



WISSEN,
DAS ANKOMMT.

Leseprobe zum Download



Liebe Besucherinnen und Besucher unserer Homepage,

tagtäglich müssen Sie wichtige Entscheidungen treffen, Mitarbeiter führen oder sich technischen Herausforderungen stellen. Dazu brauchen Sie verlässliche Informationen, direkt einsetzbare Arbeitshilfen und Tipps aus der Praxis.

Es ist unser Ziel, Ihnen genau das zu liefern. Dafür steht seit mehr als 30 Jahren die FORUM VERLAG HERKERT GMBH.

Zusammen mit Fachexperten und Praktikern entwickeln wir unser Portfolio ständig weiter, basierend auf Ihren speziellen Bedürfnissen.

Überzeugen Sie sich selbst von der Aktualität und vom hohen Praxisnutzen unseres Angebots.

Falls Sie noch nähere Informationen wünschen oder gleich über die Homepage bestellen möchten, klicken Sie einfach auf den Button „In den Warenkorb“ oder wenden sich bitte direkt an:

FORUM VERLAG HERKERT GMBH

Mandichostr. 18

86504 Merching

Telefon: 08233 / 381-123

Telefax: 08233 / 381-222

E-Mail: service@forum-verlag.com

www.forum-verlag.com

3.4.1 Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen

Beim VOB/B-Vertrag galt lange Zeit der Grundsatz, dass die Urkalkulation Basis für die Vergütung der Nachtragsleistungen sei. Wer als Auftragnehmer einen VOB/B-Vertrag abschließt, muss wissen, dass er (ggf. auch nachträglich) eine Urkalkulation vorzulegen hat. Denn nur hieraus ergeben sich die Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung.

Die vertraglichen Preisermittlungsgrundlagen sind nur dann nicht übertragbar, wenn die vertraglichen und die zusätzlichen Leistungen nicht vergleichbar sind und daher in keiner kalkulatorischen Beziehung stehen.¹

Vertragliche Preisermittlungsgrundlagen

Der geltende Grundsatz, die sog. *Korbion-Formel*, lautet:



Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.

Während für den BGB-Vertrag durch § 650c BGB in der seit 01.01.2018 geltenden Fassung Maßstab der Nachtragsvergütung die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn ist, hat der Verordnungsgeber der VOB/B davon abgesehen, § 2 Abs. 3, 5, 6, oder 7 VOB/B anzupassen. Das hat dann die Rechtsprechung übernommen:

Neuer Preis ist aus dem vertraglichen Preisgefüge zu ermitteln

¹ Vgl. OLG Hamm, IBR 2010, 14.

Zu § 2 Abs. 3 VOB/B hat der BGH¹ entschieden, dass dort das „Wie“ der Vergütungsanpassung nicht geregelt ist. Die Regelung lautet:

„Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.“

Die Klausel gibt nur vor, dass Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Eine vorkalkulatorische Preisfortschreibung und damit den Erhalt des Vertragspreisniveaus, wie ihn Korbion formuliert hat, sieht der Wortlaut der Klausel nicht vor. Im Übrigen legt die VOB/B die Verantwortung für die neue Preisbestimmung in die Hände der Vertragsparteien.

Wenn und soweit sich die Parteien über die Preisbildung nicht einigen, enthält der Vertrag eine Lücke, welche im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden muss. Danach ist entscheidend, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.

Unter Abwägung dieser beiderseitigen Interessen ergibt die ergänzende Vertragsauslegung, dass der neue Einheitspreis für Mehrmengen über 110 % nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu bemessen ist, also wie die BGB-Regelung bei Nachträgen. Der AN erhält so für die relevanten Mehrmengen eine auskömmliche Ver-

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18 – IBR 2019, 536.

gütung. Es widerspricht Treu und Glauben, würde der AN aufgrund der Mengenmehrung auf Kosten des AG einen über die angemessenen Zuschläge hinausgehenden Gewinn erwirtschaften oder der AG von einem für den AN unauskömmlichen Preis profitieren. Eines Rückgriffs auf die vorkalkulatorische Preisfortschreibung bedarf es nicht. Die im Wettbewerb zustande gekommene Vergütungsvereinbarung bleibt unangetastet, da es für die vertraglich vereinbarte Menge zusätzlich des Toleranzzuschlags von 10 % bei der vereinbarten Vergütung verbleibt. Für die Bestimmung des neuen EP gilt das Vertragspreisgefüge aber gerade nicht mehr.

Diese vom BGH nur auf § 2 Abs. 3 VOB/B anzuwendende Entscheidung haben nahezu alle Obergerichte zwischenzeitlich auf den wortgleichen § 2 Abs. 5 VOB/B übernommen und teilweise auch für § 2 Abs. 6 VOB/B.¹

Damit sind also verschiedene Fallgestaltungen zu unterscheiden:

- Sind sich die Parteien einig, dass die Nachtragsberechnung auf eine bestimmte Weise zu erfolgen hat, so ist diese anzuwenden. Das kann ausdrücklich erfolgen, beispielsweise durch Klarstellungen im Vertrag oder auch stillschweigend, etwa durch eine „gelebte Praxis“.
- Besteht Uneinigkeit über die Nachtragsberechnung, erhält der AN für die geänderte oder zusätzliche Leistung die tatsächlich erforderlichen Kosten mit

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.12.2019, Az.: 5 U 52/19 – IBR 2020, 334; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020, Az.: 11 U 153/18 – IBR 2020, 335; KG, Urt. v. 27.08.2019, Az.: 21 U 160/18 – IBR. 2019, 559.

angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn.

- Dabei kann dann eine vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation (in entsprechender Anwendung von § 650 c Abs. 2 BGB) eine Vermutung dafür sein, dass die Fortschreibung aus der Urkalkulation die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn darstellen.

Mit anderen Worten: Die Urkalkulation ist in zwei Fällen relevant:

Wenn Einigkeit besteht, dass sie Grundlage der Nachtragsberechnung sein soll oder bei Uneinigkeit in dem Fall, dass eine Urkalkulation hinterlegt ist.

Den ersteren Fall hat der Bundesgerichtshof (BGH) bereits 2013 angedeutet:¹

„Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden. Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass – soweit wie möglich – an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird.“

In diesem Fall können die von der VOB/B gebrauchten Begriffe der Mehr- oder Minder-„Kosten“ in die Irre führen, wenn der Anwender an tatsächliche Kosten denkt. In diesem Fall sind nämlich gerade nicht die

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 14.03.2013, Az.: VII ZR 142/12.

tatsächlichen, sondern die vorkalkulatorischen Kosten gemeint.

Mit „Grundlagen des Preises/der Preisermittlung“ wird die ursprüngliche Kalkulation (Urkalkulation) mit all ihren preisbildenden Faktoren wie

- Mittelohn,
- Geräte- und Materialverrechnungssätzen,
- inneren Mengen,
- Vordersätzen (äußere Mengen),
- Aufwands- und Leistungswerten,
- Gemeinkostenzuschlägen

etc. angesprochen. Auch die ursprüngliche Kalkulationsmethode ist bei der Bildung des neuen Preises anzuwenden.¹ Sowohl Kalkulationsfehler (Unterwerte) als auch Überwerte, wie solche aus günstiger Nachunternehmervergabe und günstigem Stoffeinkauf, müssen bzw. dürfen sich grundsätzlich im neuen Preis widerspiegeln. Eine Nachtragsprüfung auf der Grundlage von Ist-Kosten ist unzulässig.

Die *Korbion*-Formel läuft auf eine lineare Fortschreibung des dem Hauptvertragspreis innewohnenden Preisniveaus auf den Nachtragspreis hinaus. Bei der Preisbildung ist also die ursprüngliche Kalkulation des Auftragnehmers zu berücksichtigen und sind ihre Ein-

Lineare Fortschreibung des Preisniveaus

¹ *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, VOB-Kommentar, 21. Aufl. 2020, Teil B § 2 Nr. 3 Rdnr. 17 f.; *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, 6. Aufl., Band 1: Einheitspreisvertrag, Rdnr. 600, 1000.

zelbestandteile unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten fortzuschreiben (vorkalkulatorische Preisfortschreibung), wodurch das Vertragspreisniveau bei der Bildung des neuen Einheitspreises beibehalten werden soll. Je nach Kalkulationsmethode des Auftragnehmers und Detailliertheit seiner Urkalkulation finden sich in der Literatur dabei allerdings weit ausdifferenzierte Berechnungsmethoden, wobei in Einzelfragen, etwa hinsichtlich des Umgangs mit nicht auskömmlichen beziehungsweise überhöhten oder spekulativen Einheitspreisen oder mit Kalkulationsirrtümern, viel Streit herrscht.¹

Die Bindung des Auftragnehmers an einen unauskömmlich kalkulierten Preis muss insbesondere auch dann gelten, wenn er es vorgezogen hat, dafür den Hauptauftrag hereinzuholen und damit wenigstens Teile der nicht kurzfristig abbaubaren Kosten decken zu können.² Etwas anderes mag dann gelten, wenn der AG auf einen solchen erkannten Kalkulationsirrtum den Auftrag erteilt.

Preisermittlung bei geänderten Leistungen

Bei geänderten Leistungen hat die Preisermittlung zudem unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu erfolgen. Dies bedeutet, dass diejenigen leistungsbezogenen Lohn- und Materialkosten, Baustellengemeinkosten usw. zu berücksichtigen sind, die „adäquat kausal“ auf die Leistungsänderung zurückzuführen sind. Darüber hinaus sind aber auch die sog. „Zuschlagsbestandteile“, wie Baustellengemeinkosten,

¹ Vgl. nur Kniffka in Kniffka/Koeble, *Kompendium des Baurechts*, 4. Aufl., 5. Teil Rn. 125 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, *VOB Teile A und B*, 6. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 213 ff.; Beck'scher *VOB/B-Kommentar*/Jansen, 3. Aufl., § 2 Abs. 5 Rn. 51 ff.

² *Roquette/Paul*, *BauR* 2003, 1097, 1098.

allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu berücksichtigen.

Anforderungen an die Berechnung des neuen Preises

Eine prüfbare Abrechnung der Mehrvergütungsansprüche gem. § 2 Abs. 6 und 7 Nr. 1 Satz 4 VOB/B oder der geänderten Vergütungsansprüche nach § 2 Abs. 5 VOB/B auf Basis der Urkalkulation setzt voraus, dass der Preisbildungsprozess genau nachzuvollziehen ist. Es genügt nicht, zu behaupten, der geltend gemachte Preis sei der angemessene (im Übrigen auch nicht bei der Berechnung auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten). Der Unternehmer ist an das Preisgefüge des Vertragspreises und damit an seine ursprüngliche Kalkulation gebunden. Aus diesem muss der Preis hergeleitet werden. Dabei sind die neuen – und ggf. die entfallenen – Leistungen genau darzustellen. Weiter sind deren Preise (gemessen an dem durch den Vertragspreis bestimmten Wert der Leistungen) nachträglich zu bestimmen.

*Preisbildungsprozess
muss nachvollziehbar
sein*

Die alten Kostenfaktoren sind für eine besondere Vergütung gem. § 2 Abs. 6 VOB/B folgendermaßen fortzuschreiben:

Zur Ermittlung der Vergütung für geänderte Leistungen muss zunächst im Leistungsverzeichnis eine Bezugsleistung gesucht werden, die möglichst eng mit der neuen Leistung verwandt ist. Anschließend sind die Bewertungsansätze der Bezugsleistung aus der vorhandenen Kalkulation bzw. aus „Einheitspreisaufspaltungen“ festzustellen.

Bezugsleistung

Konsequenterweise hat die Kostenermittlung für die geänderte Leistung von der Kalkulationsmethodik der Kostenermittlung der Bezugsleistung auszugehen und die Beträge ihrer einzelnen Kalkulationsansätze sind (analog) für diejenigen der Angebotskalkulation zu übernehmen. Ist die zusätzliche Leistung so „neu“, dass es für die neuen direkten Kosten der zusätzlichen Leistung kein entsprechendes Element in der Angebotskalkulation gibt, ist auf Marktpreise (angepasst an das Preisniveau des Vertrags) zurückzugreifen.

BEISPIEL**Doppelt unauskömmlicher Kalkulationsansatz**

Die Bauzeit beträgt nach dem insoweit auskömmlichem Bau-Soll 20 Monate (Mt); die Urkalkulation weist 15 Bauleiter-Monate (BIMt) mit einem Verrechnungssatz von 5.000 Euro/Mt aus. Ohne jegliche Behinderung und ohne Nachtragseinflüsse hätte ein Bauleiter für die vollen 20 Monate zuzüglich zwei Monate Abrechnungsnachlauf bei 100 % Auslastung angesetzt werden müssen. Für eine auskömmliche Kalkulation wären zudem anstatt nur 5.000 Euro/Mt für das Bruttogehalt auch Gehaltszusatzkosten (3.500 Euro x 1,40), Handy am Mann (300 Euro) sowie Auslösung und Unterbringung (800 Euro) sowie Pkw (1.200 Euro) anzusetzen gewesen.

$(3.500 \times 1,40 + 300 + 800 + 1.200)$ Euro/BIMt = 7.200 Euro/Mt

Die Urkalkulation ist also in zweifacher Hinsicht unauskömmlich.

Wenn nun vier Monate Bauzeitverlängerung eintreten, für die nachweislich ein Nachtragsereignis mit der

Rechtsfolge „geänderte Vergütung unter Berücksichtigung der Mehrkosten“ nach § 2 Abs. 5 VOB/B kausal ist – mit welchem Betrag darf der um vier Monate verlängerte Bauleitereinsatz in den neuen Preis einfließen?

Mit dem Korrekturfaktor $15 \text{ Mt}/20 \text{ Mt} = 0,75$ für die unterwertig in der Urkalkulation angesetzte Bauzeit lautet die Berechnung:

$$4 \text{ Mt} \times 5.000 \text{ Euro/BIMt} \times 0,75 = 15.000 \text{ Euro}$$

Die tatsächlichen Monatskosten des Bauleiters spielen ebenso wenig eine Rolle wie das tatsächliche Maß der auf das Nachtragsereignis zurückzuführenden Bauzeitverlängerung. Es gilt vielmehr: Schlechter Urpreis bleibt auch als Nachtragspreis schlecht, indem die tatsächliche Bauzeitverlängerung von vier Monaten in der Nachtragsberechnung mit „ $4 \text{ Mt} \times 0,75$ “ auf das unauskömmliche Niveau der Urkalkulation gekürzt und der unauskömmliche Verrechnungssatz „Bauleitung“ beibehalten wird.

Beim Schadensersatz für ein vom Auftraggeber zu vertretendes Behinderungsereignis als Auslöser für vier Monate Bauzeitverlängerung (§ 6 Abs. 6 VOB/B, positive Vertragsverletzung) würde die Rechnung dagegen lauten:

$$4 \text{ Mt} \times 7.200 \text{ Euro/BIMt} = 28.800 \text{ Euro}^1$$

Wer eine für sich günstige Änderung der Preisermittlungsgrundlagen behauptet, muss neben dem Anspruchsgrund die Grundlage seiner Neuberechnung vortragen. Er muss die relevanten Preiselemente seines Urpreises vortragen und daran anknüpfend die Änderungen, welche zum Nachtragspreis führen.

¹ Nach *Drittlér*, Nachträge und Nachtragsprüfung, *ibr-online*, Stand 03.02.2010, Rdnr. 296.

BEISPIEL

Die Parteien haben einen Einheitspreisvertrag auf Basis der VOB/B abgeschlossen. Ausgeschrieben und beauftragt werden GK-Wände als Innentrennwände. Der AN hatte für die GK-Wände einen Preis unter den Herstellkosten kalkuliert. In zeitlicher Hinsicht hatte er für die Herstellung und Lieferung der GK-Wände statt der erwartungsgemäß notwendigen acht Wochen nur fünf Wochen kalkuliert.

Der AG entscheidet sich nach Vertragsschluss anders. Er will nun Glaswände statt der GK-Wände. Wie sind die zeitlichen und monetären Folgen?

Die Urkalkulation¹ ist wie folgt aufgebaut:

$$\text{EKT: } (0,76 \text{ Lh/m}^2 \times 25,88 \text{ €/Lh}) + 12,78 = 32,45 \text{ €}$$

$$\text{BGK: } 7,18 \% \times 32,45 = 2,33 \text{ €}$$

$$\text{Herstellkosten: } 34,78 \text{ €}$$

$$\text{AGK: } 12 \% \times 34,78 = 4,17 \text{ €}$$

$$\text{Selbstkosten: } 38,95 \text{ €}$$

$$\text{W\&G: } 5 \% \times 38,95 = 1,95 \text{ €}$$

$$\text{Einheitspreis: } 40,90 \text{ €}$$

¹ EKT = Einzelkosten der Teilleistung; BGK = Baustellengemeinkosten; AGK = Allgemeine Geschäftskosten; W&G = Wagnis und Gewinn.

Der AN geht also davon aus, dass er für einen Quadratmeter 0,76 Mannstunden benötigt, die ihn 25,88 Euro kosten. Dazu kommt das Material von 12,78 Euro. Bei dieser Kalkulation ist der AN weiter von Folgendem ausgegangen bzw. Folgendes lag dem zugrunde (Lh = Leistung in der Stunde):

- Aufwandswert Bezugsposition für GK-Wände:
 $0,76 \text{ Lh/m}^2$
- Aufwandswert aus Preisdatei für GK-Wände:
 $0,50 \text{ Lh/m}^2$
- Aufwandswert Preisdatei für Glastrennwände:
 $0,60 \text{ Lh/m}^2$

Der Niveaufaktor der ursprünglichen Kalkulation betrug also $0,76/0,50 = 1,52$. Da der Wert > 1 ist, handelt es sich also um einen guten Preis i. S. d. oben genannten Zitats. Dieser gute Preis ist fortzuschreiben, aber eben auf Basis der Glastrennwände. Der neue Arbeitswert beträgt dann $0,60 \text{ Lh/m}^2 \times 1,52 = 0,912 \text{ Lh/m}^2$.

Diesen Wert in die Urkalkulation eingesetzt, ergibt den neuen Preis:

$$\text{EKT: } (0,912 \text{ Lh/m}^2 \times 25,88 \text{ €/Lh}) + 12,78 = 36,38 \text{ €}$$

$$\text{BGK: } \underline{7,18 \% \times 32,45 = 2,33 \text{ €}}$$

$$\text{Herstellkosten: } 38,71 \text{ €}$$

$$\text{AGK: } \underline{12 \% \times 38,71 = 4,65 \text{ €}}$$

$$\text{Selbstkosten: } 43,36 \text{ €}$$

$$\underline{\text{W\&G: } 5 \% \times 43,36 = 2,17 \text{ €}}$$

Einheitspreis: 45,53 €

Dieses Beispiel geht davon aus, dass das Material gleich teuer bleibt. In der Regel wird man aber auch dort Veränderungen haben, die in der gleichen Weise fortzuschreiben sind.

Vorgehen, wenn nicht alle Kalkulationsfaktoren erkennbar sind

Oft sind aber nicht alle Kalkulationsfaktoren erkennbar. Das gleiche Problem kann bei einer geänderten Leistung auftauchen, wenn auch nicht so häufig wie bei Zusatzleistungen, weil geänderte Leistungen immer eine Bezugsleistung im Bau-Soll haben. Wie bei besonderen Kosten der Zusatzleistung und vereinzelt auch bei Leistungsänderungen sucht der Kalkulator eines Nachtrags bisweilen auch dann vergeblich nach einzelnen Anknüpfungspunkten in der Urkalkulation, wenn diese *unzureichend transparent* und nicht mit der genügenden Tiefe aufgegliedert ist oder der Bieter gar nicht kalkuliert, sondern nur Preise in das Blankett eingesetzt hat.

Hat der Auftragnehmer dann Anspruch auf Vergütung nach dem Maßstab der üblichen Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB) oder nach dem Ist-Kosten-Maßstab? Keineswegs. Ist keine Urkalkulation vorhanden, so darf und muss sie der Auftragnehmer nachträglich plausibel erstellen.¹ Der Auftragnehmer wird seinen Anspruch grundsätzlich nur durch Preisfortschreibung auf dieser nachträglich erstellten Grundlage schlüssig ausfüllen können. Das Gleiche gilt, wenn die Urkalkulation nicht

¹ BGH, „Spekulation, Ur-Kalkulation“, BauR 2009, 491; *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 6. Aufl., Rdnr. 621.

hinreichend transparent ist, um die notwendigen Preisableitungen darzustellen.¹

Problem: Gewinne oder Verluste potenzieren sich

Es kann einmal dahinstehen, ob die Fortschreibung der kalkulierten Kosten auch eine „gerechte“ Lösung ist: Jedenfalls kann sie sowohl zulasten des Auftragnehmers als auch zulasten des Auftraggebers zu unbilligen Ergebnissen führen. Denn eine solche Lösung hat die Gefahr, dass sich Gewinne und Verluste zulasten der einen oder anderen Partei potenzieren. Das sind dann häufig Fallgestaltungen, in denen sich eine derartige Entwicklung bei Vertragsschluss nicht vorhersehen ließ. Hierbei kann es sich um geänderte oder zusätzliche Leistungen beim VOB/B-Vertrag handeln (vgl. § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B) oder um eine ganz erhebliche Mengen- und Massenveränderung (§ 2 Abs. 3 VOB/B).

Gewinne und Verluste potenzieren sich

Weder der Vertrag noch die VOB/B sehen dann hierfür eine sachliche Begründung der potenzierten Gewinne oder Verluste vor. Im Ergebnis führt das dann zulasten des Auftragnehmers dazu, dass er durch das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers (§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B) Nachtragsleistungen zu unterdeckten Preisen erbringen muss. Auf der anderen Seite können sich aber auch weitere notwendige Leistungen zugunsten des Auftragnehmers auswirken, wenn die einschlägige Position entsprechend kalkuliert ist.

Allerdings provoziert dies häufig Spekulation auf der Bieterseite. Geht er davon aus, dass tatsächlich, also

¹ Vgl. OLG München, BauR 1993, 726.

entgegen der Ausschreibung, ein viel höherer Vordersatz zur Auftragsausführung benötigt wird, wird er hier mit einem (besonders) hohen Preis kalkulieren, in der Hoffnung (wann diese enttäuscht wird, siehe unten), dass er diesen hohen Preis auch bei den Mehrmengen verdienen können. Um seine Auftragschance wegen dieses hohen Preises nicht zu vergeben, wird er an anderer Stelle unauskömmliche Preise anbieten.

BEISPIEL

Ein Einheitspreis-Leistungsverzeichnis bei einem Bürogebäude besteht aus den Positionen Baustelleneinrichtung (BE), Holzfenster liefern und montieren und Rollladenkästen liefern und montieren. Bei den Fenstern sind 35 Stück im Angebots-LV vorgegeben, bei den Rollladenkästen 55 Stück. Der Auftragnehmer spekuliert, dass auch 55 Fenster ausgeführt werden. Üblich wäre ein Preis von 500 Euro, er bietet aber 750 Euro an. Den „Zuschlag“ von $(35 \times 250 \text{ Euro}) = 8.750$ Euro zieht er in anderen Positionen (BE oder Rollladenkästen) wieder ab, damit sein Angebot wettbewerbsfähig bleibt. Erhält er den Zuschlag und kommen tatsächlich 55 Stück Fenster zur Ausführung, „gewinnt“ der AN zusätzliche $(20 \times 250 \text{ Euro}) = 5.000$ Euro.

Die – wie in dem aufgeführten Beispiel – 0,5-fache Erhöhung des üblichen Einheitspreises ist sicher nicht weiter zu problematisieren. Anders ist das aber, wie gesagt, bei einer vielfachen Erhöhung des üblichen Einheitspreises. Diese Anpassung gilt dann im Übrigen nicht nur für die Mehrmassen, sondern für die gesamte Masse. Das heißt, dass der angebotene (überhöhte) Einheitspreis überhaupt nicht zur Abrechnung kommt.

Ebenfalls sittenwidrig ist eine 28-, 41- bzw. 53-fache Abweichung gegenüber dem Üblichen.¹ Die 6,87-fache Überhöhung führte noch nicht zwingend zu einer vermuteten sittenwidrigen Überhöhung.²

Das nahezu 8-Fache des ortsüblichen und angemessenen Preises wurde hingegen zuletzt als auffälliges Missverhältnis und deshalb wucherähnlich angesehen und dieser Einheitspreis dann durch den üblichen Preis ersetzt.³ Eine Woche später hat der BGH⁴ wie folgt entschieden:

Erhebliche Überschreitung = sittenwidriger Einheitspreis

BEISPIEL

BGH vom 14.03.2013:

In Position 11.130 des Einheitspreis-Leistungsverzeichnisses des Gewerks Trockenbauarbeiten war die Herstellung von 16 T-Verbindungen für Trockenbauwände zu 975,35 Euro pro Stück (das ca. 22-Fache des üblichen Preises) ausgeschrieben. Während der Durchführung der Arbeiten wurden die Pläne dahin geändert, dass der Auftragnehmer (AN) bei den Trockenbauwänden insgesamt 261 T-Verbindungen ausführte. Der AN forderte hierfür den ausgeschrieben Einheitspreis. Gegenüber dem Vorwurf, in sittenwidriger Weise auf eine Mengenerhöhung spekuliert zu haben, wendet der AN ein, dass bei der Dateneingabe im Rahmen der Tabellenkalkulation eine Dezimalstelle verrutscht sei.

Der AN kann nur für die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Zahl von 16 T-Verbindungen den vereinbarten Einheitspreis von 975,35 Euro verlangen, für die

¹ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 13.03.2013, Az.: 12 U 74/12.

² Vgl. OLG München, Urt. v. 20.07.2010, Az.: IBR 2010, 608.

³ Vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2013, Az.: VII ZR 68/10.

⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 14.03.2013, Az.: VII ZR 116/12.

restliche Anzahl aber nur die übliche Vergütung. Zwar ist es möglich, dass der AN die durch den außergewöhnlich hohen, über das übliche Maß hinausgehenden Einheitspreis begründete Vermutung eines sittlich verwerflichen Gewinnstrebens durch den Nachweis entkräften kann, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen.

Allerdings verstößt es gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn er den hierauf beruhenden, in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt. Der AN würde in diesem Fall seinen Berechnungsfehler in der Weise ausnutzen, dass er gleichwohl den sittenwidrigen Preis durchsetzt. Ein neuer Preis für die Mehrmengen bzw. die geänderte Leistung bestimmt sich entsprechend § 632 Abs. 2 BGB nach der üblichen Vergütung, wenn im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung in Anlehnung an die Vertragspreise oder sonstigen Umstände keine neue Preisvereinbarung gefunden werden kann.

Für die Sittenwidrigkeit kommt es weniger auf die Differenz zwischen üblichem Preis und Angebotspreis der einzelnen Leistungsverzeichnispositionen an, sondern vielmehr darauf, wie sich der neu zu bildende Preis zum Gesamtangebotspreis verhält.

Praxistipp:

Generell gilt: Vorsicht bei extrem überhöhten Einheitspreisen! Selbst wenn nicht auf eine bloße Massenmehrung spekuliert wird, sondern diese auf Änderungen des Bauentwurfs zurückzuführen sind, kann das zur Nichtigkeit der Preisabrede führen. Das gilt jedenfalls

dann, wenn der ursprünglich vereinbarte Einheitspreis den Faktor 3 eines vergleichbaren üblichen und angemessenen Preises erreicht.

Der um das 2,86-Fache überhöhte Einheitspreis ist hingegen grundsätzlich nicht zu beanstanden.¹ Hier ist in der Rechtsprechung und der juristischen Literatur aber noch nichts endgültig: Jeder Auftraggeber wird sich fragen lassen müssen:

- Wie kann es zu einer derartigen Massenveränderung kommen? Es soll doch erst ausgeschrieben werden, wenn alle Daten vorliegen?
- Warum hat der Auftraggeber einen solchen abnormalen Einheitspreis nicht im Rahmen der Angebotsprüfung erkannt?

Übrigens ist die Preisanpassung keine Einbahnstraße.² Ordnet der Auftraggeber die Ausführung drastisch erhöhter Mengen in Positionen mit krass unteretzten (Cent-)Preisen an, dürfte ein verwerfliches Gewinnstreben des Auftraggebers vorliegen. Gleiches wird bei Mengenerhöhungen gelten, wenn der Auftraggeber wusste oder ahnen konnte, dass sich in diesen Positionen die Mengen deutlich erhöhen. Das ist allerdings durchaus auch in der Praxis schwierig durchsetzbar und an sich mit der Kalkulation als Internum nicht weiter begründbar. Zudem ist kein Auftraggeber verpflichtet, die Angebote insoweit auch wirklich zu prüfen.

¹ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 13.03.2013, Az.: 12 U 74/12.

² Vgl. BGH, Urt. v. 18.12.2008, Az.: VII ZR 201/11.

Wegfall der Geschäftsgrundlage?

Ein anderer Lösungsweg ist daher v. a. bei Mehrmengen erheblich unteretzter Einheitspreise die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage (vgl. § 313 BGB). Geschäftsgrundlagen sind nach ständiger Rechtsprechung die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem zukünftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut. Allerdings sind diese Grundsätze nicht anwendbar, wenn die Vertragsparteien eine vertragliche Risikoverteilung getroffen haben.

VOB/B ist eine vertragliche Risikoverteilung bei Leistungsänderungen

Wie oben ausgeführt, enthalten die Regelungen der VOB/B nicht nur in § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern auch in § 2 Abs. 3 und Abs. 6 VOB/B eine solche Vereinbarung, wie die Preise bei auftretenden Mengen- und Leistungsänderungen bzw. bei zusätzlichen Leistungen vertragskonform fortzuschreiben sind. Unausgesprochener und für beide Vertragsparteien erkennbarer Inhalt der Regelung (und damit Geschäftsgrundlage) ist damit auch, dass die Ausgangspreise nur diejenigen Preisparameter in dem Umfang enthalten (Material- und Lohnkosten, allgemeine Geschäftskosten, Baustellengemeinkosten, Wagnis und Gewinn), die der Kalkulierende für die zu erbringende Leistung unter Einschluss des Gesichtspunkts, dass er mit diesen Preisen den Wettbewerb gewinnen möchte, für erforderlich hält.

Spekulationsansätze mit Blick auf Mengenmehrungen und Leistungsänderungen unterlaufen die Geschäftsgrundlage, dass die Preise auch für Mehrmengen und Leistungsänderungen das Äquivalenzverhältnis von

Leistung und Gegenleistung aufrechterhalten. Denn haben die Vertragsparteien eine Klausel (§ 2 Nr. 3, 5 und 6 VOB/B) übereinstimmend in einem bestimmten Sinne verstanden, so geht dieser übereinstimmende Wille nicht nur der Auslegung einer Individualvereinbarung, sondern auch der Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Ein innerer Vorbehalt des Bieters, dessen ungeachtet in einzelne Positionen dort nicht oder nicht in der ausgewiesenen Höhe hineingehörende Kalkulationsansätze anzusetzen, ist folglich unbeachtlich.

Das Verbot derartiger Verzerrungen ist kein abstrakter Selbstzweck: Würden sich die Mengen und die Leistungsarten bei der Ausführung nicht ändern, könnte auf ein derartiges Verbot verzichtet werden; der Bieter ist preisgünstigster Wettbewerbsgewinner, bei unveränderter Durchführung des Vertrags würde es dabei bleiben. Eine unveränderte Vertragsdurchführung ist im Baubereich regelmäßig aber nicht zu erwarten. Deshalb soll jede Position den dafür kalkulierten „wahren“ Einheitspreis ausweisen. Für die Preisfortschreibungsregelungen ist es insofern unbeachtlich, ob ein auffällig überhöhter Preis durch unzulässige Preisverlagerungen oder „nur“ durch spekulativ überhöhte Preisansätze in einzelnen Positionen entstanden ist. Beides führt gleichermaßen zu unerwünschten, den vereinbarten Strukturen der Preisfortschreibungsregelungen in § 2 Nr. 3, 5 und 6 VOB/B widersprechenden Verzerrungen.

Leistungsänderung: Folgen für die Praxis bei der Preisfortschreibung

Leistungsänderungen dürfen aber selbst bei einer Fortschreibung auf Basis der Urkalkulation weder zu einem

Nach- noch zu einem Vorteil für die Vertragsparteien führen.¹

Einschränkung der analogen Preisfortschreibung

Hieraus folgt eine erhebliche Einschränkung der analogen Preisfortschreibung, selbst wenn diese Kostenfortschreibung Platz greift: Die Kalkulation auf Basis der ursprünglichen Preisermittlung billigt dem Auftragnehmer eine Mehrkostenvergütung unter Aufrechterhaltung und Fortschreibung der ursprünglichen Preiskalkulation zu. Somit wird sichergestellt, dass das im Wettbewerb erzielte Preisniveau auch für Nachtragsforderungen erhalten bleibt, der Auftragnehmer also grundsätzlich über den Nachtrag weder einen nicht kalkulierten zusätzlichen Gewinn erzielt noch einen zusätzlichen Verlust erleidet.

Gewinne und Verluste des AN bleiben betragsmäßig erhalten

Infolgedessen bleiben auch Gewinne und Verluste des Auftragnehmers aus der Vergabe von Lieferanten- und Nachunternehmerverträgen grundsätzlich betragsmäßig erhalten.

BEISPIEL

Der Auftragnehmer (AN) bietet dem Auftraggeber (AG) eine Gehweg-Brücke aus Holz, 2 m breit, zum Einheitspreis von 200.000 Euro zzgl. Generalunternehmer-Zuschlag von 15 % an. Ein Nachunternehmer-Angebot hatte er nicht eingeholt. In der Nachunternehmer-Verhandlung gelingt es dem AN, einen Einheitspreis von 40.000 Euro zu vereinbaren, sodass er bei unveränderter Ausführung einen Vergabegewinn von

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 14.03.2013, Az.: VII ZR 142/12; BGH, Beschl. v. 21.03.2013, Az.: VII ZR 211/12.

500 % bzw. betragsmäßig von 160.000 Euro erzielt hätte.

Nach Abschluss des Nachunternehmer-Vertrags ändert der AG die Leistungen durch Materialänderung von Holz auf Stahl. Beim Nachunternehmer entstehen Mehrkosten i. H. v. 40.000 Euro, d. h., die Nachunternehmer-Kosten verdoppeln sich. Der neue Einheitspreis für den Nachtrag des AN gegenüber seinem AG kann nun durch prozentuale Fortschreibung des Vergabegewinns so erfolgen, dass er den Vergabegewinn von 500 % beibehält, also der vereinbarte Preis für die Brücke sodann 400.000 Euro plus 15 % Generalunternehmer-Zuschlag beträgt. Oder die Fortschreibung kann betragsmäßig durch Fortschreibung des Vergabegewinns bei unveränderter Ausführung i. H. v. 160.000 Euro zzgl. der neuen Nachunternehmer-Kosten erfolgen, sodass sich ein neuer Preis von 240.000 Euro jeweils zzgl. Generalunternehmer-Zuschlag von 15 % ergibt.²

Das gleiche Beispiel lässt sich natürlich auch mit einem entsprechenden Vergabeverlust darstellen, was bei einer Fortschreibung der tatsächlichen Beträge und nicht einem entsprechenden prozessualen Anteil freilich dazu führen kann, dass der Einheitspreis durch die Änderung negativ ist. Das lässt sich aber auch rechtfertigen, weil sich der tatsächliche Verlust dieser einen Position ja nicht verändert. Betragsmäßig ist der Verlust gleich, er ist aber auch nicht potenziert höher.

² Nach Vygen, BauR 2006, 894.

Praxistipp:

Vor allem bei deutlich unteretzten Einheitspreisen, bei denen sich der Verlust zu potenzieren droht, kann der Auftragnehmer darauf abstellen, dass sich sein Verlust, den er von Anfang an bewusst kalkuliert hat, nicht durch Leistungs- oder Mengenänderungen ins Unermessliche potenzieren darf. Ein weiterer Ansatz ist es, sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen. Das Risiko bei derartiger Spekulation ist aber groß. Es wird im Übrigen auch nur in ganz vereinzelt Extremfällen dazu führen, dass der Auftragnehmer bei versehentlich falsch kalkulierten Einheitspreisen eine Korrektur erwarten kann.

BGB-Vertrag: § 650a ff.

Beim BGB-Vertrag gibt es dieses „Problem“ der Unterscheidung und der weiteren Probleme bei der Fortschreibung auf Basis der Urkalkulation, wie oben dargestellt, nicht. Beim BGB-Werkvertrag ist der Auftraggeber bei Verträgen seit 01.01.2018 auch berechtigt, einseitig Leistungsänderungen im Vergleich zum ursprünglichen Vertrag anzuordnen (§ 650b BGB). Wenn hier keine Einigung über den Preis gefunden wird, gilt § 650c BGB, und der Auftraggeber muss die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn bezahlen.



WISSEN,
DAS ANKOMMT.

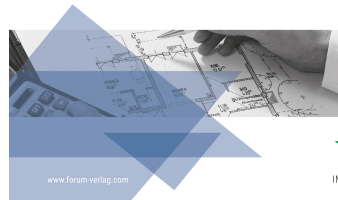
Bestellmöglichkeiten

DR. DANIEL JUNK



Abrechnung und Vergütung von Bauleistungen

Rechtliche Grundlagen, aktuelle Praxisweise, wichtige Urteile



Abrechnung und Vergütung von Bauleistungen

Für weitere Produktinformationen oder zum Bestellen hilft Ihnen unser Kundenservice gerne weiter:

Kundenservice

☎ **Telefon: 08233 / 381-123**

✉ **E-Mail: service@forum-verlag.com**

Oder nutzen Sie bequem die Informations- und Bestellmöglichkeiten zu diesem Produkt in unserem Online-Shop:

Internet

🌐 **<http://www.forum-verlag.com/details/index/id/5872>**