

VOB

in Formularen

Schriftverkehr für Bauunternehmen
21. Auflage 2021

von

Eckhard Frikell
Rechtsanwalt

Michael Frikell
Rechtsanwalt



VOB-Verlag Ernst Vögel OHG

Bestellzeichen: VOB
ISBN: 978-3-89650-513-2

© 2021 by Ernst Vögel, Stamsried

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung.
Ohne schriftliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, dieses urheberrechtlich
geschützte Werk oder Teile daraus in einem photomechanischen oder sonstigen
Reproduktionsverfahren zu vervielfältigen.
Für Vollständigkeit und Richtigkeit keine Gewähr.

Gesamtherstellung: Druck+Verlag Ernst Vögel, 93491 Stamsried

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Informationen zum Download der Formulare	6
Grundsätzliches zur Vereinbarung eines Vertrages nach VOB/B	7
Neue Preisvereinbarung bei Mengenänderung	10
Preisvereinbarung bei Vertragsänderungen	17
Vergütung für zusätzliche Leistungen	23
Neue Preisvereinbarung beim Pauschalvertrag	29
Vergütung für Leistungen ohne Auftrag	35
Vereinbarung von Stundenlohnarbeiten	40
Hinweise auf fehlerhafte Ausführungsunterlagen	46
Anmeldung von Bedenken	50
Bereitstellungspflichten des Auftraggebers	57
Übertragung der Arbeiten an Nachunternehmer	60
Zustandsfeststellung von Leistungsteilen	63
Auskunftersuchen über voraussichtlichen Baubeginn	66
Baubeginnanzeige	69
Behinderungsanzeige	72
Verlängerung der Ausführungsfristen	77
Abrechnung bei Unterbrechung	82
Berechnung von Behinderungsmehrkosten	87
Kündigung bei längerer Unterbrechung	92
Beschädigung durch höhere Gewalt	95
Abrechnung bei freier Auftraggeberkündigung bzw. -teilkündigung	98
Kündigung durch den Auftragnehmer	105
Zurückweisung eines unberechtigten Vertragsstrafeabzugs	113
Abnahmeverlangen durch den Auftragnehmer	117
Mahnung bei unterlassener förmlicher Abnahme	124
Herbeiführung der Abnahmewirkung (Abnahmefiktion)	126
Mängelansprüche	129

Ablehnung von Nachbesserungsforderungen	135
Antrag auf gemeinsames Aufmaß	144
Anzeige über den Beginn von Stundenlohnarbeiten	147
Anforderung einer Abschlagszahlung	149
Vereinbarung einer Vorauszahlung	156
Die Schlussrechnung	159
Auszahlung des unbestrittenen Guthabens	165
Vorbehaltserklärung bei Schlusszahlung	168
Zurückweisung eines Skontoabzugs	173
Nachfristsetzung bei Zahlungsverzug	175
Fristsetzung zur Einzahlung eines Sicherheitseinbehalts auf ein Sperrkonto	181
Rückgabe der Sicherheitsleistung	186
Abhilfeverfahren bei Meinungsverschiedenheiten	189
Forderung einer Bauhandwerkersicherung	192
Vollmachtvereinbarung mit Bauherrnvertreter	196
Text der VOB/B	198
Auszug aus dem BGB	220

Zu dieser Sammlung

Die „VOB in Formularen“ richtet sich an alle Unternehmer der Bauwirtschaft und deren leitende Mitarbeiter. Sie will dazu beitragen, rechtliche Fehler bei der Durchführung von Bauleistungen zu vermeiden. Denn die Abwicklung eines Bauvorhabens erfordert nicht nur technisches Knowhow, sondern auch die Beachtung einer Vielzahl von Hinweis- und Mitteilungspflichten gegenüber dem Auftraggeber. Deren Verletzung führt zu ganz erheblichen Nachteilen. Nur das „schwarz auf weiß“ durch Vorlage eines Dokuments Beweisbare bewahrt den Unternehmer vor entscheidenden Rechtsnachteilen. Deshalb kommt einem gewissenhaften Schriftverkehr bei der Abwicklung von Bauleistungen eine ganz entscheidende Bedeutung zu.

Der Unternehmer bzw. sein Bauleiter braucht hierzu kein juristischer Fachmann zu sein! Entscheidend ist jedoch, dass er die wesentlichen Vereinbarungen trifft und die erforderlichen Mitteilungsverpflichtungen erfüllt. Hierbei soll ihn die „VOB in Formularen“ durch verständliche Erläuterungen aller „kritischen“ Bereiche und durch entsprechende Muster-Formulartexte unterstützen. Da in der Praxis immer öfter, zumindest in einzelnen Bereichen, vom VOB/B-Text abgewichen wird und dies zur Folge haben kann, dass insoweit die Regelungen des BGB zur Anwendung kommen, (siehe hierzu die nachfolgenden Hinweise zur Vereinbarung eines Vertrages nach VOB/B) sind den einzelnen Erläuterungen zu den Formularen Hinweise zur entsprechenden BGB-Regelung angeführt.

Dabei ist zu beachten, dass alle Mitteilungen an den richtigen Empfänger gerichtet werden. Besonders Vereinbarungen, die den Auftraggeber zusätzlich finanziell belasten, wie beispielsweise geänderte oder zusätzliche Leistungen, sollten nicht nur mit dem beauftragten Architekten, sondern zusätzlich auch mit dem Auftraggeber selbst geschlossen werden. Auch sollte darauf geachtet werden, dass der Zugang solcher Mitteilungen später noch nachgewiesen werden kann.

Ein gewissenhafter Schriftverkehr anhand der „VOB in Formularen“ soll den Unternehmer vor entscheidenden Rechtsnachteilen bewahren.

Informationen zum Download der Formulare

In unserem Downloadbereich https://app.barrierefreie-pdfs.online/vob_verlag finden Sie alle im Buch aufgeführten Formulare als ausfüllbare PDF-Dateien. Mit dem Erwerb dieses Buches haben Sie eine E-Mail von barrierefrei@satzweiss.com mit Ihrem Benutzernamen erhalten. Bitte prüfen Sie auch den Spam-Ordner. Folgen Sie den Anweisungen in der E-Mail und vergeben Sie ein Kennwort.

Nach der Anmeldung finden Sie die Formulare im virtuellen Bücherregal.



Grundsätzliches zur Vereinbarung eines Vertrages nach VOB/B

Hinweise an Auftragnehmer:

Die VOB/B stellt eine ausgewogene und praxisorientierte Rechtsgrundlage für die Abwicklung von Bauverträgen dar, die für eine Vielzahl von Anwendungsfällen vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) erarbeitet worden ist. Sie stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) i. S. von § 307 ff. BGB dar und unterliegt deshalb grundsätzlich der gesetzlichen Inhaltskontrolle, der vorformulierte Vertragsbedingungen unterliegen.

Sie genießt allerdings gegenüber anderen AGBs aufgrund einer speziellen Privilegierung in § 310 Abs. 1 BGB einen Sonderstatus:

Wenn die VOB/B insgesamt, also ohne abweichende Regelungen vereinbart worden ist, sind sämtliche ihrer einzelnen Vertragsklauseln rechtswirksam, obwohl einzelne davon bei isolierter Betrachtung (wenn man einzelne Regelungen nach den gesetzlichen AGB-Regelungen nach §§ 307 ff. BGB wertet) unwirksam wären.

Der Grund für dieses gesetzliche Privileg der VOB/B ist darin begründet, dass sich bei einer Abwägung aller der Vor- und Nachteile der VOB/B gezeigt hat, dass das Gesamtwerk der VOB/B einerseits in sich ausgewogen ist, andererseits aber auch eine für die Abwicklung von Bauleistungen praktikable, faire und ausgewogene Vertragsgrundlage für beide Vertragspartner darstellt. Dabei nimmt der Gesetzgeber bewusst in Kauf, dass einige VOB-Klauseln, betrachtet man sie isoliert, nach den Maßstäben der gesetzlichen AGB-Regelungen unwirksam wären.

Soweit die VOB/B also in unveränderter Form zur Vertragsgrundlage gemacht wird, sind alle ihre Vertragsklauseln wirksam, ohne dass jeweils geprüft werden muss, ob die eine oder andere ihrer Klauseln einen der Vertragspartner einseitig benachteiligt und deshalb der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhält.

Alle VOB-Klauseln sind bei unveränderter Vereinbarung der VOB/B also wirksamer Bestandteil des Vertrages.

Allerdings ist zu beachten, dass die gesetzlichen Regelungen für **Verbraucher-Verträge** (§§ 650i ff. BGB) auch im Rahmen eines wirksamen VOB-Vertrages zu beachten sind.

Das bedeutet, dass gegenüber einem Verbraucher (wenn eine Privatperson einen Vertrag mit einem Auftragnehmer abschließt, der überwiegend weder der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des Auftraggebers dient) besondere Vorschriften einzuhalten sind.

Zum einen muss der Auftragnehmer beachten, dass er die wirksame Einbeziehung der VOB/B bei einem Verbrauchervertrag nur erreichen kann, wenn der Verbraucher vor oder bei Vertragsschluss Gelegenheit hatte, die VOB/B inhaltlich zur Kenntnis zu nehmen. Dazu ist grundsätzlich erforderlich, dem Auftraggeber den Text der VOB/B auszuhändigen bzw. zu übersenden. Das kann nur entfallen, wenn

der Auftragnehmer nachweisen kann, dass der Verbraucher seinen Architekten in die Vertragsverhandlungen eingebunden hat (OLG Frankfurt vom 03. April 2017 – Az.: 29 U 169/16) oder selbst ausreichend fachkundig in Bausachen ist.

Außerdem muss der Auftragnehmer den Verbraucher über die dem Vertrag zugrunde liegende Baubeschreibung unterrichten (§ 650j, § 650k BGB), für eine Absicherung einer vom Auftraggeber geleisteten Sicherheitsleistung oder Abschlagszahlung (§ 650m BGB) sorgen und dem Verbraucher die Ausführungsunterlagen aushändigen (§ 650n BGB).

Wie ist die Rechtslage, wenn die VOB/B zwar vereinbart wird, sie jedoch in einzelnen Bereichen abgeändert worden ist?

Im Fall der Abänderung der VOB/B durch deren Verwender verliert sie das oben erwähnte gesetzlich verankerte Privileg nach § 310 Abs. 1 BGB, wonach sämtliche ihrer einzelnen Regelungen einer sogen. Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB standhalten. Dabei muss es sich nicht um gravierende Abweichungen handeln. Grundsätzlich führt jede Änderung der VOB/B zum Verlust des genannten Privilegs.

Hierbei ist allerdings zu unterscheiden, welcher der beiden Vertragspartner die VOB/B „gestellt“, wer sie also als Vertragsgrundlage eingeführt hat.

Legt der **Auftraggeber** in einer von ihm vorgelegten Ausschreibung die VOB/B zugrunde, können nur solche VOB-Klauseln unwirksam sein, die seinen Vertragspartner – also den Auftragnehmer – unangemessen benachteiligen.

Stellt umgekehrt der **Auftragnehmer** gegenüber dem Auftraggeber die Vertragsbedingungen und ändert er die zugrunde gelegte VOB/B dabei ab, kann er sich nicht selbst darauf berufen, dass ihn eine bestimmte VOB-Regelung unangemessen benachteiligt. In diesem Fall kann sich ausschließlich der Auftraggeber darauf berufen, dass ihn eine VOB-Klausel unangemessen benachteiligt.

Welchen Stellenwert hat die VOB/B trotz dieser Situation für das Baugeschehen?

Die VOB/B stellt eine in nahezu 100 Jahren gewachsene und immer wieder den Anforderungen der Praxis durch Verhandlungen der öffentlichen Hand mit Vertretern der Auftragnehmer-Verbände angepasste Vertragsgrundlage dar, die sich in der Baupraxis bewährt hat.

Andererseits hat sich der Gesetzgeber gerade in letzter Zeit darum bemüht, die Regelungen des BGB für Bauverträge in Einzelbereichen an sinnvolle praktische Gegebenheiten anzupassen, teilweise auch in Anlehnung an die Regelungen der VOB/B.

Aber auch die VOB/B unterliegt immer wieder Änderungen. So ist damit zu rechnen, dass die derzeitige Fassung aus dem Jahr 2016 eine nicht unerhebliche Veränderung erfahren wird, wobei damit zu rechnen ist, dass eine Reihe von erst vor Kurzem geänderte Regelungen der Vorschriften des BGB übernommen werden wird.

Die VOB/B stellt nach wie vor eine praktikablere und praxisgerechtere Vertragsgrundlage für die Abwicklung von Bauleistungen dar. Allerdings muss sich der jeweilige Verwender der VOB/B über die erwähnten Konsequenzen im Klaren sein, wenn er in das Regelwerk der VOB/B eingreift und dieses verändert.

Die Erfahrung zeigt allerdings, dass sich die Vertragspartner in der Praxis ganz überwiegend auch dann auf die Regelungen der VOB/B stützen, wenn sich die Rechtslage durch eine von der VOB/B abweichende Regelung geändert hat und die VOB/B nicht mehr das Privileg genießt, in allen ihren Klauseln wirksam zu sein. Das kann unter anderem darauf zurückzuführen sein, dass die veränderte Rechtslage von den an Bauverträgen Beteiligten teilweise nicht durchschaut wird und oft erst bei fachlicher Beratung erkannt wird. Es ist also meist davon auszugehen, dass die Vertragspartner die durch eine Abänderung der VOB/B veränderte Rechtslage gar nicht wahrnehmen, bzw. auch nicht wahrnehmen wollen.

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:

Weicht die ausgeführte Menge der unter einer in einem Einheitspreisvertrag erfassten Leistung oder Teilleistung um mehr als 10 % von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B).

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 die Regelung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B aufgrund eines Grundsatzurteils des BGH vom 08. August 2019 – Az.: VII ZR 34/18 – anders auszulegen ist, als dies bisher der Fall war. Während es nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH so war, dass sich nur solche Kostenelemente änderten, die durch die Mengenänderung verursacht waren, was dazu führte, dass der Grundsatz „guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ galt, vertritt der BGH nun die Auffassung, dass die Verantwortung für die neue Preisfestlegung in die Hände der Vertragspartner zu legen ist. Können sich diese nicht über einen geänderten Preis für die geänderte Mehrmenge einigen, ist es „entscheidend, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.“ Können sich die Vertragspartner nicht über einen geänderten Preis einigen, ist der neue Preis laut BGH nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Gemeinkosten zu ermitteln. (Siehe hierzu auch BGH vom 21. November 2019 – Az.: VII ZR 10/19; Baurechts-Report 2020, S. 1.)

Somit sind „für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlichen erforderlichen Kosten der über 10 % hinausgehenden Leistungsbestandteile zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich.

Es ist allerdings auch denkbar, dass Massenmehrungen zu **Kostenerhöhungen** für den Auftragnehmer führen, 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, hierfür ein spezielles Formular zu entwickeln. Auch in diesem Fall, ist der geänderte Preis nach den gleichen Grundsätzen zu ermitteln und kann auch nur für denjenigen Leistungsteil verlangt werden, der 110 % der ursprünglich ausgeschriebenen Menge übersteigt.

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 worden 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). Im Übrigen sind die gleichen Grundsätze zur Ermittlung des geänderten Preises anzuwenden wie oben unter 2.
- 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. Deshalb hält es der BGH – Urteil vom 26. Januar 2012 – Az.: VII ZR 19/11; Baurechts-Report 3/2012 – für sachgerecht, die insoweit bestehende Regelungslücke der VOB durch eine analoge Anwendung von § 2 Abs. 3 VOB/B zu schließen, da es keinen sachlichen Grund gibt, dem Auftragnehmer die von ihm für die entfallene Leistung kalkulierten Deckungsanteile zu versagen. Er hat deshalb Anspruch auf Vergütung in Höhe der Beiträge, die er zur Deckung der in diesen Positionen eingerechneten Gemeinkosten und des entgangenen Gewinns benötigt. Er muss sich allerdings anrechnen lassen, was er infolge von Mengenmehrungen bei anderen Positionen von mehr als 10 % oder in anderer Weise als Ausgleich erhält.
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).
6. **Was besonders zu beachten ist:**

Viele vorformulierte Bauverträge enthalten unwirksame Klauseln:

„Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich.“

Der BGH – Urteil vom 20. Juli 2017 – Az.: VII ZR 259/16 – hält diese vom Auftraggeber verwendete Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB für nichtig, weil sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt. Denn sie nimmt ihm auch die gesetzlichen Preisänderungsmöglichkeiten, die bei ganz gravierenden Mengenänderungen mit unzumutbaren Folgen für den Auftragnehmer bestehen. Denn in einem solchen Fall entfällt die Geschäftsgrundlage des Vertrages.

Der BGH hat mit diesem Urteil seine früher mit Urteil vom 08. Juli 1993 – Az.: VII ZR 79/92 – abweichend vertretene Meinung geändert.

Oder: „Mengenänderungen von mehr als 10 % berechtigen nicht zu einer Preiskorrektur.“

Diese Klausel schließt alle gesetzlichen Preisanpassungsmöglichkeiten aus. Sie ist deshalb unangemessen und wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam (OLG Köln vom 07. November 2014 – Az.: 19 U 55/14; Baurechts-Report 3/2015).

Wenn es zu erheblichen Mengenüberschreitungen kommt, trifft den Auftragnehmer grundsätzlich **keine Anzeigepflicht gegenüber dem Auftraggeber** (OLG Naumburg vom 09. April 2015 – Az.: 6 U 19/14; Baurechts-Report 12/2016; OLG Thüringen vom 28. Mai 2003 – Baurechts-Report 4/2005; mit Beschluss des BGH vom 13. Januar 2005 – Az.: VII ZR 243/03 wurde die Nichtzulassungsbeschwerde gegen dieses Urteil zurückgewiesen).

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

7. Auch bei **erheblichen Änderungen** der ausgeschriebenen Mengen bleibt es grundsätzlich bei der genannten Methode zur Ermittlung des geänderten Preises. Allerdings ist zu prüfen, ob die geforderte Mehrvergütung nicht gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstößt. Denn nach dem Urteil des BGH vom 14. März 2013 – Az.: VII ZR 116/12 – kann eine Preisberechnung nach § 2 Abs. 3 VOB/B sittenwidrig sein.
8. Bitte beachten Sie, dass eine **Nachtragsforderung** des Auftragnehmers **grundsätzlich nur fällig** wird, wenn der Auftragnehmer seine **Kalkulation offenlegt**, um dem Auftraggeber die Prüfung zu ermöglichen, ob der neue Preis gemäß den obigen Grundsätzen richtig ermittelt wurde.

Hinweis zum BGB-Vertrag

Auch nach BGB besteht keine Verpflichtung für den Auftragnehmer zur Anzeige von Mengenmehrungen. Nach einem Urteil des OLG Celle vom 09. August 2012 – Az.: 16 U 197/11; Baurechts-Report 12/2012 – kann der Auftragnehmer trotzdem bei gravierender Mengenmehrung nicht erwarten, dass der Auftraggeber mit der vergütungspflichtigen Ausführung von Mehrleistungen ohne Weiteres einverstanden ist. Beim BGB-Vertrag ist es deshalb ratsam, vor Ausführung solcher Mehrmengen eine entsprechende Vereinbarung mit dem Auftraggeber hierüber zu treffen.

Gibt der Auftraggeber die in einem Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen zumindest fahrlässig deutlich zu hoch an, verstößt er hierdurch gegen seine vorvertraglichen Sorgfaltspflichten, was dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens einräumen kann (OLG Nürnberg vom 24. November 2006 – Az.: 2 U 1723/06).

An

VOB-Verlag Ernst Vögel OHG
Kalkreuthausstr. 22, 83491 Starnberg
Telefon (0 94 66) 64 00 0, Telefax (0 94 66) 12 76
E-Mail: vvoegel@voegel.com
https://www.vob-buecher.de

Bauunternehmerformblatt von RA Eckhard Frikell
und RA Michael Frikell

Stand: 02/2021
Unüberrechtlich geschützt, Nachdruck verboten

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.
- Wir bitten um Bestätigung der ermittelten neuen Preise durch Unterschrift und Rückgabe eines Exemplares bis zum
- Wir bitten um einen Terminvorschlag für einen Besprechungstermin.

....., den (Ort), den

..... (Auftragnehmer) (Auftraggeber)

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