

# Nachträge abrechnen nach VOB/B – nur scheinbar eine einfache Sache

Aufsatz von WRD Berlin, RA Hendrik Bach

## 1. Ausgangssituation

Bei einem Vertrag auf der Grundlage des **BGB** muss der Auftraggeber, wenn keine Preisvereinbarung getroffen wurde, einen ortsüblichen Preis bezahlen. Das gilt auch dann, wenn nach Vertragsabschluss Leistungen dazukommen oder geändert werden.

Die **VOB/B** enthält hierzu eine andere Regelung, die nicht an ortsübliche Preise, sondern an die Vertragspreise anknüpft. Im Text der VOB/B heißt es hierzu (Text vereinfacht):

*Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung **geändert**, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.*

*Wird eine **zusätzliche** Leistung gefordert, so bestimmt sich die Vergütung nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung.*

Meine Thesen hierzu sind folgende:

1. Die VOB/B-Regelung eignet sich uneingeschränkt nur für klassische Einheitspreisverträge wo alle Teilleistungen positionsweise ausgeschrieben werden und nur dort, wo kein Nachunternehmereinsatz stattfindet. Bei (Teil-)Pauschalen, Mischpositionen und Sammelpositionen sowie umfassendem Nachunternehmereinsatz bereitet die Ermittlung der Nachtragsvergütung nach der VOB/B unlösbare Probleme.

2. Bei dem überwiegenden Teil der Bauverträge wäre es besser, die BGB-Regelung zu übernehmen und die Nachtragsvergütung auf der Basis ortsüblicher Preise zu ermitteln.
3. Unabhängig davon, für welchen Weg man sich entscheidet, sollten die Nachtragsvorschriften in der VOB/B detaillierter gestaltet werden, damit es weniger Streit in wichtigen Auslegungsfragen gibt.

## 2. Scheinbar ist alles ganz einfach

Einvernehmen besteht darüber, dass bei einem VOB/B-Vertrag der neue Preis für die geänderte Leistung kalkulatorisch zu ermitteln ist. Es kann also nicht ohne Weiteres für die geänderte Leistung ein Nachunternehmerpreis mit dem Generalunternehmerzuschlag versehen oder eine pauschale Zusatzvergütung verlangt werden. Dies entspricht einhelliger Ansicht in Literatur und Rechtsprechung.

Dabei ist der Preis der geänderten Leistung kalkulatorisch, d.h. auf der Basis der Kalkulation der Vertragsleistung zu ermitteln. Dabei sind grundsätzlich die alten Preise zum Ausgangspunkt für die Neuberechnung zu nehmen (BGH, BauR 1996, 378, 381).

Der Bundesgerichtshof schreibt hierzu in einer Entscheidung aus dem Jahr 1996:

*Mit diesem für beide Parteien von vornherein überschaubaren Modus für die Bildung des neuen Preises wird die Klausel auftretenden Änderungen der Preisberechnungsgrundlagen gerecht. So verbleiben dem Auftragnehmer etwaige Vorteile aus seiner ursprünglichen Kalkulation. Wenn er im Einzelfall sein ursprüngliches Angebot zu knapp kalkuliert hatte oder wenn ihm ein Kalkulationsfehler unterlaufen war, so ist es nicht unbillig, ihn daran im Rahmen des § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B bei der Neuberechnung des Preises festzuhalten. Der Auftragnehmer, der sich bei Abgabe seines Angebotes der Möglichkeit einer Änderung des Bauentwurfes oder einer sonstigen Anordnung des Bauherrn bewußt sein muß, hat es in der Hand, seine Preise gründlich und auskömmlich zu kalkulieren; davon darf sein Vertragspartner regelmäßig auch ausgehen. Es ist daher nicht unangemessen, den Auftragnehmer daran festzuhalten.*

Leider sagt uns die VOB/B nicht detailliert, wie bei einer Leistungsänderung die Kostendifferenz zwischen der Vertragsleistung und der geänderten Leistung zu ermitteln ist.

Im Detail gibt es eine Vielzahl von Unklarheiten bzw. strittigen Fragen, von denen ich die wichtigsten für den Bereich der Leistungsänderungen nachfolgend exemplarisch darstelle.

### **3. Ermittlung der Kostendifferenz (Kernpunkt der Findung des Preises für die geänderte Leistung)**

Unstrittig ist, dass man zunächst schauen muss, welche im Vertrag bereits vorgesehene Leistung der Auftraggeber geändert hat. Ausgehend vom Preis der ursprünglichen Leistung ist dann ein Preis der geänderten Leistung zu ermitteln.

Wenn es dazu in der VOB/B heisst „*unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten*“ stellt sich die Frage, ob damit die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten gemeint sind, oder (fiktive)kalkulatorische Mehr- oder Minderkosten.

Manche Juristen vertreten den Standpunkt, dass nicht nur der neue Preis, sondern auch die Mehr- oder Minderkosten kalkulatorisch zu ermitteln seien, und es auf die tatsächliche Kostendifferenz zwischen der vertraglich geschuldeten und der geänderten Leistung überhaupt nicht ankommen würde (so etwa Achilles, IBR 2006, 429 in seiner Argumentation gegen Stemmer, IBR 2005, 661 und IBR 2006, 380).

Dabei behauptet Achilles, sein Standpunkt sei angeblich allgemein anerkannt. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Es entspricht keineswegs allgemeiner Ansicht, dass auch die Kostendifferenz zwischen der ursprünglichen und der geänderten Leistung (vor)kalkulatorisch zu ermitteln sei. Die Kenntnis dieser Kostendifferenz ist allerdings notwendig, um auf der Basis des bisherigen Preises den neuen Preis zu ermitteln. In schöner Einfachheit schreibt hierzu Weick in Nicklisch/Weick, VOB/B:

*„Es ist von dem ursprünglichen Preis der betreffenden Position auszugehen, und es sind dann die Mehr- oder Minderkosten, die sich auf Grund der Anordnung und ihrer Folgen ergeben, in Rechnung zu stellen.“*

Allerdings gilt das nur für diejenigen Kalkulationsbestandteile, die von der Änderung betroffen sind. Dort wo sich nichts geändert hat, bleibt es natürlich bei dem ursprünglichen Kalkulationsansatz (z.B. Mittellohn – OLG Koblenz, IBR 2002, 297).

Nach überwiegender Auffassung ist bei den von der Änderung betroffenen Kalkulationsbestandteilen zu fragen, welche Kosten dem Auftragnehmer tatsächlich bei der Ausführung der vertraglichen Leistung entstanden wären, und welche Kosten bei Ausführung der geänderten Leistung tatsächlich entstanden sind.

Dabei wird gedanklich unterstellt, dass der Kalkulator, hätte er die tatsächlichen Mehrkosten der geänderten Leistung gekannt, diese auch bei der Preisbildung berücksichtigt hätte. Bei Reister heißt es auf Seite 287:

*„Maßgebend ist für die Mehr- und Minderkostenermittlung, wie der Kalkulator die Preise kalkuliert hätte, wenn ihm die Leistungsänderung von Anfang an bekannt gewesen wäre.“*

Hätte der Kalkulator gewusst, dass die tatsächlichen Kosten der geänderten Tür „B“ 300,00 € höher liegen als die tatsächlichen Kosten der geschuldeten und kalkulierten Tür „A“, dann hätte der Kalkulator diese tatsächliche Differenz in den Ist-Kosten auch kalkulatorisch berücksichtigt, wenn ihm vorn vornherein bekannt gewesen wäre, dass der Auftraggeber die Tür „B“ haben will. Folglich wäre die Differenz der Ist-Kosten auf den ursprünglich kalkulierten Preis für die Tür „A“ aufgeschlagen, und mit dem in der Gesamtkalkulation verwendeten GU-Zuschlag versehen worden.

Soweit in veröffentlichten Urteilen überhaupt auf Einzelheiten der Berechnung der Vergütung für geänderte Leistungen eingegangen wird, wird nahezu durchgängig der Standpunkt vertreten, dass für die Ermittlung der Differenz zwischen den Kosten der ursprünglichen Leistung und den Kosten der geänderten Leistung tatsächliche Kosten zugrunde zu legen sind, und nicht im Nachhinein fiktiv ermittelte oder behauptete kalkulatorische Kosten (vgl. OLG Frankfurt, IBR 2008, 1054, OLG Koblenz, IBR 2006, 380). Wörtlich schreibt das OLG Frankfurt in Bezug auf ein „kalkulatorisches Mehrkostenangebot“ eines Tiefbauunternehmers:

*„Der Verweis auf das Gutachten des Sachverständigen P. , der lediglich eine Kostensimulation vornimmt, genügt nach dem Bestreiten des Beklagten und der Streithelfer nicht zu dem Vortrag hinsichtlich der Klägerin konkret entstandener Erschwerniskosten und Mehraufwendungen.“*

Auch der Bundesgerichtshof sieht dies nicht anders. In der vielfach zitierten Leitentscheidung BGH BauR 1999, 897 heißt es auf Seite 3 zunächst:

*„Die Klägerinnen haben die nach § 2 Nr. 5 VOB/B erforderliche Vergleichsrechnung bisher nicht vorgenommen. Sie können lediglich die auf der Grundlage ihrer ursprünglichen Kalkulation ermittelten Mehrkosten der vorgenommenen gegenüber der ursprünglich vertraglich geschuldeten Abstützung verlangen. Dazu haben sie noch nicht vorgetragen.“*

Wird dieser Satz aus dem Zusammenhang der Urteilsbegründung gerissen, kann der Eindruck entstehen, es käme lediglich auf rein kalkulatorisch ermittelte Mehrkosten an, nicht hingegen auf die tatsächliche Kostendifferenz.

Wenn man zwei Absätze weiter liest, erklärt der BGH jedoch Folgendes:

*„Haben die Klägerinnen, wie sie behaupten, eine seitliche Abstützung einkalkuliert, kommt es darauf an, ob diese Abstützung vertraglich zulässig war. War das nicht der Fall, können die geringeren Kosten dieser Abstützung nicht als Grundlage der Vergleichsrechnung dienen. Vielmehr ist maßgeblich, welche Kosten den Klägerinnen bei ordnungsgemäßer Durchführung der ursprünglich notwendigen provisorischen Abstützung entstanden wären.“*

Der BGH sagt hier klar und deutlich, dass dort, wo die Kalkulation richtig war, die vom Unternehmer kalkulierten Kosten zugrunde zu legen sind. Hat der Unternehmer sich jedoch zu seinem Ungunsten oder auch zu seinen Gunsten verkalkuliert, weil er falsche Annahmen traf, sind bei der Berechnung der Differenz zwischen den Kosten der vertraglich geschuldeten Leistung und der geänderten Leistung die tatsächlichen Kosten zugrunde zu legen.

Dies kann sich im Einzelfall zugunsten des Auftragnehmers auswirken (Vergabegewinne bleiben erhalten) und kann wie in der zitierten Entscheidung zu Lasten des Auftragnehmers gehen, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der Auftragnehmer mit den kalkulierten Kosten nicht ausgekommen wäre, weil die tatsächlichen Kosten der vertraglich geschuldeten Leistung höher lagen als die kalkulierten Kosten.

Die Rechtsprechung verfährt hier pragmatisch und lässt es zu, dass sowohl der Auftraggeber nachweisen kann, dass die tatsächlichen Kosten der Vertragsleistung höher waren als die kalkulierten Kosten, als auch der Unternehmer nachweisen kann, dass die tatsächlichen Kosten der Vertragsleistung niedriger waren als die kalkulierten Kosten.

Die so ermittelte Differenz wird anschließend dem vertraglich vereinbarten Preis für die von der Änderung betroffene Leistung hinzugerechnet bzw. davon abgezogen. Insofern bleibt Ausgangsbasis der Berechnung des neuen Preises selbstverständlich der alte Preis und die ursprüngliche Preiskalkulation des Auftragnehmers. Auch bleiben alle Preisbestandteile, die von der Änderung nicht betroffen sind, unverändert.

Die Kostendifferenz bei den von der Änderung betroffenen Kalkulationsbestandteilen wird aber auf der Basis tatsächlicher Kosten ermittelt, und nicht fiktiver kalkulatorischer Kosten.

Hat der Auftragnehmer eine auf der genannten Basis beruhende neue, im Einzelnen nachvollziehbare Preiskalkulation vorgelegt, ist es Sache des Auftraggebers, sich mit den einzelnen Kalkulationsfaktoren auseinander zu setzen. Es genügt nicht, die Neuberechnung einfach zu bestreiten oder lediglich auf ein etwaiges günstigeres Angebot eines anderen Unternehmers hinzuweisen (Ingenstau/Korbion, Randziffer 42 zu § 2 Nr. 5).

#### **4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung der Kostendifferenz**

Eine weitere Meinungsverschiedenheit besteht bei der Frage, ob die Mehr- oder Minderkosten rückwirkend bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotskalkulation zu ermitteln sind (so von Kapellmann vertreten) oder ob die Mehr- oder Minderkosten nach den Ist-Kosten im Zeitpunkt der Anordnung der Leistungsänderung oder im Zeitpunkt der Ausführung der geänderten Leistung zu ermitteln sind (so Ingenstau/Korbion, Randziffer 31 und 40 zu § 2 Nr. 5, Jagenburg im Beck'schen VOB/B-Kommentar, Randnummer 106 zu § 2 Nr. 5 und Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, Rz. 165 zu § 2).

Wenn sich der Stahlpreis zwischen Vertragsabschluss und Leistungsänderung verdoppelt hat, gewinnt diese Frage große praktische Bedeutung.

Im Ingenstau/Korbion heißt es hierzu:

*„Grundlage für den neuen Preis ist die ursprüngliche Preisvereinbarung mit dem Auftragnehmer, auf die dann die vorkalkulierten bzw. vorkalkulierbaren Mehr- und Minderkosten in angemessener Weise hinzuzurechnen sind, abgestellt hier auf den Zeitpunkt der Änderungsanordnung. (...) Die durch eine angeordnete Leistungsänderung beim Nachunternehmer entstandenen und von diesem geltend*

*gemachten Mehrkosten werden betragsmäßig also in der absoluten Höhe in die neue Preisberechnung übernommen.“*

Im Beck'schen VOB-Kommentar heißt es in Randziffer 106:

*„Maßgeblicher Zeitpunkt für die Neuberechnung: Der Zeitpunkt, auf den die Neuberechnung des Preises bei Leistungsänderungen nach § 2 Nr. 5 abzustellen ist, unterscheidet sich grundlegend von dem, was bei Massenänderungen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B gilt. ... Maßgebend ist ... allein der Zeitpunkt der Ausführung der veränderten Leistung, d. h. bei der Vergleichsberechnung sind sämtliche Kosten nach dem dann gültigen Stand zu berücksichtigen.“*

Kuffer schreibt im Heiermann/Riedl/Rusam:

*Maßgeblich für die Neuberechnung des Preises ist der Zeitpunkt des Beginns der Ausführung der veränderten Leistung (BGH, BauR 1972, 381). Das hat zur Folge, dass bei der Berechnung die dann maßgebenden Preisverhältnisse zugrunde gelegt werden und das Risiko etwaiger Kostensteigerungen zu Lasten des AG geht.“*

Nach der absolut herrschenden Meinung kommt es also auf die tatsächliche Kostendifferenz der Nachunternehmerpreise im Zeitpunkt der Ausführung der geänderten Leistung an, und nicht auf letztlich fiktive vorkalkulatorische Kostendifferenzberechnungen.

## **5. Behandlung von Kalkulationsfehlern (absolute oder prozentuale Fortschreibung)**

Unter den Juristen ist ferner strittig, wie mit Kalkulationsfehlern umzugehen ist. Dies möchte ich an einem Beispiel erläutern:

Geschuldet war Lieferung und Montage einer Deckenleuchte. In dem beschriebenen Beispiel ist die Deckenleuchte selbst unverändert geblieben, lediglich durch eine angeordnete andere Montageart hat sich der Arbeitsaufwand erhöht.

Vertraglich geschuldete Leistung:

Material	500,00 €
Kalkulierter Arbeitsaufwand:	80,00 € (2h x 40,00 €)
EKT:	580,00 €

plus 10 % AGK	58,00 €
plus 10 % BGK	58,00 €
Angebotener Preis :	696,00 €

Nach Vertragsabschluss ändert sich die Montageart (z. B. Montage an Zwischendecke statt auf Rohdecke). Dem Auftragnehmer entsteht tatsächlich ein Montageaufwand von zwei Stunden pro Leuchte. Er ermittelt bei der Berechnung im Nachhinein, dass bei der ursprünglich vorgesehenen Ausführung nur ein Montageaufwand von einer Stunde angefallen wäre.

Es ist also ein Mehraufwand von einer Stunde angefallen. Hätte der Kalkulator von der späteren Leistungsänderung Kenntnis gehabt, kann unterstellt werden, dass der Mehraufwand vom Kalkulator auch zum damaligen Zeitpunkt mitberücksichtigt worden wäre.

Entweder hätte der Kalkulator statt zwei Stunden Zeitaufwand vier Stunden Zeitaufwand geschätzt (prozentuale Fortschreibung des Kalkulationsirrtums) oder der Kalkulator hätte zumindest die eine Stunde tatsächlichen Ist-Mehraufwandes kalkulatorisch erfasst und mit drei Stunden Montageaufwand pro Leuchte kalkuliert (Fortschreibung des Kalkulationsfehlers in absoluter Höhe).

Genau diese Frage ist strittig.

Die Fortschreibung nach absoluter Höhe hätte zu folgender Berechnung geführt:

Geänderte Leistung	
Material	500,00 €
Arbeitsaufwand (2h x 40,00 €):	80,00 €
EKT der Vertragsleistung:	580,00 €
Plus tatsächlicher Mehraufwand (1h x 40,00 €)	40,00 €
Fortgeschriebene EKT der Änderungsleistung:	620,00 €
plus 10 % AGK	62,00 €
plus 10 % BGK auf die EKT der Vertragsleistung	62,00 €
Nachtrags-Preis :	744,00 €

Dabei bleiben alle anderen Preisbestandteile wie der Materialpreis und der kalkulierte Stundenlohn unverändert. Insofern kommt es wirklich nicht auf Ist-Kosten, sondern auf die kalkulierten Kosten an. Ob der Materialpreis oder der angesetzte Stundensatz



kostendeckend sind, ist unbeachtlich. Nichts anderes ist gemeint wenn gesagt wird, dass der neue Preis für die geänderte Leistung kalkulatorisch zu ermitteln ist.

Wenn es der Auftragnehmer bei seiner Spekulation nicht übertreibt, bleibt ihm sein Kalkulationsgewinn erhalten. Das ist bei spekulativ kalkulierten Positionen für den Auftraggeber oftmals sehr ärgerlich.

Umgekehrt wirken sich zu niedrig kalkulierte Preise gerade bei prozentualer Fortschreibung des Kalkulationsfehlers massiv zu Lasten des Auftragnehmers aus.

## **6. Ermittlung der Nachtragsvergütung bei kalkuliertem Nachunternehmer-Einsatz**

Bei der Kalkulation mit voraussichtlichen Nachunternehmerkosten plus Zuschläge des Hauptunternehmers bleibt der Zuschlagssatz unverändert. Was sich ändert, sind die Nachunternehmerkosten.

Strittig ist, ob der Auftragnehmer verpflichtet, im einzelnen darzulegen, wie sich die Nachunternehmerpreise für die Vertragsleistung und die geänderte Leistung zusammensetzen.

Ein Teil der Baujuristen lehnt dies zu Recht ab (Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 2425).

Begründen kann man dies damit, dass der Kalkulator, wäre ihm die Leistungsänderung vorher bekannt gewesen und hätte er ein Preisangebot eines Nachunternehmer eingeholt, auch nicht hinterfragt hätte, wie sich die Mehrkosten der NU-Leistung im einzelnen zusammensetzen. Er hätte vielmehr die Preisdifferenz als gegeben hingenommen und in die Kalkulation der geänderten Leistung eingestellt.

Allerdings wird dies von Auftraggeberseite regelmäßig anders gesehen. Es wird verlangt, dass vom Hauptunternehmer die Preiskalkulation der Nachunternehmer offen gelegt wird. Begründet wird dies damit, dass ansonsten der Nachunternehmer – eventuell auch in Absprache mit dem Hauptunternehmer – überhöhte Preise verlangen könnte. Es wird weiter darauf hingewiesen, dass der Hauptunternehmer mit dem Nachunternehmer ja auch die VOB/B vereinbaren muss (§ 4 Abs.8 Nr. 2 VOB/B).

Oft ist der Hauptunternehmer hierzu in der Lage, manchmal aber auch nicht (etwa wenn der Nachunternehmer gar nicht detailliert kalkuliert hatte oder insolvent ist). Was der Hauptunternehmer in diesen Fällen tun soll, sagen die Vertreter dieses Standpunktes leider nicht.

## **7. Geänderte Leistungen bei Pauschalverträgen oder nicht in Positionen ausgewiesenen Leistungen**

Ein Heizungsbauer hat einen Pauschalvertrag für die Errichtung einer Heizungsanlage für ein Einfamilienhaus. Im Angebot sind der Heizkessel, die Heizkörper etc. detailliert beschrieben und mit Preisen versehen. Die notwendigen Rohrleitungen und Verbindungsstücke wurden mit „pauschal € 2.000,00 Material und Montage“ angeboten.

Der Heizungsbauer hatte das Haus vor Angebotsabgabe besichtigt, und in einem Ausführungsplan eine bestimmte Leitungsführung vorgesehen. Diese Leitungsführung wird vom Auftraggeber geändert.

Dem Auftragnehmer entsteht ein Mehraufwand von zehn Meter Rohrmaterial und fünf Verbindungsstücken sowie ein Aufwand von zwei Stunden für die Umplanung.

Der Auftragnehmer müsste für eine prüfbare Abrechnung erst einmal einen anteiligen Preis für einen Meter Kupferrohr und ein Verbindungsstück ermitteln. Hierzu wäre es erforderlich, im Nachhinein ein detailliertes Leistungsverzeichnis für alle Rohre und Verbindungsstücke mit einer Ermittlung der ursprünglichen Gesamtmengen aufzustellen.

Die Planung, für die es gar keine gesonderte Position im Angebot gab, müsste ebenfalls gesondert ausgewiesen werden, um einen anteiligen Preis für die vertraglich geschuldete Planung zu erhalten. Dieser müsste nun in das Verhältnis zu den zwei Stunden Mehraufwand gesetzt werden. Erst auf dieser Basis kann dann die Vergütung für die Leistungsänderung nach § 2 Abs. 5 VOB/B ermittelt werden.

Der Aufwand für die prüfbare Abrechnung des Nachtrages steht in keinem Verhältnis zu den Mehrkosten.

## **8. Folgen einer nicht ordnungsgemäßen bzw. „prüfbar“ Nachtragsabrechnung**

Wenn der Auftragnehmer in dem Beispielsfall der Heizungsanlage die zehn Meter Rohr und fünf Verbindungsstücke einfach mit seinen üblichen Preisen abrechnet, und dazu zwei Stunden Planungsaufwand mit einem üblichen Stundenlohn für Planungsleistungen in Rechnung stellt, kann der Auftraggeber dies als „nicht prüfbar“ zurückweisen, weil die eingesetzten Preise tatsächlich nicht prüfbar bzw. nachvollziehbar aus der ursprünglichen Auftragskalkulation abgeleitet sind.

Was ist die Folge daraus? Der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers wird nicht fällig, er kann weder Zinsen verlangen noch die Arbeiten bei Nichtbezahlung einstellen, und zwar auch dann nicht, wenn der Auftraggeber gar nichts zahlt, obwohl unstrittig ein Mehraufwand angefallen ist.

Die meisten Auftraggeber verhalten sich nicht in dieser Weise. Vielfach wird in solchen Fällen auf der Basis ortsüblicher Preise abgerechnet, weil beide Seiten erkennen, dass der Aufwand für die Erstellung der prüfbar Abrechnung aber auch für die inhaltliche Prüfung derselben in keinem Verhältnis zum Wert der Sache stehen.

## **9. Zusammenfassung**

Der Bundesgerichtshof hält die Regelungen in 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B für einen „überschaubaren Modus für die Bildung des neuen Preises“.

In Anbetracht der Vielzahl an Streitpunkten und Meinungsverschiedenheiten unter Baujuristen und den praktischen Erfahrungen, die jeder Bauunternehmer gesammelt hat, muss man konstatieren, dass der Bundesgerichtshof nur dort Recht hat, wo wir Einheitspreisverträge auf der Basis vernünftiger Leistungsverzeichnisse haben, in denen alle Vertragsleistungen vollständig positionsweise ausgeschrieben sind.

Sobald die Auftraggeberseite jedoch in Leistungsverzeichnisse Teilpauschalen aufnimmt oder unter einer Position mehrere Leistungen zusammengefasst werden (Sammelpositionen) oder für Teilleistungen wie Ausführungsplanung, Revisionsplanung etc. überhaupt keine Positionen vorgesehen werden, ist die Ermittlung der Nachtragsvergütung für Zusatzleistungen oder geänderte Leistungen häufig extrem zeitaufwändig und methodisch keineswegs so einfach, wie der Bundesgerichtshof dies annimmt.

Hinzu kommt, dass es erstaunlicherweise sehr wenige Gerichtsentscheidungen gibt, die sich mit Einzelheiten der Nachtragsberechnung befassen. Dies hängt mit Sicherheit damit zusammen, dass die Preisermittlung häufig durch Sachverständige erfolgt und die Gerichte Einzelheiten der Preisermittlung nicht im Urteil wiedergeben. In den Urteilszusammenfassungen in den juristischen Zeitschriften sind solche Einzelheiten erst recht nicht enthalten.

## **10. Vorschlag für die Vertragsgestaltung**

Für den Baupraktiker bietet sich als Ausweg an, die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 632a BGB) für die Ermittlung von Nachtragspreisen zu vereinbaren.

Eine solche Formulierung in einem Bauvertrag könnte etwa lauten:

***„Ordnet der Auftraggeber Leistungsänderungen gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B an, so wird die Kostendifferenz zwischen der Vertragsleistung und der geänderten Leistung auf der Basis ortsüblicher Preise ermittelt.***

***Nach Vertragsabschluss vom Auftraggeber gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B angeordnete zusätzliche Leistungen werden zu ortsüblichen Preisen vergütet.***

***Dabei sind jeweils die ortsüblichen Preise im Zeitpunkt der Ausführung der zusätzlichen oder geänderten Leistung zugrunde zu legen.***

***Bei Streit über die ortsübliche Vergütung soll auf die Baupreisdatenbank sirAdos zurückgegriffen werden, und zwar auf den von-Wert/den Mittelwert/den bis-Wert der Preise (nicht zutreffendes bitte streichen).“***

Durch eine solche einfache und übersichtliche Regelung kann sich der Auftragnehmer dagegen schützen, dass von der Auftraggeberseite überzogene Anforderungen an die Kalkulation von Nachtragsleistungen gestellt werden.

Umgekehrt schützt sich der Auftraggeber davor, dass ihm der Auftragnehmer überhöhte (und unverhandelte) Nachunternehmerangebote zur Begründung einer Nachtragsvergütung

vorlegt oder nachträglich eine angebliche Vertragskalkulation vorlegt, aus der sich für die geänderte oder zusätzliche Leistung unverhältnismäßig hohe Preise ergeben.

Beide Seiten sind davor geschützt, dass fehkalkulierte Vertragspreise bei einzelnen Positionen zu überhöhten bzw. viel zu niedrigen Nachtragspreisen führen. Entscheidend für die Nachtragsvergütung ist nicht die mehr oder weniger zufällige Kalkulation einer Einzelposition, sondern der ortsübliche Preis, der im Zweifel von einem Gutachter ermittelt werden kann, ohne dass man dafür die Kalkulation des Hauptauftrages braucht.