

Vorwort zur dreizehnten Auflage

Seit 45 Jahren erläutert der *Ulmer/Brandner/Hensen* das AGB-Recht und gestaltet dessen Entwicklung mit. Der durch *Peter Ulmer*, *Hans Erich Brandner* und *Horst-Diether Hensen* aus Anlass der Verabschiedung des AGB-Gesetzes vom 9.12.1976 begründete und rasch zum Standardwerk gewordene Kommentar erweist sich auch nach der zum 1.1.2002 erfolgten Integration des AGB-Gesetzes in das BGB und dem Erlass des UKlaG als für die Praxis unverzichtbarer Ratgeber. Rund sechs Jahre nach Erscheinen der 12. Auflage ist es an der Zeit für eine Neuauflage des Kommentars.

Bereits die Fülle des angefallenen Materials, darunter in erster Linie eine Vielzahl neuer höchstrichterlicher Urteile nicht nur des BGH, sondern auch des BAG sowie des EuGH, ließen eine umfassende Überarbeitung und Fortschreibung der Kommentierung geboten erscheinen.

Einzuarbeiten waren aber auch die zwischenzeitlich erfolgten Gesetzesänderungen, etwa zum Kaufrecht, zum Recht des Pauschalreisevertrages und zum UKlaG. Zu berücksichtigen war auch die Aufnahme eines Art. 8b in die Klauselrichtlinie und dessen Umsetzung in das nationale Recht, mit der Folge, dass Verstöße gegen den Klauselkatalog des § 309 BGB erstmals Bußgeldsanktionen gegen den Klauselverwender auslösen können. Besonders hervorzuheben sind zudem das Gesetz für faire Verbraucherverträge vom 10.8.2021, das mit § 308 Nr. 9 BGB zu einem neuen Klauselverbot für Abtretungsausschlüsse und zu Änderungen des die Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen betreffenden § 309 Nr. 9 BGB geführt hat, und die Reform des Bauvertragsrechts vom 28.4.2017, die den Klauselkatalog des § 309 BGB um einen neuen, Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistungen betreffenden § 309 Nr. 15 BGB ergänzt hat.

Der Autorenkreis ist in der 13. Auflage des Werkes abermals erweitert worden. Neu hinzugekommen werden konnten *Wolfgang Abel* und *Wolfgang Schindler*, die den neuen § 309 Nr. 15 BGB kommentieren, *Martin Häublein*, der bei den Vertragstypen die Kommentierungen Mietverträge und Wohnungseigentum/Verwalterverträge von *Guido Christensen* übernommen hat, und *Martin Zimmermann*, der die Kommentierung von *Andreas Fuchs* zu § 309 Nr. 1, Nr. 5 und Nr. 6 BGB sowie zu den Vertragstypen Banken-AGB, Bausparbedingungen, Bürgschaftsverträge, Darlehensverträge, Girocard-Sonderbedingungen, Kreditkarten-AGB, Scheckbedingungen und Zinsanpassungsklauseln weiterführt. Im Übrigen zeichnen *Marcus Bieder*, *Guido Christensen*, *Stefan Ernst*, *Andreas Fuchs*, *Mathias Habersack*, *Carsten Schäfer*, *Harry Schmidt* und *Alexander Witt* für die Kommentierungen verantwortlich. Da *Martin Zimmermann* für die Neuauflage auf grundsätzliche Überlegungen von *Andreas Fuchs* zurückgreifen konnte, und *Martin Häublein* bei der Kommentierung der Mietverträge auf grundsätzliche Überlegungen von *Guido Christensen*, sind dieser und *Andreas Fuchs* bei den betroffenen Kommentierungen weiterhin als Mitautoren genannt. Bei den Kommentierungen von *Mathias Habersack* und *Carsten Schäfer*, bei denen in der 12. Auflage *Peter Ulmer* noch als Mitautor genannt war, liegt die Autorenschaft nunmehr allein bei *Mathias Habersack* und bei *Carsten Schäfer*. *Peter Ulmer* sei für seine großen Verdienste um die Grundlegung und Fortführung des Kommentars über mehr als drei Jahrzehnte auch an dieser Stelle sehr herzlich gedankt. Dank gebührt auch *Klaus Thölken*, der in dieser Auflage das Sachregister erstellt hat.

Vereinfacht wurde die Verweisungstechnik auf Kommentierungen im Teil 2 Besondere Klauseln, Vertragstypen und AGB-Werke, indem Verweisungen nur noch die in Klammern gesetzte laufende Nummerierung mit Angabe der Randzahl enthalten. In bewährter Weise wird Teil 2 mit den besonderen Klauseln, Vertragstypen und AGB-Werken umrahmt von Teil 1, der nach einer Einleitung zum AGB-Recht die Kommentierung der §§ 305 bis 310 BGB sowie einen Anhang zu § 305 BGB zu AGB im internationalen Rechtsverkehr und einen An-

hang zu § 310 BGB zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht enthält, und Teil 3, der die Kommentierung der AGB-rechtlichen Vorschriften des UKlaG umfasst.

Im Übrigen hat die Neuauflage den Verfassern Gelegenheit gegeben, den Kommentar in allen Teilen zu überarbeiten und auf den Stand von Herbst 2021 zu bringen. Dabei konnte auch in der 13. Auflage an den bewährten Grundpositionen seit Erscheinen des Werkes festgehalten werden, was der erwünschten Kontinuität der Rechtsentwicklung zugute kommt.

Für Anregung und Kritik aus der Leserschaft sind wir dankbar. Diese können dem Verlag unter lektorat@otto-schmidt.de mitgeteilt werden.

Im Januar 2022

Die Verfasser

auf den Unternehmerverkehr übertragen, da sie allgemeingültige und nicht nur verbraucher-spezifische Verfahrensgrundsätze zum Ausdruck bringen. Bedenklich sind unter dem Gesichtspunkt der „**Waffengleichheit**“ Klauseln, die nur den Kunden zur Durchführung eines Schlichtungs- oder Mediationsverfahrens verpflichten¹⁰⁴, während sich der Verwender alternativ den sofortigen Weg zu den ordentlichen Gerichten bzw. einem Schiedsgericht offenhält. § 23 VSBG enthält verbraucher-spezifische, auf eine möglichst geringe kostenmäßige Belastung des Verbrauchers abzielende Regelungen zu **Verfahrenskosten**, deren Wertungen nicht auf den Unternehmerverkehr übertragen werden können. In diesem Bereich wird man im Regelfall eine hälftige Kostenteilung zwischen den Parteien für angemessen halten können¹⁰⁵.

- 22 Zu den **Folgen der Unwirksamkeit** von Schlichtungs- und Mediationsklauseln im Unternehmerverkehr vgl. zunächst die auch für diesen geltenden Ausführungen in Rz. 17. Klauseln, die für Klagen als angemessen anzusehen sind (vgl. Rz. 18 f.), aufgrund ihrer Formulierung unzulässigerweise aber auch Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und/oder selbständige Beweissicherungsverfahren erfassen (vgl. Rz. 20 f.), sind insgesamt unwirksam und können nicht im Wege einer **geltungserhaltenden Reduktion** für Klagen aufrechterhalten werden; zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion auch im Unternehmerverkehr vgl. § 306 Rz. 56. Entsprechendes gilt für Klauseln, die unwirksam sind, weil sie einen endgültigen Klageverzicht vorsehen (vgl. Rz. 18b). Sie bleiben nicht für einen dilatorischen Klageverzicht (s. Rz. 8) teilweise wirksam.

§ 309 Nr. 15

Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit – Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

15. (Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung)

eine Bestimmung, nach der der Verwender bei einem Werkvertrag

- a) für Teilleistungen Abschlagszahlungen vom anderen Vertragsteil verlangen kann, die wesentlich höher sind als die nach § 632a Absatz 1 und § 650m Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, oder
- b) die Sicherheitsleistung nach § 650m Absatz 2 nicht oder nur in geringerer Höhe leisten muss.

I. Grundlagen		4. EG-Richtlinie 93/13/EWG	9
1. Interessenlage	1	II. Inhalt der Vorschrift	
2. Regelungsüberblick und systematische Einordnung in die Klauselverbote . . .	2	1. Anwendungsbereich	
3. Entstehungsgeschichte und Normzweck	4	a) Sachlicher Geltungsbereich	10
		b) Inkrafttreten und Übergangsregelung	11

verbraucher-spezifische Vorgaben enthält – z.B. in Art. 9 Abs. 1 lit. b –, die nicht ohne weiteres auf den Unternehmerverkehr übertragen werden können.

104 A.A. BeckOK/Becker § 309 Nr. 14 BGB Rz. 15.

105 Vgl. auch BGH v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, ZIP 2005, 1785 (1791) zur hälftigen Kostenteilung beim Schiedsgutachterverfahren (Kfz-Vertragshändlervertrag); LG Bielefeld v. 26.1.2006 – 3 O 12/15, BeckRS 2008, 26558 (zum früheren Recht und wohl einen Vertrag mit Verbrauchern betreffend): „Bau-Schlichtungsklausel“ mit hälftiger Kostenteilung wird für wirksam gehalten.

c) Verhältnis zu anderen Vorschriften		III. Beweislast	34
aa) MaBV	12	IV. Unwirksamkeit und Bußgeld-	
bb) § 307	13	bewehrung	35
2. Wesentlich höhere Abschlagszahlungen		V. Verträge mit Unternehmern	
a) Abschlagszahlung für eine Teilleistung	14	1. Höhe von Abschlagszahlungen	
b) Feststellung der Überhöhung		a) Keine Indizwirkung von	
aa) Maßgeblichkeit des jeweiligen		§ 309 Nr. 15 lit. a.	37
Gesamtbetrags der Abschlags-		b) Inhaltskontrolle nach § 307	
zahlungen	17	aa) Höhere Zahlungen durch AGB	
bb) Konkret-individueller Prüfungs-		des Unternehmers	38
maßstab	19	bb) Niedrigere Zahlungen durch	
c) § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt.		AGB des Bestellers	39
aa) Höher als nach § 632a Abs. 1	20	2. Höhe der Sicherheitsleistung des	
bb) Unanwendbarkeit auf Abschlags-		Unternehmers	
zahlungen nach § 650c Abs. 3	23	a) AGB des Unternehmers	40
d) § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. – höher als		b) AGB des Bestellers	41
nach § 650m Abs. 1	27	VI. VOB/B	43
e) Wesentlichkeit	28		
3. Keine oder geringere Sicherheits-			
leistung	31		

Schrifttum: *Basty* Baurechtsreform 2017 und Bauträgervertrag, MittBayNot 2017, 445; *Grziwotz* Der Bauträgervertrag – Finanzinstrument für Banken mit immer weniger Verbraucherschutz?, NZBau 2019, 218; *Illmer* Warum nur Bauverträge?, ZRP 2017, 122; *Karczewski* Der neue alte Bauträgervertrag, NZBau 2018, 328; *Kniffka/Retzlaff* Das neue Recht nach dem Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung und zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes (BauVG), BauR 2017, 1747; *Kniffka* Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Neuregelung des Bauvertragsrechts und seine Folgen, ZfBR 2000, 227; *Kniffka* Gesetzesinitiative Bauvertragsrecht BauR 2016, 1533; *Omlor* Der neue Verbraucherbaupertrag – Mitgliedsstaatliche Konzeption in unionsrechtlichem Rahmen, NJW 2018, 817; *Orlowski* Das gesetzliche Bauvertragsrecht – Übersicht und Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, ZfBR 2016, 419; *Orlowski* Das neue Anordnungsrecht des Bestellers, BauR 2017, 1427; *Reiter* Das neue Bauvertragsrecht – Teil I: Allgemeines Werkvertragsrecht und Bauvertrag, JA 2018, 161; *Reiter* Das neue Bauvertragsrecht – Teil II: Verbraucherbaupertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag, Bauträgervertrag, JA 2018, 241; *Weber* Die Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf das Bauträgerrecht, notar 2017, 379; *Zander* Die Reform des Bauvertragsrechts und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, BWNNotZ 2017, 115.

I. Grundlagen

1. Interessenlage

Abschlagszahlungen auf eine noch nicht endgültig hergestellte und abgenommene Werkleistung bergen für den Besteller Risiken. Denn zum einen sind bei einem Abbruch der Herstellung – etwa aufgrund Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers – die Kosten der Fertigstellung in der Regel erheblich höher als der restliche (noch nicht bezahlte) Werklohn. Zum anderen unterliegt das Werk jedenfalls dann, wenn es kein Bauwerk ist, solange es dem Besteller noch nicht verschafft worden ist, in der Regel auch noch dem Zugriff der Gläubiger des Unternehmers. Abschlagszahlungen geben deshalb Anlass für eine diese Risiken abdeckende Sicherheitsleistung. Dies gilt umso mehr für Abschlagszahlungen, denen kein ihrer Höhe entsprechender Wert eines noch nicht vollständig hergestellten Werks gegenübersteht. In diesem Fall ist die Zahlung wirtschaftlich verloren, wenn der Unternehmer zahlungsunfähig wird. Im unternehmerischen Rechtsverkehr sind deshalb vertraglich vereinbarte Erfüllungssicherheiten – ausgestaltet in der Regel als Bürgschaften – allgemein üblich, weil dort eine gesetzliche Erfüllungssicherheit nicht vorgesehen ist.

2. Regelungsüberblick und systematische Einordnung in die Klauselverbote

- 2 Der Gesetzgeber trägt der Interessenlage dadurch Rechnung, dass nach § 632a Abs. 1 die Höhe der gesetzlich vorgesehenen Abschlagszahlungen im Werkvertrag allgemein auf den Wert der erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen beschränkt ist. Im Verbraucherbaupertrag ist darüber hinaus gemäß § 650m Abs. 1 auch noch die Gesamthöhe der Abschlagszahlungen auf 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung beschränkt. Zudem besteht beim Verbraucherbaupertrag nach § 650m Abs. 2 die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 %. Das Klauselverbot richtet sich vor diesem Hintergrund – zum einen – mit § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. gegen die Vereinbarung wesentlich höherer als der gesetzlich in § 632a Abs. 1 geregelten Abschlagszahlungen in AGB des Unternehmers gegenüber Verbrauchern; dieses Klauselverbot gilt allgemein für den Werkvertrag und damit auch für den Baupertrag. Zum anderen darf – insofern beschränkt auf den Verbraucherbaupertrag – nach § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. die absolute Höhe der vereinbarten Abschlagszahlungen 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung (§ 650m Abs. 1) nicht wesentlich überschreiten und sind dort außerdem gemäß § 309 Nr. 15 lit. b Regelungen in AGB des Unternehmers untersagt, nach denen Sicherheit gemäß § 650m Abs. 2 nicht oder nur in geringerer als der gesetzlich vorgesehenen Höhe von 5 % zu leisten ist.
- 3 Die Einordnung von § 309 Nr. 15 lit. a als Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 ist systematisch nicht ganz eindeutig; denn durch das Tatbestandsmerkmal „wesentlich“ wird bei der Beurteilung der Abweichung ein Wertungsspielraum eröffnet. Im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Baupertragsrecht wurde dementsprechend auch noch eine Ergänzung bei § 308 vorgeschlagen¹. Allerdings enthält auch § 309 Klauselverbote, die Wertungsspielräume eröffnen (vgl. Vor § 307 Rz. 7). Daher ist die Einordnung systematisch vertretbar, zumal der Begriff der Wesentlichkeit auch sonst im Werkvertragsrecht Verwendung findet, nämlich bei den Voraussetzungen der Abnahme nach § 640 Abs. 1 Satz 2 (zur Wesentlichkeit näher Rz. 28).

3. Entstehungsgeschichte und Normzweck

- 4 § 309 Nr. 15 wurde mit der Baupertragsnovelle zum 1.1.2018 eingeführt. Hintergrund waren verbraucherschutzrechtliche Erwägungen. Die Norm regelt mit der Höhe von Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung in Verbraucherverträgen einen Gegenstand, für den beim Verbraucher als Besteller aufgrund regelmäßig fehlender Verhandlungsmacht zur Durchsetzung individueller Vereinbarungen eine besonders hohe Schutzbedürftigkeit besteht, die nach der Gesetzesbegründung Anlass für diese Schutzvorschrift gegeben hat². Dementsprechend findet die Regelung auch nur auf Werkverträge mit Verbrauchern als Klauselverwendungsgegner – insbesondere also auf Verbraucherbauperträge nach § 650i – Anwendung (vgl. Rz. 10).
- 5 Zweck der Regelung nach § 309 Nr. 15 lit. a ist der Schutz von Verbrauchern vor Risiken aus unberechtigten Vorauszahlungen durch Beschränkung der zulässigen Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen, nach denen im Verbrauchervertrag vom Besteller Abschlagszahlungen verlangt werden können³. Mit der Forderung einer Abschlagszahlung für eine Teilleistung erweckt der Unternehmer aufgrund der gesetzlichen Regelung des Begriffs in § 632a den Eindruck, dass der geforderten Zahlung bereits ein Wert in Form einer vertragsgemäß erbrachten Teilleistung gegenübersteht, der im Wesentlichen dem vertraglichen Preis entspricht (vgl. Rz. 14). Ist das nicht der Fall, liegt eine für den Verbraucher ggf. nicht ausreichend durch-

¹ Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Baupertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.6.2013, S. 34.

² Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 37.

³ Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 37.

schaubare, also verdeckte Vorausleistung vor⁴. Dagegen richtet sich das Klauselverbot nach § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt.

Die beiden Klauselverbote zur Beschränkung der Abschlagszahlungen auf die nach § 650m Abs. 1 zulässigen 90 % (§ 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt.) und zum Verbot der Unterschreitung der gesetzlich im Verbrauchervertrag vorgesehenen Sicherheitsleistung für die termingerechte Fertigstellung ohne wesentliche Mängel von 5 % (§ 309 Nr. 15 lit. b) in Verbraucherverträgen betreffen die Absicherung des Anspruchs des Verbrauchers auf vertragsgemäße Fertigstellung des Bauwerks. Hintergrund des § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. ist der Schutz des Verbrauchers vor versteckten Vorauszahlungen durch überhöhte Abschlagsforderungen. Der nicht fachkundige Verbraucher ist häufig weder in der Lage, die korrekte Berechnung der Abschlagsforderung zu prüfen, noch kann er die bei einem fortgeschrittenen Leistungsstand von 90 % besonders kritische Frage des Bestehens von Mängeln ausreichend beurteilen bzw. wird sie häufig erst bei der Abnahme prüfen lassen. Die gesetzliche Sicherheit von lediglich 5 % nach § 650m Abs. 2 wurde vom Gesetzgeber deshalb bei fortgeschrittenem Leistungsstand als nicht ausreichend erachtet und sollte erhöht werden, damit der Verbraucher nach der vollständigen Fertigstellung bei der Abnahme ggf. noch ausreichenden Spielraum für die Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechts bei Mängeln in Höhe der nach § 650m Abs. 1 verbleibenden 10 % hat⁵. Allerdings wurde § 650m Abs. 2 gleichwohl nicht in den Kreis der im Verbrauchervertrag vollständig indisponiblen Vorschriften nach § 650o aufgenommen; der Verbraucher sollte vielmehr die Möglichkeit haben, Vorauszahlungen im Rahmen einer individuellen Vereinbarung in Kauf zu nehmen, um etwa wirtschaftlich günstigere Gesamtkonditionen zu erzielen⁶.

Aus der Gesetzgebungsgeschichte ist von besonderem Interesse, dass der Gesetzgeber einem Vorschlag des Bundesrats, bei dem Verbot nach § 309 Nr. 15 lit. a mit der Streichung des Wortes „wesentlich“ den Inhalt von § 632a Abs. 1 und § 650m Abs. 1 insgesamt AGB-fest auszugestalten, unter Hinweis auf die Schwierigkeiten bei der Feststellung der genauen Höhe des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung nach § 632a bei Teilleistungen nicht gefolgt ist. Für die Rechtsanwendung ist damit von einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung dahin auszugehen, dass ein eingeschränkter Spielraum für Abweichungen verbleiben soll⁷. Die Begründung dafür ist praxismäßig; denn Verbraucherverträge enthalten sehr häufig nicht aufgegliederte Pauschalvergütungen, die eine Bestimmung des nach § 632a Abs. 1 Satz 1 für die Bestimmung des Anspruchs auf Abschlagszahlung richtigerweise maßgeblichen, vertraglichen Anteils der Vergütung (vgl. Rz. 9) erschweren.

Aufgrund der Einordnung in die Klauselverbote nach § 309 wird durch die Regelung im Vergleich zu § 307 eine den Wert der erbrachten Leistung überschreitende Abschlagszahlung in AGB im Fall von § 309 Nr. 15 lit. a selbst dann verboten, wenn beispielsweise aufgrund einer ausreichenden Sicherheitsleistung dem Verbraucher als Besteller außer der wirtschaftlichen Belastung mit der Verwertung der Sicherheit kein weiterer Nachteil entsteht. Die Norm schützt also im Hinblick auf bestehende Vorleistungsrisiken nicht nur vor dem Insolvenzrisiko, sondern zusätzlich auch vor Durchsetzungsrisiken bei einer evtl. erforderlichen Rückforderung von überhöhten Abschlagszahlungen. Im Verbrauchervertrag ist diese gesetzgeberische Wertung überzeugend, weil die gerichtliche Durchsetzung dort häufig aus wirtschaftli-

4 Vgl. Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz v. 18.6.2013, S. 33; BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 3.

5 Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 64.

6 Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 37. Für einen gleichwohl zwingenden Charakter des § 650m Abs. 1 Beck-OK BGB/Becker 1.5.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 5. Für eine teleologische Erweiterung von § 650o besteht jedoch angesichts der eindeutigen Gesetzeslage nach §§ 650o, 309 Nr. 15 und der eindeutigen Hinweise in der Gesetzesbegründung kein Raum.

7 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 8, 11 m.w.N. zur Entstehungsgeschichte.

chen Gründen nicht erfolgt oder erfolgen kann und daher auch insofern der gesetzgeberischen Wertentscheidung präsumtiv eine fehlende Durchsetzungsmacht zugrunde gelegt werden kann.

4. EG-Richtlinie 93/13/EWG

- 9 Die EG-Richtlinie 93/13/EWG enthält keine mit § 309 Nr. 15 vergleichbare Regelung. Nachdem der nationale Gesetzgeber nach Art. 8 der Richtlinie 93/13/EWG strengere Vorschriften zum Schutz von Verbrauchern erlassen darf, bestehen keine Bedenken im Hinblick auf Vereinbarkeit mit EU-Recht, soweit man § 632a Abs. 1 im Verbraucherverkehr für vereinbar mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG hält⁸. Das ist jedoch aufgrund der fehlenden Absicherung von Abschlagszahlungen, soweit hergestellte Teilleistungen nicht in das Eigentum des Bestellers übergehen oder sonst vor einem Zugriff der Gläubiger des Unternehmers sichergestellt werden, aber auch aufgrund von Missbrauchsmöglichkeiten bei der Vereinbarung der für die Bestimmung des Werts der Teilleistung maßgeblichen Vertragspreise, nicht unbedenklich. § 632a Abs. 1 ist nämlich durch die Bauvertragsnovelle zum 1.1.2018 – zum einen – hinsichtlich des Gläubigerzugriffs auf erbrachte Teilleistungen, für die ein Anspruch auf Abschlagszahlung besteht, in einem wichtigen Punkt geändert worden. Nach dem bis zum 1.1.2018 geltenden Recht war es Voraussetzung des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung, dass der Besteller einen „Wertzuwachs erlangt“ hat. Das wurde mit der Bauvertragsnovelle aufgrund der Schwierigkeiten bei der Feststellung eines Wertzuwachses dahin geändert, dass nunmehr vorgesehen ist, dass die Teilleistungen schon dann nach ihrem „Wert“ bezahlt werden müssen, wenn sie auch nur „erbracht“ sind. Das Problem der Absicherung gegen einen möglichen Gläubigerzugriff ist dabei in § 632a Abs. 1 Satz 6 nur für den Fall der Bereitstellung von Stoffen und Bauteilen durch einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gelöst worden. Deshalb stellt sich mit der Neuregelung für andere Fälle nun das Problem einer angemessenen Sicherstellung der Abschlagszahlung, solange die Teilleistungen nicht mit Grund und Boden des Bestellers fest verbunden (§ 94) sind. Zum anderen ist durch die Änderung der Begrifflichkeit zum 1.1.2018 („Wert“ statt wie bisher „Wertzuwachs“) von einer Entscheidung des Gesetzgebers für die Vertragspreise als maßgeblicher Bemessungsgrundlage für Abschlagszahlungen auszugehen⁹. Damit wird aber zugleich die Möglichkeit überhöhter Preisvereinbarungen für Teilleistungen zum Nachteil von Verbrauchern eröffnet, etwa durch die Vereinbarung überhöhter Preise in einem vom Unternehmer erstellten, in Teilleistungen aufgliederter Leistungsverzeichnis¹⁰. Solche Leistungsverzeichnisse können zu einem gleichermaßen (wirtschaftlich) überhöhten Anspruch auf Abschlagszahlungen nach § 632a führen, für den der Verbraucher dann das Insolvenzrisiko im Fall einer erforderlichen Rückforderung trägt; denn der teilweise hergestellte Wert eines Werks unterliegt – ausgenommen nur den Fall des Bauens auf einem Grundstück des Bestellers, in dem erbrachte Teilleistungen in sein Eigentum übergehen (§ 94 Abs. 1) sowie denjenigen nach § 632a Abs. 1 Satz 6 (Abschlagszahlungen für Stoffe und Bauteile) – noch dem Zugriff der Gläubiger des Unternehmers. Verschärft wird die Problematik dadurch, dass Preis- und Leistungsbestimmungen, ebenso wie die in einem Leistungsverzeichnis erfolgende Beschreibung des Leistungsgegenstands, AGB-rechtlich nur sehr eingeschränkt kontrollfähig sind (vgl. § 307 Rz. 18 ff., 37 ff.). Ob diese Gesamtregelung nicht im Ergebnis doch missbräuchliche Vertragsklauseln zulässt, die nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG zu beanstanden wären, erscheint trotz der Tatsache fraglich, dass die wirtschaftlich wohl bedeutsamsten Fälle des Bauens auf einem Grundstück des Bestellers und fremdem, zu übereignendem Grund (also der Bauträgervertrag, auf den § 632a

⁸ So etwa MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 15 BGB Rz. 4; BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 12.

⁹ Vgl. dazu etwa BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 57.

¹⁰ Vgl. BeckOK BGB/Becker 1.5.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 12.

keine Anwendung findet, vgl. Rz. 12) hier zumindest für fest mit dem Grund und Boden verbundene Teilleistungen keine Rolle spielen¹¹.

II. Inhalt der Vorschrift

1. Anwendungsbereich

a) Sachlicher Geltungsbereich

Die Regelung betrifft mit den Klauselverboten nach § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. und § 309 Nr. 15 lit. b die Regelung nach § 650m Abs. 1 und 2 zu Abschlagszahlungen und Sicherheitsleistung in Verbraucherbauverträgen nach § 650i. Aber auch hinsichtlich des allgemein gültigen § 632a Abs. 1 ist sie nach § 310 Abs. 1 nur anwendbar, wenn eine AGB gegenüber einem Verbraucher als Verwendungsgegner eingesetzt wird. Der Verweisung auf den auch für Verträge mit Unternehmern gültigen § 632a Abs. 1 kommt AGB-rechtlich also keine weitergehende Bedeutung zu. Aufgrund des spezifisch auf den Verbraucherschutz zugeschnittenen Normzwecks kommt der Regelung insofern auch keine Indizwirkung für den unternehmerischen Rechtsverkehr zu (vgl. Rz. 37).

b) Inkrafttreten und Übergangsregelung

§ 309 Nr. 15 ist mit der Einführung des neuen Bauvertragsrechts¹² zum 1.1.2018 in den Katalog der Klauselverbote nach § 309 aufgenommen worden. Nach der maßgeblichen Übergangsvorschrift in Art. 229 § 39 EGBGB gilt § 309 Nr. 15 nicht für Altverträge, die vor dem 1.1.2018 geschlossen worden sind. Insofern verbleibt es AGB-rechtlich bei einer Kontrolle solcher Klauseln nach § 307.

c) Verhältnis zu anderen Vorschriften

aa) MaBV

Im Bauträgervertrag findet § 632a Abs. 1 Satz 1 nach der gesetzlichen Regelung in § 650v keine Anwendung. Mit § 650v wurde die bisherige Rechtslage gemäß § 632a Abs. 2 (alt) in der bis zum Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts am 1.1.2018 geltenden Fassung in das gesetzliche Bauvertragsrecht überführt; sie sollte – inhaltlich unverändert – fortgeschrieben werden¹³ und beruht auf der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH zum Vorrang der gewerberechlichen Regelung in der MaBV gegenüber dem gesetzlichen Anspruch auf Abschlagszahlung. Im Bauträgervertrag erfolgt die Kontrolle von Abschlagszahlungen daher im Ergebnis nur nach der MaBV. Eine bei Verstoß gegen die Anforderungen ggf. bestehende Unwirksamkeit nach § 307 aufgrund des Verstoßes gegen die MaBV hat daneben rechtlich keine eigenständige Bedeutung¹⁴.

11 Vgl. auch BeckOK BGB/Becker a.a.O. (vorige Fn.), der zur Lösung des Problems trotz des Hinweises in den Gesetzesmaterialien, nach denen diese Effekte hingenommen werden sollten, bei wesentlichen Wertabweichungen für eine – wenn auch eingeschränkte – Kontrolle solcher Klauseln plädiert.

12 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren v. 28.4.2017, BGBl. 2017 I 969.

13 Vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 27.

14 Vgl. dazu Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 31.

bb) § 307

- 13 § 307 findet neben § 309 Nr. 15 Anwendung. Für das Konkurrenzverhältnis gelten die allgemeinen Grundsätze (vgl. Vor § 307 Rz. 7 ff.). Danach darf ein Rückgriff auf die Generalklausel nicht dazu führen, dass die in den Verbotskatalogen nach §§ 308, 309 zum Ausdruck kommenden Wertungen konterkariert werden. Für die Anwendung von § 309 Nr. 15 lit. a bedeutet das, dass Regelungen in AGB, soweit sie Abschlagszahlungen vorsehen, die nicht wesentlich höher sind als die nach § 632a Abs. 1 und § 650m Abs. 1 zu leistenden Abschlagszahlungen, mit Blick auf die in § 309 Nr. 15 lit. a geregelten Aspekte zur Höhe der Abschlagszahlung keiner weitergehenden Kontrolle nach § 307 mehr unterliegen. Anwendbar ist § 307 damit nur auf sonstige Änderungen der Voraussetzungen für Abschlagszahlungen, die sich nicht auf die nach § 309 Nr. 15 lit. a maßgebliche Höhe der Zahlung (vgl. Rz. 21 ff.) auswirken und deshalb nicht abschließend in § 309 Nr. 15 lit. a behandelt sind. Aufgrund der seit dem 1.1.2018 gültigen Änderung von § 632a Abs. 1 verbleiben damit hinsichtlich der Höhe von Abschlagszahlungen Schutzlücken aufgrund der fehlenden Absicherung von Abschlagszahlungen für dem Besteller noch nicht verschaffte Teilleistungen und durch Missbrauchsmöglichkeiten bei der Preisvereinbarung (Vereinbarung überhöhter Einheitspreise für Teilleistungen) mit Verbrauchern. Sie sind nach der aktuellen Rechtslage durch § 307 nur sehr eingeschränkt korrigierbar und deshalb nach der bestehenden nationalen Gesetzeslage hinzunehmen; sie geben allerdings Anlass zu europarechtlichen Einwänden (vgl. Rz. 9).

2. Wesentlich höhere Abschlagszahlungen

a) Abschlagszahlung für eine Teilleistung

- 14 Der Begriff der Abschlagszahlung nach § 309 Nr. 15 lit. a ist wie in § 632a zu verstehen. Gemeint sind vom Besteller geforderte Zahlungen für erbrachte, dem Besteller aber noch nicht verschaffte, weil von ihm noch nicht abgenommene Teilleistungen. Der Forderung muss also ein erbrachter Leistungsstand der Werkleistung gegenüberstehen¹⁵. Das wird im Wortlaut der Regelung mit der Terminologie, wonach es sich um eine Zahlungsforderung des Verwenders gerade „für Teilleistungen“ handeln muss, nochmals ausdrücklich (und aufgrund des Merkmals „Abschlagszahlungen“ eigentlich redundant) wiederholt. Keine Anwendung findet die Regelung damit auf ein in AGB enthaltenes Zahlungsverlangen für eine bereits abgenommene Werkleistung, und zwar im Grundsatz auch dann nicht, wenn sich die Klausel auf Zahlungsansprüche für Leistungen bezieht, für die der Besteller wirksam eine Teilabnahme erklärt hat¹⁶. Allerdings wird gerade im Verbrauchervertrag stets kritisch zu prüfen sein, ob tatsächlich eine wirksame Teilabnahme vorliegt. Insbesondere bestehen gegen Teilabnahme-klauseln in Verbraucherverträgen häufig Bedenken nach § 307¹⁷.
- 15 Der Normzweck bestimmt auch die Abgrenzung des Begriffs der Abschlagszahlung bei Zahlungen mit zweifelhafter Zuordnung. Entscheidend ist jeweils, ob durch das in AGB geregelte Zahlungsverlangen in einer der Abschlagszahlung entsprechenden Art und Weise der Eindruck erweckt wird, dass es sich um eine Zahlung für bereits erbrachte Teilleistungen handelt, denen somit ein entsprechender, auf der Grundlage der Vertragspreise ermittelter Wert

15 Vgl. Staudinger/Coester-Waltjen (2019) § 309 Nr. 15 BGB Rz. 3.

16 Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 10.

17 Sie ergeben sich vor allem aus einer häufig mangelnden Transparenz (vgl. dazu die zutreffenden Überlegungen bei BeckOGK/Kögl 15.8.2021, § 640 BGB Rz. 182), aber auch aus dem gesetzlichen Leitbild nach § 640 Abs. 1, das die Abnahme grundsätzlich erst nach der vertragsgemäßen Herstellung des gesamten Werks und zu dem Zeitpunkt vorsieht, zu dem das Werk dem Besteller auch tatsächlich verschafft werden soll. Erst zu diesem Zeitpunkt sind die mit der Abnahme einhergehenden Rechtswirkungen, vor allem die Umkehr der Beweislast, nach dem grundsätzlichen Gerechtigkeitsgedanken der Regelung nach § 640 Abs. 1 gerechtfertigt.

des Werks gegenübersteht. Das ist zunächst eine Frage der Auslegung der jeweiligen AGB¹⁸, und zwar unter Beachtung der dafür gültigen AGB-rechtlichen Anforderungen bei der Anwendung der Klauselverbote, also insbesondere der Verständnismöglichkeiten eines rechtsunkundigen Durchschnittskunden (vgl. § 305c Rz. 76 ff., 82 f.) und einer im Zweifel kundenfeindlichen Auslegung¹⁹. Soweit danach eine Zahlung für erbrachte Teilleistungen vereinbart sein soll, liegt eine Abschlagszahlung vor und findet § 309 Nr. 15 lit. a Anwendung²⁰. Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs wird allerdings insbesondere bei Zahlungsplänen oder auch bei Klauseln zu Ratenzahlungen häufig anzunehmen sein, dass mit diesen Instrumenten vom Unternehmer Abschlagszahlungen verlangt werden sollen, soweit nicht im jeweiligen Zahlungs- oder Ratenplan oder in der zugehörigen vertraglichen Regelung der Klausel für den Durchschnittskunden zweifelsfrei (§ 305c Abs. 2) zum Ausdruck kommt, dass der jeweiligen Zahlungsrate teilweise noch keine erbrachte Werkleistung gegenübersteht²¹.

In der Literatur wird erwogen, § 309 Nr. 15 lit. a analog auf Vorauszahlungen anzuwenden²². 16 Zur Begründung wird angeführt, dass die Regelung in diesem Fall erst recht für die Vereinbarung von Zahlungen ohne jedwede bereits erbrachte Leistung gelten müsse, wenn das Klauselverbot selbst bei tatsächlich bereits erbrachten Leistungen (denen also ein Wert für ein wenigstens teilweise bereits hergestelltes Werk gegenübersteht) nur unwesentlich höhere Abschlagszahlungen zulasse. Indessen erweist sich der Erst-recht-Schluss bei näherer Betrachtung als nicht tragfähig. Denn nach den vorstehenden Erläuterungen (vgl. Rz. 14 f.) kommen für eine analoge Anwendung allenfalls Vorauszahlungen in Betracht, für die zweifelsfrei (§ 305c Abs. 2) klargestellt ist, dass es sich um Zahlungen auf noch nicht erbrachte Werkleistungen handelt, also um offene Vorauszahlungen. Ist das nicht der Fall, kommt das Klauselverbot direkt zur Anwendung. Stellt sich die Klausel jedoch umgekehrt zweifelsfrei als Vorauszahlung dar, so ist der Verbraucher nicht in gleicher Weise schutzwürdig wie im Fall einer verdeckten Vorauszahlung durch Anforderung einer – für ihn nicht ohne weiteres erkennbar – überhöhten Abschlagszahlung und ist daher der Normzweck des § 309 Nr. 15 lit. a (vgl. Rz. 5) nicht übertragbar²³. Denn bei dem Verlangen nach einer zweifelsfrei offenen Vorauszahlung ist für den Verbraucher – anders als bei der verdeckten Vorauszahlung – ohne weiteres durchschaubar, dass er wegen der Vorauszahlung für eine angemessene Sicherstellung seiner Zahlung sorgen muss. Deshalb ist auch die weitreichende Rechtsfolge eines Klauselverbots ohne Wertungsmöglichkeit nicht gleichermaßen erforderlich. Zwar ist die nach dem Normzweck präsumtiv fehlende Verhandlungsmacht des Verbrauchers ebenfalls zu berücksichtigen, dies kann (und muss) aber auch bei der Prüfung nach § 307 (vgl. Rz. 13) angemessen berücksichtigt werden. Im Ergebnis sprechen deshalb die besseren Gründe dafür, dass AGB zu offenen Vorauszahlungen AGB-rechtlich nur dann zu beanstanden sind, wenn sie für den Verbraucher keine ausreichende Sicherheitsleistung vorsehen. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass die Sicherheit nach § 650m Abs. 2 für solche Vorauszahlungen zwar nach ihrem Sicherungszweck einschlägig ist, jedoch nach dem Rechtsgedanken des § 309 Nr. 15 lit. b deren Höhe nicht schmälern darf. Erforderlich ist daher eine darüber hinaus-

18 Zutreffend BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 34.

19 Vgl. § 305c BGB Rz. 61. So wohl auch Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 10; zur kundenfeindlichen Auslegung bei der Anwendung der Klauselverbote Wolf/Lindacher/Hau § 305c BGB Rz. 131 ff.

20 Vgl. Wolf/Dammann a.a.O. (vorige Fn.).

21 A.A. für Ratenzahlungsklauseln offenbar BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 33, der allerdings ebenfalls auf den Vorrang der Auslegung der jeweiligen Zahlungsvereinbarung hinweist (BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 34); für eine „einheitliche“ Anwendung von § 309 Nr. 15 auf eine etwaige Vorleistungskomponente dagegen BeckOK BGB/Becker 1.5.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 10.

22 Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 11.

23 Vgl. zu dieser Voraussetzung des Erst-recht-Schlusses Canaris/Larenz Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1999, S. 208.

gehende Sicherheit zugunsten des Verbrauchers für die offene Vorauszahlung, wie sie etwa im unternehmerischen Rechtsverkehr für Vorauszahlungen üblich ist.

b) Feststellung der Überhöhung

aa) Maßgeblichkeit des jeweiligen Gesamtbetrags der Abschlagszahlungen

- 17 § 309 Nr. 15 lit. a setzt voraus, dass der Verwender nach der Klausel für „Teilleistungen“ höhere als die gesetzlich „nach § 632a Absatz 1 und § 650m Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen“ verlangen kann. Zu der Formulierung stellt sich die Frage, ob bei der Prüfung des Merkmals ggf. auch darauf abgestellt werden kann, dass nur eine einzelne überhöhte Zahlung verlangt werden kann oder ob der Prüfung stets der zum maßgeblichen Zeitpunkt mögliche Gesamtbetrag aller zulässigen Zahlungsverlangen nach dem Vertrag zugrunde zu legen und mit dem jeweiligen gesetzlichen Zahlungsanspruch zu vergleichen ist. Der Unterschied hätte dann Bedeutung, wenn beispielsweise in einem Zahlungsplan nur eine einzelne Rate höher ist als nach § 632a Abs. 1 zulässig, dafür aber die vorausgegangenen Raten entsprechend niedriger. Für § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. ergibt sich die zutreffende Lösung bereits aus dem in Bezug genommenen § 650m Abs. 1, der seinerseits die zulässige Höhe mit Bezug auf den „Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen“ regelt. Aber auch für § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. spricht die Verwendung des Plurals in den Worten „Teilleistungen“ und „Abschlagszahlungen“ für die letztere Lösung, ebenso die Formulierung „nach § 632a Absatz 1 [...] zu leistenden“; denn sie stellt auf den bestehenden Anspruch nach dieser Regelung ab und dabei handelt es sich in allen Phasen der Vertragsabwicklung um einen einheitlichen Anspruch unter Berücksichtigung des jeweils erreichten Leistungsstandes. Auch nach dem Normzweck ist ein darüber hinausgehender Schutz des Verbrauchers nicht erforderlich, wenn der Verbraucher zu keinem Zeitpunkt der Vertragsabwicklung mehr zu zahlen hat als die nach § 632a Abs. 1 ohnehin geschuldeten Beträge²⁴.
- 18 Damit ist für das Klauselverbot zu prüfen, ob während der Abwicklung des Werkvertrags (irgend-)eine Abschlagszahlung verlangt werden kann, die dazu führt, dass der Gesamtbetrag aller bis dahin nach der vertraglichen Gesamtregelung zu leistenden Zahlungen höher ist als die nach § 632a Abs. 1 oder § 650m Abs. 1 zum Zeitpunkt dieses Verlangens höchstens geschuldeten Abschlagszahlungen. Dabei sind in die Ermittlung der zum Vergleich mit den Ansprüchen nach der gesetzlichen Regelung heranzuziehenden Beträge, ggf. auch durch Individualvereinbarung vereinbarte Teilbeträge, einzubeziehen²⁵. Unwirksam sind in diesem Fall dann zwar nicht die individuellen Regelungen zu Abschlagszahlungen, auf die § 309 Nr. 15 lit. a nicht anwendbar ist, wohl aber diejenigen in AGB, soweit sich aus der Zusammenrechnung der individuell vereinbarten Zahlungen mit in AGB enthaltenen Abschlagszahlungen höhere als die gesetzlichen Abschlagszahlungen ergeben.

bb) Konkret-individueller Prüfungsmaßstab

- 19 In der Literatur wird noch erörtert, ob die Feststellung, wonach der Verwender eine höhere als die gesetzliche Abschlagszahlung verlangen kann, nur anhand der abstrakt-generellen Vorgaben der zu prüfenden Klausel zu treffen oder ob stattdessen konkret-individuell zu prüfen ist, welche Forderungsbeträge sich im Einzelnen während der Vertragsabwicklung ergeben

24 Abweichend davon werden im Urteil des LG Tübingen vom 20.10.2020 – 5 O 153/20 Rz. 24, juris, die Abweichungen bei einzelnen Raten betrachtet; allerdings handelt es sich dort um einen Fall mit extrem hohen Abweichungen der Einzelraten vom Wert der jeweiligen Teilleistung, der deshalb auch nach der hier vertretenen Auffassung hinsichtlich § 309 Nr. 15 lit. a zutreffend entschieden sein dürfte.

25 Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 14.

können²⁶. Die besseren Gründe sprechen nach dem Wortlaut der Regelung (vgl. Rz. 17) und der Gesetzgebungsgeschichte²⁷ für die zweitgenannte Auffassung.

c) § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt.

aa) Höher als nach § 632a Abs. 1

Höhere Abschlagszahlungen als nach § 632a Abs. 1 können verlangt werden, wenn bei konkret-individueller Prüfung (vgl. Rz. 19) zu irgendeinem Zeitpunkt während der Abwicklung des Vertrags Zahlungen verlangt werden können, deren Gesamtbetrag höher ist als der Gesamtbetrag aller bis dahin nach der vertraglichen Gesamtregelung nach § 632a Abs. 1 zum Zeitpunkt dieses Verlangens höchstens geschuldeten Abschlagszahlungen (vgl. Rz. 17 f.). Ist zweifelhaft, ob die jeweilige AGB dies ermöglicht, so ist die Klausel auszulegen, und zwar unter Beachtung der dafür gültigen AGB-rechtlichen Anforderungen bei der Anwendung der Klauselverbote, also insbesondere der Verständnismöglichkeiten eines rechtsunkundigen Durchschnittskunden (vgl. § 305c Rz. 76 ff., 82 f.) und einer im Zweifel kundenfeindlichen Auslegung (vgl. § 305c Rz. 61).

Nach § 632a kann der Unternehmer von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen; für die Ermittlung des Wertes erbrachter Leistungen sind seit der Bauvertragsnovelle zum 1.1.2018 die Vertragspreise maßgeblich (vgl. Rz. 9). Ein eindeutiger Anwendungsfall des Klauselverbots liegt somit vor, wenn in einer AGB eine Ermittlung des Anspruchs nach § 632a der Höhe nach durch eine Berechnungsmethode vorgegeben wird, die nicht an die Höhe des Wertes erbrachter und nach dem Vertrag geschuldeter Leistungen anknüpft und deshalb betragsmäßig zu einer höheren Zahlungsverpflichtung führen kann als die in § 632a Abs. 1 vorgegebene Ermittlungsmethode²⁸. Das wird sehr häufig bei der Verwendung von Zahlungsplänen der Fall sein, soweit diese nicht direkt an erbrachte Leistungen und dafür konkret vertraglich vereinbarte Preise anknüpfen²⁹. Ähnlich wäre der Fall von Abschlagszahlungen für Nachtragsleistungen zu beurteilen, wenn bei der Ermittlung mangels Vorliegen vereinbarter Nachtragspreise auf eine andere Berechnungsmethode abgestellt wird als diejenige nach § 650c Abs. 1 Satz 1, wenn also beispielsweise eine Berechnung anhand der Urkalkulation des Unternehmers vorgesehen ist, obwohl die Voraussetzungen nach § 650c Abs. 2 nicht vorliegen.

Dasselbe gilt für Klauseln, in denen nicht direkt in die Berechnungsmethode für die Höhe der Abschlagszahlung nach § 632a eingegriffen wird, sondern durch die Klausel andere Vorgaben gemacht werden, die dazu führen, dass im Ergebnis höhere Zahlungen als nach § 632a verlangt werden können. Das ist etwa bei Klauseln der Fall, die das Zahlungsverlangen an ganz oder teilweise nicht erbrachte Leistungen knüpfen oder die nähere Ausgestaltung des Anspruchs nach § 632a in den § 632a Abs. 1 Satz 2 bis 6 ändern. Auch diese Fälle sind nach dem Wortlaut der Regelung, die den gesamten Abs. 1 des § 632a, also alle seine Sätze, in Bezug nimmt, vom Klauselverbot erfasst. Ebenso greift der Normzweck der Regelung, weil Verbraucher die rechtlichen Regelungen zur Ausgestaltung in den Zahlungsvoraussetzungen nicht ohne weiteres durchschauen können. Eine Grenze ergibt sich erst bei Änderungen, die ein Zahlungsverlangen unter Berücksichtigung der AGB-rechtlichen Auslegungsgrundsätze zweifelsfrei als Vorauszahlung erscheinen lassen (vgl. Rz. 16); das wird bei Modifikationen

26 Vgl. im ersteren Sinn Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 13, der dann allerdings ebenfalls darauf abstellt, ob „die vom Besteller insgesamt zu erbringenden Abschlagszahlungen höher sind als die nach dem Gesetz bis zu diesem Zeitpunkt zu erbringenden Abschlagszahlungen“; im zweiten Sinn BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 39.

27 Vgl. BeckOGK/Weiler, a.a.O. (vorige Fn.), unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/8486, S. 95.

28 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 46.

29 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 45.

der sonstigen Voraussetzungen nach § 632a Abs. 1 aber kaum je der Fall sein. Maßgeblich für die von § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. geschützte Höhe der Abschlagszahlung ist daher die Höhe, wie sie sich aus dem gesamten § 632a Abs. 1 ergibt. Modifikationen dieser Voraussetzungen, die dazu führen, dass für Teilleistungen Abschlagszahlungen verlangt werden können, auf die nach § 632a kein Anspruch besteht, sind damit in der Regel unwirksam. Betroffen sind davon AGB mit einem Zahlungsverlangen für Leistungen, die in Wirklichkeit noch gar nicht oder nicht vollständig im Sinne des § 632a Abs. 1 „erbracht“³⁰ oder vertraglich geschuldet³¹ sind oder solche mit abweichenden Regelungen zu den Rechten des Bestellers bei nicht vertragsgemäßen Leistungen (§ 632a Abs. 1 Satz 2)³² oder bei abweichend geregelten Abschlagszahlungen für Baustoffe oder Bauteile (§ 632a Abs. 1 Satz 6)³³, und zwar jeweils soweit die Abweichungen zu höheren Ansprüchen führen als den in § 632a Abs. 1 geregelten. Dagegen ist § 632a Abs. 2 und die dortige Regelung zur Sicherheitsleistung in § 309 Nr. 15 lit. a nicht genannt. Änderungen an dieser Vorschrift werden daher AGB-rechtlich nur nach § 307 kontrolliert³⁴. Zu den Vorschriften betreffend Nachweis und Rechnungstellung (§ 632a Abs. 1 Satz 5) sowie Beweislast (§ 632a Abs. 1 Satz 3 und 4) wird demgegenüber in der Literatur vertreten, dass sie nicht die Höhe betreffen und daher auch nicht unter das Klauselverbot fallen³⁵. Jedoch können auch Änderungen bei der Rechnungstellung oder der Beweislast dazu führen, dass eine Zahlung geleistet werden muss, die zum jeweiligen Zeitpunkt nach § 632a Abs. 1 nicht geschuldet ist. Zudem sind § 632a Abs. 1 Satz 3-5 vom Klauselverbot nach dem Wortlaut, der den gesamten Abs. 1 in Bezug nimmt, auch nicht ausgenommen. Eine Herausnahme dieser Regelungen aus dem Anwendungsbereich von § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. ist deshalb abzulehnen.

bb) Unanwendbarkeit auf Abschlagszahlungen nach § 650c Abs. 3

- 23 Mit dem neuen Bauvertragsrecht ist mit § 650c Abs. 3 eine Regelung zur Berechnung der dem Anspruch auf Abschlagszahlungen u.a. nach § 632a zugrunde zu legenden Nachtragsvergütung in Streitfällen (also solange noch keine Vereinbarung der Parteien oder Gerichtsentscheidung zur Vergütung von nachträglich angeordneten Änderungen vorliegt) eingeführt worden. Die Regelung führt dazu, dass die einseitige Berechnung der vertraglichen Vergütung durch den Unternehmer zur Grundlage des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung in Höhe von 80 % des einseitig berechneten Betrags gemacht werden kann. Die Regelung ist rechtspolitisch höchst umstritten³⁶ und aufgrund der damit verbundenen Abweichung vom vertragsrechtlichen Konsensprinzip und eines damit verbundenen Eingriffs in die gemäß Art. 12 Abs. 1 GG³⁷ geschützte Vertragsfreiheit mit dem Unterfall der sog. Preisfreiheit auch verfassungsrechtlich problematisch. Sie kann der Höhe nach zu unberechtigten Vorauszahlungen führen, die zwar für den Unternehmer aufgrund der Verzinsungspflicht für

30 A.A. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 42, weil es sich bei nicht erbrachten Leistungen stets um von § 309 Nr. 15 lit. a nicht erfasste Vorauszahlungen handele; vgl. dazu jedoch Rz. 16.

31 Vgl. MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 15 BGB Rz. 11; BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 42.

32 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 48; MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 15 BGB Rz. 11.

33 BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 49.

34 Vgl. dazu auch BeckOK BGB/Becker 1.5.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 17.

35 A.A. bei Änderungen der Beweislast BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 50.

36 § 650c Abs. 3 stellt eine der wesentlichen Änderungen des Regierungsentwurfs v. 2.3.2016 gegenüber den Regelungsvorschlägen des Deutschen Baugerichtstages dar; zur (berechtigten) Kritik an der Regelung vgl. etwa Kniffka BauR 2016, 1533, 1536 f.; Kniffka iBR BauVertrR/von Rintelen 7.6.2021, § 650c BGB Rz. 124.

37 Bei Privatpersonen stellt sich dieselbe Eingriffsproblematik im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).

den Rückforderungsanspruch nach § 650c Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 riskant, für den Besteller aber bei einer Insolvenz ungesichert und damit endgültig verloren sind.

Für die Anwendung von § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. stellt sich zu der Regelung zunächst die Frage, ob die Ausgestaltung des Anspruchs nach § 650c Abs. 3 als zulässige Berechnungsgrundlage für den Anspruch nach § 632a dazu führt, dass damit der neu geregelte Anspruch auf Abschlagszahlungen bei streitigen Nachträgen insgesamt als solcher nach § 632a anzusehen ist. Die Frage ist streitig; der Wortlaut spricht allerdings deutlich für einen Anspruch nach § 632a³⁸. Weiter ist dann allerdings zu fragen, ob schon mit der Einordnung als Anspruch nach § 632a ohne weiteres davon ausgegangen werden muss, dass damit auch die Berechnungsvorschrift nach § 650c Abs. 3 Satz 1 in den Rang des Klauselverbots nach § 309 erhoben werden sollte. Dagegen spricht, dass § 650c Abs. 3 Satz 1 nicht direkt bei § 632a angefügt worden ist. Zudem enthält § 650c Abs. 3 Satz 1 mit der Möglichkeit einer einseitigen Berechnung von Preisen eine von der Regelung des neuen § 632a mit seiner nunmehr vorgesehene Orientierung an den vertraglich vereinbarten Preisen (vgl. Rz. 9) grundsätzlich abweichende Regelung³⁹. Ginge man trotzdem von einer Anwendbarkeit des Klauselverbots aus, dann würden auch für den einseitig berechneten Anspruch in vollem Umfang die Rechtswirkungen des Klauselverbots gelten und AGB, die höhere Beträge als 80 % der einseitigen Berechnung vorsehen, wären unwirksam. Zugleich würde das aber nur dann gelten, wenn eine wesentliche Überschreitung vorliegt. In der Literatur wird dies vertreten und mit dem – im Grundsatz berechtigten – Hinweis einer dem Fall von Abweichungen von § 632a Abs. 1 Satz 1 vergleichbaren Schutzwürdigkeit des Verbrauchers begründet, wobei mit Blick auf die dargelegten Bedenken zur grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. auf den der Höhe nach gemäß § 650c Abs. 3 berechneten Anspruch statt einer direkten Anwendung von § 309 Nr. 15 nur eine analoge für möglich gehalten wird.

Gleichwohl sprechen die besseren Gründe dafür, das Klauselverbot nach § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. auf die Berechnung des Anspruchs nach § 650c Abs. 3 weder direkt noch analog anzuwenden. Dass die Regelung nicht auf diesen Anspruch zugeschnitten ist, zeigt sich schon daran, dass das Merkmal der Wesentlichkeit bei Einbeziehung des § 650c Abs. 3 in das Klauselverbot sinnentleert wäre. Denn der Unternehmer hat es bei einem einseitig ermittelten Preis ohnehin in der Hand, eine höhere Abschlagszahlung schon allein dadurch verlangen zu können, dass er den Anspruch einfach höher berechnet. Welchen Zweck dann das Merkmal der Wesentlichkeit noch haben sollte, erschließt sich nicht. Das Beispiel zeigt weiter, dass bei dem Anspruch nach §§ 632a, 650c Abs. 3 auch gerade nicht das Problem einer etwa erschwerten Ermittlung der Höhe des Anspruchs besteht, das maßgeblich zur Begründung des Merkmals der Wesentlichkeit herangezogen worden ist. Der Gesetzgeber hat das Klauselverbot daher offenbar nur auf den nach dem Wert der Vertragspreise ermittelten Anspruch nach § 632a beziehen wollen, nicht aber auf den einseitig berechneten nach §§ 632a, 650c Abs. 3.

Im Ergebnis sind höhere als nach § 650c Abs. 3 ermittelte Ansprüche auf Abschlagszahlungen in AGB aber trotzdem in AGB nicht wirksam. Das folgt hilfsweise – und auch unabhängig von der Frage der Wesentlichkeit einer Abweichung – aus § 307, der neben dem Klauselverbot anwendbar ist (vgl. Rz. 13). Der Besteller wird durch eine Regelung, wonach ihm aufgrund einer einseitigen Berechnung des Unternehmers der Höhe nach unberechtigte Zahlungen abverlangt werden können, die ungesichert erfolgen und im Fall der Insolvenz des Unternehmers somit verloren sind, unangemessen benachteiligt. Dies gilt nach der – insofern übertragbaren – Wertung des Klauselverbots nach § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. gegenüber Ver-

38 Vgl. Kniffka *ibrOK BauVertrR/von Rintelen* 7.6.2021, § 650c BGB Rz. 118; Langen/Berger/Dauner-Lieb/Langen § 650c BGB Rz. 91; jurisPK-BGB/Leicht § 650b BGB Rz. 53; Oberhauser in Dammann/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, *Das neue Bauvertragsrecht*, 1. Aufl. 2017, § 2 Rz. 121; a.A. Orłowski *BauR* 2017, 1427 (1434).

39 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 52.

brauchern selbst dann, wenn der Unternehmer Sicherheit leistet, weil der Verbraucher nach dieser gesetzgeberischen Wertung schon durch das Durchsetzungsrisiko im Rückforderungsprozess in aller Regel unangemessen benachteiligt sein dürfte (vgl. Rz. 8).

d) § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. – höher als nach § 650m Abs. 1

- 27 Höhere Abschlagszahlung als nach § 650m Abs. 1 können durch eine Klausel verlangt werden, wenn bei konkret-individueller Prüfung (vgl. Rz. 19) der Gesamtbetrag der vom Verbraucher zu leistenden Abschlagszahlungen 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c übersteigt. Die 90 %-Grenze greift also nicht bei jeder einzelnen Abschlagszahlung, sondern erst dann ein, wenn insgesamt 90 % der vertraglichen Gesamtvergütung erbracht und in Rechnung gestellt sind. In Zweifelsfällen ist der Inhalt der Klausel unter Beachtung der AGB-rechtlichen Anforderungen auszulegen (vgl. Rz. 20). Deshalb dürften in der Regel Klauseln bereits dann unwirksam sein, wenn sie nur auf den Wert der erbrachten Teilleistung abstellen, ohne die 90 %-Grenze zu erwähnen⁴⁰. Unwirksam sind weiter Regelungen, nach denen für die Berechnung der Abschlagszahlungen auf andere Bezugsgrößen als die vereinbarte Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c abgestellt wird, soweit sich dadurch höhere Forderungsbeträge als nach der gesetzlichen Regelung ergeben können und dadurch die 90 %-Grenze überschritten werden kann.

e) Wesentlichkeit

- 28 Der Begriff der Wesentlichkeit wird im Werkvertragsrecht auch an anderer Stelle verwendet, nämlich beim Anspruch auf Abnahme (§ 640 Abs. 1 Satz 2). Eine allgemein gültige Grenze kann – hier wie dort – bei der Rechtsanwendung nicht gebildet werden⁴¹. Wäre sie zu bilden, dann hätte der Gesetzgeber das getan. Bei der richterlichen Rechtsanwendung bedarf es vielmehr einer umfassenden Abwägung nach den Umständen des Einzelfalls⁴².
- 29 Im Fall nach § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. ist dabei einerseits das Verhältnis des Betrags der Überschreitung zur vertraglichen Gesamtvergütung maßgeblich; denn die Feststellung der Überschreitung bezieht sich auf einen Vergleich zwischen der nach der zu prüfenden AGB zum jeweiligen Zeitpunkt vorgesehenen Gesamtvergütung mit dem ersatzweise bestehenden gesetzlichen Anspruch (vgl. Rz. 17 f.). Für die Bewertung eines nach § 309 Nr. 15 lit. a 1. Alt. zulässigen Prozentsatzes ist weiter von Bedeutung, dass der Gesetzgeber mit dem Merkmal der Wesentlichkeit in erster Linie den Schwierigkeiten bei der Feststellung der genauen Höhe des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung nach § 632a Abs. 1 Rechnung tragen wollte (vgl. Rz. 7)⁴³. Soweit diese Schwierigkeiten nach den vertraglichen Vereinbarungen nicht bestehen, etwa weil für bestimmte Teilleistungen genau zuordenbare Preisvereinbarungen getroffen sind, sind an das Merkmal der Wesentlichkeit besondere strenge Anforderungen zu stellen und nur minimale Abweichungen zulässig. Aber auch unabhängig davon ist aufgrund des verbraucherschützenden Zwecks der Norm davon auszugehen, dass die überhöhte Zahlung für den Verbraucher allenfalls zu geringfügigen wirtschaftlichen Nachteilen führen darf⁴⁴. Die in der Literatur dafür genannten Schwellen von bis zu 20 %⁴⁵ erscheinen dafür

40 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 57.

41 A.A. BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 105.

42 Vgl. Staudinger/Coester-Waltjen (2019) § 309 Nr. 15 BGB Rz. 5.

43 Vgl. dazu mit Blick auf das Merkmal der Wesentlichkeit BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 54.

44 Ähnlich Langen/Berger/Dauner-Lieb/Dauner-Lieb 1. Aufl. 2018, § 309 BGB Rz. 7 und BeckOK BauvertrR/Wellensiek 31.7.2021, § 632a BGB Rz. 79 („sehr eng auszulegen“).

45 BeckOK BGB/Becker 1.5.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 22; Palandt/Grüneberg § 309 BGB Rz. 116.

wesentlich zu hoch und auch 10 %⁴⁶ dürften bei Werkverträgen mit einer erheblichen Gesamtvergütung, wie sie vor allem im Verbraucherbaupvertrag die Regel sind, zu hoch angesetzt und eher einstellige Prozentsätze zutreffend sein⁴⁷. Denn richtigerweise ist auch die wirtschaftliche Gesamtbelastung des Verbrauchers in Form des absoluten Gesamtbetrags in die Abwägung einzustellen⁴⁸.

Im Fall von § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. steht aufgrund des Inhalts der Regelung die Absicherung des (Rest-) Fertigstellungsinteresses des Verbrauchers im Mittelpunkt. Denn die 90 %-Grenze greift nicht bei jeder einzelnen Abschlagszahlung, sondern erst dann ein, wenn insgesamt 90 % der vertraglichen Gesamtvergütung erbracht und in Rechnung gestellt sind (vgl. Rz. 27). Zu fragen ist bei der Prüfung der Wesentlichkeit deshalb, ob eine etwaige Überhöhung den vom Gesetzgeber für einen evtl. Bareinbehalt bei Feststellung versteckter Mängel im Zuge der Abnahme vorgesehenen Betrag von 10 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c wesentlich beeinträchtigt; maßgeblich als Bezugsgröße ist damit die Spanne zwischen 90 % und 100 %, und zwar unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Gesetzgeber auch die Druckfunktion der Regelung nach § 641 Abs. 3 erhalten wollte⁴⁹. Vor diesem Hintergrund ist eine umfassende Abwägung nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen, die insbesondere bei höheren Gesamtvergütungsbeträgen oder Bauvorhaben mit besonderen Mängelrisiken dazu führt, dass der sich aus 10 % ergebende Betrag seinerseits nur im einstelligen Prozentbereich unterschritten werden darf und auch im Regelfall nicht etwa zu einer Halbierung dieses Betrags führen darf⁵⁰.

3. Keine oder geringere Sicherheitsleistung

Das gesetzliche Werkvertragsrecht sieht keinen allgemeinen Anspruch auf eine Sicherheitsleistung für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel vor. Das gilt im Grundsatz auch für den Bauvertrag, dort aber nur im unternehmerischen Verkehr. Nur im Spezialfall des Verbraucherbaupvertrags nach § 650i ist vom Unternehmer nach § 650m Abs. 2 Sicherheit zu leisten, und zwar nach Satz 1 in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung.

„Keine Sicherheit“ im Sinne von § 309 Nr. 15 lit. b 1. Alt. muss geleistet werden, wenn die Sicherheitsleistung nach § 650m Abs. 2 Satz 1 (für Hauptvertragsleistungen) oder Satz 2 (für Nachtragsleistungen) vollständig abbedungen wird, weil dann – mangels anderweitiger Rechtsgrundlage – überhaupt keine Sicherheitsleistung mehr erbracht werden muss⁵¹. Das Klauselverbot in § 309 Nr. 15 lit. b ist dabei umfassend zu verstehen, weshalb sich auch ein zeitliches Hinausschieben der zu leistenden Sicherheiten auf spätere Abschlagszahlungen als

46 So BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 54; BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 105; Messerschmidt/Voit/Messerschmidt Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 632a BGB Rz. 42 m.w.N., wobei die dort für den Wert in Bezug genommene Rechtsprechung die 10 % Grenze dem Gedankengang der wesentlichen Störung des Vertragsgefüges im Fall von § 2 Abs. 3 VOB/B entnimmt, der auf den Verbrauchervertrag nicht ohne weiteres übertragbar ist.

47 Für 5 % etwa Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 17.

48 Vgl. dazu BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 54; Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 17.

49 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 60, unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/8486, S. 64.

50 Großzügiger wohl BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 60, unter Hinweis auf BT-Drucks. 18/8486, S. 64, der es ohne Vorliegen von Besonderheiten für ausreichend hält, wenn 5 % der Gesamtvergütung verbleiben, allerdings ebenfalls eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls verlangt; vgl. auch LG Frankfurt/Main v. 28.6.2019 – 2-33 O 248/18 Rz. 65, BeckRS 2019, 50481; jedenfalls unwirksam sind danach 95,5 % Abschlagszahlungen.

51 Vgl. LG Frankfurt/Main v. 28.6.2019 – 2-33 O 248/18 Rz. 67, BeckRS 2019, 50481; BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 63.

unwirksam erweist⁵². Denn das Gesetz stellt – zum einen – auf die Leistung der Sicherheit nach Maßgabe des gesamten § 650m Abs. 2 (und damit auch der jeweiligen Regelungen zum Zeitpunkt der Sicherheitsleistung⁵³) ab. Zum anderen besteht zu den gesetzlich vorgesehenen Zeitpunkten auch das Sicherungsinteresse des Verbrauchers, das die Norm schützen will und ist weiter zu berücksichtigen, dass es auf die Frage eines etwa nur unwesentlichen Sicherungsinteresses (z.B. weil als erste Zahlung nur ein geringfügiger Betrag angefordert werden kann) im Fall der Nr. 2 gerade nicht ankommen soll. Einzig ausschlaggebend für die AGB-rechtliche Wirksamkeitsüberprüfung sind daher die gesetzlich geregelten Leistungszeitpunkte in § 650m Abs. 2, also für die (Ausgangs-) Sicherheit von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung die erste Abschlagszahlung (§ 650m Abs. 2 Satz 1) und für die zusätzliche Sicherheit bei Änderungen und Ergänzungen die nächstmögliche Abschlagszahlung (§ 650m Abs. 2 Satz 2). Dieselben Erwägungen gelten im Falle einer Klauselbestimmung, nach der die prozentuale Sicherheiten auslösende Vergütungsgrenze des § 650m Abs. 2 Satz 1 angehoben wird⁵⁴. Dagegen kann die Art der Sicherheitsleistung im Rahmen gesetzlicher Vorgaben abweichen, weil § 650m Abs. 3 vom Klauselverbot nicht umfasst ist⁵⁵. Allerdings ist insofern dann ergänzend eine Prüfung nach § 307 unter Berücksichtigung des gesetzlichen Leitbilds nach §§ 232 ff., 650m Abs. 3 erforderlich⁵⁶. Wird in einer Klausel zu Abschlagszahlungen die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung lediglich nicht erwähnt, ist dies nach der Rechtsprechung des BGH zwar kein Ausschluss der gesetzlichen Sicherheitsleistung; jedoch sind solche Klauseln nach § 307 Abs. 1 unwirksam, weil für den Verbraucher der gesetzliche Zusammenhang zwischen dem Anspruch auf die erste Abschlagszahlung und demjenigen auf Sicherheitsleistung verschleiert wird⁵⁷.

- 33 Unwirksam nach § 309 Nr. 15 lit. b 2. Alt. sind außerdem Klauseln, denen zufolge der Besteller eine „geringere“ Sicherheitsleistung als nach § 650m Abs. 2, also in nur geringerer Höhe, leisten muss⁵⁸. Bezugspunkte sind einerseits die prozentualen Schwellenwerte von 5 % (§ 650m Abs. 2 Satz 1) und 10 % (§ 650m Abs. 2 Satz 2) und andererseits die Gesamtvergütung als Bemessungsgrundlage⁵⁹. Eine Wesentlichkeitsgrenze existiert – anders als bei § 309 Nr. 15 lit. a – nicht; vielmehr genügt jede noch so unerhebliche Unterschreitung⁶⁰. Erfasst werden auch Fälle, in denen die Sicherheitsleistung zunächst zwar uneingeschränkt zu erbringen ist, anschließend aber unter bestimmten Voraussetzungen durch Rückgewähr reduziert wird⁶¹; auch dann muss nur eine geringere als die gesetzliche Sicherheit geleistet werden.

III. Beweislast

- 34 Für die Darlegungs- und Beweislast gelten die allgemeinen Grundsätze (vgl. Vor § 307 Rz. 135).

52 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 64; MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 15 BGB Rz. 15; a.A. Dauner-Lieb/Langen/Kollmann § 309 BGB Rz. 262.

53 Zutreffend BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 64 m.w.N.

54 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 65 m.w.N.

55 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 67; a.A. und für Anwendung des Klauselverbots in diesem Fall Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 21.

56 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 67 m.w.N.

57 BGH v. 8.11.2012 – VII ZR 191/12 Rz. 23, NJW 2013, 219.

58 Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 18.

59 MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 15 BGB Rz. 15.

60 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 70; Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 20.

61 Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 19.

IV. Unwirksamkeit und Bußgeldbewehrung

Verstößt eine Klausel gegen § 309 Nr. 15, richtet sich der Vertragsinhalt – als Rechtsfolge der Unwirksamkeit (§ 306 Abs. 2) – nach den gesetzlichen Bestimmungen in §§ 632a bzw. 650m. Für § 309 Nr. 15 lit. a bedeutet das, dass Abschlagszahlungen nach § 632a in Höhe der erbrachten und vertraglich geschuldeten Leistungen anfallen, wobei maximal 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen nach § 650c als Abschlagszahlung angefordert werden dürfen (§ 650m Abs. 1). Im Fall nach § 309 Nr. 15 lit. b kann der Verbraucher vom Unternehmer die Leistung der gesetzlichen Sicherheit nach § 650m in der dort vorgesehenen Höhe verlangen. 35

Hinzu treten wird in Zukunft zudem eine Sanktionsfolge nach dem neuen Art. 246e EGBGB⁶² (verbotene Verletzung von Verbraucherinteressen und Bußgeldvorschriften). Ein mit einem Bußgeld bewehrtes „Verwenden“ liegt danach sowohl im Fall einer erstmaligen Verwendung einer nach § 309 Nr. 15 unwirksamen Klausel bei Neuabschlüssen von Verträgen als auch bei einem Berufen auf unwirksame Regelungen in bestehenden Vertragsverhältnissen vor⁶³. In Kraft treten die neuen Vorschriften am 28.5.2022. 36

V. Verträge mit Unternehmern

1. Höhe von Abschlagszahlungen

a) Keine Indizwirkung von § 309 Nr. 15 lit. a

Ob der Regelung nach § 309 Nr. 15 lit. a im unternehmerischen Rechtsverkehr Indizwirkung zukommt, ist strittig. Dabei kommt nach dem Schutzgegenstand von vorneherein nur der Fall einer Abweichung von § 632a Abs. 1 in Betracht, weil § 650m Abs. 1 nur die Verwendung gegenüber dem Verbraucher als Besteller betrifft (§ 650i Abs. 1 und 3). Für § 632a Abs. 1 ist eine Indizwirkung im Unternehmerverkehr aufgrund der ausschließlich verbraucherschützenden Zwecksetzung der Regelung nach § 309 Nr. 15 lit. a (vgl. Rz. 4 ff.) richtigerweise ebenfalls abzulehnen⁶⁴. Hintergrund der Regelung ist nach der Gesetzesbegründung die präsumtiv fehlende Verhandlungsmacht des Verbrauchers (vgl. Rz. 4), die im unternehmerischen Verkehr jedoch nicht gleichermaßen unterstellt werden kann. Dort sind – ganz im Gegenteil – Regelungen zur Sicherheitsleistung, mit denen einem Überzahlungsrisiko begegnet wird, in der Praxis üblich und verbreitet. Bei überhöhten Abschlagszahlungen mag daher zwar ein absoluter Schutz des Verbrauchers angemessen sein, weil für den Verbraucher in der Regel die Durchsetzung selbst abgesicherter Rückforderungsansprüche beschwerlich ist. Im unternehmerischen Rechtsverkehr ist eine so weitgehende Rechtsfolge jedoch nicht erforderlich und daher insbesondere zu berücksichtigen, ob bei überhöhten Vorauszahlungen eine angemessene Sicherheitsleistung erfolgt (vgl. Rz. 38). 37

⁶² Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz v. 10.8.2021, BGBl. 2021 I 3487 ff.

⁶³ Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, S. 39.

⁶⁴ Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 35; BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 75; Staudinger/Coester-Waltjen (2019) § 309 Nr. 15 BGB Rz. 8; a.A. Orłowski ZfBR 2016, 419 (421); BeckOK BGB/Becker 1.5.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 24 sowie – beschränkt auf § 632a Abs. 1 – MüKoBGB/Wurmnest § 309 Nr. 15 BGB Rz. 18.

b) Inhaltskontrolle nach § 307

aa) Höhere Zahlungen durch AGB des Unternehmers

- 38 § 632a hat im Sinne des § 307 Abs. 2 Satz 1 bei AGB des Unternehmers keine Leitbildfunktion (vgl. Rz. 37); denn es handelt sich um eine Regelung, mit der die Rechtsstellung des Unternehmers verbessert werden sollte, indem ihm die Liquidität für die Vorausfinanzierung des Werklohns erleichtert wird, der ansonsten nach der gesetzlichen Regelung im Übrigen erst mit der Abnahme fällig wird⁶⁵. Allerdings stellen wesentlich höhere Abschlagszahlungen als nach § 632a Abs. 1 gleichwohl eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 dar; denn sie führen zu ungesicherten Vorauszahlungen und überbürden damit dem Besteller bei einer erforderlichen Rückforderung das Insolvenzrisiko⁶⁶. Dies gilt sowohl für den Bauvertrag⁶⁷ als auch für den allgemeinen Werkvertrag⁶⁸. Zu beanstanden sind deshalb auch Klauseln, mit denen die vom Gesetzgeber geschaffenen Rechte des Bestellers zur Sicherheitsleistung nach § 632a Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 ausgeschlossen oder die sich aus dieser Regelung ergebende Möglichkeit zur Absicherung von Zahlungen für Baustoffe oder Bauteile beeinträchtigt wird⁶⁹. Dagegen kann für gewisse Abweichungen im Rahmen des § 307 Abs. 1 Nr. 1 ein anerkanntes Bedürfnis nach erleichterter Abrechnung bestehen, beispielsweise bei Zahlungsplänen, denen ein Pauschalierung innewohnt⁷⁰.

bb) Niedrigere Zahlungen durch AGB des Bestellers

- 39 In AGB des Bestellers stellt sich nur die umgekehrte Frage, also ob es zulässig ist, wesentlich niedrigere Abschlagszahlungen als nach § 632a Abs. 1 vorzugeben. Der BGH hat das für Abschlagszahlungen in Höhe von lediglich 90 % offengelassen⁷¹. In der Literatur wird dazu vertreten, dass § 632a Abs. 1 insofern eine begrenzte Leitbildfunktion zukomme und eine wesentliche Verkürzung des Anspruchs der Höhe nach daher eine unangemessene Benachteiligung darstelle⁷². Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Eine für das AGB-Recht maßgebliche grundsätzliche Wertung liegt zunächst vor allem mit § 641 Abs. 1 vor. Danach ist die Vergütung erst zu dem Zeitpunkt zu entrichten, zu dem das Werk vom Besteller abgenommen, ihm also verschafft wird. Der Besteller wird hier also vor einem Insolvenzrisiko bei der Zahlung des Werklohns zunächst einmal uneingeschränkt geschützt, weil er das Werk erst bezahlen muss, wenn es nicht mehr dem Zugriff der Gläubiger des Unternehmers unterliegt. Mit den Abschlagszahlungen nach § 632a wird dieser Grundsatz zwar durchbrochen und es ist auch zutreffend, dass damit das Interesse des Unternehmers, die Vorfinanzierung des Werks nicht allein tragen zu müssen, gesetzlich geschützt werden sollte⁷³. Gleichwohl kann trotz der gesetzlichen Ausnahme vom Grundsatz nach § 641 Abs. 1 aufgrund der vorzeitig geschuldeten, ungesicherten Zahlung nach § 632a ein berechtigtes Sicherungsinteresse bestehen, nicht jede hergestellte Teilleistung sofort mit dem (nach § 632a maßgeblichen, vgl.

65 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 75.

66 Vgl. zu diesem Aspekt für den Fall von Bürgschaften auf erstes Anfordern BGH v. 18.4.2002 – VII ZR 192/01, ZIP 2002, 1198 = BauR 2002, 1239, (1240 f.) und aus der Literatur Kapellmann/Messerschmidt/Thierau VOB-Kommentar Teil A/B, 7. Aufl. 2020, § 17 VOB/B Rz. 158 ff. m.w.N.

67 Vgl. für den Bauvertrag BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 106; Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt VOB-Kommentar Teil A/B, 7. Aufl. 2020, § 16 VOB/B Rz. 258.

68 Zutreffend BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 106, m. Nachw. zur Gegenmeinung.

69 Vgl. Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 36.

70 Vgl. BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 108.

71 BGH v. 9.12.2010 – VII ZR 7/10 Rz. 22, WM 2011, 598.

72 Vgl. Messerschmidt/Voit/Messerschmidt Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 632a BGB Rz. 60; BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 117; Ganten/Jansen/Voit/Kandel VOB Teil B, 3. Aufl. 2013, § 16 Abs. 1 VOB/B Rz. 50 f.; BeckOK BGB/Voit 1.5.2020, § 632a BGB Rz. 32 (für Kürzung um 10 %).

73 Vgl. dazu Messerschmidt/Voit/Messerschmidt, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 632a BGB Rz. 60.

Rz. 9) anteilig vereinbarten Preis zu bezahlen. Das kann etwa beim Einheitspreisvertrag der Fall sein, weil dort die vereinbarten Positionspreise nicht immer das tatsächliche Wertverhältnis der zu erbringenden Teilleistungen untereinander abbilden. Vielmehr spielen bei Einheitspreisangeboten häufig auch Liquiditätsüberlegungen der Unternehmer eine Rolle und werden deshalb Herstellungskosten in Positionen kalkuliert, die besonders früh hergestellt werden, so dass es bei der Abrechnung solcher Positionen dann zu verdeckten Vorauszahlungen kommen kann. Zuzustimmen ist daher lediglich der Überlegung, dass Klauseln, die ausschließlich der Wahrung der Liquiditätsinteressen des Bestellers dienen, die rechtliche Anerkennung zu verweigern sein wird⁷⁴. Das betrifft insbesondere Klauseln, mit denen der Abschlagszahlungsanspruch generell ausgeschlossen wird⁷⁵. Ansonsten kann nur eine auf die jeweilige Klausel und den zugrundeliegenden Vertrag bezogene Prüfung des Einzelfalls den Ausschlag dafür geben, ob eine unangemessene Benachteiligung vorliegt oder nicht. Soweit mit einer Klausel lediglich berechnete Sicherungsinteressen im Hinblick auf wirtschaftliche Verzerrungen der Bemessung von Abschlagszahlungen nach den Vertragspreisen oder das mit der Abschlagszahlung verbundene Vorleistungsrisiko ausgeglichen werden sollen, ist sie AGB-rechtlich dagegen nicht zu beanstanden, sofern sie umgekehrt auch dem Sicherungsinteresse des Unternehmers, etwa durch Einzahlung offener Beträge auf ein Sperrkonto oder eine anderweitige Sicherheitsleistung, Rechnung trägt. Danach dürfte allerdings eine Regelung, mit der die Abschlagszahlungen einfach pauschal auf 90 % des Werts der erbrachten Leistungen herabgesetzt werden, in der Regel eine unangemessene Benachteiligung darstellen, soweit nicht nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund der Besonderheiten der Preisvereinbarung in dieser Höhe systemisch die Gefahr von ungesicherten Vorausleistungen besteht⁷⁶. Wirksam ist dagegen eine Klausel, die Abschlagszahlungen nach Maßgabe des Baufortschritts vorsieht und dabei nicht wie in § 632a Abs. 1 auf die bloße Erbringung der Leistung, sondern auf die (insolvenz sichere) Verschaffung der Teilleistung abstellt. Problematisch wäre es dagegen, entsprechend dem früheren Recht auf einen „Wertzuwachs“ und nicht den „Wert“ (also die Vertragspreise) abzustellen; denn die Unsicherheiten der Bemessung eines Wertzuwachses wollte der Gesetzgeber gerade beseitigen. Eher denkbar wäre es, auf beim Unternehmer tatsächlich angefallene Kosten statt auf die Vertragspreise abzustellen, zumal diese auch größer als der Wertzuwachs sein können⁷⁷. Generell unzulässig ist es dagegen, als Unternehmer gegenüber dem eigenen Nachunternehmer Abschlagszahlungen von der Bezahlung durch den eigenen Besteller, also den Hauptauftraggeber, abhängig zu machen; solche Klauseln verlagern die Zahlungsrisiken abweichend vom Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse und § 641 Abs. 2 lässt dies ausdrücklich nur im umgekehrten Fall zu⁷⁸.

2. Höhe der Sicherheitsleistung des Unternehmers

a) AGB des Unternehmers

Für AGB des Unternehmers hat § 309 Nr. 15 lit. b aufgrund seiner spezifisch verbraucher-schützenden Zielsetzung (vgl. Rz. 5) nach allgemeiner Meinung keine Indizwirkung⁷⁹. Nachdem das Gesetz im unternehmerischen Rechtsverkehr zur Sicherheitsleistung zudem lediglich die umgekehrt den Unternehmer schützenden Regelungen nach §§ 650e, 650f enthält, sind

74 Vgl. dazu BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 117.

75 BeckOGK/Mundt 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 118; Kniffka ZfBR 2000, 227 (229).

76 A.A. Wolf/Dammann, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 37 (10 % seien durchweg nicht zu beanstanden).

77 Vgl. Wolf/Dammann, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 37.

78 Wie hier: Wolf/Dammann § 309 Nr. 15 BGB Rz. 37 m.w.N.; Voraufgabe Christensen, Teil 2 (12), Bauverträge Rz. 17.

79 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 80; Wolf/Dammann, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 38 m.w.N.

Regelungen zu einer geringeren Sicherheitsleistung als 5 % in Verträgen mit Unternehmern als Besteller AGB-rechtlich nicht zu beanstanden.

b) AGB des Bestellers

- 41 Zur Höhe der in Bauverträgen mit Unternehmern vom Besteller durch AGB zulässigerweise zu fordernden Sicherheiten haben sich in der Rechtsprechung Prozentsätze herausgebildet, und zwar in Höhe von 10 % der vertraglichen Vergütung für Erfüllungssicherheiten⁸⁰ und von 5 % für Sicherheiten wegen der Ansprüche nach Abnahme, insbesondere also der Sicherheit für Rechte bei Mängeln⁸¹. Ergänzt werden diese Prozentsätze durch eine detaillierte Rechtsprechung dazu, in welchem Umfang und für welche Zeiträume eine Überschneidung der beiden Arten von Sicherheitsleistung durch AGB verlangt werden kann. Danach sind Regelungen zu beanstanden, wenn der Unternehmer für einen nicht unerheblichen Zeitraum über die Abnahme hinaus wegen möglicher Mängelansprüche des Auftraggebers eine Sicherheit leisten muss, die nicht unwesentlich über 5 % der Auftragssumme liegt⁸². Eine solche der Höhe nach unangemessene Sicherheit kann sich insbesondere daraus ergeben, dass nach dem Klauselwerk eine Sicherheit für die Vertragserfüllung, die auch nach Abnahme bestehende Mängelansprüche des Auftraggebers sichern soll, noch längere Zeit nach Abnahme nicht zurückgegeben werden muss, während zugleich eine Sicherheit für Mängelansprüche verlangt werden kann, so dass es zu einer Überschneidung der beiden Sicherheiten kommt und dem Auftraggeber für etwaige Mängelansprüche sowohl die Sicherheit für die Vertragserfüllung als auch die Sicherheit für Mängelansprüche zur Verfügung steht⁸³.
- 42 Die Höhe der sich aus diesen von der Rechtsprechung entwickelten Grenzen ergebenden Sicherheit ist zwar im Bereich der Erfüllungssicherheiten für die abzudeckenden Risiken nicht ohne weiteres als ausreichend anzusehen. Vielmehr zeigt sich in der Praxis bei der Abwicklung aufgrund Insolvenz des Unternehmers nicht fertig gestellter Baustellen, dass Beträge von 20–30 % Kostenerhöhung eher realistisch wären. Seitens der „einspringenden“ Unternehmen führen sowohl die Mängelrisiken bei der Fertigstellung der von einer später insolventen Firma erbrachten Vorleistungen als auch die jeweilige Drucksituation des Bestellers in der Regel häufig zu ganz erheblichen Preiszuschlägen. Allerdings ist der aktuelle Stand der Rechtsprechung, auf den sich der unternehmerische Rechtsverkehr weitestgehend eingestellt hat, aufgrund der langjährigen Untätigkeit des Gesetzgebers im Ergebnis als zulässige richterliche Rechtsfortbildung anzusehen, für die der Gesetzgeber im Zuge der umfassenden Bauvertragsnovelle zum 1.1.2018 zudem auch keine Veranlassung gesehen hat, abweichende Regelungen zu treffen.

VI. VOB/B

- 43 § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B enthält eine dem § 632a Abs. 1 in der seit dem 1.1.2018 gültigen Fassung vergleichbare Regelung zu Abschlagszahlungen. Im Verbrauchervertrag ist sie nach § 309 Nr. 15 lit. a 2. Alt. unwirksam, weil die erforderliche Beschränkung auf 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung fehlt und deshalb wesentlich höhere als die nach § 650m Abs. 1 zu leistenden Abschlagszahlungen zugelassen werden⁸⁴.

80 Vgl. BGH v. 9.12.2010 – VII ZR 7/10 Rz. 19, NJW 2011, 2125.

81 Vgl. z.B. BGH v. 13.11.2003 – VII ZR 57/02, ZIP 2004, 79 = NJW 2004, 443; Ganten/Jansen/Voit/Rudolph/Koos, VOB Teil B, 3. Aufl. 2013, § 17 Abs. 1 VOB/B Rz. 233 ff. m.w.N.

82 BGH v. 16.7.2020 – VII ZR 159/19 Rz. 24 m.w.N., NJW-RR 2020, 1219; BGH v. 1.10.2014 – VII ZR 164/12 Rz. 24, ZIP 2015, 531 = WM 2015, 844.

83 BGH v. 16.7.2020 – VII ZR 159/19 Rz. 24, NJW-RR 2020, 1219.

84 Vgl. BeckOGK/Weiler 1.6.2021, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 79.

Im unternehmerischen Rechtsverkehr bestehen gegen die Regelung dagegen keine durchgreifenden Bedenken. Von der seit dem 1.1.2018 gültigen gesetzlichen Neuregelung wird aufgrund des Entfalls der Voraussetzung des Nichtvorliegens wesentlicher Mängel in diesem Punkt nicht mehr abgewichen, so dass sich die Frage nur noch für Altverträge stellt, für die richtigerweise aber ebenfalls keine Bedenken bestehen⁸⁵. Ansonsten stellt sich allenfalls noch die Frage des geregelten Zeitpunkts der Abschlagszahlungen. Dabei sind die geregelten „möglichst kurzen Zeitabstände“ unbedenklich, weil sie lediglich – und für den unternehmerischen Rechtsverkehr (im Verbrauchervertrag mag anderes gelten⁸⁶) ausreichend transparent – den Grundsatz der Beschleunigung von Zahlungen zum Ausdruck bringen und nicht wesentlich von den sich auch aus §§ 632a, 242 BGB ergebenden Zahlungszeitpunkten⁸⁷ abweichen. Problematisch können daher nur die „vereinbarten Zeitpunkte“ für Abschlagszahlungen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B sein. In AGB des Unternehmers kann die Vereinbarung von abweichenden Zahlungszeitpunkten allerdings – für sich genommen – kaum zu einer zu missbilligenden, ungesicherten Vorauszahlung (vgl. Rz. 38) führen, weil die Zahlungen auch nach § 632a Abs. 1 jederzeit verlangt werden können. Zudem führen Regelungen zur Änderung des Zahlungszeitpunkts (etwa eine Beschränkung des nach § 632a Abs. 1 jederzeitigen Anspruchs nach § 307 aufgrund einer damit verbundenen unangemessenen Verkürzung gesetzlicher Zahlungsansprüche, vgl. Rz. 39) auch allenfalls zu einer Unwirksamkeit der Vereinbarung zum Zeitpunkt, nicht aber zur Unwirksamkeit des § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B selbst.

§ 310

Anwendungsbereich

(1) § 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 9 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nummer 1, 2 bis 9 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.

(2) Die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Satz 1 gilt entsprechend für Verträge über die Entsorgung von Abwasser.

⁸⁵ Vgl. dazu etwa NWJS/Hummel VOB Teil B, 5. Aufl. 2019, § 16 VOB/B Rz. 48, der zutreffend darauf hinweist, dass keine unangemessene Benachteiligung nach § 307 vorliegt, weil der Besteller über § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B und die Möglichkeit entsprechender Einbehalte auch über den Mängelbeseitigungsaufwand ausreichend geschützt ist.

⁸⁶ Vgl. Wolf/Dammann, § 309 Nr. 15 BGB Rz. 36.

⁸⁷ Vgl. dazu BeckOGK/Mundt, 1.7.2021, § 632a BGB Rz. 65.