



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/d90093fe-a875-343a-847a-b32d39de3148>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autoren	Jarl-Hendrik Kues/Jonathan Steinthal
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2026, 1285 - 1293 (Heft 7)
Verlag	Werner Verlag

Kues, Steinthal, BauR 2026, 1285

Die Ausgleichsberechnung gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B –
eine rechtliche Abrechnung!



von Rechtsanwalt Jarl-Hendrik Kues, LL.M. und



Rechtsanwalt Jonathan Steinthal, Frankfurt

In der Bauvertragspraxis ist den meisten Akteuren der Begriff „Ausgleichsberechnung“ als typischer Teil der Abrechnung geläufig. Gleichwohl bestehen hierzu Missverständnisse; regelmäßig aber nicht darüber, wie sie vorzunehmen ist, sondern darüber, wann eine Ausgleichsberechnung vorzunehmen ist. Insbesondere mit Blick auf den bei Nachträgen in der Regel einschlägigen Vergütungsanspruch auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl.



angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn ist den Parteien häufig nicht klar, ob und wie die Ausgleichsberechnung vorzunehmen ist. Der nachfolgende Aufsatz soll über den Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung Klarheit schaffen.

Regelmäßig wird ein Auftragnehmer bei Nachtragsverhandlungen mit der Ausgleichsberechnung konfrontiert. Dem Auftragnehmer wird bei Nachtragsverhandlungen der eigenen Nachtragsberechnung entgegengehalten, ob denn eine Ausgleichsberechnung durchgeführt wurde.

Das findet eine besondere Ausprägung bei Tätigkeiten für öffentliche Auftraggeber. Eine Ursache dafür kann sein, dass die Leitfäden für öffentliche Auftraggeber vorsehen, bei jedem Nachtrag eine Ausgleichsberechnung zu verlangen. So ist es dem Vergabe- und Vertragshandbuch (VHB) für Baumaßnahmen des Bundes wie auch den VHBs einer Vielzahl von Ländern (z.B. Berlin) jeweils unter Ziff. 6 zu entnehmen.

Diese pauschale und übergreifende Anwendung der Ausgleichsberechnung ist falsch.

Deshalb befasst sich der nachfolgende Beitrag mit dem Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung.

Dazu erfolgt im Beitrag unter Ziff. I ein Abriss darüber, woher die Ausgleichsberechnung kommt und was ihr Zweck ist. Unter Ziff. II wird dargestellt, dass der Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung nach den vereinbarten Vergütungsfolgen bei Nachträgen unterschiedlich einzuschätzen ist. Sodann wird unter Ziff. III der Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung bei einer Nachtragsvergütung anhand der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung beschrieben. Unter Ziff. IV wird der Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung bei einer Nachtragsvergütung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn dargelegt.

I. Herleitung und Zweck

Die Ausgleichsberechnung findet sich im Wortlaut nicht im Gesetz. Eine gesetzliche Grundlage für die Ausgleichsberechnung liegt insoweit nicht vor. Zumindest im Wortlaut ist die Ausgleichsberechnung ausschließlich in der Regelung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B vorzufinden. Darin heißt es:

„Bei einer über 10 v.H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist der Einheitspreis [...] zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält.“

Das heißt, wenn (bei einem Einheitspreisvertrag) von einzelnen Leistungspositionen weniger als 90 % der bei Angebotsabgabe geplanten Mengen zur Ausführung gelangen, muss der Einheitspreis für die betroffene Position erhöht werden. Erhält der Auftragnehmer aber einen „Ausgleich“ durch Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder in anderer Weise, so ist das bei der Bildung des neuen Einheitspreises zu berücksichtigen.

Sinn und Zweck der Regelung ist es, eine Unterdeckung wie auch eine Überdeckung der Deckungsbeiträge für Baustellengemeinkosten (nachstehend auch: BGK), soweit die BGK prozentual auf einzelne Leistungspositionen



umgelegt sind, Allgemeine Geschäftskosten (nachstehend auch: AGK) sowie Wagnis und Gewinn zu verhindern.¹ Dies vor folgendem Hintergrund:

Bei der Kalkulation seines Angebots bepreist der Auftragnehmer regelmäßig ein Leistungsverzeichnis. Dabei sind die Gemeinkosten in Form von BGK und AGK sowie die mit dem Auftrag verbundenen Wagnis und Gewinnerwartungen zu berücksichtigen.

Die BGK fallen beim Unternehmer durch den Betrieb der Baustelle an. Diese Kosten sind häufig keiner einzelnen Teilleistung direkt zuzuordnen, sondern beziehen sich als baustellenbezogene Overheadkosten auf die geschätzte Ausstattung der Baustelle über die geplante Bauzeit mit Bauleitungspersonal, Medien und Geräten. Die BGK können sowohl fix als auch mengen- oder zeitbedingt anfallen² und werden vom Auftragnehmer anhand der Baubeschreibung und geplanten Bauzeit prognostiziert.

Nach dieser auftragsbezogenen Prognose werden die BGK bei der Angebotserstellung in der Regel (zumindest teilweise) als prozentuale Umlage auf die Einzelkosten der Teilleistungen beaufschlagt. Aus dieser Umlage sowie der Einzelkosten der Teilleistung werden die Herstellkosten gebildet.³

Die AGK fallen beim Unternehmer durch den Betrieb seines Gewerbes an, nicht durch einen konkreten Auftrag an sich. Sie stellen insofern betriebsbezogene Overheadkosten dar. Hierunter fallen bspw. Verwaltungskosten, Kosten des Fuhrparks und Kosten der Geschäftsleitung. Diese Kosten werden in der Regel für das kommende Geschäftsjahr anhand der Vorjahreszahlen prognostiziert.⁴ Sie entstehen nämlich zeitbedingt.⁵

Gleichwohl werden sie bei der Angebotserstellung umsatzbezogen dargestellt. Das heißt, die zeitbedingt anfallenden AGK werden in Bezug auf den für die Geschäftsperiode prognostizierten Umsatz gesetzt. Auf dieser Grundlage werden im Rahmen der Angebotskalkulation für einen Auftrag die Herstellkosten mit einem Umlageprozentsatz beaufschlagt.⁶

Selbiges Prinzip gilt für Wagnis und Gewinn. Beim Gewinn handelt es sich nicht um einen Kostenfaktor, sondern um das Entgelt für die unternehmerische Leistung des Auftragnehmers, aus dem Rücklagen und Neuinvestitionen des Auftragnehmers gespeist werden sollen.⁷ Das Wagnis ist ein Phänomen der Bauwirtschaft und stellt den Versuch dar, das Gewinn- und Verlustrisiko, welches mit der Ausführung der Leistung (leistungsbezogen) und mit dem Betrieb des Unternehmens (betriebsbezogen) entsteht, kalkulatorisch zu erfassen.⁸ In diesem kalkulatorischen Sinn ist das Wagnis ein Bestandteil des potenziellen Gewinns. Insofern sind Wagnis und Gewinn betriebswirtschaftlich gleichzustellen.⁹

Die mit einem konkreten Bauvorhaben verbundene und bei Erstellung der Angebotskalkulation bestimmte Gewinnerwartung des Auftragnehmers, schlägt sich bei der Angebotskalkulation durch prozentuale Aufschläge auf die Herstellkosten nieder.¹⁰

Anhand dieser Grundsätze werden die Einheitspreise des Angebots aus den Einzelkosten der Teilleistung sowie Zuschlägen für BGK, AGK sowie Wagnis und Gewinn ermittelt.

Kommt es nun zur Minderung von Mengen, kann der Auftragnehmer die auf die jeweiligen Mengen beaufschlagten Gemeinkosten und Gewinnerwartung nicht erwirtschaften. Diese Gemeinkosten fallen jedoch dennoch an, weil sie eben nicht positionsbezogen entstehen. Deshalb kann es bei einer Mengenminderung zu einer Unterdeckung der Deckungsbeiträge für BGK, AGK sowie der kalkulierten Zuschläge für Gewinn und Gewinn kommen.

Sinn und Zweck des § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B ist es, dieser Unterdeckung entgegenzuwirken,¹¹ sodass der Einheitspreis grundsätzlich zu erhöhen ist. Dies gilt auch für die Gewinnerwartung des Auftragnehmers.¹² Der absolute Betrag der Deckungsbeiträge soll jeweils trotz Mengenminderung erhalten bleiben.



§ 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B geht aber auch davon aus, dass es zu einer Überdeckung der Deckungsbeiträge kommen kann, wenn es zur Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen oder einem Ausgleich in anderer Weise kommt.¹³ Der Ausgleich in anderer Weise bezieht sich auf eine Anpassung der Vergütung gem. § 2 Abs. 5, 6, 7 oder 8 VOB/B.¹⁴

Im Grundsatz wird also unterstellt, dass der Auftragnehmer bei der Abrechnung von Mehrmengen oder geänderten/zusätzlichen Leistungen auch solche Gemeinkosten erwirtschaften kann, die nicht tatsächlich gestiegenen Gemeinkosten infolge von Mehrmengen oder geänderten/zusätzlichen Leistungen gegenüberstehen.

Deshalb ist nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B eine Ausgleichsberechnung durchzuführen. Bei der Ausgleichsberechnung wird die Unterdeckung der Deckungsbeiträge für Gemeinkosten bei einer Mengenminderungen mit den zusätzlich erwirtschafteten Deckungsbeiträgen für Gemeinkosten bei einer Mengenerhöhung (oder einem Ausgleich in anderer Weise) verrechnet. Das heißt, nach Feststellung der Differenz zwischen dem prognostizierten und dem infolge der Mengenminderung tatsächlich eingetretenen Deckungsbeitrag wird ermittelt, ob infolge einer Mengenerhöhung oder auf andere Weise Deckungsbeiträge erwirtschaftet wurden. Diese „zusätzlich“ erwirtschafteten Deckungsbeiträge werden sodann dem unterdeckten Betrag aufgrund der Mengenminderung entgegeng gehalten.¹⁵

Auf diese Weise soll der Deckungsbeitrag für die Gemeinkosten ausgeglichen bleiben.

Zusammengefasst dient die Ausgleichsberechnung also dazu, bei der Einheitspreisanpassung im Zusammenhang mit einer Mengenminderung den Deckungsbeitrag für Gemeinkosten sowie Wagnis und Gewinn zu erhalten – einer Über- oder Unterdeckung dieser Deckungsbeiträge also entgegenzuwirken.

II. Unterscheidung des Anwendungsbereichs nach Vergütungsvereinbarung

Daraus ergibt sich, dass eine Ausgleichsberechnung erst in Frage kommt, wenn bei einer nachtragsbedingten Vergütungsanpassung eine Unter- bzw. Überdeckung der Gemeinkosten entsteht.

Für diese Frage, ob eine Unter- bzw. Überdeckung von Gemeinkosten infolge einer Nachtragsvergütung entstehen kann, ist nach den Vergütungsfolgen für Mehrmengen und/oder geänderten/zusätzlichen Leistungen zu differenzieren.¹⁶

Auch wenn eine Vielzahl an Vergütungsmodalitäten denkbar ist, wird in diesem Beitrag von den beiden gängigsten Vergütungsfolgen ausgegangen, also der Vergütung von Nachträgen anhand der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung oder der Vergütung auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten (wobei die BGK Teil der tatsächlich erforderlichen Kosten sind) nebst (angemessenen) Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn.

Im Einzelnen:



III. Die Ausgleichsberechnung bei der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung

Haben die Parteien vereinbart, Nachtragsleistungen im Rahmen der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung zu vergüten, so kann zur Festsetzung des zustehenden nachträglichem Werklohns die vorbeschriebene Ausgleichsberechnung nur im eng begrenzten Umfang vorzunehmen sein.

1. Grundsatz der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung

Die Ausgleichsberechnung ist kein der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung immanentes Instrument.

Im Gegenteil: Ausgangspunkt dieser Kalkulationsmethode ist der „korbion'sche“ Grundsatz „schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ und „guter Preis bleibt guter Preis“.¹⁷ Im Grunde ist die vorkalkulatorische Preisfortschreibung wie folgt vorzunehmen:

AGK, Wagnis und Gewinn werden bei Bildung der nachtragsbedingten neuen Einheitspreise mit dem in der Angebotskalkulation vorgesehenen Prozentaufschlag berücksichtigt.¹⁸ Nur hinsichtlich der Einzelkosten der Teilleistung sowie der BGK kann im Rahmen des Nachtrags eine „Korrektur“ zugebilligt werden.¹⁹ Ausgangspunkt bleiben aber die Preisermittlungsgrundlagen des bisherigen Einheitspreises.²⁰

Im Grundsatz ist also eine nach Vertragsschluss vorzunehmende Anpassung der Gemeinkosten bei der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung nicht vorgesehen (zumindest hinsichtlich AGK sowie Wagnis und Gewinn).

Das heißt, „Fairness“ im Sinne des Ausgleichs einer Über- oder Unterdeckung der Gemeinkosten ist nicht grundlegender Bestandteil der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung.

Ausnahmen von der Bindung an den alten Preis bestehen nur bei sog. sittenwidrigem Gewinnstreben,²¹ bei unsorgfältiger Mengenermittlung/Planung des Auftraggebers, nach Treu und Glauben (Stichwort: Kalkulationsirrtum)²² und nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB bei wesentlichen Äquivalenzstörungen zwischen Leistung und Gegenleistung.

Die vorbeschriebene Ausgleichsberechnung ist bei keiner dieser Ausnahmen anwendbar. Sie kann allenfalls im Rahmen einer Vertragsanpassung wegen einer wesentlichen Äquivalenzstörung berücksichtigt werden. Eine solche Äquivalenzstörung kann regelmäßig erst angenommen werden, wenn die Summe der Vergütung aller Mengenänderungen – kalkuliert im Rahmen der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung – 30 % der Vertragsvergütung übersteigt.²³

Im Zwischenergebnis bleibt also festzuhalten, weder hat die Ausgleichsberechnung eine ausdrückliche, gesetzliche Grundlage (vgl. Ziff. I), noch ist sie in der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung systematisch angelegt.

2. Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung



Um zur Anwendung zu gelangen, muss die Ausgleichsberechnung also zwingend aus einer Vereinbarung entnommen werden. Eine anderweitige Anwendungsgrundlage gibt es nicht. Schließlich ist die Ausgleichsberechnung weder dem Gesetz noch dem Prinzip der korkalkulatorischen Preisfortschreibung zu entnehmen.

Der Inhalt einer Vereinbarung ist nach §§ 133, 157 BGB auszulegen. Das gilt auch für Allgemeine Geschäftsbedingungen, mithin auch für die VOB/B (sofern vereinbart). Grundsätzlich ist der Vertragsinhalt nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (Ausnahmen bestätigen die Regel). Dies unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und von Treu und Glauben. Hierbei bleibt aber Primus der Vertragsauslegung der Wortlaut.²⁴

Bei VOB/B-Verträgen ist die Ausgleichsberechnung, wie unter Ziff. I. dargelegt, grundsätzlich nur unter § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B ausdrücklich erwähnt. Andernorts ist die Ausgleichsberechnung in der VOB/B nicht zu finden. Auch der Regelung nach § 2 Abs. 5 VOB/B ist die Ausgleichsberechnung nicht dem Wortlaut zu entnehmen. Soweit bei Leistungsänderungen ein neuer Preis „unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren“ ist, bezieht sich das allein auf die Kosten im direkten Zusammenhang mit oder auf Grundlage der angeordneten Leistungsänderungen. Diese Formulierung § 2 Abs. 5 VOB/B bezieht sich eben nicht auf die Berücksichtigung eines Ausgleichs durch Mengenerhöhungen oder in anderer Weise.²⁵ Schließlich müsste der objektive Empfänger annehmen, dass in § 2 Abs. 5 VOB/B für die Ausgleichsberechnung zumindest ansatzweise dieselbe Formulierung wie in § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B verwendet worden wäre, wenn § 2 Abs. 5 VOB/B ebenfalls die Ausgleichsberechnung vorsehen soll.

Dem Wortlaut nach beschränkt sich der Anwendungsbereich der Ausgleichsberechnung also auf die Berücksichtigung bei der Festlegung neuer Einheitspreise nur bei Mindermengen.

Auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB kann ein anderes Ergebnis nicht angenommen werden.

Zwar sind Allgemeine Geschäftsbedingungen – wie die VOB/B eine ist – grundsätzlich auch der ergänzenden Vertragsauslegung zugänglich.²⁶ Jedoch braucht es hierzu zum einen eine planwidrige Regelungslücke. Zum anderen muss die Regelungslücke zu einem Ergebnis führen,

„das den beiderseitigen Interessen in nicht mehr vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Vertragspartners des Verwenders verschiebt [...]“.²⁷

Wann den beiderseitigen Interessen in nicht mehr vertretbarer Weise Rechnung getragen wird, ist grundsätzlich eine Wertungsfrage. Ohne eine weitere Konkretisierung oder Beschränkung des Anwendungsbereichs der ergänzenden Vertragsauslegung, erschiene der Anwendungsbereich bodenlos. Deshalb ist es allgemein anerkannt, dass das Konstrukt der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu einer freien richterlichen Vertragsgestaltung ausufern darf.²⁸ Aus diesem Grund ist eine ergänzende Vertragsauslegung zum Beispiel nicht vorzunehmen, wenn verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der Vertragslücke in Betracht kommen, aber unklar bleibt, welche Gestaltungsmöglichkeit die Parteien in Kenntnis der Regelungslücke gewählt hätten.²⁹

Kurzum: Eine Regelung ist nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aufzunehmen, nur weil sie möglicherweise sachgerecht ist.

Dieser eng umgrenzte Anwendungsbereich der ergänzenden Vertragsauslegung wird nicht berücksichtigt, soweit in der Literatur eine „entsprechende Anwendung“ der Ausgleichsberechnung bei der Vergütung von geänderten



Leistungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B ohne weitere Begründung angenommen wird.³⁰

Nach hiesiger Wertung bestehen keine überzeugenden Gründe für die Notwendigkeit, die Ausgleichsberechnung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in § 2 Abs. 5 VOB/B hineinzuiinterpretieren.

Es ist schon fraglich, ob ein Vertrag ohne Ergänzung einer Ausgleichsberechnung bei einer Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B als Ganzes nicht interessensgerecht wäre. Das wäre bei jedem Vertrag im Einzelfall zu entscheiden. Grundsätzliche Anhaltspunkte dafür bestehen aber nicht.

Wenn es schon fraglich ist, dass ein Vertrag wegen einer fehlenden Ausgleichsberechnung bei einer Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B als Ganzes nicht interessensgerecht ist, so kann erst recht nicht angenommen werden, dass in diesem Fall den beiderseitigen Interessen „in nicht mehr vertretbarer Weise“ Rechnung getragen wird. Schließlich setzt schon die Formulierung „in nicht mehr vertretbarer Weise“ eine absolute Eindeutigkeit und einen besonders schweren Fall der einseitigen Interessensverlagerung voraus. Insofern ist diese Voraussetzung für die ergänzende Vertragsauslegung nicht erfüllt. Für die Ergänzung der Ausgleichsberechnung bei Vergütungsfolgen nach § 2 Abs. 5 VOB/B im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist also kein Platz.

Daher ist die Annahme, eine Ausgleichsberechnung bei Vergütungsfolgen nach § 2 Abs. 5 VOB/B sei vereinbart, zumindest fernliegend, wenn nicht ausgeschlossen.

Bei einer Mengenmehrung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B oder einer zusätzlichen Leistung nach § 2 Abs. 6 VOB/B ist eine Ausgleichsberechnung qua Ausgangslage ohnehin nicht einschlägig.

Zur Erinnerung: Die Ausgangslage der Ausgleichsberechnung ist, dass die bei Vertragsschluss durch den Auftragnehmer prognostizierte Erwirtschaftung von Gemeinkosten (infolge einer Mengenminderung) nicht stattfindet und deshalb der Einheitspreis anzupassen ist, es sei denn, der Auftragnehmer erhält einen anderweitigen Ausgleich.

Diese Ausgangslage ist bei einer Mengenmehrung oder zusätzlichen Leistung nicht gegeben. Schließlich ergibt sich daraus keine „Wenigerleistung“, durch die die Vergütung von Gemeinkosten wegfällt, sondern nur „Mehrleistungen“, durch die zusätzliche Gemeinkosten erwirtschaftet werden. Schließlich ist die Vergütung von Mehrmengen und zusätzlichen Leistungen bei einer Vergütung anhand der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung auch mit den bei Vertragsschluss eingesetzten Zuschlägen für Gemeinkosten anzusetzen.³¹ Dies gilt zumindest für AGK, Wagnis und Gewinn. Bei den BGK sind nur die mengenabhängig kalkulierten BGK sowie die zeitabhängig kalkulierten BGK zu ersetzen, soweit sich durch die Änderung des Leistungs-Solls Mengen bzw. Ausführungszeiten ändern.³² Diese Fortschreibung der Ansätze ist auch sachgerecht, soweit eine zusätzliche Leistung oder Mengenmehrung zur Verlängerung der Ausführungszeit führt. Schließlich können hierbei auch höhere, zu deckende Gemeinkosten entstehen.

Eine Unterdeckung der Gemeinkosten infolge eines Weniger an erwirtschafteten Gemeinkosten ist insofern nicht einschlägig. Bei einer Mengenmehrung oder zusätzlichen Leistung ist demzufolge schon die Ausgangslage der Ausgleichsberechnung nicht gegeben.

Im Ergebnis ist die Ausgleichsberechnung bei der Vergütungsermittlung von Nachträgen im Wege der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung in der Regel also nur bei der Anpassung der Vergütung bei Mindermengen maßgebend. Für einen Anwendungsbereich außerhalb von Mengenunterschreitungen besteht schlicht keine vertragliche/rechtliche Grundlage. Deshalb ist die Berücksichtigung anderweitigen Ausgleichs bei der Festsetzung neuer Einheitspreise infolge umsatzmindernden Änderungsanordnungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B ausgeschlossen.³³ Selbiges gilt für die Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B oder § 2 Abs. 6 VOB/B, da auch hier die Ausgangslage für eine Ausgleichsberechnung nicht gegeben ist.



IV. Ausgleichsberechnung bei der Vergütung anhand tatsächlich erforderlicher Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn

Regelmäßig steht es dem Auftragnehmer frei, Nachträge anhand den tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn abzurechnen.

Das kann eine von drei Gründen haben:

- Die Parteien haben ausdrücklich die Vergütung von Nachträgen auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn vereinbart.
- Die Parteien haben keine anderweitige Regelung zur Nachtragsvergütung vereinbart und diese Vergütungsfolge ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung³⁴ oder auf Grundlage des Gesetzes nach § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB anzunehmen.
- Der Auftraggeber stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung zur Abrechnung auf Grundlage der kalkulatorischen Preisfortschreibung auf – welche regelmäßig unwirksam ist³⁵ –, und mangels einer wirksamen Regelung ist die oben beschriebene ergänzende Vertragsauslegung oder Gesetzeslage anzuwenden.

Richtet sich die Vergütung von Nachträgen bestimmungsgemäß nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn, so ist keine Ausgleichsberechnung durchzuführen. Hierfür kommt es auf den Grund der Nachtragsvergütung – Mengenänderung oder Leistungsänderung/zusätzliche Leistung – nicht an.

Diese rechtliche Einschätzung ergibt sich daraus, dass für eine Ausgleichsberechnung schlicht kein Bedarf besteht.

Zur Erinnerung: Durch die Ausgleichsberechnung soll einer Überdeckung der Gemeinkosten aufgrund „eines Ausgleichs in anderer Weise“ entgegengewirkt werden. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass durch festgelegte Zuschläge von Gemeinkosten eine unangemessene Überdeckung dieser Kostenanteile überhaupt in Frage kommt. Dies gilt im Wesentlichen für festgelegte Zuschläge für BGK, AGK, Wagnis und Gewinn.

Diese Annahme ist bei einer Nachtragsvergütung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn von vornherein ausgeschlossen. Eine auf das Gesamtprojekt bezogene Überdeckung der Gemeinkosten kann nicht stattfinden. Das ist sowohl hinsichtlich der BGK, als auch in Bezug auf die AGK sowie Wagnis und Gewinn der Fall.

Im Einzelnen:

1. Grundsätze der tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessene Zuschläge

Zur Einschätzung der Ausgangslage bei der Nachtragsvergütung anhand von tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn sind zunächst die Grundsätze dieser Kalkulationsmethode darzulegen.



Einen Zuschlag für BGK gibt es bei der Nachtragsvergütung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn nicht. Stattdessen sind BGK bei Nachträgen immer als Ist-Kosten bzw. tatsächlich erforderliche Kosten abzurechnen, wie der BGH mit Urt. v. 21.11.2019 (Az. VII ZR 10/19) klarstellte.³⁶ Ergo: BGK werden nur anhand ihres tatsächlich erforderlichen Anfallens vergütet. Nicht anfallende BGK werden nicht vergütet.

AGK, Wagnis und Gewinn sind als prozentuale Zuschläge in angemessener Höhe zu vergüten.

Im Grundsatz kann der angemessene Zuschlag vom Gericht nach § 287 ZPO geschätzt werden: „der Zuschlagsfaktor kann notfalls vom Gericht bestimmt werden“.³⁷ Dieser Zuschlagsfaktor selbst ist nach der aktuellen Rechtsprechung des KG Berlin nicht festgeschrieben, sondern in einem Korridor angesiedelt, sodass durchaus unterschiedliche Werte im Rahmen der Schätzung angemessen sein können.³⁸ Auf welcher Grundlage innerhalb dieses Korridors der konkrete Zuschlagsfaktor bestimmt wird, ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur eindeutig geklärt. Im Wesentlichen werden drei Ansätze vertreten: ein vertragsbezogener Ansatz,³⁹ ein unternehmensbezogener Ansatz⁴⁰ und der Ansatz des üblichen Faktors.⁴¹

Beim vertragsbezogenen Ansatz werden die AGK sowie Wagnis und Gewinn als Gesamtzuschlag betrachtet. Der „angemessene“ Zuschlag wird auf Basis der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und den bei Vertragsschluss vorliegenden hypothetischen tatsächlichen Herstellkosten für das Projekt ermittelt. Der sich hieraus ergebende Prozentsatz wird zur Berechnung der Nachtragsvergütung auf die tatsächlich erforderlichen Kosten aufgeschlagen. So soll das Vertragspreisniveau erhalten bleiben.⁴²

Nach dem unternehmensbezogenen Ansatz wird der tatsächliche Bedarf an Deckungsbeiträgen für AGK, Wagnis und Gewinn aus den tatsächlichen Verhältnissen des Gesamtunternehmens abgeleitet. Hierzu können die AGK sowie die üblichen Gewinnmargen des letzten Jahres nebst einer Prognose für den leistungsrelevanten Zeitraum herangezogen werden.⁴³ Anhand dessen werden sodann die nötigen Zuschläge für die Deckung der AGK sowie die unternehmensspezifischen Zuschläge für Wagnis und Gewinn ermittelt.⁴⁴

Beim Ansatz des üblichen Faktors für Gemeinkostenzuschläge werden lediglich die branchenüblichen Ansätze herangezogen.⁴⁵

Nach hiesiger Wertung sprechen die besseren Argumente für den unternehmensbezogenen Ansatz. Mit dem üblichen Faktor werden unternehmensspezifische und vertragsspezifische Aspekte außer Acht gelassen und gegen den vertragsbezogenen Ansatz spricht die bewusste Abkehr des Gesetzgebers von der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung.⁴⁶ Beim unternehmensbezogenen Ansatz hingegen wird der tatsächliche Bedarf des Auftragnehmers nach der Erzielung von Einkünften zur Gemeinkostendeckung am treffendsten berücksichtigt.⁴⁷

2. Kein Bedarf für eine Ausgleichsberechnung

Unter Anwendung dieser Grundsätze besteht schlicht kein Bedarf für eine Ausgleichsberechnung.

Eine Überdeckung der BGK ist von vornherein ausgeschlossen – schließlich sind diese als Ist-Kosten bzw. tatsächlich erforderliche Kosten zu kalkulieren. Nicht entstandene BGK können also nicht beansprucht werden.

Ebenso ist bei Verwendung des unternehmensbezogenen Ansatzes zur Ermittlung der angemessenen Zuschläge eine Unter- wie auch eine Überdeckung der AGK sowie Wagnis und Gewinn ausgeschlossen.

Denn die prozentualen Zuschläge für die Deckung der Gemeinkosten werden auf Grundlage ihres Anfallens kalkuliert. Das heißt, die Zuschlagssätze für AGK, Wagnis und Gewinn entsprechen dem tatsächlichen Bedarf an



Deckungsbeiträgen – nicht den bei Vertragsschluss angelegten prozentualen Ansätzen. Die Gemeinkosten werden durch die angemessenen Zuschläge also gerade ausgeglichen. Eine Unter- sowie eine Überdeckung der Gemeinkosten ist also ausgeschlossen.

Das deckt sich auch mit dem Wortlaut dieser Vergütungsfolge: Schließlich wird für jede Nachtragsposition – unabhängig davon, ob sie auf einer Mengenänderung oder zusätzlichen/geänderten Leistung beruht – ein „angemessener“ Zuschlag angesetzt. Jeder Zuschlag ist also angemessen hoch, sodass kein Zuschlag unangemessen und deshalb auszugleichen wäre.⁴⁸

Die Ausgangslage für die Ausgleichsberechnung – eine nicht sachgerechte, mögliche Überdeckung von Gemeinkosten infolge einer Vergütungsanpassung – ist also schon nicht gegeben.

Folglich ist eine Ausgleichsberechnung obsolet, wenn die Nachtragsvergütung als tatsächlich erforderliche Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn dargestellt wird. Zum einen sind die BGK ohnehin als tatsächlich erforderliche Kosten zu vergüten. Zum anderen kann bei den Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn keine unsachgemäße Überdeckung eintreten, weil die Zuschläge „angemessen“ sind.

V. Fazit

Zusammengefasst heißt das: Die Ausgleichsberechnung ist lediglich auf den Fall beschränkt, wenn bei Mindermengen und wirksamer Vereinbarung der korkalkulatorischen Preisfortschreibung der Einheitspreis nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 1 VOB/B anzupassen ist. Einen anderweitigen Anwendungsbereich gibt es für die Ausgleichsberechnung nicht.

Bei der Vergütung von Nachträgen auf Grundlage der korkalkulatorischen Preisfortschreibung ist die Ausgleichsberechnung ansonsten vertraglich (in der Regel) schlicht nicht vorgesehen.

Wird die Nachtragsvergütung auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn festgesetzt, gibt es keinen Bedarf für die Ausgleichsberechnung. Ein Ausgleich – nicht mehr und nicht weniger – ist schon in der Kalkulation der Nachtragsvergütung angelegt.



*	Die Autoren sind Rechtsanwälte im Frankfurter Büro der Kanzlei c.r.p. law. Jarl-Hendrik Kues, LL.M. ist Partner der Kanzlei und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Vergaberecht.
1	Franz/Kues, BauR 2006, 1376 (1384).
2	Kattenbusch, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 5. Aufl. 2026, Ziff. I. Teil U Rdnr. 14.
3	Bartsch/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 1 Rdnr. 42.
4	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 115; Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 23.
5	Kattenbusch, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 5. Aufl. 2026, Ziff. I. Teil U Rdnr. 15.
6	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 115; Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 23.
7	Franz/Kues, BauR 2006, 1376 (1377); Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 26.
8	Franz/Kues, BauR 2006, 1376 (1377); Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 26.
9	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 115; Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 23; Franz/Kues, BauR 2006, 1376 (1377).
10	Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 26.
11	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 232.
12	Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 292; Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 233; Bolz, in: Bolz/Jurgeleit, 2. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 108.
13	Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 295.
14	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 242.
15	Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 8. Aufl. 2025, Rdnr. 390.
16	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 243.
17	Althaus/Jansen, in: Ganten/Jansen/Voit, VOB-B Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 2 Abs. 5 Rdnr. 60, Abs. 3 Rdnr. 45 ff.
18	Franz/Kues, BauR 2006, 1376; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 275; OLG Nürnberg 18.12.2002 – 4 U 2049/02 = IBRRS 2003, 0209; OLG Schleswig, Urt. v. 11.05.1995 – 7 U 214/91 = BauR 1996, 127; Leinemann, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 2 Rdnr. 153.
19	Franz/Kues, BauR 2006, 1376; Leinemann, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 2 Rdnr. 150.
20	BGH, Urt. v. 20.03.1969 – VII ZR 29/67 = MDR 1969, 655; OLG Schleswig, Urt. v. 11.05.1995 – 7 U 214/91 = BauR 1996, 127; Althaus/Jansen, in: Ganten/Jansen/Voit, VOB-B Kommentar, 4. Aufl. 2023, § 2 Abs. 3 Rdnr. 42; Leinemann, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 2 Rdnr. 147.
21	Vertieft: Kniffka, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, das Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, Teil 6 Rdnr. 226.
22	Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, 9. Aufl. 2025, § 2 Rdnr. 324 ff.; BGH, Urt. v. 11.11.2014 – X ZR 32/14 = BauR 2015, 479; OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.02.2016 – 21 U 100/15 = IBR 2017, 483 (mit Anm. Franz).
23	Leinemann, in: Leinemann, VOB/B-Kommentar, 8. Aufl. 2024, § 2 Rdnr. 155; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 331.
24	Ellenberger, in: Grüneberg, 85. Aufl. 2026, § 133 Rdnr. 14; BGH, Urt. v. 14.02.2007 – IV ZR 150/05 = NJW-RR 07, 976.



25	Althaus/Bartsch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3. Rdnr. 127.
26	BGH, Urt. v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13 = NJW 2017, 2025; BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18 = NJW 2020, 337 = NZBau 2019, 706.
27	BGH, Urt. v. 01.10.2014 – VII ZR 344/13; BGH, Urt. v. 15.01.2014 – VIII ZR 80/13.
28	Wendtland, in: BeckOK, BGB-Kommentar, 76. Ed. 01.11.2025, § 157 Rdnr. 42; BGH, Urt. v. 22.04.1953 – II ZR 143/52 = NJW 153, 937.
29	BGH, Urt. v. 01.10.2014 – VII ZR 344/13.
30	Vgl. Althaus/Bartsch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3. Rdnr. 127; Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 458.
31	Markus, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, 9. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 454; Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 209; OLG Nürnberg, Urt. v. 18.12.2002 – 4 U 2049/02.
32	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 207; Franz/Kues, BauR 2006, 1376.
33	A.A. Althaus/Bartsch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3. Rdnr. 127.
34	U.a. BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18 = NJW 2020, 337; OLG Köln, Urt. v. 21.12.2023 – 7 U 68/22 = NZBau 2024, 340; OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 21.09.2020 – 29 U 171/19 = IBRRS 2021, 3634; KG, Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17 = ZfBR 2018, 670.
35	Zur Wirksamkeit der Vereinbarung der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung als AGB: Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 211.
36	BGH, Urt. v. 21.11.2019 – VII ZR 10/19.
37	KG, Urt. v. 18.07.2025 – 21 U 176/24.
38	KG, Urt. v. 18.07.2025 – 21 U 176/24.
39	Kniffka/Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, Teil 6 Rdnr. 317; Althaus, NZBau 2019, 15.
40	Althaus/Kattenbusch, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 31. Ed. 15.11.2025, § 650c Rdnr. 44; Althaus, NZBau 2019, 15.
41	Retzlaff, in: Grüneberg, BGB-Kommentar, 85. Aufl. 2026, § 650c Rdnr. 5; Althaus, BauR 2017, 412, 417; Retzlaff, BauR 2017, 1781, 1800; von Rintelen, in: Kniffka/Jurgeleit, ibi-online-kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 01.01.2026, § 650c Rdnr. 80/1.
42	Althaus/Kattenbusch, in: Leupertz/Preussner/Sienz, 31. Ed. 15.11.2025, BGB § 650c Rdnr. 43a.
43	Kniffka/Jurgeleit, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 6. Aufl. 2025, 6. Teil Rdnr. 317.
44	Althaus/Bartsch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3. Rdnr. 29.
45	Althaus/Kattenbusch, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 31. Ed. 15.11.2025, BGB § 650c Rdnr. 43a.
46	BT-Drucks. 18/8486; Althaus/Kattenbusch, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 31. Ed. 15.11.2025, BGB § 650c Rdnr. 43a.
47	Althaus/Bartsch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3. Rdnr. 33; Bolz, in: Bolz/Jurgeleit, 2. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 101.
48	Kues, in: Jansen/Seibel, VOB/B-Kommentar, 6. Aufl. 2025, VOB/B § 2 Rdnr. 244.