

Die Behandlung entfallener Leistungen beim VOB/B-Vertrag

Rechtsanwalt Bernd Kimmich

Im Rahmen baurechtlicher Auseinandersetzungen stellt sich häufig die Frage, wie mit „entfallenen Leistungen“ umzugehen ist. Der Beitrag unterscheidet zunächst nach dem abgeschlossenen Vertragstyp, wobei im Folgenden der Einheitspreis- sowie der Detail-Pauschalvertrag behandelt werden. Schließlich werden unterschiedliche Fallgruppen gebildet, die danach differenzieren, aus welchen Gründen beauftragte Leistungen entfallen sind.

A. Einheitspreisvertrag

I. Entfall von Leistungen ohne Anordnung des Auftraggebers

1. Mengenabweichungen bis zu 10 %

§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B regelt, dass Mengenabweichungen aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse um nicht mehr als 10 % den Einheitspreis unberührt lassen. Abgerechnet wird die tatsächlich ausgeführte Menge zu dem vertraglich vereinbarten Einheitspreis, auch wenn die Mengenminderung unter 10 % nicht nur die direkten Kosten verändert, sondern darüber hinaus zu einer Verschlechterung der Deckungsbeiträge für Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn führt.

2. Die über 10 % hinausgehende Mengenminderung

Kommt es zu einer über 10 % hinausgehenden Mengenminderung, kann der Einheitspreis auf Verlangen des Auftragnehmers angepasst werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt allein eine Erhöhung des Einheitspreises, niemals ein Anspruch des Auftraggebers auf dessen Reduzierung in Betracht.¹ Eine Erhöhung des Einheitspreises kann aber nur verlangt werden, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält.²

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist dabei stets, dass die Mengenreduzierung ausschließlich auf einer *Änderung der örtlich vorgefundenen Verhältnisse*, also einer falschen Ermittlung der Vordersätze im Leistungsverzeichnis beruht, die Planung als solche dagegen unverändert bleibt.³

Nach dem Sinn der Vorschrift soll der Auftragnehmer wegen der über 10 % hinausgehenden Unterschreitung der Menge einen *vollständigen* Ausgleich der darauf entfallenden kalkulierten Deckungsbeiträge für Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn erhalten. Auch wenn § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B einen Teil der auszugleichenden Deckungsbeiträge, nämlich Wagnis und Gewinn, nicht ausdrücklich erwähnt, entspricht es der herrschenden Auffassung, dass tatsächlich *alle*

1 Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 5. Auflage, Rdnr. 525.

2 Zur Berücksichtigung von Nachträgen in der Ausgleichsberechnung vgl. Usselman, BauR 2004, 1217 ff.

3 BGH, BauR 2004, 495, 496; Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 17. Auflage, § 2 Abs. 3 Rdnr. 6.

entfallenden Deckungsbeiträge ausgleichspflichtig sind.⁴ Obwohl das Wagnis mit einer sich verringern Menge sinkt, wird es herrschender Auffassung nach nicht abgezogen, weil das Wagnis im Regelfall in der Auftragskalkulation nicht umsatzbezogen ausgewiesen wird, sondern das Unternehmerrisiko hinsichtlich eines Bauobjektes abdeckt. Deshalb müssen Wagnis und Gewinn gleich behandelt werden.⁵

3. Behandlung von „Null“-Mengen

Selbst wenn die tatsächlich ausgeführte Menge bei einer Position des Leistungsverzeichnisses gravierend absinkt, beispielsweise auf 5 % oder weniger, kann kein Zweifel daran bestehen, dass auch solche Mengenminderungen aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse ausschließlich nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B behandelt werden müssen und daneben kein Ausgleich nach anderen Vorschriften, wie beispielsweise der Störung der Geschäftsgrund-

BauR 2011, Seite 171|172

lage (§ 313 BGB), in Betracht kommt. Dieses unbestrittene Ergebnis belastet den Auftragnehmer indes nicht, weil er einen vollen Ausgleich der kalkulierten Deckungsanteile, wie oben unter A. I. 2. dargestellt, erhält.

Daraus folgt wiederum zwingend, dass ein Absinken der beauftragten Menge auf 0 %, also der Wegfall einer kompletten Position des Leistungsverzeichnisses, ohne Anordnung des Auftraggebers, ebenso behandelt werden muss, wie die Mengenminderung auf einen geringen Bruchteil der beauftragten Leistung.⁶ Auch wenn der Wortlaut des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B diesen Fall nicht ausdrücklich regelt, weil es hier eine „*tatsächlich ausgeführte Menge*“ nicht gibt, ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb bis zu einer Mengenminderung von 1 % ein Ausgleich nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B vorzunehmen ist, die Bestimmung dagegen unanwendbar sein soll, wenn überhaupt keine Menge ausgeführt worden ist. Im Ergebnis erhält der Auftragnehmer auch in dieser Fallkonstellation auf der Basis der beauftragten Menge einen vollständigen Ausgleich seiner kalkulierten Deckungsanteile.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses folgt aus dem Rechtsgedanken des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B bzw. der inhaltsgleichen Vorschrift in § 649 BGB. Auch nach diesen Bestimmungen soll einem Auftragnehmer kein Nachteil entstehen, wenn der Auftraggeber das Bausoll durch eine freie (Teil-)Kündigung reduziert.⁷ Das Ergebnis ist auch materiell gerecht, weil Planung und Ausschreibung und damit auch die Ermittlung von Vordersätzen, ohne eine davon abweichende vertragliche Vereinbarung, Sache des Auftraggebers ist (§ 3 Abs. 1 VOB/B). Hätte er die auszuführenden Arbeiten zunächst im Detail geplant und erst danach die zeichnerisch dargestellte Leistung in einem Leistungsverzeichnis versprachlicht, wären die auszuführenden Mengen aus der Planung zu ermitteln gewesen, sodass es nicht zu preisanpassungsrelevanten Mengenminderungen kommen musste.

4. Ausschluss des § 2 Abs. 3 VOB/B

Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung, dass eine Klausel im Bauvertrag, die das Preisanpassungsverlangen nach § 2 Abs. 3 VOB/B ausschließt, nicht gegen § 307

4 Beck'scher VOB-Kommentar-Jansen, § 2 Nr. 3 Rdnr. 43; Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB Teile A und B, 11. Auflage, § 2 Rdnr. 128; Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 3. Auflage, § 2 Rdnr. 152 ff.

5 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1, Rdnr. 537 m.w.N.; a.A.: BGH, BauR 1998, 185, 186; näher unter A. II. 3.

6 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1, Rdnr. 540; Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 3 Rdnr. 35; a.A.: Beck'scher VOB-Kommentar-Jansen, Teil B, 2. Auflage, § 2 Abs. 3 Rdnr. 55 ff.

7 Dazu unter A. II. 1.

Abs. 1 BGB verstößt und damit wirksam ist.⁸ Das ist zutreffend, weil der AGB-rechtliche Prüfungsmaßstab die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sind und dem Werkvertragsrecht nicht entnommen werden kann, dass Mengenänderungen zu einer Preisanpassung führen.⁹ Voraussetzung für die AGB-rechtliche Wirksamkeit ist jedoch, dass beide Preisanpassungsbestimmungen ausgeschlossen werden, also sowohl bei Mengenerhöhungen als auch bei Mengenreduzierungen. Bei einem Ausschluss des § 2 Abs. 3 VOB/B unterliegen nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB alle VOB/B-Bestimmungen der Inhaltskontrolle, auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr.¹⁰ Der Ausschluss von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B verwehrt es dem Auftragnehmer jedoch nicht, sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zu berufen, auch wenn dafür höhere Hürden überwunden werden müssen.¹¹

5. „Erleichterung“ der Leistung ohne Anordnung des Auftraggebers

Kommt es zu einer erleichterten Leistungsausführung ohne Anordnung des Auftraggebers, beispielsweise dadurch, dass eine einfachere als die ausgeschriebene Bodenklasse angetroffen wird, ist das kein Fall des § 2 Abs. 3 VOB/B. Denn die auszuführende Menge kann durchaus die gleiche geblieben sein, auch wenn der Boden einfacher zu bearbeiten ist als im Vertrag vorgesehen. Läge eine entsprechende Anordnung des Auftraggebers vor, wäre § 2 Abs. 5 VOB/B anwendbar. Fehlt es dagegen an einer Änderungsanordnung, muss ein solcher Fall nach den Grundsätzen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B bzw. § 649 BGB behandelt werden, um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Auftragnehmers zu vermeiden. Der Auftragnehmer erhält danach eine um die ersparten Kosten verringerte Vergütung.¹²

II. Entfallene Leistungen aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers

1. Freie (Teil-)Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B

Verringert sich die tatsächlich ausgeführte Menge deshalb, weil der Auftraggeber die entsprechende (Teil-)Leistung kündigt, ohne dass eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Auftragnehmers vorliegt, übt er sein Recht nach § 8 Abs. 1 VOB/B aus. Der Auftragnehmer hat in einem solchen Fall Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung; er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B).¹³

Ein solcher Fall ist nicht nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B zu behandeln, weil die Mengenminderung nicht auf einer falschen Mengenermittlung im Leistungsverzeichnis beruht, sondern wegen einer Kündigung des Auftraggebers, die nach § 8 Abs. 5 VOB/B schriftlich erklärt werden muss, eintritt.

Prinzipiell ergeben sich für die Vergütung des Auftragnehmers im Vergleich zu § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B keine Unterschiede, weil beiden Bestimmungen immanent ist, dass ein Auftragnehmer beim Entfall von Leistungen, die nicht in seinem Verantwortungsbereich

8 BGH, BauR 1993, 723, 725.

9 A.A.: Markus/Kaiser/Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 2. Auflage, Rdnr. 264 ff.

10 BGH, BauR 2004, 668.

11 Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage, 5. Teil Rdnr. 61.

12 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 1195; dazu nochmals unter B. I. 6.

13 Zu den Abrechnungsfolgen einer freien Kündigung vgl. Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 1190 ff. und Band 2, 4. Auflage, Rdnr. 1312 ff.; BGH, BauR 2005, 1916 ff.; BGH, BauR 2008, 506 ff.

liegen, keine Nachteile erleiden soll. Unterschiede bestehen allerdings dann, wenn sich die auszuführende Menge um weniger als 10 % reduziert. Geschieht dies ohne Anordnung des Auftraggebers, muss sich der Auftragnehmer an seinem Einheitspreis festhalten lassen. Dadurch entgehen ihm Deckungsbeiträge. Bei der freien Kündigung gibt es dagegen unabhängig davon, in welcher Größenordnung die Menge sinkt, stets einen vollen Ausgleich, sodass der Auftragnehmer nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B besser steht als bei einer Behandlung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B. Dieses Ergebnis ist sachgerecht, weil der Auftragnehmer beim Einheitspreisvertrag weiß, dass Mengenunterschreitungen bis zu 10 % keinen Ausgleich rechtfertigen. Das bedeutet aber nicht, dass er mit einer Kündigung beauftragter Leistungen rechnen muss.

Problematisch sind Fälle, in denen der Auftragnehmer bei einer Mengenreduzierung ohne Anordnung des Auftraggebers das benötigte Material bereits in vollem Umfang bestellt hat, dieses aber nicht an anderen Baustellen einsetzen kann. Bei einer Abrechnung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B müsste er sich die kalkulierten Materialkosten – weil nicht erspart – auch nicht in Abzug bringen lassen. Bei Mengenminderungen ohne Anordnung gibt es bis zu 10 % Abweichung dagegen keine Ausgleichsansprüche. Erst bei Mengenminderungen über 10 % müssen kalkulierte Kosten, die nicht kurzfristig abbaubar sind, beispielsweise individuell eingekauftes Material, voll vergütet werden.¹⁴

2. Selbstübernahme nach § 2 Abs. 4 VOB/B

Übernimmt der Auftraggeber eine „im Vertrag ausbedungene Leistung des Auftragnehmers selbst (z.B. Lieferung von Bau-, Bauhilfs- und Betriebsstoffen), so gilt, wenn nichts anderes vereinbart ist, § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B entsprechend“ (§ 2 Abs. 4 VOB/B). Dem Auftragnehmer steht wiederum die vereinbarte Vergütung minus ersparter Aufwendungen bzw. dem Erwerb aus einem kausalen Deckungsauftrag zu. Bei den Rechtsfolgen bestehen zwischen § 2 Abs. 4 VOB/B und § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B keinerlei Unterschiede. Dagegen erfordert die freie (Teil-)Kündigung nach § 8 Abs. 5 VOB/B zwingend die Einhaltung der Schriftform, wohingegen eine Selbstübernahme des Auftraggebers nach § 2 Abs. 4 VOB/B formlos möglich ist.¹⁵

3. Ist Wagnis bei einer freien Kündigung ersparter Aufwand?

Der Bundesgerichtshof vertrat in einer Entscheidung vom 30.10.1997 die Auffassung, dass der kalkulierte Risikozuschlag im Rahmen einer Kündigungsabrechnung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B gesondert ausgewiesen und im Fall einer kündigungsbedingten Nichtausführung von Leistungen als erspart in Abzug gebracht werden muss.¹⁶ Diese Auffassung ist abzulehnen. Denn ein nicht realisiertes Wagnis erhöht im Sinne der Kalkulation den Gewinn. Der Unternehmer kalkuliert das Risiko regelmäßig nicht projektbezogen, sondern versucht, sein allgemeines Unternehmerrisiko kalkula-

torisch zu erfassen. Deshalb ist es richtig, das nicht realisierte Wagnis nicht mit Kosten bzw. Aufwendungen gleichzusetzen, die der Unternehmer im Fall einer Nichtausführung von

¹⁴ Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 531.

¹⁵ Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 4 Rdnr. 6; Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 1190.

¹⁶ BGH, BauR 1998, 185, 186; ebenso: OLG Schleswig, BauR 2005, 712, 713.

Leistungen erspart.¹⁷ Der Meinungsstreit sollte Auftragnehmer veranlassen, im Rahmen der Kalkulation auf den Begriff „Wagnis“ zu verzichten.

4. Ausschluss der §§ 8 Abs. 1 Nr. 2 und 2 Abs. 4 VOB/B im Bauvertrag

Es entspricht der praktisch einhelligen Auffassung, dass eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach nur die erbrachten Leistungen vergütet und weitergehende Ansprüche des Auftragnehmers ausgeschlossen werden, wenn der Auftraggeber ohne besonderen Grund kündigt, eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers darstellt und deshalb nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist.¹⁸

III. Leistungsänderungen bzw. Leistungen „anstatt“ (§ 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B)

1. Abgrenzung zwischen Mengen- und Leistungsänderungen

Ob eine Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B oder eine nach § 2 Abs. 3 VOB/B zu behandelnde Mengenänderung vorliegt, kann insbesondere beim Detail-Pauschalvertrag von entscheidender Bedeutung sein. Die damit verbundene Problematik wird unter B. I. 1. behandelt.

2. Leistung „anstatt“

Fraglich ist, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen der Auftraggeber durch eine Anordnung die vertraglich vorgesehene Leistung dergestalt ändert, dass sie durch eine bauinhaltlich völlig andersartige Leistung ersetzt wird.¹⁹ In einem solchen Fall kann die Vergütung für die geänderte Leistung nicht mehr aus der Kalkulation des Preises für die beauftragte Leistung ermittelt werden, sodass eine „analoge Kostenfortschreibung“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B aus den Ansätzen der Angebotskalkulation nicht möglich ist.²⁰ Der Auftraggeber ordnet beispielsweise an, statt einer Mauer aus Ziegelsteinen einen Metallzaun auszuführen. In solchen Fällen ist es richtig, die angeordnete Leistung Metallzaun nach § 1 Abs. 4 VOB/B zu behandeln und nach § 2 Abs. 6 VOB/B abzurechnen. Denn die Bestimmung in § 2 Abs. 5 VOB/B, welche Bauentwurfsänderungen erfasst, ist weder auf den entfallenen Leistungsteil noch auf die Zusatzleistung anwendbar, weil die Kalkulationsbestandteile der Position „Mauer“ keine Aussagen für die Berechnung der Zusatzleistung „Metallzaun“ ermöglichen.

Richtig ist es ferner, den entfallenen Leistungsteil nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu behandeln, weil der Auftraggeber diese Leistung aufgrund einer vom Verhalten des Auftragnehmers unabhängigen Entscheidung gekündigt hat. Im Ausgangspunkt erhält der Auftragnehmer die für die entfallene Leistung vereinbarte Vergütung, auf die er sich zunächst anrechnen lassen muss, was er infolge der Kündigung an Kosten *tatsächlich* erspart hat.²¹ Sind die kalkulierten direkten Kosten kurzfristig abbaubar, müssen sie als erspart in Abzug gebracht werden. Hat der Auftragnehmer im Hinblick auf die gekündigte Leistung dagegen bereits Dispositionen getroffen, beispielsweise hinsichtlich des Materials und sind diese aufgrund der Kündigung wertlos, werden die entsprechenden Kosten nicht erspart und

17 LG Berlin, IBR 2001, 411; Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 537 und Band 2 Rdnr. 1372; Vygen, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 8 Abs. 1 Rdnr. 52.

18 Zuletzt: BGH, BauR 2007, 1724; Markus/Kaiser/Kapellmann, a.a.O., Rdnr. 471 ff.

19 Vgl. dazu: Duve, Rach, BauR 2010, 1842 ff.

20 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 833 ff.; OLG München, IBR 2010, 668; a.A.: Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 5 Rdnr. 8 am Ende.

21 BGH, BauR 2005, 1916; OLG Oldenburg, BauR 2000, 897, 898 f.

müssen deshalb vom Auftraggeber ersetzt werden.²² Baustellengemeinkosten werden bei Nichtausführung einer Teilleistung im Regelfall nicht erspart, wobei in Einzelfällen auch Ausnahmen denkbar sind.

Darüber hinaus muss sich der Auftragnehmer für die entfallene Leistung in Abzug bringen lassen, was er durch „*anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt*“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B). Im oben beschriebenen Beispielsfall ist eindeutig, dass die zusätzliche Leistung „Metallzaun“ ein solcher anderweitiger Erwerb ist. Regelmäßig führen anderweitige Aufträge, die ein Auftragnehmer im fraglichen Leistungszeitraum annimmt, dagegen nicht zu anderweitigem Erwerb i.S. von § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B. Denn normalerweise kann eine zusätzliche Leistung nicht allein deshalb ausgeführt werden, weil ein Auftraggeber

sich zur Kündigung einer (Teil-)Leistung entschlossen hat und nur deswegen Arbeitskräfte frei werden, die den neuen Auftrag abarbeiten können.²³ Im vorliegenden Fall ist die Ausführung der „Ersatzleistung“ (Metallzaun) dagegen nur deshalb erfolgt, weil eine andere, bereits beauftragte Leistung (Mauer) entfallen ist. Deshalb hat erst der Wegfall der vormaligen Leistung die Beauftragung der neuen Leistung ermöglicht. Aus diesem Grund müssen die Deckungsbeiträge aus der Zusatzleistung auf die normalerweise zu ersetzenden Deckungsbeiträge der gekündigten Leistung angerechnet werden. Bestehen bei den Deckungsanteilen keine Unterschiede, entfällt eine Ausgleichsberechnung. Sind die Deckungsanteile der zusätzlichen Leistung niedriger als die Deckungsbeiträge der entfallenen Leistung, bleibt die Differenz zugunsten des Auftragnehmers erhalten.²⁴

3. Leistungsänderungen

Nach den §§ 1 Abs. 3 i.V.m. 2 Abs. 5 VOB/B ist dagegen zu verfahren, wenn sich der Preis für die geänderte Leistung noch sinnvoll aus der Kalkulation der vormaligen Position ermitteln lässt.²⁵ Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Auftraggeber statt der Ausführung eines zweiadrigen Kabels ein vieradriges Kabel verlangt oder anstelle einer gebundenen Pflasterbettung (Pflaster mit Zementmörtelfuge auf Betonbettung) die Ausführung einer ungebundenen Pflasterbettung anordnet. In solchen Fällen enthält die Vertragsleistung Bezugspositionen, deren Kalkulationselemente für die Berechnung der Nachtragskalkulation und damit für die neue Preisermittlung herangezogen werden können. Solange sich die Kosten der geänderten Leistung im Wege der analogen Kostenfortschreibung aus den Ansätzen einer kalkulierten Vertragsleistung ergeben, ist der Bauentwurf „nur“ geändert, sodass die Preisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu erfolgen hat.

²² OLG Celle, BauR 2005, 885.

²³ Vygen, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 8 Abs. 1 Rdnr. 67.

²⁴ Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 826.

²⁵ Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 1 Rdnr. 833.

B. Detail-Pauschalvertrag

I. Entfallene Leistungen ohne Anordnung des Auftraggebers

1. Abgrenzung zwischen Mengen- und Leistungsänderungen

Zunächst erfordert ein Anspruch auf Ausgleich der Mehr- oder Minderkosten nach § 2 Abs. 5 VOB/B eine *Anordnung* des Auftraggebers, die eine rechtsgeschäftliche Erklärung voraussetzt. Hierfür gelten die Regeln einer Willenserklärung, insbesondere das Recht der Stellvertretung.²⁶ Ein rein passives Verhalten stellt im Regelfall keine einen vertraglichen Mehrvergütungsanspruch auslösende Anordnung des Auftraggebers dar, selbst wenn eine Pflicht zum Handeln bestünde.²⁷

Mengenänderungen aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse setzen keine Anordnungen des Auftraggebers voraus; der Auftragnehmer ist nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auch nicht verpflichtet, auf Mengenüberschreitungen hinzuweisen.²⁸

Beim Detail-Pauschalvertrag ist die Unterscheidung der beiden Bestimmungen von fundamentaler Bedeutung. Kommt es wegen falscher Mengenermittlung, also ohne Eingriff des Auftraggebers, zu Mengenabweichungen, bleibt der Pauschalpreis bis zur Grenze des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B unverändert, wohingegen bei Bauinhaltsänderungen, die zum Entfall von Leistungen führen, der Pauschalpreis ohne Erheblichkeitsgrenze entweder nach § 2 Abs. 5 VOB/B angepasst oder nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B abgerechnet werden muss.²⁹ Nach welcher Vorschrift ein Sachverhalt zu behandeln ist, hängt von der Frage ab, ob der Auftraggeber durch eine Anordnung das vertraglich vereinbarte Bausoll ändert, beispielsweise weil sich die ursprünglich vorgesehene Planung nicht realisieren lässt oder die Mengenänderung lediglich aufgrund einer falschen Mengenermittlung eintritt.³⁰

2. Mengenermittlungsrisiko im Rahmen vorgegebener Mengenermittlungskriterien

Der Detail-Pauschalvertrag ist typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass der Auftragnehmer diejenigen Leistungen, die aufgrund einer auftraggeberseitigen Planung und Ausschreibung Bausoll geworden sind, mengenunabhängig zu erbringen hat. Pauschalisiert ist die Vergütung, nicht dagegen das Bausoll.³¹ Damit tragen prinzipiell beide Parteien ein Mengenermittlungsrisiko im Rahmen der

vom Auftraggeber vorgegebenen Mengenermittlungskriterien. Dieses Risiko endet erst, wenn eine Störung der Geschäftsgrundlage eintritt (§ 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 313 BGB).

In der Praxis realisiert sich dieses „Mengenrisiko“ regelmäßig beim Auftragnehmer, weil er die vom Auftraggeber ermittelten Vordersatzangaben oftmals nicht anhand der Mengenermittlungskriterien wie beispielsweise Ausführungsplänen überprüft hat, bevor

26 BGH, BauR 2004, 495.

27 OLG Düsseldorf, IBR 2009, 255.

28 OLG Jena, IBR 2005, 301.

29 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 1316.

30 Zur Abgrenzung: OLG Koblenz, BauR 2006, 852; BGH, IBR 2004, 124; VOB-Stelle Niedersachsen, IBR 2001, 473.

31 Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Band 2, Rdnr. 33 ff.

der Pauschalpreis vereinbart wurde.³² Nicht selten wird der Auftragnehmer erst am Ende der Vertragsverhandlungen um ein „Pauschalangebot“ gebeten, wobei ihm die Ausführungspläne erst kurz vor dieser Aufforderung übergeben werden, sodass keine ausreichende Zeit bleibt, die Mengenermittlungskriterien sorgfältig auf ihre Übereinstimmung mit den Vordersatzangaben im Leistungsverzeichnis zu überprüfen. Da der Auftraggeber hingegen von Beginn der Verhandlungen an weiß, dass er die Vergütung pauschalieren wird, liegt bei einem solchen Verhalten die Vermutung nahe, dass er die Mengenangaben im Leistungsverzeichnis tendenziell zu niedrig angesetzt hat, weil der Pauschalpreis in der Praxis durch eine prozentuale oder betragsmäßige Abrundung der auf Einheitspreisbasis ermittelten Vergütung gebildet wird und er dadurch eine geringere Vergütung erzielen will. Wären in diesem Fall die Mengenangaben überhöht, würde der Auftraggeber mit dem Pauschalpreis eine höhere Vergütung zahlen, als dies beim Abschluss eines Einheitspreisvertrages der Fall gewesen wäre.

Entfallen dennoch Mengen allein aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse, also wegen falscher Mengenermittlung im Leistungsverzeichnis, ist dies bis zur Grenze des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B für den Pauschalpreis genauso unerheblich wie eine Erhöhung der aufzuführenden Mengen ohne Eingriff des Auftraggebers.³³

3. Voraussetzungen des Preisanpassungsanspruchs nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 Sätze 2 und 3 VOB/B

Nach häufig vertretener Auffassung ist eine Anpassung des Pauschalpreises wegen Mengenerhöhungen bzw. Reduzierungen erst möglich, wenn eine „Toleranzgrenze“ von ca. 20 % über- bzw. unterschritten wird.³⁴ Bei der Ermittlung der Toleranzgrenze ist nach wohl überwiegender Auffassung auf den Gesamtpauschalpreis, nicht auf einzelne Positionen abzustellen.³⁵

Dagegen hat es der Bundesgerichtshof in zwei Entscheidungen abgelehnt, eine starre Grenze von 20 % anzunehmen.³⁶ Dem ist zuzustimmen, weil § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B von einer Preisanpassungsmöglichkeit spricht, wenn die Abweichungen „erheblich“ und ein Festhalten an der Pauschalsumme „nicht zumutbar“ ist. Damit können und müssen die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden.³⁷ Gibt ein Auftraggeber Mengenermittlungskriterien beispielsweise erst kurz bevor er ein Pauschalpreisangebot verlangt heraus und teilt er darüber hinaus auch noch mit, die Mengenermittlung sei anhand der Pläne gründlich erfolgt, stellt sich nach Vertragsabschluss zulasten des Auftragnehmers jedoch das Gegenteil heraus, sollte das Mengenrisiko deutlich unter 20 % liegen. Anders verhält es sich, wenn ein Auftraggeber unter Verweis darauf, dass er die Mengenangaben nicht geprüft hat, seinem Vertragspartner ausreichend Zeit lässt, die Mengen aus den übergebenen Plänen selbst zu ermitteln.

Darüber hinaus kann eine starre 20 %-Grenze bei einem Großauftrag von mehreren 100 Mio. € leicht zum Ruin eines mittelständischen Bauunternehmens führen, sodass auch in solchen Fällen die Risikogrenze unterhalb von 20 % gezogen werden sollte. Ferner scheint es angemessen, eine Preisanpassung in Einzelfällen auch positionsbezogen vorzunehmen,

32 BGH, BauR 2004, 78; Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 286 ff.

33 Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 7 Rdnr. 13.

34 OLG Düsseldorf, IBR 1995, 507; OLG Stuttgart, IBR 2000, 593.

35 OLG Naumburg, IBR 2007, 180; OLG Stuttgart, IBR 2000, 593; a.A.: OLG Schleswig, BauR 2005, 153; Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 1528.

36 BGH, BauR 1996, 250, 251; BGH, BauR 2004, 488, 493; ebenso: Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage, Rdnr. 2490.

37 Ebenso: Kniffka/Koebler, a.a.O., 5. Teil Rdnr. 60.

dann aber zu verlangen, dass die Mengenerhöhung in dieser Position deutlich über 20 %, beispielsweise bei 50 % und mehr liegt.³⁸

Ist die im Einzelfall zu bestimmende Opfergrenze überschritten, wäre es allerdings unbillig, einen

vollständigen Ausgleich vorzunehmen.³⁹ Ansonsten erhielte der Auftragnehmer in Grenzfällen bis zu 19,9 % keine Preisanpassung und ab 20,1 % die vollen Mehrkosten. Damit würde das Pauschalpreisrisiko stets auf Null reduziert, wenn es sich in besonders gravierendem Maß realisiert. Letztlich würde dies zu einer Abrechnung wie beim Einheitspreisvertrag führen, was von den Parteien ersichtlich nicht gewollt war. Richtig ist es deshalb, bis zum Grenzwert, der nach hier vertretener Auffassung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles ermittelt werden muss, einen Selbstbehalt derjenigen Partei anzunehmen, bei der sich das Mengenermittlungsrisiko realisiert hat und einen Ausgleich nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B erst ab Überschreitung dieses Grenzwertes vorzunehmen.⁴⁰ Dabei ist wiederum von den Grundlagen der Preisermittlung, also von der Auftragskalkulation, auszugehen.

Kann ein Auftragnehmer im Einzelfall dagegen nachweisen, dass die Vordersätze im Leistungsverzeichnis *schuldhaft* oder *bewusst* falsch angegeben worden sind, können Schadensersatzansprüche nach den §§ 311 Abs. 2 i.V.m. 280 Abs. 1 BGB bestehen, auch wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B (noch) nicht erfüllt sind.⁴¹

4. Mengenangabe ohne Mengenermittlungskriterien

Wie verhält es sich in Fällen, in denen keine Mengenermittlungskriterien vorliegen oder der Auftraggeber deren Herausgabe vor Pauschalierung der Vergütung verweigert? Zur Beantwortung dieser Frage muss man sich noch einmal die Struktur des Detail-Pauschalvertrages klarmachen. Ein Auftragnehmer nimmt beim Detail-Pauschalvertrag zwangsläufig und systemnotwendig in Kauf, dass die vom Auftraggeber vorgegebenen Mengenangaben falsch sein können. Um das damit verbundene Risiko zu bewerten, muss er die vorgegebenen Mengen anhand von Parametern ermitteln bzw. nachkontrollieren können. Der Auftragnehmer muss solche Mengenermittlungskriterien beweisbar herausverlangen, bevor er ein Pauschalpreisangebot abgibt. Unterlässt er dies und ist aufgrund der Ausschreibung klar erkennbar, dass er zur Erreichung des vertraglich versprochenen Erfolges eine nicht ermittelbare Menge auszuführen hat, übernimmt er ein *besonderes Risiko*, das allenfalls nach den Grundsätzen einer Störung der Geschäftsgrundlage begrenzt wird (§ 313 BGB).⁴² Genauso läge es im Risikobereich des Auftragnehmers, wenn er sich auf eine Pauschalierung trotz erkennbar unvollständiger oder vorläufiger Pläne eingelassen oder selbst die vertragliche Verpflichtung übernommen hat, nach Vertragsabschluss Mengenermittlungskriterien wie beispielsweise statische Berechnungen zu erstellen.⁴³

38 OLG München, NJW-RR 1987, 598; OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 572.

39 Werner/Pastor, a.a.O., Rdnr. 2490; Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 1535; a.A.: OLG Düsseldorf, IBR 1996, 50.

40 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 1535.

41 Kniffka/Koebler, a.a.O., Teil 5 Rdnr. 60.

42 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 291.

43 BGH, BauR 1997, 126 (Kammerschleuse); Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 7 Rdnr. 13.

Hat der Auftragnehmer dagegen die Herausgabe von Mengenermittlungskriterien verlangt, liegen solche aber nicht vor, weil die vorgegebene Menge beispielsweise als Stückzahl fixiert ist, handelt es sich um Mengenangaben ohne Mengenermittlungskriterien, also letztlich um „Scheinpauschalen“. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn im Leistungsverzeichnis stünde, dass von 100 Fenstern insgesamt 30 mit einem verschließbaren Fenstergriff und weitere 70 in einer Version ohne Griff ausgeführt werden und die Vertragsbestandteil gewordenen Pläne diese Unterscheidung nicht erwähnen.

Erhöht sich nach Vertragsabschluss die auszuführende Menge der Fenstergriffe mit einem Schloss, kann dies nur auf einer Anordnung des Auftraggebers beruhen, sodass der Auftragnehmer zur Ausführung dieser Mehrmenge nur gegen Zahlung einer besonderen Vergütung nach den § 1 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 6 VOB/B verpflichtet ist.⁴⁴

Im umgekehrten Fall, also einer Reduzierung von Mengen ohne Mengenermittlungskriterien, muss wiederum eine Anordnung des Auftraggebers vorliegen, die rechtlich als Teilkündigung zu qualifizieren ist. Da sich auch hier nicht das Mengenermittlungsrisiko realisiert, sind solche Fälle nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu behandeln.⁴⁵

Problematisch ist die Behandlung von Stundenlohnarbeiten.

Fließen beispielsweise 1000 Stunden à € 30,- in den Pauschalpreis ein, ruft der Auftraggeber aber nur 600 Stunden ab, gilt prinzipiell dasselbe wie beim Entfall von Mengen ohne Mengenermittlungskriterien. Da der Lohnaufwand erspart ist, wird nur der in den 400 Lohnstunden enthaltene Deckungsanteil für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn vergütet. Kommt es dagegen auf Anordnung des Auftraggebers zu 1400 Stunden, sind 400 Stunden als angeordnete Mehrmenge zu behandeln und nach den §§ 1 Abs. 4 i.V.m. 2 Abs. 6 VOB/B zu vergüten.⁴⁶

5. Unrichtige Mengenermittlungskriterien

Sind die vom Auftraggeber vorgegebenen Mengenermittlungskriterien falsch und führt dies zu Mengenerhöhungen, trägt der Auftragnehmer auch dieses Risiko nicht.⁴⁷ Richtiges Planen und Ausschreiben ist Sache des Auftraggebers. Der Auftragnehmer übernimmt lediglich das Risiko aufgrund der vom Auftraggeber beigebrachten Mengenermittlungskriterien, von deren Richtigkeit er ausgehen darf, die auszuführenden Mengen zu ermitteln. Unrichtige Planungsunterlagen nimmt er dagegen ebenso wenig in Kauf, wie eine aus sonstigen Gründen erfolgende Planungsänderung des Auftraggebers.⁴⁸ Das regelmäßig vorgebrachte Argument, der Auftragnehmer habe durch einfachste planerische Berechnungen erkennen müssen, dass die Planungsunterlagen falsch gewesen sind, verfängt nicht. Denn der Auftragnehmer prüft die Ausschreibungsunterlagen unter kalkulatorischen Aspekten. Die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B gilt erst *nach* Vertragsabschluss.⁴⁹ Eine Ausnahme davon ist allenfalls denkbar, wenn bereits im Rahmen der Kalkulation offenkundig ist, dass die vorgegebenen Mengenermittlungskriterien falsch sind. Dazu darf indes keine detektivische Kleinarbeit gefordert werden. Zu beachten ist nur,

44 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 288.

45 Kniffka/Koebler, a.a.O., 5. Teil Rdnr. 59; OLG Düsseldorf, BauR 2001, 804.

46 Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 327 ff.

47 OLG Köln, IBR 2002, 2; OLG Celle, IBR 2008, 746; OLG Düsseldorf, BauR 2008, 1902.

48 BGH, NJW 2008, 2106 (Bistrotküche).

49 OLG Koblenz, IBR 2010, 313.

was einem durchschnittlich sorgfältigen Auftragnehmer bei überschlägiger Prüfung förmlich „ins Auge springen muss“.⁵⁰

Kommt es dagegen zum Entfall von Mengen wegen auftraggeberseits unrichtig vorgegebener Mengenermittlungskriterien – also ohne Anordnung – ist es konsequent, die Abrechnung auch hier nach den Grundsätzen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B vorzunehmen. Der Auftragnehmer erhält infolgedessen die um die tatsächlich ersparten Kosten verringerte Vergütung.

6. Entfallene Leistungen wegen anderer Bauverfahrensweise

Ist eine konkrete Verfahrensart im Vertrag vereinbart und wurde auf deren Grundlage der Pauschalpreis gebildet, stellt sich die Frage, welche Abrechnungskonsequenzen eintreten, wenn sich diese aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse als teilweise nicht erforderlich herausstellt, wodurch sich die ausgeschriebene Leistung ohne Mengenreduzierung unter Einsparung kalkulierter Kosten ausführen lässt.

In einem solchen Fall realisiert sich weder ein Mengenermittlungsrisiko noch ist die Regelung in § 2 Abs. 5 VOB/B anwendbar, weil es an einer bausolländernden Anordnung des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 VOB/B fehlt. Dennoch erschiene es unbillig, dem Auftragnehmer den vereinbarten Pauschalpreis zu belassen. Das folgt aus der Überlegung, dass ein Auftragnehmer im umgekehrten Fall jedenfalls nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 oder Nr. 3 VOB/B berechtigt wäre, eine Preiserhöhung zu verlangen, wenn eine technisch einfachere Verfahrensart Bausoll geworden ist, sich diese aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse aber nicht realisieren lässt.⁵¹ Sachgerecht ist es deshalb, dem Auftragnehmer in entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu gewähren, um eine nicht gerechtfertigte Bereicherung zu vermeiden.

7. „Mengenverrechnungen“

Die Problematik soll anhand folgenden Beispiels skizziert werden: Ausgeschrieben sind 800 Lampen im 1.-3. OG eines Einkaufszentrums. Ausgenommen ist die Montage von Lampen im Erdgeschoss sowie in den Umkleidekabinen der Geschosse 1-3. Aufgrund falscher Mengenermittlung im Leistungsverzeichnis stellt sich heraus, dass der Auftragnehmer bei ansonsten unveränderter Planung lediglich 750 Lampen installieren muss, um den

BauR 2011, Seite 178|179

Vertrag zu erfüllen. Der Auftraggeber ordnet daraufhin an, auch im Erdgeschoss sowie den Umkleidekabinen Lampen auszuführen, wodurch sich eine Mengenerhöhung um 50 Stück ergibt. Der Auftraggeber ist lediglich bereit, 800 Lampen zu vergüten.

Richtiger Ansicht nach hat der Auftragnehmer Anspruch auf Bezahlung von 850 Lampen. Hinsichtlich der Bausoll gewordenen Leistung hat sich ein Mengenermittlungsrisiko zu Lasten des Auftraggebers realisiert, das jedoch deutlich unterhalb der Preisanpassungsgrenze des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B liegt. Die weiteren 50 Lampen, deren Ausführung der Auftraggeber fordert, sind angeordnete Mehrmengen, die nach den §§ 1 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 6 VOB/B vergütet werden müssen.

⁵⁰ Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnr. 256 am Ende und 319.

⁵¹ Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2, Rdnr. 1416; a.A.: OLG Hamm, NJW-RR 1998, 598.

8. Ausschluss von § 2 Abs. 7 VOB/B

Im Gegensatz zu § 2 Abs. 3 VOB/B⁵² können die Bestimmungen in § 2 Abs. 7 Nr. 1 Sätze 2 und 3 nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden. Denn es entspricht dem Leitbild des Gesetzes, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage zu einer Vertragsanpassung führen muss (§ 313 BGB).⁵³

II. Entfallene Leistungen aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers

Entfallen Leistungen aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers, bestehen keine prinzipiellen Unterschiede zum Einheitspreisvertrag. Im Ausgangspunkt stellt sich auch hier die Frage, welchen rechtlichen Inhalt die Anordnung des Auftraggebers hat. Danach kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

1. (Teil-)Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B

Kündigt der Auftraggeber eine Leistung oder Teilleistung ohne wichtigen Grund, steht dem Auftragnehmer – wie beim Einheitspreisvertrag – die volle vertragliche Vergütung unter Abzug der konkret ersparten Aufwendungen zu, wobei er sich den Erwerb aus einem kausalen Deckungsgeschäft ebenfalls in Abzug bringen lassen muss.

2. Selbstübernahme nach § 2 Abs. 4 VOB/B

Im Falle einer Selbstübernahme durch den Auftraggeber nach § 2 Abs. 4 VOB/B gelten die Abrechnungsgrundsätze des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.

3. Leistungsänderungen

Wird eine beauftragte Leistung geändert, weil der Auftraggeber von seinem Leistungsbestimmungsrecht in § 1 Abs. 3 VOB/B Gebrauch macht, ist der Pauschalpreis anzupassen, ohne dass dabei irgendeine Erheblichkeitsgrenze überschritten werden muss.⁵⁴ Auch hier gelten prinzipiell genau dieselben rechtlichen Überlegungen wie beim Einheitspreisvertrag.⁵⁵ Das folgt direkt aus § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B. Dort heißt es, dass die Regelungen des § 2 Absätze 4, 5 und 6 auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme gelten. Nirgendwo ist geregelt, dass die Anwendung der Nachtragsvorschriften von der Überschreitung einer Erheblichkeitsgrenze abhängt.

C. Zusammenfassung

Die Behandlung entfallener Leistungen richtet sich zunächst nach der Frage, ob ein Einheitspreisvertrag abgeschlossen oder die Vergütung pauschaliert worden ist.

Beim Einheitspreisvertrag führen entfallene Mengen ohne Anordnung des Auftraggebers zu einem Preisanpassungsverlangen des Auftragnehmers, wenn die Grenze von 10 % überschritten wird (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B). Das gilt auch bei „Null“-Mengen. Auszugleichen sind die entfallenen Deckungsbeiträge unter Einschluss von Wagnis und Gewinn. Bei entfallenen Leistungen aufgrund von Anordnungen des Auftraggebers sind dagegen

52 Vgl. oben unter A. I. 4.

53 Kapellmann/Messerschmidt, a.a.O., § 2 Rdnr. 288; Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., § 2 Abs. 7 Rdnr. 40.

54 BGH, BauR 2002, 1847; Kapellmann/Schiffers, a.a.O., Band 2 Rdnrn. 1111 ff. und 1316.

55 Vgl. oben unter A. III.

ausschließlich die Regelungen in §§ 2 Abs. 4, 8 Abs. 1 bzw. die Nachtragsbestimmungen in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B anwendbar.

Kommt es bei Detail-Pauschalverträgen zu Mengenabweichungen aufgrund der örtlich vorgefundenen Verhältnisse, tragen beide Parteien ein Mengenermittlungsrisiko bis zur Grenze des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Die Toleranzgrenze ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu ermitteln, weil eine starre Grenze von 20 % zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen kann. Ist die Grenze überschritten, ist ein Selbstbehalt vorzunehmen und erst darüber hinaus ein Ausgleich

BauR 2011, Seite 179|180

zugunsten des Anspruchsberechtigten vorzunehmen. Mengenverrechnungen sind unzulässig, soweit sich das Mengenermittlungsrisiko zulasten des Auftraggebers realisiert.

Bei unrichtigen Mengenermittlungskriterien oder Mengenangaben ohne Mengenermittlungskriterien (Scheinpauschalen) müssen Mehrmengen nach § 2 Abs. 6 VOB/B vergütet werden, weil sich hier kein Mengenermittlungsrisiko, sondern im Regelfall das vom Auftraggeber zu tragende Planungsrisiko realisiert. Kommt es in solchen Fällen zu Mengenminderungen, hat eine Abrechnung nach den Grundsätzen des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu erfolgen. Bei leistungsändernden Anordnungen sind – ohne Erheblichkeitsgrenze – die Nachtragsbestimmungen der VOB in § 2 Abs. 5 und 6 anwendbar.