

C.H. Beck Baurecht

Kompendium des Baurechts

Privates Baurecht und Bauprozess

von

Prof. Dr. Rolf Kniffka, Dr. Wolfgang Koeble, Dagmar Sacher

4. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65245 5

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

zu behandeln. Das ist nicht der Fall, wenn der Verwender auch nach Vertragsschluss dem Vertragspartner keine Gestaltungsfreiheit eingeräumt und den gesetzesfremden Kerngehalt der Klausel nicht zur Disposition gestellt hat und die Parteien auf dieser Grundlage eine Einigung finden, mit der die nachteilige Wirkung der Klausel lediglich abgeschwächt wird. Denn in diesem Fall wirkt die zum Nachteil des Vertragspartners unangemessen ausgeübte Gestaltungsmacht des Verwenders fort⁸⁶.

Beispiel: Hat der Verwender in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in ungemessener Weise eine Vorleistungspflicht des Kunden vorgesehen, besteht er auf die Bitte des Kunden, diese zu ändern, darauf, dass dieser vorzuleisten hat, und ist er lediglich bereit, den Umfang der Vorleistungspflicht zu reduzieren, so wirkt die unwirksame Vereinbarung der Vorleistungspflicht jedenfalls dann fort, wenn weiterhin eine unangemessene Vorleistung gefordert wird.

⁸⁶ BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12 = BauR 2013, 946 = NZBau 2013, 297.

C. Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere der VOB/B

I. Auslegung der AGB

- 33 Vor der Inhaltskontrolle steht die Auslegung des Inhalts der AGB. Diese legt fest, wie die Klausel zu verstehen ist. Die **Auslegung orientiert sich an den allgemeinen Auslegungsregeln** der §§ 133, 157 BGB. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden⁸⁷. Dabei kann eine Differenzierung nach unterschiedlichen Verkehrskreisen geboten sein⁸⁸. Es ist Sache des **Verwenders**, sich klar auszudrücken. Deshalb gehen **Zweifel über den Regelungsgehalt der AGB, die nach einer Auslegung verbleiben, zu seinen Lasten**, § 305c Abs. 2 BGB⁸⁹. Kommen mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht, ist zu prüfen, ob die dem Vertragspartner des Verwenders ungünstigste (kundenfeindlichste) Auslegung zur Unwirksamkeit der Klausel führt⁹⁰. Ist das nicht der Fall, ist die Auslegung maßgebend, die für den Vertragspartner des Verwenders am günstigsten ist⁹¹.
- 34 Eine besondere Bedeutung hat die **Auslegung der VOB/B und der VOB/C**, weil diese Vertragsbedingungen in Bauverträgen häufig verwendet werden. Es gelten auch insoweit die Allgemeinen Auslegungsgrundsätze. Insbesondere kommt der Verkehrssitte maßgebliche Bedeutung zu, wenn Wortlaut und Sinn der Regelung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Das Verständnis der jeweiligen Regelung in den von ihr typischerweise betroffenen Verkehrskreisen muss ausreichend, teilweise aufwändig ermittelt werden. Werden die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen in Verträgen zwischen Bauunternehmern vereinbart, so ist das den Wortlaut sowie den Sinn und Zweck der Regelung berücksichtigende **redliche Verständnis der Vertragspartner des Baugewerbes maßgebend**. Dies kann durch Stellungnahmen der Handwerkskammern oder der Industrie- und Handelskammer oder der Verbände ermittelt werden. Die Ermittlung der Verkehrssitte kann in einem Prozess Sachverständigen übertragen werden. Es ist jedoch nicht zulässig, die Verkehrssitte aus einer isolierten Meinung eines Sachverständigen abzuleiten. Gegen diese Regel wird in der Praxis allerdings häufig verstoßen. Auch Kommentierungen der VOB/C sind grundsätzlich keine geeignete Hilfe zu deren Auslegung, wenn sich nicht aus ihnen

⁸⁷ BGH Urt. v. 22.11.2001 – VII ZR 150/01 = NJW 2002, 441; Urt. v. 23.3.2004 – XI ZR 14/03 = BauR 2004, 1292 mwN.; Urt. v. 17.6.2004 – VII ZR 75/03 = BauR 2004, 1438 = NZBau 2004, 500 = ZfBR 2004, 778; Urt. v. 5.5.2011 – VII ZR 181/10 = BauR 2011, 1331 = NZBau 2011, 407; Urt. v. 04.07.2013 – VII ZR 249/12 = NJW 2013, 2502.

⁸⁸ BGH Urt. v. 17.6.2004 – VII ZR 75/03 = BauR 2004, 1438 = NZBau 2004, 500 = ZfBR 2004, 778.

⁸⁹ BGH Urt. v. 11.5.2006 – VII ZR 300/04 = BauR 2006, 1332 = NZBau 2006, 519 = ZfBR 2006, 560.

⁹⁰ BGH Urt. v. 20.03.2014 – VII ZR 248/13.

⁹¹ BGH Urt. v. 16.6.2009 – XI ZR 145/08 = BGHZ 181, 278 Rdn. 21 = BauR 2009, 1742 = NZBau 2009, 784.

verlässlich ergibt, dass eine Regelung allgemein in einem bestimmten Sinne verstanden und praktiziert wird⁹².

II. Inhaltskontrolle zu Lasten des Verwenders

Die **Inhaltskontrolle findet nur zu Lasten desjenigen statt, der die AGB verwendet**⁹³. Denn das Gesetz will nur dessen Vertragspartner schützen. Führt also ein Vertragspartner für ihn selbst ungünstige Bedingungen in den Vertrag ein, so sind sie anwendbar.

Beispiel: Ein Auftraggeber hat in seinen AGB eine Gewährleistungsfrist von einem Jahr vorgesehen. Diese Regelung begünstigt den Auftragnehmer, weil sie von der fünfjährigen Frist des BGB abweicht. Eine Inhaltskontrolle findet nicht statt. Die Frist gilt. Hätte der Auftragnehmer diese kurze Gewährleistungsfrist in seinen AGB vorgesehen, fände die Inhaltskontrolle statt, weil sie den Auftraggeber als Vertragspartner belastet. In diesem Fall wäre die Frist unwirksam.

III. Maßstab der Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle überprüft die Klausel nach dem durch die Auslegung der AGB erfassten Geltungsbereich. Sie findet **von Amts wegen** nach §§ 307 bis 309 BGB statt.

Hinweis: Gleichwohl muss der Anwalt sie selbst vornehmen und eine Überprüfung anregen, wenn die Klausel, aus der zu Lasten seines Mandanten Ansprüche geltend gemacht werden, unwirksam ist und der Gegner sie verwendet hat. Die Praxis zeigt, dass die Gerichte in vielen Fällen eine Inhaltskontrolle nicht vornehmen, sondern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen unbesehen anwenden.

Maßstab der nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmenden Inhaltskontrolle ist die nach Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders. Als unangemessen im Sinne dieser Vorschrift wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Klausel angesehen, in der der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen⁹⁴. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder die wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB.

Beispiel: Eine Formularbestimmung, wonach der Vertragspartner des Verwenders diesem eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss, auch wenn eine Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2, § 326 Abs. 5, § 636 BGB entbehrlich ist, benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten

⁹² Vgl. zu allem BGH Urt. v. 17.6.2004 – VII ZR 75/03 = BauR 2004, 1438 = NZBau 2004, 500 = ZfBR 2004, 778.

⁹³ BGH Urt. v. 4.12.1986 – VII ZR 354/85, BGHZ 99, 160, 161 = BauR 1987, 205 = NJW 1987, 837; Urt. v. 9.3.2006 – VII ZR 268/04 = BauR 2006, 1012 = NZBau 2006, 383 = ZfBR 2006, 461.

⁹⁴ BGH Urt. v. 20.3.2014 – VII ZR 248/13; Urt. v. 4.7.2013 – VII ZR 249/12 = NJW 2013, 2502; Urt. v. 8.12.2012 – VII ZR 111/11 = NJW-RR 2012, 626; Urt. v. 9.12.2010 – VII ZR 7/10 = BauR 2011, 677 = NZBau 2011, 229.

von Treu und Glauben unangemessen, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht⁹⁵.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt jedoch nicht vor, wenn die Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird⁹⁶. **Der Kontrollmaßstab ist in erster Linie das Gesetz und nicht etwa sind es die Regelungen der VOB/B**⁹⁷.

Hinweis: Von Gesetz abweichende Regelungen der VOB/B können jedoch sachlich gerechtfertigt sein und auch eine unangemessene Benachteiligung vermeiden. Nicht jede Abweichung vom Gesetz ist von vornherein verwerflich. Die gebotene sachliche Abwägung ist stets notwendig.

- 38 Ob eine Klausel unangemessen benachteiligt, beurteilt sich nach einer überindividuell-generalisierenden, von den konkreten Umständen des Einzelfalls absehbaren Betrachtungsweise⁹⁸.

Beispiel: So ist der Tagessatz von 0,5% für eine Vertragsstrafe in Bauverträgen zu hoch, weil er typischer Weise den zu erwartenden Gewinn binnen weniger Tage zunichte macht⁹⁹. Es kommt nicht darauf an, ob in einzelnen Gewerken der Gewinn des Unternehmers, der die AGB verwendet, so hoch ist, dass das nicht zutrifft.

Diese Betrachtungsweise kann eine **Typisierung von Bauverträgen** erfordern. So können einzelne Bedingungen in Bauverträgen anders zu beurteilen sein als in Architektenverträgen oder in Bauträgerverträgen.

Es kommt niemals darauf an, ob die Klausel im konkreten Fall zu einem angemessenen Ergebnis kommt. Entscheidend ist stets, ob die Klausel in einem ihrer nach der Auslegung zu bestimmenden Anwendungsfälle zu einem unangemessenen Ergebnis kommen könnte.

Beispiel: Sieht die Vertragsstrafenklausel die Vertragsstrafe auch für den Fall vor, dass den Unternehmer an der Verzögerung kein Verschulden trifft, ist sie unabhängig davon nicht anzuwenden, ob der Unternehmer im Einzelfall die Verzögerung zu vertreten hat.

- 39 §§ 308 und 309 BGB enthalten einen Katalog zwingend unwirksamer Regelungen. Eine Angemessenheitskontrolle findet nicht statt. Der Anwendungsbereich der §§ 308 und 309 BGB wird allerdings gemäß § 310 Abs. 1 BGB beschränkt. Im Verkehr mit Unternehmern (§ 14 BGB), juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtlichen Sondervermögen sind §§ 308 und 309 BGB nicht anwendbar. Jedoch hat die Aufnahme einer Klausel in den Katalog dieser Regelungen **Indizwirkung für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im kaufmännischen Verkehr**¹⁰⁰, es sei denn,

⁹⁵ BGH Urt. v. 6.6.2013 – VII ZR 355/12 = NJW 2013, 3022.

⁹⁶ BGH Urt. v. 7.3.2013 – VII ZR 162/12 = BauR 2013, 946 = NZBau 2013, 297.

⁹⁷ BGH Urt. v. 10.6.1999 – VII ZR 365/98 = BGHZ 142, 46 = BauR 1999, 1290 = NJW 1999, 3260 = ZfBR 2000, 27.

⁹⁸ BGH Urt. v. 20.1.2000 – VII ZR 46/98 = BauR 2000, 1049, 1050 = NZBau 2000, 327 = ZfBR 2000, 331; Urt. v. 17.1.2002 – VII ZR 198/00 = BauR 2002, 790 = NZBau 2002, 385 = ZfBR 2002, 471; Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01 = BauR 2003, 870 = NZBau 2003, 321 = ZfBR 2003, 447; Urt. v. 30.3.2006 – VII ZR 44/05 = BGHZ 167, 75 = BauR 2006, 1128 = NZBau 2006, 504 = ZfBR 2006, 465.

⁹⁹ BGH Urt. v. 17.1.2002 – VII ZR 198/00 = BauR 2002, 790 = NZBau 2002, 385 = ZfBR 2002, 471.

¹⁰⁰ BGH Urt. v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82 = BGHZ 90, 273 = BauR 1984, 390 = NJW 1984, 1750 = ZfBR 1984, 186; Urt. v. 3.3.1988 – X ZR 54/86 = BGHZ 103, 316, 328 = NJW 1988, 1785; Urt. v. 28.10.2004 – VII ZR 385/02 = BauR 2005, 383 = NZBau 2005, 149 = ZfBR 2005, 246; Urt.

sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden¹⁰¹. Es ist insoweit jedoch nicht geboten, die strengen Maßstäbe anzulegen, die für die Inhaltskontrolle von Klauseln gelten, die gegenüber Verbrauchern verwandt werden. Es erfolgt eine **Parallelwertung in der Unternehmenssphäre**¹⁰². Insbesondere sind die Gepflogenheiten des kaufmännischen Rechtsverkehrs auch unter Berücksichtigung internationaler Regelungen, die gesteigerte Eigenverantwortlichkeit eines Unternehmers, der Wissens- und Erkenntnisvorsprung eines Unternehmers vor Verbrauchern, die Beherrschbarkeit des durch die Klausel auferlegten Risikos, in Grenzen auch dessen Versicherbarkeit und allgemein die branchentypischen Umstände in die Würdigung mit einzubeziehen¹⁰³.

IV. Ausnahme von der Inhaltskontrolle

Die Inhaltskontrolle ist grundsätzlich nur eröffnet für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Der Inhaltskontrolle unterliegen also die so genannten **Nebenabreden**¹⁰⁴. Abreden, die Art und Umfang der gegenseitigen Hauptleistungspflichten regeln, wie **Preis- und Leistungsabreden**, sind dagegen grundsätzlich der Inhaltskontrolle entzogen¹⁰⁵. **Kontrollfrei sind auch Regelungen über Preise für Nebenleistungen oder einzelne Leistungsteile und über die Vergütung zusätzlich angebotener Sonderleistungen**, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bestehen. Demgegenüber unterliegen gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle solche **Preisnebenabreden**, die sich zwar mittelbar auf den Preis und Leistung auswirken, diese aber nicht ausschließlich festlegen, und **bestehende Rechtsvorschriften, insbesondere Regelungen des dispositiven Gesetzesrechts, ergänzen oder von diesen abweichen**¹⁰⁶. Unter Rechtsvorschriften in diesem Sinne fallen nicht nur Gesetzesvorschriften, sondern auch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze sowie die Gesamtheit der wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben¹⁰⁷. Hat eine Regelung kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand, die dem Vertragspartner auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern wälzt der Verwender durch die Bestimmung allgemeiner Betriebskosten Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Vertragspartner ab, so ist sie kontrollfähig¹⁰⁸. Die Abgrenzung zwischen den Nebenabreden und den Preis- und Leistungsabreden ist bisweilen schwierig.

Beispiel: Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen über die Vergabe von Bauaufträgen enthaltene Klausel:

v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 = BB 2007, 2649 = ZIP 2007, 2270; Urt. v. 10.10.2013 – VII ZR 19/12 = BauR 2014, 127 = NZBau 2014, 47.

¹⁰¹ BGH Urt. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06 = BB 2007, 2649 = ZIP 2007, 2270.

¹⁰² Berger ZIP 2006, 2149, 2153.

¹⁰³ Vgl. zB Berger NJW 2010, 465 ff. mit der Forderung nach einer gesetzlichen Regelung; Acker/Bopp BauR 2009, 1040, 1048; Langer WM 2006, 1233; Berger ZIP 2006, 2149, 2154;.

¹⁰⁴ Vgl. dazu BGH Urt. v. 10.6.1999 – VII ZR 365/98 = BauR 1999, 1290 = NJW 1999, 3260; Urt. v. 17.3.1999 – IV ZR 137/98 = NJW 1999, 3411.

¹⁰⁵ Vgl. BGH Beschl. v. 11.5.2006 – VII ZR 309/04 = BauR 2006, 1301.

¹⁰⁶ So kann zB ein Zahlungsplan eine Allgemeine Geschäftsbedingung sein, wenn die in § 632a BGB enthaltene Regelung dadurch geändert werden soll: BGH Urt. v. 8.11.2012 – VII ZR 191/12 = BauR 2013, 228 = NZBau 2013, 102.

¹⁰⁷ BGH Urt. v. 13.1.2011 – III ZR 78/10 = NJW 2011, 1726.

¹⁰⁸ BGH Urt. v. 7.12.2010 – XI ZR 3/10 = BGHZ 187, 360 = NJW 2011, 1801.

„Bauwasser: In der Schlussrechnung werden die Verbrauchskosten und etwaige Kosten für Messer und Zähler in Höhe von 1,2% des Endbetrages der Schlussrechnung ... abgesetzt“ unterliegt nicht der richterlichen Inhaltskontrolle. Es handelt sich um eine Regelung über den Austausch von Leistung (Bauwasser) und Preis (Pauschale), für den Fall, dass Wasser gebraucht wird¹⁰⁹. Wäre die Klausel jedoch dahin zu verstehen, dass die Pauschale unabhängig davon zu zahlen ist, ob Wasser gebraucht wird, würde es sich um eine versteckte Preisklausel handeln, die als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle unterläge.

Die so genannte Schuttklausel unterliegt der Inhaltskontrolle; eine Klausel über eine Pauschale für die Bauwesensversicherung dagegen nicht¹¹⁰. Eine Klausel über die Befugnis, den Vertrag einseitig zu ändern, ist eine Nebenabrede¹¹¹. Eine Klausel, die die Art und Weise der Leistungserbringung und deren Einbeziehung in die Preisvereinbarung regelt (Bedarfsermittlung für Stoffe und Bauteile, die AG zu stellen hat, Beförderung zur Baustelle, Lagerung, Entsorgung von Abfall und Entsorgungsnachweis) unterliegt nicht der Inhaltskontrolle¹¹².

Die bloße Einstellung einer Klausel in ein Regelwerk, das Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt, führt noch nicht dazu, dass die einzelne Klausel als unselbständiger Bestandteil einer „Gesamtpreisabsprache“ jeder Kontrolle entzogen ist. Der klare Wortlaut des Gesetzes, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB verlangt auch dann eine Prüfung, ob die Klausel lediglich deklaratorische Wirkung hat oder ob sie Rechtsvorschriften ergänzt, indem sie etwa ein Entgelt festlegt, obwohl eine Leistung für den Vertragspartner nicht erbracht wird. Der Begriff der Leistung steht nicht zur Disposition des Verwenders von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Daher ist ohne Rücksicht auf die Preisstruktur insgesamt und die Beschaffenheit der sonstigen Einzelpreise zu überprüfen, **ob der streitigen Klausel eine echte (Gegen-)Leistung zugrunde** liegt oder ob es sich um eine kontrollfähige (Preisneben-)Abrede handelt, die zwar (mittelbare) Auswirkungen auf Preis und Leistung hat, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann¹¹³. Kommt eine Auslegung einer Klausel nicht zweifelsfrei zu dem Ergebnis, dass es sich um eine Preisabrede und nicht um eine Preisnebenabrede handelt, gilt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB¹¹⁴.

V. Transparenzkontrolle

- 41 Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine **unangemessene Benachteiligung** auch daraus ergeben, dass eine **Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht klar und verständlich ist**¹¹⁵. Nach § 307 Abs. 3 BGB gilt diese Regelung auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nicht nur von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen treffen. Sie **gilt also auch für Leistungs- und Preisbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**¹¹⁶. Das Transparenzgebot hat deshalb in Bauverträgen eine gewisse Bedeutung.

¹⁰⁹ BGH Urt. v. 10.6.1999 – VII ZR 365/98 = BGHZ 142, 46 = BauR 1999, 1290 = NJW 1999, 3260 = ZfBR 2000, 27.

¹¹⁰ BGH Urt. v. 6.7.2000 – VII ZR 73/00 = BauR 2000, 1756 = NZBau 2000, 466 = ZfBR 2000, 546.

¹¹¹ BGH Urt. v. 23.6.2005 – VII ZR 200/04 = BauR 2005, 1473 = NZBau 2005, 511 = ZfBR 2005, 676.

¹¹² BGH Beschl. v. 11.5.2006 – VII ZR 309/04 = BauR 2006, 1301.

¹¹³ BGH Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 = BauR 2013, 462 = NJW 2013, 856 zur sog. „bring or pay-Klausel“.

¹¹⁴ BGH Urt. v. 7.12.2010 – XI ZR 3/10 = BGHZ 187, 360 = NJW 2011, 1801.

¹¹⁵ Zur richtlinienkonformen Auslegung der „Kann“-Regelung vgl. Thode NZBau 2002, 360, 366.

¹¹⁶ Vgl. zur Transparenzkontrolle (noch nach altem Recht): BGH Urt. v. 26.10.2005 – VIII ZR 48/05 = BGHZ 165, 12.

Das gilt vor allem in **Verbraucherverträgen**, denn nach § 310 Abs. 3 BGB ist § 307 42 BGB in diesen Verträgen in aller Regel anwendbar, wenn sie vom Unternehmer gestellt sind. Es kommt dann auf die Absicht der Vielfachverwendung nicht an. **Intransparente Preis- und Leistungsklauseln** in Bedingungen von Bauträger- und Generalübernehmer- oder Generalunternehmerverträgen sind danach unwirksam, wenn sie die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders in sich bergen¹¹⁷. Das **Transparenzgebot** erfordert, dass eine Klausel für den durchschnittlichen Verbraucher verständlich ist und die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen so weit erkennbar macht, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann¹¹⁸. Gefordert wird die richtige und vollständige Mitteilung der entscheidungsrelevanten Informationen. Nur wenn der Verbraucher die Preis- und Leistungsbestimmung im Einzelnen verstehen und nachvollziehen kann, hat er die Möglichkeit, eine „informierte“ Auswahl unter den verschiedenen Angeboten zu treffen. Die Informationen sollen den Verbraucher in die Lage versetzen, die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu beurteilen und die Angebote anderer Anbieter zu vergleichen¹¹⁹. Bedenklich sind insbesondere solche Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von **Bauverträgen und anderen Verträgen über die schlüsselfertige Errichtung von Häusern**, die in unklarer Weise versuchen, Leistungselemente aus dem Vertrag herauszunehmen, die zur Schlüsselfertigkeit gehören, wie zB den Erdaushub oder den Erdtransport, die Außenanlage oder Teile des Innenausbaus oder des Anstrichs. Derartige Herausnahmen von Leistungsteilen aus dem Leistungskatalog müssen klar und verständlich sein. Die Benutzung von Fachbegriffen, die nach dem Verständnis eines Verbrauchers keine klaren Konturen haben, kann zur Intransparenz führen¹²⁰.

Es kommt es nicht nur darauf an, dass die Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Vertragspartner verständlich ist. Vielmehr gebieten es Treu und Glauben auch, dass die **Gefahr von Missverständnissen oder Fehldeutungen** durch eine unklare, mehrdeutige oder unvollständige Fassung der Klausel möglichst vermieden wird. Weiter ist eine Klausel auch dann unwirksam, wenn der Vertragspartner durch die Formulierung der Klausel davon abgehalten wird, seine berechtigten Ansprüche oder Gegenrechte dem Verwender gegenüber geltend zu machen. Dagegen ist der Verwender nicht verpflichtet, aus dem Gesetz oder aus der Rechtsnatur eines Vertrages folgende Rechte ausdrücklich zu regeln oder den Vertragspartner darüber zu belehren¹²¹.

Die Inhaltskontrolle intransparenter Vertragsbedingungen gilt nicht nur für Verbraucherverträge. Vielmehr unterliegen **Preis- und Leistungsbestimmungen in allen Bauverträgen der Transparenzkontrolle**, soweit sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verfasst sind. Es ist deutlich, dass die Regelung des § 307 BGB **nicht ohne Auswirkung auf die Beurteilung unklarer, ungenauer, lückenhafter Leistungsbeschreibungen** sein kann¹²². Die Unwirksamkeit dieser Bestimmungen kann sich insbesondere daraus ergeben, dass **Wagnisse und Risiken des Vertrages** verschleiert werden. Unklare Leistungsbeschreibungen, zB in Standardleistungsverzeichnissen oder formularmäßigen Vorbemerkungen, unklare Preisregelungen, zB in formularmäßigen Bauverträgen, und auch unklare Leistungsbilder, zB in Architektenformularverträgen, können nach diesen

¹¹⁷ Vgl. BGH Urt. v. 23.2.2011 – XII ZR 101/09 = NJW-RR 2011, 1144.

¹¹⁸ BGH Urt. v. 8.5.2013 – IV ZR 84/12 = NJW 2013, 2739; Urt. v. 23.2.2011 – XII ZR 101/09 = NJW-RR 2011, 1144; Urt. v. 9.5.2001 – IV ZR 121/00 = ZIP 2001, 1052, 1054; Urt. v. 9.5.2001 – IV ZR 138/99 = ZIP 2001, 1061, 1062.

¹¹⁹ Thode NZBau, 2002, 360, 363.

¹²⁰ BGH Urt. v. 8. Mai 2013 – IV ZR 84/12 = NJW 2013, 2739; Urt. v. 26.9.2012 – XII ZR 112/10 = NJW 2013, 41.

¹²¹ BGH Urt. v. 8.11.2012 – VII ZR 191/12 = BauR 2013, 228 = NZBau 2013, 102.

¹²² Vgl. Thode NZBau 2002, 360, 366.

Maßstäben unwirksam sein. Andererseits hilft § 307 BGB nicht, wenn vorhandene Risiken deutlich verlagert werden. Denn dann liegt ein Transparenzverstoß nicht vor und ansonsten unterliegen Allgemeine Geschäftsbedingungen über Preis- und Leistungsbestimmungen nicht der Inhaltskontrolle. Keine Bedenken bestehen gegen Preisvereinbarungen, die auf der HOAI beruhen¹²³. Das Honorarermittlungssystem der HOAI ist zwar schwierig zu durchschauen, ermöglicht jedoch einen Vergleich der Angebote.

VI. Rechtsfolgen

- 44 Hält eine Klausel einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB nicht stand, ist die Klausel unwirksam. Eine so genannte „**geltungserhaltende Reduktion**“ findet nicht statt, d.h. die Klausel wird nicht mit dem noch zulässigen Inhalt angewandt, sondern überhaupt nicht¹²⁴.

Beispiel: Der Tagessatz von 0,5%, den eine Vertragsstrafenklausel vorsieht, kann nicht durch richterliche Entscheidung auf noch wirksame 0,3% zurückgeführt werden.

- 45 Allerdings werden inhaltlich **voneinander trennbare**, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen **gesondert auf ihre Wirksamkeit überprüft**, auch wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen unwirksamen Regeln stehen¹²⁵. Das kann dazu führen, dass ein Teil einer Klausel wirksam ist, während der andere Teil als unwirksam entfällt. Die Rechtsprechung dazu ist bisweilen recht großzügig¹²⁶.

Beispiel: Eine Vertragsstrafenklausel, die sich sowohl auf die Überschreitung des Endtermins als auch der Zwischentermine bezieht, kann hinsichtlich der Endtermine wirksam sein, hinsichtlich der Zwischentermine jedoch nicht¹²⁷.

Wenn der als wirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrages allerdings nicht mehr sinnvoll ist, insbesondere wenn der unwirksame Teil von so einschneidender Bedeutung ist, das von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die gesamte Klausel¹²⁸.

Beispiel: Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Werkbestellers, die vorsieht, dass der Werkunternehmer einen Sicherheitseinbehalt von 5% der Schlussabrechnungssumme nur gegen Stellung einer Bürgschaft ablösen kann, die den Verzicht auf sämtliche Einrede des § 768 BGB enthält, benachteiligt den Werkunternehmer unangemessen und ist insgesamt unwirksam. Die formularmäßige Vereinbarung zur Sicherung von Gewährleistungsansprüchen bildet mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Gewährleistungsbürgschaft eine untrennbare Einheit¹²⁹.

¹²³ AA Thode NZBau 2002, 360, 366.

¹²⁴ BGH Urt. v. 6.12.1984 – VII ZR 227/83 = BauR 1985, 192 = NJW 1985, 855 = ZfBR 1985, 134; Urt. v. 23.1.2003 – VII ZR 210/01 = BauR 2003, 870 = NZBau 2003, 321 = ZfBR 2003, 447; 5.11.2011 – VII ZR 181/10 = BauR 2011, 1331 = NZBau 2011, 407.

¹²⁵ BGH Urt. v. 9.5.1996 – VII ZR 259/94 = BauR 1996, 707 = NJW 1996, 2155 = ZfBR 1996, 265; Urt. v. 14.1.1999 – VII ZR 73/98 = BauR 1999, 645 = NJW 1999, 1108 = ZfBR 1999, 188; Urt. v. 18.1.2001 – VII ZR 238/00 = BauR 2001, 791 = NZBau 2001, 257 = ZfBR 2001, 266; Urt. v. 5.5.2011 – VII ZR 179/10 = BauR 2011, 1324 = NZBau 2011, 410.

¹²⁶ BGH Urt. v. 7.11.2013 – VII ZR 167/11 = BauR 2014, 262.

¹²⁷ BGH Beschl. v. 27.11.2013 – VII ZR 371/12 = BauR 2014, 550 = NZBau 2014, 100; Urt. v. 18.1.2001 – VII ZR 238/00 = BauR 2001, 791 = NZBau 2001, 257 = ZfBR 2001, 266.

¹²⁸ BGH Urt. v. 28.7.2011 – VII ZR 207/09 = BauR 2011, 809 = NZBau 2011, 610 mwN.

¹²⁹ BGH Versäumnisurt. V. 16.6.2009 – XI ZR 145/08 = BauR 2009, 1742 = NZBau 2009, 784.