

NewsLetter

2013-4 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

Bauvertragsrecht

§ 2 Nr. 5 VOB/B

Der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil vom 14. März 2013, Az. VII ZR 142/12) hatte über einen ungewöhnlichen Fall zu entscheiden, und er hat dies zum Anlass genommen, ausführlich darzulegen, wie im Rahmen von § 2 Nr. 5 VOB/B die Vergütung für die geänderte Leistung zu ermitteln ist.

Der Auftragnehmer (AN) hatte sich aufgrund VOB/B-Einheitspreisvertrages zu Straßensanierungsarbeiten verpflichtet. Bei bestimmten Teilstrecken hatte er einen grundhaften Neuausbau vorzunehmen (LV-Pos. 1), bei anderen nur eine Deckenerneuerung (LV-Pos. 2). Aufgrund von Gutschriften hatte der AN für die bloße 13 cm-Deckenerneuerung jedoch einen niedrigeren Einheitspreis angeboten als für den aufwändigeren 26 cm-grundhaften Neuausbau.

Der Auftraggeber (AG) forderte im Zuge der Bauausführung, dass auf einem bestimmten Bauabschnitt statt der dort vorgesehenen Deckenerneuerung ein grundhafter Neuausbau erfolgen solle, wollte dafür aber nur den EP aus der LV-Pos. 1 „grundhafter Neuausbau“ bezahlen.

Zu Unrecht!

Grundsatz sei, dass im Rahmen von § 2 Nr. 5 VOB/B die Ermittlung des neuen EP nicht anhand der tatsächlichen oder üblichen Mehr- und Minderkosten zu erfolgen habe, sondern im Wege einer Fortschreibung der dem Bauvertrag zugrunde

liegenden Kalkulation des AN, um so das Vertragspreisniveau zu erhalten.

Dabei sei - soweit wie es möglich sei - an die Kostenelemente der Preiskalkulation für die nachträglich geänderte Position anzuknüpfen; vorliegend sei der neue EP also soweit wie möglich aus dem EP für LV-Pos. 2 „Deckenerneuerung“ herzu-leiten! Erst dann, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthalte, die aufgrund der Leistungsänderung nunmehr für die Preisbildung maßgebend seien, dürfe nach einer vergleichbaren Position (sog. Bezugsposition) im übrigen LV gesucht und anhand dieser die Kalkulation analog fortgeschrieben werden.

Wirke sich die Leistungsänderung im Ergebnis wie eine Mengenänderung aus, so sei der neue EP wie bei § 2 Nr. 3 VOB/B zu ermitteln.

Habe der AN jedoch bestimmte, im Wesentlichen gleichartige Positionen - wie hier - einmal für ihn günstig und einmal für ihn ungünstig kalkuliert, müsse „eine Gesamtschau“ erfolgen, damit der AN durch die Leistungsänderung keine Nachteile erleide. So sei allgemein anerkannt, dass dem AN jedenfalls die Deckungsbeiträge für den Gewinn aus dem ursprünglich Vereinbarten erhalten bleiben müssen.

Praxishinweise

Ein bemerkenswertes Urteil, auch wenn noch nicht feststeht, welchen EP der AN denn nun schlussendlich beanspruchen darf, da der BGH den Rechtsstreit dafür an die Vorinstanz zurückverwiesen, also nicht selbst entschieden hat.

Die Vorinstanz war noch schlicht der Meinung, da der AN nach der Änderungsanordnung letztlich einen grundhaften Neuausbau ausgeführt habe, könne er auch nur den an anderer Stelle im LV dafür ausgewiesenen EP verlangen.

Durch die streng systematische Sichtweise des BGH wurde der AN vor erheblichem finanziellen Schaden bewahrt. In der Folge kann der AN für ein und diesselbe Leistung zwei verschiedene EP zur Abrechnung bringen - ein kurioses Ergebnis!

Mit dem vorliegenden Urteil wird also die sog. korbion'sche Formel „guter Preis bleibt guter Preis, und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ bekräftigt.

RA Dr. Christian Schwertfeger

Werkvertragsrecht

Ohne-Rechnung-Abrede

Im Fall des Oberlandesgerichts (OLG) Schleswig (Urteil vom 21. Dezember 2012, Az. 1 U 105/11) hatten die Parteien einen Bauvertrag geschlossen und vereinbart, dass über die Bauleistungen keine Rechnung gestellt (und so die Umsatzsteuer „gespart“) werden solle.

Die Bauleistung war mangelhaft, der Auftraggeber (AN) erhob deshalb Mängelansprüche gegen den Auftragnehmer (AN).

Nach Ansicht des OLG zu Unrecht!

Die Ohne-Rechnung-Abrede verstoße gegen ein gesetzliches Verbot (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG).

Verstießen beide Vertragsparteien dagegen, so führe dies nicht lediglich zu einer Teil-Nichtigkeit nur der Ohne-Rechnung-Abrede selbst, sondern

zur Gesamt-Nichtigkeit des ganzen Werkvertrages. Das gebiete der Schutzzweck des SchwarzArbG (Abschreckungswirkung).

Sei der Werkvertrag nichtig, ergäben sich daraus keine Mängelansprüche.

Die anderslautenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 2008 seien überholt, weil seinerzeit allein Steuervorschriften als Verbotsgesetze verletzt worden seien, vorliegend hingegen auch das SchwarzArbG.

Praxishinweise

Das OLG ließ dennoch die Revision zum BGH zu, so dass die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist. Sobald der BGH darüber entschieden hat, werde ich berichten.

Im Jahr 2008 hatte der BGH geurteilt, dass sich der AN nach Treu und Glauben nicht auf die Nichtigkeit berufen dürfe, um seinen Gewährleistungspflichten zu entgehen. Denn der AG habe ein großes Interesse an mangelfreier Bauleistung, und der AN setze sich zu seinem bisher auf Erfüllung des Vertrages gerichteten Verhalten in Widerspruch, wenn er sich nunmehr auf die Nichtigkeit des Vertrages berufe (s. dazu NewsLetter 2008-6).

Das OLG befand hingegen, mit dem Hinweis auf Treu und Glauben dürfe ein Verbotsgesetz nicht ausgehöhlt werden. Der AG sei nicht schutzlos, denn es würden ihm immer noch das Bereicherungsrecht (statt Werklohn nur Ersatz des - geringen - Wertes der mangelhaften Werkleistung, wobei § 817 BGB durch § 242 BGB ausgeschlossen sein soll) und das Deliktsrecht (für Schäden am Bestandsbau infolge von Mängeln am Gewerk des AN) zur Verfügung stehen.

RA Dr. Christian Schwertfeger