

# NewsLetter

2011-10 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Pauschale Vergütung nach freier Kündigung in AGB

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011, Az. VII ZR 181/10) entschiedenen Fall hatte der Bauherr (BH) den Bauunternehmer (BU) mit der Errichtung eines Ausbauhauses zum Pauschalpreis beauftragt. Noch bevor der BU Leistungen erbracht hatte, sprach der BH die freie Kündigung des Bauvertrages aus. Der BU verlangte daraufhin 15 % des Vertragspreises gestützt auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB):

*„... Statt der sich aus § 649 BGB ergebenden Ansprüche kann das Unternehmen die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nach den vereinbarten Vertragspreisen abrechnen und darüber hinaus zusätzlich als Ersatz für die sonstigen Aufwendungen und den entgangenen Gewinn einen Pauschalbetrag in Höhe von 15 % des Teilbetrags aus dem Gesamtpreis gemäß § 1 Abs. 3 verlangen, der auf den Teil der Leistungen entfällt, die das Unternehmen bis zur Kündigung noch nicht ausgeführt hat. Dieser pauschalierte Anspruch steht dem Unternehmen nicht zu, wenn der Bauherr nachweist, dass der nach § 649 BGB dem Unternehmen zustehende Betrag wesentlich niedriger als die Pauschale ist.“*

Zu Unrecht, denn die Klausel sei unwirksam.

Unschädlich sei, dass die Klausel dem Vertragspartner nicht ausdrücklich auch den Nachweis gestatte, dass dem BU *überhaupt kein* Vergütungsanspruch zustehe, denn der Nachweis ei-

nes wesentlich geringeren Schadens umfasse erkennbar auch den Nachweis, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist.

Unschädlich sei auch, dass die Höhe der Pauschale (15 %) von § 649 Satz 3 BGB (5 %) abweiche. Denn § 649 Satz 3 BGB enthalte kein gesetzliches Leitbild für die Höhe von Pauschalierungsabreden. 15 % seien allerdings grenzwertig, denn 15 % des Bruttobetrags bedeuteten immerhin 17,85 % des Nettobetrags. (Die Vergütung für kündigungsbedingt nicht mehr erbrachte Leistungen kann nur netto verlangt werden.) Der BGH ließ die Frage aber letztlich offen.

Die Klausel sei aber deshalb unwirksam, weil der Vertragspartner daraus die von ihm geschuldete Vergütung nicht ausreichend klar und verständlich entnehmen könne (Verstoß gegen das Transparenzgebot). Denn was beim vorliegenden Pauschalvertrag „Vertragspreise“ seien, bleibe unklar.

### Praxishinweise

Das Urteil ist im entscheidenden Teil bedauerlicherweise nur sehr kurz begründet und enthält leider auch keinen „gerichtsfesten“ Formulierungsvorschlag. Jedoch sollte gelten, dass AGB, die den Gesetzestext (hier insbesondere § 649 Satz 3 BGB) wörtlich wiedergeben und nur einen anderen Prozentsatz (z. B. 12,5 %) vorsehen, nicht zu beanstanden sein dürften.

Das Urteil gibt übrigens darüber hinaus Anlass, auf ein weitverbreitetes Missverständnis hinzuweisen. Der BGH nahm vorliegend AGB des BU an, obwohl sich die Klausel im Angebot des BH

fand, und zwar weil das Angebot auf einem Formularblatt des BU erfolgte. Es bleiben also auch dann AGB des Verwenders, wenn diese vom Verwender als Angebot des Vertragspartners betitelt werden.

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Werkvertragsrecht

### Verzug ohne vertragliche Termine

Das Oberlandesgericht (OLG) Hamburg (Urteil vom 29. Oktober 2009, Az. 6 U 253/08) hat zu der selten behandelten Frage Stellung genommen, wann der Auftragnehmer (AN) mit seiner Werkleistung in Verzug gerät, wenn der Vertrag mit dem Auftraggeber (AG) keine Terminvereinbarungen enthält.

Mit Bauvertrag vom April 2006 hatte sich der AN gegenüber dem AG zu Verglasungsarbeiten an einem Kreuzfahrtschiff verpflichtet. Der Bauvertrag enthielt keinerlei Terminvereinbarungen. Im Juli 2006 gab der AG dem AN für seine Arbeiten die 34. bis 38. KW vor. In der 39. KW nahm der AN erst das Aufmaß vor. Unter dem 8. Dezember 2006 setzte der AG dem AN Frist bis 11. Dezember 2006 zum Beginn der Arbeiten. Nachdem der AN dieser Aufforderung nicht nachkam, erklärte der AG den Rücktritt vom Vertrag (§ 323 Abs. 1 BGB).

Zu Recht! Wenn Termine vertraglich nicht vereinbart seien, sei die Bauleistung alsbald zu beginnen und in einer nach den Umständen des Einzelfalles angemessenen Frist zügig fertigzustellen (§ 271 Abs. 1 BGB). Mit Ablauf der angemessenen Fertigstellungsfrist trete Fälligkeit ein.

Die Fristsetzung zur Aufnahme der Arbeiten sei ausreichend gewesen. Zwar genüge grund-

sätzlich nicht, dem AN eine Frist lediglich zur Erklärung über dessen Leistungsbereitschaft oder lediglich zum Beginn seiner Arbeiten zu setzen, sondern es sei eine Frist zur Fertigstellung der Arbeiten erforderlich. Die besonderen Umstände des Falles erlaubten vorliegend jedoch eine Ausnahme, weil vom AN zu vertreten (er hatte noch nicht einmal das Material bestellt) die rechtzeitige Ausführung seiner Leistungen ernsthaft fraglich war.

Drei Tage als Frist seien angemessen gewesen. Die Nachfrist dürfe umso kürzer sein, je dringlicher das Interesse des AG an einer pünktlichen Leistung des AN sei, und sie brauche *nicht* so lang zu sein, dass der AN die Möglichkeit erhalte, jetzt überhaupt erst mit der Erbringung seiner Leistung zu beginnen. Vom AN würden außerordentliche Anstrengungen erwartet.

### Praxishinweise

Damit hatte der AG Anspruch auf Schadenersatz in Höhe der ihm durch die Drittbeauftragung entstandenen *Mehrkosten*.

Der AN hingegen konnte noch nicht einmal Wertersatz für sein Aufmaß verlangen. Denn der AG war vom *ganzen* Vertrag zurückgetreten und der AN hatte dem AG sein Aufmaß nicht überlassen. Damit jedoch stellte das vom AN genommene Aufmaß keine Bereicherung (Wertzuwachs) beim AG dar.

Anders als die Kündigung führt der Rücktritt zur *rückwirkenden* Aufhebung des Vertrages und damit zum Wegfall vertraglicher Vergütungsansprüche. Nach gesetzlichem Bereicherungsrecht kann nur Wertersatz verlangt werden, der niedriger sein kann als die vereinbarte Vergütung.

RA Dr. Christian Schwertfeger