BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 161/10

Verkündet am:
5. Mai 2011
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 308 Nr. 7 Buchst. a, 309 Nr. 5 Buchst. b

a) Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit einer vom Unternehmer gestellten Klausel, die die Höhe der Vergütung des Unternehmers nach § 649 Satz 2 BGB bei vorzeitiger Vertragsbeendigung mit einer Pauschale regelt, ist § 308 Nr. 7a BGB in entsprechender Anwendung. Wegen der vergleichbaren Interessenlage ist auch § 309 Nr. 5b BGB entsprechend anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 250/94, BauR 1997, 156 = ZfBR 1997, 36).

b) Ist dem Besteller durch eine solche Klausel der Nachweis gestattet, dass die dem Unternehmer nach § 649 BGB zustehende Vergütung wesentlich niedriger ist als die Pauschale, so kommt dadurch hinreichend klar und den Anforderungen des Gesetzes genügend zum Ausdruck, dass auch der Nachweis gestattet ist, dem Auftragnehmer stehe überhaupt keine Vergütung zu.

c) Eine Klausel, die den entgangenen Gewinn und die bis zur Kündigung getätigten Aufwendungen pauschaliert, hält einer Überprüfung anhand des § 308 Nr. 7a BGB nur stand, wenn sie sich im Rahmen der gemäß § 649 Satz 2 BGB typischerweise zu beanspruchenden Vergütung hält. Werden mit der Pauschale 15 % des vereinbarten Werklohns geltend gemacht, sind für die Angemessenheitskontrolle dazu konkrete tatsächliche Feststellungen zu treffen.

BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 161/10 - OLG Koblenz
LG Trier

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Prof. Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 28. Mai 2010 aufgehoben.

Das Verfahren wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von den Beklagten eine pauschalierte Vergütung nach freier Kündigung eines Vertrags über die Erstellung eines Ausbauhauses sowie die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

2 Die Parteien schlossen 2007 einen "Hausvertrag" über die Erstellung eines Ausbauhauses zum Gesamtpreis von 93.529 €.

3 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthalten in § 8 Nr. 1 folgende Bestimmung:

> "Kündigt der Bauherr nach § 649 BGB den Vertrag, ohne dass das Unternehmen dies zu vertreten hat, stehen dem Unternehmen die in § 649 BGB geregelten Ansprüche zu. Statt der sich aus § 649 BGB ergebenden Ansprüche kann das Unternehmen für ihre Aufwendungen und den entgangenen Gewinn einen Pauschalbetrag in Höhe von 15 % des Gesamtpreises gemäß § 1 Abs. 2 geltend machen. 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."

4 Die Beklagten erklärten mit Schreiben vom 9. Januar 2008, vom Vertrag zurücktreten zu wollen und forderten eine Bestätigung ihrer Kündigung. Die Klägerin, die noch keine werkvertraglichen Leistungen erbracht hat, beansprucht gemäß § 8 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Pauschalbetrag von 15 % in Höhe von 14.029,35 € sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 755,80 €, jeweils nebst Zinsen.

5 Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß als Gesamtschuldner verurteilt. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgen sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I.

7 Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Beklagten das Vertragsverhältnis mit der Klägerin nicht durch Rücktritt, sondern durch Kündigung beendet haben. Damit stehe der Klägerin die geltend gemachte Vergütungspauschale gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 des Hausvertrags zu. Diese Vergütungspauschale halte einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand. Die Klausel werde den sich aus einer analogen Anwendung des § 309 Nr. 5b BGB ergebenden Anforderungen gerecht. Sie gestatte dem Bauherrn ausdrücklich den Nachweis, dass der nach § 649 BGB dem Unternehmer zustehende Betrag wesentlich niedriger als die Pauschale sei. Eines ausdrücklichen Hinweises, dass auch der Nachweis gestattet sei, ein Anspruch sei überhaupt nicht entstanden, bedürfe es nicht, da dies bereits aus der verwendeten Formulierung ersichtlich sei. Die Pauschalierungsklausel gewähre auch keine unangemessen hohe Vergütung. Prüfungsmaßstab für die Angemessenheit sei, was ohne die Klausel vom Bauherrn geschuldet wäre. Bei Abrechnung nach § 649 BGB sei neben den bereits geleisteten Personal- und Sachkosten auch der kalkulierte Gewinn zu erstatten. Die Pauschalierung dieser Kosten mit 15 % des Gesamtpreises erscheine nicht unangemessen.

8 Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung der vorgerichtlichen Anwaltskosten sei aus Verzugsgesichtspunkten begründet.

II.

9 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

10 1. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Beklagten nicht wirksam vom Vertrag mit der Klägerin zurückgetreten sind,

sondern das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 9. Januar 2008 durch freie Kündigung beendet haben, so dass § 8 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin Anwendung findet. Davon geht auch die Revision aus.

11 2. Zu Unrecht ist die Revision der Auffassung, § 8 halte einer Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 5 BGB nicht stand. Die Klausel sehe keinen ausdrücklichen Nachweis vor, dass eine Vergütung überhaupt nicht geschuldet sei. Darüber hinaus sei sie mit der Wertung des § 649 Satz 3 BGB nicht vereinbar.

12 a) Auf Abwicklungsklauseln nach einem gekündigten Werkvertrag, die die Höhe der Vergütung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung regeln, findet § 308 Nr. 7a BGB Anwendung. Das gilt auch für Vergütungsklauseln, die die dem Unternehmer nach § 649 Satz 2 BGB zustehende Vergütung pauschalieren. Zwar betrifft § 308 Nr. 7a BGB nach seinem Wortlaut allein Vergütungsregelungen für erbrachte Leistungen, während der Unternehmer nach § 649 Satz 2 BGB eine Vergütung auch für nicht erbrachte Leistungen berechnen kann. Es besteht aber sachlich kein Unterschied zwischen einer unangemessen hohen Vergütung für erbrachte und für nicht erbrachte Leistungen, so dass die entsprechende Anwendung des § 308 Nr. 7a BGB gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 1983 - VII ZR 301/82, BauR 1983, 261 = ZfBR 1983, 125; Urteil vom 8. November 1984 - VII ZR 256/83, BauR 1985, 79 = ZfBR 1985, 81; OLG Düsseldorf, BauR 2005, 1636). Wegen der vergleichbaren Interessenlage findet allerdings auch § 309 Nr. 5b BGB entsprechende Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 250/94, BauR 1997, 156, 158 = ZfBR 1997, 36 m.w.N.). Dem Vertragspartner des Verwenders muss ausdrücklich der Nachweis gestattet werden, dem Unternehmer stehe nach § 649 Satz 2 BGB überhaupt keine oder eine wesentlich niedrigere Vergütung zu als die Pauschale.

13 b) Dem wird die Klausel unter § 8 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin gerecht. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht deshalb unwirksam ist, weil dem Vertragspartner des Verwenders ausdrücklich nur der Nachweis eines wesentlich geringeren Schadens eingeräumt wird. Mit einer solchen Klausel wird hinreichend klar und den Anforderungen des Gesetzes genügend zum Ausdruck gebracht, dass auch der Nachweis gestattet ist, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden. Denn der im Klauseltext enthaltene Hinweis auf die Möglichkeit des Gegenbeweises macht auch einem rechtsunkundigen Vertragspartner ohne weiteres deutlich, dass darin die Möglichkeit des Nachweises, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden, eingeschlossen ist (BGH, Urteil vom 14. April 2010 - VIII ZR 123/09, BGHZ 185, 178). Gleiches hat bei der entsprechenden Anwendung der §§ 308 Nr. 7a, 309 Nr. 5b BGB für die Vereinbarung einer pauschalen Vergütung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung zu gelten. Auch hier reicht es aus, wenn dem Vertragspartner der Nachweis gestattet ist, dass der dem Verwender nach § 649 BGB zustehende Betrag wesentlich geringer ist als die Pauschale. Der gegenteiligen Auffassung des Oberlandesgerichts Celle (BauR 2009, 103, 107) ist daher nicht zu folgen.

14 c) Der Senat kann auch nicht der Auffassung der Revision folgen, die Höhe der Pauschale weiche von der Wertung des § 649 Satz 3 BGB ab. Nach dieser Vorschrift wird vermutet, dass dem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen. Diese Regelung ist, wie die Beklagten nicht verkennen, auf den Vertrag zwischen den Parteien, der im Jahre 2007 geschlossen worden ist, nicht anwendbar. Denn § 649 Satz 3 BGB ist in der seit dem Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes am 1. Januar 2009 geltenden Fassung nur auf

Schuldverhältnisse anzuwenden, die nach diesem Tag entstanden sind, Art. 229 § 19 Abs. 1 EGBGB.

15 Die Erwägung der Revision, die Wertung des Gesetzgebers müsse bereits auf zuvor geschlossene Verträge Anwendung finden, greift schon deshalb nicht durch, weil das Gesetz keine Regelung enthält, die einer Vereinbarung der Parteien über eine 5 % überschreitende, angemessene Pauschalierung der dem Unternehmer nach § 649 Satz 2 BGB zustehenden Vergütung entgegensteht. Der Gesetzgeber hat mit § 649 Satz 3 BGB eine Erleichterung für die sekundäre Darlegungslast der Unternehmer schaffen wollen, die sich nach seiner Auffassung größten Schwierigkeiten ausgesetzt sahen, einen nach Kündigung verbleibenden Vergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen durchzusetzen. Danach kann der Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung auch ohne eine Abrechnung des Vertrages geltend machen. Der Besteller kann den Nachweis einer höheren Ersparnis führen (BT-Drucks. 16/511 S. 17 f.). Dem Gesetz und auch seiner Entstehungsgeschichte lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber ein gesetzliches Leitbild für Pauschalierungsabreden der Vertragsparteien schaffen und damit bewirken wollte, dass der Unternehmer stets konkret abrechnen muss, wenn er eine Vergütung geltend macht, die die gesetzliche Pauschale übersteigt (so aber Schmitz in: ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 16. Juli 2010, § 649 BGB Rn. 129). Dem steht schon die gesetzgeberische Absicht entgegen, die Durchsetzung des Anspruchs zu erleichtern. Die Absicht, bisher übliche und auch in der Rechtsprechung gebilligte Pauschalierungsabreden beschränken zu wollen, ist nicht erkennbar. Den Maßstab für Pauschalierungsabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gibt § 308 Abs. 7a BGB vor. Danach kommt es darauf an, ob die pauschalierte Vergütung unangemessen hoch ist. Die Unangemessenheit wird nicht durch die Überschreitung der in § 649 Satz 3 BGB geregelten Pauschale indiziert (so

auch G. Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Teil 2 (7) Rn. 6).

16 3. Die Feststellungen des Berufungsgerichts bieten jedoch keine ausreichende Grundlage dafür, dass sich die in § 8 Nr. 1 geregelte Vergütung von 15 % in den Grenzen sachgerechter Pauschalierung hält.

17 a) Das Berufungsgericht stellt im Ausgangspunkt zutreffend fest, dass Prüfungsmaßstab für die Angemessenheit der vereinbarten Pauschale ist, was ohne die Klausel vom Besteller nach dem Gesetz typischerweise geschuldet wäre (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2006 - VII ZR 175/05, BauR 2006, 1131, 1132 = NZBau 2006, 435 = ZfBR 2006, 557; Urteil vom 3. Februar 2005 - III ZR 268/04, NJW-RR 2005, 642; Urteil vom 29. Mai 1991 - IV ZR 187/90, NJW 1991, 2763; Urteil vom 8. November 1984 - VII ZR 256/83, BauR 1985, 79, 82 = ZfBR 1985, 81). Bei einer Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB kann der Unternehmer gemäß Satz 2 dieser Vorschrift grundsätzlich die vereinbarte Vergütung verlangen, muss sich aber die ersparten Aufwendungen sowie einen etwaigen anderweitigen oder böswillig unterlassenen Erwerb anrechnen lassen. Für die Entscheidung, ob sich die pauschalierte Vergütung im Rahmen des nach dem Gesetz Geschuldeten hält, kommt es nicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an, sondern auf die typische Sachlage bei vorzeitiger Beendigung derartiger Verträge (BGH, Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 250/94, BauR 1997, 156, 158 = ZfBR 1997, 36; Urteil vom 23. März 1995 - VII ZR 228/93, BauR 1995, 546 = ZfBR 1995, 199; Urteil vom 8. November 1984 - VII ZR 256/83, BauR 1985, 79 = ZfBR 1985, 81).

18 b) Den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte (OLG Nürnberg, Beschluss vom 1. März 2004 - 13 W 320/04; OLG Stuttgart, Beschluss vom 20. Januar 2009 - 8 U 49/08) las-

sen sich tatsächliche Feststellungen, die die Pauschale in der geltend gemachten Höhe als berechtigt erscheinen ließen, nicht entnehmen. Eine feste Grenze, von der ab ein bestimmter Prozentsatz als eine im Sinne des § 308 Nr. 7a BGB nicht mehr angemessene Pauschale anzusehen ist, wenn der Vertrag vor Erbringung werkvertraglicher Leistungen gekündigt wird, hat der Bundesgerichtshof für Verträge über ein Ausbauhaus nicht festgelegt. Der Senat hat bei Fertighausverträgen in einem solchen Fall 5 % der Auftragssumme als ohne weiteres hinnehmbar angesehen (BGH, Urteil vom 10. März 1983 - VII ZR 302/82, BGHZ 87, 112, 120 f.). Er hat auch eine Pauschale von 10 % nicht beanstandet (BGH, Urteil vom 27. April 2006 - VII ZR 175/05, BauR 2006, 1131, 1132 = NZBau 2006, 435 = ZfBR 2006, 557). Die Zulässigkeit einer Pauschale von 18 % der vereinbarten Vergütung hat er ohne abschließende Entscheidung zu diesem Punkt als äußerst zweifelhaft bezeichnet (BGH, Urteil vom 8. November 1984 - VII ZR 256/83, BauR 1985, 79, 82 = ZfBR 1985, 81).

19 c) Dies beruht auf einer unter Berücksichtigung des Erfahrungswissens und der veröffentlichten Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur getroffenen Einschätzung. Eine solche Einschätzung ist mangels entsprechender Feststellungen bei der hier zu beurteilenden Klausel nicht möglich. Die Pauschale kann nach der vertraglichen Vereinbarung auch dann verlangt werden, wenn die Klägerin - wie hier - noch keinerlei werkvertragliche Leistungen erbracht hat, ihr sachlicher und personeller Aufwand daher am geringsten war. Die Pauschalierungsklausel hält einer Überprüfung anhand des § 308 Nr. 7a BGB daher nur stand, wenn sie sich auch in einem solchen Fall im Rahmen der gemäß § 649 Satz 2 BGB typischerweise zu beanspruchenden Vergütung hält. Die von der Klägerin geltend gemachte Pauschale von 15 % des Bruttobetrags beläuft sich auf 17,85 % des Nettobetrags. Von diesem Betrag ist gemäß § 649 BGB bei der Berechnung des Vergütungsanspruchs für nicht erbrachte Leistungen auszugehen (BGH, Urteil vom 22. November 2007 - VII ZR 83/05, BGHZ

174, 267). Die Pauschale erreicht einen Grenzbereich, der ohne Kenntnis der nach Kündigung eines Hausvertrags typischerweise anfallenden Vergütung nicht mehr ohne weiteres als noch angemessen oder schon unangemessen beurteilt werden kann. Das Berufungsgericht hat dazu weder konkrete Feststellungen getroffen noch auf Erfahrungswerte aus der Baupraxis abgestellt. Die von ihm angenommene Angemessenheit der Pauschalierungsklausel hat daher im Tatsächlichen keine hinreichende Grundlage.

III.

20 Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Trier, Entscheidung vom 20.07.2009 - 5 O 94/09 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 27.08.2010 - 8 U 1030/09 -