BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 142/12

Verkündet am:
14. März 2013
Besirovic,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

VOB/B § 2 Nr. 5 (2002)

a) 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.

b) 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.

c) Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind.

BGH, Urteil vom 14. März 2013 - VII ZR 142/12 - OLG Frankfurt am Main
LG Wiesbaden

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Kosziol und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 24. April 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin macht in Höhe von 43.195,79 € Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B aus einem Nachtrag für geänderte Leistungen geltend.

2 Die Klägerin war von der Beklagten 2003 im Rahmen der Sanierung der Bundesstraße 27 durch Einheitspreisvertrag unter Vereinbarung der VOB/B mit Straßenbauarbeiten beauftragt worden. Bei bestimmten Teilstrecken sollte ein grundhafter Neuausbau, bei anderen nur eine Deckenerneuerung erfolgen. Im Leistungsverzeichnis waren unter anderem folgende Positionen enthalten:

Deckenerneuerung:

04.03.0002 Asphaltbinder, 0/16 S, 5 cm = 10,07 €/qm

04.02.0011 Asphalttragschicht, 0/32 CS, 8 cm = 76,98 €/cbm

Grundhafter Neuausbau:

04.03.0001 Asphaltbinder, 0/22 S, 8 cm = 4,71 €/qm

04.02.0009 Asphalttragschicht, 0/32 CS, 18 cm = 6,44 €/qm

3 Die Beklagte forderte im Zuge der Bauausführung für den Bauabschnitt Station 11 + 640 bis 11 + 900 statt der dort vorgesehenen Deckenerneuerung einen grundhaften Neuausbau, weil der vorhandene Grund sich nicht als ausreichend tragfähig erwies. Der grundhafte Neuausbau erfolgte mit veränderten Stärken der Asphalttrag- und Binderschicht und teilweise mit einer anderen Körnung.

4 Die Klägerin berechnete für die Herstellung der Asphaltbinderschicht 0/22 S in einer Stärke von 8 cm für den betreffenden Abschnitt einen Einheitspreis von 12,86 €/qm und einer Asphalttragschicht 0/32 CS mit einer Stärke von 18 cm einen Einheitspreis von 12,87 €/qm. Die Beklagte hat die Leistung lediglich nach den Einheitspreisen für die LV-Positionen 04.03.0001 in Höhe von 4,71 €/qm und 04.02.0009 in Höhe von 6,44 €/qm vergütet. Die Differenz stellt die Klageforderung dar.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet. Die Klägerin könne lediglich die Vergütung verlangen, die sich aus den Positionen für den grundhaften Neuausbau ergebe. Üblicherweise würden die Mehr- und Minderkosten für eine geänderte Leistung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. so ermittelt, dass für die realisierte Lösung bzw. die tatsächlichen Mengen die Preise angesetzt werden, die der Auftragnehmer nachweislich berechnet hätte, wenn er von der Leistungsänderung gewusst hätte. Verwertbare Angaben dazu, wie die Klägerin kalkuliert hätte, ließen sich aus den Positionen zum grundhaften Neuausbau entnehmen. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände sei davon auszugehen, dass die Klägerin genau den Einheitspreis aus diesen Positionen in ihrer Auftragskalkulation unverändert auch für die erhöhten Massen angeboten hätte, wenn sie von vornherein einen grundhaften Neuausbau für den maßgeblichen Streckenabschnitt hätte anbieten müssen.

8 Soweit die Möglichkeit bestehe, dass der Auftragnehmer in seiner Ursprungskalkulation zunächst andere Margen kalkuliert habe, als sie im Zuge der Nachtragsbeauftragung zum Tragen kommen, werde diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass für die Neuberechnung der Preise auf den Zeitpunkt des Beginns der Ausführung der veränderten Leistung abzustellen sei, also auf die dann maßgebenden Preisverhältnisse im Bereich des Eigenaufwandes des Auftragnehmers. Im Übrigen sei die Klägerin dem Vorbringen der Beklagten

nicht entgegen getreten, nach dem in der Bauwirtschaft üblichen Prinzip der Zuschlagskalkulation kalkuliert zu haben, so dass dies als zugestanden gelte.

9 Soweit die Klägerin erklärt habe, beim grundhaften Neuausbau sei ein besonders günstiger Preis angeboten worden, weil dort in der innerbetrieblichen Kalkulation noch zustehende Gutschriften berücksichtigt worden seien, erachtet das Berufungsgericht diesen Vortrag als zu unbestimmt, um hieraus rechtserhebliche Folgen zu ziehen. Es fehle an jeglicher Konkretisierung zu Art und Höhe der Gutschriften.

II.

10 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

11 1. Die Klägerin kann gegen die Beklagte einen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B (2002) haben. Die Beklagte hat den Bauentwurf geändert, § 1 Nr. 3 VOB/B. Sie hat angeordnet, dass das Teilstück zwischen Station 11 + 640 und 11 + 900 abweichend von dem ursprünglichen Auftrag nicht lediglich mit einer Deckenerneuerung, sondern stattdessen im grundhaften Neuausbau ausgeführt wird.

12 2. Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren, § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B. Haben die Parteien eine solche Vereinbarung nicht getroffen, so entscheidet das angerufene Gericht (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - VII ZR 201/06, BGHZ 179, 213, 216; Urteil vom 20. August 2009 - VII ZR 205/07, BGHZ 182, 158, 176). Das Gericht hat zu prüfen, ob die Grundlagen des Preises durch die Änderung des Bauent-

wurfs geändert worden sind und gegebenenfalls zu entscheiden, ob der geltend gemachte neue Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten gerechtfertigt ist.

13 a) Übereinstimmend gehen die Parteien davon aus, dass die Änderungsanordnung der Beklagten die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung in den Positionen Tragschicht und Binderschicht für die Deckenerneuerung geändert haben. Das nimmt auch das Berufungsgericht ohne Weiteres an. Dagegen ist nichts zu erinnern, weil die Anordnung, statt der Deckenerneuerung einen grundhaften Neuausbau auszuführen, dazu geführt hat, dass diese beiden Schichten in abweichenden Stärken und teilweise auch mit einem anderen Material ausgeführt worden sind und dies für die Preisbildung offensichtlich von Belang ist.

14 b) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation der Klägerin (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat. Dies entspricht dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien von der als Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbarten VOB/B, wie es auch in der herrschenden Meinung in der Literatur (Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Bd. 1, 6. Aufl., Rn. 1000; Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 163 ff.; Althaus, BauR 2012, 359, 361 m.w.N.; Leinemann/Reister/Silbe, VOB/B-Kommentar, 4. Aufl., § 2 Rn. 254; Drittler, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2. Aufl., Kap. 2 Rn. 191 ff.) und in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 - VII ZR 233/94, BGHZ 131, 392, 402; Urteil vom 11. März 1999 - VII ZR 179/98, BauR 1999, 897, 899) zum Ausdruck kommt. Die Beklagte hatte die Klägerin aufgefordert, ein Nachtragsangebot mit einem prüffähigen Kalkulationsnachweis für die Leistungsänderung einzu-

reichen. Die Klägerin hatte dem entsprochen. Die Parteien haben - auch im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren - nur darüber gestritten, aus welchen Positionen des Leistungsverzeichnisses der Preis zu entwickeln ist. Haben die Vertragsparteien eine Vertragsklausel übereinstimmend in einem bestimmten Sinne verstanden, so ist dieser übereinstimmende Wille maßgebend (BGH, Versäumnisurteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 16 m.w.N.).

15 c) Rechtsfehlerhaft sind die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Preisbildung unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten.

16 aa) Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt auf der von den Parteien vorausgesetzten Grundlage einer vorkalkulatorischen Preisfortschreibung in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird (Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, 4. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 213; Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 33; Drittler, Nachträge und Nachtragsprüfung, 2. Aufl., Kap. 2 Rn. 197). Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position (Kapellmann/Schiffers, Bd. 1, 6. Aufl., Rn. 1001; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl., Rn. 2276; Leinemann/Reister/Silbe, VOB/B-Kommentar, 4. Aufl., § 2 Rn. 254; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 12. Aufl., B § 2 Rn. 167, 169 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 28. September 1972 - VII ZR 37/72, BauR 1972, 381), was allerdings nicht ausschließt, dass sich die Mehr- und Minderkosten infolge einer Leistungsänderung auch in anderen Positionen ergeben können (Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Aufl., § 12 Rn. 537; Reister, Nachträge beim Bauvertrag, 2. Aufl., Kap. V. 4.3.1; Sundermeier in Würfele/

Gralla, Nachtragsmanagement, Rn. 1326). Kostenelemente, die durch die Änderung nicht betroffen sind, bleiben grundsätzlich unverändert (Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 12. Aufl., B § 2 Rn. 166; Sundermeier, aaO, Rn. 1337). Bei den betroffenen Kostenelementen muss die Auswirkung der Leistungsänderung berücksichtigt werden. Für den neu zu bildenden Einheitspreis sind grundsätzlich die gleichen Kostenansätze zu wählen wie in der vom Auftragnehmer dem Vertrag zugrunde gelegten Kalkulation (vgl. Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 164; Kapellmann/Schiffers, aaO, Rn. 1000, 1012, 1051, 1074). Wirkt sich die Leistungsänderung im Ergebnis wie eine Mengenänderung aus, so wird der neue Preis in Anlehnung an die Preisermittlungsregeln des § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ermittelt. Der Rückgriff auf eine andere Bezugsposition des Vertrages ist dann nicht notwendig (vgl. Kapellmann/Schiffers, aaO, Rn. 1051 und 1010 für den Fall einer Mengenmehrung durch zusätzliche Leistung; vgl. auch Sundermeier in Würfele/Gralla, Nachtragsmanagement, Rn. 1335 für den Fall des Erhalts von Teilmengen).

17 bb) Eine Bezugsposition ist heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind (vgl. Kapellmann/Schiffers, aaO, Rn. 1001; Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Aufl., § 12 Rn. 537; Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 12. Aufl., B § 2 Rn. 167). In diesen Fällen kann, soweit das mit dem sonstigen Kalkulationssystem in Einklang zu bringen ist, nach einer vergleichbaren Position in der Auftragskalkulation des gesamten Vertrages gesucht werden und anhand dieser Position die Kalkulation analog fortgeschrieben werden. Die Heranziehung einer Bezugsposition dient im Grundsatz lediglich dazu, das Vertragspreisniveau zu sichern (Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 175; Kapellmann/Schiffers, aaO, Rn. 1004; Sundermeier in Würfele/Gralla, Nachtragsmanagement, Rn. 1328). Bei der Frage, welche Bezugsposition herange-

zogen wird, müssen auch die sonstigen Umstände der gesamten Auftragskalkulation berücksichtigt werden. Hat der Auftragnehmer bestimmte, im Wesentlichen gleichartige Positionen eines Auftrags für den Straßenbau, wie z.B. die Herstellung der verschiedenen Schichten für eine Deckenerneuerung oder einen grundhaften Neuausbau, in unterschiedlicher Weise einmal für ihn günstig und einmal für ihn ungünstig kalkuliert, so kann nicht ohne Weiteres wegen einer geringen Änderung im Material oder wegen einer Änderung in den Mengen der Preis aus der für ihn ungünstigen Position hergeleitet werden. Es muss vielmehr eine Gesamtschau erfolgen, mit der sichergestellt wird, dass der Auftragnehmer durch die Leistungsänderung keine Nachteile in Kauf nehmen muss. So ist es allgemein anerkannt, dass dem Auftragnehmer jedenfalls die Deckungsbeiträge für den Gewinn aus dem ursprünglich geschlossenen Vertrag erhalten bleiben müssen (Kapellmann/Schiffers, aaO, Rn. 1004; Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 18. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 33; Kleine-Möller/Merl, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Aufl., § 12 Rn. 537; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl., Rn. 2276; Glöckner/v. Berg/Kemper/Luig, Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht, § 2 VOB/B Rn. 125).

18 cc) Das Berufungsurteil lässt nicht erkennen, dass es diese Grundsätze beachtet hat. Es zieht ohne Weiteres für die Bildung des neuen Preises andere Positionen heran, die für den grundhaften Neuausbau der Straße kalkuliert worden sind. Damit lässt es den Grundsatz unberücksichtigt, dass die neuen Preise bei einer Leistungsänderung soweit wie möglich aus der Kalkulation für die geänderte Position herzuleiten sind. Das Berufungsgericht hat nicht dargelegt, dass sowohl für die Position der Asphalttragschicht als auch für die Position der Binderschicht der Rückgriff auf eine andere Bezugsposition notwendig ist. Bei der Asphalttragschicht hat die Leistungsänderung augenscheinlich lediglich dazu geführt, dass eine Mengenmehrung eingetreten ist, weil die Ausbau-

stärke bei gleichbleibendem Material zugenommen hat. Bei der Asphaltbinderschicht ist zwar auch ein anderes Material eingebaut worden, jedoch hat das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, dass deshalb ein Rückgriff auf eine andere Position im Leistungsverzeichnis notwendig ist, um für einzelne Kalkulationselemente das Vertragspreisniveau zu sichern. Allein der Umstand, dass nunmehr für den betreffenden Streckenabschnitt der bereits ansonsten beauftragte grundhafte Neuausbau angeordnet ist, muss nicht ohne Weiteres zu einem Rückgriff auf diese Positionen führen. Denn damit bliebe unberücksichtigt, dass von der Klägerin gleichartige Leistungen von vornherein unterschiedlich kalkuliert worden sind. Diese Unterschiede müssen grundsätzlich bei der Preisfortschreibung berücksichtigt werden. Die Überlegung des Berufungsgerichts, es sei davon auszugehen, dass die Klägerin auch für den Teil der Straße, der zunächst mit einer Deckenerneuerung vergeben worden ist, die Preise für den grundhaften Neuausbau verlangt hätte, wenn dieser sofort verlangt worden wäre, lassen unberücksichtigt, dass die Klägerin keinen erkennbaren Anlass hatte, bei einer andersartigen Kalkulation auf etwaige Vorteile der für sie möglicherweise günstigeren Kalkulation im Rahmen der Deckenerneuerung zu verzichten. Andererseits erscheint dies nicht ausgeschlossen (vgl. Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 170).

19 Dass die Klägerin solche Vorteile geltend gemacht hat, lässt sich den Ausführungen des Berufungsgerichts dazu entnehmen, der Möglichkeit, dass der Auftragnehmer in seiner Ursprungskalkulation zunächst andere Margen kalkuliert habe als sie im Zuge der Nachtragsbeauftragung zum Tragen kommen, werde dadurch Rechnung getragen, dass für die Neuberechnung der Preise auf den Zeitpunkt des Beginns der Ausführung der veränderten Leistung abzustellen sei, also auf die dann maßgebenden Preisverhältnisse im Bereich des Eigenaufwandes des Auftragnehmers. Weiter ergibt sich dies daraus, dass das Berufungsgericht von einer einheitlichen Zuschlagskalkulation ausgeht. Diese

Ausführungen sollen offenbar dem Einwand der Klägerin begegnen, trotz der Leistungsänderung müssten ihr die kalkulatorischen Vorteile (z.B. höhere Deckungsbeiträge) erhalten bleiben, was nur dadurch erreicht werden könne, dass sie die Mehr- und Minderkosten streng aus der geänderten Position für die Deckenerneuerung ableite. Auch die Erwägung des Berufungsgerichts, es sei nicht substantiiert dargetan, dass die günstigen Preise für die Trag- und Binderschicht auf Nachlässen und Skonti beruhten, belegt, dass die Klägerin Vorteile geltend gemacht hat, die sich aus ihrer Kalkulation für die Deckenerneuerung ergeben.

20 Die Erwägungen des Berufungsgerichts werden dem mit der Klage geltend gemachten Anliegen der Klägerin nicht gerecht. Der Hinweis darauf, dass für die Neuberechnung der Preise auf den Zeitpunkt des Beginns der Ausführung der veränderten Leistung abzustellen ist (zweifelnd zu diesem Grundsatz Althaus/Heindl, Der öffentliche Bauauftrag, Rn. 172; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl., Rn. 2273), ist unergiebig. Er lässt nicht erkennen, inwieweit der Klägerin Vorteile aus der für sie günstigeren Kalkulation der Deckenerneuerung erhalten blieben, wenn die Preise für den grundhaften Neuausbau herangezogen werden. Auch der Hinweis darauf, dass von einer einheitlichen Zuschlagskalkulation ausgegangen wird, verhilft der Klägerin nicht zwingend dazu, dass ihr die Vorteile, die ihr durch die etwa günstigere Kalkulation der Einzelkosten der Teilleistung entstanden sind, erhalten bleiben. Schließlich ist der Rückgriff auf die Positionen für den grundhaften Neuausbau auch nicht deshalb notwendigerweise gerechtfertigt, weil die Klägerin, wie das Berufungsgericht annimmt, nicht dargelegt habe, dass die insoweit niedrigen Preise für die Herstellung der Trag- und Binderschicht auf Nachlässen und Skonti der Lieferanten beruhten. Denn auch wenn die niedrigen Preise für den grundhaften Neuausbau nicht auf Nachlässen und Skonti der Lieferanten beru-

hen, können der Klägerin Nachteile dadurch entstehen, dass von diesen Preisen ausgegangen wird statt auf die Preise der geänderten Leistung abzustellen.

21 3. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Die Parteien erhalten Gelegenheit erneut vorzutragen, weil die maßgeblichen Hinweise zur Ermittlung des neuen Preises erst durch das Urteil des Senats erfolgt sind. Der Senat weist darauf hin, dass das Berufungsgericht gehalten ist, die Unterstützung eines Sachverständigen in Anspruch zu nehmen, wenn es nicht sachkundig genug ist, die Preisfortschreibung aus der vorgelegten Kalkulation der Klägerin selbst zu beurteilen. Eine eigene Sachkunde ist darzutun.

Kniffka Eick Halfmeier

Kosziol Jurgeleit

Vorinstanzen:
LG Wiesbaden, Entscheidung vom 19.08.2010 - 3 O 83/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 24.04.2012 - 11 U 86/10 -