

**IST DIE KLAUSEL IM
BAUTRÄGERVERTRAG
„ABWEICHUNGEN VON DER
LEISTUNGSBESCHREIBUNGEN
BLEIBEN VORBEHALTEN“
WIRKSAM?**

1. In einem formularmäßigen Kaufvertrag über neu herzustellendes Wohneigentum ist die Klausel

„Von der Leistungsbeschreibung abweichende Ausführungen bleiben vorbehalten, sofern damit technische Verbesserungen verbunden und/oder der Gesamtwert des Objekts nicht wesentlich beeinträchtigt werden“

wegen Verstoßes gegen § 10 Nr. 4 AGB - Gesetz sowie wegen Intransparenz gemäß § 9 AGB - Gesetz unwirksam.

2. Zur Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes für eine Nachbesserung bei klarer Abweichung von der Leistungsbeschreibung (hier: Kunstharzputz statt mineralischer Kratzputz).

In einer gerade veröffentlichten Entscheidung des Oberlandesgerichtes (OLG) Hamm¹ befasste sich das Gericht mit mehreren Gesichtspunkten. Im Vordergrund stand hier die Frage, wie ein globaler Änderungsvorbehalt bei Unwesentlichkeit im Verhältnis zum gesamten Bauwert zu behandeln ist. Daneben werden folgende Fragen angesprochen:

- Wann liegt ein Mangel vor?²
- Unter welchen Voraussetzungen kann ein Kostenvorschussanspruch gegeben sein)³
- Welche Regelungen ergeben sich aus § 10 Nr. 4⁴ und § 9⁵ AGB - Gesetz?
- Welche Folgen ergeben sich aus er Kenntnis des Mangels bei der Abnahme?⁶

Der Sachverhalt

Der Kläger ist Verwalter der Wohnungseigentumsanlage die von dem beklagten Bauträger errichtet worden ist. Der Kläger macht für die Eigentümer einen Kostenvorschussanspruch gegen die Beklagte geltend, weil die Hausfassade als Kunstharz-Silikonputz anstatt, wie in der Baubeschreibung angegeben, als mineralischer Kratzputz ausgeführt worden ist. Die Beklagte hat unter anderem eingewandt, dass die Abnahme in Mangelkenntnis stattgefunden habe, sie hat ferner den Zusicherungscharakter der Baubeschreibung verneint, die Neuherstellungskosten bestritten und die Unverhältnismäßigkeit der Kosten einer Neuherstellung geltend gemacht.

Die Entscheidung des Eingangsgerichts

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 170.500,00 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Es vertrat die Auffassung, dass die von den Klägern selbst behauptete Minderwertigkeit des Kunstharz-Silikonputzes nur 0,7% der Gesamtsumme von 11 Millionen € ausmache und deshalb eine „unwesentliche“ und damit nach der oben angegebenen Klausel hinzunehmende Leistungsänderung vorliegen würde.

Die Entscheidung des OLG Hamm

Das OLG Hamm hat sich sehr umfangreich mit dem Fall auseinandergesetzt und im Einzelnen wie folgt entschieden. Zunächst hat es dargelegt dass der Kläger, der Verwalter der Wohnungseigentumsanlage, zur Einziehung eines gemeinschaftlichen Gewährleistungsanspruch der Eigentümer im eigenen Namen befugt sei. Dies ergab sich im vorliegenden Fall sogar aus einem Eigentümerbeschluss. Dieser wäre nach Auffassung des OLG Hamm gar nicht notwendig gewesen, weil nach der obergerichtlichen Rechtsprechung der

Verwalter auch im eigenen Namen als klagebefugt angesehen wird.

Nunmehr untersuchte das OLG Hamm die Frage eines Baumangels. Hierbei wurde dargelegt, dass durch die Baubeschreibung, die Bestandteil der Erwerbverträge geworden sei, der mineralische Kratzputz zur Sollbeschaffenheit des herzustellenden Gemeinschaftseigentums geworden ist. Danach stellte das Gericht fest, dass die Istbeschaffenheit, also die tatsächliche Ausführung des Fassadenputzes aus einem Kunstharzmaterial, von der Sollbeschaffenheit abweiche, wodurch sich eine nicht nur unerhebliche Einschränkung seines Wertes und seiner Gebrauchstauglichkeit ergäbe. Hier hatte ein Sachverständiger ausgeführt, dass insbesondere die Lebensdauer bei einem Kunstharzputz deutlich kürzer sei als bei einem Mineralputz. Während Mineralputze teilweise ein Alter von mehreren Jahrhunderten oder gar Jahrtausenden erreichen könnten, sei das bei Kunstharzputzen nicht der Fall. Sie beginnen nach einem gewissen Zeitraum zu verspröden, neigten dann zu Rissen und würden schließlich unansehnlich. Ferner sei der Reinigungsaufwand bei Kunstharzputzen höher. Schließlich nehme nach Auffassung des Sachverständigen ein Kunstharzputz keine Feuchtigkeit auf, was dazu führen könne, dass er grundsätzlich anfällig für Algenbildung sei.

Im folgenden untersuchte das OLG, ob die Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit von der Klausel in der Leistungsbeschreibung gedeckt sei. Das Gericht stellte hier zunächst fest, dass das AGB - Gesetz anwendbar sei. Das Gericht führte dann aus, dass mit der Klausel der Beklagten das Recht eingeräumt werden sollte, die versprochenen Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen. Dabei umfasse die Klausel auch solche Änderungen und Abweichungen, die selbst unter Berücksichtigung der Interessen der Beklagten für die Erwerber nicht zumutbar seien. Die Kombination „und/oder“ bedeute sprachlich,

dass eine Abweichung zulässig sein soll, wenn entweder beide oder nur eine der ausgeführten Voraussetzungen erfüllt sei. Folglich solle es genügen, wenn durch die Abweichung der Gesamtwert des Objektes nicht wesentlich beeinträchtigt sei, auch wenn mit der Abweichung keine technischen Verbesserungen, sondern eine Verschlechterung einhergehe. Das Abstellen auf den Gesamtwert des Objektes bringe es daher mit sich, dass ein Einzelgewerk erheblich in Qualität oder Quantität reduziert oder ein kleineres Gewerk, dessen Volumen nur einen geringeren Prozentsatz des Gesamtbauwertes ausmache, unter Umständen ganz weggelassen werden könnte. So würde zum Beispiel der Fassadenputz insgesamt, wenn man für ihn die Größenordnung der Klageforderung veranschlagen würde, immer noch lediglich 1,55% des Bauwertes ausmachen und damit unwesentlich im Sinne der fraglichen Klausel sein. Ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten an der Einräumung derart weitgehender Änderungsbefugnisse sei ebenfalls nicht gegeben. Zusammenfassend stellte das Gericht schließlich fest, dass ein globaler Änderungsvorbehalt bei Unwesentlichkeit im Verhältnis zum gesamten Bauwert nicht möglich sei. Mithin liege ein Verstoß gegen § 10 Nr. 4 AGB - Gesetz vor.

Im folgenden führte das Gericht zudem aus, dass die fragliche Klausel intransparent sei und damit gegen § 9 AGB - Gesetz verstoßen würde. Die Wortkombination „und/oder“, könne auf den Leser verwirrend wirken und lenke davon ab, dass auch gewichtige technische Störungen von der Klausel gedeckt seien und Detailangaben bei den einzelnen Gewerken praktisch entwertet würden.

Im vorliegenden Fall lehnte das Gericht die Anwendung von § 640 Abs. 2 BGB ab, weil die Beklagte nicht ausreichend unter Beweis gestellt hätte, dass ein oder mehrere Erwerber bei der Abnahme ihres Wohnungseigentums positive Kenntnis von

der nicht vertragsgemäßen Fassadenausführung gehabt hätten. Schließlich setzte sich das OLG Hamm mit dem Einwand der Unverhältnismäßigkeit auseinander, wonach der Kunstharzputz im Wege der Nachbesserung durch den vertragsgemäßen Mineralputz zu ersetzen sei. Das Gericht lehnte den Einwand der Unverhältnismäßigkeit ab, und stützte dies im Wesentlichen auf Minderwertigkeit der hergestellten Fassade.

Fazit

Der Verwalter der Wohnungseigentumsanlage war im vorliegenden Fall durchaus gut beraten, das Oberlandesgericht anzurufen. Es zeigt sich vielfach, dass in Bauträgerverträgen – selbst wenn sie vor einem Notar geschlossen wurden – unwirksame Klausel verwendet werden. Dies bedarf einer sachkundigen rechtlichen Prüfung und Bewertung.

Der Autor Dr. Ernst-Michael Ehrenkönig ist als Rechtsanwalt und Notar in Berlin tätig. Der Tätigkeitsschwerpunkt im Anwaltsbereich liegt im Mietrecht und zivilen Baurecht.

¹ OLG Hamm, Urteil vom 10.02.2005 (AZ: 21 U 94/04), BauR 2005, 1324.

Die Beurteilung des Falles richtet sich nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzen.

² Unter Sachmangel wird zum Beispiel jede Abweichung der Istbeschaffenheit des Werkes von seiner Sollbeschaffenheit verstanden.

³ Mit dem Kostenvorschussanspruch gemäß § 633 Abs. 3 a. F. BGB werden – vor erfolgter Nachbesserung – die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung geltend gemacht.

⁴ § 10 Nr. 4 AGB - Gesetz lautet: „(Änderungsvorbehalt) In allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwender für den anderen Vertragsteil zumutbar ist.“

⁵ § 9 AGB – Gesetz lautet: „(Generalklausel) I Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. II Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung

1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

⁶ § 640 Abs. 2 BGB lautet: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei er Abnahme vorbehält.“