

pauschale oder mißverständliche Hinweise auf die fehlende Prüfbarkeit genügen nicht.

VOB/B § 16 Nr. 1 und Nr. 2

- a) Aus einer Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen im Bauvertrag folgt die vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers, seine Leistungen abzurechnen. Der Auftraggeber hat einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung des Überschusses.
- b) Rechnet der Auftragnehmer nicht ab, kann der Auftraggeber die Klage auf Zahlung eines Überschusses mit einer eigenen Berechnung begründen. Soweit dem Auftraggeber nähere Darlegung nicht möglich ist, kann er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht.

ZPO § 256

Kann der Auftragnehmer nach einer Kündigung des Bauvertrages noch nicht beurteilen, ob und inwieweit er seinen Subunternehmern eine Vergütung zahlen muß, kann er die für die Subunternehmer kalkulierte Vergütung als ersparte Aufwendung in seine Schlußrechnung einstellen und auf Feststellung klagen, daß der Auftraggeber verpflichtet ist, die sich aus der Abrechnung der Subunternehmer ergebende weitere Vergütung zu zahlen.

BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Hausmann und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien und die Anschlußrevision der 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 96.520,47 DM nebst Zinsen und die Widerklage abgewiesen sowie die Kostenerstattungspflicht der Beklagten festgestellt worden sind (Ziff. 2 des Tenors).

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten beauftragten die Klägerin mit der Errichtung einer Doppelhaushälfte. In dem Pauschalpreisvertrag war die VOB/B vereinbart. Nach "Anfechtung" des Vertrages durch die Beklagten hat die Klägerin u.a. eine Vergütung in Höhe von 96.520,47 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Außerdem hat sie die Feststellung beantragt, daß die Beklagten verpflichtet sind, ihr die-

- 4 -

jenigen Kosten zu erstatten, die dadurch entstehen, daß sie von ihren Subunternehmern nach Kündigung der Verträge auf Zahlung in Anspruch genommen wird. Die Beklagten haben mit der Widerklage die Rückzahlung einer Anzahlung in Höhe von 34.699,53 DM nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung der verlangten Vergütung verurteilt und die Widerklage sowie die Feststellungsklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Vergütungsklage abgewiesen. Der Feststellungsantrag hatte Erfolg. Die Widerklage blieb abgewiesen. Mit der Revision verfolgen beide Parteien ihre Zahlungsansprüche weiter. Mit der Anschlußrevision wenden sich die Beklagten gegen den Feststellungsausspruch.

Entscheidungsgründe:

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



A) Die Revision der Klägerin

I.

Das Berufungsgericht sieht in der Anfechtung eine Kündigung der 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 und belegt. 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 zum Beispiel Bauleitungskosten und allgemeiner Verwaltungskosten. Ferner fehle jeglicher Vortrag dahingehend, was die Klägerin durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erworben habe. 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 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 die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen.

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Das Verhalten der Beklagten ist eine Kündigung des Bauvertrages, ohne daß ihnen ein 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 Arbeitskraft und ihres Betriebs erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

2. Zu Unrecht weist das Berufungsgericht jedoch die Klage endgültig ab, weil 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 die 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 die Abrechnung, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Berechtigung der Forderung, gemessen an den vertraglichen Vereinbarungen, zu überprüfen. Der Auftraggeber muß die Möglichkeit bekommen, eventuelle Unrichtigkeiten einer Abrechnung zu erkennen. Fehler der Abrechnung berühren hingegen die Prüfbarkeit nicht. Denn für die Prüfbarkeit ist es nicht entscheidend, ob die Berechnung sachlich richtig oder falsch ist (BGH, Urteil vom 18. September 1997 - VII ZR 300/96 = NJW 1998, 135 = BauR 1997, 1065 = ZfBR 1998, 25). Welche Anforderungen an die Schlußrechnung über einen Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zu stellen sind, hängt vom Einzelfall ab. Ist der Vertrag nach den Grundsätzen abzurechnen, die der Senat für die Abrechnung von nicht erbrachten Leistungen bei Pauschalverträgen aufgestellt hat, muß der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung und darüber hinaus darlegen, welche Kosten er erspart hat und gegebenenfalls welchen anderweitigen Erwerb er sich anrechnen zu lassen hat (BGH, Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95 = NJW 1997, 733 = BauR 1997, 304 = ZfBR 1997, 78; Urteil vom 6. März 1997 - VII ZR 47/96 = BauR 1997, 643, 644 = ZfBR 1997, 242). Maßgebend sind die Kosten, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind (BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93 = NJW 1996, 3270, 3272 = BauR 1996, 846 = ZfBR 1996, 310; Urteil vom 30. Oktober 1997 - VII ZR 222/96 = BauR 1998, 185, 186 =

ZfBR 1998, 79). Die Abrechnung muß den Auftraggeber in die Lage versetzen zu überprüfen, ob der Auftragnehmer ersparte Kosten auf der Grundlage der konkreten, dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation zutreffend berücksichtigt hat (vgl. zur Prüfbarkeit einer Honorarschlußrechnung des Architekten nach gekündigtem Vertrag: BGH, Urteil vom 8. Februar 1996 - VII ZR 219/94 = NJW 1996, 1751 = BauR 1996, 412 = ZfBR 1996, 200). Unter welchen Voraussetzungen eine derartige Überprüfung möglich ist, hängt wiederum von den Umständen des Einzelfalles ab. Insbesondere bedarf es der Klärung, inwieweit der Auftragnehmer verpflichtet ist, die Kalkulationsgrundlagen offen zu legen. Regelmäßig wird eine derartige Pflicht bestehen, wenn dem Auftraggeber sonst eine Überprüfung nicht möglich ist.

Andererseits hat der Senat wiederholt darauf hingewiesen, daß die Prüffähigkeit einer Schlußrechnung kein Selbstzweck ist (Urteil vom 18. Juni 1998 - VII ZR 189/97 = NJW 1998, 3123; Urteil vom 8. Oktober 1998 - VII ZR 296/97 = BauR 1999, 63 = ZfBR 1999, 37). Die in der VOB/B enthaltenen Anforderungen an die Prüffähigkeit dienen allein dem Schutz des Auftraggebers. Je weniger er diesen Schutz in Anspruch nimmt, um so geringer können im Einzelfall die Anforderungen an die Prüffähigkeit sein. Legt der Auftraggeber keinen Wert auf diejenigen Elemente der Schlußrechnung, die die Überprüfbarkeit der rechnerisch nachvollziehbaren und vertragsbezogen ermittelten Forderung sicher stellen, so kann die Abrechnung nicht mangels fehlender Prüffähigkeit zurückgewiesen werden, wenn nur diese Elemente fehlen. So wäre es nicht gerechtfertigt, eine Abrechnung eines Einheitspreisvertrages als nicht prüffähig zurückzuweisen, wenn ein Aufmaß nicht vorliegt, der Auftraggeber die Massen jedoch nicht bestreitet. Ähnlich liegt es in dem Fall, daß der Auftraggeber den vom Auftragnehmer vorgenommenen Abzug ersparter Aufwendungen in einer Abrechnung nicht erbrachter Leistungen hinnimmt, obwohl

die Kalkulation nicht offen gelegt ist. Gleiches gilt dann, wenn der Auftragnehmer bestimmte kalkulatorische Aufwendungen als erspart mit der Behauptung abzieht, weitere, teilweise im einzelnen aufgeschlüsselte Aufwendungen seien nicht erspart, und der Auftraggeber lediglich den Umfang der benannten Aufwendungen bestreitet.

b) Danach 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. Das Berufungsgericht hätte die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen.

aa) In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung geboten ist, wenn sich aus dem neuen Vorbringen ergibt, daß nur so die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden kann (BGH, Urteil vom 31. Mai 1988 - VI ZR 261/87 = NJW 1988, 2302, 2303). Eine Wiedereröffnung ist danach notwendig, wenn erhebliches neues Vorbringen darauf beruht, daß ein Gericht einen gemäß §§ 139 Abs. 1, 278 Abs. 3 ZPO erforderlichen Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung erteilt hat und eine sachlich erhebliche Stellungnahme der Partei dazu erst nach deren Schluß möglich war (BGH, Urteil vom 27. November 1996 - VIII ZR 311/95 = NJW-RR 1997, 441).

Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht, indem es vor der mündlichen Verhandlung allgemeine und pauschale Hinweise erteilt. Vielmehr muß es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmißverständlich hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen,

ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags sich nicht bereits aus dem substantiierten Bestreiten der Gegenseite ergibt, sondern von der Bewertung der Gerichte im Einzelfall abhängt, wie das z.B. hinsichtlich der Anforderungen an die Darlegung eines Anspruches nach § 649 Satz 2 BGB oder § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B der Fall ist. Die Hinweispflicht besteht grundsätzlich auch in Prozessen, in denen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten wird jedenfalls dann, wenn der Prozeßbevollmächtigte die Rechtslage falsch beurteilt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 1994 - VII ZR 217/93 = BGHZ 127, 254, 260 m.w.N.; Urteil vom 27. Oktober 1998 - X ZR 116/97). Erweist sich, daß die Partei einen mißverständlichen Hinweis falsch aufgenommen hat, so muß das Gericht den Hinweis präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit geben, dazu Stellung zu nehmen. Sofern die Präzisierung erst in der mündlichen Verhandlung möglich ist, muß das Gericht in den Fällen, in denen eine fundierte Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung nicht erfolgen kann, eine angemessene Frist einräumen. Ist das nicht geschehen, so ist eine nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingegangene Stellungnahme zu berücksichtigen und erforderlichenfalls die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

bb) Dem wird das Verfahren des Berufungsgerichts nicht gerecht. Der vor der mündlichen Verhandlung erteilte Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94 = BGHZ 131, 362, 365; Urteil vom 8. Februar 1996 - VII ZR 219/94 = NJW 1996, 1751 = BauR 1996, 412 = ZfBR 1996, 200, und Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93 = NJW 1996, 3270, 3272 = BauR 1996, 846 = ZfBR 1996, 310) und auf die Notwendigkeit einer Offenlegung der Kalkulation war mißverständlich. Die Klägerin hat ihn denn auch so verstanden, daß es ausreiche, die Handwerkerleistungen aufzuschlüsseln und darauf hinzuweisen, daß sonstige Aufwendungen nicht

erspart seien. Aus den vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen des Senats mußte die Klägerin nichts anderes herleiten. Es konnte diesen Urteilen vielmehr entnehmen, daß die ersparten Aufwendungen vertragsbezogen abzurechnen sind. Das hat die Klägerin getan und den ergänzenden Hinweis auf Offenlegung der Kalkulation dahin verstanden, es reiche die Offenlegung der Kalkulation zu den Handwerkerleistungen, weil weitere Aufwendungen aus ihrer Sicht nicht erspart seien. Aus den zitierten Urteilen mußte sie nicht entnehmen, daß in jedem Fall eine Offenlegung der gesamten Kalkulation notwendig ist. Dahingehend hat der Senat auch nicht entschieden. Vielmehr hat der Senat in weiteren Entscheidungen darauf hingewiesen, daß "im Einzelfall" (Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95 = NJW 1997, 733, 734 = BauR 1997, 304 = ZfBR 1997, 78) bzw. "gegebenenfalls" (Urteil vom 30. Oktober 1997 - VII ZR 222/96 = BauR 1998, 185, 186 = ZfBR 1998, 79) die Kalkulation offenzulegen ist. Die Beklagten haben nicht behauptet, die Klägerin habe weitere Aufwendungen erspart. Sie haben lediglich den Umfang der benannten Aufwendungen bestritten. Daher konnte die Klägerin auf der Grundlage des Hinweises annehmen, daß eine Offenlegung der Gesamtkalkulation nicht notwendig sei. Wenn das Berufungsgericht die Kostenaufstellung der Klägerin nicht als ausreichend ansah, hätte es diese nicht nur auf den seiner Auffassung nach noch fehlenden Sachvortrag hinweisen müssen. Es hätte der Klägerin auch Gelegenheit geben müssen, den Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Dazu bedurfte es jedenfalls angesichts des Umstandes, daß kalkulatorische Grundlagen zu klären waren, einer Schriftsatzfrist, die der Klägerin dazu nicht eingeräumt worden ist. Nachdem die Klägerin in dem Schriftsatz vom 16. September 1997 zu den präzisierten Bedenken mit erheblichem Vortrag Stellung genommen hatte, hätte das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen.

cc) Nach ihrem Vortrag hat die Klägerin lediglich die Handwerkerkosten erspart. Diese Ersparnis ist vertragsbezogen ermittelt und rechnerisch nachvollziehbar dargelegt. Die Klägerin hat weiterhin im einzelnen dargelegt, daß sie keine weitere 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 kalkulatorisch erfaßten, jedoch von der Klägerin nicht berücksichtigten Aufwendungen geltend gemacht, sondern lediglich die kalkulatorische Höhe der genau bezeichneten Aufwendungen bestritten. Danach durfte das Berufungsgericht die Abrechnung der Klägerin nicht als nicht prüffähig zurückweisen.

B) Die Revision der Beklagten

I.

Mit der Widerklage fordern die Beklagten ihre Anzahlung in Höhe von 34.699,53 DM zurück. Das Berufungsgericht meint, der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB scheitere daran, daß die Kündigung den Vertrag als Rechtsgrund für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen fortbestehen lasse. Die Beklagten müßten darlegen und beweisen, daß und inwieweit ihre Anzahlung bereits erbrachte Leistungen der Klägerin übersteige. Zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast bestehe kein Anlaß. Soweit die Beklagten mangels Offenlegung der Kalkulation seitens der Klägerin zu konkretem Vortrag nicht in der Lage seien, müßten sie sich die benötigten Daten im Wege der Auskunftsklage verschaffen.

II.

Dagegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage der Darlegungs- und Beweislast des Bereicherungsgläubigers nach einer unschlüssigen Klage des Auftragnehmers aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zugelassen. Diese Frage stellt sich nicht. Die Klage ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schlüssig (oben A). Die Beklagten müssen Gelegenheit bekommen, auf den Schriftsatz vom 16. September 1997 zu erwidern. Aus diesem Grunde ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache auch insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Der Senat weist für die neue Verhandlung und Entscheidung auf folgendes hin:

Den Beklagten steht ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung von 34.699,53 DM zu, wenn sich aus der Schlußabrechnung ein entsprechender Überschuß ergibt. Ein Bereicherungsanspruch, wie ihn das Berufungsgericht bejaht, kommt nicht in Betracht.

a) Die Parteien haben im Bauvertrag eine Anzahlung (Vorauszahlung) von 8 % (= 34.699,53 DM) und Abschlagszahlungen von jeweils 10 % nach Baufortschritt sowie eine Restzahlung auf eine Schlußrechnung vereinbart. Aus einer derartigen, in Bauverträgen üblichen Zahlungsvereinbarung folgen verschiedene vertragliche Pflichten, ohne daß sie in dem Vertrag noch nähere Erwähnung finden müßten. Dazu gehört auch die Verpflichtung des Auftragnehmers, seine Leistungen abzurechnen und einen Überschuß an den Auftraggeber auszuzahlen.

aa) Der Auftraggeber ist aus der Abrede über Voraus- oder Abschlagszahlungen verpflichtet, abweichend von § 641 Abs. 1 BGB Zahlungen schon dann zu leisten, wenn die Leistung des Auftraggebers noch nicht abgenommen ist und die endgültige Vergütung noch nicht feststeht. Solche Zahlungen sind lediglich vorläufig bis zur Feststellung einer entsprechenden endgültigen Vergütung des Auftragnehmers. Diese Feststellung ist in der Regel erst nach Beendigung der Bauleistung möglich. Das gilt auch beim Pauschalvertrag über schlüsselfertiges Bauen, denn durch Sonderwünsche, Eigenleistungen und andere Vertragsänderungen kann sich der Pauschalpreis im Laufe des Bauvorhabens mehrfach ändern.

Grundsätzlich hat der Auftragnehmer die endgültige Vergütung durch eine Schlußabrechnung festzustellen. Der Charakter der Voraus- und Abschlagszahlungen als vorläufige Zahlungen bedingt die Verpflichtung des Auftragnehmers Auskunft darüber zu erteilen, ob und inwieweit eine endgültige Vergütung den geleisteten Zahlungen gegenübersteht. Diese Verpflichtung folgt aus der Abrede über die vorläufigen Zahlungen und besteht unabhängig davon, ob sie im Vertrag ausdrücklich geregelt ist, wie z.B. in § 14 Nr. 1 VOB/B. Voraus- und Abschlagszahlungen werden in die Schlußabrechnung eingestellt. Sie sind darin lediglich Rechnungsposten, die nicht auf einzelne Leistungspositionen des Vertrages bezogen werden können (BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 - VII ZR 69/96 = BauR 1997, 468 = ZfBR 1997, 186; Urteil vom 22. Oktober 1998 - VII ZR 167/97). Wenn die Summe der Voraus- und Abschlagszahlungen die dem Auftragnehmer zustehende Gesamtvergütung übersteigt, ist dieser aufgrund der stillschweigend getroffenen Abrede zur Zahlung in Höhe des Überschusses an den Auftraggeber verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 1986 - IX ZR 46/85 = BauR 1986, 361 = ZfBR 1986, 162; BGH,

Urteil vom 1. Februar 1990 - VII ZR 176/88 = BauR 1990, 379, 381 = ZfBR 1990, 173).

Die Schlußabrechnung des Auftragnehmers hat innerhalb angemessener Frist nach Beendigung des Bauvorhabens zu erfolgen. Beim VOB-Vertrag gilt § 14 Nr. 3 VOB/B, sofern nichts anderes vereinbart ist. Im Falle der Kündigung hat der Auftraggeber gemäß § 8 Nr. 6 VOB/B unverzüglich prüfbar abzurechnen. Legt der Auftragnehmer innerhalb der Frist keine Schlußabrechnung vor, so kann der Auftraggeber einen etwaigen Überschuß selbst ermitteln und einfordern.

bb) Vielfach wird allerdings die Auffassung vertreten, der Auftraggeber könne in diesem Fall aus § 812 Abs. 1 BGB die Voraus- oder Abschlagszahlungen zurückverlangen (z.B. OLG Düsseldorf, BauR 1994, 272; OLG Köln, BauR 1995, 583, 584; KG, BauR 1998, 348; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., § 8 Rdn. 170; Beck'scher VOB-Kommentar/Motzke, vor § 16 Rdn. 93; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., § 16 Rdn. 128). Dem kann nicht gefolgt werden. Für einen Bereicherungsausgleich ist kein Raum, weil sich ein Zahlungsanspruch aus der vertraglichen Abrede ergibt. Dieser besteht in Höhe einer Überzahlung. Der Umstand, daß der Auftragnehmer die geschuldete Schlußabrechnung nicht vornimmt, ändert daran nichts. Der Auftraggeber kann den Überschuß selbst ermitteln. Ihm kommen Darlegungserleichterungen zugute, wenn die Abrechnung dadurch erschwert ist, daß der Auftragnehmer sie nicht durchführt.

b) Für die Darlegungslast gilt: Der Auftraggeber hat schlüssig die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Auszahlung eines Saldoüberschusses aus einer Schlußabrechnung vorzutragen. Dazu kann er sich auf eine vorhandene Schlußrechnung des Auftragnehmers beziehen und darlegen, daß sich

daraus ein Überschuß ergibt oder nach Korrektur etwaiger Fehler ergeben müßte. Hat der Auftraggeber von seinem Recht aus § 14 Nr. 4 VOB/B Gebrauch gemacht und selbst eine prüffähige Schlußrechnung erstellt, aus der sich ein Überschuß ergibt, so genügt deren Vortrag. Es ist dann Sache des Auftragnehmers dieser Berechnung entgegenzutreten.

Hat der Auftragnehmer in angemessener Frist keine Schlußabrechnung vorgelegt, kann der Auftraggeber die Klage auf Zahlung eines Überschusses mit einer eigenen Berechnung begründen. Ausreichend ist eine Abrechnung, aus der sich ergibt, in welcher Höhe der Auftraggeber Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und daß diesen Zahlungen eine entsprechende endgültige Vergütung des Auftragnehmers nicht gegenübersteht. Soweit dem Auftraggeber eine nähere Darlegung dazu nicht möglich ist, kann er entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht auf die Möglichkeit einer Auskunftsklage verwiesen werden. Vielmehr kann er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht. Eine Pflicht, selbst eine prüffähige Rechnung nach § 14 Nr. 4 VOB/B zu erstellen, besteht nicht.

Es ist Sache des Auftragnehmers, mit einer endgültigen, den vertraglichen Anforderungen entsprechenden Abrechnung dem Anspruch entgegenzutreten. Jedenfalls beim VOB-Vertrag kann er seiner entsprechenden Darlegungslast regelmäßig nur durch Vorlage einer prüffähigen Rechnung genügen, aus der sich ergibt, daß ihm zumindest in Höhe der erhaltenen Voraus- und Abschlagszahlungen eine endgültige Vergütung zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 1997 - VII ZR 69/96 = BauR 1997, 468 = ZfBR 1997, 186).

Diese Verteilung der Darlegungslast gilt auch nach einer Kündigung des Bauvertrages. Soweit die erbrachten Leistungen abgerechnet werden, ergeben

sich gegenüber dem vollständig durchgeführten Vertrag keine Besonderheiten. Es hängt vom Einzelfall ab, inwieweit der Auftraggeber in der Lage ist, selbst abzurechnen. Soweit es um die nicht erbrachten Leistungen geht, wird der Auftraggeber nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in der Lage sein, die Abrechnung selbständig vorzunehmen, etwa wenn ihm die Kalkulation des Auftragnehmers bekannt ist. Rechnet der Auftragnehmer seinen Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B prüffähig ab, so ist allerdings der Auftraggeber darlegungspflichtig für seine Behauptung, der Auftragnehmer habe höhere ersparte Aufwendungen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 – VII ZR 198/94 = BGHZ 131, 362, 365).

c) Der Auftragnehmer trägt die Beweislast für seinen Vergütungsanspruch (vgl. BGH, Urteil vom 13. Oktober 1994 - VII ZR 139/93 = BauR 1995, 91 = ZfBR 1995, 33). Das gilt auch im Prozeß des Auftraggebers auf Zahlung eines Überschusses. Für eine Umkehr der Beweislast besteht kein Grund. Denn der Auftragnehmer ist aufgrund der vertraglichen Abrede verpflichtet nachzuweisen, daß er berechtigt ist, die Voraus- und Abschlagszahlungen endgültig zu behalten. Der Auftraggeber trägt demgegenüber die Beweislast für die behaupteten Voraus- und Abschlagszahlungen. Behauptet der Auftraggeber bei einer Abrechnung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B höhere ersparte Aufwendungen, hat er diese zu beweisen (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94 = BGHZ 131, 362, 365).

C) Die Anschlußrevision der Beklagten

I.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin diejenigen Kosten zu erstatten, die dieser daraus entstehen, daß die von der Klägerin beauftragten Subunternehmer ihren Vergütungsanspruch gegen die Klägerin nach Kündigung der mit ihnen geschlossenen Werkverträge geltend machen. Zur Begründung hat das Berufungsgericht angeführt, die Beklagten seien nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B grundsätzlich verpflichtet, der Klägerin diejenigen 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 der Beklagten ebenfalls mit Erfolg.

1. Dahinstehen 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. Die Klage ist schlüssig. Dieser Rüge der Anschlußrevision ist damit der Boden entzogen.

2. Das Urteil kann gleichwohl nicht bestehen bleiben. Der Feststellungsantrag ist zwar zulässig. Zur Begründetheit sind jedoch weitere Feststellungen notwendig.

a) Der Feststellungsantrag ist zulässig, § 256 ZPO. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse daran feststellen zu lassen, daß ihr über den eingeklagten Betrag hinaus noch ein weitergehender Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zusteht.

Ein derartiger Anspruch ist möglich. Die Klägerin hat behauptet, sie habe mit den im Klageantrag bezeichneten Subunternehmern bereits Verträge über Bauleistungen am Bauvorhaben der Beklagten abgeschlossen und nach Kündigung der Beklagten ihrerseits diese Verträge gekündigt. Den Subunternehmern steht, wie die Anschlußrevision nicht bezweifelt, gegen die Klägerin ein Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B oder § 649 Satz 2 BGB zu, den diese zwar noch nicht geltend gemacht haben, jedoch mit Erfolg in nicht verjährter Zeit noch geltend machen könnten. Im Umfang der Inanspruchnahme kommen, abhängig von der Kalkulation der Klägerin, nicht ersparte Aufwendungen in Betracht. Insoweit ist kein Abzug von der mit den Beklagten vereinbarten Vergütung vorzunehmen.

Diesen Teil des ihr nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zustehenden Anspruchs hat die Klägerin mit der Zahlungsklage nicht geltend gemacht, sondern die mit den Subunternehmern vereinbarte Vergütung als vorläufig ersparte Aufwendung in vollem Umfang abgezogen. Dadurch hat sie ihren einheitlichen Anspruch in einen Mindestbetrag ohne die Subunternehmervergütung und in einen weiteren, ungewissen Betrag in Höhe dieser Vergütung aufgeteilt.

Diese Art der Abrechnung widerspricht dem Grundsatz, daß ein Vertrag in einer Schlußrechnung insgesamt abzurechnen ist (BGH, Urteil vom 9. Juni 1994 – VII ZR 87/93 = BauR 1994, 655 = ZfBR 1994, 214). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist jedoch geboten, wenn dafür ein unabweisbares Bedürfnis besteht und die getrennte Abrechnung interessengerecht ist. So liegt der Fall,

wenn der Auftragnehmer nach einer freien Kündigung noch nicht endgültig beurteilen kann, ob und inwieweit er Aufwendungen erspart hat. Die von der Klägerin gewählte Vorgehensweise ist für diesen Fall interessengerecht. Sie trägt dem weiteren Grundsatz Rechnung, daß ein Bauvorhaben so zügig wie möglich abzurechnen ist. Das gilt insbesondere nach einer Kündigung, wie darin zum Ausdruck kommt, daß § 8 Nr. 6 VOB/B eine unverzügliche Abrechnung fordert. Daran haben beide Parteien ein Interesse, auch wenn zunächst nur ein Mindestbetrag ermittelt werden kann.

Ist danach eine getrennte Abrechnung des Anspruchs aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zulässig, kann der Auftragnehmer zunächst den Mindestbetrag aus der Erstabrechnung verlangen, soweit dieser prüfbar abgerechnet ist. Nach einer Inanspruchnahme durch die Subunternehmer kann er sich den daraus ergebenden Restbetrag fordern. Wegen dieses Restbetrages kann er Feststellung der Zahlungspflicht beantragen. Das Feststellungsinteresse besteht schon deshalb, weil angesichts des langen Zeitraums der Ungewißheit regelmäßig die Verjährung der Forderung droht.

b) Der Feststellungsantrag der Klägerin wäre nach allem begründet, wenn feststünde, daß ihr noch ein weiterer Anspruch aus § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B in Höhe einer eventuellen Inanspruchnahme durch die Subunternehmer zustehen würde. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Beklagten haben behauptet und unter Beweis gestellt, daß die von der Klägerin in Ansatz gebrachten Vertragspreise der Subunternehmer nicht der Kalkulation entsprächen, sondern "gedrückt" worden seien. Insgesamt lägen die ersparten Aufwendungen höher als der mit den Beklagten vereinbarte Werklohn. Damit haben die Beklagten eine Verlustkalkulation der Klägerin behauptet. Dieser Verlust wäre bei der Gesamtabrechnung zu Lasten der Klägerin zu berücksichtigen. Der Auftrag-

nehmer darf durch die Kündigung keinen Vorteil haben. Danach ist es nicht ausgeschlossen, daß eine Verlustkalkulation sich auch auf den festzustellenden Anspruch auswirkt.

Ob der Feststellungsantrag in dem begehrten Umfang Erfolg hat, kann das Berufungsgericht erst nach der weiteren Sachaufklärung entscheiden. Für den Fall, daß eine Kürzung des Anspruches wegen kalkulatorischer Verluste in Betracht kommt, wird das Berufungsgericht entscheiden müssen, ob diese Kürzung bereits im Tenor des Feststellungsurteils festgeschrieben werden kann,

etwa durch Bezifferung oder durch Angabe von Prozenten, um die die Subunternehmeransprüche zu kürzen sind. Ist das nicht möglich, kommt eine Tenorierung des Feststellungsurteils in Betracht, aus der sich ergibt, daß der Anspruch der Höhe nach noch unter Berücksichtigung des Verlustbeitrages der Klägerin zu berechnen ist.

Ullmann

Thode

Haß

Hausmann

Kniffka