

# NewsLetter

2012-11 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Bauvertragsrecht

### Zahlungsplan unwirksam

In dem Fall des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 8. November 2012, Az. VII ZR 191/12) hatte der Bauunternehmer gegenüber einem privaten Bauherrn (Verbraucher) für seinen BGB-Bauvertrag ein vorformuliertes Vertragsmuster verwendet. Darin hieß es u. a.:

„§ 6

*Zahlungen sind gemäß folgendem Zahlungsplan zu leisten:*

1. Nach Fertigstellung des ersten Entwurfs 7% des Pauschalpreises,
2. ..."

Der Bauunternehmer wurde daraufhin von einem Verbraucherschutzverein nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) auf Unterlassung der Verwendung dieser Vertragsklausel sowie Erstattung von Abmahnkosten verklagt. Der Bauunternehmer hat in allen drei Instanzen verloren!

Der BGH hat festgestellt, dass die beanstandete Klausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) und als solche unwirksam sei.

Es handele sich um eine kontrollfähige Preisnebenabrede.

Der BGH ließ offen, ob die Klausel schon deshalb unwirksam sei, weil ein erster Planungsentwurf womöglich gar keinen Wertzuwachs im Sinne von § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB darstelle, weil die Höhe der Abschlagszahlung (7 %) womöglich

überhöht sei oder weil womöglich unklar sei, was unter einem „ersten Entwurf“ zu verstehen sei.

Unwirksam sei die Klausel jedenfalls deshalb, weil sie nicht auf die nach § 632a Abs. 3 BGB von Bauunternehmer gesetzlich geschuldete Sicherheitsleistung hinweise.

Der Verwender von AGB habe nach Treu und Glauben die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners, hier also des privaten Bauherrn, möglichst klar und verständlich darzustellen. Weiter sei eine Klausel auch dann unwirksam, wenn ihre Formulierung geeignet sei, den Vertragspartner von der Geltendmachung seiner Rechte, hier von dem Verlangen nach einer Sicherheitsleistung nach § 632a Abs. 3 BGB, abzuhalten. Dies sah der BGH vorliegend als gegeben an, weil für einen Bauherrn unklar sei, ob er aufgrund der Klausel seinen Anspruch auf Sicherheitsleistung oder jedenfalls sein Zurückbehaltungsrecht bis zur Bestellung der Sicherheit verliere oder nicht.

### Praxishinweise

Der Grundsatz lautet, dass der Bauunternehmer vorleistungspflichtig ist, d. h. grundsätzlich muss er zunächst seine Bauleistung - vollständig und mängelfrei - erbringen, bevor er seine Vergütung verlangen kann.

Für den VOB/B-Bauvertrag sieht § 16 Nr. 1 eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor.

Für den BGB-Bauvertrag existiert seit dem Jahr 2000 mit § 632a BGB eine Ausnahmevorschrift. Seit dem Jahr 2009 hat nach dessen Absatz 3 der Bauunternehmer dem Bauherrn, wenn

# NewsLetter

2012-11 Seite 2

dieser Verbraucher ist und der Bauvertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses o. ä. zum Gegenstand hat, bei der ersten Abschlagszahlung eine Erfüllungssicherheit in Höhe von 5 % des Werklohnanspruchs zu stellen, und zwar auch ohne Verlangen des Bauherrn.

Übrigens hatte der BGH eine wichtige Frage gar nicht zu entscheiden, und zwar ob aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel über die erste Abschlagszahlung der gesamte Zahlungsplan unwirksam ist, was anzunehmen sein dürfte!

*RA Dr. Christian Schwertfeger*

## Bauvertragsrecht

### Schadenersatz und Unverhältnismäßigkeit

In dem Fall des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012, Az. VII ZR 179/11) hatte der Auftraggeber (AG) den Auftragnehmer (AN) mit Heizungsarbeiten beauftragt.

Der AN verklagte den AG auf Zahlung restlichen Werklohns in Höhe von rund 6.000,00 €. Mit seiner Widerklage verlangte der AG Schadenersatz in Höhe von mehr als 40.000,00 € wegen der nach EnEV zu geringen Dämmung der auf der Bodenplatte verlegten Heizungsleitungen. Der AN hatte zuvor die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßig hohen Nachbesserungsaufwands verweigert.

Der BGH stellte zunächst fest, dass dann, wenn der AN die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßiger Kosten nach § 635 Abs. 3 BGB oder wegen „faktischer oder praktischer Unmöglichkeit“ nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB - zu Recht - verweigere, der AG Minderung oder aber auch Schadenersatz verlangen könne.

Die Höhe des Schadenersatzes könne der AG grundsätzlich wahlweise entweder nach der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werkes mit und ohne Mangel ermitteln oder nach der Höhe der Mängelbeseitigungskosten.

Seien jedoch die Mängelbeseitigungskosten unverhältnismäßig hoch, so könnten diese ausnahmsweise nicht für die Bemessung der Höhe des Schadenersatzes herangezogen werden. Denn es wäre widersinnig, wenn der AN die Mängelbeseitigung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern dürfte, dann aber Schadenersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten zahlen müsste.

In diesen Fällen könne der AG also Schadenersatz stets nur in Höhe des technischen oder merkan-tilen Minderwerts verlangen.

### Praxishinweise

Die Vorinstanz hatte den technischen Minderwert mit 1.000,00 € beziffert, wahrscheinlich gestützt auf ersparte Materialkosten. Einen merkan-tilen Minderwert hatte die Vorinstanz verneint, weil die Nutzung des Gebäudes durch die nicht fachgerechte Dämmung der Warmwasserleitungen nicht beeinträchtigt sei und der mangelbed-ingt höhere Energieverbrauch lediglich zu Mehrkosten von ca. 50,00 € pro Jahr führe.

Nach Ansicht des BGH habe die Vorinstanz je-doch noch zu prüfen, ob aufgrund der unzurei-chenden Dämmung Salmonellengefahr bestehe, denn dann wäre bereits Unverhältnismäßigkeit zu verneinen. Denn Unverhältnismäßigkeit setzt vor-aus, dass den hohen Mängelbeseitigungskosten ein nur geringes Interesse des AG an der Beseiti-gung des fraglichen Mangels gegenübersteht so-wie dass das Verschulden des AN am Mangel nur gering ist.

*RA Dr. Christian Schwertfeger*