

[Dr. Stefan Althaus](#)

FACHANWALT FÜR
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

[Matthias Goede](#)

FACHANWALT FÜR
VERGABERECHT
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

[Cornelius Hartung](#)

FACHANWALT FÜR
BAU- UND ARCHITEKTENRECHT
VERGABERECHT

[Dr. Alexander Herrmann](#)

FACHANWALT FÜR
VERGABERECHT

[Werner Koppmann](#)

Baurecht after Work
Nachträge am Bau
- Ein rechtlicher Leitfaden -
(Webinar)

Donnerstag, den 20.11.2025
16.00 Uhr bis 19.00 Uhr
Bauzentrum München

Referent:

RA Cornelius Hartung

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Vergaberecht

Mitglied des Netzwerkes Bau Kompetenz München (BKM)

GOEDE ALTHAUS RECHTSANWÄLTE
PARTNERSCHAFT mbB
AG MÜNCHEN | PR 1879

[BRIENNER STRASSE 21 | 80333 MÜNCHEN](#)
[TEL. +49 \(0\)89 76 70 70-0 | FAX +49 \(0\)89 76 70 70-22](#)
KANZLEI@GOEDE-ALTHAUS.DE
WWW.GOEDE-ALTHAUS.DE

STADTSPARKASSE MÜNCHEN
IBAN DE33 7015 0000 1005 4428 90 | BIC SSKMDEMM

Gliederung:

I. Einführung

II. Die verschiedenen Bauvertragstypen und ihre Besonderheiten

III. Die einzelnen Vergütungsansprüche nach der VOB/B, auf die Nachtragsforderungen gestützt werden können

1. Übersicht
2. Vergütungsansprüche bei Massenänderungen, § 2 Abs. 3 VOB/B
3. Vergütungsansprüche bei Selbstübernahme durch den Auftraggeber, § 2 Abs. 4 VOB/B
4. Vergütungsansprüche bei Änderung der Planung und andere Anordnungen des Auftraggebers, § 2 Abs. 5 VOB/B
5. Vergütungsansprüche bei Zusatzleistungen, § 2 Abs. 6 VOB/B
6. Vergütungsansprüche bei Pauschalpreisverträgen, § 2 Abs. 7 VOB/B
7. Vergütungsansprüche bei einseitigen Abweichungen vom Vertrag, § 2 Abs. 8 VOB/B
8. Vergütungsansprüche bei Planunterlagen, § 2 Abs. 9 VOB/B
9. Vergütungsansprüche bei Stundenlohnarbeiten, § 2 Abs. 10 VOB/B
10. Zusammenfassung / Leitfaden

IV. VOB/C: Nebenleistung oder Besondere Leistung

V. Die Auswirkungen von Skonto und Nachlass auf Nachträge

VI. Die formalen Anforderungen an die Fälligkeit und Verzinsung von Rechnungen

VII. Strategien zur Vermeidung von häufigen Konfliktsituationen wie Arbeitseinstellung oder Vertreter ohne Vertretungsmacht

VIII. Die Reform des Bauvertragsrechts ab dem 01.01.2018

I. Einführung

Die Durchsetzung von Nachträgen, also zusätzlichen Vergütungsansprüchen beim Bau ist die Regel und Gegenstand von vielen obergerichtlichen Entscheidungen. Im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) waren die Nachträge am Bau bis zum 31.12.2017 nicht geregelt. Seit dem 01.01.2018 kann der Auftraggeber auch bei einem BGB-Vertrag Änderungen anordnen, vgl. §§ 650 b + c BGB. In § 2 der VOB/B wird die Vergütung von Nachträgen umfangreich behandelt. Nach § 1 Abs. 3 VOB/B hat der Auftraggeber das Recht, den Bauentwurf zu ändern und nach § 1 Abs. 4 VOB/B hat der Auftraggeber das Recht, Zusatzleistungen anzuordnen. Nachträge geben immer wieder Anlass zum Streit. Besonders problematisch wird es, wenn während der Bauausführung um die Vergütung von Nachträgen gestritten wird. Nicht selten eskaliert der Streit in einer Arbeitseinstellung und der Kündigung des Bauvertrages. Die Konsequenz sind Bauzeitverzögerungen und erhebliche Mehrkosten für die Fertigstellung des Baus. Ziel des Kompaktseminars ist es, den Teilnehmerinnen und Teilnehmern einen Leitfaden an die Hand zu geben, um Nachträge am Bau konfliktfrei zu bewältigen. Es werden die verschiedenen Möglichkeiten von Nachträgen und deren sachgerechte Behandlung vorgestellt.

II. Die verschiedenen Bauvertragstypen und ihre Besonderheiten

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag und kein Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag. Das Wesen des Werkvertrages bzw. die Vergütungsverpflichtung des Bauherrn/Bestellers/Auftraggebers für ein Bauwerk ist in den Bestimmungen des § 631 und § 632 BGB geregelt. Diese beiden Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:

§ 631 (Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag)

„(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

- (2) *Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein."*

§ 632 (Vergütung)

- „(1) *Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.*
- (2) *Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen."*

1. Der Einheitspreisvertrag

In der Regel werden Einheitspreisverträge geschlossen. § 2 Abs. 2 VOB/B regelt den Einheitspreisvertrag wie folgt:

„Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und nach den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z. B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist."

Bei dem Einheitspreisvertrag wird also ein bestimmter Preis eine voraussichtlich auszuführende Menge (z. B. € 5,00/m²) vereinbart. Die Auftragssumme ist in der Regel eine vorläufige und die Abrechnungssumme richtet sich nach den tatsächlich ausgeführten Mengen.

2. Der Pauschalpreisvertrag

Bei einem Pauschalpreisvertrag wird für die von dem Auftragnehmer auszuführende Bauleistung ein Festpreis, also unabhängig von den tatsächlich ausgeführten Mengen vereinbart. Ein gemeinsames Aufmaß der von dem Auftragnehmer erbrachten Mengen ist daher nicht erforderlich. Unterschieden wird zwischen einem Global-Pauschalpreisvertrag und einem Detail-Pauschalpreisvertrag. Bei einem Global-Pauschalpreisvertrag wird die

von dem Auftragnehmer zu erbringende Leistung in der Regel in Form einer funktionalen Leistungsbeschreibung, also nicht sehr detailliert beschrieben. Die Ausführungs- und Detailplanung obliegt dann meistens dem Auftragnehmer. Das Risiko einer falschen oder unvollständigen Leistungsbeschreibung und/oder Planung wird daher auf den Auftragnehmer abgewälzt (Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer). Bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag wird die von dem Auftragnehmer zu erbringende Leistung in der Regel durch ein Leistungsverzeichnis detailliert bestimmt. Die Leistungsbestimmung kann auch durch andere Vertragsunterlagen, z. B. Zeichnungen oder ein Raumbuch erfolgen. Der Auftragnehmer hat seine Leistung nach den Vorgaben des Auftraggebers ohne eigene Planungsleistung auszuführen. Probleme bereiten in der Praxis immer wieder sogenannte „Komplettheitsklauseln“ wie z. B. „schlüsselfertig“, „fix und fertige Leistung“ etc.. Solche „Komplettheitsklauseln“ sind auf ihre Wirksamkeit nach den §§ 305 ff. BGB (AGB-Recht) zu prüfen. Bei einem Global-Pauschalpreisvertrag sind derartige „Komplettheitsklauseln“ eher zulässig als bei Detail-Pauschalpreisverträgen. Die Rechtsprechung hierzu ist nicht einheitlich und jeder Pauschalpreis-Vertrag muss im Einzelfall einer gesonderten Überprüfung unterzogen werden. Hier kann es von Bedeutung sein, ob der Auftragnehmer z. B. die Bausubstanz vor Abschluss des Vertrages untersucht hat, er das Leistungsverzeichnis erstellt hat oder er sonstige Planungsleistungen übernommen hat.

III. Die einzelnen Vergütungsansprüche nach der VOB/B, auf die Nachtragsforderungen gestützt werden können

1. Übersicht

In § 2 VOB/B sind in den Absätzen 2 bis 10 eine Vielzahl von verschiedenen Vergütungs-Anspruchsgrundlagen geregelt, denen allen jeweils verschiedene Anspruchsvoraussetzungen mit zum Teil auch verschiedenen Rechtsfolgen zugrunde liegen. Der Suche nach der jeweils richtigen Anspruchsgrundlage bei der Geltendmachung einer Erhöhung oder einer Minderung der vereinbarten Vergütung kommt deshalb stets entscheidende Bedeutung zu. Folgende verschiedene Anspruchsgrundlagen des § 2 VOB/B sind zu unterscheiden:

- § 2 Abs. 3 Nr. 2: Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Einheitspreises bei Mengenüberschreitung von mehr als 10 %.
- § 2 Abs. 3 Nr. 3: Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Einheitspreises bei Mengenunterschreitungen von mehr als 10 %.
- § 2 Abs. 4: Vergütungsanspruch bei nachträglicher Übernahme von Bauleistungen durch den Auftraggeber = Selbstübernahme, Teilkündigung.
- § 2 Abs. 5: Anspruch auf Anpassung des vereinbarten Einheitspreises bei nachträglicher Änderung der Bauleistung durch den Auftraggeber; auch bei angeordneter Mengenüberschreitung bzw. angeordneter Mengenunterschreitung; auch bei angeordneter Bauzeitverschiebung.
- § 2 Abs. 6: Vergütungsanspruch bei vom Auftraggeber geforderter, bislang im Vertrag nicht vorgesehener Leistung.
- § 2 Abs. 7: Anspruch auf veränderte Vergütung beim Pauschalpreisvertrag.
- § 2 Abs. 8 Nr. 2: Vergütungsanspruch des Auftragnehmers bei Leistungen ohne Auftrag und unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag.
- § 2 Abs. 8 Nr. 3: Aufwandsersatzanspruch bei Geschäftsführung ohne Auftrag.
- § 2 Abs. 9: Vergütungsanspruch des Auftragnehmers bei vom Auftraggeber geforderten zusätzlichen Unterlagen.
- § 2 Abs. 10: Vergütungsanspruch bei Stundenlohnarbeiten i. V. m. § 15 VOB/B.

Weitere mögliche Anspruchsgrundlagen sind:

- § 6 Abs. 6: Schadensersatzanspruch wegen Behinderung, Bauzeitverzögerung.
- § 642 BGB: Entschädigungsanspruch wegen Behinderung, Bauzeitverzögerung.

- § 311 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 282 BGB (c.i.c.): Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen Verstoßes gegen § 7 VOB/A (ehemals § 9 VOB/A).
- § 632 BGB: Allgemeiner Vergütungsanspruch für Folgeauftrag, insbesondere bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B.
- § 650c Abs. 1 BGB bei „gewillkürter“ Änderung u. „notwendiger“ Änderung

2. Vergütungsansprüche bei Massenänderungen, § 2 Abs. 3 VOB/B

- 2.1 Bei einem Einheitspreisvertrag steht zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrages meist die genaue Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung nicht fest. Die VOB/B hält es jedoch für gerechtfertigt, dass die Vertragsparteien zumindest in einem gewissen Rahmen an die vertraglich vereinbarten Einheitspreise festgehalten werden, zumindest solange der Mengenansatz nicht um mehr als 10 V. H. überschritten oder unterschritten wird, vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B.
- 2.2 Die Mengenüberschreitung ist in der Nr. 2 geregelt. Aus dieser Regelung, dass ein neuer Preis erst für die über 10 % hinausgehende Überschreitung zu vereinbaren ist, ergibt sich, dass bei einer Überschreitung des Mengenansatzes bis zu 10 % der vertragliche Einheitspreis verbindlich bleibt, also für eine Menge von insgesamt 110 %. Erst für die darüber hinaus gehende Menge ist auf Verlangen somit ein neuer Preis zu vereinbaren.

Im Normalfall wird bei Massenmehrungen der Auftraggeber das Verlangen zur neuen Preisvereinbarung stellen, doch ist nicht ausgeschlossen, dass ausnahmsweise auch bei Massenmehrungen die Preise höher als der Ausgangspreis sein können, wenn gerade durch die Massenmehrung Mehrkosten entstanden sind (Beispiel: der Kies aus einer nahegelegenen Kiesgrube reicht wegen der Massenmehrung nicht mehr aus, so dass der Kies von weit her antransportiert werden muss).

- 2.3 Tritt gegenüber der im Leistungsverzeichnis angegebenen Menge eine Unterschreitung ein, bestimmt sich die Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B. Bei einer Unterschreitung von lediglich bis zu (einschließlich) 10 % verbleibt es beim bisherigen Preis. Ist die Unterschreitung der Masse größer als 10 %, ist auf Verlangen ein neuer Einheitspreis zu bilden, wobei dann anders als bei einer Mengenüberschreitung der neue Einheitspreis für die gesamte ausgeführte Leistung zu berechnen ist. Der Auftragnehmer muss sich also in diesem Fall nicht zunächst einen Eigenanteil von 10 % der Gemeinkosten anrechnen lassen. Er kann vielmehr die gesamten Gemeinkosten bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises ansetzen. Die Kostenanteile wie z. B. Gemeinkosten der Baustelle (Einrichten und Räumen der Baustelle, Vorhalten von Geräten und Baustelleneinrichtung, Bauleistungsversicherung, etc.) oder Allgemeine Geschäftskosten (Geschäftsführung, Verwaltung, Büro, Bauhof, Lager, Wartung und Instandsetzung, etc.) des Auftragnehmers, die als Umlage in die einzelnen Positionen mit einkalkuliert worden sind, müssen nunmehr auf die verringerte Leistung umgelegt werden.

Die Erhöhung des Einheitspreises kann nicht verlangt werden, wenn der Auftragnehmer durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung in anderen Positionen ist jedoch hierbei lediglich bzgl. eines Mengenansatzes zu berücksichtigen, der über 110 % des ursprünglich vorgesehenen Mengenansatzes liegt und für die nicht bereits nach Nr. 2 (Überschreitungen) andere Preise vereinbart sind. Außer Betracht bleiben auch Unterschreitungen von 100 % bis 90 %.

- 2.4 Das Oberlandesgericht München hat in seinem Grundsatzurteil vom 14.07.1993 (Baurecht 1993, 726) in Bezug auf einen von einem Auftragnehmer verlangten Mehrkostenerstattungsanspruch bei Änderung des Mengenansatzes folgende Leitsätze aufgestellt:

„1. Der Werkunternehmer, der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B (heute § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, Anmerkung des Unterzeichners) die Vereinbarung eines höheren Preises wegen Überschreitung des Mengenansatzes im Werkvertrag verlangt, hat die Kalkulation des ursprünglichen Angebotes offen zu legen.

2. *Im Streitfall setzt das Gericht den neuen Preis auf der Grundlage der Kalkulation des ursprünglichen Angebotes fest.*
3. *Wird die ursprüngliche Kalkulation nicht offen gelegt und ist auch eine Schätzung dieser Kalkulation nicht möglich, ist das Erhöhungsbegehren unbegründet."*

Der Bundesgerichtshof hat mit seinem Urteil vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18 – ausgesprochen, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Absatz 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge maßgeblich sind. Nach Auffassung des BGH würde der Auftragnehmer so für die relevanten Mehrmengen eine auskömmliche Vergütung erhalten. Es widerspräche Treu und Glauben, würde er auf Grund der nicht vorhergesehenen Mengenmehrung auf Kosten seines Vertragspartners einen über die angemessenen Zuschläge hinausgehenden Gewinn erwirtschaften oder der Auftraggeber von einem in Folge der Mengenmehrung für den Auftragnehmer unauskömmlich oder unwirtschaftlich gewordenen Preis profitieren. Nach Auffassung des BGH kann der neue Einheitspreis selbständig und losgelöst von der Urkalkulation bestimmt werden.

- 2.5 Umstritten ist die Berechnung des neuen Einheitspreises bei der Beauftragung von Nachunternehmern. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Berechnung des neuen Einheitspreises nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nicht nur auf Basis der Urkalkulation, sondern auch auf Basis der tatsächlichen Nachunternehmerkosten zu bestimmen ist. Dem wird entgegengehalten, dass § 2 VOB/B nur auf die Preisermittlungsgrundlage des Auftragnehmers also auf seine eigene Kalkulation abstellt und das Verhältnis zum Nachunternehmer außer Betracht bleiben soll. Im Hinblick auf das oben genannte Urteil des BGH vom 08.08.2019 dürfte nunmehr auf die tatsächlichen Nachunternehmerkosten abzustellen sein.

2.6 Abweichende Vereinbarungen

Die Klausel:

„Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit und behalten auch dann ihre Gültigkeit, wenn Massenänderungen im Sinne von § 2 Nr. 3 VOB/B (jetzt: § 2 Abs. 3 VOB/B, Anmerkung des Unterzeichners) eintreten.“

hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 08.07.1993 (NJW 1993, 2738 = Baurecht 1993, 723) AGB-rechtlich für wirksam erklärt. Dies deshalb, da das gesetzliche Werkvertragsrecht – Leitbild für die Angemessenheitsprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – keine mit § 2 Abs. 3 VOB/B vergleichbare Preisanpassungsregel bei Mengenabweichungen kenne und eine solche Klausel auch nicht die gesetzlichen Möglichkeiten einer Preisanpassung bei Mengenänderungen tangiere (wie z. B. wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluss). Eine andere Mengenänderungsklausel, wie z. B.:

„Durch Massenänderungen bedingte Nachforderungen sind ausgeschlossen.“

dürfte demgegenüber wegen Verstoßes gegen §§ 305 ff. BGB unwirksam sein. So hat das OLG Bamberg mit Urteil vom 21.09.1994 – 3 U 258/98 (= Baurechtsreport 11/94, 2) für unwirksam erachtet:

„Massenabweichungen und Massenänderungen bedingen keine Änderung der (Pauschalpreise) Einheitspreise.“

Nach Auffassung des OLG Bamberg schließt diese Klausel mit dieser pauschalen Fassung nicht nur den § 2 Abs. 3 VOB/B aus, sondern auch jede gesetzliche Preisanpassungsmöglichkeit bei Mengenänderungen. Trotz Kenntnis der oben zitierten BGH-Entscheidung hat auch das OLG München mit Urteil vom 16.11.1993 – 9 U3155/93 = Baurechtsreport 12/93 die Klausel:

„Die für Bedarfspositionen vereinbarten Preise gelten auch bei einer Über- bzw. Unterschreitung des Mengenansatzes bis 100 v. H.“

für unwirksam erklärt. Nach Auffassung des OLG München sei die BGH-Entscheidung vom 08.07.1993 auf Bedarfspositionen schon deshalb nicht

übertragbar, da deren Ausführung allein in der Hand des Auftraggebers liege. Schon aus dem Wesen der Bedarfsposition ergebe sich, dass die Klausel unangemessene Folgen zu Lasten des Auftragnehmers haben könne, die dieser in keinerlei Hinsicht zuvor kalkulieren könne. Nach Auffassung des LG München in seinem Urteil vom 19.02.1993 (Baurechtsreport 4/93) ist folgende Klausel wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (heute § 307 BGB) unwirksam:

„Verlangt der Auftragnehmer wegen einer über 10 v. H. hinausgehenden Überschreitung des Mengenansatzes einen höheren Preis, so muss er dies dem AG unverzüglich schriftlich ankündigen.“

Zur Begründung führt hier das LG München aus, dass mit einer solchen Klausel der Auftragnehmer deshalb unangemessen benachteiligt werde, weil Mehrmengen mit hieraus resultierenden Mehrkosten dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuordnen seien und es deshalb nicht angehen könne, berechnete Mehrforderungen des Auftragnehmers unter Hinweis auf eine für sich schon bedenkliche Schriftformregelung abzulehnen, andere Auffassung aber Ingenstau/Korbion, Rn. 10 zu § 2 Abs. 3 VOB/B, wonach die Anzeigeverpflichtung nur der berechtigten Orientierung des Auftraggebers diene.

Praxishinweis/Leitfaden:

Bei Mengenabweichungen ab 110 % muss über eine Preisanpassung nachgedacht und diese möglicherweise verlangt werden.

3. Vergütungsansprüche bei Selbstübernahme durch den Auftraggeber, § 2 Abs. 4 VOB/B

- 3.1 Wird eine vereinbarte Bauleistung nach Bauvertragsabschluss vom Bauherrn selbst übernommen, indem er entweder z. B. Bau- oder Bauhilfsstoffe, die eigentlich nach dem Vertrag der Auftragnehmer zu liefern hat, selbst liefert (Pflanzen, Fliesen, das Gerüst etc.), so dass der Auftragnehmer diese vom Bauherrn angelieferten Baustoffe nunmehr einzubauen hat, oder indem der Auftraggeber vertraglich vereinbarte Leistungen teilweise durch einen Dritten durchführen lässt, so regelt sich der Vergütungsanspruch für diese

vom Auftragnehmer nicht mehr zu erbringende Leistungen nach § 2 Abs. 4 VOB/B. § 2 Abs. 4 VOB/B verweist auf § 8 Abs. 1 VOB/B, so dass eine solche „*angeordnete Vertragsminderung*“ durch den Auftraggeber wie eine Kündigung der Teilleistung behandelt wird.

- 3.2 Entsprechend § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B steht deshalb dem Auftragnehmer für diesen gekündigten Leistungsteil der volle vereinbarte Vergütungsanspruch abzgl. ersparter Kosten zu.

- 3.3 **Beachte:** Bei Einheitspreisverträgen mit vielen LV-Positionen kommt es häufig vor, dass einige ausgeschriebene Leistungspositionen nicht zur Durchführung gekommen (sogenannte Nullpositionen) sind. Handelt es sich hierbei nicht um Eventualpositionen ist stets zu untersuchen, was Ursache dafür gewesen ist, dass diese ausgeschriebenen Leistungen nicht zur Durchführung gekommen ist. In vielen Fällen ist dies auf eine irgendwie geartete Veranlassung (Anordnung) des Auftraggebers zurückzuführen. Ist dies der Fall, steht dem Auftragnehmer für diese nicht zur Durchführung gekommene, aber ausgeschriebene/vereinbarte LV-Position gleichfalls ein Anspruch nach § 2 Abs. 4 VOB/B bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu.

Gibt es jedoch weder eine Anordnung noch eine Kündigung des Auftraggebers, so steht dem Auftragnehmer für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11 (= IBR 2012, 188) ein Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (Unterschreitung der Mengenansätze) zu. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist die in der VOB/B enthaltene Regelungslücke durch eine ergänzende Auslegung des Vertrages zu schließen. Liegt nämlich in den von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B erfassten Fällen eine ausgleichspflichtige Äquivalenzstörung vor, so trifft dies in gleicher Weise auf Fälle zu, in denen Leistungen wegen einer der Mengenminderung vergleichbaren Sachlage vollständig entfallen. In diesem Falle hätten die Parteien redlicherweise die Anwendung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B vereinbart. Der Bundesgerichtshof hat darüber hinaus festgestellt, dass der Auftragnehmer jedoch dann keine Vergütung beanspruchen kann, soweit er durch die Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält.

4. Vergütungsansprüche bei Änderung der Planung und andere Anordnungen des Auftraggebers, § 2 Abs. 5 VOB/B

- 4.1 Bei einem VOB-Vertrag (bei einem BGB-Vertrag ab dem 01.01.2018) hat der Auftraggeber das Recht noch nachträglich, d. h. also nach Vertragsabschluss und während der Baudurchführung Änderungen des Bauentwurfes anzuordnen oder Anordnungen zu erteilen, die den bisher geschuldeten Leistungsumfang ändern (§ 1 Abs. 3 VOB/B). Dieses Recht zur einseitigen Änderung des Vertrages für den Auftraggeber hat dessen Verpflichtung zur Folge, Mehrkosten des Auftragnehmers zu bezahlen, die diesem bei Erfüllung der Anordnung bzw. der Planänderung entstehen. Diese Verpflichtung bzw. dieser Rechtsanspruch des Auftragnehmers auf Mehrkostenerstattung ist in § 2 Abs. 5 VOB/B geregelt.
- 4.2 Von § 2 Abs. 3 VOB/B werden nur die Fälle umfasst, bei denen es sich um eine reine Mengenänderung ohne Eingriff des Auftraggebers handelt. Ist eine Mengenänderung jedoch auf einen Eingriff des Auftraggebers bzw. auf dessen Anordnung zurückzuführen, ist also eine Mengenänderung angeordnet, handelt es sich um einen Fall des § 2 Abs. 5 und nicht mehr um einen Fall des § 2 Abs. 3 VOB/B.
- 4.3 Von § 2 Abs. 5 VOB/B sind auch sämtliche Maßnahmen betroffen, die ihren Ausgangspunkt im Verantwortungsbereich des Auftraggebers haben und nicht allein auf die freie Entschließung des Auftraggebers zurückzuführen sind, wie z. B. die Änderung eines Bauplanes durch eine Baubehörde (BGH, Baurecht 85, 561; OLG München, Baurecht 80, 274; OLG Frankfurt, Baurecht 1999, 43) oder wenn z. B. eine Straßenverkehrsbehörde eine vom ursprünglichen Vertrag und vorgesehenen Leistungsumfang abweichende Verkehrsführung anordnet (OLG Düsseldorf, Baurecht 1996, 267; OLG Zweibrücken, Baurecht 2002, 972). Die Anordnung des Auftraggebers kann in diesen Fällen auch darin gesehen werden, dass er trotz der Einflussnahme von Dritten (hier Behörden) weiterbauen lässt und ihm keine andere Wahl bleibt, als dem Verlangen des Dritten Folge zu leisten. Insofern wird man von einer konkludenten oder stillschweigenden Anordnung sprechen können. Die Anordnungen des Auftraggebers im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B brauchen daher nicht zwingend in einer verbindlichen Weisung zu bestehen,

es genügt auch, wenn sie sich in einem irgendwie zum Ausdruck gebrachten Verhalten des Auftraggebers zeigen, das ihm zuzurechnen ist.

- 4.4 Der Bundesgerichtshof hat bereits mit Urteil vom 09.04.1992 (Baurecht 1992, 759) klargestellt, dass als „Anordnung“ im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B nur eine Erklärung in Frage kommen könne, die die vertragliche Leistungspflicht erweitert, die also eine neue Verbindlichkeit des Auftragnehmers begründen soll. § 2 Abs. 5 VOB/B ist deshalb nicht anzuwenden, wenn eine Leistungsänderung bereits vom vertraglichen Leistungsumfang umfasst ist, d. h. also, wenn es sich bei einer „Anordnung“ des Auftraggebers lediglich um eine die Vertragspflichten konkretisierende Anordnung des Auftraggebers nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B handelt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs kommt es bei der Abgrenzung einer Anordnung nach § 2 Abs. 5 VOB/B von einer Anordnung nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B darauf an, wie sich für den Auftraggeber im Zeitpunkt dieser „Anordnung“ die Situation darstellt.

Praxishinweis/Leitfaden:

§ 2 Abs. 5 VOB/B ist auch dort nicht anzuwenden, wo der Auftraggeber keine Anordnung (auch nicht durch stillschweigende Verhaltensweise) trifft, sondern gerade nichts unternimmt. Voraussetzung für eine Anordnung ist deshalb stets, dass der Auftraggeber Kenntnis von den veränderten Umständen hat bzw. vom Auftragnehmer Kenntnis über die veränderten Umstände bekommt. Erst wenn er in Kenntnis dieser Umstände die Fortsetzung der Arbeiten „anordnet“, bzw. diese will, kann insofern von einer „stillschweigenden Anordnung“ gesprochen werden. Festzuhalten ist jedoch auf alle Fälle:

„Ohne Anordnung kein Anspruch gemäß § 2 Abs.5 VOB/B!“

- 4.5 Nach § 2 Abs. 5 VOB/B hat jede Vertragspartei das Recht, einen neuen Preis zu verlangen. Der neue Preis ist allerdings unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu ermitteln. Bei der Bemessung des Mehrpreises ist zunächst von dem alten Vertragspreis auszugehen und diesem sind dann die vorkalkulierten bzw. vorkalkulierbaren Mehr- oder Minderkosten in

angemessener Weise hinzuzufügen. Der Auftragnehmer kann deshalb Kalkulationsfehler in Hinblick auf den zugrunde liegenden alten Vertragspreis grundsätzlich bei der Berücksichtigung des neu zu findenden Preises nicht berücksichtigen. Bisher galt der Grundsatz: *„Ein „schwacher“ Preis bleibt ein „schwacher“ Preis und ein „satter“ Preis bleibt ein „satter“ Preis.“*

Auf Grund des oben genannten Urteils des Bundesgerichtshofs vom 08.08.2019 zu der Bildung eines neuen Einheitspreises bei Mengenmehrungen stellt sich die Frage, ob der dort aufgestellte Leitsatz: *„Bemessung des neuen Einheitspreises auf der Grundlage tatsächlich erforderlicher Kosten zzgl. angemessener Zuschläge“* auch auf Änderungsanordnungen nach § 2 Absatz 5 VOB/B anzuwenden ist. Die Übertragbarkeit dieser Entscheidung liegt auf Grund des identischen Wortlauts von § 2 Abs. 3 Nr. 2 und § 2 Abs. 5 VOB/B nahe, so z.B. OLG Frankfurt 21.09.2020 - 29 U 171/19 und OLG Düsseldorf 19.12.2019 - 5 U 52/19.

- 4.6 Gemäß § 2 Abs. 5 S. 2 VOB/B soll die Vereinbarung über den neu zu findenden Preis *„vor der Ausführung“* getroffen werden. Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Sollvorschrift. Kann deshalb vor der Ausführung eine solche Vereinbarung nicht getroffen werden, hat dies keine Rechtsfolgen. Können sich die Parteien über den neu zu vereinbarenden Preis nicht einigen, muss auch diesbezüglich das Gericht eine Entscheidung treffen.
- 4.7 Macht der Auftragnehmer einen Mehrkostenerstattungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B geltend, hat er im Prozess nicht nur die Tatsache der eingetretenen Leistungsänderung, sondern auch die Tatsache zu beweisen, dass ihm durch die Leistungsänderung Mehrkosten entstanden sind. Bei der Beweisführung über diese Mehrkosten hat der Auftragnehmer in der Regel seine Kalkulation bzgl. des vereinbarten LV-Vertragspreises offenkundig zu machen und anhand der Preisermittlungsgrundlagen dieses LV-Vertragspreises im Einzelnen die entstandenen Mehrkosten zu belegen.

Schon wegen dieser Darlegungsverpflichtung ist jeder Auftragnehmer aufgefordert, jede LV-Position sauber kalkulatorisch zu erfassen, da nur auf

diese Art und Weise ein erfolgreicher Nachtragsanspruch gestützt werden kann.

Praxishinweis/Leitfaden:

„Ein erfolgreicher Nachtrag beginnt somit bereits bei der Angebotsbearbeitung!“

- 4.8 Dem Auftragnehmer, der bei der Kalkulation seines Angebots im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung für Straßenbauarbeiten zutreffend von einer Erdaushubtiefe von nur ca. 0,50 m ausgegangen ist, bei diesem Erdaushub aber noch nicht auf tragfähigen Boden gelangt ist und er deshalb auf Anordnung des Auftraggebers den Erdaushub bis zu 1,60 m Tiefe vornehmen muss, steht nach dem OLG Düsseldorf (Urteil vom 13.03.1990, Baurecht 1991, Seite 219) ein Anspruch auf Vereinbarung eines neuen Einheitspreises zu. Dieser ist jedoch weder als Mengenmehrung im Sinne von § 2 Abs. 3 VOB/B, noch als Zusatzleistung im Sinne von § 2 Abs. 6 VOB/B zu werten, sondern nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu beurteilen. Die Notwendigkeit, bis zu einem tragfähigen Boden auszuheben sei dem Planungsbereich und damit dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzurechnen. Der Auftraggeber habe auch eine ausdrückliche diesbezügliche Weisung erteilt. Ausdrücklich weist das Gericht darauf hin, dass Fälle des § 2 Abs. 3 VOB/B abweichend vom vorliegenden Fall dann gegeben seien, wenn sich gerade ohne jeden Eingriff des Auftraggebers und ohne jede Entwurfsänderung, also allein aufgrund falscher oder ungenauer Schätzungen bei der Ausschreibung eine Mengenänderung ergibt.
- 4.9 Der Bundesgerichtshof hat in seinem bekannten „Kammerschleusenurteil“ vom 27.06.1996 (NJW 1997, Seite 61 und ZfBR 1997, Seite 29) bei Zugrundeliegen einer von Anfang an bekannten unvollständigen Leistungsbeschreibung hinsichtlich eines deshalb vom Auftragnehmer geltend gemachten Mehr-Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B folgende Leitsätze aufgestellt:

„1. Eine Ausschreibung, die neben bestimmt formulierten Mindestanforderungen festlegt, dass weitere Leistungen der von dem Auftragnehmer als Vertragsleistung übernommenen

Tragwerksplanung zu entsprechen haben, legt den Vertragsinhalt hinreichend bestimmbar fest.

2. *Für die Wirksamkeit eines Vertragsschlusses ist nicht von Bedeutung, dass die übernommenen Verpflichtungen kalkulierbar sind.*
3. *Eine mit § 9 VOB/A unvereinbare Ausschreibungstechnik führt nicht dazu, dass anstelle der ausgeschriebenen Leistung eine mit § 9 VOB/A übereinstimmende Vertragsinhalt wird. § 9 VOB/A enthält kein zwingendes Vertragsrecht.*
4. *Ein sachkundiger Auftragnehmer kann sich nicht darauf berufen, er habe die mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung verbundene Risikoverlagerung nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen."*

Dieser Entscheidung des BGH lag als Sachverhalt zugrunde, dass ein Auftragnehmer für einen Auftraggeber Sanierungsarbeiten an einer Doppelschleuse mit zwei Kammern durchzuführen hatte und für diese Sanierungsarbeiten zwischen den Vertragspartnern ein Pauschalpreis vereinbart war. Grundlage dieses Pauschalpreises war hierbei eine im Leistungsverzeichnis ausgeschriebene Bewehrung für die linke Schleusenwand wie folgt:

„Bemessung der Flächenbewehrung nach der Zwangsbeanspruchung entsprechend der vom Auftragnehmer aufzustellenden Statik, mindestens aber eine konkret angegebene Mindeststärke von“.

Nach Zuschlagserteilung und Vorliegen der von ihm ausgearbeiteten Statik stellt der Auftragnehmer fest, dass von einem überraschend höheren Stahlverbrauch auszugehen ist, als er kalkuliert hatte, so dass er hierfür einen Mehrkostenanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B geltend macht. Beide Vorinstanzen (LG und OLG Karlsruhe) haben diese Situation einer Änderung des Bauentwurfs nach § 2 Abs. 5 VOB/B gleichgestellt und dem Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B zugebilligt.

Mit den in den Leitsätzen genannten Gründen hob der BGH die vorinstanzielle Entscheidung auf und wies den Anspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B zurück. Nach Auffassung des BGH hat hier der Auftragnehmer das Risiko eines Stahlmeherverbrauchs aufgrund der erst später von ihm selbst zu erstellenden Statik bewusst übernommen. Diese mit dem Vertragsabschluss beabsichtigte Risikoverlagerung auf ihn sei von Anfang an auch zweifelsfrei erkennbar gewesen, so dass der vorliegende Verstoß gegen die VOB/A kein Auslegungsvertrauen im Sinne der Rechtsprechung des BGH bei dem Auftragnehmer begründen konnte. Hinzu kommt, dass die Leistungen pauschal vergeben worden sind, so dass der Auftragnehmer ohnehin bewusst ein Mengenrisiko hinsichtlich des Stahlverbrauchs eingegangen war.

5. Vergütungsansprüche bei Zusatzleistungen, § 2 Abs. 6 VOB/B

5.1 § 2 Abs. 6 VOB/B setzt voraus, dass der Auftraggeber eine zusätzliche, bisher im Bauvertrag nicht vorgesehene und noch nicht geschuldete Leistung fordert. Bloße Erschwernisse bei der Ausführung der Leistung sind keine zusätzlichen Leistungen (OLG Hamm, VersR 79, 627). Gleichfalls fallen nicht unter Abs. 6 Tätigkeiten, die bereits nach den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen oder nach der gewerblichen Verkehrssitte (§ 2 Abs. 1 VOB/B) als unentgeltlich zu erbringende Nebenleistung angesehen werden müssen.

5.2 Der Auftragnehmer ist gemäß § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B verpflichtet, „*nicht vereinbarte Leistungen*“ (= Zusatzleistungen) nur dann zu erbringen, wenn

- diese Leistungen zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich sind und
- sein Betrieb auf derartige Leistungen eingerichtet ist.

Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden (§ 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B).

5.3 Nach herrschender Meinung ist die Ankündigung des Auftragnehmers auf Mehrkostenerstattung vor Ausführungsbeginn zwingende

Anspruchsvoraussetzung! Kündigt der Auftragnehmer seinen Anspruch nicht vorher an, steht ihm für die zusätzliche Leistung keine Vergütung zu, Ingenstau/Korbion, Rn. 13 zu VOB/B § 2 Abs. 6. Die herrschende Meinung folgert diese Auffassung aus dem Wort „jedoch“ in Absatz 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B. Sinn dieses Wortes bzw. dieses Satzes 2 können nur sein, den Auftraggeber davor zu schützen, dass er mit Ansprüchen des Auftragnehmers überrascht wird, mit denen er nicht gerechnet hat. Der Auftragnehmer verliert seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei dessen Nichtankündigung jedoch nicht immer und in jedem Fall. Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben gibt hier eine Grenze, in dem es auf den Einzelfall ankommt, ob und inwieweit der Auftraggeber schutzwürdig ist.

Im Hinblick auf diese Schutzwürdigkeit des Auftraggebers und insbesondere im Hinblick auf die Auslegung des § 2 Abs. 6 VOB/B (ehemals § 2 Nr. 6 VOB/B) auf dessen AGB-Wirksamkeit hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 23.05.1996 folgende Leitsätze aufgestellt:

- „1. a) Die nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B erforderliche Ankündigung des Auftragnehmers, für eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung eine zusätzliche Vergütung zu beanspruchen, dient dem Schutz des Auftraggebers. Er soll über drohende Kostenerhöhungen rechtzeitig informiert werden, um danach disponieren zu können. Die Ankündigung soll ferner frühzeitig Klarheit schaffen, ob eine geforderte Leistung von der ursprünglichen Beschreibung der Leistung nicht erfasst war, also eine zusätzliche Leistung i. S. von § 1 Nr. 4 VOB/B ist.

b) Ein Verlust des Vergütungsanspruches für eine zusätzliche Leistung tritt nicht ein, soweit die Ankündigung im konkreten Fall für den Schutz des Auftraggebers entbehrlich und daher ohne Funktion war oder wenn ihre Versäumung ausnahmsweise entschuldigt ist. Der Auftragnehmer trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast.
2. In dieser Auslegung hält § 2 Nr. 6 Abs. 1 S. 2 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG stand.“ = Urteil des

BGH vom 23.05.1996 = NJW 1996, S. 2158 = BauR 1996, S. 542.

In den Entscheidungsgründen zu diesem wichtigen Urteil führte der Bundesgerichtshof u. a. aus, dass die vorherige Ankündigung des Vergütungsanspruches für den Schutz des Auftraggebers dann entbehrlich sei, wenn

- der Auftraggeber bei Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausging oder ausgehen musste,
- ihm nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer blieb,
- eine rechtzeitige Ankündigung des Vergütungsanspruches die Lage des Auftraggebers nicht verbessert hätte, der Auftraggeber also zusätzliche Leistungen ohnehin benötigte, für die eine preiswertere Alternative nicht bestand oder
- der Auftragnehmer die Ankündigung ohne Verschulden versäumt hat.

In dem von dem BGH zu entschiedenen Fall hat der BGH das Urteil des OLG aufgehoben und zur neuen Entscheidung zurückverwiesen, um zu klären, ob nach den oben genannten Grundsätzen eine vorherige Ankündigung entbehrlich war. In diesem Fall wurde ein Trockenbauunternehmen von einer Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus 2 Bauunternehmen zum Zweck der Errichtung eines Krankenhauses, mit Trockenbauarbeiten über ca. DM Mio. 1,6 beauftragt. Die Trockenbaufirma macht unter anderem einen Betrag in Höhe von DM 154.229,41 für das planebene Spachteln von über 5.000 qm Wandfläche geltend. Der BGH hat hier die Auffassung vertreten, dass *„viel dafür spricht, dass sich den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten aufdrängen musste, die Klägerin werde für diese umfangreichen und kostenintensiven Maßnahmen, die auch angesichts einer Vertragssumme von über DM Mio. 1,6 als erheblich einzustufen sind, eine besondere Vergütung beanspruchen. Es liegt daher nahe, dass eine vorherige Ankündigung des Anspruchs für die Wahrung der berechtigten Belange der Auftraggeber schon aus diesem Grund entbehrlich war.“*

- 5.4. Der Auftragnehmer hat nur die Verpflichtung, den Anspruch dem Grunde nach anzukündigen, eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung braucht nicht zwingend vor Ausführungsbeginn vorliegen. Insoweit handelt es sich gem. § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 2 VOB/B nur um eine Sollvorschrift.
- 5.5. Kommt bei einem VOB/B-Vertrag vor Baubeginn keine Vereinbarung über die besondere Vergütung der Zusatzleistung zustande, gibt dies dem Auftragnehmer nicht das Recht, die Leistung bis zur Vereinbarung der Vergütung zu verweigern! Der Auftragnehmer darf nur dann verweigern, die zusätzlich angeordnete Leistung auszuführen, wenn der Auftraggeber deren Vergütung endgültig verweigert, vgl. BGH Urteil vom 24.06.2004 – VII ZR 271/01 (= Baurecht 2004, 1613 = IBR 2004, 486). In seinem Beschluss vom 24.05.2012 – VII ZR 34/11 (= IBR 2012, 441) hat der Bundesgerichtshof außerdem festgestellt, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, auch dann Abschlagszahlungen für eine von dem Auftraggeber geforderte zusätzliche Leistung unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B zu fordern, wenn eine Einigung über deren Vergütung noch nicht stattgefunden hat. Der Auftragnehmer darf daher in Konsequenz zu diesem Beschluss des BGH vom 24.05.2012 nach prüfbarer Abschlagsrechnung und nach Fristsetzung zur Zahlung gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B die Ausführung der angeordneten Zusatzleistungen verweigern und die Bauarbeiten einstellen.
- 5.6. Der Architekt oder Bauingenieur als Vertreter des Bauherrn ist bei Zugrundelegung eines Architektenvertrages ohne zusätzliche Vertretungsregelung in der Regel nicht berechtigt, zu Lasten des Auftraggebers Zusatzleistungen in Auftrag zu geben, die für den Auftraggeber eine finanzielle Belastung darstellen, vgl. Urteil des BGH vom 14.07.1994 = BauR 1994, S. 760.
- 5.7. In der Regel versuchen Auftraggeber das „Nachtragsrisiko“ durch sogenannte *„Vollständigkeits- und Nebenleistungsklauseln“* (z. B. zum Bodenrisiko, Gerüsten, Schuttabfuhr, Sozialeinrichtungen, etc.) zu vermeiden. Die Rechtsprechung zu solchen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist inzwischen umfangreich. Nach der Rechtsprechung müssen solche Klauseln für den Auftragnehmer

kalkulierbar, nicht überraschend, nicht versteckt und bestimmt, also insgesamt transparent sein. Für unwirksam erachtet wurden z. B. folgende Klauseln:

- *„Die vereinbarten Festpreise schließen Nachforderungen jeglicher Art aus.“*
- *„Der Auftragnehmer ist verpflichtet, aufgrund von Prüfungen gemachte Auflagen zu beachten und zu erfüllen. Hieraus resultierende Terminverschiebungen oder Mehrkosten gehen zu seinen Lasten.“*
- *„Der Ausführungsort ist laufend besenrein zu halten. Anfallendes Verpackungsmaterial, Schutt usw. sind unverzüglich zu entfernen. Erfüllt der Auftragnehmer diese Verpflichtung nicht, ist der Auftraggeber berechtigt, die o. g. Arbeiten auf Kosten des Auftragnehmers zu veranlassen.“*
- *„Aufsichtsstunden werden nicht gesondert vergütet.“*
- *„Etwaige bauübliche Störungen müssen in Kauf genommen werden. Sie berechtigen nicht zu Ersatzansprüchen.“*
- *„Die Bereitstellung und der Unterhalt von Baubüro (Baustellen-Telefon) Aufenthalts-, Lager- und WC-Räumen ist in die Einheitspreise einzukalkulieren.“*
- *„In der Gesamtleistung und der dafür vereinbarten Vergütung sind insbesondere folgende Nebenleistungen eingeschlossen:
Das unentgeltliche zur Verfügung stellen eigener Gerüste und Anschlüsse an andere Unternehmer (z. B. Dachdecker und Spengler).“*

5.8 Streit besteht zwischen den Bauvertragsparteien häufig darüber, ob die Nachtragsbearbeitung durch den Auftragnehmer vom Auftraggeber zu vergüten ist. Eine solche Vergütungspflicht des Auftraggebers besteht nur dann, wenn für die Ausführung der geänderten/zusätzlichen Leistung Planungsleistungen (Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen) zu erbringen sind. Diese sind dann nach § 2 Abs. 9 VOB/B besonders zu

vergüten. Mit Nachtragsangeboten allgemein muss der Auftragnehmer rechnen und solche Angebotskosten mit einkalkulieren, da der Auftraggeber nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B berechtigt ist, die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen zu verlangen. Bei solchen Nachtragsangeboten handelt es sich um Kostenvoranschläge, die nach § 632 Abs. 3 BGB im Zweifel nicht vergütet werden. Auch aus § 14 Abs. 1 S. 1 VOB/B lässt sich folgern, dass der Auftragnehmer seine „Nachtragsbearbeitungskosten“ selbst tragen muss. Nach § 14 Abs. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer seine Leistungen prüfbar abzurechnen und Änderungs- sowie Zusatzleistungen besonders kenntlich zu machen und auf Verlangen getrennt abzurechnen, vgl. hierzu den Aufsatz von Merkens in NZBau 2012, 529 bis 533.

Praxishinweis/Leitfaden:

Der Auftragnehmer sollte vor Ausführung der Zusatzleistung die hiermit anfallenden Mehrkosten anmelden. Die Parteien sollten bereits während der Bauausführung Einigkeit darüber herbeiführen, ob es sich um eine vergütungspflichtige Zusatzleistung handelt oder nicht.

6. Vergütungsansprüche bei Pauschalpreisverträgen, § 2 Abs. 7 VOB/B

- 6.1. Bei einem Pauschalvertrag wird nur das Mengenrisiko ausgeschlossen, d. h., Mengenüberschreitungen oder auch Unterschreitungen auch über den von § 2 Abs. 3 VOB/B aufgestellten Rahmen von 90 - 110 % bleiben unberücksichtigt.
- 6.2. Tritt nach Vertragsabschluss eine Planänderung ein oder trifft der Auftraggeber eine Anordnung, wodurch beim Auftragnehmer Mehrkosten entstehen, so kann der Auftragnehmer diese Mehrkosten auch beim Pauschalpreisvertrag zusätzlich vergütet verlangen. Das gleiche gilt für die Forderung des Auftraggebers für bislang im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen.

Dies regelt ausdrücklich § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 4 VOB/B in dem es heißt: *„Die Regelungen der Absätze 4, 5 und 6 gelten auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme.“*

- 6.3. Mengenänderungen werden gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B nur dann berücksichtigt, wenn die Geschäftsgrundlage gestört ist, § 313 BGB. Nach der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn sich durch eine Mengenänderung die Pauschalsumme über 20 % nach oben bzw. unten ändert.

Beachte:

Bei Berücksichtigung der sogenannten „Opfergrenze“ (= Störung der Geschäftsgrundlage) ist nicht auf die prozentuale Änderung der Einzelposition, sondern auf die prozentuale Änderung des Gesamtpreises abzustellen. Wird diese „Opfergrenze“, d. h. also dieses Pauschalpreisrisiko von 20 % überschritten, so kann der Auftragnehmer einen umfassenden Ausgleich verlangen, also nicht nur den Teilbetrag, der über das Pauschalpreisrisiko hinausgeht, so OLG Düsseldorf = Baurechtsreport 3/1995 = IBR 1996, S. 50; a. A. OLG München, Urteil vom 16.01.1987, Schäfer/Finnern/Hochstein Nr. 42 zu § 16 Nr. 3 VOB/B.

Nach dem Urteil des BGH vom 02.11.1995 = IBR 1996, S. 48 und 30.06.2011 = IBR 2011, 503 gibt es keine starre, der Beurteilung nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B zugrunde zu legende Risikogrenze in Gestalt eines bestimmten Prozentsatzes des vereinbarten Pauschalpreises. Ist der Pauschalpreis aufgrund eines Nachlasses auf den Angebotsendpreis gebildet worden, so ist bei der Ermittlung des Pauschalpreisrisikos nach dem BGH der Nachlass zu berücksichtigen. Bei reinen Mengenänderungen ist also nicht der vereinbarte Pauschalpreis, sondern die ursprüngliche Angebotsendsumme Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der Risikogrenze.

- 6.4. Was zum Leistungsumfang eines „*schlüsselfertigen Bauwerks*“ gehört, hat das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 16.08.1995 (IBR 1995, S. 503) mit folgendem Leitsatz zusammengefasst:

„Schlüsselfertig bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch, dass der Besteller eines Gebäudes sofort mit der Möblierung und dem Bezug beginnen kann, ohne zuvor noch weitere Baumaßnahmen zu unternehmen. Der pauschalisierte Leistungsinhalt umfasst in der Regel

alle Leistungen, die für die Erreichung des Vertragszwecks nach den Regeln der Technik erforderlich und vorhersehbar sind. Zur schlüsselfertigen Herstellung einer Lagerhalle gehört ein Fußbodenaufbau mit Nuttschicht, der über einen nur rohbaummäßigen Zustand hinausgeht."

Bei dieser Entscheidung des OLG Düsseldorf musste ein Generalunternehmer die schlüsselfertige Erstellung einer Lagerhalle für einen Gartenbaubetrieb vornehmen, wobei im Leistungsverzeichnis folgende Klausel stand und vereinbart war:

„Der Pauschalpreis beinhaltet auch die Kosten für die in den Vertragsgrundlagen nicht oder nicht näher beschriebenen Arbeiten und Leistungen, die zur vollständigen vertragsgemäßen Fertigstellung des Bauvorhabens nach dem Grundsatz anerkannter Regeln der Baukunst gehören."

Weder aus dem Vertrag selbst noch aus den anderweitigen Ausschreibungsunterlagen ergaben sich die Einzelheiten über den Fußbodenaufbau, sodass zwischen den Vertragspartnern Streit darüber bestand, ob die Aufbringung einer Nuttschicht durch den Generalunternehmer zum Vertragsumfang gehörte.

Das OLG stellt bei dieser Ausschreibung auf den Vertragszweck ab und kam zu dem Ergebnis, dass der Generalunternehmer bei dieser „globalen Leistungsbeschreibung" aufgrund der geschuldeten „Schlüsselfertigkeit" der Lagerhalle auch den Fußbodenaufbau schuldete.

- 6.5. Die in der Vorziffer erwähnte Entscheidung des OLG Düsseldorf ist ein Musterbeispiel für die Unterscheidung von „Detailpauschale" und „Globalpauschale". Während bei der Detailpauschale die Leistungsseite detailliert beschrieben ist, ist der Leistungsinhalt bei der Globalpauschale vervollständigungsbedürftig. Lediglich eine detaillierte Leistungsbeschreibung hat eine Vollständigkeitsvermutung in sich. Dagegen beinhaltet die Globalpauschale gleichsam eine Vermutung der Unvollständigkeit. Hier muss der Generalunternehmer aufgrund der mangelnden Detaillierung der Leistungsbeschreibung damit rechnen, dass

auch nicht beschriebene Leistungen zum Vertragsumfang gehören, sodass in diesen Fällen vom Vertragszweck auszugehen ist.

- 6.6. In einem völlig umgekehrten Sinn hatte deshalb das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 19.03.1991 (BauR 1991, S. 747 = Baurechtsreport 1/92) noch einen Fall entschieden, in dem bei einem „schlüsselfertigen Um- und Neubau“ eines Gebäudes mit Pauschalpreis eine detaillierte Leistungsbeschreibung zugrunde lag. Hier war trotz der Klauseln:

„Der vereinbarte Preis umfasst die Vergütung für alle zur vertrags- und bedingungsgemäßen Herstellung und Vollendung des Objekts notwendigen Leistungen und Nebenleistungen einschl. im Vertrag unmittelbar oder mittelbar enthaltener Verpflichtungen.“

und

„Preisnachforderungen sind abgeschnitten, die sich aus einer unzutreffenden Kalkulation infolge Unkenntnis der örtlichen Verhältnisse, konstruktiver Schwierigkeiten oder technisch bedingter Änderungen ergeben können.“

ein zusätzlicher Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nicht ausgeschlossen für eine im Leistungsverzeichnis und den Plänen nicht erwähnte, aber zur fachgerechten Ausführung notwendige Außenisolierung (hier: Feuchtigkeitsisolierung des Kelleraußenmauerwerks der stehen gebliebenen Straßenfassade). Das OLG Düsseldorf begründet diese Entscheidung damit, dass sich der Leistungsumfang auch bei einem „schlüsselfertigen Pauschalvertrag“ in erster Linie nach der Leistungsbeschreibung bestimmt, wenn eine detaillierte Leistungsbeschreibung zugrunde liegt. Diese habe die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Als spezielle Regelung genieße sie grundsätzlich Vorrang gegenüber den zitierten pauschal gefassten Vertragsklauseln. Im Übrigen würden die zitierten Klauseln keine „Leistungserweiterung“ gegenüber der Leistungsbeschreibung beinhalten.

In die gleiche Richtung geht das Urteil des OLG Rostock vom 19.05.2009/BGH, Beschluss vom 13.01.2011 (Nichtzulassungsbeschwerde

zurückgewiesen) = IBR 2011, 504, wonach eine Komplettheitsklausel in einem Detail-Pauschalpreisvertrag nicht zu einem Global-Pauschalvertrag führt, wenn in dem Vertrag auf das Angebot des Auftragnehmers mit einem Leistungsverzeichnis Bezug genommen wird.

- 6.7. Die Frage, wer die Beweislast für eine zu vergütende Zusatzleistung beim Pauschalvertrag trägt, ist in der Rechtsprechung strittig. Nach dem OLG Karlsruhe (IBR 1996, S. 462) muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass seine Leistung eine im Pauschalvertrag nicht erfasste Zusatzleistung ist, wenn er dafür eine über den vereinbarten Pauschalpreis hinausgehende Vergütung verlangt (hier für den Ausbau zweier Kellerräume für Wohnzwecke, wo nach Auffassung des Auftraggebers der Kellerausbau von vornherein Bestandteil des Pauschalvertrages gewesen ist). Zum gleichen Ergebnis kam auch das OLG Köln (BauR 1987, S. 575). Andere Auffassung ist jedoch das OLG Düsseldorf (BauR 1996, S. 594) für den Fall, in dem der Auftragnehmer schlüssig dargelegt hat, Zusatzleistungen erbracht zu haben. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf muss der Auftraggeber aufzeigen, weshalb die betreffenden Positionen gleichwohl von dem Pauschalpreis umfasst sein sollen.
- 6.8. Häufig kommt es vor, dass die Vertragsparteien einvernehmlich Abweichungen vom Leistungsverzeichnis vereinbaren. In dem von dem OLG Hamm mit Urteil vom 09.09.1997 entschiedenen Fall wählte der Auftragnehmer eine Ausführungsart, die mit der ausgeschriebenen Leistung qualitativ gleichwertig war, aber einzelne Arbeitsgänge und Teilleistungen einspart. Der Auftragnehmer hat nach Durchführung den Auftraggeber informiert und dieser war damit einverstanden. Bei der Schlussrechnungsprüfung kürzt der Auftraggeber die vereinbarte Pauschale um die ersparten Leistungen. Das OLG Hamm hält diese Rechnungskürzung für unzulässig. Nachdem es weder eine Teilkündigung noch eine angeordnete Änderung des Bauentwurfs gab, kann der Auftraggeber eine Anpassung des Pauschalpreises nicht nach § 2 Abs. 7 Nr. 2 i. V. m. den Abs. 4 und 5 VOB/B vornehmen. Ähnlich dürfte der Fall zu entscheiden sein, dass bestimmte von dem Pauschalvertrag vorgesehene Leistungen ohne Anordnung und einvernehmliche Vereinbarung ersatzlos entfallen. Auch hier kann der Auftraggeber den Pauschalpreisvertrag mangels Teilkündigung oder Anordnung zur Änderung des Bauentwurfs nicht anpassen. Zu denken

wäre aber an eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

Praxishinweis/Leitfaden:

Auch bei einem Pauschalpreisvertrag kommt eine Anpassung des Pauschalpreises in Betracht, nämlich dann, wenn es Teilkündigungen, Zusatzleistungen oder Anordnungen des Auftraggebers gibt, vgl. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B.

7. Vergütungsansprüche bei einseitigen Abweichungen vom Vertrag, § 2 Abs. 8 VOB/B

- 7.1. Grundsatz: Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausführt, werden nicht vergütet, § 2 Abs. 8 Nr. 1 S. 1 VOB/B. Der Auftragnehmer hat diese Leistungen sogar auf Verlangen wieder zu beseitigen.
- 7.2. Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer allerdings dann zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt, § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 1 VOB/B. Das Oberlandesgericht Brandenburg hat in seinem Urteil vom 25.08.2011 – 12 U 69/10 (IBR 2011, 627) entschieden, dass die Abnahme der Leistung kein Anerkenntnis einer Leistungsänderung im Sinne des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B sei. Zum Zeitpunkt der Abnahme hätte der Auftraggeber nämlich nicht erkannt, dass anstelle der vereinbarten T14-Planziegel die teureren T9-Planziegel verbaut wurden.
- 7.3. Nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B steht dem Auftragnehmer auch dann eine Vergütung zu,
 - a) wenn die betreffenden Arbeiten notwendig waren (nur „Zweckmäßigkeit“ oder „Nützlichkeit“ reicht nicht - OLG Stuttgart, BauR 1993, 743),
 - b) wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen (vgl. § 679 BGB) und

c) wenn die Leistungen dem Auftraggeber unverzüglich angezeigt werden.

7.4. Der BGH hat mit Urteil vom 31.01.1991 (NJW 1991, S. 1812 = BauR 1991, S. 331) entschieden, dass die Bestimmung des § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B (jetzt § 2 Abs. 8 Nr. 2, S. 2 VOB/B) bei isolierter Betrachtung wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG a. F. unwirksam ist. Dies deshalb, da der in dieser Bestimmung geregelte Ausschluss jeglichen Vergütungsanspruchs eine schwerwiegende, den Auftragnehmer hart treffende Folge ist, die durch die Interessen des Auftraggebers an der Anzeige nicht gerechtfertigt wird. Diese Rechtsfolge weiche derart zu Lasten des Auftragnehmers von der gesetzlichen Regelung ab, gem. der Auftragnehmer bei Verletzung der Anzeigepflicht sich bestenfalls schadensersatzpflichtig mache, niemals aber eines Aufwendungsersatzanspruches verlustig gehe, sodass diese Bestimmung gegen § 9 AGBG a. F. verstoße.

7.5. Dieses Urteil des BGH vom 31.01.1991 mit der Unwirksamkeit der Bestimmung des § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B (jetzt § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B) bei isolierter Betrachtung führte dazu, dass der Deutsche Verdingungsausschuss den § 2 Nr. 8 VOB/B i. d. F. 1996 wie folgt änderte:

In Absatz 1 Satz 3 wurde der letzte Halbsatz

... , wenn die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) nichts anderes ergeben"

gestrichen.

Folgender neuer Absatz 3 wurde hinzugefügt:

... die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) bleiben unberührt."

Damit bleibt festzuhalten, dass seit der Fassung 1996 der Auftragnehmer auch bei Vorliegen der betreffenden Voraussetzungen einen Aufwendungsersatzanspruch für durchgeführte Leistungen gegenüber dem Auftraggeber aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) geltend

machen kann. Dieser Anspruch besteht neben dem bisherigen Anspruch des § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B.

- 7.6. Die neue Fassung der VOB 1996 wurde nach einem Urteil des OLG Jena vom 19.09.1997 (= IBR 2007, 669) weiterhin nach den §§ 305 ff. BGB für unwirksam gehalten. Andere Auffassung ist das OLG Köln in seinem Urteil vom 20.11.2003 (= BauR 2005, 1173), wonach mit der Neufassung der VOB 1996 den Bedenken des BGH hinreichend Rechnung getragen wurde. In seinem Nichtannahmebeschluss vom 09.12.2004 - VII ZR 357/03 zu dem Urteil des OLG Köln hat der BGH aber klargestellt, dass seiner Auffassung nach § 2 Abs. 8 Nr. 1 und 2 VOB/B nach wie vor der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB nicht standhalten.

8. Vergütungsansprüche bei Planunterlagen, § 2 Abs. 9 VOB/B

- 8.1. § 2 Abs. 9 VOB/B bildet in gewisser Weise ein Gegenstück zu § 8 b Abs. 2 Nr. 1 VOB/A und der dortigen Vergütungsregelung. Während es sich jedoch bei § 8 b VOB/A um Unterlagen handelt, die im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens, also vor Bauvertragsabschluss zu erstellen sind, handelt es sich bei § 2 Abs. 9 VOB/B um Unterlagen, die der Auftragnehmer nach erfolgtem Bauvertragsabschluss zu beschaffen hat. § 8 b Abs. 2 Nr. 1 VOB/A hat folgenden Wortlaut:

„Für die Bearbeitung des Angebots wird keine Entschädigung gewährt. Verlangt jedoch der Auftraggeber, dass der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen, Mengenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet, insbesondere in den Fällen des § 7 c, so ist einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine angemessene Entschädigung festzusetzen. Diese Entschädigung steht jedem Bieter zu, der ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht hat.“

- 8.2. Die Verpflichtung des Auftragnehmers, der Aufforderung des Auftraggebers zur Beschaffung der verlangten Ausführungsunterlagen nachzukommen, ergibt sich aus § 1 Abs. 4 VOB/B, allgemein aber auch wegen des notwendigen Zusammenhangs mit der ausführenden vertraglichen

Bauleistung aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben. Nicht geschuldet werden z. B. vom Rohbauunternehmer die Bewehrungspläne, die als grundsätzlich vom Auftraggeber bereitzustellende Ausführungsplanung zu kennzeichnen sind. Wird in einem solchen Fall eine Vergütungsvereinbarung nicht ausdrücklich getroffen, so ist § 2 Abs. 9 entsprechend anwendbar.

9. Vergütungsansprüche bei Stundenlohnarbeiten, § 2 Abs. 10 VOB/B

- 9.1. § 2 Abs. 10 VOB/B regelt, inwieweit dem Auftragnehmer überhaupt Vergütungsansprüche für Stundenlohnarbeiten dem Grunde nach zustehen. § 15 VOB/B regelt die Frage, welche Vergütung dem Auftragnehmer im Einzelfall für vereinbarte Stundenlohnarbeiten der Höhe nach geschuldet wird.
- 9.2. Stundenlohnarbeiten sind nur zu vergüten, wenn sie als solche vor Beginn der Ausführung **ausdrücklich vereinbart worden sind**. Dem Auftragnehmer steht demzufolge keine Stundenlohnvergütung zu, wenn er eine entsprechende Vereinbarung nicht getroffen hat. Reines Dulden der Arbeiten reicht normalerweise nicht aus.
- 9.3. Kommt eine Stundenlohnvereinbarung nicht zustande, kann der Auftragnehmer für seine Arbeit keine Vergütung auf der Basis der Stundenlohnberechnung fordern. Die von ihm durchgeführte Leistung ist vielmehr auf der Grundlage der Einheitspreise gem. § 2 Abs. 2 VOB/B abzurechnen. Dies gilt jedoch nur, sofern überhaupt die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch vorliegen. Einem eigenmächtig handelnden Auftragnehmer steht keine weitere Vergütung zu.
- 9.4. Ist zwischen den Vertragsparteien grundsätzlich eine Einigung darüber getroffen worden, dass gewisse Leistungen in Regie abgerechnet werden (hierfür ist der Auftragnehmer beweispflichtig!), sind bezüglich der Höhe der zu vergütenden Stundenlohnarbeiten die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 - 5 VOB/B zu beachten.
- 9.5. Bereits mit Urteil vom 14.07.1994 (BauR 1994, Seite 67) hat der BGH noch einmal klargestellt, dass selbst die Unterschrift unter einem Stundenlohnzettel die Stundenlohnvereinbarung in der Regel nicht ersetzt.

Dies gilt zumindest dann, wenn lediglich der Bauleiter des Auftraggebers die Stundenlohnzettel unterschrieben hat, dem jedoch eine Vollmacht zum Abschluss einer solchen Vereinbarung fehlt. Nach Auffassung des BGH gibt es keine Vermutung dafür, dass ein Bauleiter die Vollmacht besitzt, den Bauvertrag zu ändern und im Vertrag nicht vorgesehene Stundenlohnarbeiten zu vereinbaren. Hat der Auftraggeber selbst die Stundenlohnzettel unterzeichnet, ohne dass es vor Ausführung der Arbeiten eine Stundenlohnvereinbarung gibt, so ist die Rechtsprechung diesbezüglich divergierend. Nach dem Urteil des OLG München vom 01.02.2000 (= IBR 2002, 240) hat der Auftraggeber mit seiner Unterschrift nur bestätigt, dass die dort aufgelisteten Arbeiten auch tatsächlich ausgeführt worden sind. Hierdurch wird aber keine Vereinbarung der Vergütung nach Stundenlöhnen bestätigt oder begründet. Andere Auffassung ist das OLG Hamburg (BauR 2000, 1491), wonach der Auftraggeber mit der Abzeichnung der Stundenlohnzettel nicht nur die dort geleisteten Arbeiten, sondern auch eine Vergütung nach Stundenlohnarbeiten anerkennt.

- 9.6. Auch bei Unterzeichnung der Stundenlohnzettel kann der Auftraggeber später noch einwenden, dass die Mitarbeiter des Auftragnehmers „zu langsam“ gearbeitet haben und die Regiestunden daher zu kürzen sind. Der BGH hat mit seinem Urteil vom 01.02.2000 (= BauR 2000, 1196) entschieden, dass der Auftragnehmer zu einer wirtschaftlichen Betriebsführung verpflichtet ist. Verletzt der Auftragnehmer diese Verpflichtung, so stellt dies eine Vertragsverletzung dar, die zu einem Schadensersatzanspruch des Auftraggebers und damit letztendlich zu einer Minderung der Stundenlohnvergütung des Auftragnehmers führt. Der Auftraggeber muss darlegen, weshalb der Auftragnehmer unwirtschaftlich gearbeitet hat und dass die ausgeführten Arbeiten bei wirtschaftlicher Betriebsführung einen geringeren Zeitaufwand verursacht hätten. In der Regel bietet sich zum Beweis hierfür ein Sachverständigengutachten an.

- 9.7. Manche Auftraggeber versuchen sich vor unerwünschten Stundenlohnarbeiten durch Schriftformklauseln etwa folgenden Inhalts zu schützen:

„Stundenlohnarbeiten dürfen nur geleistet werden, wenn sie schriftlich angeordnet werden.“

Die Rechtsprechung hat eine solche Klausel für wirksam (OLG Zweibrücken, BB 95, 13) und für unwirksam (LG München, Baurechts-Report 3/91) gehalten. Letztendlich dürfte es auf die Wirksamkeit einer solchen Klausel jedoch nicht ankommen, da nach § 305 b BGB individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Um eine solche individuelle Vertragsabrede würde es sich handeln, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer -wenn auch mündlich- mit der Ausführung von Stundenlohnarbeiten beauftragt. Der Auftraggeber kann sich wirksam nur mit folgender Klausel vor „unkontrollierten Vereinbarungen“ seiner Bauleiter schützen:

„Zusätzliche Stundenlohnarbeiten können nur von der Geschäftsleitung rechtswirksam in Auftrag gegeben werden.“

Der BGH hat in seinem Urteil vom 14.07.1994 (= WM 95, 34) eine solche Klausel für wirksam erachtet, vgl. hierzu Hofmann/Frikell, Nachträge am Bau, 3. Aufl., Seite 197.

10. Zusammenfassung / Leitfaden

Den Vergütungsansprüchen des § 2 Abs. 3, 5, 6 und 7 VOB/B liegen allgemein folgende Grundsätze zugrunde:

- Eine Aufhebung bzw. eine Änderung des vereinbarten Einheitspreises tritt nie automatisch ein. Eine neue Preisvereinbarung ist nur dann zu treffen, wenn dies ausdrücklich verlangt wird.
- Bei den Ansprüchen gem. § 2 Abs. 3, 5 und 7 VOB/B handelt es sich nicht um eine „Einbahnstraße“. Wenn die betreffenden Voraussetzungen vorliegen, kann sowohl der Auftraggeber das Verlangen auf eine Reduzierung des Einheitspreises als auch der Auftragnehmer das Verlangen auf Erhöhung des vereinbarten Einheitspreises geltend machen.
- Die betreffenden Vergütungsansprüche sind stets auf eine Änderung des betreffenden Einheitspreises gerichtet. Auf den Umfang der

gesamten Leistung (Auftragssumme bzw. Abrechnungssumme) kommt es nicht an (**Ausnahme:** § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B beim Pauschalpreis, wenn erhebliche Mengenänderungen vorliegen).

- Können sich die Vertragsparteien über einen neuen Einheitspreis nicht einigen, muss dieser vom Gericht bestimmt werden (§§ 315 ff BGB). Bei der Bestimmung des neuen Einheitspreises durch das Gericht ist in der Regel stets vorher ein Sachverständigengutachten in Auftrag zu geben.

IV. **VOB/C: Nebenleistung oder Besondere Leistung**

Bei Vereinbarung der VOB/B gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) als Bestandteil des Vertrages, vgl. § 1 Abs. 1 VOB/B. Die VOB/C enthält neben den Allgemeinen Regelungen für Bauarbeiten jeder Art (DIN 18299) in der Ausgabe 2019 insgesamt 64 verschiedene Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen zu den verschiedensten Gewerken, von Erdarbeiten (DIN 18300) über Maurerarbeiten (DIN 18330) bis zu Abbruch- und Rückbauarbeiten (DIN 18459). Jede Allgemeine Technische Vertragsbedingung für Bauleistungen (ATV) ist wie folgt aufgebaut:

- 0 Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung
- 1 Geltungsbereich
- 2 Stoffe, Bauteile
- 3 Ausführung
- 4 Nebenleistungen, Besondere Leistungen
- 5 Abrechnung

Für Nachträge von besonderer Bedeutung sind die Abschnitte 4 (Nebenleistungen, Besondere Leistungen), die ergänzend zu der DIN 18299 (Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art) bestimmen, bei welchen Arbeiten es sich um Nebenleistungen oder Besondere Leistungen handelt -sofern sich nicht im Bauvertrag speziellere Bedingungen ergeben-. So bestimmt z. B. die DIN 18299 (Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art), dass Nebenleistungen insbesondere sind:

„4.1.1 Einrichten und Räumen der Baustelle einschließlich der Geräte und dergleichen.

4.1.2. Vorhalten der Baustelleneinrichtung einschließlich der Geräte und dergleichen.

....

4.1.8. Vorhalten der Kleingeräte und Werkzeuge."

Die DIN 18318 (Verkehrswegebauarbeiten - Pflasterdecken und Plattenbeläge, Einfassungen) bestimmt im Abschnitt 4.2.9 als Besondere Leistung:

„Räumen von Schnee und Abstumpfen bei Glätte zur Aufrechterhaltung des Verkehrs."

Oder unter 4.2.11

„Herstellen von Musterflächen".

Nebenleistungen sind Leistungen, die auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören (§ 2 Abs. 1 VOB/B). Die Abschnitte 4 dieser DIN-Vorschriften regeln zunächst einmal, was zur vertraglichen Leistung gehört (Nebenleistungen) und was nicht (Besondere Leistungen). Die Frage der Vergütung ist hiermit noch nicht geregelt. Maßgeblich dafür, ob dem Auftragnehmer für ausgeführte Besondere Leistungen ein Vergütungsanspruch zusteht, ist § 2 VOB/B mit den jeweiligen Vergütungstatbeständen.

Das Oberlandesgericht Dresden hat in seinem Urteil vom 31.08.2011 – 1 U 1682/10 (= IBR 2012, 67) ausgesprochen, dass der Auftragnehmer keine zusätzliche Vergütung für solche Leistungen verlangen kann, die nach den Vorschriften der VOB/C gesondert zu vergüten sind, wenn die Parteien eines Bauvertrages vereinbart haben, dass *„alle Baustelleneinrichtungen und Nebenleistungen, die nicht im Leistungsverzeichnis besonders aufgeführt sind, in die Einheitspreise einzukalkulieren sind“*. Das OLG Celle hat in seinem Urteil vom 05.01.1995 – 22 U 7/94 (= IBR 1995, 330) die gegenteilige Auffassung vertreten. Hiernach ist eine solche Klausel in den Bauvertragsbedingungen nach dem AGB-Recht überraschend und damit unwirksam. In beiden zu entscheidenden Fällen ging es um Gerüste mit einer Höhe von mehr als 2 m. Nach dem Abschnitt 4.1.1 der DIN 18338 Dachdeckungs- und Dachabdichtungsarbeiten stellt das Auf- und Abbauen sowie Vorhalten der Gerüste, deren Arbeitsbühnen nicht höher als 2 m über Gelände und Fußboden liegen, eine Nebenleistung dar. Entsprechendes gilt für die DIN 18339 Klempnerarbeiten, wonach gemäß dem Abschnitt 4.1.1 ebenfalls das Auf- und Abbauen sowie Vorhalten der Gerüste, deren Arbeitsbühnen nicht höher als 2 m über Gelände oder Fußboden liegen, eine Nebenleistung dar.

V. Die Auswirkungen von Skonto und Nachlass auf Nachträge

Die Rechtsprechung hat bisher die Frage, ob Skonto und Nachlässe auch für Nachträge gelten, nicht einheitlich entschieden. Die Rechtsprechung tendiert aber dazu, Skonto und Nachlässe auch für Nachträge gelten zu lassen. Dies gilt insbesondere für Nachträge gem. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B, da Grundlage für die Ermittlung des Nachtragspreises die Preisermittlungsgrundlagen, also auch der vereinbarte Nachlass sind. Bei selbstständigen Anschlussaufträgen i. S. von § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B muss ein Skonto und Nachlass gesondert vereinbart werden. Bei diesen Anschlussaufträgen handelt es sich nicht um die Erweiterung des ursprünglichen Vertrages, sondern um einen neuen eigenen Vertrag. Der Auftragnehmer muss zustimmen, sodass auch der Preis neu ausgehandelt werden muss.

Beachte: Besondere Vorsicht ist geboten, wenn die Bauvertragsparteien bereits während der Bauausführung eine Nachtragsvereinbarung treffen.

Möchte der Auftraggeber den in dem Hauptauftrag vereinbarten Nachlass und Skonto auch für die Nachtragsvereinbarung in Anspruch nehmen, so sollte er dies in die Nachtragsvereinbarung bereits mit aufnehmen. Später könnte ansonsten der Auftragnehmer einwenden, dass dem Auftraggeber mangels ausdrücklicher Regelung in der Nachtragsvereinbarung kein Anspruch auf Nachlass oder Skonto zusteht.

VI. Die formalen Anforderungen an die Fälligkeit und Verzinsung von Rechnungen

1. Welche Anforderungen an eine Schlussrechnung und Abschlagsrechnung zu stellen sind, ergibt sich aus § 14 Abs. 1 u. 2 VOB/B. Wichtigster Grundsatz ist hierbei, dass der Auftragnehmer seine Leistungen „prüfbar“ abzurechnen hat. Gem. § 14 Abs. 1 S. 2 VOB/B hat der Auftragnehmer seine Rechnungen „übersichtlich aufzustellen“. Dies bedeutet Folgendes:
 - Die in Rechnung gestellten Leistungselemente müssen genau bezeichnet sein.
 - Die einzelnen Positionen der Schlussrechnung/Abschlagsrechnung müssen der Reihenfolge der Positionen des Leistungsverzeichnisses („Posten“) entsprechen.
 - Hierbei sind die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Der Unternehmer hat deshalb, um den Erfordernissen der prüfbaren Rechnung gerecht zu werden, seine Rechnungsaufstellung sozusagen spiegelbildlich nach der Reihenfolge und den einzelnen Positionen der Leistungsbeschreibung auszurichten.
2. Zu einer einwandfreien prüfbaren Rechnung gehört es ferner, Massenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege der Rechnung beizufügen, soweit diese zur Erklärung oder zum Nachweis einzelner Rechnungspositionen notwendig sind, § 14 Abs. 1 Satz 3 VOB/B.
3. Nach § 14 Abs. 1 Satz 4 VOB/B sind darüber hinaus Änderungen oder Ergänzungen des ursprünglichen Vertrages in der Rechnung besonders kenntlich zu machen und auf Verlangen getrennt abzurechnen.

4. Eine Schlussrechnung liegt nicht nur dann vor, wenn sie mit „Schlussrechnung“ benannt ist. Auch ohne so bezeichnet zu sein, liegt eine „Schlussrechnung“ i. S. von § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vor, wenn in dieser alle vom Auftragnehmer übernommenen und ausgeführten Arbeiten enthalten sind und dies erkennbar ist (vgl. OLG Köln, BR 4/93).
5. Zweifelhaft ist, ob auch bei einem BGB-Bauvertrag neben der Abnahme für die Fälligkeit des Werklohns die Erteilung einer Rechnung notwendig ist. Der BGH hat zumindest „i. S. des Verjährungsrechtes“ den Vergütungsanspruch schon mit der Abnahme fällig gestellt, auch wenn von dem Unternehmer eine Schlussrechnung noch gar nicht erstellt worden ist (BGH, BauR 1981, Seite 199). Aufgrund dieser BGH-Entscheidung ist in Literatur und Rechtsprechung strittig, inwieweit auch bei einem BGB-Vertrag vor dem 01.01.2018 das Vorliegen einer prüfbaren Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist. Die herrschende Meinung in der Literatur bejaht dies. Seit dem 01.01.2018 ist nach § 650 g Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 BGB eine prüfbare Schlussrechnung ebenfalls Fälligkeitsvoraussetzung.
6. Bei einem BGB-Vertrag kommt der Auftraggeber, wenn er eine fällige Rechnung nicht bezahlt hat, nach einer Mahnung in Verzug, bzw. bei Nicht-Verbrauchern 30 Tage nach Zugang der Rechnung. Bei einem VOB-Vertrag hat der Auftragnehmer gem. § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B nach Fälligkeit keine angemessene Nachfrist zur Zahlung mehr zu setzen. Auch hier kommt der Auftraggeber ohne, dass es einer Nachfristsetzung bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnungsaufstellung in Verzug, vgl. § 16 Abs. 5 Nr. 3 S. 3 VOB/B. Wenn er keine höheren Verzugszinsen nachweisen kann, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz, vgl. § 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 VOB/B i. V. m. § 288 Abs. 2 BGB.

VII. Strategien zur Vermeidung von häufigen Konfliktsituationen wie Arbeitseinstellung oder Vertreter ohne Vertretungsmacht

1. Eindeutige Vertragsgrundlagen

Bereits bei Vertragsabschluss sollte der Inhalt der Vertragsleistung eindeutig bestimmt werden. Die Vertragsbestandteile (Angebote, Leistungsverzeichnisse etc.) sind eindeutig zu bezeichnen. Wird eine Pauschale vereinbart, so ist auch dies eindeutig zu vereinbaren, damit hierüber später kein Streit entsteht. Auch die Vollmachten (z. B. für die Abnahme, für die Beauftragung von Stundenlohnarbeiten oder Nachträgen) des Bauleiters sollten in dem Vertrag bereits geregelt sein.

2. Frühzeitiger Hinweis auf Nachträge

Der Auftragnehmer sollte seinen Auftraggeber frühzeitig auf Nachträge hinweisen. In diesem Fall ist es dem Auftraggeber seinerseits möglich, seinem Auftraggeber/Bauherrn den Nachtrag weiterzugeben und durchgesetzt zu bekommen.

3. Schriftform/Dokumentation

Der Auftragnehmer sollte sich mündliche Anordnungen oder anderweitige auf der Baustelle getroffene Vereinbarungen schriftlich bestätigen lassen oder – falls dies nicht möglich ist – dem Auftraggeber eine Auftragsbestätigung über die getroffene Vereinbarung zukommen lassen. Anhand dieser Schriftform ist es dann sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber möglich, bei Rechnungsstellung die Begründetheit des Nachtrags nachzuvollziehen.

VIII. Die Reform des Bauvertragsrechts ab dem 01.01.2018

Am 09.03.2017 hat der Bundestag das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren (BauVG) verabschiedet. Das Gesetz wurde am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und es tritt am 01.01.2018 in Kraft. Es gilt für alle Verträge, die ab diesem Zeitpunkt geschlossen werden.

Die wichtigsten Inhalte dieses BGB-Reformgesetzes sind die:

1. Anpassung der kaufrechtlichen Mängelhaftung an die einschlägige EuGH-Rechtsprechung für den Verbraucherbereich,
2. Verbesserung des Verbraucherschutzes bei Bauverträgen durch Aufnahme eines Verbraucherbauvertrages im BGB,
3. Aufnahme spezifischer Sonderregelungen im BGB für einen Architekten-Vertrag und Ingenieur-Vertrag,
4. Einführung eines Anordnungsrechtes des Bestellers einschließlich von Regelungen zur Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen,
5. Änderungen und Ergänzungen der Regelungen zur Abnahme,
6. Normierung einer Kündigung aus wichtigem Grund und
7. Einführung der gesetzlichen Paragraphen in Hinblick auf den Bauvertrag u. a. in §§ 650 a bis 650 v.

1. Gesetzestext

Für Nachträge am Bau, also die Vergütung des Auftragnehmers, relevant sind insbesondere folgende neue Paragraphen:

§ 650 a Bauvertrag

- (1) *Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.*
- (2) *Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.*

§ 650 b Änderung des Vertrags, Anordnungsrecht des Bestellers

- (1) *Begehrt der Besteller*
 1. *eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2) oder*

2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist,

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit nach Abs. Satz 1 Nr. 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650 c Abs. 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

- (2) *Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Abs. 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Abs. 1 S. 1 Nr. 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Abs. 1 S. 3 gilt entsprechend.*

§ 650 c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650 b Abs. 2

- (1) *Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage,*

steht diesem im Falle des § 650 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

- (2) *Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.*
- (3) *Bei der Berechnung von vereinbarten oder gem. § 632 a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werkes fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach Abs. 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.*

§ 650 d Einstweilige Verfügung

Zum Erlass einer einstweiligen Verfügung in Streitigkeiten über das Anordnungsrecht gem. § 650 b oder die Vergütungsanpassung gem. § 650 c ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.

2. Das Anordnungsrecht des Bestellers zur Änderung des Vertrages, § 650 b und c BGB

§ 650 b BGB ist eine zentrale Vorschrift des neuen Rechts. Abs. 1 behandelt zunächst die Variante, dass sich die Parteien einvernehmlich über die Änderung des Vertrages einigen. Das Gesetz unterscheidet in Abs. 1 zwischen der „*gewillkürten Änderung*“ (Nr. 1: Die Änderung des

vereinbarten Werkerfolgs) und der „*notwendigen Änderung*“ (Nr. 2: Die Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist.). Voraussetzung für das Anordnungsrecht des Auftraggebers ist, dass überhaupt ein Bauvertrag nach § 650 a BGB vorliegt. Für Architekten- und Ingenieurverträge gilt nach § 650 q Abs. 1 BGB das Anordnungsrecht entsprechend.

Die „*notwendige Änderung*“ gemäß Nr. 2 muss der Auftragnehmer befolgen. Die „*gewillkürte*“ Änderung gemäß Nr. 1 muss der Auftragnehmer nur befolgen, wenn sie ihm zumutbar ist, Abs. 2 S. 2. Dies hat der Auftraggeber darzulegen und zu beweisen. Bei betriebsinternen Gründen des Auftragnehmers, also bei einer Auslastung mit anderen Aufträgen, fällt dem Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast zu (§ 650 b Abs. 1 S. 3 BGB). Er muss also beweisen, dass er aufgrund anderer Aufträge nicht in der Lage ist, die „*gewillkürte Änderung*“ ausführen zu können.

Nach § 650 b Abs. 1 BGB sollen die Parteien ein Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistenden Mehr- oder Mindervergütung anstreben. Hierzu ist der Auftragnehmer verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Kommt zwischen den Parteien innerhalb von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens keine Einigung über die Vergütungsanpassung zustande, ist der Auftraggeber berechtigt, die betreffende Änderung verbindlich anzuordnen (Anordnungsrecht), § 650 b Abs. 2 S. 1 BGB.

Die Höhe der Vergütung richtet sich in diesem Fall nach der Regelung in § 650 c *Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650 b Abs. 2*. Nach § 650 c Abs. 1 BGB bestimmt sich die Höhe der Vergütung „nach den *tatsächlich erforderlichen Kosten*“. Hierbei handelt es sich nicht um die übliche Vergütung. Zum einen gibt es eine solche für spezielle Bauleistungen nicht oft. Und zum anderen fallen mit der Änderung auch Teilleistungen weg, so dass man nicht allein auf die übliche Vergütung der geänderten Leistung abstellen kann. Nach § 650 c Abs. 2 BGB kann sich der Auftragnehmer zur Berechnung seiner Vergütung für den Nachtrag auch auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation berufen. Das Gesetz vermutet, dass die auf Basis dieser Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der dem Auftragnehmer zustehenden Vergütung nach § 650 c

Abs. 1 BGB entspricht. Der Auftraggeber kann diese Vermutung aber widerlegen und darlegen, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten geringer bzw. eine Kostenminderung tatsächlich größer sind.

Zu vergleichen sind daher die hypothetischen Kosten ohne Anordnung des Auftraggebers mit den Ist-Kosten aufgrund der Anordnung des Auftraggebers. Die Differenz ist die Grundlage für die Mehrvergütung/den geänderten Aufwand. Nur hierauf sind die angemessenen Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn zu gewähren.

Mit dieser gesetzlichen Regelung zur Höhe der Vergütung wird der in der VOB/B bis zu dem o. g. Urteil des BGH vom 08.08.2019 geltende Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ aufgehoben. Ein sich verkalkulierter Auftragnehmer kann sich zukünftig bei der Vergütungsanpassung auf die tatsächlich erforderlichen Kosten und angemessene Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn stützen und ist nicht an seine Urkalkulation gebunden. Der „spekulierende“ Auftragnehmer kann sich bei der Vergütungsanpassung zwar auf seine Urkalkulation stützen, der Auftraggeber kann aber widerlegen, dass diese neue Vergütung unter Berücksichtigung der tatsächlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn zustande gekommen ist. Der Gesetzesbegründung kann entnommen werden, dass dem Auftragnehmer sein bisheriger Gewinn/Verlust verbleiben soll und dieser sich durch die Änderung der Bauleistung aber nicht erhöhen/verringern soll (keine Potenzierung der Gewinne und Verluste!).

Beispiel 1:

- vereinbarter Einheitspreis: € 100,00
- kalkuliert: Kosten € 90,00 und AGK/WuG € 10,00 (= angemessen)
- hypothetische Ist-Kosten ohne Anordnung: € 110,00
- tatsächliche Ist-Kosten mit Anordnung: € 120,00
- Differenz: € 10,00
- Mehrvergütung: € 10,00 + angemessene € 1,00 für AGK/WuG
- neuer Einheitspreis: € 111,00, das heißt, der Verlust von € 20,00 bleibt bei dem Auftragnehmer, er erhöht sich aber nicht.

Beispiel 2:

- vereinbarter Einheitspreis: € 100,00
- kalkuliert: Kosten € 90,00 und AGK/WuG € 10,00 (= angemessen)
- hypothetische Ist-Kosten ohne Anordnung: € 80,00
- tatsächliche Ist-Kosten mit Anordnung: € 120,00
- Differenz: € 40,00
- Mehrvergütung: € 40,00 + angemessene € 4,00 für AGK/WuG
- neuer Einheitspreis: € 144,00 das heißt, der Gewinn von € 10,00 bleibt bei dem Auftragnehmer neben dem angemessenen Zuschlag für AGK/WuG, er erhöht sich aber nicht.

Nach § 650 c Abs. 1 Satz 2 BGB steht dem Auftragnehmer im Falle einer „*notwendigen Änderung*“ kein Mehrvergütungsanspruch zu, wenn er auch das Bauwerk geplant hat. Dieser Regelung liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Auftragnehmer die Verantwortung für den Planungsfehler (notwendige aber nicht geplante Bauleistung zur Erreichung des Werkerfolgs) zu tragen hat, so dass es nicht gerechtfertigt wäre, ihm für die Mehrleistung eine Vergütung zu gewähren. Dies dürfte jedoch nur dann gelten, wenn der Auftragnehmer auch das Vergütungsrisiko für seine Planung übernommen hat, was regelmäßig bei einem Globalpauschalpreisvertrag der Fall ist. Hat der Auftragnehmer allerdings einen Detailpauschalpreisvertrag vereinbart, so wird man ihm einen Mehrvergütungsanspruch nicht absprechen können, da er in diesem Fall zwar mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses die Planung übernommen hat, er aber hierzu nicht verpflichtet war und er nicht das Vergütungsrisiko für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Planung übernommen hat.

3. Die neue Einstweilige Verfügung nach § 650 d BGB

Nach § 650 b Abs. 3 BGB hat der Auftragnehmer ein einseitiges vorläufiges Preisbestimmungsrecht. Er kann in seinen Abschlagsrechnungen für die geänderten Leistungen 80 % seiner angebotenen Nachtragsvergütung abrechnen. Wenn der Auftraggeber hierauf nicht bezahlt, gerät er in Verzug. Der Auftragnehmer könnte dann die Leistung einstellen und/oder kündigen, auch wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass seine Nachtragsforderung überhöht war.

Das KG Berlin hat in seinem Urteil vom 02.11.2021 - 27 U 120/21 ausgesprochen:

„Auch im VOB-Vertrag kann der Auftragnehmer bei der Berechnung von geschuldeten Abschlagszahlungen 80% der Nachtragsvergütung ansetzen und im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen. Das gilt selbst dann, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart ist.“

Mit § 650 d *Einstweilige Verfügung* hat der Gesetzgeber für beide Parteien des Bauvertrages die Möglichkeit geschaffen, bei Streitigkeiten über das Anordnungsrecht oder die Vergütungsanpassung eine einstweilige Verfügung zu beantragen. Bei diesem *„Schnellverfahren“* entscheidet das Gericht z. B. darüber, ob der Unternehmer verpflichtet ist, eine bestimmte Anordnung auszuführen oder der Auftraggeber verpflichtet ist eine bestimmte Nachtragsvergütung zu bezahlen. Zu beachten ist hierbei, dass die Dringlichkeit der Einstweiligen Verfügung vermutet wird: *„... ist es nach Beginn der Bauausführung nicht erforderlich, dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.“*

Vorstellbar ist z.B. folgender Antrag des Auftragnehmers:

„Der Antragsgegner (= Auftraggeber) ist verpflichtet, dem Antragsteller (= Auftragnehmer) auf dessen Abschlagsrechnung vom ... € ... nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem ... zu bezahlen.“

Voraussetzung für diesen Antrag dürfte sein, dass der Auftragnehmer die vertragsgemäße Ausführung der angeordneten Leistung glaubhaft macht und er den Anspruch durch Stellung einer Abschlagsrechnung (mit den 80 % einer in seinem Angebot nach § 650 b Absatz 1 Satz 2 genannten streitigen Mehrvergütung, vgl. § 650 c Abs. 3 BGB) fällig stellt. Fraglich ist, ob er auch darlegen und glaubhaft machen muss, dass ihm insgesamt überhaupt ein Saldo aus den gestellten Abschlagsrechnungen und den Zahlungen des Auftraggebers zusteht, und ob der Auftraggeber Mängel einwenden kann. Beides dürfte zu bejahen sein.

Folgender Antrag des Auftraggebers ist z. B. vorstellbar:

- „1. Dem Antragsgegner wird bei Meidung eines Ordnungsgeldes bis zu € 125.000,00, hilfsweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, aufgegeben, folgende Leistung bis zum ... auszuführen:... .
2. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin nicht verpflichtet ist, dem Antragsgegner für die Ausführung dieser Leistung eine Mehrvergütung zu bezahlen.“

oder:

„Es wird festgestellt, dass durch die Anordnung der Antragstellerin vom ... , ... einzubauen, der Leistungsinhalt des Bauvertrages vom ... nicht geändert wird.“

Bisher ist es streitig, ob solche Feststellungsverfügungen (im Gegensatz zu den Leistungsverfügungen, mit denen ein bestimmtes Tun, z. B. Zahlung oder Ausführung, angeordnet wird) überhaupt zulässig sind. Solche Anträge sind daher augenblicklich noch mit Zurückhaltung zu wählen.

Ist das Gericht von dem Mehrvergütungsanspruch nicht überzeugt, kann es auch aussprechen, dass der Auftraggeber „als weniger“ eine Sicherheit zu leisten hat. Die Entscheidungen des Gerichts im Rahmen einer einstweiligen Verfügung sind nur vorläufig und auf Antrag der Parteien muss hierüber das „Hauptsachegericht“ ggf. in einem langwierigen Hauptsacheverfahren entscheiden.

Fraglich ist, ob dieses „Schnellverfahren“ auch bei Architekten- und Ingenieurverträgen gilt, da in § 650 q BGB (Architekten- und Ingenieurvertrag) nicht auf § 650 d BGB verwiesen wird. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es sich hierbei lediglich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelt, so dass § 650 d BGB auch in einem Architekten- und Ingenieurvertrag gilt.