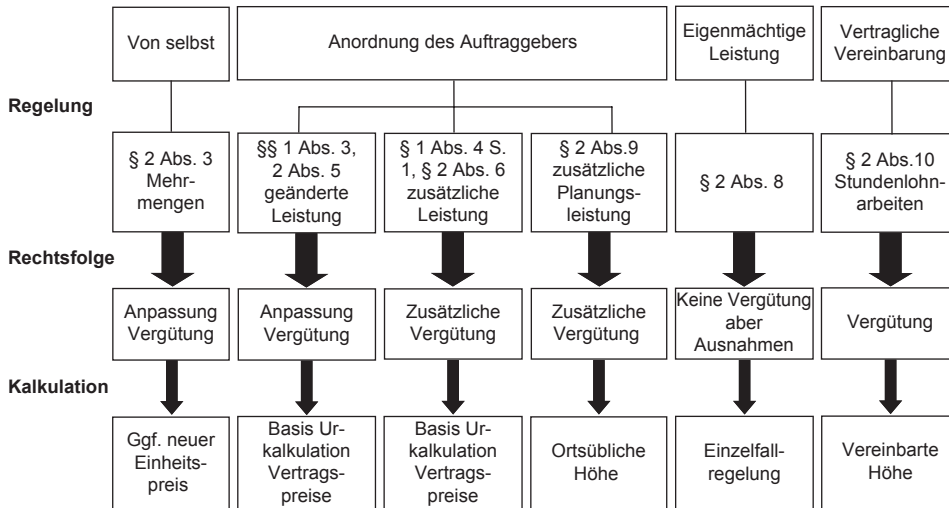


2.1 Überblick über die Mehrvergütungsansprüche gemäß § 2 VOB/B

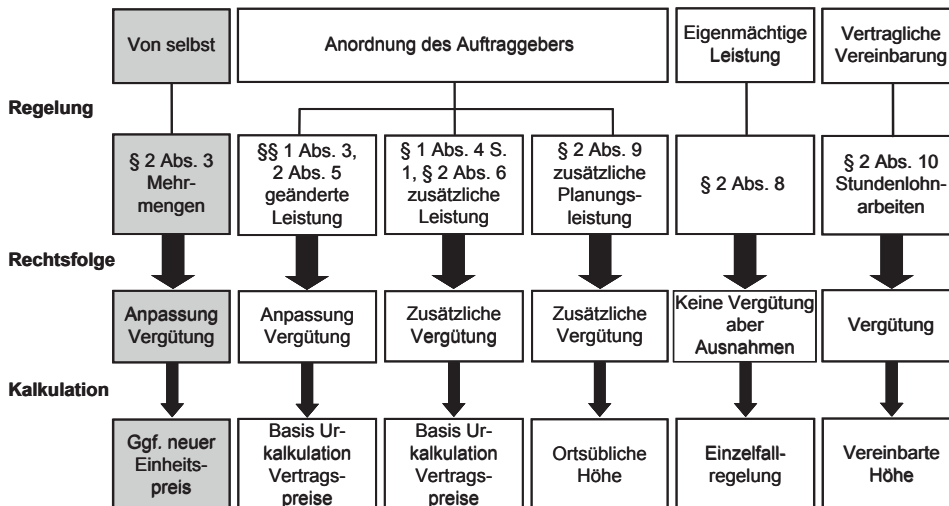
Auslöser



2.2 Ansprüche auf Vergütungsanpassung bei Mengenänderungen (§ 2 Abs. 3 VOB/B)

2.2.1 Überblick

Auslöser



2.2.2 Mengenänderungen beim Einheitsverträgen

Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als zehn von Hundert von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B).

Beim Einheitspreisvertrag werden Mehr- oder Mindermengen, die nicht über 10 % der bei Vertragsschluss vorausgesetzten Mengen (Mengenvordersätze im Leistungsverzeichnis) hinausgehen, nach den vertraglichen Positionspreisen im Leistungsverzeichnis abgerechnet. Daraus ergibt sich ein Toleranzrahmen zwischen 90 und 110 % des vertraglichen Mengenvordersatzes. Erst darüber hinausgehende Mengenänderungen führen zu einer Veränderung des Einheitspreises. Dabei bleibt maßgeblich, dass der Auftraggeber nicht in den Bauablauf eingegriffen hat. Hat er den Plan geändert oder zusätzliche Leistungen verlangt und ändert sich dadurch die vom Auftragnehmer erbrachte Menge, so ist nicht § 2 Abs. 3 VOB/B einschlägig, sondern § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.

Bei über 10 % hinausgehenden Mengenabweichungen können sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer verlangen, dass der Einheitspreis geändert wird.¹ Bei Mengenabweichungen nach unten, also weniger als 90 % der vertraglich vereinbarten Leistung, erhöht sich der Einheitspreis (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B).

Beispiel

Mengenunterschreitung 30 %

neuer Preis	
700 %	30 %

Bei Mengenabweichungen nach oben, also über 110 % hinaus, ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B). Dieser kann höher oder niedriger als der ursprünglich vereinbarte Vertragspreis sein, wobei der höhere oder niedrigere Einheitspreis jedoch nur für die über die 110 % hinausgehenden Mengen gilt. Die erbrachte Menge bis 110 % des Mengenvordersatzes im vertraglichen Leistungsverzeichnis wird also nach den ursprünglichen Vertragspreisen abgerechnet.

¹ Vgl. OLG Koblenz, Urteil v. 24.05.2006 – 6 I 1273/03; BGH, Beschluss v. 19.06.2008 – VII ZR 128/06, IBR 2008, 560.

Beispiel

Mengenmehrung 40 %

alter Preis		neuer Preis
100 %	10 %	30 %

2.2.3 Mengenänderungen beim Pauschalverträgen beim Pauschalvertrag

Beim Pauschalvertrag bleiben Mengenänderungen grundsätzlich unberücksichtigt. Eine Ausnahme sieht lediglich § 2 Abs. 7 Satz 2 VOB/B vor: *Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 313 BGB), so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren.*

Wann eine erhebliche Mengenabweichung vorliegt, die den Auftragnehmer bei weitgehenden Mengenüberschreitungen oder den Auftraggeber bei eklatanten Mengenunterschreitungen zur Veränderung des Pauschalpreises berechtigt, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet: Der Bundesgerichtshof will keine starren Prozentsätze annehmen, sondern im Einzelfall entscheiden.² Dagegen setzen die Oberlandesgerichte in der Regel die Erheblichkeitsgrenze bei ca. 20 % an.³ Hierfür genügt jedoch nicht schon eine Abweichung von 20 % in einer detailliert beschriebenen Position oder in einem Gewerk, sondern die Mengenabweichung muss einen Wert von ca. 20 % des Gesamtpauschalpreises ausmachen.⁴

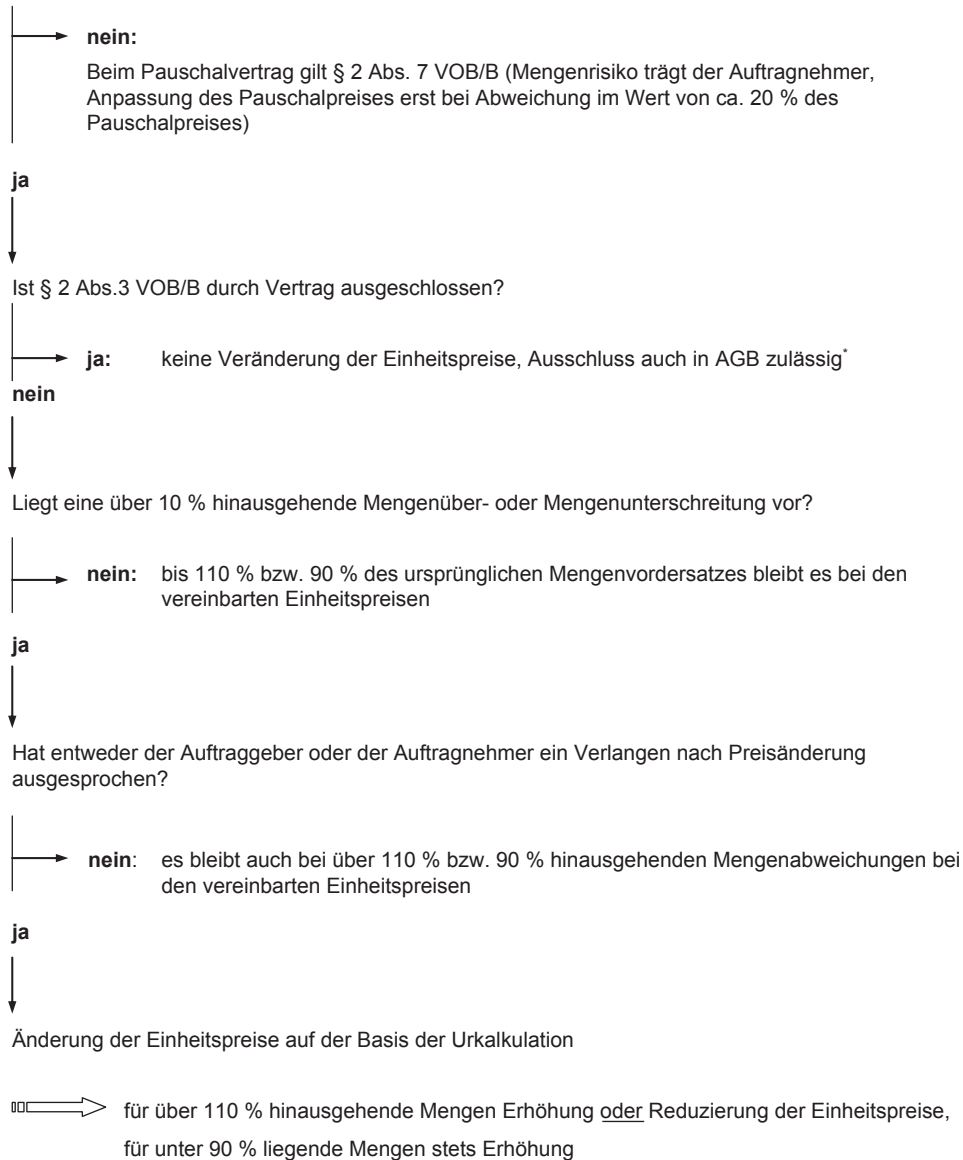
² BGH, Urteil v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03, BauR 2004, 488.

³ OLG Stuttgart, Urteil v. 07.08.2000 – 6 U 64/00, IBR 2000, 593 (Schulze-Hagen); OLG Hamm, Urteil v. 18.04.1996 – 17 U 132/95, BauR 1998, 132; OLG Düsseldorf, Urteil v. 29.07.1994 – 23 U 251/93, BauR 1995, 286.

⁴ OLG Düsseldorf, Urteil v. 20.02.2001 – 21 U 118/00, BauR 2001, 803; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 156.

2.2.4 Ablaufdiagramm: § 2 Abs. 3 VOB/B

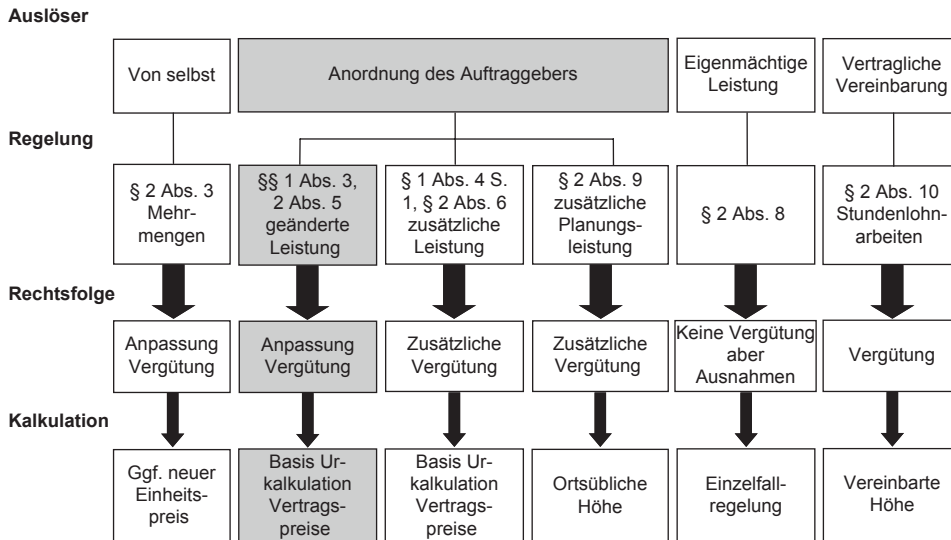
Liegt ein Einheitspreisvertrag vor?



* BGH BauR 1991, 210 = IBR 1991, 161 (Vygen)

2.3 Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütungsanpassung für geänderte Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B)

2.3.1 Überblick



2.3.2 Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 VOB/B

Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten (§ 1 Abs. 3 VOB/B).

Der Auftraggeber kann nach Vertragsabschluss den Bauentwurf nachträglich ändern (§ 1 Abs. 3 VOB/B). Macht der Auftraggeber von diesem Anordnungsrecht Gebrauch, so hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B. Dabei bedarf es einer (auch impliziten) Willenserklärung des Auftraggebers. Ein rein passives Verhalten des Auftraggebers reicht selbst dann nicht aus, wenn der Auftraggeber in Anbetracht der Umstände eine Anordnung hätte erteilen müssen.⁵

Umstritten war, was unter dem Bauentwurf zu verstehen ist, und damit, wie weit das Änderungsrecht des Auftraggebers reicht. Nach einer engen Auffassung kann der Auftraggeber hiernach nur die vereinbarten Arbeitsschritte, also nur die Gestalt des Bauwerks ändern, nicht aber die vertraglichen Leistungspflichten des Auftragnehmers inhaltlich

⁵ OLG Düsseldorf, Urteil v. 29.01.2009 -I- 23 U 47/08, IBR 2009, 255.

erweitern.⁶ Mittlerweile kann als herrschende Meinung angenommen werden, dass das Anordnungsrecht des Auftraggebers auch die Bauzeit umfasst.⁷

Eine Anordnung des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B kann demnach auch die Bauzeit betreffen. Eine leistungsändernde Anordnung des Auftraggebers in Bezug auf die Bauzeit setzt einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen voraus. Davon kann nicht ausgegangen werden, wenn der Vertrag aufgrund von Leistungsstörungen notwendigerweise anders ausgeführt werden muss.

Voraussetzung hierfür ist jedoch – entsprechend dem Wortlaut der Regelung – dass die Bauzeitveränderungen auf einer anderen Anordnung des Auftraggebers im Sinne der genannten Vorschrift beruhen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 1 Abs. 3 VOB/B jedoch weiter zu verstehen, so dass der Auftraggeber hiernach im Rahmen der Billigkeit auch befugt ist, einseitige Änderungen der Baumstände einschließlich der Bauzeit anzuordnen. Die Grenze bildet die Zumutbarkeit für den Auftraggeber.

2.3.3 Anordnung Dritter

Den Anordnungen des Auftraggebers werden Anordnungen der Baugenehmigungs- oder anderer Behörden, die der Auftragnehmer zwingend zu befolgen hat, gleichgestellt (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Dagegen ist der Architekt des Auftraggebers im Grundsatz nicht ohne weiteres bevollmächtigt, durch Änderung seiner Pläne Mehrvergütungsansprüche auszulösen.⁸ Hierzu bedarf der Architekt einer besonderen Vollmacht des Auftraggebers. Besitzt er diese nicht, ist eine Zurechnung des Architektenhandelns zum Auftraggeber nur nach den Grundsätzen der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht möglich. Da deren Voraussetzungen jedoch häufig nicht vorliegen, kann der Auftragnehmer für seine entsprechend den Anordnungen des nicht bevollmächtigten Architekten geänderten Leistungen keinen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern allenfalls nach § 2 Abs. 8 VOB/B geltend machen.⁹

⁶ Thode, BauR 2008, 155 (158 f.); Quack, ZfBR 2004, 107 (109); Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, ibr-online, Stand: 18.09.2016, Teil 3 Rdnr. 156 ff.

⁷ Zanner/Keller, NZBau 2004, 353; Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 1 Rdnr. 29; Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 18.09.2016, § 631 BGB Rdnr. 953; OLG Hamm, Urteil v. 12.04.2011 – 24 U 29/09 = IBR 2013, 136.

⁸ OLG Karlsruhe, Urteil v. 11.05.2005 – 17 U 294/03, IBR 2006, 81 (Kimmich); OLG Düsseldorf, Urteil v. 08.09.2000 – 22 U 47/00, BauR 2000, 1878; OLG Saarbrücken, Urteil v. 23.12.1998 – 1 U 214/98 – 39, NJW-RR 1999, 668.

⁹ OLG Karlsruhe, Urteil v. 11.05.2005 – 17 U 294/03, IBR 2006, 81 (Kimmich).

2.3.4 Erschwernisse

Anordnungen des Auftraggebers liegen ebenfalls nicht vor, wenn bloße Erschwernisse, etwa im Boden, anzutreffen sind oder der Auftraggeber leistungskonkretisierende Anordnungen trifft- also Leistungen begehrt, die bereits im ursprünglichen Bau-Soll enthalten waren.¹⁰ Anordnungen, die die vertraglich vereinbarte Bauzeit verkürzen (so genannte Beschleunigungsanordnungen), sind dagegen nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu behandeln (strittig – siehe [Abschn. 2.3.2](#)).¹¹

2.3.5 Verspätete Vergabe

Gemäß dem Rechtsgedanken von § 2 Abs. 5 VOB/B besteht ein Anspruch auf Mehrvergütung auch, wenn es in einer öffentlichen Ausschreibung – etwa durch ein Nachprüfungsverfahren – zu einer Verzögerung der Zuschlagserteilung kommt, so dass die ursprünglich vereinbarte Bauzeit nicht mehr eingehalten werden kann.¹² Dieser Anspruch besteht nicht, wenn die Bauleistung trotz des verzögerten Zuschlags entsprechend den Vertragsfristen erbracht werden kann.¹³ Der Vergütungsanspruch bemisst sich nur nach den Mehrkosten, die ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind.¹⁴

2.3.6 Anspruch auf Anpassung der Vergütung

Liegt eine Anordnung des Auftraggebers im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B oder eines ihm zuzurechnenden Dritten (Behörde oder bevollmächtigter Vertreter) vor, so ist gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Bei der Regelung handelt es sich um eine Rechtsfolge. Anspruchsgrund ist die Anordnung. Die Vereinbarung soll, muss aber nicht vor Ausführung der geänderten Leistung getroffen werden (§ 2 Abs. 5 Satz 2 VOB/B).

Ist die Leistung funktional beschrieben, legt der Auftragnehmer fest, mit welchen Maßnahmen er den funktionalen Leistungserfolg erreicht.

Entschiedet sich der AN unter mehreren Ausführungsmöglichkeiten für die aufwendigere Variante, kann er für die hiermit verbundenen Mehrkosten keine zusätzliche Vergütung geltend machen.¹⁵

¹⁰ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 105.

¹¹ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 168.

¹² BGH, Urteil v. 11.05.2009 – VII ZR 11/08, BGH, Urteil v. 26.11.2009 – VII ZR 131/08.

¹³ BGH, Urteil v. 10.09.2009 – VII ZR 82/08.

¹⁴ BGH, Urteil v. 10.09.2009 – VII ZR 152/08.

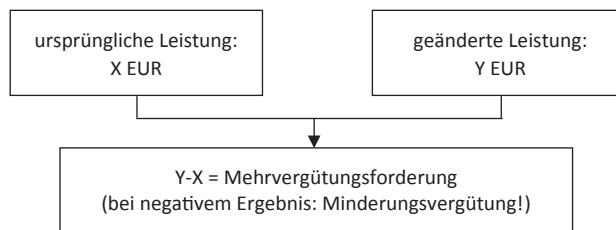
¹⁵ OLG Dresden, Urteil v. 31.08.2011 – 1 U 1682/19, IBR 2012, 190.

2.3.7 Ermittlung der neuen Vergütung

Der Auftragnehmer hat für ein prüffähiges Nachtragsangebot die Mehr- oder Minderkosten der geänderten Leistung gegenüber der ursprünglich vertraglich vereinbarten Leistung darzustellen, und zwar auf der Basis der Preisermittlungsgrundlagen einschließlich Nachlässen (Urkalkulation). Er hat also die Kosten der vertraglich vereinbarten Leistung (Vertragspreise) im Einzelnen zu bezeichnen, anhand der kalkulierten Beträge die Kosten der veränderten Leistung zu berechnen und diese den ursprünglichen Summen gegenüberzustellen. Die Differenz zwischen beiden stellt den Mehrvergütungsanspruch dar, den er mit dem Nachtrag geltend machen kann. Ist die Differenz allerdings negativ, ergeben sich also durch die Änderung Ersparnisse für den Auftraggeber, sind ihm diese gutzuschreiben.

2.3.8 Vertragsänderung

Vereinbaren die Bauvertragsparteien das eine andere als die vertraglich vereinbarte Variante zur Ausführung kommen soll, ohne allerdings eine Regelung über die dafür zu zahlende Vergütung zu treffen, scheidet eine Preisbildung nach § 2 Abs. 5 oder Abs. 8 Nr. 2 VOB/B aus. Eine solche Vertragsänderung beruht nämlich weder auf einer einseitigen Anordnung des Auftraggebers noch stellt sie eine auftragslose oder eigenmächtige Abweichung vom Auftragnehmer erbrachte Leistung dar.¹⁶



¹⁶OLG Karlsruhe, Urteil v. 13.07.2010 – 19 U 109/09, IBR 2012, 189.

2.3.9 Ablaufdiagramm: § 2 Abs. 5 VOB/B

Liegt eine den Bauentwurf ändernde Anordnung des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B vor?

→ **nein:** Bei nur leistungskonkretisierenden Anordnungen des Auftraggebers in Fällen erkennbar unbestimmten Bau-Solls keine Mehrvergütung

ja

↓

Sofern der Architekt des Auftraggebers gehandelt hat: War dieser zur Leistungsänderung mit Vergütungsfolgen bevollmächtigt?

→ **nein:** Kein Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B, eventuell aus § 2 Abs. 8 VOB/B, sonst nur Anspruch gegen den Architekten (§§ 177, 179 BGB)

ja

↓

Sind durch die Änderungsanordnung die Grundlagen des Preises berührt?

→ **nein:** Keine Mehrvergütung

ja

↓

Ist eine Preisvereinbarung mit dem Auftraggeber zustande gekommen?

→ **ja:** Der Auftragnehmer hat einen Anspruch in der vereinbarten Höhe

nein

↓

Hat der Auftragnehmer ein prüffähiges und zutreffendes Nachtragsangebot unterbreitet (Gegenüberstellung Mehr-/Minderkosten auf der Basis der Urkalkulation)?

→ **nein:** (noch) kein fälliger Anspruch des Auftragnehmers

ja

↓

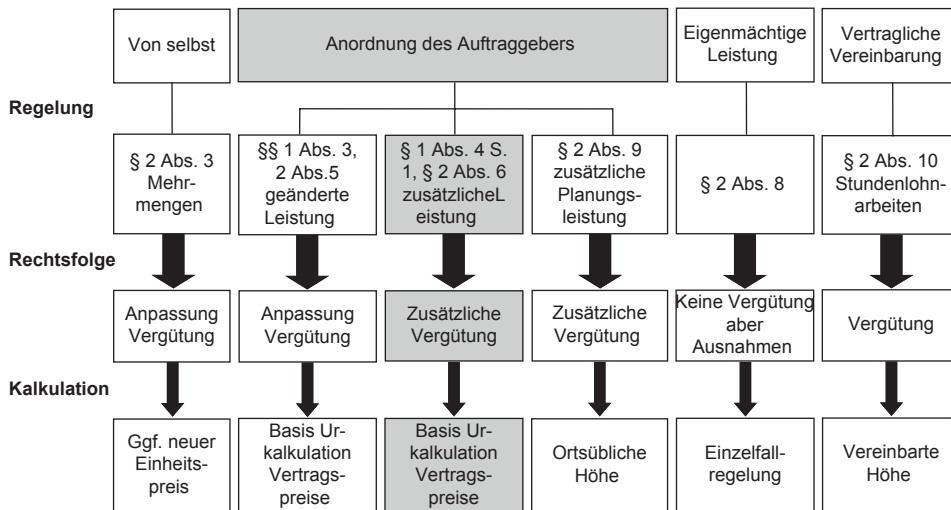
Der Auftragnehmer hat einen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs.5 VOB/B.

⇨ bei Nicht-zustande-Kommen einer Vereinbarung gegebenenfalls Bestimmung der Vergütung durch das Gericht!

2.4 Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütung für zusätzliche Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B)

2.4.1 Überblick

Auslöser



2.4.2 Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B

Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist (§ 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B).

Nach § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B kann der Auftraggeber zusätzliche, zur vertragsgerechten Leistungserbringung erforderliche Leistungen verlangen, auf deren Erbringung der Betrieb des Auftragnehmers eingerichtet ist (siehe 1.6.2.2).

2.4.2.1 Erforderlichkeit

Nicht jede weitere beliebige Zusatzleistung ist erforderlich in diesem Sinne. Vielmehr ist Voraussetzung, dass die Ausführung der zusätzlichen Leistungen erforderlich ist, um die vertragliche Leistung überhaupt vollständig und mangelfrei erbringen zu können.

2.4.2.2 Einrichtung des Betriebs für die geforderte Leistung

Unter eigenem Betrieb sind alle personellen und sachlichen Mittel des Unternehmers zu verstehen, die er im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit benötigt. Hierzu gehören auch Maschinen und Geräte, die der Auftragnehmer ggf. auch von dritter Seite beschafft. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, sofern der Auftragnehmer einen Auftrag annimmt, auch sämtliche Leistungen, die mit dem Auftrag in Zusammenhang stehen, erbringen kann. Andererseits kann beispielsweise von dem Parkettverleger nicht verlangt werden, dass er auch das Verlegen von Fliesen übernimmt, wenn er ausschließlich auf Holzböden spezialisiert ist.

2.4.2.3 Rechtsfolge

Im Gegenzug erwirbt der Auftragnehmer einen zusätzlichen Vergütungsanspruch für die im Vertrag noch nicht vorgesehenen Leistungen (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 1 VOB/B). Dieser Anspruch entsteht auch hinsichtlich nützlicher, aber nicht unbedingt erforderlicher Zusatzleistungen, sofern der Auftraggeber sich mit ihrer Erbringung einverstanden erklärt.¹⁷

2.4.3 Ankündigung des Mehrvergütungsanspruchs

Der Auftragnehmer *muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt* (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Hier liegt ein wichtiger Unterschied zur inhaltlichen Änderung des vertraglichen Leistungssolls durch den Auftraggeber nach § 2 Abs. 5 VOB/B: Während sich der Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers dort „von selbst“ ergibt, ist bei zusätzlichen Leistungen erforderlich, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber seinen zusätzlichen Vergütungsanspruch ankündigt. Hierbei handelt es sich um eine echte Anspruchsvoraussetzung. Versäumt der Auftragnehmer die Ankündigung des Mehrvergütungsanspruchs, erhält er eine zusätzliche Vergütung nur ausnahmsweise, wenn die Ankündigung im Einzelfall entbehrlich war. Dies ist der Fall, wenn

- der Auftraggeber von der Entgeltlichkeit der Mehrleistungen ausgehen musste
- dem Auftragnehmer keine Alternative zur sofortigen Ausführung blieb
- das Versäumnis unverschuldet war¹⁸
- die Entbehrlichkeit der Ankündigungspflicht in einem, vom Auftragnehmer dezidiert darzulegenden und gegebenenfalls zu beweisenden Ausnahmetatbestand, der nur dann greift, wenn die Zusatzarbeiten offenkundig vergütungspflichtig sind und/oder den Auftragnehmer an der Versäumung der Ankündigung keine Schuld trifft, vorausgesetzt wird.¹⁹

¹⁷ OLG Hamm, Urteil v. 12.03.2009 – 21 U 60/08, JBR 2010, 14.

¹⁸ BGH, Urteil v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94, BauR 1996, 542; 2002, 312; OLG Düsseldorf, Urteil v. 23.08.2002 – 22 U 25/02; BGH, Beschluss v. 30.09.2004 – VII ZR 165/02, IBR 2005, 2 (Stern).

¹⁹ OLG Köln, Beschluss v. 28.11.2011 – 17 U 141/10, IBR 2013, 66.

2.4.4 Abgrenzung zu geänderten Leistungen

Um eine zusätzliche Leistung im Sinne von §§ 1 Abs. 4 Satz 1, 2 Abs. 6 VOB/B handelt es sich in der Regel immer dann, wenn sie nach dem im Vertrag festgelegten Leistungsinhalt nicht vorgesehen war.²⁰ Die Abgrenzung zwischen geänderter und zusätzlicher Leistung kann im Einzelfall schwierig sein. Der Auftragnehmer sollte also seine Mehrvergütungsansprüche im Zweifel ankündigen.

2.4.5 Anordnung Dritter

Auch hier gilt, dass der Architekt des Auftraggebers nicht ohne weiteres bevollmächtigt ist, zusätzliche Leistungen zu verlangen (siehe [Abschn. 2.3.3](#)). Ebenso gilt hier wie bei § 2 Abs. 5 VOB/B, dass eine Vereinbarung über den zusätzlichen Preis möglichst vor Beginn der Ausführung getroffen werden soll, aber nicht muss (§ 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 VOB/B).

2.4.6 Ermittlung der neuen Vergütung

Auch für zusätzliche Leistungen sind die vertraglichen Preisermittlungsgrundlagen (die Urkalkulation) maßgeblich. Lassen sich in den Preisermittlungsgrundlagen keine Kostenteile für die zusätzlichen Leistungen finden, sind zumindest die Lohn- und Zuschlagsansätze der Urkalkulation heranzuziehen.²¹ Daher muss der Auftragnehmer den Preis für die zusätzlichen Leistungen auch bei Pauschalverträgen aus jener Kalkulation herleiten, die er seinem Pauschalangebot zugrunde gelegt hatte.²² Stellt der Auftragnehmer sein Nachtragsangebot ohne Rückgriff auf die Urkalkulation auf, so ist das Angebot nicht prüffähig und er hat keinen fälligen Anspruch (siehe [Kap. 10](#)).

²⁰ Ingenstau/Korbion, B § 2 Nr. 6 Rdnr. 3.

²¹ Siehe im Einzelnen: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 78, 150.

²² OLG Hamm, Urteil v. 12.03.2009 – 21 U 60/08, IBR 2009, 633.

2.4.7 Ablaufdiagramm: § 2 Nr. 6 VOB/B

Ist die vom Auftraggeber geforderte zusätzliche Leistung zur Vertragsleistung erforderlich (§ 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B)?

→ **nein:** Neue Vergütungsvereinbarung notwendig (§ 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B) ohne Rückgriff auf Urkalkulation (siehe Ziffer 1.6.2.2)

ja



Hat der Auftragnehmer vor Ausführung einen Mehrvergütungsanspruch angekündigt? (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B)

→ **nein:** War die Ankündigung ausnahmsweise entbehrlich?

→ **nein:** Kein Anspruch aus § 2 Abs. 6 VOB/B, eventuell aber aus § 2 Abs. 8 VOB/B (siehe Ziffer 2.7)

ja

ja



Ist eine Preisvereinbarung mit dem Auftraggeber zustande gekommen?

→ **ja:** Der Auftragnehmer hat einen Anspruch in der vereinbarten Höhe

nein



Hat der Auftragnehmer sein Nachtragsangebot unter Berücksichtigung der Urkalkulation unterbreitet?

→ **nein:** (noch) kein fälliger Anspruch des Auftragnehmers

ja



Der Auftragnehmer hat einen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B.

⇨ bei Nicht-zustande-Kommen einer Vereinbarung gegebenenfalls Bestimmung der Vergütung durch das Gericht!

2.5 Ansprüche des Auftraggebers auf Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen (§ 1 Abs. 3 oder § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B) ohne Nachtragsvereinbarung

2.5.1 Fehlende Nachtragsvereinbarung

Grundsätzlich hat der Auftragnehmer die vom Auftraggeber verlangten geänderten oder zusätzlichen Leistungen (§ 1 Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 1 VOB/B) auch dann auszuführen, wenn noch keine Preisvereinbarung zustande gekommen ist. Über § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B erhält er eine der geänderten Leistung entsprechende geänderte Vergütung. Insbesondere, wenn die Leistungen unmittelbar fortgeführt werden müssen, z. B. um nicht Folgegewerke zu behindern, bleibt zumeist keine Zeit für eine Preisvereinbarung nach § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B.

2.5.2 Verhandlungsbereitschaft des Auftraggebers

Vor allem bei wirtschaftlich erheblichen Änderungen, zusätzlichen Leistungen und längerer Ausführungsdauer stellt sich allerdings die Frage, inwieweit der Auftragnehmer seine Vorleistungen ohne Preisvereinbarung erbringen muss oder seine Arbeiten bis zu einer Preisvereinbarung einstellen kann. Angesichts der Tatsache, dass beim VOB-Vertrag beide Parteien zur Kooperation verpflichtet sind²³ und § 18 Abs. 5 VOB/B ein Einstellungsrecht grundsätzlich ausschließt, kann der Auftragnehmer nicht ohne Weiteres die Arbeiten einstellen. Wenn er ein prüffähiges Nachtragsangebot vorgelegt hat und sich der Auftraggeber grundlos weigert, hierüber zu verhandeln oder dieses zu beauftragen, besteht ausnahmsweise ein Einstellungsrecht.²⁴ Sofern der Auftraggeber die Bezahlung der Mehrkosten allerdings von vornherein ablehnt, ist selbst die Vorlage eines Angebots nicht erforderlich.²⁵

²³ BGH, Beschluss v. 10.11.2009 – X ZB 8/09, BauR 2000, 409, IBR 2000, 110 (Quack).

²⁴ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 148 ff.

²⁵ OLG Brandenburg, Urteil v. 23.04.2009 – 12 U 111/04, IBR 2009, 567.

2.5.3 Ablaufdiagramm: Ausführungsanspruch ohne Nachtragsvereinbarung

Hat der Auftraggeber eine Änderung des Bauentwurfs oder eine zusätzliche Leistung (§ 1 Abs. 3 bzw. 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B) angeordnet und liegen die Voraussetzungen der § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B vor?

→ **nein:** kein Einstellungsrecht des Auftragnehmers

ja

↓

Hat der Auftragnehmer ein prüffähiges Nachtragsangebot auf der Grundlage seiner Urkalkulation erstellt?

→ **nein:** kein Einstellungsrecht des Auftragnehmers

ja

↓

Hat der Auftragnehmer den Auftraggeber zur Verhandlung über Nachtragsangebot aufgefordert?

→ **nein:** kein Einstellungsrecht des Auftragnehmers (Kooperationspflicht)

ja

↓

Hat der Auftraggeber ohne triftige Begründung die Verhandlung über das Nachtragsangebot oder dieses selbst abgelehnt?

→ **nein:** Hat der Auftraggeber seine Ablehnung begründet (z.B. fehlende Prüffähigkeit, Gegenforderungen, Mängel), so hat der Auftragnehmer kein Einstellungsrecht, sondern muss die Leistung erbringen.

ja

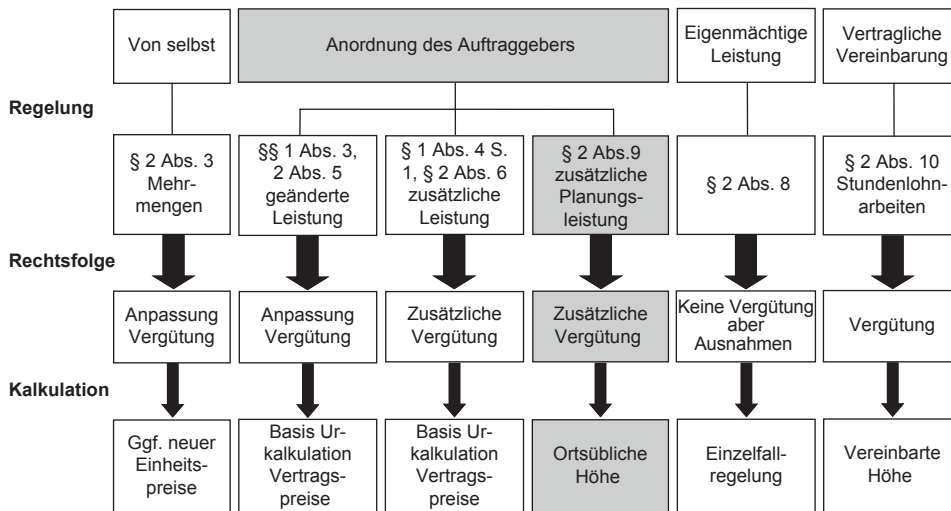
↓

Der Auftragnehmer kann ausnahmsweise die Leistungen einstellen, bis eine Preisvereinbarung zustande gekommen ist

2.6 Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütung für zusätzliche Planungsleistungen (§ 2 Abs. 9 VOB/B)

2.6.1 Überblick

Auslöser



2.6.2 Zusätzliche Planungsleistungen

Verlangt der Auftraggeber nachträglich zusätzliche planerische Leistungen vom Auftragnehmer, so sind auch diese gesondert zu vergüten. Während sich § 2 Abs. 6 VOB/B also auf zusätzliche Bauleistungen bezieht, behandelt § 2 Abs. 9 VOB/B zusätzliche Planungsleistungen. Hierzu zählen sowohl die eigene planerische Leistung (§ 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B) als auch die Nachprüfung der durch den Auftraggeber vorgegebenen Berechnungen (§ 2 Abs. 9 Nr. 2 VOB/B). Zusätzlich sind selbstverständlich nur solche planerischen Leistungen, die nicht bereits vom Vertrag umfasst waren. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die vom Auftraggeber geforderte Werkplanung nach der einschlägigen DIN-Vorschrift der VOB/C bereits zu den vertraglich geschuldeten Nebenleistungen ohne zusätzliche Vergütung gehört.

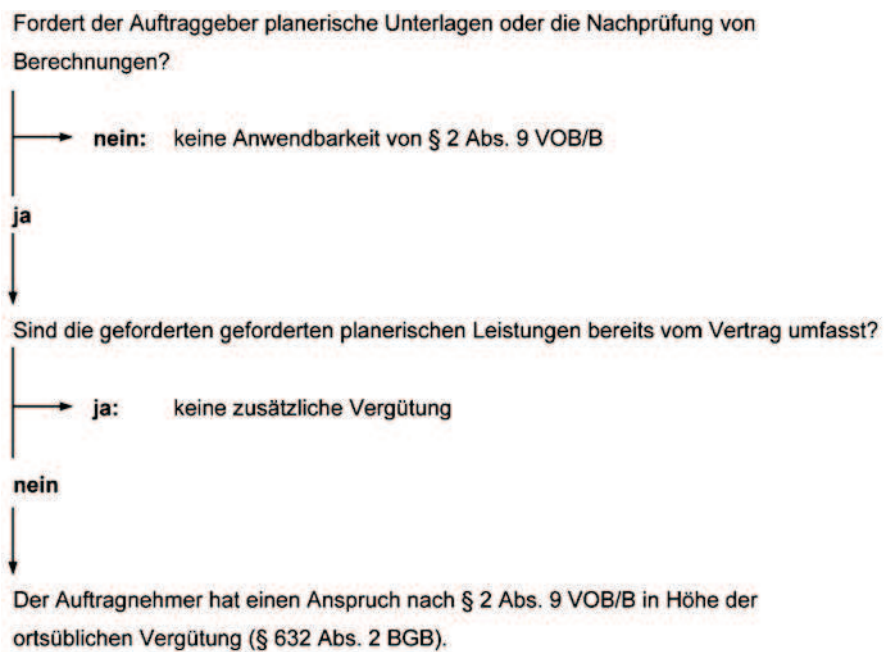
2.6.3 Anordnung Dritter

Wiederum ist zu beachten, dass der Architekt des Auftraggebers nicht ohne weiteres bevollmächtigt ist, zusätzliche Leistungen zu verlangen (siehe [Abschn. 2.3.3](#)).

2.6.4 Ermittlung der Höhe der Vergütung

Da in § 2 Abs. 9 VOB/B im Unterschied zu § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B kein Verweis auf die ursprüngliche Preisvereinbarung enthalten ist, kann der Auftragnehmer für zusätzliche planerische Leistungen die ortsübliche Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB verlangen. Inwiefern hierbei zur Bestimmung der ortsüblichen Vergütung auf die HOAI zurückgegriffen werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls.²⁶

2.6.5 Ablaufdiagramm: § 2 Abs. 9 VOB/B

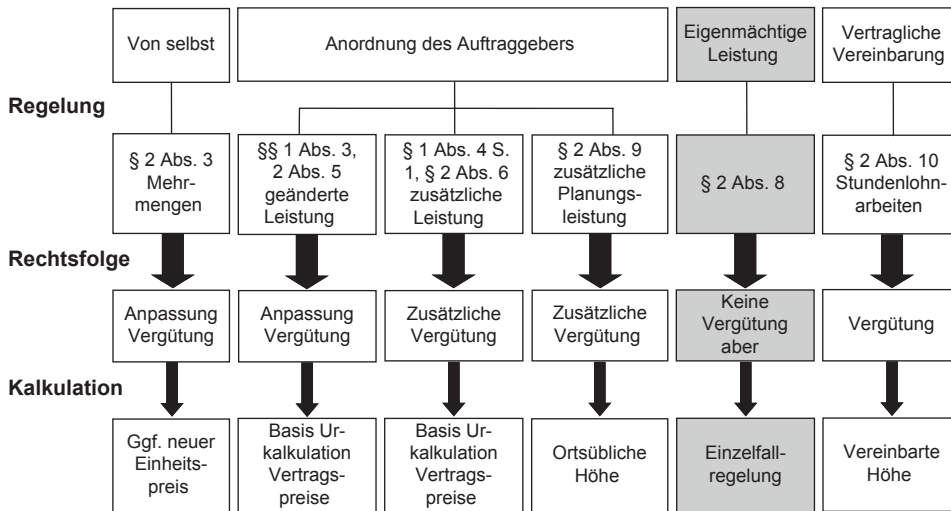


²⁶ Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 197.

2.7 Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütung für Leistungen ohne Auftrag (§ 2 Abs. 8 VOB/B)

2.7.1 Überblick

Auslöser



2.7.2 Grundsätzlich keine Vergütung

Grundsätzlich gilt: Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag *ausführt, werden nicht vergütet* (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B).

2.7.3 Ausnahmen: nachträgliches Anerkenntnis oder Notwendigkeit und unverzügliche Anzeige

Ausnahmsweise steht dem Auftragnehmer jedoch eine Vergütung zu, wenn der Auftraggeber die ohne Auftrag oder abweichend vom Vertrag erbrachten Leistungen nachträglich anerkennt (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B).

Ein Vergütungsanspruch besteht auch, *wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden* (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B). Notwendig für die Vertragserfüllung und dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechend ist eine eigenmächtige Leistung des Auftragnehmers aber nur dann, wenn die mit der Bauerrichtung verfolgte Ziel- und Zwecksetzung des Auftraggebers unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik nicht anders (insbesondere nicht durch die vertraglichen Vorgaben) erreicht werden konnte.²⁷ Zudem muss der Auftragnehmer die eigenmächtige Leistung unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB), dem Auftraggeber anzeigen.

Für die Höhe des Mehrvergütungsanspruchs gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen entsprechend § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 3 VOB/B). Liegen die Ausnahmeveraussetzungen aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B nicht vor, kommen allenfalls noch Ansprüche des Auftragnehmers aus dem gesetzlichen Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) in Betracht (§ 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B).²⁸

²⁷ OLG Karlsruhe, Urteil v. 11.05.2005 – 17 U 294/03, IBR 2006, 81 (Kimmich); Ingenstau/Korbion, B § 2 Nr. 8 Rdnr. 31.

²⁸ Siehe im Einzelnen: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, B § 2 Rdnr. 206.

2.7.4 Ablaufdiagramm: § 2 Abs. 8 VOB/B

Ist eine Leistung ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausgeführt worden?

nein: Keine Anwendbarkeit von § 2 Abs. 8 VOB/B

ja

Hat der Auftraggeber die Leistung nachträglich anerkannt?

ja: Der Auftragnehmer erhält eine zusätzliche Vergütung (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 Sätze 1 und 3 VOB/B)

nein

Waren die Leistungen für die Erfüllung des Vertrages notwendig und entsprechen sie dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers?

ja: Hat der Auftragnehmer die Leistungen unverzüglich angezeigt?

ja: Der Auftragnehmer erhält eine zusätzliche Vergütung (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 Sätze 2 und 3 VOB/B)

nein

nein

Ist die Abweichung der Leistung insgesamt ohne Auswirkung (qualitativ, Menge)?

ja: Der Auftragnehmer erhält nicht mehr als die ursprünglich vereinbarte Vergütung.

nein

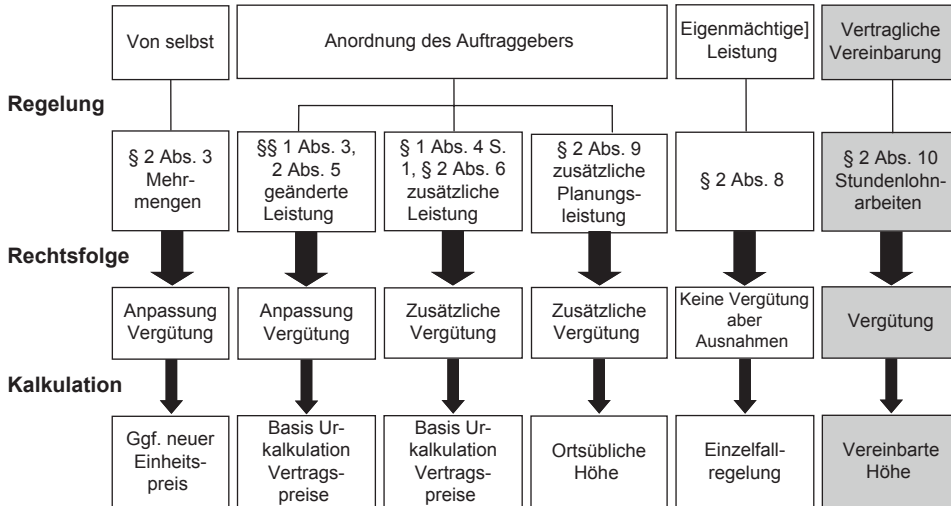
Gegebenenfalls Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen des Auftragnehmers aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 2 Abs. 8 Nr.3 VOB/B i.V.m. 677 ff. BGB)

2.8 Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütung von Stundenlohnarbeiten (§ 2 Abs. 10 VOB/B)

- (1) 1. Stundenlohnarbeiten werden nach den vertraglichen Vereinbarungen abgerechnet.
2. Soweit für die Vergütung keine Vereinbarungen getroffen worden sind, gilt die ortsübliche Vergütung. Ist diese nicht zu ermitteln, so werden die Aufwendungen des Auftragnehmers für Lohn- und Gehaltskosten der Baustelle, Lohn- und Gehaltsnebenkosten der Baustelle, Stoffkosten der Baustelle, Kosten der Einrichtungen, Geräte, Maschinen und maschinellen Anlagen der Baustelle, Fracht-, Fuhr- und Ladekosten, Sozialkassenbeiträge und Sonderkosten, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung entstehen, mit angemessenen Zuschlägen für Gemeinkosten und Gewinn (einschließlich allgemeinem Unternehmerwagnis) zuzüglich Umsatzsteuer vergütet.
- (2) Verlangt der Auftraggeber, dass die Stundenlohnarbeiten durch einen Polier oder eine andere Aufsichtsperson beaufsichtigt werden, oder ist die Aufsicht nach den einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften notwendig, so gilt Absatz 1 entsprechend.
- (3) Dem Auftraggeber ist die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzuzeigen. Über die geleisteten Arbeitsstunden und den dabei erforderlichen, besonders zu vergütenden Aufwand für den Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten sind, wenn nichts anderes vereinbart ist, je nach der Verkehrssitte werktäglich oder wöchentlich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen. Der Auftraggeber hat die von ihm bescheinigten Stundenlohnzettel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang, zurückzugeben. Dabei kann er Einwendungen auf den Stundenlohnzetteln oder gesondert schriftlich erheben. Nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenlohnzettel gelten als anerkannt.
- (4) Stundenlohnrechnungen sind alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von 4 Wochen, einzureichen. Für die Zahlung gilt § 16.
- (5) Wenn Stundenlohnarbeiten zwar vereinbart waren, über den Umfang der Stundenlohnleistungen aber mangels rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel Zweifel bestehen, so kann der Auftraggeber verlangen, dass für die nachweisbar ausgeführten Leistungen eine Vergütung vereinbart wird, die nach Maßgabe von Absatz 1 Nummer 2 für einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand an Arbeitszeit und Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten ermittelt wird.

2.8.1 Überblick

Auslöser



2.8.2 Vereinbarung von Stundenlohnarbeiten

Abweichend von der in der Baupraxis oft anzutreffenden Handhabung ist für eine Stundenlohnvergütung eine Vereinbarung notwendig, wie § 2 Abs. 10 VOB/B bestimmt: *Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind* (§ 15). Erforderlich ist nicht nur eine Vereinbarung über den Stundenlohnsatz (also Vergütungshöhe je geleistete Stunde), sondern auch eine Vereinbarung über den betreffenden Leistungsinhalt – also welche Leistungen neben den übrigen Leistungen, die als Einheitspreise oder Pauschalpreis vergütet werden, als Stundenlohnarbeiten abgerechnet werden sollen.

2.8.3 Vollmacht

Eine Vereinbarung kann dabei nicht mit dem Bauleiter des Auftraggebers getroffen werden, da dieser in der Regel rechtsgeschäftlich nicht zu einer solchen Vereinbarung bevollmächtigt ist. Damit sind auch von einem Bauleiter abgezeichnete Stundenlohnzettel nicht als Vereinbarung im Sinne des § 2 Abs. 10 VOB/B anzusehen.²⁹

Bei fehlender ausdrücklicher Stundenlohnvereinbarung kommt, sofern die Arbeiten nicht auf eine Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen sind und deshalb die Voraussetzungen von §§ 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B vorliegen, nur noch ein Vergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 8

²⁹ OLG München, Urteil v. 01.02.2000 – 13 U 3864/99; BGH, Beschluss v. 13.09.2001 – VII ZR 186/00, IBR 2002, 240 (Andresen).

VOB/B Nr. 2 oder §§ 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B, 677 BGB in Betracht.³⁰ Daher ist dem Auftragnehmer bei Zweifeln, ob die Stundenlohnarbeiten ausdrücklich vertraglich vereinbart waren, zu empfehlen, die Arbeiten vor Ausführungsbeginn gegenüber dem Auftraggeber anzuzeigen und eine schriftliche Bestätigung über die Stundenlohnvereinbarung zu verlangen.

2.8.4 Höhe der Vergütung

Für die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten, die wirksam als solche vereinbart wurden, enthält § 15 VOB/B spezielle Regelungen:

Die Höhe richtet sich nach den vertraglichen Vereinbarungen. Wenn eine Vergütungshöhe nicht vereinbart wurde, gilt die ortsübliche Vergütung (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 VOB/B).

2.8.5 Abrechnung der Stundenlohnarbeiten

Der Auftragnehmer ist nach § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B gehalten, die Leistungen prüfbar abzurechnen. Insofern gelten die Regelungen des § 14 VOB/B (siehe [Kap. 10](#)), d. h., der Auftragnehmer muss den tatsächlichen Aufwand der geleisteten Arbeitsstunden und auch den Verbrauch von Stoffen etc. detailliert darlegen. Die Angaben müssen für den Auftraggeber nachvollziehbar sein. Damit ist die Darlegungslast für den Auftragnehmer in einem VOB/B-Vertrag wesentlich höher als in einem Vertrag gemäß dem BGB.³¹

Prüfbare Stundenlohnzettel sind vom Auftraggeber innerhalb einer Frist von 6 Werktagen geprüft zurückzugeben. Hält der Auftraggeber diese Frist nicht ein, gelten die Stundenlohnzettel als anerkannt (§ 15 Abs. 3 Satz 3 bis 5 VOB/B, nicht aber in Vertrag nach BGB).

Hat der Auftragnehmer den Umfang der Stundenlohnleistung wegen nicht rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel nicht ordnungsgemäß nachgewiesen, so kann der Auftraggeber verlangen, dass eine Vergütung vereinbart wird, die nach Maßgabe der vertraglichen Regelungen und der Ortsüblichkeit als angemessen anzusehen ist.

2.8.6 Fälligkeit der Vergütung

Nach § 15 Abs. 4 VOB/B sind Stundenlohnabrechnungen alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von 4 Wochen, einzureichen. Die Fälligkeit bemisst sich nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B. Danach ist die Vergütung der Stundenlohnarbeiten in der Regel 18 Werktage nach Einreichung einer prüffähigen Abrechnung fällig.³²

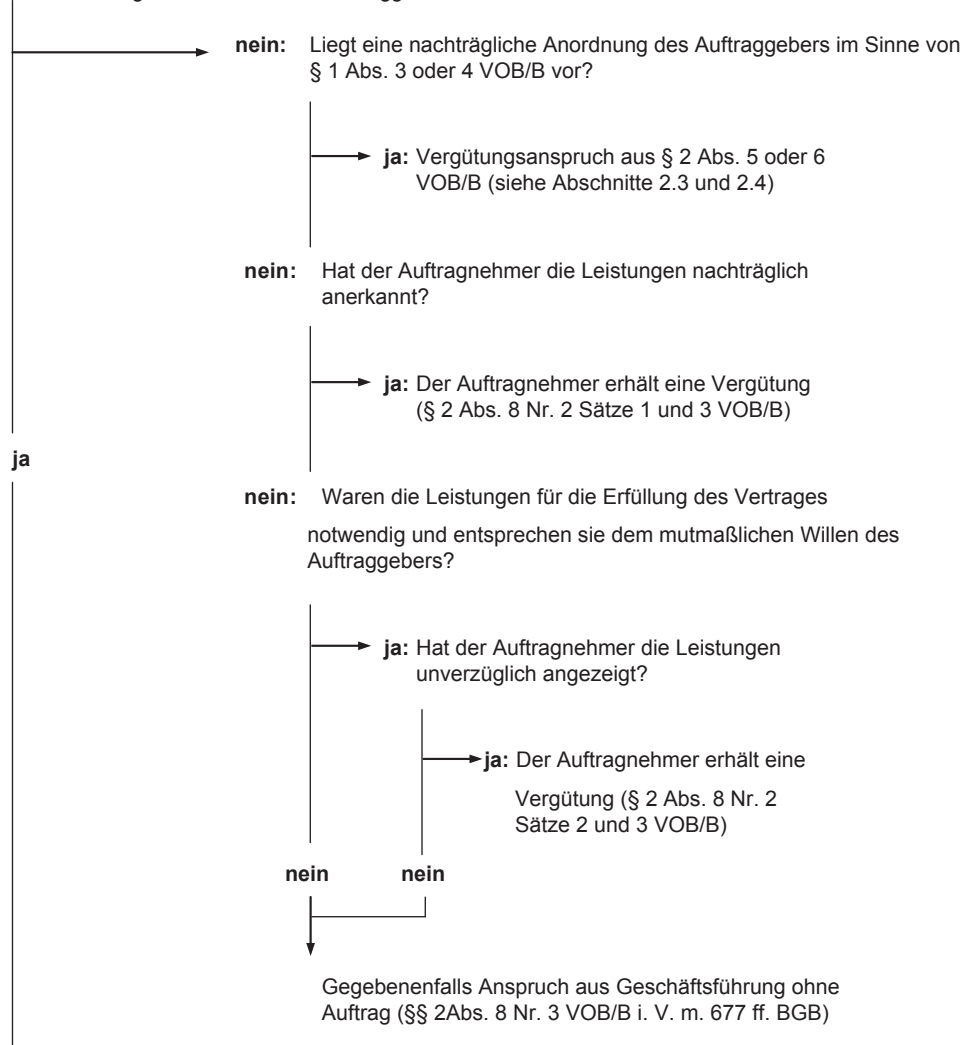
³⁰ BGH, Urteil v. 24.07.2003 – VII ZR 79/02, BauR 2003, 1892, IBR 2003, 592 (Schwenker).

³¹ BGH, Urteil v. 28.05.2009 – VII ZR 74/06.

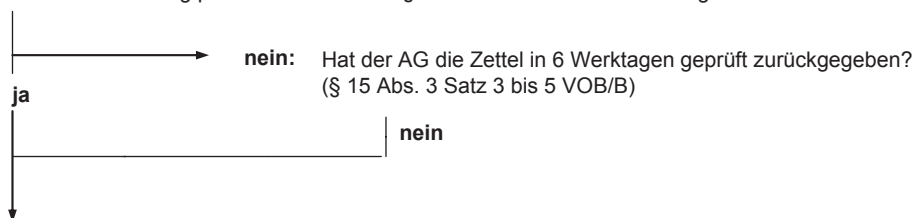
³² Franke/Kempert/Zanner/Grünhagen, B § 15 Rdnr. 25.

2.8.7 Ablaufdiagramm: § 2 Nr. 10 VOB/B

Wurde die Leistung von Stundenlohnarbeiten vor Ausführungsbeginn ausdrücklich mit bevollmächtigten Vertretern des Auftraggebers vereinbart?



Ist die Abrechnung prüfbar im Sinne von § 15 Abs. 3 Satz 2 VOB/B erfolgt?



Fälligkeit der Vergütung innerhalb von 18 Werktagen nach § 16 Abs.1 Nr. 3 VOB/B

Literaturverzeichnis

Franke, Horst; Kemper, Ralf; Zanner, Christian; Grünhagen, Matthias: VOB-Kommentar, München (Werner Verlag) 5. Auflage 2013 *zitiert* : Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen
Ingenstau/Korbion: VOB-Kommentar, herausgegeben von Leupert/Wietersheim, München (Werner Verlag) 19. Auflage 2015 *zitiert* : Ingenstau/Korbion