

## **Vorlesung Vertragsgestaltung**

**Prof. Dr. Caspar Behme**

### **Lösungshinweise zum Fall „Swimmingpool“ (Übungsfall Werkvertragsrecht)**

#### **Vorbemerkung**

„Die“ richtige Lösung gibt es nicht. Im Folgenden wird ein sinnvoller und vertretbarer Lösungsweg aufgezeigt, wie er in der Vorlesung erarbeitet wurde. Diese Struktur lässt sich auf viele andere Fälle übertragen. Ihr wesentlicher Vorteil besteht insbesondere in der Symmetrie der einzelnen Bearbeitungspunkte und dementsprechend in der Übersichtlichkeit – was sowohl die Bearbeitung als auch die Korrektur erleichtert.

Die mit der Korrektur befasste Person erhält stets die folgenden Hinweise für die Benotung:

Die Klausur sollte klar gegliedert sein und dem folgenden Aufbau entsprechen:

1. Ermittlung der Informationen („Sachziele“) aus dem Sachverhalt.
2. Umformulierung der Sachziele in Rechtsziele (juristische Fachsprache).
3. Abgleichung der ermittelten Rechtsziele mit der gesetzlichen Rechtslage, daraus Ableitung von Gestaltungsbedarf.
4. Sofern mehrere Gestaltungsoptionen bestehen: Prüfung auf Wirksamkeit und Auswahl einer Gestaltungsoption.
5. Erstellung eines Vertragsentwurfs.

Unter 1. und 2. ist eine Darstellung in (ausführlichen) Stichworten / Spiegelstrichen akzeptabel, sofern darunter die Verständlichkeit / Übersichtlichkeit nicht leidet.

Die Prüfung von 3. und 4. sollte in Form eines Gutachtens erfolgen; ob diese beiden Punkte streng getrennt oder miteinander verbunden werden, kann der Einschätzung der Bearbeiter überlassen werden. Entscheidend für die Benotung ist nicht die starre Abarbeitung eines „Schemas“ oder die Verwendung des sog. „Gutachtenstils“, sondern die praktische Verwertbarkeit des Gutachtens. Es sollte so formuliert sein, wie es in der Praxis einer Kanzlei oder eines Unternehmens einem / einer (fiktiven) Vorgesetzten präsentiert werden würde.

Der Entwurf unter 5. sollte alle Punkte abdecken, hinsichtlich derer zuvor ein Gestaltungsbedarf bejaht wurde. Auch hier ist Benotungsmaßstab die Praxistauglichkeit. Der Entwurf sollte daher klar gegliedert sein (Überschriften), zumindest (!) die Parteien und deren Hauptleistungspflichten benennen (andernfalls besteht gar kein wirksamer Vertrag) und sodann die weiteren Punkte sinnvoll regeln; er sollte ferner angemessene Schlussbestimmungen (zumindest eine salvatorische Klausel) enthalten.

#### **I. Informationsermittlung („Sachziele“)**

1. [Parteien des Vertrags:] Insta GmbH (I-GmbH) und Schwimmbad-GmbH (S-GmbH)
2. [Leistung:] Planung und Errichtung eines Swimmingpools durch S- GmbH. Die S-GmbH soll zudem ein kleines Handbuch erstellen, in dem die Funktionsweise des Pools und dessen Einrichtungen (Chloranlage, Wasserpumpe etc.) genau erläutert und Hinweise zur sorgfaltsgemäßen Wartung des Pools erteilt werden.

Hier: Erbringung der Leistung setzt voraus, dass bestimmte Vorbereitungsarbeiten durch die I-GmbH erbracht werden: Verlegung von Wasser- und Elektroleitungen; Bodenausgrabung; Abgabe einer Vorbereitungsanzeige.

3. [Vergütung:] 60.000 EUR zzgl. USt., Anzahlung in Höhe von 15.000 EUR innerhalb von 7 Werktagen nach Vertragsschluss, 30.000,- EUR nach Fertigstellung des Fundaments, 15.000 EUR innerhalb von 7 Werktagen nach Abnahme
4. [Leistungszeit:] Durchführung und Fertigstellung der Arbeiten innerhalb von 30 Tagen ab Zugang der Vorbereitungsanzeige bei der S-GmbH  
Vorbereitungsanzeige der I-GmbH soll bis spätestens zum 31.05.2023 bei der S-GmbH zugegangen sein.  
Die S-GmbH möchte ab Juli 2023 weitere Aufträge planen können; geht die Vorbereitungsanzeige zu spät zu, möchte die S-GmbH einen Verdienstaufschlag von 1.000,- EUR pro Tag geltend machen können, ohne Nachweise erbringen zu müssen.
5. [Leistungsort:] Errichtung auf dem im Eigentum der I-GmbH stehenden Unternehmensgelände
6. [Gewährleistung:] Verjährung sämtlicher Gewährleistungsansprüche gegen die S-GmbH wegen Mängeln innerhalb von zwei Jahren.  
Zudem wünscht die S-GmbH, dass sich die I-GmbH zur Rechtfertigung des günstigen Preises zu 20% an den Kosten einer etwaig erforderlich werdenden Reparatur während der Gewährleistungszeit beteiligt.  
Es soll ein möglichst umfassender Haftungsausschluss zugunsten der S-GmbH vereinbart werden.
7. [Sonstige Punkte:] Geltung der AGB der S-GmbH; keine Geltung der AGB der I-GmbH

## II. Rechtsziele

1. [Parteien des Vertrags:] Vertragsschluss zweier Gesellschaften (I-GmbH und S-GmbH)
2. [Leistung:] Abschluss eines Bauvertrags § 650a BGB: Herstellung einer Außenanlage. Zudem: Festlegung von Nebenleistungspflicht (Erstellung des Handbuchs) und von Mitwirkungspflichten der I-GmbH (Verlegung von Leitungen, Bodenausgrabung, Abgabe einer Vorbereitungsanzeige).
3. [Vergütung:] Gesamtpreis i.H.v. 60.000 EUR; Zahlungsplan: Anzahlung in Höhe von 15.000 EUR innerhalb von 7 Werktagen nach Vertragsschluss fällig, weitere 30.000 EUR nach Fertigstellung des Fundaments fällig, 15.000 EUR innerhalb von 7 Werktagen nach Abnahme fällig; alle Zahlungen netto (= zzgl. USt.)
4. [Leistungszeit:] Leistungszeit / Frist: innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Vorbereitungsanzeige  
Frist für Zugang der Vorbereitungsanzeige: 31.5.2023  
Sanktion i.H.v. 1.000 EUR pro Tag bei verzögerter Vorbereitungsanzeige
5. [Leistungsort:] Errichtung auf dem im Eigentum der I-GmbH stehenden Unternehmensgelände
6. [Gewährleistung:] Verjährung sämtlicher Gewährleistungsansprüche gegen die S-GmbH wegen Mängeln innerhalb von zwei Jahren;

20% Beteiligung an Aufwendungen von während der Gewährleistungszeit fällig werdenden Reparaturen;

Haftungsausschluss zugunsten der S-GmbH.

7. [Sonstige Punkte:] Einbeziehung der AGB der S-GmbH, keine Geltung der AGB der I-GmbH

### III./IV. Gestaltungsbedarf / Gestaltungsoptionen

1. [Parteien des Vertrags:] Gesellschaften müssen, damit sie Vertragspartei werden können, wirksam vertreten werden. Die Vertretung der I-GmbH und der S-GmbH erfolgt durch ihre jeweiligen Geschäftsführer (§ 35 GmbHG).
2. [Leistung:] Hinsichtlich der Leistung besteht stets Gestaltungsbedarf (genaue Beschreibung der geschuldeten Leistung im Vertrag). Nebenleistungspflicht zur Erstellung des Handbuchs ergibt sich nicht aus dem Gesetz (geht über Anleitungs- und Informationspflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB hinaus) und muss daher in den Vertrag aufgenommen werden.

Mitwirkungspflichten der I-GmbH (s.o.) ergeben sich nicht aus dem Gesetz und müssen daher im Vertrag ausdrücklich vereinbart werden.

3. [Vergütung:] Hinsichtlich der Gegenleistung besteht stets Gestaltungsbedarf (auch wenn Festlegung der Vergütung in üblicher Höhe bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung gem. § 632 BGB fingiert wird).

Die Fälligkeit folgt beim Bauvertrag (Werkvertrag) grundsätzlich aus § 641 BGB. Danach ist die Vergütung erst bei der Abnahme des Werkes zu entrichten; der Unternehmer kann vorher lediglich Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB verlangen. Dies entspricht nicht dem Rechtsziel (Zahlungsplan, s.o.). Es besteht folglich Gestaltungsbedarf.

4. [Leistungszeit:] Hinsichtlich der Fälligkeit der Leistung gilt § 271 BGB (Fälligkeit / Erfüllbarkeit sofort); hinsichtlich des genauen Leistungstermins (30 Tage nach Zugang der Vorbereitungsanzeige) besteht somit Gestaltungsbedarf.

Schadensersatzanspruch des Werkunternehmers bei verzögerter Mitwirkung des Bestellers nur unter der Voraussetzung, dass dieser durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt (§ 642 Abs. 1 BGB); hier soll der Anspruch der S-GmbH aber an die bloße Fristversäumnis als solche anknüpfen.

Die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs ist individualvertraglich ohne weiteres möglich. Hier besteht aber das Risiko, dass ein mit der Sache später befasstes Gericht sämtliche Klauseln des Vertrags aufgrund ihrer rechtspraktischen Verbreitung als AGB qualifiziert (und nicht nur diejenigen, die in den beigefügten AGB der S-GmbH ausdrücklich als solche bezeichnet werden). Zwar finden bei AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB keine unmittelbare Anwendung. Der hypothetische Verstoß einer Klausel gegen § 308 und § 309 BGB führt aber nach der Rechtsprechung des BGH dazu, dass er auch im unternehmerischen Verkehr eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gem. § 307 Abs. 1 BGB indiziert. Es empfiehlt daher, bei der Gestaltung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs vorsorglich die Vorgaben des § 309 Nr. 5 BGB zu beachten.

Zu erwägen ist ferner die Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Auch bei unterstelltem AGB-Charakter der Klausel (s.o.) scheidet diese hier nicht bereits an § 307 Abs. 1 BGB aufgrund einer Indizwirkung von § 309 Nr. 6 BGB, da sie an eine verspätete Mitwirkung des Vertragspartners anknüpft; dieser Fall ist von § 309 Nr. 6 BGB nicht erfasst. Der Schuldner verwirkt die vereinbarte Vertragsstrafe, wenn er in Verzug kommt (§ 339 Satz 1 BGB). Es ist

also eine schuldhaftige Nichtleistung erforderlich (siehe § 286 Abs. 4 BGB). Nach der Rechtsprechung kann eine Vertragsstrafe zwar verschuldensunabhängig versprochen werden; zwingendes Recht steht einer solchen Vereinbarung nicht entgegen. Bei AGB besteht aber ein Risiko, dass ein Gericht in einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB erblickt.

Auch hinsichtlich der Höhe der Vertragsstrafe sind die Interessen der Parteien zu beachten. Die S-GmbH möchte den möglichen Ausfall von Gewinn bei verzögerter Lieferung vermeiden. Daher wäre eine Vertragsstrafe angebracht, die dem durchschnittlichen Vergütungsausfall im Verzugszeitraum entspricht. Um den Strafcharakter der Vereinbarung zu sichern, kann ein Aufschlag vereinbart werden.

5. [Leistungsort:] Kann sich gem. § 269 Abs. 1 BGB „aus dem Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses“ ergeben; dies ergibt vorliegend, dass die Errichtung des Swimmingpools sinnvollerweise nur auf dem Gelände der I-GmbH erfolgen kann, sodass kein Gestaltungsbedarf besteht.
6. [Gewährleistung:] Ansprüche des Bestellers aufgrund eines Mangels verjähren bei einem Bauwerk gem. § 634a Abs. 1 Nr. 2 bei einem Bauwerk in fünf Jahren; die Verjährung beginnt gem. § 634a Abs. 2 BGB mit der Abnahme. Eine Erleichterung (wie in Ziff. 7.2 der AGB vorgesehen) verstößt gegen §§ 307 Abs. 1 BGB (Verstoß gegen § 309 Nr. 8 lit. b lit. ff BGB, der im unternehmerischen Verkehr eine unangemessene Benachteiligung indiziert). Es ist daher zwingend eine individualvertragliche Vereinbarung erforderlich. Der Nachweis, dass eine individuell ausgehandelte Klausel vorliegt, die nicht von der S-GmbH „gestellt“ wurde, ist praktisch außerordentlich schwierig. Es empfiehlt sich jedenfalls, die Klausel außerhalb der beigefügten AGB in den Vertrag aufzunehmen; die S-GmbH muss sich gleichwohl des Risikos bewusst sein, dass ein im Streitfall mit der Sache befasstes Gericht die Klausel als unwirksam ansieht.

Auch die von der S-GmbH gewünschte Kostenbeteiligung an Nacherfüllung i.H.v. 20 % steht im Widerspruch zu § 635 Abs. 2 BGB; Regelung in AGB wäre gem. § 307 Abs. 1 unwirksam (Indizwirkung von § 309 Nr. 8 b cc BGB im unternehmerischen Verkehr). Hinsichtlich der Notwendigkeit einer individualvertraglichen Vereinbarung und des gleichwohl bestehenden Unwirksamkeitsrisikos gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Verjährungs-Problematik.

Haftungsausschluss: Um – wiederum bei unterstelltem AGB-Charakter der Klausel – einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB (Indizwirkung von § 309 Nr. 7 BGB) zu vermeiden, sollte sich der Haftungsausschluss an den in § 309 Nr. 7 BGB formulierten Voraussetzungen orientieren.

7. [Sonstige Punkte:] Die Einbeziehung der AGB der S-GmbH ist im unternehmerischen Verkehr durch einfache vertragliche Einigung möglich; die Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB gelten gem. § 310 Abs. 1 BGB nicht.

## V. Gestaltungsvorschlag

Siehe nächste Seite.

## **Bauvertrag**

zwischen der

S-GmbH

(...) Adresse

gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer, XYZ  
(nachfolgend: „Auftragnehmerin“)

und der

I-GmbH

(...) Adresse

gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer, XYZ  
(nachfolgend: „Bestellerin“)

(1) Die Auftragnehmerin verpflichtet sich, für die Bestellerin einen Swimmingpool (genauere Spezifizierung gem. Anlage 1) auf dem Unternehmensgelände der Bestellerin zu planen und zu errichten. Daneben verpflichtet sich die Auftragnehmerin, der Bestellerin ein Handbuch zur Verfügung zu stellen, in dem die Funktionsweise des Pools und dessen Einrichtungen (Chloranlage, Wasserpumpe etc.) genau erläutert und Hinweise zur sorgfaltsgemäßen Wartung erteilt werden.

(2) Die Bestellerin verpflichtet sich, die Errichtung des Swimmingpools durch Zahlung von 60.000 EUR zzgl. USt. zu vergüten. Für die Fälligkeit der Vergütung einigen sich die Parteien auf den folgenden Zahlungsplan:

- Anzahlung in Höhe von 15.000,- EUR zzgl. USt. innerhalb von 7 Werktagen nach Unterzeichnung dieses Vertrages;
- 30.000,- EUR zzgl. USt. nach Fertigstellung des Fundaments;
- 15.000,- EUR zzgl. USt. innerhalb von 7 Werktagen nach Abnahme.

(3) Die Bestellerin wird im Vorfeld der Errichtung des Swimmingpools die folgenden Arbeiten in eigener Verantwortung und auf eigene Kosten durchführen:

- Verlegung von Wasser- und Elektroleitungen;
- Bodenausgrabung.

Sobald diese Arbeiten abgeschlossen sind, wird sie der Auftragnehmerin eine Vorbereitungsanzeige zukommen lassen, in der sie die Fertigstellung der Vorbereitungsarbeiten anzeigt. Die Vorbereitungsanzeige soll der Auftragnehmerin bis spätestens 31.5.2023 zugehen.

(4) Die Auftragnehmerin wird unmittelbar nach Zugang der Vorbereitungsanzeige gem. Ziff. 3 mit der Errichtung des Swimmingpools beginnen. Sie wird die Arbeiten innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen abschließen, also bis zum 30.6.2023. Sollte die Vorbereitungsanzeige nicht fristgemäß am 31.5.2023 vorliegen, wird die Bestellerin an die Auftragnehmerin ohne weitere Voraussetzungen eine Vertragsstrafe von 1.000 EUR für jeden Tag der Verzögerung des Baubeginns zahlen.

(5) Für den Vertrag gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftragnehmerin. Etwaige Allgemeine Geschäftsbedingungen der Bestellerin werden nicht Vertragsbestandteil. Unabhängig von der Geltung der AGB treffen die Parteien die nachfolgenden, zwischen ihnen individuell ausgehandelten Vereinbarungen:

(a) Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des von der Auftragnehmerin errichteten Swimmingpools verjähren zwei Jahre nach der ersten Inbetriebnahme durch die Bestellerin.

(b) Die Bestellerin verpflichtet sich zur Rechtfertigung des günstigen Preises, sich an den Kosten einer etwaig erforderlich werdenden Reparatur während der Gewährleistungszeit in Höhe von 20 % der entstehenden Kosten zu beteiligen.

(c) Die Haftung der Auftragnehmerin auf Schadensersatz wird ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die Auftragnehmerin eine bestimmte Beschaffenheit des Swimmingpools zugesichert hat. Ansprüche auf Schadensersatz wegen grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung von Pflichten der Auftragnehmerin sind gleichfalls nicht ausgeschlossen. Der Haftungsausschluss gilt weiterhin nicht in Fällen der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit. Schließlich gilt der Haftungsausschluss nicht, wenn die Auftragnehmerin einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

(6) Sollten Klauseln dieses Vertrages gegen geltendes Recht verstoßen, so werden sie nicht Vertragsbestandteil und der Vertrag bleibt im Übrigen wirksam.

(7) Der Vertrag unterliegt deutschem Recht. Gerichtsstand ist Offenbach.

(8) Änderungen dieses Vertrags bedürfen der Schriftform. Nebenabreden wurden nicht getroffen.

Datum, Unterschrift