

gehende Vergütung beanspruchen kann (vgl. § 2 Abs. 1 VOB/B). Das ist aber keine Folge der Vereinbarung einer Pauschalsumme, sondern der Erweiterung der Leistungsbeschreibung i.w.S. Der *Bundesgerichtshof* hat in diesem Zusammenhang eine vom Auftraggeber vorformulierte Vertragsbedingung, wonach „der Auftragnehmer für die angebotenen Leistungen die Verpflichtung der Vollständigkeit übernimmt und Leistungen und Nebenleistungen, die sich aus den Positionen zwangsläufig ergeben, einzukalkulieren sind, auch wenn sie im Leistungsverzeichnis nicht ausdrücklich erwähnt sind“, nicht beanstandet.³⁹⁷ Eine Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, wonach nicht beschriebene, aber technisch erforderliche Leistungen **zum Leistungsumfang gehören, aber nicht vergütet werden**, benachteiligt den Auftragnehmer hingegen unangemessen und ist **unwirksam**.³⁹⁸

Die Frage, ob sich die Parteien tatsächlich auf einen Aufmaßverzicht und infolgedessen auf einen grundsätzlich unveränderlichen Pauschalpreis geeinigt haben, ist im Streitfall durch eine Auslegung der getroffenen Vereinbarung (§§ 133, 157 BGB) zu beantworten. So kann in der **Abrechnung** des auf der Basis von Einheitspreisen angebotenen Gesamtpreises auch nur ein sog. **akquisitorischer Nachlass** liegen.³⁹⁹ Wird dabei allerdings der Begriff „pauschal“ verwendet, ist von der Vereinbarung einer Pauschalsumme als Vergütung auszugehen,⁴⁰⁰ sofern sich nicht aufgrund der Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise etwas anderes ergibt.

b) Beweislast

Rechnet der Auftraggeber seine Leistung nach Einheitspreisen oder im Stundenlohn ab und wendet der Auftraggeber ein, es sei ein Pauschalpreisvertrag geschlossen worden und aufgrund dessen eine niedrigere als die geforderte Vergütung geschuldet, trifft den **Auftragnehmer die Beweislast** für die Vereinbarung der **Abrechnung nach Einheitspreisen** bzw. nach Aufwand.⁴⁰¹ Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer die übliche Vergütung fordert.⁴⁰² Er muss dann die vom Auftraggeber behauptete Vereinbarung eines niedrigeren Pauschalpreises widerlegen. Um den Auftragnehmer, der insoweit einen negativen Beweis führen muss, nicht in unüberwindbare Beweisnot zu bringen, sind an die **Darlegungslast des Auftraggebers** nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* **höhere Anforderungen** zu stellen: Der Auftraggeber hat diese Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darzulegen. Eine widersprüchliche, in sich unstimme Darlegung genügt diesen Anforderungen nicht. Hat der Auftraggeber indes substantiiert vorgetragen, ist es Sache des Auftragnehmers, die geltend gemachten Umstände zu widerlegen.⁴⁰³

Haben die Parteien einen Einheitspreisvertrag geschlossen und behauptet der Auftraggeber, man habe sich im Nachhinein auf eine Pauschalvergütung verständigt, beruft er sich auf eine Vertragsänderung und trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast.⁴⁰⁴

II. Unveränderlichkeit der Pauschalsumme

Gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 1 VOB/B bleibt die Vergütung unverändert, wenn als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart ist. Da der Unterschied zwischen einem Einheitspreis- und einem Pauschalpreisvertrag lediglich darin liegt, dass nach der Ausführung der Leistung kein Aufmaß zur Feststellung der tatsächlich ausgeführten Leistungsmenge genommen wird, haben **Mengenabweichungen** während der Ausführungsphase, die nicht auf einem Eingriff des Auftraggebers beruhen, grundsätzlich **keinen Einfluss auf die Höhe der Pauschalvergütung**. Die Pauschalsumme bleibt ebenfalls unverändert, wenn die Ausführung der Leistung z.B. einen höheren als den vom Auftragnehmer kalkulierten Aufwand erfordert oder es zu unvorhergesehenen Preissteigerungen kommt. Pauschalpreise sind ebenso wie Einheitspreise regelmäßig Festpreise (→ Rdn. 21 f.).

³⁹⁷ BGH, Beschl. v. 26.02.2004 – VII ZR 96/03.

³⁹⁸ Vgl. OLG München, Urt. v. 15.01.1987 – 29 U 4348/86.

³⁹⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, B § 2 Rn. 457.

⁴⁰⁰ BGH, Urt. v. 11.09.2003 – VII ZR 116/02; OLG Bamberg, Beschl. v. 09.10.2019 – 4 U 185/18; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, B § 2 Rn. 457.

⁴⁰¹ OLG Koblenz, Urt. v. 29.07.2013 – 3 U 116/13.

⁴⁰² BGH, Urt. v. 26.03.1992 – VII ZR 180/91.

⁴⁰³ BGH, Urt. v. 26.03.1992 – VII ZR 180/91.

⁴⁰⁴ OLG Köln, Urt. v. 06.10.2010 – 11 U 39/10.

III. Abweichung der ausgeführten von der vertraglich vorgesehenen Leistung

- 208 Ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten ist gem. § 2 Abs. 7 Satz 2 VOB/B auf Verlangen zu gewähren, wenn die ausgeführte Menge von der vertraglich vorgesehenen Menge so erheblich abweicht, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist.

1. Mengenabweichung

- 209 Voraussetzung für die Gewährung eines Ausgleichs ist zunächst eine erhebliche Abweichung zwischen den Mengenvordersätzen des auftraggeberseitig erstellten Leistungsverzeichnisses und den im Rahmen der Vertragsabwicklung tatsächlich ausgeführten Mengen. Das gilt sowohl im Fall von Mehr- als auch von Mindermengen.⁴⁰⁵ Weitere Voraussetzung ist, dass die Mengenabweichung „unwillkürlich“, das heißt, nicht auf einen Eingriff des Auftraggebers in das vertragliche Leistungsgefüge, z.B. durch das Verlangen geänderter oder zusätzlicher Leistungen, zurückzuführen ist.
- 210 Bis zu der Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* vom 30.06.2010⁴⁰⁶ hat die Rechtsprechung für das Entstehen eines Ausgleichsanspruchs vielfach eine Mengenabweichung von mindestens ca. 20% zwischen den vorgesehenen und den ausgeführten Mengen gefordert,⁴⁰⁷ obwohl der *Bundesgerichtshof* bereits in seinem Urteil vom 02.11.1995 darauf hingewiesen hatte, dass es **keine starre Risikogrenze in Gestalt eines bestimmten Prozentsatzes** gibt.⁴⁰⁸ Mit Urteil vom 30.06.2011 hat der *Bundesgerichtshof* dann entschieden, dass ein Ausgleichsanspruch nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B in Betracht kommt, wenn der Auftraggeber in einem Pauschalpreisvertrag **Mengen oder die Mengen beeinflussende Faktoren** beschreibt und diese zur Geschäftsgrundlage des Vertrags gehören. Das kann angenommen werden, wenn der Auftragnehmer davon ausgehen durfte, dass der Auftraggeber eine gewisse **Gewähr für eine verlässliche Kalkulationsgrundlage** geben wollte. Ergibt sich in einem solchen Fall eine **deutliche Mengensteigerung**, kann dies einen Ausgleichsanspruch begründen, sofern ein Festhalten an der Pauschalsumme für den Auftragnehmer unzumutbar ist. Darauf, ob die Leistung insgesamt detailliert oder funktional beschrieben ist, kommt es nicht an.
- 211 Werden geringere als die im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Mengen ausgeführt, hat der Auftraggeber nach Maßgabe des § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B einen Anspruch auf Preis-anpassung. Das gilt unabhängig davon, ob die Leistung infolge der verringerten Mengen mangelhaft ist.⁴⁰⁹

2. Unzumutbarkeit des Festhaltens an der Pauschalsumme

- 212 Ein Festhalten an der Pauschalsumme ist dem Auftragnehmer dem *Bundesgerichtshof* zufolge nicht zumutbar, wenn sich die von den irreführenden Angaben des Auftraggebers im Vertrag abweichenden Mengen derart auf die Vergütung auswirken, dass das **finanzielle Gesamtergebnis** des Vertrags nicht nur den zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufzehrt, sondern auch **zu Verlusten führt**. Auf eine starre Risikogrenze von 20% der Gesamtvergütung kann nicht abgestellt werden. Auch die Risikobegrenzung von 10% in § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kann nicht herangezogen werden, was sich bereits aus dem abweichenden Regelungsbereich des § 2 Abs. 3 VOB/B ergibt.⁴¹⁰
- 213 Die Frage, wann das Festhalten an der Pauschalsumme aufgrund von Mindermengen für den Auftraggeber unzumutbar ist, ist höchstrichterlich nicht entschieden. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass er erst dann einen Anspruch auf Herabsetzung des Pauschalpreises hat, wenn die Minderleistung ein solches Ausmaß erreicht, dass eine gravierende Äquivalenzstörung vorliegt, wobei **Mindermengen von unter 20% als „belanglos“** gelten.⁴¹¹ Allerdings wird man ebenso wie bei Mehrmengen nicht auf eine

⁴⁰⁵ BGH, Urt. v. 11.09.2003 – VII ZR 116/02.

⁴⁰⁶ BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10.

⁴⁰⁷ Siehe z.B. OLG Stuttgart, Urt. v. 07.08.2000 – 6 U 64/00.

⁴⁰⁸ BGH, Urt. v. 02.11.1995 – VII ZR 29/95 VII ZR 29/95.

⁴⁰⁹ BGH, Urt. v. 11.09.2003 – VII ZR 116/02.

⁴¹⁰ BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10.

⁴¹¹ Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 08.12.1999 – 5 U 209/99; siehe auch OLG Köln, Urt. v. 06.09.2017 – 11 U 104/11; OLG München, Beschl. v. 08.07.2019 – 27 U 3203/18 Bau.

starre Risikogrenze von 20% abstellen können.⁴¹² Es ist vielmehr danach zu fragen, ob die vereinbarte Pauschalsumme im konkreten Einzelfall unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt mehr als angemessenes Äquivalent für die tatsächlich ausgeführten Mengen angesehen werden kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber das Leistungsverzeichnis erstellt hat und das Risiko überhöhter Mengenvordersätze grundsätzlich in seine Sphäre fällt.

3. Ausgleichsbemessung

Ein Ausgleichsanspruch des Auftragnehmers wegen wesentlicher Mehrmengen setzt voraus, dass das finanzielle Gesamtergebnis des Vertrags nicht nur den erwarteten Gewinn aufzehrt, sondern sogar zu Verlusten führt. Dann ist gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu gewähren, wobei von den **Grundlagen der Preisermittlung** auszugehen ist, § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 3 VOB/B. Diese Regelung ist – ebenso wie die des § 2 Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 BGB – **aus sich heraus nicht verständlich und intransparent** (§ 307 Abs. 1, 3 BGB), was zu ihrer Unwirksamkeit führt. Der Inhalt des Vertrags bestimmt sich deshalb nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Da die gesetzlichen Vorschriften insoweit keine passenden Regelungen aufweisen, enthält der Vertrag eine Lücke, die durch eine **ergänzende Vertragsauslegung** geschlossen werden kann. Das gilt auch dann, wenn man die Vorschrift des § 313 BGB über die Störung der Geschäftsgrundlage als gesetzliche Ersatzregelung ansieht. Die ergänzende Vertragsauslegung hat Vorrang vor der Anwendung der Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage.⁴¹³ 214

Der Ausgleich hat gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu erfolgen. Der Begriff der Mehr- und Minderkosten findet sich auch in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B und in § 2 Abs. 5 Satz 1 VOB/B. Der *Bundesgerichtshof* hat zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B entschieden, dass die Preisbildung auf der Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu bemessen ist, wenn sich die Parteien nicht anderweitig einigen.⁴¹⁴ Wird eine Formulierung innerhalb der VOB/B mehrfach verwendet, ist sie grundsätzlich für alle Klauseln einheitlich auszulegen.⁴¹⁵ **Ausgangspunkt** für die Bemessung der Ausgleichshöhe sind deshalb zunächst die dem Auftragnehmer aufgrund der unzutreffenden Mengenangaben **tatsächlich entstandenen Mehrkosten**.⁴¹⁶ Dementsprechend hat der Auftragnehmer in einem ersten Schritt konkret darzulegen und zu beweisen, welche Kosten für die Ausführung der Position, deren Vordersatz sich erheblich verändert hat, entstanden wären, wenn sich die Angaben des Auftraggebers als richtig erwiesen hätten. Das kann beispielsweise durch die Vorlage entsprechender (Nachunternehmer-)Angebote erfolgen.⁴¹⁷ In einem zweiten Schritt muss der Auftragnehmer die hierfür tatsächlich angefallenen Kosten beziffern. Die Differenz zwischen den hypothetisch-tatsächlichen und den tatsächlichen Kosten (hier sog. Differenzbetrag) ohne Zuschläge ist ein Bestandteil für den auf Verlangen zu gewährenden Ausgleich. 215

Die angefallenen entstandenen Mehrkosten müssen nicht nur den insgesamt zu erwartenden Gewinn des Auftragnehmers aufgezehrt, sondern auch zu Verlusten geführt haben.⁴¹⁸ Um dies feststellen zu können, muss der Auftragnehmer konkret darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche **Kosten tatsächlich für die Ausführung der nach dem Vertrag vereinbarten (Gesamt-)Leistung entstanden** sind. Unberücksichtigt bleiben dabei die tatsächlichen Mehrkosten, die auf die fehlerhaften Mengenangaben des Auftraggebers zurückzuführen sind. Stattdessen sind die hypothetisch-tatsächlichen in Ansatz zu bringen. Sofern und soweit der Auftragnehmer die Leistung nicht von Nachunternehmern hat ausführen lassen, ist sie hierfür erforderlichenfalls aufzumessen. Da die **mit einem Aufmaß verbundenen Kosten** bei zutreffenden Mengenangaben nicht angefallen wären, sind sie **in die Ausgleichsgewährung einzubeziehen** und können **bis maximal zur Höhe des Pauschalierungsnachlasses** in Ansatz gebracht werden. Die tatsächlichen Gesamtkosten sind um die kalkulierten Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu erhöhen, wobei die Höhe der Zuschlagssätze nicht nur plausibel dargelegt, sondern auch angemessen sein muss. Von dem so ermittelten – teils tatsächlichen, teils hypothetischen – Projektergebnis sind der vereinbarte 216

⁴¹² So auch Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 7 Rn. 79.

⁴¹³ BGH, Urt. v. 21.12.2005 – X ZR 108/03; BGH, Urt. v. 01.02.1984 – VIII ZR 54/83.

⁴¹⁴ BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18.

⁴¹⁵ BGH, Urt. v. 20.08.2009 – VII ZR 212/07.

⁴¹⁶ KKJS/Kniffka, 4. Teil Rn. 395.

⁴¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 08.03.2012 – VII ZR 202/09; OLG München, Urt. v. 14.07.2009 – 28 U 3805/08.

⁴¹⁸ BGH, Urt. v. 30.06.2011 – VII ZR 13/10.

Pauschalpreis sowie die für die Ausführung von Änderungs- oder Zusatzleistungen etc. vereinbarte bzw. zu zahlende Mehrvergütung abzuziehen. Der so ermittelte Betrag ist das – hier sog. – **hypothetische Projektergebnis**, das positiv oder negativ sein kann.

Das hypothetische Projektergebnis abzüglich des sog. Differenzbetrags muss aufseiten des Auftragnehmers zu – gegebenenfalls weiteren – Verlusten führen. Diese (zusätzlichen) **Verluste** bilden die **Grundlage für den Ausgleichsanspruch** aus § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B.

- 217 Anders als in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B geregelt ist für die Mehrmengen kein neuer Preis zu vereinbaren, sondern gem. § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz VOB/B nur ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Die Verwendung der Begriffe „Ausgleich“ und „Berücksichtigung“ spricht dabei dafür, dass der Auftragnehmer nicht so gestellt werden muss, wie er stünde, wenn die Mengenangaben des Auftraggebers im Wesentlichen zutreffend gewesen wären. Ein Ausgleich stellt nach allgemeinem und wirtschaftlichem Sprachverständnis vielmehr eine **Verringerung oder Abmilderung von Verlusten** dar. Da sich die Ermittlung des hypothetischen Projektergebnisses nicht mit mathematischer Genauigkeit feststellen lässt, erfordert die Gewährung eines Ausgleichs nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz VOB/B **keine exakte Berechnung des Anspruchs**. Vielmehr steht dem Tatrichter ein **Ermessensspielraum** zu, wobei er auf die **Möglichkeit der Schätzung** gem. § 287 ZPO zurückgreifen kann.⁴¹⁹ Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Auftragnehmer beim Abschluss eines Pauschalpreisvertrags bewusst – wenn auch nur in einem gewissen Rahmen – das Mehrmengenrisiko übernimmt.
- 218 Die Kosten, die der Auftragnehmer zur Ermittlung des Ausgleichsanspruchs nach § 2 Abs. 7 Nr. 2 Satz 2 VOB/B aufwendet, sind – mit Ausnahme des Aufwands für die Erstellung des Aufmaßes – nicht in die Ausgleichsgewährung aufzunehmen.⁴²⁰

4. Ausgleichsverlangen

- 219 Ein Ausgleich nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B wird nur gewährt, wenn eine Vertragspartei dies verlangt (→ Rdn. 50f.). Wenngleich das Ausgleichsverlangen möglichst zügig geltend zu machen ist,⁴²¹ ist es jedenfalls ausreichend, wenn es **mit der Schlussrechnungslegung bzw. -prüfung** gestellt wird, zumal die Ermittlung der Verlusthöhe oder die Feststellung einer gravierenden Äquivalenzstörung vor der Ausführung und Abrechnung aller vereinbarten Leistungen kaum möglich ist.

IV. Vergütung von Änderungs- und Zusatzleistungen

- 220 Nach § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B gelten die Regelungen der Absätze 4 bis 6 über die Übernahme im Vertrag ausbedingener Leistungen des Auftragnehmers durch den Auftraggeber selbst (Abs. 4) und die Vergütung geänderter (Abs. 5) oder zusätzlicher Leistungen (Abs. 6) auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme. Der Klausel kommt lediglich klarstellende Funktion zu, weil mit der vereinbarten Pauschalvergütung nur die Leistungen abgegolten sind, die nach der Leistungsbeschreibung i.w.S. zur vertraglichen Leistung gehören (§ 2 Abs. 1 VOB/B). Deshalb sind **selbst geringfügige**, auf einem Verlangen des Auftraggebers beruhende **Änderungs- oder Zusatzleistungen auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme besonders zu vergüten**.⁴²² Zudem ist sie unvollständig. Auch bei der Vereinbarung einer Pauschalsumme finden sämtliche VOB/B-Regelungen Anwendung, die für den Fall der Ausführung einer nicht zum vertraglichen Leistungsumfang gehörenden Leistung eine Rechtsfolge enthalten, wie § 2 Abs. 8, 9 und Abs. 10 VOB/B, § 4 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B, § 4 Abs. 5 Satz 3 VOB/B und § 4 Abs. 9 Satz 2 VOB/B.
- 221 Bei der Bemessung der Höhe der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen ist – anders als bei der Vereinbarung von Einheitspreisen – ein prozentualer Abschlag in Höhe des aufgrund der Pauschalierung gewährten Nachlasses vorzunehmen.⁴²³

⁴¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 30.01.2020 – VII ZR 33/19, zum Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB, und BGH, Urt. v. 27.07.2006 – VII ZR 202/04, zur Vergütung der erbrachten Leistung nach vorzeitiger Vertragsbeendigung.

⁴²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 22.10.2020 – VII ZR 10/17.

⁴²¹ BGH, Urt. v. 14.04.2005 – VII ZR 14/04.

⁴²² BGH, Beschl. v. 12.09.2002 – VII ZR 81/01, IBR 2002, 655.

⁴²³ Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 7 Rn. 103; Ingenstau/Korbion/Keldungs, B § 2 Abs. 7 Rn. 44.

V. Pauschalsumme für Teilleistungen

Werden nur für Teile der Leistung Pauschalsummen vereinbart, gelten hierfür ebenfalls die 222
in den Nummern 1 und 2 getroffenen Regelungen, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist,
§ 2 Abs. 7 Nr. 3 Hs. 1 VOB/B. Die Klausel setzt voraus, dass für einen oder mehrere Teile der
gesamten Leistung eine oder mehrere Pauschalsummen als Vergütung vorgesehen sind und
für die Vergütung der anderen Teile nach Einheitspreisen eine andere Berechnungsart (z.B.
nach Stundenlohnsätzen oder nach Selbstkosten, vgl. § 2 Abs. 2 VOB/B) vereinbart wird.⁴²⁴
Werden für verschiedene Leistungen Pauschalsummen vereinbart, sind diese für die Bemessung
des Ausgleichsanspruchs nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B zu addieren, wenn ein Ausgleich wegen
einer Mengenüber- oder -unterschreitung verlangt wird.

Keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B ist entgegen der 223
herrschenden Meinung in der Literatur, dass es sich bei den Teilleistungen, für die Pauschal-
summen vereinbart wurden, um „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“ (siehe § 8 Abs. 3
Nr. 1 Satz 2 und § 12 Abs. 2 VOB/B) handelt.⁴²⁵ Der Wortlaut der Regelung enthält ein der-
artiges Erfordernis nicht. Außerdem sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung nur solche
Leistungen, die von der Gesamtleistung funktional trennbar und selbstständig gebrauchsfähig
sind. So ist das Sonder- und Gemeinschaftseigentum bei WEG-Anlagen funktional voneinan-
der abgrenzbar.⁴²⁶ Gleiches gilt etwa in Bezug auf Sanitärarbeiten, wenn der (Gesamt-)Auftrag
Sanitär- und Heizungsarbeiten umfasst.⁴²⁷ Nicht funktionell trennbar sind hingegen einzelne
Leistungsteile innerhalb eines Gewerks, wie Teile eines Rohbaus (z.B. eine Betondecke oder
ein Stockwerk).⁴²⁸ Es ist im Rahmen des § 2 Abs. 7 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B kein Grund dafür er-
sichtlich, warum für Mehr- oder Mindermengen kein Ausgleich gewährt werden soll, wenn
beispielsweise in einem Vertrag über die Ausführung von Erdarbeiten ein Pauschalpreis für
das Lösen, Laden und Entsorgen des Bodens vereinbart wird, die Herstellung der Böschungen
hingegen nach Einheitspreisen abzurechnen ist.

Der Formulierung in § 2 Abs. 7 Nr. 3 Hs. 2 VOB/B, wonach § 2 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B un- 224
berührt bleibt, kommt lediglich klarstellende Bedeutung zu.

VI. AGB-Problematik

Ob und inwieweit § 2 Abs. 7 VOB/B einer isolierten Inhaltskontrolle gem. § 305 ff. BGB 225
standhält, ist umstritten. Aufgrund des Umstands, dass diese Frage in der Rechtsprechung und
Literatur vielfach überhaupt nicht aufgegriffen wird, kann davon ausgegangen werden, dass
die Klausel überwiegend als wirksam angesehen wird. Da sie entgegen der Vorschrift des § 313
Abs. 3 BGB keine Möglichkeit vorsieht, sich vom Vertrag zu lösen, wenn eine Anpassung des
Vertrags nicht möglich oder nicht zumutbar ist, wird teilweise vertreten, sie sei intransparent
und unwirksam.⁴²⁹

I. § 2 Abs. 8 VOB/B: Leistungen ohne Auftrag

I. Allgemeines

Der Auftragnehmer erbringt mitunter Leistungen, die nicht zu dem vertraglich vereinbarten 226
Leistungsumfang gehören. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Oftmals werden in der Lei-
stungsbeschreibung i.w.S. nicht genannte Leistungen ausgeführt, weil sie von einem dazu nicht
bevollmächtigten Vertreter des Auftraggebers angeordnet werden oder weil ihre Ausführung
notwendig ist, um ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk herzustellen. Nach
§ 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B werden **vom Auftragnehmer „ohne Auftrag“ oder „unter**

⁴²⁴ Siehe z.B. OLG Köln, Urt. v. 21.12.2012 – 19 U 34/10.

⁴²⁵ Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 7 Rn. 105; Ingenstau/Korbion/Keldungs, B § 2 Abs. 7 Rn. 49; NWJS/
Kues, § 2 Rn. 475.

⁴²⁶ BGH, Urt. v. 30.06.1983 – VII ZR 185/81.

⁴²⁷ BGH, Urt. v. 10.07.1975 – VII ZR 64/73.

⁴²⁸ BGH, Urt. v. 20.08.2009 – VII ZR 212/07.

⁴²⁹ Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 7 Rn. 130 m.w.N.; Kapellmann, NZBau 2012, 275 (277); Wittchen,
BauRB 2004, 251 (253).

eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag“ erbrachte Leistungen nicht vergütet. Von diesem Grundsatz enthalten § 2 Abs. 8 Nr. 2 und 3 VOB/B drei Ausnahmen. Die Rechte und Ansprüche des Auftraggebers bei auftragslos oder abweichend vom Vertrag ausgeführten Leistungen sind in § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 und 3 VOB/B geregelt.

- 227 Nach der ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung⁴³⁰ und Literatur⁴³¹ sind die Regelungen des § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 und Nr. 3 VOB/B nebeneinander anwendbar, das heißt, der Auftragnehmer kann für eine auftragslos erbrachte Leistung nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) auch dann Aufwendungsersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Vergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B nicht vorliegen, weil der Auftragnehmer die Ausführung der ohne Auftrag ausgeführten Leistung dem Auftraggeber nicht **unverzüglich anzeigt** hat. Hierbei handelt es sich jedoch um eine **Anspruchsvoraussetzung**.⁴³²
- 228 Gegen die herrschende Meinung spricht, dass es sich bei § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B um eine **vertragliche Sonderregelung** handelt, die in ihrem Anwendungsbereich gegenüber den in Nr. 3 im Übrigen für anwendbar erklärten Bestimmungen der Geschäftsführung ohne Auftrag **vorrangig** ist und diese insoweit ausschließt.⁴³³ Das gilt allerdings nur dann, wenn die VOB/B „als Ganzes“ vereinbart ist. Denn nach Ansicht des *Bundesgerichtshofs* hält § 2 Abs. 8 Nr. 1 und 2 VOB/B einer **isolierten Inhaltskontrolle nicht stand und ist unwirksam**, weil nach § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B zwar nicht die gesetzlichen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aber solche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) ausgeschlossen sind.⁴³⁴

II. Rechtsgrundlos ausgeführte Leistungen

- 229 Durch § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B wird klargestellt, dass der Auftragnehmer für „nicht bestellte“ Leistungen keine vertragliche Vergütung erhält. Die Regelung ist insoweit weder intransparent noch benachteiligt sie den Auftragnehmer unangemessen, da dies allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht.

1. Leistungen ohne Auftrag

- 230 Eine Leistung wird ohne Auftrag erbracht, wenn sie **nicht zum vertraglich vereinbarten** und mit der vereinbarten Vergütung abgegoltenen **Leistungsumfang gehört**, was gegebenenfalls durch Auslegung der Leistungsbeschreibung i.w.S. (§§ 133, 157 BGB) festzustellen ist (→ § 1 VOB/B Rdn. 17 ff.). Die Leistungsbeschreibung muss also insoweit lückenhaft i.S.v. unvollständig gewesen sein. Weitere Voraussetzung ist, dass ihre Ausführung **nicht vom Auftraggeber verlangt** wurde, anderenfalls sind auf Zusatzleistungen die Regelungen in § 1 Abs. 4 VOB/B i.V.m. § 2 Abs. 6 VOB/B und auf Änderungsleistungen § 1 Abs. 3 i.V.m. § 2 Abs. 5 VOB/B anwendbar. Die auf Veranlassung eines dazu nicht bevollmächtigten Dritten, wie etwa des bauleitenden Architekten, ausgeführten Arbeiten sind grundsätzlich als Leistungen ohne Auftrag i.S.v. § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B anzusehen.⁴³⁵
- 231 Umstritten ist, ob auch solche Leistungen, die zwar in einer detaillierten Leistungsbeschreibung nicht genannt, aber für die Herstellung eines funktionstauglichen und zweckentsprechenden Bauwerks **technisch zwingend notwendig** sind, als Leistungen ohne Auftrag anzusehen sind, weil der Auftragnehmer solche Leistungen nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* werkvertraglich „schuldet“. ⁴³⁶ Gegen ein solches Verständnis spricht zunächst der Wortlaut der Klausel. Der „Auftrag“ ist nach dem für die Auslegung maßgeblichen Verständnis der beteiligten Verkehrskreise – das sind Auftraggeber und Auftragnehmer von Bauleistungen – das,

⁴³⁰ OLG Jena, Urt. v. 09.01.2020 – 8 U 176/19; OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.12.2015 – 13 U 110/13, OLG München, Urt. v. 27.04.2016 – 28 U 4738/13 Bau.

⁴³¹ Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 8 Rn. 90; HRR/Kuffer/Petersen, B § 2 Rn. 316; Ingenstau/Korbi-on/Keldungs, B § 2 Abs. 8 Rn. 43; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, B § 2 Rn. 549; Leinemann/Leinemann, § 2 Rn. 706; NWJS/Kues, § 2 Rn. 508.

⁴³² BGH, Urt. v. 31.01.1991 – VII ZR 291/88.

⁴³³ So auch OLG Celle, Urt. v. 02.09.2015 – 14 U 154/13.

⁴³⁴ BGH, Beschl. v. 09.12.2004 – VII ZR 357/03.

⁴³⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2001 – 19 U 22/00; OLG Stuttgart, Urt. v. 26.05.1993 – 9 U 12/93; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, B § 2 Rn. 540.

⁴³⁶ Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 8 Rn. 71 f.; Fuchs, BauR 2009, 404 (412); Leupertz, BauR 2005, 775 ff.; Oberhauser, BauR 2005, 919 (922).

was der Auftraggeber im Detail beschrieben und zur Ausführung vorgegeben hat. Das zeigt sich u.a. dadurch, dass die Aufforderung zur Ausführung von im Leistungsverzeichnis nicht genannten Leistungen vom Auftragnehmer in der Baupraxis bisweilen mit der Begründung zurückgewiesen wird, „dass man das nicht im Auftrag hat“. Hinzu kommt, dass nach § 2 Abs. 1 VOB/B durch die vereinbarten Preise nur die in den Vertragsbestandteilen genannten Leistungen abgegolten werden. Die Ausführung nicht beschriebener, **aber erforderlicher Leistungen wird deshalb besonders vergütet**, wenn dies der **Auftraggeber anordnet** (§ 1 Abs. 4 VOB/B i.V.m. § 2 Abs. 6 VOB/B). Liegt **keine Anordnung** des Auftraggebers vor, ist **§ 2 Abs. 8 VOB/B einschlägig**. Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass die Ausführung technisch zwingend erforderlicher Leistungen nicht notwendig „war“, wie es in § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B heißt, sondern sie von Anfang an notwendig „ist“.⁴³⁷ Eine derartige Sichtweise lässt aber unberücksichtigt, dass die Regelungen der VOB/B von einer detaillierten Leistungsbeschreibung als Regelfall ausgehen und § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B erst Anwendung findet, wenn die notwendige Leistung bereits ausgeführt wurde.

2. Abweichend ausgeführte Leistungen

Eine eigenmächtige Abweichung vom Auftrag (richtig: Vertrag) liegt vor, wenn der Auftragnehmer die Leistung quasi im Alleingang, also ohne dass eine Anordnung des Auftraggebers vorliegt, entweder **in quantitativer oder in qualitativer Hinsicht anders ausführt** als im Vertrag vereinbart.⁴³⁸ Es muss eine **Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit** vorliegen, die Leistung mithin mangelhaft i.S.v. § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/B sein. Unerheblich ist, ob sich die Abweichung für den Auftraggeber nachteilig auswirkt.⁴³⁹ Auch darauf, ob die Abweichung geringfügig ist, kommt es entgegen einer weit verbreiteten Auffassung angesichts des Wortlauts der Regelung ebenfalls nicht an⁴⁴⁰ (siehe aber → Rdn. 234 f.).

Da eine eigenmächtige Abweichung vom Vertrag zu einer mangelhaften Leistung führt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B zu der Regelung des § 4 Abs. 7 VOB/B steht. Dies ist insbesondere deshalb problematisch, weil ein Anspruch auf Erstattung der vom Auftraggeber verauslagten Ersatzvornahmekosten wegen Mängeln vor Abnahme nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* voraussetzt, dass der Auftraggeber nach fruchtlosem Fristablauf den Vertrag kündigt.⁴⁴¹ Im Schrifttum wird davon ausgegangen, dass § 4 Abs. 7 VOB/B der Klausel des § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B im Fall von Mängeln als speziellere Regelung vorgeht.⁴⁴² So verstanden findet § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/B nur auf „ohne Auftrag“ ausgeführte Leistungen Anwendung.

III. Ansprüche des Auftraggebers

1. Beseitigung

Die ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausgeführten Leistungen hat der Auftragnehmer nur zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber verlangt. Wie die Ausübung jeder Rechtsposition steht das **Beseitigungsverlangen unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben** (§ 242 BGB), der die missbräuchliche Ausnutzung einer lediglich formalen Rechtsstellung verbietet.⁴⁴³ Der Auftraggeber kann deshalb trotz einer bestehenden Abweichung zwischen erbrachter und vereinbarter Leistung keine Beseitigung verlangen, wenn die vom Auftragnehmer gewählte Ausführung aus fachlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, sie weder bautechnische noch wesentliche optische Nachteile hat und es dem Auftraggeber erkennbar nicht auf eine bestimmte, sondern lediglich auf eine geeignete Ausführungsart

⁴³⁷ In diesem Sinne aber Leupertz, BauR 2010, 273 (282) zu § 1 Abs. 4 und § 2 Abs. 6 VOB/B.

⁴³⁸ Statt vieler Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 8 Rn. 14 ff. m.w.N.

⁴³⁹ BGH, Urt. v. 09.01.2003 – VII ZR 181/00; OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.07.2012 – 21 U 150/09; a.A. OLG Koblenz, Urt. v. 23.02.2017 – 6 U 150/16.

⁴⁴⁰ A.A. Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 8 Rn. 26; HRR/Kuffer/Petersen, B § 2 Rn. 294; Ingenstau/Korbion/Keldungs, B § 2 Rn. 4; Leinemann/Hilgers, § 2 Rn. 713; NWJS/Kues, § 2 Rn. 488.

⁴⁴¹ BGH, Urt. v. 02.10.1997 – VII ZR 44/97.

⁴⁴² Beck VOB/B/Jansen, § 2 Abs. 8 Rn. 47; HRR/Kuffer/Petersen, B § 2 Rn. 293; Ingenstau/Korbion/Keldungs, B § 2 Abs. 8 Rn. 4.

⁴⁴³ Siehe z.B. BGH, Urt. v. 27.10.2020 – XI ZR 498/19 m.w.N.; OLG Stuttgart, Urt. v. 04.04.2006 – 12 U 205/05.

ankommt.⁴⁴⁴ Im Einzelfall kann auch die geforderte Beseitigung einer nur geringfügigen Abweichung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen.

- 235 Erfordert die Beseitigung der auftragslos oder abweichend vom Vertrag erbrachten Leistung einen Aufwand, der in einem **groben Missverhältnis zum Beseitigungsinteresse** des Auftraggebers steht, kann der Auftragnehmer die Beseitigung **wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern**. Dabei muss die Unverhältnismäßigkeit jedoch ein unmöglichkeitsähnliches Ausmaß erreichen und so eklatant sein, dass der geforderte Rückbau sinnlos und rechtsmissbräuchlich erscheint.⁴⁴⁵ Entsprechendes gilt, wenn die Beseitigung unmöglich ist.

a) Verlangen des Auftraggebers

- 236 Der Auftragnehmer ist nur dann zur Beseitigung der auftragslos oder abweichend vom Vertrag ausgeführten Leistungen verpflichtet, wenn der Auftraggeber dies verlangt. Das Beseitigungsverlangen ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der der Auftragnehmer verbindlich dazu aufgefordert wird, die betreffenden Leistungen zu entfernen. Es kann durch ausdrückliche schriftliche oder mündliche Erklärung sowie durch schlüssiges Verhalten erfolgen.
- 237 Da die Möglichkeit einer Ersatzvornahme nach § 2 Abs. 8 Satz 2 Hs. 2 VOB/B bei „ohne Auftrag“ ausgeführten Leistungen lediglich an den Ablauf einer angemessenen Frist anknüpft, bedarf es keiner Kündigungsandrohung und dementsprechend auch keiner Kündigungserklärung.

b) Angemessene Frist

- 238 Welche Frist angemessen ist, bestimmt sich objektiv nach Art und Umfang der erforderlichen Arbeiten. Angemessen ist die Frist, wenn der Unternehmer die Mängel unter größten Anstrengungen fristgemäß beseitigen könnte.⁴⁴⁶ Dabei ist auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.⁴⁴⁷ Vielfach wird eine Frist von **zwei bis maximal vier Wochen** angemessen sein.⁴⁴⁸ Eine zu kurz bemessene Frist ist nicht unwirksam, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang.⁴⁴⁹
- 239 Kommt der Auftragnehmer dem Beseitigungsverlangen des Auftraggebers innerhalb der ihm dafür gesetzten Frist nach, ist er nach wie vor zur Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung verpflichtet, ohne dass ihm hierfür ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung o.Ä. zusteht.

c) Ersatzvornahme

- 240 Nach fruchtlosem Ablauf der dem Auftragnehmer gesetzten Frist kann die Beseitigung der abweichend vom Vertrag ausgeführten Leistungen auf dessen Kosten erfolgen. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei einer Ersatzvornahme wegen Mängeln vor der Abnahme (§ 4 Abs. 7 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 Hs. 1 VOB/B → § 8 VOB/B Rdn. 257 ff.), weshalb der Auftraggeber nicht nur einen **isoliert einklagbaren Anspruch auf (Mangel-) Beseitigung** hat, sondern auch einen **Vorschuss in Höhe der voraussichtlichen (Mangel-) Beseitigungskosten** geltend machen kann.⁴⁵⁰ Bietet der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach fruchtlosem Fristablauf die Beseitigung an, ist dieser nicht dazu verpflichtet, das Angebot anzunehmen.⁴⁵¹

2. Schadensersatz

- 241 Nach § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 3 VOB/B haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber außerdem (**verschuldensabhängig**) **für sämtliche Schäden**, die dem Auftraggeber durch die Ausführung der ohne Auftrag oder abweichend vom Vertrag ausgeführten Leistungen und ihrer Beseitigung entstehen. Das gilt unabhängig davon, ob der Auftraggeber eine Ersatzvornahme

⁴⁴⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 03.07.2012 – 21 U 150/09.

⁴⁴⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.06.2020 – 23 U 149/19; OLG Koblenz, Urt. v. 31.05.2019 – 6 U 1075/18.

⁴⁴⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.05.2016 – 21 U 180/15.

⁴⁴⁷ Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 21.03.2018 – 11 U 124/15.

⁴⁴⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.10.1991 – 5 U 36/91.

⁴⁴⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 27/81.

⁴⁵⁰ Vgl. OLG Dresden, Urt. v. 31.07.2012 – 5 U 1192/11; OLG Brandenburg, Urt. v. 05.02.2014 – 4 U 167/08.

⁴⁵¹ BGH, Urt. v. 27.02.2003 – VII ZR 338/01.