



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/3c4550b8-86fa-323f-b5cb-1b3e18bc9474>

<b>Zeitschrift</b>	BauR - Baurecht
<b>Autor</b>	Björn Retzlaff
<b>Rubrik</b>	Aufsätze
<b>Referenz</b>	BauR 2024, 1279 - 1286 (Heft 9)
<b>Verlag</b>	Werner Verlag

## Retzlaff, BauR 2024, 1279

### Die „Maßgeblichkeit“ der tatsächlichen Kosten für die Preisermittlung nach § 2 VOB/B



von Björn Retzlaff, Berlin

Tatsächliche Kosten und die VOB – das passt zusammen. Diese Ansicht scheint sich allmählich durchzusetzen, spätestens seit der BGH in seinem Urteil vom 08.08.2019 entschieden hat, dass für die Bildung des neuen Einheitspreises nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge „maßgeblich“ sind.<sup>1</sup> Die Aussage dieser Entscheidung, die in Anschluss an die erste Berichterstattung<sup>2</sup> der Einfachheit halber als „Paukenschlagurteil“ bezeichnet werden soll, war auf diesen Preisanpassungstatbestand beschränkt, aber es spricht Vieles dafür, dass der BGH sie auch auf § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B erstrecken wird.<sup>3</sup>



Aber was genau bedeutet die vom BGH vorgegebene „Maßgeblichkeit“ der tatsächlichen Kosten? Diese Formulierung und die Begründung des Urteils eröffnen einen Interpretationsspielraum, der insbesondere bei steigenden Materialkosten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.

Der folgende Beitrag stellt die Problematik dar und bemüht sich um eine Antwort.

## A. Der Ausgangsfall

Es soll von folgendem Fall ausgegangen werden:

Beispiel 1:

Der Besteller B hat den Unternehmer U mit Bauleistungen nach Einheitspreisen beauftragt. Die VOB/B sind Vertragsbestandteil. Zum Leistungsumfang gehören 50 Einheiten der Teilleistung TL 8 zu einem Einheitspreis von 140 €, vgl. den nachfolgenden Auszug aus dem Leistungsverzeichnis:

8.	50	Teilleistung TL 8	140 €	7.000 €
----	----	-------------------	-------	---------

U hat diesen Preis wie folgt kalkuliert, wobei die Kostenansätze in seiner Kalkulation die ihm tatsächlich entstehenden Kosten zutreffend wiedergeben.

Material M 1:	40 €
Arbeit:	40 €



Gerät:	20 €
EKT:	100 €
Zuschlag 40 %:	40 €
Preis:	140 €

Nach einem Jahr laufen die Bauarbeiten noch. M 1 kostet in der für eine Einheit erforderlichen Menge mittlerweile 80 €. Vor der Ausführung von TL 8 ordnet B die Änderung dieser Teilleistung an, U soll anstelle von M 1 das Material M 2 verwenden, M 1 entfällt. Der Einsatz von Arbeitskräften und Geräten bleibt unverändert. Für M 2, das in der für eine Einheit von TL 8 erforderlichen Menge bei Vertragsschluss 50 € gekostet hätte, muss U nun 100 € zahlen. U führt

Beispiel:

die geänderte Leistung aus und berechnet den neuen Preis wie folgt:

Material M 2:	100 €
Arbeit:	40 €
Gerät:	20 €
EKT:	160 €
Zuschlag 40 %:	64 €
Preis:	224 €



Ist das zutreffend?

## I. U's tatsächliche Kosten

Im Beispiel 1 hat U den neuen Preis für TL 8 jedenfalls auf Basis der Kosten ermittelt, die ihm für M 2 tatsächlich entstanden sind. Soweit er dabei auch Rückgriff auf Ansätze aus seiner Kalkulation genommen hat – nämlich bei Arbeit und Gerät – ist das unproblematisch, da im Zweifel davon auszugehen ist, dass die Kalkulation die Kosten, die U tatsächlich entstehen, zutreffend wiedergibt.<sup>4</sup> Die Verwendung *unbestrittener* kalkulatorischer Ansätze steht deshalb nicht in Widerspruch zur Preisermittlung aufgrund der tatsächlichen Kosten. So verhält es sich im Beispiel 1, da B die kalkulierten Werte für Arbeit und Gerät nicht bestritten hat. Somit entstehen U durch die geänderte TL 8 *tatsächlich* Einzelkosten der Teilleistung von 160 €.

## II. Zum Zuschlagsfaktor

Auch gegen den Ansatz eines Zuschlagsfaktors von 1,4<sup>5</sup> für allgemeine Geschäftskosten und Gewinn ist auf den ersten Blick nichts einzuwenden.

Der angemessene Zuschlag für die Vergütungsermittlung wird im Rahmen von § 2 VOB/B genau wie bei § 650c BGB<sup>6</sup> idealerweise mit dem Wert angesetzt, der sich aus der Relation der unveränderten vertraglich vereinbarten Vergütung (im Beispiel 1: 140 €) zu den tatsächlichen Kosten der unveränderten Leistung (im Beispiel 1: 100 €) ergibt. Dieser Faktor spiegelt die Marge wider, die der Unternehmer mit dem unveränderten Vertrag erwirtschaften kann. Es ist angemessen und gerecht, hierauf für die Preisanpassung zurückzugreifen, da es sich um das Verhandlungsergebnis handelt, das die Parteien bei Vertragsschluss erzielt haben.<sup>7</sup> Dabei ist letztendlich der Zuschlagsfaktor maßgeblich, der sich aus der Gesamtleistung des Vertrags ergibt – also der Relation von Gesamtvergütung zu Gesamtkosten – während der hiervon möglicherweise abweichende Zuschlagsfaktor, der sich aus einer einzelnen Teilleistung ergibt, im Streitfall nicht entscheidend ist.<sup>8</sup> Wenn die Vertragsparteien allerdings – wie häufig – den neuen Preis nur anhand einer einzelnen Teilleistung ermitteln, ist diese Extrapolation zulässig, solange beide Seiten die Vereinfachung akzeptieren und keine die Ermittlung des Zuschlagsfaktor auf breiterer Basis, also unter Einbeziehung weiterer Einzelpositionen, fordert.

So ist es im Beispiel 1 geschehen, in dem B den Zuschlagsfaktor von 1,4, der sich aus unveränderten Teilleistung TL 8 ergibt, für die zu ermittelnde neue Vergütung heranzieht.



### III. Substitutionsmethode

Die Methode der Preisermittlung, die U in Beispiel 1 angewendet hat, soll hier als *Substitutionsmethode* bezeichnet werden. Denn U hat die neue Vergütung für die geänderte Leistung ermittelt, indem er in der Kalkulation der ursprünglichen Leistung die Kosten des entfallenen Materials M 1 (= 40 €) durch die tatsächlichen Kosten für das nun geforderte Material M 2 (= 100 €) ersetzt, den ursprünglichen Wert also durch den neuen Wert „substituiert“ hat. Für die geänderte Leistung TL 8 wird auf diesem Weg keine *Mehr-*, sondern eine neue *Gesamtvergütung* ermittelt.

### B. Einwand gegen die Substitutionsmethode

Im Beispiel 1 könnte B der im Wege der Substitutionsmethode für TL 8 ermittelten neuen Vergütung von 224 € Folgendes entgegenhalten:

„Im Zeitpunkt der Leistungsänderung hatte U das Material M 1 offenkundig noch nicht gekauft, denn andernfalls wären ihm für TL 8 insgesamt nicht nur die Kosten für M 2 (100 €) entstanden, sondern auch die bereits für M 1 gezahlten 40 €, sodass sie insgesamt 140 € betragen hätten. Daraus folgt: Hätte B die Leistung TL 8 nicht geändert, hätte U das Material M 1 noch für die ungeänderte Leistung kaufen müssen. Aufgrund der Preissteigerung wären ihm dadurch Kosten von 80 € entstanden. Infolge des durch die Leistungsänderung bedingten Materialwechsels hat U nun M 2 zum Preis von 100 € anzukaufen. Damit führt die Leistungsänderung bei ihm lediglich zu Mehrkosten von  $100 € - 80 € = 20 €$ . Jedenfalls gemäß § 650c Abs. 1 BGB kommt es nur auf diese Mehrkosten an, um die Mehrvergütung für die geänderte Leistung zu ermitteln. Selbst wenn man den Zuschlagsfaktor von 1,4 auf sie anwendet, errechnet sich eine Mehrvergütung von  $20 € \times 1,4 = 28 €$ . Insgesamt kann U für die Teilleistung TL 8 nur die vereinbarten  $140 € +$  die Mehrvergütung von  $28 € =$  insgesamt also  $168 €$  beanspruchen, nicht aber die von ihm ermittelten  $224 €$ .“



Was ist von diesem Einwand zu halten?

## I. Differenzmethode

Die in B's Einwand geforderte Berechnungsweise wird hier als *Differenzmethode* bezeichnet. In ihr werden nicht in der ursprünglichen Kalkulation der TL 8 die entfallenen Kosten von M 1 (= 40 €) durch die stattdessen entstehenden von M 2 (=100 €) „*substituiert*“. Stattdessen wird die *Differenz* ermittelt, zwischen den Kosten, die U durch die geänderte Leistung entstehen (im Folgenden auch „Kosten neu“ oder „N“), und den Kosten, die ihm hypothetisch tatsächlich entstanden wären, wenn TL 8 nicht geändert worden wäre (im Folgenden auch „Kosten alt“ oder „A“).

Während die Substitutionsmethode auf die Ermittlung einer neuen *Gesamtvergütung* für die geänderte Teilleistung abzielt, wird mit der Differenzmethode auf Basis der änderungsbedingten Kostendifferenz (im Folgenden auch „Mehrkosten“ oder „M“) lediglich eine *Mehrvergütung* ermittelt.

Die Differenzmethode ist in der Tat in § 650c Abs. 1 BGB als Weg zur Ermittlung der Mehrvergütung aufgeführt, wobei ihre Bemessungsgrundlage M noch mit einem angemessenen Zuschlagsfaktor zu multiplizieren ist. Somit lässt sich die Differenzmethode mit zwei Rechenschritten beschreiben:

Zunächst sind die Mehrkosten zu ermitteln:

$$M = N - A.$$

Sodann sind die Mehrkosten mit einem angemessenen Zuschlagsfaktor zu multiplizieren, um die Mehrvergütung V zu ermitteln:

$$V = M \times Z.$$

## II. Zum richtigen Zuschlagsfaktor im Beispiel 1



Für den Zuschlagsfaktor hat unter der Differenzmethode im Ausgangspunkt das Gleiche zu gelten wie unter der Substitutionsmethode. Das bedeutet: Im Zweifel gilt der sich aus dem vereinbarten Preis und den hypothetischen tatsächlichen Kosten ergebende Faktor als angemessen, da sich in ihm das vor Vertragsschluss auf dem Markt erzielte Verhandlungsergebnis der Parteien widerspiegelt. Auf diesen kalkulierten Wert kann aber nur solange zurückgegriffen werden, wie er nicht durch den Prozess der Preisermittlung widerlegt ist.

Genau das ist im Beispiel 1 aber geschehen. Denn wäre die TL 8 nicht geändert worden, hätte U das Material M 1 für 80 € erwerben müssen, da er einen früheren Kauf versäumt hatte. Bei gleichbleibenden Arbeits- und Gerätekosten wären U somit Einzelkosten der Teilleistung von insgesamt 140 € entstanden. Angesichts eines Einheitspreises von 140 €, hätte U mit dieser Teilleistung keinen Zuschlag mehr erwirtschaften können, der Zuschlagsfaktor von 1,4 wäre mit der Teilleistung TL 8 somit nicht darstellbar gewesen. Zwar kommt es für die Ermittlung der Mehrvergütung letzten Endes nicht auf den Zuschlagsfaktor an, der sich aus einer einzelnen Teilleistung ergibt, sondern auf denjenigen aus der Gesamtleistung. Aber diesen kann U im Beispiel 1 im Zweifel nur mit seiner Kalkulation belegen. Dagegen könnte B einwenden, dass diese Kalkulation, bei der einzigen Position, bei der ihre Ansätze kontrolliert werden – der Position TL 8 – soeben widerlegt worden sei. Damit seien Zweifel angebracht, ob die Kalkulation denn hinsichtlich der anderen Positionen und des Gesamtzuschlags richtig sein kann. Wenn B mit dieser Begründung den kalkulierten Zuschlagsfaktor streitig stellt, müsste U ihn anhand der Kosten seiner Gesamtleistung darlegen und beweisen, was schwierig werden dürfte.<sup>9</sup> Daher dürfte es in den meisten Fällen der praktikabelste Weg sein, den Zuschlagsfaktor bei punktuell falsifizierter Kalkulation einer Einzelleistung unabhängig vom Vertrag zu bestimmen, indem ein nach allgemeinen Maßstäben als angemessen geltender Wert in Ansatz gebracht wird, was von der Vorgabe eines „angemessenen Zuschlags“ in § 650c Abs. 1 BGB bzw. im Paukenschlagurteil gedeckt ist. Ein Zuschlagsfaktor von 1,2, mit dem allgemeine Geschäftskosten und Gewinn abgedeckt werden, dürfte innerhalb der Spanne angemessener Zuschlagshöhen liegen.<sup>10</sup>

### III. Ergebnis der Differenzmethode

Im Beispiel 1 errechnet sich B's Vergütung für die geänderte Leistung TL 8 auf Basis der Differenzmethode somit wie folgt:

Mehrkosten:  $M = N - A = 100 \text{ €} - 80 \text{ €} = 20 \text{ €}$ .

Mehrvergütung:  $V = M \times Z = 20 \text{ €} \times 1,2 = 24 \text{ €}$



Um die vollständige Vergütung für die geänderte Leistung TL 8 zu ermitteln, ist die Mehrvergütung noch zu der vereinbarten Vergütung von TL 8 hinzuzurechnen:

Ursprüngliche Vergütung von TL 8 + Mehrvergütung = 140 € + 24 € = 164 €.

Während sich nach der Differenzmethode für die geänderte TL 8 eine Vergütung von insgesamt 164 € ergibt, sind es nach der Substitutionsmethode 224 €.

Somit gibt es zwei unterschiedliche Ergebnisse, die beide das Kriterium des Paukenschlagurteils erfüllen, wonach die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge „maßgeblich“ sein müssen.<sup>11</sup>

## C. Grund für die Unterschiede

Der Grund für die unterschiedlichen Ergebnisse dieser beiden Methoden ist, dass die Differenzmethode die Kosten berücksichtigt, die U bei der ungeänderten Ausführung der Leistung *hypothetisch tatsächlich* entstanden wären (= Kosten A), die Substitutionsmethode hingegen nicht.

### I. Kosten A: tatsächlich oder kalkuliert?

Fließen die Kosten A in die Vergütungsermittlung ein, hat dies zur Folge, dass Kostensteigerungen nicht nur bei den änderungsbedingten Kosten N berücksichtigt werden, die mit ihrem tatsächlichen, aktuell hohen Preisniveau veranschlagt werden, sondern auch bei den entfallenen Kosten der ursprünglichen Leistung, die für U ebenfalls tatsächlich höher als kalkuliert angefallen wären, wenn die Leistung nicht geändert worden wäre. Werden die Kostensteigerungen zweier alternativer Materialien berücksichtigt, neutralisieren sich beide Effekte – jedenfalls teilweise – gegenseitig. Auf diesen Neutralisierungseffekt geht die im Endergebnis geringere Gesamtvergütung unter der Differenzmethode zurück.

Zwar findet auch bei der Substitutionsmethode eine Differenzbildung statt, indem die tatsächlichen Kosten N von 100 € in die ursprüngliche Kalkulation eingesetzt werden. Im Beispiel 1 erhöhen sich so die Einzelkosten der Teilleistung in der Kalkulation von TL 8 um die *Differenz* zwischen den für das ursprünglich vorgesehene Material





M 1 vorgesehenen Kosten (40 €) und den Kosten N für M 2 (100 €), also um 60 €. Aber indem die Kosten N in die Ausgangskalkulation eingesetzt werden, handelt es sich um die Differenz zwischen den *tatsächlichen* Kosten N und dem *kalkulierten* Wert der Kosten A. Demgegenüber kommt es bei der Differenzmethode auch bei den Kosten A auf die Höhe an, wie sie U *tatsächlich* hypothetisch entstanden wären, wenn die Leistung nicht geändert worden wäre.

## II. Unterschiede nicht nur bei Materialpreissteigerungen

Daraus folgt, dass Substitutions- und Differenzmethode nicht nur bei steigenden Materialpreisen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, sondern auch dann, wenn die ursprüngliche Kalkulation aus einem anderen Grund nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Beispiel 2:

U hat den Preis von TL 8 (140 €) wie im Beispiel 1 kalkuliert. B ordnet den Materialwechsel zu M 2 an. M 2 kostet 100 €. U behauptet, hätte er M 1 anschaffen müssen, hätte ihn dies bei Vertragsschluss wie auch jetzt 40 € gekostet. B weist demgegenüber zutreffend darauf hin, dass M 1 durchgängig – also bei Vertragsschluss wie auch jetzt – 60 € gekostet hätte.

In diesem Fall haben sich die Kosten von M 1 und M 2 im untersuchten Zeitraum nicht verändert. Dennoch kommen auch hier beide Methoden zu unterschiedlichen Ergebnissen. Nach der Substitutionsmethode errechnet sich wie im Beispiel 1 wieder ein neuer Gesamtpreis von 224 €. Dass M 1 mit einem unzutreffenden Wert in die Kalkulation eingesetzt war, spielt danach keine Rolle, weil ja ohnehin nur die Kosten von M 2 maßgeblich sind, die anstelle von M 1 in die Kalkulation eingesetzt werden. Demgegenüber errechnet sich nach der Differenzmethode eine Mehrvergütung von 48 € und ein neuer Gesamtpreis für TL 8 von 188 €:

$$M = N - A = 100 \text{ €} - 60 \text{ €} = 40 \text{ €}.$$

$$V = M \times Z = 40 \times 1,2 = 48 \text{ €}.^{12}$$



Gesamtpreis für TL 8:  $140 \text{ €} + 48 \text{ €} = 188 \text{ €}$ .

### III. Die Differenzmethode ist konsequenter

Somit lässt sich sagen: Die Differenzmethode verwirklicht das Prinzip der Vergütungsermittlung anhand der tatsächlichen Kosten konsequenter als die Substitutionsmethode. Bei der Differenzmethode sind die tatsächlichen Kosten sowohl bei N als auch bei A maßgeblich. Bei der Substitutionsmethode sind sie es nur bei N, während bei A der kalkulierte Wert zählt – wenngleich auf „versteckte Weise“, indem er in der Ausgangskalkulation durch N ersetzt wird. Dies führt aber dazu, dass seine eventuelle Unterkalkulation unbeachtet bleibt.

Im Beispiel 1 mag die Substitutionsmethode noch stimmig sein, weil die Kalkulation, *in der substituiert wird*, wenigstens bei Vertragsschluss zutreffend war, denn dort kostete M 1 bei Vertragsschluss tatsächlich noch 40 €.

Im Beispiel 2 hingegen war die Kalkulation von TL 8 in Bezug auf M 1 *zu jedem Zeitpunkt unzutreffend*, denn dort kostete M 1 durchgängig 60 €. Damit hat sich U im Beispiel 2 den Preis von TL 8, der ihm tatsächlich nur eine Marge von 1,17 generierte, durch den unzutreffenden Ansatz von M 1 mit 40 € „schöngerechnet“, sodass sich ein angeblicher Zuschlagsfaktor von 1,4 ergibt.

Wenn wie im Beispiel 2 feststeht, dass eine solche Kalkulation zu keinem Zeitpunkt den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hat, ist nicht ersichtlich, weshalb U berechtigt sein sollte, wegen Mehrkosten, die es in dieser Höhe nicht gibt, ein Zuschlagsniveau, das es in dieser Höhe ebenfalls nicht gibt, fortzuschreiben.

Hierin liegt ein entscheidendes Argument gegen die Substitutionsmethode.

### IV. Bedeutung der Vermutung von § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB

An dieser Stelle sei auf die Vermutung des § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB hingewiesen:



Hätte U in den Beispielfällen seine Kalkulation hinterlegt,<sup>13</sup> gälten die darin enthaltenen Ansätze als zutreffend.<sup>14</sup> Daraus folgt: Auch wenn die Differenzmethode zur Anwendung kommt, könnte sich U in den Beispielen 1 und 2 im Zweifel auf die Richtigkeit der für M 1 kalkulierten Kosten A von 40 € berufen; dass diese Kosten A tatsächlich 80 € (so im Beispiel 1 wegen nachträglicher Kostensteigerung) bzw. 60 € (so im Beispiel 2 von Anfang an) betragen, müsste B darlegen und beweisen.<sup>15</sup> Gelingt B dieser Beweis nicht, käme die Differenzmethode auf Basis des vermuteten Werts von 40 € für die Kosten A wieder zum selben Ergebnis wie die Substitutionsmethode.

## D. Welche Methode ist die richtige für § 2 VOB/B?

Was folgt nun aus diesen Überlegungen für die Preisermittlung gem. § 2 VOB/B? In welcher Form sind hier die tatsächlich erforderlichen Kosten „maßgeblich“ im Sinne des Paukenschlagurteils?<sup>16</sup> Gilt die Differenz- oder die Substitutionsmethode?

### I. Paukenschlagurteil: Substitutionsmethode bei § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

Der BGH wendet im Paukenschlagurteil für die Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die Substitutionsmethode an. Sein Sachverhalt war leicht modifiziert und vereinfacht wie folgt:

Beispiel 3:

Der Besteller B hat den Unternehmer U mit Bauleistungen nach Einheitspreisen beauftragt. Die VOB/B sind Vertragsbestandteil. Zum Leistungsumfang gehören 100 Einheiten der Teilleistung TL 7 zu einem Einheitspreis von 480 €:

7.	100	Teilleistung TL 7	480 €	48.000 €
----	-----	-------------------	-------	----------



U hat diesen Preis wie folgt kalkuliert.

Einzelkosten der Teilleistung (EKT):	400 €
Zuschlag 20 %:	80 €
Preis:	480 €

U und B sind sich darin einig, dass U mit seinen Leistungen einen Zuschlagsfaktor von 1,2 erwirtschaftet. Die von TL 7 auszuführende Menge erhöht sich auf 300 Stück. B findet heraus, dass U die Leistung an einen Nachunternehmer weitergeben hat und ihm dadurch EKT nur in Höhe von insgesamt 100 € pro Einheit entstehen. Ab Überschreitung der 10 %-Grenze fordert U die Anpassung des Einheitspreises.

Der BGH hat die Voraussetzungen der Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B als gegeben angesehen. Auch wenn in dieser Vorschrift der Begriff der „Mehr- oder Minderkosten“ erscheint, setze die Preisanpassung nach dem Wortlaut der Norm nicht voraus, dass die Mengenabweichung gegenüber dem Leistungsverzeichnis die *Ursache* für die Entstehung solcher Mehr- oder Minderkosten ist.<sup>17</sup> Vielmehr sei die Preisanpassung allein wegen der Überschreitung eines Mengenvordersatzes um mehr als 10 % vorzunehmen. In Ermangelung einer anderen Vereinbarung hat dies nach dem BGH in ergänzender Vertragsauslegung auf die Weise zu geschehen, dass zu prüfen ist, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsschluss vorhergesehen hätten, sich später nicht auf einen Einheitspreis für die Mehrmengen der Position TL 7 hätten einigen zu können.<sup>18</sup> Übertragen auf das Beispiel 3 sind auf Grundlage der Überlegungen des BGH nun die Kosten anzusetzen, die U tatsächlich durch die TL 7 entstehen, also 100 €. Auf diesen sei dann der ohnehin unstreitige bzw. vereinbarte Zuschlagsfaktor von 1,2 anzuwenden, sodass sich eine neue Vergütung von 120 € errechnet.<sup>19</sup>

Diese Anwendung der Substitutionsmethode – in der Ausgangskalkulation wird der kalkulierte Kostenansatz durch den tatsächlichen ersetzt – ist eine Folge des Umstands, dass der BGH dem Begriff der Mehr- oder Minderkosten in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die Bedeutung entzieht<sup>20</sup> und eine Preisanpassung auch unabhängig von solchen Kostenveränderungen ermöglicht, sobald eine Mengenabweichung im geforderten Umfang vorliegt. Damit ist der Anwendung der Differenzmethode, die solche Mehr- oder Minderkosten gerade voraussetzt, jedenfalls in Fällen wie dem Beispiel 3 der Boden entzogen.



Somit spricht nichts gegen die Anwendung der Substitutionsmethode, wenn es um einen Fall der Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B geht, in dem es – wie im Fall des Paukenschlagurteils bzw. im Beispiel 3 – keine mengenbedingten Kostenänderungen gibt.<sup>21</sup>

## II. Was folgt daraus für § 2 Abs. 5 VOB/B?

Dieser Befund ist aber die Folge der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B durch den BGH, somit handelt es sich um eine Sonderproblematik dieser Norm. Aus ihr kann nicht gefolgert werden, dass die Substitutionsmethode auch für § 2 Abs. 5 VOB/B das richtige Verfahren wäre, um der „Maßgeblichkeit“ der tatsächlichen Kosten Geltung zu verschaffen. Vielmehr sprechen die folgenden Argumente dafür, im Rahmen von § 2 Abs. 5 VOB/B die Differenzmethode anzuwenden:

### 1. Wortlaut von § 2 Abs. 5 VOB/B

Die Differenzmethode ist näher am Wortlaut von § 2 Abs. 5 VOB/B, der explizit die Berücksichtigung der „Mehr- oder Minderkosten“ fordert, was auf eine Differenzbildung abzielt. Zwar hat der BGH exakt dieses Begriffspaar im Rahmen von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B dahin ausgelegt, dass es dort keine *Tatbestandsvoraussetzung* für die Preisanpassung sei. Dies aber deshalb, weil eine andere Auslegung aus seiner Sicht im Widerspruch zur Bedeutung der Mengenabweichung gestanden hätte, die der BGH nach dem Wortlaut der Norm überzeugend als vorrangig ansieht.<sup>22</sup> Aus diesem Sonderproblem des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B kann nicht gefolgert werden, dass die Begriffe der Mehr- oder Minderkosten generell unverständlich bzw. praktisch handhabbar wären und dass ihnen keine Beachtung zu schenken wäre.

### 2. Parallele zu § 650c BGB

Außerdem ist zu beachten, dass die Differenzmethode nach dem Willen des Gesetzes im Rahmen der Vergütungsermittlung nach § 650c BGB zur Anwendung kommt.<sup>23</sup> Dies spricht dafür, diese Methode auch im Rahmen von § 2 Abs. 5 VOB/B heranzuziehen, einer Vorschrift, die die gleiche Problematik im Rahmen der VOB/B behandelt. Die Rechtsanwendung sollte das Ziel verfolgen, in ähnlichen wenn nicht identischen Konstellationen die gleichen Regeln auf die gleiche Weise anzuwenden und nicht ohne Not Unterschiede konstruieren – es sei denn, es gibt hierfür einen sachlichen Grund.



### 3. Verwirklichung des Prinzips der tatsächlichen Kosten

Das wichtigste Argument für die Differenzmethode ist aber, dass sie das wünschenswerte Prinzip der Vergütungsanpassung anhand der tatsächlichen Kosten<sup>24</sup> besser und widerspruchsfreier umsetzt als die Substitutionsmethode.<sup>25</sup>

### 4. Schlussfolgerung

Damit ist für die Vergütungsanpassung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B anhand der tatsächlichen Kosten die Differenzmethode heranzuziehen. Die Abweichung zur Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, wo abseits mengenbedingter Kostenänderungen die Substitutionsmethode angewendet wird, ist hinzunehmen. Sie ist der Auslegung dieser Norm durch den BGH geschuldet.

## III. § 2 Abs. 6 VOB/B

Wenn für die Vergütungsanpassung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B die Differenzmethode vorzugswürdig ist, muss dies erst recht für eine Anpassung nach § 2 Abs. 6 VOB/B gelten. Denn dort geht es um die Ermittlung einer Mehrvergütung wegen einer zusätzlichen Leistung und somit um Kosten, die zu den einkalkulierten hinzutreten, ohne sie zu ersetzen, was von vornherein besser durch die Differenzmethode abgebildet wird. Hat der Unternehmer seine Leistungen, sofern sie unverändert bleiben, also zu einem nicht auskömmlichen Preis angeboten, hat er somit auch unter § 2 Abs. 6 VOB/B nicht die Möglichkeit, diese Unterkalkulation im Wege der Substitutionsmethode zu korrigieren.<sup>26</sup> Der gegenüber § 2 Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 5 VOB/B abweichende Wortlaut von § 2 Abs. 6 VOB/B ist kein Argument, das einer Vergütungsanpassung gemäß den tatsächlichen Kosten unter dieser Norm von vornherein entgegensteht. Denn es ist weniger der Wortlaut, der für die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Kosten bei der Vergütungsanpassung nach § 2 VOB/B spricht, als der Umstand, dass dieser Ansatz in puncto Systematik, Interessengerechtigkeit und Praktikabilität gegenüber den in Betracht kommenden Alternativen schlicht vorzugswürdig ist.<sup>27</sup>

## IV. § 305c Abs. 2 BGB?

Es kommt in Betracht, dass der Unternehmer die Anwendung der für ihn häufig günstigeren Substitutionsmethode im Wege der verwerflichen Auslegung gem. § 305c Abs. 2 BGB einfordert. Voraussetzung wäre, dass die



VOB/B als vom Besteller gestellte allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen ist. Dazu ist nur erforderlich, dass der Besteller vor Auftragserteilung auf ihre Einbeziehung bestand, ob die VOB/B durch den Vertrag modifiziert wird und sie also nicht als Ganzes einbezogen ist, ist unerheblich. Denn § 305c Abs. 2 BGB ist auch dann gegen den Verwender der VOB/B anzuwenden, wenn er sie der Gegenseite ohne inhaltliche Abweichungen gestellt hat, vgl. § 310 Abs. 1 BGB.<sup>28</sup>

Aber kann § 305c Abs. 2 BGB dem Unternehmer hier helfen? Nach dieser Norm ist die dem Verwendungsgegner – also dem Unternehmer – günstigere Auslegung einer AGB-Regelung vorzuziehen, sofern nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsregeln mehrere Auslegungen rechtlich vertretbar sind.<sup>29</sup> Dabei haben allerdings Verständnismöglichkeiten außer Betracht zu bleiben, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und deshalb nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind.<sup>30</sup>

Dass § 2 VOB/B keine sprachlich eindeutige Aussage zugunsten der Differenz- oder der Substitutionsmethode enthält, ist offenkundig. In dieser Norm ist nicht einmal die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Kosten für die Preisanpassung ausdrücklich erwähnt.

Dennoch erscheint es zweifelhaft, ob die Wahl zwischen Differenz- und Substitutionsmethode wirklich eine gem. § 305c Abs. 2 BGB zu lösende Unklarheit ist. Schließlich hat der BGH auch im Paukenschlagurteil die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Kosten im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründet, obgleich auch dort die Nichtanwendung dieses Prinzips für den Unternehmer günstiger gewesen wäre.<sup>31</sup> Wenn die Auslegung der VOB/B damit im Endergebnis zur Preisanpassung anhand der tatsächlichen Kosten führt, dann lässt sich die Anwendung der Differenzmethode als Folge dieser Grundentscheidung begreifen, denn sie setzt dieses Prinzip klarer um als die Substitutionsmethode.<sup>32</sup> Für Verträge, die nach dem 31.12.2017 geschlossen wurden, ließe sich außerdem auf die nunmehr hinter § 2 VOB/B stehende gesetzliche Regelung des § 650c BGB verweisen, die ebenfalls die Differenzmethode vorsieht.

Gleichwohl ist einzuräumen, dass diese Überlegungen kein zwingendes Argument gegen die Anwendung der Substitutionsmethode zugunsten eines Unternehmers im Wege der verwennderfeindlichen Auslegung sind.

## E. Fazit

Wenn man nach dem Paukenschlagurteil der Auffassung ist, dass das Prinzip der tatsächlichen Kosten im Zweifel für sämtliche Fälle der Vergütungsanpassung gem. § 2 VOB/B gilt, sind damit zwei Möglichkeiten eröffnet, mit



denen dieses Ziel umgesetzt werden kann: Die Substitutionsmethode und die Differenzmethode. Im Pauenschlagurteil hat der BGH die Substitutionsmethode angewendet, dies ist aber eine Folge seines Verständnisses von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B und ist nicht auf § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B zu übertragen. Wenn dort das Prinzip der tatsächlichen Kosten zur Anwendung kommen soll, ist die Differenzmethode vorzugswürdig, da sie klarer umsetzt, was erstrebenswert ist.





*	Vorsitzender Richter am Kammergericht. Der nachfolgende Beitrag ist bereits in Berger/Dauner-Lieb/Fuchs, Das schuldrechtliche Fundament des Bauens. Festschrift für Werner Langen zum 65. Geburtstag, 2023, S. 341 ff., erschienen.
1	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18.
2	<a href="#">lbr-online.de</a> : Nachricht v. 26.08.2019: „Paukenslag aus Karlsruhe: BGH kassiert vorkalkulatorische Preisfortschreibung“.
3	So bereits jetzt KG, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17; Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/17; OLG Köln, Urt. v. 03.02.2021 – 136/18.
4	Vgl. KG, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18.
5	... der einem Zuschlag von 40 % entspricht.
6	Dazu vgl. Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 650c BGB, Rdnr. 5.
7	Dass man einen so verstandenen Zuschlagsfaktor auch als „Vertragspreisniveaufaktor“ bezeichnen könnte und dass der Regierungsentwurf zum neuen Bauvertragsrecht einem solchen eine Absage erteilt hat (vgl. BT-Drucks. 18/8486, S. 56), ist kein überzeugendes Gegenargument. Denn die entsprechende Passage des Gesetzesentwurfs beruht offenkundig auf einem Missverständnis und ergibt – insb. mathematisch – keinen Sinn. Sie sollte deshalb nicht überbewertet werden. So heißt es dort, die Anwendung eines „Vertragspreisniveaufaktors“ führe „zu einer Potenzierung der Gewinne und Verluste der Ausgangskalkulation“. Das ist nicht richtig. Seine Anwendung auf die tatsächlichen Kosten einer neuen oder geänderten Leistung führt dazu, dass sich eine Vergütung mit genau derselben Gewinnmarge errechnet; wie hier eine Potenzierung des Gewinns eintreten soll, ist nicht nachvollziehbar.
8	KG, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17, Rdnr. 69; auf diese Weise lässt sich auch das Problem der sittenwidrig überhöhten Einheitspreise sachgerecht lösen.
9	Nur wenn die Kalkulation hinterlegt ist und also § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB eingreift, gälte sie – mit Ausnahme der widerlegten Ansätze von Materialkosten und Zuschlag in der Position TL 8 – als richtig, sodass sie nur unter Berücksichtigung der tatsächlich zutreffenden Werte in TL 8 angepasst werden müsste. Es würde sich dann ein Zuschlagsfaktor von < 1,4 errechnen, die genaue Höhe des Zuschlagsfaktors hängt vom Anteil der Position TL 8 an der Gesamtleistung, also ihrer „Mächtigkeit“ ab.
10	Zu § 650c vgl. Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl., 2024, § 650c, Rdnr. 5.
11	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, Rdnr. 29.
12	Auch hier kann der kalkulierte Zuschlagsfaktor von 1,4 nicht in Ansatz gebracht werden, da er angesichts der tatsächlichen Kosten falsifiziert ist. Da M 1 tatsächlich 60 € gekostet hätte, hätten die EKT von TL 8 zutreffend 20 € mehr, also insgesamt 120 € betragen. Bei einem Preis von 140 € ist in der TL 8 ein Zuschlagsfaktor von 1,4 nicht mehr darstellbar, sondern nur ein solcher von $140:120 = 1,17$ . Statt diesem aus der Teilleistung TL 8 extrapolierten Wert wird der abstrakt angemessene Faktor von 1,2 in Ansatz gebracht.
13	Wobei die Kalkulation allerdings „vereinbarungsgemäß“ sein muss, was vermutlich „hinreichend detailliert“ bedeuten soll.
14	Allerdings führt § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB entgegen seinem Wortlaut nicht zu einer generellen Richtigkeitsvermutung zugunsten einer Vergütungsanpassung, die unter Zuhilfenahme der Kalkulation ermittelt worden ist, vgl. KG, Urt. v. 02.03.2021 – 21 U 1098/20.
15	Beachte: Wenn die hypothetischen tatsächlichen Kosten A möglichst gering sind, ist dies für den Unternehmer vorteilhaft, weil dieser Wert als Subtrahend, also abzuziehende Größe, in die Preisermittlung einfließt.



16	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – 21 U 34/18, Rdnr. 29.
17	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – 21 U 34/18, Rdnr. 16.
18	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – 21 U 34/18, Rdnr. 28 ff.
19	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – 21 U 34/18, Rdnr. 28 ff.
20	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – 21 U 34/18, Rdnr. 16.
21	Sind bei der Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B anders als im Paukenschlagurteil mehrmengenbedingte Kostenveränderungen zu berücksichtigen, kann auch unter § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die Differenzmethode angewendet werden.
22	BGH, Urt. v. 08.08.2019 – 21 U 34/18, Rdnr. 16.
23	... und zwar im Rahmen von Abs. 1 und Abs. 2, vgl. Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 650c BGB, Rdnr. 1 und 3 ff.
24	... dass es wünschenswert ist, ergibt sich neben dem Paukenschlagurteil aus den bereits zitierten obergerichtlichen Entscheidungen: KG, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17; Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019 – 5 U 52/19; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/17; OLG Köln, Urt. v. 03.02.2021 – 136/18.
25	Vgl. dazu oben C.III.
26	Vgl. hierzu das Beispiel 2.
27	Vgl. KG, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17; Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18; speziell zu § 2 Abs. 6 VOB/B: OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/17.
28	KG, Urt. v. 29.01.2019 – 21 U 122/18.
29	BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20, Rdnr. 30, m.w.N.
30	BGH, Urt. v. 19.01.2023 – VII ZR 34/20, Rdnr. 30, m.w.N.
31	Allerdings war im dortigen Verfahren möglicherweise nicht vorgetragen, dass der Besteller dem Unternehmer die VOB/B gestellt hatte.
32	Vgl. oben Ziff. C.II und C.III.