

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 19u34\_09  
**letzte Aktualisierung:** 26.3.2010

**OLG Hamm**, 10.11.2009 - 19 U 34/09

BGB §§ 649, 651

## **Kündigung eines Werklieferungsvertrages vor Produktionsbeginn und Auswirkungen auf den Teilvergütungsanspruch des Werkunternehmers**

1. Unwirksamkeit einer AGB-Klausel zur Höhe einer Pauschalvergütung bei Kündigung eines Vertrages über den Einbau eines Treppenlifts (hier: 30% des vereinbarten Preises bei Kündigung vor Produktionsbeginn).
2. Kündigt der Besteller den Vertrag nach Ablauf einer vereinbarten Widerrufsfrist, hat der Unternehmer keinen Anspruch auf Vergütung für mit der Produktion des Treppenlifts verbundene Leistungen, die er vor Ablauf der Widerrufsfrist erbracht hat.
3. Zu den Anforderungen an die Darlegung eines Teilvergütungsanspruchs nach §§ 649, 651 BGB.

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15. Januar 2009 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Hagen wird zurückgewiesen.

**Tenor:** Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Gemäß § 540 I ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts Anderes ergibt.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin.

Sie rügt:

Entgegen der Ansicht des Landgerichts seien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin rechtlich nicht zu beanstanden und wirksam. Ihr stehe deshalb infolge der Kündigung der Beklagten die nach Produktionsbeginn anfallende Pauschale von 70 % des Vertragspreises zu. Dass eine derartige Pauschale typischerweise eine unangemessen hohe Vergütung darstelle, habe auch nicht die Klägerin auszuräumen, sondern vielmehr die Beklagte zu beweisen. Daran fehle es.

Der Klägerin stehe zumindest ein Vergütungsanspruch gemäß konkreter Berechnung der Klägerin nach § 649 BGB zu. Das Landgericht beanstande das Zahlenwerk zu Unrecht. Namentlich die ersparten Aufwendungen seien hinreichend vorgetragen. Die Offenlegung ihrer gesamten Preiskalkulation könne nicht, wie das Landgericht meine, von ihr verlangt werden. Es sei Sache der Beklagten, zu beweisen, dass der Vergütungsanspruch geringer sei.

Der Klägerin ständen ferner die Rücklastschriftkosten sowie die Nebenforderungen zu.

Die Klägerin beantragt,

abändernd die Beklagte zu verurteilen,

1. an sie 7.223,54 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.1.2008 zu zahlen,

2. an sie 555,60 € außergerichtliche Kosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.1.2008 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Erklärungen zu Protokoll Bezug genommen.

## II.

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.

A. In der Hauptsache steht der Klägerin ein Vergütungsanspruch weder in pauschalierter Form gemäß ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu (1.), noch konkret nach § 649 BGB (2.). Insoweit hat der Senat rechtliche Hinweise bereits mit Beschluss vom 10.7.2009 (Bl. 169 ff. d.A.) erteilt.

1. Den in erster Linie verfolgten Anspruch auf pauschalierte Teilvergütung nach Nr. VII. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin hat das Landgericht zu Recht abgelehnt.

a) Die Klägerin macht die Zahlung der an den Zeitpunkt nach Produktionsbeginn anknüpfenden Pauschale von 70 % des Kaufpreises geltend. Dahinstehen kann, ob die Formulklausel Nr. VII insoweit einer Inhaltskontrolle, namentlich im Hinblick auf ein unangemessen hohes Vergütungsverlangen nach § 308 Nr. 7 BGB, standhält. Denn dies ist aus den nachfolgend unter b) dargelegten Gründen zumindest nicht hinsichtlich der in derselben Klausel enthaltenen Pauschalierung auf 30 % der Fall. Die Unwirksamkeit erfasst die gesamte Klausel, nicht nur den gegen das Klauselverbot verstoßenden Teil (Palandt-Grüneberg, BGB, 68. A., § 306 Rz. 3); eine geltungserhaltende Reduktion auf einen noch angemessenen Inhalt scheidet aus (Palandt, a.a.O., vor § 307 Rz. 8).

b) Ein Zahlungsanspruch aufgrund der an den Zeitpunkt vor Produktionsbeginn anknüpfenden Vergütungspauschale von 30 % des Kaufpreises scheidet aus, weil diese Pauschalierung nach § 308 Nr. 7 BGB unangemessen hoch und deshalb unwirksam ist. Formularverwender dürfen sich keine unangemessenen Vorteile versprechen lassen. Heranzuziehen ist als Vergleichsmaßstab, was gesetzlich, hier also nach den §§ 651, 649 BGB, typischerweise bei einem vor Produktionsbeginn gekündigten Werklieferungsvertrag der vorliegenden Art an Vergütung geschuldet wäre. Ob insoweit gemäß der allgemeinen Rechtsprechung zum hier anzuwendenden Werk(lieferungs)vertragsrecht eine Pauschalvergütung vor Produktionsbeginn im Bereich von 10 % des Kaufpreises nicht zu beanstanden ist, um wie hier bereits im Vertragsschluss entstehende allgemeine Aufwendungen und Kosten zur Vertragsbearbeitung, Aufmaßnahme u.s.w. abzugelten (vgl. die Nachweise bei Palandt-Grüneberg, a.a.O., § 307 Rz. 39 und Palandt-Sprau, a.a.O., § 649 Rz. 17; BGH NJW 1983, 1491 (1492)), braucht nicht vertieft zu werden. Denn jedenfalls geht die 30%-ige Pauschale derart weit darüber hinaus, dass sie nicht mehr hinzunehmen und, da auch eine geltungserhaltende Reduktion ausscheidet, unwirksam ist. Die von der Klägerin für ihren abweichenden Standpunkt angeführten Rechtsprechungsnachweise betreffen demgegenüber andere Materien bzw. enthalten, wie das allein konkret angegebene Urteil des Landgerichts Würzburg (Bl. 189 d.A.), keine tragende Begründung für die Abweichung von der herrschenden Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht.

2. Ein Anspruch auf konkrete Vergütung aus § 649 BGB ist nicht schlüssig gemacht.

a) Der Klägerin steht nach eigenem Vortrag ein derartiger Anspruch nicht für Leistungen zu, soweit diese mit der erfolgten Produktion des Treppenlifts verbunden sind. Denn in derselben Höhe besteht ein gegengerichteter Schadensersatzanspruch der Beklagten.

Der Beklagten stand gemäß der den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin unten angefügten Erklärung (Bl. 24 d.A. d.A.) ein vertragliches Widerrufsrecht binnen zwei Wochen zu, und zwar aus maßgeblicher Empfängersicht ohne weitere Voraussetzungen. Die Klägerin hat auch die gemäß Nr. IV. 2. ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Auftragsbestätigung

anfallenden 30 % Teilzahlung des Kaufpreises nicht unmittelbar nach Vertragsschluss am 30.8.2007 geltend gemacht, sondern zufolge ihres Schreibens vom 18.9.2007 (Bl. 19 d.A.) erst nach der zweiwöchigen Frist, die frühestens am 13.9.2007 ablief. Nicht entgegen steht Nr. VII der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Kündigung des Bestellers und daran anknüpfende Vergütungspauschalierung einleitend mit ‚Steht dem Besteller ein Widerrufsrecht, gleich aus welchem Grunde, nicht zu...‘, regelt. Denn dem ist im dargestellten Zusammenhang nach objektivem Verständnis die Bedeutung beizulegen, dass dies eingreife, wenn die Widerrufsfrist abgelaufen und daher das Widerrufsrecht entfallen ist.

Deshalb durfte die Klägerin mangels abweichender Umstände, insbesondere ohne dahingehende Vereinbarung, nicht vor Ablauf der Frist mit der Produktion des Treppenlifts beginnen. Denn es ist grundlegende Aufgabe des Unternehmers, seine einzelnen Maßnahmen so einzurichten, dass die berechtigten, insbesondere auch wirtschaftlichen, Belange des Bestellers unbedingt gewahrt werden. Dazu gehört vor allem, nicht ‚vorzupreschen‘, sondern Leistungen nur so vorzunehmen, dass mit hinreichender Sicherheit von einer späteren Verwendbarkeit für den Besteller ausgegangen werden kann. Das ist nicht der Fall, wenn die Durchführung des Vertrages noch ungewiss ist, oder - wie hier - zunächst noch nicht einmal der Bestand des Vertrages gesichert ist. Erbringt der Unternehmer in einer derartigen Lage gleichwohl bereits Leistungen, die sich später als unverwertbar erweisen, macht er sich einer Verletzung vertraglicher bzw. vorvertraglicher Pflichten nach den §§ 280, 311 II BGB schuldig, die ihn gegenüber dem Besteller in der Weise zum Schadensersatz verpflichtet, dass sein Teilvergütungsanspruch nach § 649 BGB entfällt; denn er müsste nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB dasjenige sogleich wieder zurückgeben, was er vom Besteller erhielt (dolo petit-Einwand; OLG Düsseldorf VersR 1973, 1150 (1151); Palandt-Sprau, a.a.O., § 631 Rz. 20).

Die Klägerin ist jedoch nach eigenem Vortrag in einer solchen Weise vorgegangen. Ihr Zulieferer, die Fa. U, habe für sie gemäß Bestätigung (Bl. 117 d.A.) den Treppenlift bereits am 10.9.2007 fertig produziert gehabt, also noch vor Ablauf der Widerrufsfrist frühestens am 13.9.2007. Hätte die Klägerin pflichtgemäß bis zu diesem Zeitpunkt mit der Produktionsaufnahme zugewartet, hätte sich daran auch danach nichts mehr ändern dürfen aufgrund des unstrittig um den 11.9.2007 einvernehmlich vereinbarten Produktionsstopps, wie ihn die Klägerin der Beklagten auch mit Schreiben vom 13.9.2007 (Bl. 39 d.A.) bestätigt hat. Es ist ferner nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte das Vergütungsrisiko für eine zu vorzeitige Produktionsaufnahme übernommen hätte. Selbst wenn die Beklagte auf eine baldige Lieferung gedrängt haben sollte, würde das die Klägerin nur entlasten, wenn sie die Beklagte konkret darüber belehrt hätte, dass ihre Leistungen möglicherweise später nicht verwertbar seien und die Beklagte insoweit ein Vergütungsrisiko eingehe, das ihr Widerrufsrecht aushebelte. Erst wenn die Beklagte dennoch auf eine Produktionsaufnahme bestanden hätte, könnte das etwas ändern (OLG Düsseldorf, a.a.O.; ferner OLG Hamm NJW-RR 1997, 1310). Dafür ist nichts vorgetragen.

b) Einen Teilvergütungsanspruch nach § 649 BGB, der für bereits im Vertragsschluss angefallene Kosten, Aufwendungen u.s.w. - also abgesehen von der Produktion des Lifts - begründet wäre, hat die zunächst vortragsbelastete Klägerin auch nicht dargelegt, nachdem ihr der Senat dazu durch die Hinweise gemäß Beschluss vom 10.7.2009 sowie nochmals terminsleitend vom 20.8.2009 (Bl. 196 d.A.) Gelegenheit gegeben und die Beklagte zudem mit der Berufungserwiderung auf den unzureichenden Klägervortrag hingewiesen hat. Zur Abrechnung nach der freien Kündigung des Vertrages hätte die Klägerin die erbrachten von den nichterbrachten Leistungen abgrenzen und jeweils bezogen auf den Vertragspreis deren Wert darstellen müssen. Da es sich hier um einen Pauschalpreis handelt, hätte es einer Zergliederung in Einzelleistungen und deren Bewertung mit aus der Pauschalpreiskalkulation abgeleiteten Preisen bedurft, die insgesamt den Pauschalpreis ergeben müssen (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. A.,

9. Teil Rz. 16, 36 f.; Palandt-Sprau, a.a.O., § 649 Rz. 11 m.w.N.). Daran fehlt es schon im Ansatz. Bis zuletzt macht die Klägerin eine 'Schadensabrechnung' auf, bei der sie mit Kosten rechnet, die ihr selbst etwa als Einkaufspreis für die Anlage, Arbeitskosten u.s.w. angefallen seien. Das hat nichts mit dem maßgeblichen vereinbarten Kaufpreis zu tun, zumal nicht behauptet ist, dass die Klägerin insofern ihre eigenen Kosten genau im Vertragspreis weitergegeben hat. Die Klägerin hat auch gegenüber dem Senat auf ausdrückliche Nachfrage erklärt, dass sie nicht bereit sei, ihre Kalkulation aufzuschlüsseln. Da weitere Erkenntnisse deshalb nicht mehr zu erwarten sind, bleibt es bei der fehlenden Darlegung mit der Folge, dass nicht einmal eine Mindestvergütung schlüssig gemacht ist ; dasselbe gilt im übrigen, soweit die Klägerin einen entgangenen Gewinn geltend machen wollte (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. A., Rz. 1294).

3. Die Abweisung der Forderung auf Ersatz der Rücklastschriftkosten in Höhe von 13,54 € durch das Landgericht ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Es ist nach dem konkreten Hergang bereits als vertragswidriges Verhalten der Klägerin zu werten, dass sie am 18.9.2007 noch von der Abbuchung der 30%-igen Teilzahlung Gebrauch machte, obwohl sie zuvor mit Schreiben vom 13.9.2007 (Bl. 16 d.A.) der Beklagten nicht nur den Produktionsstopp bestätigt, sondern das außerdem mit dem Zusatz verbunden hatte: ‚Bitte informieren Sie uns bis zum 21.9.2007 schriftlich über die weitere Vorgehensweise‘ - worauf am 20.9.2007 die schriftliche Kündigung der Beklagten erfolgte (Bl. 17 d.A.). Dass die Klägerin gleichwohl unbesehen, als wenn der Vertrag planmäßig durchgeführt würde, vorher abbuchen würde, war nicht zu erwarten; dies begründet ein ganz überwiegendes Mitverschulden der Klägerin am Anfallen dieser Kosten, § 254 I BGB.

B. Mangels Hauptforderung stehen der Klägerin schließlich auch nicht die an einen Verzug geknüpften Nebenforderungen zu.

III.

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 I, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 II ZPO nicht vorliegen.