VOB Teil B: VOB/B

Nicklisch / Weick / Jansen / Seibel

5., neubearbeitete Auflage 2019
ISBN 978-3-406-73231-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

eines Prozentsatzes umgelegt. In der Praxis werden die Einzelbaustellengemeinkosten auf die Einzelkosten der Teilleistung unterschiedlich und nicht gleichmäßig verteilt. Die Summe von Einzelkosten der Teilleistung und Baustellengemeinkosten ergibt die **Herstellkosten**.⁹⁴

Bei den **Allgemeinen Geschäftskosten** handelt es sich um diejenigen Aufwendungen, die dem Auftragnehmer nicht durch einen bestimmten Auftrag sondern durch den Betrieb seines Gewerbes entstehen.⁹⁵ Sie decken die Kosten der Geschäftsleitung, Verwaltung der Hilfsbetriebe, des Fuhrparks usw., die nicht unmittelbar auf der Baustelle anfallen oder auf diese zu verrechnen sind. Die Allgemeinen Geschäftskosten werden je Geschäftsperiode (in der Regel ein Jahr) im Voraus geplant. In einem zweiten Kalkulationsschritt werden die Allgemeinen Geschäftskosten dann in Bezug zu dem für diese Geschäftsperiode geplanten Umsatz (in der Regel die Herstellkosten) gesetzt, also anteilig auf die Herstellkosten aufgeschlüsselt. So ergibt sich mathematisch ein Umlageprozentsatz für die Allgemeinen Geschäftskosten. Die Herstellkosten werden prozentual mit den Allgemeinen Geschäftskosten beaufschlagt. Die Summe aus den beaufschlagten Herstellkosten mit den Geschäftskosten sind die **Selbstkosten**.⁹⁶

Die Selbstkosten werden in der Regel prozentual mit einer Umlage für „**Wagnis und Gewinn**“ beaufschlagt. Der Gewinn ist kein Kostenfaktor sondern ein angemessenes Entgelt für auftragnehmerische Leistungen. Bei Wagnis und Gewinn handelt es sich um den Versuch der kalkulatorischen Erfassung des allgemeinen Auftragnehmerrisikos, welches sich entweder in Verlust oder Gewinn realisiert. Wagnis ist in diesem kalkulatorischen Sinn ein Bestandteil des potenziellen Gewinns. Betriebswirtschaftlich sind Wagnis und Gewinn folglich gleich zu stellen.⁹⁷

Maßgebend für die Bestimmung veränderter Preise bei Mengenmehrungen/Mengenminderungen und geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen ist als Basis die Ermittlung der voraussichtlichen Kosten durch den Auftragnehmer in der für die Bildung des Vertragspreises zugrunde gelegten **Angebotskalkulation** (synonym häufig auch **Urkalkulation** bezeichnet). Sofern nach Abgabe des Angebots Verhandlungen zur Abweichung vom angebotenen Bau-Soll und/oder Angebotspreis geführt werden, ist die Angebotskalkulation zur Auftragskalkulation zu überarbeiten.⁹⁸ Die Angebotskalkulation ermittelt als **Vorauskalkulation** Soll-Kosten, also künftig erwartete Kosten. Grundlagen des Preises im Sinne des § 2 VOB/B sind also alle Kostenelemente, die Bestandteil der Kalkulation des Auftragnehmers sind und auch die Kalkulationsmethode.⁹⁹ Ebenso werden nach herrschender Auffassung beim Nachtrag die Mehrkosten kalkulativer erfasst.¹⁰⁰

Die Anknüpfung an die Kalkulation wird in der Literatur in Frage gestellt mit dem Argument, dass die Berechnung von Nachträgen anhand von Marktpreisen oder ortsüblichen Preisen richtig sei.¹⁰¹ Die beim **Bundesjustizministerium** angesiedelte

⁹⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 139.

⁹⁵ Franz/Kues BauR 2006, 1376.

⁹⁶ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 139.

⁹⁷ Franz/Kues BauR 2006, 1376.

⁹⁸ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 137.

⁹⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 137.

¹⁰⁰ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 137; Beck VOB/B/Jansen § 2 Abs. 5 Rn. 43.

¹⁰¹ Franz/Kues BauR 2010, 678; Oberhauser BauR 2011, 1547; vgl. auch Althaus BauR 2012, 359.

„**Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht**“ hat im Sommer 2013 vorgeschlagen, künftig die Nachtragsberechnung nicht mehr an die Auftragskalkulation, sondern an die tatsächlich erforderlichen (nicht die entstandenen) Mehr- oder Minderkosten anzuknüpfen. Wobei der Auftragnehmer zur Darlegung der Nachtragsvergütung allerdings auf seine Kalkulation zurückgreifen könne. Diese enthält die widerlegliche Vermutung, dass die dort ermittelten Werte auch den tatsächlich angefallenen Mehr- oder Minderkosten entsprechen. Dieser Vorschlag basierte insbesondere auch auf den Empfehlungen des Arbeitskreis I des 4. **Deutschen Baugerichtstag** im Mai 2012.

78 Dieser Vorschlag wurde insbesondere von Kapellmann kritisiert.¹⁰² Er vertritt die Auffassung, dass die Anknüpfung an die Angebots- bzw. Auftragskalkulation nicht nur die „VOB/B-Lösung“, sondern auch die beste Lösung sei. Zudem hält er die Formulierung „tatsächlich erforderliche **Mehr- und Minderkosten**“ für ein „verunglücktes Wortungetüm“, meint die Anknüpfung an die Kalkulation zur Ermittlung der tatsächlichen Kosten sei unlogisch und weißt – dies jedenfalls wohl zutreffend – darauf hin, dass das Kriterium der „Erforderlichkeit“ erhebliches Streitpotential bieten würde.¹⁰³ Der Vorschlag der „**Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht**“ beim Bundesjustizministerium bzw. des Arbeitskreis I des 4. Deutschen Baugerichtstag wurde, wenn auch teilweise modifiziert, letztlich sinngemäß in § 650c BGB übernommen.

79 Es ist in jedem Fall angezeigt – und zwar unabhängig von allem Streit über die **zutreffende Berechnungsmethodik** –, im Grundsatz alle Einzelatbestände des § 2 Abs. 3–8 VOB/B, wie auch die Abrechnung bei Kündigung gemäß §§ 8 und 9 VOB/B **systematisch einheitlich** zu behandeln.¹⁰⁴ Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass Leistungsmehrungen kalkulatorisch in ihrer Auswirkung auf die geänderte Vergütung unabhängig davon sind, ob es sich beim Einheitspreis um eine Mengenerhöhung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B oder aber eine angeordnete Mengenerhöhung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B handelt. Die Preisveränderungen gemäß § 2 Abs. 3–8 VOB/B beruhen auf Kostenänderungen gegenüber den Kostenansätzen der Angebotskalkulation des Auftragnehmers. Der geänderte (neue) Preis (Nachtrag) wird auf **Basis der Angebotskalkulation** ermittelt (**fortgeschrieben/errechnet**). Kosten sind der in Geldeinheiten bewertete Verbrauch materieller oder immaterieller Güter, dh der Einsatz von Produktionsfaktoren, wie beispielsweise Gerät, Material, Personal für eine bestimmte (Teil-)Leistung.¹⁰⁵

E. Exkurs: Überblick über die Regelungen des § 650c BGB

80 Mit der Einführung des BGB-Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 hat der Gesetzgeber den seit Jahrzehnten in §§ 1, 2 VOB/B bereits geregelten Bedarf der Baupraxis, den Leistungsumfang eines Bauvertrags auch nachträglich noch verändern zu können, durch ein zweistufiges Änderungsmodell anerkannt und geregelt. Wenn der Auftraggeber eine Änderung des Werkerfolgs wünscht oder eine Änderung, die zur Erreichung des werkvertraglich vereinbarten Erfolges notwendig ist, haben die Parteien nach § 650b Abs. 1 BGB zunächst innerhalb von **30 Tagen möglichst eine Einigung herbeizuführen**. Wenn es innerhalb dieser **30-tägigen Frist nicht zu einer Einigung** kommt, steht dem Auftraggeber im Grundsatz

¹⁰² S. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 137.

¹⁰³ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 137.

¹⁰⁴ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 138.

¹⁰⁵ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 138.

nach **§ 650b Abs. 2 BGB ein einseitiges Änderungsrecht** zu. Ein gesetzlicher Regelungsbedarf für die Vergütungsfolgen einer Änderung besteht mithin nur für die Fälle, in denen die Parteien sich nicht bereits nach § 650b Abs. 1 BGB über die Leistungsänderung und deren Vergütung geeinigt haben. Deshalb lautet auch die Überschrift des § 650c BGB „**Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB**“.

§ 650c trägt insoweit dem **Äquivalenzinteresse** des Auftragnehmers, der sich einer von ihm bei Vertragsschluss nicht kalkulierten, einseitigen Änderungsanordnung gemäß § 650b Abs. 2 gegenüberstellt, Rechnung und sorgt für eine der Änderung entsprechenden **Anpassung der Vergütung des Auftragnehmers kraft Gesetzes**. 81

Als **Regelungsmodelle für die Ermittlung der Höhe der Vergütung** standen im Vorfeld insbesondere folgende Ansätze zur **Diskussion**: 82

- **marktübliche Vergütung** gemäß § 632 Abs. 2 BGB, 83
- **Preisfortschreibung auf Basis Urkalkulation** nach dem Modell des § 2 Abs. 5, 6 VOB/B,
- **Selbstkostenpreise** ggf. mit **Zuschlägen für Geschäftskosten**,
- **Preisfortschreibung anhand von statistischen Preisindizes**.

Die Vergütungsanpassung in § 650c BGB erfolgt auf Basis der tatsächlichen Kosten. Damit hat sich der Gesetzgeber in § 650c Abs. 1 und 2 BGB für das vom 4. Deutschen Baugerichtstag sowie der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des BMJV favorisierten Modells entschieden. Die Empfehlung des 4. Deutschen Baugerichtstags lässt sich wie folgt zusammenfassen: 84

- **Preise für den geänderten Aufwand in Folge einer Anordnung des Auftragnehmers sollen nach der Ausführung der Nachtragsleistungen anhand der tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten ermittelt werden.** 85
- Der Auftragnehmer kann zur Darlegung der tatsächlich erforderlichen Kosten auf eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen. Die dort enthaltenen Kostenansätze begründen eine widerlegbare Vermutung, dass diese Beträge den tatsächlichen Mehr- und Minderkosten entsprechen. 86
- Die **Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn** werden der vereinbarungsgemäß hinterlegten Kalkulation entnommen. Wenn eine Kalkulation fehlt oder die Vermutungswirkung der Kalkulation entfällt, müssen auch die Allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn auf andere Weise **schlüssig dargelegt** werden. Ein **Vertragspreisniveaufaktor soll für die Berechnung der Mehr- oder Minderkosten nicht maßgebend** sein. 87
- Die Parteien können abweichende Regelungen hinsichtlich der Ermittlung der Vergütung vereinbaren. In Allgemeinen Geschäftskosten vereinbarte andere Berechnungsmethoden sollen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen. 88

Der Gesetzgeber hat dieses Modell übernommen und in § 650c Abs. 1 BGB geregelt, dass sich die geänderte Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn richtet. Zugleich hat es in § 650c Abs. 2 BGB diesen Grundsatz modifiziert. Nach § 650c Abs. 2 S. 1 BGB kann der Auftragnehmer zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Gemäß § 650c Abs. 2 S. 2 BGB wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 BGB entspricht. Dem Auftragnehmer steht somit ein **Wahlrecht zu zwischen der Ermittlung der Nachtragsvergütung auf Basis der tatsächlich erforderlichen** 89

Kosten nebst angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn oder der Preisfortschreibung gemäß der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation. Da es sich aber nur um eine widerlegbare Vermutung handelt, kann der Auftraggeber auch selbst eine eigene Berechnung der tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten anstellen und auf diese Weise die mglw. niedrigere Vergütung auf Basis tatsächlicher Kosten gemäß Abs. 1 nachweisen. Mit dem Abstellen auf tatsächliche Kosten will das Gesetz den Auftragnehmer vor der Fortschreibung unterkalkulierter Preise und damit einer Vergrößerung von Verlusten bewahren und zugleich den Auftraggeber vor spekulativen Kalkulationen des Auftragnehmers schützen.^{106/107} Die beiden grundsätzlich verschiedenen Ermittlungsarten für die Nachtragsvergütung hat der Gesetzgeber dadurch in eine Reihenfolge gebracht, dass zugunsten der in § 650c Abs. 2 BGB beschriebenen vorkalkulatorische Preisfortschreibung die Vermutung bestehen soll, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten nebst Zuschlägen entspricht.

90 Völlig unabhängig von den Regelungen in § 650c Abs. 1 und 2 BGB ermöglicht die Regelung in Abs. 3 dem Auftragnehmer eine erleichterte, vorläufige Berechnung seiner Abschlagsforderung für die (ausgeführte) geänderte Leistung. Ihm ist gestattet, für den Nachtrag 80% der in seinem (nicht angenommenen) Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB enthaltenen Preise anzusetzen. Damit ist abweichend von der Überschrift zu § 650c BGB in dem Absatz 3 nicht die Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB, sondern das Recht des Auftragnehmers auf Abschlagszahlung für bereits ausgeführte Änderungsleistungen geregelt. Hintergrund der Regelung ist der Umstand, dass in der Praxis häufig Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bauvertragsparteien über Grund- und Höhe der geänderten Vergütung des Auftragnehmers bestehen und der Auftraggeber dann häufig entweder gar keine Zahlungen leistet oder lediglich eine Teilzahlung, die deutlich unter den Forderungen des Auftragnehmers liegt. Das ist für den Auftragnehmer besonders misslich, weil er seine Leistungen bereits erbracht und vorfinanziert hat, während die Zahlung einer zu geringen Nachtragsvergütung für den Auftraggeber in der Vergangenheit relativ risikolos war.

91 Mit **§ 650c Abs. 3 BGB** hat der Gesetzgeber damit ein **Novum** geschaffen. Dem Auftragnehmer steht ein Anspruch auf Abschlagszahlung in Höhe von 80% der nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB von ihm angebotenen Mehrvergütung auch dann zu, wenn der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers schon dem Grunde nach streitig ist oder der Auftraggeber einwendet, dass die geforderte Vergütung deutlich überhöht ist. Sein Vorleistungsrisiko ist damit erstmals und bewusst durch eine gesetzliche Regelung gemindert worden. Diese Regelung ist bereits während des Gesetzgebungsverfahrens, als auch im Nachgang, kritisiert worden.¹⁰⁸ Tatsächlich ist jedoch das angeführte Hauptargument von den Kritikern, dass der Auftragnehmer so deutlich überhöhte Nachtragsforderungen durchsetzen könnte, kritisch zu hinterfragen. Denn der Gesetzgeber hat dieses Problem erkannt und zugleich geregelt, dass ein etwa zu viel erhaltener Betrag vom Auftragnehmer zu verzinsen und an den Auftraggeber zurückzuzahlen ist. Diese drohende Verzinsung dürfte, anders als von Langen¹⁰⁹ gemutmaßt, Auftragnehmer davon abhalten, deutlich überhöhte Ab-

¹⁰⁶ Leinemann/Kues/Leinemann/Kues § 650c Rn. 6ff.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 18/8486.

¹⁰⁸ Kniffka BauR 2016, 1533; Kimpel NZBau 2016, 734.

¹⁰⁹ L/B/DL/Langen § 650c Rn. 9.

schlagsforderungen zu stellen. Leicht überhöhte Abschlagsforderungen sind jedoch hinzunehmen und interessensgerecht. Hierbei ist zu beachten, dass in aller Regel der Auftragnehmer in Vorleistung geht und seine Ansprüche im Wege von Abschlagsforderungen lediglich sukzessive nach Leistungserbringung geltend machen kann. Im Falle einer Änderungsanordnung, die gerade vom Auftraggeber begehrt wird, erscheint es daher nicht unangemessen, dem Auftraggeber geringfügige und lediglich vorübergehende Überzahlungen zuzumuten. Vor allem aber müssen sich die Kritiker der Neuregelung entgegenhalten lassen, weshalb sie die Rechtslage vor dem 01.01.2018 unbedenklich fanden, als der Auftragnehmer regelmäßig überhöhte Kürzungen oder gar die Nichtzahlung seiner Abschlagsrechnungen auf Nachträge hinnehmen musste, was rechtspolitisch nicht mehr zu vertreten war.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber, neben dem gesetzlichen Zinsanspruch, im Falle überhöhter Nachtragsansprüche des Auftragnehmers auch die Möglichkeit, gemäß § 650d BGB eine **einstweilige Verfügung** zu erwirken. Es handelt sich um ein beschleunigtes Mittel zur Streitentscheidung bei Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung im Rahmen einer einstweiligen Verfügung (sog. Bauverfügung).¹¹⁰ Somit besteht ein effektiver Rechtsschutz. 92

F. Beim Einheitspreisvertrag (§ 2 Abs. 3 VOB/B)

Die Vorschrift des § 2 Abs. 3 VOB/B ist lediglich auf den Einheitspreisvertrag anwendbar. Geregelt wird nur die Veränderung der Einheitspreise. Voraussetzung ist grundsätzlich stets, dass sich die in dem Einheitspreisvertrag vorgesehenen/ausgeschriebenen Mengen unwillkürlich, dh nicht etwa aufgrund von zusätzlichen und/oder geänderten Leistungen, erhöhen oder mindern. In allen Fällen der unwillkürlichen Mengenänderung kommt eine Anpassung der Einheitspreise der betroffenen (Teil-)Leistung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B nach oben oder nach unten in Betracht.¹¹¹ 93

I. Allgemeines

Beim Einheitspreisvertrag werden für die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses mit den jeweiligen Angaben der **Vordersätze** die als **Bau-Soll** definierten Mengen festgelegt. Auf dieser Basis wird sodann vom Auftragnehmer kalkuliert. Maßgeblich sind mithin insoweit die Mengenvordersätze und die auf dieser Grundlage vom Auftragnehmer kalkulierten Einheitspreise. Der Auftragnehmer erhält sodann nach Ausführung der Leistung seine Vergütung, in dem die ausgeführten Mengen mit den Einheitspreisen multipliziert werden. So wird die vertraglich geschuldete Vergütung für die einzelnen Positionen oder Teilleistungen ermittelt. 94

§ 2 Abs. 3 VOB/B regelt die Abweichung der unter dem Einheitspreis erfassten Leistung in Bezug auf die beauftragte Menge. Eine „überschlägig angegebene“ oder „ca.“ Menge ist der Vordersatz im Sinne der Vorschrift.¹¹² Die Vorschrift ist nur auf die unter eigener Position mit einem eigenen Vordersatz erfassten Leistungen anwendbar. Für die jeweiligen Positionen erfolgt sodann eine separate Abweichungsprüfung. Sofern die **Mengenänderung** sich (auch) auf **andere Positionen**

¹¹⁰ Kniffka/von Rintelen § 650c Rn. 8.

¹¹¹ OLG Celle BauR 1982, 381.

¹¹² BGH BauR 1991, 210; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 151.

auswirkt, werden Kostenveränderungen dort über Ansprüche aus Pflichtverletzung gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 BGB erfasst.¹¹³

96 Sofern ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen und die VOB/B nicht vereinbart wird, kann eine etwaige unwillkürliche Mengenabweichung nur über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage berücksichtigt werden.¹¹⁴ Hierbei ist sodann anerkannt, dass als Maßstab für eine etwaige Erhöhung oder Verringerung des betroffenen Einheitspreises die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B zugrunde gelegt werden kann. Begründet wird dies damit, dass die **VOB/B als Regelwerk im Baugewerbe** allgemein anerkannt wird.

97 Das OLG Celle hat jedoch im Zusammenhang mit einem **BGB-Einheitspreisvertrag** im Jahr 2012 entschieden, dass der Auftragnehmer nicht ohne Weiteres davon ausgehen darf, dass ein Auftraggeber mit Erbringung der Mehrarbeiten einverstanden ist, wenn es im Rahmen der Ausführung gegenüber den im Vertrag angenommenen Mengen zu erheblichen Mehrmengen kommt.¹¹⁵ Sofern ein Auftragnehmer solche Leistungen ohne Einverständnis des Auftraggebers ausführe, könne der Auftragnehmer lediglich für die Mengen gemäß dem ursprünglich beauftragten Bau-Soll eine Vergütung verlangen. Über diese Vergütung stehe dem Auftragnehmer weder ein vertraglicher Vergütungsanspruch, noch ein Anspruch aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** zu.¹¹⁶ Die Entscheidung des OLG Celle überzeugt überhaupt nicht, da das Gericht unberücksichtigt lässt, dass es sich um einen Einheitspreisvertrag und damit um einen Abrechnungsauftrag handelt. Bei einem solchen werden die ausgeschriebenen Mengenvordersätze in der Regel geschätzt. Gegenstand der Beauftragung sind jedoch nicht die geschätzten, sondern die technisch erforderlichen Mengen, zur Erbringung des Werkerfolges.¹¹⁷

II. Basisregel, § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B

98 Aus § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B folgt zunächst, dass der vertraglich vereinbarte Einheitspreis auch bei Mengenabweichungen unverändert gilt, soweit die tatsächlich ausgeführten Mehrleistungen um nicht mehr als 10% von dem im Vertrag beauftragten Umfang abweicht. Eine „überschlägig angegebene“ oder „ca.“ Menge ist der Vordersatz im Sinne der Vorschrift.¹¹⁸ Geringe Abweichungen spielen mithin keine Rolle. Dies gilt auch dann, wenn beispielsweise **alle LV-Positionen eine Abweichung von 9%** haben. Dies soll **akzeptabel** sein, da § 2 Abs. 3 VOB/B nur gröbere Unzulänglichkeiten ausgleichen solle.¹¹⁹

99 Die **Basisregel** des § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B bedeutet aber mithin nicht, dass Mengenabweichungen bis zu 10% nicht bezahlt werden, sondern sie sieht lediglich vor, dass die entsprechende (Teil-)Leistung nach den vertraglichen (unveränderten) Einheitspreisen zu vergüten ist. § 2 Abs. 3 VOB/B wird nur dann angewendet, wenn die Abweichung zwischen der ausgeführten Menge und dem Vordersatz darauf beruht, dass der Vordersatz falsch war. Dies, weil entweder die Berechnung, Er-

¹¹³ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 144.

¹¹⁴ KG 27.11.2000 – 26 U 10521/99, BauR 2001, 1591; Leinemann/Leinemann § 2 VOB/B Rn. 144.

¹¹⁵ OLG Celle 9.8.2012 – 16 U 197/2011.

¹¹⁶ OLG Celle 9.8.2012 – 16 U 197/2011.

¹¹⁷ Vgl. auch Leinemann/Leinemann § 2 VOB/B Rn. 141.

¹¹⁸ BGH BauR 1991, 210; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 151.

¹¹⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 144.

mittlung, Schätzung etc. unzutreffend oder die vorgefundenen Verhältnisse anders als angenommen waren. Das **Bau-Soll muss unverändert** sein. Zudem muss die **Mengenänderung für beide Vertragsparteien unerwartet** sein.¹²⁰

Sofern das Bau-Ist vom Bau-Soll abweicht, weil beispielsweise der Auftraggeber Änderungen angeordnet hat, so ist § 2 Abs. 5 VOB/B einschlägig und nicht § 2 Abs. 3 VOB/B.¹²¹ Auf die Differenzierung, ob § 2 Abs. 5, 6 VOB/B oder § 2 Abs. 3 VOB/B Anwendung finden, kommt es deshalb an, weil die Vergütungsfolgen nicht vollständig identisch sind. Dies deshalb, weil § 2 Abs. 5, 6 VOB/B keine **10%-Grenze** vorsehen, bis zu der der Einheitspreis unverändert bliebe. Wobei die Berechnungsmethodik von der Systematik her gleich ist.¹²²

Um **Unbilligkeiten durch Zufälligkeiten** auszuschließen, ist es angezeigt, auch bei ausdrücklichen Anordnungen von Mengenmehrungen die Menge zwischen 100% und 110% noch nach dem alten Einheitspreis zu berechnen. Dies insbesondere, wenn die ausgeschriebenen Mengen fehlerhaft ermittelt wurde. Daher ist es sachgerecht, auf diese Fälle trotz einer Anordnung gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B für die Vergütungsfolge nicht § 2 Abs. 6 VOB/B, sondern § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B anzuwenden.¹²³

III. Mengenerhöhung, § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

Bei Mengenerhöhungen von mehr als 10% als ursprünglich in dem Leistungsverzeichnis beauftragt, findet § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B Anwendung und regelt, dass auf Verlangen einer der beiden Vertragsparteien für die Mehrmenge über 110% ein neuer Einheitspreis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren ist.¹²⁴ Eine „überschlägig angegebene“ oder „ca.“ Menge ist der Vordersatz im Sinne der Vorschrift.¹²⁵

1. Überschreitung Leistungsmenge ab 110%. Für den Fall einer Mengenüberschreitung ist gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B „für die über 10 von 100 hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren“. Es wird ein **zweiter Einheitspreis** für die über 10 von 100 hinausgehende Mehrmengen vereinbart, der neben dem vertraglich festgelegten Einheitspreis zusätzlich unter der jeweiligen Leistungsposition Berücksichtigung finden muss. Wenn es beispielsweise zu einer Überschreitung des vertraglichen Mengenansatzes von 40% kommt, ist für die ersten 10% gemäß der Basisregel in § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B der vertraglich festgelegte Einheitspreis anzusetzen. Für die darüber hinausgehende Mehrmenge, dh die weiteren 30%, ist – auf Verlangen einer Partei – ein zweiter neuer Einheitspreis unter Berücksichtigung der **Mehr- oder Minderkosten** zu vereinbaren.¹²⁶

2. Ermittlung des neuen (Einheits-)Preises. Ausgangspunkt für die Ermittlung des neuen Preises ist der Grundsatz „**schlechter Preis bleibt schlechter**“

¹²⁰ BGH, 11.10.2017 – XII ZR 8/17.

¹²¹ Vgl. OLG Düsseldorf BauR 1991, 219.

¹²² Auch → § 2 Rn. 210ff. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 138.

¹²³ So auch Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 144; Werner/Pastor Rn. 1501.

¹²⁴ Beck VOB/B/Jansen § 2 Abs. 3 Rn. 8.

¹²⁵ BGH BauR 1991, 210; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 151.

¹²⁶ Beck VOB/B/Jansen § 2 Abs. 3 Rn. 13.

Preis“ und „guter Preis bleibt guter Preis“.¹²⁷ Ein Auftragnehmer der den Einheitspreis der betroffenen (Teil-)Leistung nicht auskömmlich kalkuliert hat, ist bei der Berechnung des neuen Preises an diese Berechnungsgrundlagen des alten, jedenfalls nicht gut oder sogar schlecht kalkulierten Preises gebunden. Wobei im Einzelfall eine Preisanpassung, dh Erhöhung, bei stark unterkalkulierten Preisen für die Mehrmenge über 110% in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber einen **Preisrrtum** des Auftragnehmer erkannt und ausgenutzt hat,¹²⁸ sowie dann, wenn schuldhaft Fehler des Auftraggebers bei der Mengenermittlung feststellbar sind.¹²⁹ Gleiches gilt auch umgekehrt, wenn der Auftragnehmer mehr als auskömmlich kalkuliert hat. Sofern die Weiterführung eines besonders auskömmlich, eventuell auch **spekulativen Einheitspreises** in Kombination mit **un-gewöhnlich großen Mengenerhöhungen** zu einer offensichtlichen Unausgewogenheit führt, so kommt bei spekulativen Preisen nach dem BGH eine Sittenwidrigkeit und im Übrigen eine Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht.¹³⁰

105 Für die Berechnung des Preises für die Mehrmengen über 110% sind die Vertragspreise und deren Einzelbestandteile, die sich aus der ursprünglichen Kalkulation des Auftragnehmers ergeben, Ausgangspunkt. Ausgehend von den **bauüblichen Grundsätzen** wird der jeweilige Einheitspreis auf Basis der Einzelkosten der Teilleistungen (EKT), der Baustellengemeinkosten (BGK), der Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) und einem Zuschlag für Wagnis und Gewinn gebildet.¹³¹

106 **Einzelkosten der Teilleistung** sind diejenigen Kosten, die bei der Herstellung der Leistung unmittelbar anfallen und zwar bezogen auf eine Einheit (Teil-)Leistung. Als Teilleistung wird die einzelne, durch eine Ordnungszahl (Position) gekennzeichnete Position des Leistungsverzeichnisses (LV) bezeichnet. Der Leistungsumfang dieser Position ist wiederum durch die Bemessungseinheiten (zB Quadratmeter) und durch den Vordersatz (ausgeschriebene LV-Menge) gekennzeichnet. Die **Einzelkosten der Teilleistung steigen proportional** mit der ausgeführten Menge. Sie sind meistens je Mengeneinheit konstant. Von diesem Grundsatz gibt es aber auch Ausnahmen. Durch Abnahme größerer Mengen sinkt teilweise der **Einkaufspreis** für das Material. Auf der anderen Seite können durch größere Transportentfernungen oder durch den **Einsatz zusätzlicher, nicht ausgelasteter Geräte** (nicht abbaubare Kosten) sich die Kosten erhöhen.¹³²

107 Keldungs weist im Zusammenhang mit günstigeren Preisen beim Einkauf von Material darauf hin, dass diese Preise im Rahmen des § 2 Abs. 3 VOB/B keine Rolle spielen dürfen, da sich günstigere Preise allenfalls beim Einkauf des Gesamtmaterials ergeben könnten, nicht hingegen, wenn wegen zusätzlich erforderlichen Mengen nachgekauft werden müsse.¹³³ Weder die grundsätzliche Aussage, dass wegen Abnahme größerer Mengen die Einkaufspreise sinken, noch, dass sie konstant bleiben oder eventuell steigen, ist richtig. Vielmehr ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit durch die Beschaffung einer anderen als der ursprünglich vorgesehenen Menge sich der Einkaufspreis – in welche Richtung auch immer – verändert.

¹²⁷ Beck VOB/B/Jansen § 2 Abs. 3 Rn. 19.

¹²⁸ BGH BauR 1998, 1089; Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 26.

¹²⁹ BGH BauR 1998, 1089; Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 26.

¹³⁰ Auch → § 2 Rn. 123 ff.

¹³¹ Auch → § 2 Rn. 67 ff.

¹³² Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 146.

¹³³ Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 20.