

Dr. Dr. Elke Heera
Rechtsanwältin

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

Unwirksame Bauvertragsklauseln

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.“

LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14

2. Abschlagszahlungen

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

<u>Zahlungsposition</u>	<u>unterkellert</u>	<u>nicht unterkellert</u>
Übergabe der Bauantragsunterlagen bzw. Bauanzeigeunterlagen	5 %	5 %
Fundamentierung	10 %	15 %
Schüttung der Kellerdecke	15 %	
Fertigstellung des tragenden EG-Mauerwerks	10 %	20 %
Richten des Dachs	10 %	10 %
Meldung der Rohbaufertigstellung inklusive Dachdecker- und Dachklempnerarbeiten	10 %	10 %
Verklinkerung/Thermoaußenputz	10 %	10 %
Fenstereinbau	5 %	5 %
Innenputz ohne Beiputz und Fertigstellung der Elektro-, Heizungs- und Sanitärrohinstallation	10 %	10 %
Estricharbeiten	10 %	10 %
Hausübergabe einschließlich Fertigstellung der Fliesenarbeiten, Elektro-, Heizungs- und Sanitär-Endmontage:, vor Bauabnahme bzw. vor Erstellung des Bauabnahmeprotokolls (Anlage)	5 %	5 %“

LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14

3. Fälligkeit der Zahlung

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

OLG Celle, Hinweisbeschuß vom 16. Oktober 2014 – 13 U 110/14
vorangehend LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14

4. Zahlungsverzug

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

LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14

5. Abnahme

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

LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14

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.“

LG Hildesheim, Urteil vom 11. Juni 2014 – 5 O 13/14

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

Aus den Gründen:

I. Der Kläger verlangt als ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragener Verein von der Beklagten – einem überregional in Deutschland agierenden Bauunternehmen, das sich mit der Errichtung und Modernisierung schlüsselfertiger und teilfertiger Bauten aller Art befaßt – es zu unterlassen, die o.g. vorformulierten Vertragsklauseln im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern zu verwenden und sich bei bestehenden Verträgen auf die o. g. Klauseln zu berufen.

Das Landgericht hat dem Unterlassungsantrag des Klägers stattgegeben und seine Entscheidung wie folgt begründet:

zu 1. Leistungsumfang

Die Klausel verstößt jedenfalls gegen § 308 Nr. 4 BGB. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, daß der Inhalt der Klausel dem Bauherrn ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit möglicher Leistungsänderungen gewährleistet, z. B. die Vornahme von Änderungen der Ausführungsart nur dann, wenn diese sich nicht wert- und/oder gebrauchsmindernd auf das Bauvorhaben auswirken, den Preis nicht verändern und baurechtlich oder technisch notwendig sind. Gleichwohl ist die Klausel unwirksam, denn sie entspricht nicht dem Grundsatz der Erforderlichkeit. Der Beklagten ist als Klauselverwenderin nur insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts zuzubilligen, als die Änderung erforderlich ist, um nicht zu vermeidenden Unsicherheiten Rechnung zu

tragen. Es fehlt an der Erforderlichkeit, wenn der Klauselverwender bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung dem Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Leistung in der geänderten Form hätte versprechen können (Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 308 Nr. 4 Rn 24). Demgegenüber erlaubt es die v. g. Klausel der Beklagten, auf Umstände zur Leistungsänderung zurückzugreifen, 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. Daher widerspricht die Klausel dem Grundsatz der Erforderlichkeit eines Leistungsänderungsvorbehalts.

Der Kläger hat weiter vorgetragen, daß die Klausel nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gegen das Transparenzgebot verstoße, weil sie ein Planungsfehlerprivileg enthalte. Die hier angegriffene Klausel versuche, teilweise das Planungsrisiko auf den Besteller zu übertragen. Daher sei sie nicht klar und verständlich, sondern intransparent und unwirksam (Beschuß des Thüringer Oberlandesgerichts vom 17.06.2009 – 1 U 349/08). Das Landgericht urteilte, daß es dahinstehen kann, zumal die Klausel gegen § 308 Nr. 4 BGB verstößt, ob auch ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 2 oder Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegt.

zu 2. Abschlagszahlungen

Wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB ist die o. g. Klausel unwirksam, denn sie ist geeignet, den Besteller von der Geltendmachung seines Rechts auf Sicherheitsleistung gemäß § 632a Abs. 3 BGB abzuhalten. Nach Auffassung des BGH, der das Landgericht folgt, ist eine Klausel, die wie die obige 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 des Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam (BGH, Urteil vom 08.11.2012 – VII ZR 191/12 – Rn 18-23). Unerheblich ist, daß in der Bau- und Leistungsbeschreibung der Beklagten deren Verpflichtung vorgesehen ist, dem Besteller vor Baubeginn eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 5 % des „Hausvertrag-Festpreises“ einer in Deutschland zugelassenen Versicherungsgesellschaft zu übergeben. Immerhin will die Beklagte lt. ihrer Zahlungsklausel die erste Abschlagszahlung früher kassieren. Der Gesetzgeber hat zwischen dem Anspruch des Unternehmers aus § 632a Abs. 1 BGB und dem Recht des Bestellers auf Sicherheitsleistung bei der ersten Abschlagszahlung aus § 632a Abs. 3 BGB eine untrennbare Verknüpfung vorgenommen. Dieser untrennbaren Verknüpfung wird die streitbefangene Klausel nicht gerecht. Sie selbst enthält keinen Hinweis auf das Recht des Bauherrn aus § 632a Abs. 3 BGB. Aufgrund dieser räumlichen Trennung besteht die Gefahr, daß der Besteller „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.“ (BGH, a. a. O., Rn 23).

zu 3. Fälligkeit der Zahlung

Diese Klausel ist zu unterlassen, weil sie gegen § 309 Nr. 2 a) BGB verstößt. Hierzu hat das Landgericht ausgeführt, daß die Klausel das Leistungsverweigerungsrecht des Vertragspartners aus § 320 BGB unzulässig beschränkt. Die Berufung der Beklagten hiergegen hat keinen Erfolg.

Das Oberlandesgericht führt aus, daß die gesetzlichen Regelungen der §§ 632a Abs. 1 S. 2 BGB, 640 Abs. 1 S. 2 BGB entgegen der Auffassung der Beklagten nicht für die Zulässigkeit dieser Klausel sprechen. Dem Werkunternehmer steht gemäß § 632a Abs. 1 S. 1 BGB ein Anspruch auf Abschlagszahlungen nur für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung zu. Unter Bezug auf OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 30. März 2007 – 17 U 21/07, juris Rn 31 begründet das Oberlandesgericht, daß der Begriff „vertragsgemäße Leistung“ dem des § 640 BGB entspricht und daß die Regelung des § 632a BGB eine Durchbrechung der grundsätzlich dem Unternehmer obliegenden Vorleistungspflicht gemäß § 641 BGB bedeutet. Folglich darf der Unternehmer die Abschlagszahlungen nur gegen Ausführung der für die Erreichung des jeweiligen Bautenstands erforderlichen Bauleistung beanspruchen, d. h. eine Vorleistungspflicht des Bestellers wird hierdurch nicht statuiert (BGH, Urteil vom

27. Oktober 2011 – VII ZR 84/09, juris Rn 14). Ein mangelbedingtes Leistungsverweigerungsrecht, gestützt auf die Einrede des § 320 BGB besteht nach der BGH-Rechtsprechung auch dann, wenn Abschlagsforderungen gemäß vertraglichem Zahlungsplan nach Baufortschritt fällig werden (ebenda). Da der Besteller hier nicht vorleistungspflichtig ist, kann er nach § 320 Abs. 1 BGB die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern. Zutreffend führt das Oberlandesgericht aus, daß der Besteller der Werkleistung keine Zahlungen erbringen muß, ohne die hierfür ausbedungene Gegenleistung erhalten zu haben. Schließlich wird seinem Anspruch auf vertragsgerechte Erfüllung der Gegenleistung auf der Grundlage eines an den Bautenstand gekoppelten Zahlungsplans dadurch Rechnung getragen, daß er den Abschlagsforderungen des Unternehmers auch schon vor dem für die Ablieferung des Gesamtwerks vorgesehenen Zeitpunkt gemäß § 320 BGB Mängel derjenigen Bauleistung entgegenhalten darf, welche der Unternehmer bis zur Erreichung des seine Abschlagsforderung begründenden Bautenstands ausgeführt hat (ebenda). Für den vorliegenden Fall, in dem dem Anspruch des Bestellers auf vertragsgerechte Erfüllung nicht Mängel der Werkleistung, sondern ausstehende Restarbeiten entgegenstehen, kann nichts anderes gelten. Der Umfang des Leistungsverweigerungsrechts im Falle geschuldeter Abschlagszahlungen nach § 632a BGB bemißt sich bei unwesentlichen Mängeln gemäß § 632a Abs. 1 S. 2 BGB über § 632a Abs. 1 S. 3 BGB nach § 641 Abs. 3 BGB. Folglich kann der Besteller auch beim Vorliegen geringfügiger Mängel in der Regel das Doppelte der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten dem Abschlagszahlungsanspruch des Unternehmers entgegenhalten. Bei ausstehenden Restarbeiten ist das Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf die noch ausstehenden Arbeiten entsprechend begrenzt. Der Unternehmer hat auch bei nur geringfügigen/unwesentlichen Mängeln oder ausstehenden Restarbeiten keinen vollen Anspruch auf die vereinbarte Abschlagszahlung. Mit der streitgegenständlichen Klausel soll aber die Abschlagszahlung im vollen Umfang fällig werden, selbst wenn geringfügige Restarbeiten ausstehen. Das Oberlandesgericht weist darauf hin, daß eine solche Beschränkung des § 320 gegen § 309 Abs. 1 Nr. 2 BGB (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 – VII ZR 204/90, juris Rn 38 zum früheren § 11 Nr. 2 a AGBG) verstößt und läßt es im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen dahinstehen, ob die streitgegenständliche Klausel auch gegen die Vorschrift des § 307 Abs. 1 BGB verstößt, was vom Kläger vorgetragen wurde und wozu das Landgericht urteilte, daß die Klausel überdies das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB in Form des Bestimmtheitsgebots verletzt.

zu 4. Zahlungsverzug

Da die Formulklausel gegen § 309 Nr. 4 BGB verstößt, ist sie unwirksam. Nach § 309 Nr. 4 BGB 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. Hingegen stellt die verwendete Klausel die Beklagte abweichend von § 286 Abs. 2 BGB von der Verpflichtung frei, den Besteller wegen der Bautenstandsrate zu mahnen. Während es gemäß § 286 Abs. 2 BGB einer Mahnung allein in den dort geregelten Fällen nicht bedarf, soll nach der streitbefangenen Klausel eine Mahnung oder Fristsetzung schon dann entbehrlich sein, wenn der Besteller „bei Fälligkeit nicht zahlt“. Damit wird der Eintritt des Verzuges weder von einer nach dem Kalender bestimmbar Leistungszeit abhängig gemacht, noch knüpft der Eintritt des Verzuges an ein der Leistung vorausgehendes Ereignis an. Das Landgericht führt unter Berufung auf Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl. § 286 Rn 23 aus, daß unter den Begriff des Ereignisses nur eine Handlung oder ein anderer sinnlich wahrnehmbarer Umstand fällt und daß ein reiner Rechtsbegriff wie die Fälligkeit einer Leistung demgegenüber kein geeigneter Anknüpfungspunkt ist. Die streitbefangene Klausel erklärt damit eine Mahnung oder Fristsetzung in einem weiteren Umfang für entbehrlich, als das gesetzlich vorgesehen ist.

zu 5. Abnahme

Die Klausel verstößt gegen § 308 Nr. 5 BGB. Danach ist eine Bestimmung unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben gilt. Das darin enthaltene Verbot von Erklärungsfiktionen 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. Die beanstandete Klausel enthält eine solche Fiktion. Im Zusammenhang mit einer weiteren Formulierung der AGB der Beklagten gilt die Abnahme gemäß § 640 Abs. 1 S. 3 BGB mit Fristablauf als erfolgt, wenn der Besteller die Werkleistung innerhalb einer ihm von der Beklagten gesetzten angemessenen Frist nicht abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist. Somit bewirkt die streitbefangene Klausel, daß die Leistung der Beklagten als abgenommen gilt, wenn der Besteller das Haus vor einer förmlichen Abnahme ohne oder gegen den Willen der Beklagten bezieht. Die Klausel enthält keine Einschränkung dahingehend, daß ein Verhalten des Bauherrn vorausgesetzt wird, welches als konkludente Abnahme zu werten ist. Vielmehr formuliert sie eine Abnahmefiktion unabhängig von den Gründen, die den Besteller dazu bewogen haben, das Haus zu beziehen. Ein Besteller kann jedoch unter Umständen gezwungen sein, in ein unfertiges Haus einzuziehen, wobei die fehlenden Bauleistungen nicht nur geringfügiger Natur sind, so daß ein Abnahmewille des Bestellers nicht unterstellt werden kann. Da die Klausel weder eine Erklärungsfrist im Sinne des § 308 Nr. 5 a) BGB vorsieht, noch einen Hinweis im Sinne von lit. b) dieser Vorschrift enthält, ist sie unwirksam.

zu 6. Einseitiges Leistungsänderungsrecht

Auch diese Klausel ist aus den oben zu 1. aufgeführten Gründen unwirksam. Sie verstößt gegen § 308 Nr. 4 BGB, indem sie der Beklagten das Recht gewährt, Umstände – hier die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften – zum Gegenstand einer Leistungsänderung zu machen, die für sie schon vor Vertragsschluß erkennbar waren und dementsprechend Inhalt des Vertrages hätten werden können (Beschuß des Thüringer Oberlandesgerichts vom 17.06.2009, a. a. O.). Damit widerspricht die verwendete Klausel dem Grundsatz der Erforderlichkeit von Änderungsvorbehalten.

zu 7. Verbleib Planungsunterlagen bei Kündigung/Rücktritt

Diese Klausel ist jedenfalls unwirksam wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB. Sie verstößt in doppelter Hinsicht gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung des Bestellers. Zum einen liegt eine Benachteiligung darin, daß die Klausel zugunsten der Beklagten das Eigentum an sämtlichen Planungsunterlagen regelt, obwohl der Besteller für das Anfertigen und die Übergabe dieser Unterlagen bereits mit der ersten Abschlagszahlung von 5 % lt. der AGB der Beklagten ein Entgelt entrichtet hat. Mithin verschafft die Klausel der Beklagten das Recht auf Vergütung für eine Leistung, die nicht in das Eigentum des Bestellers übergehen soll. Damit liegt eine ungerechtfertigte einseitige Bevorzugung der Interessen der Beklagten vor.

Zum andern verstößt die Klausel gegen das Transparenzgebot, indem sie nicht klar und verständlich formuliert ist. Wie oben ausgerührt, schließt die Klausel den Erwerb des Eigentums an den Planungsunterlagen seitens des Bestellers aus, andererseits scheint sie diesem das Recht am (weiteren) Besitz der Unterlagen zu gewähren. Hingegen enthält sie keine Regelung zur Frage, welche Gebrauchs- und Nutzungsrechte dem Besteller an den Planungsunterlagen zustehen sollen. Es bleibt unklar, ob der Besteller berechtigt sein soll, die Unterlagen demjenigen Unternehmer zu übergeben, den er nach Kündigung des Auftrags mit der Fortsetzung oder Fertigstellung der Arbeiten beauftragt hat und ob der Unternehmer seinerseits berechtigt sein soll, die Unterlagen einem von ihm beauftragten Subunternehmer zugänglich zu machen. Damit zutreffend führt das Landgericht aus, daß die Rechtsfolgen der Klausel entgegen dem Transparenzgebot für den Besteller unklar und nicht überschaubar sind.

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