BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 181/10

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 305c Abs. 2, 307 Abs. 1 Bf., Ci., 308 Nr. 7 Buchst. a

a) Eine Klausel in von Verkaufsberatern vermittelten Verträgen über den Hausbau, wonach der Unternehmer einen Antrag des Bestellers innerhalb eines Monats nach dessen Unterzeichnung des Vertragsformulars annehmen kann, ist so zu verstehen, dass für die Fristberechnung das im Vertragsformular eingetragene Datum maßgebend ist. Auf das tatsächliche Datum der Unterzeichnung kommt es nicht an.

b) § 649 Satz 3 BGB ist kein Leitbild für die Vereinbarung von Vergütungspauschalen im Falle einer freien Kündigung.

c) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmers enthaltene Vergütungspauschalierung auf 15 % des Teilbetrags aus dem Gesamtpreis, der auf den Teil der Leistungen entfällt, die der Unternehmer bis zu einer freien Kündigung noch nicht ausgeführt hat, ist unwirksam, wenn die Berechnung dieses Vergütungsteils von der Berechnung der Vergütung für erbrachte Leistungen abhängt und diese unklar geregelt ist.

BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - VII ZR 181/10 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. April 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Bauner, 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.

2 Die Beklagten gaben der Klägerin auf deren Vertragsformular ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags über die Erstellung eines Ausbauhauses ab. Die von den Beklagten unterzeichnete Urkunde trägt das Datum des 31. März 2008, nach Behauptung der Beklagten ist sie tatsächlich am 9. April 2008 unterzeichnet worden. Nach den vertraglichen Bestimmungen sollte der Werkvertrag mit Zugang der schriftlichen Bestätigung durch die Klägerin

zustande kommen. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen konnte die Klägerin das Angebot innerhalb einer Monatsfrist nach Unterzeichnung des Vertrags durch die Beklagten annehmen.

3 Die Klägerin unterschrieb den Vertrag am 29. April 2008. Zwischen den Parteien ist streitig, wann die unterschriebene Urkunde den Beklagten zugegangen ist.

4 Die Beklagten kündigten den von ihnen als unverbindlich angesehenen Vertrag, bevor die Klägerin Leistungen erbracht hatte. Die Klägerin beansprucht gemäß § 8 Nr. 1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen 15 % des Vertragspreises von 136.429 €. Diese Klausel lautet:

> "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 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."

5 Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 20.464,35 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Berufung der Beklagten hatte

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

keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen sie ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

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

I.

7 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Hausvertrag sei wirksam abgeschlossen worden. Die Beklagten hätten mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde eine auf den Abschluss des Hausvertrags gerichtete Willenserklärung abgegeben. Dass ihnen bei Unterschriftsleistung das Bewusstsein gefehlt habe, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben, sei weder dargetan noch ersichtlich. Der Vertrag sei mit Zugang der schriftlichen Annahmeerklärung der Klägerin wirksam geworden. Die Beklagten hätten eingeräumt, eine mit der Unterschrift der Klägerin versehene Ausfertigung des Vertragsexemplars erhalten zu haben. Den Ausführungen des Landgerichts, sie hätten nicht vorgetragen, die schriftliche Bestätigung später als einen Monat nach der am 9. April 2008 erfolgten Unterzeichnung erhalten zu haben, seien die Beklagten weder mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag noch in der Berufungsbegründung entgegengetreten. Ihr nunmehriger Vortrag, aus der "vagen Erinnerung heraus" sei ihnen der Vertrag erst mit Schreiben vom 12. August 2008 zugegangen, sei neu im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO und nicht ausreichend substantiiert, um die

rechtzeitig erklärte Annahme ihres Vertragsangebots in Frage zu stellen. Nach Kündigung des Vertrags durch die Beklagten stehe der Klägerin der geltend gemachte Vergütungsanspruch gemäß § 8 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu. Die wirksam vereinbarte Vergütungspauschale halte einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand. Die Pauschalierung dieser Kosten mit 15 % des Gesamtpreises erscheine nicht unangemessen.

II.

8 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

9 Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Beklagten hätten die erstmals in der Berufung erhobene Behauptung der Klägerin nicht wirksam bestritten, sie habe die Annahme des Vertrages innerhalb der Frist von vier Wochen erklärt.

10 1. Die Klägerin hat darzulegen, dass den Beklagten die schriftliche Annahmeerklärung innerhalb der Frist von einem Monat zugegangen ist. Unausgesprochen geht das Berufungsgericht offenbar davon aus, dass die Klägerin nach dem Hinweis des Berufungsgerichts, dem Akteninhalt lasse sich nicht entnehmen, ob und wann eine schriftliche Bestätigung des Vertrages durch die Klägerin erfolgt sei, zum rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung schlüssig vorgetragen hat, indem sie dargelegt hat, ihre Annahmeerklärung vom 29. April 2008 mit Schreiben vom gleichen Tag an die Beklagten gesandt zu haben.

11 2. Rechtsfehlerhaft sind die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es das daraufhin erfolgte Bestreiten der Beklagten zurückweist. Die Beklagten sind den nach dem richterlichen Hinweis erstmals in der Berufungsinstanz

erhobenen Behauptungen der Klägerin mit ihrer Darstellung entgegengetreten. Danach haben sie das von der Klägerin unterschriebene Vertragsexemplar nach ihrer vagen Erinnerung erst am 12. August 2008 erhalten. Ein Schreiben vom 29. April 2008 wollen sie überhaupt nicht erhalten haben.

12 a) Mit dieser Darstellung wird die Behauptung der Klägerin, die Annahme des Vertrages sei innerhalb der Annahmefrist von einem Monat erklärt worden, erheblich bestritten, ohne dass es in diesem Zusammenhang darauf ankäme, ob die Frist schon am 30. April 2008 ablief oder erst am 9. Mai 2008. Zwar kann eine Partei Tatsachen, die ihrer Wahrnehmung unterliegen, nicht mit Nichtwissen bestreiten, § 138 Abs. 4 ZPO. Das haben die Beklagten jedoch auch nicht getan. Sie haben vielmehr substantiiert behauptet, die Annahmeerklärung sei ihnen nicht innerhalb der Monatsfrist, sondern später zugegangen. Dass sie nach längerer Zeit den genauen Tag des Zugangs nicht mehr angeben konnten, schadet nicht.

13 b) Im Hinblick darauf, dass die Klägerin die bestrittene Behauptung erstmals auf den richterlichen Hinweis in der Berufungsinstanz aufgestellt hat, besteht keine Grundlage für eine Zurückweisung des Beklagtenvortrags. Dieser beruht nicht auf Nachlässigkeit. Die Zurückweisung kann auch nicht damit begründet werden, die Beklagten hätten keinen Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt. Dem Urteil des Landgerichts lassen sich keine Feststellungen zum Zugang der Annahmeerklärung entnehmen. Das Landgericht hat in den Entscheidungsgründen lediglich ausgeführt, die Beklagten hätten nicht vorgetragen, dass sie die schriftliche Bestätigung später als einen Monat nach der Unterzeichnung erhalten hätten. Im Hinblick darauf, dass die Klägerin zum Zugang der Annahmeerklärung nichts vorgetragen hat, ist die Feststellung des Landgerichts unschädlich. Die Darlegungslast für den rechtzeitigen Zugang trägt die Klägerin.

III.

14 Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da noch weitere Feststellungen zu treffen sind.

15 Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

16 1. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist.

17 a) Das kann nur dann der Fall sein, wenn den Beklagten die Annahmeerklärung der Klägerin innerhalb der Frist von einem Monat nach Unterzeichnung zugegangen ist. Unbedenklich ist entgegen der Auffassung der Revision diese im Vertrag vorgesehene Annahmefrist. Der Bundesgerichtshof hat eine vierwöchige Bindefrist in Verkaufsbedingungen eines Neuwagenhändlers nicht beanstandet (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - VIII ZR 94/89, BGHZ 109, 359, 361 f.). Die dafür angestellten Erwägungen gelten teilweise sinngemäß auch für den Hausvertrag. Denn dem Unternehmer muss ein angemessener Zeitraum zur Prüfung eingeräumt werden, ob in dem vorgesehenen Zeitraum der Hausbau für ihn möglich ist. Darüber hinaus wird der Unternehmer in aller Regel auch eine Bonitätsprüfung vornehmen. Insgesamt ist eine Bindefrist von einem Monat auch unter Berücksichtigung der Interessen des Bestellers an möglichst schneller Klärung, ob der Vertrag durchgeführt wird, nicht unangemessen lang (vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Juni 2010 - V ZR 85/09, BauR 2010, 1585 = NZBau 2010, 697)

18 b) Entgegen der nicht näher begründeten Annahme des Berufungsgerichts ist die Annahmefrist nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin schon am 30. April 2008 abgelaufen, § 188 Abs. 3 BGB. Das Beru-

fungsgericht hat § 12 Nr. 1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach das Unternehmen den Antrag auf Abschluss eines Hausvertrages innerhalb eines Monats nach Unterzeichnung durch den Bauherrn annehmen kann, nicht ausgelegt. Der Senat kann diese Auslegung selbst vornehmen. § 12 Nr. 1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist so zu verstehen, dass für die Berechnung der Frist das im Vertrag unter der Rubrik "Ort, Datum" ausgewiesene Datum maßgeblich ist, wenn ein solches eingetragen wird.

19 aa) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind ausgehend von den Interessen, Vorstellungen und Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - III ZR 35/10, BB 2011, 513; Urteil vom 29. Mai 2008 - III ZR 330/07, NJW 2008, 2495 m.w.N.).

20 bb) Knüpft eine Vertragsklausel in von Verkaufsberatern vermittelten Verträgen über den Hausbau das Zustandekommen des Vertrages an Erklärungen des Unternehmers, die innerhalb einer Frist nach Unterzeichnung des Vertrages durch den Besteller abgegeben werden müssen, so besteht für beide Parteien ein erkennbares Bedürfnis, diese Frist anhand des Vertragsformulars sicher berechnen zu können. Sieht das Vertragsformular eine Datumsangabe für die Erklärungen der Vertragsbeteiligten vor, so wird diesem Bedürfnis allein dadurch Rechnung getragen, dass das darin eingetragene Datum für die Fristberechnung maßgebend sein soll. Das ist insbesondere im erkennbaren Interesse des Unternehmers, dem die Verträge durch Verkaufsberater vermittelt werden, dem der Zeitpunkt der tatsächlichen Zeitpunkt regelmäßig unbekannt ist, und der keine anderen Anhaltspunkte im Vertrag für die Berechnung der Monatsfrist findet als das Datum der Unterzeichnung. Aber auch der Vertragspartner des

Unternehmers hat ein Interesse daran, einen verlässlichen Anhaltspunkt für die Berechnung der Monatsfrist im Vertrag zu finden, der keinen Streit darüber aufkommen lässt, wann die Urkunde tatsächlich unterzeichnet wurde. Diesen Interessen der Vertragsparteien wird eine Auslegung der Klausel dahin, dass für die Fristberechnung das tatsächliche Datum der Unterzeichnung des Vertrages maßgeblich sein soll, nicht gerecht.

21 b) Die Parteien werden Gelegenheit haben, zu den Folgen dieser Auslegung für die Schlüssigkeit der Klage vorzutragen. Die Klägerin hat bisher keine Angaben dazu gemacht, wann genau ihr Schreiben vom 29. April 2008 mit dem Vertragsformular zugegangen sein soll, insbesondere hat sie - wohl im Hinblick darauf, dass in den Instanzen das genaue Zugangsdatum keine Rolle gespielt hat - nicht behauptet und auch nicht unter Beweis gestellt, dass das Schreiben am 30. April 2008 zugegangen ist.

22 c) Sollte es darauf noch ankommen, wird sich das Berufungsgericht mit dem Vorbringen der Beklagten zu ihrem Erklärungsbewusstsein auseinandersetzen müssen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten nicht dargetan und es sei auch nicht ersichtlich, dass ihnen das Bewusstsein gefehlt habe, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben zu haben, wird - wie die Revision zu Recht rügt - dem Vortrag der Beklagten nicht gerecht.

23 2. Sollte das Berufungsgericht einen Vertragsschluss bejahen, so könnte es die Klagesumme nicht aufgrund der vertraglichen Pauschalierungsvereinbarung in § 8 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausurteilen. Denn diese Klausel ist unwirksam.

24 a) Das ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision allerdings nicht daraus, dass die Klägerin ihren Vertragspartnern nicht ausdrücklich den Nachweis eingeräumt hat, ihr stehe ein Vergütungsanspruch überhaupt nicht zu.

25 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 § 307 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.

26 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 hinrei-

chend klar und den Anforderungen des Gesetzes genügend zum Ausdruck gebracht, dass auch der Nachweis gestattet ist, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden ist. 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.

27 b) Der Senat kann auch nicht der Auffassung der Revision folgen, die Höhe der Pauschale weiche von dem gesetzlichen Leitbild 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 nicht anwendbar, der - wie in der Revision zu unterstellen ist - im Jahre 2008 geschlossen worden ist. 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.

28 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 § 649 Satz 3 BGB indiziert (so auch G. Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Teil 2 (7) Rn. 6).

29 Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Peters/Jacoby in Staudinger, BGB 2008, § 649 Rn. 39; Schmitz aaO Rn. 129) lässt sich ein anderes Ergebnis auch nicht mittels § 309 Nr. 12a BGB begründen. Denn § 649 Satz 3 BGB enthält keine von den sonstigen Regelungen des Gesetzes abweichende Beweislastverteilung zugunsten des Bestellers, die durch eine höhere

Pauschale in Frage gestellt würde. Die Beweislast dafür, dass der Unternehmer höhere Aufwendungen erspart hat als er behauptet, trägt der Besteller bereits nach § 649 Satz 2 BGB. Hat der Unternehmer eine den Anforderungen entsprechende Abrechnung vorgelegt, ist es Sache des Bestellers darzulegen und zu beweisen, dass höhere Ersparnisse oder mehr anderweitiger Erwerb erzielt wurden, als der Unternehmer sich anrechnen lässt (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94, BGHZ 131, 362; Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365). Die Pauschalierung erleichtert nicht die Beweislast, sondern die sekundäre Darlegungslast des Unternehmers.

30 c) Die Klausel kann auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht deshalb als unwirksam angesehen werden, weil der nach Kündigung gemäß § 649 Satz 2 BGB zu zahlende Werklohn unangemessen hoch pauschaliert sei.

31 aa) Das Berufungsgericht stellt im Ausgangspunkt zutreffend fest, dass Prüfungsmaßstab für die Angemessenheit der vereinbarten Pauschale ist, was ohne die Klausel vom Vertragspartner der Klägerin nach dem Gesetz typischerweise geschuldet würde (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 typi-

sche 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).

32 bb) 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) lassen 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). Dies beruht auf einer unter Berücksichtigung des Erfahrungswissens und der veröffentlichten Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur getroffenen Einschätzung. 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). Sie erreicht einen Grenzbereich, der ohne die

Kenntnis der nach Kündigung eines Hausvertrages typischerweise anfallenden Vergütung nicht mehr als noch angemessen oder schon unangemessen beurteilt werden kann. Dazu bedarf es vielmehr tatrichterlicher Feststellungen.

33 d) Die Klausel ist deshalb unwirksam, weil sich aus ihr die vom Besteller im Falle einer Kündigung geschuldete Vergütung nicht ausreichend klar und verständlich entnehmen lässt, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst klar, einfach und präzise darzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 2007 - VIII ZR 143/06, NJW 2007, 3632; Urteil vom 5. März 2008 - VIII ZR 95/07, NJW 2008, 1438).

34 Daran fehlt es hier. Die Klausel enthält nicht vorhandene Berechnungsgrößen, so dass sie unklar und unverständlich ist. Sie sieht vor, dass die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nach den Vertragspreisen berechnet werden. Solche Vertragspreise, wie sie etwa bei einem Einheitspreisvertrag gemeint sein könnten, enthält der Vertrag nicht. Der Vertrag sieht lediglich einen Gesamtpreis von 136.429 € vor. Sollte die Klausel mit "Vertragspreisen" diejenige Vergütung gemeint haben, die nach Baufortschritt als Rate zu zahlen ist, kommt das nicht hinreichend klar zum Ausdruck. Im Übrigen kann von diesem Verständnis schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil vereinbarte Teilzahlungen nicht maßgeblich sein müssen für die Bemessung der Vergütung für die im Zeitpunkt der Kündigung tatsächlich erbrachten Leistungen (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - VII ZR 133/10, NJW 2011, 915). Die Klausel würde zudem keine Auskunft darüber geben, wie die Vergütung berechnet wird, wenn die vom Auftragnehmer erbrachte Leistung im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht vollständig einem Baufortschritt entspricht.

35 Auf die Wirksamkeit der Klausel hat keinen Einfluss, dass sie auch Fälle abdeckt, in denen die Pauschale vom Gesamtpreis gebildet wird, weil Leistungen noch nicht erbracht sind. Denn eine geltungserhaltende Reduktion auf diesen Anwendungsbereich kommt nicht in Betracht.

36 3. Da die Klägerin hilfsweise den ihr nach § 649 Satz 2 BGB zustehenden Vergütungsanspruch geltend gemacht hat, kann der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden.

Kniffka Bauner Safari Chabestari

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:
LG Koblenz, Entscheidung vom 17.09.2009 - 9 O 108/09 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 28.05.2010 - 8 U 1269/09 -