung verlängern können. In diesem Zeitraum muss der Auftragnehmer auf Liquidität in Höhe des Einbehalts verzichten und er trägt auch das Insolvenzrisiko, das allerdings bei einem öffentlichen Auftraggeber, wie die Beklagte, nicht anfällt. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen (Urteil vom 9. Juli 1981 - VII ZR 139/80, BGHZ 81, 229, 244 f.), dass es sachlich nicht gerechtfertigt ist, dem Auftragnehmer einen beträchtlichen Teil des Honorars für eine längere Zeit vorzuenthalten, wenn die zu vergütende Leistung erbracht ist. Zweck einer vertraglichen oder gesetzlichen Regelung, die einen Anspruch auf Abschlagszahlung verschafft, ist es, dem Auftragnehmer die Nachteile der Vorleistungspflicht zu nehmen. Der Senat hat deshalb in anderem Zusammenhang ausgeführt, dass eine Kürzung von Abschlagszahlungen auf 90 v.H. des Wertes der erbrachten Leistungen ohne triftigen Grund sachlich nicht gerechtfertigt ist (BGH, Urteil vom 23. November 1989 - VII ZR 228/88, BauR 1990, 207, 208 = ZfBR 1990, 70). Schließlich hat er die Regelung eines Einbehalts von 5 v.H. der nach § 641 BGB fälligen Vergütung zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers für unangemessen gehalten, weil der Auftragnehmer nach dem gesetzlichen Leitbild einen Anspruch auf Auszahlung des Betrages hat, und die Unangemessenheit u.a. damit begründet, dass das Liquiditätsinteresse des

Auftragnehmers unberücksichtigt bleibt (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 324/95, BGHZ 136, 27).

22 cc) Die Vorenthaltung der dem Auftragnehmer zustehenden Abschlagszahlung für den erwähnten Zeitraum lässt sich nicht mit schützenswerten Interessen des Auftraggebers begründen. Dass bis zur endgültigen Abrechnung in einer Schlussrechnung die endgültige Vergütung noch nicht feststeht, ist kein ausreichender Grund. Die Beklagte hat nicht dargelegt und es ist auch sonst nicht erkennbar, welche Abweichungen der Abschlagsrechnung von der Schlussrechnung es rechtfertigen könnten, von der Abschlagszahlung einen Betrag von 5 v.H. der Vergütung im Hinblick auf die Vorläufigkeit der Zahlung einzubehalten. Der prüffähige Nachweis der dem Auftragnehmer nach § 8 Abs. 2 HOAI zustehenden Vergütung erfordert im Regelfall eine Abrechnung, die sich ebenso wie die Schlussrechnung an den Berechnungsfaktoren der HOAI orientiert (Pott/Dahlhoff/Kniffka, HOAI, 7. Aufl., § 8 Rdn. 10a; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 8. Aufl., § 8 Rdn. 60; Budde in Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht, § 25 Rdn. 36; Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 4. Aufl., Rdn. 1373). Es kann deshalb jedenfalls für die Abrechnung von Architekten- und Ingenieurleistungen nicht davon ausgegangen werden, dass die Anforderungen an die Prüffähigkeit von Abschlagsrechnungen erheblich geringer sind als die an die Prüffähigkeit der Schlussrechnung. Ob das für den Bauvertrag gilt (so noch BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 - VII ZR 69/96, BauR 1997, 468 = ZfBR 1997, 186), kann dahinstehen.

23 Das Beschwerdegericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass mit der Kostenfeststellung die anrechenbaren Kosten auch für die Abrechnung der Leistungsphase 8 feststehen. Zuvor können sich Abweichungen der in Abschlagsrechnungen berechneten Vergütung von der endgültigen Vergütung daraus ergeben, dass jedenfalls teilweise den Abschlagsrechnungen Kosten-

ermittlungen aus vorhergehenden Leistungsphasen zugrunde liegen, § 10 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 jeweils am Ende (vgl. auch Löffelmann/Fleischmann, aaO, Rdn. 1383). Mit einer Abschlagsrechnung nach der Kostenfeststellung ist die letzte der vorrangig maßgeblichen Kostenermittlungen erbracht, so dass, abgesehen von Fehlerkorrekturen, Abweichungen nicht mehr möglich sind. Mit der Beendigung der Leistungsphase 8 sind auch mögliche Unsicherheiten bei der Einordnung der Honorarzonen erledigt. Soweit es um den Umfang der erbrachten Leistungen geht, müssen diese in einer Abschlagsrechnung ohnehin nachgewiesen werden. Unklarheiten gehen insoweit zu Lasten des Auftragnehmers in die Prüfung ein, denn nicht nachgewiesene Leistungen werden nicht als Abschlag vergütet. Die sonstigen Berechnungsfaktoren aus der HOAI oder der vertraglichen Vereinbarung stehen fest. Es ist demnach kein Grund erkennbar, einen Einbehalt von 5 v.H. der Vergütung über die Leistungsphase 8 hinaus für die bis dahin erbrachten Leistungen vorzunehmen. Dieser Grund könnte nicht darin gesehen werden, dass nur eine vorläufige und eventuell überschlägige Prüfung stattfindet. Fordert der Auftraggeber eine prüfbare Abrechnung der Leistungen, so ist er auch gehalten, die Prüfung sorgfältig vorzunehmen. Der Vertrag räumt der Beklagten dazu im Übrigen eine Frist von 18 Werktagen ein.

- 24 dd) Es mag allerdings sein, dass sich bei einer Schlussrechnungsprüfung Abweichungen von der Bewertung einer Abschlagsforderung ergeben, seien sie tatsächlicher, seien sie rechtlicher Art. Es besteht daher ein Risiko der Überzahlung. Der Auftraggeber kann ein Interesse daran haben, dieses Risiko durch eine Sicherungsvereinbarung absichern zu lassen. Der nicht durch eine Sicherungsvereinbarung abgesicherte Einbehalt von Abschlagszahlungen über die Leistungsphase 8 hinaus ist jedoch kein angemessenes Mittel, das Risiko der Überzahlung abzusichern. Denn es entzieht dem Auftragnehmer die Liquidität und erlaubt ihm nicht, diesen Entzug durch eine anderweitige Sicherheit abzuwenden.

- 25 ee) Unerheblich ist entgegen der von der Beklagten in der Rechtsbeschwerde vertretenen Auffassung, dass die Klägerin nach der vertraglichen Vereinbarung die Möglichkeit hat, nach Genehmigung der bis zur Leistungsphase 4 erbrachten Leistungen eine Teilschlusszahlung zu verlangen. Das ändert nichts daran, dass 5 v.H. der Vergütung für die folgenden Leistungsphasen 5 bis 8 bis zur Fälligkeit der Schlusszahlung zurückgehalten werden können. Es muss deshalb auch nicht entschieden werden, ob die Auszahlung von nur 95 v.H. der Vergütung in den ersten Phasen gerechtfertigt wäre.
- 26 Ebenso wenig kommt es darauf an, dass nach der Leistungsphase 4 nur noch 70 v.H. der Gesamtvergütung verdient werden, so dass sich der Prozentsatz des einbehaltenen Honorars gemessen an der Gesamtvergütung reduziert. Maßstab ist nicht die gesamte Vergütung, sondern die Vergütung für die erbrachte Leistung. Im Übrigen wäre es auch nicht gerechtfertigt, ohne nachvollziehbaren Grund einen geringeren Betrag als 5 v.H. einzubehalten.
- 27 ff) Unerheblich ist der Hinweis der Beklagten darauf, dass die Leistungsphase 9, die nach der HOAI mit 3 v.H. der Gesamtvergütung bewertet werde (der Vertrag sieht davon teilweise eine abweichende Bewertung vor), noch nicht erbracht worden sei und der Einbehalt das Dreifache dieser Bewertung nicht übersteige. Der Einbehalt ist, wie auch die Beklagte betont, kein Sicherheitseinbehalt, der Ansprüche wegen der noch nicht erbrachten Leistungen absichern soll. Es muss deshalb auch nicht entschieden werden, ob die Begründung der Beschwerde einen solchen Einbehalt rechtfertigen würde.
- 28 3. Schließlich kann der Beklagten nicht darin gefolgt werden, dass die Parteien individuell vereinbart hätten, Abschlagszahlungen in Höhe von 100 v.H. für die Leistungsphasen 5 bis 8 könnten nicht geltend gemacht werden. Sie haben lediglich ausgehandelt, dass eine Teilschlusszahlung nach der

Leistungsphase 8 nicht verlangt werden kann. Damit haben sie keinerlei Vereinbarungen über Abschlagszahlungen getroffen. Dass die Unwirksamkeit der Klausel dazu führt, dass der Kläger 100 v.H. als Abschlag erhält, ist die durch § 8 Abs. 2 HOAI vorgegebene Folge. Die Berufung darauf verstößt auch unter Berücksichtigung der Vereinbarung zur Schlusszahlung nicht gegen Treu und Glauben.

IV.

29

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dressler

Haß

Hausmann

Kuffer

Kniffka

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 09.02.2005 - 23 O 153/04 -

KG Berlin, Entscheidung vom 10.06.2005 - 21 W 27/05 -