

# NewsLetter

2011-1 Seite 1

Schäferstraße 7  
14109 Berlin

Tel. 030 / 80 58 75 06  
Fax 030 / 80 58 75 07

info@dr-schwertfeger.de  
www.dr-schwertfeger.de

## Werkvertragsrecht

### Wertersatz nach Anfechtung

Das Landgericht (LG) Flensburg (Urt. v. 16. Dezember 2010, Az. 7 O 3/09) hatte über folgenden Fall zu entscheiden:

Der Hauptunternehmer (HU) hatte den Nachunternehmer (NU) mit der Herstellung von Betonfertigteilmarkisen beauftragt. Der NU hatte dem HU die Markisen versehentlich zum Preis von € 169,50 netto pro *Stück* anstatt pro *Quadratmeter* angeboten. Der NU focht daher seine Angebotserklärung wegen Irrtums an und forderte eine Vergütung in Höhe von € 169,50 netto pro Quadratmeter.

Zu Recht! Das LG gestand dem NU einen bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch in Höhe von € 169,50 netto pro Quadratmeter zu.

Infolge der wirksamen Anfechtung des Bauvertrages durch den NU habe der HU die Markisen ohne vertragliche Grundlage erlangt. Danach hätte der HU die Markisen an sich an den NU zurückzugeben. Da die Rückgabe der Markisen infolge Einbaus aber nicht mehr möglich sei, könne der NU dafür Wertersatz verlangen. Der HU habe dem NU den objektiven Verkehrswert zu zahlen, den das Erlangte nach seiner tatsächlichen Beschaffenheit für Jedermann hat, bzw. den Betrag, den ein Dritter am Markt dafür zu zahlen bereit wäre, und zwar im Zeitpunkt der Anfechtung.

Dabei wurde durch Sachverständigen geklärt, dass der Marktwert sogar höher lag als € 169,50 netto pro Quadratmeter.

### Praxishinweise

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz kommt nicht nur nach Anfechtung - wie hier - in Betracht, sondern in *jedem* Fall des Fehlens einer vertraglichen Vereinbarung.

Aber Vorsicht, der NU hatte vorliegend Glück: Denn zum einen wäre er teilweise unterlegen gewesen, wenn der Marktwert *niedriger* gewesen wäre als der von ihm kalkulierte Preis.

Und zum anderen hätte der HU infolge der Irrtumsanfechtung des NU Schadensersatz in Höhe des sog. Vertrauensschadens verlangen können (§ 122 Abs. 1 BGB bzw. § 311 BGB). Danach wäre der HU so zu stellen, wie er stünde, wenn er nicht auf die Wirksamkeit des Vertrages mit dem NU vertraut hätte. Dann jedoch hätte der HU gegenüber dem Bauherrn mit einem höheren Preis kalkuliert, und die Differenz hätte ihm der NU zu ersetzen. (Vorliegend scheiterte dieser Schadensersatzanspruch daran, dass der HU es unterlassen hat, einen derartigen Schaden im Prozess substantiiert vorzutragen.)

RA Dr. Christian Schwertfeger

## Werkvertragsrecht

### Vergütung sog. Nullpositionen

Das Oberlandesgericht (OLG) Bamberg (Urt. v. 15. Dezember 2010, Az. 3 U 122/10) hat über die Vergütung sog. Nullpositionen entschieden.

# NewsLetter

2011-1 Seite 2

Der Auftraggeber (AG) hatte den Auftragnehmer (AN) aufgrund VOB/B-Einheitspreisvertrages mit der Herstellung einer Bundesstraße beauftragt. Grundlage war das Leistungsverzeichnis (LV) des AG.

Bei Durchführung der Arbeiten ergab sich, dass mehrere Positionen aus dem LV vollständig entfielen, und zwar nicht etwa wegen Änderungen der Planung oder aufgrund entsprechender Anordnungen oder Teilkündigungen oder wegen Verzichts des AG, sondern weil sich die Leistungen schlicht als nicht notwendig erwiesen.

Der AN stellte dem AG die auf diese Positionen entfallenden 8,5 % Baustellengemeinkosten, 10 % allgemeine Geschäftskosten sowie 2 % Wagnis und Gewinn, insgesamt also 21,74 % für Lohnkosten, bzw. insgesamt 12,31 % für Stoffe, Geräte und Nachunternehmer, voll in Rechnung.

Teilweise zu Unrecht.

Das OLG stellte zunächst fest, dass die VOB/B für den Fall sog. Nullpositionen keine ausdrückliche Regelung enthält.

§ 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B (bei einer Mengenunterschreitung > 10 % ist auf Verlangen der EP im Wesentlichen durch Verteilung der AGK und BGK auf die verringerte Menge zu erhöhen, soweit der AN nicht durch Mengenerhöhungen bei anderen Positionen einen Ausgleich erhält) führe bei komplettem Wegfall einer Position zu *gar keiner* Vergütung. Das sei unbillig.

Denn jedenfalls wenn das LV vom AG stamme, dürfe der AN davon ausgehen, dass die ausgeschriebenen Leistungen auch zur Ausführung kommen. Dann müsse der AN die tatsächlich angefallenen und von ihm in die sog. Nullpositionen

einkalkulierten AGK und BGK sowie den Gewinn vergütet erhalten.

Deshalb müsse zugunsten des AN im Falle von Nullpositionen ebenso wie im Falle der freien (Teil-) Kündigung durch den AG der Rechtsgedanke von § 2 Nr. 4, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bzw. § 649 Satz 2 BGB greifen. Danach könne der AN nach Abzug der ersparten Aufwendungen und des anderweitigen Erwerbs in der Regel nur noch die AGK und BGK sowie den kalkulierten Gewinn verlangen.

Da jedoch die Baustellengemeinkosten nicht umsatzbezogen, sondern baustellenbezogen kalkuliert würden, sei in Anwendung des Gedankens von § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B zu prüfen, ob die in die Nullpositionen einkalkulierten BGK nicht doch dadurch gedeckt würden, dass in anderen Leistungspositionen Mehrungen aufgetreten seien und dementsprechend eine höhere Vergütung geschuldet werde (sog. Ausgleichsberechnung unter Berücksichtigung von Mehrmengen, zusätzlichen und geänderten Leistungen). Der AN solle infolge der Nullpositionen schließlich keinen „Extragewinn“ erzielen.

## Praxishinweise

Im Falle sog. Nullpositionen stehen dem AN nach Ansicht des OLG Bamberg also grundsätzlich anteilige AGK, BGK sowie der kalkulierte Gewinn zu. Bei den anteiligen BGK müsse sich der AN jedoch Mehrmengen bei anderen Positionen entgegenhalten lassen.

Ob diese Rechtsauffassung Bestand haben wird, bleibt abzuwarten. Denn das Urteil des OLG ist noch nicht rechtskräftig, die Revision ist noch beim Bundesgerichtshof (Az. VII ZR 19/11) anhängig.

RA Dr. Christian Schwertfeger