

Rundbrief 50 – Berechnungsart der zusätzlichen bzw. geänderten Leistungen

Die rechtliche Beurteilung, wie die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen zu berechnen sind, ist ins Wanken geraten.

Bisherige Rechtsprechung und Literaturmeinung:

Zuletzt hat das OLG Hamm durch eine – noch nicht rechtskräftige Entscheidung – am 09.05.2018 – 12 U 88/17 (IBRRS 2018, 1881) entschieden, dass der Unternehmer (AN) die für diese Leistung in der Urkalkulation berechnete Vergütung auf den Preis der geänderten/zusätzlichen Leistung fortzuschreiben hat und, wenn sich aus der Urkalkulation für diese tatsächlich erbrachte Leistung sich nichts herleiten lässt auf eine Bezugsposition der Urkalkulation zurückzugreifen ist.

Diese Auffassung steht im Einklang mit der Entscheidung des BGH vom 14.03.2013 – ZR VII 142/12 als auch der Auffassung Keldungs in Ingenstau/Korbion 19. Aufl. § 2 Abs. 5 VOB/B, RN 51 – dort mit weiteren Nachweisen.

Neue Ansicht:

Die obengenannte Rechtsauffassung wird nun vom KG Berlin, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17 (nicht rechtskräftig, abgedruckt in IBRRS 2018, 2231) in Frage gestellt.

Nach Auffassung der KG soll Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs die **tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten** sein, die dem Unternehmer (AN) aufgrund der Leistungsänderung entstanden sind.

- *die Preiskalkulation des AN ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung der Preisdifferenz*
- *im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der AN in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei der Erfüllung des nicht geänderten Vertrags (also keine neue Vergütungsvereinbarung) entstanden sind.*
- *wenn Leistungen durch einen Nachunternehmer (NU) zu erbringen sind, liegen seine Mehrkosten in der Mehrvergütung, die er aufgrund der Leistungsänderung an diesen zu entrichten hat.*

Im Bauprozess hat der AN jedenfalls den Mehrvergütungsanspruch schlüssig dargelegt, wenn er die bei ihm durch die Leistungsänderung tatsächlich entstandenen Mehrkosten vorgetragen hat. Ist dies geschehen, *muss der AN die Kalkulation seiner Vergütung nicht weiter vortragen.*

Nach meiner Rechtsauffassung greift die Begründung der Entscheidung des KG Berlin:

1. Diese Art der Berechnung ergibt sich auch daraus und ist sachgerecht, weil § 1 Abs. 3 VOB/B den AN verpflichtet, geänderte und zusätzliche Leistungen auszuführen, die nicht ursprünglich beauftragt waren und ihm mindestens die dadurch entstehenden Mehrkosten zu erstatten sind. Daraus lässt sich aber nicht automatisch herleiten, dass dann auch ein nicht auskömmlicher Preis fortzuschreiben ist.
2. Bei Ermittlung der Kündigungsvergütung nach § 649 BGB oder bei der Ermittlung der Entschädigung gemäß § 642 BGB kommt es im Streit um Aufwand und Ersparnis nach BGH, Beschl. v. 16.11.2016 – VII ZR 314/13, RN 23, auf seine hypothetischen tatsächlichen Kosten an, nicht hingegen auf seine Kalkulationsätze.
3. Die vom KG vertretene Auffassung deckt sich auch mit der Neuregelung in § 650 c BGB für die ab dem 01.01.2018 geschlossenen Bauverträge, so dass auch aus diesem

Grund sich für die Zukunft die Berechnung der Vergütung für die geänderten oder zusätzlichen Leistungen auf die für richtig gehaltene Methode der Preisfortschreibung des KG vermutlich einpendeln wird.

Tipp:

Im Hinblick auf Vorstehendes sollte zunächst versucht werden, die Kalkulation künftig auf die Auffassung des KG zu stützen und erst in einem Rechtsstreit auf Hinweis des Gerichts, solange keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, die Kalkulation nach der bisherigen Art vorgenommen werden.

Erstellt 17.07.2018 durch
Erk Winkelmann
Rechtsanwalt – Notar a.D.
Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht