

# OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.09.2009 - 23 U 9/09

1. Im Werkvertragsrecht gilt der Grundsatz, dass der Auftraggeber den Vertrag jederzeit ohne Grund kündigen kann (BGB § 649; VOB/B § 8 Nr. 1). Als Rechtsfolge des durch Kündigung beendeten Vertrags verbleibt zu Gunsten des Unternehmers ein Vergütungsanspruch für erbrachte und nicht erbrachte Leistungen.
2. Nach freier Kündigung steht dem Unternehmer kein Anspruch auf Schadensersatz zu. Hat er also die Einheitspreise für Kies-Baggerarbeiten in der Erwartung einer Veräußerung des Kieses nicht Kosten deckend kalkuliert, kann er nach freier Kündigung nicht Ersatz des entgangenen Veräußerungsgewinns verlangen.

Bei der Abrechnung eines durch freie Kündigung beendeten Bauvertrages hat der Unternehmer die tatsächliche Kostenentwicklung zu berücksichtigen.

Daraus folgt: Ein etwaiger Vergabegewinn bzw. Vergabeverlust aus der Weitervergabe von Leistungen an Subunternehmer wird bei der Kündigungsabrechnung berücksichtigt. (d. Verf. RA Dr. Schulze-Hagen)

# OLG Hamm, Urteil vom 13.03.2008 - 21 U 15/06

1. Der Auftragnehmer muss sich nach freier Kündigung gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B, § 649 BGB auf die vereinbarte Vergütung anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart bzw. an Gewinn aus "Füllaufträgen" erzielt hat.
2. Für die Berechnung des Anspruchs kann nicht auf die Kalkulation des Auftragnehmers zurückgegriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen von der ursprünglichen Planung und Kalkulation abweichenden Verlauf bestehen.
3. Der Auftragnehmer muss bei der Berechnung des Anspruchs sämtliche Leistungspositionen berücksichtigen, auch solche, die er unauskömmlich kalkuliert hat.
4. Der in die Berechnung einzustellende Abzug des "ersparten Verlustes" bei nur einer deutlich unterkalkulierten Leistungsposition kann dazu führen, dass der ansonsten gegebene Vergütungsanspruch vollständig aufgezehrt wird.

## Gemeinkosten aus Kalkulation

	BGK	AGK	W+G	W = G
Lohnkosten o. Zuschläge	117,00	117,00	117,00	
Stoffkosten o. Zuschläge	58,00	58,00	58,00	
Summe Teilkosten ohne Zuschläge	175,00	175,00	175,00	
Zuschläge in [%]	7	8	5	
Gemeinkosten [€/m <sup>3</sup> ]	12,25	14,00	8,75	4,38

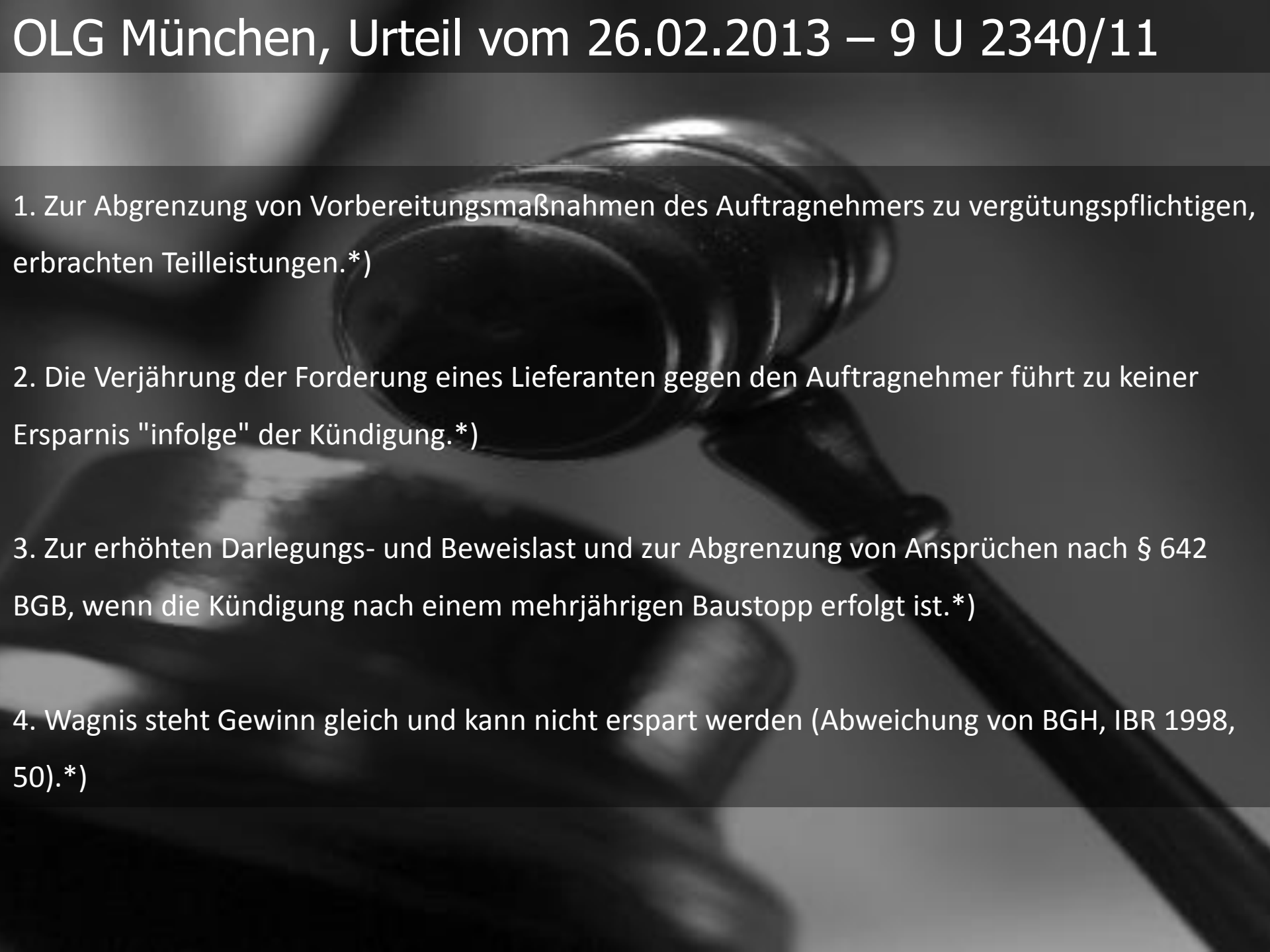
Preis pro m <sup>3</sup> Sauberkeitsschicht	210,00 € pro m <sup>3</sup>
ersparter Lohn	0,00 € pro m <sup>3</sup>
ersparte Stoffe (Beton)	-58,00 € pro m <sup>3</sup>
ersparte Baustellengemeinkosten	0,00 € pro m <sup>3</sup>
ersparte Allgemeine Geschäftskosten	0,00 € pro m <sup>3</sup>
erspartes Wagnis	-4,38 € pro m <sup>3</sup>
<b>verbleibende Vergütung</b>	<b>147,62 € pro m<sup>3</sup></b>

**Vergütung bei Leistungsentfall 8.119,10 € (bei 55 m<sup>3</sup>)**

# Erläuterungen:

- Beauftragt waren 55 m<sup>3</sup> Sauberkeitsschicht mit 210,00 €/m<sup>3</sup>
- Position wird vom AG gekündigt, es gibt keinen Ersatzauftrag
- Von der Vergütung sind die ersparten Aufwendungen abzuziehen
  - Lohn ist nicht erspart, weil die Arbeitskräfte weiter bezahlt werden müssen und hier kein anderweitiger Ausgleich erzielt wird.
  - Die Stoffkosten werden erspart, weil kein Beton bestellt werden muss
  - Die Baustellengemeinkosten werden nicht erspart, weil die Baustelle eingerichtet, vorgehalten und geräumt werden muss. Der Entfall der Sauberkeitsschicht bewirkt keine maßgebliche Bauzeitverkürzung.
  - Die Allgemeinen Geschäftskosten werden ebenfalls nicht erspart
  - Bei nicht ausgeführter Leistung ergibt sich nach einem BGH-Urteil kein Wagnis, deshalb wurde Wagnis (halber Anteil von Wagnis und Gewinn) in Abzug gebracht.
  - **Nach einem Urteil des OLG München ist Wagnis jedoch kein ersparter Aufwand. Siehe Folgeseite.**

# OLG München, Urteil vom 26.02.2013 – 9 U 2340/11



1. Zur Abgrenzung von Vorbereitungsmaßnahmen des Auftragnehmers zu vergütungspflichtigen, erbrachten Teilleistungen.\*)
2. Die Verjährung der Forderung eines Lieferanten gegen den Auftragnehmer führt zu keiner Ersparnis "infolge" der Kündigung.\*)
3. Zur erhöhten Darlegungs- und Beweislast und zur Abgrenzung von Ansprüchen nach § 642 BGB, wenn die Kündigung nach einem mehrjährigen Baustopp erfolgt ist.\*)
4. Wagnis steht Gewinn gleich und kann nicht erspart werden (Abweichung von BGH, IBR 1998, 50).\*)