

**Dr. Dr. Elke Heera**  
Rechtsanwältin

Torstraße 178  
10115 Berlin-Mitte  
Tel. (030) 2832340  
Fax (030) 2836447

## **Unwirksame Klauseln in Bauverträgen mit Verbrauchern**

BGB §§ 307 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Nr. 1, 308 Nr. 4 und 5, 309 Nr. 2a und Nr. 4; UKlaG §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1.

**Die in Bauverträgen mit Verbrauchern vorformulierten Klauseln des Werkunternehmers sind unwirksam:**

### **1. Leistungsumfang**

„Ohne Zustimmung des Bauherrn darf der Auftragnehmer Änderungen in der Planungs- und Ausführungsart sowie der vorgesehenen Baustoffe und Einrichtungsgegenstände nach Maßgabe von § 315 BGB nur vornehmen, wenn

- sie sich nicht wert- und/oder gebrauchsmindernd auf das Bauvorhaben auswirken und
- den Preis nicht verändern und
- baurechtlich oder technisch notwendig sind.

Vor einer Änderung auf Grundlage dieser Regelung wird der Auftragnehmer den Bauherrn schriftlich oder in elektronischer Form darüber informieren.“

### **2. Abschlagszahlungen**

„Der vereinbarte Festpreis ist in Raten zu zahlen, die sich aus folgenden Einzelpositionen zusammensetzen:

<b>Zahlungsposition</b>	<b>unterkellert</b>	<b>nicht unterkellert</b>
<b>Übergabe der Bauantragsunterlagen bzw. Bauanzeigeunterlagen</b>	<b>5 %</b>	<b>5 %</b>
<b>Fundamentierung</b>	<b>10 %</b>	<b>15 %</b>
<b>Schüttung der Kellerdecke</b>	<b>15 %</b>	
<b>Fertigstellung des tragenden EG-Mauerwerks</b>	<b>10 %</b>	<b>20 %</b>
<b>Richten des Dachs</b>	<b>10 %</b>	<b>10 %</b>
<b>Meldung der Rohbaufertigstellung inklusive Dachdecker- und Dachklempnerarbeiten</b>	<b>10 %</b>	<b>10 %</b>
<b>Verklinkerung/Thermoaußenputz</b>	<b>10 %</b>	<b>10 %</b>
<b>Fenstereinbau</b>	<b>5 %</b>	<b>5 %</b>
<b>Innenputz ohne Beiputz und Fertigstellung der Elektro-, Heizungs- und Sanitärrohinstallation</b>	<b>10 %</b>	<b>10 %</b>
<b>Estricharbeiten</b>	<b>10 %</b>	<b>10 %</b>

**Hausübergabe einschließlich Fertigstellung der Fliesenarbeiten, Elektro-, Heizungs- und Sanitär-Endmontage, vor Bauabnahme bzw. vor Erstellung des Bauabnahmeprotokolls (Anlage)**

5 %

5 %

### 3. Fälligkeit der Zahlung

„Eine Bautenstandsrate ist auch dann fällig, wenn noch geringfügige Restarbeiten zu erledigen sind.“

### 4. Zahlungsverzug

„Soweit der Bauherr bei Fälligkeit nicht zahlt, gerät er in Verzug.“

### 5. Abnahme

„Gleiches gilt für den Fall, dass der Bauherr das Haus vor Abnahme eigenmächtig beziehen sollte.“

### 6. Einseitiges Leistungsänderungsrecht

„Der Auftragnehmer ist berechtigt, die Bauausführung entsprechend Ziffer 3.4 zu ändern, wenn dies zur Durchführbarkeit des Bauvorhabens nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften zwingend erforderlich und dem Bauherrn zuzumuten ist.“

### 7. Verbleib Planungsunterlagen bei Kündigung/Rücktritt

„Bei Kündigung des Auftrages bleiben sämtliche Planungsunterlagen Eigentum des Auftragnehmers. Eine anderweitige Verwendung ist dem Bauherrn nicht gestattet.“

LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14 –; die Berufung wurde nach einem Hinweisbeschluss des OLG Celle zurückgenommen.

**Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung von neun Klauseln ihrer „Vertragsbedingungen“ in Anspruch. Wegen des Inhalts dieser Bedingungen wird auf die Anlage K 5 Bezug genommen. Der Kläger ist der Ansicht, dass die von ihm beanstandeten Klauseln gegen §§ 307 bis 309 BGB verstießen und daher unwirksam seien ...

**Aus den Gründen:** Die Klage ist teilweise begründet.

I. Der Kläger hat gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung der nachfolgend aufgeführten Klauseln; denn diese sind wegen Verstoßes gegen §§ 307 bis 309 BGB unwirksam.

1. Nr. 3.4 der „Vertragsbedingungen“ (Leistungsumfang):

Die Klausel verstößt gegen § 308 Nr. 4 BGB.

Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass der Inhalt der Klausel dem Bauherrn ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen gewährleistet. So darf die Beklagte Änderungen der Ausführungsart nur vornehmen, wenn diese sich nicht wert- und/oder gebrauchsmindernd auf das Bauvorhaben auswirken, den Preis nicht verändern und baurechtlich oder technisch notwendig sind. Die Beklagte hat damit Kriterien aufgestellt, die dem Bauherrn hinreichend deutlich machen, unter welchen Voraussetzungen Leistungsänderungen in Betracht kommen können.

Gleichwohl ist die Klausel unwirksam. Klauseln über Leistungsänderungsvorbehalte müssen auch dem Grundsatz der Erforderlichkeit entsprechen.<sup>1</sup> Daran fehlt es hier. Die Beklagte als Verwenderin der AGB hat nur insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Vereinbarung

<sup>1</sup> Vgl. Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 308 Nr. 4 Rdnr. 24.

eines Änderungsvorbehalts, als die Änderung erforderlich ist, um nicht zu vermeidenden Unsicherheiten Rechnung zu tragen. Dementsprechend fehlt es an der Erforderlichkeit, wenn der Verwender bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung dem Vertragspartner bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Leistung in der geänderten Form hätte versprechen können.<sup>2</sup> Demgegenüber erlaubt es die in Streit stehende Klausel der Beklagten, Umstände zum Gegenstand einer Leistungsänderung zu machen, die für sie schon vor Vertragsschluss ohne weiteres voraussehbar waren und auf die sie sich durch eine entsprechende Gestaltung des Leistungsumfangs von vornherein hätte einstellen können. Die Klausel widerspricht daher dem Grundsatz der Erforderlichkeit eines Leistungsänderungsvorbehalts.

Da die Klausel gegen § 308 Nr. 4 BGB verstößt, kann dahinstehen, ob auch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegt.

## 2. Nr. 7.1 der „Vertragsbedingungen“ (Zahlungen):

Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Sie ist unwirksam, weil sie den Verbraucher von der Geltendmachung seines Rechts auf Sicherheitsleistung gemäß § 632a Abs. 3 BGB abhalten kann. Nach Auffassung des BGH, der die Kammer folgt, ist eine Klausel, die – wie hier – isoliert die Fälligkeit und die Höhe der ersten Abschlagszahlung in einem Werkvertrag mit einem Verbraucher über die Errichtung eines Hauses regelt, ohne auf die nach § 632a Abs. 3 BGB gesetzlich geschuldete Sicherheitsleistung des Unternehmers einzugehen, wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.<sup>3</sup>

Unerheblich ist, dass S. 34 der „Bau- und Leistungsbeschreibung“ der Beklagten deren Verpflichtung vorsieht, dem Bauherrn vor Baubeginn eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 5 % des „Hausvertrag-Festpreises“ einer in Deutschland zugelassenen Versicherungsgesellschaft zu übergeben. Der Gesetzgeber hat zwischen dem Anspruch des Unternehmers aus § 632a Abs. 1 BGB und dem Recht des Bauherrn auf Sicherheitsleistung bei erster Abschlagszahlung aus § 632a Abs. 3 BGB eine untrennbare Verknüpfung vorgenommen. Dieser engen Verknüpfung trägt die streitbefangene Klausel nicht Rechnung; denn sie selbst enthält keinen Hinweis auf das Recht des Bauherrn aus § 632a Abs. 3 BGB. Dieses Recht wird nur an anderer Stelle und zudem außerhalb der „Vertragsbedingungen“ geregelt. Aufgrund dieser räumlichen Trennung besteht die Gefahr, dass der Bauherr „davon abgehalten wird, sich auf sein Recht auf Sicherheitsleistung zu besinnen, den Unternehmer auf seine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung hinzuweisen oder sich auf sein Leistungsverweigerungsrecht zu berufen.“<sup>4</sup>

## 3. Nr. 7.2 Abs. 2 der „Vertragsbedingungen“ (Zahlung):

Diese Klausel verstößt sowohl gegen § 309 Nr. 2a) BGB als auch gegen § 307 Abs. 1 BGB.

Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 2a) BGB ist nach Ansicht der Kammer darin zu sehen, dass das Recht des Bauherrn aus § 320 BGB eingeschränkt wird. Eine Einschränkung ist immer dann gegeben, wenn es aufgrund der Klausel zu Fällen kommen kann, in denen das Leistungsverweigerungsrecht ohne die Klausel bestünde, bei Wirksamkeit der Klausel aber entweder nicht besteht oder weniger weit gehende Rechtsfolgen hat als nach dispositivem Recht.<sup>5</sup> So ist es hier. Ohne die Klausel wäre der Bauherr gemäß § 320 BGB berechtigt, die Zahlung der Bautenstandsrate zu verweigern, bis die entsprechende Teilleistung vollständig erbracht worden ist. Wäre die Klausel wirksam, wäre die vollständige Rate auch dann fällig, wenn die Beklagte die Leistung nur teilweise erbracht hätte.

Überdies verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB in Form des Bestimmtheitsgebots. Dieses verlangt, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen sowie die Rechtsfolgen einer Klausel so genau beschrieben werden, dass keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume für den Verbraucher entstehen. Die Rechte und Pflichten

<sup>2</sup> Dammann, a.a.O.

<sup>3</sup> Vgl. BGH Urteil v. 08.11.2012 – VII ZR 191/12 – Rdnr. 18 bis 23.

<sup>4</sup> BGH, a.a.O., Rdnr. 23.

<sup>5</sup> Vgl. Dammann, a.a.O., § 309 Rdnr. 22.

des Kunden müssen so klar und präzise wie möglich angegeben werden.<sup>6</sup> Diesen Anforderungen wird die Klausel nicht gerecht, weil der Begriff „geringfügige Restarbeiten“ zu unbestimmt ist und in den „Vertragsbedingungen“ nicht näher konkretisiert wird. Für den Bauherrn ist es daher nicht ohne weiteres möglich festzustellen, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen er die Zahlung der Bautenstandsrate zurückhalten darf. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn.

**4. Nr. 7.2 Abs. 3 Satz 1 der „Vertragsbedingungen“ (Zahlung):**

Auch diese Klausel ist unwirksam; denn sie verstößt gegen § 309 Nr. 4 BGB.

Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung zu setzen. Das ist hier der Fall. Die Klausel stellt die Beklagte abweichend von § 286 Abs. 2 BGB von der Verpflichtung frei, den Bauherrn wegen der Bautenstandsrate zu mahnen. Während es gemäß § 286 Abs. 2 BGB einer Mahnung allein in den dort geregelten Fällen nicht bedarf, ist nach der streitbefangenen Klausel eine Mahnung oder Fristsetzung schon dann entbehrlich, wenn der Bauherr „bei Fälligkeit nicht zahlt“ und damit in Verzug gerät. Damit wird der Eintritt des Verzuges weder von einer nach dem Kalender bestimmbaren Leistungszeit (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) abhängig gemacht noch knüpft der Eintritt des Verzuges an ein der Leistung vorausgehendes Ereignis an (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Unter den Begriff des Ereignisses fällt nur eine Handlung oder ein anderer sinnlich wahrnehmbarer Umstand. Ein reiner Rechtsbegriff wie die Fälligkeit einer Leistung ist demgegenüber kein geeigneter Anknüpfungspunkt.<sup>7</sup> Damit erklärt die Klausel eine Mahnung oder Fristsetzung in einem weiteren Umfang für entbehrlich, als es das Gesetz vorsieht.

**5. Nr. 9.3 Satz 2 der „Vertragsbedingungen“ (Abnahme):**

Die Klausel verstößt nach Ansicht der Kammer gegen § 308 Nr. 5 BGB.

Danach ist eine Bestimmung unwirksam, wenn eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben gilt. Die Vorschrift will verhindern, dass der Vertragspartner des Verwenders durch eine Erklärungsfiktion mit Rechtsfolgen überrascht wird, die er nicht gewollt hat und auf die er sich auch nicht einstellen konnte (Verbot von Erklärungsfiktionen). Die beanstandete Klausel enthält eine solche Fiktion. Sie muss in Zusammenhang mit Nr. 9.3 Satz 2 der „Vertragsbedingungen“ gelesen werden. Danach gilt die Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB mit Fristablauf als erfolgt, wenn der Bauherr die Werkleistung innerhalb einer ihm von der Beklagten gesetzten angemessenen Frist nicht abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Die streitbefangene Klausel bewirkt somit, dass die Leistung der Beklagten als abgenommen gilt, wenn der Bauherr das Haus vor einer förmlichen Abnahme ohne oder gegen den Willen der Beklagten bezieht. Eine solche Abnahmefiktion wäre nur unter der Voraussetzung zulässig, dass ein Verhalten des Bauherrn vorliegt, welches als konkludente Abnahme zu werten ist. Eine solche Einschränkung enthält die Klausel jedoch nicht. Sie stellt eine Abnahmefiktion unabhängig von den Gründen oder Motiven auf, die den Bauherrn dazu bewogen haben, das Objekt zu beziehen. Der Kläger weist zu Recht darauf hin, dass ein Bauherr unter Umständen gezwungen sein kann, in ein unfertiges Haus einzuziehen, wobei die fehlenden Bauleistungen nicht nur geringfügiger Natur sind, so dass ein Abnahmewille des Bauherrn nicht unterstellt werden kann. Da die Klausel weder eine Erklärungsfrist i. S. d. § 308 Nr. 5a) BGB vorsieht noch einen Hinweis i. S. von lit. b) dieser Vorschrift enthält, ist sie unwirksam.

Da die Klausel gegen § 308 Nr. 5 BGB verstößt, kann dahinstehen, ob sie auch wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

**6. Nr. 11.2 Satz 4 der „Vertragsbedingungen“ (Bauherrnleistungen)**

Diese Klausel ist aus den oben unter Nr. 1. aufgeführten Gründen unwirksam. Auch sie verstößt gegen § 308 Nr. 4 BGB; denn sie gewährt der Beklagten das Recht, Umstände –

<sup>6</sup> Vgl. Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, a.a.O., § 307 Rndr. 258.

<sup>7</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 286 Rdnr. 23.

hier die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften – zum Gegenstand einer Leistungsänderung zu machen, die für sie schon vor Vertragsschluss erkennbar waren und demgemäß von vornherein zum Inhalt des Vertrages hätten gemacht werden können. Die Klausel widerspricht damit dem Grundsatz der Erforderlichkeit von Änderungsvorbehalten.

**7. Nr. 12.3 Satz 1 und 2 der „Vertragsbedingungen“ (Kündigung/Rücktritt):**

Auch diese Klausel ist unwirksam; sie verstößt nach Ansicht der Kammer jedenfalls gegen § 307 Abs. 1 BGB. Sie verstößt in doppelter Hinsicht gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung des Bauherrn.

Eine Benachteiligung liegt zum einen darin, dass die Klausel zu Gunsten der Beklagten das Eigentum an sämtlichen Planungsunterlagen begründet, obgleich der Bauherr für die Erstellung und Übergabe dieser Unterlagen bereits ein Entgelt gezahlt hat, nämlich mit der ersten Bautenstandsrate von 5 % gemäß Nr. 7.1 der „Vertragsbedingungen“. Die Klausel verschafft der Beklagten mithin das Recht auf Vergütung für eine Leistung, die – anders als die übrigen bis zur Kündigung/Rücktritt erbrachten Werkleistungen – nicht in das Eigentum des Bauherrn übergehen soll. Eine Rechtfertigung für diese einseitige Bevorzugung der Interessen der Beklagten ist nicht ersichtlich.

Zum andern verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot. Entgegen dem Gebot von Klarheit und Verständlichkeit ist die Klausel so formuliert, dass der Kunde ihren Sinn und ihre Reichweite nicht ohne weiteres zu erkennen vermag. Einerseits schließt die Klausel den Erwerb des Eigentums an den Planungsunterlagen seitens des Bauherrn aus. Andererseits scheint sie diesem das Recht am (weiteren) Besitz der Unterlagen zu gewähren. Sie enthält jedoch keine Regelung zu der Frage, welche Gebrauchs- und Nutzungsrechte an den Planungsunterlagen dem Bauherrn zustehen sollen. Soll der Bauherr lediglich berechtigt sein, weiterhin den Besitz an den Unterlagen auszuüben? Oder soll er etwa das Recht haben, die Unterlagen demjenigen Bauunternehmer zu übergeben, den er nach Kündigung des Auftrags mit der Fortsetzung oder Fertigstellung der Arbeiten beauftragt hat? Ist der Unternehmer seinerseits berechtigt, die Unterlagen einem von ihm beauftragten Subunternehmer zugänglich zu machen? Diese Frage nach dem Inhalt des Rechts zum Besitz beantwortet die Klausel nicht. Damit sind die Rechtsfolgen der Klausel entgegen dem Transparenzgebot für den Bauherrn unklar und nicht überschaubar.

**II. Die Klage ist unbegründet, soweit der Kläger Unterlassung der Verwendung der nachfolgend aufgeführten Klauseln begehrt:**

**1. Nr. 10.4 Satz 1 der „Vertragsbedingungen“ (Haftung für Baumängel):**

Diese Klausel ist unwirksam.

Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8 lit. b) ee) BGB liegt nicht vor; denn der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist nicht berührt. § 309 Nr. 8 lit. b) ee) BGB bezieht sich nur auf solche Klauseln, die eine Frist für die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel setzen. Die streitbefangene Klausel regelt allein Rechtsfolgen bei Vorliegen offensichtlicher Mängel.

Die Klausel ist daher an § 307 BGB zu messen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift liegt indessen nicht vor. Die Klausel benachteiligt den Bauherrn nicht in unangemessener Art und Weise. Unerheblich ist, dass §§ 634 ff. BGB eine Ausschlussfrist für die Anzeige von Mängeln nicht vorsehen. Die gesetzlichen Bestimmungen regeln die Rechte des Bestellers bei mangelhaften Werkleistungen nicht abschließend. Wie im Umkehrschluss aus § 309 Nr. 8 lit. b) ee) BGB folgt, ist es den Parteien eines Werkvertrages grundsätzlich gestattet, vertragliche Regelungen über die Anzeige offensichtlicher Mängel zu treffen und dabei auch Ausschlussfristen zu vereinbaren.

Ein Verstoß gegen § 307 BGB liegt erst dann vor, wenn die Frist zur Mängelanzeige unangemessen kurz ist. Das ist etwa der Fall, wenn diese Frist nur mit einer Woche bemessen wird und die Mängelanzeige besonderen Formerfordernissen wie etwa der Schriftform unterworfen wird. Eine Frist von solch kurzer Dauer ist nicht ausreichend, um dem Bauherrn hinreichend Zeit zur Prüfung der Mängel sowie für die Überlegung zu

belassen, ob und gegebenenfalls welche Gewährleistungsansprüche er deswegen geltend machen will.<sup>8</sup>

Anders verhält es sich dagegen, wenn dem Bauherrn – wie hier – eine Frist von drei Wochen zur schriftlichen Mängelanzeige ab Entdeckung des Mangels eingeräumt wird. Diese Frist ist ausreichend bemessen, um die schutzwürdigen Belange des Bauherrn zu wahren.

**2.** Nr. 10.4 Satz 3 der „Vertragsbedingungen“ (Haftung für Baumängel):

Auch diese Klausel ist wirksam. Sie verstößt weder gegen § 309 Nr. 8 lit. b) ee) BGB noch gegen § 307 BGB. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen unter Nr. 1. Bezug genommen. ...

(Mitgeteilt von Rechtsanwältin Dr. Dr. Elke Heera, Berlin)

Die Rezension wurde veröffentlicht in Baurecht, H. 7/2015, S. 1190 ff.

---

<sup>8</sup> Vgl. Dammann, a.a.O., § 309 Nr. 8 lit. b) ee) Rdnr. 48.