

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 217/85

Verkündet am:
26. Februar 1987
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bauherrengemeinschaft Kir[redacted]straße [redacted], D[redacted],
bestehend aus den Bauherren,

1. Marlies Ka[redacted] geb. Sch[redacted], A[redacted] Weg [redacted],
R[redacted],
2. a) Waltraud Schw[redacted] geb. Ku[redacted], A[redacted] H[redacted] [redacted],
D[redacted] [redacted],
b) Klaus Schw[redacted], A[redacted] H[redacted] [redacted], D[redacted] [redacted],
3. a) Helga G[redacted] geb. Scho[redacted], E[redacted]straße [redacted], N[redacted],
b) Hubert G[redacted], E[redacted]straße [redacted], N[redacted],
4. Jürgen Lo[redacted], F[redacted]weg [redacted], W[redacted] [redacted],
5. Winfried B[redacted], M[redacted]straße [redacted], Hi[redacted],
6. Uta T[redacted], Ta[redacted]weg [redacted], Hi[redacted],
7. Gerhard Wa[redacted], S[redacted]straße [redacted], D[redacted] [redacted],
8. a) Christa Fe[redacted] geb. Be[redacted], Ne[redacted]straße [redacted],
Er[redacted] [redacted],
b) Ulrich Fe[redacted], Ne[redacted]straße [redacted], Er[redacted] [redacted],

Beklagten, Widerkläger, Berufungs-
kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [redacted] und
[redacted] -

g e g e n

den unter der Firma Baugesellschaft Karl Sc[redacted] handelnden
Dipl.-Ing. Karl Sc[redacted], I[redacted] Tu[redacted], Kr[redacted]-L[redacted],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Juni 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten sind Miteigentümer eines Wohnhauses in D., das sie als Bauherrengemeinschaft modernisieren lassen wollten. Durch Vertrag vom 31. März 1983, dem u.a. die VOB/B zugrundeliegt, wurde der Kläger als Generalunternehmer mit der schlüsselfertigen Modernisierung und Erweiterung des Hauses zu einem Pauschalpreis beauftragt.

Der Kläger erteilte den Beklagten zu Händen ihrer Architekten Abschlagsrechnungen, wie er behauptet, nach Baufortschritt. Auf diese Rechnungen erhielt er zunächst auch Zahlungen. Die 6. Abschlagsrechnung vom 26. September 1983 belief sich auf fast 95.000 DM. Die Architekten prüften sie mit 84.346,28 DM als "sachlich und rechnerisch richtig", wiesen sie allerdings teilweise erst "auf Abruf" zur Zahlung an. Dies geschah nach den Behauptungen der Beklagten deshalb, weil der Kläger versprochen hatte, einen Teil der berechneten Leistungen alsbald noch zu erbringen. Jedenfalls haben die Beklagten 41.000 DM aus dieser Rechnung mit der Begründung nicht bezahlt, die entsprechenden Leistungen seien noch nicht erbracht.

In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zum Streit über die rechtzeitige Fertigstellung der Arbeiten. Das endete damit, daß die Beklagten den Vertrag mit Schreiben vom 2. Dezember 1983 kündigten.

Der Kläger verlangt neben nicht mehr im Streit befindlichen Beträgen noch 41.000 DM (Rest) aus der 6. Ab-



schlagsrechnung, insgesamt 76.680,-- DM zuzüglich Zinsen. Die Beklagten halten den Kläger hingegen für überzahlt.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt und ihre - nicht mehr interessierende - Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich, soweit der Klage stattgegeben worden ist, die - angenommene - Revision der Beklagten, die der Kläger zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe

I.

1. Das Berufungsgericht hält die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 8 Nr. 3 VOB/B nicht für gegeben und behandelt die Kündigung als solche nach § 8 Nr. 1 VOB/B. Hiergegen sind keine rechtlichen Bedenken zu erheben. Die Revision nimmt dies auch hin. ✓

2. Im übrigen meint das Berufungsgericht, der Kläger könne jedenfalls die restlichen 41.000 DM aus der 6. Abschlagsrechnung als vereinbarte Vergütung verlangen. In dieser Höhe sei die Abschlagsforderung durch den Umfang der ausgeführten Arbeiten gerechtfertigt. Das hätten die Architekten der Beklagten durch ihren Prüfvermerk bestätigt. Die Beklagten könnten nicht substantiiert darlegen, daß die Architekten sich bei der Prüfung geirrt hätten. Sie sagten nicht, daß die Architekten damals von einem unrichtigen Bautenstand ausgegangen seien und daß der richtige Bautenstand die verlangte Zahlung, gemessen an den zu vergütenden

Zusatzleistungen und an dem vereinbarten Pauschalpreis, nicht gerechtfertigt hätte. Das von den Beklagten vorgelegte Gutachten sei insoweit nicht verwertbar.

II.

Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg. Der Kläger kann nach Kündigung des Vertrags keine Abschlagszahlungen mehr verlangen, er ist vielmehr gehalten, seine Leistungen abschließend zu berechnen (vgl. a. Senatsurteil NJW 1987, 382). Einer der Sonderfälle, für die der Senat eine Abschlagsforderung auch nach Kündigung offen gelassen hat, liegt nicht vor.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil NJW 1985, 1840) kann der Auftragnehmer jedenfalls bei einem durch Kündigung beendeten Vertrag Abschlagszahlungen nach § 16 Nr. 1 VOB/B in der Regel nicht mehr verlangen. Die in dieser Bestimmung geregelte Abschlagszahlung bezweckt, den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer zu entlasten und zu schützen. Ist der Vertrag durch Kündigung des Auftraggebers beendet worden, braucht der Auftragnehmer weitere Leistungen nicht mehr zu erbringen. Seine Vorleistungspflicht entfällt. Damit sind die Gründe für die Zubilligung von Abschlagsleistungen weggefallen. Vielmehr hat der Auftragnehmer die Möglichkeit, Schlußrechnung zu erstellen und seinen Zahlungsanspruch im Rahmen der Schlußabrechnung weiterzuverfolgen. Ob auch bei gekündigtem Vertrag ausnahmsweise ein "unbestrittenes Guthaben" als Abschlagszahlung verlangt werden kann (vgl. § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 VOB/B) hat der

Senat bisher offen gelassen. Diese Frage zu entscheiden, bietet auch der vorliegende Fall keinen Anlaß, denn hier ist kein Guthaben unstreitig.

b) Der Kläger ist somit grundsätzlich gehalten, seine Forderungen abschließend zu berechnen. Dabei ist davon auszugehen, daß der Bautenstand bei Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund der Feststellungen in dem von den Beklagten eingeholten Gutachten Grunau zwischen den Parteien unstreitig ist, so daß der Kläger seine Forderungen auf dieser Grundlage auch berechnen kann.

Ein unstreitiges oder nicht hinreichend substantiiert bestrittenes Guthaben aus der 6. Abschlagsrechnung vom 26. September 1983 steht dem Kläger nicht zu. Die Abschlagsrechnung war vielmehr von vornherein zwischen den Parteien streitig, dies jedenfalls in den Punkten, die den von den Beklagten einbehaltenen Betrag von 41.000 DM ausmachen. Sie weist eine Reihe von "Akonto"-Forderungen aus, bei denen jeder Bezug auf Massen oder Aufmaße und damit zu einem Bautenstand fehlt. Die Rechnung erfüllt insoweit nicht die Anforderungen von § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B. Schon die Art, wie die Architekten sie angewiesen haben, zeigt, daß ihr ein Bezug zu unstreitig erbrachten Leistungen fehlte. Im übrigen fällt auf, daß nach dem im Gutachten Grunau unstreitig festgestellten Bautenstand Minderleistungen gerade bei den Gewerken bestehen, die in der Abschlagsrechnung ohne Bezug auf einen bestimmten Leistungsumfang "akonto" in Rechnung gestellt sind.

c) Zu Unrecht läßt das Berufungsgericht ferner die von den Beklagten im Anschluß an das Sachverständigengutachten Grunau aufgestellte Behauptung nicht genügen, der Kläger sei nach dem von dem Sachverständigen Grunau festgestellten - unstreitigen - Bautenstand überzahlt. Der Kläger rechnete bisher nur erbrachte Leistungen ab, legte also letztlich selbst den Bautenstand bei Kündigung des Vertragsverhältnisses zugrunde. Wenn deshalb das Berufungsgericht den dazu vom Privatgutachter der Beklagten vorgenommenen Berechnungen nicht folgen wollte, so hätte es insoweit selbst Sachverständigenbeweis erheben müssen, den die Beklagten auch angetreten hatten.

III.

Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben. Es ist im Umfang des Revisionsangriffes aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der neuen Verhandlung wird das Berufungsgericht dem Kläger Gelegenheit zu geben haben, die

Begründung seines Klaganspruchs entsprechend umzustellen (vgl. auch Senatsurteil NJW 1985, 1840) und den Anspruch substantiiert darzulegen. Im Anschluß daran wird sich ergeben, ob den Behauptungen der Beklagten zur "Überzahlung" weiter nachgegangen werden muß.

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Quack