

Rundbrief 44 – Wie komme ich zu meinem Werklohn

Immer wieder geschieht es, dass der Unternehmer im Klageweg seinen ihm zustehenden Werklohn nicht erhält, weil er eklatante Fehler entweder schon bei Auftragserteilung begeht oder auch während der Ausführungsphase und bei der Abrechnung.

Auf der anderen Seite wird zuweilen der Auftraggeber Zahlung leisten müssen, obwohl er eigentlich hierzu rechtlich nicht verpflichtet ist

A. Lückenhaftes Leistungsverzeichnis:

Nicht selten kommt es vor, dass der Auftragnehmer Angaben nicht erhält, die er aber eigentlich benötigt, um den ihm angetragenen Auftrag zuverlässig kalkulieren zu können. Es ist zum Beispiel das Leistungsverzeichnis lückenhaft oder die ihm überlassenen Planungsunterlagen geben nichts Genaueres her. Gleichwohl erstellt der Unternehmer ein Angebot und erhofft im Stillen, dass er bei der späteren Ausführung dann darauf hinweist und so über § 2 Abs. 5 VOB/B eine ergänzende Vergütung für sich einfordern kann.

Nach der Entscheidung des OLG Brandenburg Urteil vom 07.09.2006 – 12 U 111/04 erfüllt sich diese Hoffnung nicht. Nach dieser Entscheidung ist nämlich § 2 Abs. 5 VOB/B in einem solchen Fall nicht anwendbar. Vielmehr ist es so, dass der Auftraggeber ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen darf, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Angebotsabgabe klären. Ebenso gilt dies, wenn sich für den Auftragnehmer aus dem Leistungsverzeichnis und den verfügbaren Unterlagen die bestimmte Art der Ausführung sich nicht mit hinreichender Klarheit ergibt, er aber bei seiner Kalkulation hierauf abstellen will.

Ist der Auftragnehmer der Auffassung, die von ihm geschuldete Leistung sei anders zu erbringen, um den gewünschten Erfolg herbeizuführen, darf er nicht eigenmächtig von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abweichen. Tut es dies, hat er keinen Anspruch auf Vergütung oder Aufwendungs- bzw. Wertersatz (OLG Köln, Urt. v. 26.06.2012 – 15 U 223/11; BGH Beschl. v. 13.11.2014 – VII ZR 214/12 [NZB zurückgewiesen]).

In dieser Situation fehlt es also regelmäßig an einer tauglichen Anspruchsgrundlage:

- Der Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B scheidet mangels Anordnung aus.
- Der Anspruch aus § 2 Abs. 8 VOB/B scheidet aus, wenn der Auftraggeber den Vergütungsanspruch nicht anerkennt. Durch die bloße Entgegennahme oder ein gemeinsames Aufmaß wird die auftragslos erbrachte Arbeit nicht nachträglich als vergütungspflichtig anerkannt. Selbstverständlich auch nicht, wenn diese Leistung in einer Abschlagsrechnung aufgelistet war, die der Auftraggeber bezahlt hat.
- Der Anspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B scheidet auch deshalb aus, weil die abweichend Leistung nicht unverzüglich angezeigt worden ist. Die unverzügliche Anzeige ist eine echte Anspruchsvoraussetzung.
- Der Anspruch aus § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B der grundsätzlich möglich wäre ist, aber auch zu verneinen, denn eine Vertragsverletzung entspricht nie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggeber.
- Ein Anspruch aus § 812 BGB scheidet aus, weil die Regelung in § 2 Abs. 8 VOB/B als Sondervorschrift die Anwendung des § 812 BGB ausschließt.

Mein dringender Hinweis:

1. *Bei Unklarheiten des LV und/oder der Planungsunterlagen beim AG nachfragen.*
2. *Nie eigenmächtig vom LV oder Planungsunterlagen abweichen. Bedenken anmelden und die Entscheidung des Auftraggeber abwarten unter Fristsetzung mit gleichzeitiger Behinderungsanmeldung.*

B. Stundenlohnarbeiten:

Häufig kommt es auf der Baustelle vor, dass der für den Auftraggeber tätige Architekt oder Bauleiter feststellt, dass eine Arbeit erforderlich wird, die im Leistungsverzeichnis oder den Planunterlagen nicht enthalten ist. Die oftmals typische Erklärung: „*Macht das mal schnell mit. Haltet die Stunden fest. Diese Arbeit wird euch dann nach Stundenlohn bezahlt.*“

In der Regel werden dann auch vorgelegte Stundenzettel/ -nachweise durch den Architekten oder den Bauleiter unterzeichnet und der Auftragnehmer wiegt sich in Sicherheit, dass er diese Leistung auch bezahlt erhält.

Dies ist jedoch trügerisch.

Nach der Entscheidung des BGH, Urteil v.24.07.2003 – VII ZR 79/02 gilt:

- Enthält der Bauvertrag keine Vereinbarung über die Vergütung von Stundenlohnarbeiten, können die für eine nachträgliche konkludente Stundenlohnvereinbarung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in der Regel nicht allein aus der Unterzeichnung von Stundenlohnnachweisen durch den Bauleiter oder Architekt hergeleitet werden.
- Eine nachträgliche Stundenlohnvereinbarung erforderte eine entsprechende Vollmacht desjenigen, der die Stundenlohnnachweise unterzeichnet.
- Die Ermächtigung des Architekten oder Bauleiters des Auftraggebers, Stundenlohnnachweise abzuzeichnen, ist keine Vollmacht zum Abschluss einer Stundenlohnvereinbarung.

Mein dringender Hinweis:

1. *Den geschlossenen Vertrag genau zu prüfen,*
 - a. *ob der Architekt/Bauleiter nur ermächtigt ist, Stundenlohnnachweise zu unterzeichnen*
 - oder*
 - b. *der Vertrag auch eine Ermächtigung/Vollmacht zur Abgabe von rechtsgeschäftlichen Willenserklärung für den Auftraggeber enthält.*
2. *Ist Letzteres nicht der Fall,*
 - a. *unbedingt die Durchführung der Arbeiten verweigern,*
 - b. *den Architekt/Bauleiter aufzufordern eine entsprechende rechtsgeschäftlich Vollmacht beizubringen*
 - c. *und gleichzeitig eine Behinderungsanzeige dem Auftraggeber zuleiten*

C. Aufmaßproblematik

Die Erstellung eines gemeinsamen Aufmaß ist ein wichtiges Werkzeug für den Auftragnehmer, damit er seinen Werklohnanspruch beim Einheitspreisvertrag durchsetzen kann. Ebenso sollte auch der Auftraggeber auf das Verlangen des Auftragnehmers einer gemeinsamen Aufmaßnahme mitwirken, zumindestens auch ein eigenes Aufmaß erstellen, wenn es nicht zu einer gemeinsamen Aufmaßnahme gekommen ist.

Die Gründe sind die teilweise doch sehr unterschiedlichen Urteile, die hierzu ergangen sind:

1. KG, Urt. v. 01.06.2007 – 7 U 190/06:

Ein von einer Partei vorgelegtes Aufmaß kann grundsätzlich nur durch ein Aufmaß der gegnerischen Partei substantiiert bestritten werden. Es genügt nicht das Ergebnis des Aufmaßes vorzutragen, ohne den für das Ergebnis maßgeblichen Rechnungsweg vorzutragen

2. OLG Köln, Urt. v. 05.07.2017 – 16 U 138/15:

Legt der Auftragnehmer ein einseitig vorgenommenes Aufmaß vor und hat der Auftraggeber konkrete Kenntnis von den Leistungen, die der Auftragnehmer erbracht hat, genügt der Auftraggeber mit einem pauschalen Bestreiten des vorgelegten Aufmaßes nicht seiner Erklärungslast.

anders

3. OLG Bamberg, Beschl. v. 17.05.2016 – 4 U 196/15; IBR 2016, 686:

Fehlt es an einem gemeinsamen Aufmaß, hat der Auftragnehmer vorzutragen und zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind. In einem solchen Fall genügt das einfache Bestreiten der Richtigkeit des Aufmaßes durch den Auftraggeber. Ein „Gegenaufmaß“ muss nicht vorgelegt werden.

aber

4. BGH, Urt. v. 22.05.2003 – VII ZR 143/02; IBR 2003, 347:

Bleibt der Auftraggeber dem Termin zum gemeinsamen Aufmaß fern – der Auftragnehmer hat einen Anspruch auf ein gemeinsames Aufmaß, wenn er die Abnahme verlangen kann – und ist ein neues Aufmaß oder die Überprüfung eines einseitig genommenes Aufmaß nicht mehr möglich, hat der Auftraggeber vorzutragen und zu beweisen, welche Massen zutreffend sind oder dass die vom Auftragnehmer angesetzten unzutreffend sind. (auch BGH, Beschl. v. 01.02.2017- VII ZR 172/14 zu KG, Beschl. v. 15.04.2014; IBR 2017, 363)

allerdings

5. OLG Köln Urt. v. 05.07.2017 – 16 U 138/15:

Es ist zunächst Sache des Auftragnehmers, substantiiert vorzutragen, welche Bauleistung tatsächlich von ihm erbracht wurde. Dies kann aber auch durch die Vorlage der Schlussrechnung erfolgen, wenn sich aus der Rechnung mit den übrigen Umständen die Forderung in ausreichendem Maße nachvollziehen lässt.

ebenso

durch Vorlage von Aufmaßblättern (KG, Beschl. v. 15.04.214 – 27 U 152/13; BGH, Beschl. v. 01.02.2017 – VII ZR 172/14 – NZB zurückgewiesen; IBR 2017, 363)

und

Bestätigung einer Bewehrungsabnahme, wonach die Bewehrung ordnungsgemäß eingebaut wurde, verbunden mit der Freigabe zur Betonierung (OLG Dresden, Urt. v. 23.06.2015 – 4U 44/15; IBR 2015, 472)

auch

durch Zeugenbenennung, der die Arbeiten begleitet hat, lässt sich ein fehlendes Aufmaß ersetzen (BGH, Urt. v. 27.07.2006 – VII ZR 202/04; IBR2006, 662)

6. Was ist sonst noch wichtig:

OLG Frankfurt Beschl. v. 09.09.2013 – 6 U 187/12; BGH Beschl. v. 10.09.2015 – VII ZR 312/13 [NZB zurückgewiesen]:

- *Bei einem einvernehmlichen Aufmaß handelt es sich um einen Vertrag des Inhalts, die Aufmaßfeststellungen als Rechtsgrundlage anzuerkennen. Es muss nicht zusätzlich eine Vereinbarung getroffen werden, dass das Aufmaß auch Bindungswirkung entfalten soll.*
- *Auch der öffentliche Auftraggeber ist an ein gemeinsames Aufmaß gebunden.*

D. Nachtragsdurchsetzung

Zunächst ist zu beachten, dass das, was vertraglich geschuldet ist, einem Nachtrag nicht zugänglich ist. Was vertraglich geschuldet ist, ist durch Auslegung nach §§ 157, 133 BGB zu ermitteln.

Hier sind insbesondere die Entscheidungen des BGH zu berücksichtigen:

1. BGH, Urt. v. 13.03.2008 – VII ZR 194/06:

Welche Leistungen durch die Baubeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln. Dabei sind das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zugrunde zu legen. Neben dem Wortlaut der Ausschreibung sind die Umstände des Einzelfalls, unter anderem die konkreten Verhältnisse des Bauwerks zu berücksichtigen. Insoweit kommt es für die Abgrenzung, welche

Arbeiten von der vertraglichen Leistung erfasst sind und welche zusätzlich zu vergüten sind, auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung im vorgenannten Sinne an.

2. BGH, Beschl. v. 10.04.2014 – VII ZR 144/12:

Der BGH hat schon in dem Urteil vom 27.07.2006 – VII ZR 202/04 klargestellt, dass bei der Prüfung, welche Leistungen von der Vergütungsvereinbarung erfasst sind, dass das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen ist und soweit auch Abschnitt 4 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen zu berücksichtigen sind. Das Ergebnis einer objektiven Auslegung hängt nicht davon ab, ob der Auftragnehmer auf bestehende oder angenommene Unklarheiten hingewiesen hat.

3. Etwaige Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung gehen dabei im Rahmen der Auslegung nur dann zu Lasten des Auftragnehmers, wenn er eine mit geringem Aufwand mögliche und erforderliche Sachaufklärung unterlässt (BGH, Beschl. v. 26.06.2014 – VII ZR 205/12, mit dem einen NZB gegen das Urteil des OLG Hamm v. 15.06.2012 – 12 U 180/12 zurückgewiesen wurde).
4. Dies gilt auch bei risikobehafteter Ausschreibung. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, wonach riskante Leistungen – auch im Rahmen der VOB/A-Vergabe- nicht übernommen werden können (OLG Koblenz Ur. v. 17.04.2002 – 1 U 829/99; BGH Beschl. v. 27.02.2003 – VII ZR 188/02).
5. Wegen der Berechnung der Nachträge verweise ich auf den **Rundbrief 10**, der sich insoweit mit den Einzelheiten und Risiken und Pflichten zum Vortrag bei der Durchsetzung beschäftigt.
6. Hier noch einige Besonderheiten:

- a. OLG München Ur. v. 26.06.2012 – 9 U 3604/11:

Nachtragsvereinbarungen sind abschließende Regelungen. Der Auftraggeber muss deshalb bei Leistungsnachträgen auch die zeitabhängigen Mehrkosten in sein Nachtragsangebot aufnehmen oder zumindest deutlich machen, dass diese Kosten darin nicht enthalten sind. Andernfalls ist der Auftragnehmer mit der Geltendmachung bauzeitabhängiger Mehrkosten ausgeschlossen (so auch OLG Köln Beschl. v. 27.10.2014 – 11 U 70/13).

- b. OLG Hamm Ur. v. 08.03.2012 – 17 U 49/11; BGH Beschl. v. 20.06.2013 – VII ZR 104/12:

Ein Anspruch auf Mehrvergütung wegen geänderter oder zusätzlicher Leistungen setzt voraus, dass der Auftragnehmer jeweils konkret darlegt, welche im Vertrag vorgesehenen Leistungen sich aufgrund welche Anordnung des Auftraggebers – oder hierzu berechtigten Vertreter – geändert hat. Zudem muss der Auftragnehmer zu seiner Preisermittlung vortragen.

- c. Auch bei einem Bauzeitverlängerungsanspruch genügt die Fortschreibung des Bauablaufs aufgrund verschiedener Einzelstörungssachverhalte nicht den An-

forderungen einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung. Es muss nachgewiesen werden durch den Auftragnehmer, dass die Bauzeit mit den kalkulierten Mitteln bei ungestörtem Bauablauf eingehalten worden wäre, er selbst im Zeitpunkt einer Behinderung leistungsbereit war, keine von ihm selbst verursachten Verzögerungen vorlagen und keine Umstände gegen waren, die gegen einen Behinderung sprechen, z. B. in Form von Umstellung von Bauabläufen oder Inanspruchnahme von Pufferzonen (OLG Köln, Urt. v. 28.01.2014 – 24 U 199/12).

- d. Die Höhe des Anspruchs erfordert eine Gegenüberstellung der gesamten betrieblichen Situation hinsichtlich sämtlicher Einnahmen und Ausgaben betreffend aller von ihm geplanten und außerdem aller tatsächlich auch durchgeführten Arbeiten bzw. der jeweils veränderten Positionen für den kompletten Ausführungszeitraum und die Vorlage hierzu, und zwar einmal fiktiv ohne die Bauzeitverlängerung und einmal mit dieser (OLG Köln, Beschl. v. 08.04.2025 – 17 U 35/14).
- e. Günstig für den Auftragnehmer und ungünstig für den Auftraggeber ist es bei einem VOB-Vertrag, dass dann, wenn für geänderte oder zusätzliche Leistungen durch den Auftragnehmer ein Nachtragsangebot vorliegt und diese dann mit Willen des Auftraggebers ausgeführt werden, darin die stillschweigende Annahme des Nachtragsangebots vorliegt (OLG Koblenz Urt. v. 28.02.2011 – 12 U 1543/07; BGH Beschl. v. 31.03.2013 – VII ZR 72/11).

Erstellt am 05.09.2017 durch
Erk Winkelmann
Rechtsanwalt, Notar a.D.
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht