

Rundbrief 52 – Zusätzliche Leistungen

Was sind zusätzliche Leistungen?

Nach § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B sind dies Leistungen, die zur Erbringung eines funktionstauglichen und zweckgerichteten Werks erforderlich sind, jedoch in der Leistungsbeschreibung **nicht enthaltende Leistungen**.

Der BGH nimmt insoweit die Abgrenzung (auch) unter dem technischen Gesichtspunkt vor.

Für diese Leistungen steht dem Auftraggeber einseitig das Recht zu, die Durchführung zu verlangen (Ingenstau-Korbion/Keldungs, VOB, 18. Auflage, § 2 Abs. 6 Rdn. m.w.Nw.). Hierbei handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die auch von einem zur geschäftlichen Vertretung ausdrücklich bevollmächtigten Vertreter erklärt werden.

Allerdings steht dem Auftragnehmer als Ausgleich ein Anspruch auf besondere zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B zu (BGH, Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 68/10; IBR 2010, 633).

Ankündigungspflicht.

Um aber den Anspruch auf zusätzliche Vergütung durchsetzen zu können, bedarf es einer **vorherigen Ankündigung der Mehrvergütung** und zwar vor Beginn der Durchführung der Arbeiten, **andernfalls der Vergütungsanspruch entfällt** (OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.11.2014-22 U 37).

Die Regelung des § 2 Abs. 6 Nr.1.Satz 1 VOB/B ist, auch wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist, nicht nach §§ 305 ff. BGB unwirksam (BGH, Urt. v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94; OLG Hamburg, Urt. v. 07.05.1996 -12 U 168/95; BauR 1997, 472).

Höhe der Vergütung.

Die zusätzliche Vergütung kann nur durchgesetzt werden, wenn auf der Basis der vorzulegenden Urkalkulation und eine neue Kalkulation mit Gegenüberstellung auf der Basis der Urkalkulation nachprüfbar und begründet erstellt worden ist. Ein Rückgriff auf die ortsübliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB scheidet aus.

Ist die zusätzliche Leistung wegen einer vereinbarten Komplettheitsklausel kostenfrei?

Die Vereinbarung einer Komplettheitsklausel oder Schlüsselfertigkeitsklausel ist auch als AGB-Klausel unbedenklich (OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.05.2014 – 23 U 162/13)

Allerdings führt die Formulierung in einem Bauvertrag, wonach die Leistung des Auftragnehmers auch **sämtliche notwendigen Arbeiten** umfasst, die für eine komplette, in sich abgeschlossene, gebrauchsfähige Ausführung erforderlich sind, nicht zu einer Erweiterung des Leistungsumfangs, wenn die Leistung im Angebot des Auftragnehmers mit einem Leistungsverzeichnis detailliert beschrieben ist (OLG Rostock, Urt. v. 13.01.2011 – VII ZR 84/05; BGH, Beschl. v. 13.01.2011 – VII ZR 114/09 - NZB zurückgewiesen).

Im Übrigen muss immer geprüft werden, in welchem Gesamtzusammenhang sie stehen. Wenn sie das Hauptleistungsversprechen **einschränken, verändern oder aushöhlen oder ausgestalten und modifizieren**, unterliegen sie sehr wohl der Inhaltskontrolle (BGH, Urt. v. 12.03.1987-VII ZR 37/86; BGH, Urt. v. 17.03.1999 – IV ZR 137/98).

Erkennbare unvollständige – lückenhafte – Leistungsbeschreibung

Die Situation ist allerdings anders, wenn das LV des Auftraggebers lückenhaft und in dem Sinne unvollständig ist, als kalkulationserhebliche Angaben fehlen, was der Auftragnehmer erkennt. In diesem Fall muss er Rücksprache beim Auftraggeber nehmen und die „fehlenden Angaben“ nachfragen. Unterlässt er dies und kalkuliert er mit der für ihn günstigsten Ausführungsvariante, steht ihm kein Anspruch der Mehrvergütung zu, wenn er im Rahmen der Ausführung dann zu den erwartenden Erschwernisse und Mehraufwendungen kommt (OLG München Urt. v. 27.04.2016 – 28 U 4738/13 Bau; BGH, Beschl. v. 20.04.2017 – VII ZR 142/16).

Dies ist allerdings kein Fall des § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B und auch kein Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B, denn hier erfolgt keine Anordnung einer zusätzlichen, im Vertrag nicht vorgesehenen Leistung, sondern sie war nach objektiver Auslegung des LV von vornherein geschuldet, nur vom Auftragnehmer nicht richtig verstanden und deshalb falsch kalkuliert

Erstellt am 08.08.2018 durch
Erk Winkelmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht