

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 25. November 1998 aufgehoben, soweit die Berufung gegen das die Widerklage abweisende Teilurteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 19. Dezember 1997 wegen eines Betrages von 52.024,85 DM nebst Zinsen zurückgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird auf die Berufung der Beklagten das vorgenannte Urteil des Landgerichts aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Werklohn für Leistungen an dem Bauvorhaben der Beklagten Parkstraße/B. . Die Beklagte hat bezogen auf meh-

- 4 -

rere Bauvorhaben Widerklage erhoben. Diese hat sie in Höhe von 58.257,76 DM darauf gestützt, daß sie der Klägerin einen Bauauftrag für das Bauvorhaben Im Kleefeld/B. erteilt habe. Diesen habe sie gekündigt, weil die Klägerin in Verzug mit dem Baubeginn gewesen sei. Sie habe das Bauvorhaben durch die Firma St. errichten lassen. Insoweit seien ihr Mehrkosten entstanden.

Das Landgericht hat die Widerklage in Höhe von 130.087,70 DM durch Teilurteil abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist bezüglich der Forderung aus dem Bauvorhaben Im Kleefeld/B. erfolglos geblieben; im übrigen hat sie zur Zurückverweisung an das Landgericht geführt. Der Senat hat die Revision wegen eines Betrages von 52.024,85 DM angenommen. Die Beklagte verfolgt den Anspruch in dieser Höhe weiter.

Entscheidungsgründe:

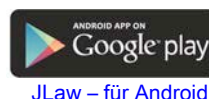
Die Revision hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe ihren Mehrkostenanspruch nicht substantiiert dargelegt. Insbesondere sei der Bestimmung des § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B nicht in ausreichendem Maße Genüge getan. Es komme nicht auf eine hypothetische Berechnung der Mehrkosten auf der Grundlage der mit dem Drittunternehmer vereinbarten Preise an. Maßgeblich seien die



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



von dem Drittunternehmer in Rechnung gestellten Kosten. Die Beklagte habe bisher keine definitive Abrechnung der Firma St. vorgelegt, so daß es auch an einer Berechnungsgrundlage der erstattungsfähigen Mehrkosten fehle.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht entscheidungserheblichen Vortrag übersehen hat. Die Beklagte hat den Mehrkostenanspruch schlüssig dargetan. Die geforderte konkrete Abrechnung der tatsächlich entstandenen Kosten liegt vor.

1. Nach der Behauptung der Beklagten ist über das Bauvorhaben Im Kleefeld/B. unter Einbeziehung der VOB/B ein Bauvertrag mit den für das Bauvorhaben Mühlenstraße/P. vereinbarten Einheitspreisen auf der Grundlage des für dieses Bauvorhaben vorliegenden Leistungsverzeichnisses geschlossen worden. Die Leistungen hätten jedoch durch die Ausführungspläne präzisiert werden sollen. Tatsächlich hätten sich nicht unerhebliche Abweichungen ergeben. Der Vertrag sei wegen Verzuges der Klägerin nach Fristsetzung mit Kündigungsandrohung am 19. Oktober 1995 gekündigt worden. Das Berufungsgericht hat zu diesem teilweise bestrittenen Vortrag keine Feststellungen getroffen. Von ihm ist in der Revision auszugehen.

2. Der Auftraggeber ist gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B berechtigt, nach der Entziehung des Auftrages den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. Er hat Anspruch auf Erstattung der durch die Ersatzvornahme entstandenen Mehrkosten der Fertigstellung (BGH, Urteil vom 11. Juli 1974 - VII ZR 76/72 =

NJW 1974, 1707). Der Anspruch besteht in Höhe der Differenz zwischen der mit dem Auftragnehmer vereinbarten Vergütung für die infolge der Kündigung nicht mehr erbrachten Leistung und der für diese Leistung erforderlichen tatsächlichen Kosten der Ersatzvornahme. Er besteht unabhängig davon, ob der Auftraggeber die Frist über die Zusendung der Mehrkostenaufstellung nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B eingehalten hat (Nicklisch/Weick, VOB, 2. Aufl., § 8 Rdn. 39 a; Beck'scher VOB-Komm./Motzke, § 8 Nr. 3 Rdn. 54; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., B § 8 Rdn. 41; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 8 Rdn. 137).

Die Voraussetzungen des Kostenerstattungsanspruchs aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B hat der Auftraggeber schlüssig vorzutragen (Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 8 Rdn. 87). Dazu gehören in der Regel die Darlegung der anderweitig als Ersatzvornahme erbrachten Leistung, der dadurch entstandenen Kosten und der infolge der Kündigung nicht mehr an den Auftragnehmer zu zahlenden Vergütung sowie die Berechnung der sich daraus ergebenden Differenz. Welche Anforderungen an die Darlegung dazu im Einzelfall zu stellen sind, hängt von den Umständen der gesamten Vertragsabwicklung mit dem Auftragnehmer sowie der Ersatzvornahme ab. Sie bestimmen sich danach, welche Angaben dem Auftraggeber möglich und zumutbar sind, und nach dem Kontroll- und Informationsinteresse des Auftragnehmers. Eine den Anforderungen des § 14 Nr. 1 VOB/B entsprechende Abrechnung kann danach entgegen der in der Literatur vertretenen Meinung (Nicklisch/Weick, VOB, 2. Aufl., § 8 Rdn. 37; Beck'scher VOB/B-Komm./Motzke, § 8 Nr. 3 Rdn. 52; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 8 Rdn. 132; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., B § 8 Rdn. 40) nicht generell und unabhängig vom Einzelfall gefordert werden.

3. Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Beklagten.

a) Die Beklagte hat in einem Preisspiegel die von der Firma St. im Wege der Ersatzvornahme erbrachten Leistungen aufgelistet. Sie hat den mit der Klägerin vereinbarten Einheitspreisen die mit der Firma St. vereinbarten Einheitspreise gegenübergestellt. Sie hat sodann die tatsächlichen Mengen durch ein Aufmaß ermittelt, diese Mengen mit den Einheitspreisen multipliziert und für jede einzelne Position die Preisdifferenz ermittelt.

Die Beklagte hat darüber hinaus auch Mehrkosten für Leistungen geltend gemacht, die zwar nicht Gegenstand des Vertrages mit der Klägerin waren, jedoch nach ihrer Behauptung von der Klägerin hätten ausgeführt werden müssen, weil sie notwendig gewesen seien. Insoweit hat sie einen Prozentsatz von 6,21 % von den Preisen der Firma St. geltend gemacht mit der Behauptung, um diesen Prozentsatz sei die Firma St. durchschnittlich teurer gewesen.

b) Zu Unrecht geht das Berufungsgericht davon aus, diese Berechnung sei nicht konkret, sondern hypothetisch, weil eine "definitive Abrechnung" der Firma St. noch nicht vorliege. Die Beklagte hat den Preisvergleich auf der Grundlage der bereits vorliegenden "Massenaufstellungen" der Firma St. im März 1997 vorgenommen. Sie hat sodann mit Schriftsatz vom 21. Oktober 1997 die Schlußrechnung dieser Firma vorgelegt und behauptet, diese sei bezahlt. Die Schlußrechnung ist eine Zusammenfassung der mit den vertraglich vereinbarten Preisen versehenen "Massenaufstellungen", die bereits Grundlage der vergleichenden Berechnung der Beklagten waren. Sie endet mit dem Betrag, mit dem auch die Summe der "Massenaufstellungen" endete. Dieser Betrag von 510.669,81 DM ist Grundlage der Mehrkostenberechnung der Beklagten. Damit beruht die Abrechnung der Beklagten auf den tatsächlichen,

endgültig abgerechneten Kosten, wie die Beklagte auch schon in der ersten Instanz geltend gemacht hat.

c) Der Vortrag zu den Mehrkosten ist schlüssig. Die vom Landgericht erhobenen Bedenken greifen nicht durch.

aa) Die Beklagte hat die infolge der Kündigung anderweitig vergebenen Leistungen genau bezeichnet. Zu Unrecht vermißt das Landgericht eine an dem Leistungsverzeichnis für das Bauvorhaben Im Kleefeld/B. orientierte, geordnete Aufstellung.

Die Beklagte hat diejenigen Positionen aus diesem Leistungsverzeichnis herangezogen, die nach ihrer Behauptung von der Klägerin ausgeführt worden wären und auch von der Firma St. erbracht worden sind. Daß sich die Beklagte nicht an den Positionen des Leistungsverzeichnisses orientiert hat, ist schon deshalb unschädlich, weil dieses Leistungsverzeichnis nach ihrer Behauptung nicht Vertragsgegenstand war, sondern nachträglich zum Zwecke der Preiskontrolle aufgestellt worden ist.

Die Massen sind durch ein Aufmaß belegt. Hinsichtlich der Zuordnung des Aufmaßes zu den einzelnen Leistungen hat die Klägerin keine konkreten Rügen erhoben, sondern nur allgemein geltend gemacht, sie sei nicht in der Lage, wegen des fehlenden endgültigen Aufmaßes und der fehlenden Schlußrechnung die Abrechnung zu prüfen. Diese Rüge ist schon deshalb verfehlt, weil die Massenaufstellungen der Firma St. sowohl hinsichtlich des Aufmaßes als auch der Preise geprüft sind und die Schlußrechnung der Firma St. vorliegt. Die übrigen Beanstandungen der Klägerin wenden sich nicht gegen die Schlüssigkeit des Vortrages, sondern gegen seine Richtigkeit.

bb) Die Beklagte hat die Beträge ermittelt, die sie für die Fertigstellung der nach ihrer Behauptung von der Klägerin geschuldeten, jedoch nicht erbrachten Leistungen an die Drittunternehmerin tatsächlich gezahlt hat. Diesen Kosten hat sie die Vergütung gegenübergestellt, die nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Einheitspreisvertrag an die Klägerin zu zahlen gewesen wäre. Zu Unrecht bemängelt das Landgericht, daß die Beklagte als Vergleichsmaßstab die Einheitspreise aus dem Bauvorhaben Mühlenstraße/P. herangezogen hat. Diese waren nach der Behauptung der Beklagten auch für das Bauvorhaben Im Kleefeld/B. maßgebend.

cc) Auch die Zweifel des Landgerichts an der Abrechnung der zusätzlichen und geänderten Leistungen sind nicht gerechtfertigt. Der Auftraggeber hat Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten für die vertragsgerechte Durchführung des Bauvorhabens. Er soll damit so gestellt werden, als wäre der Vertrag nicht gekündigt worden. Er kann deshalb auch solche Leistungen in die Vergleichsberechnung einbeziehen, die zwar noch nicht vereinbart waren, deren Durchführung er jedoch gemäß § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B angeordnet hätte und die dann von dem Auftragnehmer kraft der einseitigen Anordnung geschuldet gewesen wären. Für diese Leistungen muß als Vergleichspreis der nach § 2 Nr. 5 VOB/B und § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B zu bildende Preis in Ansatz gebracht werden. In Höhe dieses Preises besteht keine Erstattungspflicht, weil er zusätzlich dem Auftragnehmer zu vergüten gewesen wäre. Übersteigen die Kosten der Ersatzvornahme hinsichtlich der zusätzlichen und geänderten Leistung diesen Preis, kann der Auftraggeber in Höhe der Differenz Erstattung verlangen (vgl. Beck'scher VOB-Komm./Motzke § 8 Nr. 3 Rdn. 39; Ingenstau/Korbion, VOB, 13. Aufl., B § 8 Rdn. 95; Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., § 8 Rdn. 30).

Danach hat die Beklagte auch hinsichtlich der Zusatzleistungen den Anspruch schlüssig berechnet. Sie hat lediglich die Mehrkosten der Ersatzvornahme für notwendige Zusatzleistungen bzw. Änderungen der Bauausführung geltend gemacht. Die Bezifferung dieser Mehrkosten orientiert sich zulässig an dem Prozentsatz, um den die Leistungen der Firma St. durchschnittlich teurer waren. Der Beklagten war nach ihrer Behauptung die Kalkulation der Klägerin für die einzelnen Positionen nicht bekannt. Sie war deshalb nicht in der Lage, bei den einzelnen Nachtragspositionen etwaige Abweichungen von dem Durchschnittssatz zu berücksichtigen. Die Klägerin hat eigene Kalkulationsunterlagen nicht vorgelegt.

dd) Zu den Mehrkosten der Ersatzvornahme gehören auch die Kosten des Preisspiegels. Diese Kosten wären ohne die Kündigung nicht angefallen.

III.

Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Der Senat kann nicht selbst entscheiden, weil Feststellungen zu den übrigen Voraussetzungen des Anspruchs aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B fehlen. Die Sache ist an das Landgericht zurückzuverweisen, weil bereits das Landgericht Vortrag der Beklagten verfahrensfehlerhaft übergangen hat. Beim Landgericht ist nach der bereits durch das Berufungsgericht erfolgten Teilzurückverweisung auch noch der Rest des Rechtsstreits anhängig.

Ullmann

Hausmann

Wiebel

Kuffer

Kniffka