

Themenblatt – Vergütungsarten und Abrechnung öffentlicher Aufträge (Einheits-, Pauschal-, Stundenlohnvertrag, Aufmaß)



Die Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa



zSKS

zentrale Service- und
Koordinierungsstelle
für die Vergabe von
Bau- und Dienstleistungen

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge definiert der öffentliche Auftraggeber die auszuführende Leistung und die Art der Vergütung (z.B. Einheits- oder Pauschalpreis) in den Vergabeunterlagen. IN diesem Themenblatt finden Sie Informationen darüber, welchen Einfluss die Art der Vergütung, welche gewählt wird auf die Vergütung von Mehr- und/oder Mindermengen, sowie etwaiger Änderungsanweisungen hat.

Zweite Schlachtpforte 3
28195 Bremen
vergabeservice@wah.bremen.de
0421/ 361 - 89240
28.01.2020

Inhalt

1. Einleitung	1
2. Vergütungsarten	1
a. Leistungsvertrag	1
(1) Einheitspreisvertrag	1
(2) Pauschalvertrag	2
(3) Selbstkostenvertrag.....	3
b. Stundenlohnvertrag	3
c. Festpreis	4
d. Fehlen einer Vergütungsregelung	4
3. Vergütungsanspruch, § 2 Abs. 1 VOB/B.....	4
a. Gründe für die Änderung von Einheitspreisen im Einheitspreisvertrag (Grundsatz § 2, Abs. 2 VOB/B)	4
(1) Mehr-, Mindermengen.....	5
(2) Nachträge (zusätzliche/ geänderte Leistungen).....	6
(3) Bildung eines neuen Einheitspreises	10
b. Anpassung eines Pauschalpreises	11
(1) Mehr-, Mindermengen.....	11
(1) Nachtrag (zusätzliche/geänderte Leistung).....	11
c. Stundenlohnvertrag, § 2 Abs. 10, § 15 VOB/B	13
4. Abrechnung.....	15
a. Einheitspreisvertrag	15
(1) Feststellung der erbrachten Leistung	15
(2) Mengenermittlung (Abschnitt 5 der ATV DIN VOB/C)	15
(3) Vergütungsermittlung anhand EP/Mengen	17
b. Pauschalvertrag.....	17
c. Stundenlohnvertrag	17
5. Prüffähigkeit.....	18

1. Einleitung

Bedeutung der Vergütungsart für die Angebotskalkulation

Sie definieren die auszuführende Leistung¹ und die Art der Vergütung (z.B. Einheits- oder Pauschalpreis) in Ihren Vergabeunterlagen. Die Art der Vergütung, welche Sie wählen hat großen Einfluss auf die Vergütung von Mehr- und/oder Mindermengen, sowie etwaiger Änderungsanweisungen. Die Leistungsbeschreibung und sonstigen Vertragsbedingungen sind Grundlage für die Angebotskalkulation der Bieter und Leistungserbringung des späteren Auftragnehmers. Die Pflicht des Auftragnehmers, das Bausoll zu erbringen, korrespondiert mit Ihrer Pflicht die Leistung zu vergüten.² In diesem Themenblatt finden Sie Informationen darüber, welche Möglichkeiten, die Vergütung zu regeln, Sie haben und wie sich Ihre Wahl auf eine etwaige Leistungsänderung auswirkt.

Vergütungsarten

2. Vergütungsarten

Abhängig von Art und Umfang der auszuführenden Leistungen können Sie zwischen unterschiedlichen Vergütungsregelungen wählen.

a. Leistungsvertrag

Bei Leistungsverträgen korrespondiert die Vergütung mit dem Umfang der erbrachten Leistungen.³

Grundsatz Einheitspreisvertrag

(1) Einheitspreisvertrag

Für Bauleistungen vereinbaren Sie in der Regel eine Vergütung nach Einheitspreisen.⁴ Sie benennen auf Grundlage Ihrer Planung die ermittelten Teilleistungen (Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl) möglichst genau im Leistungsverzeichnis. Diese Mengen schätzen Sie anhand objektiver Kriterien. Ihre Schätzwerte geben Sie mit benannten Vordersätzen im Leistungsverzeichnis „vorläufig“ an. Auf Grundlage der von Ihnen geschätzten Vordersätze kalkulieren die Bieter die angebotenen Einheitspreise. Die angebotenen Einheitspreise sind verbindlich (Einheitsfestpreis). Ebenso wie Ihre Mengenangaben ist jedoch auch die Angebotssumme des Bieters nur vorläufig. Abgerechnet wird nämlich nicht nach ausgeschriebener, sondern nach tatsächlich ausgeführter Menge. Der Schlusspreis ist anhand der tatsächlich ausgeführten Mengen multipliziert, mit den angebotenen Einheitspreisen, zu errechnen.⁵

Grundlage: Schätzwerte

Abrechnung: tatsächlich ausgeführte Menge

Mehr- oder Mindermengen gemessen an den (geschätzten) Vordersätzen des Leistungsverzeichnisses sind grundsätzlich keine Auftragsänderung.

Mehrmengen sind grds. keine Auftragsänderung

¹ § 1 VOB/B; Beschreibung mit Leistungsverzeichnis, § 7 Abs. 9-12 VOB/A oder Leistungsprogramm (funktionale Leistungsbeschreibung), § 7 Abs. 13-15 VOB/A.

² § 2 VOB/B.

³ § 4 Abs. 1 VOB/A.

⁴ § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

⁵ BGH, VII ZR 198/94.

Weisen Sie keine Änderung vom Leistungserfolg an, handelt es sich trotz dieser Mehr- oder Mindermengen um die Erbringung der (ursprünglich) vertraglich geschuldeten Leistung. Der Umfang der tatsächlich erforderlichen Leistungen zur Erreichung dieses geschuldeten Erfolgs weicht lediglich von den, bei Aufstellen des Leistungsverzeichnisses, geschätzten Mengen ab.⁶

(2) Pauschalvertrag

In geeigneten Fällen (wenn die Leistung nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist) können Sie ausnahmsweise eine Pauschalsumme als Vergütung vereinbaren. Eine Pauschalierung hat während des Vergabeverfahrens den praktischen Vorteil, dass Sie etwaige Einheitspreise nicht aufklären müssen und bei der Abrechnung Mengennachweise nicht erforderlich sind. Die Vereinbarung eines Pauschalpreises kann für Sie das Risiko der Erhöhung der Kosten vermindern, weil Mehrmengen grundsätzlich nicht zu einer Mehrvergütung führen. Andererseits beinhaltet ein Pauschalpreis das Risiko, dass Sie trotz des Auftretens von Mindermengen den vereinbarten Preis unverändert zahlen müssen.⁷

Ausnahme Pauschalvertrag

Vorteil bei der Abrechnung

Vorteile/Risiken

Beispiele

- **Umfang genau bestimmt** - Bei Tiefbauarbeiten sind unerwartete Baugrundverhältnisse mit Auswirkungen auf die auszuführenden Leistungen oder Mengenabweichungen nicht selten. Die vorgesehenen Voraussetzungen für den Abschluss eines Pauschalpreisvertrags sind daher regelmäßig nicht erfüllt.⁸
- **Abgrenzung zum Einheitspreisvertrag** – Wollen Sie abweichend von der Standardvergütungsart (Einheitspreis) einen Pauschalpreisvertrag schließen, müssen Sie dies ausdrücklich und unmissverständlich in den Vergabeunterlagen benennen. Wenn Sie lediglich vereinbaren, der Auftragnehmer schulde eine „fix und fertige Leistung“, so lässt diese Beschreibung der Leistungsseite allein noch keinen Schluss auf die Vergütungsseite dahin zu, es sei eine Pauschalvergütung vereinbart. Auch bei Einheitspreisverträgen gibt es „fix und fertig“ Klauseln.⁹
- Die Formulierung in den Vergabeunterlagen „**Abrechnung nach Aufmaß**“ schließt einen Pauschalpreis aus.
- **Risiko für geschuldeten Leistungserfolg** - Fehlen im Leistungsverzeichnis Teilleistungen, welche erforderlich sind, den geschuldeten Leistungserfolg herbeizuführen, trägt der Auftragnehmer bei einem Pauschalvertrag hierfür das Risiko und hat er diese Leistung daher ohne Mehrvergütung auszuführen.

⁶ Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, § 2, Rn. 57; Beck'scher VOB-Kommentar/Jansen, § 2 Abs. 2 VOB/B Rn. 10.

⁷ OLG Naumburg, 2 U 92/12.

⁸ OLG Naumburg, 2 U 92/12.

⁹ OLG Köln, BauR 1991, 615.

Beispiel: Im Leistungsverzeichnis fehlten die Sicherheitsgruppen für den Einbau eines Heizwasserspeichers. Nach den technischen und sicherheitsrelevanten Vorschriften waren die Heizwasserspeicher mit den fehlenden Sicherheitsgruppen zu versehen. Diese Leistung hatte der Auftragnehmer ohne Mehrvergütung zu erbringen.¹⁰

Ausnahme Selbstkostenvertrag

(3) Selbstkostenvertrag

Wie für Leistungsverträge üblich, wird auch die Vergütung beim Selbstkostenvertrag abhängig vom Umfang der Leistung geschuldet. Bei den Selbstkostenpreisen dürfen nur die angemessenen Kosten des Auftragnehmers berücksichtigt werden.¹¹ Abgerechnet werden die Selbstkosten des Auftragnehmers und etwaige vereinbarte Zuschläge. Die Vergütung nach Selbstkosten wird in der VOB/A nicht erwähnt, allerdings in § 2 Abs. 2 VOB/B benannt. Diese Vergütungsregelung dürfen Sie nur ausnahmsweise wählen, wenn Sie die Kosten nur ungenau geschätzt und/oder kalkuliert werden können, möglich z. B. bei Asbestentsorgung.

Ausnahme Stundenlohnvertrag

b. Stundenlohnvertrag

Für (Bau-) Leistungen geringeren Umfangs, die überwiegend Lohnkosten verursachen, können Sie (abweichend vom Leistungsvertrag) eine Vergütung nach Stundenlohn vereinbaren.¹² Beim Stundenlohnvertrag wird der Auftragnehmer nach zeitlichem Aufwand bezahlt. Gleichwohl wird auch beim Stundenlohnvertrag ein Erfolg geschuldet, weswegen es sich auch hierbei um einen Werkvertrag und nicht um einen Dienstleistungsvertrag handelt.¹³

Abgrenzung (un-) selbständige Stundenlohnarbeiten

Zu differenzieren sind selbständige Stundenlohnarbeiten und unselbständige Stundenlohnarbeiten. Selbständig sind Stundenlohnarbeiten, wenn Sie diese als eigenen Vertrag (ohne Verbindung zu einem Leistungsvertrag) vergeben. Unselbständig sind im Zusammenhang mit Leistungsverträgen ausgeschriebene zusätzliche Leistungen. Unselbständige

Unbedingt erforderlicher Umfang

Stundenlohnarbeiten dürfen nur im unbedingt erforderlichen Umfang in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.¹⁴ Der erforderliche Umfang ist festzustellen und in einem Vermerk zu begründen. Erforderlich sind Stundenlohnarbeiten nur hinsichtlich solcher Leistungen, die sich in keiner Weise einer anderen im Leistungsverzeichnis angelegten Leistungsposition zuordnen lassen. Unselbständige Stundenlohnarbeiten dürfen nicht

¹⁰ OLG Koblenz, 1 U 1375/94.

¹¹ § 5 Abs. 1 Verordnung PR Nr 30/53.

¹² § 4 Abs. 2 VOB/A.

¹³ OLG Karlsruhe, 17 U 96/01.

¹⁴ § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/A.

pauschal als ergänzende Auffangposition für alle unvorhergesehenen Zusatzleistungen herangezogen werden.

„Geringeren Umfang“¹⁵ haben Stundenlohnarbeiten, wenn die Vergabe als Leistungsvertrag nicht lohnt und daher keine Angebote zu erwarten sind. Für angehängte Stundenlohnarbeiten bildet das Verhältnis zu den im Vertrag ansonsten vorgesehenen „Hauptleistungen“ den Bewertungsmaßstab.

- **Stundenlohnarbeiten** kommen insbesondere in Betracht, wenn sich der Arbeitsaufwand nur schwer/ungenau abschätzen lässt.

c. Festpreis

Bei allen vorgenannten Vertragsarten sind die vereinbarten Preise Festpreise. Die Preise, welche der Bieter anbietet, verändern sich während der Vertragslaufzeit grundsätzlich nicht. Sind wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten, deren Eintritt oder Ausmaß ungewiss ist, kann eine angemessene Änderung der Vergütung in den Vertragsunterlagen vorgesehen werden (z.B. Lohn-, Stoffpreisgleitklauseln¹⁶). Unter welchen Bedingungen eine Preisänderung vorzunehmen ist und wonach sich der neue Preis berechnet sind festzulegen.¹⁷

Fehlen einer Vereinbarung

d. Fehlen einer Vergütungsregelung

Vereinbaren Sie für eine Leistung oder einen Teil der Leistung keine wirksame Vergütung, schulden Sie die übliche Vergütung.¹⁸ Üblich ist der Preis, der für Leistungen gleicher Art und Güte sowie gleichem Umfang am Ort der Werkleistungen nach allgemein anerkannter Auffassung der beteiligten Kreise zu zahlen ist.¹⁹ Welcher Preis dies ist, ist im Einzelfall zu ermitteln.

Auswirkungen auf die Vergütung bei Auftragsänderungen

3. Vergütungsanspruch, § 2 Abs. 1 VOB/B

Abhängig von Ihrer Wahl der Vergütungsregelung wirken sich Mehr- und Mindermengen, sowie Änderungen am Bausoll unterschiedlich aus:

a. Gründe für die Änderung von Einheitspreisen im Einheitspreisvertrag (Grundsatz § 2, Abs. 2 VOB/B)

Für die Frage, ob der Bieter einen Anspruch auf Anpassung der Einheitsfestpreise hat, ist zu differenzieren einerseits zwischen Mehr-/Mindermengen und andererseits Nachträgen (zusätzlichen oder geänderten Leistungen).

¹⁵ „bei Instandsetzungs-, Aufräumungs-, Abbruch- oder sonstigen kleineren Bauarbeiten, die einfacherer Art sind.“, aufgehobener § 11 Baupreisverordnung.

¹⁶ Formulare 224, 225 VHB.

¹⁷ § 9d VOB/A und VOB/A-EU.

¹⁸ § 632 Abs. 2 BGB.

¹⁹ BGH, VII ZR 239/98; BGH, I ZR 145/97.

(1) Mehr-, Mindermengen

Bei Mehr- und Mindermengen bleibt das Bausoll (Leistungsziel, -erfolg), wie bezuschlagt, unverändert bestehen. Es zeigt sich während der Bauausführung lediglich, dass die hierfür erforderlichen Teilleistungen umfangreicher oder geringer ausfallen, als von Ihnen geschätzt und in den Vergabeunterlagen angegeben. Die Abgrenzung zu Nachträgen ist nicht immer eindeutig, da Mehr- und Mindermengen abhängig davon, ob sie auf einer Anordnung des Auftraggebers beruhen oder nicht, als bloße Mehr- oder Mindermenge oder als Nachtrag zu einzuordnen sein können.

Abgrenzung Nachtrag zu Mehr-/Mindermengen

- Sind die Massen einer Erdaushubleistung in dem Leistungsverzeichnis zu gering angegeben, weil sich der Auftraggeber vermessen, überschätzt oder verrechnet hat, ist dies eine bloße Mehrmenge.
- Ordnet der Auftraggeber hingegen an, dass eine Grube in einer anderen Dimensionierung ausgeführt werden soll, als ursprünglich beauftragt, ist dies eine geänderte Leistung.

Differenziere Mehr- und Mindermengen und

Mengenabweichungen über/unter 10 %

Zum einen müssen Sie zwischen Mehr- und Mindermengen, zum anderen zwischen Mehr- oder Mindermengen von über bzw. unter 10 % zu unterscheiden. Bei **Mengenabweichungen unter 10 %** bleiben die Einheitspreise unangetastet, da die VOB/B diese als unerhebliche Abweichung betrachtet.²⁰ Etwaige Mehr- oder Mindermengen werden entsprechend der vertraglich vereinbarten Einheitspreise vergütet.

Mehrmengen > 10 %

Ergeben sich **Mehrmengen von über 10 %**, gilt bis zu dieser Grenze der alte Einheitspreis. Für die 10 %-Grenze übersteigenden Mehrmengen können beide Vertragsparteien die Vereinbarung eines neuen Einheitspreises verlangen.²¹ Die Preisanpassung erfolgt nicht automatisch! Die Vereinbarung erfolgt unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten. Zur Ermittlung des neuen Preises sind grundsätzlich Vertragspreise und ihre Einzelbestandteile, wie sie sich aus der ursprünglichen Kalkulation des Auftragnehmers ergeben fortzuschreiben.²² Bei der Berechnung des Einheitspreises für Mehrmengen über 10% werden Allgemeine Geschäftskosten mit dem kalkulatorisch vorgesehenen Prozentaufschlag berücksichtigt.²³ Hierzu hat der Auftragnehmer die Kalkulation seines ursprünglichen Angebotspreises offenzulegen.²⁴

²⁰ § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B.

²¹ § 2 Abs. 3 Nrn. 2, 3 VOB/B.

²² BGH, VII ZR 201/06, VII ZR 216/08.

²³ OLG Nürnberg, 4 U 2049/02; OLG Schleswig, BauR 1996, 127.

²⁴ OLG München, 27 U 191/92.

- Das **Risiko einer unauskömmlichen Kalkulation** trägt der Unternehmer allein.²⁵ Hat er bewusst unter Wert kalkuliert, muss er sich grundsätzlich auch bei der Vergütung der über 110% hinausgehenden Mehrmengen an den von ihm kalkulierten Ansätzen festhalten lassen.²⁶

Nicht geregelt ist der Fall, wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen vorzunehmen ist, wenn keine Einigung über den neuen Einheitspreis zwischen den Vertragsparteien zustande kommt. Können sich die Parteien nicht auf einen neuen Einheitspreis verständigen, so entscheidet im Streitfall das angerufene Gericht. In diesen Fällen, bringt der Maßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge einen bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen der Vertragsparteien.²⁷

Minderungen > 10 %

Ergibt sich hingegen eine **Mindermenge von mehr als 10 %**, hat nur der Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung des Einheitspreises. Diese Anpassung betrifft dann nicht nur die 10 % übersteigende Mindermenge, sondern den Einheitspreis insgesamt. Der Mehrbetrag ist anhand der sich durch die Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge zu berechnen.

- Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Voraussetzungen eines Anspruchs bei Mengenunterschreitung trägt der Auftragnehmer, der insbesondere die Kalkulation seines ursprünglichen Angebots, die sogenannten Urkalkulation, offenzulegen hat.²⁸
- Sind sowohl bei Mehr-, als auch bei Minderungen abhängig vom Einheitspreis **Pauschalsummen für bestimmte Leistungen** vereinbart, erfolgt auch eine Anpassung dieser abhängigen Pauschalen.²⁹

Nachträge

(2) Nachträge (zusätzliche/ geänderte Leistungen)

Von der Anpassung der Vergütung wegen Mehr- oder Minderungen zu unterscheiden ist die Vereinbarung von Nachträgen. Ein Nachtrag ist eine Änderung des vereinbarten Bausolls (Änderungen auf der Leistungsseite), durch eine Anordnung von Ihnen (Auftraggeber), nach Vertragsschluss. Dieses Risiko kann der Bieter bei der Kalkulation seines Angebots nicht berücksichtigen und muss dieser daher auch nicht tragen. Eine etwaige 10 %-Bagatellschwelle für die Anpassung der Vergütung, wie bei Mehr- oder Minderungen, existiert nicht.

Änderung nach Vertragsschluss

²⁵ BGH, VII ZR 13/10.

²⁶ OLG Köln, I-17 U 83/13.

²⁷ BGH, VII ZR 34/18.

²⁸ OLG Schleswig, 11 U 110/92.

²⁹ § 2 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B.

**Pflicht zur Ausführung gegen
Vergütungsanpassung**

(a) Geänderte Leistung, §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B

Sie haben das Recht, den Bauentwurf³⁰ und die darin enthaltenen Leistungen einseitig zu ändern und eine modifizierte Ausführungsweise anzuordnen (statt der ursprünglich vertraglich vorgesehenen Leistung).³¹ Der Auftragnehmer ist dazu verpflichtet, Ihrer Anordnung Folge zu leisten, erhält im Gegenzug jedoch einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung.³² Der neue Preis ist unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.³³

Beispiel: Beim Bau einer Straße wurde statt der angegebenen Aushubtiefe von 0,6m aufgrund der Tragfähigkeit des Untergrunds ein Aushub von 1,6m erforderlich. Hier handelte es sich nicht nur um die fehlerhafte Schätzung des Auftraggebers den Aufwand des Bausolls betreffend. Vielmehr war das Bausoll als solches falsch ausgeschrieben worden. Die Aushubtiefe von ca. 0,6m war durch Anordnung des Auftraggebers auf 1,60 m Tiefe auszuheben. Dies wurde als Änderung des Bauentwurfs betrachtet, wodurch sich die Grundlage des Preises geändert hat.³⁴

Weitere **Beispiele** für geänderte Leistungen:

- Änderung der Fliesenqualität auf Anordnung des Auftraggebers
- Höhere Bodenbelastbarkeit einer Turnhalle auf Anordnung des Auftraggebers
- Planänderungen, welche zu Mengenverschiebungen führen (z.B. geänderte Raumaufteilung)

(b) Zusätzliche Leistung, §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B

Sie können nicht vereinbarte Leistungen, die zur Erreichung des vertraglichen Leistungsziels erforderlich werden, anordnen, es sei denn der Betrieb des Auftragnehmers ist auf derartige Leistungen nicht eingerichtet (zusätzlich zu der ursprünglich vorgesehenen Leistung).³⁵ Andere Leistungen können Sie dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen. Korrespondierend mit Ihrem Anordnungsrecht hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung.³⁶

³⁰ Gesamtheit aller Vorgaben für die bautechnische Leistung des Auftragnehmers.

³¹ § 1 Abs. 3 VOB/B.

³² § 2 Abs. 5 VOB/B.

³³ Dies gilt jedenfalls, soweit die Regelungen der VOB/B gelten. Ist die VOB/B abbedungen oder nicht anwendbar, gibt § 650c BGB vor, dass die Höhe der Vergütung für den vermehrten oder verminderten Aufwand nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln ist.

³⁴ OLG Düsseldorf, 23 U 138/89.

³⁵ § 1 Abs. 4 Sa 1 VOB/B.

³⁶ § 2 Abs. 6 VOB/B.

Ankündigungsgebot

- Bloße Mehrleistungen (z.B. Fliesen eines Bades bis in eine Höhe von 1,8m statt nur bis 1,4m)

Der Auftragnehmer muss Ihnen seinen Anspruch jedoch ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt (Anspruchsvoraussetzung!).³⁷ Trotz fehlender Ankündigung kann der vollständige Verlust des Anspruchs auf Vergütung unangemessen sein, z.B. wenn die rechtzeitige Ankündigung des Vergütungsanspruchs Ihre Lage nur partiell verbessert hätte, etwa, weil eine preiswertere Alternative bestanden hätte. Dann wird der Vergütungsanspruch entsprechend gekürzt.³⁸ Eine Ankündigung kann ausnahmsweise entbehrlich sein, z.B. wenn Sie bei Forderung der Leistung von Ihrer Entgeltlichkeit ausgehen mussten oder Ihnen nach Lage der Dinge keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer blieb.

- In der Leistungsbeschreibung vergessene Leistungen, z.B. Verfugung, Abdichtung oder vergessene Zwischenschritte

(c) Eigenmächtige Leistung, § 2 Abs. 8 VOB/B

Leistungen, welche der Auftragnehmer ohne Auftrag ausgeführt hat, müssen Sie grundsätzlich nicht vergüten.³⁹ Erkennen Sie diese Leistungen nachträglich an oder waren die Leistungen zur Erfüllung des Auftrages notwendig, entsprachen diese Ihrem mutmaßlichen Willen und hat der Auftragnehmer Ihnen die Leistung unverzüglich angezeigt, finden die Regelungen zur Anpassung der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen entsprechende Anwendung.⁴⁰

(d) „Nullmengen“

Einordnung von „Nullmengen“

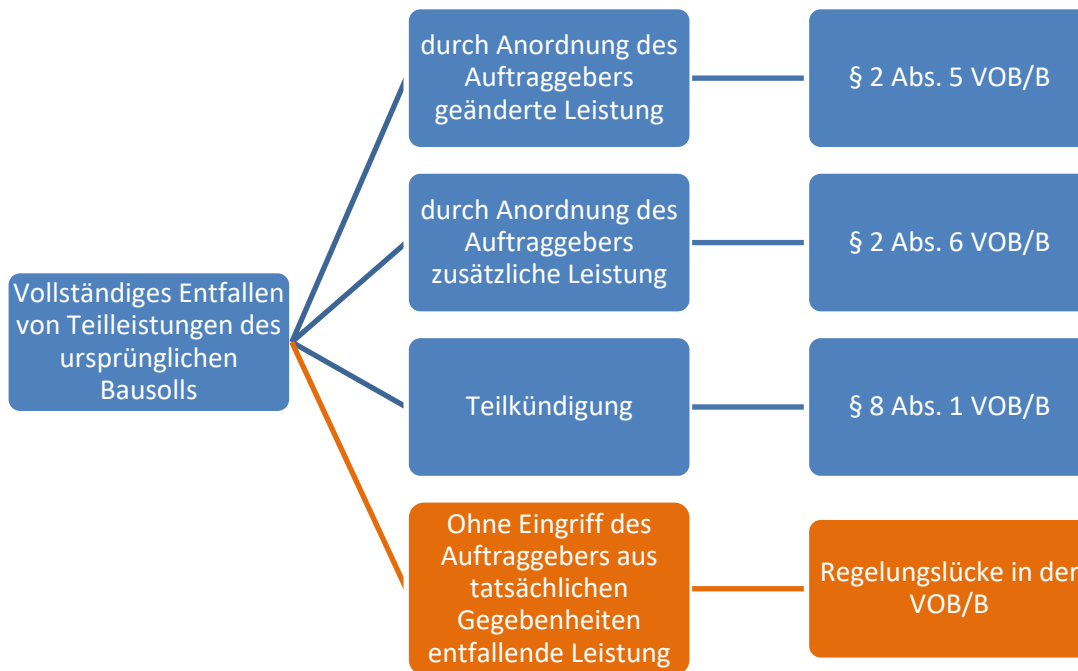
Problematisch ist, wie die Vergütung berechnet wird, wenn ganze Positionen (Nullmengen“) wegfallen. Diesbezüglich ist danach zu differenzieren, was Anlass für den Wegfall ist. Dies können sein:

³⁷ § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.

³⁸ BGH, VII ZR 245/94.

³⁹ § 2 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B.

⁴⁰ § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B.



Der Bundesgerichtshof⁴¹ nimmt an, dass hinsichtlich der Anpassung der Vergütung beim vollständigen Wegfall von Leistungspositionen eine Regelungslücke bestehe, da die Regelungen zu einer mehr als 10-prozentigen Unterschreitung des Mengenansatzes⁴² in diesen Konstellationen nicht – direkt – greife und, wenn keine Teilkündigung erklärt werde die Regelung zur Vergütung bei Kündigung⁴³ (Anrechnung der ersparten Aufwendungen) ebenfalls nicht anwendbar sei. Wenn keine ändernde Anordnung des Auftraggebers vorliege, scheide schließlich auch die Anwendung der für diese Sachverhalte existierenden Vergütungsregelungen⁴⁴ aus.

Anknüpfend an den hypothetischen Parteiwillen gäbe es jedoch keinen sachlichen Grund dafür, dem Auftragnehmer die von ihm für entfallene Leistungen kalkulierten Deckungsanteile zu versagen, die ihm selbst bei einer Mengenminderung auf 1%⁴⁵ erstattet würden. Daher nimmt der Bundesgerichtshof an, die Parteien hätten, hätten sie diesen Fall bedacht, die entsprechende Anwendung der Regelungen für das mehr als 10-prozentige Unterschreiten des Mengenansatzes⁴⁶ vereinbart.

Analoge Anwendung von § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

Verrechnung

Das führt dazu, dass der Auftragnehmer keine Vergütung beanspruchen kann, soweit er durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in

⁴¹ BGH, VII ZR 19/11.

⁴² § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B.

⁴³ § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B.

⁴⁴ § 2 Abs. 5, bzw. 6 VOB/B.

⁴⁵ Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, § 2, Rn. 153.

⁴⁶ § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B analog.

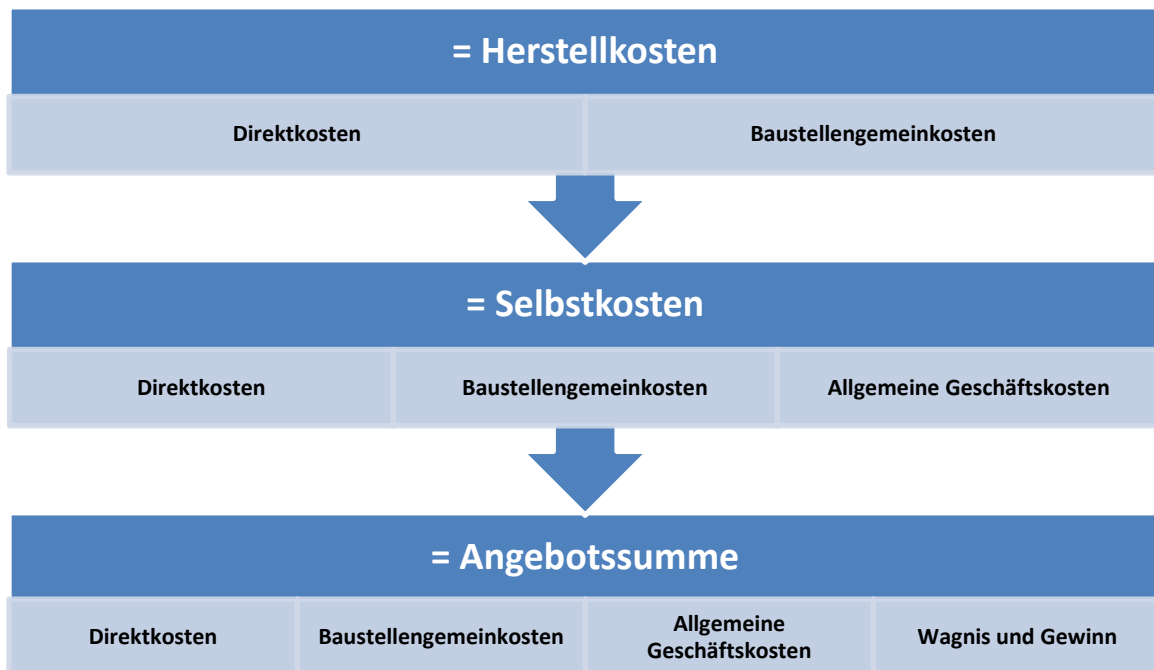
anderer Weise einen Ausgleich erhält (z.B. über 110% hinausgehenden Mehrmengen; zusätzliche Vergütungsansprüche für geänderte Leistungen oder zusätzliche Leistungen).

Vorkalkulatorische Preisfortschreibung

(3) Bildung eines neuen Einheitspreises

Besteht ein Grund für die Änderung eines Einheitspreises, so wird dieser grundsätzlich⁴⁷ unter Bindung an die Ursprungskalkulation des Bieters fortgeschrieben (vorkalkulatorische Preisfortschreibung). Sie vereinbaren den neuen Preis also nicht frei durch Verhandlung mit dem Auftragnehmer, unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten, sondern ermitteln diesen anhand der Ursprungskalkulation rechnerisch. Dem Auftragnehmer bleibt auf diese Weise bei einem großzügig kalkulierten Preis dieser Vorteil ebenso erhalten, wie bei einem knapp kalkulierten Angebot auch dieses Äquivalenzverhältnis bestehen bleibt.⁴⁸

Der Bieter errechnet für sein Angebot die Einheitspreise für die einzelnen Leistungspositionen. Die **Angebotssumme** setzt sich wie folgt zusammen:



Definitionen

- **Direktkosten** = Einzelkosten der Teilleistung
- **Baustellengemeinkosten** = Kosten die für die gesamte Baustelle anfallen und in Form eines Prozentsatzes auf die Direktkosten umgelegt werden
- **Allgemeine Geschäftskosten** = Allgemeine Verwaltungskosten für das gesamte Unternehmen, welche prozentual auf den geplanten Umsatz umgelegt werden

⁴⁷ Bei einer grundlegenden Änderung der Umstände gilt § 313 BGB.

⁴⁸ BGH, VII ZR 18/11.

- **Wagnis und Gewinn** = Risikozuschläge und Gewinnmarge

Zeitpunkt der Preisanpassung

Eine Anpassung der Einheitspreise ist auch noch nach Stellung der Schlussrechnung möglich. Für den Preisänderungsanspruch gelten die allgemeinen Vorschriften des BGB. Die VOB/B sieht für Mengenüberschreitungen keine Ankündigungs-/Hinweispflicht vor. Es ist unzulässig, in die AGB eine Hinweispflicht für Mengenänderungen aufzunehmen.

b. Anpassung eines Pauschalpreises

Grundsätzlich bleibt die Vergütung beim Pauschalvertrag unverändert.⁴⁹

(1) Mehr-, Mindermengen

Soweit die Abweichung von der vertraglich vorgesehenen Leistung nicht in der Anordnung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung besteht, kommt eine Anpassung der Pauschalsumme nur in Betracht, wenn die „ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich abweicht, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist“

(„Opfergrenze“).⁵⁰ Hinsichtlich bloßer Mehr- und Mindermengen, welche ohne Ihr Zutun eintreten, kommt eine Anpassung der Vergütung daher nur ausnahmsweise in Betracht. Ein Anspruch auf Anpassung der Vergütung scheidet jedenfalls dann aus, wenn sich Risiken realisieren, die dem Risikobereich des Bieters zuzurechnen sind.⁵¹

Unzumutbarkeit des Festhaltens am unveränderten Pauschalpreis

(1) Nachtrag (zusätzliche/geänderte Leistung)

Weicht das Bau-Ist vom Bau-Soll ab, ist auch beim Pauschalpreisvertrag die Vergütung anzupassen (jedenfalls soweit die Abweichung nicht dem (vertraglichen) Risikobereich des Auftragnehmers entstammt).⁵² Irrtümlich wird hingegen vielfach angenommen, der Auftragnehmer schulde auf Grund eines Pauschalvertrages immer „alles“, ohne Nachträge geltend machen zu dürfen. Eine solche grundsätzliche, einseitige Nachteilszuweisung beinhaltet ein Pauschalpreisvertrag jedoch nicht. Anders als der Name „Pauschalvertrag“ suggerieren mag, sind bei dieser Abrechnungsart gerade nicht alle unvorhergesehenen Änderungen des Leistungsumfanges mit abgegolten. Pauschalisiert wird die Summe, nicht die Leistung! Haben die Parteien die geschuldete Leistung durch Angaben im Leistungsverzeichnis näher bestimmt, so werden nach Zuschlag geforderte Zusatzarbeiten vom Pauschalpreis nicht umfasst.⁵³ Über die entsprechende Vereinbarung der Parteien hinausgehende Leistungen sind mithin nicht geschuldet und müssen zusätzlich vergütet werden. Welche Leistungen von der

Pauschalisiert wird die Summe, nicht die Leistung!

⁴⁹ § 2 Absatz 7 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.

⁵⁰ § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.

⁵¹ BGH, VII ZR 96/60; BGH, VI ZR 52/09.

⁵² Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, § 2, Rn. 345.

⁵³ BGH, VII ZR 50/82.

(funktionalen) Leistungsbeschreibung, erfasst sind und welche Leistungen möglicherweise zusätzlich zu erbringen und zu vergüten sind, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei ist das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände zu berücksichtigen.⁵⁴ Zur Berechnung der geänderten Vergütung gelten die zum Einheitspreisvertrag gemacht Ausführungen.⁵⁵

Beispiele

- Die oben genannte **Opfergrenze gilt nur bei Mengenerhöhungen**, die sich ihrerseits allerdings innerhalb des grundsätzlich geschuldeten Bau-Solls bewegen müssen.⁵⁶ Über die entsprechende Vereinbarung der Parteien hinausgehende (geänderte/zusätzliche) Leistungen sind auch bei einer globalen und/oder funktionalen Leistungsbeschreibung nicht geschuldet und müssen zusätzlich vergütet werden, wenn sie vom Auftraggeber verlangt werden. Die Opfergrenze (Zumutbarkeit) des § 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B ist nicht anwendbar, weil auch die globale und/oder funktionale Leistungsbeschreibung nur bis zu der sich aus ihr selbst ergebenden Grenze reicht.⁵⁷
- Spätere Nachberechnungen sind nach Treu und Glauben ausgeschlossen, soweit diese nur die bei solchen Bauvorhaben **erfahrungsgemäß üblichen und unvermeidbaren Abweichungen** der wirklichen Leistungen von den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Leistungen betreffen.⁵⁸
- Die Erwähnung von detaillierten Baumständen in den Vergabeunterlagen bedeutet nicht zwangsläufig, dass diese die Vergütungsvereinbarung beeinflussen. Vielmehr ist es auch möglich, dass die Erwähnung von detaillierten Baumständen lediglich zum Ausdruck bringen soll, wovon der Auftraggeber ausgeht, ohne dass er dies zum Vertragsinhalt erheben will. Macht der Auftraggeber jedoch **detaillierte Angaben zu den Mengen oder die Mengen beeinflussenden Faktoren, die erhebliche Bedeutung für die Kalkulation des Pauschalpreises haben**, wird das jedoch häufig nach Treu und Glauben dahin zu verstehen sein, dass diese Angaben auch nach seinem Willen zur Geschäftsgrundlage des Vertrages erhoben werden sollen. Das kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der Auftragnehmer davon ausgehen darf, der Auftraggeber habe eine gewisse Gewähr für eine verlässliche Kalkulationsgrundlage geben wollen. In solchen Fällen werden beide Parteien regelmäßig davon ausgehen, dass die beschriebenen Umstände vorliegen und auch bei der Bildung des Preises berücksichtigt werden. Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 242 BGB), so ist auf

⁵⁴ OLG Düsseldorf, 21 U 76/09; BGHZ, 176, 23.

⁵⁵ § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B.

⁵⁶ BGH, VII ZR 13/10; VII ZR 186/99.

⁵⁷ BGH, VII ZR 186/99; Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel/Kues, VOB/B, § 2, Rn. 445.

⁵⁸ BGH, VII ZR 66/63.

Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren.⁵⁹

Beispiele:

- Ist als anzutragende Estrichstärke eine Dicke 3cm anstatt der tatsächlichen 4cm angegeben, kann der Auftragnehmer eine Anpassung des Pauschalvertrages verlangen
- Heißt es in einer Leistungsbeschreibung: „Planung, Lieferung und **Einbau** einer Lüftungsanlage **je nach Erfordernis** für Bistro und Bistro-Küche“, wird mit der Formulierung "nach Erfordernis" zum Ausdruck gebracht, dass es Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrundeliegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Unter Abweichung von dieser Formulierung wiesen die bei Vertragsschluss vorliegenden Planunterlagen gleichwohl nur die Ausführung einer Lüftungsanlage in der Bistro-Küche auf. Fordert der Auftraggeber ein funktionales Angebot des Auftragnehmers zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung, so wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots des Auftragnehmers. Nach der insoweit vorzunehmenden Auslegung des Willens der Parteien war daher nur eine Lüftungsanlage in der Bistro-Küche anzubieten, während die Ausführung einer Lüftungsanlage im Bistro selbst nur gegen Zahlung einer zusätzlichen Vergütung geschuldet war.⁶⁰
- Gehört bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung zu den Aufgaben des Auftragnehmers die **Erstellung der für die Ausführung erforderlichen Statik und ist erkennbar, dass** die Berechnung der Menge des erforderlichen Bewehrungsstahls erst anhand der von ihm zu erstellenden Statik errechnet werden kann, so obliegt ihm das, mit der Angebotsabgabe zu einem Pauschalpreis einhergehende Risiko, auch wenn in der Ausschreibung bereits eine Menge erforderlichen Bewehrungsstahls angegeben wird.⁶¹

c. Stundenlohnvertrag, § 2 Abs. 10, § 15 VOB/B

Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche – vor ihrem Beginn ausdrücklich – vereinbart worden sind.⁶² Der Auftragnehmer muss Ihnen die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzeigen.⁶³ Hierdurch erhalten Sie die Möglichkeit, zu prüfen, ob und in welchem Umfang Stundenlohnarbeiten durchgeführt werden. Über die ausgeführten

Ausdrückliche Vereinbarung vor Beginn der Ausführung

⁵⁹ BGH, VII ZR 13/10, Rn. 28-33.

⁶⁰ BGH, VII ZR 194/06.

⁶¹ BGH, VII ZR 59/95.

⁶² § 2 Abs. 1 VOB/B.

⁶³ § 15 Abs. 3 Satz 1 VOB/B.

Arbeitsleistungen sind Stundenzettel zu führen und einzureichen. Sie müssen die von Ihnen bescheinigten Stundenlohnzettel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang, zurückgeben. Nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenlohnzettel gelten als anerkannt.⁶⁴

Beispiele

- Die **Ermächtigung der Bauleitung**, Stundenlohnnachweise abzuzeichnen, beinhaltet keine Vollmacht zum Abschluss einer Stundenlohnvereinbarung.⁶⁵
- Mit seiner **Unterschrift unter die vom Auftragnehmer vorgelegten Stundenlohnzettel** bestätigt der Auftraggeber lediglich, dass der Auftragnehmer diese Stunden gearbeitet hat, nicht aber auch, dass eine Stundenlohnabrede getroffen ist und der betreffende Stundenaufwand erforderlich war.⁶⁶ Hierfür trägt der Auftragnehmer die Beweislast.
- Eine vom Auftraggeber **vorformulierte Vertragsbedingung**, wonach Stundenlohnarbeiten nur vergütet werden, wenn sie vorher **schriftlich angeordnet** wurden, begegnet keinen rechtlichen Bedenken und ist **wirksam**.⁶⁷
- Eine vom Auftraggeber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestellte Klausel "**Stundennachweise sind spätestens innerhalb einer Woche** nach Erstellung vorzulegen, ansonsten erlischt der Anspruch." ist **unwirksam**.⁶⁸

Haben die Parteien einen selbständigen Stundenlohnvertrag geschlossen sind alle darin enthaltenen Leistungen ohne Bedingung beauftragt.

Selbständiger Stundenlohnvertrag

Verzichten Sie bei einem solchen Vertrag auf die Ausführung eines Teils oder aller Leistungen, ist dies als (Teil-) Kündigung zu werten. Dies hat zur Folge, dass der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen (und abzgl. eines evtl. anderweitigen Erwerbs) verlangen kann.⁶⁹ Anders ist dies, wenn lediglich die im Vertrag vorgesehene Stundenzahl unterschritten wird. In diesem Fall werden nur die tatsächlich angefallenen Stunden vergütet. Es findet bei Mehr-/Minderungen kein Gemeinkostenausgleich statt, wie bei den Einheitspreisverträgen.

In einem Leistungsverzeichnis enthaltene unselbständigen (angehängte) Stundenlohnarbeiten sind **wie Bedarfspositionen zu behandeln**. Sie gehören zunächst nicht zum Vertragsumfang, sondern stehen unter der Bedingung ihrer Beauftragung durch Sie. Kommen sie nicht zur Ausführung, steht dem Auftragnehmer keine Vergütung zu.⁷⁰ Bei angehängten Stundenlohnarbeiten gelten die vereinbarten **Stundenlohnverrechnungssätze folglich unabhängig**

Unselbständiger Stundenlohnvertrag

⁶⁴ § 15 Abs. 3 VOB/B.

⁶⁵ OLG Frankfurt, 5 U 70/06.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, 5 U 259/93; BGH VII ZR 79/02.

⁶⁷ OLG Hamm, 21 U 85/11.

⁶⁸ OLG Düsseldorf, 22 U 145/96.

⁶⁹ § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, § 649 BGB.

⁷⁰ § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B, § 649 BGB.

von den Mengensätzen im Leistungsverzeichnis bzw. der Anzahl der geleisteten Stunden.

4. Abrechnung

Prüfbare Aufstellung

Der Auftragnehmer hat seine Leistungen prüfbar abzurechnen.⁷¹ Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglicht.⁷² Die auszuführende (und abzurechnende) Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrags gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C).⁷³ Die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbedingungen und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten.⁷⁴ Vorrangig gelten individuelle Abrechnungsvereinbarungen, soweit solche nicht existieren, gelten die besonderen gewerkespezifischen Abrechnungsregeln und als Auffangregelung die ATV DIN 18299 VOB/C. Damit es zu keinen Unklarheiten kommt (DIN 18299 oder DIN deines spezielleren Gewerks), wonach abgerechnet wird, kann es sinnvoll sein, klarzustellen, nach welchen Leistungsbereichen der VOB/C eine Leistung abgerechnet wird. Darüber hinaus sollten Termine für die Vorlage und Abrechnung vorgesehen werden.

a. Einheitspreisvertrag

(1) Feststellung der erbrachten Leistung

Grundsatz

Grundsatz: „Die Leistung ist aus Zeichnungen zu ermitteln, soweit die ausgeführte Leistung diesen Zeichnungen entspricht.

Ausnahme

Ausnahme: Sind solche Zeichnungen nicht vorhanden, ist die Leistung aufzumessen.⁷⁵ Aufzumessen ist, wenn

- die ausgeführte Leistung nicht den der Baumaßnahme zugrunde gelegten Zeichnungen entspricht,
- keine Zeichnungen vorhanden sind,
- das zeichnerische Aufmaß vom Auftraggeber nicht nachvollzogen werden kann.

(2) Mengenermittlung (Abschnitt 5 der ATV DIN VOB/C)

Aufmaß

Das Aufmaß erfolgt:

- Grundsätzlich anhand exakter Messungen,

⁷¹ § 14 Abs.1 Satz 1 VOB/B.

⁷² § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.

⁷³ § 1 Abs. 1 VOB/B.

⁷⁴ § 14 Abs. 2 Satz 2 VOB/B.

⁷⁵ ATV DIN 18299 Abschnitt 5 VOB/C.

- Näherungsverfahren sind nur zulässig, wenn eine mathematisch genaue Ermittlung nicht möglich ist⁷⁶ oder dies vertraglich vereinbart wurde
- durch die nach einschlägigen DIN-Abrechnungsvorschriften zugelassene Pauschalierungen und umfasst
- Anzahl, Maß und/oder Gewicht der ausgeführten Bauleistungen.⁷⁷
 - o Führt der Auftragnehmer die Bauleistungen anders als in den zugrunde gelegten Zeichnungen aus – verzichtet er etwa bei dem Aushub von Rohrgräben auf die nach DIN 4124 erforderliche und zeichnerisch dargestellte Abböschung –, so kann er Vergütung nur für die tatsächlich nachgewiesenen und durch entsprechend konkretes Aufmaß belegten Leistungen beanspruchen⁷⁸

Die Rechnungsaufstellung erfolgt auf Grundlage des Aufmaßes.⁷⁹ Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen (Aufmaßverhandlung). Dieses Kooperationsgebot dient dem Zweck, Streitigkeiten von vornherein zu vermeiden und spätere, durch den Fortgang der Baumaßnahme erschwerte Überprüfungen überflüssig zu machen.

Gemeinsame Feststellung

Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellungen zu beantragen.⁸⁰ Es bietet sich ggf. an, vertraglich festzulegen, wer berechtigt ist, für den Auftragnehmer/Auftraggeber die Mengen zu ermitteln oder zu prüfen.

- Ein Architekt, welcher mit der technischen und geschäftlichen Oberleitung betraut ist, darf den Auftraggeber **beim Aufstellen des gemeinsamen Aufmaßes vertreten**.⁸¹

Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich trägt der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm ausgeführten und zur Abrechnung gestellten Bauleistungen. Das dokumentierte und unterzeichnete Aufmaß ist deklaratorisches Schuldanerkenntnis.⁸² Der Aufmaßerklärung widersprechende Einwendungen Ihrerseits gegen die Richtigkeit des Aufmaßes sind daher **im Nachhinein ausgeschlossen**. Allerdings wirkt das (auch gemeinsam) erstellte Aufmaß nicht als rechtsgeschäftliche Abnahme der Leistung.

Beweislastumkehr

⁷⁶ OLG Düsseldorf, 23 U 165/90.

⁷⁷ Sie haben die Abrechnungseinheit für die jeweiligen Teilleistungen in den Vorbemerkungen unter Ziff. 0.5 anzugeben.

⁷⁸ OLG Düsseldorf, 22 U 135/91.

⁷⁹ OLG Stuttgart, 10 U 146/12.

⁸⁰ § 14 Abs. 2 Satz 3, § 4 Abs. 10 VOB/B.

⁸¹ BGH, VII ZR 10/59.

⁸² OLG Hamm, 26 U 146/89.

Verlangt der Auftragnehmer jedoch das gemeinsame Aufmaß und nehmen Sie den Termin zum gemeinsamen Aufmaß nicht wahr, tritt eine Umkehr der Beweislast zu Ihren Lasten ein,⁸³ wenn ein neues Aufmaß nicht mehr genommen werden kann oder wenn eine Überprüfung des einseitig vom Auftragnehmer erstellten Aufmaßes nicht mehr möglich ist, weil die Arbeiten durch einen Dritten fortgeführt oder durch nachfolgende Arbeiten verdeckt sind.⁸⁴ Das bedeutet, Sie müssten bei Streitigkeiten vortragen und beweisen, welche Massen zutreffend oder dass die vom Auftragnehmer angesetzten Massen unzutreffend sind.

(3) Vergütungsermittlung anhand EP/Mengen

Zur Berechnung der fälligen Vergütung sind die Leistungen/Mengen den Ordnungszahlen, denen ein EP zugeordnet ist, zuzuordnen.

Einfache Abrechnung

b. Pauschalvertrag

Auch der Pauschalvertrag muss prüfbar abgerechnet werden. Sofern es jedoch bei der Pauschale verbleibt, reicht deren Aufnahme in die Rechnung abzüglich der ggf. erbrachten Abschlagszahlungen.

Nachträge

Werden zusätzlich Nachträge abgerechnet und sind diese nach Einheitspreisen abzurechnen, so gelten dieselben Anforderungen wie für Einheitspreisverträge.

Wird eine neue Pauschale gebildet, sind die geänderten, entfallenen und neuen Leistungen genau darzustellen, deren Preise gemessen an dem durch den Vertragspreis bestimmten Wert der Leistung nachträglich zu bestimmen und sodann der neue Preis zu fixieren.

c. Stundenlohnvertrag

Auch Stundenlohnarbeiten sind prüfbar abzurechnen. Soweit Rechnungen über Stundenlohnarbeiten nicht prüfbar sind, wird die Vergütung nicht fällig. Der nachvollziehbaren Abrechnung von Stundenlohnarbeiten dienen die Stundenlohnzettel, welche vom Auftragnehmer werktäglich oder in wöchentlichen Listen einzureichen sind.⁸⁵ Die hierauf basierenden Stundenlohnrechnungen sind alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von **4 Wochen** einzureichen.⁸⁶ Die Frist für die Vorlage von Stundenlohnabrechnungen beginnt grundsätzlich nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten. Wird die **Frist nicht beachtet**, so führt dies nicht zu einem Entfallen des

Stundenlohnzettel

⁸³ BGH, VII ZR 143/02.

⁸⁴ BGH, VII ZR 202/04.

⁸⁵ § 15 Abs. 3 VOB/B.

⁸⁶ § 15 Abs. 4 VOB/B.

Vergütungsanspruchs, sondern kann eine Vergütung nach § 15 Abs. 5 VOB/B rechtfertigen sowie Schadensersatzansprüche auslösen.⁸⁷

5. Prüffähigkeit

Die Rechnungsaufstellung muss folgende Formerfordernisse erfüllen:

Formerfordernisse

- 1) Die Rechnungsaufstellung muss die Reihenfolge und die einzelnen Positionen der Leistungsbeschreibung den dort verwendeten Bezeichnungen übernehmen.⁸⁸
- 2) Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen.⁸⁹
- 3) Gesondert auszuweisen sind:
 - a) Änderungen und Ergänzungen des Vertrags; sie sind auf Verlangen getrennt abzurechnen.⁹⁰
 - b) Änderungen der Einheitspreise
 - c) Massenänderungen, (Eventual- und Alternativpositionen sind nicht gesondert auszuweisen)⁹¹
- 4) Die Rechnung muss mit den Vertragsunterlagen auch im Übrigen übereinstimmen.⁹² Zu beachten sind die technischen Vertragsbedingungen und die anderen Vertragsunterlagen.
 - Die in der VOB/B enthaltenen Anforderungen an die **Prüffähigkeit dienen allein dem Schutz des Auftraggebers**.⁹³ Legt der Auftraggeber keinen Wert auf diejenigen Elemente der Schlussrechnung, die die Überprüfbarkeit der rechnerisch nachvollziehbaren und vertragsbezogen ermittelten Forderungen sicherstellen, so kann die Abrechnung nicht mangels fehlender Prüffähigkeit zurückgewiesen werden, wenn nur diese Elemente fehlen. Es ist nicht gerechtfertigt, die Abrechnung eines Einheitspreisvertrags als nicht prüffähig zurückzuweisen, wenn ein Aufmaß nicht vorliegt, der Auftraggeber die Massen jedoch nicht bestreitet.⁹⁴

⁸⁷ OLG Brandenburg, 4 U 182/01.

⁸⁸ § 14 Abs. 1 Satz 2 VOB/B.

⁸⁹ § 14 Abs. 1 S. 3 VOB/B.

⁹⁰ § 14 Abs. 1 Satz 4 VOB/B.

⁹¹ BGH, VII ZR 127/64.

⁹² OLG Hamm, 24 U 46/07; BGH, VII ZR 127/98.

⁹³ BGH, VII ZR 399/97.

⁹⁴ BGH, VII ZR 399/97.

Abrechnung durch den
öffentlichen Auftraggeber

- **Fehler der Abrechnung berühren die Prüfbarkeit nicht.** Denn für die Prüfbarkeit ist es nicht entscheidend, ob die Berechnung sachlich richtig oder falsch ist.⁹⁵
- Wird das **für Stundenlohnarbeiten verwendete und abgerechnete Material** nicht den einzelnen Arbeitsleistungen zugeordnet und lässt es sich auch nicht zuordnen, ist die Schlussrechnung nicht prüffähig.⁹⁶

Reicht der Auftragnehmer nach Setzen einer angemessenen Frist keine prüfbare Schlussrechnung ein, **können Sie diese selbst aufstellen.**⁹⁷ Dies setzt Schlussrechnungsreife voraus. Für eine prüfbare Rechnung gemäß § 14 Nr. 4 VOB/B müssen Sie in der Schlussrechnung die Leistungen des Auftragnehmers berechnen und dabei alle Ihnen zugänglichen Leistungen einstellen. Es ist dann Sache des Auftragnehmers, nach Prüfung der von Ihnen aufgestellten Schlussrechnung deren Berichtigung zu verlangen. Daraus folgt, dass Sie eine Abrechnung der erbrachten Leistungen auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarung vornehmen müssen, soweit Ihnen das möglich ist.⁹⁸

- Der Auftragnehmer kann gegen eine Schlussrechnung des Auftraggebers nicht die fehlende Prüfbarkeit wegen **Fehlens eines Aufmaßes** des Auftraggebers einwenden, wenn der Auftraggeber in seine Schlussrechnung die vom Auftragnehmer in seiner letzten Abschlagsrechnung zu Grunde gelegten Massen übernimmt und nach dieser Abschlagsrechnung keine Leistungen des Auftragnehmers mehr erbracht wurden.⁹⁹

⁹⁵ BGHZ, 136, 342.

⁹⁶ OLG Brandenburg, 4 U 182/01.

⁹⁷ § 14 Nr. 4 VOB/B.

⁹⁸ BGH, VII ZR 480/00.

⁹⁹ OLG Stuttgart, 10 U 146/12.