

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 222/96

Verkündet am:
30. Oktober 1997
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 649 Satz 2; VOB/B § 8 Nr. 1 Abs. 2

Fordert der Auftragnehmer nach Kündigung des Bauvertrages Vergütung für nicht erbrachte Leistungen, so muß er einen von ihm einkalkulierten Risikozuschlag gesondert ausweisen. Er muß ihn sich als erspart anrechnen lassen, soweit das Risiko sich nicht verwirklichen konnte.

BGH, Urteil vom 30. Oktober 1997 - VII ZR 222/96 - OLG Rostock
LG Rostock

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 12. Juni 1996 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin über die Widerklage entschieden worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des weiteren Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte fordert mit der Widerklage nach gekündigtem Werkvertrag Vergütung für nicht erbrachte Leistungen sowie weitere Kosten.

Die Klägerin beauftragte den Beklagten im April 1992, Metallbau- und Schlosserarbeiten für ein Einkaufszentrum in L. zum Pauschalpreis von 2.060.000 DM auszuführen; die VOB/B war vereinbart. Nach Vertragsschluß stritten sich die Parteien darüber, in welcher Höhe die Klägerin dem Beklagten eine Bürgschaft zur Verfügung zu stellen hatte. Da es zu keiner Einigung kam, kündigte die Klägerin den Vertrag wegen angeblicher Zahlungsschwierigkeiten des Beklagten.

Die Klägerin hat Herausgabe der Bürgschaftsurkunde und Avalzinsen begehrt; der Beklagte hat widerklagend Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen sowie Kosten für Planungsleistungen und Auslagen in Höhe von insgesamt 1.080.653,90 DM geltend gemacht. Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen. Während die Berufung der Klägerin im wesentlichen Erfolg hatte, ist das Rechtsmittel des Beklagten erfolglos geblieben. Die Revision des Beklagten führte im Umfang seines Widerklagebegehrens zur Aufhebung und Zurückverweisung (Urteil vom 22. Juni 1995 – VII ZR 118/94 = BauR 1995, 701 = ZfBR 1995, 264); die Anschlußrevision der Klägerin wurde nicht angenommen.

Das Berufungsgericht hat nunmehr einen Vergütungsanspruch in Höhe von 849.723 DM zuerkannt; im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revisi-



on der Klägerin, die vollständige Abweisung der Widerklage begehrt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt, soweit zum Nachteil der Klägerin über die Widerklage entschieden worden ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe den Vertrag ohne wichtigen Grund gekündigt. Der Vergütungsanspruch des Beklagten berechne sich daher gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B nach der vereinbarten Pauschalvergütung von 2.060.000 DM, von der 1.210.277 DM als ersparte Aufwendungen abzuziehen seien. Unstreitig habe der Beklagte Herstellungskosten von mindestens 1.174.227 DM erspart, ferner 10.300 DM für Baunebenkosten sowie 25.750 DM an Versicherungskosten. Weitere ersparte Aufwendungen habe die Klägerin nicht dargetan. Ihre Einwendungen gegen die vom Beklagten vorgelegte Kalkulation des Pauschalpreises seien unerheblich oder nicht hinreichend substantiiert.

Der Beklagte habe mit Schreiben vom 13. November 1992 seinen Anspruch entsprechend § 8 Nr. 6 VOB/B prüfbar abgerechnet. Da er mit seiner Werkleistung nicht begonnen habe, sei es ausreichend gewesen, unter Zugrundelegung des ver-

einbarten Pauschalpreises den angeblichen Gewinn unter Angabe der kalkulierten Gewinnspanne in Rechnung zu stellen.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung im wesentlichen nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an die Darlegungslast des Beklagten verkannt.

a) Nach ständiger Senatsrechtsprechung hat der Auftragnehmer nach gekündigtem Pauschalpreisvertrag die Voraussetzungen für seinen Vergütungsanspruch nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B für nicht erbrachte Leistungen schlüssig darzulegen. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind. Was er sich in diesem Sinne als Aufwendung anrechnen läßt, hat der Unternehmer vorzutragen und zu beziffern; denn in der Regel ist nur er dazu in der Lage. Dazu muß er gegebenenfalls die Grundlagen seiner Kalkulation des Preises für die vereinbarte Leistung offenlegen (Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95 = BauR 1997, 304 = ZfBR 1997, 78).

b) Diesen Anforderungen genügt der Vortrag des Beklagten nicht. Die von ihm aufgestellte Kalkulation des Pauschalpreises enthält lediglich eine Spalte für Herstellungskosten sowie eine Rubrik für Gewinn, wobei sich dieser als Gewinn bezeichnete Betrag ausweislich der vorgelegten Unterlagen jeweils aus "Risiko und Gewinn" untrennbar zu-

sammensetzt. Daran ändert auch der Hinweis des Berufungsgerichts nichts, der Beklagte verwende das Wort "Gewinn" erkennbar ungenau. Da der Beklagte bis zur Kündigung lediglich Vorbereitungsmaßnahmen getroffen, aber noch keine Teilleistung erbracht hatte, ist der kalkulierte, aber nicht ausgewiesene Risikozuschlag insgesamt erspart und damit abzuziehen (vgl. Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 2, 2. Aufl. Rdn. 1357). Es ist nämlich nicht ersichtlich, daß sich hier ein Risiko schon verwirklichen konnte.

Der Beklagte hat seinen Anspruch aus weiteren Gründen bislang nicht schlüssig dargelegt. Zwar lassen sich die geltend gemachten Herstellungskosten entgegen der Auffassung der Revision den Positionen im Angebot des Beklagten vom 27. Januar 1992, das Gegenstand des Vertrages geworden ist, zuordnen. Es fehlt aber jedenfalls der Vortrag, aus welchen Gründen Kosten für weitere Leistungen, die der Beklagte nach dem Vertrag zu erbringen hatte (z.B. Planungsleistungen) oder die üblicherweise anfallen (z.B. Baustelleneinrichtung und -unterhaltung), in der vorgelegten Kalkulation nicht enthalten sind. Der Beklagte hat - wenn auch ohne Erfolg - Planungs- und Ingenieurkosten in Höhe von 176.130 DM geltend gemacht. Die Kosten dieser vertraglich geschuldeten Leistung, die sich auf ca. 8,5 % der vereinbarten Vergütung belaufen, sind in der Gesamtkalkulation nicht aufgeführt.

2. Die Revision zieht die Prüfbarkeit der Schlußrechnung des Beklagten jedenfalls im Ergebnis zu Unrecht in Zweifel.

Nach der Rechtsprechung des Senats hängt die Fälligkeit in allen Fällen vorzeitiger Beendigung eines VOB/B-Vertrages bezüglich aller sich daraus ergebender vergütungsgleicher Ansprüche des Auftragnehmers nach § 8 Nr. 6 VOB/B von der Erteilung einer prüfbaren Schlußrechnung ab (Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85 = BauR 1987, 95, 96 = ZfBR 1987, 38, 39). Ob die Berechnung des Beklagten in seinem Schreiben vom 13. November 1992 aus sich heraus prüfbar ist, wie das Berufungsgericht ausführt, kann letztlich offenbleiben. Der Beklagte hat jedenfalls seine Berechnung in der Klageerwiderung erläutert und seine Kalkulation offengelegt. Spätestens von diesem Zeitpunkt an war Prüfbarkeit gegeben. Auf die Schlüssigkeit des Vortrages kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil nicht bestehenbleiben; es ist im tenorierten Umfang aufzuheben. Da weitere Feststellungen zu treffen sind, ist die Sache an

das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das gibt dem Beklagten Gelegenheit, seine durch die Kündigung ersparten Aufwendungen darzulegen, der Klägerin, ihre Einwendungen dagegen erneut vorzutragen und zu präzisieren.

Lang

Quack

Hausmann

Wiebel

Kuffer