



## **Kosten eines Privatgutachtens zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B sind nicht nach dieser Bestimmung als Mehrkosten zu erstatten**

### **Sachverhalt:**

Der Auftragnehmer (AN) hat für den Auftraggeber (AG) Leistungen bezüglich einer Straßenüberführung über Gleisanlagen im Bereich eines Bahnhofs erbracht. Sie haben die Geltung der VOB/B (2006) vereinbart. Vor Erteilung des Zuschlags wurde die Bindefrist mit Einwilligung des AN mehrmals verlängert. Nach dem an den verspäteten Zuschlag angepassten Bauablaufplan war ein neuer Zeitpunkt für den Baubeginn vorgesehen. Der AG verhängte jedoch vor Baubeginn einen Baustopp, da Schacht- und Erlaubnisscheine für die Arbeiten nicht vorlagen. Die Arbeiten begannen und endeten daher verspätet. Der AN meldete Mehrkostenansprüche wegen des verzögerten Zuschlags und der durch den Baustopp eingetretenen Bauverzögerung an. Die Parteien erzielten darüber keine Einigung. Nach Kürzung der Schlussrechnung durch den AG erhob der AN Klage. Er macht unter anderem Mehrvergütungsansprüche aufgrund der verzögerten Vergabe und des Baustopps, sowie die Kosten eines Gutachtens, das er zur Vorbereitung der Schlussrechnung und zur Ermittlung der verzögerungsbedingt entstandenen Mehrkosten eingeholt hatte, geltend.

Das OLG Dresden hat dem AN die Erstattung der Kosten des von ihm in Auftrag gegebenen Privatgutachtens nach § 2 Abs. 5 VOB/B zugesprochen. Jedenfalls dann, wenn der AG die Nachtragsbearbeitung nicht selbst durchführen könne und sie an einen baubetrieblichen Sachverständigen verberge, habe er einen solchen Erstattungsanspruch.

### **Entscheidung:**

Der Bundesgerichtshof (BGH) gibt dem Antrag des AN auf Erstattung der Kosten des Privatgutachtens nicht statt und verweist die Sache zurück an das OLG Dresden.

Mit der vom Berufungsgericht (BerGer) gegebenen Begründung könne der vom AN geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Kosten des von ihm eingeholten Privatgutachtens nicht zuerkannt werden. Die Kosten eines Privatgutachtens, die der AN zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, seien vom AG nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten (Rn. 13 f).

Der BGH stellt den Meinungsstand in der Rechtsprechung und Literatur, zur Frage, ob die Kosten zur Ermittlung der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B erstattungsfähig sind, dar. Anschließend entscheidet er die Frage hinsichtlich

eines Privatgutachtens zur Ermittlung der Mehrvergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B dahingehend, dass diese Kosten nicht vom AG zu erstatten seien. Die Kosten, die zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufgewendet werden, könnten nicht selbst Gegenstand dieser Vergütung sein. Insbesondere handele es sich nicht allein deswegen um „Mehrkosten“ im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B, weil sie vom AN zunächst nicht einkalkuliert worden seien und auch nicht werden konnten. § 2 Absatz 5 VOB/B regelt die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Vereinbarung eines neuen Preises unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten, wenn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert würden. Dies sei bei der gebotenen objektiven Auslegung dahingehend zu verstehen, dass die Parteien bei der Vereinbarung des neuen Preises die Mehr- und Minderkosten berücksichtigen sollen, die im Zusammenhang mit der Ausführung der betroffenen vertraglich vereinbarten Leistung anfallen. Hierzu gehörten nicht die Kosten, die erforderlich seien, um im Falle einer fehlenden Vereinbarung der Parteien die geschuldete Vergütung erst zu ermitteln oder darzulegen (Rn. 16).

Der AN könne die Kosten des Privatgutachtens auch nicht auf Grundlage des § 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B erstattet verlangen. Danach hat der AG Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die der AN nach dem Vertrag, nicht zu beschaffen hat, zu vergüten, wenn er sie vom AN verlangt. Ein Verlangen des AG gegenüber dem Auftragnehmer, ein Gutachten über die Höhe der nach § 2 Absatz 5 VOB/B zu beanspruchenden Vergütung vorzulegen, liege nicht schon in der Änderung des Bauentwurfs, einer

anderen Anordnung des AG oder der verspäteten Zuschlagserteilung, die sich auf die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung auswirke.

#### **Fazit:**

Mit der aktuellen Entscheidung hat der BGH dem AN die Geltendmachung von Nachtragserstellungskosten jedenfalls nicht leichter gemacht. Die Entscheidung gibt andererseits nicht grundsätzlich vor, wie mit Nachtragserstellungskosten umzugehen ist. Zwar beschränkt der BGH seine Festlegung des Meinungsstandes auf „Kosten eines Privatgutachtens zur Ermittlung der Mehrvergütung“, insbesondere die AG werden daraus jedoch den Schluss ziehen, was für externe Kosten gelte, müsse erst Recht für interne (eigene) Kosten des AN bei der Ermittlung des Mehrvergütungsanspruchs gelten. Immerhin gibt es in der Rechtsprechung und Literatur eine vermittelnde Ansicht, wonach externe Kosten grundsätzlich erstattungsfähig seien, wenn sie erforderlich seien, interne Kosten zur Ermittlung der Mehrvergütung jedoch nicht vom AG zu vergütet seien.

Darüber hinaus gibt der BGH bei seinen jüngsten Entscheidungen keine klare Linie vor, wie mit Kosten der Nachtragserstellung zu verfahren ist. Insbesondere setzt sich die hier vorgestellte Entscheidung (BGH v. 22.10.2020 – VII ZR 10/17) in Widerspruch zu einer vorangegangenen Entscheidung desselben Senats des BGH vom 08.08.2019 (VII ZR 34/18) zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B (2009). Im Fall nach § 2 Abs. 3 VOB/B verlangt der BGH ausdrücklich nicht die Darlegung, dass die konkret geltend gemachten Minderkosten je Einheit auf die Mengenerhöhung zurückzuführen sind. In der hier besprochenen Entscheidung zum § 2 Abs. 5 VOB/B soll es nach dem BGH schon erforderlich sein, dass die vom AN konkret verlangten Mehrkosten auf die



Änderung (hier: Verschiebung der Ausführungsfristen) zurückzuführen seien. Der BGH begründet diese gegensätzlichen Auslegungsergebnisse nicht. Die Rechtsfolgen beider Vorschriften (§ 2 Abs. 3 und Abs. 5 VOB/B) sind jedoch identisch geregelt.

Der BGH entscheidet in der Entscheidung vom 22.10.2020 nicht über weitere Nachtragsstellungskosten, wie die eigentliche Nachtragsangebotsanfertigung oder die Bearbeitung des Nachtrags-LVs.

Schließlich entscheidet der BGH den Fall nicht abschließend, sondern verweist zurück an das OLG Dresden, insbesondere zur weiteren Beweiserhebung. So sagt der BGH in der Entschei-

dung vom 22.10.2020: „Mit der vom BerGer gegebenen Begründung kann der von der Kl. geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Kosten des von ihr eingeholten Privatgutachtens nicht zuerkannt werden.“ Und die Kosten des Privatgutachtens seien „nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten“.

Es bleibt abzuwarten, wie das OLG Dresden in dieser Sache und der BGH in weiteren Fällen zur Erstattungsfähigkeit von „Nachtragsstellungskosten“ entscheiden werden. In der Zwischenzeit ist den Parteien dringend zu raten, ihre Verträge dahingehend anzupassen, dass schon im Vorfeld eine klare Vereinbarung über entsprechende Kosten getroffen wird.

Benjamin Kraatz  
Rechtsanwalt



---

## Impressum

Herausgeber:

FELLA FRICKE WAGNER PARTNERSCHAFT  
Rechtsanwälte Steuerberater  
(Amtsgericht Charlottenburg PR 763 B)  
Genthiner Str. 11  
10785 Berlin

Tel.: +49 (0)30 / 26 39 53 99 0  
Fax: +49 (0)30 / 26 39 53 99 99  
E-Mail: [info@ffwkkanzlei.de](mailto:info@ffwkkanzlei.de)  
Web: [www.ffwkkanzlei.de](http://www.ffwkkanzlei.de)  
Verantwortlich für den Inhalt: Benjamin Kraatz