

# Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen: VOB/B

Teil B

Bearbeitet von

Prof. Dr. jur. Fritz Nicklisch, Prof. Dr. jur. Günter Weick, Günther Jansen, Dr. Mark Seibel, Dr. Amneh Abu Saris, Dr. Hans Funke, Benjamin Gartz, Bastian Hayn-Habermann, Dr. Thomas Hildebrandt, Philipp Hummel, Stephan Kaminsky, Roland Kandel, Oliver Koos, Jarl-Hendrik Kues, Dr. Oliver N. Moufang, Dr. Gerolf Sonntag, Dr. Achim Olrik Vogel, Dr. Johannes Wieseler

4. Auflage 2016. Buch. XX, 1076 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 52618 3

Format (B x L): 12,8 x 19,4 cm

[Recht > Zivilrecht > Privates Baurecht, Architektenrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' is written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

mer kennt sein Preisentgegenkommen, das er in die Auftragschance investiert, in Summe genau. Wenn der Nachlass sich auch auf Mehrmengen, die über die ursprüngliche Auftragssumme hinausgehen, erstrecken würde, wäre diese Investition für den Auftragnehmer unkalkulierbar hoch.<sup>219</sup>

Wegen der weiteren Einzelheiten in Bezug auf den Umgang/die Fortschreibung eines Nachlasses wird auf die Ausführungen unter → § 2 Rn. 243. verwiesen. 157

## X. Besonderheit bei der Preiserhöhung bei nicht kurzfristig abbaubaren Kosten bei unterdeckten Preisen/Einzelkosten

Eine Besonderheit stellen **nicht kurzfristig abbaubare Kosten** dar, die zu **unterdeckten Preisen/Einzelkosten** der Teilleistungen beauftragt wurden. Bei einer Mengenreduzierung profitiert zunächst der Auftragnehmer, da er die mit Verlust kalkulierten/beauftragten Leistungen nicht ausführen muss. Dieser **theoretische Verlust** ist in einem ersten Schritt betragsmäßig zu erfassen. Die Summe aus der beauftragten Menge multipliziert mit dem Einheitspreis, dh der Gesamtpreis der Position, ist den (theoretischen) Kosten bei Ausführung der Position gegenüber zu stellen. Bei einem Preiserhöhungsverlangen des Auftragnehmers ist sodann dieser Betrag gegenüber dem Anspruch in Abzug zu bringen. Denn nur so wird sichergestellt – was der Systematik der VOB/B entspricht –, dass im Grundsatz alle Einzelatbestände des § 2 Abs. 3–8 VOB/B und auch die Abrechnung bei Kündigungen gemäß §§ 8 und 9 VOB/B einheitlich behandelt werden.<sup>220</sup> Bei der **Ermittlung der Kündigungsvergütung gem. § 8 Abs. 1 VOB/B** ist in Bezug auf die ersparten Aufwendungen nicht auf die kalkulierten sondern auf die konkret zu erwartenden Aufwendungen abzustellen.<sup>221</sup> Wenn der theoretische, infolge der Mengenminderung ersparte Verlust bei dem Preisanpassungsverlangen des Auftragnehmers unberücksichtigt bliebe, würde der Auftragnehmer von den Mengenmehrungen finanziell profitieren. Dieses Ergebnis gäbe es hingegen nicht, wenn die Teilleistung – soweit rechtlich möglich – vom Auftraggeber gekündigt worden wäre. Um diese Ungleichbehandlung zu vermeiden, ist auch bei der Mengenmehrung und nicht kurzfristig abbaubaren Kosten der Verlust aus konkret zu erwartenden Aufwendungen für die ursprüngliche Menge gegenüber dem Anspruch des Auftragnehmers auf Preiserhöhung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B betragsmäßig in Abzug zu bringen.

## XI. Beweislast

Bei einem Preisanpassungsanspruch gem. § 2 Abs. 3 VOB/B muss die Über-/unterschreitung der beauftragten Menge um mehr als 10% aufgrund vorgefundener Verhältnisse dargelegt und bewiesen werden. Ferner ist die **Differenz** zwischen den **bisher kalkulierten** Kostenbestandteilen und dem **nunmehrigen tatsächlichen Aufwand** darzulegen und zu beweisen. Diejenige Vertragspartei, die für sich günstige Tatsachen behauptet, muss diese auch darlegen und beweisen. Bei 159

<sup>219</sup> Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 218 mit weiteren Nachweisen.

<sup>220</sup> Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 138; auch → § 2 Rn. 76, 156.

<sup>221</sup> Vgl. BGH BauR 2005, 1916; 1999, 1294; Leinemann/Franz VOB/B § 2 Rn. 83; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 8 Rn. 30; Beck'scher VOB-Kommentar/Alt-haus § 8 Abs. 1 VOB/B Rn. 40.

Mengenüberschreitungen von mehr als 10% trägt also die Darlegungs- und Beweislast diejenige Vertragspartei, die sich darauf beruft.<sup>222</sup>

- 160 Sofern der Auftraggeber eine Preisanpassung begehrt, kann er zuvor vom Auftragnehmer **Auskunft zur Kalkulation** verlangen, für deren Richtigkeit der Auftragnehmer beweispflichtig ist. Sofern der Auftragnehmer die Auskunft nicht erteilt, kann er gemäß § 427 S. 2 ZPO als beweispflichtig behandelt werden.<sup>223</sup> Die Behauptungen des Auftraggebers über die Kostenzusammensetzung, die die Kalkulation des Auftragnehmers, können dann als bewiesen angenommen werden.<sup>224</sup> Sofern sich der Auftraggeber bei einer Mengenunterschreitung gegenüber dem Preisanpassungsverlangen des Auftragnehmers damit verteidigt, es habe einen Ausgleich in anderer Weise gegeben, muss er darlegen, in welcher Weise dies erfolgt ist. Sodann muss der Auftragnehmer beweisen, dass es einen solchen Ausgleich nicht gegeben hat, da er für die Voraussetzung eines Anspruchs aus § 2 Abs. 3 VOB/B in dieser Konstellation beweissbelastet ist.<sup>225</sup>

## XII. Frist zur Geltendmachung/Verjährung/Verwirkung des Preisänderungsanspruchs

- 161 Der Auftragnehmer kann Ansprüche nach § 2 Abs. 3 VOB/B jederzeit in Abrechnungsrechnungen geltend machen. Der Auftragnehmer ist nicht gezwungen, einen entsprechenden **Nachtrag bis zur Abnahme** geltend zu machen.<sup>226</sup>
- 162 Der Anspruch des Auftragnehmers auf Preisanpassung ist ein Vergütungsanspruch wie jeder andere und verjährt entsprechend. Der Anspruch des Auftraggebers auf Herabsetzung des Preises verjährt in der **regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB**. Zudem kommt bei einem nach mehreren Jahren geltend gemachten Rückforderungsanspruch des Auftraggebers im Einzelfall eine Verwirkung in Betracht.<sup>227</sup> In der Praxis spielt die Verwirkung jedoch im Hinblick auf die Kürze der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren praktisch keine Rolle.

## XIII. Ausschluss/Änderung § 2 Abs. 3 VOB/B durch AGB oder Individualvereinbarung

- 163 In der Praxis wird vielfach die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B betreffend die Einheitspreisanpassung bei Mengenänderung über 10% hinaus gänzlich ausgeschlossen oder dahingehend abgeändert, dass die 10%ige **Toleranzgrenze erhöht**, beispielsweise auf 20% heraufgesetzt, wird oder einseitig lediglich Einheitspreiserhöhungen, nicht aber auch die Herabsetzung der Einheitspreise, ausgeschlossen werden.
- 164 Der **vollständige Ausschluss der Preisanpassungsregel** des § 2 Abs. 3 VOB/B ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers unbestritten

<sup>222</sup> OLG Schleswig BauR 1996, 625.

<sup>223</sup> Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 50.

<sup>224</sup> Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 50.

<sup>225</sup> Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 50.

<sup>226</sup> Andere Auffassung OLG Dresden IBR 2012, 198 Rn. 70; wie hier Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 170.

<sup>227</sup> Kapellmann/Messerschmidt-Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 170 sowie Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt VOB/B § 16 Rn. 71 mit weiteren Nachweisen.

**wirksam.**<sup>228</sup> Der BGH<sup>229</sup> begründet den fehlenden Verstoß gegen § 307 BGB und damit die Wirksamkeit einer entsprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingung damit, dass der Auftragnehmer nach zusätzlichem Leitbild des Werkvertragsrechts in den §§ 631 ff. BGB eine Anpassung von Einheitspreisen bei Mengenänderungen nur nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verlangen könne und dem BGB eine Regelung wie in § 2 Abs. 3 VOB/B fremd sei. Gegenüber den **Regelungen des BGB-Werkvertragsrechts** folge **keine Schlechterstellung**, wenn in Allgemeinen Geschäftsbedingungen § 2 Abs. 3 VOB/B ausgeschlossen werde. Es läge unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB vor. Gegen diese Argumentation des BGH wird unter anderem von Kapellmann zu Recht eingewendet, dass das BGB den Vertragstyp „Einheitspreis“ gar nicht kennt. Schon dessen Vereinbarung stelle also eine Abweichung von dem Vergütungsmodell des BGB dar. Diese Abweichung könne aber nicht so vereinbart werden, dass der Auftraggeber Manipulationsmöglichkeiten erhalte und gerade das für den Einheitspreis unentbehrliche Korrektiv ausschließe.<sup>230</sup>

Eine **unangemessene Benachteiligung** des Auftragnehmers und damit ein Verstoß gegen § 307 BGB liegt hingegen vor, wenn in den AGB des Auftraggebers vereinbart wird, dass im VOB-Vertrag lediglich das **Recht**, dass eine **Erhöhung der Einheitspreise** gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B bei Mengenänderungen **ausgeschlossen** ist, zugleich dem Auftraggeber aber das Recht auf Herabsetzung der Einheitspreise bei Mehrmengen erhalten bleibt.<sup>231</sup> Unwirksam sind auch Klauseln, nach denen der Anspruch auf Preisanpassung vor einer Anzeige vor Beginn der Arbeiten abhängig gemacht wird.<sup>232</sup>

**Individualvertraglich** ist es dagegen grundsätzlich möglich, § 2 Abs. 3 VOB/B **165** auszuschließen oder insoweit zu ändern, dass die Toleranzgrenzen heraufgesetzt werden, wobei bei einer Änderung zu beachten ist, dass diese nur im Rahmen der Grenzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zulässig ist, dh nur bis zur Grenze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB, da die Berufung hierauf weder durch AGB noch einzelvertraglich abbedungen werden kann.<sup>233</sup>

Zudem ist zu beachten, dass Mengenveränderungen als Folge von schuldhaft **167** **unsorgfältiger Planung und Leistungsermittlung** auch bei Ausschluss oder Änderung des § 2 Abs. 3 VOB/B durch individualvertragliche Vereinbarung **Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers** aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und 3 BGB begründen können, die hiervon nicht berührt werden.<sup>234</sup>

<sup>228</sup> Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen § 2 Abs. 3 Rn. 73; vgl. auch BGH BauR 1993, 723; KG BauR 2001, 1591; andere Auffassung Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 142; Leinemann/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 140.

<sup>229</sup> BGH BauR 1993, 723.

<sup>230</sup> Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 142.

<sup>231</sup> Leinemann/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 146.

<sup>232</sup> Vgl. Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 274.

<sup>233</sup> Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 77.

<sup>234</sup> Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 9; Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen § 2 Abs. 3 VOB/B Rn. 77.

## E. Selbstübernahme von Leistungsteilen durch den Auftraggeber (§ 2 Abs. 4 VOB/B)

- 168 Der Auftraggeber ist nach § 2 Abs. 4 VOB/B berechtigt, dem Auftragnehmer vertraglich übertragene Leistungen selbst auszuführen. Ob § 2 Abs. 4 VOB/B als **Sonderfall der (Teil-) Kündigung des Auftraggebers**<sup>235</sup> oder als **Sonderfall des Änderungsvorbehalts** zugunsten des Auftraggebers im Sinne von §§ 1 Abs. 3 und 2 Abs. 5 VOB/B<sup>236</sup> einzuordnen ist oder aber die Wahrnehmung vertraglich vereinbarter Befugnisse<sup>237</sup> darstellt, wird in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.
- 169 Gegen eine Einordnung als Teilkündigung spricht, dass die Selbstübernahme von Leistungen nach § 2 Abs. 4 VOB/B keine schriftliche Entziehung der Teilleistung wie bei einer Kündigung gem. § 8 Abs. 5 VOB/B bedarf.<sup>238</sup> Letztlich spricht auch der **Wortlaut** der Vorschrift gegen die Annahme, es handle sich hier um einen **Unterfall der Teilkündigung**. So verweist § 2 Abs. 4 VOB/B nicht auf § 8 Abs. 1 VOB/B, sondern explizit auf § 8 Abs. 2 VOB/B.<sup>239</sup> Eine Einordnung kann aber letztlich dahinstehen, da jedenfalls die Rechtsfolgen wie bei einer Kündigung sind.

### I. Tatbestandsvoraussetzungen

- 170 Tatbestandsvoraussetzung für die Selbstübernahme nach § 2 Abs. 4 VOB/B ist, dass die betreffende Leistung ursprünglich Vertragsgegenstand war und somit vom Auftragnehmer geschuldet wurde. Der Auftraggeber muss unmissverständlich durch eine **einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung** erklären, welche genau bezeichnete (Teil-) Leistung er selbst übernehmen will. Diese Erklärung ist rechtzeitig vor Ausführung der Leistung abzugeben. Hinsichtlich des rechtzeitigen Zugangs trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast.
- 171 Treffen die Parteien nach Vertragsschluss die Vereinbarung, dass der Auftragnehmer eine Teilleistung nicht mehr ausführen soll, so handelt es sich dabei nicht um einen Fall von § 2 Abs. 4 VOB/B, da es dann gerade an der erforderlichen Selbstübernahme der Leistung durch den Auftraggeber fehlt.<sup>240</sup> Der **Auftraggeber muss die Teilleistungen tatsächlich selbst übernehmen**, dh in eigener Person oder in eigenem Betrieb ohne anderweitige Vergabe.<sup>241</sup> Selbst wenn der Auftragnehmer zur Beauftragung von Nachunternehmern befugt gewesen wäre, ist es dem Auftraggeber verwehrt, die Leistung an einen Subunternehmer weiterzureichen.<sup>242</sup> Ist der Auftraggeber aber aus von ihm nicht zu vertretenen Gründen nach-

<sup>235</sup> Ingenstau/Korbion/*Keldungs* § 2 Abs. 4 VOB/B Rn. 3.

<sup>236</sup> Beck'scher VOB-Kommentar/*Jansen* § 2 Abs. 4 Rn. 4.

<sup>237</sup> Heiermann/Riedl/Rusam/*Kuffer* VOB/B § 2 Rn. 137.

<sup>238</sup> Leinenmann/Eichner/*Schoofs* VOB/B § 2 Rn. 185; Heiermann/Riedl/Rusam/*Kuffer* VOB/B § 2 Rn. 137.

<sup>239</sup> Leinenmann/Eichner/*Schoofs* VOB/B § 2 Rn. 185; Heiermann/Riedl/Rusam/*Kuffer* VOB/B § 2 Rn. 137.

<sup>240</sup> BGH BauR 1999, 1021.

<sup>241</sup> Leinenmann/Eichner/*Schoofs* VOB/B § 2 Rn. 187; Heiermann/Riedl/Rusam/*Kuffer* VOB/B § 2 Rn. 140, Beck'scher VOB-Kommentar/*Jansen* § 2 Abs. 4 Rn. 16.

<sup>242</sup> Leinenmann/Eichner/*Schoofs* VOB/B § 2 Rn. 187; Heiermann/Riedl/Rusam/*Kuffer* VOB/B § 2 Rn. 140.

träglich gezwungen, die von ihm übernommene Leistung doch anderweitig zu vergeben, so steht § 2 Abs. 4 VOB/B nicht entgegen.<sup>243</sup>

Beispielhaft nennt § 2 Abs. 4 VOB/B die Lieferung von Bau-, Bauhilfs- und Baubetriebsstoffen als Leistungen, die der Auftraggeber übernehmen kann. Möglich ist aber auch die Übernahme anderer vom Auftragnehmer geschuldeter Teilleistungen. Voraussetzung ist insofern nur, dass die zu übernehmende Leistung in sich abgeschlossen ist, mithin trennbar von den weiteren geschuldeten Leistungselementen. Andernfalls wäre es nicht möglich, die dem Auftragnehmer nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zustehende Vergütung zu ermitteln.<sup>244</sup> Die gesamte Leistungserbringung kann der Auftraggeber jedoch nicht gemäß § 2 Abs. 4 VOB/B an sich ziehen. Dazu bedarf es dann einer schriftlichen Kündigung nach § 8 Abs. 1, 5 VOB/B. Ebenso wenig greift § 2 Abs. 4 VOB/B ein, wenn der Auftraggeber die Leistungen „gezwungenermaßen“ übernimmt, weil der Auftragnehmer zur Erbringung der geschuldeten (Teil-) Leistung nicht in der Lage ist.

## II. Rechtsfolgen

Als Rechtsfolge der Selbstübernahme durch den Auftraggeber steht dem Auftragnehmer wie bei einer Teilkündigung gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B auch für den übernommenen Leistungsteil die vereinbarte Vergütung zu.<sup>245</sup> Über die Verweisung auf § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B gilt die Vergütungsfolge des § 649 S. 2 BGB unmittelbar. Folglich behält der Auftragnehmer den Anspruch auf die Vergütung, muss sich aber dasjenige anrechnen lassen, was er infolge anderweitiger Tätigkeit erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

Selbstverständlich stehen dem Auftraggeber für die selbstübernommenen Leistungen keinerlei Mängelhaftungsansprüche gegen den Auftragnehmer zu. Unter Umständen kann die Selbstübernahme aber zu Behinderungen des Auftragnehmers im Sinne von § 6 VOB/B und damit zu Schadensersatzansprüchen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber gem. § 6 Abs. 6 VOB/B führen. So ist es denkbar, dass die „übrig gebliebenen“ Leistungen des Auftragnehmers auf die übernommenen Leistungen des Auftraggebers aufbauen, so dass im Falle einer verspäteten Leistungserbringung durch den Auftraggeber der Auftragnehmer in seiner Bauausführung behindert wird. Solch eine Konstellation kann den Auftragnehmer darüber hinaus berechtigen, den Bauvertrag gemäß § 9 Abs. 1b VOB/B zu kündigen, soweit der Auftraggeber in Verzug mit der Leistungserbringung ist und damit seine durch die Leistungsübernahme begründete Bereitstellungs- und Mitwirkungspflicht iSd § 9 VOB/B verletzt hat.<sup>246</sup> Ist die Vorleistung des Auftraggebers darüber hinaus mangelhaft und genügt der Auftragnehmer seiner aus § 4 Abs. 3 VOB/B resultierenden Hinweis- und Prüfungspflicht, dann kann der Auftragnehmer von der Haftung von Mängeln seiner eigenen Leistung befreit werden.<sup>247</sup>

<sup>243</sup> Ingenstau/Korbion/Keldungs § 2 Abs. 4 VOB/B Rn. 9.

<sup>244</sup> Heiermann/Riedl/Rusam/Kuffer VOB/B § 2 Rn. 139.

<sup>245</sup> Leinemann/Eichner/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 188.

<sup>246</sup> Leinemann/Eichner/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 190; Heiermann/Riedl/Rusam/Kuffer VOB/B § 2 Rn. 145.

<sup>247</sup> Leinemann/Eichner/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 190.

### III. AGB-Problematik

175 Innerhalb der Grenzen der §§ 138, 242 BGB ist § 2 Abs. 4 VOB/B durch eine **Individualvereinbarung ohne weiteres einschränkbar bzw. ausschließbar**.

176 Für den Ausschluss durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** hat der BGH im Hinblick auf § 8 Abs. 1 VOB/B erklärt, dass ein solcher Ausschluss – gemessen an der Inhaltskontrolle des § 307 BGB – **unwirksam** ist.<sup>248</sup> Soweit der Auftraggeber § 2 Abs. 4 VOB/B formularmäßig ausschließen will, um den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers einzuschränken, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu der Unwirksamkeit der Abbedingung des § 8 Abs. 1 VOB/B auf § 2 Abs. 4 VOB/B übertragbar. In beiden Fällen geht es dem Auftraggeber darum, dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die Kündigung bzw. den Entzug der beauftragten Leistung zu versagen. Laut BGH ist eine solche Klausel mit dem Grundgedanken von § 649 BGB nicht vereinbar und benachteiligt den Auftragnehmer entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen.<sup>249</sup> Eine solche Klausel ist daher gemäß § 307 BGB unwirksam. Andererseits ist es in relativ engen Grenzen zulässig, den Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B vor Vertragsschluss durch AGB für den Fall der Selbstübernahme bzw. der Teilkündigung zu pauschalisieren.<sup>250</sup> So hat der BGH entschieden, dass eine **Pauschalisierung auf mindestens 18 % der Gesamtvergütung unzulässig** ist<sup>251</sup>, während eine vorvertragliche Festlegung auf einen Vergütungsanspruch zwischen 5 % und 10 % der Gesamtvergütung zulässig sein dürfte.<sup>252</sup>

### F. Vergütung für geänderte Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B)

177 § 2 Abs. 5 VOB/B regelt die Vergütungsfolgen, wenn durch „Änderung des Bauentwurfs“ oder „andere Anordnungen“ des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. In diesen Fällen ist unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten ein **neuer Preis** zu vereinbaren. Falls eine solche Vereinbarung nicht zustande kommt, besteht ein **klagbares Recht** – je nach Interessenlage – des Auftragnehmers oder des Auftraggebers. Die Vereinbarung über die Vergütung der geänderten Leistung soll vor der Ausführung der Leistung getroffen werden. § 2 Abs. 5 VOB/B ist gegenüber dem gesetzlichen Werkvertragsrecht eine Sondervorschrift.

#### I. Allgemeines

178 Die Vorschrift des § 2 Abs. 5 VOB/B greift immer dann ein, wenn sich durch eine Änderung der Bauleistung auf **Anordnung des Auftraggebers** die Grundlagen der Preisermittlung des Vertrages ändern. Dem Recht des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B die Änderung der bisher vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung anzuordnen, wird das **Recht des Auftragnehmers auf Vergütungsanpassung** gegenübergestellt. Wobei in denjenigen Fällen, in denen die Änderungsan-

<sup>248</sup> BGH BauR 1985, 79.

<sup>249</sup> BGH BauR 1985, 79.

<sup>250</sup> Leinemann/Eichner/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 189.

<sup>251</sup> BGH BauR 1985, 79.

<sup>252</sup> Leinemann/Eichner/Schoofs VOB/B § 2 Rn. 189; anders Heiermann/Riedl/Rusam/Küf-fer VOB/B § 2 Rn. 143.

ordnung des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B zu Minderkosten führt, auch dieser gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B eine Preisanpassung verlangen kann.

Eine Änderung der Preisgrundlagen für eine im Vertrag vorgesehene Leistung setzt grundsätzlich zudem voraus, dass bereits in dem Vertrag eine entsprechende Vereinbarung über Art und Umfang der Leistung und der Vergütung hierfür getroffen worden ist. Sofern keine Preisvereinbarung vorliegt, ist stattdessen der Preis einzusetzen, der bei Vertragsschluss für die vorgesehene Leistung im Sinne des § 332 Abs. 2 BGB üblich ist.<sup>253</sup> Voraussetzung für einen Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B ist eine Leistungsänderung, die dazu führt, dass die der **Preisberechnung/Kalkulation der Hauptvertragsleistung** zugrunde gelegten Umstände verändert werden. § 2 Abs. 1 VOB/B ist insoweit der Maßstab.<sup>254</sup> Die Umstände im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B können sowohl Art und Umfang als auch die Art und Weise der Vertragsleistung betreffen.

Weitere Voraussetzung ist, dass eine **Bau-Ist-Bau-Soll-Abweichung** vorliegt. 180 Beide Vertragspartner müssen der Preisvereinbarung also eine andere Vertragsleistung zugrunde gelegt haben, als sie später ausgeführt wurde. Die Leistungsänderung kann sich sowohl auf Material-, Personal- und Geräteeinsatz auswirken. Betroffen kann auch die Bauzeit sein, wenn Leistungsänderungen eine zeitliche Verschiebung der ursprünglich vorgesehenen Bauzeit hervorrufen. Ferner kann die Leistungsänderung auch Auswirkung auf Art und Weise der Ausführung, etwa die Änderung der Verfahrenstechnik, zum Gegenstand haben.

Unter „**Grundlagen des Preises**“ versteht man die Preisermittlungsgrundlagen. 181 Zu den Preisermittlungsgrundlagen gehören die Lohn- und Materialkosten, die Baustellengemeinkosten und auch die Allgemeinen Geschäftskosten.

Ausgangspunkt für die Berechnung des Preises für die geänderte Leistung sind 182 demnach die Vertragspreise und deren Einzelbestandteile, die sich aus der **ursprünglichen Kalkulation** des Auftragnehmers ergeben.<sup>255</sup> Gemäß den üblichen baubetrieblichen Grundsätzen berechnet ein Auftragnehmer/Bieter die Einheitspreise für die einzelnen Leistungspositionen ausgehend von den zu erwartenden Kosten. Für jeden Einheitspreis werden die Einzelkosten der Teilleistung (EKT), die **Baustellengemeinkosten**, die **Allgemeinen Geschäftskosten** und **Wagnis und Gewinn** zusammengefasst und daraus positionsbezogen der Einheitspreis gebildet. Insbesondere die **Einzelkosten der Teilleistung** werden dabei positionsweise kalkuliert und in die jeweiligen Einheitspreise eingerechnet. Je nach Detaillierungsgrad setzen sich die Einzelkosten der Teilleistung aus den Kosten für Lohn, Material, Gerät oder Fremdleistung (Nachunternehmerleistung) zusammen. Diese Angaben sind die Grundlage für die spätere Berechnung des Preises für die geänderte Leistung. Man spricht insoweit von vorkalkulatorischer Preisfortschreibung. Sprachlich soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass die Kostenansätze nicht aus dem tatsächlichen Aufwand heraus ermittelt werden, sondern wie bei der Angebotskalkulation bereits vor der Ausführung selbst vorausschauend auf Basis von bekannten oder prognostizierten Kosten, Leistungsaufwandswerten berechnet werden.<sup>256</sup>

Für eine Preisermittlung nach § 2 Abs. 5 VOB/B genügt beim Einheitspreis die 183 **Änderung der genannten Umstände im Rahmen eines Leistungsteils**, der

<sup>253</sup> Ingenstau/Korbion/*Keldungs* VOB/B § 2 Rn. 4.

<sup>254</sup> Motzke NZBau 2002, 646; Ingenstau/Korbion/*Keldungs* VOB/B § 2 Rn. 7.

<sup>255</sup> Hierzu auch → § 2 Rn. 67 ff.

<sup>256</sup> Althaus BauR 2012, 359; Beck'scher VOB-Kommentar/*Jansen* § 2 Abs. 5 Rn. 46.



nach dem Vertrag zu einer Position zusammengefasst ist, um § 2 Abs. 5 VOB/B zur Anwendung zu bringen. Eine Änderung der Preisgrundlagen bei einer vorgesehenen Leistung gibt grundsätzlich nur Anlass für diese Leistung einen neuen Preis zu vereinbaren. § 2 Abs. 5 VOB/B wirkt sich grundsätzlich nur auf diejenige Position aus, bei der Änderungen vorgenommen worden sind.

## II. Abgrenzung zu § 2 Abs. 3 VOB/B, § 2 Abs. 6 VOB/B und § 2 Abs. 8 VOB/B

- 184 Die Abgrenzung des Anspruchs aus § 2 Abs. 5 VOB/B zu den anderen Preisanpassungsansprüchen Mehrvergütungsansprüchen aus § 2 Abs. 3 VOB/B, § 2 Abs. 6 VOB/B sowie § 2 Abs. 8 VOB/B ist häufig mit erheblichen Problemen verbunden, denn die Grenze zwischen den verschiedenen Ansprüchen ist fließend. Die praktische Bedeutung dieser Abgrenzung ist hingegen gering und steht regelmäßig in keinem vertretbaren Verhältnis zu dem in der Bauliteratur häufig dazu betriebenen argumentativen Aufwand.<sup>257</sup>
- 185 **§ 2 Abs. 3 VOB/B** behandelt den Fall, dass sich die **geschätzten Mengen** der Vordersätze im Leistungsverzeichnis ändern, ohne dass eine Einwirkung des Auftraggebers oder eine Änderung der Leistung selbst vorliegt.
- 186 **§ 2 Abs. 5 VOB/B** setzt hingegen eine **nachträgliche Änderung** der im Vertrag vorgesehenen Leistung durch eine Anordnung des Auftraggebers voraus. Wenn beispielsweise die Massen einer Erdaushubleistung in dem Leistungsverzeichnis zu gering angegeben sind, weil sich der Auftraggeber insoweit vermessen, überschätzt oder verrechnet hat, liegt ein Fall des § 2 Abs. 3 VOB/B vor. Wenn der Auftraggeber hingegen anordnet, dass die Grube größer (breiter oder tiefer) auszuheben ist, ist ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B zu bejahen.
- 187 Von **größerer praktischer Bedeutung ist diese Differenzierung nicht**. Denn auch, wenn grundsätzlich die Vorschrift des § 2 Abs. 3 VOB/B anzuwenden ist, sind letztlich sämtliche ausgeführten Mengen zu vergüten. Der wesentliche Unterschied ist allein, dass erst ab einer Mengenerhöhung von über 110% für diese Menge ein neuer Preis zu vereinbaren ist. Bei der angeordneten Leistungsänderung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B ist hingegen für die gesamte ausgeführte Leistung ggf. ein neuer Preis im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B zu vereinbaren.
- 188 **§ 2 Abs. 6 VOB/B** behandelt immer diejenigen Fälle, in denen eine **Leistung gefordert** wird, die ursprünglich nicht zum Bau-Soll gehörte. Es liegt mithin eine Leistungserweiterung vor. § 2 Abs. 5 VOB/B behandelt hingegen die Konstellationen, in denen eine Leistung anstatt der vertraglich ursprünglich vorgesehenen Leistung erbracht wird. Die Abgrenzung zwischen einer geänderten und zusätzlichen Leistung im Sinne des § 1 Abs. 3 VOB/B bzw. 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B und den entsprechenden Vergütungsfolgen, dh § 2 Abs. 5 VOB/B oder § 2 Abs. 6 VOB/B kann im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Grund hierfür ist, dass die Anwendungsbereiche beider Vorschriften sich aufgrund ihrer sprachlichen Fassung nicht sauber trennen lassen. Die **Ermittlung der Vergütungsansprüche** im Fall einer geänderten Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B oder einer zusätzlichen Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B erfolgt **im Ergebnis gleich**. Von daher ist die Differenzierung von keiner größeren praktischen Relevanz. Maßgeblich wird diese nur dann, wenn es auf die Frage ankommt, ob – wie bei einer zusätzlichen Leistung

<sup>257</sup> Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 44; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann VOB/B § 2 Rn. 180.