

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 351/82

### URTEIL

Verkündet am  
29. September 1983  
Werner,  
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der N [REDACTED] Wohnungsbau- und Bauträgergesellschaft  
mbH & Co KG, E [REDACTED], K [REDACTED], vertreten  
durch
2. die N [REDACTED] Wohnungsbau- und Bauträger-GmbH, diese  
vertreten durch ihren Geschäftsführer Rolf B [REDACTED],  
ebenda,

Beklagte, Berufungskläger  
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Versicherungskaufmann Michael B [REDACTED],
2. seine Ehefrau Marianne B [REDACTED],  
beide wohnhaft F [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED]-M [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und [REDACTED], [REDACTED],  
[REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 26. Oktober 1982 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1979/1980 errichtete die Beklagte zu 1 (im folgenden: die Beklagte), deren persönlich haftende Gesellschafterin die Beklagte zu 2 ist, als Bauträgerin in W[REDACTED]-M[REDACTED], F[REDACTED]straße, fünf Einfamilien-Reihenhäuser mit Garage. Mit notariellem Vertrag vom 8. November 1979 veräußerte sie ein noch zu vermessendes Teilgrundstück mit einem der bereits im Bau befindlichen Häuser nebst Garage an die klagenden Eheleute.

Nr. 5.1 und 5.2 des Vertrages lauten:

"5.1

Der Kaufpreis beträgt für das gesamte Kaufobjekt 212.500 DM.

- 3 -

## 5.2

In dem von den Käufern nach der vorstehenden Ziffer 5.1 zu erbringenden Kaufpreis sind Aufschließungskosten bis zu einer maximalen Höhe von 15.000 DM enthalten.

Aufschließungskosten, die den Betrag von 15.000 DM übersteigen, gehen zu Lasten der Käufer, gleichgültig welchem der Vertragsteile und wann ein entsprechender Aufschließungskostenbescheid zugestellt wird.

Unter Aufschließungskosten im Sinne dieses Vertrages sind zu verstehen:

Sämtliche öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten und Anliegerbeiträge; die Kosten gemäß § 128 BBauG für Straßen, Gehwege, Beleuchtung, Entwässerungs- und Versorgungsleitungen ab Haus; sämtliche Erd- und Aushubarbeiten; ----- die Planungs-, Herstellungs- und Grunderwerbskosten für festgelegte und geplante Straßen, Haus- und Garagenzufahrtsstraßen und -zugangswege, Spielplätze, Kfz.-Stellplätze, Müllboxen, Klär- und Sickergruben sowie Revisionsschächte und deren Zuleitungen; Strom-, Wasser-, Gas- und Kanalanschlußgebühren; Umlegungs- und Vermessungskosten, Kommunalabgaben sowie die auf alle vorgenannten Leistungen ggfs. anfallenden Architekten-, Statiker-, Ingenieur- und allgemeinen Verwaltungskosten.

Die insoweit über 15.000 DM hinausgehenden Aufschließungskosten sind bei Anforderung durch die Gemeinde, die Verkäuferin und sonstige Aufschließungsträger sofort zur Zahlung fällig."

Die Beklagte berechnete "Aufschließungs"- und Nebenkosten mit insgesamt 32.746,93 DM und forderte von den Klägern den 15.000 DM übersteigenden Betrag von 17.746,93 DM. Diese zahlten zunächst unter Vorbehalt, forderten dann aber ihre Sonderzahlungen zurück.

Die Kläger haben 15.719,06 DM nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht den



Klägern noch 15.374,65 DM nebst Zinsen zuerkannt, im übrigen die Berufung zurückgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision erstreben die Beklagten weiterhin die volle Abweisung der Klage. Die Kläger waren trotz ordnungsgemäßer Ladung im Termin vor dem Senat nicht vertreten. Die Beklagten haben deshalb den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

#### Entscheidungsgründe:

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte über den Pauschalpreis "für das gesamte Kaufobjekt" hinaus die Kosten für Aushub und Verfüllung der Baugrube (gemäß Rechnung vom 3. November 1980) sowie darauf und anderweit berechnete Nebenkosten für Architekten, Statiker und Verwaltung als "Aufschließungskosten" im Sinne von Nr. 5.2 des Vertrages erstattet verlangen kann. Kosten für einen Pumpenschacht (344,41 DM), derentwegen das Urteil des Landgerichts abgeändert worden ist, sind nicht mehr im Streit.

Das Berufungsgericht ist mit dem Landgericht der Ansicht, daß die Kosten für Aushub und Verfüllung der Baugrube keine "Aufschließungskosten" im Sinne des Vertrages seien. Die abweichende Ansicht der Beklagten stehe mit einer an den §§ 133, 157 BGB ausgerichteten Vertragsauslegung nicht im Einklang und widerspreche dem Verständnis eines unbefangenen Erwerbers von dem Sinngehalt der Vertragsbestimmung 5.2. Daß im Katalog der "Aufschließungskosten" "sämtliche Erd- und Aushubarbeiten" erschienen,

werde bei unbefangener Lesart im Zusammenhang mit den genannten Leistungen verstanden. Der Vertragstext gebe keinen Anhalt dafür, daß darunter auch die Erd- und Aushubarbeiten für die Baugrube fallen sollten. Die Kosten der Baugrube seien Teil der Gesamtherstellungskosten, welche durch den Erwerbspreis für das gesamte Objekt abgegolten seien. Es gebe keinen sachlich-kalkulatorischen Grund, diese zu einer besonderen Leistungsposition abzuspalten.

Dagegen stehe nicht die Behauptung der Beklagten, bei der notariellen Beurkundung sei den Klägern erläutert worden, daß zu den "Aufschließungskosten" alle überhaupt nur anfallenden Erdarbeiten wie z.B. Aushub und Verfüllung der Baugrube zählten. Selbst wenn eine solche von den Klägern bestrittene Erläuterung erfolgt sein sollte, habe sie keine rechtliche Wirkung, weil sie als mündliche Nebenabsprache zu dem beurkundeten Vertrag nichtig wäre (§§ 313 Satz 1, 125 BGB). Weder sei die behauptete Erläuterung als bloße Klarstellung des Urkundentextes zu beurteilen noch könne von einer Falschbezeichnung des gemeinsam Gemeinten die Rede sein. Die behauptete Erläuterung wäre vielmehr als Änderung des beurkundeten Vertragsinhalts aufzufassen. Dies könne formfrei nicht erfolgen und werde auch nicht durch die Eintragung der Kläger im Grundbuch geheilt. Auch nach Nr. 13.1 des Vertrages hätten mündliche Abreden keine Gültigkeit.

Nebenkosten könne die Beklagte nur auf Nachweis ersetzt verlangen, soweit sie tatsächliche "Aufschließungskosten" beträfen. Den Klägern stehe daher der zuerkannte Betrag zu.

Dagegen wenden sich die Beklagten ohne Erfolg.

1. Der von den Parteien vor einem Notar geschlossene Erwerbsvertrag entspricht einem von der Beklagten für eine Vielzahl von Verträgen mit geringfügigen Änderungen oder Ergänzungen gestellten, dem Berufungsgericht und dem erkennenden Senat aus anderen Prozessen bekannten Formular und fällt daher unter das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Daran ändert die von der Beklagten behauptete Belehrung der Kläger durch den Notar bei der Beurkundung des Vertrages, insbesondere bei Verlesung der Klauseln unter Nr. 5, nichts (BGHZ 74, 204, 209 m.N.; BGH NJW 1982, 1035 insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 83, 56; 1982, 2243, 2244). Auch Preisnebenabreden wie Nr. 5.2, die eine Erhöhung des vereinbarten Pauschalpreises von besonderen Voraussetzungen abhängig machen, unterliegen der Inhaltskontrolle nach dem AGBG (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl. § 8 Rdn. 12 bis 15).

2. Zu Recht geht das Berufungsgericht im Ergebnis davon aus, daß die vertragliche Regelung über Anrechnung und Erstattung von "Aufschließungs"- und Nebenkosten unter Nr. 5.2 des Vertrages teilweise unklar und überraschend ist sowie den Erwerber entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§§ 3, 5, 9 AGBG).

a) Gemäß Nr. 5.1 beträgt der Erwerbspreis für das gesamte, bei Vertragsschluß bereits im Bau befindliche Objekt gemäß der der Urkunde beigefügten Baubeschreibung (3.1) 212.500 DM. Auch die Teilzahlungen sind allein auf diese Summe abgestellt (5.4).

Dies kann von einem unbefangenen Erwerber, dem der Vertragsentwurf vorgelegt oder vorgelesen wird, nur so verstanden werden, daß damit alle regelmäßig mit der Errichtung eines Hauses verbundenen Baukosten abgegolten sind. Zu diesen in jedem Leistungsverzeichnis aufgeführten Baukosten gehören aber auch der Aushub und die spätere Verfüllung der Baugrube, - Leistungen, ohne die ein Haus nicht errichtet werden kann und die mit dem Anschluß des Hauses an das Verkehrs- und Versorgungsnetz nichts zu tun haben.

Diese Vorstellung des unbefangenen Lesers/Hörers wird dadurch bekräftigt, daß auch die "Aufschließungskosten" zu einem beträchtlichen Teil (hier: 15.000 DM) als offenbar vorweg kalkulierbar im Erwerbspreis enthalten sind und weitere, dem Erwerber möglicherweise zusätzlich zur Last fallende "Aufschließungskosten" von künftigen Bescheiden und Anforderungen der "Aufschließungsträger" abhängig gemacht sind. Ein solcher "Aufschließungsträger" ist die Beklagte hier nicht. Daß bei der Fälligkeitsregelung unter 5.2 Absatz 4 auch die Verkäuferin als Anfordernde genannt ist, kann im Zusammenhang mit Absatz 2 nur dahin verstanden werden, daß sie einen ihr zugestellten "Aufschließungskostenbescheid" an den Erwerber weiterleiten kann, nicht aber, daß sie über ihre eigenen vertraglichen Leistungen "Kostenbescheide" zu erteilen befugt wäre. Deshalb können auch Erd- und Aushubarbeiten als "Aufschließungskosten" nur angesehen werden, soweit sie zur Erschließung des Grundstücks, nicht aber zur Errichtung des Bauwerks erforderlich sind. Der Aushub und die Wiederverfüllung der Baugrube obliegt nicht "Aufschließungsträgern", sondern der Beklagten als der zur Errichtung des Baues Verpflichteten.

11

b) Solche zum "gesamten Kaufobjekt" gehörende Leistungen in die ausführliche Aufzählung tatsächlicher "Auf"- oder Anschließungskosten einzureihen, ist - wie die Kläger zu Recht eingewandt haben - geeignet, den Erwerber über die wahre Höhe des Erwerbspreises irrezuführen. Nachdem die Beklagte in anderen dem Berufungsgericht und dem erkennenden Senat bekannten Fällen vergeblich versucht hatte, unter "sämtlichen Erdarbeiten" im Rahmen der "Aufschließung" auch die Baugrubenarbeiten zu erfassen und gesondert vergütet zu bekommen, ließ sie hier "sämtliche Erd- und Aushubarbeiten" in das Vertragsformular einrücken. Zwischenzeitlich wurden sogar - wie sich aus dem an andere Erwerber gerichteten Schreiben des Notars vom 25. Oktober 1978 und dem zugleich zur Entscheidung anstehenden Revisionsverfahren VII ZR 225/82 ergibt - die Worte "sämtliche Erdarbeiten einschließlich Aushub und spätere Verfüllung der Baugrube" in den Vertragstext eingesetzt. Im vorliegenden Vertrag ist noch die Lücke im Text von Nr. 5.2 erkennbar, welche durch Streichung eines Teils des früheren Einschubs entstanden ist.

Mit solcher Vertragsgestaltung kann die Beklagte trotz angeblicher Belehrung der Erwerber durch den Notar keinen Erfolg haben. Ein derartiger Einschub vertraglicher Bauleistungen in einen Katalog von "Aufschließungskosten", die mit der eigentlichen Errichtung des Reihenhauses nichts zu tun haben, ist nicht nur zunächst überraschend im Sinne des § 3 AGBG, sondern benachteiligt auch den Erwerber - selbst wenn er die Bedeutung erfaßt - durch die unredlich versteckte, der Höhe nach nicht abzuschätzende Erhöhung des Pauschalpreises unangemessen

(§ 9 AGBG). Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, die bei Vertragsschluß längst angefallenen Kosten für den Aushub der Baugrube und die durch Auftragsvergabe an Nachunternehmer feststehenden Kosten der Wiederverfüllung nicht in den unter 5.1 genannten Erwerbspreis "für das gesamte Kaufobjekt" einzubeziehen.

c) Die Unverbindlichkeit einer solchen AGB-Klausel kann durch Belehrung seitens des Verwenders oder des Notars nicht vermieden werden. Die Belehrung kann zwar einer Klausel die überraschende Wirkung nehmen (BGHZ 75, 15, 22; BGH NJW 1978, 1519, 1520; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 3 Rdn. 23 bis 25). Sie räumt aber die Unzumutbarkeit einer an den Grundsätzen von Treu und Glauben gemessenen Klausel nicht aus.

Soweit das Berufungsgericht eine mündliche Zusatzvereinbarung der Parteien in Erwägung zieht, die der Beurkundung entbehren und auch nach Nr. 13.1 des Vertrages unbeschadet der Bestimmung des § 313 BGB unwirksam wäre, kann ihm allerdings nicht gefolgt werden. Wie die Revision zutreffend anführt, hat die Beklagte eine solche, den beurkundeten Vertrag ergänzende mündliche Absprache über eine gesonderte Vergütung für Aushub und Verfüllung der Baugrube niemals behauptet. Nach ihrer Darstellung sind die Kläger lediglich darüber belehrt worden, daß die Verkäuferin unter "sämtlichen Erd- und Aushubarbeiten" auch den Aushub und die Verfüllung der Baugrube verstehe; die Kläger hätten dies akzeptiert und den Vertrag auf dieser Grundlage geschlossen. Selbst wenn dies - was die Kläger bestreiten - so gewesen sein sollte, wäre ein solches Verfahren weder geeignet, den Formularvertrag zu

11

einem Individualvertrag zu machen, noch ausreichend, der unredlichen Klausel ihre Unverbindlichkeit zu nehmen. Daß die von der Beklagten verfochtene Auslegung des Vertrages auf eine erhebliche Erhöhung des vereinbarten Pauschalpreises hinauslaufen würde, erlaubt es nicht, deshalb eine Zusatzvereinbarung anzunehmen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, bestand bei den Vertragsverhandlungen kein Hindernis, die erläuterungsbedürftige Klausel im Vertragstext selbst klarzustellen. Aber auch eine vom Berufungsgericht vermißte Klarstellung im Vertragstext, daß Aushub und Verfüllung der Baugrube zu den "Aufschließungskosten" gehörten, hätte der Beklagten nicht geholfen, wie der Senat in dem Revisionsverfahren VII ZR 225/82 am selben Tag entschieden hat. Im Formularvertrag muß der "Kaufpreis für das gesamte Kaufobjekt" in jedem Fall die gesamten Baukosten umfassen.

3. In Nr. 5.2 des Vertrages sind den "Aufschließungskosten" - über die Aufzählung in früher verwendeten Formularen hinaus - auch die auf die dort vorgenannten Leistungen gegebenenfalls anfallenden Architekten-, Statiker-, Ingenieur- und allgemeinen Verwaltungskosten hinzugerechnet, welche die Beklagte insgesamt als Nebenkosten bezeichnet und mit je 11,2 % der jeweiligen "Aufschließungs"-Hauptkosten in Rechnung gestellt hat.

Wieso solche Nebenkosten für tatsächliche, von "Aufschließungsträgern" erbrachte Erschließungsleistungen bei der Beklagten anfallen sollen, ist nicht ersichtlich. Möglicherweise versucht die Beklagte auch insoweit Leistungen, die ihr nach dem Bauträger-Erwerber-Vertrag für die Erstellung des Reihenhauses obliegen und mit dem "Kaufpreis für das gesamte Kaufobjekt" abgegolten sind, noch einmal gesondert vergütet zu erhalten.

Einer Entscheidung, ob auch dieser Teil der Klausel Nr. 5.2 nach dem AGBG unwirksam ist, bedarf es hier jedoch nicht. Die meisten der von der Beklagten in Rechnung gestellten Nebenkosten schließen sich den Hauptkosten für Aushub und Verfüllung der Baugrube an, sind also im Erwerbspreis enthalten. Im übrigen bedarf der Erstattungsanspruch des Nachweises, daß solche Kosten tatsächlich noch angefallen sind. Einen solchen Nachweis hat die Beklagte nicht erbracht, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat und die Revision nicht anzweifelt. Der noch streitige Nebenkostenanspruch ist daher in jedem Fall zu Recht vom Berufungsgericht verneint worden.

4. Nach alledem ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Girisch

Recken

Doerry

Walchshöfer

Quack