

Ausgleichsberechnung nach § 2 Abs. 3 VOB/B

Verfasser: Andreas Wernthaler

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung / Problemaufriss	63
2 Wozu ein Preisausgleich?	63
2.1 Das Dilemma der nicht verursachungsbedingten Gemeinkosten-Erwirtschaftung	63
2.2 Differenzierung zwischen § 2 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B	67
2.3 § 2 Abs. 3 VOB/B: Unausgewogene Auftraggeber- und Auftragnehmeransprüche	70
3 Die Ausgleichsberechnung	71
3.1 Das Grundprinzip der Ausgleichsberechnung	71
3.1.1 Der Ausgleich durch Mengenerhöhungen in anderen Positionen	71
3.1.2 Die isolierte Anspruchsermittlung	74
3.2 Vereinfachungen bei der Ausgleichsberechnung	77
3.2.1 Auftragsbezogene Gesamtzuschläge für Gemeinkosten	77
3.2.2 Pauschalpositionen, Bedarfspositionen und Stundenlohnarbeiten	78
3.3 „Nullpositionen“	78
3.4 Teilkündigungen	79
3.5 Ausgleich in anderer Weise	80
3.6 Nachlass / Umsatzsteuer	81
3.7 Bauzeitverlängerung	81
3.8 Zeitpunkt und Auslöser für das Ausgleichsverlangen	82
4 Anspruchshöhe	83
5 Zusammenfassung	84
6 Beispiel einer Ausgleichsberechnung (BKPV-Methode)	86

1 Einleitung / Problemaufriss

Im Bauwesen sind Mengenabweichungen bei VOB-Einheitspreisverträgen auch bei sorgfältiger Mengenermittlung an der Tagesordnung. Mit § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B wird festgelegt, dass der vertragliche Einheitspreis gilt, solange die tatsächlich ausgeführte Menge einer unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 v. H. von der ausgeschriebenen und damit vertraglich vorgesehenen Menge abweicht. Ab einer Mengenabweichung von mehr als 10 v. H. kommt ein Anspruch auf Preisanpassung aus § 2 Abs. 3 Nr. 2¹ VOB/B (Mengenerhöhung) oder § 2 Abs. 3 Nr. 3² VOB/B (Mengenminderung) in Betracht.

In unserer Prüfungs- und Beratungspraxis stellen wir häufig fest, dass es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern hinsichtlich der Anspruchshöhe kommt, da aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 VOB/B nicht klar hervorgeht, wie die Ansprüche zu ermitteln sind. Beispielsweise ist oftmals umstritten, welche Mengenminderungen bzw. -mehrun-gen für die Ausgleichsberechnung überhaupt relevant sind, worin ein Ausgleich „in anderer Weise“ bestehen soll, wie mit Positionen umzugehen ist, die nicht zur Ausführung kommen (sog. „Nullpositionen“ werden oftmals wie Teilkündigungen nach § 8 Abs. 1 VOB/B behandelt), oder welche Ansprüche unter welchen Voraussetzungen bestehen.

Dieser Beitrag will und kann nicht alle Streitfragen um die Ausgleichsberechnung lösen. Er zeigt jedoch einen praktikablen und aus überörtlicher Prüfungssicht vertretbaren Lösungsweg für die angesprochenen Streitfälle auf. Die wesentlichen Leitlinien der Rechtsprechung werden berücksichtigt, dabei aber im Interesse der Praktikabilität eine vereinfachende Gesamtschau zugelassen. Wir zeigen zunächst, warum überhaupt die Notwendigkeit besteht, bei starken Mengenschwankungen den vereinbarten Preis als Ausgleich zu diesen Mengenschwankungen anzupassen (Abschnitt 2), und sodann, wie dieser Ausgleichsbetrag vertraglich nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 VOB/B unter Abgrenzung von Ansprüchen aus Kündigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu ermitteln ist (Abschnitte 3, 4 und 6).

2 Wozu ein Preisausgleich?

2.1 Das Dilemma der nicht verursachungsbedingten Gemeinkosten-Erwirtschaftung

Öffentliche Auftraggeber sind gehalten, Bauleistungen so zu vergeben, dass die Vergütung nach Leistung bemessen wird; in der Regel sollen hierzu Einheitspreisverträge geschlossen werden (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Einheitspreisverträge zeichnen sich dadurch aus, dass die insgesamt zu erbringende Bauleistung in Teilleistungen (Positionen) aufgeteilt wird. Die Teilleistungen werden jeweils unter einem Einheitspreis erfasst (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B). Um die einzelnen Positionen für die interessierten Unternehmen „anbietbar“ zu machen, ist es

¹ § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B lautet: „Für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.“

² § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B lautet: „Bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.“

notwendig, dass der Auftraggeber mithilfe der Leistungsbeschreibung Inhalt (Art der Leistung) und Umfang (Menge) aller anzubietenden und nach Vertragsabschluss vom Auftragnehmer zu erbringenden Teilleistungen festlegt. Der Leistungsbeschreibung kommt damit eine wesentliche Bedeutung zu: Sie ist die Berechnungsgrundlage für die Vergütung (Preis bzw. Einheitspreis), welche der Auftragnehmer später im Zuge der Abrechnung der zur Vertragserfüllung erbrachten Leistung vom Auftraggeber als Gegenleistung fordert.³

Der Einheitspreis setzt sich in der Regel zusammen aus den Einzelkosten der Teilleistung⁴ (z. B. Material-, Geräte-, Lohn-, Nachunternehmerkosten), also denjenigen Kosten, die für die Erbringung der Teilleistung unmittelbar erforderlich sind, und den Deckungsbeiträgen für die Gemeinkosten (Baustellengemeinkosten [im Weiteren: BGK], Allgemeine Geschäftskosten [im Weiteren: AGK], Wagnis und Gewinn).⁵

BGK können zwar der einzelnen Baustelle, nicht aber den einzelnen Teilleistungen unmittelbar zugeordnet werden. **BGK fallen in der Regel vorwiegend zeitabhängig an** (z. B. Kosten der örtlichen Bauleitung, Vorhaltekosten für baustellenbezogene Geräte [z. B. Kräne, Container] oder Kosten für den Betrieb der baustellenbezogenen Geräte); nur zu einem relativ geringen Anteil bestehen sie aus zeitunabhängigen Kosten, nämlich den Fixkosten (z. B. Beseitigung der Bauabfälle) und den umsatzabhängigen Kosten (z. B. Kosten für Wasser und Energieversorgung).

AGK sind Gemeinkosten, die dem Bauunternehmen nicht durch einen bestimmten Bauauftrag, sondern durch den Betrieb der Bauunternehmung (z. B. Gehaltskosten für die Geschäftsleitung, Mieten/Abschreibungen für Unternehmensgebäude) als Ganzes entstehen. Sie können keinem bestimmten Bauvertrag und schon gar nicht einer bestimmten Teilleistung zugeordnet werden. Wie BGK fallen die **AGK im Wesentlichen zeitabhängig an**.

Da die Baufirmen mit den von den (öffentlichen) Auftraggebern üblicherweise vorgegebenen Vertragsmodalitäten nicht die Möglichkeit haben, BGK und AGK verursachungsbedingt, nämlich vorwiegend zeitabhängig zu erwirtschaften⁶, machen sie einen kalkulatorischen Kunstgriff: Bildlich gesprochen füllt der Auftragnehmer bei der Angebotskalkulation einen „Topf“ mit BGK und AGK. Dies macht er in der Regel dadurch, dass er die von ihm in Abhängigkeit des (ausgeschriebenen) vertraglichen Mengengerüsts ermittelten unmittelbaren Herstellungskosten (EKT) mit einem Zuschlag für die BGK beaufschlagt; die vom Auftragnehmer benötigten Gemeinkosten zum Betreiben der Baustelle werden also in der Regel umsatzabhängig kalkuliert und erwirtschaftet⁷, obwohl sie vorwiegend zeitabhängig anfallen. AGK werden üblicherweise unternehmensbezogen für ein Geschäftsjahr im Voraus prognostiziert und daraus ein durch-

³ vgl. Schraner, in Ingenstau/Korbion: VOB – Teile A und B – Kommentar, 20. Auflage 2017, § 7 VOB/A, Rn. 1 und 2

⁴ im Weiteren: EKT

⁵ Deckungsbeiträge für die in § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B erwähnten „Baustelleneinrichtungskosten“ sind hingegen nur dann Bestandteil der Einheitspreise, wenn für das Einrichten und Räumen der Baustelle keine eigene Position im Leistungsverzeichnis vorgesehen ist, was in der Praxis meistens die Ausnahme ist und auch sein sollte (vgl. ATV DIN 18299 Abschnitt 0.4.1). Deckungsbeiträge für Baustelleneinrichtungskosten werden wegen ihrer Bedeutungslosigkeit in der Baupraxis in diesem Beitrag nicht weiter betrachtet.

⁶ Anders gelagert wäre z. B. der Fall, wenn Positionen eingeführt würden, bei denen die Gemeinkosten zeitabhängig anzubieten und abzurechnen wären.

⁷ Dies trifft bei der Zuschlagskalkulation voll zu. Bei der Endsummenkalkulation kann zumindest über Formblatt 222 auf den Anteil zeitabhängiger und zeitunabhängiger Baustellengemeinkosten rückgeschlossen werden; erwirtschaftet werden die Baustellengemeinkosten jedoch auch hier umsatzabhängig.

schnittlich bei jedem Auftrag zu erlösender Deckungsbeitrag ermittelt. Sie werden dann als prozentualer Deckungsbeitrag des Auftragswerts bzw. wie bei den BGK als Zuschlag auf die Summe der EKT, welche sich aus dem ausgeschriebenen Mengengerüst ergibt, in die Einheitspreise einkalkuliert, so dass auch die vom Auftragnehmer benötigten Gemeinkosten zum Betreiben des Unternehmens in der Regel umsatzabhängig kalkuliert und erwirtschaftet werden, obwohl auch sie vorwiegend zeitabhängig anfallen. Die Unternehmen legen bei der Preisbildung ihre Gemeinkosten quasi „wie mit der Gießkanne“ auf das ausgeschriebene und damit vertraglich vereinbarte Mengengerüst⁸ um.

Die ausgeschriebene Menge (Leistungsumfang) einer Teilleistung ist also in zweierlei Hinsicht wesentliche Grundlage für die Preisbildung und damit wesentlicher Inhalt des Bauvertrags: Erstens fixiert der Auftragnehmer wegen der Anwendung des „Gießkannenprinzips“ den Gemeinkosten-Füllstand umsatzabhängig. Zweitens hat der Mengenvordersatz Einfluss auf die Höhe der kalkulierten EKT (und damit auf die Höhe des Einheitspreises); denn einer der wesentlichen Parameter bei der Einheitspreisbildung ist der Leistungsansatz (z. B. Meter pro Arbeitstag). Ist der Mengenvordersatz ein ganzes Vielfaches der maximal möglichen Tagesleistung einer Kolonne, lassen sich die Kolonnen-Schichtkosten, welche vorwiegend arbeitstagweise anfallen (z. B. Gerätemieten), günstiger je Einheit umlegen als bei nicht ganzen Vielfachen (vgl. Beispiel 1).

Im Gemeinkosten-Topf ergibt sich wegen des „Gießkannenprinzips“ rein rechnerisch ein präzise festgelegter „Gemeinkosten-Füllstand“. Dieser Füllstand wird allerdings nur dann genau erwirtschaftet, wenn die Mengen exakt so ausgeführt werden wie ausgeschrieben. Bei Einheitspreisverträgen wird die Vergütung nach den vertraglichen Einheitspreisen und den **tatsächlich ausgeführten** Mengen, **nicht den vertraglich vereinbarten** Mengen berechnet (vgl. § 2 Abs. 2 VOB/B). Weicht die ausgeführte Menge von der vertraglichen Menge ab (was bei Einheitspreisverträgen in der Praxis die Regel ist), entsteht ein **Gemeinkosten-Dilemma**. Da die Gemeinkosten wegen der (nicht sachgerechten) Koppelung an das ausgeschriebene Mengengerüst umsatzabhängig erwirtschaftet werden (müssen), obwohl sie vorwiegend zeitabhängig verursacht werden, wird der Gemeinkosten-Füllstand mit jeder Mengenänderung über- oder unterschritten, unabhängig von der Hauptursache, nämlich dem Faktor Zeit.⁹ Genau das ist die Ursache des Problems: Weicht die ausgeführte Menge von der vertraglichen Menge ab, würde einer der beiden Vertragspartner einseitig benachteiligt oder begünstigt, da es – bei unveränderter Bauzeit – zu einem Übermaß oder einem Zuwenig an erwirtschafteten Deckungsbeiträgen für die Gemeinkosten kommen kann oder z. B. die Kalkulation nicht „aufgeht“ (vgl. Beispiel 1). Eines der essentiellen Grundprinzipien, die dem VOB-Vertrag zugrunde liegen, nämlich, dass sich Leistung und Gegenleistung angemessen gegenüberstehen sollen (Äquivalenzverhältnis), wäre dann nicht mehr gewahrt. Der finanzielle Erfolg oder Misserfolg bei der Um-

⁸ Streng genommen nicht auf das Mengengerüst, sondern auf die Summe der EKT, welche sich aus dem ausgeschriebenen und damit vertraglich vereinbarten Mengengerüst ergibt.

⁹ In der Literatur wird deshalb sogar die Auffassung vertreten, § 2 Abs. 3 VOB/B müsse inhaltlich und sprachlich neu überarbeitet werden. Zudem sei es erforderlich, grundlegende Änderungen im Bereich der Vergabe und Kalkulation von Bauleistungen anzustreben, nämlich eine zeitabhängige Gemeinkostenvereinbarung (siehe Lücke, Missstände und Optimierungspotentiale im Zusammenhang mit dem Erlös von Gemeinkostenbestandteilen bei Mengenänderungen gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B, Bauwirtschaft 2018, 207).

setzung eines Bauvorhabens wäre für beide Vertragspartner mehr oder weniger zufällig davon abhängig, wie sich die Mengen in Abhängigkeit der tatsächlichen Gegebenheiten auf der Baustelle entwickeln.

Beispiel 1:

Ausgeschrieben (Vertragsgrundlage): 210 m

Maximal mögliche Tagesleistung: 70 m/AT

Schichtkosten der Kolonne: 4.200 €/AT

Einheitspreisbildung:

Bauzeit: $210 \text{ m} / 70 \text{ m/AT} = 3 \text{ AT}$

-> Kalkulierte Tagesleistung: $210 \text{ m} / 3 \text{ AT} = 70 \text{ m/AT}$ (= maximal mögliche Tagesleistung)

Gesamtkosten: $3 \text{ AT} \times 4.200 \text{ €/AT} = 12.600 \text{ €}$

Einheitspreis: $12.600 \text{ €} / 210 \text{ m} = 60 \text{ €/m}$

Tatsächlich ausgeführte Menge aufgrund der Gegebenheiten vor Ort: 180 m (ca. 86 %)

Erlös: $180 \text{ m} \times 60 \text{ €/m} = 10.800 \text{ €}$

Defizit: $10.800 \text{ €} - 12.600 \text{ €} = -1.800 \text{ €}$

Bei einem von vornherein ausgeschriebenem Vordersatz von 180 m würde sich ergeben:

Bauzeit: $180 \text{ m} / 70 \text{ m/AT} = 2,57 \text{ AT}$ (Mengenvordersatz kein ganzes Vielfaches!)

Kalkulatorischer Ansatz: 3 AT

-> Kalkulierte Tagesleistung: $180 \text{ m} / 3 \text{ AT} = 60 \text{ m/AT}$ (= weniger als maximal möglich)

Gesamtkosten: $3 \text{ AT} \times 4.200 \text{ €/AT} = 12.600 \text{ €}$

Einheitspreis: $12.600 \text{ €} / 180 \text{ m} = 70 \text{ €/m}$

AT = Arbeitstag

Genau hier kommt § 2 Abs. 3 VOB/B ins Spiel: Er bezieht sich nur auf den Einheitspreisvertrag (bei Pauschalverträgen kommt er nicht zur Anwendung!) und stellt nur auf Änderungen der Mengenvordersätze bei inhaltlich gleichbleibender Leistung ab.¹⁰ Aufgabe des § 2 Abs. 3 VOB/B ist es, die erforderliche Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen, wenn unvorhergesehen eine bestimmte Über- oder Unterschreitung der vertraglichen Leistungsmengen im Zuge der Bauausführung eintritt.¹¹ Der Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B für Mehr- und Mindermengen unter 10 v. H. liegt erkennbar der Gedanke zugrunde, dass diese das Äquivalenzverhältnis noch nicht ernstlich stören.^{12,13} Solange also die tatsächlich ausgeführte Menge einer Position innerhalb 90 v. H. bis 110 v. H. im Vergleich zur vertraglichen

¹⁰ Damit fallen nur Mengenveränderungen, die sich allein aufgrund vorgefundener Verhältnisse vor Ort ergeben, unter § 2 Abs. 3 VOB/B. Nicht vom Regelungsgehalt des § 2 Abs. 3 VOB/B umfasst und deutlich davon zu unterscheiden sind Mengenveränderungen, die sich aufgrund eines Eingriffs des Auftraggebers ergeben. Diese können Ansprüche des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B auslösen. Hingegen können Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Abs. 4 VOB/B (Anordnung zusätzlicher Leistungen bzw. von Zusatzaufträgen) keine Mengenänderungen bei bestehenden Vertragspositionen hervorrufen, da es sich um bis dahin nicht vereinbarte Leistungen handelt und damit Änderungen bei bestehenden Vertragspositionen ausgeschlossen sind.

¹¹ so auch Keldungs, in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 2 Abs. 3 VOB/B, Rn. 7

¹² vgl. BGH, Urteil vom 18.12.1986 – VII ZR 39/86, BauR 1987, 217, II. 2. a)

¹³ Der Gedanke mag dieser Regelung zwar zugrunde liegen, führt aber nach Ansicht des Verfassers infolge des „Sprungs“ bei 10 v. H. zu kaum vertretbaren Ergebnissen. Es würde nämlich bedeuten, dass z. B. eine Mengensenkung **aller** Vertragspositionen in Höhe von 10 v. H. und das daraus in Summe entstehende erhebliche Gemeinkosten-Defizit vom Auftragnehmer ohne vertraglichen Anspruch auf Ausgleich hinzunehmen wäre. Dagegen hätte der Auftragnehmer sehr wohl einen (erheblichen) vertraglichen Ausgleichsanspruch, sobald sich die Mengen sämtlicher Positionen um z. B. nur weitere 0,1 v. H. um 10,1 v. H. minderten.

Menge liegt, werden die daraus entstehenden finanziellen Folgen jeweils einem der beiden Vertragspartner zugemutet; der vertragliche Einheitspreis bleibt gültig. Das Äquivalenzverhältnis wird allerdings umso mehr gestört, je stärker die Mengen abweichen. Erst dann ergibt sich nach der VOB/B die Frage, wie der vereinbarte Einheitspreis an den neuen Leistungsinhalt, der sich aus der veränderten Menge ergibt, angepasst werden soll, um wieder ein ausgewogenes Äquivalenzverhältnis herzustellen. Fällt z. B. die tatsächlich ausgeführte Menge einer Position ohne Eingriff des Auftraggebers wesentlich geringer aus als im Vertrag vorgesehen, erwirtschaftet der Auftragnehmer aus dieser Position weniger Deckungsbeiträge für seine Gemeinkosten (die er bei einer „sauberen“ Kalkulation aber benötigt), da diese umsatzbezogen erwirtschaftet werden, obwohl sie überwiegend zeitabhängig anfallen. Ändert sich die Bauzeit nicht, ergibt sich für den Auftragnehmer daraus ein Gemeinkosten-Defizit. Hierfür soll er auf Grundlage des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B durch die Erhöhung des Einheitspreises der betroffenen Position einen Ausgleich erhalten, falls er nicht anderweitig durch Mengenerhöhungen in anderen Positionen oder in anderer Weise bereits einen Ausgleich erhält. Diese Erhöhung soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch die Verteilung der Gemeinkosten auf die verringerte statt die ausgeschriebene Menge ergibt. § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VOB/B erwähnt in diesem Kontext „im Wesentlichen“ Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie Allgemeine Geschäftskosten und ist insoweit als beispielhaft und nicht abschließend zu verstehen. Der „Mehrbetrag“ kann also durchaus auch noch andere Komponenten, z. B. Gewinn¹⁴, enthalten. Ziel des Ausgleichs nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist es, den vertraglich vereinbarten Gemeinkosten-Füllstand trotz relevanter Mengenabweichungen wiederherzustellen.

2.2 Differenzierung zwischen § 2 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B und § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B definieren zunächst einmal zwei völlig unterschiedliche Regelungssysteme für Mehr- bzw. Mindermengen.

Bei Relevanten **Mehrungen**¹⁵ können **sowohl für den Auftragnehmer als auch für den Auftraggeber Ansprüche** nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestehen; der neue Einheitspreis ist unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten, die je Einheit infolge der Relevanten Mehrung anfallen, zu bilden. Er kann demnach für die **über 110 v. H. hinausgehende Menge** einer bestimmten Position höher oder niedriger ausfallen als der ursprünglich vereinbarte Einheitspreis.

¹⁴ so auch Keldungs, in Ingenstau/Korbion, a. a. O., Rn. 42

¹⁵ Mengenabweichungen von mehr als 10 v. H. zwischen der vertraglich vorgesehenen Menge und der tatsächlich ausgeführten Menge einer Vertrags-Position werden in diesem Beitrag als „Relevante Mehrung“ (bei Mengenüberschreitungen) bzw. „Relevante Minderung“ (bei Mengenunterschreitungen) bezeichnet.

Mehr- oder Minderkosten können sowohl die EKT¹⁶ (z. B. Material-, Geräte-, Lohn-, Nachunternehmerkosten) als auch die Deckungsbeiträge¹⁷ für die Gemeinkosten und Baustelleneinrichtungskosten betreffen. Der Anspruch aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B besteht positionsweise, also unabhängig davon, ob es bei anderen Positionen z. B. zu Relevanten Minderungen gekommen ist oder Nachtragsleistungen zu erbringen waren.

Relevante **Minderungen** lösen hingegen nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B in der Praxis ausschließlich einen **Anspruch des Auftragnehmers** aus, da dort nur die Erhöhung des Einheitspreises vorgesehen ist. Mit der Einheitspreiserhöhung soll ein Defizit ausgeglichen werden. Auf den ersten Blick ist unklar, um welches Defizit (EKT-Defizit, vgl. Beispiel 1, oder Gemeinkosten-Defizit?) es hier gehen soll. Der Formulierung nach soll jedoch die Erhöhung vorwiegend („im Wesentlichen“) das infolge der Mengenminderung entstandene **Gemeinkosten-Defizit** ausgleichen; denn erwähnt werden dort nämlich exemplarisch unter anderem „Baustellen-gemeinkosten“ und „Allgemeine Geschäftskosten“. Diese Auslegung wird mit § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B untermauert, wonach die Erhöhung vom Auftragnehmer nur beansprucht werden kann, soweit er nicht einen Ausgleich durch Mengenerhöhungen in anderen Positionen (oder in anderer Weise) erhält. Und genau das ist bei der Gemeinkosten-Thematik der Fall: Da die Gemeinkosten in der Regel umsatzbezogen erwirtschaftet werden, erzeugen Mengenerhöhungen einen erhöhten Gemeinkostenerlös, so dass die mengengemeinerten Positionen als Ausgleich für ein vom Auftragnehmer woanders erlittenes Gemeinkosten-Defizit heranzuziehen sind. Ergänzend sei darauf verwiesen, dass vom Auftragnehmer nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

¹⁶ Beispiel „Entsorgung kontaminierten Erdreichs der Deponieklasse DKII gemäß Deponieverordnung“: Eine Relevante Mengenerhöhung kann dazu führen, dass eine weiter entfernt gelegene Deponie angefahren werden muss, wodurch die Transportkosten (EKT: Lohn- und Geräteanteil für den LKW) je Tonnage DKII-Materials steigen. Der Einheitspreis für die über 110 v. H. hinausgehende Menge fiel dann auf Verlangen des Auftragnehmers dementsprechend höher aus.

Beispiel „Ortbeton-Bohrpfahlgründung“: Ausgeschrieben sind 100 m Bohrpfähle, technisch machbar sind 70 m/Arbeitstag. Dem Bohrpfahlpreis liegen die Lohn- und Gerätekosten zugrunde, welche in 2 Arbeitstagen anfallen. Kommt es zu einer Relevanten Mehrung in Höhe von 40 m, legen sich die dem Einheitspreis innewohnenden EKT, nämlich Geräte- und Lohnkosten, günstiger um, da nach wie vor zwar die Kosten für 2 Arbeitstage anfallen, mit denselben Kosten aber mehr produziert (und abgerechnet) wird. Der Einheitspreis für die über 110 v. H. hinausgehende Menge fiel dann auf Verlangen des Auftraggebers dementsprechend niedriger aus.

Eine Mengenerhöhung kann dazu führen, dass das Baumaterial günstiger bezogen wird. Relevante Mengenerhöhungen begründen den Anspruch des Auftraggebers, auf Verlangen den Einheitspreis um denjenigen Betrag zu mindern, der sich unter Ansatz des günstigeren Materialeinkaufs ergibt.

¹⁷ Geht mit einer Mengenerhöhung nicht die Verlängerung der Bauzeit einher, würden insgesamt mehr BGK erwirtschaftet als vereinbart. Der Einheitspreis für die über 110 v. H. hinausgehende Menge fiel auf Verlangen des Auftraggebers um den BGK-Anteil entsprechend niedriger aus.

Werden die Kosten für das Einrichten und Räumen der Baustelle auf das ausgeschriebene Mengengerüst umgelegt, weil im Leistungsverzeichnis keine eigene Position für das Einrichten und Räumen der Baustelle vorgesehen ist, würde eine Mengenerhöhung dazu führen, dass die Vergütung hierfür höher ausfiele als vereinbart. Bei einer Relevanten Mengenerhöhung besteht deswegen der Anspruch des Auftraggebers, auf Verlangen den Einheitspreis für die über 110 v. H. hinausgehende Menge um diesen Anteil zu verringern.

auch ein Ausgleich auf ein EKT-Defizit (vgl. Beispiel 1) beansprucht werden könnte,¹⁸ denn die Formulierung „im Wesentlichen“ ist nicht abschließend.¹⁹

Deutlich hervorzuheben ist, dass nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B im Unterschied zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht das positionsbezogene Äquivalenzverhältnis für sich alleine maßgeblich ist, weil nach Satz 1 dieser Regelung unter anderem die Mengenerhöhungen bei anderen Positionen zum Ausgleich herangezogen werden.²⁰ Der Ausgleichsanspruch des Auftragnehmers besteht also **nicht positionsweise isoliert für jede einzelne Relevante Minderung**, wie dies bei Relevanten Mehrungen gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B der Fall ist; vielmehr muss sich der Auftragnehmer **positionsübergreifende Umstände** wie den Erhalt eines Ausgleichs durch Mengenerhöhungen in anderen Positionen oder in anderer Weise (z. B. Nachtragsleistungen) anrechnen lassen.

Bei der Berechnung der Einheitspreiserhöhung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B sind vorrangig diejenigen Mehrkosten zu berücksichtigen, die je Einheit dadurch entstehen, dass die in der betroffenen Position insgesamt beanspruchbaren (und vereinbarten) Deckungsbeiträge für Gemeinkosten im Falle einer Mengenminderung vom Auftragnehmer nicht erwirtschaftet werden (können). Im Falle einer Mengenminderung wurden die Deckungsbeiträge nämlich auf eine höhere Menge umgelegt als tatsächlich ausgeführt und abgerechnet. Bei einer Relevanten Mengenminderung besteht deswegen – vereinfacht gesagt – der Anspruch des Auftragnehmers, den Einheitspreis um denjenigen Deckungsbeitrag zu erhöhen, den er für die nicht ausgeführten Mengen kalkuliert hatte. **Minderkosten** sind hingegen nicht wie bei § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B als preismindernd zu berücksichtigen; ausgleichend **schwächen sie lediglich das Ausmaß der Preiserhöhung ab** (im Extremfall bleibt der Preis gleich). **Der erhöhte Einheitspreis gilt für die vollständige Mindermenge, nicht erst ab 90 v. H. der ausgeschriebenen Menge.**

¹⁸ so auch Kapellmann/Schiffers/Markus: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag. Band 1: Einheitspreisvertrag, 7. Auflage 2017, Kapitel 7, Abschnitt 5.3, Rn. 526

¹⁹ Allerdings macht die Formulierung „soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) (...) einen Ausgleich erhält“ bezogen auf die EKT-Thematik nur dann Sinn, wenn die Mengenerhöhung einer anderen Position zu einem ausgleichenden Überschuss aus nicht angefallenen EKT führt. Dies ist nicht so zwingend wie es bei der Gemeinkosten-Thematik der Fall ist: In Beispiel 1 würde nämlich eine Mengenerhöhung von 210 m auf z. B. 260 m dazu führen, dass dem Auftragnehmer ein EKT-Defizit in Höhe von -1.200 € entstünde ($60 \text{ €/m} \times 260 \text{ m} - 4 \text{ AT} \times 4.200 \text{ €/AT}$), wodurch diese Mengenerhöhung eben gerade **keine** ausgleichende Wirkung hätte, sondern ein woanders erlittenes EKT-Defizit zusätzlich verstärkte. Anders gelagert wäre der Fall in Anlehnung an Beispiel 1, wenn statt vereinbarter 180 m tatsächlich 210 m zur Ausführung kämen. Dann erwirtschaftete der Auftragnehmer einen Überschuss aus nicht angefallenen EKT in Höhe von 2.100 € ($70 \text{ €/m} \times 210 \text{ m} - 3 \text{ AT} \times 4.200 \text{ €/AT}$). Insofern ist bei Ansprüchen für einen EKT-Ausgleich infolge einer Relevanten Minderung der Überschuss aus nicht angefallenen EKT bei Positionen mit Mengenerhöhungen nur dann anzurechnen, „soweit“ dieser Überschuss überhaupt entsteht. Unlogisch erscheint zunächst, warum nicht auch ein möglicher EKT-Überschuss aus anderen Positionen mit Mengenminderungen angerechnet werden soll (z. B. in Anlehnung an Beispiel 1: Bei vereinbarten 260 m und tatsächlich ausgeführten 210 m ergäbe sich ein Überschuss aus nicht angefallenen EKT in Höhe von rd. 969 € [$(4 \text{ AT} \times 4.200 \text{ €/AT}) / 260 \text{ m} \times 210 \text{ m} - 3 \text{ AT} \times 4.200 \text{ €/AT}$]). Dies wird zwar – vermutlich unbewusst – durch die Formulierung „oder in anderer Weise“ geheilt, denn genau darunter kann eine derartige Konstellation angesiedelt werden, zeigt aber auch, dass die Formulierung des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B unausgereift ist.

Eine positionsübergreifende Ausgleichsberechnung wegen eines EKT-Defizits in einer bestimmten Position scheidet im Übrigen bereits daran, dass – bezogen auf das gesamte Projekt – kein vertraglicher Anspruch darauf besteht, dass die EKT im Zuge der Bauausführung exakt in der Höhe anfallen wie vom Auftragnehmer angeboten; damit aber fehlt es an einem vertraglich festgelegten EKT-„Füllstand“, an dem sich die Ausgleichsberechnung hinsichtlich der EKT-Thematik orientieren könnte. Den EKT ist nämlich zu eigen, dass sie in Abhängigkeit davon, wie genau die Angebotskalkulation des Auftragnehmers das tatsächliche EKT-Aufkommen abbildet, und in Abhängigkeit davon, wie sich die Mengen (ohne Einwirkung des Auftraggebers) entwickeln, insgesamt höher oder niedriger ausfallen können als ursprünglich vom Auftragnehmer insgesamt angesetzt.

²⁰ so bereits unsere BKPV-Mitteilungen 2/2005, Rn. Bau 10, S. 10 (online abrufbar unter www.bkpv.de)

2.3 § 2 Abs. 3 VOB/B: Unausgewogene Auftraggeber- und Auftragnehmeransprüche

Die in Abschnitt 2.2 aufgezeigten Unterschiede zwischen § 2 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B führen zu einer **Unausgewogenheit**, was Auftraggeber- bzw. Auftragnehmeransprüche im Falle von Mengenminderungen ohne Eingriff des Auftraggebers angeht. Während der Auftragnehmer nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B den Anspruch hat, vorrangig ein Gemeinkosten-Defizit positionsübergreifend auszugleichen, existiert kein Anspruch des Auftraggebers auf **Verringerung des Einheitspreises** im Falle eines vom Auftragnehmer erwirtschafteten Überschusses aus nicht angefallenen EKT bei Relevanten Minderungen. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B sieht nämlich eine Verringerung des Einheitspreises gar nicht vor. Erst wenn der Auftragnehmer nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B einen Ausgleich wegen eines erlittenen EKT-Defizits infolge einer Relevanten Minderung verlangte, wären Überschüsse aus nicht angefallenen EKT in anderen Positionen im Interesse des Auftraggebers gegenzurechnen. Dieser EKT-Ausgleich könnte maximal „bis Null“ angerechnet werden; einen Anspruch auf Verringerung des Einheitspreises wegen darüber hinausgehender Überschüsse aus nicht angefallenen EKT bei Relevanten Minderungen kann der Auftraggeber hingegen nicht geltend machen.

Eine weitere Unausgewogenheit ist hinsichtlich der Berechnung der Anspruchshöhe im Falle eines Gemeinkosten-Defizits einerseits und eines Gemeinkosten-Überschusses andererseits festzustellen. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B (Mindermengen) ist bei der Bestimmung der Einheitspreiserhöhung (Auftragnehmeranspruch) positionsübergreifend vorzugehen, bis der „Gemeinkosten-Topf“ wieder bis zu der bei Vertragsschluss festgelegten Höhe gefüllt ist. Eine Preisminderung bei Mengenerhöhungen (Auftraggeberanspruch) gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B kann dagegen positionsweise verlangt werden, also unabhängig davon, ob möglicherweise woanders ein Gemeinkosten-Defizit wegen Mindermengen zu verbuchen ist. Dies benachteiligt auf den ersten Blick den Auftragnehmer, da er zu einem erlittenen Gemeinkosten-Defizit zusätzlich eine Einheitspreisverringerung hinzunehmen hätte. Wir halten nicht zuletzt deshalb die positionsweise Ermittlung neuer Einheitspreise nach § 2 Abs. 3 VOB/B bereits während der Baumaßnahme im Regelfall nicht für sinnvoll. Anzustreben ist vielmehr eine Ausgleichsberechnung, die am Ende der Maßnahme unter Berücksichtigung sämtlicher feststehender Mengenänderungen einen Anspruch zugunsten des Auftragnehmers oder Auftraggebers ergeben kann.

3 Die Ausgleichsberechnung

3.1 Das Grundprinzip der Ausgleichsberechnung

3.1.1 Der Ausgleich durch Mengenerhöhungen in anderen Positionen

Das Grundprinzip der Ausgleichsberechnung wird anhand Beispiel 2 veranschaulicht. Zur Vereinfachung werden nur Zuschläge für BGK und AGK und nur der Ausgleich aus Mengenerhöhungen anderer Positionen betrachtet (zur Anspruchshöhe vgl. Abschnitt 4; zum „Ausgleich in anderer Weise“ vgl. Abschnitt 3.5).

Beispiel 2:

Eine Ausschreibung enthält zwei Positionen mit identischen Vordersätzen und Einheitspreisen:

Pos. 1: 100 m³ zu 200 €/m³ = 20.000 €

Pos. 2: 100 m³ zu 200 €/m³ = 20.000 €

Der Kalkulation des Auftragnehmers liegen zugrunde:

BGK: 12,5 % Zuschlag auf EKT

AGK: 12,5 % Zuschlag auf EKT

Wagnis und Gewinn: 0 % Zuschlag auf EKT

Gesamtsumme der Zuschläge auf EKT: 25 %

Die Einheitspreise der beiden Positionen enthalten jeweils 40 €/m³ an Gemeinkostenumlage (200 €/m³ / 1,25 x 0,25).

Im Zuge der Bauausführung kommt es in Pos. 1 ohne Einwirkung durch den Auftraggeber zu einer Mengenreduktion auf 70 m³. Von der erhofften Erwirtschaftung von Gemeinkosten in Höhe von 4.000 € (40 €/m³ x 100 m³) erwirtschaftet der Auftragnehmer nur 2.800 € (40 €/m³ x 70 m³). Er verbucht ein Gemeinkosten-Einnahmedefizit aus Pos. 1 in Höhe von 1.200 €²¹ (4.000 € - 2.800 €). Da es sich um eine Relevante Minderung handelt (Mengenminderung: 30 v. H., damit mehr als 10 v. H.), hat der Auftragnehmer einen Anspruch nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B, den Einheitspreis der Pos. 1 so zu erhöhen, dass dieses Defizit ausgeglichen wird. Der neue Einheitspreis belief sich demnach auf 217,14 €/m³ (200 €/m³ + 1.200 € / 70 m³).

Allerdings ist dieser Anspruch an eine Bedingung geknüpft: Der Auftragnehmer muss es (sich) bei der Bestimmung der Preiserhöhung mindernd gegenrechnen (lassen), falls er in anderen Positionen mit Mengenerhöhungen oder in anderer Weise (Nachträge) bereits einen Ausgleich für das zuteilgewordene Defizit bekommen hat. Dies wäre z. B. der Fall, wenn es ohne Einwirkung durch den Auftraggeber zusätzlich in Pos. 2 zu einer Mengenerhöhung um 30 v. H. auf 130 m³ kommt. Insgesamt rechnet der Auftragnehmer dann nach wie vor 40.000 € ab (Pos. 1: 70 m³ x 200 €/m³ = 14.000 €, Pos. 2: 130 m³ x 200 €/m³ = 26.000 €). Die Minderung bei der einen Position wird durch die Mehrung in der anderen Position eigentlich neutralisiert; man könnte also meinen, dass für den Auftragnehmer kein Anspruch auf Gemeinkostenausgleich entstehen dürfte.

²¹ Ansprüche des Auftragnehmers aus Minderungen werden in diesem Beitrag positiv dargestellt; negative Zahlen bedeuten einen Anspruch des Auftraggebers.

Nach wohl herrschender Meinung²² wird allerdings unter Verweis auf das Urteil des BGH vom 18.12.1986 – VII ZR 39/86, BauR 1987, 217 die Auffassung vertreten, für den Ausgleich durch Mehrmengen bei anderen Positionen kämen nur solche Mengen in Betracht, die über 110 v. H. des ausgeschriebenen Mengenansatzes liegen (und für die nicht bereits nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B andere Preise vereinbart sind).

Ausgleichsberechnung in Beispiel 2 nach dem Urteil des BGH vom 18.12.1986 (VII ZR 39/86):

Pos. 1: $(100 - 70) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 =$ + 6.000 € (Umsatzminderung)

Pos. 2: $(100 \times 1,1 - 130) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 =$ - 4.000 € (Umsatzmehrung)

Umsatzeinbuße im Saldo: + 2.000 €

Daraus Anspruch des AN auf Ausgleich der Gemeinkostenunterdeckung (BGK und AGK):

$2.000 \text{ €} / 1,25 \times 0,25 = 400 \text{ €}$

Obwohl es also in diesem Beispiel wirtschaftlich betrachtet insgesamt zu gar keinem Gemeinkosten-Defizit kommt, hätte der Auftragnehmer allein nach dem Urteil des BGH vom 18.12.1986 – VII ZR 39/86 einen Anspruch auf Gemeinkostenausgleich, hier im Beispiel in Höhe von 400 €. Diese Vorgehensweise überzeugt nicht, da das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzverhältnis, siehe Abschnitt 2.1) damit nicht mehr gewahrt ist.²³

Mit § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B wird vertraglich festgelegt, dass die „Schmerzgrenze“ des Auftragnehmers für Mengenminderungen bei 10 v. H. liegt. Werden also ohne Einwirkung des Auftraggebers weniger als 90 v. H. der vereinbarten Menge einer bestimmten Position ausgeführt, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Ausgleich des dadurch zuteilgewordenen Gemeinkosten-Defizits und zwar in der **vollen** Höhe; bildlich gesprochen darf der Auftragnehmer also das ganze Defizit ab dem 1. Minderungs-Prozentpunkt in die Waagschale werfen. Es gibt aber keinen vernünftigen Grund,²⁴ warum dann nicht auch **alle** Mehreinnahmen aus Mengenerhöhungen, also ab dem 1. Prozentpunkt der Mengenerhöhung in anderen Positionen, nicht erst ab dem 11. Prozentpunkt, gegengerechnet werden sollen, allerdings nur in solchen Positionen, deren ausgeführte Menge den ursprünglich vereinbarten Mengenansatz um mehr als 10 v. H. überschreitet (sonst wäre § 2 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 2 VOB/B nicht erfüllt).

Der BGH begründete sein Urteil vom 18.12.1986 unter anderem damit, dass der Auftragnehmer im Falle eines Ausgleichsanspruchs wegen einer Relevanten Minderung bei der Gegenrechnung aller Gemeinkostenüberschüsse ab dem ersten Prozentpunkt Mengenerhöhung dann einseitig benachteiligt werde, wenn gleichzeitig eine Position mit einer Mindermenge von nur bis zu 10 v. H. bestehe. Sie belasse ihm nämlich in diesem Fall das Risiko bis zu einer Menge von 90 v. H., während seine „Gewinnchancen“ durch Überschreitungen im 10 %- Bereich durch

²² vgl. z. B. Keldungs, in Ingenstau/Korbion, 20. Auflage, § 2 Abs. 3 VOB/B, Rn. 35; Kapellmann/Schiffers/Markus, a. a. O., Kapitel 7, Abschnitt 5.9, Rn. 546; Kuffer, in Heiermann/Riedl/Rusam, 13. Auflage, § 2 VOB/B Rn. 131; Jansen, in Beckscher VOB-Kommentar, 2. Auflage, § 2 Nr. 3 Rn. 48

²³ In Kapellmann/Schiffers/Markus, a. a. O., wird es als doppelter Vorteil für den Auftragnehmer bezeichnet, dass ihm einerseits das Übermaß an erwirtschafteten Gemeinkosten aus den zwischen 100 % und 110 % liegenden Mengen verbleibt, andererseits Überdeckungen aus Mehrmengen erst ab über 10 % gegengerechnet werden. Dies lasse sich aber damit rechtfertigen, dass Planen und Leistungsbeschreibung Sache des Auftraggebers seien und deshalb die Abwägung zu seinen Lasten ausfallen dürfe, wenn die Folgen ungenauer Leistungsbeschreibung diskutiert würden.

²⁴ auch nicht nach dem Wortlaut der VOB/B und der aktuellen Rechtsprechung des BGH, wie hier im Weiteren gezeigt wird

Verrechnung der ausgleichspflichtigen Mindermenge einseitig beschnitten würden. Das ist zwar richtig; der BGH übersah damals allerdings, dass diese einseitige Benachteiligung des Auftragnehmers durch seine Auslegung, wonach erst Mengenerhöhungen ab dem 11. Prozentpunkt angerechnet werden dürfen, den Auftraggeber einseitig benachteiligt (vgl. Beispiel oben). Diese Benachteiligung bestünde zusätzlich zum Auftraggeber-Nachteil, dass ihm kein Pendant zum § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B zur Verfügung steht (vgl. Abschnitt 2.3).

Die Argumentation des BGH in seinem Urteil vom 18.12.1986, wonach für Mengenerhöhungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nur die über 10 v. H. liegenden Mehrmengen „als Ausgleich zur Verfügung“ stehen, überzeugt nicht, da Nr. 3 nicht auf Nr. 2 verweist. Dies auch aus gutem Grund: Wie unter Abschnitt 2.2 dargelegt, haben Nr. 2 und Nr. 3 völlig unterschiedliche Stoßrichtungen. Während es bei Nr. 2 vorwiegend darum geht, einen neuen Preis zu verlangen, wenn sich in Folge einer Relevanten Mehrung höhere oder niedrigere EKT ergeben, zielt Nr. 3 hauptsächlich auf den Gemeinkostenausgleich, nicht auf geänderte EKT, ab. Dies miteinander zu verquicken, ist sachlich nicht richtig, da „Äpfel mit Birnen“ verglichen werden. Im Übrigen entspricht die Vorgehensweise nach dem Urteil des BGH vom 18.12.1986 bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs auch nicht dem Regelungsgehalt des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B: Dem Wortlaut nach wird dort lediglich auf die „*Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen)*“ verwiesen; damit sind aber Mengenerhöhungen ab dem 1. Prozentpunkt erfasst, nicht erst ab dem 11. Prozentpunkt.

Der **BGH** hat in seinem **Urteil vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11** unter ausdrücklichem Verweis auf das Urteil des BGH vom 18.12.1986 – VII ZR 39/86 entschieden, dass zur „*Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen (...)* **insbesondere**“ (Hervorhebung durch den Verfasser) „*die über 110 % liegenden Mehrmengen im Sinne von § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B*“ zählen (siehe Rn. 22 des Urteils). Damit handelt es sich ausdrücklich um eine nicht abschließende Aufzählung. Dies kann nicht anders als (leider versteckter) Hinweis des BGH verstanden werden, dass er an der Entscheidung aus 1986 so nicht mehr festhält, sondern es für richtig hält, dass auch die Mehrmengen zwischen 0 % und 10 % einen Ausgleich darstellen können.

Richtigerweise können die Mehrmengen zwischen 0 % und 10 % allerdings nur aus solchen Positionen, deren Ausführungsmengen über 110 v. H. liegen, als Ausgleich herangezogen werden. Positionen, deren Mengen sich um höchstens 10 v. H., bezogen auf die ausgeschriebene Menge, erhöhen, bleiben wegen § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B in der Ausgleichsberechnung unberücksichtigt. Darauf hatte der BGH in seinem Urteil von 1986 – insoweit zurecht – hingewiesen, dies aber auch auf die Mehrmengen zwischen 0 % und 10 % aus Positionen, deren Menge die 110 %-Schwelle überschreitet, erstreckt. Die Entscheidung des BGH vom 26.01.2012 lässt dagegen eine nach Auffassung des Verfassers richtige **zweistufige Betrachtung der Mehrungsthematik** im Sinne eines fairen Ausgleichs zu (vgl. erläuterndes Beispiel im Kasten unten). In der **ersten Stufe** sind aus Positionen, deren Menge sich um mehr als 10 v. H. erhöht hat, die Mehrungen aus dem **über 10 v. H. liegenden Anteil** zu ermitteln und den vollständigen Minderungen (also ab dem 1. Minderungs-Prozentpunkt) aus Positionen, deren Menge sich um mehr als 10 v. H. verringert hat, als Ausgleich gegenzurechnen. Wird die Minderung dadurch vollständig ausgeglichen, bestehen keinerlei Ansprüche des Auftragnehmers auf Umlagensausgleich. Überwiegen die Mehrungen aus über 10 v. H., hat der Auftraggeber aus dem Saldo einen Anspruch aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B (siehe Abschnitt 4). Sind die über 10 v. H. liegenden Mehrungen dagegen betragsmäßig kleiner als die Relevanten Minderungen, werden in einer **zweiten Stufe** zusätzlich die Mehrungen aus dem **bis 10 v. H. liegenden Anteil** gegengerechnet (und zwar auch nur aus denjenigen Positionen, deren Menge sich um mehr als 10 v. H. erhöht hat!). Verbleibt im Saldo dann eine Minderung, ist für die Bestimmung der Anspruchshöhe des Auftragnehmers auf Umlagensausgleich noch zu untersuchen, ob

ein „Ausgleich in anderer Weise“ (siehe Abschnitt 3.5) gegenzurechnen ist. Gleichen in der zweiten Stufe die Mehrungen bis 10 v. H. die bis dahin verbliebenen Minderungen vollständig aus, bestehen keinerlei Ansprüche des Auftragnehmers auf Umlagenausgleich. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass die Mehrungen um bis zu 10 v. H. nur zum Ausgleich der Minderungen „bis Null“ verwendet werden können. Ein „überschießender“ Anteil begründet **keinen** Anspruch des Auftraggebers, da dies § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B und insbesondere § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B widersprechen würde (demnach hat der Auftraggeber nur für die über 10 v. H. hinausgehende Mengenüberschreitung einen Anspruch auf Herabsetzung des Preises). Die hier beschriebene Berechnungsmethode wird in dem in Abschnitt 6 enthaltenen Beispiel berücksichtigt.²⁵

Korrekte Ausgleichsberechnung in Beispiel 2 unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 26.01.2012 (VII ZR 19/11):

Stufe 1 (Berücksichtigung von Mehrungen aus dem über 10 v. H. liegenden Anteil):

Pos. 1: $(100 - 70) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 =$	+ 6.000 € (Umsatzminderung)
Pos. 2: $(100 \times 1,1 - 130) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 =$	- 4.000 € (Umsatzmehrung)
Umsatzeinbuße im Saldo:	+ 2.000 €

Stufe 2 (Berücksichtigung von Mehrungen aus dem bis 10 v. H. liegenden Anteil):

Pos. 2: $(100 - 100 \times 1,1) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 =$	- 2.000 € (Umsatzmehrung)
Gesamtsaldo:	0,00 €

Kein Anspruch auf Umlagenausgleich (weder für den AN noch für den AG)

Richtigerweise und getragen von der Entscheidung des BGH vom 26.01.2012 können Mengenerhöhungen „bei anderen Ordnungszahlen (Positionen)“ ab dem ersten Prozentpunkt einen Ausgleich darstellen. Dies gilt allerdings nur für solche Positionen, deren Menge sich um mehr als 10 v. H. im Vergleich zur ausgeschriebenen Menge erhöht hat. Die Ausgleichsberechnung nach der BKPV-Methode (vgl. Abschnitt 6) berücksichtigt dies.

3.1.2 Die isolierte Anspruchsermittlung

In unserer Prüfungs- und Beratungspraxis stellen wir bei den Ausgleichsberechnungen häufig eine den Auftraggeber benachteiligende Rechenmethode fest, die wir mit „**isolierter Anspruchsermittlung**“ bezeichnen wollen. Entgegen § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ermitteln die Auftragnehmer (bzw. oftmals auch deren eingeschaltete Sachverständige) im Falle relevanter Mengenänderungen die Anspruchshöhe isoliert für jede einzelne Position, deren Menge sich

²⁵ Bei künftigen Fassungen des § 2 Abs. 3 VOB/B wäre zu überlegen, ob nur bei Ansprüchen, die isoliert für einzelne Positionen bestehen sollen, an der 10 %-Klausel festgehalten wird, um nach wie vor eine praxisorientierte Bauabrechnung zu ermöglichen. Bei Ansprüchen, die positionsübergreifend zu ermitteln sind, wie z. B. der Anspruch auf Umlagenausgleich, wären hingegen **alle** Mengenänderungen zu berücksichtigen. Etwaige Benachteiligungen eines Vertragspartners wegen eines Übermaßes oder eines Zuwenig an erwirtschafteten Deckungsbeiträgen für die Gemeinkosten im Bereich des +/-10 %-Korridors, wie dies der BGH in seinem Urteil vom 18.12.1986 erkannt hat, gäbe es dann nicht mehr (vgl. hierzu auch Fußnote 13).

verringert hat, ohne den ausgleichenden Einfluss „bei anderen Ordnungszahlen“ oder in anderer Weise zu berücksichtigen. Bezogen auf Beispiel 2 sähe eine isolierte Anspruchsermittlung wie folgt aus:

Isolierte Ausgleichsberechnung in Beispiel 2 <u>entgegen (!)</u> § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B:	
Pos. 1: Relevante Minderung, AN-Anspruch auf BGK- und AGK-Ausgleich:	BGK + AGK
$(100 - 70) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 / 1,25 \times 0,25$	= + 1.200 €
Pos. 2: Relevante Mehrung, AG-Anspruch auf BGK-Ausgleich:	Nur BGK!
$(100 \times 1,1 - 130) \text{ m}^3 \times 200 \text{ €/m}^3 / 1,25 \times 0,125$	= - 400 €
Anspruchshöhe des AN im Saldo:	+ 800 €

Es wird also zunächst für jede Position völlig isoliert ermittelt, ob sich aufgrund Relevanter Minderungen oder Mehrungen ein Anspruch des Auftragnehmers auf zusätzliche Vergütung wegen entgangener Gemeinkosten oder ein Anspruch des Auftraggebers auf Rückerstattung anteiliger BGK ergibt. Der Gesamtanspruch wird dann aus dem **Saldo der Einzelansprüche** errechnet. Dabei ergibt sich ein noch höherer Anspruch als nach der ohnehin schon den Auftragnehmer begünstigenden Vorgehensweise nach dem Urteil des BGH vom 18.12.1986 (Anspruch des AN danach 400,- €, siehe oben), obwohl sich Minderungen und Mehrungen in den beiden Positionen gesamtwirtschaftlich betrachtet gegenseitig aufheben (siehe oben). Dass diese in der Praxis häufig vorgefundene Berechnungsmethode dem Gedanken der VOB/B eines fairen Ausgleichs nicht entspricht, insbesondere wenn einerseits zugunsten des Auftraggebers nur überdeckte BGK, zugunsten des Auftragnehmers dagegen unterdeckte BGK und AGK angesetzt werden, zeigt das obige einfache Beispiel.

Die isolierte Anspruchsermittlung entspricht aber auch nicht den vertraglichen Bestimmungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B. Demnach ist zwar der Preis **einer** Position gegebenenfalls zu erhöhen, aber nur, wenn sich **in der Gesamtschau** unter Berücksichtigung **aller** Relevanten Mehrungen bei anderen **Positionen** oder in anderer Weise für den Auftragnehmer ein Defizit in der Erwirtschaftung von Gemeinkosten ergibt. Forderungen eines Auftragnehmers auf Erhöhung eines einzelnen Einheitspreises wegen (unstrittiger) Verringerung der Menge um mehr als 10 v. H. sollten unter Hinweis auf den zu berücksichtigenden, aber noch nicht feststehenden Ausgleich durch Mengenerhöhungen bei anderen Positionen zurückgewiesen werden. Dem Auftragnehmer sollte kommuniziert werden, dass eine Gesamtbetrachtung der Mengenänderungen im Wege einer Ausgleichsberechnung nach Ausführung aller Leistungen anvi-

siert wird. Erst dann ergibt sich ein klares Bild, ob und wenn ja welche Vertragspartei einen Anspruch aus § 2 Abs. 3 VOB/B hat. Dementsprechend ist richtigerweise folgendermaßen vorzugehen:

5 Schritte zur Berechnung der Ausgleichshöhe (vgl. Beispiel in Abschnitt 6):

- Schritt 1: Positionsweise untersuchen, ob überhaupt eine Relevante Minderung oder Mehrung (Mengenänderung größer als 10 v. H.?) vorliegt
Falls ja: weiter mit Schritt 2 bis 5
Falls nein: Die Position wird bei der Ausgleichsberechnung nicht weiter berücksichtigt.
- Schritt 2: Bei Relevanten Minderungen ist positionsbezogen die Differenz zwischen tatsächlich erwirtschafteten und vertraglich vereinbarten Umsätzen bzw. Gemeinkosten zu bilden, bei Relevanten Mehrungen die Differenz zwischen tatsächlich erwirtschafteten Umsätzen bzw. Gemeinkosten und den vertraglich vereinbarten zuzüglich 10 v. H.
Gesondert ist bei Relevanten Mehrungen positionsbezogen der Mehrumsatz bzw. das Übermaß an Gemeinkosten aus dem bis 10 v. H. liegenden Mehrungsanteil zu ermitteln.
- Schritt 3: Die positionsbezogenen Differenzen (für Relevante Minderungen einerseits und für den über 10 v. H. liegenden Anteil bei Relevanten Mehrungen andererseits) sind getrennt voneinander aufzusummieren und sodann zu saldieren.
- Schritt 4: Falls der Saldo aus Schritt 3 exakt Null beträgt, gibt es keine gegenseitigen Ansprüche aus der Ausgleichsberechnung, weitere Berechnungen erübrigen sich. Überwiegen die Mehrungen die Minderungen, besteht ein Anspruch des Auftraggebers auf Erstattung der überdeckten BGK (weiter mit Schritt 5).
Falls die Mehrungen über 10 % die Minderungen noch nicht ausgleichen, ist zusätzlich der zwischen 0 % und 10 % liegende Mehrungsanteil maximal bis zum vollständigen Ausgleich der Minderungen gegenzurechnen. Verbleibt hiernach im Saldo immer noch eine Minderung, ist sodann unter Berücksichtigung eines etwaigen Ausgleichs in anderer Weise (ausgleichende Wirkung ebenfalls nur bis maximal Null) und Nachlasses zu saldieren.
- Schritt 5: Bestimmung der Anspruchshöhe

Ergibt sich in Schritt 5 ein relevanter Minderumsatz, hat der Auftragnehmer bei vereinfachter Betrachtung regelmäßig Anspruch auf Ausgleich der entgangenen Umlagen für BGK, AGK und Gewinn. Ergibt sich hingegen ein Mehrumsatz, hat der AG regelmäßig Anspruch auf Rückvergütung nur des im Überschuss enthaltenen BGK-Anteils (nähere Ausführungen dazu vgl. Abschnitt 4).

Bei Ausführung des Schrittes 2 ist unbedingt darauf zu achten, dass bei der Berechnung der positionsbezogenen Differenzen entweder auf den gesamten Positionsumsatz oder auf die gesamten Positionsumlagen (Deckungsanteile) abzustellen ist.²⁶ In die einzelnen Gemeinkostenbestandteile (BGK, AGK, Wagnis und Gewinn) wird erst aufgegliedert, wenn in Schritt 5 aus dem Gesamtsaldo die Anspruchshöhe ermittelt wird. Bei der in der Praxis häufig angewandten (falschen!) isolierten Ausgleichsberechnung wird hingegen die Anspruchshöhe zu Gunsten des Auftragnehmers verzerrt, da, rein mathematisch betrachtet, bei Schritt 2 Positionen mit Relevanten Minderungen (Unterdeckung BGK und AGK) stärker gewichtet werden als Positionen mit Relevanten Mehrungen (Überdeckung nur BGK). Im Beispiel 2 hätte der Auftragnehmer bei dieser isolierten Betrachtung einen um 400 € höheren Ausgleichsanspruch,

²⁶ vgl. hierzu Kapellmann/Schiffers/Markus, a. a. O., Kapitel 7, Abschnitt 8.4, Rn. 627 und Rn. 629

nämlich in Summe 800 €, als bei der Vorgehensweise nach dem (zwischenzeitlich überholten) Urteil des BGH vom 18.12.1986.

Die bei vielen auftragnehmerseitig aufgestellten Ausgleichsberechnungen anzutreffende Ermittlung positionsbezogener Einzelansprüche, die am Ende saldiert werden, widerspricht den vertraglichen Bestimmungen nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B und ist nicht sachgerecht.

3.2 Vereinfachungen bei der Ausgleichsberechnung

3.2.1 Auftragsbezogene Gesamtzuschläge für Gemeinkosten

An sich ist bei der Ausgleichsberechnung jede einzelne Mengenveränderung positionsweise auf Ursache (insbesondere Eingriff des Auftraggebers oder nicht?) und Wirkung (insbesondere die Auswirkung auf die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers wegen geänderter Preisermittlungsgrundlagen und die Auswirkung auf den Bauablauf und daraus eventuell entstehende Vergütungsansprüche des Auftragnehmers) zu untersuchen. Denn Mengenveränderungen, die sich aufgrund eines Eingriffs des Auftraggebers ergeben, können unter § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 8 Abs. 1 VOB/B fallen, während Mengenveränderungen, die sich allein aufgrund vorgefundener Verhältnisse vor Ort ergeben, § 2 Abs. 3 VOB/B unterliegen (vgl. Fußnote 10).

Eine solche Detailuntersuchung wird allerdings in der Praxis mit wirtschaftlichem Zeitaufwand selbst bei kleineren Bauvorhaben häufig nicht zu leisten sein. Andererseits sind zu grob vereinfachende Betrachtungen (z. B. Vergleich der Abrechnungssumme mit der ursprünglichen Auftragssumme und Beanspruchung eines mittleren Umlageanteils aus der Differenz) zwar als erstes Indiz brauchbar, bezüglich der Feststellung, welche Ansprüche hieraus für den Auftraggeber oder Auftragnehmer entstehen, aber fehleranfällig.

In der Praxis kommt es selten vor, dass die Firmen im Rahmen der Angebotskalkulation für alle Kostenarten (z. B. Lohn, Geräte, Stoffe, Nachunternehmer) dieselben Gemeinkostenzuschläge verwenden. Vielmehr werden die verschiedenen Kostenarten mit unterschiedlichen Zuschlagsätzen versehen. Bei einer exakten Ausgleichsberechnung müsste demnach nicht nur positionsweise sondiert werden, ob Relevante Mehrungen oder Minderungen vorliegen, sondern – falls ja – auch positionsbezogen ermittelt werden, welches Übermaß oder Zuwenig an Gemeinkosten-Deckungsbeiträgen wegen der relevanten Mengenänderung erwirtschaftet wird. Grund hierfür ist, dass wegen der unterschiedlichen Beaufschlagung der Kostenarten z. B. eine Mengenänderung in einer vorwiegend aus Nachunternehmerleistungen bestehenden Position andere Umlageschwankungen hervorruft als die gleiche Mengenänderung in z. B. einer Position, die sehr lohn- und geräteintensiv ist.

Dieses positionsbezogene Vorgehen ist sehr aufwändig. Wir halten es deshalb für sachgerecht, wenn bei allen LV-Positionen und Nachträgen vereinfacht die **auftragsbezogenen Gesamtzuschläge** für AGK, BGK, Wagnis und Gewinn zugrunde gelegt werden. Diese sind – soweit plausibel – aus den mit dem Angebot eingereichten Preisblättern des Auftragnehmers (z. B. Formblätter Nrn. 221 oder 222 nach dem VHB Bayern²⁷) abzuleiten.

²⁷ Handbuch für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen durch Behörden des Freistaats Bayern, Stand März 2018

3.2.2 Pauschalpositionen, Bedarfspositionen und Stundenlohnarbeiten

Pauschalpositionen fallen an sich nicht unter § 2 Abs. 3 VOB/B, es sei denn, es handelt sich um Fälle des § 2 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B. Ebenso sind Bedarfspositionen (nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/A an sich grundsätzlich nicht zulässig, kommen aber vielfach in der Praxis vor!) und angehängte Stundenlohnarbeiten (nur im unbedingt erforderlichen Umfang aufzunehmen, § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/A) streng genommen in der Ausgleichsberechnung nicht zu berücksichtigen, da auf ihre Ausführung und die damit verbundene Erwirtschaftung von Gemeinkostenumlagen ohne gesonderte Anordnung des Auftraggebers kein Anspruch besteht (siehe § 2 Abs. 10 VOB/B). Dem Auftragnehmer entgehen somit bei Nichtabruf keine Umlageanteile, mit denen er rechnen durfte. Da jedoch in der Regel auch in den Pauschalpositionen, Bedarfspositionen und in den angehängten Stundenlohnarbeiten Umlagen enthalten sind, können sie im Interesse der Vereinfachung und einer praktikablen Gesamtschau wie „normale“ Einheitspreispositionen (inkl. Einhaltung der 10 %-Regeln nach § 2 Abs. 3 VOB/B) berücksichtigt werden (bei Mehrungen über 10 v. H. wirken sie regelmäßig zugunsten des Auftraggebers, bei Minderungen zugunsten des Auftragnehmers).

Bei Pauschalpositionen wären jedoch vom Auftraggeber vor Erstellung bzw. Prüfung der Ausgleichsberechnung etwaige Änderungen der Mengenpauschale und damit im Raum stehende Änderungen der Vergütung auf Plausibilität und Zulässigkeit zu prüfen. Gemäß § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 1 VOB/B bleibt die Vergütung unabhängig von der tatsächlich ausgeführten Menge prinzipiell unverändert, wenn als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart ist. Änderungen der Pauschalvergütung kommen bei Pauschalpositionen regelmäßig nur im Falle von Eingriffen des Auftraggebers in Betracht (vgl. § 2 Abs. 7 Nr. 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 5, 6 VOB/B [geänderte oder zusätzliche Leistungen]). Die mehrfache Abrechnung einer Pauschalposition (z. B. statt 1 psch wird 2 psch abgerechnet) kommt in der Praxis aus Vereinfachungsgründen manchmal vor, sollte aber bei fehlender Begründung Anlass sein, beim rechnungsprüfenden Büro nachzufragen.

3.3 „Nullpositionen“

Leistungspositionen, deren Ausführungsmenge sich nicht aufgrund eines Eingriffs des Auftraggebers, sondern aufgrund vorgefundener Verhältnisse auf Null reduziert hat („Nullpositionen“), gehen regelmäßig in die Ausgleichsberechnung als Minderung gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B mit ein (vgl. BGH, Urteil vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11), obwohl positionsbezogen keine Restmenge verbleibt und insoweit positionsbezogen auch keine neue Vergütung ermittelt werden kann.²⁸

Vom Auftraggeber ist im Vorfeld zu prüfen, ob es sich tatsächlich um echte „Nullpositionen“ in diesem Sinne oder z. B. um vertragswidrig nicht ausgeführte Leistungen des Auftragnehmers handelt. Letzteres kommt nicht selten vor bei Leistungen, die für die Erstellung des Bauwerks nicht unmittelbar erforderlich sind (z. B. Erstellen von Bestandsplänen) und vom Auftragnehmer oftmals sehr günstig angeboten wurden. Diese „falschen Nullpositionen“ können nicht zugunsten des Auftragnehmers im Rahmen einer Ausgleichsberechnung Berücksichtigung finden. Vielmehr muss der Auftraggeber diesbezüglich gegebenenfalls Mängelansprüche (§ 4 Abs. 7 bzw. § 13 VOB/B) anmelden und durchsetzen. Bei einer Ausgleichsberechnung sind sie nicht zu berücksichtigen.

²⁸ Die in unserem Geschäftsbericht 1997, S. 10 publizierte Meinung, wonach „Nullpositionen“ unter § 8 Abs. 1 VOB/B zu subsumieren sind, ist durch die Entscheidung des BGH vom 26.01.2012 überholt.

In unserer Prüfungs- und Beratungspraxis stellen wir immer wieder fest, **dass „Nullpositionen“ nach wie vor als Teilkündigungen nach § 8 Abs. 1 VOB/B behandelt werden. Das ist (spätestens) seit dem Urteil des BGH vom 26.01.2012 (VII ZR 19/11) falsch.** Während der Auftragnehmer bei Teilkündigungen (siehe Abschnitt 3.4) unmittelbar auf Grundlage des § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B eine Kündigungsvergütung geltend machen kann, sind Ansprüche nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B, worunter nach dem genannten BGH-Urteil „Nullpositionen“ regelmäßig fallen, nicht unmittelbar, sondern positionsübergreifend und unter Berücksichtigung ausgleichender Einflüsse geltend zu machen. Daraus ergeben sich völlig unterschiedliche Anspruchshöhen.

3.4 Teilkündigungen

Mengenminderungen können unterschiedliche Ursachen haben und damit unterschiedliche vertragliche Ansprüche bewirken. Der Auftraggeber hat deshalb im Vorfeld einer Vereinbarung mit dem Auftragnehmer zu prüfen, worauf die Mengenminderung beruht. Kam es ohne Eingriff des Auftraggebers zu einer Mengenminderung, wird diese – im Falle einer Relevanten Minderung – nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B behandelt. Entzog hingegen der Auftraggeber dem Auftragnehmer schriftlich eine an sich zu erbringende (Teil-)Leistung²⁹, z. B. aus Kostengründen, ist die Mengenminderung als Teilkündigung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zu behandeln. Handelt es sich hingegen um eine vertragswidrig nicht ausgeführte Leistung, ist nach Mängelrecht (§ 4 Abs. 7 bzw. § 13 VOB/B) vorzugehen.

Die durch Teilkündigung wegfallenden Mengen innerhalb einzelner LV-Positionen können nicht ohne Weiteres durch bei anderen Positionen entstandene Mehrmengen oder Nachträge ausgeglichen werden. Dem Auftragnehmer steht vielmehr die volle vereinbarte Vergütung zu, er muss sich hiervon nur die ersparten Aufwendungen sowie anderweitigen Erwerb anrechnen lassen. Mehrmengen bei anderen Positionen oder Nachträge stellen nur dann einen anderweitigen Erwerb in diesem Sinne dar, wenn sie in kausalem Zusammenhang mit der Kündigung stehen (Beispiel: Der Auftraggeber entzieht dem Auftragnehmer aus Kostengründen eine ausgeschriebene Leistung, gibt ihm aber dafür im gleichen Zug als Ersatz eine zusätzliche Leistung in Auftrag). Da es an diesem Kausalzusammenhang häufig fehlt, sind (Teil-)Kündigungen nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B regelmäßig gesondert, also außerhalb der Ausgleichsberechnung, zu betrachten und der aus der Kündigung entstehende Vergütungsanspruch des Auftragnehmers ist gesondert zu ermitteln. Dies kann und sollte aber zweckmäßigerweise zeitgleich mit der Ausgleichsberechnung geschehen, um einen abschließenden Anspruch der einen oder anderen Vertragspartei ermitteln zu können.

Der Anspruch aus der Kündigung besteht regelmäßig in Höhe der entgangenen Umlagen aus **AGK, Wagnis** (vgl. BGH, Urteil vom 24.03.2016 – VII ZR 201/15)³⁰ **und Gewinn**. Alle anderen Vergütungsbestandteile (EKT und BGK) können ohne weitere Nachweise durch den Auftrag-

²⁹ Bei der freien Kündigung durch den Auftraggeber nach § 8 Abs. 1 VOB/B muss nicht unbedingt der ganze Bauvertrag gekündigt werden. Es können auch unter Aufrechterhaltung des restlichen Bauvertrags nur einzelne Leistungsbestandteile (z. B. LV-Titel), einzelne Positionen oder aber auch nur Teile einzelner Positionen (z. B. von einer Teilleistung über 1.000 m² Estrichverlegung im gesamten Gebäude 100 m² im Keller) gekündigt werden; vgl. Jousen, Vygen, in Ingenstau/Korbion, a. a. O., § 8 Abs. 1 VOB/B, Rn. 94.

³⁰ Mit seinem Urteil vom 24.03.2016 (VII ZR 201/15) hat der BGH seine bisherige Auffassung, Wagnis sei bei Kündigungen erspart und damit nicht zu vergüten, teilweise (nämlich hinsichtlich des allgemeinen unternehmerischen, **nicht** in Bezug auf das einzelteilleistungsbezogenen kalkulierten Wagnis) aufgegeben. Mit anderen Worten: Handelt es sich (nachweislich) um ein allgemeines unternehmerisches Wagnis, ist dieses dem Auftragnehmer bei einer Kündigungsvergütung zu bezahlen. Handelt es sich hingegen um ein positionsbezogenes kalkuliertes Wagnis und wird diese Position gekündigt, ist das positionsbezogene Wagnis bei einer Kündigungsvergütung als erspart zu betrachten und eben nicht zu vergüten.

nehmer als üblicherweise erspart und somit nicht zu vergüten behandelt werden. Wendet der Auftragnehmer ein, es seien weitere Kostenbestandteile der gekündigten Position nicht erspart worden, sind diesbezügliche Nachweise des Auftragnehmers (z. B. über bereits gelieferte und bezahlte Stoffe) anzufordern und es ist eine detaillierte Betrachtung des Einzelfalles erforderlich. Umsatzsteuer ist auf den entstehenden Anspruch im Gegensatz zu Ansprüchen aus § 2 Abs. 3 VOB/B nicht fällig (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2007 – VII ZR 83/05). Ein Anspruch des Auftragnehmers aus Teilkündigung (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B) ist am Ende der Berechnung mit einem Anspruch des Auftraggebers aus der Ausgleichsberechnung zu saldieren bzw. zu einem Anspruch des Auftragnehmers aus der Ausgleichsberechnung hinzuzuaddieren (siehe Beispiel unter Abschnitt 6).

Es ist nicht zu beanstanden, wenn sich die Vertragsparteien darauf verständigen, alle nicht zur Ausführung gelangten Positionen als „Nullpositionen“ in die Ausgleichsberechnung einzubeziehen. Damit wird der Aufwand für eine detaillierte Untersuchung (Kündigung oder echte Nullposition?) erspart und im Ergebnis ein gesamtvertragsbezogen fairer Ausgleich erzielt.

3.5 Ausgleich in anderer Weise

In der Literatur wird kontrovers diskutiert, was unter einem Ausgleich „in anderer Weise“ zu verstehen ist.³¹ Die herrschende Meinung, wonach vereinbarte und abgerechnete Nachträge (z. B. nach § 2 Abs. 5, Abs. 6 oder Abs. 8 VOB/B) regelmäßig als Ausgleich in anderer Weise im Rahmen des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B anzusetzen sind, ist nach Ansicht des Verfassers richtig (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11, Rn. 22).

Nachtragsvolumen im Sinne eines Ausgleichs in anderer Weise ist im Interesse einer überschlüssigen, praktikablen Handhabung bei **zusätzlichen** Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B) die volle Abrechnungshöhe (ergibt sich aus der tatsächlichen Abrechnungsmenge und der vereinbarten Vergütung), bei **geänderten** Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B) der Differenzbetrag der Abrechnungshöhe zur ursprünglich vertraglich vereinbarten Vergütung (Beispiele zur Berücksichtigung von Nachträgen siehe Abschnitt 6).

Einschränkend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass **Zusatzaufträge im Sinne des § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B nicht als Ausgleich in anderer Weise** zur Verfügung stehen, da der Auftraggeber nur innerhalb einer Kalkulationseinheit, d. h. eines Bauvertrages, den Ausgleich erzwingen kann.³² Bei der Kalkulation eines neuen, selbstständigen Vertrages ist der Auftragnehmer frei, wie er seine umzulegenden Beträge berechnet und verteilt; es besteht kein vom Auftraggeber erzwingbarer Zusammenhang.³³

Abgerechnete Nachträge können allerdings richtigerweise nur so weit die nach Verrechnung mit Mehrungen verbleibenden Minderungen ausgleichen, bis die bei Mindermengen entstandenen Verluste des Auftragnehmers egalisiert sind, also bis Null. Ein darüber hinausgehendes,

³¹ siehe Leinemann/Eichner, in Leinemann: VOB/B Kommentar, 6. Auflage 2016, VOB/B, § 2 Vergütung, 4 Mengenabweichungen beim Einheitspreisvertrag (Abs. 3), Rn. 188

³² anders hierzu im Falle eines zulässigerweise freihändig vergebenen neuen Auftrags als Anschlussauftrag: VHB Bayern, a. a. O., Formblatt Nr. 510, 2.3.3 b)

³³ so auch Kapellmann/Schiffers/Markus, a. a. O., Kapitel 7, Abschnitt 5.9.3, Rn. 553, und Leinemann, a. a. O., Rn. 191

„überschießendes“ Nachtragsvolumen begründet keinen Anspruch des Auftraggebers auf Rückzahlung der hierin enthaltenen BGK-Anteile, da eine Anspruchsgrundlage hierfür nicht erkennbar ist (vgl. Beispiel 3); § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B greift nicht, da es sich nicht um Mehrungen innerhalb von LV-Positionen handelt.

Beispiel 3:

Ermittelter relevanter Gesamtminderungsumsatz aus LV-Positionen < 90 % = 100.000 € netto
Gegenzurechnendes Nachtragsvolumen = 120.000 € netto

Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch aus § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B wegen Gemeinkosten-Unterdeckung, da die Unterdeckung in voller Höhe (100.000 € netto) durch Nachträge ausgeglichen wird.

Aber auch der Auftraggeber hat keinen Anspruch auf Rückerstattung der in den „nicht verbrauchten“ 20.000 € netto enthaltenen BGK-Anteile, da diesbezüglich keine Anspruchsgrundlage besteht.

Diese vermittelnde Sichtweise trägt den Belangen beider Vertragsparteien im Sinne eines fairen Interessenausgleichs Rechnung.

Hinweis:

Mengenänderungen zwischen Nachtragsangebot und Abrechnung des Nachtrags spielen im Rahmen der vereinfachten Betrachtung keine Rolle, es findet also keine isolierte Ausgleichsberechnung innerhalb eines Nachtrags nach den Regeln des § 2 Abs. 3 VOB/B statt. In die Ausgleichsberechnung fließt der Nachtrag mit der abgerechneten Menge, nicht der im Nachtragsangebot enthaltenen Menge ein, wie in Beispiel 3 dargestellt. Sollte es erhebliche Mengenabweichungen innerhalb eines Nachtrags geben (z. B., weil der Auftragnehmer seinem Nachtragsangebot zu geringe Mengen zugrunde gelegt hat), muss geprüft werden, ob der Nachtragspreis nur bis zur angebotenen Menge gilt und bezüglich anfallender Mehrmengen neu verhandelt wird. Solche Spezialfälle wären im Vorfeld der Ausgleichsberechnung isoliert zu untersuchen. Aus dem Resultat dieser Betrachtung, nämlich dem Vergütungsanspruch des Auftragnehmers für die jeweils ausgeführte Nachtragsleistung, wäre dann das Nachtragsvolumen in der Ausgleichsberechnung als ausgleichende Mehrung zu berücksichtigen.

3.6 Nachlass / Umsatzsteuer

Umsatzbezogene prozentuale Nachlässe auf die gesamte Auftragssumme (z. B. 3 %) werden in der Ausgleichsberechnung berücksichtigt, d. h. der vereinbarte Nachlass ist vom jeweiligen Endsaldo in Abzug zu bringen (soweit in der Ausgleichsberechnung die nicht mit dem Nachlass gerechneten Einheitspreise angesetzt wurden). Betragsmäßige Nachlässe (z. B. 50.000 €) dagegen nicht. Ansprüche aus § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B sind gemäß Satz 3 umsatzsteuerpflichtig, Ansprüche aus § 8 Abs. 1 Nr. 2 (Kündigungsvergütung) hingegen nicht (vgl. Verweis in Abschnitt 3.4 auf BGH, Urteil vom 22.11.2007 – VII ZR 83/05).

3.7 Bauzeitverlängerung

Kam es zu einer relevanten vom Auftraggeber zu vertretenden Bauzeitverlängerung, kann die in diesem Beitrag vorgestellte Ausgleichsberechnungsmethode nicht ohne Weiteres zur Anwendung kommen, da dann z. B. die Prämisse, dass erwirtschaftete Mehrmengen und Nach-

träge regelmäßig zu einer Überdeckung der BGK führen, falsch sein kann. Hier ist eine individuelle Betrachtung erforderlich, bei der auch eventuelle Forderungen des Auftragnehmers wegen der Bauzeitverlängerung mit einbezogen werden sollten.

3.8 Zeitpunkt und Auslöser für das Ausgleichsverlangen

Sinnvollerweise werden Ansprüche nach § 2 Abs. 3 VOB/B wegen Mengenerhöhung oder Mengenminderung um mehr als 10 v. H. nicht bereits während der Durchführung der Baumaßnahme positionsbezogen ermittelt und vereinbart, sondern erst nach Abschluss der Maßnahme im Zuge der Schlussabrechnung gesamtvertragsbezogen und möglichst auf Grundlage unstrittiger Abrechnungsmengen.

Der Anspruch auf Ausgleich einer Unterdeckung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B kann ausschließlich vom Auftragnehmer geltend gemacht werden (vgl. Abschnitt 2.2). Geltend gemacht wird ein Anspruch mittels einer Ausgleichsberechnung meist, wenn der Auftragnehmer im Zuge der Schlussrechnungserstellung feststellt, dass die Gesamtabrechnungssumme deutlich die ursprüngliche Auftragssumme unterschreitet.

Anspruchsgrundlage des Auftraggebers auf Erstattung überdeckter Gemeinkosten (in der Regel zumindest die BGK) ist allein § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B. Zwar kann der Auftraggeber hieraus keinen Anspruch auf gesamtvertragsbezogenen Gemeinkostenausgleich ableiten, da der Regelungsgehalt dieser Norm nicht positionsübergreifend angelegt ist. Er könnte somit streng genommen nur alle Mehrmengenpositionen „über 110 v. H.“ aufstellen und z. B. die hierin enthaltenen BGK als „überdeckt“ von den jeweiligen Einheitspreisen abziehen. Dass der Auftragnehmer spätestens dann die an anderer Stelle aufgetretenen Mindermengen „unter 90 v. H.“ in die Waagschale werfen wird, ist klar. Es entspricht aber einem fairen vertraglichen Miteinander, sämtliche relevanten Mengenänderungen zu einem fairen Ausgleich zu bringen. Auch der Auftraggeber sollte somit – wie der Auftragnehmer dies ohnehin nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B muss – die „gegen ihn“ wirkenden Positionen in eine gesamtvertragsbezogene Ausgleichsberechnung einbeziehen.

Nach einem Urteil des OLG Düsseldorf vom 04.11.2014 – 23 U 33/14 kann der Auftraggeber ein Verlangen auf Änderung und Herabsetzung der Einheitspreise nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nur bis zur Bezahlung der Schlussrechnung des Auftragnehmers stellen. Gleicht er diese vorbehaltlos aus, ohne eine Preisanpassung zu verlangen, habe er danach sein Änderungsrecht verwirkt und sei mit einem Änderungsverlangen für die Zukunft ausgeschlossen. Auch wenn die Richtigkeit dieser Entscheidung zweifelhaft ist, besteht im Rechtsstreit die Gefahr, dass andere Gerichte dieser Linie folgen. Zudem entsteht nach Leistung der Schlusszahlung eine Rückforderungssituation, d. h. der Auftraggeber muss darlegen und beweisen, dass der Auftragnehmer überzahlt ist. Die wenigsten Auftragnehmer werden im Übrigen freiwillig eine Rückzahlung auf eine nach Schlusszahlung „nachgeschobene“ Ausgleichsberechnung des Auftraggebers leisten. Es ist deshalb wichtig, standardmäßig spätestens bei der Prüfung der Schlussrechnung einen etwaigen Ausgleich wegen Mengenüberschreitung zu verlangen und gegebenenfalls einen entsprechenden Abzug zu machen. Indiz für einen im Saldo bestehenden Anspruch des Auftraggebers ist dabei eine erhebliche Überschreitung der ursprünglichen Auftragssumme. Als Faustregel dürfte sich ab einer Überschreitung der Auftragssumme von 20 % (ohne Auftreten einer Bauzeitverlängerung, siehe Abschnitt 3.7) eine entsprechende Untersuchung empfehlen.

4 Anspruchshöhe

Nach herrschender Meinung steht dem **Auftragnehmer** bei einer im Gesamtsaldo bestehenden Relevanten Minderung des Auftragsvolumens ein Anspruch aus § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B auf Ausgleich der kalkulierten, aber nicht erwirtschafteten Anteile für **BGK, AGK und Gewinn** zu. Dem kann im Rahmen einer überschlägigen vereinfachten Betrachtung zugestimmt werden, solange sich die Bauzeit nicht verändert und die Erwirtschaftung der Gemeinkosten nicht verursachungsbedingt an den Umsatz gekoppelt ist (vgl. Abschnitt 2.1). In der Literatur wird zudem die Auffassung vertreten³⁴, Umlagen für kalkuliertes, aber nicht erwirtschaftetes Wagnis seien ebenfalls auszugleichen. Dies wird damit begründet, dass das von den Unternehmen in der Regel ausgewiesene Wagnis das allgemeine unternehmerische Risiko abdecken soll; der Anteil an der Gemeinkostenumlage aus Wagnis sei deshalb nicht erspart, der Ausgleichsanspruch bestehe im Falle Relevanter Minderungen in voller Höhe. Hingegen sei die entgangene Wagnisumlage nicht auszugleichen, wenn mit dieser ein konkretes, der betroffenen Position zugeordnetes Risiko abgedeckt werden soll. Sinke die Menge, sinke auch das Wagnis, und zwar – zulässig vereinfacht – proportional.

Der geschilderte, in der Literatur vertretene Umgang mit der Wagnisumlage passt zum Urteil des BGH vom 24.03.2016 – VII ZR 201/15 (siehe Fußnote 30), wonach der Auftragnehmer entgegen der früheren BGH-Rechtsprechung Anspruch auf Vergütung der kalkulierten Umlage für allgemeines unternehmerisches Wagnis hat.³⁵ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es bei dem genannten Urteil um die Kündigungsvergütung nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B geht. Für Fälle des § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist dieses Urteil nicht anwendbar. § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VOB/B regelt zudem, dass die dem Auftragnehmer bei Mengenunterschreitungen über 10 v. H. zustehende Erhöhung des Einheitspreises „*im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen [soll], der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt*“. Hier ist also weder von Gewinn noch von Wagnis die Rede, insofern erscheint der Ansatz von Gewinn bereits kulant und durchaus diskutabel.³⁶ Im Einzelfall kann man über den Gewinnanteil somit streiten und diesen auch gut vertretbar ablehnen. Im Interesse der Wiederherstellung eines ausgewogenen Äquivalenzverhältnisses und der Verfahrensökonomie (einschließlich der Abwägung des Streitrisikos) kann – soweit man sich auch im Übrigen über die Ausgleichsberechnung verständigen kann – dem Auftragnehmer der Gewinnanteil (50 % aus der Umlage für Wagnis und Gewinn, wenn keine anderen Angaben vorliegen) gut vertretbar (und entsprechend dokumentiert) zugestanden werden, der Wagnisanteil allerdings nicht.

Besteht im Gesamtsaldo eine Relevante Mehrung, hat der **Auftraggeber** bei vereinfachter überschlägiger Betrachtung einen Anspruch aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B in Höhe des im relevanten Mehrungsbetrag enthaltenen **BGK**-Anteils. Ansprüche des Auftraggebers auf „Rück-erstattung“ auch der in den Mehrungen enthaltenen AGK können bestehen, wenn aus der Kalkulation zum Hauptangebot hervorgeht, dass die AGK auftragsbezogen als fixer Betrag kalkuliert wurden (vgl. VHB Bayern, a. a. O., Formblatt Nr. 510, 4.7 und Beispiel 7.2).

³⁴ z. B. Kapellmann/Schiffers/Markus, a. a. O., Kapitel 7, Abschnitt 5.6, Rn. 537 oder Leinemann, a. a. O., Rn. 226

³⁵ so auch im VHB Bayern, a. a. O., Formblatt Nr. 510, 4.8, nicht hingegen unter Formblatt Nr. 510, 2.3.3 b): demnach besteht kein Anspruch auf Ausgleich der Wagnisumlage

³⁶ Fragen hierzu sind:

1. Muss dem Auftragnehmer der für die ausgeschriebenen Mengen kalkulierte Gewinn über die Anteile für BGK und AGK hinaus verbleiben, auch wenn der Auftraggeber nichts für die Mengenminderungen kann?
2. Wieso soll sich der Gewinn für die verringert ausgeführte Menge faktisch erhöhen?

5 Zusammenfassung

Der Anspruch auf Umlagenausgleich nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist auf Grundlage des Regelungsgehalts dieser Bauvertragsklausel und der aktuellen Rechtsprechung zu ermitteln. In der Praxis ist dies oftmals nicht der Fall.

Richtigerweise und getragen von der Entscheidung des BGH vom 26.01.2012 – VII/ZR 19/11 können entgegen der bislang³⁷ herrschenden Meinung Mengenerhöhungen „*bei anderen Ordnungszahlen (Positionen)*“ ab dem ersten Prozentpunkt einen Ausgleich darstellen. Dies gilt allerdings nur für solche Positionen, deren Menge sich um mehr als 10 v. H. im Vergleich zur ausgeschriebenen Menge erhöht hat.³⁸ Die Ausgleichsberechnung nach der BKPV-Methode (vgl. Beispiel in Abschnitt 6) berücksichtigt dies.

Nachtragsvolumen im Sinne eines Ausgleichs in anderer Weise ist im Interesse einer übersichtlichen, praktikablen Handhabung bei zusätzlichen Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B) die volle Abrechnungshöhe (ergibt sich aus der tatsächlichen Abrechnungsmenge und der vereinbarten Vergütung), bei geänderten Leistungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B) der Differenzbetrag der Abrechnungshöhe zur ursprünglich vertraglich vereinbarten Vergütung (vgl. Beispiele in Abschnitt 6).

Dieser Beitrag ist als Leitfaden für unsere Mitglieder für die Anspruchsermittlung zu verstehen, der zum einen die genannten Anspruchsgrundlagen berücksichtigt, zum andern vereinfachende Ansätze an die Hand gibt, wo dies der Interessenausgleich zwischen den Vertragspartnern zulässt.

Eine Beratung zur Ausgleichsberechnung im konkreten Fall können wir im Rahmen unserer satzungsmäßigen Aufgaben bei Mitgliedern gerne auf Antrag leisten.

³⁷ Zeitpunkt der Erstellung dieses Beitrags: Februar 2019

³⁸ siehe hierzu auch Lindner, IBR 2019, 1092 (nur online)

6 Beispiel einer Ausgleichsberechnung (BKPV-Methode)

Ausgleichsberechnung für Ansprüche aus Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B unter Berücksichtigung von (Teil-)Kündigungen nach § 8 Abs. 1 VOB/B nach der BKPV-Berechnungsmethode

Bauherr: Musterbauherr
 Baumaßnahme: Mustermaßnahme
 Titel: Mustertitel
 Gewerke: Mestergewerk
 AN: Muster-AN
 Ing./Arch.: Muster-IB/AB
 Zuschläge auf die EKT aus Formblatt 221 oder 222, bezogen auf das Gesamtprojekt:
 BGK: 10%
 AGK: 7%
 Wagnis/Gewinn: 3%

Position	Text	Gedächtnisprotokoll § 2 Abs. 1 VOB/B	Ausschreibung		Einheit	Menge	Abrechnungsgemäß SR		Differenz in (€ netto)	in Menge	in [%]	Relevante Minderung " < 90 % " (€ netto)	Relevante Minderung " > 110 % " (€ netto)	Relevante Minderung " <= 110 % " (€ netto)	Teilkündigungen (€ netto)		
			Menge	GP (€ netto)			Menge	GP (€ netto)									
01. 1.001	Baustelleneinrichtung	N	N	d	100,000	75,000	3.750,00	-1.250,00	-25,000	-25,00%	1.250,00	0,00	0,00	0,00			
1.002	Vermessungsarbeiten/Absteckung	N	N	psch	1,000	2,000	3.600,00	1.800,00	1,000	100,00%	0,00	1.620,00	180,00	0,00			
02. 2.001	Baumfüllen	J	N	St	80,000	65,000	2.275,00	-525,00	65,000	-18,75%	0,00	0,00	0,00	0,00			
2.002	Oberboden abtragen	N	J	m³	1.120,000	0,000	0,00	-8.288,00	-1.120,000	-100,00%	0,00	0,00	0,00	8.288,00			
2.003	Oberboden AG aufbereiten	N	N	m³	1.660,000	396,523	1.041,37	-7.756,43	-1.463,477	-88,16%	0,00	0,00	0,00	0,00			
2.004	Oberboden andecken	N	N	m³	240,000	2.880,00	3.484,80	604,80	50,400	21,00%	0,00	316,80	288,00	0,00			
2.005	Oberboden auflockern	N	N	m²	3.000,000	150,00	2.870,000	-130,000	130,000	-4,33%	0,00	0,00	0,00	0,00			
2.006	Zulage Oberboden abtragen	N	N	m³	300,000	2.490,00	319,518	62,00	19,518	6,33%	0,00	0,00	0,00	0,00			
2.007	Bereiten lösen	N	N	m³	1.065,000	14.235,00	1.490,120	3.734,46	285,120	22,76%	0,00	1.833,16	1.421,30	0,00			
2.008	Fels lösen	N	N	m³	200,000	7.000,00	0,000	-7.000,00	-200,000	-100,00%	7.000,00	0,00	0,00	0,00			
03. 3.001	Bereich: Stundenlohnarbeiten	N	N	h	20,000	35,000	1.540,00	660,00	15,000	75,00%	0,00	572,00	88,00	0,00			
3.001	Baufacharbeiter	N	N	h	20,000	35,000	1.540,00	660,00	15,000	75,00%	0,00	572,00	88,00	0,00			
Summen:						54.295,00	35.934,33	-18.364,67		Abrechnungssumme	Differenz aus Abrechnungs- und Auftragssumme	16.006,43	4.321,96	1.977,30	8.288,00		
												Relevante Minderung " > 110 % " (€ netto)		Relevante Minderung " <= 110 % " (€ netto)		Teilkündigungen	
												Rel. Minderung - Rel. Mehrg. = 11,684,47		Rel. Minderung - Rel. Mehrg. = 11,684,47			
												Falls positiv (Minderung überwiegt): Rel. Minderung - Rel. Mehrg. <= 110 % = 9,707,17					
												Rel. Minderung - Rel. Mehrg. <= 110 % = 9,707,17					
												3.961,43 €		3.961,43 €		3.961,43 €	
												Ausgleich in anderer Weise: 3.961,43		Summe der Nachtragsvolumina: 3.961,43 €		daraus anzusetzen (maximal 'Ausgleich bis Null' möglich)	

B) Nachtragsvolumina, die Ausgleich in anderer Weise sind
 aus Nachtrag 1: Zusätzliche Leistung Erdarbeiten (§ 2 Abs. 6 VOB/B): 290,5 m³ × 9,85 €/m³ = 2.861,43 € netto
 aus Nachtrag 2: Geringere Leistung in Pos. 2.001 (§ 2 Abs. 5 VOB/B): Baumfüllen „und“ Verwertung durch AN (Vereinbarer Mehrpreis 25,00 €/St) Nachtragsvergütung (Zulage zu Pos. 2.001): 65 St x 25 €/St = 1.625 € netto
 Nachtragsvolumen aus NAZ: 65 St x (65 + 25) €/St - 80 St x 35 €/St = 1.100 € netto

C) Ermittlung des Saldos aus A) und B)

1. Saldo aus Ausgleichsberechnung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B

Minderung	Mehrung
16.006,43	
	4.321,96
	1.977,30
	3.961,43
16.006,43	10.260,69
5.745,74	0,00
5.630,83	0,00

Relevante Minderung (aus Positionen mit Mengenminderung " $\leq 90\%$ "): 16.006,43

Relevante Mehrung " $> 110\%$ " (aus Positionen mit Mengenmehrung " $> 110\%$ "): 4.321,96

Zu berücksichtigender Anteil aus Relevanter Mehrung " $\leq 110\%$ " (aus Positionen mit Mengenmehrung " $> 110\%$ "): 1.977,30

Ausgleich in anderer Weise: 3.961,43

Gesamtsumme der Rel. Minderungen bzw. Rel. Mehrungen inkl. Ausgleich in anderer Weise: 16.006,43

Saldo: 5.745,74

Saldo inklusiv Nachlass: 5.630,83

Nachlass: 2,00 %

2. Berücksichtigung der (Teil-)Kündigungen gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B

Summe der teilgekündigten Positionen inklusiv Nachlass: 8.122,24

8.122,24

D) Höhe des Vergütungsanspruchs

Saldo inkl. Nachlass:	5.630,83 €
Gesamtzuschlag (aus Formblatt 221 oder 222):	20,00%
EKT des Saldos inkl. Nachlass:	4.692,35 €
daraus AN-Anspruch gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B auf Ausgleich (BGK, AGK und Gewinn):	18,50% 868,08 €
zgl. Ust	19,00% 164,94 €
Summe der teilgekündigten Positionen inkl. Nachlass:	8.122,24 €
Gesamtzuschlag (aus Formblatt 221 oder 222):	20,00%
EKT der Teilrückstellungen inkl. Nachlass:	6.768,53 €
daraus Anspruch des AN auf AGK, Wagnis und Gewinn (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B):	10,00% 676,85 €
darauf keine USt fällig (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2007 - VII ZR 83/05):	0,00% 0,00 €
Vergütungsanspruch gesamt:	1.709,87 €

(wenn positiv für den Auftragnehmer, sonst für den Auftraggeber)

© BRPV 2019