Etwas anderes kann gelten, wenn im Zeitpunkt der Kündigung nur noch geringfügige Leistungen nicht erbracht sind.

BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

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, Dr. Kuffer, Dr. Kniffka und Wendt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 23. Dezember 1998 aufgehoben, soweit zu deren Nachteil erkannt worden ist.

Die Anschlußrevision der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossenen Beklagten Restwerklohn nach Kündigung eines Bauvertrages. Die Parteien schlossen am 12. Mai 1995 einen Vertrag über die Bebauung des frei finanzierten Teils des Wohnparks M. in N. . Die Klägerin verpflichtete sich als Generalbauunternehmerin (GBU), zwei Eigentumswohnungsanlagen, 8 Stadtvillen sowie 3 Tiefgaragen mit den dazuge-

hörigen Außenanlagen zu errichten. Der Vertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

> "§ 9
>
> 1. Die Baugrundstücke für die zur Errichtung vom AG freigegebenen Bauwerke werden dem GBU sofort zur Verfügung gestellt. Der AG und der GBU werden, sobald die Baufreigabe erfolgt ist, einen Bauzeitplan ... gemeinsam abstimmen und als Vertragsbestandteil unterzeichnen.
>
> ...
>
> 3. Der GBU steht dem AG dafür ein, daß die von ihm nach diesem Vertrag zu erstellenden Gebäude innerhalb von jeweils 13 Monaten nach schriftlicher Baufreigabe, die Tiefgaragen 9 Monate nach schriftlicher Baufreigabe durch den AG mängelfrei ... hergestellt und dem AG übergeben werden ...
>
> § 15
>
> ...
>
> 2. Kündigt der AG den Vertrag aus einem von ihm nicht zu vertretenden wichtigen Grund, so hat der GBU Anspruch auf den anteiligen Pauschal- und Endfestpreis für die bereits erbrachten Teilleistungen nach Maßgabe der Bewertungen im Zahlungsplan, sofern diese Teilleistungen fertig und mängelfrei sind, andernfalls abzüglich der Fertigstellungs- und Nachbesserungskosten, ferner auf Ersatz von Kosten aus Subunternehmerverträgen und Abnahmeverpflichtungen, die wegen des Abbruchs der Bauausführung entstehen; weitere Ansprüche des GBU bestehen nicht ..."

Der Vertrag wurde von den Beklagten im April 1996 gekündigt, weil die Klägerin nach ihrer Auffassung in Verzug und nicht bereit war, Beschleunigungsmaßnahmen zu ergreifen. Die Klägerin meinte, sie habe die Kündigung

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

nicht zu vertreten und erstellte am 18. September 1996 eine Schlußrechnung über die erbrachten Leistungen. In dieser Schlußrechnung bewertete sie diese Leistungen nach ihrer Behauptung auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation. Von dem ursprünglichen Rechnungsbetrag von 8.852.320,04 DM hat sie nach verschiedenen Abzügen mit der Klage 7.693.724,94 DM geltend gemacht.

Die Beklagten haben sich auf den Standpunkt gestellt, sie hätten aus wichtigem, von ihnen nicht zu vertretenden Grund gekündigt. Die Klägerin müsse deshalb nach § 15 des Vertrages auf der Grundlage des Zahlungsplans abrechnen. Nach dieser Abrechnung stehe der Klägerin unter Berücksichtigung der Mängelbeseitigungskosten und Mehrkosten der Fertigstellung nichts mehr zu.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat gemeint, die Kündigung sei wegen des Verzuges der Klägerin aus wichtigem, von den Beklagten nicht zu vertretenden Grund gekündigt worden. Die Klägerin müsse deshalb nach § 15 des Vertrages auf der Grundlage der Bewertung in den Zahlungsplänen abrechnen. Die Abrechnung auf der Grundlage ihrer Kalkulation entspreche dem nicht.

Mit der Berufung hat die Klägerin ihre Auffassung weiter verfolgt, sie habe die Kündigung nicht zu vertreten und sei deshalb berechtigt, nach § 649 Satz 2 BGB abzurechnen. Sie hat gleichwohl, ohne Aufgabe ihres Standpunktes, mit Schriftsatz vom 2. September 1998 eine nach ihrer Auffassung den vertraglichen Anforderungen des § 15 entsprechende Berechnung vorgelegt. Aus dieser Berechnung ergibt sich eine Restsumme von 6.278.885 DM.

Das Berufungsgericht hat die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage als derzeit unbegründet abgewiesen wird. Die Beklagten hätten keinen wichtigen Grund zur Kündigung gehabt. Die Klägerin könne deshalb nach § 649 Satz 2 BGB abrechnen. Die Abrechnung vom 18. September 1996 sei jedoch nicht im Sinne von § 11 Nr. 4 des Bauvertrages prüffähig. Die Abrechnung vom 2. September 1998 sei nicht zu berücksichtigen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Diese erstreben eine Abweisung der Klage als unbegründet ohne jede Einschränkung. Mit der Anschlußrevision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dagegen hat die Anschlußrevision der Klägerin keinen Erfolg.

A. Die Revision der Beklagten

I.

Die Revision der Beklagten ist zulässig. Die für die Zulässigkeit des Rechtsmittels erforderliche Beschwer der Beklagten durch das Urteil des Berufungsgerichts liegt vor.

1. Es ist umstritten, ob die beklagte Partei beschwert ist, wenn sie eine endgültige Abweisung der Klage anstrebt, diese jedoch als derzeit unbegründet abgewiesen wird. In der Literatur wird teilweise vertreten, die beklagte Partei könne kein Rechtsmittel mit dem Ziel einer endgültigen Klageabweisung einlegen. Damit werde nur versucht, eine andere Begründung für die Klageabweisung zu erreichen (MünchKomm-Rimmelspacher, vor § 511 Rdn. 30; vgl. auch Musielak, ZPO, vor § 511 Rdn. 14).

2. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß eine Anschlußberufung zulässig ist, mit der der Beklagte sich gegen die Klageabweisung als zur Zeit unbegründet mit dem Ziel richtet, eine endgültige Klageabweisung zu erreichen (Urteil vom 23. Mai 1957 - II ZR 250/55 = BGHZ 24, 279, 284). In diesem Verfahren kam es auf die materielle Beschwer nicht an, weil diese keine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Anschlußberufung ist. Der Bundesgerichtshof hat jedoch hervorgehoben, daß der Beklagte im Prozeß teilweise unterlegen ist. Daraus wird gefolgert, daß der Beklagte beschwert ist, wenn eine Klage nur als zur Zeit unbegründet abgewiesen wird, er jedoch die Klageabweisung als endgültig unbegründet anstrebt (Zöller/Gummer, ZPO, 21. Aufl., vor § 511 Rdn. 19; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 58. Aufl., Grundz § 511 Rdn. 20; Walchshöfer, Festschrift für Schwab, S. 521, 532; Grunsky

Anm. zu BGH, Beschluß vom 25. November 1999 - III ZB 50/99 = LM ZPO § 511 Nr. 66).

3. Das ist richtig. Die beklagte Partei ist durch ein Urteil beschwert, wenn es seinem Inhalt nach für sie nachteilig ist, sie also mit dem Rechtsmittel eine für sie günstigere Entscheidung herbeiführen kann (BGH, Urteil vom 5. Januar 1955 - IV ZR 238/54 = NJW 1955, 545, 546).

Diese Voraussetzungen liegen regelmäßig vor, wenn eine Klage mangels Fälligkeit der Forderung lediglich als derzeit unbegründet abgewiesen wird, die beklagte Partei jedoch eine endgültige Klageabweisung angestrebt hat. Denn die beklagte Partei will einen weitergehenden, für sie günstigeren Prozeßerfolg. Anders als bei einer endgültigen Klageabweisung, verbleibt der klagenden Partei bei einer Abweisung der Klage als derzeit unbegründet die Möglichkeit, die Klage erneut zu erheben, wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97 = BGHZ 140, 365 = NJW 1999, 1867 = BauR 1999, 635 = ZfBR 1999, 196). Das beschwert die beklagte Partei ähnlich wie in dem Fall, daß eine Klage als unzulässig statt als unbegründet abgewiesen wird (BGH, Urteil vom 18. November 1958 - VIII ZR 131/57 = BGHZ 28, 349, 350; BAG, Beschluß vom 19. November 1985 - ABR 37/83 = NJW 1987, 514).

Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob die Rechtskraft des die Klage als zur Zeit unbegründet abweisenden Urteils auch die Feststellungen erfaßt, die die Grundlagen der fehlenden Fälligkeit betreffen, kommt es nicht an (vgl. dazu Heinrich, BauR 1999, 17; Deckers, BauR 1999, 987). Die Rechtskraftwirkung dieses Urteils geht jedenfalls weniger weit als diejenige einer endgültigen Abweisung des Klageanspruchs. Daraus folgt, daß es der beklagten

Partei nicht lediglich um die Auswechslung der Begründung für die Klageabweisung geht.

II.

Die Revision ist auch begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin ihre erbrachten Leistungen nach § 631 BGB abrechnen kann oder nach § 15 Nr. 2 GU-Vertrag abrechnen muß. Eine Abrechnung nach § 15 Nr. 2 GU-Vertrag kommt in Betracht, wenn diese Regelung wirksam vereinbart ist und deren Voraussetzungen vorliegen. Beides kann in der Revision nicht abschließend beurteilt werden, weil noch weitere Feststellungen notwendig sind. Das Berufungsgericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen dazu getroffen, ob § 15 GU-Vertrag wirksam vereinbart ist (1). Rechtsfehlerhaft hat es die Voraussetzungen für eine Kündigung aus wichtigem, von den Beklagten nicht zu vertretenden Grund verneint (2).

1. Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen zu der zwischen den Parteien umstrittenen Frage, ob die Regelung des § 15 Nr. 2 GU-Vertrages eine von den Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung ist oder diese im einzelnen ausgehandelt worden ist, § 1 Abs. 2 AGBG.

a) Handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten, so ist die Regelung unwirksam, wenn die Bewertung nach Zahlungsplan entgegen den Geboten von Treu und Glauben in unangemessener Weise von ei-

ner nach allgemeinen Grundsätzen des § 631 BGB vorzunehmenden Bewertung abweicht, § 9 AGBG. Die Klägerin hat dazu vorgetragen, mit den Zahlungsplänen hätten die Beklagten ihr Ziel verwirklicht, die einzelnen Raten so weit wie möglich "nach hinten zu verschieben". Die von ihr aufgeführten Beispiele belegen, daß eine am Zahlungsplan orientierte Vergütung jedenfalls in Einzelfällen zu unangemessen Ergebnissen führt (z.B. Aufzugsanlage, Inbetriebnahme der technischen Gebäudeausrüstung usw.). Mit einer nicht am tatsächlichen Leistungsstand orientierten, möglicherweise von den kalkulatorischen Grundlagen losgelösten Bewertung wird der Grundsatz verletzt, daß der Unternehmer gemäß § 631 BGB für seine erbrachten Leistungen zu vergüten ist und die Parteien durch die vorzeitige Beendigung des Vertrages keinen Vor- und Nachteil haben dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97 aaO).

Soweit der Auftraggeber nach § 15 Nr. 2 GU-Vertrag ohne weitere Voraussetzungen berechtigt sein soll, die Kosten für eine Mängelbeseitigung von dem Werklohn abzuziehen, ist der Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Damit ist der in § 633 Abs. 3 BGB zum Ausdruck gekommene wesentliche Grundgedanke verletzt, daß vor einer Ersatzvornahme der Unternehmer im allgemeinen Gelegenheit erhalten muß, die Mängelbeseitigung selbst vorzunehmen. Das gilt grundsätzlich auch im Falle einer Kündigung (BGH, Urteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 251/86 = BauR 1987, 689 = NJW 1988, 140 = ZfBR 1987, 271; Urteil vom 8. Oktober 1987 - VII ZR 45/87 = BauR 1988, 82 = NJW-RR 1988, 208 = ZfBR 1988, 38).

b) Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls die notwendigen Feststellungen nachzuholen haben. Vorsorglich weist der Senat auf folgendes hin. Zwischen den Parteien ist nicht streitig, daß die Beklagten die Bedingungen

gestellt haben. Soweit der Streit darum geht, ob eine Absicht der Mehrfachverwendung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand, muß berücksichtigt werden, daß es ausreicht, wenn die Bedingungen auch bei anderen, noch nicht geplanten Bauvorhaben Verwendung finden sollten. Dabei ist es nicht erforderlich, daß die Bedingungen von den in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossenen Beklagten gemeinsam mehrfach verwendet werden. Ausreichend ist es auch, wenn sie allgemein zur Mehrfachverwendung vorgesehen sind, also z.B. von einer der als Gesellschafter verbundenen Baugesellschaften benutzt werden sollen oder zum Zwecke der Mehrfachverwendung entworfen worden sind. Denn es genügt, daß eine Vertragspartei ein von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen angefertigtes Formular benutzt, auch wenn sie es ihrerseits nur für einen einzigen Vertrag verwendet (BGH, Urteil vom 16. November 1990 - V ZR 217/89 = NJW 1991, 843).

2. Ist die Klausel wirksam vereinbart, kommt es auf die Frage an, ob die Beklagte aus wichtigem Grund kündigen konnte, § 95 Nr. 1 GU-Vertrag.

Das Berufungsgericht verneint die Vereinbarung eines vertraglich vorgesehenen Bauzeitenplans. Aus der Überschreitung von Planfristen könne deshalb das Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht hergeleitet werden.

Die Beklagten könnten auch nicht wegen Überschreitung der vertraglich für die einzelnen Bauabschnitte vereinbarten Fertigstellungstermine von jeweils 13 Monaten nach Baufreigabe kündigen, weil diese Frist (mit Ausnahme der Tiefgarage) im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht abgelaufen gewesen sei. Vor Eintritt der Fälligkeit könne nur gekündigt werden, wenn dem Schuldner eine über das Unterlassen der geschuldeten Leistung weit hinausgehende Vertragsverletzung zur Last fiele, z.B. durch die bestimmte, ernsthafte und

endgültige Verweigerung der Erfüllung. Diese Voraussetzungen lägen hier nicht vor.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Zu Unrecht ist das Berufungsgericht der Auffassung, die Beklagten hätten keinen wichtigen Grund zur Kündigung in dem Zeitpunkt gehabt, in dem feststand, daß die vertraglich vorgesehene Fertigstellungsfrist von 13 bzw. 9 Monaten nach Baufreigabe nicht eingehalten wird. In der Revision ist zu unterstellen, daß die Fristüberschreitung von der Klägerin zu vertreten ist. Das ist umstritten, denn die Klägerin macht ungewöhnliche Witterungsverhältnisse geltend. Feststellungen dazu fehlen.

a) Der Auftraggeber hat einen wichtigen Grund zur Kündigung, wenn Vertragsverletzungen des Auftragnehmers von solchem Gewicht vorliegen, daß eine Fortsetzung des Vertrages für ihn unzumutbar ist (BGH, Urteil vom 23. Mai 1996 - VII ZR 140/95 = BauR 1996, 704 = ZfBR 1996, 267). Das Recht zur Kündigung kann auch dann bestehen, wenn die schwer wiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist. Denn es kann dem Auftraggeber in aller Regel nicht zugemutet werden, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 1992 - X ZR 115/90 = NJW-RR 1992, 1141, 1142; Urteil vom 21. Oktober 1982 - VII ZR 51/82 = NJW 1983, 989, 990). Die Rechtslage ist insoweit vergleichbar mit den Fällen, in denen der Gläubiger vor Fälligkeit der Leistungsverpflichtung ohne Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bereits nach § 326 Abs. 1 Satz BGB vorgehen kann, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert (BGH, Urteil vom 19. September 1983 - VIII ZR 84/82 = NJW 1984, 48, 49; Urteil vom 10. Dezember 1975 - VIII ZR 147/74 = WM 1976, 75, 76). Eine Kün-

digung kann danach auch dann erfolgen, wenn feststeht, daß der Auftragnehmer eine Vertragsfrist aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird und diese Vertragsverletzung von so erheblichem Gewicht ist, daß eine Fortsetzung des Vertrages mit dem Auftragnehmer nicht zumutbar ist.

b) Ein solcher Fall kann hier entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts vorliegen.

Nach § 9 Nr. 3 des GU-Vertrages steht die Klägerin den Beklagten dafür ein, daß die von ihr zu erstellenden Gebäude innerhalb von 13 Monaten, die Tiefgaragen 9 Monate nach schriftlicher Baufreigabe durch den Auftraggeber mängelfrei hergestellt und dem Auftraggeber übergeben werden. Diese Regelung enthält eine berechenbare Fertigstellungsfrist und zwar unabhängig davon, ob ein Bauzeitenplan vereinbart wird. Die Baufreigaben sind zu unterschiedlichen Zeitpunkten erklärt worden. Die Fertigstellung der einzelnen Bauabschnitte war bei den Gebäuden 13 Monate und bei den Tiefgaragen 9 Monate später geschuldet.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin im Oktober 1995 einen Terminplan aufgestellt, wonach die sich aus der Freigabe errechneten Fristen eingehalten werden. Im März 1996 hat die Klägerin durch ihren Vorstand erklären lassen, daß diese Fertigstellungsfristen nicht eingehalten werden können, sondern teilweise um über drei Monate überschritten werden müssen. Die Aufforderung der Beklagten vom 3. April 1996, bis zum 11. April 1996 realistische Fertigstellungstermine zu benennen, hat die Klägerin unbeantwortet gelassen.

Die Beklagten durften zum Zeitpunkt der danach im April erfolgten Kündigung davon ausgehen, daß die Klägerin nicht in der Lage war, die vertraglich

vereinbarten Fertigstellungstermine einzuhalten. Es stand fest, daß diese Termine erheblich überschritten würden. Die Beklagten waren berechtigt, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen, wenn die Terminsüberschreitung von der Klägerin zu vertreten war.

c) Die vom Berufungsgericht angeführten Gründe rechtfertigen keine andere Beurteilung.

aa) Es ist unerheblich, daß die Klägerin den Eindruck erweckt hat, sie würde die einseitig von ihr festgesetzten, jedoch verspäteten Termine einhalten. Die Beklagten hatten Anspruch auf Einhaltung der vertraglich vereinbarten Termine.

bb) Zu Lasten der Beklagten läßt sich nichts daraus herleiten, daß sie versucht haben, nach der Mitteilung des Vorstandsmitgliedes der Klägerin vom 20. März 1996 die Klägerin zur Angabe früherer Termine zu veranlassen. Das bedeutet nicht, daß sie mit der Fristüberschreitung einverstanden gewesen seien. Demzufolge waren sie auch nicht verpflichtet zu erläutern oder sich dazu zu äußern, welche Fertigstellungstermine sie als erforderlich ansahen und akzeptiert hätten.

cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es auch nicht darauf an, ob es den Beklagten sodann gelungen ist, durch den Drittunternehmer eine wesentliche Beschleunigung zu erreichen. Dem Berufungsgericht kann zudem auch deshalb nicht gefolgt werden, weil es ohne weiteres unterstellt, daß die Klägerin ihre neuen Termine eingehalten hätte. Das steht jedoch nicht fest. Im übrigen ergibt sich aus der Aufstellung des Berufungsgerichts, daß trotz der durch die Kündigung eingetretenen Erschwernis noch eine

erheblich frühere Fertigstellung erreicht werden konnte, als sie von der Klägerin zugesagt worden war.

dd) Auch der Umstand, daß sich das Bauvorhaben durch die Kündigung verteuerte, ist kein Grund, den Beklagten die sich aus der Verzögerung ergebenden Rechte zu versagen.

ee) Ebensowenig kann berücksichtigt werden, daß die Beklagten die Erfüllungsbürgschaften über 5 % der Vertragssumme erst verspätet im März 1996 geleistet haben. Die Klägerin hat diesen Umstand selbst nicht als Hindernis für ihre Leistungen angesehen. Die Überschreitung der Fertigstellungstermine beruhte nicht darauf, daß die Bürgschaften nicht rechtzeitig gestellt worden sind (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 1976 - VII ZR 52/74 = BauR 1976, 128, 129).

d) Nach allem kommt es für die revisionsrechtliche Beurteilung nicht darauf an, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Überschreitung von Planfristen frei von Rechtsfehlern sind.

III.

Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die notwendigen Feststellungen dazu zu treffen hat, ob § 15 GU-Vertrag anwendbar ist.

B. Die Anschlußrevision der Klägerin

Die Anschlußrevision der Klägerin ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Abrechnung vom 18. September 1996 sei nicht prüffähig. Es komme nicht darauf an, ob die weitere Abrechnung im Schriftsatz vom 2. September 1998 prüffähig sei. Aufgrund der prozessualen Erklärungen ihrer Prozeßbevollmächtigten sei davon auszugehen, daß die hilfsweise in die Berufungsinstanz eingeführte Abrechnung nur für den Fall als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden sollte, daß die Kündigung der Beklagten aus wichtigem Grund als wirksam angesehen werde. Das sei jedoch nicht der Fall.

II.

Dagegen wendet sich die Anschlußrevision ohne Erfolg.

1. Die Abrechnung der erbrachten Leistungen vom 18. September 1996 ist nicht prüffähig im Sinne des § 11 Nr. 4 des Bauvertrages.

a) Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Abrechnung eines gekündigten Pauschalvertrages hat der Unternehmer die erbrachten Leistungen darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistung zum Wert der nach dem Pau-

schalvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Der Unternehmer muß deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen. Soweit zur Bewertung der erbrachten Leistung Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluß nicht vorhanden oder nicht ergiebig sind, muß der Unternehmer im nachhinein im einzelnen darlegen, wie die erbrachten Leistungen unter Beibehaltung des Preisniveaus zu bewerten sind. Die Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen und deren Bewertung muß den Besteller in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen (ständige Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 91/98 = BauR 1999, 631 = NJW 1999, 2036 = ZfBR 1999, 194).

b) Diesen Anforderungen entspricht die Rechnung vom 18. September 1996 nicht. Der Anschlußrevision ist zwar einzuräumen, daß der Bauteil A 1 entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in diesem Sinne prüffähig abgerechnet ist. Die vom Berufungsgericht insoweit erhobenen Bedenken sind unbegründet. Die Klägerin hat für den Bauteil A 1 eine kalkulatorische Bewertung der nach ihrer Auffassung geschuldeten Gesamtleistung durch Aufgliederung des Pauschalpreises in Einheitspreise vorgenommen. Sie hat sodann anhand des Aufmasses und der kalkulierten Einheitspreise den kalkulierten Gesamtpreis für die erbrachten Leistungen ermittelt. Die Abweichung des kalkulierten Preises von dem geringeren tatsächlich vereinbarten Preis hat sie durch einen auf alle Einheitspreise gleichmäßig verteilten Abschlag berücksichtigt.

Die Klägerin hat jedoch die anderen Bauteile nicht in entsprechender Weise abgerechnet. Sie hat insoweit lediglich eine nach Aufmaß und kalkulierten Einheitspreisen vorgenommene Bewertung der erbrachten, nicht aber der Gesamtleistung vorgenommen. Das versetzt die Beklagten nicht in die La-

ge, die Bewertung der einzelnen Massen und Preise darauf hin zu überprüfen, ob sie den vertraglichen Grundlagen entsprechen. Die nachträgliche Aufgliederung in Einzelleistungen und Preise muß in der Regel die Gesamtleistung erfassen. Etwas anderes kann gelten, wenn im Zeitpunkt der Kündigung nur noch geringfügige Leistungen nicht erbracht sind. Insoweit kann, sofern keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, eine Bewertung der nicht erbrachten Leistungen und deren Abzug vom Gesamtpreis ausreichen (BGH, Urteil vom 16. Januar 1986 - VII ZR 138/85 = BGHZ 96, 392, 394).

Zu Unrecht meint die Anschlußrevision, die Klägerin habe eine den Anforderungen entsprechende Bewertung dadurch vorgelegt, daß sie hinsichtlich der anderen Bauteile den kalkulierten Gesamtpreis nach Kosten pro Quadratmeter dargelegt und dann den sich aus dem tatsächlich vereinbarten Preis ergebenden Abschlag ermittelt hat. Diese Berechnung besagt nichts darüber, wie die einzelnen Teilleistungen kalkulatorisch bewertet worden sind. Regelmäßig versetzt erst eine Aufgliederung der Gesamtleistung den Auftraggeber in die Lage, die nachträgliche Kalkulation darauf hin zu überprüfen, ob den vertraglichen Grundlagen widersprechende kalkulatorische Verschiebungen vorliegen. Rechnet der Auftragnehmer nachträglich auf der Grundlage von Einheitspreisen ab, ist er in der Regel gehalten, den Gesamtpreis in gleicher Weise darzustellen.

2. Zu Unrecht rügt die Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe die Abrechnung aus dem Schriftsatz vom 2. September 1998 berücksichtigen und seiner Entscheidung zu Grunde legen müssen.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung, für

welchen Fall die hilfsweise in der Berufungsinstanz eingeführte Abrechnung überreicht worden sei, erklärt, daß diese Abrechnung nur dann Grundlage der Entscheidung werden solle, wenn das Berufungsgericht die fristlose Kündigung für gerechtfertigt erachte.

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht die Erklärungen der Klägerin im nachgelassenen Schriftsatz vom 10. November 1998, sie unterlege die Klage hilfsweise mit der Abrechnung vom 2. September 1998, ohne daß ein wichtiger Grund zur Kündigung anerkannt werde, im gleichen Sinne verstanden hat. Dieses Verständnis drängt sich insbesondere unter Berücksichtigung der weiteren Erläuterung der Klägerin auf, die Beklagten könnten sich darauf verlassen, daß es ihr gelingen werde, eine prüffähige Abrechnung vorzunehmen, falls das bisher nicht geschehen sein sollte.

b) Die Klägerin hat danach die Abrechnung vom 2. September 1998 nur für den Fall vorgelegt, daß sie verpflichtet ist, nach § 15 Nr. 2 des GU-Vertrages abzurechnen. Da diese Bedingung nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht vorlag, mußte es die Abrechnung vom 2. September 1998 seiner Entscheidung nicht zugrunde legen. Die von der Anschlußrevision erhobenen prozessualen Bedenken teilt der Senat nicht.

Durch die Abrechnung vom 2. September 1998 sollte die Grundlage für den Vergütungsanspruch für den Fall geschaffen werden, daß nach § 15 Nr. 2 GU-Vertrag abzurechnen ist. Damit war es gleichzeitig ausgeschlossen, die Abrechnung unter den Voraussetzungen des § 631 BGB zu prüfen.

Ullmann Haß Kuffer

Kniffka Wendt