

Nachschlagewerk: ja zu II EGr

BGHZ: nein

AGBG §§ 8, 9, 10 Nr. 7, 11 Nr. 5,

AbzG §§ 1, 1b,

BGB §§ 631, 649

- a) Zur Wirksamkeit pauschaler Abwicklungsregelungen für den Fall der Kündigung eines Formular-Werkvertrages.
- b) Der typische Fertighausvertrag mit Errichtungsverpflichtung des Veräußerers ist regelmäßig **r e i n e r W e r k**vertrag, auf den das Abzahlungsgesetz nicht anzuwenden ist.

BGH, Urt. v. 10. März 1983 - VII ZR 301/82 - OLG Frankfurt a.M.
LG Gießen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 301/82

URTEIL

Verkündet am

10. März 1983
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der W [REDACTED] GmbH Bau- und Vertriebs KG, vertreten
durch die W [REDACTED] GmbH als persön-
lich haftende Gesellschafterin, diese vertreten durch den
Geschäftsführer H [REDACTED] W [REDACTED], R [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den Maschinenbautechniker G [REDACTED] S [REDACTED], G [REDACTED]-
straße [REDACTED], W [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. April 1982 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin schloß am 28. August 1979 mit dem Beklagten einen schriftlichen Vertrag, wonach sie auf dem Grundstück des Beklagten ab Oberkante des von diesem selbst zu errichtenden Kellers aus von ihr zu liefernden Fertigteilen ein Typen-Fertighaus errichten und der Beklagte als "Kaufpreis" in Teilbeträgen nach Baufortschritt 166.550 DM bezahlen sollte.

Mit Schreiben vom 9. September 1979 erklärte der Beklagte, daß er - u.a. wegen der nicht gesicherten Finanzierung des Bauvorhabens - von dem Vertrag zurücktrete.



Die Klägerin nimmt den Rücktritt hin, verlangt mit ihrer Klage jedoch aus § 11 Nr. 3 des formularmäßig ausgestalteten Vertrages vom Beklagten eine pauschale "Bearbeitungsgebühr" von 6.000 DM (nebst Zinsen und Mehrwertsteuern auf diese). Der Beklagte hält diese Vertragsbestimmung für unwirksam und wendet ein, die Klägerin habe tatsächlich keine Leistungen erbracht. Sie habe ihm lediglich einen Satz Bauzeichnungen übersandt, die offensichtlich dem normalen Verkaufsprospekt entnommen worden seien. Im übrigen meint er, sein Rücktritt sei als Widerruf des Vertrags im Sinne des Abzahlungsgesetzes anzusehen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht, (dessen Entscheidung veröffentlicht ist in BB 1982, 1630), hat sie abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, bei dem hier geschlossenen Fertighausvertrag handle es sich um einen gemischten Vertrag mit überwiegend kaufrechtlichen Elementen, auf den das Abzahlungsgesetz anzuwenden sei. Angesichts moderner Verkaufsmethoden bestehe auch beim Erwerb von Fertighäusern die Gefahr übereilten und

unbedachten Handelns, vor dessen Rechtsfolgen der Gesetzgeber den Kunden schützen wolle. Mit seiner Rücktritts-erklärung habe der Beklagte seine auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung gemäß § 1 b Abs. 1 AbzG wirksam widerrufen. Daß er die einwöchige Widerrufsfrist überschritten habe, sei unbeachtlich, da er nicht gemäß § 1 b Abs. 2 AbzG belehrt worden sei. Der Klägerin stünden somit keine Rechte aus dem Verträge zu.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Der Fertighausvertrag fällt nicht unter das Abzahlungsgesetz:

1. Das Abzahlungsgesetz findet grundsätzlich nur Anwendung auf den Verkauf beweglicher Sachen, wenn die Vergütung in Raten zu zahlen ist (BGHZ 78, 375, 378 und 383; BGH NJW 1973, 2200, 2201; H.P. Westermann in MünchKomm., AbzG § 1 Rdn. 4; Klauss/Ose, Kommentar zum Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, § 1 Rdn. 22). Inwieweit es darüberhinaus auf Werklieferungsverträge anzuwenden ist (so die h.M., vgl. H.P. Westermann aaO m.w.N.) oder bei gemischten Verträgen, die gleichzeitig kauf- und werkvertragliche Elemente enthalten (vgl. BGHZ 78, 375, 377/378), ist hier nicht entscheidungserheblich. Auf reine Werkverträge ist das Abzahlungsgesetz jedenfalls nicht anzuwenden.

2. Der typische, die Errichtung des Fertighauses einschließende Fertighausvertrag ist regelmäßig reiner Werkvertrag. Schon in seiner Entscheidung BGHZ 76, 43, 45/46 spricht der Senat insoweit von einem "Bauwerkvertrag über ein Fertighaus". Auch im Schrifttum wird diese

Auffassung einhellig vertreten (Graba, MDR 1974, 975, 977; Sturges, BB 1982, 1631, 1632; Herding/Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl. (1967), S. 647; Häring, Der Fertighausbau und seine Rechtsprobleme (1968), S. 79/80; Palandt/Putzo, BGB, 42. Aufl., vor § 433 Anm. 4 c; Glanzmann in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 631 Rdn. 60; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 4. Aufl., Rdn. 1016; Klauss/Ose aaO, § 1 Rdn. 29).

Ausschlaggebende Bedeutung kommt insoweit den vom Unternehmer übernommenen Pflichten zu. Hat er das genormte Baumaterial, die Fertigteile, nur zu liefern, so erbringt er keine werkvertragliche Werkleistung; gelten vielmehr allein die Vorschriften über den Kauf (BGHZ 78, 375, 378; zu einem Sonderfall vgl. BGH NJW 1968, 1087 Nr. 3). Anders ist es dagegen, wenn der Unternehmer die Errichtung des Fertighauses schuldet. Wie beim Bauvertrag über ein konventionelles Haus steht alsdann die für den Werkvertrag typische Schöpfung eines Werkes gerade für den Besteller im Mittelpunkt der vertraglichen Beziehungen (vgl. BGH NJW 1977, 379, insoweit in BGHZ 67, 359 nicht abgedruckt; Palandt/Thomas aaO, vor § 631 Anm. 1 und 4 b; Mühl in Soergel/Siebert, BGB, 11. Aufl., vor § 631 Rdn. 14). Dem Bauherrn kommt es dann neben der Lieferung der vorgefertigten Teile in erster Linie auf die Errichtung des Bauwerks an, bei der es sich um das wesentliche, die Rechtsnatur des Fertighausvertrages prägende Merkmal handelt.

Entsprechend hat der Senat auch schon in anderem Zusammenhang - nämlich beim Erwerb neuerstellter Häuser oder Eigentumswohnungen - die Abgrenzung von Kauf- und

Werkvertrag danach vorgenommen, ob den Veräußerer eine Errichtungsverpflichtung trifft. Ist das der Fall, so sind die Bestimmungen des Werkvertragsrechts anwendbar (BGHZ 68, 372, 373 ff; 72, 229, 231; 74, 204, 206 f; 74, 258, 268; BGH NJW 1981, 273, 274; 1982, 2243; Senatsurteil vom 5. November 1981 - VII ZR 5/81 = BauR 1982, 58, 59/60 jeweils m.w.N.).

Hier haben die Parteien den Fertighausvertrag mit Errichtungsverpflichtung der Klägerin als Werkvertrag geschlossen:

a) Dieser Vertrag enthält zwar keine ausdrückliche Verpflichtung der Klägerin zur Errichtung des Fertighauses. Sinn und Zweck der getroffenen Vereinbarungen lassen jedoch eindeutig auf eine derartige Pflicht schließen, von der die Parteien denn auch als selbstverständlich ausgehen. So richtet sich die Fälligkeit der Abschlagszahlungen nach bestimmten "Bauzuständen" (§ 3). In § 6 Nr. 3 ist eine Abnahme des fertiggestellten Hauses durch den Bauherrn vorgesehen. Dieser hat "für die Dauer der Errichtung des Hauses" Unterkünfte für die Monteure der Klägerin bereitzustellen (§ 14 Nr. 4). Weiterhin ist für die Gewährleistung die Geltung der VOB Teil B vereinbart (§ 7 Nr. 1, 2). Auf die mehrfache Bezeichnung der Vergütung als "Kaufpreis" kommt es dagegen nicht an, da die Begriffswahl keinen Einfluß auf die Rechtsnatur der vertraglichen Beziehungen hat (vgl. auch BGHZ 74, 204, 207; 74, 258, 268; BGH NJW 1981, 273, 274; 1982, 2243 m.w.N.).

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gehört der Fertighausvertrag mit Errichtungsverpflichtung

nicht zu den sogenannten gemischten Verträgen, die gleichzeitig kauf- und werkvertragliche Elemente enthalten und deshalb nach der in § 1 b Abs. 4 AbzG getroffenen Wertung insgesamt abzahlungsrechtlichen Grundsätzen unterliegen.

Allerdings hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs den Erwerb eines Bausatzhauses zur Eigenerstellung als gemischten Vertrag behandelt, wenn der Veräußerer lediglich einzelne werk- oder dienstvertragliche Zusatzleistungen übernommen hat (BGHZ 78, 375, 377/378). Das rechtfertigt sich daraus, daß der Schwerpunkt des Bausatzhausvertrages kaufrechtlicher Natur ist. Im Vordergrund steht die Lieferung des Materials, das dem Käufer gesondert übereignet wird und für ihn einen selbständigen Wert darstellt. Den Auf- bzw. Einbau hat er - zumindest überwiegend - selbst oder durch Dritte vorzunehmen. Es handelt sich somit um ein herkömmliches Umsatzgeschäft, das lediglich durch werkvertragliche Elemente ergänzt wird (BGHZ 78, 375, 378 f).

Demgegenüber stellt die Errichtungsverpflichtung des Fertighausunternehmers bei einem Verträge der hier vorliegenden Art einen grundlegenden Vertragsbestandteil dar, der den Rechtsbeziehungen der Parteien erst ihre besondere Eigenart verleiht. Der Unternehmer schuldet das abnahmefähige Gesamtwerk nach Maßgabe des vereinbarten Bauvolumens und unter Verwendung der von ihm vorgefertigten Bauteile. Deren Lieferung tritt hinter der Erstellung des Bauwerks als eigentlichem Vertragsziel zurück (Graba aaO, S. 976; Sturges aaO, S. 1632; vgl. auch Herding/Schmalzl aaO, S. 647). Eine Aufspaltung dieses

einheitlichen Vertrages in mehrere Einzelleistungen widerspräche seinem Wesen. Demgemäß hat auch der VIII. Zivilsenat ausdrücklich hervorgehoben, daß die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes keine Anwendung finden, wenn der Bauwillige das Haus mit gekauften Bauteilen nicht im Eigenbau errichtet, sondern einen Bau- oder Baubetreuungsvertrag abschließt (BGHZ 78, 375, 382/383).

c) Schließlich handelt es sich bei dem von den Parteien geschlossenen Fertighausvertrag auch nicht um einen Werklieferungsvertrag, auf den das Abzahlungsgesetz anzuwenden sein könnte, weil die Vergütung in Teilbeträgen zu entrichten ist. Im Verhältnis zu dem vom Unternehmer geschuldeten Material ist nämlich das Grundstück des Bestellers stets als Hauptsache anzusehen, so daß schon nach § 651 Abs. 2 BGB allein Werkvertragsrecht gilt (BGH Urteil vom 30. Mai 1951 - II ZR 57/50 = LM UmStG § 18 Abs. 1 Ziff. 2 (Nr. 8); BayObLGZ 33 (1933), 198, 199; OLG Düsseldorf, BauR 1982, 164, 165; Glanzmann aaO, § 651 Rdn. 7). Darüber hinaus wird der Bauherr durch die Verbindung der Bauteile mit seinem Grundstück kraft Gesetzes Eigentümer des Fertighauses (§§ 94, 946 BGB). Für eine rechtsgeschäftliche Übereignung des vollendeten Werkes, wie § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB sie vorsieht, ist danach kein Raum (BayObLG und OLG Düsseldorf aaO; Graba aaO, S. 977; Sturges aaO, S. 1631; vgl. auch Senatsurteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = LM BGB § 459 Nr. 20).

3. Auf den hier in Rede stehenden Fertighausvertrag als reinen Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB sind

die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes auch nicht entsprechend anzuwenden.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erfordert dies die Interessenlage des Bestellers keineswegs. Dabei kann offenbleiben, ob hier die - wie üblicherweise - nach Auftragsbestätigung und Baufortschritt zu entrichtenden Vergütungsraten überhaupt als Teilzahlungen im Sinne von § 1 AbzG anzusehen wären (vgl. dazu BGHZ 78, 375, 380/381).

Der Zweck eines Abzahlungsgeschäfts besteht darin, sofortigen Warenerwerb bei ratenweise erst danach aufzubringender Zahlung zu ermöglichen. Daraus entsteht für den Käufer die Gefahr, infolge der Teilzahlungsabrede den Umfang seiner Verpflichtung nicht zu überschauen und sich voreilig auf ein Geschäft einzulassen, weil er zunächst nur die geringen Raten vor Augen hat (BGHZ 70, 378, 383; BGH NJW 1979, 874; 1981, 1960, 1961). Dem soll durch die nach und nach erweiterten Vorschriften des Abzahlungsgesetzes, insbesondere durch die Einräumung des befristeten Widerrufsrechts (§ 1 b AbzG) entgegenge wirkt werden.

Eines solchen Schutzes bedarf der Bauherr eines Fertighauses jedoch typischerweise gerade nicht. Der Gesamtpreis für die Leistungen des Herstellers ist - wie hier - regelmäßig im Vertrag angegeben. Die einzelnen Raten können nach diesem Gesamtpreis und den festgelegten Prozentsätzen vom Bauwilligen leicht selbst errechnet bzw. überprüft werden. Die bei Fertighausverträgen typische Höhe der verhältnismäßig wenigen Raten erfüllen eine Warnfunktion, die herkömmlichen Abzahlungsgeschäften

fehlt. Auch entspricht es den Besonderheiten des Fertig-
hausvertrages, daß der Besteller das geschuldete Entgelt
in den weitaus meisten Fällen finanzieren und sich zuvor
Gewißheit über den Umfang der auf ihn zukommenden Be-
lastungen verschaffen muß. Die Gefahr einer unbedachten,
von einer überrumpelnden Verkaufsstrategie veranlaßten
Auftragserteilung ist daher von vornherein nur gering,
jedenfalls nicht typisch (vgl. BGHZ 78, 375, 381/382).

Vereinzelte mag es zwar vorkommen, daß ein Interes-
sent mit noch ungesicherten Finanzierungsvorstellungen
den Werbemethoden geschulter Vertriebsberater erliegt
und sich zu einem übereilten Vertragsabschluß bereit-
findet. Dieses Risiko besteht im Geschäftsverkehr aber
allgemein, ohne daß - falls Zahlung in Teilbeträgen
vereinbart ist - daraus stets auf eine Anwendung ab-
zahlungsrechtlicher Bestimmungen geschlossen werden
könnte (Sturges aaO, S. 1633). Der sozialpolitische
Zweck des Abzahlungsgesetzes, den bei Ratenzahlungs-
käufen besonders gefährdeten Käufer beweglicher Sachen
zu schützen, verbietet eine ausdehnende Anwendung die-
ses Sondergesetzes auf andersgeartete Verträge (BGH NJW
1973, 2200, 2201; RGZ 67, 383, 386; Ostler/Weidner
AbzG, 6. Aufl., § 1 Anm. 8 a.E.). Das gilt nicht nur
für den Verkauf unbeweglicher Sachen sondern auch für
Dienst- und Werkverträge, bei denen die Vergütung in
Raten zu zahlen ist.

4. Der Beklagte war nach alledem nicht berechtigt,
seine auf den Abschluß des Fertighausvertrages gerich-
tete Willenserklärung gemäß § 1 b AbzG zu widerrufen.

Aus den vom Berufungsgericht aufgeführten Gründen kann die angefochtene Entscheidung deshalb keinen Bestand haben.

II.

Auch mit anderer Begründung läßt sich das klageabweisende Urteil nicht aufrecht erhalten (§ 563 ZPO).

Das Berufungsgericht hat - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht näher geprüft, ob § 11 Nr. 1 und 3 des vorformulierten und deshalb dem AGB-Gesetz unterfallenden Vertrages die Klageforderung zu rechtfertigen vermögen.

Diese Vertragsbestimmungen lauten im wesentlichen:

"§ 11 Rücktritt vom Vertrag

1. Tritt der Bauherr vom Vertrag zurück, so ist er der Herstellerfirma gegenüber für alle bis dahin erbrachten Leistungen schadensersatzpflichtig.
2.
3. In allen Fällen ist die Herstellerfirma berechtigt, ohne weiteren Nachweis des Schadens eine Bearbeitungsgebühr bis zu 5 % des Gesamtkaufpreises einschließlich kostenpflichtiger Sonderwünsche oder Ersatz des tatsächlich entstandenen Aufwandes zu verlangen.
4."

Daraus läßt sich der Klageanspruch herleiten:

1. Bei diesen formularmäßigen Vertragsbestimmungen, die der erkennende Senat selbst auslegen kann, weil sie über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, handelt es sich um Abwicklungsregelungen für den Fall einer vorzeitigen Vertragsauflösung durch den Bauherrn. Sie begründen kein selbständiges Rücktrittsrecht, sondern setzen ein solches voraus. Angesprochen ist damit die Bestimmung des § 649 BGB, wonach der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen kann. Allerdings bleibt er dann grundsätzlich zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet; der Unternehmer braucht sich lediglich die ersparten Aufwendungen sowie einen eventuellen anderweitigen Erwerb anrechnen zu lassen. Diese Rechtsfolge hat die Klägerin durch ihre Vertragsbedingungen auf eine Aufwandsersatzpflicht des Bauherrn beschränkt. Das gilt bei der gebotenen engen Auslegung (BGHZ 62, 83, 88/89; § 5 AGBG) auch und gerade für die Pauschalierungsvereinbarung in § 11 Nr. 3. Wie deren Zusammenhang mit § 11 Nr. 1 zeigt, soll nur der "Schaden" ausgeglichen werden, der durch die bis zum "Rücktritt" erbrachten Leistungen entstanden ist. Dem entspricht die Verwendung des Begriffs "Bearbeitungsgebühr" sowie der Vorbehalt, ersatzweise den tatsächlichen Aufwand geltend machen zu können. Entgegen der Auffassung der Klägerin umfaßt die Pauschalierungsklausel somit nicht den in der Vergütung enthaltenen Gewinn, der aber jedenfalls neben der pauschalierten "Bearbeitungsgebühr" nicht mehr verlangt werden könnte. Denn Sinn einer derartigen Pauschale ist es u.a., daß - wenn es bei ihr bleibt - etwaige Ansprüche der Klägerin nach § 649 BGB auf vereinfachte Weise ganz abgegolten werden.

2. Gegen eine solche Regelung ist nichts einzuwenden, auch nicht, soweit sie die Höhe des Aufwendersatzes betrifft.

a) Die Regelung verstößt nicht gegen § 10 Nr. 7 AGBG, der pauschale Abwicklungsregelungen in Formularverträgen grundsätzlich zuläßt - und zwar auch im Anwendungsbereich des § 649 BGB (vgl. Amtliche Begründung BT Drucks. 7/3919 S. 26 r.Sp.; OLG Frankfurt WM 1981, 598 599; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB, 4. Aufl., § 10 Nr. 7 Rdn. 16) -, soweit sich der Verwender keine unangemessenen Vorteile versprechen läßt. Prüfungsmaßstab ist jeweils das, was ohne die Klausel geschuldet würde. Dabei kommt es nicht auf die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles an, sondern auf die typische Sachlage bei vorzeitiger Beendigung derartiger Verträge (Palandt/Heinrichs aaO, AGBG § 10 Anm. 7 b; Kötz in MünchKomm, AGBG § 10 Rdn. 35, 36).

Nach diesen Grundsätzen ist eine pauschale "Bearbeitungsgebühr bis zu 5 % des Gesamtkaufpreises" selbst dann nicht zu beanstanden, wenn mit der Errichtung des Fertighauses noch nicht begonnen worden ist. Zu berücksichtigen bleiben nämlich die bereits im Vertragsschluß entstehenden allgemeinen Verwaltungsaufwendungen, die Provision des Vermittlungs- bzw. Abschlußvertreters sowie mögliche anteilige Vorhaltekosten für die serienmäßige Konstruktion und Herstellung der Fertighäuser einschließlich des Vertriebssystems. Eine darauf entfallende Quote von 5 % des Verkaufspreises erscheint im Hinblick auf die darüber hinausgehende Regelung des § 649 BGB nicht unangemessen.

Daß sich die Klägerin die Möglichkeit offengehalten hat, im Einzelfall nachweisbar höheren Aufwand geltend zu machen, ist unschädlich, denn dieses Recht steht ihr nach allgemeiner gesetzlicher Regel ohnehin zu (vgl. BGH NJW 1982, 2316, 2317). Im übrigen hat sie den Interessen ihrer Vertragspartner dadurch Rechnung getragen, daß sie die Pauschale nicht strikt auf 5 % des vereinbarten Entgelts festgelegt hat, sondern nur bis zu diesem Satz gehen kann. Davon wird letztlich auch der Beklagte begünstigt, da die Klägerin nicht die höchstmögliche Pauschale von 8.327,50 DM (= 5 % von 166.550 DM), sondern nur 6.000 DM verlangt.

b) Des weiteren wird dem Beklagten durch § 11 Nr. 3 des Vertrages nicht der Nachweis abgeschnitten, der Klägerin seien im vorliegenden Fall keine oder wesentlich unterhalb der Pauschale liegende Aufwendungen entstanden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese von § 11 Nr. 5 b AGBG bei der Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen geforderte Gegenbeweismöglichkeit analog auch für Abwicklungsregelungen im Sinne des § 10 Nr. 7 AGBG gilt (bejahend Palandt/Heinrichs aaO, AGBG § 10 Anm. 7 b; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., AGBG § 10 Nr. 7 Rdn. 2 und § 11 Nr. 5 Rdn. 7; Kötz aaO, AGBG § 10 Rdn. 37 und § 11 Rdn. 34). Die hier gewählte Formulierung legt den Besteller jedenfalls nicht in dem Sinne fest, daß er die vorgesehene "Bearbeitungsgebühr" unter allen Umständen zu leisten habe. Sie verbessert "bis zu 5 % des Gesamtkaufpreises" lediglich die Beweis-lage der Klägerin, ohne einen konkret geführten Gegen-

beweis auszuschließen. Damit ist dem Willen des Gesetzes Genüge getan; eines ausdrücklichen Vorbehalts des Rechts zum Gegenbeweis bedarf es nicht (BGH NJW 1982, 2316, 2317 mit Nachw.).

Den somit möglichen Nachweis geringerer Aufwendungen hat der Beklagte indessen nicht erbracht. Sein Vortrag, er habe nur einen Satz vorgefertigter Bauzeichnungen erhalten, läßt den weitaus überwiegenden Teil der anfallenden möglichen Kosten unberücksichtigt (vgl. vorstehend 2 a) und steht der Klageforderung daher nicht entgegen.

3. Schließlich scheitert die Wirksamkeit der Pauschalierungsklausel auch nicht daran, daß sie keine Sonderregelung für eine von der Klägerin zu vertretende Vertragsauflösung vorsieht (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Zwar hat der Senat wiederholt entschieden, daß der Anspruch des Unternehmers aus § 649 BGB entfällt, wenn der Besteller wegen eines den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des Unternehmers kündigt (BGHZ 31, 224, 229; 64, 145, 146; NJW 1975, 825, 826). Das bedeutet jedoch nicht, daß eine derartige Ausnahme auch in den Wortlaut eines Formularvertrages aufzunehmen ist (a.A. OLG Frankfurt, WM 1981, 598, 599/600; dem folgend Palandt/Heinrichs aaO, AGBG § 10 Anm. 7 b). Dazu besteht schon deshalb keine Veranlassung, weil auch das Gesetz selbst in § 649 BGB keine ausdrückliche Einschränkung enthält (vgl. § 8 AGBG). Vielmehr braucht der Auftraggeber in solchen Fällen nach Treu und Glauben keine Zahlung zu leisten, ohne daß es einer vertraglichen Klarstellung bedarf (Schlosser aaO, AGBG § 10 Nr. 7 Rdn. 6).

III.

Das klageabweisende Berufungsurteil kann danach weder mit der ihm vom Berufungsgericht gegebenen Begründung noch aus anderen Erwägungen gehalten werden. Es muß vielmehr aufgehoben werden.

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

1. Der Beklagte hat im Berufungsrechtszug unter Beweisantritt vorgetragen, der Vertreter der Klägerin habe ihm bei Vertragsschluß erklärt, er könne gemäß § 11 Nr. 1 des Formularvertrages ohne finanzielle Nachteile vom Vertrag zurücktreten, solange die Klägerin noch keine Bauleistungen erbracht habe. Wenn ein derartiger - nach dem Inhalt des schriftlichen Vertrages unrichtiger - Hinweis tatsächlich erteilt worden sein und der Beklagte nur im Vertrauen darauf den Vertrag unterzeichnet haben sollte, würde ein Verschulden des Vertreters der Klägerin bei den Vertragsverhandlungen vorliegen, für das die Klägerin gemäß § 278 BGB einzustehen hätte. Der Beklagte müßte alsdann so gestellt werden, als habe er den Vertrag nicht geschlossen (vgl. BGH NJW 1974, 849, 851/852 m.N.).

2. Die bisher unterbliebene Beweisaufnahme über diese Behauptung des Beklagten ist nunmehr nachzuholen. Unerheblich ist insoweit, daß der Beklagte dieses Verteidigungsmittel erstmals im zweiten Rechtszug vorgebracht hat. Es hätte gleichwohl berücksichtigt werden müssen. Das Berufungsgericht hätte nämlich - bei zutreffender rechtlicher Würdigung - eine etwaige Verzö-

gerung des Rechtsstreits durch vorbereitende Maßnahmen gemäß § 273 ZPO vermeiden können (BGHZ 75, 138, 142/143; 76, 133, 136/137; 76, 173, 178; 76, 236, 239; BGH NJW 1980, 1102, 1103). Es handelt sich um eine einfach gelagerte Beweisfrage, zu der die Parteien insgesamt nur drei Zeugen benannt haben, die ohne Schwierigkeiten bereits im ersten Verhandlungstermin hätten vernommen werden können.

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

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Quack