

## **Grenzen bei der Auslegung der VOB/B – zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18<sup>1</sup>**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Prof. Dr. Robert Kaufmann, München

Das Urteil hat als „Paukenschlag“ unmittelbare Resonanz in Fachkreisen ausgelöst. Erste Stimmen sehen das Ende der sog. „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ gekommen oder gar die dazu existierende Literatur zu Makulatur werden. Die Entscheidung sei an § 650c Abs. 1 BGB orientiert, mit dem eine vorkalkulatorisch Preisermittlung nicht zu vereinbaren sei und auf die Regelungen zur Vergütungsanpassung wegen geänderter und zusätzlicher Leistungen nach § 2 Abs. 5 bzw. Abs. 6 VOB/B übertragbar.<sup>2</sup> Bei näherer Betrachtung stellt sich allerdings die Frage, ob die Begründung des Urteils allgemeingültige Maßstäbe enthält oder nicht doch als Einzelfallentscheidung eines besonders gelagerten Sachverhaltes zu betrachten ist. Die der Entscheidung zugrunde liegenden Überlegungen einer Preiskorrektur vor allem bei Mengenerhöhungen sind dabei nicht neu. Insbesondere Stemmer und Rohrmüller, beide über viele Jahre in leitender Funktion beim Bayerischen Kommunalen Prüfungsverband tätig, vertreten schon lange und energisch die Meinung, dass gute Preise im Fall von Mengenerhöhungen einer Preisfortschreibung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht zugrunde zu legen, sondern im Rahmen einer „bereinigenden Preisfortschreibung“ zu kürzen sein sollen.<sup>3</sup> Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass angeblich Unternehmer oft spekulativ so kalkulierten, dass ihre Preise nicht anhand der Kalkulation der Vertragsleistung mit den im Leistungsverzeichnis benannten Vordersatzmengen gebildet werden, sondern davon abweichend mit dem Kalkül der Veränderung dieser Mengen bzw. der Leistung. Ein solcher Bieter orientiere sich für seine Kalkulationsüberlegungen angeblich nur in einem ersten Schritt an den im Leistungsverzeichnis genannten Vordersatzmengen. In einem zweiten Schritt lasse er sich von der spekulativen Erwartung von Änderungen der tatsächlich auszuführenden Mengen oder von zu erwartenden Leistungsänderungen leiten. So gebildete Preise dürften daher nicht Grundlage der Preisfortschreibung werden.<sup>4</sup> Diese dezidiert aus Sicht öffentlicher Auftraggeber formulierte Forderung hat sich der BGH nun in einem Fall zu eigen gemacht, bei dem ein Abbruchunternehmer für die im Leistungsverzeichnis angegebene Menge von nur 1 Tonne (t) besonders zu entsorgendem, mit Schadstoffen belastetem Bauschutt einen Preis von 462,00 Euro angeboten hatte. Tatsächlich hatte der Unternehmer dann aber nicht nur diese 1 t, sondern insgesamt 83,92 t zu entsorgen, weil beim Abbruch des Bestandes in diesem Umfang mit gefährlichen Stoffen belasteter Bauschutt angefallen war. In dieser Fallkonstellation strebt der BGH eine gleichmäßige Verteilung des in der angeblichen Unvorhersehbarkeit der Mengenerhöhung liegenden wirtschaftlichen Risikos an. (RN 28) Er kürzt im konkret entschiedenen Fall dazu im Ergebnis den guten Preis des Unternehmers ab einer Menge von 1,1 t bei der Abrechnung des knapp 84-fachen der LV-Menge auf die tatsächlichen Entsorgungskosten zuzüglich „angemessener Zuschläge“. Denn für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne

von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B seien die tatsächlich erforderlichen Kosten der über 10 v.H. hinausgehenden Leistungsbestandteile zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich. (Rn 29) Der BGH meint, es widerspräche Treu und Glauben, würde der Unternehmer aufgrund der nicht vorhergesehenen Mengenerhöhung infolge seines guten Vertragspreises auf Kosten seines Vertragspartners einen über die angemessenen Zuschläge hinausgehenden Gewinn erwirtschaften. Immerhin soll auch der Auftraggeber von einem infolge der Mengenerhöhung für den Auftragnehmer unauskömmlichen oder unwirtschaftlich gewordenen Preis nicht profitieren. (Rn 33)

Aus Unternehmersicht ist die Entscheidung problematisch: Sie vernachlässigt die Risikosphären der Bauvertragsparteien und greift mit zweifelhaften Gerechtigkeitsabwägungen tief in das vertragliche Preisgefüge ein. Auch rechtsdogmatisch unterliegt das Urteil Zweifeln. Denn der vom Senat beschrittene Weg zur ergänzenden Vertragsauslegung wäre nur dann eröffnet, wenn der Vertrag tatsächlich eine Regelungslücke, eine „planwidrige Unvollständigkeit“ aufweisen würde.<sup>5</sup> Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH gibt es diese Lücke nicht.<sup>6</sup> Bei der VOB/B handelt es sich zudem bekanntlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Für deren Auslegung gelten besondere Bestimmungen; Zweifel dabei gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Als Ausprägung der gesetzlichen Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage hat die Auslegung des § 2 Abs. 3 VOB/B nicht zuletzt auch die Risikosphären der Vertragsparteien zu berücksichtigen. Die „Unabsehbarkeit“ von Mengenerhöhungen dürfte eher eine seltene Ausnahme darstellen und stellt daher kein geeignetes Kriterium zur Begründung von Preisvereinbarungen dar. Schließlich muss eine Auslegung auch der VOB/B den Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragstreue respektieren. Diese Grenzen sind nach Meinung des Verfassers beim Einheitspreisvertrag dann überschritten, wenn den Parteien unterstellt wird, dass sie im Fall von Erweiterungen und Änderungen des Bausolls redlicherweise einen Selbstkostenerstattungsvertrag gewollt haben würden.

1 ZfBR 2019, 777.

2 v. Rintelen, NZBau 2019, 696; Franz, IBR 2019, 535/536; Althaus, BauR 2019, 1501; Kniffka, Editorial zu Heft 11, BauR 2019.

3 Stemmer, VergabeR 2004, 549; BauR 2006, 304; BauR 2007, 458; IBR 2005, 183; BauR 2008, 182; Rohrmüller, IBR 2008, 703, IBR 2008, 1302 (nur online); IBR 2009, 125; VergabeR Heft 2a/2009, 327; a.A. Luz, IBR 2009, 126

4 So insbesondere Rohrmüller, IBR 2008, 1302 (nur online), Rn 11.

5 BGH, Urteil vom 21. September 1994 – XII ZR 77/93 (juris, RN 7 m.w.N. = BGHZ 127, 138-146; st. Rspr.

6 BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 233/94 (juris, RN 45 m.w.N.) = ZfBR 1996, 196.

## Im Einzelnen:

## 1. Planwidrige Lücke

Der VII. Senat stützt seine Entscheidung vom 08.08.2019 auf die Prämisse, dass § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B keinen Maßstab zur Einheitspreisbildung beinhalte. Dies soll eine durch Auslegung zu schließende planwidrige Regelungslücke darstellen. (RN 27)

An dieser Prämisse sind Zweifel angebracht. Denn § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sieht ebenso wie § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B für den Fall nachträglicher Anordnungen seitens des Auftraggebers vor, dass der auf Verlangen einer Partei zu vereinbarende neue Preis „die Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen“ habe. Dazu hat der BGH im Urteil vom 25.01.1996 ausdrücklich festgestellt, dass diese Regelung den Parteien Kriterien für die Vereinbarung des neuen Preises vorschreibe.<sup>7</sup> Bei der Bildung des neuen Einheitspreises seien – so der BGH dort – grundsätzlich die alten Preise als Ausgangspunkt für die Neuberechnung heranzuziehen. Dem Auftragnehmer sollen damit etwaige Vorteile aus seiner ursprünglichen Kalkulation erhalten bleiben. Habe der Unternehmer im Einzelfall sein ursprüngliches Angebot zu knapp kalkuliert oder sei ihm ein Kalkulationsfehler unterlaufen, so sei es dennoch nicht unbillig, ihn daran im Rahmen des § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B bei der Neuberechnung des Preises festzuhalten. Denn ein Auftragnehmer müsse sich bei Abgabe seines Angebotes der Möglichkeit einer Änderung des Bauentwurfes bewusst sein. Er habe es in der Hand, seine Preise gründlich und auskömmlich zu kalkulieren. Davon dürfe sein Vertragspartner regelmäßig auch ausgehen. Es sei daher nicht unangemessen, den Auftragnehmer an seiner ursprünglichen Preiskalkulation festzuhalten.

Der zitierten Senatsentscheidung aus dem Jahre 1996 lag die Verbandsklage einer Bauinnung zugrunde. Damit wurde von dem in Anspruch genommenen Bauunternehmen verlangt, u.a. § 2 Abs. 5 VOB/B nicht mehr zu verwenden, weil sie die Mitglieder der Klägerin, selbst Bauunternehmen und wohl gelegentlich Nachunternehmer der Beklagten, unangemessen im Falle zu niedrig kalkulierter Einheitspreise benachteilige. Mit dem zitierten Urteil vom 25.01.1996 wies der BGH dieses Ansinnen mit der obengenannten Argumentation auch unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten unmissverständlich zurück. Dabei stellte der VII. Senat seinerzeit dort abschließend fest, dass damit ein „für beide Parteien von vornherein überschaubarer Modus für die Bildung des neuen Preises“ vorgeben sei.<sup>8</sup>

Das ist – man kann es nicht anders sagen – das Gegenteil einer „planwidrigen Lücke“ zu der Frage, wie die Preise eines Einheitspreisvertrages nach VOB/B unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten fortzuschreiben sind. Warum bei dem wortwörtlich gleichlautenden § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B dieser „für beide Parteien von vornherein überschaubare Modus“ nicht mehr anzuwenden sein soll, wird im Urteil vom 08.08.2019 nicht begründet. Der VII. Senat befasst sich zwar in RN 24 mit seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 2 Abs. 3 VOB/B. Das Urteil vom 25.01.1996, das zum wörtlich insoweit gleich formulierten § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B ergangen ist, wird dabei indessen nicht erwähnt. Der Senat scheint es übersehen zu haben. Das ist bedauerlich. Während den Unternehmern im Urteil von 1996 auf den Weg gegeben wurde, dass ein schlechter Preis auch im Falle von späteren Entwurfsänderungen seines Auftraggebers ein schlechter Preis bleibe, da es der Unternehmer schließlich in der Hand habe, sei-

ne Preise gründlich und auskömmlich zu kalkulieren, soll das für einen guten Preis nach dem Urteil vom 08.08.2019 nicht gelten. Der gute Preis ist zu kürzen, weil der Grundsatz gelte, dass durch die Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren solle. Dieser Grundsatz verspricht zwar auf den ersten Blick über den Einzelfall hinaus Gerechtigkeit. Verallgemeinerungsfähig ist er dennoch nicht.

## 2. Anwendungsbereich der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB

Dem VII. Senat ist selbstverständlich bewusst, dass er sich mit einer AGB-Klausel befasst. (RN 27) Vor deren Auslegung zitiert der BGH in den RN 25 und 26 des Urteils vom 08.08.2019 umfassend die zur Preisfortschreibung infolge von Änderungen und Erweiterungen des ursprünglichen Bausolls eines VOB-Bauvertrag veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur. Dabei gibt der Senat zunächst die herrschende Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur wieder. Demnach ist bei der Preisbildung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die ursprüngliche Kalkulation des Auftragnehmers zu berücksichtigen und sind ihre Einzelbestandteile unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten fortzuschreiben (vorkalkulatorische Preisfortschreibung), wodurch das Vertragspreisniveau bei der Bildung des neuen Einheitspreises beibehalten werden soll. Zu ergänzen wäre an dieser Stelle, dass auch der VII. Senat dies bislang so gesehen hat.<sup>9</sup> Sodann würdigt der BGH auch die anderen Ansichten, nach denen für die Bestimmung des neuen Einheitspreises entsprechend dem Rechtsgedanken des § 632 Abs. 2 BGB auf ortsübliche, angemessene Marktpreise oder auf die tatsächlich angefallenen Kosten bei Ausführung zuzüglich angemessener Zuschläge abgestellt werden soll.<sup>10</sup>

Als Ergebnis dieser unterschiedlichen Auslegungen stellt der Senat sodann fest, dass es keinen allgemeingültigen Maßstab zur Einheitspreisbildung gebe. Diese Lücke wird nun durch Auslegung geschlossen, mit der sich der BGH im Ergebnis der Auffassung anschließt, wonach bei der Bestimmung des neuen Einheitspreises auf die tatsächlich angefallenen Kosten bei der Ausführung zuzüglich angemessener Zuschläge abzustellen sei.

In der weit überwiegenden Zahl der Fälle wird der Auftraggeber Verwender der VOB/B sein. Öffentliche Auftraggeber sind vergaberechtlich gehalten, die VOB/B zu verwenden.<sup>11</sup> Es geht zwar weder aus dem Tatbestand des Revisionsurteils noch aus der vorangegangenen Berufungsentscheidung des OLG Celle<sup>12</sup> hervor, wer im konkreten Fall Verwender der VOB/B war. Dennoch wird man unterstellen dürfen, dass hier ausnahmsweise der Unternehmer Verwender der VOB/B war. Andernfalls hätte bei der Auslegung

7 BGH ZfBR 1996, 196.

8 BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 233/94, RN 46 m.w.N. = ZfBR 1996, 196.

9 BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 – VII ZR 233/94 = ZfBR 1996, 196; vgl. auch BGH, Urteil vom 14. März 2013 – VII ZR 142/12, RN 14 = ZfBR 2013 m.w.N.

10 BGH, Urteil vom 08. August 2019 – VII ZR 34/18 –, RN 25 f. = ZfBR 2019, 777, mit vielen weiteren Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsmeinungen.

11 § 8a Abs. 1 S. 1 VOB/A.

12 OLG Celle, Urteil vom 21. Dezember 2017 – 7 U 105/17 = ZfBR 2019, 145.

von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB betrachtet werden müssen. Denn die vom VII. Senat unterstellte Lücke bei dieser Allgemeinen Geschäftsbedingung wird durch Auslegung geschlossen. Zu den in Betracht kommenden Verständnismöglichkeiten von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B zitiert der VII. Senat die in der obergerichtlichen Rechtsprechung und von namhaften Autoren vertretenen unterschiedlichen Ansichten (Rn 25 f.). Man wird annehmen dürfen, dass die vom Senat zitierten Auffassungen zur Preisfortschreibung auch rechtlich vertretbar sind. Damit liegt geradezu der Paradefall der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB vor! Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Klauseln unklar im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB, bei denen nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt und mindestens zwei unterschiedliche Auslegungen vertretbar sind.<sup>13</sup>

Das Urteil vom 08.08.2019 befasst sich im Rahmen der Auslegung von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht mit der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB. Zu der vom VII. Senat in Anspruch genommenen Möglichkeit der ergänzenden Auslegung der VOB/B nach §§ 133, 157 BGB verweist er allerdings in RN 27 auf sein Urteil vom 20.04.2017 – VII ZR 194/13.<sup>14</sup> Diese Entscheidung hatte seinerzeit witterungsbedingte Mehrkosten eines Unternehmers zum Gegenstand. Die Klage scheiterte. Unter anderem verneinte der BGH dort das Vorliegen einer Regelungslücke in der VOB/B, die mit ergänzender Vertragsauslegung zugunsten des Auftragnehmers geschlossen werden könnte; der Anspruch des Unternehmers könne auch nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gestützt werden. Dort war also der Auftraggeber der Verwender der VOB/B. Zu den Möglichkeiten, die VOB/B in einem solchen Fall zugunsten des Unternehmers ergänzend auszulegen, verwies der VII. Senat im Urteil vom 20.04.2017 in einer Art überschießendem obiter dictum auf ein Urteil des VIII. Senates vom 18.07.2007.<sup>15</sup> Dort hatte der VIII. Senat – im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH dazu – seinerzeit festgestellt, dass bei einem Formularvertrag eine objektive, nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung geboten sei. Diese habe sich in erster Linie nach dem Vertragswortlaut zu richten. Sei der Wortlaut des Formularvertrages nicht eindeutig, komme es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen sei, wobei in diesem Zusammenhang der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner maßgeblich sei. Verblieben nach Erwägung aller Umstände Zweifel, so gingen diese nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders.

So liegt de lege lata auch der Fall des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auf der Grundlage der vom VII. Senat im Urteil vom 08.08.2019 festgestellten unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten jedenfalls dann, wenn – wie im Regelfall – der Auftraggeber Verwender der VOB/B ist. Daraus ergeben sich bei dieser Fallkonstellation folgende rechtliche Konsequenzen:

#### a) § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bei „guten Preisen“

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH führt die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen stets die dem Klauselgegner günstigste der Entscheidung zugrunde zu legen ist. Außer Betracht bleiben dabei nur solche Verständnismöglichkeiten, die

zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind.<sup>16</sup>

Damit ist im Ergebnis dem klagenden Unternehmer in den von § 138 BGB und der dazu ergangenen Rechtsprechung<sup>17</sup> gezogenen Grenzen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht tangiert waren, eine Abrechnung auf der Basis der für ihn günstigsten Auslegung der Klausel zugestehen. Bei einem guten Preis wird dies nach wie vor die nach herrschender Meinung und der bisherigen Senatsrechtsprechung anzuwendende sog. „vorkalkulatorische Preisfortschreibung“ anhand der Urkalkulation sein. Eine weitergehende Kürzung des vereinbarten Preises, wie sie im Urteil vom 08.08.2019 für über 98 % der abgerechneten Mengen durchgeführt wurde, scheidet wegen § 305c Abs. 2 BGB damit in all jenen Fällen aus, in denen der Auftraggeber Verwender der VOB/B ist.

#### b) § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bei „schlechten Preisen“

Umgekehrt verhält es sich bei aus Sicht des Unternehmers schlechten, unauskömmlichen Einheitspreisen. Hier würde der Unternehmer im Fall von Mengenmehrungen um das knapp 84-fache bei deren Fortschreibung draufzahlen. In diesem Fall gebietet § 305c Abs. 2 BGB, auch hier der für den Klauselgegner günstigsten Auslegung und damit der Ansicht zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B den Vorzug zu geben, nach der für die Bestimmung des neuen Einheitspreises entsprechend dem Rechtsgedanken des § 632 Abs. 2 BGB auf ortsübliche, angemessene Marktpreise oder auf die tatsächlich angefallenen Kosten bei Ausführung zuzüglich angemessener Zuschläge abgestellt werden muss.

#### c) Bloße Mengenänderungen bei BGB-Bauverträgen

Das Werkvertragsrecht des BGB sieht innerhalb der Grenzen des § 138 BGB weder vor noch nach Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechtes die Anpassung eines vereinbarten Einheitspreises wegen bloßer Mengenmehrungen vor.<sup>18</sup> Wäre in dem vom BGH am 08.08.2019 entschiedenen Fall die VOB/B nicht vereinbart gewesen, hätte der Unternehmer für alle angefallenen Mengen den vereinbarten Einheitspreis von 462,00 Euro/t berechnen können. Denn es gilt im BGB auch für die vereinbarten Einheitspreise der Grundsatz „pacta sunt servanda“. Die gesetzlichen Ausnahmen davon sind rechtsmethodisch eher restriktiv zu handhaben. Dies gilt auch für § 313 BGB. Unter den dortigen besonderen und durchaus engen Voraussetzungen ist bei BGB-Bauverträgen ausnahmsweise eine Anpassung eines vertraglichen Einheitspreises nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht zu ziehen, wenn das Gesamtergebnis der Abrechnung der tatsächlich erbrachten Bauleistungen für eine der Parteien unter Berücksichtigung aller Umstände unzumutbar sein sollte.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 14. Juni 2017 – IV ZR 161/16 –, juris, RN 12 = NJW-RR 2017,992 m.w.N.

<sup>14</sup> ZfBR 2017, 461.

<sup>15</sup> VIII ZR 227/06 = WM 2007, 2078 = NJW-RR 2007, 1697.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 21. April 2009 – XI ZR 78/08 = NJW 2009, 2051, m.w.N.; st. Rspr.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 – VII ZR 201/06 = ZfBR 2009, 341; BGH, Urteil vom 07. März 2013 – VII ZR 68/10 = ZfBR 2013, 456.

<sup>18</sup> H.M., vgl. statt Vieler: Leinemann/Kues, Kommentar zum BGB-Bauvertragsrecht, Beck-Verlag 2018, Rn 28 zu § 650b BGB.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 08. Juli 1993 – VII ZR 79/92, RN 28 = ZfBR 1993, 277.

### 3. Auslegung des § 2 Abs. 3 VOB/B als vertragsrechtliche Konkretisierung von § 313 BGB

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH stellt § 2 Abs. 3 VOB/B eine vertragsrechtliche Konkretisierung der gesetzlichen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB dar, auf die daneben nicht mehr zurückgegriffen werden könne. Denn die Frage der Preisgestaltung bei Mengenüberschreitungen sei hier vertraglich geregelt.<sup>20</sup> Nichtsdestotrotz – oder gerade deswegen – wird man bei der Auslegung einer vertraglichen Konkretisierung des § 313 BGB dessen wesentliche Wertungen zu berücksichtigen haben. Dazu gehört insbesondere eine differenzierte, am Einzelfall orientierte Risikobetrachtung und Interessenabwägung. Immer dann, wenn das Risiko, das zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führt, normativ als typisches Risiko eines, in typischer Weise zustande gekommenen Vertrages einer Partei zugewiesen ist, scheidet deren Anspruch auf Vertragsanpassung grundsätzlich aus; dies gilt erst recht dann, wenn eine Partei die Änderung vorsätzlich herbeigeführt oder sonst verschuldet oder zu verantworten hat.<sup>21</sup> Im Einzelnen sind daher folgende Aspekte im Zusammenhang mit der gegenständlichen Frage der nachträglichen Mengenmehrungen zu berücksichtigen:

#### a) Leistungsbeschreibung als typische Bauherrnaufgabe

Der Einheitspreisvertrag stellt den Regelfall eines Bauvertrages nach der VOB/B dar.<sup>22</sup> Er kommt typischerweise dadurch zustande, dass der Auftraggeber die Leistung beschreibt und der Unternehmer auf der Basis dieser Leistungsbeschreibung seine Einheitspreise kalkuliert und dem Auftraggeber sein Angebot vorlegt. Der öffentliche Auftraggeber ist jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A dabei gesetzlich verpflichtet, die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen, die auf dieser Grundlage ein Angebot abgeben sollen, ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind vom öffentlichen Auftraggeber nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben. Ziel ist es, dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkungen auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann (§ 7 Absatz 1 Nr. 3. VOB/A).

Der Auftraggeber bedient sich dazu in der Regel der Hilfe von Architekten und Ingenieuren. Im Rahmen der dorthin bestehenden Verträge schulden die Architekten und Sonderfachleute dem Bauherrn u.a. als Grundleistung das „Aufstellen von Leistungsbeschreibungen“. Dabei sind auch die Mengen zu ermitteln und zusammenstellen.<sup>23</sup> Die Mengenermittlung als Grundlage für die Aufstellung von Leistungsbeschreibungen muss der Architekt besonders sorgfältig vornehmen. Denn aus Unklarheiten und Fehler können sich sowohl Mengenmehrungen als auch Mindermengen bei einzelnen Positionen ergeben, die sich für den Bauherrn ggf. als Schaden auswirken können, wenn der Unternehmer eine Anpassung des Einheitspreises nach § 2 Abs. 3 VOB/B verlangt.<sup>24</sup> Der Auftraggeber soll erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sind.<sup>25</sup>

Jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte haben Bieter in einem Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen einen subjektiven Rechtsanspruch auf Einhaltung der Anforderungen des § 7 VOB/A an

die Abfassung der Leistungsbeschreibung. Verletzungen dieser Anforderungen führen zu einem Schadensersatzanspruch des Unternehmers wegen vorvertraglichen Pflichtverletzungen des Auftraggebers nach §§ 282, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Der Auftraggeber haftet dabei für das Verschulden seiner Architekten und Bauingenieure nach § 278 BGB wie für eigenes Verschulden. Auf die Frage, ob der Unternehmer in seinem Vertrauen auf die Einhaltung der Pflichten bei der Leistungsbeschreibung schutzwürdig war oder nicht, kommt es dabei nach der Rechtsprechung des BGH nicht an.<sup>26</sup>

#### b) Kalkulationsrisiko des Unternehmers

Im Vergleich zur Dauer der Planung und Erstellung einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnissen zu allen Gewerken steht dem Unternehmer in der Regel nur eine kurze Frist zur Kalkulation seines Angebotes zur Verfügung. Meist ohne im Einzelnen die Details der Planung zu kennen, muss er versuchen, sich auf der Grundlage einer mehr oder weniger detaillierten Leistungsbeschreibung zu seinem Gewerk ein Bild von den mit dem von ihm zu versprechenden Werk verbundenen wirtschaftlichen Chancen und Risiken zu machen. Ohne Spekulation<sup>27</sup> im Sinne einer Prognose der voraussichtlichen Bauabwicklung kann ein Unternehmer die vom Auftraggeber angeforderten Einheitspreisangebote nicht kalkulieren. Dass der Unternehmer versucht, seine eigenen wirtschaftlichen Interessen dabei zu wahren, ist nichts Verwerfliches, sondern seine Aufgabe. In deren nachhaltigen Bewältigung liegt der unternehmerische Erfolg, der sich nicht zuletzt auch in sicheren Arbeitsplätzen, Steuerzahlungen und Leistungen der baugewerblichen Arbeitgeber an die Sozialkassen niederschlägt. Der Vergabesenat des OLG München hat daher in seinem Beschluss vom 04. April 2013<sup>28</sup> zurecht festgestellt, dass in der Ausnutzung von Fehlern im LV nicht generell eine unlautere Verhaltensweise liege. Es bestehe für den Bieter zu Mengenangaben auch keine Hinweispflicht, da das LV insoweit nicht unklar sei, sondern eindeutige Mengenvordersätze enthalte. Das OLG München stellt in dem zitierten Beschluss vom 4.4.2013 zu Recht auch die Frage, warum der Bieter schlauer zu sein hat als der planende und ausschreibende öffentliche Auftraggeber, der als Vertragspartner nicht in seinem Lager stehe. Das Risiko für die Widerspruchsfreiheit der

20 BGH, Beschluss vom 23. März 2011 – VII ZR 216/08 = BauR 2011, 1162 m.w.N.

21 Palandt/Grüneberg, BGB 78. Aufl. 2019, Rn 21 f. zu § 313 m.w.N. zur Rechtsprechung.

22 Vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A und § 2 Abs. 2 VOB/B.

23 Vgl. dazu Anlage 10. 1 zu § 34 HOAI, LPH 6 lit. b); Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 13. Aufl. 2017, Rn 176 zu § 34.

24 Locher/Koebler/Frik, a.a. a. O., Rn 187.

25 Vgl. § 2 Abs. 5 VOB/A.

26 Urteil vom 09.06.2011 – X ZR 143/10 = ZfBR 2011, 669.

27 Die Spekulation hat zu Unrecht einen schlechten Ruf. Die Wirtschaftsjournalistin Miriam Schröder, seit 2011 beim Handelsblatt, wies in einem Artikel für den Tagesspiegel vom 16.03.2010 auf den Ursprung des Begriffes hin. Zitat: „Das lateinische Wort *spekulari* bedeutet spähen oder: In die Zukunft sehen. Alles Handeln, das in die Zukunft gerichtet ist, ist immer auch Spekulation. Man riskiert etwas in der Hoffnung, dass der eigene Zustand sich verbessert. Wenn der Fischhändler frühmorgens auf dem Großmarkt einkauft, spekuliert er darauf, dass genügend Kundschaft kommt, die ihm die Ware abnimmt. Tut sie es nicht, bleibt er auf dem Fisch sitzen, denn am nächsten Tag stinkt er. Der Pharmakonzern, der Geld in die Entwicklung neuer Krebsmedikamente steckt, rechnet damit, dass sich die Investition eines Tages lohnt.“

28 OLG München, Beschluss vom 04. April 2013 – Verg 4/13 = ZfBR 2013, 506.

eigenen Vertragsunterlagen trage in erster Linie derjenige, der die Unterlagen aufgestellt hat, und nicht derjenige, der sich um den Auftrag bewirbt. Es bestehe daher nicht ohne weiteres eine Hinweispflicht des Unternehmers im Rahmen des vorvertraglichen Schuldverhältnisses nach § 311 BGB. Im vorvertraglichen Schuldverhältnis bestünden zwar gegenseitige Rücksichtnahmepflichten, um den Vertragspartner vor Schäden zu bewahren. Die Hinweispflichten dürften nicht überspannt werden, denn sonst würde das Gefüge der widerstreitenden Interessen zwischen zwei Vertragspartnern zu sehr aus den Angeln gehoben.<sup>29</sup> Diesen zutreffenden Erwägungen des OLG München ist nichts hinzuzufügen.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass der Unternehmer bei dieser Sachlage zwangsläufig oftmals die mit der tatsächlichen Ausführung für ihn verbundenen Risiken und damit die eigenen Herstellkosten falsch einschätzt und in der Folge zu niedrige Einheitspreise kalkuliert. Er trägt das Kalkulationsrisiko. Dem stehen aber auch Chancen gegenüber: Bei den meist vielen, in relativ kurzer Zeit zu kalkulierenden Einheitspreisen wird es auch Positionen geben, bei denen sich im Nachhinein der Aufwand geringer darstellt, als bei der Kalkulation angenommen wurde. Mit diesen Positionen erwirtschaftet der Unternehmer den zusätzlichen Gewinn, mit dem er den Verlust bei anderen Positionen kompensieren kann und muss, um die Baustelle insgesamt mit einem positiven Ergebnis abschließen zu können. Dies zeigt erst die Nachkalkulation des Unternehmers nach Abschluss der Maßnahme. Entscheidend für den unternehmerischen Erfolg ist nicht der einzelne Positionspreis, sondern das Gesamtergebnis der Baustelle und deren Beitrag zu den Allgemeinen Geschäftskosten und zum Ergebnis der Bauunternehmung. Eine solche Gesamtbetrachtung des Baustellenergebnisses sieht die VOB/B bei Mengenänderungen im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B vor: Kommt es zu Mindermengen und führte dies zu einer Unterdeckung von Baustelleneinrichtungs-, Baustellengemein- und Allgemeinen Geschäftskosten, so ist dem Unternehmer im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ggf. ein Ausgleich zu gewähren, um negative Beiträge der Baustelle zum Ergebnis des Unternehmens auszuschließen.

Vor diesem betriebswirtschaftlichen Hintergrund ist Vorsicht geboten, wenn seitens der Gerichte einzelne Einheitspreise unabhängig von einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung nachträglich reduziert werden. Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des BGH zu sittenwidrig überhöhten Einheitspreisen muss der Zusammenhang mit dem gesamten Rechtsgeschäft gewürdigt werden; bei der Prüfung eines objektiv auffälligen Missverhältnisses kommt es demnach nur auf die Endsumme des Vertrages an. Denn für den Auftraggeber sei dies das entscheidende Kriterium zur Beurteilung der Angemessenheit der von ihm versprochenen Vergütung für die Werkleistung in dem geschätzten Umfang. Die Höhe der einzelnen Einheitspreise spiele daneben keine selbständige Rolle mehr.<sup>30</sup> Für den Unternehmer gilt im Hinblick auf seine Auftragskalkulation nichts anderes. Demnach bedarf jeder Eingriff in den Vertrag und die dort vereinbarten Preise einer vorherigen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung. Allgemeine Gerechtigkeitserwägungen reichen als Anlass für eine „bereinigende Preisfortschreibung“ nicht aus.

### c) Zur angeblichen „Unvorhersehbarkeit“ von Mengenänderungen

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Ursache von Mengenänderungen. Mehrfach ist im Urteil vom 08.08.2019 von der angeblichen „Unvorhersehbarkeit der Mengenmehrungen“ die Rede. Jene „Unvorhersehbarkeit“ dient der inneren Rechtfertigung für das Postulat, wonach bei Mengenmehrungen sowohl auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung zu vermeiden als auch auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung zu verhindern sei. Allerdings greift das begriffliche Argument einer „Unvorhersehbarkeit“ von Mengenveränderungen zu kurz. Denn in der Regel sind die Mengen bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses auf der Grundlage einer Entwurfs- und Ausführungsplanung in aller Regel sehr wohl vorhersehbar, jedenfalls innerhalb der von § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vorgesehenen Schwankungsbreite von 10 % nach oben und unten. Daher ist eine differenzierte Betrachtungsweise geboten. Folgende Fallgruppen sind dabei zu unterscheiden:

#### aa) Der Auftraggeber verzichtet bewusst auf Planung!

Nicht selten spart ein Bauherr an der falschen Stelle. Häufig wird nämlich auf die vollständige Ermittlung der Grundlagen eines Bauvorhabens verzichtet. Ebenso wichtige wie teure Baugrunduntersuchungen und Altlastenerkundungen unterbleiben z. B. oft. Das wird auch in dem vom BGH entschiedenen Fall so gewesen sein: Wer Arbeiten zum Abbruch eines Bestandsgebäudes vergibt, sollte sich zuvor Gedanken machen, welche Schadstoffe den dabei entstehenden Bauschutt belasten können. Ein öffentlicher Auftraggeber muss sich darüber Gedanken machen: Die „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ in Abschnitt O der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen, DIN 18 299 ff., sind zu beachten.<sup>31</sup> Demnach sind besondere Belastungen aus Immissionen und besondere Vorgaben für die Entsorgung sowie Art und Umfang von Schadstoffbelastungen z.B. des Bodens und von Bauteilen anzugeben. Wäre der Auftraggeber in dem vom BGH am 08.08.2019 entschiedenen Fall diesen Pflichten nachgekommen, so wäre schnell erkennbar geworden, dass die Angabe von nur 1 t zu entsorgenden Bauschutt nicht richtig sein kann. Beweis für die Pflichtverletzung des Auftraggebers ist allein schon, dass später tatsächlich knapp 84 t zu entsorgen waren. Bei dieser Fallkonstellation hat der Auftraggeber unter Verstoß gegen eigene Obliegenheiten die Mengenmehrungen und sonstigen Bausolländerungen geradezu mutwillig – im Rechtssinne grob fahrlässig – verursacht. Daher erscheint es unbillig, den mit nachträglichen Erweiterungen seiner Leistungen um rund das 84-fache der LV-Menge und den damit verbundenen Störungen des Bauablaufes konfrontierten Unternehmer durch die Kürzung des guten Vertragspreises bei dieser einen Leistungsposition ohne Rücksicht auf das wirtschaftliche Gesamtergebnis der Baustelle auf die Selbstkostenerstattung zu verweisen – und damit den Bauherrn von den wirtschaftlichen Folgen bewusst eingegangener Risiken bei dieser Leistungsposition dadurch zu befreien. Der Auftraggeber hat sich schon Geld bei der Erkundung des abzubrechenden Bestandes und möglicherweise bei der Planung gespart.

<sup>29</sup> OLG München, a.a.O., RN 60 ff.

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 14. März 2013 – VII ZR 116/12 RN 24 m. w. Nachw. = BauR 2013, 1121.

<sup>31</sup> Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A.

Ebenso unbillig wäre es, den Unternehmer in einem solchen Fall an zu niedrigen, „schlechten“ Einheitspreisen festzuhalten und damit seinen Verlust um das 84-fache auszuweiten. Bei unauskömmlichen Einheitspreisen unterhalb der Selbstkosten sind dem Unternehmer bei dieser Sachlage für die über 110 % hinausgehenden Mengen bei der Preisfortschreibung daher mindestens die Selbstkosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu gewähren.

### *bb) Architekt und/oder Sonderfachleute des Auftraggebers machen Fehler bei der Mengenermittlung!*

Verletzen die Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers ihre vertraglichen Pflichten im Sinne der §§ 650p Abs. 1, 650q Abs. 1 i.V.m. § 633 Abs. 1 BGB in Form einer mangelhaften Mengenermittlung und entstehen dadurch dem Auftraggeber Schäden, so haben dafür primär die Architekten und Sonderfachleute einzustehen. Die Planer können dafür in aller Regel den Schutz einer obligatorischen Berufshaftpflichtversicherung in Anspruch nehmen.

Es erscheint unbillig, diese Haftungsketten zu ignorieren und stattdessen im Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Unternehmer die Folgen mangelhafter Mengenermittlungen so zu regeln, dass damit Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegenüber seinen Planern von vorneherein ebenso ausgeschlossen werden, wie eine Einstandspflicht von deren Versicherern. Denn Selbstkosten zuzüglich angemessener Zuschläge können keinen Schaden darstellen, weil es sich dabei ausnahmslos um notwendige Baukosten und damit um Sowieso-Kosten handelt, die im Wege der Vorteilsausgleichung zugunsten der mangelhaft leistenden Planer zu berücksichtigen sind. Die sich aus den jeweiligen Vertragsverhältnissen ergebenden Chancen und Risiken müssen aber beim Auslegungsverständnis des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B als vertraglicher Konkretisierung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage berücksichtigt werden. Es ist das typische Risiko des Bauherrn, dass die von ihm beauftragten Planer Mängel im Zusammenhang mit dem Erstellen der Leistungsbeschreibung verursachen. Es ist daher auch bei dieser Fallkonstellation unbillig dem Unternehmer die wirtschaftlich im Hinblick auf die riskante Abwicklung komplexer Bauleistungen betriebswirtschaftlich notwendigen Vorteile guter Preise an dieser Stelle zu nehmen und ihn ohne Berücksichtigung des Gesamtergebnisses der Baustelle zugunsten der Planer und deren Versicherern auf Selbstkostenerstattung zu verweisen.

Ebenso unbillig wäre es auch hier, den Unternehmer an einem schlechten Preis festzuhalten und ihn damit anstelle der fehlerhaft leistenden Planer „büßen“ zu lassen.

### *cc) Tatsächliche Unvorhersehbarkeit von Mengenänderungen als Ausnahme und Risikoverteilung in diesen Fällen*

Selbst dann, wenn sich ausnahmsweise die tatsächlich anfallenden Mengen aus unvorhersehbaren Gründen außerhalb des Rahmens von 10 % gegenüber den im Leistungsverzeichnis noch angegebenen Vordersätzen bewegen sollten, so liegt es doch selbst dann nicht auf der Hand, dass nur die gleichmäßige Verteilung der sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Risiken auf beide Vertragsparteien eine sachgerechte Lösung darstellen soll. Vor einem Eingriff in das vertragliche Preisgefüge ist vielmehr auch bei dieser Fallkonstellation zu untersuchen, wer im konkreten Einzelfall das Risiko unvorhersehbarer Entwicklungen trägt. Stehen diese Risiken etwa im Zusammenhang mit einem abzurechen-

den oder zu sanierenden Bestand oder mit dem Baugrund, so dürften diese Risiken grundsätzlich nach dem Rechtsgedanken des § 645 BGB dem Besteller zuzuordnen sein. Davon abweichende Risikoübernahmen durch den Unternehmer bedürfen in der Regel einer individualvertraglichen Vereinbarung.

Diese „Kontrollüberlegungen“ anhand der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage und der dabei gebotenen Risikobetrachtung und Interessenabwägung zeigen, dass die Auslegung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nach Maßgabe der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB im Ergebnis richtig ist. Erforderlich bei Eingriffen in das vertragliche Preisgefüge ist in jedem Fall eine Gesamtbetrachtung des wirtschaftlichen Gesamtergebnisses der Baustelle.

Dies vernachlässigt der BGH im Urteil vom 08.08.2019 mit der undifferenziert angenommenen Unabsehbarkeit von Mengenänderungen und dem im Ergebnis nur damit gerechtfertigten Eingriff in einen einzelnen Positionspreis. Die Verantwortungs- und Risikosphären der Baubeteiligten und damit wesentliche baubetriebliche Aspekte bleiben außer Betracht. Jeder Eingriff in die vertraglichen Grundlagen der Vergütung bei Einzelpositionen ohne Berücksichtigung der Gesamtvergütung und der infolge der Mengenänderungen oftmals eintretenden Mehrkosten infolge eines dadurch gestörten Bauablaufs birgt die Gefahr, dass dem Unternehmer im Übermaß wirtschaftliche Risiken aus der Sphäre des Auftraggebers aufgebürdet werden. Durchweg unberücksichtigt bleibt im Rahmen der Diskussion über die Art und Weise der Preisfortschreibung nämlich, dass in all diesen Fällen der Unternehmer ohne gefragt zu werden mit oftmals massiven Mehrmengen sowie daneben auch noch sonstigen Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen mit seinem Baubetrieb zurande kommen muss. Mehrvergütung wegen damit verbundener Störungen des Bauablaufes und wegen einer oftmals erheblich verlängerten Bauzeit kann der Unternehmer in der Regel nicht mit Aussicht auf Erfolg geltend machen, wenn der Auftraggeber sich dem unter Berufung auf die bekanntermaßen hohen Anforderungen an die Darlegung solcher Ansprüche<sup>32</sup> widersetzt. Mit der vom VII. Senat vorgegebenen Berechnung des neuen Einheitspreises bei einzelnen Mengenmehrungen wird dem Unternehmer bei Einzelpositionen ggf. gerade jene zusätzliche Liquidität von dort guten Preisen entzogen, auf die er wegen schlechter Preise bei anderen Leistungspositionen und der Störungen im Bauablauf und der damit verbundenen Mehrkosten zum Ausgleich wirtschaftlich angewiesen ist. Daher ist jedenfalls eine Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen solcher Preiskorrekturen erst recht geboten, wenn dies nach der Rechtsprechung des BGH sogar in Fällen sittenwidriger Überhöhung eines Einheitspreises notwendig ist.

## **4. Auslegung der Preisvereinbarung – Selbstkostenerstattung statt Einheitspreisvertrag?**

Schließlich besteht auch Grund zur Befürchtung, dass mit der Auslegung des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die Grenzen der ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 BGB verlassen werden. Nach allgemeiner Meinung darf das Ergebnis der ergänzenden Aus-

<sup>32</sup> Vgl. dazu näher Althaus/Bartsch, in: Althaus/Heindl, *Der öffentliche Bauauftrag*, Beck-Verlag, 2. Aufl., Teil 4, Rn 215 ff. m.w.N. zu Rechtsprechung und Literatur.

gung nicht im Widerspruch zum tatsächlichen Parteiwillen und zum sonstigen Vertragsinhalt stehen.<sup>33</sup> Die Methode der Preisfortschreibung, wie sie der VII. Senat den Parteien im Falle von erheblichen Mengenmehrungen im Urteil vom 08.08.2019 als redlicherweise gewollt unterstellt, führt aber zu einer gänzlich anderen Berechnungsart der Vergütung, nämlich nach Selbstkosten. Denn es sollen die tatsächlich erforderlichen Kosten der über 10 v.H. hinausgehenden Leistungsbestandteile maßgeblich für die Preisermittlung sein. Abgesehen davon, dass es nicht einfach ist, die tatsächlich erforderlichen Kosten im Einzelfall festzustellen, ist dies insbesondere nicht mit § 2 Abs. 2 VOB/B vereinbar. In dem vom BGH am 08.08.2019 entschiedenen Fall bedeutet dies konkret, dass nur 1,1 t zum vereinbarten Vertragspreis abgerechnet werden, über 82 t nach Selbstkosten. Nach § 2 Abs. 2 VOB/B darf die Vergütung nur dann nach Selbstkosten berechnet werden, wenn die Parteien dies ausdrücklich so vereinbart haben. Die Parteien wollten im vorliegenden Fall aber ausdrücklich einen Einheitspreisvertrag abschließen. Dabei muss es daher auch bleiben, auch wenn sich die Leistungsinhalte ändern. Nach dem mit der VOB/A 2009 ersatzlos gestrichenen § 5 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A waren Selbstkostenerstattungsverträge nur ganz ausnahmsweise zulässig. Sie sind in der Praxis dementsprechend auch heute daher kaum anzutreffen. Bauverträge sind nach ständiger Rechtsprechung als sinnvolles Ganzes zu verstehen.<sup>34</sup> Daher ist es bei einem Einheitspreisvertrag nicht ohne weiteres möglich, bei Mengenmehrungen oder Nachträgen zu einem Selbstkostenerstattungsvertrag zu wechseln.<sup>35</sup>

Es geht daher ungeachtet der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu weit, den Parteien zu unterstellen, sie hätten redlicherweise bei erheblichen Mengenmehrung den Selbstkostenerstattungsvertrag gewählt. Dies führt abgesehen davon auch zu ungewollten Zufallsergebnissen, wie die folgenden Beispiele zeigen:

- Der vom VII. Senat zugesprochene angemessene prozentuale Zuschlag auf die Selbstkosten des Unternehmers ist in absoluten Zahlen ausgedrückt höher, je höher die Selbstkosten sind. Der Unternehmer also, der seinen Betrieb tendenziell unwirtschaftlich führt und ungewöhnlich hohe Selbstkosten (gegebenfalls auch nur für Mehrmengen) in Kauf nimmt, schneidet bei der vom VII. Senat am 08.08.2019 entschiedenen Fallkonstellation wirtschaftlich besser ab, als derjenige, der hart mit seinen Lieferanten und Nachunternehmern verhandelt und damit seine eigenen Herstellkosten im Interesse seines unternehmerischen Erfolges möglichst niedrig hält. Das kann falsche Anreize schaffen.
- Nicht zuletzt könnten Auftraggeber auf der Grundlage des Urteils vom 08.08.2019 versucht sein, noch mehr Planungs- und Vorlaufkosten einzusparen und die Mengenvordersätze im Angebotsblankett eines Einheitspreisvertrages vorsätzlich deutlich zu niedrig anzusetzen. Damit erreichte ein solcher Auftraggeber, dass der Unternehmer bald seine Bücher öffnen muss und für wesentliche Teile der Leistung nun dessen Selbstkosten und „angemessene“ Zuschläge darauf zur Ermittlung der Vergütung maßgeblich werden. Auch dies kann falsche Anreize schaffen, wie der entschiedene Fall beispielhaft beweist: Nur etwas mehr als 1 t von knapp 84 t wird mit dem vereinbarten Einheitspreis abgerechnet.

Es liegt auf der Hand, dass auch das „Selbstkosten-Modell“ ein erhebliches Missbrauchspotential aufweist. Je nachdem kann das Entstehen von Mehrmengen jenseits der 10 %-Grenze auch hier

von der einen oder der anderen Seite mit dem Ziel ausgenutzt werden, das eigene wirtschaftliche Ergebnis zu optimieren. Selbst wenn man der Ansicht ist, dass auch die bisher herrschende Meinung zur Preisfortschreibung anhand der Urkalkulation im Einzelfall nicht frei von missbräuchlicher Ausnutzung ist, so ist doch anzuerkennen, dass der Gesetzgeber in § 650c Abs. 2 BGB der Urkalkulation des Unternehmers eine durchaus hervorgehobene Bedeutung für die Preisfortschreibung bei Änderungen des Vertrages im Sinne des § 650b Abs. 1 BGB zugebilligt hat. Denn demnach kann der Unternehmer zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag daneben auch auf die Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird in diesem Fall im Sinne einer echten Beweislastumkehr gesetzlich vermutet, dass die auf Basis einer solchen Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn im Sinne des § 650c Abs. 1 BGB entspricht. Damit hat auch der Gesetzgeber für die Preisfortschreibung jedenfalls bei Nachträgen im Sinne des § 650b BGB dem Unternehmer ein Wahlrecht eingeräumt, seinen Vergütungsanspruch je nachdem entweder bei für ihn „schlechten“ Preisen auf Grundlage der tatsächlich angefallenen Kosten zu ermitteln, oder aber bei „guten“ Preisen aufgrund der Vermutung des Abs. 2 zumindest bis zu deren Widerlegung auf Basis einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung abzurechnen.<sup>36</sup>

## Fazit

Das vom VII. Senat mit der Entscheidung vom 08.08.2019 verfolgte Ziel, dass keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung durch eine Mengenmehrungen erfahren soll, bleibt eher dem Zufall überlassen. Mehr „Gerechtigkeit“ resultiert daraus nicht. Im Gegenteil: Auf einzelne Einheitspreise beschränkte Eingriffe in das vertragliche Preisgefüge ohne abschließende Gesamtbetrachtung können den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmers gefährden. Der mit der Bewältigung von Mengenmehrungen, geänderten und zusätzlichen Leistungen belastete Unternehmer hat sowohl nach beim VOB-Vertrag – hier wegen § 305c Abs. 2 BGB – als auch beim BGB-Bauvertrag – hier auf der Grundlage einer widerleglichen Vermutung – vielmehr die Wahl, auf welche Weise ein Einheitspreis fortgeschrieben wird. Dies entspricht der typischen Aufgaben-, Interessen- und Risikoverteilung beim Bauvertrag, bei dem es der Auftraggeber im Regelfall in der Hand hat, durch sorgfältige und rechtzeitige Planung nachträgliche Änderungen und Erweiterungen des vertraglichen Bausolls auf ein Minimum zu begrenzen. Eine generell gleichmäßige Verteilung der damit verbundenen Risiken auf beide Parteien des Bauvertrages erscheint demgegenüber nicht interessengerecht. Sie widerspricht nicht zuletzt auch den Wertungen des Gesetzgebers in § 313 BGB und § 650c Abs. 2 BGB.

<sup>33</sup> Palandt/Ellenberger, BGB 79. Aufl. 2019, Rn 8 ff. zu § 157.

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 11. März 1999 – VII ZR 179/98, RN 13 = ZfBR 1999, 256; st. Rspr.

<sup>35</sup> Ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. Februar 2008 – 8 U 282/06 = IBR 2009, 72 mit ablehnender Anm. Rohrmüller (sic!).

<sup>36</sup> Kritisch zu diesem „Meistbegünstigungsprinzip“ Kniffka/von Rintelen, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 28.10.2019, Rn. 91 ff. zu § 650c BGB.