



# **Abrechnung gekündigter Bauleistungen**

# Abrechnung gekündigter Bauleistungen

Obgleich der Begriff „Vertrag“ bekanntlich von „vertragen“ kommt, gibt es in der Praxis Fälle, bei denen der Bauvertrag nicht mit der Herstellung des versprochenen Werkes beendet wird, sondern vorzeitig durch Kündigung. Die Kooperationsbereitschaft ist zum Zeitpunkt einer Vertragsbeendigung durch eine Kündigung i.d.R. verloren gegangen.

Die Ursachen hierfür sind zahlreich und mannigfaltig. Exemplarisch benannt seien die Unzufriedenheit über die Leistungserbringung, Unklarheiten in der Projektabwicklung, nicht ausreichende Leistungsfähigkeit aus Sicht der Auftraggeber und umgekehrt unzureichende bzw. stark verzögerte/ verweigernde Zahlungsbereitschaft, unklare/ verspätete (Vor-) Planungsleistungen, fehlende Mitwirkung bzw. Kooperation.

Ebenfalls zahlreich sind die rechtlichen Variationen, aufgrund derer ein Vertragsverhältnis beendet werden kann. Im Rahmen dieses Beitrages werden zunächst einmal, aus Sicht der Verfasser, elementare rechtliche Grundlagen aufgezeigt, mit dem Ziel, anschließend unterschiedliche Abrechnungsprobleme darzustellen.

In diesem Beitrag stehen die baubetrieblichen Folgen und Lösungen im Vordergrund, obwohl die juristischen Voraussetzungen den Rahmen dafür vorgeben.

Die Frage, ob und wie Bauleistungen nach einer Kündigung abzurechnen sind, hängt wesentlich von der Art der Kündigung ab.

## 1 Rechtliche Grundlagen (Allgemein)

Die im Nachfolgenden beschriebenen Themen basieren auf den Grundlagen des Werkvertragsrechtes gemäß §§ 631 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sowie der Vergabe und Vertragsordnung im Bauwesen, Teil B oder kurz VOB/B (hier wurde die Ausgabe 2016 zugrunde gelegt, kurz VOB/B (2016) oder VOB/B).

Vorweggenommen ist zu erwähnen, dass sich aufgrund der Änderungen zum „neuen“ Werkvertragsrecht des BGB ab dem 01.01.2018 (durchaus deutliche) Veränderungen ergeben haben. Diese betreffen insbesondere:

- § 648 BGB („Kündigungsrecht des Bestellers“ bislang „Sicherheitshypothek des Bauunternehmers“),
- § 648a BGB („Kündigung aus wichtigem Grund“, bislang „Bauhandwerkersicherung“ [Anmerkung der Verfasser: die gravierendste Änderung in diesem Zusammenhang,

nämlich ein wechselseitiges Kündigungsrecht, welches es in dieser Form im Werkvertragsrecht des BGB so bislang nicht gab],

- § 650f Abs. 5 „Bauhandwerkersicherung“ [Anmerkung der Verfasser: sehr ähnlich der Regelung dem bisherigen § 648a BGB vor dem 01.01.2018]
- § 650h „Schriftform der Kündigung“

**In diesem Beitrag geht es grundsätzlich um die Regelungen der VOB/B. Die nachfolgend erwähnten Paragraphen aus dem Werkvertragsrecht des BGB beziehen sich daher auf die VOB/B (2016) und somit auf die Regelungen des BGB vor dem 01.01.2018. Das bedeutet, dass der in der VOB/B (2016) referenzierte § 649 BGB nunmehr dem § 648 (neu) entspricht. Jedoch viel entscheidender ist, dass der neue § 648a des BGB eine beidseitige „Kündigung aus wichtigem Grund“ regelt. Inwiefern die bisherigen Regelungen der VOB/B einer Anpassung bedürfen ist nicht Gegenstand dieses Beitrages. Aus Sicht der Verfasser besteht jedoch Handlungsbedarf zur Anpassung der VOB/B, da sonst in der Praxis Irritationen bei der Anwendung der VOB/B zu erwarten sind. Dies trägt nicht zur Rechtssicherheit bei und ist schon allein deshalb unbedingt zu vermeiden.**

Als Grundvoraussetzung eines Werkvertrages und seines Zustandekommens ist die Willensübereinstimmung zu erwähnen, welche in mündlicher, schriftlicher oder anderer Art, zum Beispiel durch konkludentes Handeln, dazu führt, dass die Vertragsparteien gemeinsam und miteinander einen Vertrag schließen. Dies setzt voraus, dass die eine Seite die Erbringung einer Leistung wünscht, die andere Seite bereit ist, diese Leistung zu erbringen und dafür entsprechende Vergütung erwarten darf. Das Prozedere ist dadurch geprägt, dass es zum Vertragsschluss eine Vertrauensbasis gibt, welche die Geschäftsgrundlage darstellt, vielleicht nicht im juristischen, aber doch im technischen Sinn. Getreu dem Prinzip von Angebot und Annahme entsteht erst bei Willensübereinstimmung der (Werk-)Vertrag.

## **2 Werkvertrag nach § 631 ff. BGB**

Grundsätzlich handelt es sich beim BGB-Bauvertrag um einen sogenannten „Kooperationsvertrag“, d.h. beide Vertragsparteien sind verpflichtet, bei Problemen diese gemeinschaftlich zu lösen.

Basis des Werkvertrages bilden der § 631 BGB (Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag)

*„(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

*(2) Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“*

und der § 632 BGB (Vergütung)

*„(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist.*

*(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.“*

Diese Regelung fordert von den Vertragsparteien ein kooperatives Verhalten. Sich nicht kooperativ zu verhalten, sich sogar zu „verweigern“, ist aber eine häufig anzutreffende Praxis, gerade wenn es darum geht, auftretende Probleme zu lösen. Dies führt jedoch zwangsläufig zum Vertrauensverlust, was dann wiederum in letzter Konsequenz eine Kündigung zur Folge hat.

Der Werkvertrag nach der VOB ist eine Konkretisierung der Regelungen des BGB für die Abwicklung von Bauleistungen. Für das Zustandekommen des Vertrages sowie die damit verbundene Kooperativität gelten jedoch dieselben Grundsätze.

### **3 Die unterschiedlichen Kündigungsmöglichkeiten**

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass entsprechend dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ Verträge einzuhalten und entsprechend der gegenseitigen Leistungspflichten anzuwenden sind. Alleine die Ankündigung einer Kündigung stellt eine „Ultima Ratio“ dar, denn sofern die Parteien danach nicht in der Lage sind, in ihrem Interessenkonflikt eine Lösung herbeizuführen, steht dann am Ende als letztes Mittel dieses „Lösungsweges“ die Kündigung.

Bei massiven Störungen des Vertrages sind für diesen Fall Regelungen zur vorzeitigen Lösung der Vertragsverhältnisse innerhalb des Werkvertragsrechtes vorhanden. Die Kündigung beendet den Werkvertrag mit der Wirkung ab dem Zeitpunkt des Zugangs für die Zukunft (ex nunc).

Grundlegend ist bei der Vertragskündigung zwischen einer besteller-/ auftraggeberseitigen und einer unternehmer-/ auftragnehmerseitigen Kündigung zu unterscheiden. Darüber hinaus gibt es zwei weitere Unterscheidungskriterien, nämlich die „Kündigung aus wichtigem Grund“ und die „freie Kündigung“.

Zu den „Kündigungen aus wichtigem Grund“ zählen die nachfolgenden Regelungen:

- § 643 BGB Kündigung bei unterlassener Mitwirkung i.V.m. § 642 BGB Mitwirkung des Bestellers
- § 648a Abs. 5 BGB Kündigung bei ausbleibender Bauhandwerkersicherung
- Zu beachten sind darüber hinaus die §§ 323 ff. BGB zu Leistungsstörungen aus dem Schuldrecht
- Darüber hinaus bejaht die Rechtsprechung eine Anwendung des § 242 BGB (Kündigung aus wichtigem Grund wegen Vertrauensverlust) und § 314 BGB (Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund) und auch auf den Werkvertrag.<sup>1</sup>

Die „freie Kündigung“ ist in

- § 649 Kündigungsrecht des Bestellers

geregelt.

Die VOB/B konkretisiert in vom BGB abweichenden Regelungen die Kündigungsrechte in § 6 Abs. 7 (Kündigung bei langfristiger, behinderungsbedingter Unterbrechung), § 8 (Kündigung durch den Auftraggeber) und § 9 VOB/B (Kündigung durch den Auftragnehmer).

Wie bereits oben aufgezeigt, ist danach zu unterscheiden, ob der Auftraggeber oder Auftragnehmer kündigt und ob es sich um eine Kündigung aus wichtigem Grund oder eine freie Kündigung handelt. Im Nachfolgenden wird auf die Vorschriften der VOB/B (2016) näher eingegangen.

### **3.1 Kündigung infolge längerfristiger, behinderungsbedingter „Unterbrechung“ durch den Auftraggeber (AG) als auch durch den Auftragnehmer (AN) und deren Abrechnung**

Wie bereits oben aufgezeigt, ist danach zu unterscheiden, „wer“ kündigt und aus „welchem Grund“ gekündigt wird. Ein beidseitiges Kündigungsrecht besteht gemäß

- § 6 Abs 7 i. V. m. § 6 Abs 1 der VOB/B

---

<sup>1</sup> Dies wurde im BGB ab 01.01.2018 nun mittels des § 648a „Kündigung aus wichtigem Grund“ grundlegend geregelt.

im Fall einer längerfristigen, behinderungsbedingten „Unterbrechung“ von mehr als drei Monaten, sofern ein Vertragsteil schriftlich die Kündigung des Vertrages erklärt. Bei dieser Kündigung handelt es sich um eine „Kündigung aus wichtigem Grund“.

Die Abrechnung erfolgt gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B auf Basis der „ausgeführten Leistung“ und nach den „Vertragspreisen“. Außerdem sind die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung (Anmerkung der Verfasser: zum Beispiel wie den Gemeinkosten) enthalten sind.

Weiterhin besteht entsprechend § 6 Abs 6 VOB/B der Anspruch auf „Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens“ bzw. eine „angemessene Entschädigung“.

Der Ersatz des Schadens setzt eine schuldhafte „Pflichtverletzung“ des Auftraggebers oder Auftragnehmers voraus. Eine angemessene Entschädigung kann dem Auftragnehmer dagegen schon dann zustehen, wenn dem Auftraggeber kein Verschuldensvorwurf zu machen ist, er aber „Obliegenheiten“ gemäß § 642 BGB („Annahmeverzug“) verletzt.

### **3.2 Kündigung durch den Auftraggeber (AG)**

Die Kündigungsrechte des Auftraggebers sind in § 8 VOB/B geregelt. Die einzelnen Absätze des § 8 VOB/B lassen sich wie folgt kategorisieren:

- § 8 Abs. 1 VOB/B Recht zur „freien“ Kündigung
- § 8 Abs. 2 bis Abs.6 VOB/B Rechte zur Kündigung aus wichtigem Grund
- § 8 Abs. 6 VOB/B „Schriftformerfordernis bei der Kündigung“
- § 8 Abs. 7 VOB/B „Abrechnung ausgeführter Leistung“
- § 8 Abs. 8 VOB/B Recht auf „vereinbarte Vertragsstrafe nur bis zum Tag der Kündigung“

Die Absätze 1 und 2 stellen Regelungen zur Form der Kündigung dar, wohingegen die Absätze 6, 7 und 8 die Abwicklung der Kündigung regeln.

Auf die Absätze 4 und 5 wird an dieser Stelle bewusst nicht eingegangen. Hier geht es vor allem um vergaberechtliche Themen, welche in der Praxis kaum eine Relevanz entfalten.

### **3.2.1 „Freie Kündigung“ durch den Auftraggeber - § 8 Abs.1 VOB/B und deren Abrechnung**

§ 8 Abs. 1 VOB/B räumt dem AG das Recht ein, den Vertrag „jederzeit“ zu kündigen. Hierbei spricht man von einer „freien Kündigung“, da hierfür kein Grund vorliegen muss bzw. der AG keinerlei Grund für diese Kündigung angeben muss.

Die Abrechnungsregelung dieser Kündigungsform sieht vor, dass dem Auftragnehmer (AN) die volle Vergütung zusteht. Jedoch muss der AN sich ersparte Aufwendungen anrechnen lassen. Darüber hinaus muss der AN sich anrechnen lassen, was er durch den Einsatz seiner Arbeitskraft anderweitig erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Der Auftragnehmer stellt seine Abrechnung zweiteilig auf. Der erste Teil setzt sich aus der Abrechnung aller beauftragten (vereinbarten) und bis zur Kündigung tatsächlich erbrachten Leistungen zusammen. Nicht ausgeführte Nachtragsleistungen werden in der Regel nicht vergütet. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn sie besonders beauftragt werden. Der zweite Teil bildet die Abrechnung aller beauftragten jedoch aufgrund der Kündigung nicht mehr ausgeführten Leistungen, abzüglich der deshalb ersparten Aufwendungen, ferner abzüglich der anderweitig erworbenen Leistungen. Im Rahmen der Kündigungsabrechnung muss der Auftragnehmer daher über seine ersparten Aufwendungen Auskunft geben.

### **3.2.2 „Kündigung aus wichtigem Grund“ durch den Auftraggeber - § 8 Abs. 2 und 3 VOB/ B und deren Abrechnung**

Bei der Kündigung aus wichtigem Grund ist nach den Gründen zu unterscheiden:

- § 8 Abs. 2 VOB/B Kündigung wegen Vermögensverfall/ Insolvenz des Auftragnehmers,
- § 8 Abs. 3 VOB/B Kündigung wegen mangelhafter oder unzureichender Leistungserbringungen

Gerade der § 8 Abs. 3 wird in der Praxis regelmäßig diskutiert. Dabei ist zu unterscheiden, worum es sich bei der mangelhaften bzw. unzureichenden Leistungserbringung genau handelt. Hierzu kommen drei grundlegende Aspekte gemäß der Vorschrift der VOB/B in Betracht. Dies sind im Einzelnen:

- Die fehlende Nachbesserung von erkannten Mängeln während der Leistungserbringung durch den AN, welche trotz Aufforderung unter Fristsetzung zur

Mängelbeseitigung (Abhilfeverlangen gemäß § 4 Abs.7 VOB/B) nicht abgestellt werden,

- der Einsatz eines ungenehmigten Nachunternehmers seitens des AN, welcher trotz Aufforderung unter Fristsetzung zur Beendigung dieses Einsatzes (Abhilfeverlangen gemäß § 4 Abs. 8 VOB/B) nicht beendet,
- die Weigerung des AN trotz Aufforderung unter Fristsetzung zur Verstärkung der Kapazitäten bei drohenden Fristüberschreitungen (Abhilfeverlangen gemäß § 5 Abs. 4 i. V. m. § 5 Abs 3),
- Verzug mit der Vollendung,
- Verzögerter Beginn der Ausführung.

Zu beachten ist, dass diese Aufzählung nicht abschließend zu verstehen ist. An dieser Stelle wird auf die juristische Fachliteratur verwiesen.

Bei der Kündigung aus wichtigem Grund sind gemäß § 8 Abs. 7 nur die ausgeführten Leistungen abzurechnen. Die erbrachten Leistungen sollten im Zuge eines Aufmaßes gemeinsam festgestellt werden. Dies hat aus Beweisgründen sinnhafterweise zeitnah zu geschehen. Verweigert der Auftraggeber dieses Aufmaß, trifft ihn die Beweislast, dass der Auftragnehmer falsch abrechnet. Besonderes Augenmerk gilt der Abnahme. Der Unternehmer hat nach der Kündigung einen Anspruch auf Abnahme seiner bis dahin erbrachten Leistungen. Ohne Abnahme wird sein Vergütungsanspruch grundsätzlich nicht fällig. Die Abrechnung nach Kündigung hat unverzüglich, also „ohne schuldhaftes Zögern“ zu erfolgen.

In Folge der Kündigung endet der Vertrag für die Zukunft (ex nunc). Nach der Kündigung ist durch den AN die Leistungserbringung einzustellen. Der Anspruch von Schadenersatz ist durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

Der AG ist berechtigt, die Baumaßnahme von einem Drittunternehmen anstelle des AN fertigstellen zu lassen. Die dem AN nach Kündigung zu zahlende Vergütung ist ein „normaler“ Vergütungsanspruch für die Vergangenheit. Für die Auswahl des Drittunternehmens seitens des AG gilt, dass diese unter wirtschaftlichen Aspekten zu erfolgen hat, d.h. dem AG obliegt eine „Schadensminderungspflicht“, die im Falle der Verletzung zu einem Schadenersatzanspruch des AN führen kann.

### **3.3 Kündigung durch den Auftragnehmer (AN)**

Nach den auftraggeberseitigen werden nachfolgend die auftragnehmerseitigen Kündigungsmöglichkeiten betrachtet. Wie bereits erwähnt, ist die Kündigung des Vertrages



durch den Auftragnehmer in § 9 VOB/B geregelt. Hiernach kann der Auftragnehmer aus „wichtigem Grund“ den Vertrag kündigen, dies sind:

- § 9 Abs.1 Nr. 1 VOB/B „Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB“ und
- § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B „Schuldnerverzug bei fälliger Zahlung“

Als weiterer Kündigungsgrund, der nicht in § 9 VOB/B geregelt ist, kommt der schwerwiegende Vertrauensbruch in Betracht. In diesem Fall ist dem AN nach Treu und Glauben das Festhalten am Vertrag unzumutbar.

Als Beispiele lassen sich hier nachfolgende Sachverhalte anführen:

- der AG zieht Arbeitnehmer des AN zur Schwarzarbeit ab,
- der AG besticht Mitarbeiter des AN,
- der AG leistet Abschlagszahlungen mit ungedeckten Schecks,
- der AG nimmt zu Unrecht die Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch oder
- der AG besteht auf eine Leistungserbringung entgegen den Regeln der Baukunst etc.

Zu beachten ist, dass diese Aufzählung nicht abschließend zu verstehen ist. An dieser Stelle wird auf die juristische Fachliteratur verwiesen.

### **3.3.1 Kündigung des Auftragnehmers bei Annahmeverzug des Auftraggebers (siehe auch §§ 293 ff. BGB)**

Bei Annahmeverzug hat der AG erforderliche Mitwirkungen unterlassen, so dass der AN außerstande ist, seine Leistungen zu erbringen. Mitwirkungspflichten sind z. B. in den §§ 3 und 4 VOB/B beschrieben.

### **3.3.2 Kündigung des Auftragnehmers bei Schuldnerverzug des Auftraggebers**

Danach berechtigt der Zahlungsverzug, andererseits aber auch der Verzug mit sonstigen Leistungspflichten, den Auftragnehmer zur Kündigung. Die Fälligkeit der Zahlung richtet sich nach §§ 14 und 16 VOB/B. Die Abrechnungen müssen prüfbar sein.

### **3.3.3 Abrechnung der Kündigung des AN aus wichtigem Grund**

Die erbrachte Leistung wird nach den Vertragspreisen abgerechnet. Außerdem hat der AN Anspruch auf eine angemessene Entschädigung gem. § 642 BGB. Das Recht auf Schadenersatz ist ebenfalls durch die Kündigung nicht ausgeschlossen.

## **4 Abrechnung „frei“ gekündigter Bauverträge**

Der Auftragnehmer muss seine Leistungen prüfbar abrechnen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 VOB/B). Er ist damit verpflichtet, den Auftraggeber durch die Abrechnung in die Lage zu versetzen, nachprüfen zu können, ob der geltend gemachte Werklohnanspruch begründet ist. Der Auftraggeber soll vor Übervorteilung geschützt werden. Auch wenn § 14 Abs. 1 Satz 1 VOB/B keine Regelung über die Form der Rechnung enthält, sollte aus Gründen der Beweisbarkeit und auch aus steuerrechtlichen Gründen immer eine schriftliche Rechnung erstellt werden.

### **4.1 Feststellung der vereinbarten Vergütung**

Die Leistungen, die mit dem Vertrag beauftragt wurden, lassen sich grundsätzlich über die Vertragsunterlagen ermitteln. Die Berücksichtigung der eingetretenen und angeordneten Änderungen und zusätzlichen Leistungen ist dagegen in der Regel eine sehr komplexe Aufgabe.

### **4.2 Feststellung der erbrachten Leistung**

Der Auftraggeber ist nach Treu und Glauben verpflichtet (§ 242 BGB), an der ordnungsgemäßen Abrechnung mitzuwirken. Im Falle der Kündigung handelt es sich um eine besondere Situation durch den gescheiterten Vertrag. Häufig gibt es eine stark emotional geprägte Auseinandersetzung, was für eine sachliche Feststellung nicht unbedingt hilfreich ist. Deshalb bietet es sich an, die Leistung durch einen neutralen Dritten, zum Beispiel einen Gutachter, feststellen zu lassen.

Zur Gliederung der Abrechnung orientiert diese sich grundsätzlich am Leistungsverzeichnis.

### **4.3 Abgrenzungsprobleme**

Die Abgrenzung von ausgeführter und infolge Kündigung nicht ausgeführter Leistung ist nicht immer einfach; besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei einer nur groben Detaillierung der Leistungsvorgaben. So ist bei einem Einheitspreisvertrag die Tiefe durch die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses von vornherein vorgegeben, ebenso beim Detail-Pauschalvertrag. Es ist grundsätzlich nach den Positionen des Leistungsverzeichnisses abzurechnen.

Beim Global-Pauschalvertrag hingegen ist in der Regel der Detaillierungsgrad sehr viel geringer. Es gilt der Abrechnungsgrundsatz für frei gekündigte Pauschalverträge:

*„Der Auftragnehmer muss die ausgeführte Leistung unter einem Global-Pauschalvertrag vortragen, diese von dem nicht ausgeführten Teil abgrenzen und die Höhe der Vergütung für die erbrachte Leistung nach dem Verhältnis des Wertes der erbrachten Leistung zu dem Wert der nach dem Vertrag geschuldeten Gesamtleistung errechnen.“ Ständige Rechtsprechung des BGH, NZBau 2004, 549; NZBau 2002, 613, 614; BauR 2000, 1182; BauR 1999, 632; BauR 1999, 642.*

Praktisch ist hierbei die Differenz aus erbrachter und nicht erbrachter Leistung analog zum Einheitspreisvertrag zu ermitteln und ins Verhältnis zum Pauschalpreis zu setzen.

Diese Darstellung gelingt regelmäßig nur durch ein Aufmaß und Gegenüberstellung der ausgeführten mit den gekündigten Leistungen. Die ausgeführten Leistungen lassen sich anschließend mit Ansätzen der Ur- oder Vertragskalkulation auf höherer Ebene (beispielsweise Leitpositionen, Preis für Kubikmeter umbauten Raum etc.) bewerten.

Grundsätzlich sind hierbei die Detaillierungen der vertraglichen Vereinbarung zu berücksichtigen. „Eine Schlüsselfertigkeitsabrede ist nicht geeignet, bei Vorliegen einer detaillierten Leistungsbeschreibung den Abgeltungsumfang der vereinbarten Pauschalsumme zu erweitern. Insoweit gehen die Detailregelungen einer globalen Regelung vor“ - IBR Juni 2010 S.313 zum Urteil OLG Koblenz März 2010.

Für den Leistungserfüllungsstand einzelner Positionen gibt es verschiedene Fertigstellungsgrade zum Zeitpunkt der Kündigung:

- Die Position ist vollständig erbracht und somit vollständig abzurechnen.
- Die Position ist noch nicht begonnen und damit auch nicht als erbrachte Leistung abzurechnen.
- Die Position ist zu einem Teil des Vordersatzes abgearbeitet. Dieser Anteil ist entsprechend dem Einheitspreis abzurechnen.
- Die Position ist in Teilen vorgearbeitet, aber dem Vordersatz nicht zuordenbar. Zum Beispiel wurden durch einen Lieferanten Teile vorgefertigt, aber noch nicht auf der Baustelle eingebaut. In diesem Fall ist zur korrekten Abrechnung eine Aufschlüsselung der Position aus der Kalkulation erforderlich, um die Abgrenzung der erbrachten von der nicht erbrachten Leistung vornehmen zu können.
- Im Fall von Pauschalierungen kann die tatsächlich erbrachte Leistung die Pauschale zwar mengenmäßig übersteigen, jedoch ist diese Mengenmehrung nicht ohne Weiteres abrechenbar.

#### **4.4 Bestimmung des nicht mehr auszuführenden Leistungsanteils**

Diese Aufgabenstellung besteht ausschließlich bei der „freien“ Kündigung, bei der dem gekündigten Auftragnehmer der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung (für die gesamte beauftragte Leistung) zusteht; er sich jedoch anrechnen lassen muss, „[...] was er infolge Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart [...]“ gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B.

Die Darlegungslast zu den ersparten Aufwendungen trägt der Auftragnehmer, weil allein er in der Lage ist, zur konkreten Ersparnis etwas vorzutragen. Diese Aussage fokussiert die kostenmäßige Bewertung der infolge Kündigung nicht erbrachten Leistungen. Mindestens genauso wichtig ist aber auch die mengenmäßige Bestimmung dieser nicht erbrachten Leistungen.

#### **4.5 Besonderheit von anteiligen Leistungen**

Werden wesentliche Kostenbestandteile einer Leistung in der Ausschreibung nicht als zu bepreisende Leistungsposition ausgewiesen (wie z.B. die Baustelleneinrichtung), bleibt dem Bieter nichts anderes übrig, als diese Kosten als Umlage auf alle oder ausgewählte Leistungspositionen zu verteilen und dementsprechend detailliert nachzuweisen. Dabei bestehen grundsätzlich zwei unterschiedliche Möglichkeiten. Die Baustellengemeinkosten (BGK) werden entweder konkret ermittelt (kalkuliert) und mittels der „Kalkulation über die Angebotsendsumme“ auf die Bauleistung verteilt, oder es erfolgt keine gesonderte Ermittlung der BGK im Vorfeld. Stattdessen erfolgt eine „Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen“. Eine derartige Umlage kommt auch für die Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) in Betracht, die i.d.R. ebenfalls umgelegt werden. Bei den Baustellengemeinkosten ist es jedoch nicht zwingend, da sich in der Baustellenrealität diese ausgerechnet nicht als leistungsproportional darstellen, sondern im Wesentlichen zeitabhängig. Die Baustellengemeinkosten sind in der Regel zeitabhängige Kosten, da sie Gehälter, Geräte- und Mietkosten beinhalten. Bei den Gerätemieten für Leistungsgeräte werden diese üblicherweise in die entsprechende Position eingerechnet.

#### **4.6 Umgang mit „teilmfertigen“ Leistungen**

Beim gekündigten Einheitspreisvertrag werden die erbrachten Leistungen abgerechnet; für die nicht erbrachten Leistungen bestehen nur im Fall der „freien“ Kündigung Ansprüche des Auftragnehmers.

Es stellt sich die Frage, in welcher Gliederungstiefe Leistungen aufgeschlüsselt und als erbracht oder nicht erbracht gewertet werden können. Dies sollte eigentlich beim

Einheitspreisvertrag kein Problem darstellen, denn die kleinste abrechenbare Einheit ist die Position des Leistungsverzeichnisses.

Eine Position des Leistungsverzeichnisses kann jedoch nur dann abgerechnet werden, wenn sie in der vorgesehenen abrechenbaren Einheit (z.B. m, m<sup>2</sup>, to) auch geleistet wurde. Dies steht beim normal verlaufenden ungekündigten Bauvertrag außer Frage.

Im Falle eines gekündigten Bauvertrags trifft die Kündigung für eine Vielzahl von Positionen zu einem Zeitpunkt ein, an dem die darunter erfassten Leistungen begonnen, aber noch nicht fertiggestellt werden konnten.

Wie ist mit diesen „teilmfertigen“ Leistungen umzugehen? In besonderem Maße betroffen sind gekündigte Auftragnehmer, deren typische Leistungen aus bauablaufspezifischen Gründen in Abschnitten erfolgen, sich über einen längeren Zeitraum erstrecken oder auch planmäßig in einem Zwischenzustand längere Zeit verharren, um anderen Gewerken deren Leistung erst zu ermöglichen.

Diese Problemsituation existiert beispielsweise beim Erdbau (Lösen – Laden – Zwischenlagern – Wiedereinbauen).

Die Situation wird zusätzlich verschärft durch eine Leistungsbeschreibung, die zeitlich weit auseinanderfallende Leistungsteile in einer einzigen LV-Position beschreibt.

Teilfertige Leistungen können bei Einheitspreisverträgen nicht als „Leistung“ abgerechnet werden. Voraussetzung für eine Abrechenbarkeit ist die Fertigstellung der jeweiligen Teilleistung. Teilfertige Leistungen stellen vielmehr „Aufwand“ dar, der – infolge Kündigung – nicht mehr erspart werden kann.

Der nicht mehr „zu ersparende Aufwand“ (nicht mehr ersparbar, weil bereits erbracht) kann demzufolge durch den Auftragnehmer bei einer „freien“ Kündigung im Zusammenhang mit der gekündigten Restleistung berücksichtigt werden.

Bei der Kündigung aus wichtigem Grund kann der Auftragnehmer nur erbrachte Leistungen abrechnen. Bereits erbrachter Aufwand für nur teilmfertiggestellte Leistungen ist aus Sicht der Verfasser zu vergüten. Hierzu kann eine wie im nachfolgenden Unterkapitel beschriebene „Zerlegung und Bewertung“ der Leistung erforderlich werden.

Selbstverständlich steht es den Vertragsparteien frei, sich abweichend hiervon zu einigen. Im Einzelfall kann es auch extrem unbillig sein, wenn der (auch aus wichtigem Grund) gekündigte

Auftragnehmer für erbrachte Teilleistungen, die vom Auftraggeber verwendet werden können, überhaupt keine Vergütung erhält.

#### **4.7 Zerlegung und Bewertung von Teilpauschalen**

Auch bei Einheitspreisverträgen tauchen häufig LV-Positionen auf, die mit keinem Mengenvordersatz versehen sind, sondern die Kennzeichnung „pauschal“ tragen. Mit diesen Teilpauschalen innerhalb eines Einheitspreisvertrags bringt der Ausschreibende zum Ausdruck, dass er keine Mengenangaben zu der geforderten Leistung machen kann oder machen will. Auch hier gilt, dass erbrachte (Teil-) Leistungen vergütet werden.

#### **4.8 Betrachtung „ersparter Aufwendungen“**

Die Darlegungslast für die Ersparnis trägt der Auftragnehmer, weil nur er in der Lage ist, etwas zur konkreten Ersparnis vorzutragen. Das nicht Ersparte beschränkt sich i.d.R. nicht nur auf Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten. Vielmehr kann der Auftragnehmer ohne "echten" Füllauftrag regelmäßig auch Teile der Lohnkosten als nicht ersparte Kosten beanspruchen und im Übrigen kleinere Teile der Gerätekosten. Darüber hinaus ist die überwiegende Menge der Baustellengemeinkosten häufig als nicht erspart anzusehen. Hierzu nachfolgend entsprechende Ausführungen zu den einzelnen Sachverhalten.

#### **4.9 Allgemeine Geschäftskosten**

Allgemeine Geschäftskosten fallen auf Unternehmensebene an. Eine Verursachung von Allgemeinen Geschäftskosten durch eine bestimmte Baustelle gibt es nicht, so dass das Kalkulationsprinzip der verursachungsgerechten Kostenzuordnung zu Teilleistungen oder wenigstens zu einem bestimmten Bauprojekt scheitert.

Die Allgemeinen Geschäftskosten entstehen trotz Kündigung oder im Übrigen auch trotz Einstellung der Bauleistung weiter und können infolge der Kündigung nicht erspart werden. Sie sind demnach von der vereinbarten Vergütung nicht abzuziehen.

#### **4.10 Gewinn**

Gewinn im vereinbarten Preis der gekündigten Leistung ist nicht zu ersparen, da dies die Verzinsung des eingesetzten Kapitals des Unternehmens darstellt. Auch insoweit entsteht für den Gewinn ein Vergütungsanspruch.

#### **4.11 Wagnis**

Wagnis ist allgemein die Verlustgefahr, die sich aus der Natur eines Unternehmens und seiner Tätigkeit ergibt. Baubetrieblich wird zwischen dem allgemeinen unternehmerischen Wagnis und dem projektspezifischen Wagnis unterschieden. Während das allgemeine unternehmerische Wagnis in der wirtschaftlichen Tätigkeit schlechthin begründet ist, entstehen projektspezifische Wagnisse (auch Einzelwagnisse genannt) durch die konkrete Leistungserstellung.

Ein etwaiger Wagnis-Zuschlag ist demnach auch nicht erspart, da es sich hierbei nicht um Kosten im baubetrieblichen Sinne handelt. Das Wagnis ist demnach vielmehr dem Gewinn zuzurechnen, da es die „Belohnung“ für das allgemeine unternehmerische Risiko darstellt. Selbst wenn man dies als spezielles Wagnis eines konkreten Bauvertrages ansehen würde, ist festzustellen, dass sich dieses Wagnis durch die grundlose Kündigung seitens des Auftraggebers nun gerade verwirklichte, was sich bereits durch die erhöhten Kosten für die schwierige Abrechnung und Durchsetzung des Vergütungsanspruchs zeigt, so dass der damit verbundene Mehraufwand als Risiko entsteht und demnach auch nicht erspart ist.

In den meisten Fällen lassen sich Wagnis und Gewinn bei allen wirtschaftswissenschaftlichen Überlegungen nicht eindeutig voneinander trennen. Daraus folgt: Der Wagnis-Anteil im gemeinsamen Zuschlag Wagnis und Gewinn ist infolge der Kündigung ebenfalls nicht erspart.

In diesem Zusammenhang entschied der BGH im Jahr 2016, dass der vom AN kalkulierte Zuschlag für Wagnis im Rahmen eines Einheitspreisvertrages nicht als ersparte Aufwendung von der Vergütung gemäß § 648 Satz 2 BGB, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B in Abzug zu bringen sei, da hiermit die Absicherung des allgemeinen unternehmerischen Risikos gewährleistet werden soll<sup>2</sup>.

#### **4.12 Baustellengemeinkosten**

Nicht nur der kalkulierte Gewinn und die Allgemeinen Geschäftskosten bleiben dem Auftragnehmer erhalten. Auch Teile der Baustellengemeinkosten können dazu gehören.

Wird das Vorhalten der Baustelleneinrichtung als eigene Leistungsposition - wenn auch als Teilpauschale - ausgewiesen, ist bei einer Kündigung zu bewerten, welcher Anteil dieser Leistungsposition zum Kündigungszeitpunkt erbracht worden ist. Dies gilt auch für umgelegte BGK. Hierfür ist eine gesonderte Darlegung und Nachweisführung erforderlich.

---

<sup>2</sup> BGH, Urt. vom 24.03.2016, VII ZR 201/15, JurionRS, 14516

#### **4.13 Gerätekosten**

In vielen Fällen entstehen bei hoher Leistungsintensität auf der Baustelle häufig auch hohe Gerätekosten. Wenn es sich dabei um typische Leistungsgeräte (z. B. im Erdbau) handelt, werden die Kosten dieser Leistungsgeräte aber meist in die Einzelkosten der Teilleistungen eingerechnet und dadurch auch über die geleisteten Positionen und Mengen wieder Erlöse erzielt. Insoweit handelt es sich bei diesen Gerätekosten auch weniger um zeitabhängige als um leistungsabhängige Kosten, die kalkulatorisch in den Einzelkosten der Teilleistungen enthalten sind.

Was aber ist mit den typischen Bereitstellungsgeräten (z. B. Turmdrehkrane oder Container)? Ihre Kosten sind weitestgehend leistungsunabhängig und nicht einer bestimmten Leistung eindeutig zuzuordnen. Stattdessen sind diese Geräte deutlich zeitabhängig.

Kosten aus Abschreibung und Verzinsung ( $A + V$ ) der Geräte der Baustelleneinrichtung gliedern sich in einen leistungsvariablen Teil und einen zeitvariablen Teil. Die zeitvariablen entstehenden Kosten der  $A + V$  sind veranlasst durch die vom Gebrauch unabhängige Abnutzung eines Gerätes allein durch Zeitablauf und technologische Alterung ("Zahn der Zeit"). Diese erspart der Auftragnehmer sich bei eigenem Gerät nicht. Der andere Anteil entsteht durch Gebrauch (Gebrauchsabschreibung). Diese Gebrauchsabschreibung fällt sofort nach kündigungsbedingter Stilllegung des eigenen Gerätes nicht mehr an.

#### **4.14 Nachunternehmerleistungen**

Diese Leistungen sind durch den Nachunternehmer (NU) abzurechnen und diese Forderungen sind durch den Hauptunternehmer in seine Schlussrechnung aufzunehmen. Hierbei muss der Nachunternehmer allerdings seine kalkulatorischen Randbedingungen berücksichtigen, ebenso wie der Hauptunternehmer die Angebotswerte des NU in seiner Abrechnung zu beachten hat. Dementsprechend ist auch die dem NU zu zahlende Vergütung nicht erspart.

#### **4.15 Lohnkosten**

Zu den nicht ersparten Aufwendungen können auch Teile der Lohnkosten gehören, wenn diese nicht erspart werden können. Dies wäre nur bei „echten“ Füllaufträgen zu erwarten. In diesem Fall sind diese Kosten aber nicht erspart, sondern sind die Erlöse als anderweitiger Erwerb anzurechnen. Personalkosten gehören grundsätzlich nur dann zu den ersparten Aufwendungen, wenn sie infolge der Kündigung nicht mehr aufgewendet werden müssen.



Weil der Auftragnehmer trotz der freien Kündigung im Rahmen seiner vertraglichen Angestelltenverhältnisse an seine Mitarbeiter gebunden ist, muss er nicht mit dem Abzug der Lohnkosten als Ersparnis rechnen.

#### **4.16 Was sind „Füllaufträge“?**

Der Auftragnehmer muss sich die Erlöse aus anderen Aufträgen anrechnen lassen, welche er mit den, aufgrund der durch die Kündigung frei gewordenen Kapazitäten, abarbeitet oder hätte abarbeiten können (böswilliges Unterlassen). Als „Füllauftrag“ kann folglich kein Auftrag in Betracht kommen, den der Auftragnehmer vor der Kündigung angenommen hat. Und: Aufträge, die der Auftragnehmer auch ohne die Kündigung angenommen und ausgeführt hätte („Sowieso-Aufträge“), sind keine „echten“ Füllaufträge, welche anzurechnen wären.

Ein anderweitiger Erwerb aus einem „echten“ Füllauftrag kann in der Regel nur dann festgestellt werden, wenn das Unternehmen des Auftragnehmers voll oder zumindest im Grenzbereich von 100 % ausgelastet ist, so dass es den weiteren Auftrag ohne die Kündigung nicht hätte annehmen können. Die Beweislast für den *anderweitigen Erwerb* liegt grundsätzlich beim Auftraggeber. Gleiches gilt für die Ersparnis. Aber: Der Auftragnehmer muss zunächst vortragen und beziffern, welchen anderweitigen Erwerb bzw. welche ersparten Kosten er sich anrechnen lässt.

#### **4.17 Besonderheiten**

##### **4.17.1 Pauschalvertrag**

Pauschalverträge gelten – im Vergleich zu Einheitspreisverträgen – als leichter handhabbar, was die Abrechnung betrifft. Es ist kein Aufmaß erforderlich und die Streitigkeiten um die Prüfbarkeit der Schlussrechnung halten sich meist auch in Grenzen. Dies gilt, solange der Umfang an Nachträgen sich in Grenzen hält – und solange der Pauschalvertrag nicht gekündigt wird.

Kommt es zur Kündigung, ist immer eine Leistungsfeststellung erforderlich; ein Vorgang, der dem Wesen des Pauschalvertrags eigentlich fremd ist. Auch hier gibt es eine Einschränkung: Eine Leistungsfeststellung, zumindest in näherungsweise Form, kann auch notwendig werden, wenn ein leistungsstandabhängiger Zahlungsplan vereinbart ist. Sehr viel deutlicher als beim Einheitspreisvertrag bringt der Pauschalvertrag zum Ausdruck, dass eine genau (oder funktional) beschriebene Leistung zu erbringen ist und nur diese die vereinbarte Vergütung auslöst.

Pauschalverträge werden mit einem ganz anderen Ziel abgeschlossen, nämlich gerade keine Leistungsfeststellung und Abrechnung mehr durchführen zu müssen. Es ist schwierig, wenn über Leistungen gestritten wird, die nicht mehr durch einfache Inaugenscheinnahme festzustellen sind.

Die Pauschalvertragssumme ist zum Zwecke der Abrechnung nach Kündigung in Teilleistungen zu zerlegen, die dem Auftraggeber eine sachdienliche Möglichkeit zur Bewertung des Leistungsstands geben.

#### **4.17.2 Globalpauschalvertrag**

Es fehlt, wie beim Pauschalpreisvertrag, auch im Globalpauschalvertrag, der eine besondere Form des Pauschalpreisvertrages ist, meist an Gliederung und Orientierung, wie der Leistungsstand zu bewerten ist. Erschwerend kommt hier hinzu, dass wesentlich weitreichendere Pflichten übernommen werden. Es werden neben den originären Bauleistungen in der Regel weiterreichende Tätigkeiten übernommen, wie die Planung, die Einholung der Genehmigung, Beschaffung des Grundstücks, usw. Eine abschließende Definition für die eingegangene Leistung ist individuell definiert und deshalb auch noch schwerer abzugrenzen als ein Pauschalpreisvertrag.

### **5 Fazit**

Wichtig für eine Abrechnung nach einer Kündigung ist für beide Parteien eine klare Feststellung der erbrachten Leistung. Diese wird immer Gegenstand der Abrechnung sein. Dadurch, dass jede Partei teilnimmt, wird hier Streitpotenzial frühzeitig minimiert. Hier kann es sinnvoll sein, sich eines Sachverständigen zu bedienen.

Aufgrund der unterschiedlichen Abrechnungsbetrachtungen bei den unterschiedlichen Kündigungsgründen, ist es von Anfang an geboten, sich über die Situation Klarheit zu verschaffen. Baubetriebliche und/oder juristische Unterstützung ist in jedem Fall sinnvoll, um frühzeitig auch richtig in die Abrechnung einzusteigen.

Ziel sollte die Vermeidung solcher Konflikte sein, da es für die Vertragsparteien zu erheblichem Mehraufwand kommt, um die Kündigung korrekt abzuwickeln.

Wichtige Schritte aus Sicht der Verfasser für die Abwicklung einer Kündigung sind im Einzelnen:

- Es ist ein gemeinsames Aufmaß der erbrachten Leistungen vorzunehmen, und dies auch bei einem Pauschalpreisvertrag.

- Kommt es nicht zu einem gemeinsamen Aufmaß, ist ein einseitiges Aufmaß – am besten zusammen mit einem Parteigutachter – vorzunehmen.
- Den Leistungsstand möglichst umfassend (fotografisch) zu dokumentieren.
- Die Abnahme ist umgehend zu beantragen und durchzuführen.
- Dem Auftragnehmer ist die weitere Durchführung von Leistungen zu untersagen; allerdings ist Mängelbeseitigung zuzulassen.
- Auftragnehmer und Auftraggeber sollten sorgfältig abwägen, ob bei nahezu fertiggestellten Teilleistungen, die als mangelbehaftet dargestellt werden, diese Mängel behoben werden oder die Teilleistungen als nur „teulfertige“ Leistung abgerechnet werden.
- Auf der Baustelle gelagertes Material ist zu entfernen und nach Abstimmung mit dem Eigentümer sicher zu lagern.
- Ein so genanntes „Baustellenverbot“ gegenüber dem Auftragnehmer könnte im Rechtsstreit als Vereitelung des Aufmaßes mit den entsprechenden negativen Folgen für den Auftraggeber angesehen werden.
- Bei „freier Kündigung“ im Hinblick auf die spätere Geltendmachung von Fertigstellungsmehrkosten: darauf zu achten, dass die vom Folgeunternehmer (Ersatz-AN) abgerechneten Mengen und auch geänderte sowie zusätzliche Leistungen nicht ohne weitere Prüfung als maßgeblich für die Abrechnung mit dem gekündigten Auftragnehmer herangezogen werden.

Um die in diesem Aufsatz aufgezeigten komplexen Zusammenhänge für die Baupraxis zu veranschaulichen, wird hier eine verkürzte Zusammenfassung der in der VOB/B enthaltenen Kündigungsmöglichkeiten sowie der damit verbundenen Abrechnungsprinzipien dargestellt:

Kündigungsanlass	Regelung	Abrechnungsfolge
Längere, behinderungsbedingte Unterbrechung als Kündigung (durch AN & AG)	§ 6 Abs 7 VOB/B	Abrechnung ausgeführter Leistung nach Vertragspreisen und Vergütung von Kosten, die bereits entstanden (und Teil der nicht ausgeführten Leistung) sind
Freie Kündigung (durch AG)	§ 8 Abs.1 VOB/B	Abrechnung der vereinbarten Vergütung, abzüglich ersparter Aufwendungen.
Kündigung aus wichtigem Grund (durch AG)	§ 8 Abs. 2 und 3 VOB/B	Abrechnung der erbrachten Leistung.
Kündigung aus wichtigem Grund (durch AN)	§ 9 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB	Abrechnung der ausgeführten Leistung zu Vertragspreisen zuzüglich einer angemessenen Entschädigung.

Abbildung 1: Abgrenzungen zur Kündigung

In der nachfolgenden Darstellung soll veranschaulicht werden, welche Bestandteile bei einem gekündigten Vertrag in der Abrechnung erwogen werden sollten.

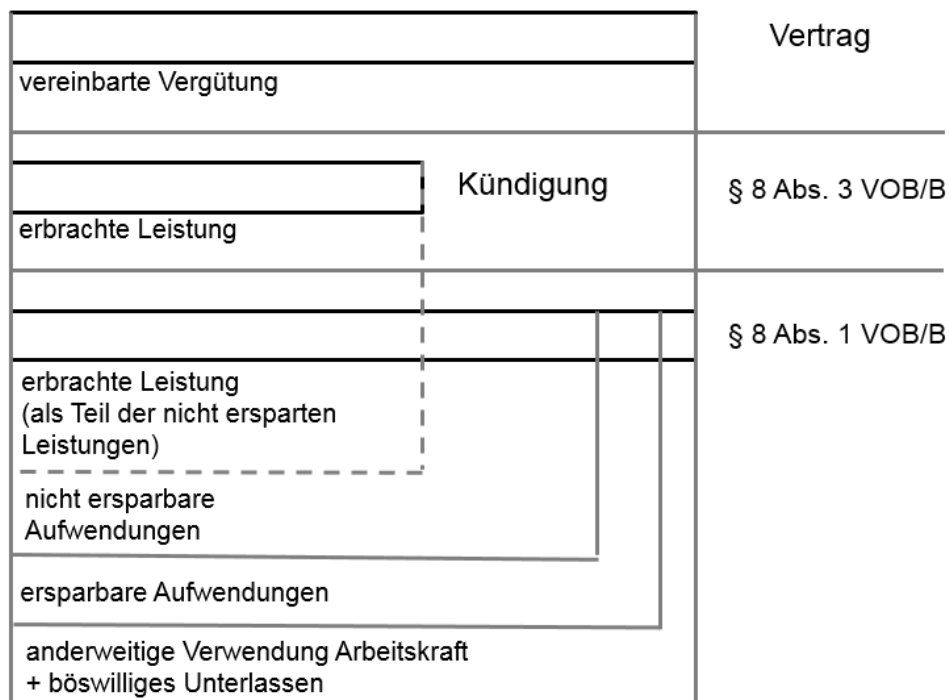


Abbildung 2: Zusammenfassende Darstellung „Kündigung aus wichtigem Grund“ & „freie Kündigung“

Die besonderen Schwierigkeiten ergeben sich bei der Erstellung der Abrechnung aus der richtigen Aufbereitung der unterschiedlichen Abrechnungsteile. Darüber hinaus ist die Identifikation der abrechenbaren Preisbestandteile je nach Kündigung klar zu ermitteln und dann auch konsequent zur Abrechnung zu bringen. Hier sei nochmals auf die Problematik der Abgrenzung der Leistung hingewiesen. Aber auch die Bewertung der Umlagekosten und der einzelnen Kostenartenanteile im jeweiligen Einzelfall ist nicht zu unterschätzen. Hierfür ist eine aussagekräftige Kalkulation die Voraussetzung.

**Literatur:**

LEINEMANN RALF, (2016), „VOB/B Kommentar, Ausgabe 2016 – mit FIDIC Conditions“, 6. Auflage, Werner Verlag

## **Impressum**

2. Auflage 2019

Veröffentlicht im Eisenbahn Ingenieur Kalender 2011

### **Autoren:**

Dipl.-Ing. Christoph Surmann, Dipl.-Ing (FH) Christian Geiger, MCE-CONSULT AG

### **MCE-CONSULT AG**

Management-Consulting-Engineering  
II. Hagen 7  
45127 Essen

Fon + 49 201 63 00 8- 0  
Fax + 49 201 63 00 8 - 29  
mail@mce-consult.com  
www.mce-consult.com

Vertreten durch den Vorstand:  
Michael C. Eichner, Christoph Surmann

Register: Handelsregister Amtsgericht Essen  
Registernummer: HRB Nr.: 22 146  
Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: DE268673319

Versionsnummer: MCEBL201907DIGITfin