

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Februar 1999 durch die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 3. Februar 1998 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger verlangen von dem Beklagten Restwerklohn nach Aufhebung eines Bauvertrages. Der Beklagte hatte 1993 zunächst mit der Firma Sch. einen Vertrag über die Sanierung eines Objektes in Eisenach zum Pauschalpreis von 595.000 DM zzgl. Mehrwertsteuer geschlossen. Die VOB/B war vereinbart. Nachdem die Firma Sch. Teilleistungen erbracht hatte, kündigte der Beklagte Anfang 1994 den Vertrag. Die Kläger übernahmen die weitere Ausführung und vereinbarten mit dem Beklagten wegen der bereits erbrachten Leistungen eine

Reduzierung der Vergütung auf 465.000 DM zzgl. Mehrwertsteuer unter Fortgeltung des mit der Firma Sch. geschlossenen Vertrages. Im September 1994 hoben die Kläger diesen Vertrag auf, nachdem der Beklagte die verlangte Bauhandwerkersicherheit nicht stellte. Kurz darauf kündigte der Beklagte den Vertrag.

Die Kläger haben mit der Klage Werklohn für erbrachte Leistungen einschließlich behaupteter Zusatzleistungen in Höhe von 321.597,50 DM nebst Zinsen verlangt. Mit einer Widerklage hat der Beklagte u.a. die Kläger auf Rückzahlung überzahlten Werklohnes aus einem anderen Bauvorhaben in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen. Die Berufung war erfolglos. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihren Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Landgericht hat es dahinstehen lassen, ob die Kläger den Vertrag wirksam aufgehoben hätten oder der Beklagte ihn gekündigt habe. Die Kläger hätten den Werklohnanspruch für die aus dem Pauschalvertrag erbrachten Leistungen nicht hinreichend substantiiert dargetan. Es reiche nicht, für die einzelnen Gewerke der Gesamtleistung jeweils einen Pauschalpreis vorzutragen, ohne die ausgeführten Arbeiten genau zu bezeichnen und sodann zu behaupten, diese Pauschalpreise seien angemessen und entsprächen dem ver-



einbarten Gesamtpreis. Vielmehr hätten die Kläger bei Beginn und nach Beendigung ihrer Arbeiten den Bautenstand festhalten müssen. Ohne genaue Mengenangaben durch ein Aufmaß lasse sich die Berechnung nicht nachvollziehen. Die in Rechnung gestellten Zusatzarbeiten seien nicht substantiiert dargelegt.

Diesen Erwägungen hat sich das Berufungsgericht angeschlossen. Daß ein Aufmaß nicht mehr möglich sei, entlaste die Kläger nicht. Hinsichtlich der Zusatzarbeiten sei festzustellen, daß der beauftragende Architekt keine Vollmacht gehabt habe.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Vorinstanzen haben die Anforderungen an die Darlegung eines Anspruchs auf Vergütung erbrachter Leistungen nach Aufhebung oder Kündigung eines Pauschalvertrages verkannt (1.). Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Zusatzleistungen zudem erheblichen Vortrag der Kläger übergangen und ist zu Unrecht davon ausgegangen, der Vertrag scheitere an der fehlenden Vollmacht des Architekten (2.).

1. Die Kläger haben einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen schlüssig dargelegt.

a) Die Vorinstanzen haben keine Feststellungen getroffen, ob die Aufhebung des Vertrages durch die Kläger wirksam war oder der Vertrag durch die Kündigung des Beklagten beendet worden ist. Darauf kommt es für die Entscheidung des Senats auch nicht an. Denn die Anforderungen an die Darle-

gungslast sind für alle nach diesen Sachverhaltsalternativen in Betracht kommenden Ansprüche gleich.

aa) War die Aufhebung des Vertrages durch die Kläger unwirksam, haben sie Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen unabhängig davon, ob die Kündigung des Beklagten aus § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B oder aus wichtigem Grund hergeleitet wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 1987 - VII ZR 251/86 = NJW 1988, 140, 141 = BauR 1987, 689 = ZfBR 1987, 271). Der Anspruch ist nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen über die Abrechnung eines Pauschalvertrages nach Kündigung abzurechnen. Wäre diese gemäß § 8 Nr. 6, § 14 VOB/B vorzunehmende Abrechnung nicht prüffähig, könnte die Klage allerdings nicht mangels Substantiierung als endgültig, sondern nur als zur Zeit unbegründet abgewiesen werden. Denn der Anspruch wäre wegen der fehlenden Prüffähigkeit der Schlußrechnung nicht fällig (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

bb) War die Aufhebung des Vertrages gemäß § 648 a Abs. 5 i.V.m. § 643 BGB wirksam, so steht den Klägern ein Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen aus § 645 Abs. 1 BGB zu. Diese Vergütung ist ebenfalls nach den Grundsätzen zu berechnen, die der Senat für den Anspruch auf Vergütung der erbrachten Leistungen nach einem gekündigten Werkvertrag aufgestellt hat. Denn auch in diesem Fall läßt sich die dem Unternehmer zustehende Teilvergütung nur auf der Grundlage des geschlossenen Vertrages ermitteln. Es muß gewährleistet sein, daß der Unternehmer durch die Aufhebung des Vertrages keine Vorteile und auch keine Nachteile erfährt (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1995 - VII ZR 198/94 = BGHZ 131, 362, 366).

cc) Die für alle in Betracht kommenden Vergütungsansprüche erforderliche Abrechnung muß den Besteller in die Lage versetzen, die Berechtigung

der Forderung auf der Grundlage des Vertrages zu überprüfen. Der Unternehmer hat 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 Pauschalvertrag 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 (BGH, Urteil vom 29. Juni 1995 - VII ZR 184/94 = NJW 1995, 2712, 2713 = BauR 1995, 691 = ZfBR 1995, 297; Urteil vom 7. November 1996 - VII ZR 82/95 = NJW 1997, 733, 734 = BauR 1997, 304 = ZfBR 1997, 78). 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 (BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93 = NJW 1996, 3270, 3271 = BauR 1996, 846 = ZfBR 1996, 310, 312).

Welche Anforderungen an die Darlegung im Einzelfall zu stellen sind, hängt von dem Vertrag, den seinem Abschluß, seiner Durchführung und Abwicklung zugrunde liegenden Umständen und vom Informationsbedürfnis des Bestellers ab. Sie ergeben sich auch daraus, welche Angaben der Besteller zur Wahrung seines Interesses an sachgerechter Verteidigung benötigt (BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 277/97, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Sie können deshalb nicht schematisch etwa in der Weise festgelegt werden, daß die Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen nur durch ein Aufmaß möglich ist. Vielmehr kann sich diese Abgrenzung auch aus Umständen ergeben, die anderweitig ermittelt oder den Parteien bereits bekannt sind. Abgrenzungsschwierigkeiten in geringem Umfang be-

rechtlichen nicht dazu, die gesamte Abrechnung als unsubstantiiert zurückzuweisen. Lassen sich diese Abgrenzungsprobleme in der Beweisaufnahme nicht beseitigen, ist nach Beweislast zu entscheiden.

Ebensowenig kann schematisch die Bewertung der erbrachten Leistungen durch eine detaillierte Leistungsbeschreibung mit entsprechenden Preiszuordnungen nach Art eines Einheitspreisvertrages gefordert werden. Notwendig und ausreichend ist eine Bewertung, die den Besteller in die Lage versetzt, sich sachgerecht zu verteidigen, und die einem Beweis zugänglich ist. Eine ausreichend aufgegliederte, gewerkebezogene Kalkulation kann jedenfalls dann genügen, wenn eine andere Kalkulation bei Übernahme des Vertrages nicht möglich war.

b) Nach diesen Maßstäben haben die Kläger entgegen der Auffassung der Vorinstanzen sowohl die erbrachten Leistungen als auch deren Bewertung schlüssig dargelegt.

aa) Sie haben zunächst unter Hinweis auf das grobe, dem Vertrag mit der Firma Sch. zugrunde gelegte Leistungsverzeichnis vorgetragen, welche Leistungen nach dem übernommenen Vertrag insgesamt geschuldet waren. Die davon durch die Firma Sch. einerseits und durch die Kläger andererseits erbrachten Leistungen sind bezeichnet. Insoweit ist durchweg eine genaue Abgrenzung möglich. Die vom Landgericht erwähnten Schwierigkeiten in einzelnen Positionen können durch Nachfragen des Gerichts geklärt werden, § 139 ZPO, und berechtigen nicht dazu, die gesamte Abrechnung als unsubstantiiert zurückzuweisen. Die Kläger haben behauptet, die Leistungen für das Vorderhaus seien vollständig erbracht. Insoweit erübrigte sich eine weitere Abgrenzung zu nicht erbrachten Leistungen. Die Frage, ob die Behauptungen der Klä-

ger zutreffen, ist keine Frage der Schlüssigkeit, sondern durch eine Beweisaufnahme zu klären.

Auch die Abgrenzung zwischen den erbrachten und nicht erbrachten Leistungen am Hinterhaus ist ausreichend. Das Landgericht weist zwar zutreffend darauf hin, daß diese Abgrenzung im Schriftsatz vom 30. September 1996, isoliert gesehen, nicht aussagekräftig ist. Es läßt jedoch zu Unrecht unberücksichtigt, daß die Parteien am 30. September 1994 eine gemeinsame Begehung zur Feststellung des Bautenstandes vornahmen. Es ist nicht erkennbar, warum die bei dieser Begehung getroffenen Feststellungen dem Beklagten keine Beurteilung ermöglichen, welche der vertraglich geschuldeten Leistungen tatsächlich erbracht worden waren. Das Gutachten des Sachverständigen dokumentiert den Leistungsstand anhand zahlreicher Fotos. Es verhält sich auch zu den Elektroleitungen und Sanitärleistungen. Der Beklagte hat denn auch unter Berufung auf das Sachverständigengutachten vorgetragen, daß die Leistungen teilweise nicht erbracht worden seien. Unter Berücksichtigung der gutachterlichen Feststellungen ist eine weitere Darlegung der Kläger nicht notwendig.

bb) Die Kläger haben den Wert der erbrachten Leistungen schlüssig dargetan. Der Pauschalpreis mit der Firma Sch. betrug 595.000 DM. Nach Kündigung der Firma Sch. ist kein Aufmaß genommen worden. Vielmehr haben die Parteien den Leistungsstand grob geschätzt und sich auf einen Preis von 465.000 DM für die Fertigstellung der von der Firma Sch. geschuldeten Arbeiten geeinigt. Die Kläger haben ihre Preisermittlungsgrundlagen nachträglich aufgestellt. Sie haben die Restarbeiten für das Vorderhaus mit 250.000 DM und für das Hinterhaus mit 210.000 DM sowie Leistungen für Außenanlagen mit 15.000 DM kalkuliert und diese grobe Kalkulation sodann näher aufge-

schlüsselt. Für das Vorderhaus haben sie 12 Positionen gebildet und diesen Positionen pauschale Preise zugeordnet. Für das Hinterhaus haben sie 10 Positionen für erbrachte Leistungen und weitere 6 Positionen für nicht erbrachte Leistungen aufgeschlüsselt. Die Summe aus diesen insgesamt 16 Positionen ergibt 215.000 DM. Die Kläger haben bei dieser Berechnung allerdings übersehen, daß ihre Grobkalkulationssumme einschließlich der Außenanlage 475.000 DM beträgt und die Summe der Einzelpositionen für das Hinterhaus die Gesamtkalkulationssumme von 210.000 um 5.000 DM übersteigt. Wegen dieser Ungereimtheiten kann die Klage jedoch nicht als unsubstantiiert abgewiesen werden. Den Klägern ist Gelegenheit zu geben, den unklaren Vortrag zu erläutern und eventuell zu berichtigen. Die Aufteilung in insgesamt 28 Leistungspositionen reicht aus. Die diesen Positionen zugeordneten Leistungen sind ausreichend detailliert beschrieben. Mit Rücksicht darauf, daß bei Übernahme des Vertrages, für den Beklagten erkennbar, wegen des fehlenden Aufmasses nur eine überschlägige Kalkulation erfolgt ist, kann von den Klägern für die Abrechnung keine weiter aufgegliederte Kalkulation verlangt werden. Die Abrechnung versetzt den Beklagten in die Lage, sich ausreichend zu verteidigen und ist einer Überprüfung durch die Beweisaufnahme zugänglich. Zweifel am Beweisergebnis gehen zu Lasten der Kläger. Denn diese tragen die Beweislast für die erbrachten Leistungen und die Höhe der ihnen dafür zustehenden Vergütung. Unschädlich ist es, daß die Kläger vortragen, die von ihnen ermittelten Preise seien angemessen, worauf es nicht ankäme. Denn sie behaupten auch, diese Preise entsprächen dem vereinbarten Gesamtpreis. Damit wird deutlich, daß sie die Preisbildung unter Berücksichtigung der getroffenen Vergütungsvereinbarung vorgenommen haben. Der Einwand des Beklagten, diese nachträgliche Kalkulation sei unzutreffend und willkürlich, betrifft nicht die Frage der Substantiierung, sondern der Richtigkeit der Abrechnung.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Anspruch auf Vergütung behaupteter zusätzlicher Leistungen abgewiesen, weil dieser nicht schlüssig dargelegt sei und der beauftragende Architekt keine Vollmacht gehabt habe. Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerhaft erheblichen Sachvortrag übergegangen, § 286 ZPO.

a) Die Kläger haben in der Berufungsbegründung die Leistungen und entsprechenden Preise im einzelnen unter Bezugnahme auf verschiedene Angebote von Fremdfirmen dargelegt. Sie haben weiter dargelegt, inwieweit sie Teilbeträge aus diesen Berechnungen fordern. Dieser Vortrag ist mit Ausnahme der Unstimmigkeit bei den Zimmererarbeiten und dem Dachabriß schlüssig. Die neue Verhandlung vor dem Berufungsgericht gibt den Klägern Gelegenheit zu erläutern, weshalb sie hierfür 24.000 DM zzgl. Mehrwertsteuer fordern, obwohl sie lediglich 20.000 DM berechnen (31.418 DM aus dem Angebot F. vom 7. Februar 1994 abzüglich 11.418 DM). Außerdem können sie die noch fehlende Rechnung der Firma Schr. vom 9. Februar 1994 nachreichen.

b) Die Kläger haben unter Beweisantritt vorgetragen, der Beklagte sei laufend über den Baufortschritt und erforderliche oder sinnvolle, nicht im Ursprungsvertrag enthaltene Leistungen informiert worden. Mit der Ausführung und zusätzlichen Bezahlung sei er einverstanden gewesen. Außerdem habe der Beklagte am 10. Mai 1994 dem ihm damals unterbreiteten Sanierungsvorschlag zugestimmt, wobei ihm die Zusatzkosten benannt worden seien. Aus diesem Vortrag folgt eine Zustimmung des Beklagten zu den vom Architekten vorgenommenen Beauftragungen. Auf den genauen Zeitpunkt der Beauftragungen kommt es nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1984 – VII ZR 123/83 = NJW 1984, 2888).

Im übrigen wäre bei vollmachtlosen Beauftragungen zu prüfen, inwieweit den Klägern wegen der behaupteten notwendigen Arbeiten ein Anspruch aus § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B zusteht.

III.

Das Urteil kann nach allem keinen Bestand haben. Da weitere Feststellungen notwendig sind, ist es aufzuheben und ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Thode

Haß

Hausmann

Wiebel

Kniffka