

Fachbeitrag

Kurze Besprechung des in vielerlei Hinsicht bedeutsamen Urteils des BGH vom 20.08.2009, VII ZR 205/07.

I. Sachverhalt

Bei einem Schleusenneubauvorhaben war in dem Amtsentwurf eine Baugrubensohle im Unterwasserbetonherstellverfahren ausgeschrieben. Schon während der Bieterphase unterbreitete ein Bieter Nebenangebote in Bezug auf Herstellung der Baugrubensohle mittels Düsenstrahlverfahren.

Beauftragt wurde diesem Bieter zunächst die Ausführung gem. Amtsentwurf. Danach wurde auf nochmaligen Vorschlag des (jetzigen) Auftragnehmers die Art und Weise der Herstellung der Baugrubensohle geändert auf Düsenstrahlverfahren. Dieser Änderung lag ein nach Auftragserhalt neu erstelltes Angebot des damaligen Bieters und jetzigen Auftragnehmers zu Grunde.

Die Herstellung der HDI-Düsenstrahlsohle erfolgt unter erheblichen Schwierigkeiten. Mehrmals musste das Bauverfahren (einphasige oder zweiphasige Herstellfolge, mit oder ohne Druckluftunterstützung etc.) geändert werden.

Dabei entstanden dem Auftragnehmer erhebliche Mehrkosten, die dieser in einer Abschlagsrechnung geltend machte.

Begründet wurde der Mehrkostenanspruch vornehmlich aus einer Änderung der tatsächlichen Baugrundverhältnisse zu den beschriebenen.

Nachdem keine Einigkeit zu erzielen war, klagte der Auftragnehmer eine bestimmte Position, Mehrzementverbrauch, des Nachtrages, aufgeführt in einer bestimmten Abschlagsrechnung, ein.

Während des Rechtsstreites trat Schlussrechnungsreife ein.

II. Rechtslage

Der BGH hatte mehrere Punkte zu entscheiden:

1. Ist die **isolierte Durchsetzung einzelner Positionen** aus einer **Abschlagsrechnung zulässig**?
2. **Erlischt** eine **Forderung** aus einer **Abschlagsrechnung** erst mit Erteilung und Zugang der Schlussrechnung oder bereits früher, nämlich wenn **Schlussrechnungsreife**, gegeben ist? Im Übrigen ist in dem Fall eine Klage dann unbegründet.
3. Wann tritt **Schlussrechnungsreife** ein?
4. Wie muss eine **schlüssige Darstellung** von Ansprüchen nach **§ 2 Nr. 5 VOB/B** erfolgen?
5. **Funktionales Angebot** eines Auftragnehmers im **Wechselspiel** mit **vom Auftraggeber gestellten Baugrundgutachten**?

Der BGH hat die Fragen wie folgt beantwortet:

Zu 1: Isolierte Geltendmachung von Positionen aus einer Abschlagsrechnung:

Bisher gab es diesbezüglich nur eine Rechtsprechung zur isolierten Geltendmachung von Positionen aus einer Schlussrechnung, BGH, Urteil vom 09.01.1997 – VII ZR 69/96, IBR 1997, 182. In dieser Entscheidung hat es der BGH nicht zugelassen, dass einzelne Positionen aus einer Schlussrechnung gerichtlich geltend gemacht werden, ohne Darstellung, dass insgesamt aus der Schlussrechnung ein positives Saldo verbleibt und von diesem positiven Saldo lediglich ein erstrangiger Teilbetrag geltend gemacht wird.

Hintergrund:

Der Vergütungsanspruch ist ein einheitlicher Anspruch. Durch die Rechtsprechung in Bezug auf die Schlussrechnung soll verhindert werden, dass bei isolierter Geltendmachung einer einzelnen Position aus einer Schlussrechnung ggf. der Auftraggeber zur Zahlung verurteilt wird, während bei einer Gesamtbetrachtung des sich insgesamt aus der Schlussrechnung ergebenden Forderungsbetrages für den Auftragnehmer weniger oder gar nichts herauskommen würde.

Der BGH hat nun in dem vorgenannten Urteil vom 20.08.2009 die gleichen Grundsätze auf eine isolierte Geltendmachung einer einzelnen Position aus einer Abschlagsrechnung über-

tragen, d.h., auch bei einer Abschlagsrechnung ist die isolierte Geltendmachung einer einzelnen Position nicht zulässig, auch wenn eine Abschlagsrechnung und eine Abschlagszahlung nur als vorläufig gewertet werde.

Lesenswert in dem Zusammenhang ist auch der Aufsatz des HFK-Sozius Ernst Wilhelm in Festschrift für Quack, 2009, S. 297 ff.

Zu 2: Schicksal einer Abschlagsforderung nach Schlussrechnungsreife:

Zu diesem Punkt hat sich der BGH in seinem Urteil vom 20.08.2009 ebenfalls klar positioniert. Nach Eintritt der Schlussrechnungsreife geht der Abschlagszahlungsanspruch unter. Der Anspruch auf Abschlagszahlung erlischt. Eine Klage wird, soweit sie nicht auf Schlussrechnung umgestellt wird, unbegründet.

Der BGH begründet dies im wesentlichen damit, dass mit Eintritt der Schlussrechnungsreife (dazu unter 3 mehr), d.h. mit Fertigstellung des Bauvorhabens, der Anspruch auf Abschlagszahlung erlischt. Die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers ist mit Fertigstellung erfüllt. Nach Gesetz und VOB muss er dann schlussabrechnen. Zu diesem Thema verweisen wir ebenfalls auf den instruktiven Aufsatz unseres Kollegen von HFK, Herrn Rechtsanwalt Ernst Wilhelm, in Festschrift für Quack, 2009, S. 297 ff.

Problematisch in dem Zusammenhang:

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (Zitat) ist eine Umstellung der Klage von Abschlagsrechnung auf Schlussrechnung keine Klageänderung, so dass die Zustimmung des Gegners oder die Sachdienlichkeit nicht gegeben sein müssen. Das bedeutet, dass im Rahmen einer notwendigen Umstellung das gesamte Schlussrechnungssaldo substantiiert dargestellt und nachgewiesen werden muss, auch wenn davon nur ein erstrangiger Teilbetrag (aus der ursprünglichen Abschlagsrechnung) nach wie vor eingeklagt bleiben soll. Das kann mitunter den Verlust einer Tatsacheninstanz bedeuten (wenn der Fall vom BGH an ein Oberlandesgericht zurückverwiesen wird) und darüber hinaus den bisherigen Streitgegenstand doch tatsächlich erheblich erweitern, so dass insgesamt die Rechtsprechung der nicht gegebenen Klageänderung bei Umstellung von Abschlagsrechnung auf Schlussrechnung kritisch zu betrachten ist.

Auch dazu Wilhelm in Festschrift für Quack, 2009, S. 297 ff.

Zu 3: Schlussrechnungsreife:

Schlussrechnungsreife liegt nach BGH, Urteil vom 20.08.2009 vor, wenn das Bauvorhaben im Wesentlichen fertiggestellt ist. Ein Indiz für die Fertigstellung ist eine erfolgte Abnahme.

Liegt eine Abnahme nicht vor, gleich aus welchen Gründen, kann gleichwohl im abrechnungsrechtlichen Sinn dann von einer Fertigstellung ausgegangen werden, wenn der Auftragnehmer die vertraglichen Leistungen im Wesentlichen erbracht hat. Dafür ist dann der Auftragnehmer beweispflichtig.

Noch fehlende Restleistungen oder nicht erbrachte Teilleistungen sind für eine Schlussabrechnung eines Auftrages dann ohne Belang, wenn sie nicht wesentlich sind (vor allen Dingen bezogen auf die Funktion oder den Vertragszweck) und der Auftraggeber diesbezüglich gegenüber einer Schlussabrechnung ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB geltend machen kann.

Zu 4: Schlüssige Darstellung einer Forderung aus § 2 Nr. 5 VOB/B:

Nach BGH, Urteil vom 20.08.2009, erfordert eine schlüssige Darstellung nicht nur die Behandlung von bestimmten Mehrkosten. Vielmehr müsse im Rahmen der Darlegung des neuen Preises eine Berücksichtigung aller Kostenanteile in beiden Richtungen, also Mehr- und Minderkosten erfolgen.

Der BGH will im Ergebnis den neuen Preis in Anlehnung an den alten Preis in Bezug auf Mehr- und Minderkostenanteile genau aufgeschlüsselt und dargelegt haben, beispielsweise die Gegenüberstellung von altem zu neuem Materialpreis oder von altem zu neuem Gerätepreis auf Grund der Änderung.

In dem Zusammenhang erwähnenswert ist eine weitere Entscheidung des BGH vom 10.09.2009, Az. VII ZR 255/08, IBR 2009, 629, zur Ermittlung der Mehrkosten bei verspäteter Zuschlagserteilung:

Der BGH verlangt in dieser Entscheidung einen konkreten Vortrag zu den tatsächlich entstandenen Mehrkosten in Abgrenzung zu den Kosten, die angefallen wären, hätte es keine Verschiebung des Zuschlages oder eine Veränderung der Ausführungsfristen gegeben. Weiter führt der BGH in der Entscheidung aus, dass eine bloße Darstellung etwaiger Mehr- und

Minderkosten rein anhand der Angebotskalkulation für einen solchermaßen geforderten konkreten Vortrag in Bezug auf tatsächlich entstandene Mehrkosten nicht ausreicht. Die Angebots- oder auch Urkalkulation wird nämlich nicht Vertragsbestandteil. Selbstverständlich können konkret vorgetragene tatsächlich entstandene Mehrkosten der Höhe nach aus der Angebots- und Urkalkulation abgeleitet werden - das entspricht auch der Systematik der VOB/B, die eine Ermittlung anhand der Preisermittlungsgrundlagen des Hauptauftrages fordert - gleichwohl soll es möglich sein, die Ansätze aus der Urkalkulation ggf. an der Ortsüblichkeit oder der der Verkehrssitte zu überprüfen.

Das bisherige landläufig verwandte Motto „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ gilt also nicht mehr uneingeschränkt. Kalkulatorisch überzogene Ansätze sind in Zukunft vertragsrechtlich mitunter an der Ortsüblichkeit zu messen und gegebenenfalls, zumindest in Bezug auf Nachträge, auf das ortsübliche zu reduzieren. Konsequenterweise müssten diese Grundsätze jedoch auch auf schlechte Preise, die dann bei Nachträgen aufgebessert werden können, gelten. Der BGH hat in der vorgenannten Entscheidung jedoch klargestellt, dass das Risiko einer nicht auskömmlichen Kalkulation beim Auftragnehmer verbleiben sollte.

Vergaberechtlich werden unterkalkulierte Leistungen bereits einer kritischen Prüfung unterzogen, Stichwort: unzulässige Mischkalkulation, dazu BGH, Beschluss vom 18.05.2004 – X ZB 7/04, BauR 2004, 1433; OLG Koblenz, Beschluss vom 10.05.2005 – 1 Verg 3/05, IBR 2005, 439; OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 18.07.2007 – 1 U 970/07, IBR 2008, 103.

Im Verbund mit dem Urteil des BGH vom 18.12.2008, VII ZR 201/06, (spekulativ überhöhter Einheitspreis) ist damit deutlich eine Tendenz des BGH zu erkennen, über die rechtliche Schiene an den Preis als Ursache vieler Streitigkeiten bei der Abwicklung eines Bauvertrages korrigierend heranzugehen. Grundsätzlich obliegt ein Preis der freien Gestaltung der Parteien und ist gerichtlich nicht überprüfbar.

Der BGH versucht sowohl im Vergaberecht als auch im Vertragsrecht die Weichen zu Gunsten einer Auskömmlichkeit des Preises oder der Vergütung zu stellen, damit die Unauskömmlichkeit der Preise im Bauwesen als eine der Hauptursachen für die vielen Konflikte für die Zukunft an Bedeutung verliert. Freilich steht man hier erst am Anfang und der nationalen Gerichtsbarkeit sind hier überdies auch Grenzen gesetzt; gleichwohl sind die Zeichen des BGH in Richtung Korrektur überzogener oder unangemessener Preisgestaltung

sehr ernst zu nehmen, nicht nur bei öffentlichen Auftraggebern in der Bieterphase, sondern generell für das Nachtragswesen!

Zu 5: Funktionalangebot im Zusammenspiel oder in Wechselwirkung mit bauseitsübergebenen Unterlagen, etwa Baugrundgutachten:

Auch zu dieser Frage hat der BGH in seinem Urteil vom 20.08.2009 Stellung genommen:

Mit der Unterbreitung eines Funktionalangebotes übernimmt ein Auftragnehmer nicht per se das Risiko in Bezug auf die Vollständigkeit oder die Richtigkeit bauseits zur Verfügung gestellter Unterlagen, wie etwa Baugrundgutachten.

Diese Unterlagen werden dann zum Leistungsinhalt erhoben, wenn sie für die Leistung des Auftragnehmers und für die Kalkulation seines Preises erheblich sind.

Ob und inwieweit dies gegeben ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände durch eine am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung der Vereinbarung zur Bauleistung zu beurteilen.

Sind die Bodenverhältnisse danach erkennbar ein entscheidender Umstand für die Kalkulation des Preises des Auftragnehmers für seine Leistung, übernimmt er trotz Funktionalangebotes kein Mehrkostenrisiko, wenn sich die Bodenverhältnisse tatsächlich zu den beschriebenen ändern. Vorstehende Ausführungen des BGH bestärken die ständige Rechtsprechung, dass an eine Übernahme unbekannter Risiken (etwa aus dem Baugrund) durch den Auftragnehmer strenge Anforderungen zu stellen sind.

Die Funktionalität eines Angebotes umfasst demnach grundsätzlich sämtliche Risiken im Rahmen der Ausführung, der Herstellung, des gewählten Systems der Herstellung usw. Das gilt – wie bisher auch schon – dann nicht, wenn der Funktionalanbieter bestimmte bauseits gestellte Unterlagen, wie etwa Baugrundgutachten, im berechtigten Vertrauen auf deren Richtigkeit zur Bestimmung und zur Kalkulation seiner Leistung zugrundelegt. Stellen sich derartige Unterlagen im Nachhinein als ganz oder in Teilen falsch heraus, treffen die sich daraus ergebenden Risiken, vor allen Dingen im Hinblick auf Kosten und Zeit, den Auftraggeber.

Wie in der Vergangenheit auch, wird es deshalb bei derartigen Fallkonstellationen darauf ankommen, ob sich der tatsächlich vorgefundene Baugrund tatsächlich von dem in dem Gutachten beschriebenen Baugrund unterscheidet und weiter, ob derartige mögliche Abweichungen oder auch Fehler/Ungenauigkeiten in dem Baugrundgutachten für den Bieter und späteren Auftragnehmer erkennbar waren.

Wie bisher auch kommen noch weitere für die rechtliche Bewertung maßgebende Faktoren dazu, wie etwa das Sondervorschlagsrisiko (Planungsrisiko) oder der Einsatz neuer Technologien, noch nicht bewährte Bauverfahren etc. (Entwicklungsrisiken) uvm.

Gefährlich in Bezug auf mögliche Mehrkostenüberraschungen ist für den Auftraggeber ein weiterer Leitsatz in dem Urteil des BGH vom 20.08.2009, nämlich, dass es als eine Änderung des Bauentwurfes im Sinne von § 1 Nr. 3 VOB/B anzusehen sei, wenn ein Auftraggeber trotz veränderter Umstände (Bodenverhältnisse) darauf bestehe, dass diese Leistung trotz dieser möglicherweise veränderten Umstände zu erbringen sei. Die Anordnung könne auch stillschweigend erfolgen. Fehle eine solche Anordnung, kämen überdies Ansprüche nach § 2 Nr. 8 VOB/B in Betracht.

An und für sich sind diese Ausführungen auf den ersten Blick gleichfalls nichts Neues: Fraglich könnte sein, ob in einem solchen Fall das Verhalten eines Auftraggebers überhaupt einen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert besitzt.

Auf jeden Fall ist es vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung dringend anzuraten, die Mehrkostenanzeige des ausführenden Unternehmens auch für Fälle des § 2 Nr. 5 VOB/B als Verpflichtung in den Vertrag aufzunehmen. Ansonsten besteht für einen Auftragnehmer keinerlei Pflicht, auf die etwaige Höhe daraus entstehender Mehrkosten im Vorfeld hinzuweisen, damit ein Auftraggeber gegebenenfalls noch wirtschaftlichere Ausführungsvarianten anordnen kann.