



## BVMB-Beraterteam-Info

Ausgabe 1/10



### § 2 VOB/B

Dipl.-Ing. (FH) Michael Floerecke



### Preisobergrenze

Prof. Dr.-Ing. Horst Dieter Supe



### Controlling

Dr. Michael Rheindorf



### Steuer-News

StB Dipl.-Finanzw.  
Michael Seifert

**Gemeinsam  
hinterlassen wir Spuren**

Bundesvereinigung  
Mittelständischer Bauunternehmen e.V.





# Überraschende Klausel „Preisobergrenze“ im Auftragschreiben aufgrund eines Angebots zum Abschluss eines Einheitspreisvertrages

Aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung fordert der Bewerber AN beim Auslober AG die Verdingungsunterlagen an, kalkuliert für alle im Leistungsverzeichnis angegebenen Positionen die Einheitspreise, ermittelt die Angebotssumme und gibt – den Verdingungsunterlagen entsprechend – sein auf Abschluss eines Einheitspreisvertrages gerichtetes Angebot ab.

Als Mindestfordernder erhält AN von AG ein Zuschlagsschreiben mit Festlegung einer absoluten Vergütungsobergrenze in Höhe seiner Angebotssumme. Gutgläubig und unkritisch nimmt AN den Zuschlag entgegen und beginnt mit den Arbeiten, ohne in irgendeiner Weise auf die in den Verdingungsunterlagen nicht vorgesehenen Vergütungsobergrenze des Auftragschreibens reagiert zu haben.

Der bauvertraglich geschuldete funktionale Leistungserfolg erfordert jedoch die Erbringung über das Leistungsverzeichnis hinausgehende Mehrleistungen, so dass die vorgegebene Preisobergrenze nicht eingehalten wird. Die Bezahlung der Gesamtforderung, soweit sie die Preisobergrenze überschreitet, lehnt AG mit Hinweis darauf ab, dass im Auftragschreiben eine Preisobergrenze festgelegt und das Auftragschreiben widerspruchlos Vertragsbestandteil geworden ist.

## **Unseriöses Auftraggeberverhalten**

Wir halten es – gelinde ausgedrückt – für schlitzohrig und treuwidrig, die Bewerber zur Abgabe eines auf Abschluss eines Einheitspreisvertrages gerichteten Angebots aufzufordern, ohne schon in den Verdingungsunterlagen auf die beabsichtigte Mit-

telbeschränkung und Auftragsdeckelung hinzuweisen und sie im Glauben zu lassen, dass die ausgeführten Mengen – wie bei Einheitspreisverträgen üblich – mit den vereinbarten Einheitspreisen abgerechnet werden.

Die erstmals im Auftragschreiben auftauchende Klausel zur Vergütungsbegrenzung auf die Angebotssumme ist bei Einheitspreisverträgen eine überraschende Bauvertragsklausel, die nach dem äußeren Erscheinungsbild des Einheitspreisvertrages so ungewöhnlich ist, dass der Bieter und Auftragnehmer nicht damit zu rechnen braucht. Wenn die Deckelungsklausel wegen der auftraggeberseitigen Mehrfachverwendung als Allgemeine Geschäftsbedingung einzustufen ist, dürfte sie nach § 305 c BGB wegen ihres Überraschungs- und Überrumpelungseffekts nicht Vertragsbestandteil geworden sein.

## **Dümmliches Auftragnehmerverhalten**

Es zeugt nicht von Seriosität, sondern eher von Oberflächlichkeit und Leichtfertigkeit, wenn AN eine in ihren möglichen negativen finanziellen Auswirkungen kaum einschätzbare Klausel des AG in seinem Auftragschreiben überliest bzw. sie durch schlüssiges Handeln stillschweigend akzeptiert, ohne überhaupt geklärt zu haben, ob sie wirksam ist.

## **Zur Entstehung und finanziellen Abwicklung des Bauvertrages**

Mit dem Auftragschreiben, das über die Verdingungsunterlagen hinaus eine Preisobergrenze für die finanzielle Vertragsabwicklung enthält, hat der AG das auf Abschluss eines Einheitspreisvertrages ange-



legte Angebot des AN abgelehnt und zugleich dem AN ein Gegenangebot unterbreitet. Dieses Gegenangebot hat der AN widerspruchlos durch schlüssiges Handeln, den Baubeginn, angenommen. Damit ist das Preislimit vertraglich vereinbart, es sei denn, diese Bestimmung des Auftragschreibens ist als überraschende Klausel im Sinne des § 305 c BGB unwirksam.

### **Abrechnungstechnisch hat das folgende Konsequenzen**

Die Abrechnung hat auf Basis der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis wie beim Einheitspreisvertrag zu erfolgen, solange die Vergütung für erbrachte Vertrags- und Nachtragsleistungen die Preisobergrenze nicht überschreitet. Wenn jedoch die vom AN für Vertrags- und Nachtragsleistungen verlangte Vergütung höher ist als die vereinbarte Preisobergrenze, ist der Bauvertrag wie ein Globalpauschalvertrag mit implizierter Vollständigkeitsklausel abzurechnen.

Der AN erhält trotz erheblicher Mehrleistung lediglich die Vergütung in Höhe der vereinbarten Preisobergrenze. Vergütungsanpassung über die Preisobergrenze hinaus kommt nicht in Betracht.

### **Hinweise für die Praxis**

Der Auftraggeberseite wird dringend empfohlen, Aufträge so zu erteilen, wie es Bieter und Bewerber nach den Verdingungsunterlagen erwarten können, statt im Auftragschreiben überraschende Deckelungsklauseln mit Überrumpelungseffekt unterzubringen, die den Bauvertragstyp verändern. Sie wandeln im konkreten Fall einen Einheitspreisvertrag in einen Globalpauschalvertrag um mit der Folge, dass erbrachte Leistungen nicht mehr mit den dafür vereinbarten Einheitspreisen, sondern die Gesamtleistung mit einem Pauschalbetrag vergütet werden. Die Freude über die Auftragserteilung darf die Auftragnehmerseite nicht dazu verleiten, blauäugig darauf zu vertrauen, dass Auftraggeber ihre Angebote im Auftragsfall unverändert angenommen hat. Vielmehr sind Auftragschreiben kritisch daraufhin zu prüfen, ob sie nicht Klauseln enthalten, die die in den Vertragsunterlagen festgelegten Bauvertragsklauseln erweitern, aufheben und/oder modifizieren.

Das OLG Frankfurt hat in einem ähnlich gelagerten Fall unter dem Az. 14 U 134/07 vom 08.07.2008 entschieden, dass eine im Auftragschreiben bezifferte Preisobergrenze trotz des Bauvertragstyps „Einheitspreis“ die Vergütungsfolgen eines Pauschalpreisvertrages auslöst und somit jegliche Nachforderungen ausgeschlossen sind, weil der Auftragnehmer mit Vereinbarung der Preisobergrenze das Vollständigkeits- und Preisüberschreitungsrisiko übernommen hat. Im BAURECHTS-REPORT 09/2009 ist dieser vom OLG Frankfurt entschiedene Fall kommentiert.

**von Prof. Dr.-Ing. Horst Dieter Supe,  
Institut für Nachtragsmanagement, Abrechnung  
und Baubetriebsberatung, und Mitglied des  
BVMB-Beraterteams**





**Bundesvereinigung Mittelständischer  
Bauunternehmen e.V. (BVMB)**

Kaiserplatz 3

53113 Bonn

Tel.: 0228 91185-0

Fax: 0228 91185-22

E-Mail: [info@bvmb.de](mailto:info@bvmb.de)

[www.bvmb.de](http://www.bvmb.de)

**Gemeinsam  
hinterlassen wir Spuren**

Bundesvereinigung  
Mittelständischer Bauunternehmen e.V.

