

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG §§ 10 Nr. 7, 11 Nr. 5 Buchst. b; BGB § 649

Die Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines
Fertighausherstellers, wonach

bei Kündigung des Bestellers vor Abruf des
Hauses der Lieferant Anspruch auf mindestens
18 % der Gesamtvergütung hat

verstößt jedenfalls gegen § 11 Nr. 5 b) AGBG und ist
daher unwirksam.

BGH, Urt. v. 8. November 1984 - VII ZR 256/83 - OLG Düsseldorf
LG Krefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 256/83

URTEIL

Verkündet am

8. November 1984

Werner,

Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Zahntechnikers Josef G., M.straße ,
W.,

Beklagten, Widerklägers,
Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma D. - Haus W. GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Günther Z., U.straße ,
W.,

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
F. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 1983 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch privatschriftlichen "Werklieferungsvertrag" vom 24. September 1980 beauftragte der Beklagte die Klägerin mit der Errichtung eines Fertighauses aus deren Typenprogramm. Der "Kaufpreis" von 318.062 DM zuzüglich Mehrwertsteuer sollte in Teilbeträgen nach Baufortschritt gezahlt werden. Als Lieferanschrift waren in dem Vertrag das Grundstück U-straße in W (Flur , Flurstück) und als dessen Besitzer der Beklagte und seine



Ehefrau angegeben. Tatsächlich gehörte dieses Grundstück, das auch Gegenstand einer Kostenkalkulation sowie verschiedener Planunterlagen war, dem Geschäftsführer der Klägerin und seinem Bruder.

Bereits am 13. Oktober 1980 teilte der Beklagte mit, daß er von dem Erwerb des Fertighauses Abstand nehmen wolle. In dem nachfolgenden Schriftverkehr rechtfertigte er seine ablehnende Haltung mit dem Hinweis, der Vertrag vom 24. September 1980 sei formunwirksam.

Unter Berufung auf Ziffer 16 der vereinbarten Geschäfts- und Lieferungsbedingungen stellte die Klägerin daraufhin dem Beklagten einen Pauschalbetrag von 18 % des "Kaufpreises" = 64.693,81 DM incl. Mehrwertsteuer in Rechnung.

Mit der vorliegenden Klage hat sie die Hälfte dieses Betrags nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr - bis auf einen Teil der Zinsen - stattgegeben. Die Anschlußberufung des Beklagten, mit der er widerklagend um Feststellung gebeten hat, daß der Klägerin über den eingeklagten Betrag hinaus weitere 32.346,91 DM nebst Zinsen nicht zustünden, ist erfolglos geblieben.

Mit seiner - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Außerdem verfolgt er seinen zweitinstanzlichen Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Vertrag vom 24. September 1980 trotz fehlender notarieller Beurkundung für wirksam. Die Parteien hätten sich darin weder unmittelbar noch mittelbar zur Veräußerung bzw. zum Erwerb des Grundstücks U[REDACTED]straße [REDACTED] verpflichtet. Auch sei der Fertighausvertrag nicht dergestalt mit einem späteren Grundstückserwerb verknüpft gewesen, daß beide Verträge eine rechtliche Einheit gebildet und deshalb insgesamt der Form des § 313 BGB bedurft hätten. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme könne nicht ausgeschlossen werden, daß sich der Beklagte im Zeitpunkt der Auftragserteilung noch gar nicht für ein bestimmtes Grundstück entschieden habe, sondern insoweit seine Dispositionsfreiheit habe behalten wollen.

Ebensowenig sei die Höhe der geltend gemachten Forderung zu beanstanden. Durch die formularmäßige Vereinbarung eines pauschalierten Aufwendungsersatzanspruchs von 18 % der Auftragssumme habe sich die Klägerin keine übermäßigen Vorteile im Sinne des § 10 Nr. 7 AGBG versprechen lassen. Der Beklagte habe nicht ausreichend dargetan, daß die Klägerin infolge der vorzeitigen Vertragsbeendigung höhere Einsparungen als 82 % des Fertighauspreises erzielt habe. Da ihm ein derartiger Nachweis durch die gegnerischen Geschäftsbedingungen nicht abgeschnitten worden sei, begegne die getroffene Pauschalregelung keinen durchgreifenden Bedenken und erscheine auch im Hinblick auf § 649 Satz 2 BGB noch als angemessen (§ 287 Abs. 2 ZPO). Daraus ergebe sich gleichzeitig die Unbegründetheit der Feststellungswiderklage.

Das hält den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings zunächst davon aus, daß der Vertrag vom 24. September 1980 zu seiner Wirksamkeit nicht der notariellen Beurkundung gemäß § 313 BGB bedurfte.

a) Er enthält keine unmittelbare Verpflichtung des Beklagten zum Erwerb des vertraglich bezeichneten Baugrundstücks U[REDACTED]straße [REDACTED] in W[REDACTED]. Vielmehr haben die Parteien lediglich gegenseitige Pflichten zur entgeltlichen Errichtung eines Fertighauses begründet (vgl. BGHZ 76, 43, 46). Auch ein rechtlich beachtlicher "mittelbarer Zwang" zum Grundstückserwerb läßt sich dem Vertragsverhältnis nicht entnehmen. Daß für den Beklagten mit einer Kündigung des Auftrags finanzielle Nachteile verbunden sind, reicht insoweit nicht aus. Wie der Senat bereits in früheren Entscheidungen betont hat, handelt derjenige auf eigenes Risiko, der Bauverträge über ein Grundstück abschließt, dessen beabsichtigter Erwerb sich unverhofft zerschlägt (BGHZ 76, 43, 46 f, m.N.; 78, 346, 348).

b) Allerdings ist eine an sich nicht formbedürftige Vereinbarung auch dann notariell zu beurkunden, wenn sie mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhängt (BGHZ 76, 43, 48 f m.N.; 78, 346, 349). Das ist der Fall, wenn die beiden Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien nur gemeinsam gelten, d.h. miteinander "stehen oder fallen" sollen. Dazu genügt es, daß einer der Vertragspartner den entsprechenden Willen erkennen läßt und dieser

Wille vom anderen Partner gebilligt oder zumindest hingenommen wird. Nicht erforderlich ist, daß an den verschiedenen Rechtsgeschäften jeweils dieselben Personen beteiligt sind (vgl. auch Senatsurteile NJW 1984, 869, 870; BGH Urteil vom 30. April 1976 - V ZR 129/74 = DNotZ 1976, 683, 684). Andererseits wird ein rechtlicher Zusammenhang zwischen den Erwerbsverträgen über Haus und Grundstück nicht allein dadurch begründet, daß ein Haus nicht ohne Grundstück errichtet werden kann. Entscheidend ist vielmehr der Verknüpfungswille der Parteien (BGHZ 76, 43, 49; 78, 346, 349).

c) Ob ein einheitliches Rechtsgeschäft in diesem Sinne vorliegt, ist im Einzelfall vom Tatrichter zu entscheiden (BGH aaO). Hier hat es das Berufungsgericht nicht für erwiesen erachtet, daß die Parteien den Willen gehabt und zum Ausdruck gebracht hätten, der Fertighausvertrag solle mit dem noch abzuschließenden Grundstückskaufvertrag "stehen oder fallen". Das muß die Revision hinnehmen.

Zwar spricht die Erwähnung des Grundstücks U-straße in dem "Werklieferungsvertrag" vom 24. September 1980, den Kalkulationsbögen und den Planungsskizzen für eine gewisse Abhängigkeit des Fertighausauftrags von dem Erwerb gerade dieses Grundstücks. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Parteien keine entsprechende Erwerbsverpflichtung des Beklagten in den Vertrag aufgenommen haben. Daraus ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vermutung, daß die einzelnen Rechtsgeschäfte getrennt behandelt werden und keine rechtliche Einheit bilden sollten (BGHZ 76, 43, 49

m.N.; 78, 346, 349; vgl. auch Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdn. 717)).

An die Auffassung des Berufungsgerichts, diese Vermutung sei durch das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht widerlegt, ist der Senat gebunden. Nach den im Berufungsurteil zitierten Aussagen der Zeugen H[REDACTED] und P[REDACTED]-Z[REDACTED] ist bei Vertragsschluß nicht von dem Erwerb eines bestimmten Baugrundstücks die Rede gewesen; vielmehr soll der Beklagte erklärt haben, daß er mehrere Grundstücke in Aussicht habe und sich erst später festlegen wolle. Die ebenfalls als Zeugin vernommene Ehefrau des Beklagten, deren Angaben auf eine gegenseitige Abhängigkeit der geplanten Rechtsgeschäfte hindeuten könnten, war bei der entscheidenden Vertragsunterzeichnung nicht zugegen. Daraus durfte das Berufungsgericht in freier tatrichterlicher Würdigung den Schluß ziehen, daß die ausdrückliche Erwähnung des Grundstücks U[REDACTED]straße [REDACTED] möglicherweise nur beispielhaft erfolgt ist, um einen Anhaltspunkt für die Finanzierung zu gewinnen.

Trotz der gegenteiligen Beweismwürdigung des Landgerichts brauchte es dazu die in erster Instanz vernommenen Zeugen nicht nochmals zu befragen (§ 398 ZPO). Es hat nicht deren Glaubwürdigkeit in Zweifel gezogen oder deren protokollierte Aussagen anders als die Vorderrichter verstanden (vgl. etwa BGH NJW 1982, 108, 109; 1982, 1052, 1053 m.N.), sondern lediglich die Anforderungen an den - vom Beklagten zu führenden - Nachweis einer rechtsgeschäftlichen Verknüpfung der Verträge erhöht. Wenn es insoweit das bisherige Beweisergebnis für objektiv nicht ausreichend erachtete, so war es dazu auch ohne wiederholte Zeugenvernehmung befugt

(BGH NJW 1968, 1138 Nr. 9; BGH Urteile vom 5. Juli 1967 - VIII ZR 169/65 = WM 1967, 900, 901 und vom 16. Mai 1972 - VI ZR 29/71 = VersR 1972, 951). Einer Anhörung des in zweiter Instanz zusätzlich benannten Zeugen Schautz bedurfte es aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen ebenfalls nicht.

Anders als in dem vom Senat in BGHZ 78, 346 ff entschiedenen Fall, in dem von vornherein nur ein gemeinsamer Erwerb von Haus und Grundstück in Betracht kam, war der hier geschlossene Fertighausvertrag daher auch ohne notarielle Beurkundung wirksam.

2. Zu Unrecht glaubt die Revision weiterhin, der Beklagte habe seine auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung zumindest gemäß § 1 b Abs. 1, 2 AbzG widerrufen dürfen.

a) Dabei kann offen bleiben, ob die ursprünglich nach Baufortschritt geschuldeten Vergütungsraten überhaupt als Teilzahlungen im Sinne des Abzahlungsgesetzes anzusehen sind (vgl. dazu BGHZ 78, 375, 380/381). Wie der Senat erst kürzlich dargelegt hat, ist der typische Fertighausvertrag mit Errichtungsverpflichtung des Veräußerers regelmäßig reiner Werkvertrag, auf den das Abzahlungsgesetz ohnehin keine Anwendung findet (BGHZ 87, 112, 115 ff). Im Mittelpunkt der vertraglichen Beziehungen steht nicht die Lieferung der vorgefertigten Teile, sondern die - auch hier vereinbarte - Errichtung des Bauwerks. Daran wird festgehalten.

Aus dem Umstand, daß der Beklagte zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht über ein geeignetes Baugrundstück verfügte, ergeben sich keine Besonderheiten. Entgegen der Ansicht der Revision erhielt der Vertrag vom 24. September 1980 dadurch nicht den Charakter eines Werklieferungsvertrags, der nach wohl herrschender Meinung im Schrifttum den Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes unterfällt (vgl. etwa Kessler in BGB-RGRK, 12. Aufl., Einl. AbzG Rdn. 6 und H.P. Westermann in MünchKomm., BGB, § 1 AbzG Rdn. 4 jeweils m.N.; offengeblieben in BGHZ 87, 112, 116).

Unabhängig von der gewählten Bezeichnung gilt gemäß § 651 Abs. 2 BGB allein Werkvertragsrecht, wenn sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet. Bei der Errichtung von Bauwerken ist aber das Grundstück stets als Hauptsache gegenüber den vom Unternehmer gelieferten Materialien anzusehen (BGH aaO, 118/119 m.N.; Sturges, BB 1982, 1631; Soergel in MünchKomm., BGB § 651 Rdn. 5). Ob der Besteller bereits Eigentümer des Baugrundstücks ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (vgl. auch Graba, MDR 1974, 975, 978). Solange er - wie der Beklagte - das Grundstück zur Verfügung stellen muß, handelt es sich bei der Auftragsvergabe nicht um einen Werklieferungs-, sondern um einen reinen Werkvertrag. Dies folgt nicht zuletzt auch daraus, daß der (Fertighaus-)Unternehmer sein Eigentum an den Bauteilen durch die Verbindung mit dem Grundstück kraft Gesetzes an den Grundstückseigentümer verliert (§§ 94, 946 BGB). Für eine rechtsgeschäftliche Übereignung des vollendeten Werkes, wie § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB sie vorsieht, ist daneben kein Raum (BGH aaO, 119 m.N.;

Senatsurteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = LM BGB § 459 Nr. 20).

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Unternehmer das Gebäude auf seinem eigenen Grundstück zu errichten und erst das bebaute Grundstück auf den Erwerber zu übertragen hat (vgl. etwa BGHZ 60, 362, 363; 72, 229, 233). Abgesehen davon, daß ein solcher Sachverhalt hier nicht zur Entscheidung steht, fallen aber auch derartige Werklieferungsverträge nicht in den Geltungsbereich des Abzahlungsgesetzes, weil sie allein unbewegliche Sachen zum Gegenstand haben.

b) Ebensowenig kommt eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes in Betracht (BGHZ 87, 112, 119/120).

Zwar mag die Darstellung der Revision zutreffen, daß der Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine klaren Finanzierungsvorstellungen hatte und insbesondere die Kosten des beabsichtigten Grundstückskaufs nicht abzuschätzen vermochte. Dieses Risiko ist er aber bewußt eingegangen, als er die Klägerin mit der Lieferung und Errichtung des Fertighauses beauftragte. Daran muß er sich festhalten lassen. Auch bei Teilzahlungsverträgen eröffnet die Rechtsordnung dem Schuldner keineswegs allgemein die Möglichkeit, sich von unbedacht übernommenen Verpflichtungen zu lösen. Vielmehr ist der sozialpolitische Zweck des Abzahlungsgesetzes darauf beschränkt, den durch Ratenzahlungsvereinbarungen besonders gefährdeten Käufer beweglicher Sachen zu schützen; damit verbietet sich eine entsprechende Anwendung dieses Sondergesetzes auf anders geartete Verträge (BGH aaO, 120 m.N.).

3. Keine Zustimmung verdient das angefochtene Urteil jedoch insoweit, als es auch die Höhe der geltend gemachten Forderung gemäß Ziffer 16 der vereinbarten Geschäfts- und Lieferungsbedingungen für unbedenklich hält.

Diese Vertragsbestimmung lautet wie folgt:

"16. Die Kündigung des Vertrages ist bis zum Abruf des Hauses möglich. Kündigt der Besteller, so hat der Lieferant Anspruch auf mind. 18 % des Gesamtkaufpreises zur Abgeltung seiner bis dahin erbrachten Leistungen und sonstigen Unkosten, ohne Verpflichtung des Einzelnachweises....."

Daraus läßt sich der Klageanspruch nicht herleiten.

a) Die vorgenannte Vertragsklausel enthält eine Abwicklungsregelung für den Fall vorzeitiger Vertragsauflösung durch den Bauherrn. Grundsätzlich ist der Unternehmer dann nach § 649 Satz 2 BGB berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen, muß sich aber die ersparten Aufwendungen sowie einen etwaigen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Stattdessen kann er sich auch - wie hier - auf eine pauschale Abgeltung seiner bis zur Kündigung erbrachten Leistungen und Aufwendungen beschränken. Wählt er diesen Weg in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so ist die vereinbarte Pauschalregelung gemäß § 10 Nr. 7 AGBG allerdings nur wirksam, wenn er sich keine unangemessenen Vorteile versprechen läßt (BGHZ 87, 112, 121; BGH NJW 1983, 1491, 1492 m.N.; vgl. weiter Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II 2. Aufl., § 10 Nr. 7 Rdn. 19 f; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl.,

§ 10 Nr. 7 AGBG Rdn. 6). Prüfungsmaßstab ist jeweils das, was ohne die Klausel geschuldet würde.

Dementsprechend hat der Senat für den Fertighausbereich bereits mehrfach eine Pauschalierung des Vergütungsanspruchs in Höhe von 5 % der Gesamtauftragssumme gebilligt, falls die Kündigung vor Beginn der Bauausführung erfolgt ist (BGHZ 87, 112, 120/121; BGH NJW 1978, 1054, 1055, 1983, 1491, 1492). Ob bei einer so frühzeitigen Vertragsbeendigung auch eine Quote von 18 % des vereinbarten Entgelts noch der Angemessenheitskontrolle standhält, er scheint dagegen äußerst zweifelhaft, braucht vorliegend jedoch nicht entschieden zu werden.

b) Durch Ziffer 16 der umstrittenen Geschäftsbedingungen wird dem Beklagten nämlich der Nachweis abgeschnitten, daß die Leistungen und Aufwendungen der Klägerin tatsächlich geringer waren als die vereinbarte Pauschale. Diese von § 11 Nr. 5 b AGBG für Schadensersatzpauschalen geforderte Gegenbeweismöglichkeit gilt wegen der vergleichbaren Interessenlage analog auch für Abwicklungsregelungen im Sinne des § 10 Nr. 7 AGBG (offen gelassen in NJW 1983, 1491, 1492; so entschieden im Senatsurteil vom 25. Oktober 1984 - VII ZR 11/84 - zur Veröffentlichung vorgesehen; vgl. ferner Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl. § 10 AGBG Anm. 7 b; Kötz in MünchKomm, BGB, § 10 AGBG Rdn. 37; Staudinger/Schlosser aaO, § 10 Nr. 7 AGBG Rdn. 2; Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner aaO, § 10 Nr. 7 Rdn. 29). Zwar braucht dem Auftraggeber das Recht zum Gegenbeweis nicht ausdrücklich vorbehalten zu werden (BGH NJW 1982, 2316, 2317; 1983, 1491, 1492). Jedoch darf sich aus der gewählten Formulierung nicht ergeben, daß der Gegenbeweis ausge-

schlossen sein soll. Gerade einen solchen - konkludenten - Ausschluß hat die Klägerin aber in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen, indem sie sich für den Kündigungsfall "mindestens 18 % des Gesamtkaufpreises" hat versprechen lassen. Dieser Betrag bildet somit die Untergrenze, auf die der Beklagte unabhängig von der wirklichen Sachlage festgelegt werden soll. Durch die Verwendung des Begriffs "mindestens" wird ihm bis zu dieser Höhe jedwede Verteidigungsmöglichkeit gegen den geltend gemachten Zahlungsanspruch abgeschnitten (BGH NJW 1982, 2316, 2317; 1983, 1320, 1322 m.N.).

Das verkennt das Berufungsgericht, so daß Ziffer 16 der vorliegenden Geschäfts- und Lieferungsbedingungen wegen Verstoßes gegen § 10 Nr. 7 AGBG i.V.m. § 11 Nr. 5 b AGBG unwirksam ist.

4. Das angefochtene Urteil kann daher, mit Ausnahme des abgewiesenen Zinsanspruchs, keinen Bestand haben und muß - auch soweit es die Widerklage betrifft - aufgehoben werden.

Zu einer abschließenden Entscheidung ist der Senat jedoch nicht in der Lage.

Da die vorformulierte Abwicklungsregelung unwirksam ist, sind die geltend gemachten Ansprüche allein nach § 649 Satz 2 BGB zu beurteilen (§ 6 Abs. 2 AGBG). Insoweit hat der Beklagte den Nachweis dafür zu erbringen, daß die Klägerin infolge der Aufhebung des Vertrags höhere Einsparungen erzielt bzw. Einnahmen getätigt hat, als sie sich selbst anrechnen lassen will (Senatsurteile vom 28. März 1957 - VII ZR 274/56 = Schäfer/Finnern Z 2.233

- Bl. 4, 6 R; vom 7. Dezember 1961 - VII ZR 147/60; vom 6. Juni 1966 - VII ZR 136/65 = Schäfer/Finnern Z 3.01
- Bl. 351, 352; vom 22. September 1977 - VII ZR 162/74 = WM 1977, 1307, 1308).

Zwar weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, daß es der Beklagte bisher an substantiierten Darlegungen und Beweisantritten hat fehlen lassen. Dazu bestand für ihn aber auch keine Veranlassung, da ihm diese Verteidigungsmöglichkeit durch Ziffer 16 der gegnerischen Geschäftsbedingungen abgeschnitten war. Er muß nunmehr Gelegenheit erhalten, seinen Vortrag entsprechend zu ergänzen. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß an seine Darlegungs- und Nachweispflichten keine unbilligen Anforderungen gestellt werden dürfen (Senatsurteil vom 7. Dezember 1961 - VII ZR 147/60; BGH WM 1977, 1307, 1308; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 649 Rdn. 13). Da er keinen Einblick in die Kalkulation der Klägerin nehmen kann, muß es genügen, wenn er sich auf beweisbare Erfahrungswerte stützt. Aufgabe der Klägerin ist es sodann, die für sie geltenden Besonderheiten darzutun. Durch die Kündigung des Vertrags sollen ihr keine Nachteile erwachsen, sie soll daraus aber auch keine Vorteile ziehen dürfen (BGH NJW 1969, 237, 238; Senatsurteil vom 23. Oktober 1980 - VII ZR 324/79 = BauR 1981, 198 = WM 1980, 1450).

Schließlich ist dem Umstand Rechnung zu tragen, daß für nicht ausgeführte Leistungen, die lediglich gemäß § 649 BGB zu vergüten sind, nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes keine Mehrwertsteuer entrichtet werden muß (BFH, BStBl. 1971, Teil II, 6, 8, f; vgl. auch BGH BauR 1981, 198 = WM 1980, 1450).

5. Der Rechtsstreit ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Doerry

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer