

AUSSTIEG AUS DEM PROJEKTVERTRAG

Fallstricke bei Beendigung oder
Rückabwicklung von großen Projekten

RA Dr. Christian Weitzel, Fachanwalt für Informationstechnologierecht

IT-Gesprächskreis 15.9.2016 ▪ München

Willkommen



DR. CHRISTIAN WEITZEL

Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Informationstechnologie-Recht
Büsing, Müffelmann & Theye
Rechtsanwälte in Partnerschaft und Notare

Tel. (+49) 0 89 28 70 07-0

E-Mail weitzel@bmt.eu

VITA

Jurastudium, Promotion (1998) und Referendariat in Münster
Informatikstudium in Hagen

1997 – 1998 Rechtsanwalt in Frankfurt

1998 – 2009 Diverse Positionen bei Gisecke & Devrient in München

seit 2006 Lehrbeauftragter der TU Wien (IT-Recht, IT-Strategie,
Risikomanagement)

seit 2009 Partner bei Büsing, Müffelmann & Theye

AGENDA



Was werden
Sie hören?

1

Ausstieg vor dem Fehlschlag

2

Sanfter Ausstieg nach dem Fehlschlag

3

Totaler Ausstieg nach der Abnahme

4

Übersicht

ZUM EINSTIEG EINE BRISANTE THESE



Unter dem Strich zählt doch nur die Aufmerksamkeit ...

*Wenige Groß-
projekte gelangen
auf Anhieb.*





Die meisten sprengen jeden Zeit- und Kostenplan!



Man kennt das ja ...



Projekte werden

- schlecht geplant
- zu komplex angelegt
- falsch gemanagt
- zu lang und
- zu teuer.

Nur:

Wer die Schuld daran hat,
ist erst einmal zweitrangig.

Man kennt das ja ...



Projekte werden

- schlecht geplant
- zu komplex angelegt
- falsch gemanagt
- zu lang und
- zu teuer.

Nur:

Wer die Schuld daran hat,
ist erst einmal zweitrangig.

Der Mandant fragt bloß:

Wie komme ich
möglichst schnell und günstig
raus aus der Nummer?

VARIANTE 1: AUSSTIEG VOR DEM FEHLSCHLAG



Wenn es übers Knie gebrochen werden muss ...

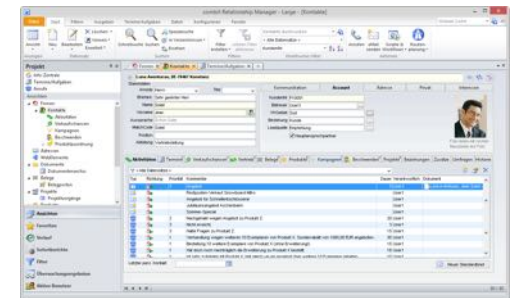
Ausgangsfall

Die *Maschinenbauer GmbH (B)* bestellt neue Software für ihr altes Warenwirtschaftssystem.

Mit der *Systemhaus AG (S)* vereinbart sie die Erstellung einer Software. Die Software enthält Standardkomponenten und muss erheblich an Bedürfnisse der B GmbH angepasst werden.

Alles kein Problem, sagt die S-AG.
Als Kaufpreis wird pauschal 1.000.000 € vereinbart.

Erstellung Software
Werkvertrag
1.000.000 €



UND ES KOMMT, WIE ES KOMMEN MUSS ...



B-GmbH will das Projekt nach einem Jahr „canceln“.

Was ist passiert:

- Von der Software hat man noch nichts gesehen.
- Der Kostenplan ist durch viele Änderungen überschritten.
- Erste Installation und Test sind erst in Monaten geplant

Was fragt die B-GmbH?

Wie können wir das „canceln“ und was kostet uns das?

WELCHE MÖGLICHKEITEN GIBT ES NUN?



Eher theoretisch:

(1) Aufhebungsvertrag (~)

- Immer möglich
- In der Situation meist teuer

(2) Widerruf (-)

- Selten vertraglich vorgesehen

(3) Anfechtung (-)

- Meist fehlt Grund zur Anfechtung

Hier zu prüfen:

(4) Rücktritt

- (a) § 323 BGB
- (b) § 634 Nr. 3 BGB

(5) Kündigung

- (a) § 314 BGB analog
- (b) § 649 BGB

WELCHE MÖGLICHKEITEN GIBT ES NUN?



Eher theoretisch:

(1) Aufhebungsvertrag (~)

- Immer möglich
- In der Situation meist teuer

(2) Widerruf (-)

- Selten vertraglich vorgesehen

(3) Anfechtung (-)

- Meist fehlt Grund zur Anfechtung

Hier zu prüfen:

(4) Rücktritt

- (a) § 323 BGB
- (b) § 634 Nr. 3 BGB

(5) Kündigung

- (a) § 314 BGB analog
- (b) § 649 BGB



RÜCKTRITT



Sowohl nach allgemeinem als auch besonderem Schuldrecht nicht einfach:

§ 634 BGB erfordert mangelhaftes Werk.

- Vor der Abnahme hier nicht ersichtlich.
- Deutlich OLG Düsseldorf MMR 2015, 103 (zu Erstellung von Individual-Software):
 - Recht auf Rücktritt aus § 323 BGB und nicht aus § 633 BGB, wenn Werk nicht mangelhaft, sondern nicht hergestellt

§ 323 BGB erfordert Fälligkeit sowie Schlecht- oder Nichtleistung.

- Ohne Verzug und vor Abnahme keine Fälligkeit
- Vorliegend noch kein Mangel ersichtlich

RÜCKTRITT



Sowohl nach allgemeinem als auch besonderem Schuldrecht nicht einfach:

§ 634 BGB erfordert mangelhaftes Werk. => (-)

- Vor der Abnahme hier nicht ersichtlich.
- Deutlich OLG Düsseldorf MMR 2015, 103 (zu Erstellung von Individual-Software):
 - Recht auf Rücktritt aus § 323 BGB und nicht aus § 633 BGB, wenn Werk nicht mangelhaft, sondern nicht hergestellt

§ 323 BGB erfordert Fälligkeit sowie Schlecht- oder Nichtleistung. => (-)

- Ohne Verzug und vor Abnahme keine Fälligkeit
- Vorliegend noch kein Mangel ersichtlich

⇒ Kein Rücktritt des Bestellers vor Abnahme „aus Lust und Laune“

KÜNDIGUNG



Da geht doch was:

§ 314 BGB erfordert wichtigen Grund.

- Nur wenn Fortsetzung des Projektes nicht mehr zumutbar
- Bei Abbruch auf Wunsch des Bestellers nicht gegeben

§ 649 BGB hat keine Voraussetzungen.

- S. 1: „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen.“

KÜNDIGUNG



Da geht doch was:

§ 314 BGB erfordert wichtigen Grund. => (-)

- Nur wenn Fortsetzung des Projektes nicht mehr zumutbar
- Bei Abbruch auf Wunsch des Bestellers nicht gegeben

§ 649 BGB hat keine Voraussetzungen. => (+)

- S. 1: „Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen.“

⇒ Projektabbruch auch vor Abnahme möglich

FINANZIELLE FOLGE



Da war aber noch etwas ...

§ 649 S. 2 BGB:

Kündigt der Besteller, so ist der **Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen**; er muss sich jedoch dasjenige **anrechnen lassen**, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen **erspart** oder durch **anderweitige** Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.



FINANZIELLE FOLGE



Da war aber noch etwas ...

Dazu trägt S-AG vor:

- Vereinbart waren 1.000.000 €.
- Erspart haben wir uns nichts, das Projekt war fast fertig.
- Wenn B-GmbH etwas Anderes behauptet, soll sie es beweisen!

§ 649 S. 2 BGB:

Kündigt der Besteller, so ist der **Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen**; er muss sich jedoch dasjenige **anrechnen lassen**, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen **erspart** oder durch **anderweitige** Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.



WUNSCHLISTE S-AG



Sachvortrag S-AG zur Vergütung nach § 649 S. 2 BGB

- 200.000 € tatsächlicher Personalaufwand
- 300.000 € Personalaufwand „reserviert“
 - Kein ersparter Aufwand, weil Personal nicht in anderen Projekten einsetzbar
 - Ansonsten soll B-GmbH vortragen und beweisen
- 100.000 € Aufwand für intern genutzte Softwarelizenzen
- 150.000 € Personalaufwand für freie Mitarbeitern „reserviert“
- 250.000 € Entgangener Gewinn

⇒ Projektabbruch soll 1.000.000 € kosten.

UND JETZT DER BGH:



Sachvortrag S-AG zur Vergütung nach § 649 S. 2 BGB

- 200.000 € tatsächlicher Personalaufwand
- ~~300.000 € Personalaufwand „reserviert“~~
 - So nicht: Abstrakte Darstellung gebundener AN während Betriebs
- ~~100.000 € Aufwand für intern genutzte Softwarelizenzen~~
 - So nicht: Kann anderweitig genutzt werden
- ~~150.000 € Personalaufwand für freie Mitarbeitern „reserviert“~~
 - So nicht: Kein echter Aufwand
- 250.000 € Entgangener Gewinn



⇒ Projektabbruch wird B-GmbH 450.000 € kosten.

RÜCKFORDERUNG DER VORAUSZAHLUNG



B-GmbH fragt nun:

Wie bekommen wir
die 300.000 € zurück?

Der S-AG stehen 450.000 € zu.
Haben will sie mehr.

B-GmbH hat schon 750.000 €
Vorschuss gezahlt.

RÜCKGRIFF AUF BEREICHERUNG



So haben wir es früher an der Universität gelernt:

Vorgehen nach **§ 812** I 2 Alt. 1 BGB

- So hält es immer noch das OLG Düsseldorf – trotz anderer Rechtsprechung des BGH

Wer muss was vortragen?

- Darlegungs- und Beweislast trägt Besteller
 - Erlangt: Vorteil, der wirtschaftliches Vermögen vermehrt hat
 - Wegfall des Rechtsgrundes: §§ 631 I, 649 S.2 BGB als Rechtsgründe?
 - Problem: Kündigung lässt Vertrag als Rechtsgrund für Zahlung bestehen
 - Folge: Besteller muss darlegen und beweisen, dass Anzahlung Vergütung nach § 649 BGB für bereits erbrachte Leistungen übersteigt

RÜCKGRIFF AUF BEREICHERUNG



So haben wir es früher an der Universität gelernt:

Vorgehen nach **§ 812** I 2 Alt. 1 BGB

- So hält es immer noch das OLG Düsseldorf – trotz anderer Rechtsprechung des BGH

Wer muss was vortragen?

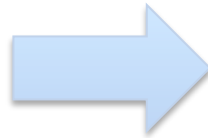
- Darlegungs- und Beweislast trägt Besteller
 - Erlangt: Vorteil, der wirtschaftliches Vermögen vermehrt hat
 - Wegfall des Rechtsgrundes: §§ 631 I, 649 S.2 BGB als Rechtsgründe?
 - Problem: Kündigung lässt Vertrag als Rechtsgrund für Zahlung bestehen
 - Folge: **Besteller** muss darlegen und beweisen, dass Anzahlung Vergütung nach § 649 BGB für bereits erbrachte Leistungen **übersteigt**

⇒ Ungünstig für kündigenden Besteller

Was genau ist anders?

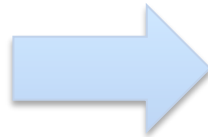


Rückforderung
des Vorschusses



Darlegungs- und Beweislast bei B als Besteller

Im Gegensatz zur
Vergütung nach
§ 649 S.2 BGB



Darlegungs- und Beweislast bei S als Lieferant

HURRA! SAGT DER LIEFERANT



Sachvortrag zum Behaltendürfen nach § 649 S. 2 BGB

- 200.000 € tatsächlicher Personalaufwand
- 300.000 € Personalaufwand
 - Kein ersparter Aufwand, weil Personal nicht in anderen Projekten einsetzbar
 - Ansonsten soll B-GmbH vortragen und beweisen
- 250.000 € Entgangener Gewinn

⇒ B-GmbH bekommt nichts zurück.

UND JETZT DER BGH:



Kein Bereicherungsrückgriff, vertraglicher Anspruch

Ständige Rechtsprechung BGH (seit BGHZ 140,365 = NJW 1999, 1867)

- Sachverhalt:
 - Kündigung Architektenvertrag mit Überzahlung

Wie nun?

- „Für einen Bereicherungsausgleich ist kein Raum, weil sich ein **Zahlungsanspruch aus der vertraglichen Abrede** ergibt. Dieser besteht in Höhe einer Überzahlung.“
- **Darlegungslast** beim Besteller für Saldoüberschuss, Auftragnehmer muss der Berechnung entgegenreten.



UND JETZT DER BGH:



Kein Bereicherungsrückgriff, vertraglicher Anspruch

Ständige Rechtsprechung BGH (seit BGHZ 140,365 = NJW 1999, 1867)

- Sachverhalt:
 - Kündigung Architektenvertrag mit Überzahlung

Wie nun?

- „Für einen Bereicherungsausgleich ist kein Raum, weil sich ein **Zahlungsanspruch aus der vertraglichen Abrede** ergibt. Dieser besteht in Höhe einer Überzahlung.“
- **Darlegungslast** beim Besteller für Saldoüberschuss, **Auftragnehmer** muss der Berechnung entgegenreten.

⇒ Günstig für kündigenden Besteller



JETZAT! JUBELT DER KUNDE



Sachvortrag zur Rückforderung

- 200.000 € tatsächlicher Personalaufwand
- 50.000 € entgangener Gewinn (5% nach Vermutung gemäß § 649 S. 3 BGB)

⇒ B-GmbH fordert 500.000 € zurück

SO NICHT! MEINTE EIN OLG



OLG Düsseldorf zur Beweislast:

Zwei paradox anmutende Urteile des OLG Düsseldorf vom 5.12.2013
(5 U 135/12, MMR 2014, 521 bzw. 5 U 58/13, später beim BGH)

- Fast identischer Sachverhalt in beiden Fällen:
 - Kündigung „Internet-Systemvertrag“, unstrittig: Keinerlei Leistungen erbracht
- LG Düsseldorf: 5% Gewinn nach Gesetz, OLG : 80% bzw. 99% vom Vertragsvolumen

Wie das?

- Geschickter Sachvortrag Werkunternehmer:
 - Nichts erbracht, aber: Mehr Mitarbeiter als Aufträge, keine Füllaufträge
- OLG : Darlegungs- und Beweislast für dennoch ersparte Aufwendungen beim Besteller

SO NICHT! MEINTE EIN OLG



OLG Düsseldorf zur Beweislast:

Zwei paradox anmutende Urteile des OLG Düsseldorf vom 5.12.2013
(5 U 135/12, MMR 2014, 521 bzw. 5 U 58/13, später beim BGH)

- Fast identischer Sachverhalt in beiden Fällen:
 - Kündigung „Internet-Systemvertrag“, unstrittig: Keinerlei Leistungen erbracht
- LG Düsseldorf: 5% Gewinn nach Gesetz, OLG : 80% bzw. 99% vom Vertragsvolumen

Wie das?

- Geschickter Sachvortrag Werkunternehmer:
 - Nichts erbracht, aber: Mehr Mitarbeiter als Aufträge, keine Füllaufträge
- OLG : Darlegungs- und Beweislast für dennoch ersparte Aufwendungen beim **Besteller**

=> Schwierige Situation für kündigenden Besteller

BESTÄTIGT DURCH DEN BGH:



Beweislast wie wenn Unternehmer klagt

BGH MMR 2015, 235

- Sachverhalt aus dem einen OLG-Urteil:
 - Kündigung „Internet-Systemvertrag“ ohne Leistung

Wie nun?

- Anders als OLG: Rückzahlung Überschuss nicht aus Bereicherung, sondern aus Vertrag
- “Auf (...) vertraglichen Anspruch finden die Vorschriften des **Bereicherungsrechts** und die dort geltenden **Darlegungs- und Beweislastgrundsätze keine Anwendung.**”
- Wie beim OLG: Darlegungs -und Beweislast bei Kündigung des Bestellers **genau so**, wie wenn Unternehmer aus § 649 S. 2 BGB klagt.



BESTÄTIGT DURCH DEN BGH:



Beweislast wie wenn Unternehmer klagt

BGH MMR 2015, 235

- Sachverhalt aus dem einen OLG-Urteil:
 - Kündigung „Internet-Systemvertrag“ ohne Leistung

Wie nun?

- Anders als OLG: Rückzahlung Überschuss nicht aus Bereicherung, sondern aus Vertrag
- “Auf (...) vertraglichen Anspruch finden die Vorschriften des **Bereicherungsrechts** und die dort geltenden **Darlegungs- und Beweislastgrundsätze keine Anwendung.**”
- Wie beim OLG: Darlegungs- und Beweislast bei Kündigung des Bestellers **genau so**, wie wenn Unternehmer aus § 649 S. 2 BGB klagt.



⇒ **Kündigender Besteller muss Überschuss beweisen, Werkunternehmer Behaltendürfen**

UND JETZT KONKRET



Sachvortrag B-GmbH zur Rückforderung

- 200.000 € tatsächlicher Personalaufwand
- 50.000 € entgangener Gewinn (5% nach Vermutung gemäß § 649 S. 3 BGB)

Kluger Sachvortrag S-AG zum Behaltendürfen nach § 649 S. 2 BGB und BGH

- 200.000 € tatsächlicher Personalaufwand
- 300.000 € Personalaufwand
 - Vortrag des kalkulierten Ablaufs des konkreten Vertragsverhältnisses
 - Individuelle Bedürfnisse nicht bekannt -> durchschnittliche Kalkulation
 - Vortrag: dauerhafte Vorhaltung materieller/ personeller Ressourcen
- 250.000 € Entgangener Gewinn

⇒ B-GmbH bekommt nichts zurück.

ZWISCHENERGEBNIS

Rückzahlung Zahlungsüberschuss bei vorzeitiger Kündigung eines Werkvertrages erfolgt aus Vertrag nach § 649 S. 2 BGB

Darlegungs- und Beweislast für Vergütungsanspruch trägt überwiegend der Unternehmer.

Besteller muss ersparte Aufwendungen nur vortragen.

Unternehmer muss Abrechnung in solch einem Umfang darlegen, dass Besteller sich wehren kann.

VARIANTE 2: SANFTER AUSSTIEG NACH DEM FEHLSCHLAG



Wenn der Besteller nicht weitermachen will ...

GLEICHER AUSGANGSFALL



Mittelständischer Maschinenbauer (B-GmbH) will sein veraltetes Warenwirtschaftssystem durch eine neue Software ersetzen.

Was ist anders:

- Bei Testinstallation fehlen der Software elementare Funktionen.
- S-AG bestreitet, dass Funktionen zum Leistungskatalog der Vereinbarung gehören.
- B-GmbH will das mangelhafte System gleichwohl behalten.

Was fragt die B-GmbH?

Wie können wir jetzt „canceln“ und was kostet uns das?

WELCHE MÖGLICHKEITEN GIBT ES NUN?



Eher theoretisch:

(1) Aufhebungsvertrag (~)

- Immer möglich
- In der Situation meist teuer

(2) Widerruf (-)

- Vertraglich nicht vorgesehen

(3) Anfechtung (-)

- Kein Grund zur Anfechtung

Hier zu prüfen:

(4) Rücktritt

- (a) § 323 BGB
- (b) § 634 Nr. 3 BGB

(5) Kündigung

- (a) § 314 BGB
- (b) § 649 BGB

WELCHE MÖGLICHKEITEN GIBT ES NUN?



Eher theoretisch:

(1) Aufhebungsvertrag (~)

- Immer möglich
- In der Situation meist teuer

(2) Widerruf (-)

- Vertraglich nicht vorgesehen

(3) Anfechtung (-)

- Kein Grund zur Anfechtung

Hier zu prüfen:

(4) Rücktritt

- (a) § 323 BGB (+)
- (b) § 634 Nr. 3 BGB (+)

(5) Kündigung

- (a) § 314 BGB (+)
- (b) § 649 BGB (+)



RISKANTER RÜCKTRITT



Womöglich alle Leistungen zurückzugewähren!

§ 346 Abs. 1 BGB:

(...) sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen **zurückzugewähren** und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.



RISKANTER RÜCKTRITT



Womöglich alle Leistungen zurückzugewähren!

§ 323 Abs. 5 BGB:

Hat der Schuldner eine **Teilleistung** bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag **nur** zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat.

§ 346 Abs. 1 BGB:

(...) sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen **zurückzugewähren** und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.



DANN BESSER KÜNDIGEN



Nach allgemeinem oder besonderem Schuldrecht?

§ 649 BGB: Ordentliche Kündigung des Werkvertrages

- Immer möglich, nur:
- Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Vergütung
 - Abzüglich ersparter Aufwendungen
 - Mindestens jedoch: Gewinn (Vermutungsregel: 5%)

§ 314 BGB analog: Allgemeines, außerordentliches Kündigungsrecht

- Auch Teilkündigung möglich
- Beendigung mit der Wirkung für die Zukunft
- Vergütungsregel des § 649 BGB gilt hier nicht (st. Rspr. seit BGHZ 31, 224)

DANN BESSER KÜNDIGEN



Nach allgemeinem oder besonderem Schuldrecht?

§ 649 BGB: Ordentliche Kündigung des Werkvertrages

- Immer möglich, nur:
- **Pflicht zur Zahlung der vereinbarten Vergütung**
 - Abzüglich ersparter Aufwendungen
 - Mindestens jedoch: Gewinn (Vermutungsregel: 5%)

§ 314 BGB analog: Allgemeines, außerordentliches Kündigungsrecht

- **Auch Teilkündigung möglich**
- Beendigung mit der Wirkung für die Zukunft
- Vergütungsregel des § 649 BGB gilt hier nicht (st. Rspr. seit BGHZ 31, 224)

⇒ **Besteller sollte nach § 314 BGB analog kündigen und nur Teilvergütung zahlen**

ZWISCHENERGEBNIS

Projektausstieg vor der Abnahme besser durch Kündigung als Rücktritt

Kündigung nach
§ 649 BGB reduziert
Vergütung nur
um ersparte
Aufwendungen.

Kündigung nach
§ 314 BGB analog
zwingt nur zur
Zahlung der Vergütung
bis Kündigung.

FINANZIELLE FOLGE



Da war aber noch etwas ...

Zur Abrechnung nach Kündigung trägt die S-AG vor:

- Vereinbart war ein **Pauschalpreis** von 1.000.000 €
- Erspart haben wir uns fest nichts, das Projekt war so gut wie fertig.
- Genauer berechnen können wir jedenfalls nichts.

⇒ B-GmbH bekommt nichts zurück.

UND JETZT DER BGH:

Abrechnung bei Kündigung eines Pauschalpreisvertrages

Einhellige Rechtsprechung seit BGH NJW 2001, 521
(zuletzt OLG Hamm NJW 2015, 2970):

- Unternehmer muss Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen.
- Fehlen Anhaltspunkt zur Bewertung der erbrachten Leistung, muss Unternehmer im einzelnen darlegen, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind.
- Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und deren Bewertung muss den Besteller in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen.



UND JETZT DER BGH:

Abrechnung bei Kündigung eines Pauschalpreisvertrages

Einhellige Rechtsprechung seit BGH NJW 2001, 521
(zuletzt OLG Hamm NJW 2015, 2970):

- **Unternehmer** muss Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen.
- Fehlen Anhaltspunkt zur Bewertung der erbrachten Leistung, muss Unternehmer **im einzelnen darlegen**, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind.
- Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und deren Bewertung muss den Besteller in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen.



⇒ **Gekündigter Werkunternehmer muss Restanspruch darlegen und beweisen**

NA ALSO, SAGT DER LIEFERANT



Sachvortrag zur Zusammensetzung des Pauschalpreises:

- 650.000 € Aufwand für erbrachte Leistung
- 300.000 € Aufwand für nicht mehr zu erbringende Leistung
 - Ansonsten soll B-GmbH vortragen und beweisen
- 100.000 € Entgangener Gewinn

⇒ B-GmbH bekommt nichts zurück.

SO NICHT! MEINT DAS OLG HAMM



Abrechnung bei Kündigung eines Pauschalpreisvertrages

OLG Hamm 26.2.2015 (NJW 2015, 2970):

- Nachträgliche Kalkulation ist zwangsläufig fiktiv
- Und birgt die **Gefahr**, dass der Unternehmer versuchen wird, gerade die **Positionen** kostenmäßig **relativ hoch** zu bewerten, **die zur Ausführung gekommen sind**
- „Derartige Probleme werden [...] dann vermieden, wenn man dem Unternehmer [...] die Behauptung gestattet, dass das Preisniveau über alle Einzelleistungen hinweg [...] gleich hoch ist.“

UND NUN, UNTER DEM STRICH?



So ist zu rechnen:

1. Ermittlung des üblichen Preises für erbrachte Teilleistung	405.000 €
2. Ermittlung des üblichen Preises für geplante Gesamtleistung	900.000 €
3. Ermittlung des Verhältnisses	$405.000 \text{ €} / 900.000 \text{ €} = 45\%$
4. Anwendung auf vereinbarten Pauschalpreis	$1.000.000 \text{ €} \times 45\% = 450.000 \text{ €}$

⇒ B-GmbH bekommt noch 300.000 € zurück

RÜCKZAHLUNG BEI PAUSCHALPREIS



Bei vereinbartem Pauschalpreis (wie hier) muss Leistungs­bündel in Einzelleistung aufgetrennt werden. Einzelleistungen müssen in Relation zum Pauschalpreis bewertet werden.

Urkalkulation

nachträgliche
Kalkulation

einheitliches
Preisniveau

AUßERORDENTLICHE KÜNDIGUNG: FAZIT



Vergütungsanspruch bis Beendigung

- Bei fehlender Urkalkulation: Berechnung über einheitliches Preisniveau
- Unternehmer trägt **Darlegungs- und Beweislast** des Teilvergütungsanspruchs

Rückforderung Vorauszahlung

- Aus vertraglicher Vereinbarung der Vorauszahlungen (BGH NJW-RR 2015, 469)
- Deswegen: **Beweislast** im Ergebnis wie § 631 I BGB

VARIANTE 3: TOTALER AUSSTIEG NACH DER ABNAHME



Wenn der Werkunternehmer die Fehler nicht beseitigen will ...

PRAXISBEISPIEL



Laufender Fall, noch in der Beweisaufnahme

Besteller beauftragt CRM-Projekt für 120.000 €. Werkunternehmer verspricht:

- Alles im Standard, wenig Anpassung
- Fertigstellung in 4 Monaten

Was passiert wirklich:

- „Feinkonzept“ hat nach 14 Monaten Versionsstand 0.3
 - Trotzdem ständig und parallel Arbeit im Projekt ohne viel Konzeption
- „Abnahme“ nach 4 Monaten trotz Fehlschlag Datenmigration und Abraten vom Go-Live
 - Danach noch 1,5 Jahre Projektarbeit
 - Alle Fehlerbehebungen werden als Änderung beauftragt und bezahlt
- Änderungsaufträge blähen Volumen auf bis 1,7 Mio €
- Bei Fertigstellungsgrad ca. 60% will Besteller kein Geld mehr bezahlen

UND NUN:



Was lässt sich da noch machen?

Ganz schwer:

Anfechtung Abnahme

str.: Anfechtbarkeit
selbst bei Täuschung

LG Bielefeld (–)

Sinnlos:

Kündigung

Nur bis zur
Abnahme

Besteller bekäme
kein Geld zurück

Einzigste Chance:

Rücktritt

Nachweis Einstellung der
Fehlerbehebung ggf.
möglich

Meist schwer:
Nachweis erheblicher
Mängel

WELCHER RÜCKTRITT FUNKTIONIERT?



Vor der Abnahme:

- Werkunternehmer muss Mangelfreiheit nachweisen
- Wesentliche Mängel vor Abnahme begründen Nichtleistung



§ 323 I Alt. 1 BGB: Nichtleistung

WELCHER RÜCKTRITT FUNKTIONIERT?



Nach Abnahme nur noch einer:

Vor der Abnahme:

- Werkunternehmer muss Mangelfreiheit nachweisen
- Wesentliche Mängel vor Abnahme begründen Nichtleistung



§ 323 I Alt. 1 BGB: Nichtleistung

Nach der Abnahme:

- Hauptleistung erbracht
- Werkunternehmer schuldet nur noch Mangelbeseitigung im Wege der Nacherfüllung



§ 634 Nr. 3: Schlechtleistung

ABER AUFPASSEN!



Da war doch noch etwas ...

§ 323 V 2 BGB: „Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt, so kann der Gläubiger vom Vertrag **nicht zurücktreten**, wenn die Pflichtverletzung **unerheblich** ist.“

Beurteilung der Unerheblichkeit:

- *Umfassende Interessenabwägung, Umstände des Einzelfalls*
- Verhältnis des Mangelbeseitigungsaufwands zum Kaufpreis
 - **3%** des Kaufpreises (OLG Düsseldorf [3. Zivilsenat] NJW-RR 2004, 1060)
 - **5%** des Kaufpreises (OLG Düsseldorf [1. Zivilsenat] BeckRS, 2008, 24875)
 - **10%** des Kaufpreises (OLG Bamberg BeckRS 2006, 04936)
 - **10%** des Kaufpreises (OLG Stuttgart BeckRS 2014, 10804)

UND NOCH EINMAL DER BGH:



„Der Senat entscheidet die umstrittene Frage nunmehr dahin, dass bei einem **behebaren Mangel** [...] von einer **Unerheblichkeit** [...] **in der Regel dann nicht** mehr auszugehen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr **als 5 % des Kaufpreises** beträgt.“

5%: BGH schafft Klarheit



(NJW 2014, 3229)

DIE ECKPFOSTEN



Unbehebbarer Mangel

„Bei unbehebbarem Mangel wäre bei einem merkantilen Minderwert von weniger als **1% des Kaufpreises** die Pflichtverletzung zweifellos unerheblich“

BGH NJW 2008, 1517

Beschaffeneitsvereinbarung

„Dabei wird in der Regel ein Verstoß gegen eine **Beschaffeneitsvereinbarung** [§§434 I 2, 633 II 1 BGB] (...) die **Erheblichkeit** der Pflichtverletzung **indizieren.**“

BGH NJW-RR 2010, 1289;

BGH NJW 2013, 1365

FAZIT ZUR UNERHEBLICHKEIT



- Bei Großprojekt kann „kostspielige“ Mangelbeseitigung rechtlich unerheblich sein
- Richtwerte:
 - 5% für behebbare Mängel
 - 1% für unbehebbar Mängel
 - Stets bei Beschaffensvereinbarung

Beispiel:
 $35.000 / 1.000.000 = 3,5\%$

ZUM ABSCHLUSS EINE ÜBERSICHT

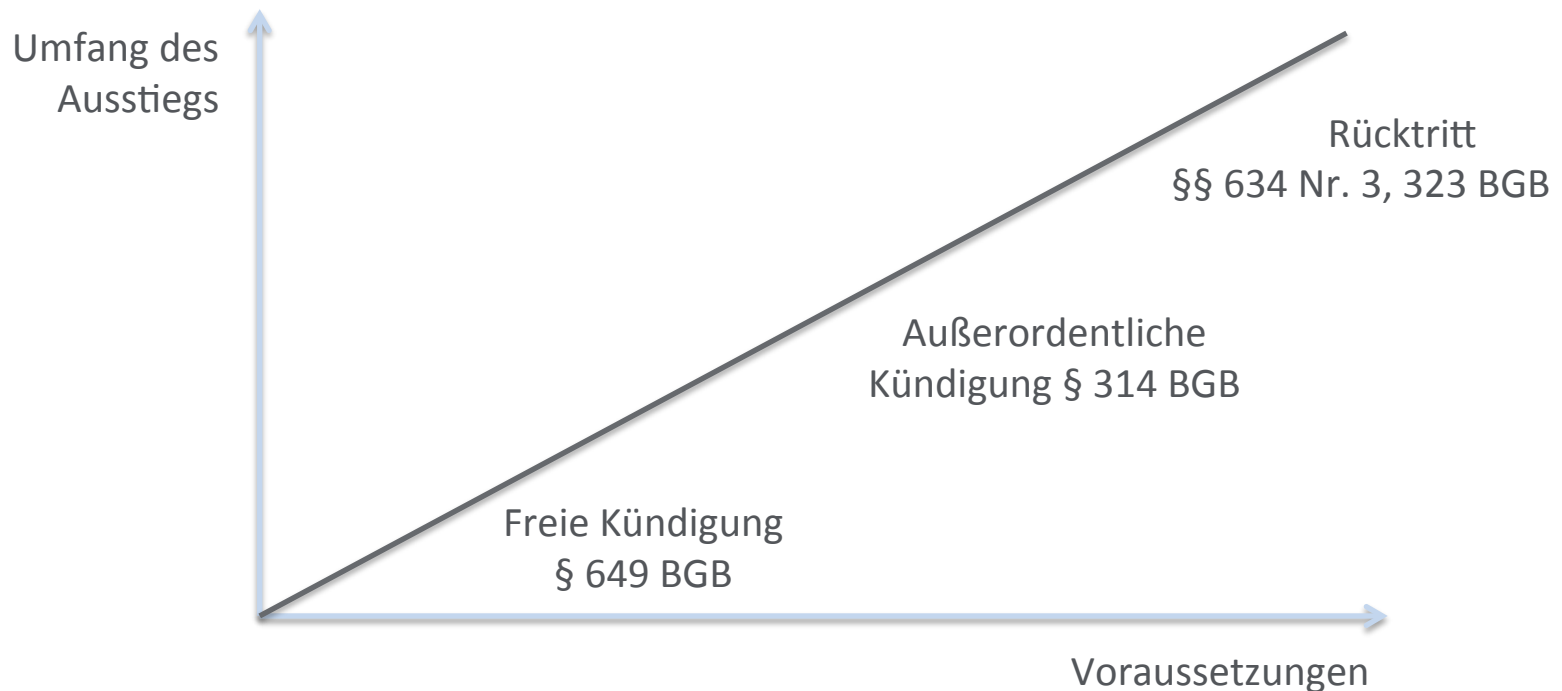


... oder doch lieber zwei!

Übersicht 1: Ausstieg aus dem Projekt



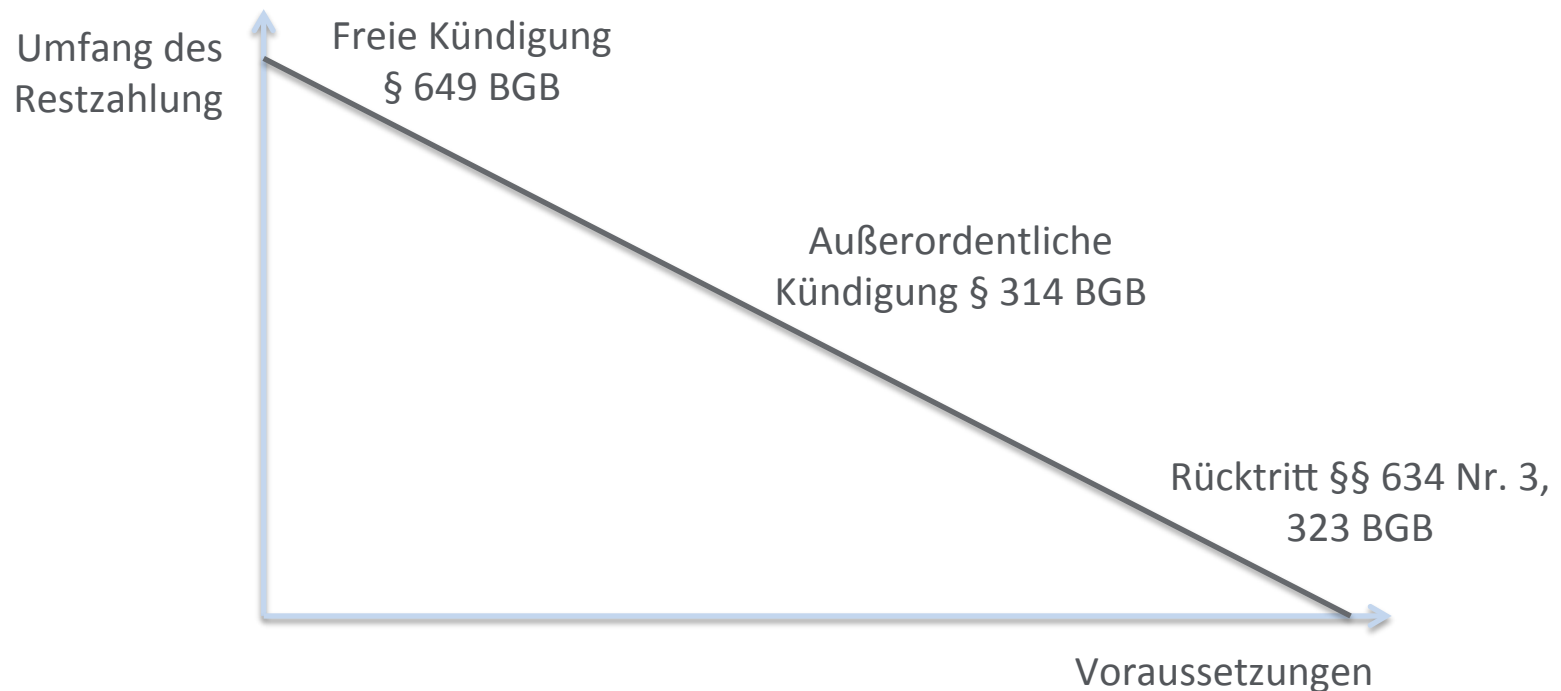
Mit Blick auf den Umfang des Ausstiegs



Übersicht 2: Ausstieg aus dem Projekt



Mit Blick auf die Restkosten des Bestellers



Noch Fragen?

