Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Wendt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision des Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Oktober 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 68.564,48 DM und Zinsen abgewiesen sowie die Kostenerstattungspflicht des Beklagten festgestellt worden sind (Nr. 2 des Tenors).

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Errichtung einer Doppelhaushälfte. In dem Pauschalpreisvertrag war die VOB/B vereinbart. Nach "Anfechtung" des Vertrages durch den Beklagten hat die Klägerin u.a. eine Vergütung in Höhe von 68.564,48 DM und Zinsen geltend gemacht. Außerdem hat sie die Feststellung beantragt, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihr diejenigen

Kosten zu erstatten, die dadurch entstehen, daß sie von ihren Subunternehmern nach Kündigung der Verträge auf Zahlung in Anspruch genommen wird.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung der verlangten Vergütung verurteilt und dem Feststellungsbegehren stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Vergütungsklage abgewiesen; im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter. Der Beklagte wendet sich mit seiner Anschlußrevision gegen den Feststellungsausspruch.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision des Beklagten haben Erfolg. Sie führen im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Revision der Klägerin

I.

Das Berufungsgericht sieht in der Anfechtung eine Kündigung des Beklagten. Es meint, die Klägerin habe den ihr nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zustehenden Anspruch der Höhe nach nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Obwohl sie auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hingewiesen worden sei, habe die Klägerin keine vollständige Kalkulation vorgelegt.

Ihre Kalkulation enthalte keinerlei Angaben hinsichtlich eigener Ersparnisse, wie z.B. Leitungskosten und allgemeine Verwaltungskosten. Ferner fehle jeglicher Vortrag dahingehend, was die Klägerin durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erworben habe. Schließlich seien die nicht erbrachten Leistungen von den erbrachten Leistungen nicht abgegrenzt worden. Ob und inwieweit die Klägerin den vom Bundesgerichtshof verlangten Anforderungen in dem nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz vom 16. September 1997 gerecht geworden sei, könne dahinstehen, da nach § 296 a ZPO zu diesem Zeitpunkt neues Tatsachenvorbringen nicht mehr möglich gewesen sei. Zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung habe im Hinblick auf die vorherigen Hinweise keine Veranlassung bestanden.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Senat hat die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte in seiner Entscheidung zu dem nahezu gleichgelagerten Rechtsstreit der Klägerin mit anderen Bauherren aus demselben Bauvorhaben im einzelnen ausgeführt (Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365).

Der Anspruch der Klägerin aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ist schlüssig dargelegt. Die Schlußrechnung der Klägerin ist jedenfalls unter Berücksichtigung des Vorbringens im Schriftsatz vom 16. September 1997 prüffähig. Dieses Vorbringen hätte das Berufungsgericht berücksichtigen und im übrigen die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen.

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Das Verhalten des Beklagten ist eine Kündigung des Bauvertrages, ohne daß ihm ein

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

wichtiger Grund zur Seite stand. Das ist in der Revision nicht mehr streitig. Die Klägerin kann gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung verlangen. Sie muß sich jedoch anrechnen lassen, was sie infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitkraft und ihres Betriebs erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

2. Zu Unrecht weist das Berufungsgericht jedoch die Klage endgültig ab, weil die nicht erbrachten Leistungen von den erbrachten Leistungen nicht hinreichend abgegrenzt sowie die ersparten Aufwendungen und anderweitiger Erwerb nicht substantiiert dargelegt worden seien. Das Berufungsgericht übersieht schon, daß die Darlegung dazu die Prüffähigkeit der Schlußrechnung betrifft und eine Klage mangels Prüffähigkeit der Schlußrechnung nur als zur Zeit unbegründet abgewiesen werden könnte. Die Parteien haben die VOB/B vereinbart. Ebenso wie nach einem vollständig abgewickelten Vertrag muß der Auftragnehmer nach einer Kündigung eine prüffähige Schlußrechnung gemäß § 14 VOB/B erstellen, § 8 Nr. 6 VOB/B. Die prüffähige Schlußrechnung ist Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruches des Auftragnehmers aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85, NJW 1987, 382 bis 383 = BauR 1987, 95 = ZfBR 1987, 38). Wird die Klageabweisung auf eine nicht prüfbare Abrechnung nach einer Kündigung und damit auf fehlende Fälligkeit gestützt, muß sie als zur Zeit unbegründet erfolgen; die Klage darf nicht wegen fehlender Substantiierung des Anspruches auf Vergütung als endgültig unbegründet abgewiesen werden. Der Kläger kann die Fälligkeitsvoraussetzung noch herbeiführen und erneut klagen (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1994 - VII ZR 217/93, BGHZ 127, 254, 259 für die Honorarforderung des Architekten).

3. Aber auch eine Klageabweisung als zur Zeit unbegründet kommt nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht in Betracht. Denn die Klägerin hat ihren Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B prüffähig abgerechnet.

a) Prüffähig ist eine Abrechnung, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Berechtigung der Forderung, gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen, zu überprüfen. Die Grundsätze zur Prüfbarkeit hat der Senat in seiner die Parallelsache betreffenden Entscheidung im einzelnen dargelegt (BGHZ 140, 365); darauf wird Bezug genommen.

b) Nach diesen Grundsätzen kann das Urteil keinen Bestand haben. Dabei kann dahinstehen, ob die bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vorliegende Abrechnung bereits prüffähig war. Jedenfalls unter Berücksichtigung des Vortrages der Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 16. September 1997 ist die Abrechnung der Klägerin prüffähig. Dieser Vortrag ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu berücksichtigen.

aa) Zu den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an die gerichtliche Hinweispflicht und zur Notwendigkeit, eine mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, nimmt der Senat auf seine Ausführungen in der Parallelsache Bezug, die das Berufungsgericht am selben Tag verhandelt und in der es zuvor inhaltlich gleiche Hinweise erteilt hatte (BGHZ 140, 365). Nachdem die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 16. September 1997 zu den in der mündlichen Verhandlung präzisierten Bedenken mit erheblichem Vortrag Stellung genommen hatte, hätte das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen.

bb) Die Klägerin hat nach dem Vortrag auch in dieser Sache lediglich die Handwerkerkosten erspart. Diese Ersparnis ist vertragsbezogen ermittelt

und rechnerisch nachvollziehbar dargelegt. Die Klägerin hat weiterhin im einzelnen dargelegt, daß sie keine Ersparnis hat und ein anderweitiger Erwerb nicht in Betracht kam. Die Beklagten haben zwar entgegen der Auffassung der Revision die ersparten Aufwendungen nicht im Sinne des § 288 ZPO zugestanden. Sie haben aber bisher keine weitere Ersparnis bei kalkulatorischen Kosten, jedoch von der Klägerin nicht berücksichtigten Aufwendungen geltend gemacht, sondern lediglich die kalkulatorische Höhe der genau bezeichneten Aufwendungen bestritten. Demnach durfte das Berufungsgericht die Abrechnung der Klägerin nicht als nicht prüffähig zurückweisen.

cc) Soweit die Klägerin 7.463,48 DM, die sie nach ihrem Vortrag für ausgeführte Arbeiten an zwei Subunternehmer gezahlt hat, als nicht ersparte Aufwendungen in ihrer Abrechnung aufführt, war sie einem weiteren Irrtum aufgrund der zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweise unterlegen. Der Hinweis in dieser Sache auf eine Verfügung in der Parallelsache war schon deshalb mißverständlich, da es ausweislich der dort angefochtenen Entscheidung des Berufungsgerichts nicht um eine Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen ging.

Die Berechnung der Klägerin entspricht in diesem Punkt nicht den Grundsätzen des Senats zur Abrechnung von vorzeitig gekündigten Pauschalverträgen. Danach ist die Höhe der Vergütung für erbrachte Leistungen nach dem Verhältnis des Wertes für die erbrachte Teilleistung zum Wert der nach dem Pauschalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen (Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 233/93, BauR 1996, 846, 848 = ZfBR 1996, 310). Der Vortrag der Klägerin zu den erbrachten Leistungen steht jedoch der Prüfbarkeit nicht entgegen. Die Vorlage der beiden Rechnungen, die insgesamt nur einen ganz geringen Umfang des geplanten Bauvorhabens betreffen, läßt den Schluß

zu, die hierauf erbrachte Zahlung entspreche dem Wertanteil an der Gesamtleistung. Das gilt um so mehr, als die beiden Rechnungen Leistungen von Drittfirmen betrafen und das gesamte Bauvorhaben ausschließlich durch Drittfirmen errichtet werden sollte.

dd) Die Aufhebung und Zurückverweisung gibt der Klägerin Gelegenheit zu prüfen, ob sie weiterhin Mehrwertsteuer auf den Vergütungsteil verlangen will, der den nicht erbrachten Leistungen zuzuordnen ist. Für diesen Fall nimmt der Senat auf seine Erwägungen im Urteil vom 8. Juli 1999 - VII ZR 237/98, BauR 1999, 1294, 1297 f = ZfBR 2000, 30 ergänzend Bezug.

B. Die Anschlußrevision des Beklagten

I.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin diejenigen Kosten zu erstatten, die dieser daraus entstehen, daß die von ihr beauftragten Subunternehmer ihren Vergütungsanspruch gegen sie nach Kündigung der mit ihnen geschlossenen Werklohnverträge geltend machen. Zur Begründung hat es angeführt, der Beklagte sei nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B grundsätzlich verpflichtet, der Klägerin die Kosten zu erstatten, die dieser durch die mögliche Inanspruchnahme der Subunternehmer entstünden. Die Abweisung der Vergütungsklage wegen einer nicht prüfbaren Schlußrechnung hindere das Gericht nicht daran, dem konkret begrenzten Feststellungsbegehren stattzugeben.

II.

Dagegen wendet sich die Anschlußrevision mit Erfolg.

1. Dahin stehen kann, ob die Feststellung zum Ersatz der durch die Inanspruchnahme der Subunternehmer entstandenen Kosten schon deshalb nicht erfolgen durfte, weil das Berufungsgericht von einer unschlüssigen Zahlungsklage ausgegangen ist und die Feststellung einen Teil des Vergütungsanspruches aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B betrifft. Das Klagevorbringen ist schlüssig. Dieser Rüge der Anschlußrevision ist damit der Boden entzogen.

2. Das Urteil kann gleichwohl nicht bestehenbleiben. Der Feststellungsantrag ist zwar zulässig. Zur Begründetheit sind jedoch weitere Feststellungen notwendig. Der Senat nimmt zur Begründung im einzelnen auf die Ausführungen in seiner Entscheidung der Parallelsache Bezug (BGHZ 140, 365).

Ullmann Haß Hausmann

Wiebel Wendt