



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 19/11

Verkündet am:  
26. Januar 2012  
Seelinger-Schardt  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 157 D, Ge; VOB/B (1996) § 2 Nr. 3 Abs. 3

In ergänzender Auslegung eines VOB/B-Einheitspreisvertrages kann der Auftragnehmer eine Vergütung für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B verlangen, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vertragsklausel erfassten Äquivalenzstörung vorliegt.

BGH, Urteil vom 26. Januar 2012 - VII ZR 19/11 - OLG Bamberg  
LG Schweinfurt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 15. Dezember 2010 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Restvergütung aus einem Bauvertrag über die Verlegung einer Bundesstraße in O.
- 2 Die Beklagte übertrug der Klägerin im Jahre 1999 die Arbeiten in einem Einheitspreisvertrag unter Vereinbarung der VOB/B (1996).
- 3 Bei der Durchführung der Baumaßnahme entfielen Leistungen mehrerer Positionen des Leistungsverzeichnisses vollständig, ohne dass dies auf einer Kündigung, einen Verzicht oder eine Anordnung der Beklagten beruhte. Der Fortfall der Leistung war auf tatsächliche Gegebenheiten zurückzuführen. Die Ausführung der Leistung erwies sich als nicht notwendig. Nach Abnahme der

Arbeiten stellte die Klägerin am 31. Dezember 2003 Schlussrechnung, die nicht vollständig beglichen wurde.

4           Gegenstand der Klage ist nach teilweiser Klagerücknahme noch ein Vergütungsanspruch von 4.765,70 €, den die Klägerin aus der Summe der in den Einheitspreisen für die ersatzlos entfallenen Leistungspositionen nach ihrer Kalkulation als prozentuale Zuschläge enthaltenen Beträge für Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn ermittelt hat. Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin in anderen Leistungspositionen eine über die dort kalkulierten Beträge hinausgehende Deckung dieser Anteile erzielt hat und ob insoweit eine Ausgleichsberechnung stattfinden muss.

5           Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 4.472,48 € nebst Zinsen sowie hinsichtlich eines Anspruchs auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 374,90 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Dabei hat es in Anwendung von § 8 Nr. 1 Abs. 2 Satz 2 VOB/B von der geltend gemachten Vergütung jeweils einen Wagniszuschlag von 1 % in Abzug gebracht.

6           Nach Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

7           Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

8           Die Revision ist unbegründet.

I.

9           Das Berufungsgericht lehnt einen Anspruch auf Zahlung der noch in Streit stehenden Forderung von 4.472,48 € für die entfallenen Positionen ab. Allerdings könne die Klägerin in entsprechender Anwendung des sich aus § 2 Nr. 4, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bzw. § 649 Satz 2 BGB ergebenden Rechtsgedankens auch für so genannte Nullpositionen grundsätzlich eine Vergütung in Höhe der dort einkalkulierten Allgemeinen Geschäftskosten, der Baustellengemeinkosten sowie Wagnis und Gewinn beanspruchen. Weil der Auftragnehmer davon ausgehen könne, dass die in einem Leistungsverzeichnis aufgeführten Positionen grundsätzlich auch zur Ausführung kämen, sei es unbillig, ihm im Falle der Nullmenge überhaupt keine Vergütung für die gleichwohl angefallenen und bereits einkalkulierten Baustellengemeinkosten und Allgemeinen Geschäftskosten zuzubilligen. Es bestünden keine grundsätzlichen Bedenken gegen die analoge Anwendung der Rechtsfolge des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B, weil eine der Auftraggeberkündigung vergleichbare Situation bestehe.

10           Auch in Anwendung des Rechtsgedankens des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B sei jedoch entscheidend, ob die für die Nullposition anzusetzende Vergütung allein geschuldet sei oder diese nicht etwa in Relation zu den anderweitigen Mehrungen und Minderungen im Sinne des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B zu setzen sei. Letzteres sei geboten. Denn die in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B getroffene Regelung sei letztlich eine Ausprägung des in § 649 Satz 2 BGB bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B geregelten Grundsatzes, dass sich der Auftraggeber die ersparten Aufwendungen und den anderweiten Erwerb anrechnen lassen müsse.

11           Da die Klägerin nur Vergütung nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ohne eine Ausgleichsberechnung verlange und der Ausgleichsberechnung der Beklagten, die zu einem nicht bestrittenen, ausgezahlten Ausgleichsbetrag von 240,40 DM

geführt habe, nicht entgegengetreten sei, sei der geltend gemachte Anspruch nicht schlüssig vorgetragen und die Klage sei deshalb abzuweisen.

II.

12 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

13 Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Auftragnehmer einen Anspruch nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B haben kann, wenn Leistungspositionen im VOB/B-Einheitspreisvertrag entfallen (Nullpositionen). Ein dahin gehender Anspruch besteht, wenn der Entfall der Positionen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B geregelten Fall einer Äquivalenzstörung entspricht, und beruht auf einer diese Regelung ergänzenden vertraglichen Abrede. Der Auftragnehmer muss sich dann jedoch auch den in anderweitiger Weise erhaltenen Ausgleich anrechnen lassen (1.). Der Klägerin steht kein Anspruch zu, weil sie angesichts der Ausgleichsrechnung der Beklagten nicht schlüssig dargelegt hat, keinen Ausgleich durch Erhöhung der Mengen bei anderen Leistungspositionen oder in anderer Weise erhalten zu haben (2.).

14 1. Gelangen einzelne Leistungspositionen eines nach Einheitspreisen abzurechnenden Bauvertrages nicht zur Ausführung, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Bestellers beruht, so entfällt nach in der Literatur einhellig vertretener Auffassung dadurch nicht der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung in Höhe der Beträge, die er zur Deckung seiner unabhängig von der Leistungserbringung anfallenden Gemeinkosten sowie seines Gewinns in die Einheitspreise für die entfallenen Leistungen einkalkuliert hat. Davon gehen auch die Parteien aus.

15

Umstritten ist hingegen die Frage nach den rechtlichen Grundlagen für diesen Vergütungsanspruch. Die wohl herrschende Meinung sucht die Lösung über eine entsprechende Anwendung des für die freie (Teil-) Kündigung maßgeblichen Rechtsgedankens der Regelungen in § 649 Satz 2 BGB bzw. § 2 Nr. 4, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B a.F., wonach dem Auftragnehmer eine Vergütung auch für nicht erbrachte Leistungen zusteht, soweit er durch die Kündigung des Vertrages keine Aufwendungen erspart hat (Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB, Teil B, 17. Aufl., § 2 Abs. 3 Rn. 25; Jansen in Ganten/Jagenburg/Motzke, VOB, Teil B, 2. Aufl., § 2 Nr. 3 Rn. 55; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, Teil B, 12. Aufl., § 2 Rn. 126; Lederer in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil B, 3. Aufl., § 8 Rn. 22; Kemper in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB, 4. Aufl., § 2 Rn. 71; Schoofs in Leinemann, VOB/B-Kommentar, 4. Aufl., § 2 Rn. 114; Franz in Leinemann, VOB/B-Kommentar, 4. Aufl., § 8 Rn. 57; Nicklisch/Weick, VOB, Teil B, 3. Aufl., § 2 Rn. 50; Herig, VOB-Praxis-kommentar, 3. Aufl., § 2 Rn. 52). Zur Begründung wird teilweise vorgebracht, der Auftraggeber trage die Verantwortung für die sich als fehlerhaft erweisende Planung, so dass es gerechtfertigt sei, ihn so zu stellen, als hätte er den Vertrag gekündigt. Nach anderer Auffassung sind bei Einbeziehung der VOB/B die Grundsätze des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B in der Weise heranzuziehen, dass der Auftragnehmer anstelle der dort vorgesehenen Anpassung der betroffenen Einheitspreise die für die entfallenen Positionen kalkulierten Deckungsbeiträge für Baustellengemeinkosten und Allgemeine Geschäftskosten sowie Gewinn und Wagnis vergütet erhält (Kapellmann/Schiffers, Band 1, 6. Aufl., Rn. 540; Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil B, 3. Aufl., § 2 Rn. 153; Würfele in Würfele/Gralla, Nachtragsmanagement, Rn. 820; Sundermeier in Würfele/Gralla, Nachtragsmanagement, Rn. 1211 ff.; Kimmich, BauR 2011, 171 f.). Insoweit wird darauf abgestellt, dass es keinen Unterschied machen könne, ob die ausgeschriebene Menge sich auf ein Minimum oder auf Null re-

duziere. Erwogen wird darüber hinaus, den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers mit einer ergänzenden Auslegung des Vertrages zu begründen, der entweder eine den Regeln für die Vergütung des gekündigten Vertrages (Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 90) oder eine dem Rechtsgedanken des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B entsprechende vertragliche Abrede enthalten soll (Klaft/Nossek, NZBau 2009, 286, 290 f.).

16 Der Unterschied dieser Lösungsansätze wird darin gesehen, dass es bei einer Anwendung des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B ohne Bedeutung ist, worauf der anderweitige Ausgleich beruht, während es - ohne dass der Senat dies entscheiden müsste - bei einer Anwendung des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B hierauf unter dem Gesichtspunkt ankommen könnte, dass anderweitiger Erwerb nur dann vorliegt, wenn ein zum Ausgleich herangezogener Auftrag nicht ohnehin hätte durchgeführt werden können.

17 Der Senat entscheidet diese Frage dahin, dass in dem Fall, in dem der vollständige Wegfall der Mengen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B geregelten Fall der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung entspricht, in ergänzender Auslegung der mit der Vereinbarung der VOB/B getroffenen Abrede § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B anzuwenden ist.

18 a) § 2 Nr. 3 VOB/B trifft eine spezielle Regelung für die ansonsten als Wegfall der Geschäftsgrundlage einzuordnende Mengenänderung (BGH, Beschluss vom 23. März 2011 - VII ZR 216/08, BauR 2011, 1162 = NZBau 2011, 353; Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213 Rn. 36 m.w.N.). Diese Vergütungsregelung zielt darauf ab, den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers den Unwägbarkeiten zu entziehen, die sich aus der unzutreffenden Einschätzung der für die Ausführung der Bauleistung erforderlichen Mengen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ergeben. Sie trägt dem einem

Bauvertrag immanenten Risiko Rechnung, dass die Mengenschätzung im Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß ungenau sein kann und die tatsächlichen Gegebenheiten auf der Baustelle insofern nicht genau erfasst worden sein können. § 2 Nr. 3 VOB/B ist deshalb nur auf die Fälle anwendbar, in denen sich das Risiko einer Fehleinschätzung verwirklicht, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden als sie im Vordersatz Eingang gefunden haben. Dementsprechend ist § 2 Nr. 3 VOB/B nicht anwendbar, wenn sich die Leistung durch Anordnungen des Auftraggebers ändert oder dieser einen Teil der Leistung kündigt (Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil B, 3. Aufl., § 2 Rn. 144).

19 Die durch eine Mengenminderung bedingte Äquivalenzstörung betrifft im Wesentlichen die mögliche Unterdeckung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten. Deshalb stellt § 2 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/B klar, dass die Erhöhung des Einheitspreises im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen soll, der sich durch die Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Eine Anpassung des Einheitspreises findet jedoch nicht statt, soweit der Auftragnehmer durch Mengenmehrungen bei anderen Leistungspositionen oder in anderer Weise, etwa gemäß § 2 Nr. 5 oder § 2 Nr. 6 VOB/B, einen Ausgleich erhält, § 2 Nr. 3 Abs. 3 Satz 1 VOB/B. Denn eine ausgleichspflichtige Äquivalenzstörung entfällt, wenn die danach vorzunehmende Ausgleichsberechnung ergibt, dass der Auftragnehmer bereits durch die auf andere Leistungspositionen entfallenden Vergütungsanteile eine ausreichende Deckung erhält.

20 b) § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B greift allerdings nicht, wenn einzelne Leistungspositionen vollständig entfallen. Die Regelung knüpft die Anpassung der Vergütung durch Erhöhung des Einheitspreises an die tatsächlich ausgeführte

Menge der Leistung. Das setzt voraus, dass überhaupt eine (Teil-) Leistung erbracht wird. Beträgt der Vordersatz für die abzurechnende Menge hingegen "0", erhält der Auftragnehmer nach der Systematik der Regelung auch bei einer Erhöhung des Einheitspreises für entfallene Leistungen keine Vergütung, mithin auch keine Deckungsbeiträge für seine Gemeinkosten.

21 c) Zu Recht wird jedoch in der Literatur darauf hingewiesen, dass die mit der Vereinbarung der VOB/B getroffene Abrede insoweit eine Lücke enthält, weil ein erkennbar regelungsbedürftiger Fall keine Regelung gefunden hat. Denn auch § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B ist nicht anwendbar, wenn der Auftraggeber keine Kündigung erklärt. Eine Anpassung der Vergütung nach § 2 Nr. 5 VOB/B scheidet aus, wenn eine Anordnung des Auftraggebers nicht vorliegt. Insoweit liegt eine unplanmäßige Regelungslücke vor, weil der Vertrag keine Bestimmung zu einem immer wiederkehrenden Fall enthält, der im Regelungssystem der VOB/B zu lösen ist und einen Rückgriff auf möglicherweise anwendbare gesetzliche Regelungen nicht zulässt (vgl. Klaf/Nossek, NZBau 2009, 286, 290). Diese Lücke ist durch ergänzende Auslegung des VOB/B-Vertrages zu schließen. Anzuknüpfen ist dabei an den hypothetischen Parteiwillen, so dass darauf abzustellen ist, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 157 Rn. 7 m.w.N.). Zutreffend wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass es keinen sachlichen Grund dafür gibt, dem Auftragnehmer die von ihm für entfallene Leistungen kalkulierten Deckungsanteile zu versagen, die ihm demgegenüber selbst bei einer Mindermenge von 1 % des vertraglichen Mengenansatzes gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B grundsätzlich voll erstattet würden (Kapellmann/Schiffers, Band 1, 6. Aufl., Rn. 540; Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil B, 3. Aufl., § 2 Rn. 153; Klaf/Nossek, NZBau 2009, 286, 290). Liegt nämlich in den von § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B erfassten Fällen der

Mengenminderung nach dem Regelungsgehalt dieser Vertragsklausel eine durch Anpassung der Vergütung zu beseitigende Äquivalenzstörung vor, so trifft dies in gleicher Weise auf die Fälle zu, in denen Leistungen wegen einer der Mengenminderung vergleichbaren Sachlage vollständig entfallen. Redlicherweise hätten die Parteien in diesem Fall eine Anwendung des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B vereinbart. Dagegen verbietet sich die Annahme, die Parteien hätten auf die Regelung des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zurückgegriffen. Darin läge ein systematischer Fehler, so dass eine ergänzende Auslegung in diese Richtung von vornherein nicht in Betracht kommt. Liegt nämlich ein Fall der vom Regelungsgehalt des § 2 Nr. 3 VOB/B erfassten Äquivalenzstörung vor, so kann nicht darauf abgestellt werden, dass die Fehleinschätzung im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt. Gerade diesen Fall haben die Parteien in § 2 Nr. 3 VOB/B geregelt und zwar in der mit dieser Regelung zum Ausdruck gekommenen Risikoverteilung.

22           Das führt dazu, dass dem Auftragnehmer im Rahmen eines VOB/B-Vertrages für Nullmengen unter den genannten Voraussetzungen eine Vergütung für entfallene Leistungen nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B zusteht. Der Auftragnehmer kann keine Vergütung beanspruchen, soweit er durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält (im Ergebnis ebenso: Kapellmann/Schiffers, Band 1, 6. Aufl., Rn. 542; Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, Teil B, 3. Aufl., § 2 Rn. 158; Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 90 - unter Hinweis auf VHB 510 Nr. 2.2.1). Zu ersterem zählen insbesondere die über 110 % liegenden Mehrmengen im Sinne von § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 - VII ZR 39/86, BauR 1987, 217), zu letzterem können zusätzliche Vergütungsansprüche für geänderte Leistungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B und für zusätzliche Leistungen nach § 2 Nr. 6 VOB/B gehören.

23 d) Nach den von der Revision insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte den Fortfall der Leistungen weder angeordnet noch hat sie den Vertrag insoweit (teil-) gekündigt. Auch liegt kein Verzicht vor. Vielmehr liegt ein Fall vor, der dem Regelungssystem des § 2 Nr. 3 VOB/B unterfällt. Der Fortfall der betroffenen Positionen beruhte auf tatsächlichen Gegebenheiten. Die Ausführung der Leistung hat sich als nicht notwendig erwiesen. Schon deshalb bleibt der Einwand der Revision ohne Erfolg, dass bei Anwendung der den gekündigten Vertrag betreffenden Vergütungsregelungen in § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bzw. § 649 Satz 2 BGB ein Gemeinkostenausgleich allenfalls in dem Umfang stattzufinden habe, in dem eventueller Mehrerwerb des Auftragnehmers ursächlich darauf zurückzuführen sei, dass er die durch Kündigung entfallenen Leistungen nicht erbringen müsse. Dass ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, § 275 Abs. 1 BGB, hat die Klägerin nicht behauptet, so dass dahin stehen kann, ob insoweit eine differenzierte Betrachtung geboten ist.

24 2. Bei Anwendung der unter 1. dargelegten Grundsätze steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch nicht zu, weil sie die Höhe der noch zu zahlenden Vergütung nicht schlüssig dargelegt hat. Es war Sache der Klägerin, die gebotene Ausgleichsberechnung durch entsprechenden Sachvortrag zu ermöglichen, weil nur sie dazu in der Lage ist, die erforderlichen Angaben zur Verteilung der Gemeinkosten auf die Leistungspositionen des Vertrages zu machen. Solcher Sachvortrag fehlt. Die Beklagte hat ihrerseits unter Hinweis auf den Umstand, dass die Abrechnungssumme des Vertrages nur geringfügig unter der Auftragssumme liegt, einen zwischenzeitlich gezahlten Ausgleichsbetrag von 240,40 DM ermittelt. Jedenfalls vor diesem Hintergrund reicht es entgegen der Auffassung der Revision zur schlüssigen Darlegung des geltend gemachten Vergütungsanspruchs nicht aus, nur die in die entfallenen Leistungspositionen

eingerechneten Deckungsbeiträge aufzuschlüsseln und die zusätzlich erwirtschafteten Deckungsbeiträge ohne nähere Angaben mit "0" zu bewerten.

III.

25

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Eick

Vorinstanzen:

LG Schweinfurt, Entscheidung vom 30.06.2010 - 14 O 928/08 -

OLG Bamberg, Entscheidung vom 15.12.2010 - 3 U 122/10 -