

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, Müffelman & 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, Müffelman & Theye

AGENDA



Was werden
Sie hören?

1

Ausstieg vor dem Fehlschlag

2

Sanfter Ausstieg nach dem Fehlschlag

3

Totaler Ausstieg nach der Abnahme

4

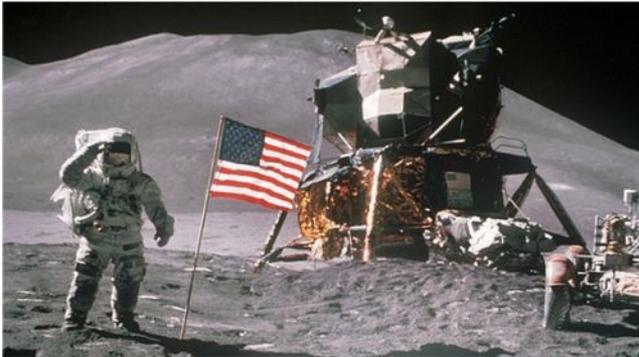
Übersicht

ZUM EINSTIEG EINE BRISANTE THESE



Unter dem Strich zählt doch nur die Aufmerksamkeit ...

*Wenige Groß-
projekte gelingen
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 ...

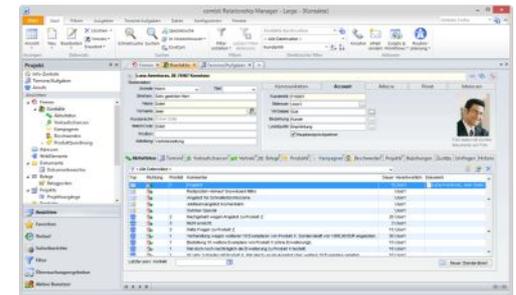
Ausgangsfall

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?

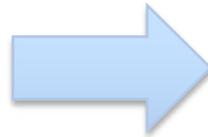
- Darlegungs- und Beweislast trägt Besteller
 - Erlangt: Vorteil, der wirtschaftliches Vermögen vermehrt hat
 - Wegfall des Rechtsgrundes: §§ 631 I, 649 S.2 BGB als Rechtsgründe?
 - Problem: Kündigung lässt Vertrag als Rechtsgrund für Zahlung bestehen
 - Folge: **Besteller** muss darlegen und beweisen,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

⇒ Ungünstig für kündigenden Besteller

Was genau ist anders?

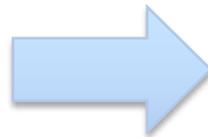


Rückforderung
des Vorschusses



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 Leistungs Bündel in Einzelleistung aufgetrennt werden. Einzelleistungen müssen in Relation zum Pauschalpreis bewertet werden.

Urkalkulation

nachträgliche
Kalkulation

einheitliches
Preisniveau

AUSSERORDENTLICHE ÜNDIGUNG: 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.“



(NJW 2014, 3229)

5%: BGH schafft Klarheit

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

Beschaffensvereinbarung

„Dabei wird in der Regel ein Verstoß gegen eine **Beschaffensvereinbarung** [§§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 Beschaffenheitsvereinbarung

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

ZUM ABSCHLUSS EINE ÜBERSICHT

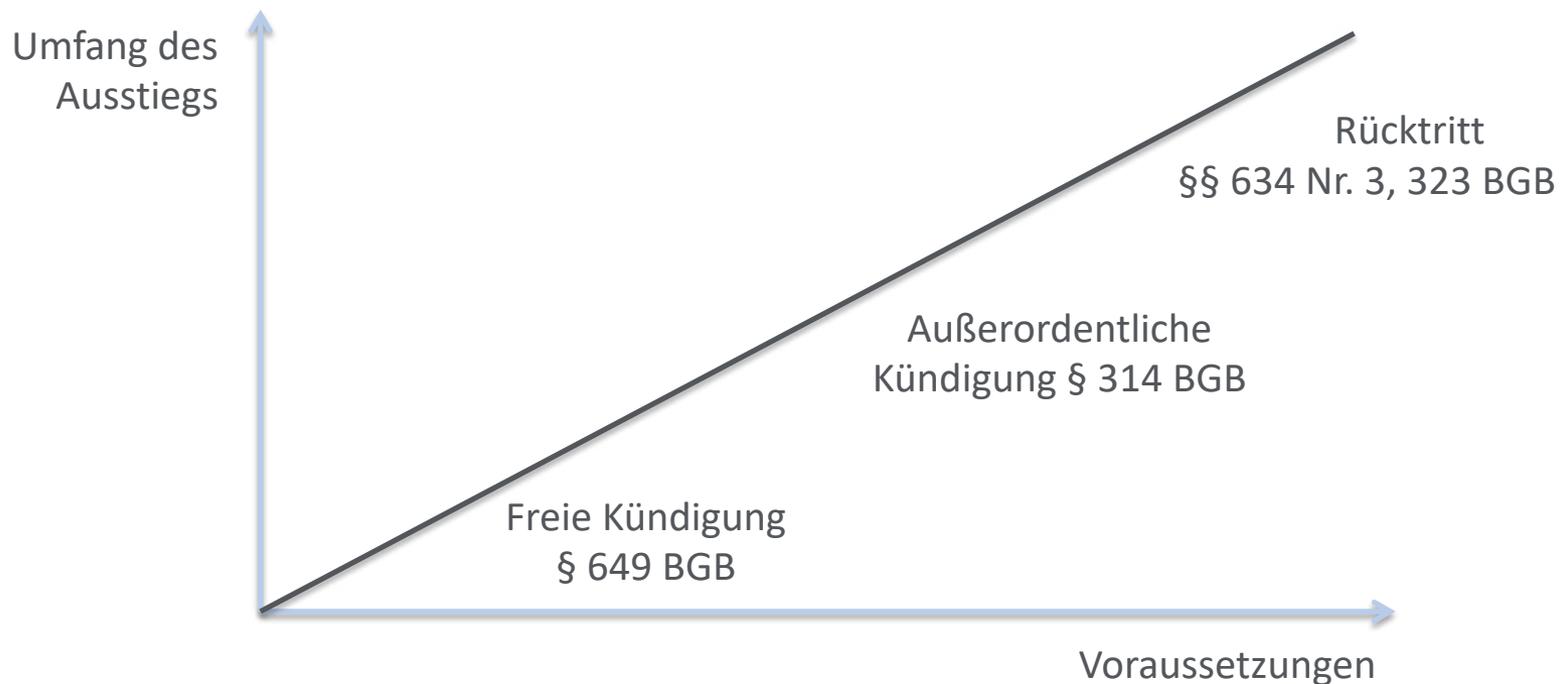


... oder doch lieber zwei!

Übersicht 1: Ausstieg aus dem Projekt



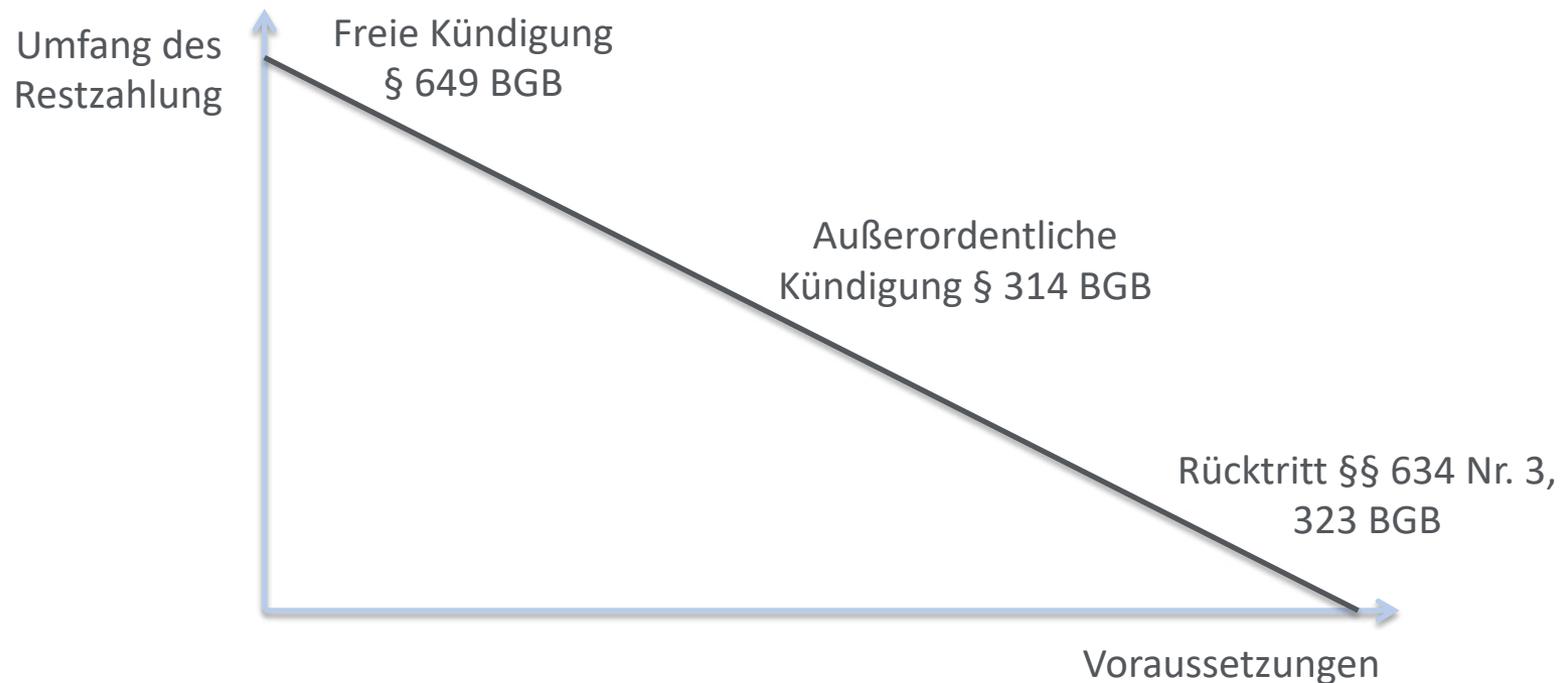
Mit Blick auf den Umfang des Ausstiegs



Übersicht 2: Ausstieg aus dem Projekt



Mit Blick auf die Restkosten des Bestellers



Noch Fragen?

