



Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juli 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 20. Juni 2001 aufgehoben.

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 dem Beklagten aus abgetretenem Recht restlichen Werklohn für erbrachte Leistungen nach Kündigung eines Pauschalpreisvertrags.

Im September 1996 beauftragte der Beklagte die Firma K. mit der Errichtung eines Einfamilienhauses zu einem Pauschalpreis. Dessen Höhe wird von der Klägerin mit 320.000 DM, vom Beklagten mit 250.000 DM angegeben. Vertragsbestandteil war ein Leistungsverzeichnis, das 22 nicht bewertete Positionen aufwies. Während der Bauausführung kündigte der Beklagte den Vertrag. Die Firma K. trat ihren Werklohnanspruch an die Klägerin ab.

Die Klägerin hat die Höhe ihrer Forderung nach Mengen und Einzelpreisen berechnet und 107.986,66 DM zuzüglich Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin neue Berechnungen mit unterschiedlichen Ergebnissen vorgelegt. Sie hat die Klageforderung auf 97.501,94 DM reduziert. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

#### I.

Das Berufungsgericht ist der Meinung, die Klägerin habe den Werklohnanspruch nicht ausreichend dargelegt. Sie habe unterschiedliche Schlußrechnungen mit unterschiedlichen Endbeträgen vorgelegt. Zwar habe sie zuletzt durch einen Sachverständigen die Massen und Mengen der von der Firma K. erbrachten Leistungen ermitteln lassen. Es sei aber nicht geklärt, woher er den Umfang der durchgeführten Arbeiten gekannt habe und wie diese von den nicht ausgeführten Arbeiten abgegrenzt worden seien. Die vom Sachverständigen

ermittelten Gesamtkosten von 347.571,94 DM könnten nicht zutreffen. Aus dem niedrigeren Pauschalpreis ergebe sich, daß die Firma K. anders kalkuliert haben müsse. Diese Kalkulation habe die Klägerin nicht vorgelegt.

## II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin hat die von der Firma K. erbrachten Leistungen schlüssig abgerechnet.

1. In der Revisionsinstanz ist zugunsten der Klägerin von einem Pauschalpreis von 320.000 DM auszugehen.

2. Nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen zur Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrages hat der Auftragnehmer die erbrachten Leistungen darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Die Höhe der Vergütung für die erbrachten Leistungen ist nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Teilleistung zu dem Wert der nach dem Pauschalpreisvertrag geschuldeten Gesamtleistung zu errechnen. Der Auftragnehmer muß deshalb das Verhältnis der bewirkten Leistung zur vereinbarten Gesamtleistung und des Preisansatzes für die Teilleistungen zum Pauschalpreis darlegen. Soweit zur Bewertung der erbrachten Leistungen Anhaltspunkte aus der Zeit vor Vertragsschluß nicht vorhanden oder nicht ergiebig sind, muß der Auftragnehmer 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 Auftraggeber in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen (BGH, Urteile vom 26. Oktober 2000 - VII ZR 99/99, BauR 2001, 251 = ZfBR 2001, 102, 103 = NZBau 2001, 85; vom 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99, BauR 2000, 1182,

1186 = ZfBR 2000, 472, 475 = NZBau 2000, 375, 377 und vom 11. Februar 1999 - VII ZR 91/98, BauR 1999, 632, 633 = ZfBR 1999, 194, 195).

3. Nach diesen Maßstäben ist die Abrechnung der Klägerin schlüssig.

a) Die Klägerin hat die Höhe der Werklohnforderung zuletzt wie folgt dargelegt:

Anhand des von ihrem Sachverständigen erstellten Aufmaßes und der von ihm eingesetzten Einheitspreise hat sie den Wert des Gesamtauftrags mit 347.571,94 DM und den Wert der erbrachten Leistungen mit 290.674,74 DM (= 83,63 %) ermittelt. Bezogen auf den Pauschalpreis von 320.000 DM ergibt diese Prozentzahl einen Betrag von 267.616 DM. Die Klägerin läßt sich Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 12.498,06 DM anrechnen. Unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen in Höhe von 150.000 DM errechnet sie eine Werklohnforderung von 105.117,94 DM.

b) Die vom Berufungsgericht gegen die Schlüssigkeit dieser Abrechnung erhobenen Bedenken greifen nicht durch:

aa) Die Schlüssigkeit wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß die Klägerin zuvor abweichende Berechnungen vorgelegt hat (vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 1999 - VII ZR 237/98, BauR 1999, 1294, 1296 = ZfBR 2000, 30, 32).

bb) Die Klägerin hat die erbrachten Leistungen von den nicht erbrachten abgegrenzt und ihren Umfang dargelegt. Sie hat vorgetragen, daß die Positionen 1-18 des Leistungsverzeichnisses ausgeführt und die Positionen 19-22 nicht ausgeführt worden seien.

cc) Die Klägerin hat ausreichend zur ursprünglichen Kalkulation der Firma K. vorgetragen. Sie hat ausgeführt, die Firma K. habe zunächst ein Angebot

mit einem Gesamtwerklohn von ca. 400.000 DM erstellt. Auf Wunsch des Beklagten nach einer Reduzierung habe die Firma K. sodann ausgehend von 1.600 m<sup>3</sup> umbautem Raum und einem Preis von 200 DM pro m<sup>3</sup> einen Mindestpreis von 320.000 DM errechnet.

dd) Richtig ist, daß der Pauschalpreis von 320.000 DM um rund 8 % unter dem vom Sachverständigen ermittelten Gesamtauftragswert von 347.571,94 DM liegt. Das ist die Folge der nur auf den umbauten Raum abstellenden pauschalen Kalkulation der Firma K. Es handelt sich um Abschlag, der mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auf alle Leistungspositionen gleichmäßig zu verteilen ist.

ee) Der Beklagte konnte die von der Klägerin vorgetragene Berechnungsgrundlagen überprüfen. Ob sie zutreffen, ist eine Frage der Richtigkeit, nicht der schlüssigen Darlegung der Abrechnung.

Ullmann

Thode

Wiebel

Kniffka

Bauner