

NewsLetter

2010-2 Seite 1

Schäferstraße 7
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de
www.dr-schwertfeger.de

Werkvertragsrecht

Pauschale Vergütung bei freier Kündigung

In einem Beschluss vom 24. November 2009 entschied das Oberlandesgericht (OLG) München (Az. 28 U 4325/09) über die Wirksamkeit folgender Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Bauunternehmers (BU):

„Erfolgt eine Kündigung gleich aus welchem Grund, ohne dass sie von W. Haus (= Unternehmer) zu vertreten ist, hat W. Haus das Recht, eine pauschale Vergütung bzw. einen pauschalierten Schadenersatz in Höhe von 10 % des zur Zeit der Kündigung vereinbarten Gesamtpreises zu verlangen, sofern nicht der Bauherr oder W. Haus im Einzelfall andere Nachweise erbringen.“

Der Bauherr (BH) hatte mit dem BU einen Vertrag über die Errichtung eines Fertighauses geschlossen.

Nach Meinungsverschiedenheiten über Nachträge des BU bzw. die Frage, ob das geschuldete Fertighaus dem vor Vertragsabschluss besichtigten Musterhaus entsprechen müsse, focht der BH den Vertrag wegen arglistiger Täuschung, hilfsweise wegen Irrtums an, hilfsweise kündigte er den Vertrag aus wichtigem Grund. Der BU forderte daraufhin wegen freier Kündigung des Vertrages die in seinen AGB vereinbarte pauschale Vergütung in Höhe von 10 % des Gesamtpreises.

Nach Ansicht des OLG zu Recht!

Die Eigenschaften des Musterhauses seien hier aufgrund der Umstände des Zustandekommens des Bauvertrages nicht wirksam vereinbart worden. Die aus diesem Grunde wirkungslose Anfechtung sei durch Auslegung oder Umdeutung als freie Kündigung aufzufassen.

Bei einem Fertighausvertrag benachteilige eine Pauschalierung bei freier Kündigung auf 10 % des vereinbarten Gesamtpreises den BH nicht unangemessen und sei daher wirksam (§ 308 Nr. 7a BGB).

Praxishinweise

Entsprechend dem OLG München hatte bereits der Bundesgerichtshof (BGH, Urt. v. 27. April 2006, Az. VII ZR 175/05) entschieden, wenn die Pauschale nicht auch den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund erfasse (anderenfalls § 307 BGB), wenn der BU neben der Pauschale keine weitere Vergütung verlangen könne, und wenn der Gegenbeweis einer niedrigeren Vergütung möglich bleibe (§ 309 Nr. 5 BGB).

Ob das Urteil des OLG zutreffend ist, jedenfalls jedoch auch auf Bauverträge nach dem 1. Januar 2009 übertragen werden darf, kann bezweifelt werden. Denn mit dem Forderungssicherungsgesetz hat der Gesetzgeber § 649 BGB mit Wirkung zum 1. Januar 2009 insoweit geändert, als der BH bei freier Kündigung im Zweifel, also vorbehaltlich des Nachweises eines höheren oder geringeren Schadens, pauschal - lediglich - 5 % der Vergütung für den kündi-

NewsLetter

2010-2 Seite 2

gungsbedingt nicht mehr erbrachten Teil seiner Werkleistung verlangen kann.

Bei der Gelegenheit: Bei der Lossagung vom Vertrag ist in vielfacher Hinsicht Vorsicht angezeigt. So empfiehlt es sich bei einer Kündigung aus einem - vermeintlich - wichtigen Grund stets klarzustellen, ob die Kündigung erforderlichenfalls als sog. freie Kündigung verstanden werden soll oder nicht. Mangels einer solchen Klarstellung hatte das OLG vorliegend den Willen des BH durch Auslegung ermittelt, und es kam zu dem Ergebnis, dass der BH den Vertrag *auf jeden Fall* beenden wollte, weshalb es eine freie Kündigung bejahte. Das kostete den BH viel Geld. Vielleicht hätte er es in diesem Falle vorgezogen, den Vertrag mit dem BU fortzuführen.

RA Dr. Christian Schwertfeger

Werkvertragsrecht

Gewährleistung für nicht geschuldete Leistung

Im Urteil des Landgerichts (LG) Münster vom 23. April 2009 (Az. 8 O 226/06) erwarb der Bauherr (BH) vom Bauträger (BT) ein Grundstück mit einem darauf zu errichtenden Einfamilienhaus.

Der Bauträgervertrag enthielt keine Verpflichtung zur Herstellung einer Drainage. Nach Vertragsschluss verfasste der BT dennoch folgendes Schreiben an den BH: „Weiterhin bestätigen wir, dass eine Drainage verlegt wurde.“ Tatsächlich hatte der BT jedoch keine Drainage hergestellt. Der BH rügte dies nach Einzug als Mangel.

Das LG wies die Klage des BH ab.

Es erscheine zunächst äußerst zweifelhaft, ob das nachvertragliche Bestätigungsschreiben des BT dahingehend zu verstehen sei, dass eine Verpflichtung zur Verlegung einer Drainage begründet werden sollte.

Letztlich könne dies jedoch offen bleiben, da nach den Feststellungen des im Prozess vom Gericht beauftragten Sachverständigen die Erstellung einer derartigen Drainage angesichts der örtlichen Verhältnisse nicht erforderlich war. Daraus folge, dass sich aus dem Fehlen einer funktionsfähigen Drainage keine Gewährleistungsansprüche des BH ergeben könnten.

Praxishinweise

In diesem - untypischen - Fall hatte der BT Glück. Der Sachverhalt wäre aber wohl anders zu entscheiden gewesen, wenn der BT zwar ebenfalls vertraglich nicht zur Herstellung einer Drainage verpflichtet gewesen wäre, er sie aber dennoch (wegen der vorgefundenen Bodenverhältnisse) hergestellt hätte, allerdings mangelhaft.

Sachgerecht erschiene dann, eine Gewährleistungspflicht anzunehmen und dem BT im Gegenzuge für die zusätzliche Leistung einen gesonderten Vergütungsanspruch zuzusprechen.

RA Dr. Christian Schwertfeger