

Tatsächlich erforderliche Kosten bei Nachtragsleistungen – Gelingt die Abkehr vom kalkulierten Preisniveau?

Professor Dr.-Ing. Michael Ehlers

pms-Vorträge 2022 am 01.07.2022

- Was bedeutet „Preisfortschreibung“ ?
- VOB/BGB ; Wie bringt die aktuelle Rechtsprechung die Themen zusammen
- Was bedeutet „tatsächlich erforderliche Kosten“
- Kritik an aktueller juristischer Auslegung der tatsächlich erforderlichen Kosten
- Mögliche baubetriebswirtschaftliche Lösung

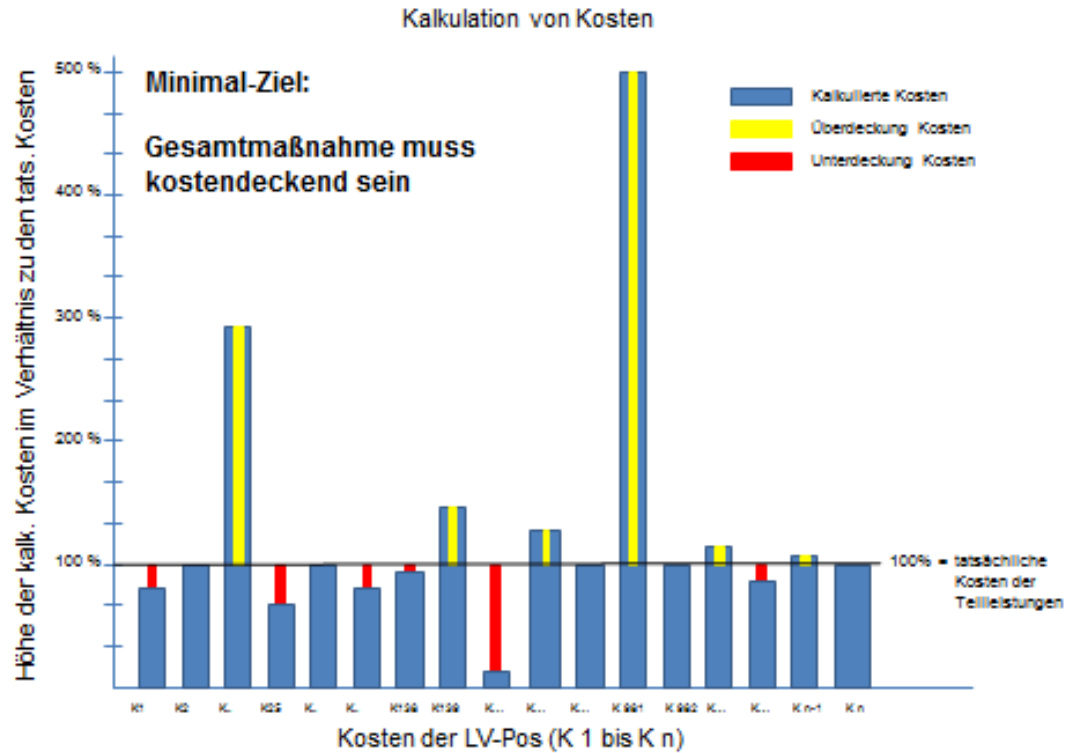
Herrschende Meinung seit vielen Jahren:

- Vorkalkulatorische Preisfortschreibung (**Ex-Ante** Betrachtung)
- Wie wäre die Leistung ursprünglich kalkuliert worden, wenn sie von Anfang an zu kalkulieren gewesen wäre ?



„Vertragspreisniveau“ bildet sachgerechten Preis ab

Stimmt das ?



§ 2 Abs. 5 VOB/B

- (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.

Nach dem Wortlaut enthält der § 2 Abs. 5 keinen Bezug zur Ur-Kalkulation, keinen Bezug zu einer Preisfortschreibung, jedoch einen direkten Bezug zu den Kosten.

§ 2 Abs. 6 VOB/B

- (6) 1. Wird eine im Vertrag **nicht vorgesehene Leistung** gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.
2. 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.

§ 2 Abs. 6 enthält (wagen) Bezug zur Ur-Kalkulation.

„Vertragspreisniveau“ bildet sachgerechten Preis ab. Stimmt das ?

| | | | | |
|-------------------|----------------------|-------|-------------------------|--|
| Bsp.: 1 | Kalkulation Beton | EKT = | 60,00 €/m ³ | } Kalkulatorischer Verlust ohne Änderung 30,00 €/m ³ |
| | Tatsächlicher Preis | EKT = | 90,00 €/m ³ | |
| Vertragsänderung: | hochwertigerer Beton | EKT = | 120,00 €/m ³ | |

$$\text{Vertragspreisniveaufaktor} = N = \frac{60,00 \text{ €/m}^3}{90,00 \text{ €/m}^3} = 0,667$$

$$\begin{aligned} \text{Vergütung geänderter Beton} &= \text{hochwertigerer Beton} * \text{Vertragspreisniveaufaktor:} \\ &= 120,00 \text{ €/m}^3 * 0,667 = \mathbf{80,00 \text{ €/m}^3} \end{aligned}$$

$$\text{Verlust nach Preisfortschreibung} = 40,00 \text{ €/m}^3$$

$$\text{Tatsächlich erforderliche Mehrkosten} = 30,00 \text{ €/m}^3 (120 \text{ €} - 90 \text{ €})$$

„Vertragspreisniveau“ bildet sachgerechten Preis ab. **Stimmt das ?**

- Preisfortschreibung kann zu ruinösem Ergebnis sowohl für AN, als auch AG führen
- Für die Ermittlung des Niveaufaktors ist Kenntnis der tatsächlichen Kosten nötig*
- Nachtragskalkulation ist keine Korrektur von Kalkulationsirrtümern
- Gewinne und Verluste aus Kalkulation sollten erhalten bleiben

*sowohl für **vertraglich vereinbarte** Leistung, als auch für die **geänderte/zusätzliche** Leistung

„Vertragspreisniveau“ bildet sachgerechten Preis ab. Stimmt das ?

| | | | | |
|-------------------|----------------------|-------|--------------------------|---|
| Bsp.: 1 | Kalkulation Linoleum | EKT = | 1,00 €/m ² | } Kalkulatorischer Verlust ohne Änderung 9,00 €/m ³ |
| | Tatsächlicher Preis | EKT = | 10,00 €/m ² | |
| Vertragsänderung: | hochwertigerer Belag | EKT = | 1000,00 €/m ² | |

$$\text{Vertragspreisniveaufaktor} = N = \frac{10,00 \text{ €/m}^2}{1000,00 \text{ €/m}^2} = 0,1$$

$$\begin{aligned} \text{Vergütung geänderter Belag} &= \text{Marmor} * \text{Vertragspreisniveaufaktor:} \\ &= 1000,00 \text{ €/m}^2 * 0,10 = \mathbf{100,00 \text{ €/m}^2} \end{aligned}$$

Verlust nach Preisfortschreibung = 900,00 €/m²

Tatsächlich erforderliche Mehrkosten = 990,00 €/m² (100 € - 10 €)

Grundlage (wenn Vertragspartner sich nicht einigen):

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

Ziel: sachgerechter Interessenausgleich für Vertragspartner
Wiederherstellung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung
Vermeidung von Spekulationen

Die tatsächlich erforderlichen Kosten: Rechtsprechung

BGH VII ZR 34/18 vom 08.08.2019 und VII ZR 10/19 vom 21.11.2019

- a) Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenmehrungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt. Die Bestimmung gibt nur vor, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung, durch die etwaigen Störungen des Äquivalenzverhältnisses entgegengewirkt werden soll, damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen.
- b) Abgesehen von der in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B vorgesehenen Einigung auf einen neuen Einheitspreis können die Vertragsparteien sowohl bei Vertragschluss für den ungewissen Fall, dass Mengenmehrungen im Sinne dieser Bestimmung eintreten, als auch nachträglich, sobald aufgrund konkret eingetretener Mehrmengen ein neuer Einheitspreis verlangt wird, sich über einzelne Teilelemente der Preisbildung verständigen. Sie können etwa einen bestimmten Maßstab beziehungsweise einzelne Kriterien oder Faktoren festlegen, nach denen im konkreten Fall der neue Einheitspreis nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmt werden soll.
- c) Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.
- d) Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass - wenn nichts anderes vereinbart ist - für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.

Wortlaut des §2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

2. Für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

Wortlaut des §2 Abs. 5 VOB/B

- (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.

Es ist davon auszugehen, dass der BGH früher oder später den § 2 Abs. 5 VOB/B analog entscheidet

Online-Seminar Deutsche ges. f. Baurecht e.V.

17.05.2022 Herr Prof. Dr. Jurgeleit, Richter am Bundesgerichtshof

§ 157 BGB

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 VOB/B

Der AN hat dem AG seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die **vereinbarte Beschaffenheit** hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Abschlussthese

§ 2 Abs. 6 VOB/B hat keinen Anwendungsbereich.

Was sind tatsächlich erforderliche Kosten ?

Kosten, die **tatsächlich** als Mehr-, oder Minderaufwand angefallen sind:

- Tatsächliche Lohnkosten, des Mitarbeiters, der eine Leistung erbringt.
- Tatsächliche Gerätekosten, des Gerätes welches Leistung erbringt.
- Tatsächliche Gerätekosten für Gerät in der richtigen Größe.

Vergütet wir ein angemessener Zuschlag für AGK Wagnis und Gewinn

Was sind **tatsächlich erforderliche** Kosten ?

Kosten, die **tatsächlich** als Mehr-, oder Minderaufwand angefallen sind:

- Tatsächliche Lohnkosten, des Mitarbeiters, der eine Leistung erbringt.
 - Tatsächliche Gerätekosten, des Gerätes welches Leistung erbringt.
 - Tatsächliche Gerätekosten für Gerät in der richtigen Größe.
1. **kein** Mittellohn, **keine** Geräteverrechnungen mit Kosten aus der Urkalkulation
 2. **keine** Materialpreise aus Urkalkulation
 3. Tatsächlich erforderlich (nicht trödeln)
 4. Tatsächlich erforderlich (richtige Gerätegröße)

Was sind angemessene Zuschläge für AGK, WuG ?

AGK werden in Kalkulation als „geschätzter Kostenanteil“ der Unternehmung, **unabhängig** von tatsächlicher AGK-Entstehung ermittelt (i.d.R.):

- **Geschätzter Umsatz** des Geschäftsjahres (abgeleitet aus Vorjahren?)
 - **Geschätzte AGK** des Geschäftsjahres (abgeleitet aus Vorjahren?)
1. Die beiden Werte werden ins Verhältnis gesetzt (Hoffnung Schätzung war gut, Umsatzziel wird erreicht)
 2. AGK werden **nicht umsatzabhängig**, sondern **umsatzbezogen** kalkuliert.

Was sind angemessene Zuschläge für AGK, WuG ?

Was enthalten die AGK eines Unternehmers?

- Bürokosten, Löhne d. Verwaltung, Bauhof
- Manchmal: Kosten Bauleiter, Vorhaltegeräte, „Baustellengemeinkosten“
- etc.

Einfache Fortschreibung der Zuschlagsätze AGK, WuG wird eher nicht in jedem Fall sachgerecht sein und entspricht damit nicht zwingend den tatsächlich erforderlichen Kosten.

Augenmaß bei Bewertung ist nötig

Kosteneigenschaften sind zu untersuchen

Wie ein Unternehmer seine Kostenbezeichnung z.B. bei den AGK wählt ändert nicht die Eigenschaften

EKT und **BGK** fallen auf der **Baustelle** an (Herstellkosten)

AGK fallen **allgemein** für Unternehmung an

Augenmaß bei Bewertung ist nötig

Die tatsächlich erforderlichen Kosten: Rechtsprechung

BGH VII ZR 34/18 vom 08.08.2019 und VII ZR 10/19 vom 21.11.2019

Der VII. Zivilsenat hat durch die beiden Urteile nicht über die vorkalkulatorische Preisfortschreibung als Preisanpassungs- oder Preisbildungsmodell als solchem befunden, [...] dass die im Urteil vom 08.08.2019 getroffene Entscheidung, [...] auch in Auseinandersetzung mit der **vorkalkulatorischen Preisfortschreibung** gefallen ist und der Senat hierzu ausgeführt hat, es **bedürfe des Rückgriffs** auf diese Methode **nicht**, um der Störung des Äquivalenzverhältnisses angemessen zu begegnen. Das **ändert allerdings nichts daran**, dass durch das Urteil vom 08.08.2019 die vorkalkulatorische Preisfortschreibung nicht „**abgeschafft**“ oder „**verboten**“, sondern sie **bei wirksamer Verständigung** der Parteien hierauf vielmehr weiterhin anwendbar ist.

Quelle: Pamp, BauR 2021,299: Die Vergütung von Mehraufwand nach den tatsächl. Erforderlichen Kosten und angemessenen Zuschlägen in der jüngeren Rechtsprechung des BGH

Grundsätze bei baubetriebswirtschaftlicher Bewertung

- Ziel ist ein fairer Interessenausgleich, kein Vertragspartner darf benachteiligt werden
- Vermutung: Auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung entspricht tatsächlich erforderlichen Kosten
- Urkalkulation ist sachgerecht und **nicht sklavisch** fortzuschreiben
- „Man soll sich nicht reich rechnen“ (Retzlaff VRiKG am 09.06.2022, Magedburger Baurechtstag)
- **Es ist sehr sinnvoll**, dass sich die Vertragspartner über eine **Vorgehensweise** bei Nachtragsleistungen **verständigen**

Tatsächlich erforderliche Kosten bei Nachtragsleistungen – Gelingt die Abkehr vom kalkulierten Preisniveau?

- Abkehr wird (von Obergerichten) anscheinend schon aktiv „vorangetrieben“
- Vorkalkulatorische Preisfortschreibung ist weiterhin möglich
- Weitere Präzisierung des Begriffs „*tatsächlich erforderlichen Kosten*“ ist nötig (baubetriebliche und juristische Fachleute in Zusammenarbeit)

These:

Die Abkehr ist schon (fast) da, sie wird gelingen (müssen).

Baubetriebswirtschaftlicher Sachverstand ist nötig für fairen Interessenausgleich.

Anm: OLG Schleswig hat mit Urteil vom 17.12.2020 (7U 21/18) entschieden, dass Preisfortschreibung nach „ § 2 Abs. 5 VOB/B sachgerecht ist. (IBR online 2022, 1772)



Beratende Ingenieure im Baubetrieb · Partnerschaft mbB
Professoren Clausen · Ehlers · Schweibenz · Waibel

Prof. Dr.-Ing.
Michael Ehlers

Krahnstraße 25
49074 Osnabrück

T + 49 89 30 90 672 - 60
F + 49 541 350 44 7 45

ehlers@pms-baubetrieb.de
www.pms-baubetrieb.de



Prof. Dr.-Ing.
Michael Ehlers

von der Ing.-Kammer-Bau NRW
ö.b.u.v. Sachverständiger für Baupreisermittlung
und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau
sowie Bauablaufstörungen

München · Berlin/Brandenburg · Osnabrück