

da dieser nicht mehr die Funktion eines sachverständigen Beraters des Gerichts innehat.

[37] (bb) Unbeschadet dessen hat der Tatrichter den früheren Sachverständigen allerdings dann zu laden, wenn und soweit dies zur weiteren Sachaufklärung, insbesondere zur Behebung von Lücken oder Zweifeln, erforderlich ist (§ 286 Abs. 1 ZPO; s. oben [a]). Es ist jedoch revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht auf der Grundlage des Kl.-Vortrags hierzu keine Veranlassung gesehen hat.

[38] Seine Anträge, den erstinstanzlichen Sachverständigen V. – als Sachverständigen bzw. als sachverständigen Zeugen – zu laden, hat der Kl. mit Bewertungsdivergenzen zwischen den beiden Gutachtern begründet und hierbei eingeräumt, dass „im Wesentlichen nicht die Tatsachenfeststellungen im Streit sind“. Das Gutachten des zweitinstanzlichen Sachverständigen T. – und ihm folgend das Berufungsgericht – hat weitestgehend die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gutachters V. zu Art und Umfang des im Winter 2004/2005 eingetretenen Wildschadens zugrunde gelegt. Eine weitere Sachaufklärung stand somit nicht in Rede. Der Kl. hat auch nicht aufgezeigt, dass und in welcher Hinsicht eine Vernehmung des Sachverständigen V. zu maßgeblichen Gesichtspunkten eine weiter gehende Aufklärung des Sachverhalts erbringen sollte.

Tierhalterhaftung

Anders als bei Sachen ist bei Tieren die Verhältnismäßigkeitsschwelle höher als 130 % (mit Anmerkung von Sven Lehmann)

BGB §§ 251, 254

1. Anders als bei Sachen ist wegen § 251 Abs. 2 S. 2 BGB bei Tieren die Verhältnismäßigkeitsschwelle nicht bei 130 % anzusetzen, sondern höher. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Verhältnismäßigkeitsschwelle ist dabei der Wert des Tieres zum Zeitpunkt der Schädigung. Für einen fünfeinhalb Jahre alten Hund der Rasse „Cavalier King Charles“ ist nach diesen Grundsätzen der sechsfache Wert des Hundes als verhältnismäßig anzusehen.

2. Wird ein Hund von einem anderen Hund angegriffen, obwohl er sich rein passiv verhalten hat, ist bei der Bestimmung der Höhe des Schadensersatzanspruchs die Tiergefahr des angegriffenen Hundes nach § 254 Abs. 1 BGB in entsprechender Anwendung anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der Höhe der Anspruchsminderung sind insbesondere das Verhalten des angegriffenen Hundes und die Größe der beteiligten Hunde maßgebend. Die mitwirkende Tiergefahr des angegriffenen Hundes muss deshalb nicht immer zu einer Anspruchskürzung um 50 % führen.

(523) OLG München, Urteil vom 11. 4. 2011 (21 U 5534/10)

Die Kl. machte als Eigentümerin eines Hundes Schadensersatzansprüche gegen den Bekl. als Halter eines wesentlich größeren Hundes geltend, der den Hund der Kl. angegriffen hatte.

Das LG hat der Klage teilweise stattgegeben.

Die Berufung der Kl. hatte teilweise Erfolg, die Berufung des Bekl. hatte überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen:

Zutreffend hat das LG eine Gefährdungshaftung des Bekl. als Tierhalter gem. § 833 S. 1 BGB bejaht und eine Verschuldenshaftung des Bekl. aus § 823 Abs. 1 BGB verneint. Die Beweiswürdigung des LG ist insoweit frei von Rechtsfehlern (§§ 513 Abs. 1, 546 ZPO). Es bestehen auch keine konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten würden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Die von der Kl. geltend gemachten Ansprüche in Höhe von weiteren 14 138,42 Euro (über die vorgerichtlich bereits be-

zahlten 1574,84 Euro hinaus) braucht der Bekl. unabhängig von der Frage, ob deren Höhe und Notwendigkeit nachgewiesen ist, schon deshalb nicht vollständig zu ersetzen, weil diese weit über die Verhältnismäßigkeitsschwelle des § 251 Abs. 2 BGB hinausgehen.

Anders als bei Sachen ist wegen § 251 Abs. 2 S. 2 BGB bei Tieren, die keine Sachen sind (§ 90 a S. 1 BGB), die Verhältnismäßigkeitsschwelle nicht bei 130 % anzusetzen, sondern höher. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Verhältnismäßigkeitsschwelle ist dabei der Wert des Tieres zum Zeitpunkt der Schädigung. Die Kl. hat in der mündlichen Verhandlung vom 11. 4. 2011 angegeben, sie habe die streitgegenständliche Hündin „S.“ (ein Hund der Rasse „Cavalier King Charles“) als Welpen für knapp 1500 Euro erworben. Der Bekl.-Vertreter hat dies nicht bestritten, sodass von diesem Wert von „S.“ zum Erwerbszeitpunkt auszugehen ist. Beim Schadensereignis war der Marktwert von „S.“ jedoch geringer. Sie war beim Schadensereignis ca. fünf Jahre und elf Monate alt. „S.“ bedurfte außerdem ausweislich des von der Kl. selbst vorgelegten tierärztlichen Gutachtens vom März 2004 bis Februar 2007 wegen einer funktionellen Sicca der tierärztlichen Behandlung. Das Alter und die Vorerkrankung mindern den Marktwert von „S.“ zum Zeitpunkt des Schadensereignisses im Vergleich zu dem Marktwert, den sie hatte, als die Kl. „S.“ kaufte. Dass „S.“ Preis gewonnen hätte oder eine besondere Ausbildung etwa als Blindenhund erhalten hätte (wofür die Rasse schon nicht geeignet erscheint), wodurch der Marktwert von „S.“ vergrößert worden wäre, hat die Kl. nicht vorgetragen. Auch wird „S.“ unstreitig nicht gewerblich etwa zu Zuchtzwecken eingesetzt. Vielmehr ist die von der Kl. in der Sitzung vom 11. 4. 2011 als „Kampfschmuser“ bezeichnete „S.“ erkennbar ihr Ein und Alles. Ihr Affektionsinteresse an dem Hund ist extrem hoch. Dies erhöht jedoch nicht den Marktwert des Hundes, sondern ist anderweitig von Relevanz (s. dazu sogleich). Der Senat schätzt vor diesem Hintergrund gem. § 287 ZPO den Marktwert von „S.“ am 18. 12. 2008 unmittelbar vor dem Schadensereignis, also den Wert, den ein Dritter (nicht die Kl.) für den Hund bezahlt hätte, auf 700 Euro.

Die Verhältnismäßigkeitsschwelle des § 251 Abs. 2 BGB liegt deutlich über 130 % dieses Werts, sondern bei einem vielfachen des Marktwerts von 700 Euro. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei „S.“ um eine Hündin mit einem nicht ganz geringen Marktwert handelt. Anders als etwa bei einem Goldhamster, der einen geringen Wert von ca. 5 Euro hat und bei dem auch eine Heilbehandlung von 50 Euro, also dem zehnfachen des Werts, die Verhältnismäßigkeitsschwelle nicht überschreitet, ist bei einem wertvolleren Tier ein geringeres Vielfaches des Werts anzusetzen. In diesem Zusammenhang ist nun auch das extrem hohe Affektionsinteresse der Kl. an „S.“ von Bedeutung, sodass der Senat trotz des nicht geringen Werts von „S.“ Kosten in Höhe des sechsfachen ihres Werts noch als verhältnismäßig ansieht. Die Verhältnismäßigkeitsschwelle liegt daher hier bei 4200 Euro.

Der Senat ist davon überzeugt, dass die Kl. einen Schaden erlitten hat, der 4200 Euro übersteigt, und schätzt deren Schaden nach § 287 ZPO auf mindestens diesen Betrag. Einen Schaden in Höhe von 1574,84 Euro, also in Höhe des Betrags, den die Haftpflichtversicherung des Bekl. vorgerichtlich bezahlt hat, stellt die Kl. nicht in Abrede. Weitere darin nicht enthaltene ärztliche Behandlungskosten in Höhe von 1903,34 Euro hat die Kl. belegt. Der Senat schätzt weiter, dass ihr Fahrtkosten und Verdienstausschlag in Höhe von mindestens 721,82 Euro entstanden sind. Auf die Frage, ob auch die von A. in Rechnung gestellten Beträge erstattungsfähig wären, kommt es mithin nicht an.

Entgegen der Auffassung des Erstgerichts ist hier die mitwirkende Tiergefahr von „S.“ analog § 254 BGB zu berücksichtigen. Der Senat verkennt dabei nicht, dass sich „S.“ bei dem Vorfall passiv verhalten hat und der Hund des Bekl. sich unvermittelt auf „S.“ gestürzt hat. Dies ändert aber nichts daran, dass „S.“ eine Hündin ist und deshalb davon auszugehen ist, dass sich der Hund des Bekl. gerade deshalb für „S.“ interessiert hat. Da jedoch der Hund des Bekl. wesentlich größer als „S.“ ist und den aktiven Part beim Schadensereignis innehatte, beträgt die analog § 254 BGB hier zu berücksichtigende mitwirkende Tiergefahr nicht 50 %, die normalerweise bei einem Vorfall – an dem zwei Tiere beteiligt sind – anzusetzen ist, sondern lediglich 30 %. Dies hat zur Folge, dass der Bekl. 70 % der vorgeannten 4200 Euro zu ersetzen hat, also 2940 Euro.

Von diesem Betrag sind die vorgerichtlich bezahlten 1574,84 Euro abzuziehen. Dieser Betrag wurde zwar nicht zum Ausgleich für streitgegenständliche Schadenspositionen bezahlt, sondern für andere Schadenspositionen, die aber aufgrund desselben Schadensereignisses geltend gemacht wurden. Die Verhältnismäßigkeitschwelle des § 251 Abs. 2 BGB gilt aber für die Summe aller Schadenspositionen eines Schadensereignisses, sodass die bereits geleisteten Zahlungen abzuziehen sind. Somit ergibt sich ein Zahlungsanspruch von 1365,16 Euro (2940 ./ 1574,84).

Da mit der Verurteilung des Bekl. zur Zahlung dieses Betrags die Verhältnismäßigkeitschwelle bereits vollständig ausgeschöpft ist, besteht für eine Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden kein Raum.

Anmerkung

Das OLG München hatte sich mit dem oben abgedruckten Urteil als eines der ersten OLG zu der Frage geäußert, ab wann Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung eines Tieres nicht mehr angemessen sind. Bisher hatten deutsche Gerichte meist nur Fälle zu entscheiden, in denen die Angemessenheit bejaht wurde. In diesem Fall wurde jedoch erstmalig eine Grenze gezogen.

Zudem bejahte das OLG auch ein Mitverschulden des Eigentümers eines durch einen anderen Hund angegriffenen Hundes. Selbst wenn der Hund des Geschädigten daher das „Opfer“ war, ist ein Mitverschulden bereits aufgrund der von diesem ausgehenden Tiergefahr gegeben.

I. Das Tier wird gem. § 90 a BGB nicht als Sache beurteilt. Entsprechend erfolgt die Schadensregulierung auch nicht nach dem üblichen Sachwert. Gem. § 251 Abs. 2 S. 2 BGB sind grundsätzlich auch Schadensersatzansprüche berechtigt, welche über den Wert des Tieres hinausgehen. Danach sind Heilbehandlungskosten nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie dessen Wert erheblich überschreiten. Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung getragen, dass dem Menschen ein Haustier mehr am Herzen liegt als eine Sache.

Das OLG München musste sich nun mit der Frage auseinandersetzen, wann bezüglich der Heilbehandlungskosten eines Tieres die Verhältnismäßigkeitschwelle überschritten wird. An welchen Kriterien man sich hierbei ausrichten muss, ist nach dem Einzelfall zu beurteilen.

1. Das OLG München hat deutlich gemacht, dass diese Verhältnismäßigkeitschwelle bei einem Tier deutlich höher liegt als bei einem Pkw, den Deutschen liebstem Kind, bei welchem bereits ein Affektionsinteresse von 130 % angenommen wird¹. Dies ist zu bejahen, denn gerade Hunde oder Katzen werden von den Haltern oft als vollwertiges Familienmitglied angesehen. Natürlich können die Ansprüche gegen den Schädiger trotzdem nicht uferlos sein. Auch wenn das Tier keine Sache ist, ist es noch immer kein Mensch. Insoweit ist der goldene Mittelweg zu finden, welcher allen Interessen gerecht wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht nur der Wert des Tieres zum Zeitpunkt der Verletzung zugrunde gelegt werden kann. Dies beruht schon allein auf der Überlegung, dass beispielsweise bei der Verletzung einer älteren Hauskatze, eines Goldhamsters oder eines Kanarienvogels der Wert durchaus gegen null gehen kann. Wenn man nunmehr zum Beispiel das 30- bis 50-fache des Werts des Haustieres als Grenze ansehen würde, würde dies immer noch praktisch keinen Schadensersatzanspruch auslösen, weil 50 x null immer noch null ist. Gleichzeitig sind natürlich auch die Gesichtspunkte des Tierschutzes zu berücksichtigen, ebenso aber auch die Verantwortung, die ein Tierhalter selbst auf sich nimmt, wenn er ein Tier nunmehr sein Eigen nennt.

2. Daher bemisst sich die Verhältnismäßigkeitschwelle nach § 242 BGB und ist entsprechend flexibel. Als Kriterien können beispielsweise herangezogen werden, ob es sich um ein Haustier oder um ein Nutztier handelt². An einem Haustier wird in der Regel eher das persönliche Interesse des Halters hängen, sodass die Verhältnismäßigkeitschwelle großzügiger angesetzt werden muss. Bei einem Nutztier ist dessen Bedeutung für den Halter mit einer Sache vergleichbarer. Regelmäßig kann dies daher bei einem Nutztier nur geringere Schadensersatzansprüche rechtfertigen. Zu berücksichtigen sind darüber hinaus Alter und Ausbildungsstand des Tieres. Ein junger Hund

ist in der Regel zwar wertvoller als ein älterer, jedoch ist ein neu erworbener Hund dem Halter noch nicht so an das Herz gewachsen wie ein älterer Weggenosse. Insoweit ist dieser auch noch leichter zu ersetzen. Bei einem sehr alten Hund ist hingegen zu berücksichtigen, dass dieser sowieso nur noch eine geringere Lebenserwartung hat und somit größere Heilbehandlungskosten nicht gerechtfertigt sind. Ebenso ist natürlich auch die Ausbildung ein Kriterium. Je mehr Geld der Eigentümer respektive Halter in die Ausbildung des Tieres gesteckt hat, desto größer kann auch der Wert des Hundes sein. Bei den heutigen Preisen z. B. in Hundeschulen kann dies schon eine beträchtliche Summe ausmachen. Ein ausgebildeter Blindenhund ist daher auch im höheren Alter sehr wertvoll.

3. Die bisherige Rechtsprechung ging dementsprechend weit auseinander. Bei einer Katze ohne Marktwert wurde die Obergrenze, ab der aufgewendete Heilbehandlungskosten als unverhältnismäßig und daher nicht mehr ersatzfähig anzusehen sind, bei einem Kostenaufwand von 1500 Euro gesehen³. Das LG Essen sprach bei einem Mischlingsrüden einen Schadensersatz von 1132,99 Euro zu, ohne die Verhältnismäßigkeitschwelle überschritten zu sehen⁴. Das AG Idar-Oberstein sieht die Behandlungskosten für einen Mischlingsrüden von 2500 Euro noch als angemessen an⁵. Dabei ist auch zu beachten, dass bei der Tötung des Tieres nur dessen Sachwert zu ersetzen wäre⁶.

4. Das OLG München sah in dem zu entscheidenden Fall aufgrund des Alters und einer Vorerkrankung den Marktwert des verletzten Hundes vor der Verletzung bei 700 Euro. Als Obergrenze der Verhältnismäßigkeit sah das Gericht das Sechsfache des Werts an, also 4200 Euro. Hierbei handelt es sich sicherlich um eine Einzelfallentscheidung. Dennoch kann dies als Richtlinie gelten, da es sich um einen relativ „durchschnittlichen“ Hund handelt. Der Hund war mit fünfeinhalb Jahren zum Unfallzeitpunkt „mittleren Alters“ und hatte keine gesonderte Ausbildung.

Die Bindung der Kl. an ihren Hund und somit ihr Affektionsinteresse wurde vom OLG München jedoch als sehr hoch eingeschätzt. Der Hund sei erkennbar ihr „Ein und Alles“ gewesen. Dem wurde durch das OLG München dadurch Rechnung getragen, dass der sechsfache Marktwert als Verhältnismäßigkeitschwelle angenommen wurde. Insoweit sind im Einzelfall natürlich Abweichungen nach oben und nach unten zulässig. Dennoch wurde mit diesem Urteil ein Meilenstein gesetzt, da durch ein OLG eine entsprechende Grenze festgestellt wurde.

II. Die Entscheidung des OLG München ist jedoch nicht nur deswegen bemerkenswert. Dieses hatte sich auch mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit sich die Kl. ein Mitverschulden analog § 254 BGB anzurechnen lassen hat. Zwar war ein Mitverschulden nicht aus der Handlung des Führens des Hundes zu erkennen. Dennoch muss sich die Kl. auch die Tiergefahr ihres eigenen Hundes nach § 254 BGB analog zurechnen lassen, und zwar unabhängig davon, ob ihr Hund mit der Rauferei mit dem anderen Hund begonnen hat⁷.

In der Rechtsprechung wird eine Realisierung der typischen Tiergefahr bereits durch eine mittelbare Wirkung eines Tieres auf ein anderes Tier bejaht, so z. B., wenn ein Pferd aufgrund eines – wenn auch nicht aggressiven – Hunderudels scheute⁸.

Aufseiten der Kl. fand sich in letzter Zeit immer wieder die Argumentation, dass für den Fall, wenn ein vermeintlich passiver kleiner und friedlicher Hund von einem großen, wilderen Jagdhund angegriffen wurde, das Mitverschulden aufgrund der Tiergefahr des verletzten Tieres auf null zu reduzieren sei.

Dem hat das OLG mit der Entscheidung nunmehr eine Absage erteilt. Selbst für diesen hier entschiedenen Fall wurde ein Mit-

1 Palandt/Grüneberg, BGB 70. Aufl. § 251 Rn. 6 m. w. N.

2 Palandt/Grüneberg aaO (Fn. 1) § 251 Rn. 7.

3 Palandt/Grüneberg aaO (Fn. 1) § 251 Rn. 7; LG Bielefeld NJW 1997, 3320 = VersR 1998, 643 L.

4 LG Essen vom 4. 11. 2003 – 13 S 84/03 – NJW 2004, 527.

5 AG Idar-Oberstein VersR 2000, 66; ähnlich AG Frankfurt/M. vom 14. 6. 2000 – 29 C 2234/99-69 – NJW-RR 2001, 17.

6 Palandt/Grüneberg aaO (Fn. 1) § 249 Rn. 21 m. w. N.

7 OLG Frankfurt/M. vom 17. 9. 1992 – 15 O 298/90 –; LG Stade vom 6. 4. 2004 – 4 O 90/03.

8 OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 969.

verschulden in Höhe von 30 % angenommen, auch wenn dies nur daraus resultiert, dass der aggressivere Hund des Bekl. den Hund der Kl. deswegen angriff, weil dieser letztlich ein Hund war. An einem irgendwie provozierenden Verhalten oder sonstigen Beginn der Streitigkeiten durch den Hund der Kl. fehlte es. Auch diese Entscheidung ist letztlich nur konsequent. Für ein Mitverschulden auf null besteht kein Anlass, weil jeder Tierhalter, der sich einen Hund anschafft, automatisch gem. § 833 BGB das Risiko einer Haftung bzw. Mithaftung eingeht.

Geht die Aggressivität von beiden Hunden aus, würde man von einem Mitverschulden von 50 % ausgehen müssen. Geht nur ein Hund auf den anderen los, findet die regelmäßige $\frac{1}{3}$ zu $\frac{2}{3}$ Regelung Anwendung. Dies hat natürlich auch dafür Bedeutung, dass beispielsweise der angreifende Hund durch den sich verteidigenden Hund verletzt wird. Auch in diesem Fall hat der Halter des angreifenden Hundes gegen den Halter des sich verteidigenden Hundes einen Schadensersatzanspruch. Allerdings dürfte dieser dann deutlich unter 50 % der an und für sich zu erstattenden Ansprüche liegen.

III. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das OLG München mit erfreulicher Klarheit hier in vielen Bereichen eine wegweisende Entscheidung gefällt hat, an der man sich in den kommenden Jahren orientieren kann.

Sven Lehmann, München*

* Der Autor ist Rechtsanwalt der Sozietät Bach, Langheid & Dallmayr, PartG, München.

Werkvertrag

AGB-rechtliche Wirksamkeitsanforderungen an Klausel über Pauschalierung der Vergütung des Unternehmers bei vorzeitiger Vertragsbeendigung durch den Besteller

BGB §§ 308 Nr. 7 a, 309 Nr. 5 b

*** 1. Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit einer vom Unternehmer gestellten Klausel, die die Höhe der Vergütung des Unternehmers nach § 649 S. 2 BGB bei vorzeitiger Vertragsbeendigung mit einer Pauschale regelt, ist § 308 Nr. 7 a BGB in entsprechender Anwendung. Wegen der vergleichbaren Interessenlage ist auch § 309 Nr. 5 b BGB entsprechend anzuwenden (vgl. BGH vom 10. 10. 1996 – VII ZR 250/94 – BauR 1997, 156 = ZfBR 1997, 36). ***

*** 2. Ist dem Besteller durch eine solche Klausel der Nachweis gestattet, dass die dem Unternehmer nach § 649 BGB zustehende Vergütung wesentlich niedriger ist als die Pauschale, so kommt dadurch hinreichend klar und den Anforderungen des Gesetzes genügend zum Ausdruck, dass auch der Nachweis gestattet ist, dem Auftragnehmer stehe überhaupt keine Vergütung zu. ***

*** 3. Eine Klausel, die den entgangenen Gewinn und die bis zur Kündigung getätigten Aufwendungen pauschaliert, hält einer Überprüfung anhand des § 308 Nr. 7 a BGB nur stand, wenn sie sich im Rahmen der gem. § 649 S. 2 BGB typischerweise zu beanspruchenden Vergütung hält. Werden mit der Pauschale 15 % des vereinbarten Werklohns geltend gemacht, sind für die Angemessenheitskontrolle dazu konkrete tatsächliche Feststellungen zu treffen. ***

(524) BGH, Urteil vom 5. 5. 2011 (VII ZR 161/10, Koblenz)

[1] Die Kl. verlangte von den Bekl. eine pauschalierte Vergütung nach freier Kündigung eines Vertrags über die Erstellung eines Ausbauhauses sowie die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

[2] Die Parteien schlossen 2007 einen „Hausvertrag“ über die Erstellung eines Ausbauhauses zum Gesamtpreis von 93 529 Euro.

[3] Die AGB der Kl. enthielten in § 8 Nr. 1 folgende Bestimmung:

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 für seine Aufwendungen und den entgangenen Gewinn einen Pauschalbetrag in Höhe von 15 % des Gesamtpreises gemäß § 1 Abs. 2 geltend machen. 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.

[4] Die Bekl. erklärten mit Schreiben vom 9. 1. 2008, vom Vertrag zurücktreten zu wollen, und forderten eine Bestätigung ihrer Kündigung. Die Kl., die noch keine werkvertraglichen Leistungen erbracht hatte, beanspruchte gem. § 8 ihrer ABG einen Pauschalbetrag von 15 % in Höhe von 14 029,35 Euro sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 755,80 Euro, jeweils nebst Zinsen.

[5] Das LG hat die Bekl. antragsgemäß als Gesamtschuldner verurteilt. Die Berufung der Bekl. hatte keinen Erfolg.

[6] Die Revision der Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

[7–8] I. ...

[9] II. ...

[10] 1. Nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Bekl. nicht wirksam vom Vertrag mit der Kl. zurückgetreten sind, sondern das Vertragsverhältnis mit Schreiben vom 9. 1. 2008 durch freie Kündigung beendet haben, so dass § 8 der AGB der Kl. Anwendung findet. Davon geht auch die Revision aus.

[11] 2. Zu Unrecht ist die Revision der Auffassung, § 8 halte einer Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 5 BGB nicht stand. Die Klausel sehe keinen ausdrücklichen Nachweis vor, dass eine Vergütung überhaupt nicht geschuldet sei. Darüber hinaus sei sie mit der Wertung des § 649 S. 3 BGB nicht vereinbar.

[12] a) Auf Abwicklungsklauseln nach einem gekündigten Werkvertrag, die die Höhe der Vergütung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung regeln, findet § 308 Nr. 7 a BGB Anwendung. Das gilt auch für Vergütungsklauseln, die die dem Unternehmer nach § 649 S. 2 BGB zustehende Vergütung pauschalieren. Zwar betrifft § 308 Nr. 7 a BGB nach seinem Wortlaut allein Vergütungsregelungen für erbrachte Leistungen, während der Unternehmer nach § 649 S. 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, sodass die entsprechende Anwendung des § 308 Nr. 7 a BGB gerechtfertigt ist (vgl. BGH vom 10. 3. 1983 – VII ZR 301/82 – BauR 1983, 261 = ZfBR 1983, 125; vom 8. 11. 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. 5 b BGB entsprechende Anwendung (vgl. BGH vom 10. 10. 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 S. 2 BGB überhaupt keine oder eine wesentlich niedrigere Vergütung zu als die Pauschale.

[13] b) Dem wird die Klausel unter § 8 Nr. 1 der AGB der Kl. gerecht. Der BGH hat bereits entschieden, dass die Vereinbarung eines pauschalisierten Schadensersatzanspruchs in AGB nicht deshalb unwirksam ist, weil dem Vertragspartner des Verwenders ausdrücklich nur der Nachweis eines wesentlich geringeren Schadens eingeräumt wird. Mit einer solchen Klausel wird hinreichend klar und den Anforderungen des Gesetzes genügend zum Ausdruck gebracht, dass auch der Nachweis gestattet ist, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden. 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 vom 14. 4. 2010 – VIII ZR 123/09 – BGHZ 185, 178 = VersR 2010, 1612). Gleiches hat bei der entsprechenden Anwendung der §§ 308 Nr. 7 a, 309 Nr. 5 b BGB für die Vereinbarung einer pauschalen Vergütung bei vorzeiti-