

Rundschreiben 01/2020

Thema: Vergütungsanpassung bei Nachträgen nach VOB/B: Quo vadis? / Baurecht

1. Einleitung

Fraglich ist, ob es nach der Änderung des BGB, das ein anderes Nachtragssystem in §§ 650b, c BGB verfolgt, auch zu Auswirkungen auf die Vergütungsanpassung bei Nachträgen in der VOB/B nach § 2 VOB/B kommt.

Eine neuere Entscheidung des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B wirft Fragen auf, ob und inwieweit das bisherige Modell der Nachtragsberechnung nach vorkalkulatorischer Preisfortschreibung noch gilt. Es stellt sich die Frage, ob der alte Grundsatz „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ noch Bestand hat. Der BGH scheint mit Traditionen brechen zu wollen. Nachfolgend wird die Entscheidung dargestellt und ihre möglichen Auswirkungen.

2. Die Modelle der Vergütungsanpassung

Grundsätzlich sind 2 Modelle der Vergütungsanpassung zu unterscheiden:

Modell 1:

Vergütungsanpassung nach **Vorkalkulatorischer Preisfortschreibung**
(Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis)

Modell 2:

Vergütungsanpassung nach **tatsächlich erforderlichen Kosten**
mit angemessenen Zuschlägen für AGK und WuG

Traditionelles Verständnis der VOB/B ist nach Rechtsprechung und Literatur das Modell 1. Es gab bereits in der Vergangenheit Kritik an dieser Auslegung der VOB/B, die nun aufgrund der Änderung des BGB und einer Entscheidung des BGH vom 08.08.2019¹ Auftrieb erhalten hat und auf einen Richtungswechsel hindeuten könnte.

3. Die Entscheidung des BGH

Die Entscheidung des BGH befasste sich mit einer Massenmehrung nach § 2 Abs. 3 VOB/B. Nachfolgend werden die Leitsätze der Entscheidung wiedergegeben:

- 1. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt. Die Bestimmung gibt nur vor, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung, durch die etwaigen Störungen des Äquivalenzverhältnisses entgegengewirkt werden soll, damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen.*

¹ BGH, Urteil vom 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18

2. *Abgesehen von der in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B vorgesehenen Einigung auf einen neuen Einheitspreis können die Vertragsparteien sowohl bei Vertragsschluss für den ungewissen Fall, dass Mengenmehrungen im Sinne dieser Bestimmung eintreten, als auch nachträglich, sobald aufgrund konkret eingetretener Mehrmengen ein neuer Einheitspreis verlangt wird, sich über einzelne Teilelemente der Preisbildung verständigen. Sie können etwa einen bestimmten Maßstab beziehungsweise einzelne Kriterien oder Faktoren festlegen, nach denen im konkreten Fall der neue Einheitspreis nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmt werden soll.*
3. *Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.*
4. *Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass - wenn nichts anderes vereinbart ist - für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.*

Der BGH hat mit dieser Entscheidung eine Abkehr vom traditionellen Verständnis des § 2 Abs. 3 VOB/B vorgenommen. Bislang wurde in der Rechtsprechung nahezu kritiklos die vorkalkulatorische Preisfortschreibung zur Berechnung von Nachträgen herangezogen. Nun verweist der BGH darauf, dass die VOB/B dieses Modell nicht zwingend vorgibt. Betont wird die Entscheidungsfreiheit der Parteien, wobei gleichzeitig im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung einer Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten nebst angemessenem Zuschlag der Vorrang eingeräumt wird.

4. Auswirkungen der Entscheidung des BGH

Die Bestimmungen zur Berechnung der Vergütungsanpassung in § 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B enthalten keine verlässlichen Anhaltspunkte darüber, wie die neuen vertraglichen Preise zu berechnen sind. Noch dazu enthält jede Klausel hierzu unterschiedliche Formulierungen:

- **§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B** bestimmt, dass bei Mehr- und Mindermengen gegenüber den vertraglich vorgesehenen Mengenansätzen „*ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten*“ zu vereinbaren ist.
- **§ 2 Abs. 5 S. 1 VOB/B** bestimmt, dass im Falle einer Änderung der „Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung“ durch eine auftraggeberseitige Anordnung „*ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten*“ zu vereinbaren ist.
- **§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B** regelt für den Fall, dass der Auftraggeber „im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen“ fordert, der Auftragnehmer Anspruch auf eine besondere Vergütung hat; diese Vergütung bestimmt sich „*nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung*“ und ist zu vereinbaren.

Der Wortlaut der Regelungen ist eher „neutral“! Jedenfalls gibt der Wortlaut der VOB/B nicht vor, welches Berechnungsmodell gelten soll.

Die Auswirkungen der neuen Entscheidung des BGH können erheblich werden. Es ist zu erwarten, dass die Ausführungen des BGH sich nicht auf § 2 Abs. 3 VOB/B beschränken.

Das entscheidende Argument des BGH lautet, dass die betreffende Bestimmung der VOB/B nach ihrem Wortlaut nicht regelt, wie die Vergütungsanpassung vorzunehmen ist, sondern nur vorgeben, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis die Mehr- und Minderkosten zu berücksichtigen sind.

Damit wird die Verantwortung für die neue Preisbestimmung in die Hände der Parteien gelegt. Für den Fall einer fehlenden Einigung enthält der Vertrag daher eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB zu schließen ist.

Hierbei gelangt der BGH zum Ergebnis, dass redliche Vertragsparteien eine Vergütungsanpassung nach **tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge** als Maßstab zur Bestimmung des Einheitspreises vereinbart hätten, wenn sie vorhergesehen hätten, dass sie sich nicht auf den neuen Einheitspreis für die Mehrmengen einigen können.

Der BGH greift daher erstmalig das „Modell 2“ im Rahmen der VOB/B Vergütungsanpassung auf und versabschiedet sich damit zumindest teilweise vom „Modell 1“.

Die Ausführungen des BGH lassen sich zwanglos auch auf Nachträge für geänderte Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B übertragen, da der Wortlaut mit § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B *„ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten“* identisch ist. Es wäre überraschend, wenn der BGH bei gleichem Wortlaut zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt.

§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B, der Nachträge für zusätzliche Leistungen regelt, verwendet eine etwas andere Formulierung *„nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung“*, die eher der vorkalkulatorischen Preisermittlung nahe zu sein, steht.

Auch dort wird aber von einem zwischen den Parteien zu „vereinbarenden“ Preis gesprochen, was zur Argumentationskette des BGH passt. Trotz etwas anderen Wortlauts kann § 2 Abs. 6 VOB/B so verstanden werden, dass primär der Parteiwille für die Methode der Vergütungsanpassung maßgeblich ist.

Folglich gibt es eine Regelungslücke, die bei fehlender Vereinbarung nun durch das „Modell 2“ zu schließen ist.

Es spricht daher einiges dafür, dass die Rechtsprechung des BGH auf §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B übertragen wird.

HINWEIS:

Die Entwicklung der Rechtsprechung zu diesem Themenkreis wird zu beobachten sein, da diese einen erheblichen Einfluss auf Nachträge haben wird.

Denkbar ist es, in einem VOB/B-Vertrag künftig die Berechnung nach der bisherigen vorkalkulatorischen Preisanpassung bereits im Vertrag ausdrücklich zu vereinbaren, so dass die Regelungslücke der VOB/B geschlossen wird, sofern man die Berechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten ablehnt.

Nicht sicher prognostizierbar ist, wie sich eine derartige Vereinbarung auf die Privilegierung der VOB/B auswirken wird, d. h. ob diese gefährdet wird. Dagegen spricht, dass der BGH selbst im Wortlaut der VOB/B keine eindeutige Vorgabe einer Berechnungsmethode erkennen lässt, so dass eine Vereinbarung keine Abweichung, sondern nur eine Ergänzung der VOB/B wäre.

Diese Interpretation ist nicht zwingend, so dass auch diesbezüglich die Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten ist.

5. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BGH könnte bei Nachträgen am Bau einen erheblichen Einfluss gewinnen. Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung und auf Abwehr von Nachträgen bzw. Durchsetzung von Nachträgen sind zu erwarten. Es sollte die aktuelle Rechtsprechung des BGH beobachtet werden, ob der BGH tatsächlich damit eine Trendwende einläuten möchte.