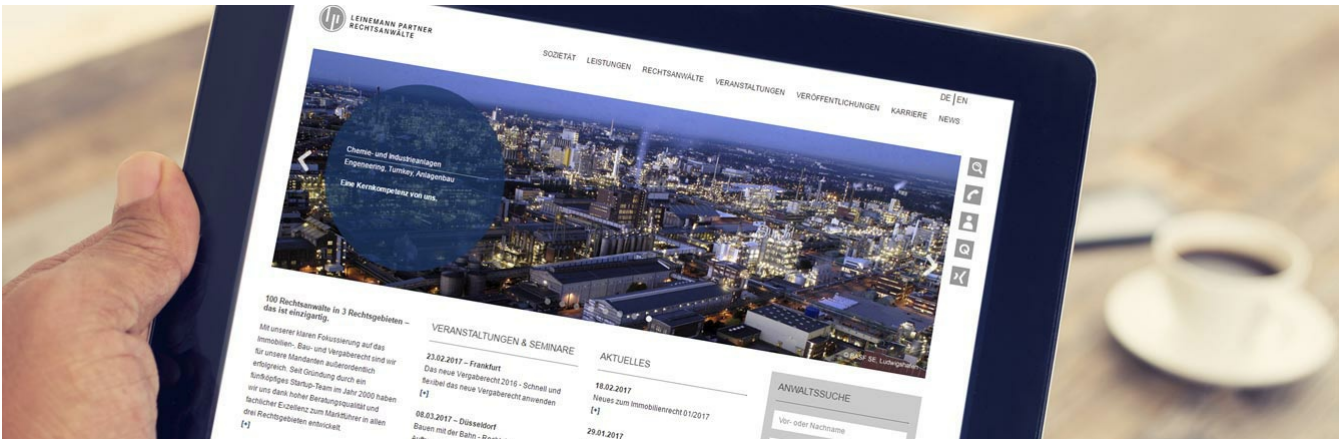


## Neues zum Baurecht 02/2023



Liebe Leserinnen und Leser,

mit unserem aktuellen Newsletter möchten wir Ihnen wieder interessante Entscheidungen aus dem Bereich des Bau- und Architektenrechts vorstellen. Im Fokus der anliegenden Entscheidungsbesprechungen steht die nunmehr höchstrichterlich geklärte Frage, ob die VOB/B-Regelung in § 4 Abs. 7 wirksam vereinbart werden kann. Zudem wird die interessante Thematik beleuchtet, wie tatsächlich erforderliche Kosten zu ermitteln und darzulegen sind.

Wir wünschen Ihnen viel Freude beim Lesen!

Amneh Abu Saris

# Themen

Andrea Hierl, Hamburg

**§ 4 Abs. 7 VOB/B ist unwirksam: Keine Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme**

Christian Kirschberger, Düsseldorf

**Zur Darlegung des anderweitigen Erwerbs nach einer freien Kündigung**

Tobias Köhler, Köln

**Rosinenpicken verboten – Vorkalkulatorische Preisfortschreibung versus tatsächlich erforderliche Nachtragskosten**



Andrea Hierl, Hamburg

## § 4 Abs. 7 VOB/B ist unwirksam: Keine Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme

**BGH, Urteil vom 19.01.2023, VII ZR 34/20**

Die Auftraggeberin beauftragte die Auftragnehmerin mit dem Ausbau der Stadtbahnlinie. Mit den entlang der Stadtbahnlinie durchzuführenden Straßen- und Tiefbauarbeiten beauftragte die Auftragnehmerin eine Nachunternehmerin. In den Nachunternehmervertrag wurde die VOB/B in der jeweils geltenden Fassung einbezogen. Ebenfalls wurden in den Nachunternehmervertrag die Besonderen Vertragsbedingungen aus dem Hauptauftrag zwischen der Auftraggeberin und der Auftragnehmerin einbezogen, die folglich auch das Nachunternehmervertragsverhältnis regelten.

In diesen Besonderen Vertragsbedingungen wurden mehrfach von der VOB/B abweichende Vereinbarungen getroffen. So sollten die Einheitspreise fest und unveränderbar sein und war der Auftraggeber berechtigt, von gestellten Abschlagsrechnungen lediglich bis zu 90 % auszuzahlen. In dem Leistungsverzeichnis der Auftraggeberin, welches von der Auftragnehmerin an die Nachunternehmerin weitergereicht wurde, heißt es in Bezug auf den Straßenbord unter anderem „Rückenstütze aus Beton B 25 nach Zeichnung herstellen“ sowie „Unterbeton B 25 liefern und nach Zeichnung herstellen“.

Streitig zwischen den Parteien war, ob sich die geschuldete Betonfestigkeitsklasse B 25 (= C20/25) auf den Beton im angelieferten oder im verbauten Zustand bezog. Während der Bauausführung rügte die Auftragnehmerin mehrfach die Qualität des verbauten Betons an einem bestimmten Straßenabschnitt, forderte die Nachunternehmerin unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung auf und drohte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs die außerordentliche Kündigung des ganzen oder eines Teils des Auftrages sowie die Mangelbeseitigung auf Kosten der Nachunternehmerin an. Die Nachunternehmerin bezog sich auf ein Gutachten, aus dem hervorging, dass mit dem gelieferten Beton der Festigkeitsklasse C 20/25 eine Endfestigkeit von B 15 bzw. C 12/15 erreicht werden könne. Die Auftragnehmerin bezog sich auf ein Gutachten, wonach der Beton in sieben Fällen nur die Festigkeitsklasse C 12/15 und in vier Fällen die Festigkeitsklasse C 8/10 erreicht, so dass die Endfestigkeit des Betons nicht der Festigkeitsklasse C 20/25 entspreche. Die Nachunternehmerin kam dem Verlangen nach Beseitigung der behaupteten Mängel nicht nach. Die Auftragnehmerin kündigte

nach Ablauf der letzten gesetzten Frist den Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten. Die Nachunternehmerin macht restlichen Werklohn geltend und begehrt die Feststellung, dass es sich bei der Kündigung durch die Auftragnehmerin um eine freie Kündigung handelt. Die Auftragnehmerin verlangt widerklagend Kosten der Ersatzvornahme, Rückzahlung von auf Abschlagsrechnungen geleistete Zahlungen, Schadenersatz, Ersatz von Avalgebühren und Ausgleich von Mängelbeseitigungskosten bezüglich weiterer Mängel, zudem die Feststellung, dass die behaupteten Mängel vorliegen. Sie beruft sich darauf, dass die von ihr ausgesprochene Kündigung eine berechnigte Kündigung aus wichtigem Grund gewesen sei.

In den Vorinstanzen ist hinsichtlich der Kündigung und der geltend gemachten kündigungsbedingten Kosten sowohl zugunsten der Auftragnehmerin als auch der Nachunternehmerin entschieden worden. In I. Instanz nämlich gab das Landgericht der Auffassung der Nachunternehmerin statt, dass die Kündigung der Auftragnehmerin eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B (2002) gewesen sei. Folglich wurden die von der Auftragnehmerin beehrten Ansprüche abgewiesen.

In II. Instanz entschied das Oberlandesgericht hinsichtlich der Kündigung zugunsten der Auftragnehmerin und stellte fest, dass es sich bei der Kündigung um eine berechnigte Kündigung aus wichtigen Grund gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B (2002) handelt und der Auftragnehmerin deshalb grundsätzlich Ersatzvornahmekosten zustehen und hat den Rechtsstreit im Übrigen zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Die Nachunternehmerin beehrte die Wiederherstellung des (Teil-)Urteils in I. Instanz. Die Nachunternehmerin dringt mit ihren Einwänden durch.

Der Bundesgerichtshof hat die auf § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) gestützte Kündigung der Auftragnehmerin aus wichtigem Grund für unwirksam erklärt, weil insbesondere § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber einer Inhaltskontrolle nicht standhalten. Denn die Kündigungsregelungen in § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligen den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB eröffnet ist, weil die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart war. Die Regelungen in den Besonderen Vertragsbedingungen weichen von den Regelungen der VOB/B ab, und zwar soweit die Einheitspreise als fest und unveränderbar vereinbart wurden von § 2 Nr. 3 VOB/B (2002) und hinsichtlich der nur 90 %igen Auszahlung von Abschlagsrechnungen von § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002), wonach 100 % des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich Umsatzsteuer zu bezahlen sind. Im Weiteren hat der Bundesgerichtshof dargestellt, weshalb § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen.

Hierzu führt der Bundesgerichtshof aus, dass § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) keinen eigenen Kündigungsgrund enthält, sondern auf das in § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) geregelte Kündigungsrecht unter den dort angegebenen Voraussetzungen Bezug nimmt. Aus diesen wechselbezüglich miteinander verknüpften Regelungen folgt, dass es sich hierbei um eine Kündigung aus wichtigem Grund handelt. § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) müssen also mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zu den Voraussetzungen einer Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund, von denen abgewichen wird, vereinbar sein, um einen Auftragnehmer, der sich der Verwendung der VOB/B ausgesetzt sieht, nicht unangemessen zu benachteiligen.

Dies hat der Bundesgerichtshof verneint. Denn nach den Auslegungsregelungen führt § 4 Nr. 7 Satz 3

i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) dazu, dass auch bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln die Kündigung aus wichtigem Grund eröffnet ist. Nach dem Wortlaut von § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen, wenn eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung in der Ausführungsphase aufgetreten ist, die der Auftragnehmer trotz Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht beseitigt hat. Weitere Voraussetzungen, insbesondere im Hinblick darauf, dass es sich hierbei um eine Kündigung aus wichtigem Grund handelt, enthalten weder § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) noch § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002).

Folglich kann die Kündigung aus wichtigem Grund nach § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) einschränkungslos ausgesprochen werden, und zwar unabhängig davon, welches Gewicht die Vertragswidrigkeit oder der Mangel im Hinblick auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses haben. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) differenziert insoweit nicht nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels. Selbst ein unwesentlicher Mangel, der den Auftraggeber nach § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würde, könnte zur Kündigung aus wichtigem Grund führen. Und weiter: Weil die Fristsetzung und die Androhung der Auftragsentziehung in § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) lediglich als Formalie formuliert sind, ist eine Kündigung aus wichtigem Grund auch möglich, wenn der Fristsetzung kein anerkanntes eigenes Interesse des Auftraggebers an der fristgerechten Beseitigung der vertragswidrigen oder mangelhaften Leistung zugrunde liegt oder die Auftragsentziehung angedroht wird, ohne dass ein - für eine Kündigung aus wichtigem Grund erforderliches - berechtigtes Interesse an der vorzeitigen Vertragsbeendigung besteht.

Auch aus der systematischen Stellung und dem Regelungszusammenhang der §§ 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) und 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass ganz geringfügige und unbedeutende Vertragswidrigkeiten oder Mängel kein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund begründen würden. Dagegen erfordert eine Kündigung aus wichtigem Grund, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers kann eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen. Solche können sich im Einzelfall aus Umständen ergeben, die einen Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung aufweisen. In der Gesamtabwägung müssen diese jedoch so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrages notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben.

Ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers, die Fertigstellung durch den Auftragnehmer nicht mehr abwarten zu müssen, kann etwa aus der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels folgen. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) weicht von diesen wesentlichen Grundgedanken ab, weil der Auftraggeber die Kündigung losgelöst von den Kriterien einer Kündigung aus wichtigem Grund, selbst bei Geringfügigkeit der Vertragswidrigkeiten oder Mängel während der Ausführungsphase aussprechen kann. Aus diesen Gründen widerspricht § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) dem gesetzlichen Leitbild im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) behält seine Wirksamkeit, soweit die Bestimmung sich nicht auf § 4 Nr. 7 VOB/B (2002)

bezieht.

Der Bundesgerichtshof hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht der II. Instanz zurückverweisen, da er nicht selbst entscheiden konnte, ob die Auftragnehmerin außerhalb des Anwendungsbereiches von § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (2002) ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund hatte, weil das Gericht der II. Instanz insoweit bisher keine Feststellungen getroffen hat.

### **Fazit**

Bei Vereinbarung der VOB/B ist Vorsicht geboten. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Inhaltskontrolle nach dem BGB unterliegen. Eine Privilegierung im Hinblick auf die Inhaltskontrolle erfährt die VOB/B nur, wenn diese als Ganzes vereinbart und ohne irgendwelche Änderungen unverändert übernommen wird. Anderenfalls unterliegt jede einzelne Regelung in der VOB/B der Inhaltskontrolle und steht damit auf dem Prüfstand, ob diese bei Verwendung durch den Auftraggeber den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Die Entscheidung erging zwar zu § 4 Nr. 7 Satz 3 i. V. m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002). Diese entspricht jedoch inhaltlich den derzeit geltenden Regelungen in § 4 Abs. 7 Satz 3 und § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2016), so dass die vorgenannte Entscheidung auch hierfür gilt.



Christian Kirschberger, Düsseldorf

## Zur Darlegung des anderweitigen Erwerbs nach einer freien Kündigung

**BGH, Beschluss vom 15.03.2023 - VII ZR 150/22**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in einem Beschluss vom 15.03.2023 erneut mit der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der ersparten Aufwendungen und eines anderweitigen Erwerbs nach einer freien Kündigung befasst, welche sich der Unternehmer bei der Kündigungsabrechnung nach § 649 Abs. 2 BGB gegenzurechnen hat: Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb des Unternehmers ist, umso ausführlicher muss der Unternehmer dazu vortragen, warum ein solcher anderweitiger Erwerb nicht erzielt werden könnte.

Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit Fassadenreinigungsarbeiten. Zwischen den Parteien kam es zum Streit über die Art und Weise der Reinigung. Im Zuge dieser Auseinandersetzung kündigte die Beklagte den Vertrag mit der Klägerin ordentlich nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B. Die Parteien stritten anschließend gerichtlich über wechselseitige Ansprüche aus dem gekündigten Vertrag. Die Klägerin machte vor allem Werklohn für nicht erbrachte Leistungen geltend, die Beklagte widerklagend als Schadensersatz die Kosten der Beauftragung eines Drittunternehmens.

Sowohl das Landgericht als auch das OLG Dresden hatten der Klägerin lediglich die noch offene Vergütung für die von ihr bis zur Kündigung erbrachten Leistungen voll zugesprochen. Die Kündigungsvergütung wurde der Klägerin erstinstanzlich gar nicht, vom OLG nur in Höhe der in § 649 Abs. 3 BGB gesetzlich vermuteten 5% der vereinbarten Vergütung gewährt. Beide Instanzen hielten der Klägerin vor, dass diese zum anderweitigen Erwerb, um den die vereinbarte Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zu reduzieren ist, nicht ausreichend vorgetragen habe.

Der BGH hat die Entscheidung des OLG in seinem Beschluss vom 15.03.2023 bestätigt. Dabei stellt der BGH klar, dass die Darlegungs- und Beweislast zu den von der Kündigungsvergütung abzuziehenden ersparten Aufwendungen und einem anderweitigem Erwerb grundsätzlich beim Auftraggeber liegt, hier aber zu differenzieren ist: Die ersparten Aufwendungen lassen sich konkret vertragsbezogen ermitteln und aus dem Vertrag ableiten. Hier hat der Besteller eine hinreichende eigene Erkenntnislage für Gegenvortrag. Beim anderweitigen Erwerb ist der Besteller jedoch in der

Regel kaum in der Lage, die hierfür notwendigen Tatsachen, also insbesondere die konkreten Möglichkeiten der Annahme eines „Füllauftrags“, aus eigener Kenntnis vorzubringen. Daher obliegt dem Unternehmer die sog. „sekundäre Darlegungslast“ dergestalt, dass er zunächst vorzutragen und zu beziffern hat, was er sich insoweit anrechnen lassen will. Dazu reicht es grundsätzlich aus, wenn der Unternehmer sich zum anderweitigen Erwerb wahrheitsgemäß, nachvollziehbar und ohne Widerspruch ausdrücklich oder auch konkludent erklärt. Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist, umso ausführlicher müssen die Angaben des Unternehmers jedoch sein. Eine erhöhte Darlegungslast kann sich etwa aus den Vertragsumständen ergeben, wenn es z.B. nach Art und Dauer des gekündigten Teils nahe liegt, dass das Personal anderweitig beschäftigt worden ist. Genügt der Unternehmer in diesem Fall seiner sekundären Darlegungslast nicht, geht er unter Umständen leer aus - so wie im vorliegenden Fall.

### **Fazit**

Ein gekündigter Unternehmer sollte sich nicht allzu sehr darauf verlassen, dass der Besteller ihm einen gegenzurechnenden anderweitigen Erwerb nicht nachweisen können. Vielmehr sollte er nach Möglichkeit seine betrieblichen Vorgänge bei der (erfolglosen) Bemühung um Füllaufträge bestmöglich dokumentieren, um im Streitfall seiner sekundären Beweis- und Darlegungslast genügen zu können.





Tobias Köhler, Köln

## Rosinenpicken verboten – Vorkalkulatorische Preisfortschreibung versus tatsächlich erforderliche Nachtragskosten

**OLG Koblenz, Beschl. v. 20.06.2022, 1 U 2211/21**

Das klagende Straßenbauunternehmen war von einem kommunalen Zweckverband im Rahmen eines VOB/B-Vertrages mit Arbeiten an einer Kreisstraße betraut worden. Diese beinhalteten laut Vertrag insbesondere die Erstellung von 13 Kopflöchern, für die die Klägerin einen kalkulierten Einheitspreise angeboten hatte.

Tatsächlich wurden auf der Baustelle 35 Kopflöcher erstellt. Die gegenüber dem Vertragssoll erhöhte Anzahl von Kopflöchern führte zu einer Verlängerung der geplanten Bauzeit um mehrere Wochen. Die Klägerin verlangt nunmehr daher Nachtragsvergütung für die Mehrleistungen.

Einerseits beruft sie sich innerhalb der Berechnung der Anspruchshöhe auf die Grundsätze der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung. Diese, so meint sie, seien hier anzuwenden, da der Vertragsschluss noch vor dem insoweit bahnbrechenden Urteil des BGH vom 08.08.2019, Az. VII ZR 34/18, stattgefunden habe.

Andererseits trägt sie vor, sie müsse sich an den kalkulierten Angebots-Einheitspreisen nicht mehr festhalten lassen. Aufgrund der Mengenmehrungen sei es zu erheblichen Mehrkosten für die Erstellung der Kopflöcher gekommen, die die Klägerin in die Nachtrags-Kalkulation der einschlägigen Einheitspreise aufnehmen will.

Mit der auf diesen Vortrag gestützten Klage scheitert die Klägerin in erster Instanz. Daraufhin legt sie Berufung zum OLG Koblenz ein.

Die Entscheidung: Zurückweisung der Berufung ohne mündliche Verhandlung gem. § 522 Abs. 2 ZPO, da diese offensichtlich unbegründet ist.

Zunächst stellt das OLG Koblenz zur Frage der Anwendbarkeit der Grundsätze zur vorkalkulatorischen Preisfortschreibung fest, dass diese im Grundsatz keine Anwendung mehr finden. Der BGH habe in seiner oben zitierten Entscheidung zutreffend entschieden, dass es dem

bestmöglichen Ausgleich zwischen den Parteien entspreche, Nachtragsforderungen auf der Basis der tatsächlich erforderlichen Mehrkosten abzurechnen. Insofern sei, wenn keine ausdrückliche anderweitige Regelung der Parteien vorliege, diese Berechnungsmethode anzuwenden. Dies gelte, so das OLG Koblenz, sowohl für Verträge, die nach dem genannten Urteil des BGH abgeschlossen wurden, als auch für solche, die bereits zuvor geschlossen wurden.

Eine gesonderte Regelung bzgl. der Berechnung von Nachträgen hätten die Parteien hier nicht vereinbart. Insofern sei die genannte Rechtsprechung des BGH auch im zu entscheidenden Fall anzuwenden.

Selbst wenn man jedoch von der Zulässigkeit eines Rückgriffs auf die vorkalkulatorische Preisfortschreibung ausginge, sei der Vortrag der Klägerin hier un schlüssig. Denn die Preisfortschreibung gebiete, dass sich die Klägerin ausschließlich an ihre ursprüngliche Angebotskalkulation halte. Hier jedoch habe die Klägerin ihrer Nachtragsforderung ausdrücklich eine neue Kalkulation der Einheitspreise zugrunde gelegt, so dass sie sich gerade nicht auf die ursprüngliche Kalkulation berufen habe.

## **Fazit**

Das hier gegenständliche Urteil des OLG Koblenz ist in mehrerlei Hinsicht interessant.

Zunächst weil es zeigt, dass die neue Rechtsprechung des BGH für alle Verträge, unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses, gilt. Daher kommt es bei der Berechnung von Nachtragsforderungen heutzutage grundsätzlich auf die tatsächlich erforderlichen Kosten an, denen „angemessene“ Zuschläge beigefügt werden dürfen. Dies hat der Gesetzgeber in § 650c Abs. 1 BGB nunmehr auch als gesetzliches Leitbild festgelegt.

Wenn die Parteien eines Bauvertrages hiervon abweichend vorgehen und eine andere Berechnungsmethodik wählen wollen, müssen sie dies ausdrücklich im Bauvertrag festhalten.

Das Urteil ist aber auch wegen seines Hinweises zur vorkalkulatorischen Preisfortschreibung interessant. Gem. § 650c Abs. 2 BGB kann sich der Auftragnehmer zur Darlegung der tatsächlich erforderlichen Nachtragskosten nämlich auf seine ursprünglich kalkulierten Preise berufen, die als tatsächlich erforderlich *gelten*. Über diesen Umweg wird der Rückgriff auf die Urkalkulation wieder relevant. Hier ist zu beachten, dass es kein „Rosinenpicken“ geben darf: Entweder der Auftragnehmer beruft sich vollumfänglich auf seine ursprüngliche Kalkulation, oder er legt die tatsächlich erforderlichen Kosten in concreto dar (siehe auch Gesetzesbegründung zu § 650c Abs. 2 BGB: BT-Drs 18/8486, S. 56). Eine Neuberechnung der Einheitspreise innerhalb des Berufens auf die Urkalkulation ist – so zeigt es die besprochene Entscheidung – unzulässig.