

tagungsband 2015



Preisermittlung und Vergabe in der Bauwirtschaft Baubetriebliche, bauwirtschaftliche und rechtliche Aspekte

V. Preisermittlung für Mehrkostenforderungen – neue Tendenzen aus deutscher Sicht

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Rainer Wanninger
Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb
Technische Universität Braunschweig
Schleinitzstraße 23A, D-38106 Braunschweig
E-Mail r.wanninger@tu-braunschweig.de

Inhaltsverzeichnis

Abstract	2
1. Eine unbefriedigende Situation	2
2. Vergütungsregelung nach VOB/B – wenig hilfreich	4
2.1. VOB/B aus historischer Sicht	4
2.2. Trotz Fundamentalkritik keine Änderungen	5
3. Entwicklungen zu einem Bauvertragsrecht innerhalb des BGB ...	8
3.1. Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages	8
3.2. Bericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht	11
4. Aus Sicht der Praxis: Es bleiben genug Probleme	13
4.1. Die Praxis öffentlicher Auftraggeber	13
4.2. Die Praxis privater Auftraggeber	14
5. Ausblick	15
Literaturverzeichnis	16

Abstract

Der Weg zur Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen scheint in Deutschland geregelt zu sein, solange die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen VOB Teil B vereinbart ist und auch praktiziert wird. Dieser Eindruck täuscht; die einschlägigen Formulierungen der VOB/B sind nicht hinreichend präzise. Dies wird insbesondere von juristischer Seite sehr deutlich kritisiert, ohne dass dies jedoch bislang zu Konsequenzen wie z. B. einer Änderung der VOB/B geführt hätte. Es gibt inzwischen von juristischer Seite starke Bestrebungen, innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) konkrete Regelungen zum Bauvertragsrecht aufzunehmen. Dies ist bisher nicht der Fall; das BGB enthält mit wenigen Ausnahmen nur Regelungen zum allgemeinen Werkvertrag, ohne die Besonderheiten des Bauens zu berücksichtigen. Bestandteil der geplanten Regelungen soll auch die Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen sein. Diese Regelungen sollen hier – aus nichtjuristischer Sicht – vorgestellt werden.¹

1. Eine unbefriedigende Situation

Bauleistungen werden selten in vollem Umfang genau so ausgeführt wie sie einmal geplant, ausgeschrieben und vertraglich vereinbart wurden. Es kommt in den meisten Fällen zu Anordnungen des Auftraggebers, dass geänderte oder zusätzliche Leistungen ausgeführt werden sollen. Dies ist nach deutschem Recht nur möglich, wenn abweichend vom BGB dispositiv ein derartiges Anordnungsrecht vertraglich vereinbart ist. Die für öffentliche Auftraggeber verpflichtende und für nichtöffentliche Auftraggeber in der Mehrzahl der Fälle vereinbarte VOB/B sieht ein derartiges Anordnungsrecht vor. In höchstem Maße streitig ist allerdings, ob ein solches Anordnungsrecht auch für bauzeitliche Anordnungen (z. B. Beschleunigungen oder Verkürzung der Bauzeit) gelten soll. Dies soll allerdings hier nicht erörtert werden; der Beitrag konzentriert sich auf den Problembereich der geänderten und zusätzlichen Leistungen.

Der Weg zur einvernehmlichen Herbeiführung einer Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen ist meist langwierig und notorisch streitanfällig. Er belastet damit das Klima zwischen den Beteiligten bei Bauprojekten. Dies betrifft nicht nur die Vertragspartner selbst, sondern häufig auch die mit der Prüfung von Mehrkostenforderungen befassten Planer als Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers. Meist noch deutlich unangenehmer entwickeln sich die Verhandlungen, wenn es um Bauzeitverlängerungen oder um gestörte

¹ Dieser Beitrag beruht in Teilen auf einem Beitrag des Verfassers zum Braunschweiger Baubetriebsseminar 2015.

Bauabläufe geht. Diese letzteren Ereignisse sollen jedoch hier nicht Gegenstand der Erörterung sein.

Sowohl die Auftragnehmer- als auch die Auftraggeberseite empfindet die Situation gleichermaßen als unangenehm, wobei jedoch nicht zu verkennen ist, dass die Auftragnehmerseite meist unter dem größeren wirtschaftlichen Druck steht. In der überwiegenden Zahl der Fälle sind nämlich die Leistungen bereits ausgeführt, bevor die Mehrkostenforderungen der Höhe nach endgültig vereinbart werden. Allerdings darf auch nicht verkannt werden, dass auftraggeberseitig Budgetzwänge existieren, die durch Mehrkostenforderungen gefährdet werden. Entsprechend den vertraglichen Regelungen – und hier insbesondere der VOB/B – hat das Fortschreiten der Baustelle Vorrang vor den notwendigen Preisvereinbarungen und sonstigen ggf. erforderlichen vertraglichen Anpassungen. Dies lässt in der Praxis jegliche Verhandlungssituation absurd werden.

Diese besondere Situation – Leistung bereits ausgeführt, Preis noch nicht vereinbart – bezeichnet der Autor als die Situation des “ex-post-Nachtrags”: Es soll – vorkalkulatorisch („ex-ante“) – ein Preis ermittelt werden, wobei jeder der Beteiligten auf beiden Seiten des Vertrags bereits Gelegenheit hatte, mit zu erleben, wie und mit welchem Aufwand die noch zu bepreisende Leistung tatsächlich bereits ausgeführt wurde. Das führt verständlicherweise sehr leicht weg vom Gedanken der Vorkalkulation und hin zu einer Betrachtung nach tatsächlichen (IST-) Kosten. Schlimmer noch, es eröffnet den Weg zu einer Basar-Mentalität.

Somit ist festzustellen, dass in der Praxis der konsequente Weg über eine vorkalkulatorische Ermittlung zwar zunächst AN-seitig vielleicht noch begangen wird, dieser Weg im Zuge der Mehrkostenverhandlungen jedoch bald verlassen wird. Im Hinblick auf die weiter unten in Kapitel 3.1 behandelten Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages kommt die Frage auf, welche Bedeutung die vorkalkulatorische Preisbildung bei Nachträgen zukünftig überhaupt noch haben soll.

Es geht also darum, dass die reine Lehre in der Praxis nicht mehr praktiziert wird, oder noch schlimmer, alle Beteiligten glauben, mit ihrer jeweils opportunistischen Auffassung das “Richtige” zu tun. Die Zunft der Baubetriebe, aber ebenso auch die der Juristen, trägt fortlaufend dazu bei, dass die Verunsicherung zunimmt. Es darf also nicht verwundern, wenn sowohl in der baubetrieblichen als auch in der juristischen Diskussion neue Wege vorgeschlagen werden. Gründe für Diskussionen und Bedarf an Verbesserungen gibt es genug.

2. Vergütungsregelung nach VOB/B – wenig hilfreich

Die in Deutschland 1926 als “*Verdingungsordnung für Bauleistungen*” entstandene und auch heute noch als „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen“ über weite Strecken im Wortlaut identische VOB, hier

insbesondere die VOB/B als „*Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*“, gilt zwar in der Branche immer noch weithin als gelungenes Beispiel für einvernehmliche vertragliche Regelungen. Trotz ihres Charakters als lediglich „*Allgemeine Geschäftsbedingung*“ wurde sie in der Vergangenheit auch durch die Rechtsprechung nahezu mit dem Gewicht eines Gesetzes interpretiert, durchaus auch als „*Verkehrssitte*“ verstanden. Durch das inzwischen vom Bundesgerichtshof ergangene Verbot der Verwendung gegenüber Endverbrauchern und durch zunehmende Kritik aus rechtlicher Sicht wird dieser hohe Stellenwert der VOB/B zwar in den letzten Jahren zunehmend in Frage gestellt. Dennoch ist heute die VOB/B auch bei nichtöffentlichen Auftraggebern in den meisten Fällen immer noch Vertragsbestandteil.

2.1. VOB/B aus historischer Sicht

In der Ur-VOB von 1926, in die damals bereits eine Vielzahl von Formulierungen aus den schon bestehenden Vorschriftenwerken öffentlicher Auftraggeber eingeflossen ist, heißt es im § 2 – damals noch ohne Absatznummerierung – bezüglich geänderter und zusätzlicher Leistungen:

Wird eine Leistung gefordert, die im Verträge nicht vorgesehen ist, oder werden durch Abänderung des Bauentwurfes oder durch andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen der Preisberechnung für eine im Verträge vorgesehene Leistung wesentlich verändert, so soll die Vergütung vor der Ausführung vereinbart werden.

Aus heutiger Sicht ist bemerkenswert, dass es damals ausschließlich um „*wesentliche*“ Änderungen gehen sollte. Ebenfalls bemerkenswert ist, dass der historisch erste VOB-Kommentar von Eplinius² noch überhaupt keine Veranlassung sah, auf das heute so konfliktbehaftete Thema der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen besonders einzugehen. Wie die Vereinbarung einer neuen Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen erfolgen sollte, schien Eplinius keiner besonderen Erörterung wert. Sollten derartige Vereinbarungen damals völlig konfliktfrei und in beiderseitigem Einvernehmen zustande gekommen sein? Oder besaßen die Vertreter der öffentlichen Auftraggeber (nur dort wurde die VOB/B zunächst angewendet) so viel Autorität, einseitig – quasi obrigkeitlich – die Vergütung festlegen zu können? Allerdings vertrat Eplinius in seinem Kommentar auch die Auffassung, dass man nur dann von „*wesentlichen*“ Änderungen sprechen könne, wenn diese – in Anlehnung an die auch damals schon enthaltene Mehr-/Minder Mengenregelung des heutigen § 2 Abs. 3 VOB/B – mehr als 10 % der Selbstkosten einer Position ausmachten. Von dieser Interpretation haben wir

² Eplinius: Der Bauvertrag, Seite 47 ff.

uns heute deutlich entfernt. Bei Änderungen und Zusatzleistungen gibt es im Gegensatz zum Phänomen der reinen Mengenmehrungen keine Wesentlichkeitsschwelle.

Die oben zitierte Regelung der VOB/B 1926 findet sich auch noch wortidentisch bis zur VOB/B Ausgabe 1952.

Erst in der nachfolgenden Ausgabe vom Dezember 1958 heißt es im § 2, nunmehr mit Absatznummerierung und zwei Sachverhalte differenzierend:

*(5) 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.*

*(6) Wird eine Leistung gefordert, zu der der Auftragnehmer nach dem Vertrag nicht verpflichtet ist, so hat er Anspruch auf besondere Vergütung. Er muß jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt. Die Vergütung bestimmt sich nach den **Grundlagen der Preisermittlung** für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.*

Die Formulierung des Abs. 5 ist bis heute unverändert, die des Abs. 6 nur redaktionell geändert, so dass wir uns auch heute – 56 Jahre später – mit diesen offensichtlich verunglückten Formulierungen herumzuschlagen haben.

2.2. Trotz Fundamentalkritik keine Änderungen

Mit der oben zitierten VOB-Novellierung von 1958 sind zwei Begrifflichkeiten aufgenommen worden, die uns auch heute noch Probleme bereiten und die zu Recht von juristischer Seite³ heftig kritisiert werden: die „*Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten*“ und die „*Grundlagen der Preisermittlung*“. Außerdem bleibt der nicht erklärbare Widerspruch, dass nur bei zusätzlichen Leistungen der Anspruch dem Auftraggeber vor der Ausführung angekündigt werden muss, nicht jedoch bei geänderten Leistungen. Ist es nicht gerade so, dass ein Auftraggeber sehr wohl weiß, dass er für zusätzliche Leistungen zahlen muss, also gerade hier die Ankündigungserfordernis überflüssig erscheint, anders als bei Änderungen? Die Väter der VOB-Novellierung von 1958 sind nicht mehr unter den Lebenden, können also nicht mehr gefragt werden, und über die damaligen Beweggründe ist in der Literatur nichts zu finden.

³ Kniffka: VOB/B sichere Grundlage?

Die Versuche des DVA⁴ im Jahr 2006, durch Zusammenfassung der Absätze (5) und (6) die widersprüchlichen Regelungen zu eliminieren, sind kläglich gescheitert. Der DVA hatte Änderungen erarbeitet und diese in die Mitgliederbefragung gegeben sowie der interessierten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Der Vorschlag lautete:

Nr. 5 [heute: Abs. 5] erhält folgende Fassung:

(5) Werden durch Anordnungen des Auftraggebers nach § 1 Nr. 3 Satz 1 die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert oder eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so ist ein Preis auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung zu vereinbaren. Dabei sind Mehr- oder Minderkosten oder die besonderen Kosten der geforderten Leistung zu berücksichtigen. Der Auftragnehmer soll dem Auftraggeber die Änderung des Preises für eine geänderte Leistung oder den Anspruch auf besondere Vergütung einer zusätzlichen Leistung vor Ausführung der Leistung ankündigen. Die Vereinbarung über den Preis soll vor der Ausführung getroffen werden.

Damit wäre zumindest die unterschiedliche Behandlung von geänderten und von zusätzlichen Leistungen beendet worden. Der DVA führte als Begründung an:

*Die regelmäßige Verpflichtung zur Ankündigung wird auch auf Fälle der geänderten Leistung ausgedehnt, da hier noch eher als bei bisher im Vertrag nicht vereinbarten Leistungen eine Warnung vor damit verbundenen Kostenfolgen sinnvoll erscheint. Die Ankündigung der Kostenfolge ist jedoch keine Anspruchs-voraussetzung mehr. Vielmehr ist sie eine vertragliche Verpflichtung, deren pflichtwidrige Unterlassung Schadenersatz-folgen auslösen kann. Gleiches gilt für das **pflichtwidrige Unterlassen einer Preisvereinbarung** vor der Ausführung.*

Dazu ist es nun aber nicht gekommen. Dem Vernehmen nach waren es die Vertreter der Bauwirtschaft, die sich gegen die Vereinheitlichung der Vergütungsansprüche gewehrt haben. Offizielle Begründungen liegen nicht vor. Inoffiziell heißt es, man könne mit dem derzeitigen Zustand gut leben.

Somit ist festzustellen, dass wir es bei der VOB/B mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu tun haben, die zu verändern die Überwindung eines extrem großen Beharrungsvermögens bedeutet. In der Tat haben die vergleichsweise geringen Änderungen der letzten Jahrzehnte ihre Ursache zumeist in

4 Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat die Aufgabe, „Grundsätze für die sachgerechte Vergabe und Abwicklung von Bauaufträgen zu erarbeiten und weiterzuentwickeln“. Dies betrifft die VOB in allen Teilen A, B und C. Stimmberechtigte Mitglieder im DVA entstammen der Seite der öffentlichen Auftraggeber und der Spitzenorganisationen von Auftragnehmern im Bereich des öffentlichen Bauauftragswesens. Private (nichtöffentliche) Auftraggeber sind nicht vertreten. Die zur Vorbereitung von Entscheidungen gebildeten Hauptausschüsse müssen paritätisch besetzt sein. Sitzungsgemäß wird eine einheitliche Meinungsbildung angestrebt. Kommt diese nicht zustande, werden die Beschlüsse mit ¾-Mehrheit gefasst.

Änderungen des BGB und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Auch die Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstags (siehe Kapitel 3.1) zielen auf die Einführung von Paragraphen zum Bauvertragsrecht innerhalb des BGB ab. Auf Änderungen der VOB/B durch den DVA werden dort erkennbar keine Hoffnungen gesetzt. Dies würde ohnehin nur Teile des Problems lösen, da die VOB/B für Verbraucherverträge nicht mehr zulässig ist.

Kniffka⁵ setzt sich im Hinblick auf Nachträge sehr ausführlich mit den einschlägigen Absätzen des § 2 VOB/B auseinander. Zum derzeitigen § 2 Abs. 5 VOB/B führt er u.a. aus:

Diese Regelung ist schon sprachlich missglückt. Denn durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnung des Auftraggebers kann die Grundlage des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung nicht geändert werden. Die Kalkulation für die vertragliche Leistung bleibt gleich. Vielmehr entstehen andere Kosten als sie für die vertragliche Leistung kalkuliert sind. Es ist ärgerlich, dass es bis heute nicht gelungen ist, eine der zentralen Regelungen der VOB/B nicht wenigstens sprachlich zu glätten.

Der Verfasser merkt hier an, dass auch der weiter oben vom DVA 2006 vorgestellte Vorschlag für die Neuformulierung des § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. die Zusammenführung der Abs. 5 und 6 noch von einer „Änderung der Grundlagen des Preises“ ausgeht. Kniffka führt weiter aus:

Wie der Begriff der Mehr- und Minderkosten in der VOB/B zu verstehen ist, ist bekanntlich hoch umstritten. Die Selbstverständlichkeit, mit der die herrschende Meinung die Mehrkosten nach den kalkulierten Kosten beurteilen will, überrascht ein wenig. Das bedarf jedenfalls eines größeren Begründungsaufwandes als von den tatsächlichen Kosten auszugehen. Beunruhigend ist es, wenn das Verständnis dieser Regelung sich an der Verhandlungs- und Marktmacht des dominierenden Vertragspartners orientiert. So verstehe ich jedenfalls einen Literaturhinweis, dass die Ableitung der Mehrkosten aus den kalkulatorischen Ansätzen bei öffentlichen Auftraggebern kaum durchsetzbar sei (Reister, Nachträge beim Bauvertrag, 2. Aufl., Kap. IV 5.2). Das ist ein weiterer Beleg dafür, dass die Regelung der VOB/B nicht Rechtssicherheit schafft.

Selbst wenn man den von Kniffka zitierten Hinweis von Reister als nicht zwingend repräsentativ für das Verhalten öffentlicher Auftraggeber ansieht, muss man zu der Schlussfolgerung gelangen, dass die Regelungen der VOB/B zur Vergütung geänderter und zusätzlicher Leistungen arge Missstände produzieren. Ein gelungenes Regelwerk müsste anders aussehen.

⁵ Kniffka, a. a. O.

3. Entwicklungen zu einem Bauvertragsrecht innerhalb des BGB

Nachdem die Rechtsprechung die Verwendung der VOB/B für Verbraucher-Verträge – also gegenüber dem privaten Hausbauer – untersagt hat, besteht im Werrkvertragsrecht eine deutliche Regelungslücke. Der Bedarf, gerade im Sinne des politisch hoch angesiedelten Verbraucherschutzes, nach spezifischen Regelungen zur Abwicklung von Bauverträgen ist drängend. Langsam setzt sich auch die Erkenntnis durch, dass die VOB/B einerseits nicht ausreichend präzise, andererseits aber auch der zuständige DVA nicht ausreichend reformfähig ist.

3.1. Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages

Der Deutsche Baugerichtstag ist ein eingetragener Verein mit Sitz in Hamm, am Ort eines für große Teile von Nordrhein-Westfalen zuständigen Oberlandesgerichts. Seit 2006 zweijährlich in Hamm tagend, versteht er sich als fachliches Forum für alle Belange des privaten und öffentlichen Baurechts. Der Name „*Baugerichtstag*“ mag leicht irreführend sein; Zugang zum Verein und seinen Tagungen haben alle an der Entwicklung des Baurechts Interessierten. Es ist das Anliegen des Baugerichtstags, Empfehlungen zu entwickeln, die den Gesetzgeber zu Änderungen an der Gesetzeslage veranlassen sollen.⁶

Traditionell ist es ein Forum der Juristen; Unternehmer und Baubetriebe sind als Teilnehmer eine kleine Minderheit. Der Baugerichtstag ist in Arbeitskreisen zu verschiedenen Themen organisiert, die Thesen entwickeln und diskutieren, Empfehlungen verabschieden und diese dem Plenum vorstellen.

Im Jahr 2010 wurde auf der Tagung aus dem Arbeitskreis I heraus vorgeschlagen,

Regelungen in das Gesetz aufzunehmen, nach denen die Preise für geänderte oder zusätzlich erforderliche Leistungen zu ermitteln sind, soweit die Vertragsparteien keine anderweitigen Vereinbarungen treffen. Diese Regelungen sollen dazu beitragen, intransparente Praktiken der Preisbildung und Preisfortschreibung unter Beibehaltung des Wettbewerbs zu verhindern. Die konkrete Ausgestaltung solcher Regelungen soll in Abstimmung mit dem Arbeitskreis VI des Deutschen Baugerichtstages unter Heranziehung der dort auf dem 3. Deutschen Baugerichtstag verabschiedeten Thesen entwickelt werden.

⁶ Die Empfehlungen des 5. Deutschen Baugerichtstages 2014 sind veröffentlicht in einer Beilage zu BauR 2014, Heft 3

Bemerkenswert am Abstimmungsergebnis dieser Empfehlung ist, dass sie nur eine äußerst knappe Zustimmung erhielt. Hier ist allerdings grundsätzlich anzumerken, dass die Teilnahme an den Foren starken Zufälligkeiten unterliegt und die Abstimmungsergebnisse sich daher nicht auf statistisch relevante Grundlagen stützen können.

Der in der oben zitierten Empfehlung angesprochene parallel tagende Arbeitskreis VI erhielt überwältigende Zustimmung für seine Empfehlung Nr. 2:

Festlegungen über die Vergütungsanpassung sollten der Privatautonomie der Parteien überlassen werden.

In dieser Empfehlung kann eine deutliche Gegenposition zu der Empfehlung des Arbeitskreises I gesehen werden, die eine gesetzliche Regelung vorschlägt. Der Arbeitskreis VI empfahl weiter:

In dem Falle, dass keine Vereinbarung vorliegt, soll die Vergütungsanpassung durch Fortschreibung der Vertragspreise und deren Einzelbestandteile ermittelt werden.

Soweit die Fortschreibung ganz oder in Teilen nicht möglich oder unzumutbar ist, ist auf einen angemessenen Preis abzustellen.

Es wird deutlich, dass die Präferenz des Teilnehmerkreises dieses Arbeitskreises eindeutig bei der Heranziehung der sogenannten Urkalkulation lag und nur in Sonderfällen auf einen „angemessenen Preis“ abgestellt werden sollte. Der Arbeitskreis VI empfahl auch weiter

die Ausarbeitung baubetrieblicher Standards, auf welche die Bauvertragsparteien bei ihren Vereinbarungen zur Preis- und Zeitanpassung und der Ermittlung von daraus resultierenden weiteren Ansprüchen als Regelungsmuster zurückgreifen können.

Die Suche nach diesen Standards ist im Gange Auf dem Deutschen Baugerichtstag 2014 wurde die getrennte Ausweisung der Gemeinkosten⁷ erörtert; die Verwendung der im öffentlichen Hochbau vorgeschriebenen Formblätter zur Preisaufgliederung wurde nicht als hilfreich angesehen, um einheitliche Kalkulationsstandards herbeizuführen.

Doch zunächst zurück zum vorherigen 4. Deutschen Baugerichtstag 2012. Mit seiner damaligen 6. Empfehlung macht der Arbeitskreis I (mit überwältigender Zustimmung) einen gewagten Schritt: Als Regelfall der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen soll nicht mehr die kalkulatorische Grundlage herangezogen werden. Stattdessen soll der Unternehmer die „*tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten*“ erhalten. Damit wäre das Selbstkostenerstattungsprinzip für Nachträge offiziell eingeführt – eine gewaltige fundamentale Kehrtwende und Abkehr von jahrzehntelanger Praxis (seit 1926). Wie mit den Gemeinkosten umzugehen sein soll, wird nicht angesprochen.

⁷ Berner/Ruf: Getrennte Ausweisung der Gemeinkosten

Arbeitskreis I - Bauvertragsrecht

6. Empfehlung

Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, in Fortentwicklung der Empfehlung 3 des AK VI und der Empfehlung 5 des AK I gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der (vor-) kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert wird, dass der Unternehmer eine Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in seiner hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.

Abstimmungsergebnis



Bild V-1 Empfehlung des 4. Deutschen Baugerichtstags 2012 (AK I)

Interessant ist der hilfsweise Zugriff auf die „*hinterlegte Kalkulation*“, die „*widerlegbar*“ sein soll.⁸ Sollte sich die Empfehlung irgendwann einmal in einer gesetzlichen Regelung wiederfinden, ist nach Überzeugung des Autors ausreichend Stoff für rechtliche Auseinandersetzungen und baubetrieblich-gutachterliche Betätigung geschaffen.

Im Nachgang zu der im Jahr 2012 getroffenen Empfehlung kamen im zuständigen Arbeitskreis Bedenken auf, dass sich ein Unternehmer abwechselnd bei einer Mehrkostenforderung (Nachtragsangebot) für eine Mehrvergütung auf der Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten entscheiden könnte, bei einem anderen Nachtrag aber auf die hinterlegte Kalkulation stützen wollte; dies je nach wirtschaftlich orientierter Opportunität. Folgerichtig hat der Arbeitskreis auf der Tagung 2014 eine Empfehlung zur Abstimmung gestellt, die dem Unternehmer dieses Wahlrecht versperren sollte. Interessanterweise wurde diese Empfehlung überwältigend abgelehnt. Man hielt sie für nicht praktikabel.

Wie wird es weitergehen?

Aus etwas distanzierter Sicht ist festzustellen, dass die Abstimmungen zu den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstags nicht immer rational nachvollziehbar sind und wahrscheinlich auch manchmal die Aktiven der dortigen Arbeitskreise von Abstimmungsergebnissen überrascht werden.

⁸ Der Begriff der „widerlegbaren Vermutung“ wird von Oppler (2014) für Nichtjuristen näher erläutert.

Der Arbeitskreis VI (mit der unglücklichen, aber historisch begründeten Bezeichnung Sachverständigenrecht) hat die Aufgabe übernommen, Standards für die kalkulatorische Darstellung der Preisermittlung vorzuschlagen, um die Nachvollziehbarkeit und damit auch die Widerlegbarkeit einer Kalkulation für beide Vertragsseiten möglich zu machen. Dem Verfasser scheint dies noch ein weiter Weg zu sein.

Der Verfasser sieht auch großes Konfliktpotential bei der Bewertung der Frage, ob die in der hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte den tatsächlich entstehenden Kosten für zusätzliche oder geänderte Leistungen entsprechen. So lautet nämlich die Formulierung der 6. Empfehlung des AK I im Jahr 2012. Bei vielen geänderten Leistungen, aber insbesondere bei zusätzlichen Leistungen, finden sich in der zu hinterlegenden Kalkulation (vulgo: Urkalkulation) gerade keine geeigneten Kostenanknüpfungspunkte. Eine „*Entsprechung*“ wird es also wohl nur selten geben. Die Konflikte werden nicht enden.

3.2. Bericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht

Basierend u. a. auf den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages 2012 erarbeitete eine Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim deutschen Bundesministerium der Justiz⁹ einen Abschlussbericht mit einer Vielzahl von Empfehlungen sowohl für Bauverträge als auch für Architekten- und Ingenieurverträge. Die Mitglieder der Arbeitsgruppe setzen sich zusammen aus Vertretern von Ressorts der Bundesregierung, der Landesjustizverwaltungen, aus persönlich benannten Experten und aus Vertretern der einschlägigen Verbände von am Bauen direkt oder indirekt Beteiligten.

Vorweg ist anzumerken, dass erklärtermaßen die in der Arbeitsgruppe mitwirkenden Verbände der bauausführenden Unternehmen am Ende der Erörterung erklärt haben, dass sie den Abschlussbericht nicht mittragen können. Es fehle vor allem an einer Bestandsanalyse darüber, ob und wo das Werkvertragsrecht in der Praxis Probleme aufwerfe. Sie befürchten eine Verschlechterung der Gesetzeslage, insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen sowie neue Kosten und Risiken für die Auftragnehmer insbesondere bei Verbraucherverträgen. Besonders wenden sie sich gegen die Aufnahme eines gesetzlich bislang nicht vorgesehenen einseitigen Anordnungsrecht des Bestellers und gegen die Festschreibung der aus ihrer Sicht viel zu weit gehenden Rechtsprechung zum funktionellen Mangelbegriff.¹⁰

⁹ Abschlussbericht vom 18. Juni 2013

¹⁰ So in einer Fußnote zum Abschlussbericht, Seite 11

Die Empfehlungen zum Thema „Preisanpassung bei Mehr- oder Minderleistungen“¹¹ lauten:

Für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung sollen folgende Eckpunkte gelten:

Die Preise für den infolge einer Anordnung des Bestellers geänderten Aufwand sollen nach den im Zeitpunkt der Ausführung der Nachtragsleistungen tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten ermittelt werden.

Zur schlüssigen Darlegung der tatsächlich erforderlichen Kosten kann der Unternehmer auf seine Urkalkulation zurückgreifen. Die Kalkulationsansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation begründen eine widerlegliche Vermutung, dass die dort enthaltenen Werte den tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten entsprechen.

Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn werden der hinterlegten Kalkulation entnommen. Fehlt diese oder entfällt die Vermutungswirkung der Kalkulation, müssen diese Kosten auf andere Weise schlüssig dargelegt werden.

Die so ermittelten Kosten sind dann unter Abzug des durch die Änderung ersparten Aufwands auf die kalkulierten Preise für die unveränderten Leistungselemente aufzuschlagen.

Ein sog. Vertragspreisniveaufaktor soll für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nicht maßgebend sein.

Die Parteien können einzelvertraglich eine andere Berechnungsmethode vereinbaren. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte andere Berechnungsmethoden sollen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegen.

Aus den von der Arbeitsgruppe gegebenen Erläuterungen wird deutlich, dass in keinem Fall die Mehr- oder Mindervergütung nach der „üblichen Vergütung“ im Sinne des § 632 BGB berechnet werden soll. Dies ist eine erfreuliche Abkehr von früheren Tendenzen, wie sie auf dem Deutschen Baugerichtstag zu erkennen waren. Aus baubetrieblicher Sicht war es angesichts der Besonderheiten des Baumarcktes immer schwierig bis unmöglich, „übliche“ oder „angemessene“ Vergütungen zu bestimmen.

Insgesamt ist festzustellen, dass der Abschlussbericht zumindest im Hinblick auf die Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen sich die Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages 2012 weitgehend zu eigen gemacht hat. Aus baubetrieblicher Sicht bleibt allerdings vieles unklar, soweit die praktische Durchführung betroffen ist.

¹¹ Beide Begriffe müssen aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht als überaus misslungen bezeichnet werden.

Der Abschlussbericht vermerkt auch, dass ein „Großauftraggeber“¹², der zeitweilig in der Arbeitsgruppe mitgewirkt hat, eine andere Position vertritt und die Unternehmen strikt an der ursprünglichen Kalkulation festhalten will (also keine Vergütung nach „tatsächlichen Kosten“).

4. Aus Sicht der Praxis: Es bleiben genug Probleme

Es soll hier nicht der Ort sein, in breitem Umfang auf die realen Probleme der Praxis bei der Findung und Vereinbarung der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen einzugehen. Erwähnt werden muss jedoch, dass sowohl die Vorgehensweisen als auch die spezifischen Schwierigkeiten unterschiedlich sind, je nachdem, ob es sich um einen öffentlichen oder einen privaten Auftraggeber handelt.

4.1. Die Praxis öffentlicher Auftraggeber

Die öffentlichen Auftraggeber haben sich durch ihre Regularien Selbstverpflichtungen auferlegt, von denen sie eigentlich nicht abweichen können. Diese Selbstverpflichtungen manifestieren sich z. B. in diversen Vergabehandbüchern¹³, teilweise unterschiedlich nach Bund und Ländern, teilweise sogar innerhalb der Bundesverwaltungen unterschiedlich.

Ein besonderes Problemfeld stellen die kommunalen Bauverwaltungen dar, die nicht an die Regularien des Bundes gehalten sind und teilweise eigene Vergabe- und Vertragsrichtlinien haben, teilweise aber auch „frei“ agieren. Dabei geraten auch die Regelungen der VOB/B häufig außer Sicht. Das ist insbesondere bei kleineren Kommunen der Fall, die ihre Planungsleistungen und Vergaben durchweg über freiberuflich tätige Büros abwickeln. Bei diesen Freiberuflern ist sowohl das Bewusstsein für verbindliche Vorschriften als auch die Kenntnis der unternehmerischen Kalkulation deutlich unterentwickelt. Dies führt dazu, dass sie sich nur ungern mit kalkulatorischen Argumenten auseinandersetzen. Es besteht die deutliche Neigung, bereits heute – im Vorgriff auf etwaige zukünftige Regelungen im Sinne des Baugerichtstages – zumindest für einzelne Kostenbestandteile auf dem Nachweis „tatsächlicher Kosten“ zu bestehen.

Soweit das Vergabehandbuch des Bundes anzuwenden ist und die üblichen Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand gelten, müsste allerdings konsequent die Preisermittlung für geänderte und zusätzliche Leistungen auf der Basis der Preisermittlungsgrundlage (Urkalkulation) erfolgen. Eine Vergütung

¹² Der Name des „Großauftraggebers“ wird nicht genannt, lässt sich jedoch unschwer erahnen.

¹³ so z.B. das VHB

nach „*tatsächlichen Kosten*“ – auch für Teile der Leistungen – ist nicht zulässig. Die öffentlichen Auftraggeber sind hier von den Prüfungsinstanzen (Rechnungsprüfungsämter, Rechnungshöfe) bedroht.

Demzufolge sollte zu erwarten sein, dass sich die öffentlichen Auftraggeber intensiv mit der Urkalkulation der Bieter bzw. späteren Auftragnehmer auseinandersetzen. Dies ist jedoch in vielen Fällen nur unzureichend der Fall¹⁴.

4.2. Die Praxis privater Auftraggeber

Die Bindung an die VOB/B bzw. an die „Grundlagen der Preisermittlung“ wird bei nichtöffentlichen (privaten) Bauaufträgen sowohl von AG- als auch von AN-Seite bewusst und gezielt umgangen. Auftragnehmer bieten als Nachtrag Leistungen zu Preisen an, die gelegentlich weit von den Grundlagen der Preisermittlung entfernt sind, wissend, dass die Auftraggeber diese Preise nie umgehend und ohne langwierige Verhandlungen akzeptieren. Die Auftraggeber sind äußerst skeptisch, ob das angebotene Preisniveau den Grundlagen der Preisermittlung entspricht, scheuen sich aber, diese direkt zu hinterfragen.

Es kommt zur Basar-Situation: Die eine Seite bietet, die andere bietet dagegen. Angebot und Gegenangebot wiederholen sich in munterer Folge. Es dürfte Einvernehmen bestehen, dass diese Methode zwar am Ende zu einem Ergebnis führen kann (oder auch nicht; das führt dann zum Rechtsstreit), dieses Ergebnis jedoch keinerlei Beziehung zur Grundlage der Preisermittlung mehr hat. Letztlich könnte diese Basar-Methode sogar positiv wirken, da sie ja am Ende zu einem einvernehmlichen – wenn auch vielleicht für die eine oder die andere Vertragsseite unbefriedigenden oder gar schmerzlichen – Ergebnis führt und der Streit um die Vergütung von Nachträgen nicht in die Phase der Schlussrechnungserstellung oder gar darüber hinaus gezogen wird.

Glaubt der Auftraggeber, durch beharrliches Basar-Verhalten einen aus seiner Sicht „guten Preis“ erreicht zu haben, kann er dabei dennoch einem schwerwiegenden Irrtum unterliegen. Der Verzicht auf die Bezugnahme zur Preisermittlungsgrundlage (Urkalkulation) bei der Prüfung bzw. Verhandlung eines Nachtragsangebots kann zwar durchaus zu „üblichen“ oder auch „angemessenen“ Preisen führen. Allerdings bleibt völlig offen, ob diese Preise auch dem Vertragspreisniveau des Hauptvertrags entsprechen, was ja auch gelegentlich deutlich niedriger als das übliche oder angemessene Preisniveau sein kann. Nichtöffentliche Auftraggeber haben damit selten ein Problem: Vereinbart ist vereinbart; die Sache ist erledigt.

Nichtöffentlichen Auftraggebern ist es also – auch wenn ursprünglich die VOB/B vereinbart war – möglich, in Übereinstimmung mit dem Auftragnehmer

¹⁴ Brinsa: Öffnung der Urkalkulation

andere Wege, also z. B. über tatsächliche Kosten oder übliche Preise, zu gehen. Dies wird auch durchaus häufig so praktiziert.

5. Ausblick

Auch wenn sich fachlich und politisch hoch angesiedelte Gremien der derzeit unzulänglichen Situation annehmen und Vorschläge bzw. Empfehlungen zur Diskussion stellen, so ist dennoch nicht zu erwarten, dass es sehr schnell zu einer Änderung der Gesetzeslage kommen wird. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes immer deutlicher machen wird, dass die Formulierung der VOB/B „*Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten*“ auch wirklich „*Mehr- oder Minderkosten*“ bedeutet und keine Fortschreibung kalkulatorischer Ansätze, so wie derzeit überwiegend praktiziert.

Es ist auch nicht zu erwarten, dass ein öffentlicher Auftraggeber im Vorgriff auf eventuelle zukünftige Regelungen – z. B. im Sinne der Empfehlungen der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht – für geänderte und zusätzliche Leistungen das Prinzip „*Vergütung nach tatsächlichen Kosten*“ vorausseilend einführen wird.

Auch in der Unternehmerschaft besteht kein eindeutiges Meinungsbild, ob man sich die Abkehr von der derzeitigen Praxis, also Loslösung von der Urkalkulation und vom Prinzip „*Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis*“, wirklich wünschen soll.

Sollte es jedoch zu einer Einführung spezifischer Regelungen zum Bauvertragsrecht in das BGB auf der Grundlage der vorliegenden Empfehlungen kommen, so wäre dies ein deutlicher Paradigmenwechsel gegenüber den bisher von öffentlichen Auftraggebern aufrechterhaltenen Regularien.

Es ist zu erwarten, dass nichtöffentliche Auftraggeber auch in Zukunft von der Vertragsfreiheit Gebrauch machen und weiterhin die Bindung des Auftragnehmers an die Urkalkulation vertraglich vereinbaren werden.

Literaturverzeichnis

Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18. Juni 2013. Downloadbar unter http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Abschlussbericht_der_Arbeitsgruppe_Bauvertragsrecht_beim_BMJ.pdf

Berner, F., Ruf, L.: Getrennte Ausweisung der Gemeinkosten. Ansätze für mehr Transparenz. BauR Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht, Heft 03/2014, Düsseldorf 2014

Brinsa, Ch.: Öffnung der Urkalkulation und Anforderungen an die Prüfung der Echtheit. Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar „Preisbildung bei Nachträgen – tatsächliche Kosten oder widerlegbare Urkalkulation“ vom 27.02.2015. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig, Heft 57

Eplinius, B.: Der Bauvertrag auf der Grundlage der Erläuterungen zur Verdingungsordnung für Bauleistungen, Berlin 1931. Downloadbar unter http://www.cemconsultants.de/histo/Bauvertrag_Eplinius_1931.pdf

Kniffka, R.: Ist die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge? BauR Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht, Heft 03/2012, Düsseldorf 2012

Oppler, P. M.: Die widerlegbare Urkalkulation als Ermittlungsgrundlage. Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar „Preisbildung bei Nachträgen – tatsächliche Kosten oder widerlegbare Urkalkulation“ vom 27.02.2015. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig, Heft 57

VHB Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (ausgenommen Maßnahmen der Straßen- und Wasserbauverwaltungen), Ausgabe 2008 – Stand August 2014. Herausgegeben vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Wanninger, R.: Kalkulation, IST-Kosten oder Basar – der Weg zum Preis bei Nachträgen. Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar „Preisbildung bei Nachträgen – tatsächliche Kosten oder widerlegbare Urkalkulation“ vom 27.02.2015. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig, Heft 57