

Die kurze Geschichte der Nachtragspreisbildung anhand der Urkalkulation bis zu den tatsächlich erforderlichen Kosten

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin*



Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt im Bauvertrag nach VOB/B mit einer Einschränkung: Auch nach Vertragsschluss darf der Auftraggeber (AG) noch einseitig den Leistungsinhalt ändern, was seit dem Jahr 1900 zwar nicht im BGB, aber seit 1926 in § 1 Abs. 3 Halbs. 1 VOB/B geregelt ist. § 2 VOB/B regelt dann die Folge, nämlich eine Anpassung der Vergütung für zusätzliche und geänderte Leistungen, die vor der Ausführung vereinbart werden soll, wenn sich die Grundlagen der Preisberechnung dadurch wesentlich ändern. Dieses Leistungsbestimmungsrecht einer Vertragspartei¹ ist sachgerecht, denn dem AG sollte es möglich sein, an einem u. U. über Jahre hinweg entstehenden Bauwerk noch notwendige Veränderungen vornehmen zu können, ohne dazu stets vorab die Zustimmung der anderen Vertragspartei einholen zu müssen. Konsequenterweise regelte § 2 Abs. 3 VOB/B seit 1926, dass dieses Privileg des AG zum einseitigen Eingriff in den Vertrag eine Vergütungsfolge zu Gunsten des Auftragnehmers (AN) hat.

Bis in die 1970er Jahre hinein war die Anzahl der Nachtragsstreitigkeiten bei den Gerichten noch überschaubar. Überwiegend wurden Urteile zur Mängelhaftung publiziert. Seit etwa 40 Jahren rücken Streitigkeiten über die Höhe der Vergütung von Nachträgen in den Vordergrund. In den kurzen, (zudem damals nur in Auszügen) veröffentlichten BGH- und OLG-Urteilen seit Gründung dieser Zeitschrift im Jahr 1970 finden sich oft prägnante, am Sachverhalt orientierte Kernaussagen, wie etwa „alle nicht vorher festgelegten Leistungen werden daher im Zweifelsfall mit dem Pauschalpreis nicht abgegolten sein“.²

I. Kompatibilität zwischen VOB/B und BGB in der Kritik

Infolge des Wiedervereinigungs-Baubooms nach dem Mauerfall meldeten sich seit den 1990er Jahren erste Stimmen in Richtung einer Harmonisierung

zwischen VOB/B und BGB-Werkvertragsrecht, vor allem veranlasst durch die dem modernen Bauvertrag nicht mehr gerecht werdenden, zu dünnen Regelungen der damaligen §§ 631 ff. BGB. Ein BGB-Bauvertrag war Standard im Geschäft mit privaten Bauauftraggebern, insbesondere für Eigentumswohnungen und privaten Hausbau, während man im kommerziellen Baugeschäft praktisch ausschließlich VOB/B-Verträge abschloss.

Immer öfter wurde die AGB-rechtliche Wirksamkeit des Anordnungsrechts nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B angezweifelt und der in § 2 VOB/B vorgegebene Mechanismus zur Anpassung der Vergütung anhand der Urkalkulation kritisiert. Juristen taten sich schwer damit, Kalkulationen zu verstehen. 2006 fand der 1. Deutsche Baugerichtstag unter Leitung des dem VII. Zivilsenat des BGH angehörenden Bundesrichters Rolf Kniffka statt. Diese Veranstaltung erwies sich in den Folgejahren als wesentliches Vehikel, um ein neues BGB-Bauvertragsrecht voranzutreiben. Dort und andernorts wurde es *en vogue*, die VOB/B mit ihren – so hieß es – unzureichenden, kaum praktikablen und wahrscheinlich in relevanten Teilen unwirksamen Regelungen zu kritisieren und dies zum Anlass zu nehmen, neue Regelungen insbesondere für das Anordnungsrecht des AG und die Vergütung von Nachträgen, idealerweise auch deren bessere Durchsetzbarkeit zu fordern.³

* Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und für Vergaberecht, LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, Berlin.

1 Schoofs, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl., § 1 VOB/B Rdnr. 46 m.w.N.

2 BGH, Urt. v. 14.01.1971 – VII ZR 3/69, BauR 1971, 124.

3 Dazu z.B. Thesenpapiere zum 1. und 2. Deutschen Baugerichtstag, BauR 2006, 1557 ff.; und Leinemann, BauR 2008, 1700 ff.

Am Ende entstand das BGB-Bauvertragsrecht, wie es seit 01.01.2018 in Kraft ist. Zur allgemeinen Verblüffung derjenigen, die sich diesem Projekt mit Leidenschaft verschrieben hatten, um die vermeintlich defizitäre VOB/B zu ersetzen, war die Reaktion der Praxis auf das neue Recht sehr verhalten. Bis heute, mehr als acht Jahre nach Inkrafttreten, findet es kaum Eingang in die gängigen Vertragsmuster. Die schon mehrfach totgesagte VOB/B ist nach wie vor absoluter Standard bei gewerblichen Bauverträgen. Die Vorhersage kann gewagt werden, dass dies auch noch lange so bleiben wird.

II. Die Preisfortschreibung anhand der Urkalkulation für Nachträge

Kniffka/Retzlaff⁴ meinten 2017, das neue BGB-Bauvertragsrecht müsse schon deshalb begrüßt werden, weil es erstmals den Besonderheiten des Bauvertrags gerecht werde. Das ist nicht ganz zutreffend, denn seit 1926 kann diesen Besonderheiten durch Beifügung der VOB/B zum Bauvertrag Rechnung getragen werden, zumal diese auch heute noch inhaltlich mehr regelt als selbst das neue BGB.

Vor allem die in der VOB/B vorgesehene Preisfortschreibung anhand der Urkalkulation wurde immer wieder kritisiert, etwa mit solchen Aussagen:

„Das führt sogar so weit, dass der AG in der Preisentwicklung von Nachträgen an ihm nicht bekannte, willkürliche Urkalkulationen gebunden sein soll, eine Hypothese, für die es keine Grundlage und vor allem auch keine Rechtfertigung gibt“.⁵

Die in der Urkalkulation vermeintlich erkannten oder jedenfalls möglichen Spekulationen sind dann das Teufelszeug, dem Gerichte scheinbar entgegenzutreten müssen.⁶ Gerade der VII. Zivilsenat des BGH schrieb es sich in den 2000-er Jahren auf die Fahne, der als Übel empfundenen Preisspekulation in Kalkulationen das Handwerk zu legen, nachdem die schon länger unternommenen Bemühungen, dem Gesetzgeber ein neues BGB-Bauvertragsrecht schmackhaft zu machen, seinerzeit nicht fruchteten.

Ein wesentliches Dilemma bestand darin, dass spekulative Preise nach der VOB/A grundsätz-

lich unbedenklich sind – auch ein spekulatives Angebot ist im Wettbewerb zu werten. Nach ständiger vergaberechtlicher Rechtsprechung müssen Bieter für Bauaufträge zwar alle geforderten Preise im LV ausfüllen (Vollständigkeit) und dürfen Preisbestandteile von einer Position nicht in eine andere Position verlagern (unzulässige Mischkalkulation). Sie dürfen aber sehr wohl spekulative Preise bilden, die auch extrem niedrig oder hoch ausfallen können.⁷ Solche Preise führen nicht zum Ausschluss eines Bieters, solange der Gesamtpreis des Angebots auf einem auskömmlichen Niveau liegt.⁸ Ein Angebot mit einzelnen, extrem hohen Einheitspreisen kann somit einen öffentlichen Vergabewettbewerb gewinnen.⁹

Gerichte entschieden auch Fälle, in denen einzelne Positionen krass vom üblichen Preisniveau abweichende Einheitspreise aufwiesen, die sich aus der Urkalkulation ergaben. Waren diese Einheitspreise sehr niedrig und entstanden Mehrmengen, sah man kein Problem, dies dem AN als sein Preisrisiko zuzuschreiben. Der Preis blieb niedrig wie kalkuliert.¹⁰ Eine Korrektur wird nur dann als geboten angesehen, wenn dem AN ein erkennbarer Kalkulationsirrtum unterläuft, der AG dies entgegen § 241 Abs. 2 BGB treuwidrig ausnutzt und dem AN das Festhalten an dem fehlerhaft angebotenen Preis unzumutbar ist.¹¹

4 Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 (1748).

5 Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 (1749); Kniffka/Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, 6. Teil, Rdnr. 208 ff.

6 Allerdings erst seit den 2000er Jahren, ältere Entscheidungen sahen darin kein Problem.

7 U.a. OLG Frankfurt, Beschl. v. 24.07.2012 – 11 Verg 6/12, NZBau 2012, 726 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.02.2009 – Verg 66/08; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.02.2005 – Verg 100/04; BayObLG, Beschl. v. 01.03.2004 – Verg 2/04; OLG Dresden, Beschl. v. 06.06.2002 – WVerf 5/02, VergabeR 2003, 64 (67).

8 BayObLG, Beschl. v. 01.03.2004 – Verg 2/04, IBRRS 2004, 0706; OLG Rostock, Beschl. v. 10.05.2000 – 17 W 3/00, NZBau 2001, 286 ff. (288).

9 BGH, Urt. v. 21.10.1976 – VII ZR 237/74, WKRS 1976, 13010, Rdnr. 15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.02.2009 – Verg 66/08, II 2. lit. c) cc); OLG München, Beschl. v. 21.05.2010 – Verg 2/10.

10 BGH, Urt. v. 19.06.2018 – X ZR 100/16, ZfBR 2019, 22 ff. (23, 24), solange darin keine „unredliche Spekulation“ liegt; OLG Hamm, Urt. v. 09.05.2018 – I-12 U 88/17, NZBau 2019, 439 ff.

11 BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14, BauR 2015, 479 ff. (480–481); BGH, Urt. v. 07.07.1998 – X ZR 17/97, BauR 1998, 1089.

III. „Zu hohe“ Einheitspreise werden sittenwidrig oder Mengenvordersätze werden zur Geschäftsgrundlage

Keinesfalls wollte man es hinnehmen, wenn Bauunternehmen dem (öffentlichen) AG auch bei starken Mengenmehrungen sehr hohe Einheitspreise gemäß Urkalkulation berechnen wollten, die im ursprünglichen LV nur für sehr niedrige Mengenvordersätze angeboten und vereinbart worden waren. Ein schöner Präzedenzfall bot sich dem BGH im Jahr 2008, als ein für ausgeschriebene 220 kg Baustahl gebildeter Einheitspreis von 2.210 DM/kg für eine unerwartet aufgetretene Mehrmenge von 1.400 kg fortgeschrieben werden sollte. Der seinerzeit vom Verfasser vertretene AN, Bestbieter in einem unbeanstandeten EU-Vergabeverfahren, biss mit einem fortgeschriebenen Einheitspreis von 2.045 DM/kg in allen Instanzen auf Granit, nachdem ein Sachverständiger einen bundesweiten Mittelpreis von 2,49 € DM/kg ermittelt hatte. Der BGH erfand in freier Rechtsschöpfung eine ganz neue Vermutung:

„Die entweder auf § 2 Nr. 3 oder 2 Nr. 5 VOB/B gegründete Vereinbarung der Parteien, für die Mengemengen eine um mehr als das 800-fache und damit außerordentlich überhöhte Vergütung festzulegen, begründet die Vermutung, ihr liege ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des ANs zugrunde.“¹²

Diese Vermutung hat keine sachliche Basis, was das OLG nach Zurückverweisung der Sache auch feststellte, denn der AN hatte bei Angebotsabgabe nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass in der fraglichen Position eine Mengenmehrung auftreten könnte.¹³ Auf die erneute Nichtzulassungsbeschwerde traf der BGH die bemerkenswerte Aussage, dass die vermutete Sittenwidrigkeit einer Preisbildung nur durch Angaben zur Preisbildung widerlegt werden könne, die ein verwerfliches Gewinnstreben ausschließen.¹⁴

In den Jahren darauf folgte eine Serie von erwartbaren Urteilen und Literaturbeiträgen zur Frage, ab welcher Überhöhung gegenüber dem Üblichen ein Einheitspreis vermutlich sittenwidrig sei. Vom 2–3-fachen bis zum 420-fachen war alles im Angebot.¹⁵ Den Ersten dämmerte da schon die Fehlkonstruktion der erfundenen Sittenwidrigkeitsvermutung, zumal sie ja nur für Mengemengen

über 10 % gelten soll, während der sittenwidrige Preis bis 110% der ausgeschriebenen Menge nicht sittenwidrig sein sollte. Obergerichte und BGH versuchten sich dann an neuen Ansätzen zum Ausschalten spekulativer Preisfortschreibungen. Mengenvordersätze im Leistungsverzeichnis sollten nun auch die Geschäftsgrundlage für die Höhe eines Einheitspreises darstellen könnten.¹⁶ Damit verwarf man eine langjährige Rechtsprechung, die genau dies immer konsequent verneint hatte.¹⁷ Immerhin stellt § 2 Abs. 3 VOB/B gerade den vertraglichen Preisanpassungsmechanismus für den Fall dar, dass abweichende Vordersätze auftreten, so dass eine weitere Geschäftsgrundlage für variierende Vordersätze gar nicht ersichtlich ist. Aber der Idee der Fortschreibung der alten Einheitspreise anhand der Urkalkulation hatte vor allem der BGH nun einmal den Kampf angesagt, er musste wohl geführt werden.

Fortan schwenkte die Diskussion weg vom sittenwidrigen Einheitspreis hin zur vermeintlichen Geschäftsgrundlage für einzelne Preise. Sogar einzelne Einheitspreise eines LV sollten nun in der Geschäftsgrundlage gestört sein können.¹⁸ Im Lichte dieser Rechtsprechung wurden die Diskussionen über ein neues Bauvertragsrecht mit anderen Preisbildungsmechanismen für Nachträge u.a. auf dem Deutschen Baugerichtstag fortgesetzt.¹⁹ Die

12 BGH, Urt. v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06, BauR 2009, 491 (493) Rdnr. 15.

13 OLG Jena, Urt. v. 11.08.2009 – 5 U 899/05, BauR 2009, 1787 (1788), Leitsätze.

14 BGH, Beschl. v. 25.03.2010 – VII ZR 160/09, NZBau 2010, 367; ausführlich zu dem Fall Leinemann, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 160 ff.

15 Exemplarisch: Für das Achtfache: OLG Nürnberg, Urt. v. 08.03.2010 – 2 U 1709/09, BauR 2010, 1638 (nur Leitsätze); BGH, Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 68/10, BauR 2013, 1116 ff. (1120); für das 22-fache: BGH, Urt. v. 14.03.2013 – VII ZR 116/12, BauR 2013, 1121 ff. (1126); 420-fach: OLG Dresden, Urt. v. 11.12.2009 – 4 U 1070/09, BauR 2010, 665.

16 BGH, Beschl. v. 23.03.2011 – VII ZR 216/08, BauR 2011, 1162 ff., 1163; OLG Schleswig, Urt. v. 08.07.2011 – 17 U 49/10, IBRRS 2011, 3118.

17 BGH, Urt. v. 07.07.1998 – X ZR 17/97, BGHZ 139, 177 f. (178); BGH, Urt. v. 25.06.1987 – VII ZR 107/86, BauR 1987, 683 f. (684); BGH, Urt. v. 04.10.1979 – VII ZR 11/79, BauR 1980, 63 f. (64); BGH, Urt. v. 20.03.1969 – VII ZR 29/67, BeckRS 1969, 106356.

18 BGH, Beschl. v. 23.03.2011 – VII ZR 216/08, BauR 2011, 1162 ff. (1163); OLG Dresden, Urt. v. 25.11.2011 – 1 U 571/10.

19 Empfehlungen des 4. Deutschen Baugerichtstages, BauR 2012, S. 1471 ff..

zitierten Urteile sollten belegen, dass die Heranziehung der Urkalkulation für veränderte Preise zu untauglichen Ergebnissen führe und von den Gerichten nicht handhabbar sei.

IV. Neue Zeiten: Das BGB-Bauvertragsrecht seit 01.01.2018

Lassen wir dahinstehen, ob eine leichte Handhabbarkeit von Ansprüchen für die Gerichte ein tauglicher Maßstab des Rechts oder gar ein Argument gegen die VOB/B wäre. In manchen Bereichen erschweren bekanntlich die Gerichte selbst maßgeblich die Anspruchsstellung, so etwa mit den über Jahre hochgeschraubten Anforderungen an eine heute nur noch schwer leistbare bauablaufbezogene Darstellung bei der Geltendmachung von Kosten aus gestörten Bauabläufen und Behinderungen.²⁰ Allen VOB-Kritikern mag aber ein Stein vom Herzen gefallen sein, als der neue § 650c Abs. 1 BGB ab 01.01.2018 die Preisfortschreibung für Nachträge anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten einführt. So mancher wählte die VOB/B da schon im Archiv. Wer sich an der neuen Dogmatik delectieren wollte, bekam allerdings mit dem neuen Gesetz von Anfang an ein leichtes Unwohlsein mit auf den Weg, denn die vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation kann auch nach § 650c Abs. 2 BGB durchaus Basis der Nachtragspreisbildung sein, weil sie (durch eine gesetzliche Vermutung) als Abbildung der tatsächlichen erforderlichen Kosten gilt.

Seit 2018 stellt sich heraus, dass die Baupraxis an der Urkalkulation festhalten will. Das ist nachvollziehbar, da der Gesamtpreis eines Bauvertrags nur dort im Detail ermittelt ist, wenn auch als kalkulatorische Annahme einer Kostenstruktur vor Ausführungsbeginn. Auch acht Jahre nach Inkrafttreten des BGB-Bauvertragsrechts ist es Standard, dass Urkalkulationen vertragsgemäß hinterlegt und bei Preisfortschreibungen herangezogen werden. Mittlerweile wird auch klar, dass die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten mit Unwägbarkeiten behaftet ist, denn auch Nachunternehmer- und Lieferantenpreise²¹ kann man hinterfragen, ebenso wie Kosten für Eigenleistung und Geräte. Was rechtstheoretisch so schön klingt, erweist sich im Praxistest nicht als die von einigen erhoffte Zauberformel für klare Nachtragspreisbildung.

V. Die tatsächlich erforderlichen Kosten werden zum Maßstab

Dennoch hat die Urkalkulation einen Teil ihrer früheren Bedeutung verloren, weil eine wesentliche gesetzgeberische Intention mit § 650c BGB seit 2018 umgesetzt wurde, nämlich die Fortschreibung stark überhöhter oder untergesetzter Einheitspreise zu vermeiden.²² Nach dem neuen gesetzlichen Maßstab sind solche Spekulationspreise relativ gut als nicht den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechend zu erkennen. Gegen stark überhöhte (oder verminderte) Preise braucht es keine erfundene „Vermutung einer sittenwidrigen Preisbildung“ mehr und keine bemühte Konstruktion von Mengenvordersätzen als Geschäftsgrundlage. Für Mengenmehrungen im Einheitspreisvertrag stützte der BGH schon 2019 die Preisfortschreibung nach § 2 Abs. 3 VOB/B auf die tatsächlich erforderlichen Kosten, obwohl § 650c BGB auf den zur Entscheidung anstehenden Vertrag noch gar keine Anwendung finden konnte.²³ Das neue BGB-Bauvertragsrecht hat eines seiner Hauptziele erreicht, nämlich spekulative Preisfortschreibungen so sehr zu erschweren, dass sie kaum noch auftreten. Das gilt in beide Richtungen: Ein AN kann auch die Aufbesserung eines extrem niedrigen Preises in einer einzelnen LV-Position durchsetzen, wo ihm früher entgegengehalten wurde, dass der Preis trotz Leistungsveränderung nicht zu erhöhen sei, weil er das Kalkulationsrisiko trage. Diese Argumentation ist ebenfalls passé.

Schon allein dieser Effekt macht die Einführung des neuen Bauvertragsrechts begrüßenswert. Das

20 Unglückliche Beispiele liefern etwa OLG Köln, Urt. v. 08.04.2015 – 17 U 35/14; OLG Köln, Urt. v. 28.01.2014 – 24 U 199/12, BauR 2014, 1309 ff.; OLG München, Urt. v. 27.04.2016 – 28 U 4738/13 Bau.

21 Diese werden vom BGH hat maßgeblich zur Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten angesehen, BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766 ff. (1770), Rdnr. 30.

22 Leinemann, NJW 2017, 3113 ff. (3116, 3117); das entspricht der gesetzgeberischen Intention von § 650c BGB, BT-Drucks. 18/8486, 56.

23 BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766 ff. (1770); gem. Art. 229, § 39 EGBGB war § 650c Abs. 1 BGB auf das im Mai 2013 begründete Vertragsverhältnis nicht anzuwenden. Daher hätte der BGH eigentlich nur auf § 632 Abs. 2 BGB rekurrieren können, um die erkannte Lücke zu füllen. Mit Nonchalance heißt es dazu im Urteil: gegenüber § 632 Abs. 2 BGB „... verspricht die Anknüpfung an denjenigen [Maßstab] der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge ein redlicheres Ergebnis.“

spricht indes nicht gegen die VOB/B, sondern erweist sich als hilfreich, um Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zu korrigieren, denen nun nicht mehr gefolgt werden muss, weil sie durch die Instrumente des § 650c BGB ersetzt werden. VOB/B und BGB ergänzen sich heute weit besser als früher, auch wenn noch ein wenig Kompatibilität fehlt.

VI. Unwirksamkeit des Anordnungsrechts nach VOB/B?

Zu erörtern bleibt noch die Frage, ob die Regelungen der VOB/B zu Nachträgen als zu starke Abweichung vom Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen in § 650b und c BGB gelten müssen. Das betrifft § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B ebenso wie § 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B.

Aus der VOB/B stammen die heute auch ins BGB übernommenen zwei Schritte, dass der AG das Recht erhält, einseitig Änderungen an der Vertragsleistung vorzunehmen, woraus dann im zweiten Schritt die Verpflichtung folgt, dem AN die entstehenden Kosten zu vergüten. Wenn heute diskutiert wird, ob § 1 Abs. 3 VOB/B unwirksam ist, wird vor allem auf das nun in § 650b Abs. 1 BGB enthaltene Einigungsmodell verwiesen, das in der VOB/B nicht zum Ausdruck kommt.²⁴ Während der AG nach § 1 Abs. 3 VOB/B ohne weiteres und sofort Änderungen des Vertragsinhalts anordnen kann, muss er seinen Änderungswunsch nach § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst vorbringen, was eine Pflicht des AN zur Vorlage eines Nachtragsangebots gem. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB auslöst, über das die Parteien sich binnen 30 Tagen (§ 650b Abs. 2 Satz 1 BGB) einigen sollen. Erst wenn binnen 30 Tagen keine Verständigung gelingt, entsteht das einseitige Anordnungsrecht des AG gem. § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB. Auch kann der AN Änderungen ablehnen, die nicht zum Erreichen des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, wenn sie ihm nicht zumutbar sind. Man wird einen Einigungsversuch ebenso wie die Ablehnungsmöglichkeit wegen Unzumutbarkeit zu den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung zählen müssen, an denen § 1 Abs. 3 VOB/B gemessen werden muss.²⁵ Daher wird dieses Anordnungsrecht einer isolierten Inhaltskontrolle vermutlich nicht standhalten.²⁶

Anders könnte es sich mit § 1 Abs. 4 VOB/B verhalten, wonach nicht vereinbarte Leistungen,

die zur Ausführung erforderlich werden, auf Verlangen des AGs mit auszuführen sind, außer wenn der Betrieb des AN auf derartige Leistung nicht eingerichtet ist. Hier ist das Anordnungsrecht deutlich eingeschränkt auf erforderliche Leistungen und dem Zumutbarkeitskriterium könnte hinreichend durch die Einschränkung Rechnung getragen sein, dass der Betrieb des AN auf die erforderlichen Leistungen eingerichtet sein muss. Es fehlt allerdings weiterhin an dem gesetzlich vorgegebenen Einigungsversuch vor Anordnung eines Nachtrags. Zumutbarkeitserwägungen wird zudem noch durch § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B Rechnung getragen, wonach dem AN andere Leistungen nur mit seiner Zustimmung übertragen werden können. Für sie besteht von vornherein nach VOB/B kein Anordnungsrecht. In Quintessenz dürfte § 1 Abs. 3 VOB/B bei isolierter Vereinbarung (also im Regelfall) unwirksam sein, bei § 1 Abs. 4 Satz 1 bestehen Wirksamkeitsbedenken, die überwindbar erscheinen.²⁷

In der Gesetzesbegründung des Regierungsentwurfs ist dokumentiert, dass man sich mit § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B auseinandergesetzt und im Lichte dessen geregelt hat, dass ein Einigungsversuch über den Nachtrag unternommen werden soll, bevor der AG von seinem Anordnungsrecht Gebrauch machen kann.²⁸ Deshalb entstand eine lebhafte Diskussion darüber, ob § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B vor dem Hintergrund dieser Regelung einer isolierten Inhaltskontrolle standhalten.²⁹ Dieser Streit besteht auch heute noch und wird wohl durch den BGH zu entscheiden sein.³⁰

24 Oberhauser, NZBau 2019, 3 ff. (9); Langen, NZBau 2019, 10 ff. (12); einen Exkurs bietet von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 9. Aufl., § 1 VOB/B, Rdnr. 135.

25 Leinemann//Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2023, § 650b BGB, Rdnr. 235; Leinemann, NJW 2017, 3113 ff. (3116).

26 Orłowski, BauR 2017, 1427 ff. (1436).

27 Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 489; Leinemann, NJW 2017, 3113 (3116); Kapellmann, NZBau 2017, 635 ff.; a.A. Langen, NZBau 2019, 10 (12).

28 BR-Drucks. 123/16, S. 56; BT-Drucks. 18/8486, S. 53.

29 Bejahend: u.a. Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 ff. (1795); Kapellmann, NZBau 2017, 635 ff.; verneinend: u.a. Orłowski, BauR 2017, 1427 ff. (1436, 1437).

30 Einen Überblick bietet Bolz/Jurgleit, VOB/B, 2. Aufl. 2025, § 1 VOB/B Rdnr. 191 ff. an.

VII. Unwirksamkeit der Vergütungsregelung nach § 2 VOB/B?

Anders sieht die Situation hinsichtlich der Preisfindung aus. Der BGH hat bereits klargestellt, dass – entgegen hergebrachter Ansicht – § 2 Abs. 3 VOB/B keine Vorgabe enthält, dass die Mehr- und Minderkosten anhand der Urkalkulation zu ermitteln wären.³¹ Eine evtl. zur Unwirksamkeit nach § 307 BGB führende Abweichung von § 650c BGB liegt somit nicht vor. Sie würde ohnehin meist nicht relevant, da üblicherweise der AG Verwender der VOB/B ist und sich nicht auf eine Unwirksamkeit berufen könnte. § 2 Abs. 3 VOB/B ist also als AGB nicht unwirksam, sondern enthält eine Lücke. Sie wird dadurch gefüllt, dass hier nach tatsächlich erforderlichen Kosten abgerechnet werden soll.³²

Zu § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B liegen noch keine BGH-Entscheidungen vor, lediglich einige OLG's³³ haben sich dazu bereits positioniert. Legt man die Überlegungen des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B zu Grunde, könnte auch für § 2 Abs. 5 VOB/B erwartet werden, dass die Urkalkulation nicht mehr Maßstab einer Preisfortschreibung sein soll, denn die Formulierung, dass „ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren“ ist, ergibt das nicht hinreichend deutlich. Auch hier kommt es somit nicht zur Unwirksamkeit von § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern die entstehende Lücke muss durch Auslegung geschlossen werden, sinnvollerweise durch Heranziehung von § 650c BGB und eine Preisfortschreibung nach tatsächlich erforderlichen Kosten.

Anders sieht es jedoch bei den zusätzlichen Leistungen aus. Für deren Preisanpassung heißt es bei § 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 VOB/B:

„Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung.“

Hier dürfte der Hinweis auf die „Grundlagen der Preisermittlung“ kaum anders auszulegen sein, als dass die Urkalkulation herangezogen werden soll. Übrigens sieht § 650c Abs. 2 BGB ausdrücklich vor, dass die Urkalkulation Grundlage der Nachtragspreisbildung sein kann, auch wenn der AG darlegen kann, dass die Urkalku-

lation von den tatsächlich erforderlichen Kosten erheblich abweicht. Es spricht somit vieles dafür, dass § 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 VOB/B nicht gegen den Grundgedanken von § 650c BGB verstößt, denn dort wird lediglich der Anwendung der Urkalkulation Vorrang gegeben. Da sie aber auch nach § 650c BGB einseitig vom AN als Grundlage gewählt werden kann, dürften sich daraus keine Unwirksamkeitsbedenken nach § 307 BGB ergeben.³⁴

Problematischer erscheint die Wirksamkeit der Ankündigungspflicht von Mehrvergütungsansprüchen vor Ausführung nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Weder § 650b noch § 650c BGB sehen ein Ankündigungserfordernis des AN als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Mehrvergütungsanspruchs vor. Im Gegenteil besteht zu jeder ordnungsgemäßen, zumutbaren Änderungsanordnung des AG eine Ausführungspflicht des AN und ein korrespondierender Vergütungsanspruch nach § 650c BGB ohne weitere Voraussetzungen. Eine Ankündigungspflicht gibt es im Gesetz nicht. Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, dürfte die Ankündigungspflicht vor Ausführung nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B unwirksam sein.³⁵

VIII. BGB und VOB/B sind verzahnt anwendbar

Die Diskussion über die Unwirksamkeit des Anordnungsrechts nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B bewegt die Baupraxis nur wenig, wie die fortgesetzte Verwendung der VOB/B in Bauverträgen belegt. Das liegt daran, dass sich die allermeisten Leistungsänderungen im Bauvertrag als für beide Vertragsseiten nachvollziehbar und oft auch als notwendig erweisen. Im Regelfall kommt es auch für den AN nicht darauf an, ob vor oder nach

31 BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766 ff. (1768).

32 BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766 ff. (1769, 1770).

33 KG, Urt. v. 18.07.2025 – 21 U 176/24, ZfBR 2026, 45 ff. (47, 48); OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.03.2025 – 5 U 148/23, NZBau 2025, 496 ff. (498); OLG Köln, Urt. v. 03.02.2021 – 11 U 136/18, ZfBR 2021, 415 ff. (418); OLG Frankfurt, Urt. v. 21.09.2020 – 29 U 171/19.

34 Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 489; Kapellmann, NZBau 2017, 635.

35 Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 489; Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 650b BGB, Rdnr. 235.

Erteilung einer Änderungsanordnung zwischen den Parteien über deren Folgen verhandelt wurde, solange er eine angemessene Vergütung erwarten kann. Diesem Umstand soll durch § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB Rechnung getragen werden, denn danach kann der AN eine Abschlagszahlung von 80 % des Preises aus seinem Nachtragsangebot auch im Streitfall verlangen und nach § 650d BGB sogar per einstweiliger Verfügung gerichtlich durchsetzen.

Inzwischen meinen einige OLG's, dass diese Vorschriften auf einen VOB/B-Vertrag nicht anwendbar seien, wenn nicht das gesamte Nachtragsprocedere bereits strikt nach § 650b BGB begonnen wurde.³⁶ Eine stimmige Erklärung für diese Ansicht gibt es nicht, man schlägt sich ergebnisorientiert auf die Seite des AG und will das damit begründen, dass im BGB ein einheitliches Regelungssystem von „...aufeinander aufbauenden und aufeinander Bezug nehmender Normen zur Anordnung von Leistungsänderungen, zur Vergütung dieser geänderten Leistungen und zur Durchsetzbarkeit“³⁷ geschaffen worden sei, welches durch die Regelungen der VOB/B nicht modifiziert werde. Dies ist nicht überzeugend. Wieso soll das Gesetz nicht neben den Vertragsbedingungen gelten, wie sonst selbstverständlich – nur weil das Gesetz ein System hat? Hier erliegt man einem Scheinargument. Solange eine Änderungsanordnung und ein Nachtragsangebot vorliegen, kann es nicht mehr darauf ankommen, wann es vorlag³⁸ und ebenso wenig, ob eine Einigungsfrist verstrichen ist, wenn doch die Änderung ohnehin umgesetzt wird. Oft wird eben auf einen Änderungswunsch des AG hin sogleich ausgeführt. Es kann nicht zum Nachteil des AN wirken, wenn er dem AG bis zu 30 Tage Wartefrist erspart. Das Angebot des AN ist nach § 650c Abs. 3 Satz 1 BGB nur erforderlich, um eine Basis für die 80 %-Forderungshöhe der Abschlagszahlung ermitteln zu können, wenn es keine Einigung über die Vergütung gab. Mehr fordert der Wortlaut des § 650b BGB nicht. Es ist insbesondere keine zwingende Formvoraussetzung. Das Argument des OLG Celle, der AN hätte es in der Hand, bei einem nach der Anordnung unterbreiteten Angebot die Höhe der Abschlagszahlungen einseitig zu bestimmen,³⁹ ist irrelevant, denn das wäre ebenso bei einem Angebot vor Anordnung möglich und wird gesetzgeberisch hingenommen. § 650c BGB gilt daher ohne Rück-

sicht darauf, ob das Procedere nach § 650b BGB wortgetreu beachtet wurde und gilt daher auch für einseitig und/oder vor einem Angebot angeordnete Nachträge nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.⁴⁰

IX. Anpassung der VOB/B

Der schon vielfach geäußerte Wunsch, der DVA möge die VOB/B insbesondere im streitträchtigen Bereich der Leistungsänderungen sowie der Vergütungsfolgen aktualisieren, ist im Lichte dieser Diskussionen sachgerecht.⁴¹ Dabei sollte auch klargestellt werden, dass vor Erteilung einer Änderungsanordnung eine Verhandlungsphase stattfinden soll, deren Grundlage ein Angebot des AN ist. Kommen aber beide Seiten ohnehin nicht zusammen, bedarf es auch keiner 30-Tages-Frist, wenn dennoch ausgeführt wird.

Die VOB/B war seit ihrem Inkrafttreten im Jahre 1926 unglaublich prägend für das deutsche Bauvertragsrecht. Sie hat diese Bedeutung bis heute behalten. Wie jedes Regelwerk kann auch die VOB/B eine turnusgemäße Anpassung vertragen, die der DVA beherzt in Angriff nehmen sollte. Die Anpassung mindestens der Anordnungs- und Vergütungsregelungen an das BGB-Bauvertragsrecht sollte nicht der Rechtsprechung überlassen werden. Zugleich kann das BGB-Bauvertragsrecht eine Infusion von der VOB/B im Bereich der Regelung von Bauzeit und Behinderung vertragen. Gerichtliche Klärungsversuchen könnten der Praxis auch Steine statt Brot geben, wie die letzten 25 Jahre Rechtsprechung zur Preisfortschreibung anschaulich belegen.

36 OLG München, Beschl. v. 12.03.2024 – 9 U 3791/23 Bau, BauR 2024, 1394 ff. (1398 f.); OLG Celle, Urt. v. 14.05.2025 – 14 U 238/24, NZBau 2026, 102 ff. (102).

37 OLG München, Beschl. v. 12.03.2024 – 9 U 3791 Bau, BauR 2024, 1394 ff. (1399); OLG Celle, Urt. v. 14.05.2025 – 14 U 238/24, NZBau 2026, 102 ff. (102) Rdnr. 60.

38 Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl., § 2 Rdnr. 685; and. OLG Celle, Urt. v. 14.05.2025 – 14 U 238/24, NZBau 2026, 102 ff. (103) Rdnr. 72, wonach das Angebot des Auftragnehmers vor der Anordnung des AG vorliegen müsse.

39 OLG Celle, Urt. v. 14.05.2025 – 14 U 238/24, NZBau 2026, 102 ff. (103) Rdnr. 72.

40 Leinemann/Kues, in: Leinemann/Kues, 2. Aufl. 2023, § 650c BGB, Rdnr. 122; so wohl auch Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, § 650c BGB, Rdnr. 129, 130.

41 Der von Janssen/Fischer, NZBau 2021, 219 beschriebene Zwischenstand einer Überarbeitung der VOB/B im DVA ist unzureichend.