



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

VII ZR 124/13

vom

10. April 2014

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 631 Abs. 1

- a) Eine Klage auf Vergütung der erbrachten Leistungen nach einer Kündigung des Bauvertrages kann, wenn der Auftraggeber dem nicht widerspricht, auf eine Abrechnung gestützt werden, wonach vom vereinbarten Werklohn die unstreitigen Drittunternehmerkosten für die Fertigstellung des Bauwerks abgezogen werden.
- b) Ein Widerspruch gegen diese Abrechnung ist unbeachtlich, wenn der Auftraggeber nicht geltend macht, dadurch benachteiligt zu sein.

BGH, Beschluss vom 10. April 2014 - VII ZR 124/13 - KG Berlin  
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. April 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari, die Richter Dr. Eick und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 19. April 2013 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Gegenstandswert: 90.296,47 €

#### Gründe:

- 1 Die Klägerin verlangt Restwerklohn aus einem von den Beklagten gekündigten Pauschalpreisvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses. Die Beklagten ließen das Bauvorhaben durch Drittunternehmer fertigstellen. Über die Höhe der Restforderung und den erreichten Bautenstand bei Kündigung besteht Streit. Das Berufungsgericht hält die Schlussrechnung der Klägerin nicht für prüfbar. Es hat nach vorherigem Hinweis den Restwerklohnanspruch für die erbrachten Leistungen nach § 287 ZPO geschätzt, indem es die vertraglich vereinbarte Werklohnforderung zugrunde gelegt und hiervon die Drittunternehmerkosten der Beklagten abgezogen hat. Das Berufungsgericht hat

die Revision gegen sein Urteil nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Beschwerde der Beklagten, die ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgen.

2            2. Das Berufungsurteil erfordert die Zulassung der Revision nicht. Die Beschwerde meint, es sei zu klären, ob unter der Voraussetzung, dass die Werklohnforderung nicht schlüssig dargetan sei, eine Schätzung des Werklohns stattfinden könne. Diese Frage stellt sich hier nicht. Der geltend gemachte Klärungsbedarf besteht nicht.

3            a) Allerdings ist der Auftragnehmer grundsätzlich gehalten, die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen nach den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen prüfbar abzurechnen. Danach muss der Auftragnehmer die Vergütung für diese Leistungen aus der dem gesamten Vertrag zugrunde liegenden Vergütungsvereinbarung entwickeln. Diese Anforderungen dienen dem Schutz des Auftraggebers. Sie sollen verhindern, dass der Auftragnehmer die erbrachten Leistungen beliebig bewertet und dadurch ungerechtfertigte Vorteile erlangt.

4            b) Auf diesen Schutz kann der Auftraggeber verzichten. So kann er sich damit einverstanden erklären, dass der Auftragnehmer den ihm nach einer Kündigung noch zustehenden Werklohn in der Weise abrechnet, dass er vom vereinbarten Werklohn die unstreitigen Drittunternehmerkosten des Auftraggebers für die Fertigstellung des Werkes abzieht. Widerspricht der Auftraggeber einer derartigen Abrechnung des Auftragnehmers nicht, so kann die Klage nicht als un schlüssig abgewiesen werden (vgl. Schmitz in Kniffka, Bauvertragsrecht, § 649 Rn. 76-77; Jousen/Vygen in Ingenstau/Korbion, VOB, 18. Aufl., § 8 Nr. 1 VOB/B Rn. 48). Dem Senat ist bekannt, dass auch in der Praxis die Parteien sich auf eine derartige vereinfachte Abrechnung einigen. Der Auftraggeber ver-

zichtet in derartigen Fällen auf die genaue Abrechnung der erbrachten Leistungen auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Vergütungsvereinbarung. Er nimmt es dann in Kauf, dass er den Auftragnehmer möglicherweise auf der Grundlage dieser Vereinbarung überzahlt. Das wäre der Fall, wenn der Auftraggeber an den Drittunternehmer für die Fertigstellung der Leistung weniger zahlen muss, als er an den Auftragnehmer zu zahlen gehabt hätte. Der Auftragnehmer nimmt es andererseits in diesen Fällen hin, dass er zu wenig erhält. Das wäre der Fall, wenn ihm auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung mehr zustünde, als er nach Abzug der Drittunternehmerkosten erhält.

5           c) Rechnet der Auftragnehmer die erbrachten Leistungen in der Weise ab, dass er sich vom vereinbarten Werklohn die Drittunternehmerkosten abziehen lässt, kann ein Widerspruch des Auftraggebers gegen diese Abrechnung unbeachtlich sein. Das ist dann der Fall, wenn er sie nur aus formalen Gründen zurückweist und nicht geltend macht, dadurch benachteiligt zu sein. Im Hinblick darauf, dass die Drittunternehmerkosten regelmäßig höher sind als die dem Auftragnehmer zustehende Vergütung für den nicht erbrachten Teil der Leistung, muss der Auftraggeber triftige Gründe geltend machen, der vereinfachten Abrechnung zu widersprechen, was z.B. dann der Fall ist, wenn er ausnahmsweise Anlass für die Annahme hat, die Drittunternehmerkosten seien geringer, so dass der Auftragnehmer diese Abrechnungsweise wählt, um ungerechtfertigte Vorteile zu ziehen.

6           d) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht zutreffend entschieden. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Klägerin sich nach seinen entsprechenden Hinweisen das Vorbringen der Beklagten zu eigen gemacht hat, soweit es ihr günstig ist. Es bringt damit hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Klägerin ihre Klageforderung hilfsweise auch auf die Abrech-

nung gestützt hat, wonach vom vereinbarten Werklohn die Drittunternehmerkosten abzuziehen sind, weil das den ihr jedenfalls mindestens zustehenden Werklohn ergibt. Durch dieses Hilfsvorbringen wurde die Klage schlüssig. Die Beklagten haben zu den Hinweisen des Berufungsgerichts nach dessen Feststellungen im Berufungsurteil nur dahingehend Stellung bezogen, dass eine derartige Vorgehensweise nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stehe. Diese Stellungnahme hinderte das Berufungsgericht nicht daran, der Klage auf das Hilfsvorbringen stattzugeben. Der Einwand der Beklagten gegen diese Art der Abrechnung war unbeachtlich. Denn sie haben sich nur formal gegen diese Abrechnung gewandt und nicht geltend gemacht, dass diese sie benachteilige. Auch die Beschwerde erhebt diese Rüge nicht und zeigt auch kein entsprechendes Vorbringen auf.

- 7                    3. Von einer Begründung im Übrigen wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist (§ 544 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbsatz ZPO).

Kniffka

Safari Chabestari

Eick

Jurgeleit

Graßnack

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 23.06.2010 - 18 O 402/09 -

KG Berlin, Entscheidung vom 19.04.2013 - 6 U 80/10 -