

VERBRAUCHER- FEINDLICHE KLAUSELN IN BAUVERTRÄGEN

Dokumentation typischer Vertragsklauseln
Rechtliche Bewertung
Auswirkungen auf Verbraucher

**Analyse des
Bauherren-Schutzbund e.V.**

**Bauherren
Schutz
Bund
e.V.**



Verbraucherfeindliche Klauseln in Bauverträgen

Dokumentation typischer Vertragsklauseln – Rechtliche Bewertung – Auswirkungen auf Verbraucher

Analyse des Bauherren-Schutzbund e.V. (BSB)

- Auftraggeber: Bauherren-Schutzbund e.V. (BSB)
Kleine Alexanderstraße 9/10, 10178 Berlin
- Projektleitung (Autor): Rechtsanwalt Dr. Benjamin Berding, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht (Köln)
- Beratung: Rechtsanwältin Dr. Dr. Elke Heera (Berlin)
Rechtsanwalt Dr. Bernhard-Dietrich Breloer (Berlin)
Rechtsanwalt Lothar Lachner (Köln), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Rechtsanwalt Olaf Lenkeit (Berlin), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Rechtsanwalt Peter Mael (Leverkusen)
Rechtsanwalt Wendelin Monz (Potsdam), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Rechtsanwalt Andreas Schmidt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht (Leverkusen)
Rechtsanwalt Mario van Suntum (Leipzig), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Berlin, 31. Januar 2014

Inhaltverzeichnis:

Einleitung	1
I. Vertragsschluss.....	3
1. Annahmeverbehalt und Angebotsbindefrist.....	3
2. Schriftformklauseln	4
3. (Empfangs)Bekennnisse	4
4. Leistungsumfang und -ausschlüsse	5
II. Bauphase	6
1. Änderungsvorbehalte des Unternehmers	6
2. Fertigstellungsfrist.....	9
3. Änderungswünsche des Bestellers	10
4. Betreten der Baustelle	11
III. Abnahme.....	11
IV. Vergütung	14
1. Abschlagszahlungen und Zahlungspläne.....	14
2. Preissteigerungen	19
3. (Sonder)Rechte des Unternehmers bei Zahlungsverzug.....	19
V. Sicherheiten.....	20
VI. Gewährleistung	23
VII. Vertragsbeendigung/Kündigung	24
1. Sonderkündigungsrechte	24
2. Abgeltungspauschalen.....	25
3. Bestimmungen über die Kündigungsfolgen	27
VIII. Schlussbestimmungen	28
1. Salvatorische Klauseln bzw. Ersetzungs- und Anpassungsklauseln	28
2. Schiedsgutachterklausel	29
3. Gerichtsstandsklausel.....	30
IX. Zusammenfassung.....	31

Einleitung

Der Bauherren-Schutzbund e. V. (BSB) ist eine gemeinnützige Verbraucherschutzorganisation und Mitglied im Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Der Verein bietet eine unabhängige Verbraucherberatung für private Bauherren im Alt- und Neubau, Immobilienerwerber und selbstnutzende Wohneigentümer an. Die Unterstützung erfolgt über die Verbreitung von Verbraucherinformationen und die Beratung und Betreuung auf bautechnischem und rechtlichem Gebiet durch Bauherrenberater und Vertrauensanwälte des BSB. Der Verein vertritt bauorientierte Verbraucherinteressen, fördert den Dialog zwischen allen am Bau Beteiligten, wirkt in zahlreichen Gremien mit und veröffentlicht regelmäßig empirische Untersuchungen und wissenschaftliche Studien. Einen großen Stellenwert nimmt das Herausarbeiten der Risiken für Verbraucher im Bau- und Immobilienbereich ein. Der Verein hat die Aktivlegitimation für Abmahnungen und Unterlassungsklagen gemäß §4 Unterlassungsklagegesetz (UKlaG).

Ein Meilenstein aus der jüngeren Tätigkeit des BSB ist die Analyse von 100 Verträgen nebst Bau- und Leistungsbeschreibungen von Hausanbietern für Ein- und Zweifamilienhäusern aus dem Jahr 2010 (abrufbar auf der Homepage www.bsb-ev.de – „Aktuell“ – „Aktuelle Studien“). Die Analyse unterstrich, dass aus Sicht des Verbraucherschutzes eklatante Defizite in Bauverträgen und Leistungsbeschreibungen (unverändert) die Regel sind.

Festzustellen ist dass es in der aktuellen Marktsituation bisweilen selbst dem informierten Verbraucher nicht gelingt, einen „guten“ Vertrag abzuschließen, weil es sich die Bauunternehmen leisten können, nicht jeden Kunden zu akzeptieren bzw. nicht jeder Forderung des Kunden nachzukommen. Allerdings werden auch die weiteren am Bau Beteiligten wie der ausführende Unternehmer zu bedenken haben, dass Ihnen nicht damit gedient ist einen Vertrag mit unwirksamen oder nichtigen Klauseln zur Grundlage ihrer Leistungserbringung zu machen. Denn solche Verträge bergen erhebliches Konfliktpotenzial, Rechtsunsicherheit sowie das hohe Risiko von wirtschaftlichen Schäden für alle Vertragsbeteiligten. Ist mithin der Vertrag abgeschlossen, kommt es (im Streitfall) darauf an, ob dessen Bestimmungen im Einzelnen wirksam sind, m. a. W. ob sich der Unternehmer auf bestimmte Klauseln im Vertrag berufen kann und der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.

Bei der Kontrolle der Wirksamkeit von vertraglichen Abreden kommt dem Verbraucher der Schutz der §§ 305 ff. BGB mit der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 – 309 BGB zu Gute. Der Inhaltskontrolle nach §§ 307 – 309 BGB unterliegen bei Verträgen zwischen Unternehmern (§ 14 BGB) mit Verbrauchern (§ 13 BGB) nicht nur Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die eine Vertragspartei der anderen stellt (§ 305 Abs. 1 BGB), sondern auch die von dem Unternehmer zur einmaligen Verwendung bestimm-

te Klauseln, soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). So liegt es ganz regelmäßig bei dem Abschluss von Bauverträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern. Der Unternehmer gibt den Inhalt des Vertrages vor, die Inhaltskontrolle nach den §§ 307 – 309 BGB ist eröffnet. Verstöße gegen die §§ 307 – 309 BGB führen zur Unwirksamkeit der jeweiligen Klausel, der Unternehmer kann sich auf diese Klausel nicht berufen, stattdessen bestimmt sich das Rechtsverhältnis mit dem Verbraucher nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 BGB).

Die rechtliche Bewertung, ob eine Klausel unwirksam ist, kann der Verbraucher natürlich nicht leisten. Aber oft wird ihm sein Bauchgefühl sagen, „*hier stimmt etwas nicht*“ oder „*das kann doch nicht sein*“. Im Regelfall muss der Verbraucher Rechtsrat einholen, scheut dies allerdings häufig wegen der Kosten. Die vorliegende Dokumentation informiert über typische verbraucherfeindliche Vertragsklauseln, vermittelt eine rechtliche Bewertung und zeigt deren Auswirkungen. Sie vermag eine individuelle Vertragsprüfung durch den Anwalt naturgemäß nicht zu ersetzen.

Die in der Dokumentation zusammengestellten Vertragsklauseln stammen überwiegend aus den von Frau Rechtsanwältin Dr. Dr. Elke Heera (Berlin) und Rechtsanwalt Dr. Bernhard-Dietrich Breloer (Berlin) im Auftrag des BSB erteilten Abmahnungen und angestregten Unterlassungsklagen nach UKlaG. Ihnen beiden sei an dieser Stelle für die wertvolle Arbeit und die freundliche Überlassung Ihrer Arbeitsergebnisse und Unterlagen herzlich gedankt. Ergänzend fanden einschlägige Urteile aus allgemeinen Quellen für die Dokumentation Berücksichtigung. Die Zusammenstellung hat freilich keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern beschränkt sich auf für den Verbraucherschutz besonders relevante Themen und auf häufig bzw. wiederholt verwendete Klauseln in diesen Themenbereichen. Soweit nicht anders vermerkt, stammen die dokumentierten Klauseln aus Hausbauverträgen.

I. Vertragsschluss

Schon bei dem Abschluss des Vertrages, bezüglich dessen Zustandekommens und Inhalt sowie der Wirksamkeit von mündlichen Vereinbarungen greifen Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmers ein. Verwendet der Unternehmer schon hier für den Verbraucher unvorteilhafte und unwirksame Klauseln, ist das oft Indiz für einen insgesamt unausgewogenen Vertrag.

1. Annahmeverbehalt und Angebotsbindefrist

Verträge kommen durch Angebot und Annahme zustande. Bei Hausbauverträgen muss der Unternehmer gerade in Zeiten starker Bautätigkeit und hoher Auslastung seine Kapazitäten sorgfältig planen, Lieferzeiten und sonstige von ihm nicht unmittelbar beeinflussbare Umstände berücksichtigen. Auch der Verbraucher entscheidet sich nicht ad hoc für einen Vertragsabschluss, sondern wird verschiedene Angebote gegeneinander abwägen und vergleichen. Mithin vergeht von der ersten Kontaktaufnahme bis zum Vertragsabschluss regelmäßig ein längerer Zeitraum. Währenddessen ist es für den Unternehmer unwirtschaftlich schon Kapazitäten vorzuhalten. Er wird daher oft erst dann, wenn der Verbraucher ein verbindliches Angebot zum Abschluss des Hausbauvertrages abgegeben hat, prüfen und absehen können, ob er den Vertrag insbesondere mit Blick auf die Kosten und den Fertigstellungszeitpunkt erfüllen kann. Im Vertrag wird daher festgelegt, wie lange der Verbraucher an sein Angebot gebunden ist und der Unternehmer über die Annahme befinden kann. Solange sich diese Fristen im Rahmen des „Üblichen“ bewegen, decken sie sich mit dem gesetzlichen Leitgedanken des § 147 Abs. 2 BGB und sind unbedenklich, wiederholt sprengen die Bindefristen aber den Rahmen des „Üblichen“, wie z. B. in der Klausel Nr. 1.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
1.	<p>„Der Vertrag kommt erst mit Unterzeichnung durch den Auftragnehmer rechtswirksam zustande. Die Unterzeichnung muss binnen drei Monaten erfolgen. Solange ist der Auftraggeber (Bauherr) an sein Angebot gebunden.“</p> <p>Variante zum letzten Satz:</p> <p>„Der Auftraggeber ist innerhalb der drei Monate nicht berechtigt, von seiner Angebotserklärung zurückzutreten.“</p>	<p>Die Klausel verstößt in beiden Varianten gegen § 308 Nr. 1 BGB. Danach ist eine Bestimmung, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebotes oder die Erbringung einer Leistung vorbehält, unwirksam. Noch angemessen ist ein Annahmeverbehalt von einem Monat, <i>BGH NJW 2011, 1954</i>; vgl. a. <i>BGH NJW 2010, 2873</i> 4 Wochen bei Kauf einer Wohnung sind noch angemessen.</p> <p>Den in der Abwandlung suggerierten Rücktritt von einem bindenden (nicht freibleibenden) Angebot gibt es rechtlich nicht. Gemäß § 146 BGB erlischt ein Antrag, wenn er abgelehnt oder nicht rechtzeitig angenommen wird. Im Ergebnis verlängert die Klausel daher nur Annahmefrist und Bindungswirkung, allerdings unzumutbar lang.</p>

2. Schriftformklauseln

Sog. Schriftformklauseln sollen für beide Seiten Rechtssicherheit gewährleisten und schließen beispielsweise die Wirksamkeit mündlicher Vereinbarungen aus. Insbesondere der Unternehmer kann ein berechtigtes Interesse haben, sich vor vollmachtüberschreitenden Abmachungen seiner Außendienstmitarbeiter und auch vor unkontrollierten mündlichen Zusagen vertretungsberechtigter Personen zu schützen. Derartige Klauseln dürfen aber nicht die Interessen des Verbrauchers und seine berechtigten Belange verletzen. Im Ergebnis soll sich der Verbraucher insbesondere auf nach Vertragsschluss mündlich getroffene Absprachen mit einer als Vertreter des Unternehmers auftretenden Person verlassen dürfen. In der Praxis ist jedoch auch dem Verbraucher angeraten, mündliche Vereinbarungen schriftlich zu fixieren.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
2.	<i>„Mündliche Nebenabreden haben nur Gültigkeit, sofern sie unverzüglich von der Geschäftsleitung des Unternehmers schriftlich bestätigt werden.“</i>	Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH ist eine Schriftformklausel nach §§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam, wenn sie auch nach Vertragsschluss getroffene mündliche Abmachungen zwischen dem Kunden und einem bevollmächtigten Vertreter des Verwenders ohne schriftliche Bestätigung für ungültig erklärt und dadurch den Vorrang der Individualabrede gemäß § 305b BGB aushöhlt, so auch in der vorliegenden Klausel, <i>BGH NJW 1985, 320, 322; 1986, 1809, 1810; NJW 1991, 2559.</i>

3. (Empfangs)Bekanntnisse

Gern lässt sich der Unternehmer im Vertrag bestimmte Tatsachen von dem Verbraucher bestätigen, z. B. die Aushändigung bestimmter Unterlagen, die Kenntnis bestimmter Umstände, die Aufklärung über Risiken, etc. Bei späteren Auseinandersetzungen verwendet der Unternehmer die Bestätigung dann gegen den Verbraucher, es kommt zu einer Änderung der Beweislast zum Nachteil des Verbrauchers. Solche Regelung ist meist unwirksam wie die Beispiele 3 – 6 verdeutlichen.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
3.	<i>„Der Auftraggeber bestätigt mit seiner Unterschrift, dass er die vorgenannten Unterlagen erhalten hat und ihm alle Fragen hierzu vom Vermittler beantwortet sind.“</i> oder:	Die Klauseln verstoßen gegen § 309 Nr. 12b BGB. Danach sind Bestimmungen unwirksam, durch die der Klauselverwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, indem er den anderen Vertragsteil bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Nach der gesetzlichen Regelung sind Empfangsbekanntnisse von diesem Klauselverbot ausgenommen,

	„Der Auftraggeber bestätigt mit seiner Unterschrift, dass er die Besonderen Vertragsbedingungen erhalten hat.“	allerdings nur, wenn das Empfangsbekenntnis hinreichend deutlich abgesetzt ist, indem es <u>gesondert</u> unterschrieben wird. Die Unterzeichnung eines Vertrages – wie vorliegend - genügt daher als Empfangsbestätigung nicht. Zu Variante 2 vgl. a. <i>BGH NJW 1988, 2106; 1991, 1750, 1753.</i>
4.	„Der Auftragnehmer bestätigt, dass die Vertragsbedingung(en) im Einzelnen ausgehandelt worden sind.“	Es liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12b BGB vor, vgl. <i>BGH NJW 1987, 1634.</i>
5.	„Der Auftragnehmer bestätigt, dass er die AGB gelesen und verstanden hat.“	Es liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12b BGB vor, vgl. <i>BGH NJW 1996, 1819.</i>
6.	„Der Auftragnehmer bestätigt, dass er eine Abschrift der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) erhalten hat.“	Es liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 12b BGB vor.
7.	„Im Streitfall gilt der Posteingangsstempel des Unternehmers als einziges Beweismittel für den Zeitpunkt des Eingangs der o. g. Unterlagen bei dem Unternehmer. Telefaxberichte sind als Beweismittel ausdrücklich ausgeschlossen.“	Die Klausel betrifft ausnahmsweise den Empfang von Unterlagen bei dem Unternehmer. Die Regelung ist recht exotisch und offensichtlich nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie die gesetzlichen Beweisvorschriften der ZPO abändert. Die Aufnahme in die gegenständliche Dokumentation ist u. a. deshalb veranlasst, weil der Unternehmer gleichsam dem weit verbreitetem Irrtum unterliegt, ein Telefaxprotokoll erbringe den Nachweis des Zugangs des Telefaxes bei dem Empfänger. Der BGH (Beschluss vom 21.07.2011 – IX ZR 148/10) hält (leider) unverändert an seiner ständigen Rechtsprechung fest, dass das Telefaxprotokoll des Sendegerätes keinen Nachweis über den Empfang liefert. Wer also einen verlässlichen Zugangsnachweis benötigt, ist auf eine Bestätigung des Empfängers, den Boten oder den Gerichtsvollzieher angewiesen.

4. Leistungsumfang und -ausschlüsse

Sehr erfindungsreich zeigen sich die Unternehmer auch bei Ausklammerung von Leistungen, die zwingender Bestandteil für die vollständige, funktionierende und mangelfreie Errichtung eines Hauses sind. Derart können in großem Umfang Kosten gespart und auf den Verbraucher abgewälzt werden. Angebote werden intransparent, der Leistungsumfang für den Laien unverständlich und unüberschaubar, Angebote unterschiedlicher Unternehmer sind nicht mehr vergleichbar. Wie die Analyse von 100 Bau- und Leistungsbeschreibungen im Auftrag des BSB aus dem Jahre 2010 belegt und herausstreicht ist die qualifizierte, ausreichend nach Art, Umfang, Qualität und Güte detaillierte Leistungsbeschreibung unerlässlich aber keinesfalls die Regel. Durch unklare Leistungsbeschränkungen und –ausschlüsse des Unternehmers werden Schwierigkeiten und Risiken für den Verbraucher noch größer. Nichtsdestotrotz ist der Verbraucher nicht generell davor geschützt, nachteilhafte oder schlechte

Verträge abzuschließen, in denen bestimmte Leistungsinhalte ausgeschlossen sind. Eine nachträgliche Korrektur dieser Leistungsausschlüsse über eine AGB-Kontrolle ist mit erheblichen Risiken und Unwägbarkeiten behaftet. Das wirksamste Mittel des Verbrauchers besteht schlicht darin, Anbieter mit umfangreichen Leistungsausschlüssen als unseriös auszuklammern und nicht zu beauftragen.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
8.	<p>„Folgende Leistungen sind nicht in der Vertragssumme enthalten:</p> <p>1. Ungünstige oder geologische Verhältnisse.</p> <p>2. Sicherungs-, Schall- und Feuerschutzmaßnahmen.</p> <p>3. Die Baugenehmigungsplanung, für die der Bauherr das Risiko trägt.“</p>	<p>Die Klausel ist in Ziff. 1 nicht hinreichend klar und nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Der Kunde kann nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennen, welche Leistung die von ihm zu zahlende Vergütung noch deckt und wann gegebenenfalls weitere Zahlungsverpflichtungen auf ihn zukommen. Der sachkundige Unternehmer muss sich vielmehr rechtzeitig Klarheit verschaffen, ob er die von ihm geschuldeten Leistungen zu dem angebotenen Preis ausführen kann, <i>LG Koblenz Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12</i>.</p> <p>Ziff. 2 ist aus denselben Gründen unwirksam und wegen der herausragenden Bedeutung von Sicherungs-, Schall- und Feuerschutzmaßnahmen geradezu betrügerisch.</p> <p>Ziff. 3 ist bei einem Hausbauvertrag überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB, weil die Planungsleistung und die Einholung einer Baugenehmigung für den Hausbau zwingend erforderlich sind und der durchschnittliche Kunde daher erwartet, dass diese Leistung von dem Unternehmer mit erbracht wird. Derartige Leistungsausnahmen müssen individuell besprochen, beraten und vereinbart werden.</p>
9.	<p>„Im Vertragspreis sind keine Mehrkosten für schwer zugängige Baustellen z. B. mangelhafte Zuwegung, Hanglage, Oberleitung pp. und Bodenklassen, die nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführt sind, enthalten.“</p>	<p>Die Klausel hat inhaltlich dieselbe Ausschlusswirkung wie das vorhergehende Beispiel. Auch hier sind die Leistungsausschlüsse völlig vage formuliert und selbst für einen Fachmann nicht greifbar, so dass Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt.</p>

II. Bauphase

1. Änderungsvorbehalte des Unternehmers

Der Unternehmer wünscht sich oft, die vereinbarte Leistung in Umfang, Art, Weise, Qualität und Baustoff nachträglich zu modifizieren. Daher finden sich in Bauverträgen regelmäßig Änderungsvorbehalte. Ist der Änderungsvorbehalt als Generalklausel formuliert, führt dies genauso regelmäßig zur Unwirksamkeit der Regelung, weil nicht auszuschließen ist, dass auch ein wesentlicher, individueller Wunsch des Verbrauchers von der Änderung betroffen

und zu einer nicht hinnehmbaren, überraschenden Äquivalenzstörung führt. Entsprechend argumentiert der BGH (NJW 2008, 360, 362) im Interesse des Verbrauchers wie folgt:

„Auf Grund von Leistungsänderungsvorbehalten muss der andere Vertragsteil unter Umständen eine andere als die vereinbarte Leistung als vertragsgemäß gelten lassen, obwohl er sich mit der geänderten Leistung nicht einverstanden erklärt hat. Gegen solche Bestimmungen spricht – wie sich aus der Fassung des § 308 Nr. 4 BGB sowie aus dem das Vertragsrecht beherrschenden Rechtsgrundsatz der Bindung beider Vertragspartner an die von ihnen getroffene Vereinbarung ergibt – die Vermutung der Unwirksamkeit.“

Nichtsdestotrotz sind Änderungsvorbehalte weit verbreitet wie die nachfolgenden zahlreichen Varianten zeigen und endlich auch beliebtes Mittel um Mangel Einwände des Verbrauchers im Keim zu ersticken. Von daher haben die sehr hohen Maßstäbe der Rechtsprechung an derartige Klauseln ihre volle Berechtigung.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
10.	<p><i>„Grundlage der Bauausführung ist diese Baubeschreibung. Änderungen der Bauausführung, der Material- bzw. Baustoffauswahl, soweit sie gleichwertig sind, bleiben vorbehalten.“</i></p> <p>oder:</p> <p><i>„Der Unternehmer ist berechtigt, die Bauausführung zu ändern, wenn dies zur Durchführbarkeit des Bauvorhabens nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften zwingend erforderlich und dem Bauherren zuzumuten ist.“</i></p> <p>oder:</p> <p><i>„Ohne Zustimmung des Bauherren dürfen Änderungen in der Planungs- und Ausführungsart sowie der vorgesehenen Baustoffe und Einrichtungsgegenständen nach Maßgabe von § 315 BGB vorgenommen werden, 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 Unternehmer den Bauherren schriftlich informieren.“</i></p> <p>oder folgender Zusatz zu einem Änderungsvorbehalt:</p> <p><i>„Als zumutbar gelten insbesondere Änderungen aufgrund von Lieferschwierigkeiten bezüglich der ursprünglich vorgesehenen Materialien.“</i></p> <p>oder:</p>	<p>Die erste Variante einer nachträglichen Leistungsänderung ist nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Danach ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Diese Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BGH nur erfüllt, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt. Die verwendete Klausel lässt nicht erkennen, dass der Unternehmer zu einer Änderung der Bauausführung nur dann berechtigt ist, wenn triftige Gründe vorliegen. Nach ihrem Wortlaut besteht die Änderungsbefugnis ohne Einschränkung, sieht man davon ab, dass die ersetzende Leistung gleichwertig sein muss, wobei die Gleichwertigkeit schon nicht weiter definiert ist. Im Hinblick auf die gebotene Klarheit und Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist es unverzichtbar, dass die Klausel die triftigen Gründe für das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nennt und in ihren Voraussetzungen und Folgen erkennbar die Interessen des Vertragspartners angemessen berücksichtigt, so zu dieser Klausel der BGH NJW 2005, 3420, 3421 m. w. N.</p> <p>Der zwingend öffentlich-rechtliche Grund der zweiten Variante ist kein triftiger Grund i. S. d. vorgenannten Rechtsprechung. Es ist völlig offen, welcher Teil der Leistung hiervon betroffen ist, so dass nach der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) nicht bloß die Anpassung von kleineren Details sondern auch von essentiellen Leistungsinhalten möglich ist. Die Beschränkung der Anpassungsmöglichkeit auf die</p>

„Änderungen, die durch Auflagen im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren notwendig werden, gelten bereits jetzt als genehmigt.“

Fälle, in denen die Änderungen dem Kunden zumutbar sind, stellt schon unter Transparenzgesichtspunkten (§ 307 Abs. 1 BGB) hierfür kein ausreichendes Korrektiv dar, zumal der fachlich versierte Unternehmer nach dem Vertrag in der Regel eine genehmigungsfähige Planung schuldet, für die er zwingend öffentlich-rechtliche Gründe zu berücksichtigen hat. Der Unternehmer erhält mit der Klausel eine Handhabe, das Vertragsgefüge insgesamt umzugestalten, insbesondere das Äquivalenzverhältnis von Leistungen und Gegenleistungen erheblich zu seinen Gunsten zu verschieben und damit die Position des Verbrauchers zu entwerten, die zu einem unangemessenen Äquivalenzverhältnis führt (§ 307 Abs. 1 BGB), mit den vorstehenden Argumenten zu einem Internetzugangsvertrag *BGH NJW-RR 2008, 134*.

Variante drei ist zwar sichtlich darum bemüht das Äquivalenzverhältnis zu bewahren. Das schlägt aber gleichsam fehl, weil „*baurechtlich oder technisch notwendige Änderungen*“ keinen triftigen Grund darstellen noch hinreichend transparent benannt sind. Vielmehr ist es Sache des Unternehmers notwendige baurechtliche und technische Bestimmungen zu kennen und schon bei der Preisbildung für den Vertragsabschluss zu beachten. Das Kriterium der Wert- und Gebrauchneutralität ist ungeeignet, weil dadurch berechtigten individuellen Wünschen des Verbrauchers nicht ausreichend Rechnung getragen wird (z. B. Farbe eines Gebäudes oder Verbandsart einer Klinkerfassade), vgl. a. zur Unwirksamkeit der Ersetzungsbefugnis durch „*qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel*“ *BGH NJW 2005, 3567*.

Auch die Konkretisierung in der **vierten Variante** ist nicht hinreichend transparent, da der Begriff der Lieferschwierigkeiten weder in zeitlicher noch sachlicher Hinsicht konkretisiert ist, mithin auch solche Fälle erfasst, bei denen schon bei Vertragsschluss Lieferschwierigkeiten bekannt sind, so dass die zum Bestandteil des Werkvertrages werdende Baubeschreibung von Anbeginn ihren Sinn nicht erfüllen kann, dazu *LG Koblenz Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12, bestätigt durch OLG Koblenz Beschluss v. 22.05.2013 – 2 ZU 892/12*.

In der **fünften Variante** genehmigt der Verbraucher Änderungen, die er nicht kennt und die für ihn nach Umfang, Wirkung und Kosten nicht ansatzweise absehbar sind. Die Klausel ist daher nicht transparent und verlagert das Planungsrisiko unzulässig auf den Verbraucher, dazu *LG Koblenz Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12*.

Der BGH (vgl. *NJW 2005, 3567, 3569; NJW-RR 2008, 134*) verlangt für Änderungsklauseln grundsätzlich, dass

- die Änderungen für die Vertragsparteien unvorhersehbar sind,

- nicht durch den Verwender veranlasst sind,
 - der Verwender auf die ändernden Umstände keinen Einfluss hat,
 - die Änderung das Äquivalenzverhältnis in bedeutendem Maße stört,
 - der Verwender an dem Änderungsvorbehalt ein berechtigtes Interesse hat,
 - die Reichweite der Änderungen sich aus der Klausel selbst ergeben, also Voraussetzungen und Umfang vorhersehbar sind.
- Ansonsten verstößt die Klausel gegen §§ 308 Nr. 4 und/oder 307 Abs. 1 BGB.

2. Fertigstellungsfrist

Für den Verbraucher und Auftraggeber eines Hausbaus ist regelmäßig die Fertigstellungsfrist von großer Bedeutung. Verbliebene Eigenleistungen wie Maler- und Bodenbelagsarbeiten sind zu terminieren, ebenso die Anlieferung einer Einbauküche, die bisherige Mietwohnung soll „rechtzeitig“ gekündigt sein, der Umzug ist zu planen. Ist das Alles erst einmal geregelt, kommt es oft anders. Die Fertigstellung des Baus hat sich aus „unvorhergesehenen“ Gründen leider verzögert. Der Auftragnehmer bekundet sein aufrichtiges Bedauern und trägt im Stile eines Silvio Berlusconi zahlreiche für den Laien plausible Gründe für die unverschuldete Verzögerung vor. Um die Verzugsfolgen aufzufangen oder weil die alte Wohnung bereits neu vermietet ist, ziehen Verbraucher nicht selten auf die Baustelle, was zu sehr angespannten Situationen führt.

Auf der anderen Seite begründen die Eigenarten des Fertighaus-Marktes für den Unternehmer das Bedürfnis nach einer gewissen zeitlichen Flexibilität. Denn es können sich unerwartete Verzögerungen durch Produktionsengpässe, Unzuverlässigkeit fremder Zulieferer oder von Subunternehmern und schließlich durch Sonderwünsche des Bestellers ergeben. Diese Risiken werden in AGB gerne dem Verbraucher aufgebürdet, was allerdings regelmäßig fehlschlägt. Denn der Verbraucher kann diese Risiken nicht überblicken und es ist Sache des Unternehmers für seine Leistungsfähigkeit Sorge zu tragen, Fehlentwicklung seines Geschäftskreises zu vermeiden bzw. derartigen terminlichen Schwierigkeiten durch die individuelle Vereinbarung längerer oder von nur unverbindlichen Lieferfristen vorzubeugen. Dagegen ist es ihm nicht gestattet, dem Kunden einen festen Herstellungstermin zu nennen, von der Verbindlichkeit dieser Zusage aber in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder abzurücken.

Das gilt hier umso mehr, als Verzögerungen aus der Sphäre des Bestellers ohnehin zu einer Verlängerung des Lieferzeitpunktes führen können.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
11.	In einem Hausbauvertrag mit individuell vereinbartem Liefertermin ist folgender Vorbehalt	Der einseitige Vorbehalt, die Leistung nicht fristgemäß zu erstellen und aus beliebigen Gründen um bis zu 6

- Verbraucherfeindliche Klauseln in Bauverträgen -

	<p>geregelt:</p> <p><i>„Der Auftragnehmer kann die Auslieferung bis zu 6 Wochen verschieben.“</i></p>	<p>Wochen zu verzögern, ist nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam, wegen der Umgehung der vorrangigen Individualvereinbarung (§ 305b BGB) des Fertigstellungstermins ist sie zudem unangemessen i. S. d. § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, <i>BGH NJW 1984, 2468</i>.</p>
12.	<p><i>„Mit den Arbeiten ist innerhalb von sechs Wochen nach Erfüllung der Voraussetzungen zu beginnen, sofern der Baubeginn nicht in der ortsüblichen Winterpause oder den Bauferien liegt.“</i></p>	<p>Unabhängig von den fraglichen Voraussetzungen sind die Begriffe „ortsübliche Winterpause“ und „Bauferien“ nicht definiert und in einem Verbrauchervertrag unklar, so dass die Klausel wegen fehlender Transparenz nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist.</p>
13.	<p><i>„Die Fertigstellungsfrist kann sich aus Gründen, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat, verlängern, Gründe hierfür sind z.B. - ungerechtfertigter Widerspruch gegen Bauausführungen durch den Besteller.“</i></p>	<p>Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Ob ein Widerspruch ungerechtfertigt ist oder nicht, kann der rechtsunkundige Verbraucher nicht hinreichend sicher beurteilen, so dass die Klausel irreführend ist. Zudem wird der Verbraucher im Zweifel durch die Klausel abgehalten berechnete Ansprüche geltend zu machen oder aber, wenn sich der Unternehmer auf die Klausel beruft, wird dem Verbraucher eine gerichtliche Klärung dazu aufgebürdet, ob ein „ungerechtfertigter Widerspruch“ vorgelegen hat oder nicht, so dass die Klausel zudem unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, <i>vgl. OLG Brandenburg Urt. v. 18.07.2006 – 7 U 193/06 -</i>.</p>

3. Änderungswünsche des Bestellers

In der Bauphase ereilen den Verbraucher oft dringende Änderungswünsche, was für ihn als baufachlichen Laien, dessen Vorstellungskraft zu dem fertigen Objekt naturgemäß begrenzt ist, wohl „normal“ ist. Änderungen bedingen bei dem Unternehmer einen Mehraufwand, für den er in der Regel eine Vergütung begehrt, die aber nicht immer gerechtfertigt ist, so auch in dem nachfolgenden Beispiel:

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
14.	<p><i>„Wünscht der Auftraggeber nachträglich Planänderungen, so richtet sich die Honorierung dafür nach den Vorschriften der HOAI, Leistungsstufe III, Mittelsatz.“</i></p>	<p>Die Klausel verstößt gegen das Äquivalenz- und Transparenzgebot und ist daher nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Im Hausbauvertrag schuldet der Unternehmer die Erbringung der Planungsleistungen, die nicht gesondert vergütet werden sondern in der Gesamtvergütung eingepreist sind. Der Honoraranteil für die Planungsleistungen bemisst sich dabei nicht nach der HOAI für separierte Architektenleistungen sondern entstammt einer Mischkalkulation des Unternehmers. Von daher ist es nicht gerechtfertigt unbestimmte Änderungen an der Planung gesondert der HOAI zu unterwerfen, zudem bei fixer Vorgabe der Honorarstufe und eines Mittelsatzes. Endlich ist völlig offen, wie das Zeitmoment „nachträglich“ zu verstehen ist. Das kann nach der kundenfeindlichsten Auslegung bereits nach Vertragsschluss sein oder nach Übergabe des ersten Entwurfes.</p>

4. Betreten der Baustelle

Es sollte selbstverständlich sein und ist eindringlich zu empfehlen, dass der Bauherr die Baustelle besichtigt, Baufortschritt und Qualität überprüft. Viele Unternehmer fühlen sich davon allerdings gestört, unnötig überwacht oder gar „ertappt“(?). Wiederholt stößt man daher auf Klauseln, die das Hausrecht auf der Baustelle zu Gunsten des Unternehmers regeln, wie beispielsweise die folgende:

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
15.	„Der Besteller darf die Baustelle nur mit Genehmigung des Unternehmers betreten, um sich vom Bautenstand zu überzeugen.“	Nach § 903 BGB kann der Eigentümer einer Sache mit dieser nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Grundsätzlich hat daher der Eigentümer das alleinige Hausrecht auf seinem Grund und Boden und den wesentlichen Bestandteilen, also dem wachsenden Baukörper. Die Übernahme des alleinigen Hausrechtes in AGB des Unternehmers durch diesen ist eine unangemessene Klausel und nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Zwar ist der Unternehmer auf der Baustelle für die Sicherheit verantwortlich. Um die Sicherheitsanforderungen zu erfüllen, genügt aber, dass sich der Besteller bei ihm rechtzeitig ankündigt. Eines Verbotes mit Genehmigungsvorbehalt bedarf es nicht.

III. Abnahme

Die Abnahme stellt eine wichtige zeitliche Zäsur für die Rechtsbeziehungen zwischen den Werkvertragsparteien dar. Mit der Abnahme endet das Erfüllungsstadium und der Besteller ist fortan auf die Mängelrechte des § 634 BGB verwiesen. Es treten der Gefahrübergang (§§ 644, 645 BGB) und die Fälligkeit der Vergütung (§ 641 Abs. 1 BGB) nebst Verzinsungspflicht (§ 641 Abs. 4 BGB) ein; die Verjährung (§ 634a BGB) beginnt zu laufen. Die Beweislast für die Mangelfreiheit des Werks trägt bis zur Abnahme der Unternehmer. Nach der Abnahme hat der Besteller das Vorliegen von Mängeln (mit Ausnahme der vorbehaltenen) zu beweisen. Erkennbare Mängel muss sich der Besteller bei der Abnahme vorbehalten; sonst verliert er insoweit gemäß § 640 Abs. 2 BGB seine Mängelrechte mit Ausnahme des Anspruches auf Schadensersatz. Maßgeblich für den Eintritt der Abnahmewirkungen ist der Zeitpunkt der Abnahmeerklärung (ausdrücklich oder stillschweigend).

Für den Unternehmer ist es daher unbedingt von Interesse, eine Abnahme seiner Leistungen zu erlangen. Entsprechend oft werden Regelungen zu der Abnahmepflicht des Verbrauchers verwandt. Das Institut für Bauforschung e. V. kommt in seiner „Analyse von Bauverträgen mit

Verbrauchern“ im Auftrage des BSB (dort S. 27) zu dem Ergebnis, dass in ca. der Hälfte der 100 untersuchten Verträge ergänzende Bestimmungen darauf abzielen, konkludente oder fiktive Abnahmen eintreten zu lassen, die sich äußert nachteilig für den Verbraucher auswirken können.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
16.	„Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die im Abnahmeprotokoll festgehaltenen und von ihm anerkannten Mängel zu beseitigen.“	Die Klausel regelt mit der Mangelbeseitigungspflicht des Auftraggebers für von ihm anerkannte Mängel auf den ersten Blick, etwas Selbstverständliches im Sinne des Verbrauchers. Nach der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 3 BGB) kann aber der Eindruck entstehen, dass der Auftraggeber nicht zur Mangelbeseitigung verpflichtet ist, wenn er denn Mangel nicht anerkennt. Oft kommt hinzu, dass der Auftraggeber die Protokollführung bei der Abnahme an sich nimmt und von ihm nicht anerkannte Mängel erst gar nicht aufnimmt, weil die Beseitigung nach Vertrag ohnehin nicht geschuldet ist. Tatsächlich kommt es auf ein Anerkenntnis des Mangels durch den Auftraggeber nicht an. Nach dem gesetzlichen Leitgedanken der Gewährleistungsregeln in den §§ 633, 634 BGB ist für die Nacherfüllungspflicht des Unternehmers ausschließlich maßgeblich, ob objektiv ein Mangel vorliegt, nicht aber, ob der Unternehmer diesen anerkannt hat oder nicht. Letzterer Eindruck wird indes einem Verbraucher durch die Klausel erweckt, so dass selbige nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.
17.	„Es hat eine förmliche Abnahme stattzufinden. Wegen etwaiger Mangelvorbehalte wird ein Termin für die Erledigung vereinbart. Der Besteller kommt danach seiner Verpflichtung zur weiteren Ratenzahlung nach.“	Die Klausel suggeriert in der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 3 BGB), dass allein die Terminvereinbarung für Erledigung der Mangelbeseitigung weitere Zahlungspflichten des Verbrauchers auslöst, obwohl der Verbraucher keinen Wertzuwachs erhält. Das verstößt gegen den gesetzlichen Leitgedanken der §§ 641 Abs. 3, 320 BGB und führt nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit.
18.	„Zur Abnahme und bei Mangelstreitigkeiten der Parteien wird auf Kosten des Unternehmers ein TÜV-Sachverständiger hinzugezogen, der die von dem Besteller genannten Mängel fachlich bewertet und diese auch im Geldwert schätzt. Die Entscheidung des TÜV-Sachverständigen ist für die Parteien verbindlich.“	Eine Schiedsgutachterklausel in Hausbauverträgen, die die Anrufung der Gerichte ausschließt, ist nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil die Feststellung oder Nichtfeststellung von Mängeln mit so erheblichen Risiken verbunden sind, dass ein Ausschluss des Rückgriffes auf den staatlichen Rechtsschutz mit dem gesetzlichen Leitgedanken nicht zu vereinbaren ist, <i>BGH NJW 1992, 433; OLG Köln NJW-RR 2009, 159</i> . Vorliegend kommt hinzu, dass der Unternehmer den Sachverständigen vergütet, was dessen Unabhängigkeit beeinträchtigt. In puncto Unabhängigkeit ist zudem der TÜV ungeeignet.
19.	„Nimmt der Besteller die Sache vor Übergabe in Benutzung, so gilt sie nach Ablauf von 6 Tagen als abgenommen.“	Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 5 BGB unwirksam. Danach ist eine Bestimmung, die eine Erklärung des Verbrauchers bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung fingiert nur unter der Maßgabe wirksam, dass dem Verbraucher für die Abgabe der Erklärung eine angemessene Frist

- Verbraucherfeindliche Klauseln in Bauverträgen -

		<p>eingräumt ist und er bei Beginn der Frist auf die fingierte Bedeutung seines Verhaltens hingewiesen worden ist. An beiden Voraussetzungen mangelt es vorliegend.</p>
20.	<p>„Beginnt der Bauherr vor Abnahme oder Übergabe mit Fußbodenverlege- und Malerarbeiten im oder am Vertragsobjekt oder wird das Vertragsobjekt bezogen, gilt dieses als abgenommen.“</p>	<p>Die Klausel ist ebenfalls wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 5 BGB unwirksam (s. vorhergehend. Nr. 19). Nach , LG Potsdam <i>Urt. v. 16.11.2006 – 12 O 474/06</i> ist die Klausel zudem unangemessen und nach § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie die Abnahme fingiert, ohne irgendeinen sachlichen Zusammenhang mit der tatsächlichen Abnahmereife des Objektes herzustellen, ebenso <i>LG Berlin Urt. v. 31.08.2005 – 26 O 276/05</i>.</p>
21.	<p>„Die Übergabe des Vertragsobjektes erfolgt nach erfolgter Schlussabnahme und vollständiger Begleichung der Bauvertragssumme gem. Zahlungsplan und sämtlicher etwaiger Zusatzvereinbarungen.“</p>	<p>Die Klausel knüpft die Übergabe ohne Rücksicht auf etwaige Leistungsverweigerungsrechte des Verbrauchers an die vollständige Zahlung des Werklohns. Gerade die „Schlüsselübergabe“ beinhaltet viel Druckpotential für den Unternehmer und Forderungen wie hier werden oft auch mündlich gestellt. Wegen Verstoßes gegen die §§ 320, 641 Abs. 3 BGB ist die Klausel jedenfalls nach § 309 Nr. 2 BGB unwirksam, <i>LG Potsdam Urt. v. 16.11.2006 – 12 O 474/06</i>.</p>
22.	<p>„Der Besteller darf die Abnahme nur verweigern, wenn das Bauvorhaben so wesentliche Mängel aufweist, dass die Bezugsfertigkeit nicht gegeben ist.“</p>	<p>Die Bestimmung verstößt gegen das gesetzliche Leitbild des § 640 Abs. 1 BGB. Danach ist für die Abnahmereife des Werkes nur ausschlaggebend, ob lediglich noch unwesentliche Mängel vorliegen. Wegen unwesentlicher Mängel darf die Abnahme nicht verweigert werden. Das aus dem Bauträgergeschäft und § 3 MaBV entlehnte Kriterium der Bezugsfertigkeit ist schon nicht transparent und weicht von dem gesetzlichen Wesentlichkeitskriterium ab. Zudem könnte nach der kundenfeindlichsten Auslegung Bezugsfertigkeit auch gegeben sein, wenn das Bauvorhaben fertig gestellt ist aber nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht. Die Klausel ist nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam, vgl. zur Unwirksamkeit einer Klausel, die abweichend von dem Gesetz auf „erhebliche Mängel“ abstellt <i>BGH NJW 2001, 292, 297</i>.</p>

IV. Vergütung

1. Abschlagszahlungen und Zahlungspläne

Die Vergütung der Werkleistung ist Hauptpflicht des Bestellers (§ 631 Abs. 1 BGB). Im Unterschied zu den meisten anderen Schuldverhältnissen, z. B. Kauf oder Miete, wird die Vergütungspflicht jedoch erst bei Abnahme des Werkes fällig (§ 641 Abs. 1 BGB). Der Unternehmer ist zur Vorleistung, Erstellung des Werkes, verpflichtet. Erst wenn das Werk abnahmereif ist, d. h. allenfalls mit noch unwesentlichen Mängeln behaftet (§ 640 Abs. 1 BGB), ist der Besteller zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet. Diese Regel durchbricht § 632a BGB und gestattet dem Unternehmer unter bestimmten Voraussetzungen, Abschlagszahlungen zu fordern. Diese Voraussetzungen sind in Verbraucherverträgen:

- vertragsgemäß erbrachte Leistung,
- der Unternehmer hat die Leistung durch eine Aufstellung nachgewiesen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung ermöglicht,
- der Besteller hat durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt,
- Wertzuwachs bei Stoffen oder Bauteilen erlangt der Besteller, wenn ihm der Unternehmer hieran Eigentum überträgt oder Sicherheit hierfür leistet,
- keine wesentlichen Mängel der Leistung,
- bei Errichtung oder Umbau eines Hauses oder vergleichbaren Bauwerks hat der Unternehmer dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5% des Vergütungsanspruchs zu leisten. Die Sicherheit kann durch Einbehalt von der ersten fälligen Abschlagszahlung erfolgen.

Die Anforderungen für Abschlagszahlungen sind zum Schutz des Verbrauchers mithin relativ hoch und werden regelmäßig missachtet, um an das „*liebe Geld*“ zu kommen, woraus folgt, dass der Verbraucher das Insolvenzrisiko des Unternehmers trägt. Deshalb halten formularmäßige Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des § 632a BGB i. d. R. der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand, *Halfmeier/Leupertz, bauvertragsrechtOnline, Stand: IV/2012, § 632a Rz. A4.*

In 96% (!) der Hausbau-Verträgen wird nach der „*Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern*“ des BSB (dort S. 20) ein Zahlungsplan vereinbart. Zahlungspläne sind durch das nachvollziehbare Bedürfnis des Unternehmers, Materialien und Personal nicht über den langen Zeitraum bis zum Abschluss der Baumaßnahme vorzufinanzieren, begründet. Bei der Ausgestaltung der Zahlungspläne trennte sich jedoch die Spreu vom Weizen. Der beruflich nicht qualifizierte Verbraucher ist nämlich regelmäßig nicht in der Lage zu erkennen, ob

die vereinbarten Raten auch durch einen entsprechenden Bautenstand gedeckt sind. Oft verschafft sich der Unternehmer durch einen unausgewogenen Zahlungsplan sehr frühzeitig einen Zahlungsvorsprung, er kommt „ins Geld“. Das ist für den Verbraucher mit immensen Risiken verbunden. Er schwächt seine Position, wenn beispielsweise Verzug und/oder Baumängel auftreten, weil der maßgebliche Leistungsanreiz für den Unternehmer, sich den Werklohn erst noch zu verdienen, entfällt. Dazu zählt auch, dass nach der „Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern“ des BSB (dort S. 21) in ca. 50% die Schlussrate nach Abnahme/Fertigstellung weniger als 5% beträgt. Da der Verbraucher aber oft erst zum Abnahmetermin ausreichend Gelegenheit zur Prüfung der Werkleistung hat bzw. diese Prüfung erst jetzt ggf. fachlich beraten vornimmt, ist die Schlussrate viel zu gering bemessen.

Schlimmstenfalls macht sich der Unternehmer mit der Vorkasse „aus dem Staub“. Die krassesten Beispiele sind regelrechte Schneeballsysteme. Der Unternehmer finanziert mit der Vorkasse den Beginn immer weiterer Bauvorhaben. Nur wenige Objekte baut er überhaupt als „Musterhäuser“ fertig und verzögert die Fertigstellung, insbesondere den teuren Innenausbau der übrigen Objekte bis das Vermögen aus der Vorkasse irgendwo versickert ist und Insolvenz angemeldet wird oder schlimmer noch ein Insolvenzplanverfahren durchführt, um fast ohne Unterbrechung wieder von vorne anzufangen.

Gute, verbraucherfreundliche Verträge zeichnen sich dadurch aus, dass der Zahlungsplan mit der von dem Unternehmer zu stellende Vertragserfüllungssicherheit nach § 632a Abs. 3 BGB verknüpft ist, die Raten genau und nachprüfbar bezeichnet sind, die Vorleistungspflicht des Unternehmers unberührt lassen und dem Verbraucher bis zur Hausübergabe und Abnahme noch eine Schlussrate von 10 – 15% belassen. Der Unternehmer kann im Gegenzug von dem Verbraucher eine Zahlungssicherheit verlangen, was interessensgerecht, nach der „Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern“ des BSB (dort S. 25) aber noch die Ausnahme (9% der untersuchten Verträge) ist (s. dazu ausführlicher u. V.).

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
23.	<p>In einem Vertrag über die Errichtung eines Hauses heißt es: <i>Der vereinbarte Festpreis ist in folgenden Raten zu zahlen:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Nach Fertigstellung des ersten Entwurfs 7% 2. Fundamentierung 10% 3. Beginn Schüttung der Kellerdecke 13% 4. Fertigstellung tragendes EG-Mauerwerk 10% 5. Richten des Dachs 10% 6. Meldung der Rohbaufertigstellung 10% ... 12. letzte Rate: Hausübergabe, vor Bauabnahme bzw. vor Erstellung des Bauabnahmeprotokolls (Anlage) 5% 	<p>Die Klausel legt die Höhe und die Fälligkeit der ersten Abschlagszahlung fest und ergänzt damit die gesetzliche Regelung des § 632a Abs.1 BGB, so dass es sich um eine kontrollfähige Preisnebenabrede handelt, BGH, NJW 2011, 1726. Diese beinhaltet gleich mehrere Verstöße gegen die §§ 307 – 309 BGB:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Die Klausel ist wegen der Bedeutung der einzelnen Raten nicht hinreichend transparent und verstößt daher gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Jedenfalls für einen Verbraucher ist mit den Begriffen "erster Entwurf", „Fundamentierung“, „Schüttung“ der für die Fälligkeit maßgebliche Leistungsstand nicht hinreichend klar umschrieben. - Der Zahlungsplan beinhaltet eine sehr grobe Leistungsaufstellung, die das Erfordernis des § 632a Abs.

1 Satz 4 BGB an eine Aufstellung, die dem Besteller eine rasche und sichere Beurteilung der erbrachten Teilleistung ermöglicht, nicht erfüllt. Das führt nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit.

- Unwirksam ist die Vereinbarung einer Abschlagszahlung für die „**Meldung** der Rohbaufertigstellung“. Nach der für den Verwender ungünstigsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) genügt bereits die bloße Meldung, um die Rate fällig zu stellen, ohne dass der Rohbau tatsächlich fertig gestellt ist. Die Meldung beinhaltet keinen Wertzuwachs für den Besteller. Die Klausel verstößt mithin gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 632a Abs. 1 BGB (§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB) und das allgemeine Äquivalenzgebot (§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB).

- Dasselbe gilt erst recht für die 3. Rate, die ausdrücklich bereits bei „**Beginn**“ der Leistung fällig werden soll, also ausdrücklich eine Vorauszahlung beinhaltet, dazu *LG Koblenz Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12*.

- Die Klausel regelt isoliert Fälligkeit und Höhe der ersten Abschlagszahlung ohne auf die nach § 632a Abs. 3 BGB gesetzlich geschuldete Sicherheitsleistung des Unternehmers einzugehen und ist deshalb geeignet, den durchschnittlichen Vertragspartner von der Geltendmachung seines Rechts auf Sicherheitsleistung gemäß § 632a Abs. 3 BGB abzuhalten, das der Gesetzgeber zwingend mit der ersten Abschlagszahlung verbunden hat. Das bedingt die Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB, *BGH NJW 2013, 219*.

- Oft sehen Hausbauverträge die Zahlung der ersten Rate sehr früh vor bzw. bei einem Leistungsstand, der für den Besteller keinen äquivalenten Gegenwert beinhaltet (laut der „*Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern*“ des BSB (dort S. 20) in ca. 20% der Fälle). So erlangt der Besteller allein durch die Fertigstellung des ersten Entwurfes keinen Wertzuwachs. § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB soll sicherstellen, dass der Unternehmer immer, aber nur dann eine Abschlagszahlung verlangen kann, wenn der Besteller einen festen Wert bekommen hat. Voraussetzung ist, dass eine Teilleistung für den Besteller bereits einen Wert darstellt und ihm in einer nicht mehr entziehbaren Weise zur Verfügung gestellt wird (BT-Drucks. 16/511, S. 14 und 16/9787, S. 18). Eine fertige, genehmigungsfähige Planung stellt regelmäßig einen realen Wert da, nicht aber der erste Entwurf. Die Klausel verstößt daher gegen § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB, in Frage gestellt aber offen gelassen vom *BGH NJW 2013, 219*.

- Problematisch ist auch die Höhe der Abschlagszahlung, wenn die verlangten 7 % der Auftragssumme nicht dem Wertzuwachs beim Besteller entsprechen in Frage gestellt aber offen gelassen vom *BGH NJW 2013, 219*. In der Instanzrechtsprechung ist anerkannt,

		<p>dass eine Teilvergütung von 60% nach der Rohbaufertigstellung regelmäßig nicht durch einen entsprechenden Wertzuwachs gedeckt ist und daher gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 632a Abs. 1 BGB bzw. das allgemeine Äquivalenzgebot und Treu und Glauben verstößt; <i>LG Potsdam Urt. v. 16.11.2006 – 12 O 474/06</i>. Als Orientierung für die Angemessenheit kann § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV herangezogen werden, der für die Rohbaufertigstellung einschließlich Zimmerarbeiten einen Abschlag von 40% bestimmt. Zur Unwirksamkeit übermäßig hoher Abschlagszahlungen bereits <i>BGH NJW 1985, 855, 857; 1986, 3199, 3200</i> „Die Fälligkeitsregelung wäre sonst mit dem Gerechtigkeitsgehalt der §§ 320, 322, 273 BGB nicht vereinbar.“</p> <p>- Endlich verstößt die Zahlungsvereinbarung über die letzte Rate bereits vor Abnahme gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 641 Abs. 1 BGB, dass die Zahlung erst bei Abnahme fällig wird und ist nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB sowie § 309 Nr. 2 BGB unwirksam, zur Leitbildfunktion von § 641 BGB vgl. <i>BGH NJW 1985, 855; 1986, 3199; 2013, 1431; NJW-RR 2003, 834</i>. Auch kann der Unternehmer keine vorläufige Abschlagszahlung mehr verlangen, wenn er seine Leistung fertig gestellt hat, <i>BGH NJW 2010, 227</i>. In Anlehnung an § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV sollten zum Schutz des Verbrauchers bis zur Besitzübergabe und Abnahme des Hauses noch 10% - 15% der Gesamtvergütung offen sein und erst Zug um Zug gegen Besitzübergabe und Abnahme fällig werden.</p>
24.	<p>In einem Vertrag über Planung, Lieferung und Montage einer Einbauküche heißt es:</p> <p>„Restzahlung ... vorab per Überweisung oder bar bei Lieferung.“</p> <p>„Der Kaufpreis ist spätestens bei Anlieferung der Kaufgegenstände ohne Abzug zu bezahlen.“</p>	<p>Die Zahlungsvereinbarung verstößt gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 641 Abs. 1 BGB, dass die Zahlung erst bei Abnahme fällig wird.</p> <p>Ferner wird gegen den Leitgedanken des § 320 BGB verstoßen, weil die vollständige Bezahlung vor der Montage zu einer Vorleistungspflicht des Bestellers führt, die mit der synallagmatischen Verknüpfung der Hauptleistungspflichten nicht zu vereinbaren ist, <i>BGH NJW 2013, 1431</i>. (Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB sowie § 309 Nr. 2 BGB)</p>
25.	<p>„Die im Zahlungsplan genannten prozentualen Teilbeträge/Abschläge auf die Bruttovertragssumme beziffern den tatsächlichen Wert der erbrachten Leistung des Auftragnehmers gemäß diesem Bauvertrag mit allen Vertragsbestandteilen zum Zeitpunkt des jeweiligen, die Fälligkeit auslösenden Ereignisses.“</p>	<p>Die Klausel ist wegen Verstoß gegen § 309 Nr. 12b BGB unwirksam, <i>LG Berlin Urt. v. 31.08.2005 – 26 O 276/05</i>. Im Übrigen entsprechen die Zahlungspläne regelmäßig nicht exakt dem Wert der erbrachten Teilleistung (vgl. <i>BGH NJW 2011, 915</i>), so dass auch ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht kommt.</p>
26.	<p>„Eine Bautenstandsrate ist auch dann fällig, wenn noch geringfügige Restarbeiten zu erledigen sind.“</p>	<p>Die Klausel ist unter zwei Gesichtspunkten problematisch:</p> <p>- Erstens ist sie nicht hinreichend transparent, weil der Begriff „geringfügig“ nicht klar definiert ist. Nach der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) kann ein bloß geringfügiger Arbeitsaufwand durchaus</p>

- Verbraucherfeindliche Klauseln in Bauverträgen -

		<p>eine sehr wertvolle oder sicherheitsrelevante Leistung beinhalten, die eigentlich der Fälligkeit der Rate entgegensteht. Die Klausel eröffnet daher einen für den Verbraucher nicht überschaubaren Handlungsspielraum zu Gunsten des Verwenders und führt zu einer unangemessenen Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB.</p> <p>- Die Klausel suggeriert zudem, dass der Verbraucher bei Fälligkeit einer Rate wegen der Restarbeiten keinen Einbehalt geltend machen kann (vgl. zum Leistungsverweigerungsrecht in diesen Fällen <i>BGH NJW 2012, 56</i>) und schränkt daher sein Leistungsverweigerungsrecht ein, so dass die Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 2 BGB gegeben ist, und begründet praktisch eine Vorleistungspflicht des Bestellers, die mit dem gesetzlichen Grundgedanken von § 641 Abs. 1 BGB sowie dem Gerechtigkeitsgehalt der §§ 320, 322, 273 BGB nicht vereinbar ist und zur Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB führt, vgl. <i>BGH NJW 1985, 852</i>; für den Fall der Nacherfüllung findet sich der entsprechende Rechtsgedanke in § 309 Nr. 8 b) dd) BGB.</p>
27.	<p>In Verbindung mit einem nicht kalendermäßig bestimmten Zahlungsplan heißt es:</p> <p><i>„Soweit der Bauherr bei Fälligkeit nicht zahlt, gerät er in Verzug.“</i></p>	<p>Die Klausel befreit den Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit einer Mahnung (§ 286 Abs. 1 BGB) und verstößt daher gegen § 309 Nr. 4 BGB.</p>
28.	<p><i>„Sonderwünsche während der Bauzeit sind sofort nach Ausführung zu zahlen.“</i></p>	<p>Die Bestimmung weicht unvereinbar von dem gesetzlichen Leitgedanken des § 641 Abs. 1 BGB, dass die Zahlung erst bei Abnahme fällig wird, ab und benachteiligt den Verbraucher unangemessen, da ihm nach der kundenfeindlichsten Auslegung jegliche Kontrollmöglichkeit hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der Leistung genommen wird, bereits die Ausführung führt zur Fälligkeit der Zahlungspflicht. Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 632a BGB für Abschlagszahlungen finden ebenfalls keine Berücksichtigung. Die Unwirksamkeit folgt aus § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB.</p>
29.	<p><i>„Die Abschlagszahlungen sind innerhalb einer Frist von acht Tagen nach Zugang der entsprechenden Ratenanforderung des Unternehmers fällig.“</i></p>	<p>Nicht die Ratenanforderung des Unternehmers sondern der tatsächliche Baufortschritt ist für die Fälligkeit einer Zahlungsrate ausschlaggebend, § 632a Abs. 1 BGB. Die Klausel kann bei kundenfeindlichster Auslegung indes so verstanden werden, dass es ausschließlich auf die Ratenanforderung des Unternehmers ankommt, so dass sie nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB wegen Abweichung von § 632a Abs. 1 BGB unwirksam ist. Zudem schränkt sie auch die Leistungsverweigerungsrechte des Verbrauchers nach §§ 320, 641 Abs. 3 BGB ein, weil sie dem Verbraucher suggeriert, dass berechnete Leistungsverweigerungsrechte ausgeschlossen sind. Das führt zur Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 2 BGB und wegen Verstoßes gegen das Äquivalenzprinzip auch nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.</p>

30.	„Die Raten sind fünf Tage nach Rechnungslegung zu zahlen, d. h. das finanzierende Kreditinstitut ist unwiderruflich zur Überweisung der laut Zahlungsplan fälligen Rate an das Unternehmen beauftragt.“	Die Klausel ist aus den vorgenannten Gründen wegen Verstoßes gegen §§ 309 Nr. 2, 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, vorliegend wird der Eindruck, dass Leistungsverweigerungsrechte ausgeschlossen sind durch den Zusatz „unwiderruflich“ besonders verstärkt, dazu a. LG Berlin Urt. v. 31.08.2005 – 26 O 276/05.
-----	---	---

2. Preissteigerungen

Verzögert sich die Bauausführung, muss der Unternehmer oft Preissteigerungen bei den Baumaterialien hinnehmen. Gelegentlich wird versucht, diese nachträglich an den Verbraucher weiterzugeben. Das schlägt jedenfalls dann fehl, wenn der Verbraucher den Verzug bei der Fertigstellung nicht zu vertreten hat. Und für die Fälle, in denen der Verbraucher z. B. wegen Verzuges mit Ratenzahlungen den Unternehmer zur vorübergehenden Leistungseinstellung berechtigt, bedarf der Verzugsschaden des Unternehmers keiner vertraglichen Regelung, die Ansprüche ergeben sich bereits aus Gesetz §§ 280 Abs. 1, 2 i. V. m. 286 BGB.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
31.	„Sind die Voraussetzungen für einen Baubeginn innerhalb der Frist der Festpreisgarantie aus Gründen, die der Unternehmer nicht zu vertreten hat, nicht gegeben, so kann der Unternehmer auf die Vertragssumme eine Preiserhöhung von monatlich 0,5% verlangen, sofern der Besteller nicht nachweist, dass die Fristüberschreitung zu keiner Erhöhung der Baukosten geführt hat.“	Der Besteller haftet im Ergebnis für eine Verzögerung unabhängig von einem Vertretenmüssen. Das widerspricht dem gesetzlichen Leitgedanken der §§ 280 Abs. 1, 2 i. V. m. 286 BGB und ist daher nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

3. (Sonder)Rechte des Unternehmers bei Zahlungsverzug

Immer wieder geht es um das „liebe Geld“, so auch in den nachfolgenden Beispielen, die dem Unternehmer unberechtigte Druckmittel an die Hand geben sollen.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
32.	„Sollte der Besteller seinen Zahlungspflichten nicht nachkommen, hat der Unternehmer ein Sonderkündigungsrecht.“	Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 2a BGB unwirksam, weil dem Unternehmer nach dem Wortlaut der Klausel das Kündigungsrecht auch zukommt, wenn der Verbraucher bei bestehender Zahlungspflicht z. B. wegen Mängeln zur Leistungsverweigerung berechtigt ist. Dadurch wird das Leistungsverweigerungsrecht des Verbrauchers eingeschränkt. Zudem verstößt die Klausel gegen den gesetzlichen Leitgedanken der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 und 314 BGB, die vor der Wahl des großen Schadensersatzes, des Rücktritts bzw. einer Kündigung verlangen, dass dem säumigen Vertragspartner eine Frist gesetzt wird,

- Verbraucherfeindliche Klauseln in Bauverträgen -

		die in der Klausel nicht vorgesehen ist, so dass sie auch nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.
33.	„Kommt der Besteller seinen Zahlungsverpflichtungen nicht oder nicht pünktlich nach, erlischt die im Vertrag vereinbarte Festpreisgarantie.“	Es bestehen dieselben Unwirksamkeitsgründe nach § 309 Nr. 2a BGB und § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB wie vorstehend.
34.	„Kommt der Bauherr seiner Zahlungsverpflichtung nicht nach, so ist der Unternehmer berechtigt, sämtliche Arbeiten bis zum Ausgleich der fälligen Zahlungen einzustellen.“	Es liegt ebenfalls ein Verstoß gegen § 309 Nr. 2a BGB vor, weil auch die Fälle einer berechtigten Leistungsverweigerung seitens des Verbrauchers erfasst sind (s. o.), zu dieser Klausel auch <i>LG Potsdam Ur. v. 16.11.2006 – 12 O 474/06</i> ; <i>ähnlich LG Berlin Ur. v. 31.08.2005 – 26 O 276/05</i> .
35.	„Leistet der Besteller aus Gründen die der Bauunternehmer nicht zu vertreten hat fällige Zahlungen nicht fristgerecht, kann sich die Fertigstellungsfrist verlängern.“	Die Verknüpfung der Fertigstellungsfrist mit der fristgerechten Erfüllung der Zahlungspflicht des Verbrauchers erachtet das <i>OLG Brandenburg Ur. v. 18.07.2006 – 7 U 193/06</i> - für nicht transparent, weil der vorsichtige Bauherr, der den Rechtsbegriff der Fälligkeit im Zusammenhang mit einem ihm zustehenden Leistungsverweigerungsrecht nicht zutreffend einordnen könne, werde durch die Klausel davon abgehalten, sein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen. Allein schon darin liege Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung. Die Klausel lasse nicht erkennen, dass es dem Bauherren freisteht, Zahlungen dann zurückzuhalten, wenn ihm ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. (Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und § 309 Nr. 2 BGB)

V. Sicherheiten

Beide Parteien streben nach Sicherheit. Der Gesetzgeber hat diesem Bedarf inzwischen durch gesetzlich verankerte Ansprüche auf Sicherheiten Rechnung getragen. Daneben bleibt aber Bedarf und Spielraum für die Vereinbarung vertraglicher Sicherheiten.

Der Verbraucher hat nach § 632a Abs. 3 BGB eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 5% der vereinbarten Vergütung zu beanspruchen. Gemäß der „Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern“ des BSB (dort S. 23) im III. Quartal 2010 fand die gesetzliche Vertragserfüllungssicherheit nur in 1/5 (!) der untersuchten Verträge Beachtung. Freilich muss ein gesetzlicher Anspruch nicht im Vertrag gesondert genannt werden. Wenn aber doch 96% der in derselben Studie untersuchten Verträge Zahlungspläne beinhalten (s. o. V. 1.), so übergehen ca. 4/5 dieser Verträge die 5% - Vertragserfüllungssicherheit nach § 632a Abs. 3 BGB und die entsprechenden Klauseln sind nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH unwirksam (vgl. Klausel Nr. 23, *BGH NJW 2013, 219*)! Das mag zum Zeitpunkt der Studie in 2010 u. a. noch dadurch bedingt gewesen sein, dass § 632a Abs. 3 BGB erst seit dem 01.01.2009 in Kraft getreten ist. Nichtsdestotrotz übergehen auch in 2013 noch zahlreiche Verträge den

gesetzlichen Sicherheitsanspruch des Verbrauchers im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Zahlungsplänen. Vergleichbar selten gewähren die Unternehmen Verbrauchern Gewährleistungssicherheiten, nur 26% der Verträge sahen Gewährleistungssicherheiten vor, 19% in Höhe von 5% der Abrechnungssumme und 6% weniger als 5% der Abrechnungssumme („Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern“ des BSB, S. 30). Die Klauseln, die Verbrauchern Sicherheiten gewähren sind selten zu beanstanden und der Verbraucher hätte auch nur bei Abweichungen von dem gesetzlichen Leitbild des § 632a Abs. 3 BGB hierzu Anlass. Derartige Klauseln liegen dieser Dokumentation nicht vor.

Der Unternehmer kann nach § 648 BGB für bereits erbrachte Leistungen eine Bauhandwerkersicherungshypothek im Grundbuch des Bestellers beanspruchen und damit erheblichen Zahlungsdruck bzw. –zwang auf den säumigen Verbraucher und Besteller ausüben. Das Sicherungsmittel ist im Falle der Insolvenz des Verbrauchers indes nur bedingt brauchbar, weil das Grundstück nach Baubeginn oft schon mit vorrangigen Finanzierungssicherheiten belastet ist. Abhilfe bringt dem Unternehmer nach § 648a BGB der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit für die vereinbarte Vergütung, die mithin schon vor Baubeginn verlangt werden kann. Allerdings schließt § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB von dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift Privatleute aus, die ein Einfamilienhaus errichten. Dem liegt die Erwägung des Gesetzgebers zugrunde, dass private Bauvorhaben in der Regel solide finanziert seien und der Unternehmer überdies durch die unbegrenzte Haftung des Bestellers mit dessen Privatvermögen ausreichend abgesichert sei (BT-Drucks. 12/1836, S. 11 und 12/4526, S. 11).

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
36.	<p>Neben Abschlagszahlungen sichert sich der Auftragnehmer Versicherungsleistungen aus einer Bauwesensversicherung wie folgt:</p> <p><i>„Für den Zeitraum von Beginn der Bauausführung bis zur Bauübergabe tritt der Besteller sämtliche Ansprüche aus den vorbezeichneten Versicherungsverträgen bereits jetzt an den Unternehmer ab.“</i></p>	<p>Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen das Äquivalenzprinzip unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), weil sie im Versicherungsfall dazu führen kann, dass der Unternehmer außer den bereits empfangenen Abschlagszahlungen für die zerstörte Leistung auch noch die Versicherungsleistung vereinnahmt, mithin für seine einmalige Leistung bereits eine doppelte Zahlung erlangt. Dadurch wird dem Verbraucher in unangemessener Weise eine Vorleistungspflicht und das Insolvenzrisiko des Unternehmers aufgebürdet, so LG Koblenz Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12, bestätigt durch OLG Koblenz Beschluss v. 22.05.2013 – 2 ZU 892/12.</p>
37.	<p><i>„Der Besteller tritt Auszahlungsansprüche aus dem Darlehensvertrag mit der X Bank bis zur Höhe der Bauvertragssumme unwiderruflich an den Unternehmer ab.“</i></p>	<p>Nach einer Entscheidung des LG Berlin vom 31.08.2005 – 26 O 276/05 - verstößt die Klausel gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 648a BGB, der die Sicherheitsleistung für den Bauunternehmer abschließend regle und nach § 648a Abs. 7 BGB abweichende Klauseln nicht zulasse, so dass sie gemäß § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Die Unwirksamkeit folgt zudem aus einem Verstoß gegen Treu und Glauben auf Grund unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), der auf Grund der umfänglichen (alle Auszahlungsansprüche) und weitreichenden (nicht bloß zur</p>

38.	<p>Aus einem Vertrag über den Bau eines Einfamilienhauses in Fertigbauweise: <i>„Der Besteller ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bestellers vorzulegen.“</i></p>	<p>Sicherheit und unwiderruflich) Abtretung regelrecht geknebelt wird.</p> <p>Nach der hier vertretenen Rechtsauffassung des BSB ist die Klausel wegen Verstoßes gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB, dass private Bauvorhaben in der Regel solide finanziert seien und der Unternehmer überdies durch die unbegrenzte Haftung des Bestellers mit dessen Privatvermögen ausreichend abgesichert sei (BT-Drucks. 12/1836, S. 11 und 12/4526, S. 11), nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Diese Rechtsauffassung dürfte sich mit der v. g. Entscheidung des LG Berlin zu lfd. Nr. 37 decken, für Unwirksamkeit der Klausel auch <i>OLG Celle BauR 2009, 103</i>.</p> <p>Der BGH hat in dem betreffenden Verfahren jedoch zu Lasten der Verbraucher befunden und seine Entscheidung damit begründet, dass die nach § 648a Abs. 7 BGB zwingenden Regeln des § 648a Abs. 1 – 5 BGB auf vertragliche Sicherungsabreden weder anwendbar seien noch könnten sie eine Leitbildfunktion für die Frage haben, mit welchem Inhalt die Vereinbarung einer Sicherheit zu Gunsten des Unternehmers beim Abschluss eines Bauvertrags möglich sei. § 648a betreffe nämlich ausschließlich ein Sicherheitsverlangen des Unternehmers nach Vertragsschluss, <i>BGH NJW 2010, 2272</i>.</p> <p>Die Begründung überzeugt nicht. Der BGH bemüht die sog. juristische Sekunde: Beim Abschluss des Vertrages existiert ein gesetzlicher Leitgedanke des § 648a BGB noch nicht, sondern erst danach. Das ist sehr gekünstelt, weil die vertragliche Regelung genauso wie § 648a BGB erst nach Vertragsschluss greift und davon abhängig ist, dass der Vertrag wirksam zustande kommt. Weder die vertragliche Klausel über die Stellung einer Sicherheit noch § 648a BGB entfalten irgendeine Bedeutung vor oder ohne Vertragsschluss. Eine Situation „beim“ Vertragsschluss, die eine von dem in § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB verankerten gesetzlichen Leitgedanken (s. o.) abweichende Bewertung rechtfertigt gibt es daher nicht, auch nicht für eine juristische Sekunde.</p> <p>Soweit der BGH in der Urteilsbegründung ausführt, die Klausel entspreche dem berechtigten Interesse des vorleistungspflichtigen Unternehmers an Sicherung seiner Risiken, etwa im Falle einer Verbraucherinsolvenz, ist das exakt die Situation die der Gesetzgeber des § 648a BGB vor Augen gehabt hat und für den Fall des „Einfamilienhäuslebauers“ diesen Interessenkonflikt gemäß § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB explizit zu Gunsten des Verbrauchers entschieden hat. Darüber setzt sich die Entscheidung des BGH hinweg. Hinzu kommt, dass laut der Prozessbeobachtung des BSB der erkennende Senat des BGH offensichtlich und irrig davon ausging, dass ein Fertighausbau binnen weniger Tage fertig gestellt sei und dem Unternehmer daher keine Möglichkeit verbliebe, Abschlagszahlungen zu fordern. Das trifft tatsächlich nicht zu. Fertighausbauten benötigen in der Regel mindestens 10 –</p>
-----	---	--

12 Wochen. Es handelt sich mithin um eine Einzelfallentscheidung, die nicht verallgemeinerungsfähig ist.

VI. Gewährleistung

Die Rechte des Verbrauchers bei Mängeln (Nacherfüllung (Mangelbeseitigung), Kostenvorschuss und –erstattung, Rücktritt, Minderung, Schadens- und Aufwendungsersatz) sind in § 634 BGB aufgelistet. Diese Ansprüche verjähren bei Hausbauverträgen gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB in fünf Jahren. Eine Erleichterung, d. h. auch Verkürzung, dieser Verjährungsfrist schließt § 309 Nr. 8b) ff) BGB kategorisch aus. Trotzdem fand sich nach der „Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern“ des BSB (dort S. 28) in 20% der untersuchten Verträge der untaugliche Versuch, die Verjährungsfrist insgesamt oder für einzelne Leistungsbereiche zu verkürzen, so auch in den nachfolgenden Beispielen. Die Klauselbeispiele Nr. 39 und Nr. 40 versuchen die Gewährleistungsrechte schon im Zuge der Abnahme zu kappen.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
39.	„Bei Abnahme bestehende offensichtliche Mängel hat der Bauherr innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Wochen nach Abnahme schriftlich mitzuteilen.“	Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 640 Abs. 2 BGB unwirksam (§ 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB). Nach § 640 Abs. 2 BGB entfallen bestimmte Gewährleistungsrechte nur, wenn der Besteller bei Abnahme einen Mangel kennt und sich seine Rechte wegen dieses Mangels bei Abnahme nicht vorbehält. Es kommt mithin nicht darauf an, ob der Mangel offensichtlich ist oder nicht, sondern auf die positive Kenntnis des Bestellers, die der Unternehmer beweisen muss; Kennenmüssen genügt nicht, ebenso <i>LG Berlin Urt. v. 31.08.2005 – 26 O 276/05</i> .
40.	„Nach der Abnahme offensichtlich werdende Mängel hat der Bauherr innerhalb einer Ausschlussfrist von drei Wochen nach ihrer Entdeckung schriftlich mitzuteilen.“ Oder: „Einen versteckten Mangel hat der Besteller unverzüglich nach Sichtbarwerden zu rügen.“	Die Klausel führt zu einer unzulässigen Verkürzung der Verjährungsfristen nach § 634a BGB und ist daher nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam. Zwar erlaubt § 309 Nr. 8 b) ee) BGB für offensichtliche Mängel eine Verkürzung der Verjährung. Ein offensichtlicher Mangel tritt so offen zutage, dass er auch dem nicht fachlichen Durchschnittskunden ohne besondere Aufmerksamkeit auffällt. Ein nicht offensichtlicher, also versteckter, Mangel bleibt hingegen auch dann noch nicht offensichtlich i. S. d. § 309 BGB bzw. ein versteckter Mangel, wenn ihn der Verbraucher erkannt hat. Es kommt daher nicht darauf an, ob ein Mangel „offensichtlich wird “, so dass Klauseln, die unterschiedslos nur auf das Erkennen oder die Feststellung des Mangels abstellen unwirksam sind, <i>BGH NJW 1985, 855, 858; OLG Köln NJW 1986, 2581</i> .
41.	„Für alle Arbeiten und Leistungen beträgt die Gewährleistungsfrist 2 Jahre.“	Die Regelung verkürzt die gesetzliche Verjährungsdauer von 5 Jahren nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Darin liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8b) ff) BGB,

		der jegliche Erleichterung der 5jährigen Verjährungsfrist nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB untersagt. Die Klausel ist unwirksam.
42.	„Für Arbeiten an dem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile beträgt die Gewährleistungsfrist 1 Jahr.“	Die Klausel ist aus den vorgenannten Gründen unwirksam.
43.	„Die Gewährleistungsfrist beträgt 5 Jahre ab Abnahme, ausgenommen hiervon sind kürzere Herstellungshaftungszeiten bezogen auf Treppen, Fenster, Dachflächenfenster, Außentüren, Innentüren und Bodeneinstiegsluken; hierfür beträgt die Gewährleistungsfrist 2 Jahre.“	Eine einfallsreiche aber ebenfalls aus den vorgenannten Gründen unwirksame Klausel.
44.	„Für Geräte und Objekte der elektrischen, sanitären und heizungstechnischen Installationen wird eine Garantie gemäß den gültigen Werkbedingungen des Herstellers übernommen.“	Die Klausel ist nicht hinreichend transparent und damit nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Denn dem Verbraucher, der regelmäßig nicht zwischen Gewährleistung und selbständiger Garantie zu differenzieren weiß, wird suggeriert, dass für die genannten Geräte und Objekte anstelle der gesetzlichen Gewährleistungsrechte nur eine – im Übrigen nach Dauer und Inhalt unbestimmte – Garantie der nicht näher benannten Hersteller tritt, <i>LG Koblenz Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12.</i>

VII. Vertragsbeendigung/Kündigung

1. Sonderkündigungsrechte

Druckpotential schöpfen Unternehmer aus gesondert vorgehaltenen Rücktritts- und Kündigungsrechten, die den Unternehmer gegenüber den gesetzlichen Regelungen unzulässig privilegieren und nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind. Aus diesem Bereich sind Sonderrechte des Unternehmers bei Zahlungsverzug des Bestellers unter IV. 3. separat behandelt.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
45.	„Der Unternehmer ist berechtigt, von dem Vertrag zurückzutreten, wenn der Besteller in die Tätigkeit des Unternehmers eigenmächtig eingreift oder die Fertigstellung des Hauses ihm unzumutbar erschwert.“	§ 323 Abs. 1 BGB und § 314 BGB sehen vor, dass dem Vertragspartner vor der Wahl des Rücktritts bzw. einer Kündigung eine angemessene Frist zur Abstellung des vertragswidrigen Verhaltens gesetzt wird, die in der Klausel nicht vorgesehen ist. Zudem fehlen der Klausel die gesetzlichen Voraussetzungen, dass das Verhalten des Schuldners vertragswidrig sein muss und zudem nicht bloß unerheblich (§ 323 Abs. 5) bzw. von einigem Gewicht (§ 314 Abs. 1 BGB), so dass die Klausel nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam und wegen mangelnder Transparenz zudem nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ist.

2. Abgeltungspauschalen

Von dem Abschluss eines Hausbauvertrages bis zur Fertigstellung des Hauses vergeht ein längerer Zeitraum, währenddessen sich die Ausgangsbedingungen oft ändern und Anlass zur Beendigung des Vertragsverhältnisses mithin Kündigung geben können. Für die nicht seltenen Fälle, dass die Kündigungsgründe in der Sphäre des Unternehmers liegen, insbesondere bei Verzug und Schlechtleistung, enthalten die AGBs des Unternehmers – natürlich – keine Regelungen. Der Verbraucher kann ultima ratio zur Kündigung aus wichtigem Grund nach § 314 BGB greifen, ein freilich erst sehr spät greifendes und daher nicht zufrieden stellendes Instrument. Regelungsgegenstand in AGB ist hingegen oft das freie Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 BGB. Danach kann der Verbraucher den Vertrag jederzeit kündigen. Er muss dem Unternehmer jedoch auf dessen Verlangen die vereinbarte Vergütung vermindert um die auf Grund der Kündigung ersparten Aufwendungen sowie Vorteile aus anderweitigem Erwerb zahlen. Die Berechnung der Vergütung entfällt dabei in zwei Teile für die erbrachten Leistungen und die nicht erbrachten Leistungen. Nur von den nicht erbrachten Leistungen muss der Unternehmer Abzüge vornehmen. Seit 2009 hat der Unternehmer nach § 649 Satz 3 BGB das Recht statt einer genauen Berechnung der nicht erbrachten Leistungen für diese pauschal 5% der Vergütung, die auf diesen Teil entfällt, geltend zu machen. Gegenüber der Berechnungsmethodik des § 649 BGB sucht die Baupraxis nach einer Vereinfachung, um gerade in der Anfangsphase des Vertrages, in der zunächst nur Planungs- und Koordinierungsleistungen erbracht werden, die Aufwandsentschädigung im Falle einer freien Kündigung zu pauschalisieren. Derartige Klauseln haben in zwei Entscheidungen des BGH (*NJW 2011, 1954* und *NJW 2006, 2551*) grundsätzlich Bestätigung erfahren, die wirksame Ausgestaltung fällt in der Praxis aber sehr schwer, wie die Beispiele zu 46. belegen.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
46.	<p>„Kündigt der Bauherr nach § 649 BGB den Vertrag, ohne dass das Unternehmen dies zu vertreten hat, stehen dem Unternehmen die in § 649 BGB geregelten Ansprüche zu. Statt der sich aus § 649 BGB ergebenden Ansprüche kann das Unternehmen die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nach den vereinbarten Vertragspreisen abrechnen und darüber hinaus zusätzlich als Ersatz für die sonstigen Aufwendungen und den entgangenen Gewinn einen Pauschalbetrag in Höhe von 15% des Teilbetrags aus dem Gesamtpreis gem. § 1 III verlangen, der auf den Teil der Leistungen entfällt, die das Unternehmen bis zur Kündigung noch nicht ausgeführt hat. Dieser pauschalisierte Anspruch steht dem Unternehmen nicht zu, wenn der Bauherr nachweist, dass der nach § 649 BGB dem Unternehmen zustehende Betrag wesentlich niedriger als die Pauschale ist.“</p>	<p>Die erste Variante stammt aus dem vom BGH in <i>NJW 2011, 1954</i> entschiedenen Fall. Der BGH hat die Klausel im Ergebnis wegen mangelnder Transparenz verworfen, weil die Klausel nicht vorhandene Berechnungsgrößen enthält, so dass sie unklar und unverständlich ist. Denn der konkrete Vertrag enthielt keine Vertragspreise, wie etwa Einheitspreise, sondern nur einen Gesamtpreis. Soweit mit „Vertragspreisen“ diejenige Vergütung gemeint sein sollte, die nach Baufortschritt als Zahlungsrate vereinbart ist, kommt das nicht hinreichend klar zum Ausdruck. Im Übrigen kann von diesem Verständnis schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil vereinbarte Teilzahlungen nicht äquivalent der Vergütung für die bis dahin erbrachten Leistungen entsprechen müssen, dazu a. <i>BGH NJW 2011, 915</i>. Die Höhe der Abgeltungspauschale hat der BGH indes nicht per se beanstandet. Die geltend gemachte Pauschale von 15 % des Bruttobetrags beläuft sich auf 17,85 % des Nettobetrags, von welchem für nicht</p>

oder:

„Erfolgt eine Kündigung gleich aus welchem Grund, ohne dass sie von dem Unternehmer zu vertreten ist, hat der Unternehmer das Recht, eine pauschale Vergütung bzw. einen pauschalierten Schadensersatz in Höhe von mindestens 10% des zur Zeit der Kündigung vereinbarten Gesamtpreises zu verlangen, sofern nicht der Bauherr oder der Unternehmer im Einzelfall andere Nachweise erbringen.“

oder:

„Der Auftraggeber kann bis zur Vollendung der Leistung den Vertrag jederzeit ordentlich kündigen. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer nach seiner Wahl der Anspruch auf die Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB zu oder eine Entschädigungspauschale in Höhe von 10% der Vertragssumme.“

oder:

„Erfolgt eine Kündigung gleich aus welchem Grund, ohne dass sie von dem Unternehmer zu vertreten ist, hat der Unternehmer das Recht, den entstandenen Schaden und einen pauschalen Schadensersatz oder eine pauschale Vergütung in Höhe von 8% des nicht ausgeführten Teils der Leistung zu verlangen, sofern nicht der Bauherr oder der Unternehmer im Einzelfall andere Nachweise erbringen.“

erbrachte Leistungen nach § 649 BGB auszugehen ist (BGH NJW 2008, 1522). Den Maßstab für Pauschalierungsabreden in AGB geben §§ 308 Nr. 7a und 309 Nr. 5a und b BGB vor. Danach darf die pauschalierte Vergütung nicht unangemessen hoch sein und dem Vertragspartner muss ausdrücklich der Nachweis gestattet sein, dass kein oder ein wesentlich geringerer Schaden entstanden ist.

Die Unangemessenheit der Pauschale wird vorliegend nicht durch § 649 S. 3 BGB indiziert. Aus § 649 S. 3 BGB und aus seiner Entstehungsgeschichte ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber ein gesetzliches Leitbild für Pauschalierungsabreden schaffen und damit bewirken wollte, dass der Unternehmer stets konkret abrechnen muss, wenn er eine Vergütung geltend macht, welche die gesetzliche Pauschale übersteigt.

Entscheidend ist daher, was ohne die Klausel vom Vertragspartner der Klägerin nach dem Gesetz typischerweise geschuldet würde. Insoweit kommt es nicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, sondern auf die typische Sachlage bei vorzeitiger Beendigung derartiger Verträge an. Eine feste Grenze, von der an ein bestimmter Prozentsatz als eine i.S.d. § 308 Nr. 7a BGB nicht mehr angemessene Pauschale anzusehen ist, hat der BGH für Verträge über ein Ausbauhaus nicht festgelegt. Er hat Pauschalen von 5 % und 10 % gebilligt (BGH NJW 2006, 2551). Die Zulässigkeit einer Pauschale von 18 % der vereinbarten Vergütung hat der BGH ohne abschließende Entscheidung zu diesem Punkt als äußerst zweifelhaft bezeichnet (BGH NJW 1985, 632). Die Pauschale von 15% erreicht nach dem BGH einen Grenzbereich, der ohne Kenntnis der nach Kündigung eines Hausvertrags typischerweise anfallenden Vergütung nicht mehr als noch angemessen oder schon unangemessen beurteilt (vgl. hierzu § 309 Nr. 5a BGB) werden kann. Dazu bedarf es vielmehr tatrichterlicher Feststellungen. M. a. W. der Unternehmer muss darlegen und beweisen, dass die Höhe der Pauschale von 15% nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gerechtfertigt ist. Dieser Nachweis dürfte nicht ohne weiteres zu führen sein.

Die **zweite Variante** ist dem Fall der BGH-Entscheidung in NJW 2006, 2551 entnommen und um das Wort „*mindestens*“ ergänzt. Durch die Vorgabe eines Mindestschadens wird die Klausel unwirksam, weil dem Vertragspartner der Nachweis eines geringeren Schadens abgeschnitten wird. Diese von § 309 Nr. 5b BGB für Schadensersatzpauschalen geforderte Gegenbeweismöglichkeit gilt wegen der vergleichbaren Interessenlage analog auch für Abwicklungsregelungen i. S. des § 308 Nr. 7 BGB, BGH NJW 1985, 362. Anders als noch § 11 Nr. 5b ABGB verlangt § 309 Nr. 5b BGB zudem auch einen ausdrücklichen Hinweis auf diese Nachweismöglichkeit (so BGH NJW 2011, 1954), die vorliegend zwar in der Klausel vorgesehen ist, auf Grund des Widerspruches mit der Min-

destvorgabe von 10% aber unklar und mithin nach § 305c BGB unbeachtlich bleibt; zu § 11 Nr. 5b AGBG vgl. *BGH NJW 1982, 2316; 1983, 1492*.

Ohne den Zusatz „*mindestens*“ hat der BGH (*NJW 2006, 2551*) die Klausel nicht beanstandet und insbesondere die Schadenspauschale in Höhe von 10% für angemessen erachtet. Die Klausel sei im Übrigen so zu verstehen, dass der Unternehmer nicht generell, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände eine andere Berechnung vornehmen dürfe und soweit er die konkrete Berechnung der Vergütung wählt, nicht ergänzend auf die Pauschale zurückgreifen kann.

Variante drei ist nach dem Vorhergesagten unwirksam, weil ein ausdrücklicher Vorbehalt hinsichtlich der Nachweisführung eines geringeren Schadens fehlt, anders noch der BGH zu § 11 Nr. 5b AGBG, der die Hinweispflicht nicht vorsah, in *NJW 1982, 2316; 1983, 1492; 1985, 362*.

Variante vier verstößt nach Auffassung des LG Koblenz (*Urt. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12*) gegen den gesetzlichen Leitgedanken des § 649 BGB, weil sich der Auftragnehmer neben der Entschädigung nach § 649 BGB noch zusätzlich einen Schadensersatzanspruch sichert.

3. Bestimmungen über die Kündigungsfolgen

Vorteile aus einer Kündigung lassen sich auch dadurch gewinnen, dass der Unternehmer im Vertrag bestimmt, dass gewisse Leistungen nicht endgültig dem Verbraucher zustehen. Oft geht es dabei um für die Baubeendigung oder dauerhafte Bewirtschaftung des Objektes wichtige Dokumente wie in dem nächsten Beispiel.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
47.	„Bei Kündigung bleiben sämtliche Planungsunterlagen Eigentum des Unternehmers.“	Die Klausel verstößt gegen das Äquivalenzprinzip und die synallagmatische Verknüpfung der Hauptleistungen von Werkleistung und Vergütung, weil der Besteller auch im Falle einer Kündigung die Vergütung der erbrachten Leistungen schuldet (vgl. § 649 BGB), so dass der Unternehmer für die Planungsleistung eine Vergütung erhält, mithin auch zur Ablieferung der Planung verpflichtet ist.

VIII. Schlussbestimmungen

1. Salvatorische Klauseln bzw. Ersetzungs- und Anpassungsklauseln

Verträge enthalten in den Schlussbestimmungen regelmäßig sog. salvatorische Klauseln bzw. Ersetzungs- und Anpassungsklauseln, die zum Schutz des Unternehmers die Folgen einer unwirksamen Geschäftsbedingung abmildern sollen. Hat der Verbraucher überhaupt erst die Unwirksamkeit einer Klausel des Unternehmers erfolgreich geltend gemacht, soll ihm dieser Vorteil sogleich wieder genommen werden. Das entspricht ersichtlich nicht dem Gesetzeszweck der §§ 305 ff. BGB, so dass die Rechtsprechung regelmäßig derartige Klauseln kassiert. Einzig rechtlich möglich sind Erhaltungsklauseln, die im Ergebnis mit § 306 BGB übereinstimmen (vgl. *BGH NJW 2005, 2225, 2226*), der in Abs. 1 die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen vorgibt und dessen Abs. 2 auch eine ergänzende Vertragsauslegung erlaubt, wenn eine gesetzliche Vorschrift zur Schließung der durch die unwirksame Klausel entstandenen Lücke im Vertrag fehlt.

Nr.	Klausel	Rechtliche Würdigung
48.	Zu der Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden s. o. Klausel Nr. 2.	
49.	Zu der Wirksamkeit sog. Bestätigungsklauseln s. o. Klauseln Nr. 3 – 6.	
50.	„Ist eine Klausel unwirksam, so ist die unwirksame Vereinbarung so zu ändern oder zu ergänzen, dass der mir ihr verfolgte Zweck erreicht wird.“	<p>Diese Ersetzungsklausel ist nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nach § 306 Abs. 2 BGB verstößt, <i>BGH NJW 2000, 1110, 1112; KG NJW 1998, 829</i>.</p> <p>Im Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ist insbesondere die Rückführung einer unwirksamen Klausel auf ein noch angemessenes Maß regelmäßig nicht zulässig, vgl. <i>st. Rspr. des BGH z. B. in NJW 1982, 2309; 1983, 1320; 1984, 48; 1985, 319; 1986, 1173; 1994, 2693; 2000, 1110</i>. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, für eine den Gegner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligende und deshalb unwirksame Klausel eine Fassung zu finden, die einerseits dem Verwender möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist. Eine teilweise Aufrechterhaltung würde zudem dem Ziel des Gesetzes zuwiderlaufen, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten oder empfohlenen AGB hinzuwirken und den Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten zu verschaffen. Sie würde dem Klauselverwender die Möglichkeit eröffnen, bei der Aufstellung seiner Konditionen unbedenklich über die Grenze des Zulässigen</p>

hinauszufragen, ohne mehr befürchten zu müssen, als dass die Benachteiligung seines Geschäftspartners durch das Gericht auf ein gerade noch zulässiges Maß zurückgeführt wird.

2. Schiedsgutachterklausel

In Bausachen versprechen sich die Parteien von sog. Schiedsgutachtern eine unparteiische, schnelle und unkomplizierte Klärung in Tatsachenfragen - Mängelstreitigkeiten. Der Ansatz ist grundsätzlich richtig, die Umsetzung scheitert aber regelmäßig. In Vertragsklauseln des Unternehmers werden Person des Gutachters und Bindungswirkung des Gutachtens oft nicht wirksam geregelt:

51.	<p>„Für den Fall, dass bei Streitigkeiten ein Sachverständiger herangezogen werden muss (auch im Beweissicherungsverfahren oder im Prozess) stimmen die Vertragspartner darin überein, dass als Sachverständiger ausschließlich ein vereidigter Sachverständiger für Fertigteilbauten in Holzrahmenbauweise gestellt wird.“</p>	<p>Die Klausel ist sachlich wie rechtlich nicht gerechtfertigt, weil bei einem Hausbau zahlreiche Gewerke zur Ausführung kommen und mit Mängeln behaftet sein können, für die ein Sachverständiger für Fertigteilbauten in Holzrahmenbauweise nicht den notwendigen Sachverstand hat. Die Klausel ist daher unangemessen und nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, LG Koblenz Ur. v. 03.07.2012 – 1 O 141/12.</p>
52.	<p>„Treten während oder nach Fertigstellung des Hauses Mängel auf, über deren Beseitigung oder Minderung zwischen den Vertragsschließenden keine Einigung erzielt werden kann, entscheidet das Urteil eines vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter. Können die Vertragsschließenden sich nicht innerhalb von zwei Wochen nach Aufforderung durch eine Partei auf einen bestimmten Sachverständigen einigen, wird dieser auf Antrag einer Partei von der zuständigen Industrie- und Handelskammer für beide Teile verbindlich bestimmt. Der nach den Feststellungen des Gutachters unterliegende Teil trägt die entstehenden Kosten des Gutachters; bei teilweisem Unterliegen bestimmt sich die Verteilung der Kosten nach Umfang des Obsiegens und Unterliegens. Die Feststellungen des Sachverständigen sind vorbehaltlich der §§ 317 – 319 BGB für die Vertragsschließenden hinsichtlich der Frage des Bestehens oder Nichtbestehens der Mängel und der Bewertung verbindlich.“</p>	<p>Obligatorische Schiedsgutachterklauseln beschränken Einwendungen gegen die Richtigkeit des Gutachtens und schließen weitgehend den Rückgriff auf den staatlichen Rechtsschutz aus. Darin liegt die mit ihnen verbundene Abweichung von der gesetzlichen Regelung. Das durch die Abweichung vom gesetzlichen Modell bewirkte Risiko ist im Wesentlichen das der vor allem im praktischen Ergebnis weitgehenden Unangreifbarkeit eines Fehlgutachtens einschließlich der damit unter Umständen verbundenen inzidenten Fehlbeurteilung von vertraglichen Pflichten und Rechten. Die Schiedsgutachterklausel beschränkt erheblich die richterliche Kontrolle über die inhaltlichen Aussagen des Gutachtens. Im Unterschied dazu unterliegt ein Gutachten im Prozess vielfältigen Kontrollen. So kann das Gericht auf die Ergänzung des Gutachtens hinwirken. Auch können Parteien und Gericht die mündliche Anhörung und Erläuterung des Gutachtens veranlassen. Ferner unterliegt das Gutachten der richterlichen Beweiswürdigung. Schließlich hat das Gericht die Möglichkeit, eine neue Begutachtung anzuordnen. Die Klausel kann ferner die Beurteilung bestimmter Rechtsfragen, vor allem derjenigen, die sich aus der Festlegung der vertraglich geschuldeten Leistungen durch Auslegung des Vertrags ergeben, vom rechtskundigen Richter auf einen (meist technischen) Sachverständigen verlagern. Die daraus folgende Benachteiligung des Verbrauchers ist bei einem Hausbauvertrag mit komplexen tatsächlichen und rechtlichen Problemen und hohen wirtschaftlichen Interessen unangemessen, die obligatorische</p>

Schiedsgutachterklausel daher nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam, *BGH NJW 1992, 433*; *OLG Köln NJW-RR 2009, 159*.

3. Gerichtsstandsklausel

Wenn sich ein Prozess vor den staatlichen Gerichten nicht mehr vermeiden lässt, würde der Unternehmer selbigen natürlich gern „zu Hause“ bzw. bei einem Gericht seiner Wahl führen. Gerichtsstandsklauseln, wie die nachfolgenden, können aber mit Verbrauchern nicht wirksam vereinbart werden.

53. | „Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Sitz des Unternehmers.“ | Gerichtsstandsvereinbarungen können nach § 38 ZPO vor Entstehen der Streitigkeit nur von Kaufleuten wirksam getroffen werden, so dass die Klausel nach § 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

IX. Zusammenfassung

Die Studie zeigt beispielhaft anhand von 51 ausgewählten Klauseln aus den wichtigsten Regelungsbereichen eines Hausbauvertrages Verstöße gegen die §§ 307 – 309 BGB auf, so dass die jeweiligen Klauseln unwirksam sind. Als besonders risikoreich und missbrauchsträchtig für den Verbraucher sind die Klauseln mit Änderungsvorbehalten hinsichtlich der geschuldeten und auszuführenden Leistung (II. 1), zur Erleichterung der Abnahme (III.) und hinsichtlich der Zahlungspläne (IV. 1) hervorzuheben. 96% der im Auftrag des BSB analysierten Bauverträge beinhalten Zahlungspläne („Analyse von Bauverträgen mit Verbrauchern“ des BSB, S. 20), von denen nach einer jüngeren Entscheidung des BGH (NJW 2013, 219) 4/5 allein aus dem Grund unwirksam gewesen sind, weil sie die 5%ige Vertragserfüllungssicherheit nach § 632a Abs. 3 BGB zu Gunsten des Verbrauchers nicht oder nicht ausreichend im unmittelbaren Kontext mit den Zahlungsraten berücksichtigten. Darüber hinaus erfüllen Zahlungspläne oft nicht die Anforderungen des § 632a Abs. 1 BGB und sind sachlich nicht durch entsprechende Gegenleistungen gerechtfertigt, so dass sie die Vorleistungspflicht des Unternehmers in eine Vorzahlungsleistung des Verbrauchers umkehren (vgl. IV. 1. und die dortigen Klauselbeispiele).

Die hohe Anzahl von Klauseln in Bauverträgen mit unterschiedlichen Regelungsbereichen und etlichen Abweichungen in der Ausformulierung macht es dem Verbraucher praktisch unmöglich, eigenständig die Unwirksamkeit einer Klausel festzustellen. Deshalb ist die Tätigkeit des BSB darauf gerichtet, Verbraucherinformationen zu vermitteln und bundesweit baurechtliche Beratung zu leisten. Im Interesse des Verbraucherschutzes werden Unternehmen wegen unwirksamer Klauseln in Bauverträgen abgemahnt und nach dem UKlaG vor den Gerichten in Anspruch genommen.

.....
HERAUSGEBER:

Bauherren-Schutzbund e.V.

Gemeinnützige Verbraucherschutzorganisation

Kleine Alexanderstraße 9/10 · 10178 Berlin

www.bsb-ev.de
.....

Bauherren
Schutz
Bund
e.V.

