



Dr. Jörg Klingmann

Abgrenzung Vertrags- / Nachtragsleistung und Berechnung der Nachtragsvergütung bei VOB-Verträgen

Arbeitsgemeinschaft Privates Baurecht beim Anwaltsverein Heidelberg

Sachverhalt

Nach Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens beauftragte die Beklagte die Klägerin im Rahmen der Gesamtmaßnahme „Umbau des Bahnhofs B“ mit der Leistung „Umbau Fernbahn Stadtbahnebene“. Zu den Ausschreibungsunterlagen gehörten unter anderem ein Leistungsverzeichnis über 1.059 Seiten und diverse Pläne. Die Klägerin unterbreitete der Beklagten ein Angebot zu einer Vergütung von rund 27,2 Mio. EUR (netto), auf welches sie den Zuschlag erhielt. Es handelt sich um einen Einheitspreisvertrag. Die VOB/B ist Vertragsbestandteil.

Gegenstand des Bauvertrags ist unter anderem die Herstellung einer „Eisenbahnüberführung über die K-Straße“. Bezogen auf dieses Bauwerk sind für den vorliegenden Sachverhalt zwei Vertragselemente relevant:



Verfüllung

Den Ausschreibungsunterlagen war ein Plan beigelegt, der die Überführung im Maßstab 1:100 in mehreren Querschnitten zeigt. Auf diesen Querschnitten sind die auf Bohrpfählen ruhenden Widerlager des Brückenbauwerks zu beiden Seiten der Überführung eingetragen. Auf der jeweiligen Hangseite dieser Widerlager sind unterschiedlich große Bereiche schraffiert und mit „Verfüllung (Magerbeton)“ bezeichnet. Im Leistungsverzeichnis wird in den Positionen, die sich auf die Herstellung dieser Eisenbahnüberführung beziehen, die Verfüllung einzelner Bereiche hinter den Widerlagern mit Magerbeton nicht erwähnt.



Abdeckungen

Die zu errichtende Brückenkonstruktion war nach der Leistungsbeschreibung an den Außenseiten durch sogenannte Randkappen abzuschließen. Es handelt sich dabei um Bauteile aus Stahlbeton, die im Querschnitt eine Vertiefung in Gestalt eines parallel zu den Gleisen verlaufenden Kabelkanals ausbilden. Den Ausschreibungsunterlagen waren Pläne beigefügt, die die Querschnitte der unterschiedlichen Randkappen zeigen. Auf sämtlichen Querschnitten ist über dem Kabelkanal eine Abdeckung eingetragen. Im Leistungsverzeichnis sind die diversen Randkappen in den Positionen 14.6.30, 17.7.60, 18.7.60, 19.6.90, 20.6.80 und 21.7.140 aufgeführt. Lediglich in den Titeln 17 und 18 folgt jedoch den Positionen 17.7.60 bzw. 18.7.60 eine weitere Leistungsposition über die **Herstellung der Abdeckung des Kabelkanals mit Platten aus Fertigbeton**. Diese Positionen (17.7.70 und 18.7.70) wurden von der Klägerin entsprechend bepreist. In den Titeln 14, 19, 20 und 21 des Leistungsverzeichnisses wird die Herstellung von Abdeckungen für die Randkappen nicht erwähnt. In den zugehörigen Plänen wird aber auch für diese Randkappen eine Abdeckung ausgewiesen.



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Im Laufe der Bauausführung kommt es bezüglich dieser beiden Leistungsbereiche zum Streit über den vertraglichen Leistungsumfang. Die Klägerin legt zwei Nachtragsangebote vor:

Mit dem Nachtragsangebot Nr. 282 fordert sie für die **Magerbetonauffüllungen** eine Mehrvergütung von insgesamt 20.418,88 €. Die Höhe dieser Mehrvergütung leitete sie anhand ihrer Kalkulation näher her. Nach Herstellung der Magerbetonauffüllung stellt sie diese als Nachtragsleistung mit einer **Mehrvergütung in Höhe von 16.037,74 €** in Rechnung (AZ), wobei sich die Reduzierung gegenüber dem Nachtragsangebot durch geringere Mengen ergibt.

Bezüglich der **Abdeckungen** über den Randkappen teilt die Beklagte der Klägerin mit, dass diese nicht nur bei den angebotenen Positionen 17.7.60 und 18.7.60 zu verlegen seien, sondern der Kabelkanal auch bei den von den Titeln 14, 19, 20 und 21 erfassten Bauabschnitten abgedeckt werden müsse, obgleich dafür im Leistungsverzeichnis im Unterschied zu den Positionen 17.7.70 und 18.7.70 keine gesonderte Position vorgesehen sei. Die Klägerin bestätigte, dass die Abdeckungen auch in den Titeln 14, 19, 20 und 21 aufzulegen seien. Darüber stellte die Klägerin dann ihr Nachtragsangebot 233 über eine Mehrvergütung in Höhe von netto 30.489,13 €, wobei sie die Höhe der Mehrvergütung wiederum aus ihrer Kalkulation herleitete. Nach Herstellung der Abdeckungen in allen Bauabschnitten forderte die Klägerin daraufhin mit weiterer Abschlagsrechnung eine **Mehrvergütung in Höhe von 30.858,26 €**.



LV Titel Randkappen nach Streckenabschnitten

14.6.30 Randkappen Streckenabschnitt 1

17.7.60, Randkappen Streckenabschnitt 2

17.7.60.10 Leistungsposition über die Herstellung der Abdeckung des
Kabelkanals in Fertigbeton

18.7.60,

18.7.60.10 Leistungsposition über die Herstellung der Abdeckung des
Kabelkanals in Fertigbeton

19.6.90 Randkappen Streckenabschnitt 3

20.6.80 Randkappen Streckenabschnitt 4

21.7.140 Randkappen Streckenabschnitt 5



§ 1 VOB/B – Art und Umfang der Leistung

- (1) Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrags gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C).

- (2) Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander:
 1. die Leistungsbeschreibung,
 2. die Besonderen Vertragsbedingungen,
 3. etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen,
 4. etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen,
 5. die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen,
 6. die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.



Rangverhältnis i. S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B

„Leistungsbeschreibung“

Regelmäßig drei Teile (vgl. § 7 b Abs. 2 und 3 VOB/A):

- allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung)
- in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis (LV)
- Pläne

Innerhalb dieser drei Bestandteile der Leistungsbeschreibung oder sogar weiterer, z. B. Proben, statische Berechnungen, geotechnische Gutachten oder Erklärung in anderer Weise, z. B. also auch Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, die, wie sich schon aus § 7b Abs. 3 VOB/A eindeutig ergibt, alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung im weiteren Sinne sind, regelt die VOB/B kein Rangverhältnis; innerhalb der Rangkategorien des § 1 Abs. 2 VOB/B ist „die Leistungsbeschreibung“, also der Oberbegriff, eine Kategorie. (Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/A § 7b Rn. 1-3)



BGH, Urteil vom 21.03.1991 - VII ZR 110/90 (Düsseldorf)

(Angabe eines Rangverhältnisses im Vertrag)

Die **Auslegung** des BerGer. führt zu einer mit § 133 BGB nicht vereinbarenden Buchstabenauslegung und vernachlässigt, dass die Beteiligten ihre **Vereinbarungen einschließlich der Rangklauseln als sinnvolles Ganzes** gewollt haben. Für die Gesamtvereinbarungen sind diese Klauseln nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrem vertragstechnischen Sinn **Kollisionsregeln für den Fall von Widersprüchen. Solche Widersprüche bestehen bei richtigem Verständnis des Vertrages hier nicht.**



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf **den Inhalt der Leistungsbeschreibung** an (vgl. BGHZ 168, 368 = NZBau 2006, 777; BGH, NZBau 2002, 324; NJW-RR 1994, 1108 = NJW 1994, 3357 Ls.). Welche Leistungen von dieser erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB (vgl. BGHZ 168, 368 = NZBau 2006, 777; BGH, NZBau 2002, 324; BGHZ 124, 64 = NJW 1994, 850; KG, NZBau 2017, 719 Rn. 42; Kniffka/Koeble, Kompendium d. Baurechts, 2. Aufl., 5. Teil, Rn. 67 ff.; Kniffka, BauR 2015, 1893). Dabei ist das **gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen, es kommt also nicht nur auf den Inhalt eines Leistungsverzeichnisses an, sondern auch auf Pläne, Zeichnungen oder sonstige Umstände**, auf die die Parteien bei der Bestimmung der auszuführenden Leistungen Bezug genommen haben.



Gerade wenn und weil die „detaillierte“ Beschreibung der Leistung konstituierend für dieses Ausschreibungssystem ist, muss der Auftraggeber (gerade auch unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten) die Leistung eindeutig verbal, nämlich an der richtigen Stelle, im Leistungsverzeichnis, definieren, dh, er muss die Planinhalte in die gewählte Angebotssprache, hier das Leistungsverzeichnis, umsetzen. Nur dann, wenn eine eindeutige verbale Definition nicht möglich ist, also nur „erforderlichenfalls“, sind Ergänzungsmittel heranzuziehen, also zB Zeichnungen oder Proben. **Weil sie nur Ergänzungsmittel sind, hat bei Widersprüchen zwischen Text und Zeichnung der Text in der Regel Vorrang.**



Enthält diese Leistungsbeschreibung Unklarheiten, gibt es keine allgemeine Regel, wonach diese zulasten einer bestimmten Vertragspartei zu lösen wären. Weder lässt sich allgemein sagen, dass jede Unklarheit einen Verstoß gegen die Pflicht des Auftraggebers zu möglichst erschöpfender Leistungsbeschreibung darstelle und deshalb zu seinen Lasten zu lösen sei, noch wäre es richtig, eine Pflicht des Unternehmers zu postulieren, auf Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung hinzuweisen, so dass offen gebliebene Punkte zu seinen Lasten gehen müssten.



Besteht die Unklarheit in einem **Widerspruch zwischen dem Textteil der Leistungsbeschreibung, dem Leistungsverzeichnis, und einem Plan**, lässt sich allerdings nicht allgemein sagen, wie dieser Widerspruch aufzulösen ist. Auch wenn die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses unmittelbar die Grundlage des vom Unternehmer angebotenen Preises darstellen – bei einem Einheitspreisvertrag in der Form, dass sie einzeln mit Preisen versehen werden – kann eine Leistung, die nicht explizit im Leistungsverzeichnis erwähnt wird, dafür aber in einem Plan eingetragen ist, als von der vereinbarten Vergütung erfasst gelten



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn aus Sicht einer objektiven Vertragspartei dem **Plan eine besondere Bedeutung für die Bestimmung der vertraglichen Leistung und ihrer Vergütung** zukommt. Das ist dann der Fall, wenn es um **Leistungen geht, die für die Funktionalität der Werkleistung und die durch die Vertragserfüllung entstehenden Kosten von größerer Bedeutung** sind. Denn dann ist aus Sicht einer objektiven Partei davon auszugehen, dass ein Unternehmer, der zur Erstellung eines Vertragsangebots die Leistungsbeschreibung durchgeht, sich nicht darauf beschränkt, den Text der Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses zu bepreisen, sondern dass er dabei auch die **Pläne zurate zieht und auswertet. Sofern ihm dabei das im Textteil fehlende Element der geschuldeten Leistung auffallen muss, besteht für den Unternehmer Anlass, es bei der Preisbildung einzukalkulieren.** Dann kann er hierfür keinen Vergütungsnachtrag beanspruchen.



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Nach diesen Vorgaben sind aus Sicht einer objektiv urteilenden Vertragspartei die **Magerbetonauffüllungen bereits in der ursprünglichen Werkvergütung enthalten**. ...Allerdings ist auf den Plänen, die ebenfalls Grundlage der Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung waren, die Magerbetonauffüllung eingetragen und als solche bezeichnet. Wenn es ein Bauunternehmer übernimmt, eine Eisenbahnüberführung zu errichten, dann ist die Herstellung des Rohbaus dieser Konstruktion, zu der das Widerlager gehört, von **zentraler Bedeutung für den Umfang der Leistungen und die dadurch entstehenden Kosten**, von denen sich ein Unternehmer ein Bild verschaffen muss, um ein Angebot für seine Leistungen unterbreiten zu können.



Aus diesem Grund wird ein Unternehmer, der die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses durchgeht, dies nicht tun, ohne dabei die zu den Ausschreibungsunterlagen gehörende Darstellung der Eisenbahnüberführung zu berücksichtigen, in der Form, Anordnung sowie Maße und Dimensionen der einzelnen Bauteile eingezeichnet sind. Da der Unternehmer mit dem in Rede stehenden Vertrag nicht nur mit einzelnen Teilleistungen, sondern der vollständigen Errichtung der Eisenbahnüberführung beauftragt werden sollte, ist für ihn erkennbar, dass dazu nach den Planungen auch die Verfüllung bestimmter näher bezeichneter Räume hinter den Widerlagerwänden mit Magerbeton gehört und er folglich diese Leistung in die entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses einzukalkulieren hat.



Zwar kann ein Bieter, der die zu den Ausschreibungsunterlagen gehörenden Pläne anschaut, bei genauer Betrachtung feststellen, dass dort bei sämtlichen Randkappen, auch denjenigen der Titel 14, 19, 20 und 21 eine Abdeckung auf dem Kabelkanal eingetragen ist. Dieses Plandetail deutet in der Tat darauf hin, dass das Leistungsverzeichnis unvollständig ist, wenn es für diese Titel die entsprechende Position nicht enthält. Anders als bei den Magerbetonauffüllungen ist dieser Widerspruch zwischen Leistungsverzeichnis und Zeichnungen aber nicht derart deutlich und bedeutsam, dass er einem Bieter ins Auge springen muss. Aus der bloßen Erkennbarkeit des Widerspruchs bei genauer Lektüre aller Unterlagen kann nicht bereits abgeleitet werden, dass er jedem Unternehmer auffallen muss und von ihm folglich sämtliche Abdeckungen einzupreisen sind.



Bei der in den Plänen eingetragenen Abdeckung der Kabelkanäle in sämtlichen Randkappen, die in den Leistungsverzeichnissen bei den Titeln 14, 19, 20 und 21 fehlt, handelt es sich um solch ein **unstimmiges Detail von nachrangiger Bedeutung**.



Natürlich hätte es einem Unternehmer bei der Auswertung der Leistungsbeschreibung auffallen können und er hätte – gegebenenfalls nach Nachfrage bei der Bekl. – zu dem Schluss kommen können, das **offenbar bei sämtlichen Randkappen die Kabelkanäle abzudecken und diese Leistung also einzukalkulieren** ist. [...] Sie mag auch eine wichtige Funktion erfüllen (Abdeckung der Kabel, Ermöglichung eines Notwegs), aber es handelt sich um eine **verhältnismäßig einfache und nicht sehr kostenträchtige Baumaßnahme**. **Auch ihre Eintaktung in den Bauablauf ist nicht sehr bedeutsam**, vielmehr kann eine fehlende oder vergessene Abdeckung ohne zusätzlichen Aufwand in der erforderlichen Anzahl nachgefertigt und nachträglich verlegt werden.



Deshalb ist nach Einschätzung des Senats davon auszugehen, dass ein Unternehmer bei der Auswertung und Bepreisung des Leistungsverzeichnisses dem Aspekt der Abdeckung der Kabelkanäle **keine übergroße Aufmerksamkeit beimisst**, er deshalb den Widerspruch zwischen dem Plan und dem Leistungsverzeichnis **nicht bemerken muss**. Somit kann er sich bei der Bepreisung am Leistungsverzeichnis orientieren, das nicht durch Details aus den Plänen ergänzt ist. Dies führt zu dem Ergebnis, dass bei den Randkappen der Titel 14, 19, 20 und 21 die Kanalabdeckung aus Sicht einer objektiven Vertragspartei nicht eingepreist ist.



Höhe der Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B

1. Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.
2. Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.



VOB/B § 2 Rn. 387-406

Die Ermittlung der Nachtragsvergütung erfolgt in **analoger Kostenfestschreibung** (in der Diktion des BGH „**vorkalkulatorische Preisfortschreibung**“) der **Auftrags-** bzw. **Angebotskalkulation** des Auftragnehmers.

Diese Anknüpfung der Nachtragsberechnung **an die Auftragskalkulation**, also die Fortschreibung von Sollkosten ohne **Rücksicht** auf die tatsächlichen Kosten im Zusammenhang mit der modifizierten Leistung, verstößt **nicht** gegen § 307 BGB. Diese Grundsätze gelten sowohl für Einheitspreisverträge wie für Pauschalverträge.



BGH, Urteil vom 14.03.2013 – VII ZR 142/12

Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt auf der von den Parteien vorausgesetzten Grundlage einer **vorkalkulatorischen Preisfortschreibung** in der Weise, dass – **soweit wie möglich** – **an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft** wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position, was allerdings nicht ausschließt, dass sich die Mehr- und Minderkosten infolge einer Leistungsänderung auch in anderen Positionen ergeben. **Kostenelemente, die durch die Änderung nicht betroffen sind, bleiben grundsätzlich unverändert.** Bei den betroffenen Kostenelementen muss die Auswirkung der Leistungsänderung berücksichtigt werden. **Für den neu zu bildenden Einheitspreis sind grundsätzlich die gleichen Kostenansätze zu wählen wie in der vom Auftragnehmer dem Vertrag zu Grunde gelegten Kalkulation.**



BGH, Urt. vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18 (Celle)

Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt. Die Bestimmung gibt nur vor, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung, durch die etwaigen Störungen des Äquivalenzverhältnisses entgegengewirkt werden soll, damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen.



BGH, Urt. vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18 (Celle)

Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.

Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass – wenn nichts anderes vereinbart ist – für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die **tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge** maßgeblich sind.



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Der Nachtrag 233 umfasst drei unterschiedliche Positionen über die Herstellung und den Einbau der Abdeckungen, nämlich die Positionen 62.33.0001 (= 01), 62.33.0002 (= 02) und 62.33.0003 (= 03). Die Positionen 01 und 02 beziehen sich auf unterschiedliche Abdeckungen mit einer Breite von 127,5 cm und belaufen sich auf einen Einheitspreis von 41,06 Euro. Die Position 03 bezieht sich auf eine Abdeckung von 77 cm Breite und beläuft sich auf 29,27 Euro.

Diese Einheitspreise hat die Kl. wie folgt ermittelt:

Sie ist **von den beiden bepreisten Abdeckungspositionen des Leistungsverzeichnisses ausgegangen**, nämlich 17.7.70 über eine Abdeckung der Breite von 64 cm zu einem Preis von 26,82 Euro und 18.7.70 über eine Abdeckung der Breite von 100 cm zu einem Preis von 35,38 Euro. Diese beiden mit der Bekl. vereinbarten Preise hat die Kl. anhand ihrer Kalkulation sodann wie folgt **aufgegliedert**:



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Die Kl. hat ihre **Lohnkosten** mit 30 Euro/h zuzüglich einer Umlage von 65,38% angesetzt. Auf die verarbeiteten **Stoffe** nimmt sie eine **Umlage** von 25% vor. In den Positionen 17.7.70 und 18.7.70 hat sie eine Arbeitszeit von 0,3 h vorgesehen, was bedeutet, dass die gemittelte Ein-bauzeit einer Platte einschließlich Vor- und Nacharbeiten 18 Minuten beträgt, was 9 Euro, bzw. 14,76 Euro einschließlich Umlage entspricht. Daneben hat die Kl. für die einzubauende Platte der Breite 64 cm (Pos. 17.7.70) 9,65 Euro einkalkuliert, was 12,06 Euro einschließlich Umlage entspricht, bei einer Breite von 100 cm (Pos. 18.7.70) 16,50 Euro, bzw. 20,62 Euro einschließlich Umlage. Es errechnen sich die Einheitspreise von 26,82 Euro (Pos. 17.7.70) bzw. 35,38 Euro (Pos. 18.7.70).



KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18

Die Einheitspreise 62.33.0001, 62.33.0002 und 62.33.0003 des Nachtrags ermittelt die Kl. in der Form, dass sie die Arbeitskosten gegenüber den Positionen 17.7.70 und 18.7.70 unverändert lässt, was bedeutet, dass die Abdeckplatten der Nachtragspositionen, die eine andere Breite aufweisen, ebenfalls gemittelt in jeweils 18 Minuten eingebaut werden können. Sie **modifiziert nur die Kosten der Abdeckplatte, die bei den Nachtragspositionen 01 und 02 mit 21,04 Euro, also 26,30 Euro einschließlich Umlage, und bei der Position 03 mit 11,61 Euro, also 14,51 Euro einschließlich Umlage, angesetzt werden.** Es errechnen sich die Einheitspreise von 41,06 Euro (Pos. 01 u. 02) bzw. 29,27 Euro (Pos. 03). Zu den Einzelheiten vgl. die Anlage K17.



Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 V und VI VOB/B sind die **tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten**, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.

Die **Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel** bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrags tatsächlich entstanden wären.



OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2019 - 5 U 52/19

Der vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 08.08.2019 (IBR 2019, 536) aufgestellte Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von geänderten Leistungen i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B Anwendung.



OLG Brandenburg , Urteil vom 22.04.2020 – 11 U 153/18

Auch wenn § 2 VI Nr. 2 VOB/B zur Ermittlung der Vergütung für zusätzliche Leistungen auf die Grundlagen der Preisermittlung und damit auf die Urkalkulation verweist, schließt dies hinsichtlich der Bestimmung der Vergütung weder eine anderweitige Vereinbarung der Parteien noch eine ergänzende Vertragsauslegung aus.

Wie bei allen anderen Leistungsänderungen gilt auch bei zusätzlichen Leistungen gemäß § 2 VI VOB/B das Äquivalenzprinzip. In diesem Zusammenhang ist entscheidend, ob bei einer Änderung auf der Leistungsseite auch eine Anpassung des Vertrages auf der Vergütungsseite zu erfolgen hat, um das Äquivalenzprinzip zu wahren. Danach ist in Anlehnung an die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 2 III VOB/B maßgeblich, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.

Bei fehlender Vereinbarung für die Bemessung des neuen Einheitspreises für zusätzliche Leistungen i.S.d. § 2 VI VOB/B sind **grundsätzlich die tatsächlich erforderlichen Kosten maßgeblich, wobei diese durchaus mit denen der Vorkalkulation identisch sein können.**



Synopse § 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B

§ 2 Vergütung

(3)
2. Für die über 10 v.H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der **Mehr- oder Minderkosten** zu vereinbaren.

(5)
Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der **Mehr- oder Minderkosten** zu vereinbaren.
2Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

(6)
2.Die Vergütung bestimmt sich nach **den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung** und den **besonderen Kosten** der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.



Roquette/Oriwol BauR 2018, 1775 (1782)

Die nach der VOB/B geltende Regel, wonach nach herrschender Meinung die vom Auftragnehmer kalkulierten Preise fortzuschreiben sind, wird seit geraumer Zeit kritisiert. Sie soll zu willkürlichen Ergebnissen führen, die von der Vereinbarung der Parteien nicht gedeckt sind und je nach Fallkonstellation den Auftragnehmer (gute Preise) oder den Auftraggeber (schlechte Preise) begünstigen, Andere Autoren halten die vorkalkulatorische Preisfortschreibung dagegen für die "sachgerechteste Methode", weil sie an den im Wettbewerb entstandenen Vertragspreis anknüpft. Die Verfasser können die Argumente beider Lager nachvollziehen, meinen aber, dass es insoweit kein eindeutiges "Falsch" oder "Richtig" gibt. Das KG wendet sich ohne überzeugende juristische Begründung von der nach herrschender Auffassung in der Literatur und ständiger Rechtsprechung seit Jahrzehnten für richtig erachteten Methode der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung ab und folgt der Lösung des neuen Bauvertragsrechts. **Die vom KG vertretene Auslegung des § 2 V und VI VOB/B mag pragmatisch erscheinen, jedoch ist es nach Auffassung der Autoren nicht Aufgabe der Rechtsprechung, die VOB/B "zu optimieren".** Zugleich Bespr. v. KG, Urt. v. 10.07.2018 - 21 U 30/17, BauR 2018, 1738 = BeckRS 2018, 14856.



Die Urteilsbesprechungen von Roquette/Oriwol, Bosse/Lederer und Weise setzen sich mit diesen Überlegungen nur sehr oberflächlich auseinander. Wenn die Sichtweise des Senats offenbar den Denkgewohnheiten dieser Autoren widerspricht, wird man dies nicht als Einwand gelten lassen können. Denn im juristischen Diskurs zählen nicht Gewohnheiten, sondern das bessere Argument und die sorgfältige Auseinandersetzung mit den Argumenten der Gegenseite. Dies bringt es mit sich, dass man sich mitunter auf einen neuen Gedanken einlassen muss, was unbequem sein kann. Aber nur so ist Erkenntnisfortschritt möglich.



Dass es dem Senat bei der Entwicklung dieses Ansatzes darum gegangen ist, aus der Systematik der VOB/B einen Ansatz zu entwickeln, der auch praxistauglich ist, wie Roquette/Oriwol zutreffend erkannt haben (BauR 2018, 1782), wird man ebenfalls nicht ernsthaft als Kritikpunkt gelten lassen können. **Die Rechtswissenschaft ist eine praktische Disziplin, die sich im konkreten Fall bewähren muss. Unpraktikable Lösungen sind deshalb keineswegs Ausdruck eines gelungenen systematischen Ansatzes.**



Dr. Jörg Klingmann

Rechtsanwalt / Partner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht



schlatter.law



06221 98120



[linkedin.com](https://www.linkedin.com)



[xing.com](https://www.xing.com)



Bildnachweise:

© mojo cp – shutterstock.com

© Stokkete - shutterstock.com

© kan_chana - shutterstock.com

© Gajus - shutterstock.com

© Bannafarsai_Stock - shutterstock.com



[schlatter.law](https://www.schlatter.law)



06221 98120



[linkedin.com](https://www.linkedin.com)



[xing.com](https://www.xing.com)

