



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 176/12

Verkündet am:  
16. Oktober 2014  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB § 649 Satz 2

Der Werklohnanspruch des Unternehmers kann im Fall eines vom Besteller teilweise gekündigten Pauschalpreisvertrags, sofern lediglich ganz geringfügige Leistungen ausstehen und keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Bestellers verdeckt werden können, auch auf die Weise berechnet werden, dass die nicht erbrachte Leistung bewertet und von der Gesamtvergütung abgezogen wird (im Anschluss an BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BauR 2000, 1182 = NZBau 2000, 375).

BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 176/12 - OLG Oldenburg  
LG Aurich

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richter Dr. Eick, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird der Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 29. Mai 2012 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin fordert von den Beklagten restlichen Werklohn in Höhe von 38.920 € für die Anlegung eines japanischen Gartens.
- 2 Die Beklagten sind Eigentümer einer Eigentumswohnung in L. Im Jahr 2008 beauftragten sie die Klägerin auf der Grundlage eines Angebots vom 28. Mai 2008 mit der Anlegung eines japanischen Gartens auf der zur Wohnung gehörenden Dachterrasse zu einem Pauschalpreis von 110.000 €. Gegenstand des Auftrags war ursprünglich auch die Ausführung eines Wasserfalls an der an

die Dachterrasse angrenzenden Hauswand. Nachdem nach Beginn der Arbeiten im April 2009 Feuchtigkeitsprobleme an der Wand auftraten, nahmen die Beklagten von der Ausführung des Wasserfalls Abstand.

3 Die Klägerin behauptet, dass als gleichwertiger Ersatz hierfür die Erstellung eines "Tsukubai", eines rituellen japanischen Waschplatzes mit Bambusrohr und Stein, sowie die Lieferung eines Meditationspodestes ("Tan") vereinbart worden sei. Das "Tsukubai" sei auch erstellt worden. Das Meditationspodest, das an der für den Wasserfall vorgesehenen Stelle errichtet werden sollte, sei dagegen auf Wunsch der Beklagten nicht ausgeführt worden.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und in den Entscheidungsgründen ausgeführt, die Klage sei mangels hinreichender Darlegung der Restwerklohnforderung nicht fällig. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der vom Senat zugelassenen Revision, mit der sie ihre Klageforderung weiterverfolgt.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es liege ein gekündigter Pauschalpreisvertrag vor, weil das "Tan" als Bestandteil der Kompensationsleistung für den aus dem Auftrag herausgenommenen Wasserfall nicht gefertigt und geliefert worden sei. Soweit sich die Klägerin darauf berufe, es liege insoweit lediglich eine Kulanzleistung vor, sei dieser Vortrag neu und gemäß § 531 Abs. 2 ZPO verspätet. Aus dem Vorbringen der Klägerin ergebe sich vielmehr, dass der Wasserfall nicht nur durch das "Tsukubai", sondern darüber hinaus durch ein "Tan" ersetzt werden sollte. Mit Rücksicht darauf, dass die Beklagten später die Lieferung eines "Tan" nicht mehr wünschten, sei der Vertrag als teilweise gekündigter Pauschalpreisvertrag anzusehen. Die Darlegungen der Klägerin genügten jedoch nicht den Anforderungen, die an die Abrechnung teilgekündigter Pauschalpreisverträge zu stellen seien. Die Klägerin sei der Verpflichtung zu einem schlüssigen Klagevortrag auch nicht deswegen enthoben, weil ihre Behauptungen zum Vertragsinhalt von den Beklagten bestritten worden seien.

II.

7 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

8 1. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die ausweislich des landgerichtlichen Urteils erhobene Behauptung der Klägerin zutrifft, die Beklagten hätten anstelle des ursprünglich in Auftrag gegebenen Wasserfalls als Kompensationsleistung die Erstellung eines sogenannten "Tsukubai" und eines Meditationspodestes ("Tan") in Auftrag gegeben. Zugunsten der Klägerin ist in der Revisionsinstanz daher davon auszugehen, dass dies der Fall ist und daher Einigkeit zwischen den Parteien bestand, dass die neue

Leistung zum vereinbarten Pauschalpreis von 110.000 € erbracht wird. Soweit die Klägerin gegen die Annahme des Berufungsgerichts, ihr Vorbringen, es liege hinsichtlich der Lieferung des Meditationspodestes lediglich eine Kulanzleistung vor, sei gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen, Verfahrensrügen erhoben hat, sind diese unbegründet. Der Senat hat die Rügen geprüft, sie jedoch nicht für durchgreifend erachtet, § 564 ZPO.

9                    2. Auf dieser Grundlage erweist sich die Auffassung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerhaft, die Klägerin habe die nach Abzug der geleisteten Abschlagszahlungen noch offen stehende Werklohnforderung in Höhe von 38.920 € nicht schlüssig dargelegt.

10                    Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass ein gekündigter Pauschalpreisvertrag vorliegt, weil die Klägerin das als Teil der Kompensationsleistung in Auftrag gegebene "Tan" nicht gefertigt und geliefert hat. Nach dem für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Vorbringen der Klägerin sollte der vereinbarte Pauschalpreis auch im Hinblick auf den geänderten Vertragsinhalt unverändert bleiben. Da die Klägerin das Meditationspodest nicht fertiggestellt und geliefert hat, ist die Vergütungsforderung grundsätzlich entsprechend den an die Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags zu stellenden Anforderungen zu ermitteln. Danach 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 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 (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2002 - VII ZR 263/01, BauR 2002, 1695 f. = NZBau 2002, 613; Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BauR 2000,

1182, 1186 = NZBau 2000, 375 - insoweit in BGHZ 144, 242 nicht abgedruckt; Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 91/98, BauR 1999, 632, 633 f. m.w.N.). Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Klägerin nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

11 Das Berufungsgericht verkennt jedoch, dass für den Fall, dass lediglich noch ganz geringfügige Leistungen ausstehen, der Werklohnanspruch, sofern keine kalkulatorischen Verschiebungen zu Lasten des Auftraggebers verdeckt werden können, auch auf die Weise berechnet werden kann, dass die nicht erbrachte Leistung bewertet und von der Gesamtvergütung abgezogen wird (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BauR 2000, 1182, 1187 = NZBau 2000, 375 - insoweit in BGHZ 144, 242 nicht abgedruckt; Urteil vom 16. Januar 1986 - VII ZR 138/85, BGHZ 96, 392, 394). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Bei den Leistungen für die Fertigung und Lieferung des Meditationspodestes handelt es sich im Hinblick auf die von der Klägerin geschuldete Gesamtleistung um eine lediglich geringfügige Leistung. Deren Wert hat die Klägerin mit insgesamt 5.015 € beziffert. Die Klägerin hat damit den Anforderungen genügt, die im Einzelfall an die Darlegung des Werklohnanspruchs nach Teilkündigung des Pauschalpreisvertrages zu stellen sind.

12 2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben. Sie ist aufzuheben und die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem die Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen. Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang insbesondere zu klären haben, ob die von den Beklagten bestrittene Behauptung der Klägerin zutrifft, die Beklagten hätten für die Herausnahme des Wasserfalls die Erstellung eines "Tsukubai" und eines Meditationspodestes in Auftrag gegeben, und ob die Par-

teien darüber einig waren, dass der vereinbarte Pauschalpreis im Hinblick auf den geänderten Leistungsumfang unverändert bleiben sollte.

Kniffka

Eick

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Vorinstanzen:

LG Aurich, Entscheidung vom 24.01.2012 - 3 O 474/11 (166) -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 29.05.2012 - 2 U 15/12 -