

**Institut Privater  
Bauherren e.V.**

---

**Schlüsselfertig Bauen**

**Die Bauverträge mit privaten Bauherren in der Praxis**

---



---

# **Schlüsselfertig Bauen**

## **Die Bauverträge mit privaten Bauherren in der Praxis**

---

---

# Inhalt

---

<b>Vorwort</b>	04
<b>A. Zusammenfassung</b>	06
<b>B. Hintergrund der Untersuchung</b>	09
<b>C. Gegenstand und Methodik der Untersuchung</b>	10
<b>D. Klauselprüfung</b>	13
<b>I. Vertragsabschluss</b>	13
1. Angebotsbindung und Genehmigungsvorbehalte	13
2. Rücktrittsrecht mangels Finanzierung oder Grundstückserwerbs	16
<b>II. Bauleistungen</b>	19
1. Bauleistungsbeschreibungen	19
2. Leistungsänderungsvorbehalte	19
<b>III. Bauzeit</b>	22
1. Festlegung der Bauzeit	22
2. Förderungspflicht des Unternehmens	23
3. Vertragsstrafe	24
<b>IV. Preis und Zahlungsweise</b>	25
1. Preisanpassung nach Ablauf der Preisbindung	25
2. Preisanpassung wegen Mehrwertsteueränderung	27
3. Zahlungspläne	27
<b>V. Sicherheiten</b>	30
1. Baupreissicherung durch den Bauherrn	30
2. Erfüllungs- und Gewährleistungssicherung durch das Unternehmen	32
<b>VI. Rechte des Bauherrn bei Mängeln</b>	33
1. Ausschluss/Beschränkung der Mängelrechte	33
2. Verkürzung der Verjährungsfristen	36
3. Ausschluss/Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts	37
<b>VII. Sonstiges</b>	40
1. Salvatorische Klauseln	40
2. Vergütungs-/Schadenspauschalen	41
<b>D. Bewertung der Vertragsqualität</b>	41

---

## Vorwort

---

Verträge über schlüsselfertige Bauten werden von privaten Bauwilligen meist zur Errichtung von Wohngebäuden geschlossen, die in der überwiegenden Zahl der Fälle selbstgenutzt werden (»Eigenheim«). Solche Verträge berühren daher den Kern individueller Lebensgestaltung der Bürger. So existenziell der Zustand von Grundstück und darauf errichtetem Gebäude für Leben und Gesundheit der Erwerber ist, ist es die vertragliche Ausgestaltung von Rechten und Pflichten für ihre wirtschaftlichen Interessen: Eine »gute« Immobilie vermag bei positiver Marktentwicklung längerfristig Altersvorsorge und Vermögensaufbau zugleich zu sein; eine »schlechte« Immobilie kann bei ungünstiger vertraglicher Ausgestaltung für den Erwerber eine wirtschaftliche Katastrophe und den Verlust der bürgerlichen Existenz bedeuten. Das mit dem Erwerb der privat genutzten Immobilie regelmäßig einhergehende Klumpenrisiko – die Erwerbsentscheidung bindet für private Bauherren regelmäßig einen wesentlichen Teil ihrer wirtschaftlichen Ressourcen – wirkt als zusätzlicher Hebel. Für das Jahr 2006 wurde die Überschuldung privater Haushalte zu fast 4 % unmittelbar auf eine gescheiterte Immobilienfinanzierung zurückgeführt (Angele, Überschuldung privater Haushalte 2006, Wirtschaft und Statistik 10/2007, S. 948, 953).

Das damit begründete erhebliche Risiko will so gar nicht zu den landläufigen Klischees der vermeintlich sicheren Investition in Grund und Boden oder Vorurteilen über langweilige Bausparer passen. Es findet auch in der gesetzlichen Ausgestaltung der Rahmenbedingungen bislang kaum Berücksichtigung. Allein die Begrenzung der Abschlagszahlungen an den Bauträger in § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) schützt den Erwerber in gewissem Umfang davor, selbst gutes Geld zu bezahlen, ohne die Leistung zu erhalten. Im übrigen bleibt es bei der Pflicht zu notarieller Beurkundung von auf den Erwerb von Grundstücken gerichteten Verträgen gem. § 311b Absatz 1 BGB sowie der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. §§ 305 ff. BGB. Verblüffend ist diese Zurückhaltung des Gesetzgebers besonders angesichts der Aufmerksamkeit, die er anderen »Elementarrisiken« für Verbraucher, wie etwa übermäßigem Fluglärm im Urlaub, angedeihen lässt (vgl. zu Reiseverträgen die §§ 651a ff. BGB).

Freilich besteht eine rechtspolitische Argumentationslast im Hinblick auf vom Regelmodell abweichende Sondervorschriften. Deshalb ist es zu begrüßen, dass das Institut Privater Bauherren e.V. sich der Mühe unterzogen hat, die verbraucherpolitische Forderung nach einer Verbesserung des Schutzes privater Bauherren in diesem Bereich durch empirische Untersuchungen zu stützen, und zu diesem Zweck insgesamt 117 zwischen 2003 und heute verwendete Formularverträge auswerten ließ. Selbstverständlich sind Ergebnisse empirischer Studien stets mit Vorsicht zu genießen. »Eingebaute« Selektionsmechanismen müssen kompensiert werden. So mag der vorgelegten Studie entgegengehalten werden, dass »gute« Verträge, die keinen Anlass zu Auseinandersetzungen bieten, gar nicht erst zur Untersuchung gelangten. Immerhin wurden aber auch einige Verträge begutachtet, die im Rahmen des Wettbewerbs »die beste Bau- und Leistungsbeschreibung« 2005/2006 von Unternehmen selbst eingereicht wurden. Jedenfalls wird vor dem Hintergrund der erheblichen Zahl ausgewerteter Formularverträge und der aufgedeckten Mängel kaum noch angenommen werden dürfen, etwaige Probleme gingen allein auf vereinzelte »schwarze Schafe« in der Branche zurück.

**Jochen Glöckner**

---

**Prof. Dr. Jochen Glöckner, LL.M.** – Universität Konstanz, Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Direktor des **Instituts für Baurecht Freiburg e. V.**



---

## A. Zusammenfassung

---

Schlüsselfertiges Bauen sei einfach, sicher und preiswert, verheißt die Werbung der Anbieter privaten Bauwilligen. Aber jedes Leistungsversprechen ist nur so gut und belastbar wie der Vertrag, mit dem es gegeben wird. Nur wenn der Vertrag angemessene und klare Regeln enthält, kann der Leistungsempfänger ein Versprechen im Ernstfall auch durchsetzen.

Das Institut Privater Bauherren e. V. hat 117 Formularverträge von insgesamt 91 Anbietern untersucht, die in der Zeit von Juli 2003 bis heute gegenüber privaten Bauherren verwendet wurden. Davon sind 104 Verträge von Generalunternehmern oder -übernehmern, 13 Verträge sind Bauträgerverträge. Die Verträge wurden – kategorisiert nach sieben Regelungsbereichen – daraufhin überprüft, ob, in welchen Regelungsbereichen und mit welcher Häufigkeit sie rechtswidrige Klauseln enthalten. Hieraus wurde die Qualität des jeweiligen Vertrags bewertet.

Die Ergebnisse der Untersuchung zeichnen ein Bild der Praxis, das die Werbung »einfach, sicher und preiswert« Lügen straft. Keiner der insgesamt 117 Verträge kann als **gut** bewertet werden (= 0%). Ganze 4 Verträge können als **akzeptabel** gelten (= 3%). 113 Verträge jedoch sind nicht **empfehlenswert** (= 97%).

Die Ergebnisse in den zur Kategorisierung gebildeten Regelungsbereichen im Überblick:

---

### Vertragsabschluss

---

In 68 Verträgen (= 58%) lassen Bindungsfristen oder Genehmigungsvorbehalte den Bauherrn zunächst in Ungewissheit über das Zustandekommen des Vertrags; in 7 dieser Verträge (= 10%) benachteiligt die Regelung den Bauherrn unangemessen.

In 33 Verträgen (= 28%) sollen Bauherren durch kostenlose Rücktrittsrechte zum Vertragsabschluss bewegt werden, bevor die Finanzierung des Bauvorhabens oder der Grundstückserwerb geklärt sind; in 20 Verträgen mit solchen Klauseln (= 61% der Rücktrittsklauseln) sind die Rücktrittsvoraussetzungen überzogen und unklar formuliert, so dass die Ausübung des Rechts für den Bauherrn in Gefahr gerät.

---

### Bauleistungen

---

Seit vielen Jahren zeigt sich, dass die beim schlüsselfertigen Hausbau von den Unternehmen verwendeten Bauleistungsbeschreibungen regelmäßig in vielerlei Hinsicht unklar und unvollständig sind und eine transparente, aussagekräftige Beschreibung, welche Leistungen der Bauherr für den Angebotspreis bekommen

soll, die Ausnahme ist. Die daraus resultierende Unsicherheit für den Bauherrn wird durch Änderungsvorbehalte verschärft, durch die das Unternehmen nach Vertragsschluss einseitig Leistungen ändern können soll. Solche Vorbehalte sind in 86 Verträgen (= 74 % der Verträge) enthalten; in 58 Verträgen (= 67 % solcher Klauseln) eröffnen sie dem Unternehmen in verschiedenen Formen unangemessen weite Spielräume für Änderungen zu Lasten des Bauherrn.

---

## Bauzeit

Die Bauzeit ist oft nicht geregelt. Wo von dem Unternehmen Bauzeitangaben überhaupt erfolgen, sind es selten konkrete Termine. Nur in 20 Verträgen (= 17 %) ist die Bauzeit mit einem konkreten Kalenderdatum fixiert. In 59 Verträgen (= 50 % aller geprüften Verträge) ist die Bauzeit stattdessen in der Weise geregelt, dass ein Zeitraum nach Monaten oder Wochen vereinbart wird, innerhalb dessen der Bau fertiggestellt werden soll und der ab Baubeginn rechnet. In 46 Verträgen (= 39 % der Verträge) räumt sich das Unternehmen durch zusätzliche unangemessen lange Einplanungs- oder ähnliche Fristen weitere zeitliche Spielräume auf Kosten des Bauherrn ein.

Eine Vertragsstrafe des Unternehmens ist zwar in 30 Verträgen (= 26 % der Verträge) vorgesehen. Die mit ihnen dem Bauherrn suggerierte Sicherheit hinsichtlich der Pünktlichkeit des Unternehmens mutiert allerdings zu einer Strafe für den Bauherrn, wenn ihm durch eine niedrige Vertragsstrafe die Möglichkeit genommen werden soll, weitere Schäden geltend machen zu können. Dies ist in 5 Verträgen (= 17 % der verwendeten Vertragsstrafeklauseln) der Fall.

---

## Preis und Zahlungsweise

Preissicherheit ist ein starkes Verkaufsargument der Unternehmen. In den Verträgen werden mit dem Bauherrn Festpreise vereinbart. Bei 70 Verträgen (= 60 %) ist der Festpreis zeitlich begrenzt. Die versprochene Sicherheit wird in 30 solcher Verträge (= 45 % der Verträge, in denen Preisanpassungsklauseln verwendet werden) zu Lasten des Bauherrn durch unzulässige Vorbehalte zur Preisanpassung nach Ablauf der Festpreisbindung durchkreuzt. In 51 Verträgen (= 44 % aller Verträge) ist die Preisänderung bei Änderung des Mehrwertsteuersatzes mit einer unzulässigen Klausel geregelt. Nur in 17 Fällen (= 15 % aller Verträge) ist die Mehrwertsteuerklausel nicht zu beanstanden.

Nahezu alle Verträge enthalten Zahlungspläne, mit denen nach Baufortschritt zu entrichtende Abschläge festgelegt werden sollen. Für Bauträgerverträge ergeben sich die zulässigen Ratenschritte und -höhen aus der MaBV, deren Vorgaben bei den untersuchten Bauträgerverträgen, soweit ersichtlich, beachtet sind. Bei den übrigen Verträgen mit Generalunternehmen und Generalübernehmern, für die keine gesetzlichen Vorgaben bestehen, zeigt sich, dass Bauherren in 93 Verträgen (= 89 %) durch unangemessen hohe Zahlungen zur Vorkasse gedrängt werden soll.

---

## Sicherheiten

---

Vielfach ist in den Verträgen vorgesehen, dass der Bauherr die Finanzierbarkeit des Bauvorhabens nachweisen soll, hier in 67 Verträgen (= 57%). Die Form des Nachweises ist in der Regel in den Verträgen nicht näher vorgeschrieben.

Was Sicherheiten für den Bauherrn angeht, so ist die bei Vertragsabschlüssen seit dem 1.1.2009 bei der ersten Abschlagszahlung von dem Unternehmen zu stellende gesetzliche Erfüllungssicherheit gemäß § 632a Absatz 3 BGB in 24 Verträgen (= 34% der nach diesem Datum abgeschlossenen Verträge) genannt.

Eine Sicherheit für den Zeitraum bis zum Ende der Verjährungsfrist ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Freiwillig wird sie privaten Bauherren nur in 17 Verträgen (= 15% aller Verträge) eingeräumt.

---

## Rechte des Bauherrn bei Mängeln

---

Dass der Bauherr eine korrekte Leistung erhält, ist nach vielen Verträgen nicht sicher. In 64 Verträgen (= 55%) werden Mängelrechte des Bauherrn auf verschiedene Weise ganz oder in Teilen ausgeschlossen oder beschränkt.

In 15 Verträgen (= 13%) werden die Verjährungsfristen bei Mängeln unzulässig verkürzt.

Das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Bauherrn im Falle vorhandener Mängel die Möglichkeit eröffnet, einen angemessenen Teil der Vergütung, in der Regel das Doppelte der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten, zurück zu halten, bis die Mängel beseitigt sind, wird in 43 Verträgen (= 37%) unzulässigerweise ausgeschlossen. Die geschaffenen Möglichkeiten, vom Bauherrn trotz mangelhafter Leistung Geld verlangen zu können, als ob die Leistung vertragsgemäß erbracht worden sei, sind vielfältig.

---

## Sonstiges

---

In 49 Verträgen (= 42%) finden sich unwirksame salvatorische Klauseln, mit denen das Unternehmen unwirksame Bestimmungen durch solche Bestimmungen ersetzen lassen möchte, die dem Zweck der unzulässigen Bestimmungen möglichst nahe kommt.

Vergütungspauschalen für den Fall einer Vertragskündigung beziehungsweise Schadenersatzpauschalen sind in 60 Verträgen (= 51% aller Verträge) enthalten. Sie sind in 15 Verträgen (= 25% der Verträge mit solchen Klauseln) unwirksam, weil dem Bauherrn die Möglichkeit abgeschnitten ist, darzulegen, dass im konkreten Fall keine oder nur eine wesentlich geringe Vergütung oder kein beziehungsweise nur ein wesentlich geringerer Schaden als pauschaliert angefallen ist.

---

## B. Hintergrund der Untersuchung

---

Die meisten Eigenheime werden derzeit schlüsselfertig durch Generalunternehmer, Generalübernehmer oder Bauträger errichtet. Anders als bei der »klassischen« Errichtungsweise, bei der Planung und Ausführung auf verschiedene Schultern verteilt werden, hat der private Bauherr bei der schlüsselfertigen Errichtung nur ein Unternehmen als Vertragspartner. Ebenfalls anders als bei der »klassischen« Errichtungsweise behält das Unternehmen das Heft des Handelns in der Hand: Nicht der private Bauherr und sein Architekt geben vor, was gebaut werden soll, sondern das Angebot stammt vorgefertigt vom Unternehmen und kann vom Bauherrn nur noch in Details individualisiert werden. Beim Bauträgervertrag geht dies so weit, dass der Erwerber gar kein Bauherr im technischen Sinne mehr ist. Aus Gründen der Anschaulichkeit und Lesbarkeit wird im folgenden dennoch stets durchweg vom »Bauherrn« gesprochen, auch wenn der Erwerber beim Bauträgervertrag (mit) gemeint ist.

Einfach, sicher und preiswert sei schlüsselfertiges Bauen, so verspricht es die Werbung. Ob es dies wirklich ist, entscheidet sich regelmäßig bereits mit den Regelungen des geschlossenen Bauvertrages. Denn jedes Leistungsversprechen ist nur so gut und belastbar wie der Vertrag, mit dem es gegeben wird.

Doch auch die Vertragstexte werden regelmäßig von den Unternehmen entworfen und als Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Vertragsabschluss gestellt. So ist zu fragen, ob sich in ihnen die Dominanz des Unternehmens fortsetzt oder Rechte und Pflichten zwischen dem Unternehmen und dem Bauherren so ausgewogen verteilt werden, wie es das Gesetz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangt.

Im Hinblick auf den Schutz von Verbrauchern bei Verträgen über schlüsselfertige Bauten sind zwei Ebenen zu unterscheiden: Zunächst geht es um einen innerhalb des privatrechtlichen Regelungsgefüges systemgerechten und angemessenen Interessenausgleich im Individualrechtsverhältnis. Diese Zielvorgaben erfüllen die gesetzlichen Regelungen im wesentlichen. Eine vergleichsweise rigide Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen sichert sie ab. Nennenswerte Lücken entstehen mitunter durch unzulängliche Leistungsbeschreibungen. **De lege lata** wird der Unternehmer bei der Errichtung allein durch die Vorgaben des § 633 Absatz 2 BGB (Eignung für die gewöhnliche Verwendung sowie übliche Beschaffenheit) gebunden.

Davon zu unterscheiden ist die gesamtwirtschaftliche Betrachtung. Die vom Gesetzgeber vorgesehene und wie erwähnt sehr weit reichende Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen gem. §§ 307 ff. BGB darf nicht zu dem Trugschluss verleiten, dass die Bauherren als Verwendungsgegner ausreichend geschützt seien. Intransparente oder mehrdeutige Klauseln sind ebenso wie

schlicht unangemessen benachteiligende Klauseln bereits deshalb ein Hindernis für den Verwendungsgegner, weil er sich sein »gutes Recht« erst gegen den Wortlaut eines von ihm unterzeichneten Vertrages freikämpfen muss. Erst wenn ein Verbraucher – im Zweifel, indem er sich auf einen vor den staatlichen Gerichten auszu-tragenden Streit einlässt – sich wehrt, kommt dieser Individualschutz zum Tragen. Zu Recht nimmt der Bundesgerichtshof deshalb an, dass der Einsatz unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen regelmäßig zugleich eine unlautere geschäftliche Handlung begründet, die gem. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG unzulässig ist. Er hielt im Hinblick auf einen gem. § 475 BGB unwirksamen Gewährleistungsausschlusses fest:

»Die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses ist geeignet, dem Unternehmer Kosten zu ersparen, indem er Verbraucher durch einen – wenn auch nicht durchsetzbaren – Gewährleistungsausschluss davon abhält, seine Gewährleistungsansprüche geltend zu machen. Der Unternehmer kann dadurch in die Lage versetzt werden, günstigere Preise zu kalkulieren. Die angegriffene Klausel ist deshalb geeignet, den Absatz der Waren zu fördern.« (Urteil vom 31.03.2010, Az.: I ZR 34/08, NJW 2011, 76, Randnr. 18)

Der Rechtsordnung muss es deshalb auch darum zu tun sein, Anreize zu rechtmäßigem Verhalten zu setzen. Es wäre nicht nur für die Rechtsordnung, sondern unter gesamtwirtschaftlichen Erwägungen auch für die Gesellschaft fatal, wenn durch die Ausgestaltung des privatrechtlichen Haftungssystems »Zitronen« belohnt würden. Deshalb muss die Rechtsordnung auf erkannte Dysfunktionalitäten reagieren.

In der rechtspolitischen Diskussion taucht immer wieder das Argument auf, das bestehende rechtliche Instrumentarium reiche aus, um individuelle Rechtsverstöße einzelner Unternehmer wirksam zu bekämpfen. Die beschriebenen, gesamtwirtschaftlich negativen Folgen werden bestritten. Das Institut Privater Bauherren e.V. hat aus diesem Grund Formularverträge zur schlüsselfertigen Errichtung, die ihm in den Beratungen seiner Mitglieder bekannt geworden sind, durch die Unterzeichner untersuchen und auswerten lassen.



---

## C. Gegenstand und Methodik der Untersuchung

---

Im Rahmen der Untersuchung wurden 117 Formularverträge von insgesamt 91 Anbietern untersucht, die in der Zeit von Juli 2003 bis heute gegenüber privaten Bauherren verwendet wurden. Die konkreten Verträge werden im Anhang genannt und können jederzeit vorgelegt werden. Von den 117 Verträgen sind 104 Verträge von Generalunternehmern bzw. -übernehmern, 13 Verträge sind Bauträgerverträge. Zu 71 der insgesamt 117 Verträge liegen die Bauleistungsbeschreibungen vor.

Die Untersuchung ging der Frage nach, ob, in welchen Regelungsbereichen und mit welcher Häufigkeit die Verträge rechtswidrige Klauseln enthalten. Die Inhalte wurden dazu nach folgenden Regelungsbereichen systematisiert:

- Vertragsabschluss
- Bauleistungen
- Bauzeit
- Preis und Zahlungsweise
- Sicherheiten
- Rechte des Bauherrn bei Mängeln
- Sonstiges

Das private Bauvertragsrecht ist weitgehend dispositiver Natur. Deshalb ist es möglich, von den gesetzlichen Vorschriften des BGB abweichende Vereinbarungen zu treffen. Insoweit greift aber in aller Regel die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen ein. Die untersuchten Regelungen der vorliegenden Verträge sind durchweg als Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Absatz 1 BGB zu qualifizieren. Die Untersuchung konzentriert sich darauf, ob die sich aus den §§ 305 ff. BGB ergebenden Grenzen der Vertragsgestaltung beachtet oder überschritten werden. Der Grad der Befolgung lässt Rückschlüsse darauf zu, ob die Präventivwirkung, die etwa von der Möglichkeit von Verbandsklagen gem. § 1 UKlaG oder dem Verbot geltungserhaltender Reduktion gem. § 306 Absatz 2 BGB ausgeht, ausreicht, um die kollektiven Verbraucherinteressen hinreichend zu schützen.

Die Bewertung der in den Verträgen enthaltenen Klauseln erfolgt nach dem für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen maßgeblichen Grundsatz der objektiven Auslegung: Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (BGH, Urteil vom 23.11.2005, Az. VIII ZR 154/04, NJW 2006, 1056; Urteil vom 3.5.2011, Az. XI ZR 373/08, NJW-RR 2011, 1350; ständige Rechtsprechung). Lässt

eine Klausel mehrere Auslegungen zu, so wird im Rahmen der Inhaltskontrolle für die Bewertung die kundenfeindlichste Auslegungsvariante zugrunde gelegt (BGH, Teilurteil vom 29.4.2008, Az. KZR 2/07, NJW 2008, 2172; BGH Urteil vom 21.4.2009, Az. XI ZR 78/08, NJW 2009, 2051; ständige Rechtsprechung).

Im Rahmen der Bewertung wird auch die Klarheit und Verständlichkeit der verwendeten Klauseln sowie deren Standort innerhalb eines Vertrags berücksichtigt, da sich gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben kann, dass eine in AGB getroffene Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Bei der Beurteilung der Unangemessenheit orientiert sich die Untersuchung durchweg am durch den Bundesgerichtshof und die Obergerichte etablierten Standard. Auf unter Verbraucherschutzgesichtspunkten wünschenswerte Änderungen oder Ergänzungen wird hingewiesen; den Maßstab der Beurteilung bilden jedoch allein »harte« Rechtstatsachen, die auch den rechtskundig beratenen Unternehmen ohne weiteres zugänglich sind.

Zur Veranschaulichung werden im Rahmen der jeweiligen Regelungskomplexe Beispiele im Wortlaut zitiert. Die in Klammern angefügten Nummern beziehen sich auf die im Anhang enthaltene Liste der untersuchten Verträge.

Aus den Ergebnissen wird ein Gesamturteil über die Vertragsqualität des jeweiligen Vertrags abgeleitet. Im Rahmen der Untersuchung werden die Bewertungen **gut**, **akzeptabel** und **nicht empfehlenswert** verwendet.



---

## D. Klauselprüfung

---

### I. Vertragsabschluss

---

Mit dem Bauvertrag erklärt das Unternehmen, die vertraglichen Bauleistungen auszuführen, der private Bauherr im Gegenzug den Baupreis zu zahlen. Die Erklärungen werden mit dem Vertragsabschluss verbindlich. Für den Erwerber muss deshalb klar sein, wann der Vertrag zustande kommt.

#### 1. Angebotsbindung und Genehmigungsvorbehalte

---

(1) Unter diesem Gesichtspunkt sind zwei Vertragsgestaltungen bedeutsam. Zum einen geht es um Fälle, in denen der Erwerber zunächst nur ein Angebot zum Abschluss eines Vertrags abgeben soll, so dass der Vertrag erst mit einer zeitlich nachfolgenden Annahme durch das Unternehmen zustande kommt. Das Angebot entfaltet nach § 145 BGB aber bereits eine Bindungswirkung, die den Bauherrn daran hindert, mit einem anderen Unternehmen einen Vertrag zu schließen, wenn er nicht riskieren will, in zwei Verträgen gebunden zu werden. Für den Erwerber ergibt sich daraus ein Schwebezustand, in dem unklar ist, ob der Vertrag zustande kommt oder nicht. Das Gleiche gilt bei Vertragsgestaltungen, in denen das Unternehmen durch einen Vertreter repräsentiert wird, der für den Erwerber erkennbar nicht zum Vertragsabschluss bevollmächtigt ist. Der Vertrag kommt dann erst durch eine nachfolgende Genehmigung eines Vertretungsberechtigten des Unternehmens zustande. Insgesamt 68 der untersuchten Verträge (= 58%) liegen Konstellationen der einen oder anderen Art zugrunde.

(2) Bei der rechtlichen Beurteilung dieser Vertragskonstellationen werden solche Verträge nicht beanstandet, die keine Aussage zur Dauer des Schwebezustands machen.

---

→ **Beispiel:** »Dieser Bauvertrag und eventuelle Zusatzvereinbarungen werden erst wirksam mit schriftlicher Auftragsbestätigung der Geschäftsleitung.« (13)

Zwar erhält der Bauherr hier keine Information aus dem Vertrag, doch bestehen mit §147 Absatz 2 BGB beziehungsweise §177 Absatz 2 BGB gesetzliche Regelungen, aus denen eine Zeitdauer abgeleitet werden kann beziehungsweise die dem Bauherrn Instrumente an die Hand geben, sich Klarheit zu verschaffen: §147 Absatz 1 BGB bestimmt, dass ein unter Abwesenden erklärtes Vertragsangebot nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden kann, zu dem der Anbietende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. §177 Absatz 2 BGB sieht vor, dass der Vertragspartner den Vertretenen auffordern kann, die Genehmigung eines Vertrags zu erklären und diese dann spätestens innerhalb von 2 Wochen nach Erhalt der Aufforderung erklärt werden muss, sonst gilt sie als verweigert. Beide Vorschriften werden nicht berührt, wenn ein Vertrag keine Zeitdauer vorgibt. Dies zugrunde gelegt sind von den insgesamt 68 Verträgen mit einer dieser Konstellationen 24 Verträge (= 35 %) nicht zu beanstanden.

- (3) Anders sind die Verträge zu betrachten, in denen das Unternehmen vorschreibt, innerhalb welcher Zeit es das Vertragsangebot des Bauherrn annehmen oder eine Genehmigung erteilen muss, damit ein Vertrag zustande kommt. Denn damit nimmt es die Bindung des Bauherrn in die eigene Hand. Dies ist in 42 Verträgen (= 36 %) der Fall.

Für die rechtliche Beurteilung gilt, soweit es um die Bindung an ein Vertragsangebot geht, das Klauselverbot des § 308 Nr. 1 BGB. Danach sind Klauseln unwirksam und rechtswidrig, durch die sich das Unternehmen unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme eines Angebots des Bauherrn vorbehält. Für Vertragsabschlüsse durch Vertreter ohne Vertretungsmacht kann hinsichtlich der Dauer der Genehmigungsfrist auf die Generalklausel des § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB zurückgegriffen werden. Danach kommt es darauf an, ob die vorgesehene Länge der Frist eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn begründet.

Für die Frage, wann eine Bindungs- oder Genehmigungsfrist noch angemessen ist, ist darauf abzustellen, bis wann von dem Unternehmen unter Berücksichtigung eines angemessenen Organisationsablaufs, des Orts des Vertragsschlusses und dessen Entfernung vom Unternehmenssitz eine Entscheidung regelmäßig erwartet werden kann. Dabei soll dem Unternehmen ein angemessener Prüfungszeitraum, auch in Bezug auf die Bonität des Bauherrn zur Verfügung stehen. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 5.5.2011, Az. VII ZR 181/10, NJW 2011, 1954) ist ein Zeitraum von bis zu 4 Wochen regelmäßig noch angemessen. Diese Wertung wird im Rahmen der Untersuchung zugrunde gelegt.

Danach sind insgesamt 37 Verträge (= 54 % der 68 Verträge mit Bindungsklauseln oder Genehmigungsvorbehalt) nicht zu beanstanden.

---

→ **Beispiel:** »Der Vertrag wird erst wirksam, wenn der AN das Angebot schriftlich bestätigt hat. Der AN hat darüber binnen 4 Wochen zu entscheiden. Bis zum Ablauf dieser Frist ist der Bauherr an dieses Angebot gebunden.« (50)

5 Verträge (= 7% der 68 Verträge) enthalten demgegenüber unwirksame Bindungsklauseln.

→ **Beispiel:** »An sein verbindliches Angebot ist der Auftraggeber 6 Wochen ab Unterzeichnung gebunden. Der Werkvertrag über das vom Auftraggeber gewünschte Haus kommt zustande durch schriftliche Auftragsbestätigung des Auftragnehmers. Für die Rechtzeitigkeit der Annahme genügt die Aufgabe der Auftragsbestätigung in den Postausgang des Auftragnehmers.« (71)

(4) In 3 Fällen (= 4% der 68 Verträge) soll der Bauherr durch Nachfristen und Formzwang am Vertrag festgehalten werden, davon einmal in Kombination mit zu langer Bindungsfrist.

→ **Beispiel:** »Dieser Vertrag wird rechtskräftig mit Gegenzeichnung durch die Geschäftsführung der AN, welche mit einer Frist von maximal 14 Tagen nach Unterzeichnung durch den AG erfolgt. Sollte die Vertragsannahme durch die AN nicht binnen 14 Tagen erfolgen, so hat der AG das Recht, die AN durch eingeschriebenen Brief zur Vertragsannahme aufzufordern. Erklärt die AN nicht innerhalb von 14 Tagen nach Eingang des Aufforderungsschreibens die Annahme, kann der AG durch eingeschriebenen Brief kostenfrei vom Vertrag zurücktreten.« (64)

Bereits die Anforderung an den Bauherrn, selbst aktiv werden und eine Nachfrist setzen zu müssen, um die Bindung an das Vertragsangebot zu beenden, stellt eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn gem. § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB dar. Hinzu kommt, dass die Verpflichtung, sich per Einschreiben zu erklären, gegen § 309 Nr. 13 BGB verstößt. Danach darf das Unternehmen für Erklärungen des Bauherrn keine strengere Form vorschreiben als die Schriftform nach § 126 BGB. Ein Einschreiben zu fordern, schießt deutlich über das Ziel hinaus.



---

## 2. Rücktrittsrecht mangels Finanzierung oder Grundstückserwerbs

---

- (1) Schließt ein privater Bauherr einen Bauvertrag ab, so trägt er sowohl das Finanzierungs- als auch das Verwendungsrisiko. Kann er den Baupreis nicht finanzieren oder stellt er kein Baugrundstück zur Verfügung, so dass der Bau nicht ausgeführt werden kann, so liegt das in seiner Verantwortung und ist für den Bestand des Vertrags ohne Bedeutung. Anders ist es beim Bauträgervertrag in Bezug auf den Grunderwerb, weil beim Bauträgervertrag auch die Grundstücksbeschaffung in die Verantwortung des Unternehmens fällt. Bei anderen Fällen der schlüsselfertigen Errichtung liegt es aber im Interesse des Bauherrn, sich zunächst um ein Grundstück und die Finanzierbarkeit zu kümmern, bevor er den Bauvertrag unterschreibt. Denn von dem einmal geschlossenen Bauvertrag kann er sich sonst nur kostenpflichtig zurückziehen, indem er den Vertrag nach § 649 BGB kündigt.

In 33 der insgesamt 117 Verträge (= 28%) soll jedoch der zweite Schritt vor dem ersten geschehen und der Bauvertrag zu einem Zeitpunkt abgeschlossen werden, zu dem die Finanzierbarkeit des Vorhabens noch nicht geprüft ist und/oder der Bauherr noch kein Baugrundstück hat. Dem Bauherrn wird ein kostenloses Rücktrittsrecht eingeräumt, mit dem er sich von der eingegangenen Verpflichtung wieder befreien können soll, wenn eine Finanzierung nicht möglich ist oder er ein Grundstück nicht erwerben kann.

- (2) Verträge, die keine näheren Anforderungen an die Ausübung eines solchen Rücktrittsrechts stellen, sind nicht zu beanstanden. Die Einräumung eines unbedingten Rücktrittsrechts ist im Gegenteil das Mittel der Wahl, um zwei rechtlich unabhängige, doch wirtschaftlich verbundene Verträge miteinander zu verknüpfen.

---

→ **Beispiele:** »Ein Rücktrittsrecht ist auch gewährleistet, wenn die Finanzierung des Bauvorhabens nicht gesichert ist.« (47)

»Beide Partner vereinbaren ein kostenfreies Rücktrittsrecht bei Nichtbestätigung der Finanzierung und bei Nichtzustandekommen des Grundstückskaufvertrages.« (72)

Da die Bedingungen für einen Rücktritt des Bauherrn nicht näher spezifiziert sind, kann der Bauherr den Rücktritt nach dem Verständnishorizont des durchschnittlichen Verbrauchers im Zweifel in weitem Umfang ausüben. Die Einräumung des gesetzlich nicht vorgesehenen kostenfreien Rechts erscheint als Vorteil. Dies gilt für 10 der Verträge (= 30% der 33 Verträge mit Rücktrittsrecht).

- (3) Etwas anderes gilt für Verträge, in denen der Unternehmer Voraussetzungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts formuliert. Denn hier diktiert der Unternehmer die Bedingungen, unter denen der Bauherr das Recht soll ausüben können. Es handelt sich um 23 Verträge (= 70% der Verträge mit Rücktrittsrecht).

Für die rechtliche Beurteilung wird die Generalklausel des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB herangezogen, wonach die jeweilige Klausel unwirksam ist, wenn sie den Bauherrn unangemessen benachteiligt. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich nach § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB auch daraus ergeben, dass die betreffende Klausel nicht klar und verständlich ist, also intransparent ist.

Dem Transparenzgesichtspunkt gilt hier besonderes Augenmerk. Ein Unternehmen, das mit solchen Rücktrittsrechten operiert, weiß, dass es mit Bauherren zu tun hat oder haben kann, die grundlegende Voraussetzungen für die Durchführung des Bauvorhabens noch nicht geklärt haben. Es legt diesen Bauherren einen verfrühten Vertragsabschluss nahe, indem es ihnen die Möglichkeit in Aussicht stellt, sich kostenfrei von dem Vertrag zu lösen, wenn sich später herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Umsetzung des Bauvorhabens nicht erfüllbar sind. Die Bedingungen, unter denen der Rücktritt erklärt werden kann, formuliert aber das Unternehmen.

Deshalb ist es auch verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass es die Bedingungen so klar und deutlich formuliert, dass der Bauherr erkennen kann, wann er sich vom Vertrag lösen kann und in welchen Fällen er an den Vertrag gebunden bleibt, anders formuliert: welche Risiken er mit dem verfrühten Abschluss des Bauvertrags eingeht. Anderenfalls kann das Sicherheit suggerierende Rücktrittsrecht für den Bauherrn zur Kostenfalle werden. Statt des erwarteten kostenlosen Rücktritts bleibt dem Bauherrn nur die kostenpflichtige Kündigung nach § 649 BGB. Unklar und unverständlich formulierte derartige Rücktrittsrechte werden deshalb als Verstoß gegen § 307 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 BGB gewertet.

Vor diesem Hintergrund sind weitere 3 Verträge (= 9% der 33 Verträge mit Rücktrittsklauseln) nicht zu beanstanden, weil klare Rücktrittsbedingungen genannt sind.

---

→ **Beispiel:** »Gleichermaßen steht dem Auftraggeber ein Rücktrittsrecht von diesem Werkvertrag zu, sollte dem Auftraggeber der Kaufpreis wider Erwarten nicht finanziert werden (die Absagen von mindestens drei Gläubigerbanken, bei denen ein Finanzierungsantrag gestellt wurde, wären dazu schriftlich vorzulegen).« (3)

Wegen Intransparenz bzw. überzogener Anforderungen zu beanstanden sind dagegen 20 Verträge (= 61% der Verträge mit Rücktrittsklauseln).

---

→ **Beispiel:** »Der Bauherr ist berechtigt, von dem Bauvertrag zurückzutreten, sofern er in den nächsten 12 Monaten nach Vertragsabschluss keine Finanzierungsbestätigung eines inländischen Kreditinstituts beibringt. Die Rücktrittserklärung ist dann an den AN zu richten. Sie bedarf zu ihrer Rechtsgültigkeit der Schriftform. Es ist eine Erklärung der Bank beizufügen, aus der sich die Ablehnung der Finanzierung des Bauvorhabens ergibt. Der AN ist berechtigt, nach Rücksprache mit dem Bauherrn einen Vermittler zu beauftragen, der versucht, die zur Baudurchführung notwendige Finanzierung zu marktüblichen Konditionen zu beschaffen. Sofern dem Vermittler dieses nicht gelingt, ist der Bauherr berechtigt, den Vertrag zu kündigen, ohne Vergütungs- oder Ersatzansprüchen des AN ausgesetzt zu sein.« (60)

Wenn es in dieser Klausel zum Beispiel heißt, der Rücktritt sei daran gebunden, dass eine Finanzierung zu marktüblichen Konditionen nicht zu erhalten ist, wird damit eine Objektivität suggeriert, die nicht existiert. Denn »die« marktüblichen Konditionen gibt es nicht. Die Finanzierung eines Bauvorhabens hängt neben der Bonität des Bauherrn vom Wert der zu finanzierenden Immobilie, der ohne Kenntnis des Grundstücks nicht ermittelt werden kann. Nach dem Immobilienwert aber richtet sich die Beleihung durch das jeweilige Kreditinstitut, die zugleich darüber entscheidet, ob und gegebenenfalls zu welchen Zinskonditionen ein Kreditinstitut eine Finanzierung durchführt. Zu welchen Konditionen ein Bauvorhaben finanziert werden kann, ist deshalb ohne Kenntnis des Grundstücks seriös nicht zu bestimmen. Ein Verweis auf marktübliche Konditionen ist im Zusammenhang mit den hier fraglichen Rücktrittsrechten deshalb ohne jeden Aussagewert. Unter welchen Bedingungen der Bauherr das ihm eingeräumte Rücktrittsrecht ausüben kann, ist völlig unklar, die Klausel deshalb unwirksam und rechtswidrig.

(4) Es finden sich im Zusammenhang mit einem Rücktrittsrecht sogar Klauseln, bei denen der erfolgte Rücktritt des Bauherrn längst nicht das Ende bedeuten soll:

---

→ »Sollte der AG nach Abschluss dieses Vertrages in den nächsten 24 Monaten sein Bauvorhaben mit einem anderen Unternehmen verwirklichen, bleibt dieser Vertrag dennoch gültig und ist vom Bauherrn zu erfüllen.« (64)

Solche Regelungen mögen von dem Interesse des Unternehmens getragen sein, sich gegen einen »Missbrauch« des Rücktrittsrechts durch den Kunden zu schützen. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, den Bauherrn dem Risiko einer doppelten vertraglichen Bindung auszusetzen, wie sie durch das angeordnete Wiederaufleben des Vertrags entstünde – noch dazu ohne Rücksicht darauf, ob zwischen dem Rücktritt und dem neuen Vertragsabschluss überhaupt irgendein Zusammenhang besteht, der einen Missbrauchsfall darstellt. Eine rein zeitliche Eingrenzung genügt nicht. Die Regelungen bedeuten eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn und sind unwirksam.

---

## II. Bauleistungen

---

Die vertraglich vereinbarten Bauleistungen bestimmen das Leistungsprogramm des Unternehmens und sind zugleich die Grundlage für den Baupreis, den der Bauherr zahlt.

---

### 1. Bauleistungsbeschreibungen

---

Welche Leistungen das Unternehmen zu erbringen hat, obliegt den Vereinbarungen der Parteien. Eine Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB findet insoweit nicht statt, vgl. § 307 Absatz 3 Satz 1 BGB. Die Bauleistungsbeschreibungen zu den vorliegenden Verträgen wurden im Rahmen der Untersuchung nicht bewertet.

Für die Vergabe von Großaufträgen stellt § 7 Absatz 1 VOB/A den Grundsatz auf, dass der Ausschreibende dafür zu sorgen hat, dass er die auszuschreibende Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben hat, dass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinn verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Hier wird in die Pflicht genommen, wer die Beschreibung des Leistungsprogramms in der Hand hat. Beim schlüsselfertigen Eigenheimbau ist dies anders. Denn obwohl das Unternehmen seine Leistungen selbst beschreibt, besteht bis heute keine gesetzliche Pflicht des Unternehmens, die Leistungen in der Baubeschreibung vollständig und umfassend zu bezeichnen. Der private Bauherr bleibt auf sich gestellt, wenn es darum geht, herauszufinden, was ihm angeboten wird. Diesbezügliche Lücken sind aber de lege lata kaum zu beanstanden. In AGB geregelte Leistungsbestimmungen können jedoch gem. § 307 Absatz 3 Satz 2 BGB wegen mangelnder Transparenz unwirksam sein.

---

### 2. Leistungsänderungsvorbehalte

---

(1.) Die Unklarheit für den Bauherrn wird verschärft, wenn Unternehmen zusätzlich einseitige Änderungsvorbehalte in ihre Verträge aufnehmen. Dabei handelt es sich um Klauseln, die das Unternehmen berechtigen sollen, nach Vertragsabschluss und ohne Zustimmung des Bauherrn vertragliche vereinbarte Leistungen ändern zu können. Der Bauherr soll diese Änderungen akzeptieren, Mängelrechte sollen ihm nicht zustehen. Derartige Vorbehalte sind stark verbreitet. Sie sind in 86 der insgesamt 117 Verträge (= 74 %) enthalten.

Die rechtliche Bewertung einseitiger Änderungsvorbehalte richtet sich nach § 308 Nr. 4 BGB. Danach ist eine Klausel unwirksam, wenn dem Unternehmen das Recht eingeräumt wird, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Unternehmens für den Bauherrn zumutbar ist. Einzelne Klauseln können aus mehreren Gründen unwirksam sein.

(2) Danach beinhalten bereits 14 der mit einem Änderungsvorbehalt versehenen Verträge (= 16 %) einen unwirksamen Vorbehalt, weil sie allein die Gründe einer möglichen Änderung bezeichnen; dass die Zumutbarkeit der Änderung für den Bauherrn überhaupt eine Rolle spielt, ist für den Bauherrn nicht zu erkennen (vergleiche BGH, Urteil vom 20.1.1983, Az. VII ZR 105/81, NJW 1983, 1322).

→ **Beispiel:** »Maßliche Differenzen, die sich aus architektonischen oder bautechnischen Gründen ergeben, jedoch ohne Einfluss auf die Qualität und die Funktion des Gebäudes sind, bleiben vorbehalten. Dies gilt auch für Konstruktions- und Ausführungsänderungen, die durch Änderung von Vorschriften und Normen bedingt sind oder bei notwendigen Materialänderungen sowie veränderten örtlichen Gegebenheiten.« (50)

(3) In 35 Verträgen (= 41%) sollen dem Unternehmen Änderungen erlaubt sein, die keine triftigen Gründe erkennen lassen.

→ **Beispiel:** »Derartige Änderungen... können sich aber auch aus wichtigen architektonischen, technischen, handwerklichen oder aus Gründen der Materialbeschaffung als erforderlich oder wirtschaftlich notwendig erweisen.« (43)

Hier können unternehmerische Risiken auf den Bauherrn abgewälzt werden, was für den Bauherrn grundsätzlich nicht zumutbar ist (vergleiche BGH, Urteil vom 11.10.2007, Az. III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134)

(4) In 24 Verträgen (= 28%) wird darauf abgestellt, dass die vorgesehenen Änderungen für den Bauherrn keine Wertminderung gegenüber der ursprünglich vereinbarten Leistung bewirken dürfen.

→ **Beispiel:** »Der Verkäufer behält sich nicht wertmindernde Änderungen gegenüber der Baubeschreibung und den Bauplänen vor, insbesondere soweit dies behördlicherseits verlangt werden sollte.« (53)

Auch diese werden im Rahmen der Untersuchung als unwirksam beurteilt. Zwar ist die Wertgleichheit ein Kriterium, das im Rahmen der Zumutbarkeit für den Bauherrn eine wesentliche Rolle spielt. Es ist aber nicht das ausschließliche Kriterium. Denn für den Bauherrn ist nicht jede Änderung zumutbar, nur weil sie den gleichen finanziellen Wert liefert. Gerade beim Eigenheim haben subjektive Wünsche, zum Beispiel in Bezug auf die Ästhetik des Hauses oder von Ausstattungsmerkmalen eine erhebliche Bedeutung. Die Möglichkeit, solche Wünsche umsetzen zu können, ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, das standardisierte Hausangebot zu individualisieren und das Haus zum »eigenen« Heim werden zu lassen. Die Möglichkeit der Individualisierung ist auch ein wesentliches Werbe- und Verkaufsargument der Unternehmen in Bezug auf Vorbehalte gegen ein Haus »von der Stange«. Dann aber darf dem Bauherrn die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen nicht abgeschnitten werden, indem seine Belange auf eine rein wirtschaftliche Betrachtung reduziert werden (vergleiche BGH, Urteil vom 23.6.2005, Az. VII ZR 200/04, NJW 2005, 3420).

- (5) Nicht beanstandet werden Klauseln, in denen sachlich gerechtfertigte Änderungen möglich sein sollen und daran geknüpft werden, dass sie dem Bauherrn zumutbar sind. Solche Klauseln finden sich in 28 Verträgen (= 33% der Verträge mit Leistungsänderungsvorbehalten).
- (6) Dass der Bauherr durchaus auch mit »Mogelpackungen« rechnen muss, zeigt folgendes Beispiel:

---

→ »Der AN ist in Absprache mit dem Bauherrn zur Änderung der Bauausführung, der Baustoffe und der Materialien berechtigt, soweit diese gleichwertig sind und die Änderungen für den Bauherrn zumutbar sind, weil sie sich technisch oder auf Grund behördlicher Vorgaben als notwendig erweisen.« (46)

Derartige Klauseln sind nach § 308 Nr. 4 BGB und mangels Verständlichkeit und Klarheit auch nach § 307 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Satz 2 BGB unwirksam.



---

### III. Bauzeit

---

Während der Bauzeit des Eigenheims kommen finanzielle Mehrbelastungen auf den Bauherrn zu. Neben der Miete fallen bereits regelmäßig Raten auf den Baupreis an, für die der Bauherr Kredit in Anspruch nehmen und Zinsen zahlen muss. Auch der künftige Umzug will geplant sein und verursacht Kosten. Und zu guter Letzt soll die Mietwohnung rechtzeitig gekündigt werden, damit sie nicht noch weitergezahlt werden muss, wenn das Haus schon bezogen werden kann. Damit alles möglichst reibungslos und kostengünstig abgewickelt werden kann, muss für den Bauherrn planbar sein, wann das Haus fertig gestellt sein wird.

---

#### 1. Festlegung der Bauzeit

---

In nur 20 der insgesamt 117 Verträge (= 17%) sind konkrete Daten für die Fertigstellung des jeweiligen Hauses genannt.

In 59 Verträgen (= 50%) wird die Bauzeit stattdessen in der Weise geregelt, dass ein Zeitraum nach Monaten oder Wochen vereinbart wird, innerhalb dessen der Bau fertiggestellt werden soll und der ab Baubeginn rechnet.

Eine derartige Bauzeitfestlegung wird, auch wenn konkrete Termine insbesondere im Hinblick auf die Überwachung des Zeitablaufs wünschenswert wären, im Rahmen der Untersuchung nicht beanstandet. Denn die Form, in der die Bauzeit festzulegen ist, ist gesetzlich nicht näher vorgeschrieben. Nach § 271 Absatz 1 BGB können vertragliche Vereinbarungen hierzu getroffen werden; fehlen solche, so gilt im Zweifel, dass das Unternehmen alsbald nach Abschluss des Vertrags – die Erteilung der Baugenehmigung oder die Baufreigabe in sonstiger Form vorausgesetzt – mit der Ausführung zu beginnen hat und sie in der für die Herstellung notwendigen Zeit zügig zu Ende führen muss (BGH, Urteil vom 21.10.2003, Az. X ZR 218/01, BauR 2004, 331).

Letzteres gilt für 38 Verträge (= 32%), die keine nähere Bauzeitbestimmung beinhalten.

## 2. Förderungspflicht des Unternehmens

Nach § 5 Absatz 1 VOB/B hat das Unternehmen die Ausführung eines Bauvorhabens nach den verbindlichen Fristen zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden. Die hierin zum Ausdruck kommende Pflicht, die Bauausführung zu fördern, gilt als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes über die VOB/B hinaus: Das Unternehmen ist verpflichtet, alles zu tun, um den zeitlich vorgesehenen Ablauf der Bauarbeiten einzuhalten (BGH Urteil vom 8.3.2001, Az. VII ZR 427/98, BauR 2001, 946).

Klauseln, durch die das Unternehmen sich unangemessene zeitliche Freiräume schafft und die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen zu Lasten des Bauherrn über Gebühr auf die »lange Bank« schiebt, werden im Rahmen der Untersuchung als Verstoß gegen § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB, gegebenenfalls gegen § 308 Nr. 2 BGB (Verbot unangemessener Nachfristsetzungen) beurteilt, so dass sie als unwirksam bewertet werden. Solche Klauseln finden sich in 46 der 117 Verträge (= 39%).

→ **Beispiele:** »Der Unternehmer verpflichtet sich, mit dem Bauvorhaben nach Vorliegen des Nachweises der Sicherstellung der Finanzierung, der behördlichen Genehmigung und der örtlichen Bebauungsmöglichkeit, 6 Wochen später zu beginnen...« (53 a)

»Aufgrund des erhöhten Auftragsbestandes beginnt der Auftragnehmer mit der Baumaßnahme 30 Arbeitstage (als Arbeitstage gelten Montag bis Freitag) nach Vorlage aller nachstehend aufgeführten Voraussetzungen zum Baubeginn.« (58)

»Eine bei Überschreitung des Termins gemäß Satz 1 zu setzende Nachfrist muss mindestens sechs Wochen betragen...« (43)

»Wird das Zahlungsziel für fällige Zahlungen um mehr als 3 Banktage überschritten, ist der AN berechtigt, Baustop auszulösen. In diesem Fall werden alle Firmen von der Baustelle zurückgerufen, das Objekt abgerüstet und sämtliche Werkzeuge und Materialien von der Baustelle entfernt. Diese hierbei entstehenden Mehrkosten werden dem Bauherren mit einem Pauschalpreis von 500,00 Euro berechnet. Auch das Wiedereinrichten der Baustelle wird mit Mehrkosten in Höhe von 800,00 Euro an den Bauherren berechnet. Außerdem behält sich der AN vor, zusätzlich zur Beräumung und Wiedereinrichtung entstehende Kosten für die Firmen dem Bauherren gegen Nachweis in Rechnung zu stellen.« (5)

### 3. Vertragsstrafe

---

Soll der Einhaltung der Bauzeit Nachdruck verliehen werden, kommt eine Vertragsstrafe des Unternehmers in Betracht. Da eine gesetzliche Pflicht zur Stellung einer Vertragsstrafe nicht besteht, erscheint das überobligatorische Angebot eines Unternehmers, eine Vertragsstrafe zu zahlen, für den privaten Bauherrn als Garantie für eine besondere Termintreue.

Angebote von Unternehmen zur Zahlung einer Vertragsstrafe gibt es in 30 der insgesamt 117 untersuchten Verträge (= 26%). Soweit keine Vertragsstrafe gestellt wird, ist dies nicht zu beanstanden, weil eine gesetzliche Verpflichtung hierzu nicht besteht.

Soweit eine Vertragsstrafe eingeräumt wird, zeigt sich, dass der Bauherr vorsichtig sein muss, was ihm als Sicherheit angeboten wird.

Die Vertragsstrafe dient nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung in den §§ 339 ff. BGB dazu, dass der Bauherr im Falle einer schuldhaften Überschreitung der Bauzeit eine Geldzahlung erhält. Diesen Betrag erhält er ohne Nachweis eines entsprechenden Schadens, also auch ohne dass ihm ein solcher entstanden sein muss. Weitere Schäden kann er gegen einen entsprechenden Nachweis geltend machen. Die Vertragsstrafe wird dann auf den Schaden angerechnet.

In 5 der Verträge, in denen Vertragsstrafen versprochen wurden (= 17% der 30 Verträge) entfällt dieser Vorteil der Vertragsstrafe jedoch und die Vertragsstrafe des Unternehmens wird in eine Strafe für den Bauherrn verkehrt, indem geregelt wird, dass der Bauherr unabhängig davon, in welcher Höhe ihm Schäden entstehen, nur die Vertragsstrafe erhalten kann. Dies gilt umso mehr, wenn die Vertragsstrafe auf eine Höhe festgelegt wird, die nicht annähernd die durchschnittlichen Verzugschäden eines Bauherrn deckt.

---

→ **Beispiele:** »Hiermit wird vereinbart, dass für jeden angebrochenen Monat nach dem festgelegten Termin Ihnen die AN einen Betrag in Höhe von 500,00 € zahlt. Über diese Vertragsstrafe hinausgehende Schadensersatzansprüche Ihrerseits sind mit dieser Vereinbarung ausgeschlossen, es sei denn, dass die AN vorsätzlich den Verzugsschaden herbeigeführt hat.« (57)

»Wird das Bauvorhaben nicht innerhalb der genannten Zeit bezugsfertig erstellt, zahlt der AN an die Kunden für jeden abgeschlossenen, über die vereinbarte Bauzeit hinausgehenden Monat eine Vertragsstrafe von Höhe von 600 €. Mit dieser Summe sind alle Ansprüche des Kunden wegen Verzugs abgegolten.« (60)

Eine derartige Klausel bedeutet eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB, so dass sie unwirksam ist.

#### IV. Preis und Zahlungsweise

Der Preis und sein Bestand sind wesentliche Werbe- und Verkaufsargumente beim schlüsselfertigen Bauen. Sämtliche der untersuchten Verträge bieten dem Bauherrn Festpreisvereinbarungen.

Die Sicherheit durch Kostenkontrolle kann jedoch trügerisch sein. In der überwiegenden Zahl der Verträge, nämlich in 70 Verträgen (= 60%), ist das Angebot eines Festpreises zeitlich begrenzt.

##### 1. Preisanpassung nach Ablauf der Preisbindung

- (1) Untersucht und bewertet wurden Klauseln, die die Anpassung des Preises nach Ablauf der Bindungszeit regeln. Sie sind in 67 Verträgen (= 57%) enthalten.

Zur rechtlichen Beurteilung wird auf § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB zurückgegriffen, wonach es darauf ankommt, ob eine Anpassungsklausel den Bauherrn unangemessen benachteiligt. Mit Abschluss einer Festpreisvereinbarung legt das Unternehmen seinen Gewinn auf der Basis seiner Kostenkalkulation zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fest. Es verzichtet darauf, bei Kostensteigerungen für Materialien, Arbeitslöhne etc. den Baupreis zu erhöhen. Auch dann bleibt der Preis nach außen stabil, der Gewinn des Unternehmens reduziert sich. Hierin liegt das Risiko, welches das Unternehmen mit einem Festpreis übernimmt. Umgekehrt verzichtet der Bauherr darauf, eine Preissenkung einzufordern, wenn Kosten sinken sollten.

Vor diesem Hintergrund ist eine Anpassungsklausel zulässig, wenn sie die Möglichkeit eröffnet, veränderte Kosten auszugleichen. Sie ist jedoch unangemessen, wenn sie dazu führen kann, dass der Unternehmer unabhängig von Kostenänderungen einen höheren Gewinn realisieren kann, als er ihn bei Vertragsabschluss kalkuliert hat, so dass die Gewinnkalkulation bei Vertragsabschluss ausgehebelt wird. Dies ist der Fall, wenn die Anpassung in einer Form erfolgen soll, die keinen konkreten Bezug zu etwaigen Kostenveränderungen hat (vergleiche BGH, Urteil vom 20.5.1985, Az. VII ZR 198/84, BauR 1985, 573).

- (2) Unwirksam sind danach Klauseln, wonach der Preis nach Ablauf der Bindung neu vereinbart werden soll. Derartige Klauseln sind in 5 Verträgen (= 7% der Verträge mit Preisanpassungsklauseln) enthalten.

→ **Beispiele:** »Im Falle eines späteren Baubeginns wird der Preis zwischen den Parteien neu festgelegt.« (46)

»Nach Ablauf der Festpreisbindung ist der AN berechtigt, den Festpreis neu zu berechnen.« (50)

(3) Dazu gehören auch Klauseln, nach denen der Preis nach Ablauf der Bindung an die dann gültige Preisliste angepasst werden soll oder ein fester Erhöhungsbetrag vereinbart werden soll, da ein Zusammenhang mit Kostensteigerungen nicht bestehen muss (vergleiche BGH Urteil vom 20.5.1985, Az. VII ZR 198/84, BauR 1985, 573). Dies gilt für 13 Verträge (= 19% der Verträge mit Preisanpassungsklauseln).

→ **Beispiele:** »Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, bleibt der AN vorbehalten, eine angemessene Erhöhung des Festpreises zu fordern. Der Gesamtpreis wird dann an die zum Zeitpunkt des Baubeginns gültige Preisliste der AN angeglichen.« (66)

»Sollte der Baubeginn wegen Nichterbringung der vorgenannten Leistungen bis Baubeginn, nicht zum o. g. Termin (max. 12 Monate nach Auftragserteilung) realisiert werden können, gelten für jeden begonnenen Monat nach Ablauf dieser Frist, 0,5% der Auftragssumme als vereinbarte Preiserhöhung.« (2)

(4) Unangemessen sind ferner Regelungen, nach denen sich der Preis nach der Entwicklung von Bezugsgrößen oder Indizes richten soll, die über die konkrete Baukostenentwicklung keine Auskunft geben wie in 14 Verträgen (= 21%).

→ **Beispiele:** »Nach Ablauf der Festpreisbindung erhöht sich der Pauschalpreis sowie die Mehr-/Minderleistungen um 4%, mindestens jedoch um die durchschnittliche jährliche Inflationsrate.« ( 59)»Ist ein Abschluss der vertraglich vereinbarten Leistungen bei Ablauf des zwölften Monats noch nicht erfolgt, kann der AN eine angemessene Anhebung der Nettovergütung verlangen, die jedoch die Steigerung des Verbraucherpreisindex für Deutschland seit Vertragsschluss um nicht mehr als 2% übersteigen darf.« (49)

Insgesamt sind die Preisanpassungsregelungen in 30 Verträgen (= 45% der verwendeten Preisanpassungsklauseln) unwirksam. In zwei Fällen trafen zwei Unwirksamkeitsgründe zusammen.



## 2. Preisanpassung wegen Mehrwertsteueränderung

Neben der Preisanpassung nach Ablauf der Festpreisbindung ist in 68 der untersuchten Verträge (= 58%) die Möglichkeit vorgesehen, den Festpreis jederzeit, also auch während der Preisbindung, wegen einer Änderung der Mehrwertsteuer anpassen zu können. Solche Regelungen sind zulässig, wenn sie nicht nur einseitig Erhöhungen betreffen, sondern auch den Fall einer Ermäßigung des Steuersatzes berücksichtigen. Anderenfalls begründen sie eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB. Außerdem müssen Leistungen innerhalb von 4 Monaten nach Vertragsabschluss von der Möglichkeit einer Preiserhöhung ausgenommen sein. Dies folgt aus dem Verbot kurzfristiger Preiserhöhung des § 309 Nr. 1 BGB. Unter die Vorschrift fällt bei privaten Bauherren als Verbrauchern auch die Erhöhung der Mehrwertsteuer (BGH, Urteil vom 23.4.1980, Az. VIII ZR 80/79, NJW 1980, 2133).

Danach enthalten 51 Verträge (= 44% aller Verträge) unwirksame Preisanpassungsvorbehalte wegen der Mehrwertsteuer.

→ **Beispiele:** »Sonstige Preissteigerungen, ausgenommen eine Erhöhung der Mehrwertsteuer, sind ausgeschlossen.« (59)

»In den Preisen ist die MwSt. enthalten, derzeit 19%. Ändert sich diese während der Laufzeit des Vertrages, so erfolgt – nach Maßgabe der gesetzlichen Regelung – eine entsprechende Korrektur zum Zeitpunkt der Änderung des Umsatzsteuersatzes.« (63)

## 3. Zahlungspläne

- (1) Nahezu alle Verträge sehen vor, dass der Bauherr den Baupreis nach Baufortschritt in Raten (Abschläge) zahlen soll und legen die Ratenschritte in einem Zahlungsplan fest. Die Bedeutung eines Zahlungsplans ist folgende:

Nach § 632a BGB darf ein Unternehmen für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung einen Abschlag in einer dem Wert der Leistung entsprechenden Höhe fordern. Die Regelung ist Konsequenz der Vorleistungspflicht des Unternehmers beim Werkvertrag: In Abweichung von der Regel des § 641 Absatz 1 Satz 1 BGB soll der Unternehmer geleistete Arbeit bezahlt erhalten, aber vom Bauherrn keine Vorkasse verlangen dürfen. Verlangt das Unternehmen Teilzahlungen, so muss es nachweisen, welche Arbeiten erledigt wurden und dass die verlangte Zahlung leistungsgerecht ist.

Anders ist es, wenn mit dem Vertrag ein Zahlungsplan vereinbart wird. Hier werden die Ratenschritte und die Ratenhöhen von vornherein vertraglich vereinbart. Ist der entsprechende Baufortschritt erreicht, so soll der Bauherr die vereinbarte Rate zahlen. Ein Nachweis, ob die Rate eine angemessene Höhe hat, soll nicht mehr erforderlich sein. Die Kontrolle verlagert sich auf den Zahlungsplan.

- (2) Für Bauträgerverträge gibt § 3 Absatz 2 MaBV zulässige Ratenschritte und -höhen vor. Diese Vorgaben sind bei den Bauträgerverträgen in der Untersuchung, soweit ersichtlich (die Vorschrift regelt nicht allein die vertragliche Ausgestaltung, sondern auch und gerade die nicht zu beurteilende tatsächliche »Entgegennahme«), beachtet.
- (3) Für Verträge mit Generalunternehmern oder Generalübernehmern bestehen jedoch keine näheren gesetzlichen Vorgaben. Die rechtliche Beurteilung richtet sich nach § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB. Ein Zahlungsplan führt dann zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bauherrn und ist unwirksam, wenn der Zahlungsplan Raten beinhaltet, die im Verhältnis zum Baugegenwert unangemessen hoch sind. In 5 Fällen konnte dies nicht konkret überprüft werden, weil die entsprechenden Zahlungspläne fehlten.

Im Rahmen der Untersuchung der vorhandenen Zahlungspläne wurde nicht jeder Ratenzahlungsschritt eines vertraglichen Zahlungsplans kontrolliert. Vielmehr wurden drei Schritte überprüft:

- Welche Zahlungen soll der Bauherr vor Baubeginn leisten?
- Welche Zahlungen sollen bis zur Rohbaufertigstellung einschließlich Dacheindeckung anfallen?
- Wie hoch fällt die letzte Rate aus?

Zahlungen vor Baubeginn dienen der Abgeltung des typischen Bearbeitungs- und Planungsaufwands des Unternehmens. Sie können bis zu einer Höhe von 5 % des Baupreises als akzeptabel gelten (vergleiche OLG Hamm, Urteil vom 8.11.1988, Az. 26 U 113/88, NJW-RR 1989, 274). Zahlungen vor Baubeginn bis zu 5 % des Baupreises wurden deshalb nicht beanstandet, höhere Zahlungen wurden als unangemessene Benachteiligung des Bauherrn gewertet. Danach sind in diesem Punkt bereits **51%** der insgesamt 104 Verträge von Generalunternehmern oder Generalübernehmern (= 53 Verträge) zu beanstanden.

Wenn der Baukörper steht und das Dach eingedeckt ist, ist aus Sicht des privaten Bauherrn ein wesentlicher Schritt erreicht. Nach den Erfahrungen des Verbandes Privater Bauherren e. V. ist dieses Stadium mit bis zu 45 % des Baupreises angemessen bewertet. Im Rahmen der Untersuchung werden daher Zahlungen für die Rohbaufertigstellung einschließlich Dacheindeckung bis zu dieser Höhe nicht beanstandet, darüber hinaus als unangemessen hoch eingestuft. 83 Verträge (**= 80%** der insgesamt 104 Verträge) wollen den Bauherrn hier jedoch zu übermäßigen Zahlungen verpflichten und begründen eine unangemessene Benachteiligung.

Je höher die Abschlagszahlungen sind, desto geringer wird die Bedeutung der Schlussrate. Die regelmäßig mit der Abnahme gem. § 641 Absatz 1 Satz 1 BGB fällige Schlussrate ist für den Bauherrn besonders wichtig. Zeigen sich nämlich bei der Abnahme Mängel, so hat der Bauherr gem. § 641 Absatz 3 BGB das Recht, einen angemessenen Teil des Preises zurück zu halten, bis die Mängel beseitigt sind. Angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten (sogenannter Druckzuschlag; vergleiche unten im Abschnitt VI. 3.).

Nach den Erfahrungen des Verbands Privater Bauherren e. V. sollte dieser Betrag angesichts der üblichen Größenordnung zum Ende des Bauvorhabens vorhandener Mängel mindestens 10 % des Baupreises betragen. Sonst besteht das Risiko, dass ein Druckzuschlag nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden kann.

Im Rahmen der Untersuchung führt eine Schlussrate unter 10 % jedoch noch nicht zu einer Beanstandung des Vertrages. Eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn wird erst angenommen, wenn eine Schlussrate von weniger als 5 % des Baupreises verbleibt. Dann sind ungeachtet eines Druckzuschlags schon die regelmäßig erforderlichen Kosten für Mangelbeseitigungen im Zusammenhang mit der Abnahme kaum gedeckt. Eine Schlussrate von unter 5 % findet sich in 73 Verträgen (= 70 %). Bei nur 19 Verträgen (= 18 %) liegt die Schlussrate zwischen 5 % und 10 % des Baupreises.

Manchmal soll sich der Bauherr gar mit einer Schlussrate begnügen, die nur als »Feigenblatt« bezeichnet werden kann:

---

→ »15. Rate nach Einbau der Innentüren = 1.600 € (0,88%).« (53 a)  
 »1% Einsetzen der Innentüren. (60)

(4) Als gezielte Irreführung dürfte es anzusehen sein, wenn ein vorformulierter Zahlungsplan in einem Vertrag als »individueller« Zahlungsplan deklariert wird - noch dazu in einer wiederum vorformulierten Klausel.

---

→ **Beispiel:** »Die Zahlungen sind nach den Bestimmungen des individuell vereinbarten Zahlungsplans zu leisten.« (46)

Hier wird der Versuch unternommen, eine AGB-Kontrolle zu unterlaufen, indem suggeriert wird, der Zahlungsplan beruhe auf einer Individualvereinbarung. Sie schlösse nach § 305b BGB eine AGB-Kontrolle aus. Eine solche Klausel verstößt ihrerseits gegen § 309 Nr. 12 b und § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB.

Sie ist in 7 Verträgen (= 7 %) vorhanden, deren Zahlungspläne im Übrigen einer AGB-Kontrolle auch deshalb nicht standhalten, weil der Bauherr zur Vorkasse gedrängt wird.

---

## V. Sicherheiten

---

Unter diesem Gesichtspunkt wurde untersucht, ob und in welcher Form zum einen der Bauherr zur Absicherung der Kaufpreiszahlung, zum anderen das Unternehmen zur Sicherung der Vertragserfüllung und der Gewährleistung verpflichtet wird.

---

### 1. Baupreissicherung durch den Bauherrn

---

Dass der Bauherr die Finanzierbarkeit des Baupreises nachweisen soll, ist in 67 der untersuchten Verträge (= 57 %) angesprochen.

→ **Beispiele:** »Es ist Sache des Bauherrn, den Nachweis der sichergestellten Finanzierung bis spätestens zwei Wochen vor Baubeginn zu erbringen.« (53 a)

»Die Finanzierungssicherstellung des Bauvorhabens muss für den AN nachgewiesen werden.« (56)

Die Form, in welcher der Nachweis vom Bauherrn erbracht werden muss, ist in der Regel wie in den vorgenannten Beispielen nicht näher in den Verträgen bestimmt, so dass es dem Bauherrn weitgehend frei steht, wie er die Finanzierbarkeit nachweist.

Angeichts der Offenheit der Formulierungen ist zu bedenken, ob derartige Klauseln nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB verstoßen, soweit ihnen keine klaren Nachweisvoraussetzungen zu entnehmen sind. Denn damit liefern sie im Zweifel Streit über die »richtige« Form des Nachweises Vorschub. Dennoch wurden derartige Formulierungen nicht beanstandet.

---

### 2. Erfüllungs- und Gewährleistungssicherung durch das Unternehmen

---

(1) Nach § 632a Absatz 3 BGB muss das Unternehmen privaten Bauherren, soweit es Abschlagszahlungen verlangt, bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % des Vergütungsanspruchs leisten. Diese Verpflichtung ist in den Verträgen kaum angesprochen. Dies betrifft hier 71 Verträge, die nach dem 1.1.2009 abgeschlossen wurden. Von diesen enthalten nur 24 Verträge (= 34 %) einen expliziten Hinweis auf § 632a Absatz 3 BGB.

Zum Teil wird angenommen, es bedeute eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB, wenn in einem Vertrag mit einem Ratenzahlungsplan Abschläge festgelegt werden, jedoch ein Hinweis auf § 632a Absatz 3 BGB dort fehlt. Dann entstehe für den privaten Bauherrn der Eindruck, er müsse auch ohne eine Sicherheit Ratenzahlungen leisten, was § 632a Absatz 3 BGB widerspreche und zur Unwirksamkeit der Zahlungsvereinbarungen führe (vergleiche OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 18.03.2010, Az. 3 U 136/09).

Vorliegend wurde das Fehlen eines Hinweises auf die Sicherheit nach § 632a Absatz 3 BGB jedoch nicht beanstandet. Die Verpflichtung zur Stellung der Sicherheit ist gesetzlich geregelt. Dass ein Vertrag sie nicht erwähnt, berührt die Verpflichtung nicht. § 632a Absatz 3 BGB gilt ergänzend zum Vertrag kraft Gesetzes. Eine selbständige Hinweispflicht begründet das Gesetz – anders als etwa bei Widerrufsrechten – nicht.

In 3 Verträgen soll die Sicherheit jedoch explizit ausgeschlossen werden.

→ **Beispiel:** »Abschlagszahlungen gelten als vereinbart. § 632a Abs. 3 und 4 BGB finden keine Anwendung.« (15, 15 b, 15 e)

Grundsätzlich werden die Regelungen des § 632a BGB für abdingbar erachtet, doch kommt ihnen jedenfalls Leitbildcharakter für die Regelung von Abschlagszahlungen zu. Änderungen sind deshalb nur in den Grenzen des § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB zulässig. Durch die Schaffung von § 632a Absatz 3 BGB anerkannte der Gesetzgeber ein Sicherheitsbedürfnis des Verbrauchers bei Abschlagsverlangen des Unternehmens, das als solches für das Unternehmen nicht zur Disposition steht. Zur Disposition steht allenfalls, in welcher Form dieses Sicherheitsbedürfnis erfüllt wird. Jedenfalls Klauseln, mit denen dem Bauherrn der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit ersatz- und kompensationslos genommen wird, begründen deshalb eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn nach § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB und sind unwirksam.

- (2) § 632a Absatz 3 BGB betrifft allein die Sicherung der vertragsgemäßen Erfüllung. Eine Sicherung des Bauherrn für die nachfolgende Zeit bis zur Verjährung seiner Mängelansprüche (Gewährleistungssicherheit) ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Die meisten Unternehmen belassen es dabei und bieten dem Bauherrn in diesem Punkt keinen Schutz. Lediglich in 17 Verträgen (= 15 %) wird dem Bauherrn freiwillig eine Gewährleistungssicherheit gestellt.

→ **Beispiel:** »Der AG erhält vom AN... eine unbefristete Gewährleistungsbürgschaft eines § 17.2 VOB/B entsprechenden deutschen Kreditinstituts oder Kreditversicherers in Höhe von 5 % der Bruttoauftragssumme als Gewährleistungsbürgschaft für die Dauer von 5 Jahren.« (68)

Nach den Erfahrungen des Verbands privater Bauherren e.V. ist de lege ferenda eine Sicherung bis zur Verjährung der Mängelansprüche dringend geboten, weil Bauherren in nicht unerheblichem Umfang damit konfrontiert sind, dass nach der Abnahme Mängel auftreten, zu deren Beseitigung es wegen einer Insolvenz des Unternehmens nicht mehr kommt. Da de lege lata eine gesetzliche Pflicht zur Stellung einer Gewährleistungssicherheit nicht besteht, sind Verträge, die dem Bauherrn keine derartige Sicherheit einräumen, nicht zu beanstanden.

- (3) Dass private Bauherren aber durchaus auch mit fragwürdigen Sicherheiten »geködert« werden sollen, zeigen folgende Beispiele:

---

→ »FinanzierungsSumme-Garantie: Der Auftraggeber erhält eine FinanzierungsSumme-Garantie, wonach er nach Zertifizierung der Baufinanzierung durch die Schutzgemeinschaft für Baufinanzierende e.V. im Falle der Überschreitung der in der Finanzierung genannten Baukosten abgesichert ist und die entsprechenden Mehrkosten bezogen auf Grundstücks-, Baukosten- und Baunebenkosten über eine entsprechende Bürgschaft...bis zu einem Betrag in Höhe von EUR 15.000,00 erhält.« (54)

»20-Jahre-NotfallHilfeplan: Für den Auftraggeber wird die Möglichkeit geschaffen, sich im Falle einer unverschuldeten Notlage an eine Stiftung zu wenden, um im Falle einer drohenden Zwangsversteigerung oder -verwaltung Beratungsleistungen im Hinblick auf deren Abwendung kostenfrei in Anspruch nehmen zu können. Hierfür ist in begründeten Fällen auch die Vergabe von liquiden Mitteln vorgesehen, die durch einen Stiftungsrat einzelfallbezogen vergeben werden können.« (54)



## VI. Rechte des Bauherrn bei Mängeln

Mit Abschluss des Bauvertrags ist das Unternehmen verpflichtet, die vereinbarten Leistungen vertragsgemäß, insbesondere mangelfrei herzustellen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung wird durch Rechte des Bauherrn bei auftretenden Mängeln gesichert. Dazu gehört auch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Absatz 1 BGB beziehungsweise § 641 Absatz 3 BGB. Ist die Leistung mangelhaft, so darf der Bauherr Zahlungen in angemessenem Umfang zurückhalten, bis das Unternehmen die Mängel beseitigt hat. Angemessen ist, wie sich aus § 641 Absatz 3 BGB ergibt, bei Werkverträgen in der Regel das Doppelte der zur Mangelbeseitigung erforderlichen Kosten.

### 1. Ausschluss und Beschränkung der Mängelrechte

Ansprüche des Bauherrn wegen mangelhafter Leistungen des Unternehmens werden in 64 Verträgen (= 55 %) ausgeschlossen oder beschränkt. Die Formen sind vielfältig:

- (1) Ein zentraler Bereich sind wartungsbedürftige Geräte und Anlagen, insbesondere Heizungsanlagen. In 12 dieser Verträge (= 19 %) werden hier Mängelansprüche des Bauherrn ausgeschlossen, was einen Verstoß gegen § 309 Nr. 8 lit. b) aa) BGB darstellt.

→ **Beispiele:** »Für die Heizungsanlage und sonstige wartungsbedürftige Haustechnik steht die Gewährleistungsverpflichtung des AN unter dem Vorbehalt des Abschlusses eines Wartungsvertrags mit einer Fachfirma.« (64)

»Ansprüche können nur geltend gemacht werden, wenn auftretende Mängel in der fehlerhaften Herstellung des Bauwerks begründet sind. Sie erstreckt sich daher nicht auf eine Reparaturbedürftigkeit von Teilen und Anlagen, die einem besonderen Verschleiß unterliegen. Es obliegt dem Bauherrn, solche Teile und Anlagen durch laufende Wartung in einem ordentlichen Zustand zu erhalten. Dies gilt vor allem für die Heizungsanlage sowie die Fenster.« (60)

Derartige Klauseln differenzieren nicht danach, ob ein Mangel tatsächlich darauf zurückzuführen ist, dass eine Wartung durch den Bauherrn unterblieben ist. Sie können deshalb vom Bauherrn so verstanden werden, dass er auch dann keine Mängelansprüche haben soll, wenn der Mangel nichts mit einer unterbliebenen Wartung zu tun hat. Damit schließen sie Mängelansprüche des Bauherrn aus, so dass sie unwirksam sind.

- (2) Das Gleiche gilt für Klauseln, die Mängelansprüche im Hinblick auf Fugen und Verschleißteile betreffen, wenn sie nicht nach der Ursache eines auftretenden Mangels unterscheiden. Sie finden sich in 23 Verträgen (= 36 % dieser Verträge).

---

→ **Beispiele:** »Elastische Fugen sind Wartungsfugen und unterliegen nicht der Gewährleistung.« (66)

Anschlüsse der Mauerfugen und Deckenfugen sind Wartungsfugen und unterliegen nicht der Gewährleistung.« (50)

(3) 38 dieser Verträge (= 59 %) enthalten ferner Klauseln, durch die das Unternehmen vorschreiben will, wann kein Leistungsmangel vorliegt, so dass insoweit Mängelansprüche des Bauherrn ganz oder in Teilen ausgeschlossen werden. Solche Regelungen verstoßen jedenfalls dann gegen § 309 Nr. 8 lit. b) lit. aa) BGB, wenn sie nicht zwangsläufig nur völlig unwesentliche Leistungsabweichungen betreffen, sondern im Einzelfall auch erhebliche Abweichungen darstellen können.

---

→ **Beispiele:** »Die vom Auftragnehmer zu erstellende Wohnfläche beträgt ca. 160 m<sup>2</sup>. Abweichungen bis zu 3 % gelten als vereinbart.« (65)

»Die Landesbauordnungen verlangen je nach Auslegung der Textpassagen eventuell größere Belichtungsflächen als in unseren Häusern vorgesehen. Bedenken bezüglich der Belichtung bestehen jedoch aufgrund der Erfahrung von mehreren tausend gebauten Häusern nicht. Die Häuser vereinen grundsätzlich die Vorteile einer möglichst optimalen Belichtung und der größtmöglichen Freiheit für die Stellmöglichkeiten im Rahmen der Wohnungseinrichtung.

Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass der Auftragnehmer nicht verpflichtet ist, Belichtungsflächen in einer Größe einzubauen, welche die Landesbauordnung vorsieht, und dass eine etwaige Abweichung der tatsächlich ausgeführten Belichtungsflächen von den Vorgaben der Landesbauordnung keinen Mangel der Leistungen des Auftragnehmers darstellt.« (54)

»Bezieht der Bauherr das Gebäude ohne erfolgte förmliche Abnahme, so gelten die Bauleistungen als ordnungsgemäß und mängelfrei abgenommen.« (39)

(4) In 6 Verträgen (= 9 %) räumt sich das Unternehmen unabhängig von der Art und der Schwere des jeweiligen Mangels starre Fristen für die Mangelbeseitigung ein.

---

→ **Beispiel:** »Die im Protokoll beschriebenen Mängel sind, falls berechtigt, gegebenenfalls mit einer Frist von 4 Wochen zu beheben und dann erneut abzunehmen.« (60)

Dies ist jedenfalls dann gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB als unangemessene Benachteiligung des Bauherrn zu qualifizieren und unwirksam, wenn es um einen Mangel geht, für den nach seiner Art und Schwere von dem Unternehmen eine schnellere Mangelbeseitigung erwartet werden darf.

(5) Unwirksam sind außerdem die in 17 Verträgen (= 27 %) enthaltenen Klauseln, wonach zur Klärung von Mängeln ein obligatorischer Sachverständigenentscheid einzuholen ist. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB.

→ **Beispiele:** »Sollten sich die Parteien über die Abnahme bzw. Mängelfeststellung nicht einigen können, so entscheidet ein von beiden Parteien anerkannter vereidigter Sachverständiger für beide Parteien verbindlich.« (53)

»Der Bauherr hat ein Zurückbehaltungsrecht an den einzelnen Zahlungsraten, sofern berechnete Mängel die Bauleistungen beeinträchtigen. Will er einen solchen Einbehalt geltend machen, so hat er die AN bei Fälligkeit der jeweiligen Zahlungsrate von diesem Einbehalt und dessen Höhe zu informieren. Die Berechtigung des Einbehaltes ist dann von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen sachlich und der Höhe nach zu prüfen und zu bewerten. (47)

Die obligatorische Einschaltung eines Sachverständigen soll Zeit sparen und die zeitaufwändige Führung eines Rechtsstreits einschließlich eines vom Gericht einzuholenden Sachverständigengutachtens ersparen. Sie bedeutet im Ergebnis aber zugleich den Verzicht auf die im Rechtsstreit bestehende richterliche Kontrolle über das Gutachten, die dazu dient, die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung des Sachverständigen zu gewährleisten. Dazu gehört zum Beispiel, dass das Gericht auf die Ergänzung des Gutachtens hinwirken kann und die Parteien und das Gericht die mündliche Anhörung und Erläuterung des Gutachtens veranlassen können. Auch unterliegt das Gutachten der richterlichen Beweiswürdigung und das Gericht hat die Möglichkeit, eine neue Begutachtung anzuordnen. Insbesondere ist gesichert, dass die Beurteilung bestimmter Rechtsfragen, vor allem solcher, die die Festlegung der vertraglich geschuldeten Leistungen durch Vertragsauslegung betreffen, durch einen rechtskundigen Richter entschieden wird. Sachverständige sind aber meist allein technische Sachverständige, so dass der obligatorische Sachverständigenentscheid dem Bauherrn den Rückgriff auf die eigentlich notwendige und veranlasste juristische Beurteilung abschneidet, die ihm ein Gerichtsverfahren gewährleistet.

Das außergerichtliche Sachverständigengutachten birgt deshalb Fehlerrisiken. Sie sind jedenfalls beim schlüsselfertigen Bauen angesichts dessen Komplexität und der wirtschaftlichen Belastung für den Bauherrn als so erheblich einzustufen, dass die formularmäßige Anordnung eines obligatorischen Sachverständigenentscheids hier als unangemessene Benachteiligung des privaten Bauherrn zu werten ist. Nach Entstehen einer Streitigkeit ist der Bauherr selbstredend frei, eine solche Vereinbarung zu treffen, weil er sie im Einzelfall für sinnvoll hält (vergleiche BGH, Urteil vom 10.10.1991, Az. VII ZR 2/91, NJW 1992, 433 zu obligatorischen Schiedsgutachterklauseln).

---

## 2. Verkürzung der Verjährungsfristen

---

Gemäß § 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB ist eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen für die Mängelansprüche des Bauherrn unzulässig. Sie ist jedoch in 15 Verträgen (= 13% aller Verträge) enthalten.

---

→ **Beispiele:** »Die Gewährleistungsfrist beträgt für Bauwerke 4 Jahre, wobei die Frist mit der Abnahme beginnt.« (66)

»Für die Arbeiten am Grundstück und – falls eine Feuerungsanlage eingebaut wurde – für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen gilt eine Verjährungsfrist von zwei Jahren.« (24)

»Für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist für Mängelansprüche zwei Jahre.« (24)

Die Klauseln lehnen sich an die Verjährungsfristen in §13 Absatz 4 VOB/B an. Nach Absatz 4 Nr.1 Satz 1 unterliegen Mängelansprüche bei Leistungen am Bauwerk einer Regelverjährung von 4 Jahren, für vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen gilt eine Regelverjährung von nur 2 Jahren. Für die Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, ist nach Absatz 4 Nr. 2 eine Regelfrist von ebenfalls nur 2 Jahren vorgesehen.

Die genannten Fristen sind bei Bauverträgen mit privaten Bauherren nach dem Urteil des BGH vom 24.7.2008 (Az. VII ZR 55/07, BauR 2008, 1603) nicht mehr zulässig. Mit diesem Urteil hat der BGH die Privilegierung der VOB/B bei der Anwendung gegenüber Verbrauchern aufgehoben. Die Folge ist, dass diese Fristen an dem Verbot der Verkürzung gesetzlicher Verjährungsfristen des § 309 Nr. 8 lit. b) ff) BGB zu messen sind und gegen die Vorschrift verstoßen. Denn sie betreffen in der Sache Leistungen am Bauwerk und verkürzen die gesetzliche Verjährungsfrist des § 634a Absatz 1 Nr. 2 BGB, die 5 Jahre beträgt. Derartige Klauseln sind deshalb unwirksam.

### 3. Ausschluss und Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts

- (1) Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB beziehungsweise § 641 Absatz 3 BGB hat für den Bauherrn eine wesentliche Funktion. Ist die Bauleistung mangelhaft, so ist sie ihr Geld (noch) nicht wert. Auf das gestörte Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung darf der Bauherr reagieren, indem er gemäß § 320 Absatz 1 BGB beziehungsweise § 641 Absatz 3 BGB einen angemessenen Teil der von dem Unternehmen verlangten Zahlungen bis zur Mangelbeseitigung zurückhält. Angemessen ist nach § 641 Absatz 3 BGB in der Regel das Doppelte der Kosten, die für die Mangelbeseitigung erforderlich sind. Indem das Recht einen Zurückbehalt von mehr als den einfachen Mangelbeseitigungskosten erlaubt, ist es bewusst als Druckmittel konzipiert. Durch den höheren Einbehalt (sogenannter Druckzuschlag) soll der Unternehmer verstärkt zur Mangelbeseitigung angehalten werden. Das Recht ist deshalb für den Bauherrn ein zentrales Element zur Sicherung der Vertragserfüllung durch das Unternehmen.

In 43 Verträgen (= 37 %) wird das Leistungsverweigerungsrecht des Bauherrn nach § 320 Absatz 1 BGB beziehungsweise § 641 Absatz 3 BGB aber ausgeschlossen oder eingeschränkt. Der Bauherr soll verpflichtet werden, ungeachtet etwaiger Mängel den vollen Baupreis beziehungsweise die volle jeweilige Baupreiskategorie zu zahlen und wird damit zur Vorkasse gedrängt. Derartige Klauseln bedeuten eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn nach § 309 Nr. 2 lit. a BGB und sind unwirksam. Sie kommen in unterschiedlichen Varianten vor.

- (2) In 12 solcher Verträge (= 28 %) finden sich zum Leistungsverweigerungsrecht Klauseln, wonach die Übergabe des Hauses erst bei oder nach vollständiger Bezahlung des Baupreises erfolgen soll.

→ **Beispiele:** »Bei Schlüsselübergabe hat die Schlusszahlung zu erfolgen.« (51)

»Die Auftragnehmerin ist nur gegen Zahlung der letzten Abschlagszahlung und nach vollständiger Auskehrung aller Forderungen zur Aufgabe Ihres Mitbesitzes verpflichtet.« (59)

»Das Kaufobjekt soll zum... oder früher fertiggestellt sein und übergeben werden, wobei die Übergabe erst stattfindet, wenn der Kaufpreis vollständig gezahlt ist.« (46 b)

Derartige Klauseln bedeuten aus folgendem Grund einen unzulässigen Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts: Bei der Errichtung schlüsselfertiger Häuser ist die Hausübergabe kein eigenständiger Rechtsakt. Vielmehr ist sie notwendiger Teil der Abnahme, weil die Leistungen des Unternehmers das komplette Haus umfassen. Der Bauherr ist gemäß § 640 Absatz 1 BGB zur Abnahme verpflichtet und hat damit einen Anspruch auf die Übergabe des Hauses, wenn das Haus im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt ist und lediglich noch unwesentliche Mängel vorliegen. Er ist darüber hinaus auch zur Abnahme berechtigt, so dass ihm das Haus zu übergeben ist, wenn wesentliche Mängel vorliegen. Dies kann in Betracht kommen, wenn der Bauherr unter Zeitdruck ist und einziehen muss, falls das Haus, wenn auch eingeschränkt, bewohnbar ist. In

den genannten Fällen hat der Bauherr neben der mit der Abnahme verbundenen Übergabe des Hauses ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der vorhandenen Mängel. Er muss also auch bei Übergabe des Hauses nicht die vollen Zahlungen leisten, bis die Mängel beseitigt sind. Ordnen Klauseln dagegen an, dass die Übergabe des Hauses erst nach vollständiger Zahlung erfolgt, so suggerieren sie dem privaten Bauherrn, dass er diese Möglichkeit nicht habe. Der Bauherr, der das Haus beziehen will, glaubt sich zur Zahlung der vollständigen Vergütung trotz des Vorliegens von Mängeln verpflichtet. Sein Leistungsverweigerungsrecht wird ausgeschlossen, weshalb derartige Klauseln unwirksam sind. Entsprechendes wird angenommen, wenn eine Klausel vorschreibt, dass eine »Vorabnahme« erfolgen muss und erst nach der Beseitigung der dabei festgestellten Mängel die Übergabe des Hauses erfolgt. Dies geschieht in 6 Verträgen (= 14 %).

---

→ **Beispiel:** »Zur Abnahme des Kaufgegenstands hat der Verkäufer mit einer Frist von mindestens 14 Tagen vor dem vorgesehenen Übergabezeitpunkt den Käufer aufzufordern. Die Abnahme dient dem Zweck, etwa vorhandene Mängel an dem Kaufgegenstand festzustellen und diese schriftlich anzuzeigen...In dem Abnahmeprotokoll vereinbaren die Parteien einen festen Übergabetermin, bis zu dem die Mängel abgestellt bzw. die Restarbeiten ausgeführt sein müssen...Die Übergabe zum Besitz findet statt, sobald der Kaufgegenstand fertig gestellt und abgenommen ist, Zug um Zug mit der Zahlung des vollständigen Kaufpreises. (53)

Hier soll der Gleichlauf von Hausübergabe und vollständiger Zahlung herbeigeführt werden, indem der Hausübergabe zwingend eine Mängelbeseitigung vorgeschaltet wird. Dem Bauherrn wird so eine Wartefrist vor Bezug des Hauses aufgezwungen, falls Mängel bestehen. Tatsächlich hat der Bauherr es jedoch selbst in der Hand, die Übergabe herbeizuführen, indem er bereits bei der vermeintlichen Vorabnahme die Abnahme erklärt. Gleichzeitig kann er wegen vorhandener Mängel seine Zahlungen angemessen verweigern. Wird vor Hausübergabe jedoch erst eine Mängelbeseitigung vorgeschrieben, so kann der Bauherr, der unter Druck steht, einzuziehen, hierdurch veranlasst werden, trotz Mängeln vollständig zu zahlen, um doch schon früher die Hausübergabe zu erhalten. Auf diese Weise wird das Leistungsverweigerungsrecht des Bauherrn ausgeschlossen.

(4) Unwirksam sind auch solche Klauseln, die vorsehen, dass das Unternehmen die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts gegen Stellung einer Sicherheit durch einen Dritten abwenden kann wie es in 9 Verträgen (= 21 %) der Fall ist.

---

→ **Beispiel:** »Werden bei der Bauabnahme Mängel oder Restarbeiten festgestellt... Der Auftragnehmer kann den Auftraggeber durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer europäischen Bank oder Sparkasse in Höhe des ermittelten Wertes der Rest- bzw. Mängelbeseitigungsarbeiten absichern. In diesem Falle entfällt ein etwaiges Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers. Die Bürgschaft erlischt, sobald die im Protokoll festgestellten Mängel/Restarbeiten erledigt sind.« (3)

Das Leistungsverweigerungsrecht ist als Druckmittel konzipiert. Die bewusste Vorenthaltung von Zahlungen soll das Unternehmen zur Mangelbeseitigung veranlassen. Dieser Funktion wird das Recht beraubt, wenn das Unternehmen die Zahlungen trotz vorhandener Mängel erhält. Die Sicherheit ist kein Äquivalent. Sie begründet lediglich Ansprüche gegen einen Dritten als Sicherungsgeber, ist jedoch nicht geeignet, Druck auf das eigentlich zur Leistung verpflichtete Unternehmen auszuüben. Auch derartige Klauseln sind deshalb unwirksam.

- (5) Unwirksam sind ferner Regelungen, durch die das Leistungsverweigerungsrecht des Bauherrn ausdrücklich ausgeschlossen wird oder dessen Höhe »gedecktelt« und eingeschränkt werden kann. Dies betrifft 26 Verträge (= 60 % der 43 insgesamt betroffenen Verträge).

→ **Beispiele:** »Ein Zurückbehaltungsrecht des Bauherrn wird nach eingehender Erörterung ausgeschlossen.« (66)

»Restarbeiten begründen kein Zurückbehaltungsrecht.« (3).

»Voraussetzung für die Erfüllung der Gewährleistung ist die vollständige Bezahlung der Werkslohnforderung einschließlich der Schlussrechnung nach Übergabe/ Abnahme.« (20)

»Mängel werden bewertet und berechtigen den AG zum Einbehalt der vereinbarten Teilsummen der Schlussrate bis zur Beseitigung der Mängel.« (2)



---

## VII. Sonstiges

---

### 1. Salvatorische Klauseln

---

Ist eine Klausel eines Vertrags unwirksam, so entsteht eine Lücke. Handelt es sich dabei um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB, so tritt gem. § 306 Absatz 2 BGB in Abweichung von der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre die gesetzliche Vorschrift, von welcher der Verwender zu Lasten des Verwendungsgegners abweichen wollte, an ihre Stelle. Wie der Verwender selbst oder die Vertragsparteien, hätten sie die Unwirksamkeit gekannt, die Lücke gefüllt hätten, spielt keine Rolle. Die kassatorische, den Verwendungsgegner begünstigende Sanktion ist bewusst gewählt. Eine rechtswidrige Vertragsgestaltung soll nicht dadurch »belohnt« werden, dass die Vorstellungen des Unternehmens dann immerhin noch so gut wie möglich erhalten bleiben und umgesetzt werden.

Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die von der Grundregel des § 306 Absatz 2 BGB abweichen, unterliegen ihrerseits der Inhaltskontrolle. Ersetzungsklauseln, nach denen eine der unwirksamen Regelung so nahe wie möglich kommende Regelung gelten soll, sind im Regelfall nichtig (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., 2012, § 306 BGB Rn. 15). Anderes gilt bei Erhaltungsklauseln, die im Wesentlichen den Gehalt von § 306 Absatz 2 BGB abbilden (BGH, Urteil vom 06.04.2005, Az. XII ZR 132/03, NJW 2005, 2225, juris-Rdn. 38).

Unwirksame Ersetzungsklauseln enthalten 49 der untersuchten Verträge (= 42% aller Verträge).

→ **Beispiele:** »Unwirksame Bestimmungen werden durch eine wirksame Bestimmung ersetzt, die dem Vertragszweck und wirtschaftlichen Interesse der Parteien am nächsten kommen.« (46)

»Im Falle der Unwirksamkeit einzelner Regelungen... Die Vertragsparteien verpflichten sich, in diesem Fall eine wirksame Regelung zu treffen, die dem Vertragszweck und dem wirtschaftlich angestrebten Ergebnis am nächsten kommt.« (70)

---

### 2. Vergütungs- und Schadenspauschalen

---

60 Verträge (= 51% aller Verträge) enthalten Regelungen, die Ansprüche des Unternehmens auf Vergütung nach einer erfolgten Vertragskündigung oder auf Schadensersatz pauschalieren wollen, so dass die jeweilige Beträge ohne entsprechende Nachweise gezahlt werden sollen. Die rechtliche Bewertung derartiger Pauschalen richtet sich nach § 308 Nr. 7 lit. a BGB für Vergütungspauschalen beziehungsweise nach § 309 Nr. 5 BGB für Schadensersatzpauschalen.

Zum einen muss die Höhe der Pauschale der typischerweise anfallenden Vergütung beziehungsweise dem typischerweise anfallenden Schaden entsprechen. Pauschalen bis zu 10% liegen in einer Größenordnung, in der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Pauschalierungen zulässig sein können (vergleiche BGH, Urteil

vom 8.7.1999, Az. VII ZR 237/98, NJW 1999, 3261; BGH, Urteil vom 27.04.2006, Az. VII ZR 175/05, NJW 2006, 2551). Entsprechende Regelungen in den untersuchten Verträgen sind deshalb jedenfalls im Rahmen der hier vorgenommenen generalisierenden Untersuchung nicht zu beanstanden.

Zum anderen darf dem Bauherrn aber nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, den Nachweis zu erbringen, dass in seinem konkreten Fall nur eine wesentlich geringere oder gar keine Vergütung angefallen beziehungsweise nur ein wesentlich geringerer oder gar kein Schaden entstanden ist. Dieser Nachweis muss dem Bauherrn ausdrücklich vorbehalten bleiben.

→ **Beispiel:** »Dem Auftraggeber bleibt es unbenommen nachzuweisen, dass ein Schaden nicht oder nicht in dieser Höhe angefallen ist.« (54)

Ein derartiger ausdrücklicher Vorbehalt fehlt jedoch in 15 Verträgen (= 25% der Verträge, in denen Vergütungs- oder Schadensersatzpauschalen verwendet werden), so dass die dortigen Pauschalierungen eine unangemessene Benachteiligung des Bauherrn bedeuten und unwirksam sind.

### VIII. Gesamtbewertung der Vertragsqualität

Über die Beurteilung der Einzelregelungen hinaus wurde bei der Untersuchung eine Gesamtbewertung des jeweiligen Vertrags vorgenommen, mit der die Qualität des Vertrags zum Ausdruck gebracht wird. Diese Qualität ist nicht im Sinne einer verbraucherfreundlichen Vertragsgestaltung zu verstehen. Die Untersuchung konzentrierte sich auf Kontrolle der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Vertragsinhalten, damit gewissermaßen auf das juristische Pflichtprogramm. Eine verbraucherfreundliche Gestaltung würde darüber hinaus auch umfassen, ob und welche überobligatorischen Anstrengungen ein Vertrag erkennen lässt, der Schutzbedürftigkeit privater Bauherren Rechnung zu tragen.

Die Verträge werden nach folgenden drei Kriterien bewertet, die zu folgenden Ergebnissen geführt haben:



- (1) Als **nicht empfehlenswert** werden Verträge mit folgenden Beanstandungen eingestuft:

mindestens eine Beanstandung im Regelungsbereich IV.  
(Preis und Zahlungsweise)

**oder**

mindestens eine Beanstandung im Regelungsbereich VI. (Rechte bei Mängeln)

**oder**

Beanstandungen in mindestens 4 sonstigen Regelungsbereichen.

**Nicht empfehlenswert** sind von den 117 Verträgen insgesamt 113 Verträge  
(= 97 %).

- (2) Als **akzeptabel** werden Verträge mit folgenden Beanstandungen bezeichnet:

Beanstandungen in weniger als 4 Regelungsbereichen ausgenommen  
Beanstandungen in den Regelungsbereichen IV. (Preis und Zahlungsweise) und  
VI. (Rechte bei Mängeln).

**Akzeptabel** sind von den 117 Verträgen insgesamt 4 Verträge (= 3%).

Hiervon liegt in einem Fall aber nur eine Bauleistungsbeschreibung mit vertraglichen Elementen, nicht jedoch der komplette Vertrag vor. In einem zweiten Fall liegen nur die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens vor, der übrige Vertrag fehlt. In einem dritten Fall, einem Bauträgervertrag, liegt der Zahlungsplan nicht vor. Das Ergebnis kann daher für diese Verträge unter Umständen anders ausfallen.

- (3) Als **gut** werden nur Verträge ohne Beanstandungen bewertet.

**Gut sind 0 Verträge (= 0 %).**





