

Die Abrechnung des Werkunternehmers beim gekündigten Pauschalpreisvertrag

Oft wird ein Bauvertrag nicht beendet, weil er vom Auftraggeber gekündigt wird. Der Auftraggeber kann beim BGB-Vertrag nach § 649 I 1 BGB und beim VOB-Vertrag gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B den Bauvertrag jederzeit bis zur Vollendung des Werkes kündigen. Dem Auftragnehmer steht dann die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Hierbei handelt es sich um die sogenannte „freie Kündigung“. Hierzu zählen etwa die Fälle, in denen der Auftraggeber den Bauvertrag kündigt, weil die Baugenehmigung (wider erwarten) nicht erteilt oder widerrufen wird oder eine Finanzierung nicht zustande kommt. Ferner finden diese Grundsätze auch dann Anwendung, wenn der Auftraggeber eine außerordentliche Kündigung gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (wegen Verzugs oder nicht rechtzeitiger Mängelbeseitigung) ausgesprochen hat, jedoch der Verzug oder der Mangel im nachfolgenden Prozess nicht bewiesen werden kann und deshalb von einer freien Kündigung auszugehen ist. Festzuhalten ist mithin, dass die „freie Kündigung“ dem Auftragnehmer einen

Anspruch für erbrachte und für nicht erbrachte Leistungen gewährt.

Beim gekündigten Einheitspreisvertrag rechnet der Auftragnehmer seinen Vergütungsanspruch für die erbrachten Leistungen nach den vertraglichen Einheitspreisen ab. Anhand der Massen können die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses errechnet werden.

Die Abrechnung der erbrachten Leistungen beim gekündigten Pauschalvertrag ist erheblich schwieriger. Für die erbrachte Leistung muss der Wert der Teilleistung aus dem Pauschalpreis ermittelt werden.

In der anwaltlichen Praxis finden sich oftmals Abrechnungen, die mangels Schlüssigkeit oder Prüfbarkeit keine Aussicht auf gerichtlichen Erfolg haben. Hierzu zählen Berechnungen auf der Grundlage von Abschlagszahlungsvereinbarungen. Regelmäßig entsprechen diese Abschläge nicht dem genauen Leistungsstand oder füllen ihn gar aus. Ebenfalls unzulässig ist eine prozentuale Berechnung der erbrachten Leistungen, da den einzelnen Leistungsteilen eine unterschiedliche Höhe der Vergütung zugrunde liegt. Keine Aussicht auf Erfolg haben regelmäßig auch Abrechnungen, in denen nur die nicht erbrachten Leistungen dargestellt, diese mit ortsüblichen Preisen unterlegt und dann vom Pauschalpreis abgezogen werden.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einer Reihe von Entscheidungen (vgl. BauR 96, 846; BauR 97, 304, 643; BauR 98, 121, 348, 1016; BauR 99, 632) die Abrechnungsgrundsätze bei der Kündigung des Pauschalvertrages aufgestellt. Er hat ausgeführt, dass es zur schlüssigen Darlegung des Anspruches aus §§ 649 Satz 2 BGB, 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B gehört, dass der Auftragnehmer die Grundlage seiner Kalkulation für die vereinbarte Leistung nachvollziehbar darlegt (vgl. BauR 96,846). Für die Berechnung der erbrachten Leistungen gilt folgendes:

„Zunächst hat der Unternehmer die erbrachten Leistungen und die dafür anzusetzende Vergütung darzulegen und von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen. Dem steht nicht entgegen, dass er Anspruch auf die gesamte vereinbarte Vergütung hat abzüglich dessen, was er in Folge der Vertragsbeendigung an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Abrechnung nach der vereinbarten Vergütung unter Abzug der Ersparnisse usw. kann sich nämlich nur auf den noch nicht vollendeten Teil seiner Leistung beziehen. Diese Abgrenzung ist ferner für die Berechnung der dem Unternehmer zustehenden Mehrwertsteuer erforderlich.“

Zur Berechnung der nicht erbrachten Leistungen hat der BGH angeführt:

„Bezüglich der nicht erbrachten Leistungen muss sich der Unternehmer auf seinen Anspruch auf vertragliche Vergütung u. a. anrechnen lassen, was er durch die Kündigung an Aufwendungen erspart. Als erspart anrechnungspflichtig sind die Aufwendungen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind. Was er sich in diesem Sinne als Aufwendung anrechnen lässt, hat der Unternehmer vorzutragen und zu beziffern; denn in der Regel ist nur er dazu in der Lage.“

Die Berechnung der erbrachten Leistungen hat regelmäßig in zwei Schritten zu erfolgen. Zunächst ist die gesamte Leistung in Einzelgewerke mit Einzelpreisen aufzuteilen. Hierbei kann auf die Einheitspreisangebote zurückgegriffen werden. Notfalls muss nachträglich eine Kalkulation erstellt werden, welche die Gesamtleistung und den Preis darstellt. In einem weiteren Schritt ist dann die Abgrenzung der erbrachten Leistungen von den nicht erbrachten Leistungen vorzunehmen. Hier sind die einzelnen Positionen und das Aufmaß heranzuziehen. Aus dieser Abgrenzung ergibt sich der erste Teil der Werklohnforderung für erbrachte Leistungen, auf den Umsatzsteuer entfällt.

Für die Berechnung des zweiten Teils der Werklohnforderung für die Vergütung für nicht er-

brachte Leistungen ist zunächst auf den Wert der nicht ausgeführten Leistungen abzustellen. Von dem Pauschalpreis ist der Wert der bis zur Kündigung ausgeführten Leistungen abzuziehen. So erhält man den Wert für die nicht ausgeführten Leistungen. Hiervon wiederum sind die ersparten Aufwendungen abzusetzen. Darunter sind die Aufwendungen zu verstehen, die der Auftragnehmer bei Ausführung des Auftrages hätte machen müssen und die nun durch die Kündigung ganz oder teilweise nicht mehr anfallen. Der Abzug erfolgt in Nettobeträgen, da auf den entgangenen Gewinn keine Umsatzsteuer entfällt. Zu den ersparten Kosten gehören in der Regel die Materialkosten, Löhne und Gehälter, Baustellengemeinkosten, Einrichtungs- und Vorhaltekosten der Baustelle usw.

Aus diesen Ausführungen wird sichtbar, dass dem Aufmaß der Bauleistungen nach der Kündigung eine herausragende Rolle zukommt. Der Auftragnehmer hat gemäß § 8 Nr. 6 VOB/B nach der Kündigung ein Recht darauf, ein Aufmaß zu verlangen. Die oben dargestellten Berechnungen sind nicht mehr möglich, wenn das Bauvorhaben – ggf. durch Dritte – fertiggestellt worden ist. Es ist deshalb von erheblicher Bedeutung, unmittelbar nach Kündigung die Leistung durch ein Beweisverfahren oder ein Privatgutachten zu bewerten, um so der Darlegungs- und Beweislast zu genügen.