

**Autor:** Jochen Zilius

## Die erhebliche Unterschreitung des Mengenansatzes im VOB-Vertrag

*OLG Brandenburg, Urteil vom 16.10.2019 — Aktenzeichen: 4 U 80/18*

### **Leitsatz**

Kommt es im VOB-Vertrag infolge eines fehlerhaft kalkulierten Vordersatzes zu einer Mengenunterschreitung von mehr als 10%, kann der Auftragnehmer die Anpassung des betroffenen Einheitspreises verlangen, soweit er hierfür keinen anderweitigen Ausgleich erhält. Einen vom Auftraggeber angebotenen, aber nicht angenommenen „Kompensationsvertrag“ muss sich der Auftragnehmer nicht anrechnen lassen.

### **Sachverhalt**

Im Einheitspreisvertrag erfolgt die Abrechnung nach den tatsächlich verbrauchten Mengen, nur der Einheitspreis steht fest. Dies ist im Nachhinein nicht immer interessengerecht, denn die unternehmerische Kalkulation wird nicht selten dadurch konterkariert, dass die verarbeiteten Mengen infolge unvorhersehbarer Umstände über- oder unterschritten werden. Für die Unternehmenseite relevant sind insbesondere Mengenunterschreitungen, weil diese regelmäßig zu verhältnismäßigen Mehrkosten führen. Die VO/B – wenn sie denn vereinbart ist – versucht diesen Konflikt zu lösen, indem der Einheitspreis auch nach Vertragsschluss unter bestimmten Voraussetzungen angepasst werden kann. Zur Regelung einer Unterschreitung der ursprünglich kalkulierten Mengen heißt es in § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B:

„Bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält.“

Sinn dieser Klausel ist es, die durch eine Mengenminderung bedingte Äquivalenzstörung dadurch auszugleichen, dass eine Unterdeckung in Bezug auf die in dem ursprünglichen Einheitspreis einkalkulierten Preisbestandteile vermieden wird (BGH, Urteil vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11). Daran anknüpfend stellt sich allerdings die Frage, wann ein „Ausgleich“ im Sinne der Klausel anzunehmen ist mit der Folge, dass der vereinbarte Preis weiterhin gilt. Mit dieser Fallkonstellation hatte sich jüngst das OLG Brandenburg zu befassen.

Die Klägerin betreibt ein Garten-/Landschaftsunternehmen und hat restierenden Werklohn in Höhe von ca. 18.000,00 € eingeklagt. Dem zugrunde liegt ein öffentlicher Auftrag aus dem Jahr 2015 über Baumschnittarbeiten an drei Landstraßen betreffend ca. 1.500 Bäume, Totholzbeseitigung, Baustelleneinrichtung und Beschilderung. Vor Ort stellte sich heraus, dass einige Baumreihen bereits von einem anderen Unternehmen bearbeitet worden waren. Der Beklagte bot der Klägerin daraufhin zum Ausgleich der entfallenen Leistung die Ausführung von zwei vertraglich nicht vorgesehenen „Ersatzstrecken“ an, was die Klägerin jedoch ablehnte. Nach der vorbehaltlosen Abnahme der Leistungen erteilte die Klägerin ihre Schlussrechnung, mit der sie unter anderem auch einen Mindermengenausgleich geltend machte, dessen Bezahlung der Beklagte verweigerte.

Das Landgericht hat die Werklohnklage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klägerin müsse sich entgegenhalten lassen, dass ihr ein Ausgleich für die entfallenen Mengen angeboten worden sei, sie dieses Angebot aber treuwidrig abgelehnt habe.

## Entscheidung

Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG Brandenburg das landgerichtliche Urteil im Wesentlichen aufgehoben und den Beklagten zur Zahlung des Mindermengenausgleichs verurteilt.

Das OLG Brandenburg hat zunächst festgestellt, dass der Mengenansatz in diversen Leistungspositionen um erheblich mehr als 10% unterschritten worden sei und diese Umstände nicht auf einer Änderung des Bausolls oder sonstigen Eingriffen des Auftraggebers, sondern allein auf einem falsch geschätzten Vordersatz beruhten. Dies ist entscheidend, weil sich die Vergütung im Falle einer Anordnung des Auftraggebers nach den Regelungen über die Zusatzvergütung und die freie Kündigung richtet (§§ 2 Abs. 5, Abs. 6, 8 Abs. 1 VOB/B). Ist hingegen – wie gleichfalls hier – der Vorderansatz falsch, kommt es nicht darauf an, ob die Schätzung falsch war oder sich die vorgefundenen Verhältnisse schlicht anders als zunächst angenommen darstellten (vgl. BGH, Urteil vom 26.01.2012 – VII ZR 19/11).

Ferner sei ein Ausgleich des Auftragnehmers nicht ersichtlich. Zwar seien Zusatzaufträge grundsätzlich als Ausgleich anerkannt, was allerdings voraussetze, dass ein darauf entfallender Vergütungsanspruch tatsächlich auch entstanden ist. Dies sei hier nicht der Fall, weil die Klägerin den Zusatzauftrag nicht angenommen habe.

In diesen Konstellationen prüft die Rechtsprechung dann in einem zweiten Schritt, ob sich der Auftragnehmer durch die Ablehnung des Ersatz-Auftrags treuwidrig verhielt und daher die durch Ausführung des Zusatzauftrags hypothetisch zu realisierende Vergütung trotz Ablehnung anzurechnen ist. Dies setze jedoch – so das OLG Brandenburg – voraus, dass es sich bei dem in Rede stehenden Zusatzauftrag um eine Leistung handelt, die der Auftraggeber gem. § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B einseitig anordnen durfte. Im vorliegenden Fall seien die angebotenen „Ersatzstrecken“ jedoch nicht als Zusatzleistung, sondern als separater Vertrag einzuordnen, weil die vorgesehenen Arbeiten keinen technisch-sachlichen Zusammenhang zum ursprünglichen Werkvertrag aufwiesen.

In der Rechtsfolge durfte die Klägerin die vereinbarten Einheitspreise der von den Mindermengen betroffenen Positionen erhöhen, die Berufung hat Erfolg gehabt.