

# Kündigungsbedingte Probleme der Leistungsabgrenzung und Abrechnung

*Univ.-Prof. Dr.-Ing. R. Wanninger,  
Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, TU Braunschweig*

## Inhaltsübersicht

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>Problemlage .....</b>  | <b>2</b>  |
| <b>2</b> | <b>Allgemeine Grundlagen zur Leistungsfeststellung .....</b>    | <b>3</b>  |
| <b>3</b> | <b>Probleme beim Einheitspreisvertrag.....</b>                  | <b>6</b>  |
| 3.1      | Bestimmung des nicht mehr auszuführenden Leistungsanteils ..... | 7         |
| 3.2      | Umgang mit „teilmfertigen“ Leistungen .....                     | 10        |
| 3.3      | Zerlegung und Bewertung von Teilpauschalen .....                | 14        |
| 3.4      | Umlagen als Problem: Beispiel BE .....                          | 15        |
| <b>4</b> | <b>Exkurs: Probleme beim Pauschalvertrag .....</b>              | <b>18</b> |
| <b>5</b> | <b>Vorbeugemaßnahmen aus Sicht des AN .....</b>                 | <b>20</b> |
| <b>6</b> | <b>Vorbeugemaßnahmen aus Sicht des AG.....</b>                  | <b>21</b> |
| <b>7</b> | <b>Fazit .....</b>  | <b>22</b> |

## 1 Problemlage

Die Leistungsfeststellung und Abrechnung bei gekündigten Bauverträgen ist nahezu immer ein konflikträchtiger Vorgang. Dies ist unabhängig davon, ob die Kündigung nach VOB/B § 8 Nr. 2 bis 4 und nach VOB/B § 9 („aus wichtigem Grund“) oder aber nach VOB/B § 8 Nr. 1 (als „freie Kündigung“) erfolgt.

Seit kurzem (2006) steht auch fest, dass nach Kündigung eines Bauvertrags eine Abnahme erforderlich ist. Der BGH hat mit einem neueren Urteil<sup>1</sup> zu diesem Thema seine bisherige Rechtsprechung geändert. Auf die damit für die Baupraxis verbundenen realen Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung dieser Forderung soll in diesem Beitrag nicht eingegangen werden. Der Vorgang der Abnahme stellte schon immer eine die Kooperationsfähigkeit der Bauvertragsparteien herausfordernde Angelegenheit dar. Dies gilt in ganz besonderem Maße für die Abnahme in der extremen Konfliktsituation eines gekündigten Bauvertrags; in einer Situation also, in der ein Kooperationswillen eben gerade nicht mehr vorhanden ist. Mit der Abnahme verbunden ist die Feststellung der Leistung als im wesentlichen mängelfrei. Dies kann bereits bei normal verlaufenden - ungekündigten - Bauverträgen zu deutlichen Meinungsverschiedenheiten über die Frage führen, ob ein Mangel besteht oder nicht und ob dieser Mangel bzw. eine Vielzahl an Mängeln zur Verweigerung der Abnahme berechtigen. Umso schwieriger wird dies beim gekündigten Bauvertrag.

Während beim ungekündigten Bauvertrag die erbrachte Bauleistung zum Zeitpunkt der Abnahme - zumindest nach Auffassung des die Abnahme begehrenden Auftragnehmers - als fertig gestellt angesehen wird, wenn auch ggf. mit Mängeln behaftet, so ist dies beim gekündigten Bauvertrag meist nur für Teile der Bauleistung der Fall. Genau hier beginnen aber auch die kündigungstypischen Probleme der Leistungsabgrenzung: Ist der Grund für die erkennbare unfertige und ggf. unbrauchbare Teilleistung ein „Mangel“ oder aber doch nur die Tatsache, dass es sich um eine nicht fertig gestellte Leistung handelt? Diese Problematik hat bei Einheitspreisverträgen einerseits und bei Pauschalverträgen andererseits sehr unterschiedliche Dimensionen.

Auf die Preiselemente, die notwendig sind um den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung bewerten zu können, wird in anderen Beiträgen zu diesem Seminar, insbesondere Iwan<sup>2</sup>, ausführlich eingegangen. Die Ermittlung der Preiselemente - insbesondere bei Pauschalverträgen, aber auch bei Einheitspreisverträgen, wie noch zu sehen sein wird - kann mit erheblicher Mühe verbunden und überaus konflikträchtig sein. Allerdings stellt dieser Vorgang nur einen Teilschritt zur Lösung des Problems dar, der durch eine Feststellung des Leistungsstands ergänzt werden muss.

Thema dieses Beitrags ist, einige der damit verbundenen Schwierigkeiten darzulegen und, so hofft der Verfasser, Hinweise zu einem praktikablen Umgang mit der Situation aufzuzeigen.

---

<sup>1</sup> BGH Az. VII ZR 146/04 vom 11.05.2006

<sup>2</sup> Iwan, G.: Probleme mit der Preisermittlungsgrundlage, Braunschweiger Baubetriebsseminar 2008 S. xxx-xx

## 2 Allgemeine Grundlagen zur Leistungsfeststellung

Im Gegensatz zum ungekündigten Bauvertrag, bei dem fertig gestellte Leistungen (ggf. auch mangelbehaftet) festzustellen sind, geht es beim gekündigten Bauvertrag nahezu immer um die Feststellung von teilweise vollständig erbrachten und teilweise auch von vollständig nicht erbrachten Leistungen. Hinzu kommen Leistungen, die nur teilweise fertiggestellt sind und somit weder zu der einen noch der anderen Kategorie gehören. Sie werden nachfolgend, insbesondere in Kapitel 3, als „teilmfertige“ Leistungen bezeichnet.

Die Feststellung und Bewertung dieser „teilmfertigen“ Leistungen ist eine Besonderheit bei der Leistungsfeststellung gekündigter Bauverträge, und zwar unabhängig davon, ob die Kündigung aus wichtigem Grund oder „frei“ erfolgt. Auf die damit verbundenen Schwierigkeiten und Konflikte wird in Kapitel 3 und 4 eingegangen.

Für die Leistungsfeststellung gelten generell die insbesondere auf der Basis der VOB/B entwickelten Grundsätze und die diesbezügliche Rechtsprechung. In der VOB/B taucht der bauübliche Begriff des „Aufmaßes“ nicht auf; stattdessen wird der Sachverhalt dort mit *„für die Abrechnung notwendige Feststellungen“* beschrieben. Unausgesprochen bezieht sich die VOB/B-Regelung lediglich auf den Einheitspreisvertrag; beim Pauschalvertrag sind keine Feststellungen dieser Art erforderlich.

Der von der VOB/B und den meisten vertraglichen Bedingungen (einschließlich denen der öffentlichen Hand) angestrebte Regelfall beim Einheitspreisvertrag ist der des gemeinsamen Aufmaßes. Aus juristischer Sicht stellt ein gemeinsames Aufmaß ein „deklaratorisches Schuldanerkenntnis“ dar. Will sich der Auftraggeber von dem Anerkenntnis lösen, so muss er beweisen, dass die in dem gemeinsamen Aufmaß getroffenen Feststellungen nicht der Wirklichkeit entsprechen **und** dass ihm dies erst nach dem gemeinsamen Aufmaß bekannt geworden ist. Die Betonung liegt hier auf dem „und“. Ein solcher Nachweis dürfte wohl nur in den seltensten Fällen gelingen.

Das gemeinsame Aufmaß nach VOB/B § 14 Nr. 2 setzt nicht zwingend eine körperliche Aufmaßnahme vor Ort voraus. Es genügt, wenn sich die Parteien darüber einig sind, dass eine bestimmte Leistung nach Maß, Zahl und Gewicht erbracht ist. Diese Einigung kann auch anhand geeigneter Aufmasspläne erfolgen<sup>3</sup>. Im übrigen legt auch die VOB/C in den „Allgemeinen Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“ (DIN 18299) fest, dass die Leistung aus Zeichnungen zu ermitteln ist, soweit die ausgeführte Leistung diesen Zeichnungen entspricht. Weiter heißt es: *„Sind solche Zeichnungen nicht vorhanden, ist die Leistung aufzumessen.“* Das physische Aufmaß vor Ort soll also nach dem Willen der VOB/B eher den Ausnahmefall der Leistungsfeststellung bilden.

Freilich stellt dabei die VOB/C auf den Fall des ungekündigten Bauvertrags ab, bei dem die erbrachte Leistung vollständig ist und somit den Ausführungsplänen entsprechen sollte. Allen Baubeteiligten ist jedoch bewusst, dass - auch beim ungekündigten Bauvertrag - diese Kongruenz von Ausführungsplänen und tatsächlich erbrachter Leistung in vielen Fällen nicht

---

<sup>3</sup> Urteil des OLG Hamm, Az. 26 U 146/89 vom 12.07.1991

gegeben ist. Es gibt eine Vielzahl von Gewerken, bei denen notorisch Ausführung und Planung voneinander abweichen; so z.B. im Leitungs- und Tiefbau. Auch der gesamte Bereich des „Bauens im Bestand“ gehört dazu. Dieser ist in der Praxis zudem dadurch gekennzeichnet, dass vielfach gar keine Ausführungszeichnungen existieren (Prinzip des „Bauens nach mündlicher Anweisung“).

Wird das gemeinsame Aufmaß von dem Architekten (Objektüberwacher, örtliche Bauüberwachung) und dem Auftragnehmer erstellt, ist es für den Bauherrn bindend. Die Vollmacht des Architekten (Objektüberwacher, örtliche Bauüberwachung) umfasst die für den Bauherrn rechtsverbindliche Feststellung der Aufmaßwerte, also der tatsächlichen vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen. Auch der öffentliche Auftraggeber ist grundsätzlich an ein gemeinsames Aufmaß gebunden. Die staatliche Rechnungsprüfungsbehörde kann daher ein gemeinsames Aufmaß nicht einseitig abändern. Allerdings ist es möglich, in Besonderen oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen die Anerkenntniswirkung eines gemeinschaftlichen Aufmaßes dadurch einzuengen, dass die spätere Berichtigung von Aufmaßfehlern ausdrücklich zugelassen wird<sup>4</sup>.

Zu berücksichtigen ist jedoch in jedem Falle, dass der BGH die Bindungswirkung des Aufmaßes auf die originäre Tatsachenfeststellung beschränkt<sup>5</sup>:

*„So ist durch ein gemeinsames Aufmaß nicht der Einwand abgeschnitten, die Leistung sei von einer anderen Position mitumfasst, sei nach den Vereinbarungen nicht berechenbar, sei anders zu berechnen oder sei überhaupt nicht vertraglich vereinbart. Einwendungen dieser Art werden von vornherein nicht vom Zweck eines Aufmaßes erfasst, tatsächliche Verhältnisse festzustellen und Beweisschwierigkeiten insoweit zu verhüten.“*

Häufig ist bei Auftragnehmern die Meinung anzutreffen, ein von ihnen erstelltes einseitiges Aufmaß, das einmal von Auftraggeberseite (einschließlich Architekt oder Objektüberwacher) „abgehakt“ worden sei, bleibe verbindlich und könne vom Auftraggeber später nicht mehr bestritten werden. Das sieht die Rechtsprechung anders<sup>6</sup>:

*„Der Auftraggeber ist grundsätzlich auch dann nicht daran gehindert, die von dem Auftragnehmer einseitig ermittelten Massen im Prozess zu bestreiten, wenn er zuvor die in der Schlussrechnung des Auftragnehmers abgerechneten Massen durch einen Prüfvermerk bestätigt hat. [...] Der Prüfvermerk begründet allein keinen hinreichenden Vertrauenstatbestand [für den AN], dass [der AG] später keine Einwände gegen die Massen erhebt. [Der AN] ist vorbehaltlich eines gerichtlichen Geständnisses nicht daran gehindert, die*

---

<sup>4</sup> Urteil des OLG Hamm, Az. 21 U 147/95 vom 12.03.1996

<sup>5</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 237/90 vom 30.01.1992

<sup>6</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 79/02 vom 24.07.2003

*ursprünglich im Prozess unstreitigen Massen später zu bestreiten. Diese Grundsätze sind auf die Fallkonstellation übertragbar, in der der Auftraggeber die einseitig ermittelten Massen des Auftragnehmers bestätigt und später die Massen bestreitet, nachdem aufgrund nachfolgender Arbeiten eine Überprüfung der Massenermittlung nicht mehr möglich ist. Nur unter dieser Voraussetzung ist das Bestreiten der Massen [durch den AG] nicht ausreichend. Er müsste dann vortragen und beweisen, welche Massen zutreffen oder dass die vom Auftragnehmer angesetzten Massen unzutreffend sind.“*

Was ist zu tun, wenn ein Aufmaß nicht mehr möglich ist? Auch hierzu hat der BGH entschieden<sup>7</sup>:

*„Der für den Umfang der erbrachten Leistungen grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastete Unternehmer genügt seiner Darlegungslast, sofern ein Aufmaß nicht mehr genommen werden kann, wenn er Tatsachen vorträgt, die dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen die für die Errichtung des Bauvorhabens angefallene Mindestvergütung zu schätzen.“*

Dies ist einerseits beruhigend für den Unternehmer, der im Streit um die Abrechnung kein gemeinsames Aufmaß vorlegen kann: Er ist mit seiner Vergütungsforderung nicht vollständig abgeschnitten. Andererseits muss ihm aber auch bewusst sein, dass ihm auf diesem Weg bestenfalls - so der Wortlaut des Urteils - eine **Mindestvergütung** zugesprochen werden kann. Diese Auffanglösung kann daher aus unternehmerischer Sicht niemals gezielt angestrebt werden.

Aus der gerichtsgutachterlichen Praxis des Verfassers kann jedoch abgeleitet werden, dass gerade dieser Fall (kein Aufmaß vorhanden) gar nicht so selten ist wie es unternehmerische Vernunft eigentlich gebieten würde.

In diesem hier durch die Rechtsprechung für den Fall des „normalen“ erfüllten Bauvertrags vorgegebenen Rahmen hat sich auch die Leistungsfeststellung im Fall des gekündigten Bauvertrags einzuordnen. Es gelten keine geringeren und keine höheren Anforderungen, zumindest im Falle des Einheitspreisvertrags. Im Falle des Pauschalvertrags entsteht die grundlegende Notwendigkeit, entgegen dem ursprünglich gedachten Ziel des Pauschalvertrags nunmehr - unerwartet - eine Leistungsfeststellung in einem unfertigen Zwischenzustand machen zu müssen. Dies ist mit besonderen Schwierigkeiten verbunden.

Für den Fall, dass der Auftraggeber nach Kündigung eines Pauschalvertrags durch eine umgehende Beauftragung eines Drittunternehmers den Auftragnehmer der Möglichkeit eines Aufmaßes beraubt, hat der BGH folgendes Leitbild entwickelt<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 202/04 vom 27.07.2006

*„Ist es dem Auftragnehmer nicht mehr möglich, den Stand der von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistung durch ein Aufmaß zu ermitteln, weil der Auftraggeber das Aufmaß dadurch vereitelt hat, dass er das Bauvorhaben durch einen Drittunternehmer hat fertig stellen lassen, genügt der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur prüfbaren Abrechnung, wenn er alle ihm zur Verfügung stehenden Umstände mitteilt, die Rückschlüsse auf den Stand der erbrachten Leistung ermöglichen.“*

Es ist zu vermuten, dass dies analog auch bei einem gekündigten Einheitspreisvertrag zu gelten hat.

Auf den Einheitspreisvertrag wird nachfolgend in Kapitel 3 eingegangen; der Pauschalvertrag wird in Kapitel 4 behandelt.

### **3 Probleme beim Einheitspreisvertrag**

Auf den ersten Blick erscheint die Abrechnung eines gekündigten Einheitspreisvertrags unproblematisch, unabhängig vom Kündigungsgrund. Es sind in jedem Fall die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen mit den vertraglichen Einheitspreisen abzurechnen. Für den Fall der „freien“ Kündigung hat der Auftragnehmer Anspruch auf die vereinbarte (Gesamt-) Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen; *„er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB)“*<sup>9</sup>.

Es ist somit zunächst eine Leistungsfeststellung für die erbrachte Leistung erforderlich, wie sie auch bei der Schlussabrechnung des ungekündigten Vertrags erforderlich gewesen wäre, dann allerdings für die gesamte vertragliche Leistung.

Die „Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen etc.“ für den infolge Kündigung nicht mehr erbrachten Teil der vertraglichen Leistungen ergibt sich aus der Mengendifferenz zwischen denjenigen Mengen, die bei voller Vertragsausführung angefallen wären und den tatsächlich ausgeführten Mengen, multipliziert mit den „nicht ersparbaren Aufwendungen“. Letztere ergeben sich aus der Preisermittlungsgrundlage. Existiert eine solche nicht, muss sie im Kündigungsfall ex post rekonstruiert werden. Dies führt zu speziellen Problemen, auf die im Rahmen diese Beitrags nicht eingegangen wird.

---

<sup>8</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 337/02 vom 17.06.2004

<sup>9</sup> So die Formulierung in VOB/B § 8 Nr. 1 Abs. 2

Man könnte daher den Eindruck haben, dass die Probleme alleine im Bereich der Preisermittlungsgrundlage lägen, also letztlich alleine mit den positionsbezogenen „ersparten Kosten“ zusammenhängen, ggf. noch verbunden mit dem „anderweitigen Erwerb“.

Dies ist jedoch nicht ganz so. Selbst beim vergleichsweise einfach erscheinenden Einheitspreisvertrag ergeben sich einige typische Problemlagen, die nachfolgend kurz behandelt werden sollen.

### **3.1 Bestimmung des nicht mehr auszuführenden Leistungsanteils**

Diese Aufgabenstellung besteht ausschließlich bei der „freien“ Kündigung, bei der dem gekündigten Auftragnehmer der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (für die gesamte beauftragte Leistung) zusteht, er sich jedoch anrechnen lassen muss, „*was er infolge Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart [...]*“.

Die Darlegungslast zu den ersparten Aufwendungen trägt der Auftragnehmer, weil er allein in der Lage ist, zur konkreten Ersparnis etwas vorzutragen<sup>10</sup>. Diese Aussage fokussiert auf die kostenmäßige Bewertung der infolge Kündigung nicht erbrachten Leistungen. Mindestens genauso wichtig ist aber auch die mengenmäßige Bestimmung dieser nicht erbrachten Leistungen.

Von dem Grundsatz ausgehend, dass keine Vertragspartei durch die „freie“ Kündigung besser oder schlechter gestellt werden soll als bei der planmäßigen Durchführung des Vertrags, muss die folgende Frage beantwortet werden:

#### **Welche Mengen wären bei planmäßiger Durchführung des Vertrags angefallen?**

Mit dieser Fragestellung haben sich bereits Dornbusch/Plum<sup>11</sup> befasst, kommen aber zu der unverständlichen Schlussfolgerung, hier bestünde noch Klärungsbedarf (in der Rechtsprechung). Dies wird vom Verfasser anders gesehen.

Der BGH hat bereits vor längerem<sup>12</sup> befunden, es werde „*im allgemeinen nichts dagegen sprechen, dass er [der Unternehmer] von den im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen und Massen ausgeht*“. Dabei wird unterstellt, dass diese Mengen nach bestem Wissen und Gewissen ermittelt und annähernd richtig sind und bei einer vollständigen Vertragsdurchführung in diesem Umfang auch angefallen und abzurechnen gewesen wären.

---

<sup>10</sup> Kniffka, R.: Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrags, Jahrbuch Baurecht 2000, S. 1 - 21

<sup>11</sup> Dornbusch, J., Plum, H.: Die „freie“ Teil-Kündigung – noch Klärungsbedarf aus baubetrieblicher Sicht? Jahrbuch Baurecht 2000, S. 160 - 173

<sup>12</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 198/94 vom 21.12.1995

Im Sinne der VOB/B § 2 Nr. 3 wären jedoch auch Mengenunter- und überschreitungen von jeweils 10 % der Vertragsmenge jeder Position zulässig, ohne dass hierdurch der Preis berührt worden wäre.

Ein **Auftraggeber** könnte nach einer „freien“ Kündigung also den Nachweis führen, dass bei einzelnen LV-Positionen - ggf. auch bei einer Vielzahl von Positionen - die bei voller (ungekündigter) Vertragsdurchführung abzurechnen gewesenen Mengen deutlich unter den vertraglichen LV-Mengen gelegen hätten. Wohlgemerkt, diese Mengenunterschreitungen dürfen natürlich nicht durch nachträgliche Planungsänderungen, sondern nur durch ungenaue Mengenermittlung herbeigeführt worden sein.

Mengenunterschreitungen bis zu 10 % bei einzelnen Positionen muss bei Vereinbarung der VOB/B der Auftragnehmer hinnehmen, ohne dass er eine Unterdeckung seiner Gemeinkosten geltend machen kann. Genau so wäre der Auftragnehmer bei ungekündigter Durchführung des Vertrags gestellt gewesen.

Die für die Ermittlung der ersparten Aufwendungen anzusetzenden Mengen einer solchen Position ergeben sich daher aus

$$(90 \% \text{ der LV-Menge} - \text{erbrachte Menge}) = \text{nicht erbrachte Menge.}$$

Bei Mengenunterschreitungen einzelner Positionen über 10 % hinaus (also unter 90 % der Vertrags-Menge) stehen dem Auftragnehmer im Sinne der VOB/B § 2 Nr. 3 ohnehin die untergedeckten Gemeinkosten sowie Wagnis und Gewinn zu. Diese Regelung der VOB/B entspricht damit der Vorgehensweise bei einer Teilkündigung dieser LV-Position.

Bei einem „frei“ gekündigten Bauvertrag hat der Auftragnehmer daher bis zu einer Menge von 90 % der Vertrags-Menge Anspruch auf Deckung seiner nicht ersparbaren Gemeinkosten sowie Wagnis und Gewinn, auch wenn die tatsächlich bei voller Vertragsausführung angefallenen Mengen geringer gewesen wären.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die bei voller Vertragsausführung angefallenen Mengen niedriger als die vertraglichen LV-Mengen geworden wären, trifft (nach nichtjuristischer Auffassung des Verfassers) den Auftraggeber, denn dieser möchte ja schließlich hieraus einen Vorteil ziehen. Im übrigen dürfte es für einen gekündigten Auftragnehmer auch schwierig sein, die tatsächlichen späteren Verhältnisse auf der Baustelle einschließlich der nach seiner Kündigung angefallenen Mengen beurteilen und bewerten zu können.

Wenn für den gekündigten Auftragnehmer derartige Mengenunterschreitungen intern erkennbar werden, wird er in der Praxis diese nach außen nicht zur Kenntnis geben und sich stattdessen auf das oben zitierte BGH-Urteil (Az. VII ZR 198/94) berufen, wonach er von den im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen ausgehen kann.

Es ist aber auch die umgekehrte Konstellation denkbar.

Ein **Auftragnehmer** könnte nach einer „freien“ Kündigung den Nachweis führen, dass bei einzelnen LV-Positionen - ggf. auch bei einer Vielzahl von Positionen - die bei voller (ungekündigter) Vertragsdurchführung abzurechnen gewesenen Mengen deutlich **über** den vertraglichen LV-Mengen gelegen hätten. Wie bereits im zuvor erörterten Fall der Mengenunterschreitung dürfen diese Mengenüberschreitungen nicht durch Planungsänderungen des Auftraggebers sondern nur durch ungenaue Mengenermittlung im Sinne der VOB/B § 2 Nr. 3 entstanden sein.

Bei Mengenüberschreitungen bis zu 10 % bei einzelnen Positionen hat der Auftragnehmer Anspruch auf eine ungeschmälerter Vergütung entsprechend den vertraglichen Einheitspreisen. Erst bei über 10 % hinaus gehenden Mengenmehrungen „*ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.*“ Im allgemeinen sind es die Auftraggeber, die unter Hinweis auf geringere Gemeinkosten eine Preisanpassung verlangen. Eine Forderung nach Preisanpassung (Preiserhöhung) durch den Auftragnehmer ist jedoch nicht ausgeschlossen.

Mengenüberschreitungen bis zu 10 % bei einzelnen Positionen muss bei Vereinbarung der VOB/B der Auftraggeber hinnehmen, ohne dass er eine Überdeckung der Gemeinkosten des Auftragnehmers geltendmachen und eine Preisanpassung nach unten verlangen könnte.

Die für die Ermittlung der ersparten Aufwendungen anzusetzenden Mengen einer solchen Position ergeben sich daher zu

$$\text{(erforderliche Menge – erbrachte Menge)} = \text{nicht erbrachte Menge}$$

Beim „frei“ gekündigten Bauvertrag hat der gekündigte Auftragnehmer für diejenigen Mengen, die tatsächlich zur Ausführung erforderlich geworden wären abzüglich der tatsächlich geleisteten Mengen, einen Anspruch auf Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen. Positionsbezogen kann jedoch für die über 110 % der vertraglichen LV-Mengen hinausgehenden Mengen jede Vertragspartei eine Preisanpassung verlangen. Meist wird dies alleine der Auftraggeber tun. Diese Preisanpassung wäre bei der Ermittlung der ersparten Aufwendungen zu berücksichtigen.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die bei voller (ungekündigter) Vertragsdurchführung angefallenen Mengen höher als die vertraglichen LV-Mengen geworden wären, trifft hier (nach wiederum nichtjuristischer Auffassung des Verfassers) den Auftragnehmer, denn dieser begehrt schließlich eine Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen auf der Basis von Mengen, die über den Vertragsmengen liegen.

Eine derartige Nachweisführung dürfte nicht einfach sein. Sie kann nur dann gelingen, wenn dem Auftragnehmer Ausführungspläne für die gesamte vertragliche Leistung vorliegen und er auf deren Basis eine verlässliche Mengenermittlung vornehmen kann.

Der „frei“ kündigende Auftraggeber hat keine Veranlassung, Mengenüberschreitungen über die vertraglichen Mengen hinaus von sich aus zu signalisieren. Er wird sich auf die

Vertragsmengen berufen und der vorgetragenen Mengenermittlung des Auftragnehmers kritisch gegenüberstehen.

Im allgemeinen praktischen Fall wird es häufiger sowohl zu Mengenunterschreitungen als auch zu Mengenüberschreitungen kommen. Insofern gibt es keinen generellen Unterschied zwischen normal abgewickelten und gekündigten Verträgen. Bei gleichzeitig auftretenden Mengenunter- und Überschreitungen ist daher - auch beim gekündigten Bauvertrag - eine Mehr-/Mindermengen-Ausgleichsrechnung nach VOB/B § 2 Nr. 3 durchzuführen.

Der in der baurechtlichen Literatur häufig zu findende und textlich mehr oder weniger identische Hinweis - so z. B. Vygen<sup>13</sup> - wonach „*Änderungen der Einheitspreise wegen kündigungsbedingter Mindermengen gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B nicht in Betracht kommen*“, wird häufig missverstanden und bezieht sich gerade nicht auf das oben Dargelegte.

Abschließend sei noch angemerkt, dass Nachtragsleistungen den vertraglichen Leistungsumfang erweitern und nicht anders als die ursprünglich beauftragten Positionen zu behandeln sind; dies auch im Hinblick auf die Abgrenzung der „erbrachten Leistung“ gegenüber der „nicht erbrachten Leistung“.

Nachtragsleistungen, die - wäre es zu keiner Kündigung gekommen - im weiteren Verlauf der Arbeiten in jedem Fall angefallen wären, erhöhen den vertraglichen Leistungsumfang. Bei „freier“ Kündigung hat der Auftragnehmer auch für die nicht mehr zur Ausführung kommenden Nachträge Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen.

Dies muss auch gelten für Nachtragsleistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen in jedem Falle erforderlich geworden wären, aber zum Zeitpunkt der Kündigung formal noch nicht beauftragt waren. Hier ist allerdings zu erwarten, dass es in dieser Frage zu unterschiedlichen Auffassungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kommt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund der Auftraggeber bei derartigen Nachtragsleistungen, die der Auftragnehmer gemäß VOB/B § 1 Nr. 3 und 4 nach einer entsprechenden Anordnung hätte durchführen müssen, Anspruch auf Erstattung der Fertigstellungsmehrkosten hat<sup>14</sup>. Das Thema der Fertigstellungsmehrkosten ist jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags.

### **3.2 Umgang mit „teilmfertigen“ Leistungen**

Beim gekündigten Einheitspreisvertrag werden die erbrachten Leistungen abgerechnet; für die nicht erbrachten Leistungen bestehen nur im Fall der „freien“ Kündigung weitere Ansprüche des Auftragnehmers.

---

<sup>13</sup> Vygen, K., in Ingenstau/Korbion: VOB-Kommentar Teile A und B 16. Auflage 2006, S. 1388

<sup>14</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 468/98 vom 25.11.1999

Es stellt sich die Frage, in welcher Gliederungstiefe Leistungen aufgeschlüsselt und als erbracht oder nicht erbracht gewertet werden können. Dies sollte eigentlich beim Einheitspreisvertrag kein Problem darstellen, denn die kleinste abrechenbare Einheit ist die Position des Leistungsverzeichnisses.

Eine Position des Leistungsverzeichnisses kann jedoch nur dann abgerechnet werden, wenn sie auch geleistet wurde. Dies steht beim normal verlaufenden ungekündigten Bauvertrag völlig außer Frage: Eine nicht (oder nicht vollständig) abgearbeitete LV-Position wird nicht vergütet.

Im Falle eines gekündigten Bauvertrags trifft die Kündigung für eine Vielzahl an Positionen zu einem Zeitpunkt ein, an dem diese Positionen begonnen, aber noch nicht fertig gestellt werden konnten.

Wie ist mit diesem angearbeiteten „teilmfertigen“ Leistungen umzugehen?

In besonderem Maße getroffen sind gekündigte Auftragnehmer, deren typische Leistungen aus bauablaufspezifischen Gründen in Abschnitten erfolgen, sich über einen längeren Zeitraum erstrecken oder auch planmäßig in einem Zwischenzustand längere Zeit verharren, um anderen Gewerken deren Leistung erst zu ermöglichen.

Diese Problemsituation existiert beispielsweise für:

Erdbau (Lösen – Laden – Zwischenlagern – Wiedereinbauen)

Baugrubenverbau (Herstellen – Wiederausbauen)

Trockenbau (einseitig Beplanken – Fremdinstallationen – Schließen)

Die Situation wird zusätzlich verschärft durch nicht-VOB/C-konforme Leistungsbeschreibungen, die zeitlich weit auseinanderfallende Leistungsteile in einer einzigen LV-Position beschreiben.

Aus der gerichtsgutachterlichen Praxis des Verfassers heraus ist festzustellen, dass das geschilderte Problem sehr häufig auf scheinbar geschickte Weise auf Baustellenebene gelöst wird. Die - trotz Kündigung - noch leidlich kooperationsfähigen Parteien bewerten die teilmfertigen Leistungen mit prozentualen Fertigstellungsgraden, multiplizieren die entsprechenden Mengen mit diesen Fertigstellungsgraden und addieren das Ergebnis mit den anderen zu 100 % erbrachten Leistungsmengen zusammen. In der Summe erscheinen in der Schlussrechnung positionsweise Mengen, denen nicht mehr anzusehen ist, zu welchen Anteilen sie sich aus fertigen und aus teilmfertigen Leistungen zusammensetzen. Details sind nur aus den Aufmaßblättern ersichtlich.

Diese Methode bleibt so lange erfolgreich, so lange das Einvernehmen der Parteien zu dieser Methode anhält. Im Rechtsstreit ist die Methode ein beliebter Ansatzpunkt, Aufmaße zu bestreiten.

In der Praxis ist auch noch ein anderer - scheinbarer - Ausweg zu finden: Auftragnehmer kreieren für teilfertige Leistungen unterschiedlichen Fertigstellungsgrads neue fiktive Einheitspreise, die sie in die Schlussrechnung einführen. Die Vorgehensweise ist durch den Auftraggeber leicht angreifbar, denn für diese neu kreierten Einheitspreise existiert natürlich keine vertragliche Preisvereinbarung.

Gelegentlich wurde versucht, für derartige fiktive neu kreierte Einheitspreise für teilfertige Leistungen Beweis durch Sachverständigengutachten anzubieten. Allein: „Angemessene und übliche Vergütungen“ für bruchstückhafte Leistungen dürften bei konsequent gutachterlicher Vorgehensweise und Berücksichtigung der Rechtsprechung<sup>15</sup> zu „angemessenen und üblichen Vergütungen“ kaum zu bestimmen sein.

**Teilfertige Leistungen können bei Einheitspreisverträgen nicht als „Leistung“ abgerechnet werden.** Voraussetzung für eine Abrechenbarkeit ist die Fertigstellung der jeweiligen Teilleistung.

**Teilfertige Leistungen stellen vielmehr „Aufwand“ dar, der - infolge Kündigung - nicht mehr erspart werden kann.**

Der nicht mehr ersparbare Aufwand (nicht mehr ersparbar weil bereits erbracht) kann demzufolge durch den Auftragnehmer bei einer „freien“ Kündigung im Zusammenhang mit der gekündigten Restleistung berücksichtigt werden.

In einem vor dem Kammergericht Berlin in der Berufungsinstanz anhängigen Rechtsstreit<sup>16</sup> zu Trockenbau- und Fassadenarbeiten hat das Kammergericht dem Verfasser als Sachverständigen in einem Beweisbeschluss genau diesen Weg als zwingend vorgegeben:

*„Dem Kläger steht ein Restwerklohnanspruch gemäß § 649 BGB, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B in Höhe der erbrachten als auch der nicht erbrachten Leistungen abzüglich der ersparten Aufwendungen zu. Der Senat weist darauf hin, dass dem Kläger nur insoweit ein Restwerklohnanspruch für erbrachte Leistungen entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen zusteht, als der vereinbarte und von der Schuldnerin geschuldete Leistungserfolg auch eingetreten ist. Soweit der Kläger für den Materialtransport, das Setzen von Dübellöchern pp. „Teilleistungen“ einer EP-Position abrechnet, ist der vertraglich geschuldete Leistungserfolg nicht eingetreten. Aber auch hinsichtlich dieser nicht erbrachten Leistungen steht dem Kläger ein Vergütungsanspruch zu, jedoch abzüglich der ersparten Aufwendungen.“*

Fassen wir zusammen: Bei „freier“ Kündigung steht dem Auftragnehmer auch für teilfertige Leistungen ein Vergütungsanspruch zu, allerdings abzüglich der ersparten Aufwendungen.

---

<sup>15</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 239/98 vom 26.10.2000

<sup>16</sup> Beweisbeschluss des KG, Az. 24 U 68/04 vom 25.05.2005 (unveröffentlicht)

Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass der für die teilfertigen Leistungen bis dahin angefallene Aufwand nicht mehr erspart werden kann.

Damit ist keine Aussage verbunden, ob die teilfertigen Leistungen für den Auftraggeber irgendeinen Wert darstellen und z. B. von einem Drittunternehmer verwertet werden können. Dies ist das Risiko des Auftraggebers, wenn er „frei“ kündigt.

Bei der Abrechnung des „frei“ gekündigten Vertrags wird gewöhnlich kein Konsens darüber bestehen, wie die einzelnen Herstellschritte der teilfertigen Leistungen zu bewerten sind. Der gekündigte Auftragnehmer ist versucht, in einer offen zu legenden Nachkalkulation die frühen Herstellschritte tendenziell höher zu bewerten als der Auftraggeber. Umgekehrt ist der Auftraggeber meist der Meinung, dass die späten (infolge Kündigung eben gerade nicht erbrachten Herstellschritte) höher zu bewerten sind.

Kommt es zum Rechtsstreit, wird die Identifizierung und Bewertung der einzelnen Herstellschritte mit großer Wahrscheinlichkeit eine Fragestellung an den Sachverständigen. Aber auch für diesen ist die Beantwortung alles andere als einfach. Die üblichen Erfahrungswerte und branchenüblichen Kalkulationsansätze (auch soweit in der Literatur veröffentlicht) gehen in der Untergliederung nicht soweit, dass sie für jeden Herstellschritt Stundenaufwandswerte liefern würden. Der Sachverständige ist auf eigene kalkulatorische Schätzungen angewiesen und tut gut daran, dies auch in seinem Gutachten deutlich zu machen.

Im oben erwähnten Rechtsstreit zu Trockenbau- und Fassadenarbeiten wurde beispielsweise für eine Position folgende Untergliederung (reine Lohnleistung) vorgenommen und ausdrücklich als Schätzung bezeichnet:

|  |      |
|--|------|
| Transport Material der Unterkonstruktion     | 5 %  |
| Transport Paneele                            | 10 % |
| Anbringen Unterkonstruktion vertikal         | 30 % |
| Anbringen Unterkonstruktion horizontal       | 15 % |
| Nachträgliches Richten der Unterkonstruktion | 5 %  |
| Konstruktionsbohrungen rückseitig            | 10 % |
| Paneele montieren und ausrichten             | 20 % |
| Folie entfernen und Grundreinigung           | 5 %  |

Der globale Stundenaufwand für 100 % der Leistung dieser Position ergab sich aus der vorgelegten Kalkulation des Auftragnehmers.

Die vergleichsweise hohe Zahl an Einzelschritten war notwendig, weil die einvernehmliche Leistungsfeststellung zum Zeitpunkt der Kündigung genau diesen Detaillierungsgrad aufwies. Es darf durchaus bezweifelt werden, ob in der Baustellenpraxis jemals derart tief aufgeschlüsselte Stundenaufwandswerte ermittelt werden können

Es bleibt festzuhalten, dass die hier erörterte Vergütung für teilfertige Leistungen dem Auftragnehmer nur bei der „freien“ Kündigung zusteht. Bei der **Kündigung aus wichtigem**

**Grund** kann der Auftragnehmer immer nur fertige Teilleistungen - also jeweils eine LV-Position - abrechnen. Bereits erbrachter Aufwand für nur teilsfertig gebliebene Leistungen ist nicht zu vergüten.

Selbstverständlich steht es den Vertragsparteien frei, sich abweichend hiervon zu einigen. Im Einzelfall kann es auch extrem unbillig sein, wenn der (auch aus wichtigem Grund) gekündigte Auftragnehmer für erbrachte Teilleistungen, die vom Auftraggeber verwendet werden können, überhaupt keine Vergütung erhält.

Aber damit wären wir wieder auf dem Terrain der Juristen angelangt.

### **3.3 Zerlegung und Bewertung von Teilpauschalen**

Auch bei Einheitspreisverträgen tauchen häufig LV-Positionen auf, die mit keinem Mengenvordersatz versehen sind sondern die Kennzeichnung „pauschal“ tragen. Mit diesen Teilpauschalen innerhalb eines Einheitspreisvertrags bringt der Ausschreibende zum Ausdruck, dass er keine Mengenangaben zu der geforderten Leistung machen kann oder machen will.

Wie ist mit diesen Teilpauschalen im Falle einer Kündigung umzugehen? Sollen sie etwa nur dann vergütet werden dürfen wenn sie vollständig erbracht worden sind?

Für den Fall der „freien“ Kündigung stellt dies kein Problem dar. Wie bei den zuvor in Kapitel 3.2 behandelten teilsfertigen Leistungen ist bei „freier“ Kündigung die vereinbarte Vergütung zu entrichten, abzüglich der ersparten Aufwendungen. Bereits innerhalb der Pauschalposition erbrachte Leistungsteile können nicht mehr erspart werden und sind somit zu vergüten.

Für den „frei“ gekündigten Auftragnehmer hätte sich das Problem damit gelöst bzw. wäre als Schein-Problem entlarvt worden, wenn es nicht dennoch nahezu regelmäßig Konflikte um die Aufgliederung dieser Teilpauschalen geben würde. Hier gilt sinngemäß das Gleiche wie in Kapitel 3.2 bezüglich der teilsfertigen Leistungen.

Eine typische Teilpauschale ist die Position der Baustelleneinrichtung (BE). Während die öffentliche Hand auf der Grundlage der VOB/C DIN 18299 „Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“ regelmäßig Teilpauschalen nur für das Einrichten und Räumen der Baustelle ausschreibt, legen private Auftraggeber ebenso regelmäßig Wert darauf, auch für das Vorhalten der BE eine Teilpauschale im Leistungsverzeichnis ausgewiesen zu haben. Übrigens, es gibt auch öffentliche Auftraggeber, die in diesem Punkt aus gutem Grund gegen die VOB/C verstoßen. Zu den Problemen mit der BE hat der Verfasser in einem früheren Beitrag zu dieser Seminarreihe bereits ausgeführt<sup>17</sup>.

Eine Teilpauschale für das Vorhalten der BE ist regelmäßig ein gewichtiger Posten im gesamten Preisgefüge eines Bauvertrags. Für diese Teilpauschale liegen auf

---

<sup>17</sup> Wanninger, R.: Von den Kosten zum Preis und wieder zurück – die prüfbar Kalkulation als Traum. Braunschweiger Baubetriebsseminar 2004 S. 1 - 31

Auftragnehmerseite immer aufgeschlüsselte Kalkulationsansätze vor, die problemlos im Falle einer Kündigung vorgelegt werden können und damit eine transparente Bewertung des Leistungsstands dieser Teilpauschalen zum Zeitpunkt der Kündigung erlauben.

Gelegentliches Zögern von Auftragnehmern, die Kalkulationsansätze derartiger Teilpauschalen vorzulegen, kann darauf zurückzuführen sein, dass in den Kostenansätzen der Teilpauschalen Kostenbestandteile anderer Positionen enthalten sind (Stichwort „Mischkalkulation“). Auch wenn dies nur im vergaberechtlichen Zusammenhang von Bedeutung ist, wird ein Aufdecken positionsfremder Kostenbestandteile auch bei nichtöffentlichen Auftraggebern - zumal in der angespannten Situation nach Kündigung - zu Problemen führen. Im Allgemeinen werden Auftragnehmer darauf achten, dass derartige verschobene Kostenbestandteile nicht aufgedeckt werden sondern verschleiert bleiben.

### **3.4 Umlagen als Problem: Beispiel BE**

Werden wesentliche Kostenbestandteile einer Leistung in der Ausschreibung nicht als zu bepreisende Leistungsposition ausgewiesen, bleibt dem Bieter nichts anderes übrig als diese Kosten auf dem Wege einer Umlage auf alle oder ausgewählte Leistungspositionen zu verteilen. Dies ist das wesentliche Merkmal der bauüblichen Zuschlagskalkulation und im Besonderen der „Kalkulation über die Angebotsendsumme“.

Eine derartige Umlage kann hinsichtlich der Allgemeinen Geschäftskosten, die ebenfalls umzulegen sind, als unproblematisch angesehen werden. Bei den Baustellengemeinkosten ist es jedoch durchaus nicht mehr als zwingend anzusehen, dass sich in der Baustellenrealität diese ausgerechnet als leistungsproportional darstellen sollen. Wir wissen alle, dass die Baustellengemeinkosten zu einem großen Teil zeitabhängige Kosten sind (Gehälter, Mieten).

Die Methode der Umlage auf die Leistungspositionen macht aus in Wahrheit zeitabhängigen Kosten fiktive leistungsabhängige (nicht mehr zeitabhängige) Kosten. Für die personellen Baustellengemeinkosten ist weithin akzeptiert, dass sie nur bauleistungsproportional erlöst werden und die Methode der Umlage zu keinen für den Auftragnehmer untragbaren Verzerrungen zwischen Kostenentstehung und Erlöszeitpunkt führt. Die Bieter bepreisen die Diskrepanz der Zeitpunkte, setzen letztlich also rechnerische Zinsen an. In Einzelfällen mag dies allerdings auch anders sein. Wenn die Bieter sich dieses Effektes nicht bewusst sind, negieren sie ein typisches inhärentes Risiko ihrer Kalkulationsmethodik.

Wird das Vorhalten der Baustelleneinrichtung in Abweichung von VOB/C<sup>18</sup> als eigene Leistungsposition - wenn auch als Teilpauschale - ausgewiesen, ist bei einer Kündigung zu bewerten, welcher Anteil dieser Leistungsposition zum Kündigungszeitpunkt erbracht worden ist. Es gelten somit die weiter oben in Kapitel 3.2 erörterten Aspekte des Umgangs mit „teilmfertigen“ Leistungen.

Wird jedoch das Vorhalten der Baustelleneinrichtung mangels eigener Position im Leistungsverzeichnis als Bestandteil der Baustellengemeinkosten zwangsweise in Form einer

---

<sup>18</sup> hier DIN 18299 „Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“

Umlage behandelt, verschärft sich das oben dargestellte Problem der zeitlichen Verschiebung zwischen Kostenentstehung und Erlöszeitpunkt.

Bei den Kosten der Baustelleneinrichtung kann sehr viel weniger als bei den Baustellengemeinkosten davon ausgegangen werden, dass der zeitliche Verlauf des Kostenanfalls über die Bauzeit der Leistungskurve der Bauproduktion entspricht, somit also die BE-Kosten ausschließlich leistungsabhängig wären. Freilich ist zuzugestehen, dass in vielen Fällen bei hoher Leistungsintensität auf der Baustelle häufig auch hohe Gerätekosten entstehen. Wenn es sich dabei um typische Leistungsgeräte (z. B. im Erdbau) handelt, werden die Kosten dieser Leistungsgeräte aber meist in die Einzelkosten der Teilleistungen eingerechnet und dadurch auch über die geleisteten Positionen und Mengen wieder Erlöst. Insoweit handelt es sich bei diesen Gerätekosten auch weniger um zeitabhängige als um leistungsabhängige Kosten, die kalkulatorisch in den Einzelkosten der Teilleistungen enthalten sind.

Was aber ist mit den typischen Bereitstellungsgeräten (z. B. Turmdrehkrane auf einer Hochbaustelle)? Ihre Kosten sind weitestgehend leistungsunabhängig und stattdessen deutlich zeitabhängig.

Bei ungekündigten Bauverträgen als Einheitspreisvertrag ergibt sich zum Bauende - soweit es nicht zu unausgeglichenen Mengenmehrungen oder -minderungen gekommen ist - ein ausgeglichenes Bild. Die kalkulatorisch insgesamt angesetzten und als Umlage behandelten Kosten (Baustellengemeinkosten und BE) sind durch die erbrachte Bauleistung wieder Erlöst. Bis auf den kalkulatorischen Zinseffekt wegen der zeitlichen Verschiebung zwischen Kostenentstehung und Erlöszeitpunkt, der vom Auftragnehmer zu bepreisen gewesen wäre, ist der Saldo ausgeglichen: Alle aus kalkulatorischer Sicht erforderlichen und durch Umlage eingepreisten Gemeinkosten sind Erlöst und die vertragliche Bauleistung ist erbracht. Weder Auftraggeber noch Auftragnehmer haben mit der eigentlich unzulänglichen Kalkulationsmethodik noch ein Problem.

**Das gilt jedoch nicht mehr, wenn es zwischendurch zur Kündigung des Bauvertrags kommt.**

Bei einer Kündigung zu einem beliebigen Zeitpunkt kann nicht davon ausgegangen werden, dass zum Stichtag die als Umlage eingepreisten und in den Einheitspreisen anteilig enthaltenen Gemeinkosten, multipliziert mit den zum Stichtag abrechenbaren Mengen, einen Betrag ergeben, der den tatsächlich bis zum Zeitpunkt der Kündigung angefallenen Gemeinkosten entspricht. Es wird (aus Sicht des Auftragnehmers) entweder eine Gemeinkostenüber- oder Unterdeckung geben.

Bei einer **Kündigung aus wichtigem Grund** werden die geleisteten Mengen abgerechnet. Somit werden dem Auftragnehmer gerade die durch das Umlageprinzip in den geleisteten Positionen enthaltenen Gemeinkostenanteile vergütet, die nun einmal „zufällig“ in diesen Positionen enthalten sind. Ein sachlicher Zusammenhang mit den tatsächlich bis zur Kündigung angefallenen Gemeinkosten besteht nicht.

Dies kann dazu führen, dass der aus wichtigem Grund kündigende Auftraggeber dem gekündigten Auftragnehmer mehr Gemeinkosten vergütet als tatsächlich angefallen sind.

Dann hat der Auftraggeber Pech gehabt. Es hätte ja in seiner Hand gelegen, bereits bei der Ausschreibung dafür zu sorgen, dass die als Umlage zu kalkulierenden Gemeinkostenbestandteile möglichst gering bleiben. Der Auftraggeber hätte beispielsweise für das Vorhalten der Baustelleneinrichtung (abweichend von VOB/C DIN 18299) eine eigene Vorhalteposition ausschreiben können.

Ebenso gut ist es aber auch möglich, dass bei der Abrechnung der zum Zeitpunkt der Kündigung geleisteten Positionen weniger umgelegte Gemeinkosten vergütet werden als dem Auftragnehmer tatsächlich bis zur Kündigung entstanden sind. Dann hat der Auftragnehmer Pech gehabt, denn schließlich hat er den Grund für die Kündigung geliefert.

Bei einer „freien“ **Kündigung** sieht die Situation anders aus. Es werden zwar beim Einheitspreisvertrag ebenfalls die geleisteten Mengen abgerechnet. Die Folgen aus einer Über- oder Unterdeckung der Gemeinkosten - jeweils für Auftraggeber und Auftragnehmer - sind genau die gleichen wie oben bei der Kündigung aus wichtigem Grund.

Allerdings ist eine Korrektur der Über- oder Unterdeckung möglich. Da für die infolge Kündigung nicht erbrachte Leistung die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen zu zahlen ist, ist neben der Prüfung der ersparten Aufwendungen für die Einzelkosten der Teilleistungen auch eine **Prüfung der ersparten Aufwendungen bei den Umlagen** erforderlich.

Es wäre geradezu ein Zufall, wenn die als Umlage enthaltenen Gemeinkosten (insbesondere BE) in den nicht mehr zur Ausführung gekommenen Positionen exakt den Gemeinkosten entsprächen, die bei Erfüllung des Vertrags angefallen wären.

Da nicht von vorneherein absehbar ist, ob von dieser Prüfung der Auftraggeber oder der Auftragnehmer profitiert, kann den Vertragsparteien nur angeraten werden, diese Prüfung jeweils zunächst für sich vorzunehmen.

In der gerichtsgutachterlichen Praxis des Verfassers im Zusammenhang mit gekündigten Bauverträgen ist festzustellen, dass diese Überprüfung eher selten vorgenommen wird. In den meisten Fällen tragen die gekündigten Auftragnehmer eine als Umlage in den nicht ausgeführten Mengen enthaltene Vorhaltung der Baustelleneinrichtung schicksalsergeben als „erspart“ vor. Der Verfasser bezweifelt, dass vorher eine interne Überprüfung stattgefunden hat, ob der Auftragnehmer damit nicht Geld verschenkt.

Der „frei“ kündigende Auftraggeber könnte vortragen, dass die vom Auftragnehmer als „erspart“ angesetzte anteilige umgelegte Baustelleneinrichtung zu niedrig beziffert ist. Hierzu bedürfte es allerdings des Einstiegs in die kalkulatorischen Grundlagen, die dem Auftraggeber möglicherweise zunächst nicht vorliegen. Erst nach Vorliegen der „Urkalkulation“ des Auftragnehmers ist der Auftraggeber in die Lage versetzt, sich mit diesem Thema auseinander zu setzen.

Festgehalten werden darf auch, dass die mit dieser Prüfung verbundenen Angelegenheiten keine Frage der „Prüfbarkeit“ der Schlussrechnung, sondern eine Frage der „Richtigkeit“ darstellen.

## 4 Exkurs: Probleme beim Pauschalvertrag

Pauschalverträge gelten - im Vergleich zu Einheitspreisverträgen - als leichter handhabbar was die Abrechnung betrifft. Es ist kein Aufmaß erforderlich und die Streitigkeiten um die Prüfbarkeit der Schlussrechnung halten sich meist auch in Grenzen. Dies gilt, solange der Umfang an Nachträgen in Grenzen bleibt - und solange der Pauschalvertrag nicht gekündigt wird.

Kommt es zur Kündigung, ist immer eine Leistungsfeststellung erforderlich; ein Vorgang, der dem Wesen des Pauschalvertrags eigentlich fremd ist. Auch hier gibt es eine Einschränkung: Eine Leistungsfeststellung, zumindest in näherungsweise Form, kann auch notwendig werden, um zahlungsauslösende Wirkung bei Zahlungsplänen herbeizuführen.

Sehr viel deutlicher als beim Einheitspreisvertrag bringt der Pauschalvertrag zum Ausdruck, dass eine genau (oder funktional) beschriebene Leistung zu erbringen ist und nur diese die vereinbarte Vergütung auslöst.

Hinsichtlich der Abrechnung bei Kündigung ist ein Sonderfall des Pauschalvertrags herauszustellen: **der nachträglich pauschalierte Einheitspreisvertrag** oder auch sogenannte „Detail-Pauschalvertrag“. Es liegt ein detailliertes Leistungsverzeichnis mit positionsweisen Gesamtsummen vor, ggf. auch mit Mengenangaben, und das Leistungsverzeichnis schließt mit einer Pauschalsumme ab. Etwaige Mengenangaben gelten als nicht vorhanden<sup>19</sup>.

Die Tatsache, dass ein Leistungsverzeichnis mit Positionen vorliegt und vertraglich nur die Ausführung der dort beschriebenen Leistungen geschuldet ist, erleichtert die Abrechnung im Kündigungsfall ganz erheblich. Die Positionen des Leistungsverzeichnisses können als „Teilpauschalen“ im Sinne von Kapitel 3.3 angesehen werden. Das Leistungsverzeichnis kann als Checkliste bei der Beurteilung des Leistungsstands bei Kündigung dienen: Andere Leistungen als im Leistungsverzeichnis aufgeführt sind nicht geschuldet.

Es ist festzustellen, welche Mengen dieser Positionen bei ungekündigter Vertragsdurchführung auszuführen gewesen wären. Diesen Soll-Mengen sind die tatsächlich bis zur Kündigung ausgeführten Ist-Mengen gegenüber zu stellen. Der Quotient der Mengen, multipliziert mit dem Gesamtpreis der Position, ergibt in einem ersten Schritt die Vergütung für diese Position.

Dies setzt implizit voraus, dass der pauschalierte Gesamtpreis und die aufaddierten Positionssummen betragsidentisch sind. In der Regel wird allerdings bei der Pauschalierung des Gesamtpreises ein Preisabschlag gewährt (Zuschläge sind eher selten). Ein derartiger Preisabschlag führt dazu, dass die Positionssummen entsprechend herunterskaliert werden müssen.

Insgesamt ist das Verfahren zur Leistungsbewertung bei diesen Verträgen vergleichsweise einfach. Streitig könnte sein, ob eine genaue Mengenermittlung notwendig ist oder ob prozentuale Angaben zum Leistungsstand ausreichen.

---

<sup>19</sup> Auf die überaus reichlich vorhandene Literatur zu diesen Vertragstypen soll hier nicht eingegangen werden.

Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung (siehe Kniffka<sup>20</sup>) muss gekündigten Auftragnehmern abgeraten werden, in ihren Abrechnungen prozentuale Angaben zu Leistungsständen zu verwenden. Stattdessen sollten konkrete Mengenangaben erfolgen. Die Rechtsprechung diesbezüglich ist sehr einzelfallbezogen und erscheint dem Verfasser nicht allzu gefestigt.

Wenn wir den Sonderfall des Pauschalvertrags - den pauschalierten EP-Vertrag - verlassen und uns dem sog. „**Global-Pauschalvertrag**“ nähern, geraten wir zunehmend in schwierigeres Gelände.

Es fehlt innerhalb des Pauschalpreises meist an Gliederung und Orientierung, wie der Leistungsstand zu bewerten ist. Kniffka hat in seinem Beitrag einen breiten Überblick gegeben, auch über das was nicht geht, und kommt zu der Schlussfolgerung, dass es sich um „*relativ einfache Anforderungen*“ handle. Dem ist - zumindest teilweise - zuzustimmen. Allerdings ist auch zu bedenken, dass Pauschalverträge mit einem ganz anderen Ziel abgeschlossen werden: nämlich gerade keine Leistungsfeststellung und Abrechnung mehr durchführen zu müssen. Das gilt für beide Parteien, Auftraggeber und Auftragnehmer. Der Schock ist groß, wenn nunmehr unerwartet über Leistungen gestritten wird, die nicht mehr durch einfache Inaugenscheinnahme festzustellen sind („Wurde eine Wasserhaltung betrieben oder nur bereit gehalten?“).

Die Pauschalvertragssumme ist zum Zwecke der Abrechnung nach Kündigung in Teilleistungen zu zerlegen, die dem Auftraggeber eine sachdienliche Möglichkeit zur Bewertung des Leistungsstands geben. Es scheint sich abzuzeichnen, dass eine gewerkeweise Aufgliederung einer Pauschalen von der Rechtsprechung als ausreichend tiefe Gliederung angesehen wird. Kniffka verweist auf einen Fall, wo eine Pauschale nachträglich in 28 Gewerke zerlegt wurde und dies vom BGH als ausreichend angesehen wurde. Anschließend meint Kniffka<sup>21</sup>:

*„Soweit von den nachträglich gebildeten Leistungseinheiten nur Teilleistungen erbracht sind, empfiehlt sich eine Zerlegung in am Vertragspreis orientierte Einheitspreispositionen, die dann nach Aufmaß abgerechnet werden. Zwingend ist die Abgrenzung durch Aufmaß allerdings nicht; sie kann sich auch aus den sonstigen Umständen des Vertrages ergeben. So kann auch eine mit einer Fotodokumentation unterlegte Bestandsaufnahme hinreichend verdeutlichen, welche Leistungen erbracht und dementsprechend in Rechnung gestellt werden.“*

Die Fotodokumentation hatte der BGH akzeptiert<sup>22</sup>. Allerdings hat auch bei Vorliegen einer Fotodokumentation anschließend eine Umsetzung in Mengenangaben zu erfolgen. Der

---

<sup>20</sup> Kniffka, R.: a. a. O., S. 7

<sup>21</sup> Kniffka, R.: a. a. O., S. 7

<sup>22</sup> Urteil des BGH, Az. VII ZR 91/98 vom 11.02.1999

Verfasser ist der Auffassung, dass eine Fotodokumentation im allgemeinen Fall des gekündigten Bauvertrags bestenfalls Indizien für erbrachte Leistungen liefert, aber nur schwer zu umsetzbaren Mengenangaben führt. Wie meistens hatte der BGH wieder einen Spezialfall zu entscheiden. Aus gutachterlicher Sicht heraus ist den Vertragsparteien dringend davon abzuraten, sich bei der Abrechnung des Leistungsstands ausschließlich auf eine Fotodokumentation zu stützen.

Eine Besonderheit bei der Ermittlung des Leistungsstands bei einem Global-Pauschalvertrag ist die Frage, inwieweit die gewerkeweise Aufgliederung des Pauschalpreises zum Zwecke der Abrechnung des gekündigten Vertrags tatsächlich den vertraglich geschuldeten Leistungsumfang wiedergibt oder ob geschuldete Leistungen fehlen. Hierbei handelt es sich allerdings nicht um eine Frage der Feststellung des tatsächlichen Leistungsstands oder des Umfangs der infolge Kündigung nicht mehr erbrachten Leistungen, sondern im Grunde nur um eine Frage der kalkulatorischen Grundlagen des Pauschalpreises. Der Verfasser verweist diesbezüglich auf die Beiträge von Iwan<sup>23</sup> und Gehrlein<sup>24</sup>.

## 5 Vorbeugemaßnahmen aus Sicht des AN

Welche generellen Schlussfolgerungen sind zu ziehen?

Müßig ist selbstverständlich der Hinweis, es vielleicht besser nicht zu einer Kündigung kommen zu lassen. Allerdings kann es auch aus Sicht eines Auftragnehmers notwendig und sinnvoll sein, einen Bauvertrag zu beenden. Doch darum geht es jetzt nicht mehr; die Situation ist eingetreten. Die Vorbeugemaßnahmen sollen dazu dienen, die Konflikte nach der Kündigung - die unweigerlich eintreten - zu minimieren.

- Zeichnet sich ab, dass es zu einer Kündigung kommt, ist vorsorglich der Leistungsstand möglichst umfassend (fotografisch) zu dokumentieren.
- Nach Kündigung ist umgehend die Abnahme zu beantragen.
- Der Auftragnehmer soll sorgfältig abwägen, ob er bei nahezu fertiggestellten Teilleistungen, die vom Auftraggeber als mangelbehaftet dargestellt werden, diese Mängel behebt oder die Teilleistungen als nur „teilmfertige“ Leistung abrechnet.
- Es ist ein gemeinsames Aufmaß der erbrachten Leistungen vorzunehmen, und dies auch bei einem Pauschalvertrag. Kommt es nicht zu einem gemeinsamen Aufmaß, ist ein einseitiges Aufmaß - am besten zusammen mit einem Parteigutachter - vorzunehmen.

---

<sup>23</sup> Iwan, a.a.O.

<sup>24</sup> Gehrlein, M.: Sonderproblem: Kündigung beim Pauschalvertrag, Braunschweiger Baubetriebsseminar 2008

- Auf der Baustelle gelagertes Material ist zu entfernen. Das Material wird im Regelfall irgendwann verschwunden sein; der Auftraggeber wird jedoch jegliche Verwendung (mit Nichtwissen) bestreiten.

## **6 Vorbeugemaßnahmen aus Sicht des AG**

Es gelten hier die gleichen allgemeinen Gesichtspunkte wie zuvor aus der Sicht des Auftragnehmers: Die unerwünschte Situation ist eingetreten.

- Zeichnet sich ab, dass es zu einer Kündigung kommt, ist vorsorglich der Leistungsstand möglichst umfassend (fotografisch) zu dokumentieren, wohl wissend dass das Aufmaß und die Abrechnung Sache des Auftragnehmers sind.
- Nach Kündigung ist umgehend der Auftragnehmer zur Abnahme aufzufordern. Folgt der Auftragnehmer dem nicht, richtet sich der weitere Ablauf nach den vertraglichen Regelungen zur Abnahme.
- Der Auftraggeber soll sorgfältig abwägen, ob er bei nahezu fertiggestellten Teilleistungen, die vom Auftragnehmer als lediglich mängelbehaftet dargestellt werden, diese Mängel beheben lässt oder die Teilleistungen als nur „teilmfertige“ Leistung anerkennt.
- Dem Auftragnehmer ist die weitere Durchführung von Leistungen zu untersagen; allerdings ist Mängelbeseitigung zuzulassen.
- Ein sogenanntes „Baustellenverbot“ gegenüber dem Auftragnehmer könnte im Rechtsstreit als Vereitelung des Aufmaßes mit den entsprechenden negativen Folgen für den Auftraggeber angesehen werden.
- Bei „freier“ Kündigung im Hinblick auf die spätere Geltendmachung von Fertigstellungsmehrkosten: Folgeunternehmer, die die Leistung des gekündigten Auftragnehmers weiterführen, sind nicht pauschal zu beauftragen.
- Die vom Folgeunternehmer (Ersatz-AN) abgerechneten Mengen können nicht ohne weitere Prüfung als maßgeblich für die Abrechnung mit dem gekündigten Auftragnehmer herangezogen werden

## 7 Fazit

Der vorliegende Beitrag legt seinen Schwerpunkt bewusst auf die Probleme bei der Kündigung von Einheitspreisverträgen, wohl wissend, dass die Kündigung von Pauschalverträgen möglicher Weise häufiger vorkommt.

Die mit der Kündigung von Pauschalverträgen verbundenen Probleme werden in der Praxis als schwerwiegender angesehen als diejenigen Probleme, die mit der Kündigung von Einheitspreisverträgen verbunden sind. Beim Pauschalvertrag ebenso wie beim Einheitspreisvertrag bestehen Schwierigkeiten und Konflikte im Bereich der Leistungsfeststellung; allerdings liegt beim Pauschalvertrag die in der Praxis relevantere Konfliktsituation zunächst eher im Bereich der Aufschlüsselung des Pauschalpreises. Der Umgang mit diesen Fragen der preislichen Bewertung sollte jedoch nicht das Thema dieses Beitrags sein.

Ist beim Pauschalvertrag die Aufschlüsselung des Pauschalpreises z. B. in Gewerkesummen erfolgt, sind diese anschließend als Teilpauschalen in ihrem Leistungsstand zu bewerten. Derartige Teilpauschalen sind jedoch auch bei Einheitspreisverträgen üblich, so dass sich letztlich bei Einheitspreisverträgen und Pauschalverträgen durchaus gleichgelagerte Problemstellungen bei der Leistungsfeststellung ergeben.