

4

**Zur Wirksamkeit von
Umlagevereinbarungen**

Orientierungssätze zur Anmerkung:

- 1. Der Auftragnehmer kann die Auszahlung eines Sicherheitseinhalts verlangen, wenn der Auftraggeber den Einbehalt nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt hat.**

2. Zur Unwirksamkeit von Umlagevereinbarungen betreffend Baustrom, Bauwasser und SiGeKo-Kosten.

3. Zur Wirksamkeit einer Umlagevereinbarung betreffend eine Bauleistungsversicherung.

Anmerkung zu LG Bochum, Urteil vom 04.10.2021, 2 O 80/21

von **Dr. Kristina Plank**, RA'in und FA'in für Bau- und Architektenrecht, von Boetticher Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB, München

A. Problemstellung

Die Parteien des zu besprechenden Urteils waren durch einen Bauvertrag verbunden. Unstreitig wurden die Leistungen durch die Klägerin mangelfrei erbracht und von der Beklagten zu 1) (nachfolgend „Beklagte“) abgenommen. Im Streit waren Beträge, die die Beklagte für Kostenbeteiligungen von der Vergütung abgezogen hatte. Außerdem verlangte die Klägerin die Auszahlung des Sicherheitseinbehalts, weil die Beklagte den Betrag nicht auf ein Sperrkonto eingezahlt hatte.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das Gericht hat entschieden, dass die Beklagte nicht länger zum Sicherheitseinbehalt berechtigt war, weil sie den einbehaltenen Betrag nicht innerhalb der von der Klägerin gesetzten Nachfrist auf ein Sperrkonto eingezahlt hatte. Die Klägerin sei deshalb nach § 17 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B berechtigt, die sofortige Auszahlung des einbehaltenen Betrages zu verlangen (Rn. 27).

Die Umlagevereinbarung i.H.v. 0,35% für die sanitären Anlagen, Baustrom und Bauwasser ist dem Gericht zufolge gemäß § 307 BGB unwirksam, da sie die Klägerin unangemessen benachteilige. Die Umlage der genannten Kosten sei zwar – auch im Rahmen von Allgemeinen Vertragsbedingungen – grundsätzlich möglich, soweit es sich nicht um eine Preisnebenabrede, sondern um einen gesonderte Belieferungs- oder Bereitstellungsvertrag handle, für den ein pauschalisiertes Entgelt vereinbart werde. Eine solche nicht der Inhaltskontrolle unterliegen-

de Vereinbarung liege insbesondere dann vor, wenn es dem Unternehmer unbenommen bleibe, ob er bei Ausführung seiner Bauleistung das Angebot des Bestellers annehmen oder Bauwasser, sofern er es benötigt, auf eigene Kosten selbst besorgen wolle. Eine pauschale, nicht abwendbare Überbürdung solcher Kosten bedeute dagegen regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung (Rn. 29 ff.).

Das Gericht hat weder der Vertragsklausel noch dem Parteivortrag entnommen, dass der Klägerin die Möglichkeit eingeräumt worden wäre, von der Inanspruchnahme der Leistungen ganz oder teilweise Abstand zu nehmen. Deshalb sei die Klausel als der Kontrolle des § 307 Abs. 1 BGB unterliegende und die Klägerin unangemessen benachteiligende Preisnebenabrede zu werten (Rn. 31).

Ebenso unwirksam ist dem Gericht zufolge die Umlagevereinbarung i.H.v. 0,5% für die Bestellung eines SiGe-Koordinators. Gemäß den §§ 3, 4 Baustellenverordnung sei der Bauherr für die Bestellung des SiGeKo zuständig, so dass eine nicht geschuldete Baunebenleistung auf den Unternehmer umgelegt werde. Dadurch entstehe jedoch der Eindruck, der Unternehmer zahle für eine vertraglich geschuldete Leistung und werde durch die Zahlung der Umlage von seinen Leistungspflichten befreit. Dies führe zu einer unangemessenen Benachteiligung des Unternehmers und damit zur Unwirksamkeit der Klausel (Rn. 32 f.).

Lediglich die Umlagevereinbarung i.H.v. 0,35% für die Bauleistungsversicherung sei wirksam. Sie unterfalle nicht der Kontrolle gemäß § 307 BGB und es liege auch kein Verstoß gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 BGB vor. Für die Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts bedürfe es neben einem objektiven Missverhältnis zusätzlich einer subjektiv verwerflichen Gesinnung. Das objektive Missverhältnis liege zwar möglicherweise vor. Die subjektiv verwerfliche Gesinnung müsse jedoch von der Klägerin konkret dargelegt und ggf. bewiesen werden. Die Klägerin habe zur Gesinnung der Beklagten nichts vorgetragen, weshalb kein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen sei (Rn. 34 ff.).

Darüber hinaus hat das Gericht der Klägerin Verzugszinsen zugesprochen. Außerdem hielt das Gericht vorgerichtliche Rechtsverfolgungs-

kosten in Höhe eines Gebührensatzes von 1,5 Gebühren für angemessen, da es sich um eine Bausache mit diversen streitigen Positionen und einem nicht unerheblichen Ursprungsstreitwert handelte und die Rechtslage hinsichtlich der Umlagepositionen als nicht einfach gelagert und in der Rechtsprechung abschließend geklärt zu bewerten sei (Rn. 39 ff.).

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des LG Bochum entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH.

Gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B muss der Auftraggeber, der eine Sicherheit einbehält, dem Auftragnehmer den jeweils einbehaltenen Betrag mitteilen und binnen 18 Werktagen auf ein im Insolvenzfall sicheres Sperrkonto bei dem vereinbarten Geldinstitut einzahlen. Gemäß § 17 Abs. 5 VOB/B, der gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 5 VOB/B entsprechend gilt, muss es sich um ein Konto handeln, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Darüber hinaus muss der Auftraggeber veranlassen, dass das Geldinstitut den Auftragnehmer von der Einzahlung des Sicherheitsbetrags benachrichtigt.

Erfüllt der Auftraggeber diese Verpflichtungen nicht und setzt der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine angemessene Nachfrist, kann der Auftragnehmer gemäß § 17 Abs. 6 Nr. 3 Satz 2 VOB/B die Auszahlung des Einbehalts ohne Sicherheitsleistung verlangen. Der Auftraggeber verliert in diesem Fall den Anspruch auf die Sicherheit (Koeble in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 9. Teil, Rn. 57).

Umlagevereinbarungen zulasten des Auftragnehmers sind grundsätzlich zulässig. Soweit solche Umlagen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers vereinbart werden, kommt allerdings eine Inhaltskontrolle zu dessen Lasten in Betracht (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 524). Der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind gemäß § 307 Abs. 3 BGB jedoch solche Klauseln entzogen, die Art und Umfang der vertraglichen Leistungspflichten unmittelbar regeln (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 525). Dagegen unterliegen Preisnebenabreden, die zwar mittelbare Auswirkun-

gen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann, der Inhaltskontrolle (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 5. Teil, Rn. 525).

Sofern Umlagen für selbstständige Leistungen des Auftraggebers, wie zum Beispiel die Lieferung von Strom oder Wasser, vereinbart werden, liegen selbstständige Preisvereinbarungen vor, die der Inhaltskontrolle entzogen sind. Voraussetzung ist allerdings, dass die Klausel so formuliert ist, dass die Umlage nur dann zu zahlen ist, wenn die Leistung in Anspruch genommen wird. Andernfalls könnte sie als versteckter Preisnachlass gewertet werden, der der Inhaltskontrolle zugänglich sein kann (Kniffka in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 526).

In dem von dem LG Bochum zu entscheidenden Fall war dem Auftragnehmer keine Möglichkeit eingeräumt worden, von der Inanspruchnahme der Leistungen ganz oder teilweise Abstand zu nehmen. Dem Tatbestand des Urteils zufolge enthielt das vorformulierte Verhandlungsprotokoll der Beklagten eine Regelung zur Kostenbeteiligung der Klägerin i.H.v. 0,35% der Netto-Abrechnungssumme für die Stellung von sanitären Einrichtungen, Baustrom und Bauwasser. Das Gericht hat die Klausel deshalb – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH – als der Kontrolle des § 307 Abs. 1 BGB unterliegende und die Klägerin unangemessen benachteiligende Preisnebenabrede gewertet (Rn. 31).

Auch die Umlagevereinbarung für die Bestellung eines SiGe-Koordinators ist dem LG Bochum zufolge gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Dem BGH zufolge stellen Umlageklauseln, die dem Auftragnehmer Kosten für Leistungen auferlegen, die er nicht schuldet, eine unangemessene Benachteiligung dar (BGH, Urt. v. 06.07.2000 - VII ZR 73/00 - NJW 2000, 3348; OLG Hamm, Urt. v. 10.01.2013 - 21 U 14/12).

Wie das Gericht zutreffend ausführt, ist der Bauherr für die Bestellung eines SiGe-Koordinators gemäß den §§ 3, 4 Baustellenverordnung zuständig und nicht der Auftragnehmer. Der Auftraggeber hat vorliegend somit eine nach dem Vertrag nicht geschuldete Baunebenleistung auf den Auftragnehmer umgelegt. Dadurch entsteht der Eindruck, der Auftragnehmer

zahlt für eine vertraglich geschuldete Leistung und wird durch die Zahlung der Umlage von seinen Leistungspflichten befreit. Dies begründet eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers und die Unwirksamkeit der Klausel (Rn. 33).

Die Umlagevereinbarung für die Bauleistungsversicherung hält das Gericht – ebenfalls in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BGH – für wirksam. Der BGH hat bereits am 06.07.2000 entschieden, dass Umlageklauseln betreffend Bauwesenversicherungen nicht der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegen, weil es sich nicht um eine Preisnebenabrede handelt, sondern um eine vom vereinbarten Werklohn unabhängige Entgeltabrede für das selbstständige Angebot des Auftraggebers, die Bauleistung des Auftragnehmers zu versichern (BGH, Urte. v. 06.07.2000 - VII ZR 73/00 - NJW 2000, 3348).

Die Umlagevereinbarung verstößt dem Landgericht zufolge auch im vorliegenden Fall nicht gegen § 138 BGB. Die Klägerin hatte argumentiert, dass die Regelung zur Bauleistungsversicherung sittenwidrig sei, weil der Versicherungsbeitrag bezogen auf die Baukosten lediglich 0,127% statt der vereinbarten 0,35% betragen habe. Das Gericht führt hierzu aus, dass es für die Annahme eines wucherähnlichen Geschäfts neben einem objektiven Missverhältnis der Darlegung einer subjektiv verwerflichen Gesinnung bedürfe (Rn. 37), da die Klägerin zur verwerflichen Gesinnung der Beklagten jedenfalls eine Behauptungslast träge und die Klägerin vorliegend nur die objektiven Anknüpfungstatsachen hinsichtlich des Missverhältnisses der jeweiligen Werte vorgetragen habe, nichts aber zur Gesinnung der Beklagten.

Auch diese Ausführungen des Gerichts entsprechen der ständigen Rechtsprechung. Zwar kann ein Rechtsgeschäft auch allein aufgrund des Inhalts sittenwidrig sein, wenn dieser Inhalt mit grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist (Ellenberger in: Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 138 BGB, Rn. 7). In einem solchen Fall ist unerheblich, ob die Partei das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit hatte oder ob sie die Tatsachen kannte, die das Rechtsgeschäft sittenwidrig machen (BGH, Urte. v. 08.05.1985 - IVa ZR 138/83 - BGHZ 94, 268, 272).

Vorliegend sind aber keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Inhalt des Rechtsgeschäfts mit grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist. Vielmehr kommt allenfalls in Betracht, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung anzunehmen ist und deshalb ein wucherähnliches Geschäft vorliegt. Ein solches auffälliges Missverhältnis führt allerdings – wie das Gericht zutreffend annimmt – nicht allein zur Nichtigkeit; hinzutreten müssen vielmehr weiteren sittenwidrige Umstände, etwa eine verwerfliche Gesinnung (BGH, Urte. v. 24.01.2014 - V ZR 249/12 - NJW 2014, 1652 Rn. 10). Hierfür trägt – wie das Gericht ebenfalls zutreffend ausführt – derjenige, der sich auf die Sittenwidrigkeit beruft, die Behauptungs- und Darlegungslast (BGH Urte. v. 24.01.2014 - V ZR 249/12; Ellenberger in: Grüneberg, 81. Aufl. 2022, § 138 BGB, Rn. 34).

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Urteil zeigt erneut, wie riskant es ist, die Regelungen des § 17 VOB/B zu ignorieren. Ist eine Sicherheit durch Einbehalt vereinbart, muss der Auftraggeber den jeweils einbehaltenen Betrag dem Auftragnehmer mitteilen und binnen 18 Tagen auf ein Sperrkonto einzahlen. Dies gilt – im Falle der Vereinbarung der VOB/B – automatisch, das heißt auch dann, wenn der Auftragnehmer den Auftraggeber hierzu nicht gesondert auffordert. In der Praxis wird dies häufig übersehen, weshalb Auftraggeber hierauf von beratenden Anwälten ausdrücklich hingewiesen werden müssen. Sollten Mitteilung und Einzahlung dennoch unterbleiben, muss der Auftraggeber jedenfalls auf eine entsprechende Nachfristsetzung durch den Auftragnehmer sofort reagieren, da er anderenfalls den Anspruch auf die Sicherheit vollständig verliert.

Im Einzelfall ist zu prüfen, ob der Auftraggeber eine Auszahlung des Einbehalts unter Umständen dennoch verhindern kann, wenn ihm Gegenansprüche wegen Mängeln zur Verfügung stehen. Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte gehen durch Unterlassen der Einzahlung auf das spezielle Konto nach § 17 Abs. 6 Nr. 3 VOB/B nicht verloren (Koeble in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, 9. Teil, Rn. 57).

Die Vereinbarung unwirksamer Umlageklauseln ist für den Auftraggeber weniger riskant. Die Tatsache, dass auch Klauseln, die von der Rechtsprechung schon seit Jahrzehnten einhellig für unwirksam gehalten werden, nach wie vor vereinbart werden, dürfte zumindest auch dadurch begründet sein, dass Auftraggeber auch mit unwirksamen Klauseln immer wieder „durchkommen“ und ihr Risiko sich darauf beschränkt, die Abzüge am Ende doch auszahlen zu müssen.

Der Auftraggeber sollte aber in jedem Fall darauf hingewiesen werden, dass Umlagen für selbstständige Leistungen des Auftraggebers, wie zum Beispiel die Lieferung von Strom oder Wasser, durchaus wirksam vereinbart werden können, wenn die Klauseln so formuliert sind, dass die Umlage nur dann zu zahlen ist, wenn die Leistung in Anspruch genommen wird.

Im Falle unwirksamer Umlageklauseln muss am Ende meist der Auftragnehmer aktiv werden und – jedenfalls im Falle des uneinsichtigen Auftraggebers – den Klageweg beschreiten, obwohl dies im Einzelfall häufig einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten kann. Auftragnehmer jedenfalls sind gut beraten, wenn sie sich die Abzüge genau ansehen und ggf. die Unwirksamkeit der Vereinbarungen geltend machen.