

Vereinbarung eines neuen Preises bei Veränderung des ursprünglichen Mengenansatzes um mehr als 10% (§ 2 Abs. 3 VOB/B)

- § 2 Abs. 2 Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z. B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist.
- § 2 Abs. 3 (1) Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 v. H. von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis.
- (2) Für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.
- (3) Bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.
- (4) Sind von der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung andere Leistungen abhängig, für die eine Pauschalsumme vereinbart ist, so kann mit der Änderung des Einheitspreises auch eine angemessene Änderung der Pauschalsumme gefordert werden.

Erläuterung:

1. Die Regelung in § 2 Abs. 3 VOB/B gilt nicht für alle Fälle, in denen sich der ursprüngliche Leistungsumfang ändert, sondern ausschließlich für Einheitspreisverträge, bei denen die im Vertrag festgelegte Leistung **ohne nachträglichen Eingriff** in den Vertrag durch Mengenmehrung oder -minderung in einzelnen Positionen verändert wird.

§ 2 Abs. 3 gilt somit **nicht** bei Veränderung der Leistungsart, d. h. bei:

- a) Änderung des Bauentwurfs (§ 1 Abs. 3 VOB/B). Hier wird der neue Preis nach § 2 Abs. 5 VOB/B berechnet (vgl. Formular Nr. 2.5).
- b) Ausführung ursprünglich nicht vereinbarter Zusatzleistungen (§ 1 Abs. 4 VOB/B). Hier besteht i. d. R. ein Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B (vgl. Formular Nr. 2.6).
- c) Übernahme einzelner Leistungsteile durch den Auftraggeber selbst (§ 2 Abs. 4 VOB/B) oder die teilweise Entziehung des Auftrages auf andere Weise. Bei einer solchen „Teilkündigung“ regeln sich die Rechtsfolgen nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.

2. Was bei **Mengenüberschreitungen** zu beachten ist:

Hier wird für den Auftragnehmer i. d. R. eine Verringerung der Kosten der Einzelpositionen eintreten, sodass es nicht in seinem Interesse liegen wird, die Vereinbarung eines neuen Preises zu verlangen. Sollte der Auftraggeber eine Preisreduzierung fordern, so ist zu beachten, dass gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B von dem vereinbarten Vertragspreis (Einheitspreis) auszugehen ist und hiervon evtl. Ersparnisse abzuziehen sind. Solche Ersparnisse kommen insbesondere dann in Betracht, wenn in die Einheitspreise die Baustellengemeinkosten eingerechnet wurden. Sind diese mit der Menge von 110% bereits „verdient“, sind sie bei der darüber hinausgehenden Menge nicht mehr zu bezahlen.

Es ist jedoch denkbar, dass auch Massenmehrungen Kostenerhöhungen für den Auftragnehmer bedingen, so beispielsweise

- wenn die Mehrleistung nur durch Ableistung von Überstunden erbracht werden kann oder
- wenn aufgrund der Mehrleistungen die Schaffung neuer ungünstig gelegener Lagerkapazitäten für Erdaushub, Baumaterial u. ä. erforderlich wird,
- wenn zwischenzeitlich Mehrkosten für Lohn und Material gelten.

Diese Fälle kommen jedoch in der Praxis relativ selten vor, sodass davon abgesehen wurde, ein spezielles Formular zu entwickeln. Im Einzelfall wird empfohlen, sich am nachfolgenden Muster auszurichten.

Ein neuer Preis kann in jedem Fall erst für den 110% der ursprünglich ausgeschriebenen Menge übersteigenden Teil verlangt werden.

3. Was bei **Mengenunterschreitungen** zu beachten ist:

- 3.1 Eine Verringerung des Umfangs einzelner Positionen von mehr als 10% hat i. d. R. Mehrkosten zur Folge, weil bestimmte feste Kostenanteile vom Auftragnehmer auf die vertraglich vorgesehene Menge umgelegt werden

sind und deshalb bei erheblicher Verringerung des Leistungsumfanges nicht voll gedeckt wären (Baustelleneinrichtungs- und -gemeinkosten, Allg. Geschäftskosten). Im Gegensatz zu Überschreitungen, bei denen der Preis bis zu 110% der ursprünglich ausgeschriebenen Menge unverändert bleibt, ist bei Unterschreitungen kein Eigenanteil an den festen Kostenbestandteilen von 10% zu tragen. Sämtliche festen Kostenbestandteile werden vielmehr auf die gesamte tatsächlich ausgeführte (unter 90% der ursprünglichen) Menge umgelegt (OLG Hamm v. 17. November 1983, BauR 84, 211).

Nachstehend ein einfaches **Berechnungsbeispiel** für Mehrkosten:

Im Leistungsverzeichnis sind 500 cbm zu einem Einheitspreis von 20.– € pro cbm ausgeschrieben. In seiner Kalkulation hatte der AN seinem Preis von 16.– € einen Deckungsbeitrag von 4.– € (= 25%) zugeschlagen, nämlich

- 10% für Baustelleneinrichtung,
- 11% für Allgemeine Geschäftskosten,
- 4% für Gewinn.

Mindert sich nun die Menge auf **300 cbm** sind diese Fixkosten auf die verringerte Menge umzulegen:

$$\frac{500 \text{ cbm} \times 4.- \text{ €}}{300 \text{ cbm}} = 6.67 \text{ €}$$

Der neue nun abzurechnende Einheitspreis beträgt somit **22.67 €** (16.– + 6.67).

Dieses Beispiel berücksichtigt nur die in § 2 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 und 3 genannten wesentlichen Kostenarten und den zulässigerweise zu berechnenden Gewinnanteil für nicht mehr ausgeführte Leistungen. Auch sonstige Mehrkosten (z. B. höhere Materialkosten bei geringerer Menge) können daneben im Einzelfall zum Tragen kommen.

- 3.2 Mehrkosten kann der Auftragnehmer nur insoweit geltend machen, als er nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen einen **Ausgleich** erhält (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B).

Es fragt sich, ob der Auftraggeber hierbei auf jede Mehrmenge in einer anderen Position zurückgreifen kann oder ob hierfür nur Positionen herangezogen werden können, bei denen die Mehrmengen über den in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geregelten Toleranzrahmen von 110% hinausgehen:

Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 18. Dezember 1986 – Az.: VII ZR 39/86, BauR 87, 217) hat hierzu ausgeführt: Der Regelung in § 2 Abs. 3 VOB/B liege der Gedanke zugrunde, dass das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung noch nicht ernsthaft gestört sei, wenn die tatsächlich erbrachten Mengen nicht mehr als 10% vom ursprünglichen Mengenansatz abweichen. Im Sinne einer vereinfachten Abrechnung werde deshalb den Vertragspartnern ein gewisses Risiko mit einer Schwankungsbreite von 20% (zwischen 90% und 110%) zugemutet. Die hierin liegende Pauschalierung beinhalte gleiche Chancen für den Auftraggeber und den Auftragnehmer und müsse deshalb dazu führen, dass Vor- oder Nachteile dem einen oder dem anderen endgültig bleiben.

Liegen also Mengenunterschreitungen von mehr als 10% vor, so kommen als Ausgleich gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nur die über 110% liegenden Mehrmengen in anderen Positionen in Frage. Solche Mehrmengen können allerdings auch nur dann für einen Ausgleich herangezogen werden, wenn der Auftraggeber nicht schon insoweit die Vereinbarung eines neuen geminderten Einheitspreises gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B gefordert hat.

Beispiele:

- a) Position 14 erreicht nur 89%; der Auftraggeber will mit einer Überschreitung in Position 11 in Höhe von 108% ausgleichen.

Ergebnis: Kein Ausgleich, da in Position 11 eine Überschreitung von 110% nicht erreicht wird.

- b) Position 18 erreicht nur 85%; der Auftraggeber will mit Position 20 ausgleichen, die 111% erreicht.

Ergebnis: Der Auftragnehmer kann für die gesamten 85% einen erhöhten Einheitspreis verlangen; ein Ausgleich kann nur mit 1% bei Position 20 erfolgen.

Auch **Zusatzleistungen** nach § 2 Abs. 6 VOB/B sind bei dem vorzunehmenden Ausgleich zu berücksichtigen.

4. Wenn sich die **Menge** in einer Position **auf 0 reduziert** findet kein Ausgleich durch andere Positionen statt. Vielmehr ist dieser Fall wie eine **Teilkündigung** zu behandeln (vgl. VOB-Stelle Niedersachsen v. 29. November 1999 Fall 1185). Hierzu wird auf die Erläuterungen zu § 8 Abs. 1 VOB/B verwiesen.
5. Wenn bei **Eventualpositionen** nur ein Einheitspreis angegeben aber keine Angaben über die zu erwartende Menge gemacht wird, kommt § 2 Abs. 3 VOB/B grundsätzlich nicht zur Anwendung (OLG Hamm vom 05. März 1990 – Az.: 6 U 70/89 BauR 91, 352).

Was besonders zu beachten ist:

1. Viele vorformulierte Bauverträge beinhalten etwa folgende Klausel:

„Massenänderungen führen nicht zur Änderung der Einheitspreise.“

Derartige Klauseln sind wegen **Verstoßes gegen § 307 BGB nichtig** (so z. B. OLG Bamberg vom 21. September 1994 – Az.: 3 U 258/93, Baurechts-Report 11/94). Im Gegensatz zu dieser Klausel hält der BGH die Klausel

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

für wirksam (BGH vom 08. Juli 1993 – Az.: 7 ZR 79/92, BB 93, 1907). Er begründet dies damit, dass das gesetzliche Werkvertragsrecht – Leitbild für die Angemessenheitsprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen – keine mit § 2 Abs. 3 VOB/B vergleichbare Preisanpassungsregel bei Mengenabweichungen kenne. Die Klausel tangiere auch nicht die gesetzlichen Möglichkeiten einer Preisanpassung bei Mengenänderungen. Somit komme eine Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 BGB nicht in Betracht.

Will der Auftragnehmer Mehrvergütungsansprüche geltend machen, muss er ggf. zum Nachweis seiner Mehrkosten die Kalkulation des ursprünglichen Angebots offenlegen (OLG München vom 14. Juli 1993 – Az.: 27 U 191/92, Baurechts-Report 8/94).

(Vgl. im Übrigen die Rechtsprechungsübersicht in „Unwirksame Bauvertragsklauseln“, 11. Auflage, erschienen im VOB-Verlag E. Vögel OHG.)

2. Auch dann, wenn es zu erheblichen Mengenüberschreitungen kommt, trifft den Auftragnehmer grundsätzlich **keine Anzeigepflicht gegenüber dem Auftraggeber** (vgl. Thüringer OLG vom 28. Mai 2003 – Baurechts-Report 4/2005; mit Beschluss des BGH vom 13. Januar 2005 – Az.: VII ZR 243/03; Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Vorsorglich sollte der Auftragnehmer jedoch erhebliche Änderungen der vom Auftraggeber ausgeschriebenen Mengen frühzeitig gegenüber dem Auftraggeber mitteilen.

3. Auch bei **erheblichen Änderungen** der ausgeschriebenen Mengen bleibt es grundsätzlich bei dem Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis“. Allerdings ist zu prüfen, ob die geforderte Mehrvergütung nicht gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstößt. Das ist der Fall, wenn der Forderung des Auftragnehmers ein „sittlich verwerfliches Gewinnstreben“ zugrunde liegt (BGH vom 18. Dezember 2008 – Az.: VII ZR 201/06, Baurechts-Report 2009, S. 1).

Beispiel: In einem LV für einen öffentlichen Auftraggeber ist in einem LV eine Menge von 5 kg ausgeschrieben. Trotz eines üblichen Kilopreises von 2 €/kg setzt der Auftragnehmer 837,44 €/kg ein, da er erkennt, dass erhebliche Mehrmengen, nämlich 530 kg anfallen werden. In einem solchen Fall besteht die (allerdings widerlegbare) Vermutung dafür, dass der Auftragnehmer in „sittlich verwerflicher Weise“ gehandelt hat (OLG Dresden vom 11. Dezember 2009 – Az.: 4 U 1070/09, Baurechts-Report 2010, S. 12).

4. Bitte beachten Sie, dass eine **Nachtragsforderung** des Auftragnehmers **grundsätzlich nur fällig** wird, wenn der Auftragnehmer ggf. auch seine **Urkalkulation offenlegt**, um dem Auftraggeber die Prüfung zu ermöglichen, ob der neue Preis gemäß den obigen Grundsätzen richtig ermittelt wurde (vgl. OLG Bamberg v. 18. Juni 2003 – Baurechts-Report 10/2003).

An

Betreff: Neue Preisvereinbarung bei Verminderung des ursprünglichen Mengenansatzes
gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

Bauvorhaben:

Sofern die ursprünglich vereinbarte Menge in den Einzelpositionen um jeweils mehr als 10% unterschritten wird, ist gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Menge bei anderen Positionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält.

Folgende Positionen sind im Mengenansatz um mehr als 10% unterschritten worden:

Pos. um%

Pos. um%

Pos. um%

☐ vgl. Anlage

Gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VOB/B soll die Erhöhung des Einheitspreises im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt.

Auf dieser Grundlage wurden folgende neue Preise ermittelt:

Pos. à €

Pos. à €

Pos. à €

☐ vgl. Anlage

- ☐ Ein Ausgleich durch Erhöhung der Menge bei anderen Positionen scheidet aus.
- ☐ Ein Ausgleich durch Erhöhung der Menge bei anderen Positionen wurde berücksichtigt. Es wird auf die Anlage verwiesen.
- ☐ Es wird um Bestätigung der ermittelten neuen Preise durch Unterschrift und Rückgabe eines Exemplares bis zum gebeten.
- ☐ Es wird um Nennung eines Besprechungstermins gebeten.

....., den
(Ort)

....., den
(Ort)

.....
(Auftragnehmer)

.....
(Auftraggeber)

1. Ausfertigung für Auftraggeber
2. Ausfertigung für Auftragnehmer
- 3.

Preisvereinbarung bei Änderungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B)

- § 2 Abs. 5** 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. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

Erläuterung:

1. § 2 Abs. 5 VOB/B ist nur einschlägig, wenn sich die der Preisermittlung zugrunde liegenden Umstände nach Vertragsschluss durch Anordnung des Auftraggebers oder Änderung des Bauentwurfs **geändert** haben und dies Einfluss auf den vereinbarten Preis einer bestimmten Leistung hat.
Sofern eine neue zusätzliche Leistung vom Auftragnehmer gefordert wird, gilt nicht § 2 Abs. 5, sondern § 2 Abs. 6 VOB/B (siehe Formular Nr. 2.6).
2. § 2 Abs. 5 ist bereits anwendbar, wenn Änderungen in einem Leistungsteil – der beim Einheitspreisvertrag zu einer Position zusammengefasst ist – oder beim Pauschalpreisvertrag Einfluss auf den Pauschalpreis hat – eingetreten sind. (Zur Preisvereinbarung bei Pauschalpreisverträgen vgl. im Übrigen Formular 2.7.)
3. Eine Änderung der im Vertrag vorgesehenen Leistung kann auch vorliegen, wenn auf Verlangen des Bauherrn die **Art und Weise der Durchführung** der vertraglich vereinbarten Leistung geändert werden soll (vgl. Ingenstau/Korbion, 17. Auflage, § 2 Abs. 5 VOB/B, Rdn. 9). Deshalb kommt § 2 Abs. 5 häufig neben § 6 Abs. 6 VOB/B in Betracht.

Beispiel:

Durch zeitliche Behinderungen ändert sich die Art der Durchführung. So werden u. a. Überstunden notwendig. Im Übrigen vgl. hierzu Erläuterungen zu Formular 6.6.

Verzögert sich bei einem öffentlichen Auftrag der Zuschlag, beispielsweise aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens durch einen Mitbewerber, und erteilt der Auftraggeber später den Zuschlag auf das unveränderte Angebot des Bieters, kommt der Vertrag mit den in der Ausschreibung ursprünglich vorgesehenen Terminen zu Stande. Dann müssen sich die Vertragspartner über die neuen Ausführungstermine und über evtl. Mehrkosten nach den Grundsätzen des § 2 Abs. 5 VOB/B verständigen (BGH vom 11. Mai 2009 – Az.: VII ZR 11/08, Baurechts-Report 2009, S. 17).

4. Für die **Neufestlegung des Preises** gelten folgende Grundsätze:
 - der Teil des bisherigen Preisgefüges, das durch die Leistungsänderung nicht berührt wird, bleibt erhalten.
 - für die geänderten Leistungsteile oder für die geänderte Gesamtleistung gilt die ursprüngliche Preisvereinbarung als Preisgrundlage.

Der Auftragnehmer braucht sich daher nicht auf etwaige günstigere Angebote anderer Unternehmer verweisen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 1968, NJW 68, 1234).

Der Auftragnehmer darf sich bei seiner Mehrpreisforderung aufgrund geänderter Ausführung nicht auf deren bloße Bekanntgabe beschränken.

Der Auftraggeber braucht eine solche Mehrpreisforderung nur zu akzeptieren, wenn sie für ihn nachvollziehbar ist.

Nach einem Urteil des OLG Dresden (Urteil vom 21. November 1997 – Az.: 7 U 1905/97, BauR 98, 565) muss er hierzu folgendes Verfahren einhalten:

Er muss als erstes die Kalkulation der ursprünglichen Position aufgliedern. Anschließend muss er anhand der allgemein anerkannten Kalkulationsmethoden den Mehraufwand berechnen und nachvollziehbar darstellen. Hierbei muss – wie oben ausgeführt – das ursprüngliche Preis/Leistungsverhältnis erhalten bleiben.

Liegt in der Vertragsänderung eine **Leistungsminderung**, so ist nur der Minderwert der neuen Leistung abzuziehen; der Gewinn der ursprünglichen Leistung bleibt dem Auftragnehmer enthalten. **Fallen durch die Änderung Positionen weg**, so ist dies nach § 8 Abs. 1 VOB/B abzurechnen (OLG Oldenburg vom 02. Juni 1999, BauR 2000, 897).

Nachlässe im Hauptangebot gelten nach überwiegender Meinung auch für Nachträge, es sei denn, der Auftragnehmer hat im Hauptangebot kenntlich gemacht, dass dies nicht der Fall ist (BGH vom 24. Juli 2003 – Az.: VII ZR 79/02, Baurechts-Report 11/03).

5. Die Preisvereinbarung **soll** vor Ausführung der geänderten Leistung getroffen werden. Sie kann ohne Schaden für die Entstehung des Anspruchs (vgl. z. B. OLG Celle, BauR 82, 382) zwar auch später erfolgen, wovon jedoch aus praktischen Gründen abzuraten ist. Können sich die Beteiligten nicht einigen, sollte man den Preis durch einen unparteiischen sachverständigen Dritten bestimmen lassen oder eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen.

