

DBB SUMMER SCHOOL 2020

Workshop 4

Auswirkungen des Urteils vom 08.08.2019 und
Reformbedarf von § 2 VOB/B (im Spannungsfeld zu § 650c
BGB)



LEUPHANA
UNIVERSITÄT LÜNEBURG

WORKSHOPLEITUNG

- Dipl.-Ing. Gesa Schütte (Niedersächsische Landesbehörde für Straßenbau und Verkehr, Geschäftsbereich Lüneburg)
- Dipl.-Ing. (FH) Björn Köpp (Niedersächsische Landesbehörde für Straßenbau und Verkehr, Geschäftsbereich Oldenburg)
- RA Björn Müller (Willke Consulting GmbH)



GENERELLE HINWEISE ZUR VIDEOKONFERENZ

- Nutzung Kamera und Mikrofon
- Meldung zu Wortbeiträgen
- Pausen



GLIEDERUNG

- Status bis zum Urteil vom 08.08.2019
- Inhalt des Urteils vom 08.08.2019
- weitere Urteile der OLGs Düsseldorf (19.12.2019) und Brandenburg (22.04.2020) und des KG Berlin (27.08.2019)

- Analyse, inwiefern das Urteil vom 08.08.2019 auf § 2 Abs. 5/6 übertragbar ist
- Analyse, welchen Auswirkungen bei Bauverträgen entstehen, die den Regularien des VHB Bund folgen
- Für welche Normen bedarf es einer einheitlichen Berechnungsgrundlage?
- Ist eine Annäherung an § 650c BGB (tatsächlich erforderliche Kosten) zwingend notwendig?



THESEN

THESE 1:

Das Urteil vom 08.08.2019 ist auch auf § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B übertragbar.

THESE 2:

Die Existenz von Nachtrags-Leitfäden im öffentlichen Sektor führt dazu, dass das Urteil vom 08.08.2019 bei Bauverträgen der öffentlichen Hand keine Auswirkungen hat.

THESE 3:

§ 2 VOB/B muss vom Wortlaut her – auch bezüglich der 80%-Regelung - an § 650c BGB angenähert werden.



STATUS BIS ZUM URTEIL VOM 08.08.2019

- trotz unterschiedlichem Wortlaut der Normen in § 2 VOB/B, im Wesentlichen gleiches Verständnis aller Beteiligten
- Korbionsche Formel „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“
- ständige Rechtsprechung des BGH sprach sich gegen Berechnung der Mehrkosten anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten aus



STATUS BIS ZUM URTEIL VOM 08.08.2019

Aufsatz Kniffka aus BauR 2012, Seite 411

„Die VOB/B ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die dem Gebot der Klarheit und Verständlichkeit unterliegt. Unverständlichkeit und Unklarheit einer Regelung führt zu deren Unwirksamkeit, wenn dadurch der Vertragspartner unangemessen benachteiligt wird, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es liegt auf der Hand, dass es einige Regeln der VOB/B schwer haben werden, der Inhaltskontrolle Stand zu halten. Die Frage, ob die VOB/B Rechtssicherheit für die Vergütung von Nachträgen bietet, ist eindeutig zu verneinen. Der Vergabe- und Vertragsausschuss ist aufgerufen, darauf endlich zu reagieren, wenn er vor Gerichten weiter als Garant eines Vertragswerks gelten will, dass ein für das Bauen geeignetes, insgesamt faires und ausgewogenes Vertragswerk betreut.“



STATUS BIS ZUM URTEIL VOM 08.08.2019

Urteil des BGH vom 14.03.2013 – VII ZR 142/12

1. Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.*)
2. Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.*)
3. Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.*)



URTEIL VOM 08.08.2019

Sachverhalt:

Position Entsorgung von Bauschutt; Vordersatz: 1t; EP 462 €/t

Kalkulation des AN:

- Eigene Verladekosten: 40 €/t,
- NU Containergestellung: 60 €/t,
- NU Deponie- und Transportkosten: 292 €/t;
- Zuschlag auf NU Leistungen 20 %

Tatsächlich werden 83,92 t entsorgt

AG verlangt neuen Preis für Menge über 110 % und Auskunft über die tatsächlichen Kosten

AN teilt tatsächliche Kosten wie folgt mit:

- Eigene Verladekosten: 40 €/t,
- NU Transport und Containergestellung: 27,37 €/t
- NU Entsorgung: 64,20 €/t



URTEIL VOM 08.08.2019

Leitsätze

1. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen 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.*)
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.*)



URTEIL VOM 08.08.2019

Leitsätze

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.*) 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.*)
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.*)



OBERGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Urteil des KG vom 27.08.2019

1. Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.*)
2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrags tatsächlich entstanden wären.*)
3. Allerdings dient die Kalkulation dazu, die Kosten anzugeben, die dem Unternehmer durch die Vertragsdurchführung entstehen. Daraus folgt: Soweit die Kalkulation, auf die sich ein Unternehmer in einem Rechtsstreit bezieht, unstrittig bleibt, ist die von ihm auf dieser Grundlage errechnete Mehrvergütung im Zweifel auf Grundlage seiner tatsächlichen Mehrkosten ermittelt und also maßgeblich nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.*)



OBERGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Urteil des OLG Brandenburg vom 22.04.2020

Der vom BGH mit Urteil vom 08.08.2019 aufgestellte Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von zusätzlichen Leistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B Anwendung.



OBERGERICHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

Urteil des OLG Düsseldorf vom 19.12.2019

1. Der Begriff der Mitwirkungshandlungen i.S.v. § 642 BGB ist weit zu verstehen. Insbesondere muss der Auftraggeber das Grundstück aufnahmebereit zur Verfügung stellen, einschließlich der Vorarbeiten anderer Unternehmer.
2. Erklärt der Auftraggeber, dass er aufgrund von Verzögerungen im Bauablauf die Arbeitsleistungen des Auftragnehmers nicht entgegennehmen wird, bedarf es keines tatsächlichen oder wörtlichen Leistungsangebots des Auftragnehmers, um in Annahmeverzug zu geraten.
3. Die Vorschrift des § 642 BGB gewährt keine Entschädigung für Allgemeine Geschäftskosten unabhängig von einem tatsächlich nutzlosen Vorhalten von Personal oder Betriebsmitteln.
4. Der vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 08.08.2019 aufgestellte Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von geänderten Leistungen i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B Anwendung.



ERGEBNISSE / EMPFEHLUNGEN

THESE 1:

- Das Urteil vom 08.08.2019 ist auch auf § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B übertragbar.

ERGEBNIS:

- es wird als sehr wahrscheinlich betrachtet, dass der BGH auch zu § 2 Abs. 5 und 6 eine vergleichbare Entscheidung treffen würde, obwohl der Wortlaut des § 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 auch eine Mischberechnung (Fortschreibung Kalkulation + Ist-Kosten) zulassen würde
- dies gilt auch für Verträge, die nach dem 01.01.2018 geschlossen worden sind, bei denen § 650c BGB das gesetzliche Leitbild ist



ERGEBNISSE / EMPFEHLUNGEN

THESE 2:

- Die Existenz von Nachtrags-Leitfäden im öffentlichen Sektor führt dazu, dass das Urteil vom 08.08.2019 bei Bauverträgen der öffentlichen Hand keine Auswirkungen hat.

ERGEBNIS:

- das Urteil vom 08.08.2019 wirkt auch bei Bauverträgen der öffentlichen Hand, da z.B. über das VHB Bund oder vergleichbare Vergabehandbücher die vom BGH in § 2 Abs. 3 VOB/B bemängelte Lücke mangels Vereinbarung nicht geschlossen wird
- es wird dringend eine Vereinheitlichung der Vergabehandbücher im Hinblick auf die Vergütungsanpassung und deren Vereinbarung zwischen AG und AN empfohlen



ERGEBNISSE / EMPFEHLUNGEN

THESE 3:

- § 2 VOB/B muss vom Wortlaut her – auch bezüglich der 80%-Regelung - an § 650c BGB angenähert werden.

ERGEBNIS:

- eine Überarbeitung der VOB/B wird dringend empfohlen, um die durch den BGH bemängelten Lücken zu schließen und dem gesetzlichen Leitbild zu entsprechen
- dabei sollte eine Vereinheitlichung und Klarheit der Rechtsbegriffe (z.B. Mehr- und Minderkosten, Grundlagen der Preisermittlung) erreicht werden, z.B. durch Zusammenfassung der Absätze 5 und 6 des § 2 VOB/B
- die Berechnung der Mehrvergütungsansprüche nach § 2 VOB/B sollte in der Regel als Fortschreibung der Auftragskalkulation erfolgen, wobei die Berechnungsweisen für Ansprüche nach den Absätzen 3, 5, 6 und 8 einheitlich sein sollten
- eine dem § 650c Abs. 3 BGB entsprechende Regelung für eine Abschlagszahlung sollte mitaufgenommen werden
- zusätzlich sollte durch den Gesetzgeber § 650d BGB (einstweilige Verfügung) auch für VOB/B Sachverhalte „geöffnet“ werden



KONTAKT

GESA SCHÜTTE | Autobahn GmbH des Bundes |
Wilschenbrucher Weg 69 | 21335 Lüneburg
Fon 01520.1879043 | gesa.schuette@autobahn.hamburg.de
www.autobahn.de

BJÖRN KÖPP | Niedersächsische Landesbehörde für
Straßenbau und Verkehr |
Kaiserstraße 27 | 26122 Oldenburg
Fon 0441.2181-290 | Bjoern.Koepp@nlstbv.niedersachsen.de
www.strassenbau.niedersachsen.de

BJÖRN MÜLLER | Willke Consulting GmbH |
Universitätsallee 1 | 21335 Lüneburg
Fon 04133.2134-22 | bm@willke.com
www.willke.com

