

Wirtschaftsrecht

Dr. Hans-W. Micklitz, Wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Bremen

Berechnungsmethode im Reparaturhandwerk und AGB-Gesetz

Stichworte: Reparaturhandwerk / Werkvertrag / Berechnungsmethoden / Allgemeine Geschäftsbedingungen / Inhaltskontrolle / Üblichkeitskontrolle / Preisabsprache / Arbeitskosten / Nebenkosten / Kfz-Kosten / Angefangene Stunden / Fahrtkosten / Fahrtzeiten / Berechnung ab Geschäftsstelle / Pauschalierung von Anfahrtkosten / Rüstzeiten / Arbeitswerte / Berechnung von Kleinteilen / Bestätigungsklausel auf Rechnungsformularen

I. Vorbemerkung

Am 5. 6. 1984¹ hat der Bundesgerichtshof die in AGB für Wartungsarbeiten an Datenverarbeitungsgeräten enthaltene Klausel „Fahrtzeiten gelten als Arbeitszeiten“ für unwirksam erklärt. Die vehementen Reaktionen des Handwerks zeigen², daß der Bundesgerichtshof in ein Wespennest gestochen hat. Auch wenn das Urteil argumentativ nicht voll überzeugen kann, so drückt sich in ihm das berechtigte Unbehagen gegenüber dem Durcheinander von Rechnungsposten im Reparaturgewerbe aus. Nicht Kostenkontrolle ist das Ziel des BGH, sondern eine verbesserte Preistransparenz. An dieser Stoßrichtung orientieren sich die nachfolgenden Überlegungen zur AGB-Kontrolle der Preisberechnungsmethode. Ausgehend von rechtstatsächlichen Untersuchungen, die die Intransparenz der Berechnungsmethode belegen, hat der Verfasser³ das Konzept des Effektivstundenlohns entwickelt, das allein geeignet ist, Klarheit in die Preisgestaltung zu bringen. Der Effektivstundenlohn basiert auf der Überlegung, daß eine Aufspaltung des Werklohns in Arbeitskosten und Preisnebenkosten mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 631 Abs. 1 BGB unvereinbar ist⁴. Nur eine Einbeziehung der Preisnebenkosten in die reinen Arbeitskosten kann die Intransparenz beseitigen. Das AGB-Gesetz wirkt auf zweierlei Weise auf das Konzept des Effektivstundenlohns ein: Einmal ist der Frage nachzugehen, ob die Preisberechnungsmethode selbst dem AGB-Gesetz unterworfen werden kann. Denn dann bestünde die Möglichkeit, das Konzept des Effektivstundenlohns im Wege der Verbandsklage durchzusetzen. Die Einzelkontrolle der verschiedenen Posten der Nebenkosten schließlich soll Aufschluß darüber bringen, welche Bestandteile in den Effektivstundenlohn Eingang finden können und welche nicht.

II. AGB-mäßige Kontrolle der praktizierten Berechnungsmethode im Reparaturhandwerk

Eine Überprüfung der Preisberechnungsmethode im Rahmen der Vergütungsvereinbarung nach den §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 2 BGB entfaltet Wirkungen lediglich im Individualvertrag. Mit der Einstufung der Preisberechnungsmethode als Allgemeine Geschäftsbedingung hingegen wäre eine Verbreiterung des Kontrollzugriffs verbunden, jedenfalls soweit die Berechnungsmethode Gegenstand der Inhaltskontrolle wird. Obwohl die hauptsächliche Bedeutung in jenem abstrakten Kontrollverfahren liegt, sei vorab der Problematik nachgegangen, ob die Berechnungsmethode als Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Individualvertrag Eingang finden kann.

1. Voraussetzungen einer Einbeziehung der Berechnungsmethode als Bestandteil Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 2 AGBG auf dem Rechnungsformular

Im Rahmen des Abschlusses und der Durchführung eines Reparaturvertrages erhält der Verbraucher in der Regel nur ein einziges schriftliches Dokument: das Rechnungsformular.

1 BGH, BB 1984 S. 1321 ff; siehe zur Abgrenzung der unzulässigen Preiskontrolle nach § 8 AGBG von der zulässigen Kontrolle der Preisnebenabrede nach § 9 AGBG den Rechtsprechungsüberblick in Verbraucher und Recht (VuR) 1/1988.

2 Stumpf, Mitglied der Hauptgeschäftsführung des Vereins Deutscher Maschinen- und Anlagenbau, Sitzungsbericht I zum 55. Deutschen Juristentag, Hamburg 1984, S. 96 ff. noch akzentuierter Thamm, DB 1985 S. 375 ff.

3 Der Verfasser hat im Rahmen des vom Bundesjustizministerium und der EG-Kommission geförderten Forschungsprojekts den Themenbereich Handwerk betreut. Zur angesprochenen Problematik siehe den Abschlußbericht „Schutz des Verbrauchers vor unberechtigten Handwerker- und Kundendienstforderungen, Zentrum für Europäische Rechtspolitik Diskussionspapier (ZERP-DP) 5/85 Bremen 1985, vom Verfasser, S. 90 ff.

4 Siehe dazu Micklitz, Effektivstundenlohn und Preisvereinbarung im Reparaturvertrag, ZIP 1986 S. 285 ff.

Von Ausnahmefällen abgesehen bekommt der Verbraucher das Rechnungsfomular erst nach Durchführung der Reparaturarbeiten zu Gesicht. Abgeschlossen wird der Vertrag entweder am Telefon, bei Hausreparaturen wenn der Monteur kommt und bei Werkstattreparaturen, wenn der Verbraucher das Gerät zur Reparatur abgibt.

Nach Lage der Dinge kann deshalb nur eine *nachträgliche* Vereinbarung der auf dem Rechnungsfomular vorfindlichen Berechnungsmethode erfolgen. Erschwerend kommt hinzu, daß nur in den seltensten Fällen die Berechnungsmethode des Reparaturpreises auf dem Rechnungsfomular gesondert erklärt wird. Für die herrschende Praxis typisch sind vergleichsweise ausdifferenzierte Rechnungsfomulare, wie sie von Kundendienstfirmen, aber auch von größeren Radio-Fernseh- oder Gas-Sanitärbetrieben verwendet werden. Die Aufteilung in verschiedene Posten, insbesondere die Trennung von Arbeits- und Wegekosten, läßt sich allein aus den vorgedruckten Rubriken entnehmen⁵. Am rechten Rand befindet sich ein Kasten, der etwa 1/6 des DIN A 4-Fomulars einnimmt und inmitten einer schwarzen Liste in weißer Schrift mit Kundenrechnung überschrieben ist. Dort sind folgende Posten vorgedruckt: Material, Arbeitszeit, anteilige Wegezeit, anteilige Kfz-Kosten, anteilige Kosten für höheren Verwaltungsaufwand. Als Fahrzeiten werden die angefallene Arbeitszeit und die Entfernung berechnet. Die Arbeitszeit wird nicht in Stunden, sondern in Arbeitswerten ermittelt, was sich aus einer auf dem Rechnungsfomular befindlichen Erklärung ergibt. Die Berechnungsmethode erscheint auf dem Rechnungsfomular nicht in schriftlicher, zusammenhängend erklärter Form. Schriftlich ausformuliert sind nur einzelne Worte, nämlich die Rechnungsposten. Der Zusammenhang zwischen den Rechnungsposten, also dem System, das der Aufzählung zugrundeliegt, eben jene Berechnungsmethode, kann sich nur derjenige erschließen, der sich mit der Abrechnungspraxis im Reparaturhandwerk vertraut gemacht hat. Angesichts der nach Abschluß der Arbeiten liegenden Aushändigung des Rechnungsfomulars, aus dem sich die Berechnungsmethode nicht einmal deutlich entnehmen läßt, läge es nahe, jede Prüfung der Einbeziehungsvoraussetzungen einzustellen. Denn in der Kommentierung zum AGB-Gesetz besteht Einigkeit darüber, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen auf der Vorder- oder Rückseite der Rechnung nicht Bestandteil werden können⁶. Wobei noch nicht einmal klar ist, ob die Berechnungsmethode selbst als Allgemeine Geschäftsbedingung angesehen werden kann. Doch ein Blick in die Praxis genügt, um voreilige Konsequenzen zurückzustellen. Offensichtlich sind sich die Reparaturbetriebe nämlich der Schwierigkeit bewußt, die aus der nachträglichen Aushändigung des Rechnungsfomulars resultiert. Wie anders wäre das Auftauchen von Bestätigungsklauseln auf dem Rechnungsfomular zu erklären, die sämtlich darauf abzielen, den Verbraucher an den Inhalt des Fomulars zu binden⁷.

Gleichzeitig soll der Kunde mit seiner Unterschrift die AGB anerkennen und/oder den gesamten Reparaturvorgang als ordnungsgemäß bestätigen. Dazu gehört: die ordentliche Durchführung, d. h. die Instandsetzung des Gerätes, der Umfang des verarbeiteten Materials und bei Hausreparaturen die vom Monteur aufgewendete Zeit. Die Verbraucher zögern regelmäßig nicht, der Bitte des Monteurs „Hier müssen sie eben noch unterschreiben“ nachzukommen.

Soweit ersichtlich geht nur Ulmer⁸ auf die Problematik der nachträglichen Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein. Schlosser⁹ behandelt unter dem Stichwort „Die Rechtzeitigkeit des Hinweises“ zwar die Problematik bei der Erteilung von Reparaturaufträgen. Die von ihm skizzierte Fallgestaltung trifft jedoch aus dem Bereich des Reparaturhandwerks nur auf Kfz-Vertragswerkstätten zu, die den Verbraucher bei der Auftragsannahme ein Fomular unterschreiben lassen, aus dem der Umfang der zu leistenden Arbeiten ersichtlich wird. Die Stiftung Warentest und der ADAC haben allerdings in einem gemeinsam durchgeführten Werkstatttest,

dessen Ergebnisse in den jeweiligen Septemberheften des Jahres 1981 veröffentlicht wurden, ermittelt, daß der Verbraucher selten einen Durchschlag des Auftragsfomulars ausgehändigt erhält. Ulmer¹⁰ lehnt eine konkludente Einigung „in der Regel“ ab, für die nachträgliche Einbeziehung sollen die Voraussetzungen des Abs. 1 sinngemäß Anwendung finden. Die Bestätigungsklauseln dürften kaum ausreichen, um die Berechnungsmethode als nachträglich vereinbart ansehen zu können. Unabhängig davon, wie klar die Absicht des Reparaturbetriebes, der eine „nachträgliche Änderung“ herbeiführen will, zu Tage treten muß, läßt sich die derzeitige Praxis eher als Überrumpelungsversuch begreifen. An der zumutbaren Kenntnisnahme fehlt es schon deshalb, weil der Verbraucher nicht etwas zur Kenntnis nehmen kann, was in sich unverständlich und nur von Fachleuten nachvollziehbar ist. Den von Ulmer errichteten Schutzwall können die Handwerksbetriebe jedoch unterlaufen, wenn sie geschickt genug sind, die in § 2 AGB-Gesetz formulierten formalen Anforderungen zu berücksichtigen. Der Verbraucher dürfte die Bestätigungsklausel auch in einer geänderten Fassung unterschreiben. Hier zeigen sich die Schwächen einer Schutzkonzeption, die an die dem Verbraucher zugängliche Information anknüpft¹¹. Über Ulmer hinaus kann eine nachträgliche Einbeziehung der praktizierten Berechnungsmethode nur auf zwei Wegen problematisiert werden: entweder man entschließt sich, nachträgliche Vereinbarungen von AGB im Verkehr mit Nichtkaufleuten aus dem Anwendungsbereich des § 2 AGB-Gesetz herauszunehmen oder man integriert in die Prüfung der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme Elemente der Billigkeit, die es zulassen, die grundsätzlichen Bedenken gegen die Rationalität der Berechnungsmethode zum Tragen zu bringen. Als Anknüpfungspunkt könnte auch die Verständlichkeit fungieren¹², die als fehlend anzusehen wäre, wenn die Berechnungsmethode den Anforderungen des Effektivstundenlohns nicht genügt.

Dann taucht jedoch die Gefahr auf, im Gewande einer Prüfung des § 2 AGBG Inhaltskontrolle zu betreiben, für die als Maßstab die §§ 9–11 AGB-Gesetz gelten. Läßt man dagegen Bestätigungsklauseln zu, kann ein Schutz des Verbrauchers vor „unüblichen“ Berechnungsmethoden ohnehin nur im Wege einer Inhaltskontrolle erreicht werden.

2. Die Berechnungsmethode im Rechnungsfomular als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 1 AGBG

Unsere Bemühungen konzentrieren sich auf eine Analyse der derzeitigen Praxis. Es geht um das Problem, ob die aus dem Rechnungsfomular ersichtliche, aber nicht verbalisierte und nicht zusammenhängend erklärte Berechnungsmethode als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren ist. Dahinter verbirgt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 9–11 AGBG auf die Berechnungsmethode selbst. Denn nur das

5 Zugrunde gelegt wurde das Rechnungsfomular der Siemens-Elektrogeräte GmbH.

6 Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 5. Aufl. 1986, § 2 Rdnr. 27.

7 Siehe die Zusammenstellung bei Micklitz/Volkmer, Materialien und Dokumente zum Projekt-Themenbereich Handwerk VZ-HH Recht 5/83, S. 53.

8 Ulmer (Fn. 6), § 2 Rdnr. 57.

9 Schlosser, AGBG, 1980 § 2 Rdnr. 10.

10 A.a.O. (Fn. 8).

11 Zur parallelen Problematik des Umfanges der Hinweispflicht der Chemischen-Reinigungsbetriebe in ihren AGB Bohle/Micklitz, BB 1983 Beilage 11/1983 zu Heft 28 S. 15, 16 mit Nachweisen auf der Rechtsprechung Fn. 126; Micklitz, VuR 1987 S. 248 ff., 251, 252.

12 Ulmer (Fn. 6), § 2 Rdnr. 51, will unter Berufung auf BGH, NJW 1981 S. 867, 868, das Verständnis eines rechtsunkundigen Durchschnittskunden zugrundelegen.

13 Eine solche Sichtweise unterstellt, daß die Handwerksbetriebe entsprechende Gerichtsurteile respektieren. Über die Implementation des AGB-Gesetzes existieren hingegen keine Untersuchungen. Das vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Gutachten ist, soweit ersichtlich, noch nicht zugänglich.

Verbandsklageverfahren ist geeignet, mit falschen Vorstellungen über die Zahlungspflicht des Verbrauchers auf der Basis einer zweifelhaften Abrechnungsmethode aufzuräumen. Gelingt es, die Berechnungsmethode selbst dem Verdikt der §§ 9–11 AGB-Gesetz zu unterwerfen, so erübrigt sich langfristig die Notwendigkeit, Bestätigungsklauseln über § 2 AGBG abzuwehren¹³.

Eine Auseinandersetzung mit dem Rechtscharakter nicht verbalisierter Vertragsbestimmungen erscheint sinnvoll, weil sich in der Anwendung des Bildschirmtextes¹⁴ Probleme abzeichnen, die der vorliegenden Fragestellung vergleichbar sein dürften. So sind die BTX-Benutzer verpflichtet, sich auf den vom Anbieter vorgeschriebenen bzw. vorprogrammierten Weg einzulassen, ohne daß sie die Möglichkeit hätten, die vorgefertigten „Gleise“ zu verlassen, weil sie an Verlockungen des Anbieters vorbei direkt auf das von ihnen gewünschte Produkt oder die gewünschte Dienstleistung zugreifen wollen. Es wäre deshalb erwägenswert, den Suchbaum bzw. die Verweisungspraxis in BTX unter dem Gesichtspunkt ungeschriebener AGB jedenfalls insoweit zu hinterfragen, als der Verbraucher es mit spezifischen Programmierwegen eines kommerziellen Anbieters bei geschäftlichen Transaktionen zu tun hat.

Die Besonderheit der nicht verbalisierten Berechnungsmethode macht es unabdingbar, zu prüfen, ob die sich aus den einzelnen Posten ergebenden Abrechnungsmodalitäten geeignet sind, den Tatbestand des § 1 AGBG zu erfüllen. Soweit ersichtlich hat sich in der Literatur noch niemand mit dieser Fragestellung auseinandergesetzt. Die Gerichte wenden auf Rechnungsformulare das AGB-Gesetz ohne nähere Erörterung des § 1 AGBG an, wenn und soweit sich auf den Rechnungsformularen schriftlich abgefaßte Klauseln befinden¹⁵.

In rein formaler Hinsicht ergeben sich keine Probleme. Die Berechnungsmethode ist als Vertragsbedingung anzusehen, da sie die Grundlage der Preisvereinbarung i. S. des § 631 Abs. 1 BGB bildet (bzw. bilden soll). Ihrem Charakter nach soll sie gleichermaßen für gleichartige Rechtsverhältnisse (Vorformulierung) im überindividuell ausgerichteten Massenreparaturvertrag (Vielzahl) verwendet werden. Unabhängig davon, ob man das „Stellen“ der Vertragsbestimmung als Akt der einseitigen Ausnutzung einer übermächtigen Rechtsposition definiert oder die Aufgabe des Merkmals darin sieht, „die Rolle des Verwenders, an die das AGB-Gesetz zahlreiche Rechtsfolgen knüpft, derjenigen Partei zuzuweisen, auf deren Veranlassung die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag zurückgeht“¹⁶, ist die Berechnungsmethode als AGB anzusehen, da die Umstände der Vereinbarung beide Voraussetzungen erfüllen. Die Berechnungsmethode ist als Ausdruck organisierter Übermacht des Handwerks zu werten. Gleichzeitig erfolgt die Einbeziehung in den Vertrag auf Veranlassung des Verwenders – des Werkunternehmers. Für die Beurteilung ist nicht von Bedeutung, wann der Verbraucher erstmalig von der Existenz der Berechnungsmethode auf dem Formular erfährt¹⁷. Schwieriger zu entscheiden ist die Frage nach dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes in materieller Hinsicht.

Die Rechtsprechung hat es verstanden, neue Kommunikationsmittel wie das Telefon in das System des BGB bruchlos zu integrieren¹⁸. Weshalb sollte es dann nicht möglich sein, der Herausforderung nichtsprachlicher AGB durch eine weite Auslegung des § 1 AGB-Gesetz Genüge zu tun! Deshalb gilt: die Verständlichkeit bzw. Unverständlichkeit bruchstückhafter oder wie hier, nur aus dem Zusammenhang erschließbarer Klauseln, können ihrerseits Gegenstand der Inhaltskontrolle werden.

3. Zulässigkeit der Inhaltskontrolle

Die Berechnungsmethode des Reparaturpreises ist von der Preisabrede abzugrenzen, die der Inhaltskontrolle entzogen ist. „Die eigentliche Preisabrede, also die Festlegung der vom

Erwerber des Wirtschaftsgutes als Gegenleistung zu entrichtenden Geldsumme, . . . unterliegt . . . keiner Inhaltskontrolle“¹⁹. Von der Preisabrede ist die Preisnebenabrede zu unterscheiden, die wiederum der Inhaltskontrolle unterworfen werden kann. Brandner²⁰ formuliert: „Das gilt jedenfalls dann, wenn der Geldbetrag nicht bestimmt bezeichnet ist, sondern nur eine allgemeine Regelung in den AGB enthalten ist darüber, was wegen bei der Vertragserfüllung auftretender oder ersparter Kosten zum Preis dazugerechnet oder davon abgezogen werden soll . . . Hierzu sind z. B. zu rechnen: Klauseln, durch die unmittelbar oder mittelbar vorgeschrieben wird, wer die Transport-, Frachtkosten oder Rollgelder zu tragen hat . . . Buchungs- oder sonstige Bearbeitungskosten . . .“ und ähnlich Schlosser²¹: „Es bietet sich an, § 8 in Anlehnung an § 2 Abs. 1 GWB auszulegen (so Graba Rdnr. 14; Brandner Rdnr. 11). . . Preisbestandteil im Sinne dieser Norm ist einmal nur das, was inhaltlich auf die Höhe des Preises bezogen ist, nicht Berechnungsmodalitäten wie etwa die Frage, ob der Preis in einer Summe genannt oder aus Teilsommen zusammengesetzt sein soll, oder ob der Preis für bestimmte Leistungsbestandteile . . . ausgegliedert ist (Brandner, Rdnr. 15) . . .“ Beide Autoren nehmen zum Verhältnis Preisabrede und Berechnungsmethode direkt nicht Stellung. Gleichwohl legen sie die Zuordnung der Berechnungsmethode zu den Preisnebenabreden nahe. Denn die Berechnungsmethode des Reparaturhandwerks gibt keinerlei Aufschluß über die Höhe des vom Verbraucher zu zahlenden Reparaturpreises. Sie legt lediglich die Faktoren fest, die für das gesamte Reparaturhandwerk Eingang in die Berechnung der, wie die Preiserhebung in Hamburg gezeigt hat, in der Realität unterschiedlichen Arbeits- und Wegekosten findet. Von daher steht der Überprüfung der Berechnungsmethode selbst § 8 AGBG nicht im Wege.

4. Überprüfung der Berechnungsmethode nach § 9 AGBG

Überlegungen in der Kommentarliteratur, eine AGB-förmige Festlegung des Werksvertragspreises der Kontrolle nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 i. V. mit § 632 Abs. 2 BGB zu unterwerfen (es geht um die Problematik von Abschleppunternehmen, die mit festen AGB-förmigen Preisen arbeiten), helfen nicht weiter, da im Reparaturhandwerk der Preis selbst nicht auf dem Rechnungsförmular, im Regelfall auch nicht für einzelne Rechnungsposten vorab eingetragen wird²². Insofern kann der Streit um die Zulässigkeit einer Üblichkeitskontrolle von in AGB niedergeschriebenen Preisen auf sich beruhen. Die rechtliche Unzulässigkeit der Berechnungsmethode im Reparaturhandwerk folgt aus ihrer Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der werkvertraglichen Vorschriften über die Preisvereinbarung, § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG i. V. mit den §§ 631 Abs. 1 und 632 Abs. 2 BGB. Denn als Grundlage einer Preisvereinbarung eignet sich nur eine Methode, die, wenn überhaupt, in sich schlüssig und objektiv nachvollziehbar ist. Genau diese Anforderung erfüllt die praktizierte Berechnungsmethode nicht. Ähnlich schwer wiegt die tendenzielle Unverträglichkeit der Berechnungsmethode mit dem erfolgsbezogenen Charakter des Reparaturvertrages. Die

14 Zu den zivilrechtlichen Problemen von BTX liegen inzwischen eine Reihe von Aufsätzen vor: Brinkmann, BB 1981 S. 1183 ff.; Bartl, BB 1982 S. 1097 ff.; Micklitz, NJW 1982 S. 263 ff. Borsum/Hoffmeister, BB 1983 S. 1441 ff.; Lachmann, NJW 1984 S. 405 ff.

15 Einschlägig OLG Stuttgart, 11. 11. 1983 – 2 U 66/83, dazu unter III 7.

16 Ulmer (Fn. 6), § 1 Rdnr. 27.

17 So Ulmer (Fn. 6), § 1 Rdnr. 28.

18 Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 1982 S. 126 ff.

19 Brandner (Fn. 6), § 8 Rdnr. 8.

20 Brandner (Fn. 6), § 8 Rdnr. 15.

21 Schlosser (Fn. 9), § 8 Rdnr. 6.

22 Koch/Stübing, AGBG, 1977, § 8 Rdnr. 10; ähnlich Graf von Westphalen, NJW 1980 S. 2227, 2230; zurückhaltender Schlosser (Fn. 9), § 8 Rdnr. 6; dagegen Brandner (Fn. 6), § 8 Rdnr. 10.

Aushöhlung des Werkvertrages, die mit der Umstellung auf einen nach dem Zeitaufwand der Reparatur berechneten Preise verbunden ist, stellt das gesamte Werkvertragsrecht in Frage. Insofern kann zur Begründung der Unvereinbarkeit der Berechnungsmethode mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG auf die Argumente zur Bewertung als Preisvereinbarung i. S. des § 631 Abs. 1 BGB bzw. als Bemessungsgrundlage des üblichen Preises i. S. des § 632 Abs. 2 BGB Bezug genommen werden²³.

III. AGB-mäßige Kontrolle einzelner Rechnungsposten

Erläuternde Hinweise in ausdifferenzierten Rechnungsformularen dienen im Ergebnis dazu, dem Verbraucher bestimmte Arbeitskosten, Fahrtkosten oder sonstige Nebenkosten ohne individuelle Konkretisierung aufzuerlegen. Jener Typ von Preisberechnungsklauseln hat in den letzten Jahren vermehrt Anlaß für die Obergerichte und den BGH²⁴ geboten, den Spielraum der Reparaturbetriebe einzuschränken. Es scheint so, als ob sich die Gerichte der Problematik der praktizierten Berechnungsmethode sukzessive über die Auseinandersetzung mit einzelnen Preisberechnungsklauseln nähern. Maßstab der richterlichen Kontrolle ist, soweit ersichtlich, daß „nach dem Leistungsprinzip des Werkvertrages nach § 632 Abs. 2 BGB nur die *tatsächlich* entstandenen Kosten als Nebenkosten berechnet werden“. Die Gerichte gehen aber nicht so weit, vom Werkunternehmer zu verlangen, daß er die Nebenkosten im jeweiligen Werkvertrag konkret nachweisen muß. Aus der bisherigen Rechtsprechung lassen sich folgende Grundsätze ableiten: (1) Die Gerichte bestreiten nicht die grundsätzliche Berechtigung der Werkunternehmer, „den Bestellern die (ihnen) durch die Fahrten der Techniker zwischen deren Dienststelle und den Einsatzorten entstehenden Kosten nach dem tatsächlichen Aufwand (der die auf die Fahrzeit entfallenden Anteile an den Löhnen und Gehältern einschließt) in Rechnung zu stellen“; (2) den Werkunternehmern ist es nicht gestattet, „außer den Personal- und Gemeinkosten auch den auf die erbrachte Werkleistung entfallenen Unternehmergewinn sowie einen Risikozuschlag für etwaige Gewährleistungsansprüche“ in die nicht der Hauptleistung zugehörigen Nebenkosten einzurechnen; (3) die Obergerichte scheinen bereit zu sein, eine Pauschalierung von Nebenkosten zur Vereinfachung der Abrechnung hinzunehmen, sofern bei der Festsetzung des Pauschalbetrages ein Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien angestrebt wird. Der BGH hat zur Möglichkeit der Pauschalierung nicht Stellung genommen.

Die bisherigen Ausführungen konnten sich darauf beschränken, die Grundlagen der Berechnungsmethode zu hinterfragen, ohne dazu Stellung nehmen zu müssen, ob der eine oder andere Posten in den Nebenkosten berechtigterweise in Rechnung gestellt werden kann. Die AGB-förmige Kontrolle einzelner Rechnungsposten verlangt aber ein Werturteil über deren Rechtswirksamkeit. Aus der Perspektive des Effektivstundenlohns gesprochen, geht es darum festzulegen, welche Rechnungsposten in den Effektivstundenlohn Eingang finden dürfen und welche nicht. Eine gewisse Vorentscheidung haben wir insofern getroffen, als wir die Berechnung von Nebenkosten in das Konzept des Effektivstundenlohns integriert haben. Diese Einschätzung deckt sich mit der grundsätzlichen Tendenz in der Rechtsprechung, tatsächlich entstandene Kosten zu berücksichtigen. Ein gravierender Unterschied zwischen der Rechtsprechung und der hier vertretenen Forderung nach einem Effektivstundenlohn besteht gleichwohl: Solange die Rechtsprechung die Berechnungsmethode selbst nicht problematisiert oder mangels eines entsprechenden Verfahrens nicht problematisieren kann, bleibt es dem Reparaturgewerbe unbenommen, einzelne Entscheidungen, die sich mit Rechnungsposten befassen, jedenfalls als grundsätzliche Anerkennung der Aufspaltung von Stundenverrechnungssätzen und

Nebenkosten zu werten, während von unserem Ausgangspunkt her mit der Entscheidung über die Unwirksamkeit oder Wirksamkeit einer Klausel eine solche problematische Konsequenz gerade nicht verbunden ist.

Die vorangegangenen Ausführungen machen die Notwendigkeit deutlich, den grundsätzlichen Beurteilungsmaßstab – keine Aufspaltung von Stundenverrechnungssätzen und sonstigen Nebenkosten – zu konkretisieren. Im Konzept des Effektivstundenlohns haben wir eine Anfahrsdauer von 15 Minuten = 30 km zugrundegelegt und alle sonstigen Rechnungsposten einschließlich einer möglichen Doppelberechnung von Arbeitszeit für die Anfahrt und Kilometergeld oder Zonen für die zurückgelegte Strecke eingerechnet²⁵. Eine rechtliche Bewertung ist mit diesem Konzept nicht verbunden, es ging im Rahmen der Untersuchung darum, einen gemeinsamen Vergleichsmaßstab zu finden, nicht ein Werturteil über die Preiskalkulation zu fällen. Zwei Überlegungen waren für die Bemessungsgrundlage verantwortlich: einmal erscheint es unumgänglich, die Anfahrsdauer zu pauschalisieren. Versuche, die bei dem jeweiligen Verbraucher tatsächlich entstandenen Kosten abzurechnen, sind bei vernünftigen betriebswirtschaftlichen Aufwand nicht durchführbar. Zu viele Imponderabilien in der Durchführung des Reparaturauftrages machen Anstrengungen zunichte, die tatsächliche Entfernung und die tatsächliche Anfahrszeit zu erheben. Umgekehrt gilt es ins Gedächtnis zu rufen, daß in nahezu der Hälfte der Fälle die tatsächliche Entfernung und die tatsächliche Dauer der Anfahrt keine Auswirkung auf die Höhe der Nebenkosten hatte. Dieses Ergebnis eröffnet einen weiten Spielraum. Als zusätzliches Rationalitätskriterium haben wir die Umfrage nach der kleinsten berechneten Zeiteinheit herangezogen. Danach haben 40,4 % der befragten Betriebe 15 Min. berechnet und 38,5 % 30 Min. Weil theoretisch beide Zeiteinheiten in Betracht gekommen wären, wurde mit 30 km relativ großzügig der mögliche Aktionsradius bemessen, der in einer Großstadt in 15 Minuten zurückzulegen ist.

In Abgrenzung und Fortentwicklung zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des BGH lassen sich nunmehr die Voraussetzungen benennen, unter denen eine Pauschalierung der Anfahrskosten möglich erscheint: (1) zunächst sind gesicherte Erkenntnisse über den Durchschnittswert der Anfahrskosten zu ermitteln. Wo solches Wissen nicht existiert, läßt es sich mit geringem Aufwand herstellen. Branchenspezifische Unterschiede müssen bei der Festlegung des Pauschalbetrages berücksichtigt werden. Mit dieser Herangehensweise wird dem Verlangen der Rechtsprechung genüge getan, Nebenkosten als Rechnungsbestandteil nur insoweit anzuerkennen, als sie tatsächlich angefallen sind; (2) von dem so errechneten Durchschnittswert ist der Unternehmergewinn und der Risikozuschlag abzuziehen. Dies kann nur in Form eines Abschlages erfolgen; denn andernfalls wäre eine individuelle Kostenermittlung je Betrieb notwendig, die gerade auf Schwierigkeiten stößt²⁶. Auf der Basis der skizzierten Ermittlungskriterien läßt sich zwischen der Pauschalierung von Fahrt- und Wegebeträgen unterscheiden, die auf wettbewerblichen Gründen beruhen und damit hinzunehmen sind bzw. einer Pauschalierung, die zur ungerechtfertigten Preiserhöhung genutzt wird, und der deshalb die Wirksamkeit nach dem AGB-Gesetz versagt werden sollte.

23 Insofern möchte ich mich auf meine Ausführungen in ZIP 1986 S. 286 Fn. 4 ausdrücklich beziehen.

24 OLG Bamberg, 26. 11. 1981, NJW 1982, S. 778; OLG Frankfurt a. M., 22. 4. 1983, DB 1983 S. 1482; OLG Stuttgart, 11. 11. 1983 – 2 U 66/83 (unveröffentlicht); BGH, 5. 6. 1984, BB 1984 S. 1321, kritisch zu der Entscheidung des BGH Thamm, DB 1985 S. 375 ff.; ablehnend auch Schlosser, ZIP 1985 S. 449 ff., 455; siehe auch LG Stuttgart, VuR 1987 S. 279 ff.

25 Siehe dazu Micklitz (Fn. 3), S. 90 ff.

26 Insofern ist der Kritik von Thamm, DB 1985 S. 375 ff., 376 zuzustimmen; in der Praxis scheuen Betriebe nicht vor merkwürdigen Rechtfertigungsversuchen, um die Rechtsprechung zu hintergehen.

In bezug auf die verbleibenden Rechnungsposten ließe sich der anerkannte Grundsatz verfeinern, daß der Werkunternehmer nur die tatsächlichen anfallenden Kosten berechnen darf. Allgemein gilt: Der Werkunternehmer darf bei der Ausführung nur die Kosten abrechnen, die vom Verbraucher kontrolliert werden können. Ein derartiger Grundsatz ist geeignet, Versuchen entgegenzutreten, die effektive Dauer der Reparatur zu verlängern, wie auch Phantasieposten abzuschaffen.

Die geleistete Konkretisierung des allgemeinen Beurteilungsmaßstabes bildet die Grundlage für die Überprüfung einzelner Nebenkosten-Klauseln.

1. Angefangene Stunden werden als volle berechnet

Das Oberlandesgericht Frankfurt a. M.²⁷ sah in dieser Formulierung eine Preisgestaltungsklausel, die der Inhaltskontrolle entzogen ist. „Der Kläger kann daher nicht geltend machen, es sei unangemessen, für die angefangene Stunde den vollen Stundensatz zu berechnen, zumal der Zeitaufwand im Ermessen des Verwenders liegt.“ Die Argumentation überzeugt nicht. Dem OLG Frankfurt a. M. dient ein in sich problematisches Argument, nämlich die von Weyers kritisierte Risikoverschiebung als Folge der Kopplung des Reparaturpreises an den Zeitaufwand, um die bloße Berechnungsmethode „angefangene Stunden werden als volle berechnet“ zu einer Preisgestaltungsklausel aufzuwerten. Sicherlich liegt nach dem Konzept der Berechnungsmethode die Bemessung des Zeitaufwandes für die Reparaturarbeiten in den Händen des Reparaturs. Dies zu erreichen, dürfte ein erklärtes Ziel der praktisierten Methode sein. Denn nur so kann die Vereinbarung eines Festpreises umgangen werden. Die angegriffene Klausel legt aber den Zeitaufwand nur insofern fest, als die kleinste berechnete Zeiteinheit 1 Stunde beträgt. Über die Höhe des gesamten Reparaturpreises sagt die Klausel nichts aus. Deshalb kann die angegriffene Klausel einer Inhaltskontrolle unterworfen werden.

Grundsätzlich darf der Werkunternehmer nur die Zeit in Rechnung stellen, die er tatsächlich gearbeitet hat. Bei Hausreparaturen hat der Verbraucher das Recht, die Zeitdauer zu kontrollieren. Es mag aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvoll sein, die Stunden zu vierteln, zu zehnteln oder in Arbeitswerte aufzuteilen. Insofern muß dem Werkunternehmer ein Spielraum belassen werden, der nur über den Wettbewerb korrigiert werden kann. Die vorliegende Klausel ist jedoch als Mißbrauch dieser Freiheit zu verstehen, die dem rechtlich zu mißbilligenden Ziel dient, den Preis der Reparatur ohne sachlichen Grund in die Höhe zu treiben. Denn ein Vergleich der Kosten für eine Minimalreparatur²⁸ zeigt, daß Kostendifferenzen bis weit über 100 % auftreten können, die mit wettbewerblichen Argumenten nicht zu rechtfertigen sind. Die Klausel ist deshalb als rechtunwirksam anzusehen. Welche Position der BGH eingenommen hätte, läßt sich im Nachhinein nicht mehr feststellen. Der BGH konnte sich mit der Klausel nicht befassen, da der klagende Verbraucherverband gegen das abweisende OLG-Urteil selbst keine Revision eingelegt hatte. Gleichwohl hat der BGH darauf hingewiesen, daß die Klausel „von den Grundsätzen des kostendeckenden Aufwandsatzes“²⁹ abweicht.

2. Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten

Hier geht es um die Sanktionierung der Berechnung der Fahrtkosten einmal als Kfz-Kosten, einmal als erbrachte Arbeitszeit. Nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M.³⁰ „widerspricht [die Klausel] dem gesetzlichen Leitbild des Werkvertrages und ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 21 AGB-Gesetz als unangemessen unwirksam. Inhalt der Klausel ist nämlich das typische Werkunternehmerisiko, nämlich die Bereitstellung und Zurverfügungstellung eines technischen Kundendienstes am Wartungsort, auf den Vertragspartner abzuwälzen. . .“.

Berechnet werden können Fahrtkosten zum Kunden als Nebenkosten nur nach dem tatsächlichen Aufwand: „Die Fahrtkosten zum Kunden können deshalb lediglich als Nebenkosten nach tatsächlichem Aufwand in Rechnung gestellt werden; da nach dem Leistungsprinzip des Werkvertrages nach § 632 BGB nur die tatsächlich entstandenen Kosten zu vergüten sind.“ Diesen Ausgangspunkt teilt der BGH in seiner Entscheidung vom 5. 6. 1984³¹.

Die Verletzung des Leistungsprinzip – Entgelt nur im Umfang tatsächlich entstandener Kosten – reicht den Gerichten für die Begründung der Unwirksamkeit. Es sei infolge des thematischen Zusammenhangs gerade dieser Klausel mit der sich durchsetzenden Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Nebenkosten erlaubt, den Hinweis des BGH zu problematisieren, den Unternehmensgewinn und den Risikozuschlag für etwaige Gewährleistungsansprüche für nichterstattungsfähig zu deklarieren. Die gescheiterten Versuche des BGH in der Auseinandersetzung um die Tagespreisklausel, Rechtswirksamkeit und effektive Kostensteigerung miteinander zu verbinden³² lassen Skepsis aufkommen, ob es gelingt, den Anteil des Unternehmergewinns und des Risikozuschlages hinreichend verlässlich aus den Kosten der Anfahrt herauszurechnen. Eine hier befürwortete Pauschalierung läuft wiederum Gefahr, es an der notwendigen Rationalität der Kriterien für die Höhe eines prozentualen Abschlages fehlen zu lassen. Sicherlich ist die Rechtsprechung noch im Fluß, da vor allem die Handwerksbetriebe Widerstand gegen die Entscheidung des BGH angekündigt haben. Vor dem Hintergrund der Gesamtsystematik intransparenter Berechnungsmethoden kann die BGH-Entscheidung ungewollt dazu beitragen, die Diskussion auf Nebenschauplätze zu verlagern.

3. Bei der Berechnung von Fahrtweg und Fahrzeit wird grundsätzlich von einem Einsatz des Technikers ab seiner Geschäftsstelle ausgegangen

Letztlich konsequent unterzieht das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. die Klausel zwar einer Inhaltskontrolle, bejaht aber deren Zulässigkeit. „Auch widerspricht der Inhalt der Regelung an sich dem Leistungsprinzip des Werkvertrages, nach welchem die Fahrtkosten nach dem tatsächlichen Aufwand abzurechnen sind. Gleichwohl erscheint eine Pauschalierung zur Vereinfachung der Abrechnung unter Abwägung der Interessen der Vertragspartner nicht unangemessen. Denn es ist auch im Interesse aller Kunden durchaus zweckmäßig, die Kosten für Fahrtweg und Fahrzeit zu pauschalieren, um die Abrechnung zu vereinfachen. Dabei ist von der Beklagten (dem AGB-Verwender) die in ihren Geschäftsbedingungen vorgesehene Möglichkeit ein Weg, der jedenfalls keine erhebliche unangemessene Benachteiligung des Auftraggebers nach sich zieht. . .“ Die Legalisierung der Berechnung der Fahrzeit scheint mit dieser Entscheidung vollzogen, wenn nur der AGB-Verwender einen rationalen Bezugspunkt für den Umfang der angefallenen Fahrzeit angeben kann. Theoretisch unzulässig wäre eine Pauschalierung der Arbeitskosten für die Fahrzeit unabhängig von der tatsächlichen Entfernung der Werkstatt vom Wohnort des Verbrauchers. Das OLG übersieht, daß der eigenen Argumentation eine Fiktion und keine, gemessen an dem tatsächlichen Aufwand, realistische Bemessungsgrundlage zugrundeliegt. Denn die beauftragte Werk-

27 DB 1983 S. 1482; aber dort nicht vollständig abgedruckt.

28 Nachweise Micklitz (Fn. 3), S. 90 ff.

29 BB 1984 S. 1321 ff., 1322.

30 DB 1983 S. 1482, a. A. Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 1984 § 9 W 2 (S. 502) „... da die Anfahrtzeit vom Besteller zu tragen ist, wie wenn der anführende Techniker in dieser Zeit arbeiten würde. . .“ Dies ist eine Behauptung, aber noch keine Begründung.

31 BB 1984 S. 1321 ff., kritisch Thamm, DB 1985 S. 375 ff., der allerdings dem Problem fehlender Preistransparenz nicht Rechnung trägt.

32 Dazu Bohle/Micklitz, BB 1983 Beilage 11/1983 zu Heft 28. Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz im nicht-kaufmännischen Bereich, S. 11, 12, ähnlich kritisch Thamm, DB 1985 S. 375 ff.

statt wird aus betriebswirtschaftlichen Gründen den Einsatzplan für den Kundendiensttechniker so zusammenstellen, daß die Wegstrecke von Kunde zu Kunde möglichst kurz ist. Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei noch einmal betont, daß eine Pauschalierung der Kosten für die Anfahrt zum Kunden aus betriebswirtschaftlichen Gründen unumgänglich ist. Die vom Oberlandesgericht akzeptierte Pauschalregelung dürfte jedoch kaum den Anforderungen an eine rationale Berechnungsmethode genügen³³. Mit aller Vorsicht ist die Behauptung aufzustellen, daß der BGH eine derartige Klausel nicht akzeptieren würde, weil der mögliche Unternehmergewinn einschließlich des Risikozuschlages für Haftungsansprüche unzulässigerweise mitberechnet wird³⁴.

4. Damit nicht einzelne Kunden durch die unbeeinflussbare Auftragsfolge benachteiligt werden, haben wir eine Pauschalierung der Anfahrtkosten vorgenommen.

Die im dargestellten Rechnungsformular vermerkte Klausel erlaubt dem Kundendienst eine pauschalierte Abrechnung der Arbeitszeit und der Kfz-Kosten als Wegekosten. Nach der Rechtsprechung des OLG Frankfurt a. M. wäre die Klausel unzulässig, da es an einer Angabe der Berechnungsgrundlage, die an die tatsächlichen Kosten anknüpft, fehlt. Hätte die Firma die Klausel dagegen um den Zusatz ergänzt: Die Pauschalierung der Arbeitskosten und der Kfz-Kosten als Fahrtkosten erfolgt auf der Basis eines Einsatzes des Technikers ab der Geschäftsstelle, müßte die Klausel einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz standhalten. Die Konsequenz der Argumentation des OLG Frankfurt a. M. für die pauschalierte Abrechnung der Wegekosten ist außerordentlich problematisch. Denn die Reparaturbetriebe können für die Berechnung der Wegekosten (als Arbeitszeit und als Kfz-Kosten) die Entfernung Werkstatt/Wohnung zugrundelegen, ohne berücksichtigen zu müssen, daß der Techniker an einem Einsatztag tatsächlich wesentlich weniger Kilometer zurücklegt bzw. Arbeitszeit als Fahrtzeit benötigt. Den vom BGH formulierten Kriterien hält die Begründung des OLG ebensowenig stand wie der vorliegenden Konzeption der Pauschalierung der Anfahrtkosten als Teil des Effektivstundenlohns.

5. Für jeden Reparaturauftrag wird eine Rüstzeit von zwei Arbeitswerten berechnet

Diese gängige Klausel ist als eine Ergänzung von Vertragsbestimmungen über die Berechnung der kleinsten Zeiteinheit zu verstehen. Sie gestattet dem Reparaturbetrieb neben den Wegekosten, möglicherweise bestehend aus Fahrtzeit- und Kfz-Kosten und der kleinsten berechneten Zeiteinheit, zusätzlich zwei Arbeitswerte, d. h. Arbeitskosten, in Ansatz zu bringen, die mit der Bereitstellung der Geräte und des Materials gerechtfertigt werden. Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung ist die Klausel bislang nicht gewesen. Mit der herrschenden Kommentarliteratur³⁵ ließe sich die Rüstzeit als Preisnebenabrede qualifizieren, die der Inhaltskontrolle unterliegt. Denn Zu- und Abschläge auf den eigentlichen Preis ergänzen lediglich die Rechtsvorschriften über die Höhe des geschuldeten Preises, ohne auf die Preisgestaltung selbst Einfluß zu nehmen. Hierin unterscheidet sich die Rüstzeit-Klausel von einer Bestimmung über die kleinste berechnete Zeiteinheit, so daß das OLG Frankfurt a. M. der Zuordnung als Preisnebenabrede zustimmen dürfte.

Maßstab der Inhaltskontrolle ist § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG i. V. mit den §§ 631, 632 BGB, wonach dem Verbraucher nur solche Kosten in Rechnung gestellt werden können, die auch tatsächlich angefallen sind. Das Konzept des Effektivstundenlohns deckt die Problematik der Berechnung von Rüstzeiten nur insofern ab, als für sämtliche Arbeitskosten und Preisnebenkosten ein einheitlicher Stundenverrechnungssatz gelten soll. Eine eigenständige Begründung, um die Rüstzeit aus dem Kostenfaktor ausblenden zu können, wird erst mit dem aus

der Rechtsprechung abgeleiteten Grundsatz geliefert, daß dem Verbraucher nur solche Arbeitskosten – mit Ausnahme der Berechnung der Anfahrt – in Rechnung gestellt werden können, die von ihm aus kontrollierbar sind. Genau an diesem Erfordernis fehlt es bei der Rüstzeit. Unabhängig vom Konzept des Effektivstundenlohns läßt sich die Frage stellen, ob nicht mit der immer weiter fortschreitenden Herausnahme einzelner Bestandteile des Reparaturpreises – zunächst gesonderte Abrechnung der Wegekosten als Kfz-Kosten, später die Berechnung von Fahrtzeit als Fahrtkosten, nun der zusätzliche Aufschlag einer Rüstzeit, neuerdings die Kosten für die Bereitstellung eines Geräteeinsatzwagens^{35a} – jener Punkt erreicht ist, an dem die Preisgestaltung sich soweit vom Konzept des Werkvertragsrechts entfernt hat, daß in der Tat von einem Systembruch gesprochen werden kann, der nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG zu verurteilen ist³⁶.

6. Berechnung von Kleinteilen

40 % der befragten Handwerksbetriebe berechnen Kosten für Kleinteile. Dies geschieht, soweit ersichtlich, jedoch nicht in Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen. Kleinteilekosten werden vom Kundendiensttechniker handschriftlich oder vom Handwerksbetrieb in der Rechnung maschinell vermerkt. Eine AGB-förmige Kontrolle von Kleinteilekosten bleibt deshalb vorerst nicht vorstellbar.

Das OLG Bamberg³⁷ hatte im Rahmen eines Strafverfahrens darüber zu entscheiden, ob sich der Inhaber einer Kfz-Werkstatt eines Betruges schuldig gemacht hat, weil er Kleinteilekosten berechnet hatte, obwohl die Leistung des Unternehmers nachweislich auf die rein handwerkliche Reparatur ohne Einsatz von Material beschränkt war. Das OLG Bamberg bejahte den rechtswidrigen Vermögensvorteil mit einer Begründung, die mit der des OLG Frankfurt a. M. identisch ist. „Dafür, ob ein Vermögensvorteil rechtswidrig ist oder nicht, ist . . . das materielle Recht maßgebend . . . Im vorliegenden Fall bestand ein Anspruch auf Bezahlung von Kleinteilen nicht, weil solche nicht verwendet worden waren.“ Umgekehrt wäre es vorschnell, aus der Entscheidung die Zulässigkeit von Kleinteilekosten herzuleiten, wenn Kleinteile bei der Reparatur verwendet werden. „Ob eine pauschale Berechnungsweise für Kleinteile derart, daß ein bestimmter Prozentsatz des Rechnungsbetrages ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Materialaufwand angesetzt wird, dann zulässig ist, wenn solche Teile verwendet wurden, hat der Senat nicht zu entscheiden.“

Zivilrechtlich kann die Problematik der Berechnung von Kleinteilekosten im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB bewertet werden. Da ein rechtswidrig erlangter Vermögensvorteil vor der Zivilrechtsordnung keinen Bestand haben kann, bleibt die Frage zu klären, ob die Berechnung von Kleinteilen grundsätzlich, d. h. unabhängig davon, ob sie konkret verwendet worden waren, als sittenwidrig i. S. des § 138 Abs. 1 BGB anzusehen ist oder ob sie dem Verbraucher in Rechnung gestellt werden können, wenn der Unternehmer nachweisbar Kleinteile eingesetzt hat. Als Zwischenschritt wäre daran zu denken, Kleinteile der Kontrolle des Verbrauchers zu unter-

33 Nachweise über den Argumentationsgang Micklitz (Fn. 4); Wolf (Fn. 31). § 9 W 2 (S. 502) hält die Berufung auf die Klausel im Einzelfall für unzulässig, „insbesondere bei klaren Verhältnissen und hohen Kosten . . .“; so auch Stillner, VuR 6/87 im Erscheinen.

34 Siehe dazu BGH, BB 1984 S. 1321, 1322.

35 Brandner (Fn. 6), § 8 RdNr. 15, 16; Schlosser, (Fn. 9), § 8 RdNr. 6.

35a LG Stuttgart, VuR 1987 S. 278 – Rohrreinigung.

36 Zur Funktion des Leitbildes Micklitz, ZRP 1984 S. 239 ff., 244; ablehnend Thamm DB 1985 S. 375 ff., 376, unter mißverständlicher Berufung auf Weyers. Der hatte gerade die ermüdende Gleichförmigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen betont, siehe in Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band II, 1981 S. 1115, ff., 1125. Welche Ergänzungen und Fortentwicklungen sind im Werkvertragsrecht im Hinblick auf die technischen, wirtschaftlichen und juristischen Weiterentwicklungen der Rechtswirklichkeit geboten?

37 NJW 1982 S. 778.

werfen. Weitergehend stellt sich jedoch die Frage einer Doppelberechnung von Kleinteilen einmal als Bestandteil der Gemeinkosten, zum anderen als besonderer Rechnungsposten³⁸. Als Indiz für eine Verschärfung der Anforderungen an die Rationalität von Kleinteilekosten läßt sich der Versuch des BGH werten, zwischen der zulässigen Abwälzung und der unzulässigen Abwälzung von Kosten auf den Verbraucher zu differenzieren. Möglicherweise bietet das Urteil Anhaltspunkte, die darauf hinauslaufen, den Werkunternehmer zur Aufklärung über die Gefahr der Doppelberechnung zu verpflichten.

7. Die Rechnungserstellung ergibt sich aus dem tatsächlichen Material- und Arbeitsaufwand

Die Klausel lag einer Entscheidung des OLG Stuttgart³⁹ zugrunde, das über diese Bestimmung im Zusammenhang mit Verträgen über die Erbringung von Bauleistungen zu urteilen hatte. Regelmäßig werden in der Baubranche Vertragsformulare verwandt, in denen die zu liefernden oder einzubauenden Artikel vorgedruckt sind, in die ferner bei der Auftragserteilung neben der jeweils zu liefernden Menge in besonderen Rubriken der Einzelpreis und der zu errechnende Gesamtpreis der Einzelposten gesondert eingetragen wird. Aus den einzelnen so gebildeten Gesamtpreisen wird unter Berücksichtigung des auszuwerfenden Mehrwertsteuerbetrages ein „Gesamtpreis-Circa“ der zu erbringenden Leistung errechnet und eingetragen. Mit der angegriffenen Klausel will der Bauunternehmer sich die Möglichkeit verschaffen, von dem vermerkten „Circa-Gesamtpreis“ abzuweichen und nach Maßgabe des tatsächlichen Arbeits- und Materialaufwandes Bezahlung verlangen. Der Circa-Gesamtpreis verliert als Orientierungsmaßstab für den Besteller erheblich an Bedeutung. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat die angegriffene Klausel für rechtswidrig erklärt, „sofern die Verwendung im Zusammenhang mit Verträgen erfolgt, die einen exakten, individuell ausgehandelten Endpreis mit dem Zusatz „Gesamtpreis circa“ ausweisen und solange ferner nicht durch eine vertragliche Regelung sichergestellt ist, daß Abweichungen von der vereinbarten Leistung von mehr als 10 % nur mit Zustimmung des Auftraggebers durchgeführt werden können ...“

Für das Reparaturhandwerk hat die Entscheidung noch keine Bedeutung erlangt, da es anders als im Baurecht im Bereich des Reparaturvertrages keinen Einheitspreis gibt. Ein Einheitspreis für die Reparaturarbeiten ließe sich auf der Basis eines zuvor erstellten Kostenvoranschlages ermitteln. Im Baurecht trägt grundsätzlich der Werkunternehmer die Kosten der Ermittlung des Auftrages und Preisvolumens, im Werkvertragsrecht hat der BGH eine Individualvereinbarung für zulässig erklärt⁴⁰. So kann die Kostenpflichtigkeit des Kostenvoranschlages einer Lösung des Preisbestimmungskonflikts im Reparaturhandwerk entgegenstehen, obwohl die Konzeption des Einheitspreises einschließlich der 10%igen Überschreitung sich als möglicher Ausweg aufdrängt. Eine endgültige Bewertung machte es erforderlich, die Möglichkeiten der Leistungsbestimmung bei Vertragsschluß näher zu analysieren.

8. Bestätigungsklauseln auf Rechnungsformularen

Bestätigungsklauseln dienen dazu, die Wirksamkeit der Abrechnungsmethode, aber auch einzelner Rechnungsposten „vorzubereiten“. Der Verbraucher wird sich oft genug an die einmal geleistete Unterschrift gebunden und nicht zuletzt deshalb zur Zahlung verpflichtet fühlen. Dieser Kontext zu einzelnen Rechnungsposten gebietet es, Bestätigungsklauseln in die Prüfung nach den §§ 9–11 AGBG einzugliedern.

Aus der Vielzahl möglicher Varianten sollen zwei ausgewählt werden, die als besonders relevant einzustufen sind: (1) Klauseln, die die Kenntnis von bestimmten Praktiken der Neben-

kostenberechnung bestätigen und (2) Klauseln, mit denen sich der Werkunternehmer die ordnungsgemäße Durchführung der Reparatur bestätigen läßt. Die Problematik von Bestätigungsklauseln ist in der Literatur vergleichsweise gut aufgearbeitet⁴¹. Auch liegen Gerichtsurteile vor⁴². Kontrollmaßstab ist bei beiden Varianten § 11 Nr. 15 AGBG.

(1) Die erste Variante wird unter dem Begriff „Wissenserklärungen in AGB“ abgehandelt. Denn der Kunde soll dokumentieren, daß ihm bestimmte Vertragsumstände bekannt sind. Brandner⁴³ will die Wissenserklärungen aus dem Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes herausnehmen, da sie einen Fremdkörper bildeten. Derartige Erklärungen könnten vom Verbraucher nur individuell abgegeben werden. Gegen eine Differenzierung zwischen Wissenserklärungen und Tatsachenbestätigungen wenden sich Westphalen⁴⁴ und Schlosser⁴⁵. Ihnen zufolge kommt es allein darauf an, ob mit der Wissenserklärung die Beweislast geändert, erschwert oder unmöglich gemacht wird. Tatsächlich zielt die einschlägige Wissenserklärung auf den Rechnungsformularen darauf ab, dem Verbraucher formularmäßig eine Kenntnis der Berechnungsmethode zu unterstellen, die im Streitfall nach allgemeinen Grundsätzen vom Werkunternehmer zu beweisen wäre. Dieser muß dartun, daß zwischen ihm und dem Verbraucher eine zumindest konkludente Vereinbarung über die praktizierte Berechnungsmethode einschließlich ihrer verschiedenen Verästelungen in einzelne Rechnungsposten zustande gekommen ist. Instanzliche Entscheidungen belegen die Bereitschaft der Gerichte, Wissenserklärungen ohne nähere Umschweife § 11 Nr. 15 AGBG zu unterwerfen⁴⁶.

(2) Die zweite Variante ist bereits mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen⁴⁷. Ihr wird die Wirksamkeit versagt, weil der Verbraucher faktisch verpflichtet wird, die Ware unverzüglich einer Prüfung zu unterziehen, wie dies nach § 377 HGB nur unter Kaufleuten vorgesehen ist. Überdies weisen die Gerichte auf eine mögliche Verschlechterung der Gewährleistungsrechte hin: „Die Untersuchungspflicht des Kunden kann auch Einfluß auf die Beschränkung der Rechte des Käufers nach §§ 460 und 464 BGB haben. Zumindest sind in diesem Zusammenhang Streitigkeiten zwischen Verkäufer und Käufer wegen einer Kenntnis oder eines Kennenmüssens von Mängeln nach Besichtigung der Ware nicht ausgeschlossen, oder Kunden lassen sich wegen der Unterzeichnung der Klauseln von der Geltendmachung der Ansprüche abhalten.“ Diese Grundsätze können nahtlos auf das Werkvertragsrecht übertragen werden.

Die angegriffenen Unternehmen haben versucht, dem Verdikt eines Klauselverbotes zu entinnen, indem sie sich auf die Ausnahmeregelung des § 11 Nr. 15 bezogen. In der Tat verlangt die Bestätigungsklausel in beiden Varianten eine Unterschrift des Kunden. Teilweise wurde für die wirksame Begrün-

38 dazu Micklitz (Fn. 3), S. 87 ff.

39 11. 11. 1983 – 2 U 66/83; ebenso LG Ulm/Donau, 20. 2. 1983 – 2 O 469/83.

40 Micklitz, Der Reparaturvertrag, 1984, S. 287 ff.; BGH, NJW 1982, S. 765 ff. (zum Kostenvoranschlag im Werkvertragsrecht); BGH, NJW 1979 S. 2202 ff. (zum Kostenvoranschlag im Baurecht).

41 Schlosser (Fn. 9), § 11, Nr. 15 RdNr. 6–9; Brandner, (Fn. 6), § 11 Nr. 15 RdNr. 14–16; Graf von Westphalen, in: Löwel/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II, 2. Aufl. 1983 § 11 Nr. 15 RdNr. 27–32.

42 Bunte, Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz, Bd. III, 1982 § 11 Nr. 15 RdNr. 57–65; über diese Nachweise aus der Rechtsprechung hinaus vgl. insbesondere KG Berlin, ZIP 1981 S. 1105.

43 Brandner (Fn. 6), § 11 Nr. 15 RdNr. 16.

44 A.a.O. (Fn. 41), § 11 Nr. 15 RdNr. 29.

45 A.a.O. (Fn. 9), § 11 Nr. 15 RdNr. 8.

46 Bunte (Fn. 42), § 11 Nr. 15 RdNr. 58, 59, 61, 62, 63, 63a, 64, 64a, 65. Die Mehrzahl der zu § 11 Nr. 15 getroffenen Entscheidungen betreffen Wissenserklärungen.

47 LG Köln, 31. 1. 1982 – 26 O 702/8, abgedruckt in Bunte (Fn. 42), § 11 Nr. 15 RdNr. 60 und § 11 Nr. 10 f. unter Nr. 48; KG Berlin, ZIP 1981 S. 1105; umfassend Graf von Westphalen (Fn. 41), § 11 Nr. 15 RdNr. 31.

dung einer Ausnahme verlangt, daß der Kunde seine Unterschrift auf einem gesonderten Formular zu leisten hat⁴⁸. Durchzusetzen scheint sich in der Rechtsprechung, aber auch in der Literatur die Tendenz, Bestätigungsklauseln die Wirksamkeit zu versagen, soweit der Verbraucher mit seiner

⁴⁸ Brandner (Fn. 6), § 11 Nr. 15 Rdnr. 17, hat seine diesbezügliche Meinung in der 3. Auflage aufgegeben, a.a.O. (Fn. 6).

Unterschrift nicht lediglich den Empfang der Ware quittieren soll⁴⁹.

⁴⁹ Nachdrücklich *KG Berlin*, ZIP 1981 S. 1105; zustimmend *Graf von Westphalen* (Fn. 41), § 11 Nr. 15 Rdnr. 34; *Schlosser* (Fn. 9), § 11 Nr. 15 Rdnr. 10, will dagegen „ganz wenige kurze Zusatzerklärungen“ hinnehmen.