

Rundbrief 10 – Februar 2015**1. Zur Kalkulation eines Nachtrags nach § 2 Abs. 5 VOB/B**

- a. Ist bei einem VOB/B-Bauvertrag streitig, ob Abrechnung nach Einheitspreisen vereinbart ist, muss der Auftragnehmer eine entgegenstehende, nur eine geringere Vergütung einräumende Behauptung des Auftraggebers – wie zum Beispiel die Vereinbarung einer Pauschalsumme – widerlegen und die Vereinbarung der Abrechnung nach Einheitspreisen beweisen (BGH Urt. v. 09.04.1981 – VII ZR 262/80; BauR 1981, 388 ff.)
- b. Bei Nachträgen gilt § 632 BGB nicht, wenn die Parteien einen VOB/B-Bauwerkvertrag geschlossen haben, und zwar für alle nach § 1 Abs. 3 u. 4 VOB/B angeordneten oder ohne Auftrag durchgeführte Nachtragsarbeiten, die ohne Vergütungsvereinbarung ausgeführt werden.

Begründung:

§ 2 VOB/B enthält insoweit eigenständige vertragliche Regelungen zur Bemessung der Nachtragsvergütung auf der Basis der Vertragspreise.

- c. Nach BGH Urt. v. 14.03.2013 – VII ZR 142/12; IBR 2013, 261 erfolgt die Ermittlung der Vergütung für die geänderten Leistungen
 - (1) unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten
 - (2) im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers
 - (3) in Form einer vorkalkulatorischen Fortschreibung in der Weise, dass an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird.
 - (4) abzustellen ist dabei auf die Auftragskalkulation der geänderten Position
 - (5) was allerdings nicht ausschließt, dass sich die Mehr- oder Minderkosten infolge der Leistungsänderung auch in anderen Positionen ergeben können
 - (6) Kostenelemente, die durch die Änderung nicht betroffen sind, bleiben grundsätzlich unverändert.
 - (7) bei den betroffenen Kostenelemente muss die Auswirkung der Leistungsänderung berücksichtigt werden
 - (8) für den neu zu bildenden Einheitspreis sind grundsätzlich die gleichen Kostenansätze zu wählen wie in der vom Auftragnehmer dem Vertrag zugrunde gelegten Kalkulation
 - (9) wirkt sich die Leistungsänderung im Ergebnis wie eine Mengenänderung aus, so wird der neue Preis in Anlehnung an die Preisermittlungsregeln des § 2 Abs. 3 VOB/B ermittelt.
 - (10) eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragsposition die Kostenelemente nicht enthält.
 - (11) die Bezugsposition ist eine vergleichbare Position in der Auftragskalkulation. Sie soll das Vertragsniveau sichern
 - (12) sind mehrere Bezugspositionen vorhanden mit unterschiedlichen Herstellungsarten/Arbeitsausführungen und damit unterschiedlichen Preisen vorhanden, darf

weder die günstigste noch die ungünstigste Position herangezogen werden, sondern muss eine Gesamtschau erfolgen, damit sichergestellt ist, dass dem Auftragnehmer durch die Leistungsänderung keine Nachteile entstehen. Deckungsbeiträge für den Gewinn müssen auf jeden Fall dem Auftragnehmer erhalten bleiben

- d. Die Vorlage der Angebotskalkulation ist grundsätzlich hierfür notwendig [OLG Düsseldorf Urt. v. 25.10.2013 – 22 U 21/13; IBR 2014, 67, OLG Düsseldorf Urt. v. 21.11.2014 – 22 U 37/14; IBRRS 2015, 0203]. Fehlt diese, ist eine nachträgliche Erstellung einer plausiblen Kalkulation für die vereinbarten Vertragspreise erforderlich und sie ist der neuen Kalkulation für den geforderten Nachtragspreis gegenüberzustellen.

Geschieht dies nicht, ist ein mit einer Klage geltend gemachter Mehrvergütungsanspruch bei Nachträgen unschlüssig mit der Folge, dass die Klage abgewiesen wird.

- e. Nach OLG Dresden Urt. v. 15.01.2015 – 9 U 764/14 ist ein klagweise geltend gemachter Mehrkostenanspruch aus Nachträgen bei einem VOB/B-Vertrag bei verspäteter Vorlage der Auftragskalkulation wegen Beweisfälligkeit zur geltend gemachten Höhe abzuweisen. Dies gilt selbst dann, wenn der gerichtlich beauftragte Sachverständige – der fehlerhaft vom Gericht 1. Instanz beauftragt wurde – die in der Nachtragskalkulation enthaltene Ansätze als sachlich und rechnerisch richtig sowie die Preise als ortsüblich bezeichnet hat.

Mein Tipp:

Vor Klagerhebung sollte daher spätestens, wenn eine Auftragskalkulation nicht existiert diese nachträglich erstellt sein und diese ist mit der Klagbegründung ebenfalls sofort bei Gericht einzureichen.

Mein Vorschlag:

Da bei einem VOB/B-Vertrag § 2 Abs. 5 nur gilt, wenn die Parteien keine andere Vereinbarung getroffen haben, sollte daran gedacht werden, bei Nachträgen für die Preisbildung eine andere Regelung zu treffen, was auch AGB-rechtlich zulässig ist.

So kann zum Beispiel vereinbart werden, dass für Nachtragsleistungen gelten soll, dass die Vergütung hierfür nach tatsächlichen und ortsüblich Preisen und nicht nach Fortschreibung der dem Vertrag zugrundeliegenden Kalkulation erfolgen soll.

Das OLG Celle hat durch Urt. v. 12.09.2013 – 6 U 41/13 (BGH Urt. v. 18.12.2014 – VII ZR 258/13 – NZB zurückgewiesen) bestätigt, dass in einer Nachtragsvereinbarung wirksam festgelegt werden kann, dass der Auftragnehmer seine Mehrkosten wegen Zusatzleistungen getrennt nach zeitabhängigen, sog. „baubetriebsbedingten“ und zeitunabhängigen Mehrkosten geltend machen kann; in diesem Fall ist der Auftraggeber auch verpflichtet, dem Auftragnehmer den zeitabhängigen Mehraufwand zu vergüten. Das

gilt selbst dann, wenn die Abrechnung der baubetrieblichen Mehrkosten nicht den Vorgaben des § 2 Nr. 5 bzw. 6 VOB/B entspricht. Erbringt der Auftragnehmer im Wesentlichen Leistungen, die nicht Gegenstand seiner für den Ursprungsvertrag angebotenen und kalkulierten Leistungen waren, setzt die Vergütung dieser zusätzlichen Leistungen keine Nachtragskalkulation voraus. Der Anspruch des Auftragnehmers ist vielmehr zu schätzen.

2. Zur Ankündigungspflicht für zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B.

- a. § 2 Abs. 6 Ziffer 1 Satz 2 bestimmt die Ankündigungspflicht auf besondere Vergütung für nicht im Vertrag vorgesehene Leistungen vor Beginn der Ausführung.
- b. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Ankündigungspflicht nicht Anspruchsvoraussetzung, so zum Beispiel wenn beide Parteien
 - von der Entgeltlichkeit ausgehen
 - oder der Auftraggeber hiervon ausgehen musste,
 - oder nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung bestand, oder die rechtzeitige Ankündigung der Vergütungspflicht die Lage des Auftraggeber nicht verbessert hätte,
 - oder die Ankündigung ohne Verschulden des Auftragnehmers versäumt wurde. [OLG Koblenz Ur. v. 30.08.2007 – 5 U 105/07].

Der Auftraggeber muss aber zumindest Kenntnis von der Durchführung der Zusatzarbeiten haben. Fehlt es an dieser Kenntnis, kommt ein Anspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B nicht in Betracht

- c. Durch Entscheidung des OLG Köln Beschl. v. 28.11.2011 – 17 U 141/10 - der BGH hat durch Urteil v. 25.10.2012 – VII ZR 233/11 die Nichtzulassungsbeschwerde hiergegen zurückgewiesen, wurde nochmals klargestellt, was bei den bauausführenden Unternehmen nicht klar zu sein scheint:
 - (1) der Anspruch auf zusätzlich Vergütung muss vor Erbringung der Leistung angekündigt werden
 - (2) die Entbehrlichkeit der Ankündigungspflicht ist ein vom Auftragnehmer dezidiert darzulegender und zu beweisender Ausnahmetatbestand
Versäumt der Auftragnehmer seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch rechtzeitig anzukündigen, kann er Werklohnansprüche auch nicht auf andere rechtliche Gesichtspunkte stützen. Er verliert in diesem Fall komplett seinen Werklohnanspruch.

Hinweis:

Wegen der Rechtslage grundsätzlich bei zusätzlichen Arbeiten immer den zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 2 VOB/B vor Beginn der Ausführung der Arbeiten ankündigen.

Grund:

Es ist ungewiss, ob das Gericht später bei klagweiser Geltendmachung dieses Anspruchs einer vorherigen Ankündigung für entbehrlich hielt.

Erk Winkelmann
Rechtsanwalt und Notar a. D.
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht