

## Angeordnete "Nullpositionen" sind Teilkündigung und keine Leistungsänderung!

**Lässt der Auftraggeber einzelne Positionen nach Auftragserteilung nicht vom Auftragnehmer ausführen, liegt eine Teilkündigung und keine Leistungsänderung vor, so dass dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zusteht.**

OLG München, Beschluss vom 02.04.2019 - 28 U 413/19 Bau

BGB § 648; VOB/B §§ 2, 8

### Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber (AG) errichtet ein Schulgebäude und beauftragt den Auftragnehmer (AN) mit der Ausführung von Metallarbeiten. Zwei Positionen aus dem Leistungsverzeichnis kommen nicht zur Ausführung, da der AG diese nicht ausgeführt haben möchte. Nach Beendigung der Arbeiten berechnet der AN für die entfallenen Leistungen "entgangenen Gewinn". Der AN sagt, die entfallenen Leistungen seien als Teilkündigung zu werten und damit nach § 8 VOB/B zu vergüten. Der AG meint, Vergütung für nicht erbrachte Leistungen stehe dem AN nicht zu, da bei vollständigem Verzicht auf Einzelpositionen bei einem Einheitspreisvertrag § 2 Abs. 3 VOB/B für Mengenminderungen herangezogen werde. Darüber hinaus fehle es schon an der nach § 8 VOB/B erforderlichen Schriftform für die Kündigung.

### Entscheidung

Die Auffassung des AG ist unzutreffend. Der Weg über § 2 VOB/B kommt nur in Betracht, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vorschrift umfassten **Äquivalenzstörung** vorliegt (BGH, **IBR 2012, 188**). Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift will einen interessengerechten Ausgleich für Mengenänderungen herbeiführen, wenn sich die anfängliche Schätzung als unzutreffend erweist. Bei Einheitspreisverträgen wird der zu erwartende Aufwand geschätzt und zur Grundlage der Preiskalkulation gemacht. Es liegt nun aber in der Natur von Schätzungen, dass die späteren tatsächlichen Begebenheiten hiervon abweichen können. Dann ist unmittelbar die Geschäftsgrundlage der Preiskalkulation betroffen und der Preis ist unter Abwägung der widerstreitenden Interessen anzupassen. Wenn der AG auf **bestimmte Positionen verzichtet**, liegt **keine Störung der Geschäftsgrundlage** gemäß den Wertungen des § 2 VOB/B vor und fällt nicht unter diesen Regelungsgehalt, da der Verzicht nicht mit der Ungenauigkeit einer Prognose vergleichbar ist. Auch kann offenbleiben, ob eine Teilkündigung vorliegt oder nicht. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden "Nullpositionen" kommt nur eine **Abrechnung nach § 8 VOB/B** (bzw. § 648 BGB) in Betracht - sei es direkt oder entsprechend. Daher geht die Rüge der Form - Unwirksamkeit der (Teil-)Kündigung ins Leere, da es um die grundsätzliche Vergütungspflicht geht, wenn der AG, entgegen einer getroffenen Absprache, einseitig auf vereinbarte Vertragsleistungen verzichtet.

### Praxishinweis

Mit der Wertung der vorgenannten Vorschriften wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Kalkulationsgrundlage des AN der Gesamtauftrag war. Der AN wird regelmäßig zur Steigerung der Attraktivität seines Angebots bestimmte Positionen günstig anbieten und seinen Gewinn über andere Positionen, bei denen ein entsprechendes Knowhow vorliegt oder günstigere Produktions- oder Einkaufsmöglichkeiten bestehen, sichern. Dieses Berechnungssystem verliert nun durch eine Teilkündigung seine Grundlage. Der Gesetz- und Verordnungsgeber hat sich in den vorgenannten

Bestimmungen nun dafür entschieden, dass die Interessen des AN schützenswert sind und ihm die vereinbarte Vergütung zusteht, allerdings nur in eingeschränktem Umfang. Die Rechtsprechung hat in zahlreichen Entscheidungen die Anforderungen an die vom AN zu erstellende Abrechnung konkretisiert und fordert unter Offenlegung der Urkalkulation die Aufschlüsselung von ersparten Lohnkosten und Materialaufwendungen.

***RA und FA für Bau- und Architektenrecht Stefan Wenkebach, München*** 

© id Verlag

Links

 **IBR 2012, 188**

BGH - Nullpositionen: Abrechnung nach § 2 Nr. 3 VOB/B!

1.05.2019

## Vorsicht bei einvernehmlicher Herausnahme von Positionen aus einem Leistungsverzeichnis

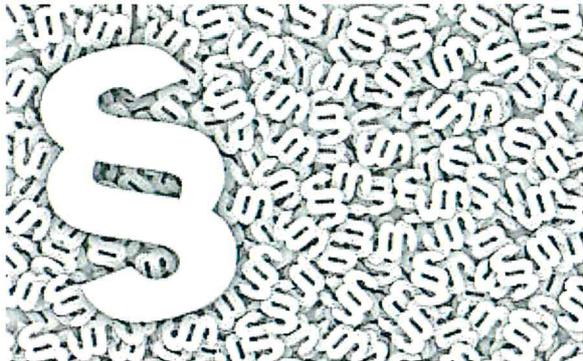


Bild: © mirpic, Fotolia.com

Von der Grundstruktur her kann der Auftraggeber gemäß § 8 VOB/B jederzeit die Kündigung des Vertrages erklären. Es handelt sich um ein so genanntes freies Kündigungsrecht, wie es auch im BGB vorgesehen ist. Tut der Auftraggeber dies, so kann der Auftragnehmer dann aber die volle vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen verlangen. Für eine freie Kündigung des Gesamtvertrages ist dies weitestgehend bekannt.

Unbekannter ist dann schon, dass die entsprechende Norm auch dann greift, wenn Einzelpositionen aus einem Vertragsvolumen nicht ausgeführt werden, wie es an Bauvorhaben regelmäßig vorkommt. In diesem Fall kann auch die nicht ausgeführte Teilposition entsprechend abgerechnet werden abzüglich der ersparten Aufwendungen für diese Position. Der Bundesgerichtshof hat nun aktuell noch einmal klargestellt, dass die entsprechende Vorschrift sogar dann greift, wenn eine einvernehmliche Vertragsbeendigung vorgenommen wird. Einigen sich also Auftraggeber und Auftragnehmer darauf, dass der Vertrag beendet sein soll und weitere Arbeiten nicht ausgeführt werden und/oder, dass Einzelpositionen aus dem Vertragsvolumen herausgenommen werden, so muss aus Sicht des Auftraggebers bzw. des den Auftraggeber vertretenden Architekten unbedingt darauf geachtet werden, dass auch die damit einhergehenden Vergütungsfolgen einer Einigung zugeführt werden. Heißt: Wenn es über die Folgen keine Einigung gibt, so gilt das Gesetz bzw. die VOB/B und die entsprechenden Leistungen dürfen abgerechnet werden abzüglich der ersparten Aufwendungen. Der Auftraggeber, der dies nicht möchte, muss also bei entsprechender einvernehmlicher Vertragsbeendigung gleichzeitig regeln, dass Einverständnis besteht, dass für die nicht ausgeführte Leistung keine Vergütung bzw. Entschädigung zu zahlen ist. Unterlässt er dies, läuft er Gefahr, für die nicht ausgeführte Leistung doch eine Vergütung zahlen zu müssen, so BGH, Urteil vom 26.04.2018, VII ZR 32/17.

Dieser Beitrag wurde verfasst von Rechtsanwalt Markus Cosler, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Lehrbeauftragter für Baurecht an der FH Hannover. Kanzlei Delheid Soiron Hammer, Aachen, [www.delheid.de](http://www.delheid.de).