



Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/fccb8987-ea6e-382a-9ac1-baace8c8c145>

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Matthias Drittler
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2023, 1871 - 1877 (Heft 11)
Verlag	Werner Verlag

Drittler, BauR 2023, 1871

Ambivalenz in § 650c Abs. 1, 2 BGB, oder: Vom beabsichtigten Fesseln und dann doch Entfesseln der Gewinn- bzw. Verlustgröße des alten Preises – ein Beitrag zur anstehenden Evaluation



von Dr. Matthias Drittler, Wienhausen

Das am 01.01.2018 in Kraft getretene Bauvertragsrecht kennt mit § 650c Abs. 1, 2 BGB ein Regelungssystem zur Preisbildung bei einer einseitig vom Besteller (im Weiteren Auftraggeber) angeordneten Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder einer zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendigen Änderung (§ 650b Abs. 2 BGB). Kurz und praktisch: Leistungsänderung bzw. Zusatzleistung, zusammengefasst: BauSoll-Modifikation.



Die Initiative zu den gesetzlichen Preisbildungsregeln war getragen von einem Streben weg von der linearen Preisfortschreibung nach dem klassischen Verständnis der Korbion'schen Preisformel, mit der das Vertragspreisniveau (Kapellmann/Schiffers) des alten Preises im neuen Preis je nach Preisqualität gewinn- bzw. verlustvergrößernd linear fortgeschrieben wird. Der Gesetzgeber wollte damit insbesondere den in der Bauwirtschaft verbreiteten verdeckten Preismanipulationen entgegenwirken. Der linearen Preisfortschreibung sollte an sich ein Ende gesetzt werden. Tatsächlich ist lineare Preisfortschreibung über § 650c Abs. 2 BGB nach wie vor präsent. Denn mit der Vermutung in § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB darf der Unternehmer (im Weiteren Auftragnehmer) weiter an die Urkalkulation anknüpfen. Er darf anknüpfen an einen für verdeckte Preismanipulationen empfänglichen Raum. So wird der zu befürwortende Zweck der Neuregelung, nämlich „Spekulation einzudämmen“ und zu einer „korrekten Ausschreibung“ anzuhalten,¹ konterkariert, lautet die zutreffende Wertung von Lindner.² Durch die gesetzliche Vermutung der Maßgeblichkeit einer hinterlegten Urkalkulation werde geradezu dazu aufgerufen, solche Urkalkulationen im Hinblick auf zu erwartende Änderungen auszugestalten, so Lindner weiter.³

Unter anderem die §§ 650b BGB und 650c Abs. 1, 2 BGB im neuen Bauvertragsrecht sollen im Jahr 2023 evaluiert werden. Dazu wird die Bundesregierung im Wege einer rechtstatsächlichen Untersuchung prüfen, ob die Anpassung des Rechts an die speziellen Bedürfnisse des Bauvertrags ganz, teilweise oder nicht erreicht worden sind. Die Untersuchung wird die Frage nach unbeabsichtigten Nebenwirkungen sowie nach der Akzeptanz der Regelungen einschließen.⁴

I. Wie das Gesetz zu „tatsächlich erforderlichen Kosten“ kam – in die Geschichte der Zweifel an der linearen Preisfortschreibung zurückgegangen

Im ersten Jahrzehnt des laufenden Jahrhunderts erreichten die Zivilgerichte Fälle mit hohen und höchsten Einheitspreisen, die weit außerhalb des der Leistung Angemessenen lagen. Das von Literatur und Rechtsprechung bis dahin wie ein Dogma aufgenommene Prinzip von der Entwicklung des Nachtragspreises aus dem Urpreis unter Beibehaltung des Kostendeckungsniveaus (lineare Preisfortschreibung) wurde zunehmend hinterfragt, dies insbesondere auch, weil die Anfälligkeit der Ur-/Auftragskalkulation für Preismanipulationen in Verbindung mit diesem Prinzip die Runde machte. Es begann die Suche nach einer zur Korbion'schen Preisformel alternativen Preisbildungsmethode für Nachtragspreise zu angeordneten/geforderten BauSoll-Modifikationen (§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B). In der Literatur versammelte sich Widerstand gegen die lineare Preisfortschreibung: Wurden die – teils unklaren und widersprüchlichen – Vergütungsregeln aus § 2 Abs. 5, 6 VOB/B mit der Korbion'schen Preisformel zutreffend ausgelegt? Ist linear fortzuschreiben oder ist der neue an den alten Preis anzubinden, indem das „Geschäft“ des alten Preises (Gewinn oder Verlust im alten Preis) als Absolutbetrag in den neuen Preis



übernommen wird, um sodann den Mehr- oder Minderaufwand der Änderung im neuen Preis mit den erforderlichen tatsächlichen Kosten anzusetzen? Die VOB/B selbst lässt – entgegen der allgemeinen Ansicht von der linearen Preisfortschreibung – offen, in welcher Weise die ursprüngliche Preisermittlung in die Nachtragsberechnung einfließen soll.⁵

Abstrakt fordert Leitzke für die Preisbildung unter § 2 Abs. 5, 6 VOB/B zu Recht die Wahrung der vereinbarten Äquivalenz.⁶ Welch massive Verschiebungen des ursprünglichen Äquivalenzverhältnisses sich bei linearer Preisfortschreibung ergeben können, zeigen nicht nur die Fälle spekulativer und mit dem Ziel einer gewissen nachträglichen Ergebnisoptimierung manipulierenden Preisgestaltungen. Dass das Äquivalenzverhältnis ihrer wechselseitigen Vertragspflichten, welches die Vertragspartner mit dem Hauptvertrag gefunden haben, durch die lineare Preisfortschreibung erhalten bleibt, ist selbst bei der Abrechnung mit vom Verdacht manipulierter Preisgestaltung freien Vertragspreisen nicht zwangsläufig. So kann eine Leistungsposition mit überdurchschnittlich hohem Gewinn von der Änderung betroffen sein. Dann wird sich im Gesamtpreis das ursprüngliche Gewinn-Preis-Verhältnis erhöhen und der Auftragnehmer wird durch die angeordnete Änderung besser als ohne sie stehen. Die spekulativen Preisgestaltungen geben dafür nur extreme Beispiele.

Bei der Suche nach Auswegen ist eine Lösungsidee von Vygen früh stark geworden,⁷ die dieser aus einer gewissen Not heraus in einem Schiedsgerichtsverfahren in Anbetracht eines außergewöhnlich hohen Vergabegewinns in 2006 „geboren“ hatte.⁸ Der Auftraggeber hatte sich in dem Verfahren, dem Vygen vorstand, damit schwergetan, den neuen Preis einer geänderten Leistung aus dem alten, „überaus guten“ Preis im Wege der linearen Preisfortschreibung unter Beibehaltung des Vertragspreisniveaus entwickeln zu lassen. Mit der Idee Vygens wurde eine Tendenz wahrnehmbar weg von der linearen Preisfortschreibung nach dem Korbion'schen linear funktionierenden Muster, hin zur Neupreisbildung bei Festhalten des internen Verlustes/Gewinns als Absolutbetrag aus dem alten Preis und Darlegung der tatsächlichen Kosten des Mehr- oder Minderaufwands der Änderung. Der Auftragnehmer sollte damit wirtschaftlich so gestellt werden, wie er ohne das Nachtragsereignis gestanden hätte. Heute sind das die Prinzipien der Absolutbetragsfortschreibung (Vygen) für die Vergütungsfolge einer Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB, der Preisbildungsmechanismen nach § 650c Abs. 1, 2 BGB; näher → II.1.

Eine Lösung, die der BGH im Jahr 2009 in der Entscheidung „Zuschlagsverzögerung II, Autobahnlos bei N“⁹ mit einer der Vygen'schen Idee folgenden Differenzbetrachtung der Kostenlagen mit und ohne das ändernde Ereignis für die Fallgruppe Zuschlagsverzögerung herausgearbeitet hat (näher → II.1), deren Rechtsfolge „Vergütung in Anlehnung an § 2 Abs. 5 VOB/B“ auf das Wie der Bildung des „neuen Preises“ einer geänderten Leistung abstellt. Es sollte danach die Differenz gebildet werden zwischen der durch das Änderungsereignis bewirkten tatsächlichen Kostenlage und der hypothetisch tatsächlichen ohne das Änderungsereignis. Eine Lösung, die später von Franz und Kues und erneut von Franz aufgegriffen worden ist.¹⁰



Beim 4. Baugerichtstag in Hamm hat der Arbeitskreis I dann in 2012 die folgende 6. Empfehlung an den Gesetzgeber herausgegeben:¹¹

„Der Arbeitskreis I des Baugerichtstags empfiehlt, [...] 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 Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Werten entsprechen.“

Das war noch etwas unpräzise formuliert: Die widerlegbare Vermutung bezieht sich genauer genommen auf die hypothetische Kostenlage in der Differenzbetrachtung, die der BGH in „Zuschlagsverzögerung II, Autobahnlos bei N“ herausgestellt hat (siehe oben). Die Werte der hypothetischen Kostenlage wurden/werden – damals wie heute nach § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB – in der Kalkulation des Unternehmers vermutet.

In BGH „Preisbildung IV, Bezugsposition“ hat das Gericht sodann im Jahr 2013 einen Leitsatz formuliert, in dem die Vertrags-Gestaltungsfreiheit der Parteien hervorgehoben worden ist:¹²

Das Gericht sei an die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) gebunden, wenn die Parteien übereinstimmend von diesem Ansatz ausgehen.

Damit ist zum Ausdruck gebracht: Übereinstimmender Parteienwille geht vor linearer Preisfortschreibung nach dem damals noch herrschenden Verständnis der Korbion'schen Preisformel, wenn die Parteien es so wollen.



Die Zweifel an der linearen PreisniveauFortschreibung (Korbion) blieben, dies auch beim BGH. Der Entscheidung BGH „Preisbildung IV, Bezugsposition“¹³ waren Hinweise zweier damaliger Richter des für das Bauvertragsrecht zuständigen VII. Zivilsenats am BGH vorausgegangen. Kniffka war der Ansicht, die Durchsetzung von Postulaten wie „Schlechter Preis bleibt schlechter Preis – Guter Preis bleibt Guter Preis“ und „Das Vertragspreisniveau muss erhalten bleiben“ könnten sich nicht auf die VOB/B berufen. Sie seien mit einem auf fairen Leistungsaustausch angelegten Vertragswerk wie der VOB/B nicht vereinbar, sofern sie das Synallagma nachhaltig störten; Kniffka wörtlich:¹⁴

„Wenn Postulate und darauf fußende Theorien zu einer Verfremdung ihrer ursprünglichen Idee führen, sind sie zur Lösung nicht mehr geeignet. In diesem Zusammenhang stehen Auswüchse der Nachtragspreisbildung, die allein darauf abstellen, wie der Unternehmer kalkuliert hat. Die Urkalkulation ist kein Heiligtum, das selbst dann unangetastet bleiben muss, wenn sie grundlegend von der Kalkulation abweicht, die ein Vertragspartner nach Treu und Glauben erwarten darf.“

Zum gleichen Thema Leupertz: Die Bedeutung der Vertragskalkulation werde von der herrschenden Meinung überschätzt. Sie sei „keine rechtliche Notwendigkeit“.¹⁵

II. § 650c Abs. 1 BGB: Mehr- oder Minderaufwand mit tatsächlich erforderlichen Kosten

1. Zwei Bemessungsgrößen

Den Gesetzgeber hat die Idee geleitet, den Auftragnehmer durch Abrechnung einer angeordneten Änderung nach § 650b Abs. 2 BGB wirtschaftlich so zu stellen, wie er ohne die Änderung gestanden hätte, nicht besser, nicht schlechter. Diese Leitidee wohnt § 650c Abs. 1 BGB mit einer exzellent durchdachten Theorie inne, die mit den folgenden zwei Bemessungsgrößen für den neuen Preis einer BauSoll-Modifikation umgesetzt wird:



- a)
- tatsächliche Kosten des Mehr- oder Minderaufwands der Änderung, wofür die Differenz zu bilden ist aus den Kosten, die unter der Wirkung der Änderung tatsächlich entstanden sind, und den tatsächlichen Kosten, die unter Hinwegdenken dieses Änderungsereignisses entstanden wären (hypothetische Kostenlage),¹⁶ jeweils soweit eine gewisse Grenze der Wirtschaftlichkeit (Erforderlichkeit) nicht über- bzw. nicht unterschritten wird; in der hypothetischen Kostenlage bedeutet das Wort „tatsächlich“, dass es nicht auf die Sicht des Auftragnehmers und seine Kostenerwartung (Urkalkulation) ankommt, sondern auf die Kosten, die ihm wirklich entstanden wären, wenn der Vertrag unverändert durchgeführt worden wäre.¹⁷
- b)
- Übernahme von Gewinn/Verlust als Absolutbetrag mit dem alten Preis bzw. der Bezugsposition in die neue Preisvereinbarung;¹⁸ gilt nur für geänderte Leistung, Preis einer Zusatzleistung wird nach Ziffer a) bestimmt.

Das Ziel des Gesetzgebers, zu verhindern, dass der Auftragnehmer Mehrleistungen erbringen muss zu Preisen, die nicht auskömmlich sind, oder umgekehrt, zu verhindern, dass Nachtragspreise entstehen, mit denen ungerechtfertigte Preisvorteile erzielt werden, ist in Abs. 1 des § 650c BGB mit diesen beiden Bemessungsgrößen theoretisch erreichbar. Erreicht werden kann das Ziel, weil in der Preisbildung nicht auf die für spekulative innere Kostenverschiebungen anfällige Urkalkulation zurückgegriffen wird. In der praktischen Anwendung muss allerdings die Hürde „hypothetische Kostenlage“ in der Differenzbetrachtung der 1. Bemessungsgröße, also für etwas, das nicht ausgeführt worden sein wird, überwunden werden. Diese Hürde kann hoch sein, insbesondere dann, wenn es nicht um Einkaufspreise für Materialien und Bauteile geht, sondern um Arbeitskosten (Arbeitskräfte und Geräte).¹⁹ Kaufmann und Rohr schildern eindrucksvoll, wie hoch diese Hürde sein kann.²⁰

Der Nachweis nach Abs. 1 ist aus einer Idee von Vygen entstanden.²¹ Eine Idee, die der Bundesgerichtshof in 2009 in einem wegweisenden obiter dictum im Zusammenhang mit der Preisbildung bei einer Zuschlagsverzögerung aufgegriffen hat.²² Im rechtlichen Ausgangspunkt, so heißt es darin, seien jene Kostenänderungen maßgeblich, die sich ergeben

„aus der Differenz zwischen den Kosten, die bei Ausführung der Bauleistung unter der Wirkung der Zuschlagsverzögerung tatsächlich angefallen sind, und den Kosten, die bei Erbringung der Bauleistung in dem nach der Ausschreibung vorgesehenen Zeitraum hätten aufgewendet werden müssen.“



Eine Idee, die letztlich in § 650c Abs. 1 BGB Eingang gefunden hat. Eines der herausragenden Details an der Idee von Vygen lässt sich so auf den Punkt bringen:

Fessele das Kostendeckungsniveau mit dem Absolutbetrag des im alten Preis verkappten Gewinns/Verlustes und trage es „in seinen Fesseln“ in die neue Preisvereinbarung hinein.²³

In der praktischen Anwendung geschieht Erhalt von Gewinn/Verlust des alten Preises als Absolutbetrag automatisch durch die unveränderte Übernahme des alten Preises als ersten Teil der neuen Preisvereinbarung. Im zweiten Teil der neuen Preisvereinbarung wird der Mehr- bzw. Minderaufwand der Änderung nach dem Maßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten (Herstellkosten) zzgl. angemessener Zuschläge für AGK, W + G angesetzt.
Kurz:

Neuer Preis = Alter Preis + tatsächl. erforderliche Kosten der Änderung x (1 + AGK, W + G [%])

2. „Tatsächlich“ mit Fehlertoleranz: Keine exakte, aber eine Bestimmung aus Annäherung

„Tatsächliche“ Kosten, was ist das?

Rein betriebswirtschaftlich besehen, sind Kosten als tatsächlich entstanden anzusehen, wenn sie im Unternehmen des Auftragnehmers im Sinne von Betriebsausgaben in der Realität anfallen. Sie lassen sich dort als Buchungsvorgang identifizieren und sind in ihrer Höhe bestimmbar.



Um die „exakte“ Bestimmbarkeit kann es dem Gesetzgeber im Nachtragskontext nicht gehen. Manche Kosten können überhaupt nur auf kalkulatorischer Einschätzung beruhend erfasst werden. Wie etwa lassen sich die Kosten eines Gerätes für ein in der Folge eines Nachtragsereignisses konkret bestimmtes Zeitmaß der Verlängerung seiner Vorhaltdauer auf der Baustelle bestimmen, wenn es ein Eigengerät und kein von außen angemietetes Gerät ist? Immer nur kalkulatorisch. Abschreibung und Verzinsung und Reparaturkosten etwa beruhen auf vorausschauenden Einschätzungen wie Lebensdauer, wirtschaftlicher Einsatzdauer und Auslastung des Gerätes. Die Annahmen der Baugeräteliste mögen großzügig gewählt sein, sie lassen sich ggf. in Richtung „tatsächliche Kosten“ annähern. Sie führen aber niemals auf „exakt“ bestimmte Kosten.

Schon dabei wird es für das Begreifen von „tatsächlichen“ Kosten darauf ankommen, sich von dem Anspruch einer „exakten“ Bestimmung zu lösen.

Das gilt bspw. auch für die Abgrenzung – um im Gerätebeispiel zu bleiben – des Teiles der Vorhaltdauer des Gerätes, die durch einen bestimmten Nachtrag 1 veranlasst ist, Abgrenzung von der durch Nachtrag 2 veranlassten Vorhaltdauer und der von Nachtrag 3 veranlassten sowie auch von Einsatzzeiten anlässlich von Hauptvertragsleistungen. Auch hier wird eine scharfe Abgrenzung eher selten möglich sein, will man die Dokumentationsanforderungen an die Baustelle nicht gnadenlos überhöhen.

Die kalkulatorische Kostenerfassung am Beispiel von Gerätekosten (Abschreibung + Verzinsung + Reparatur) zeigt, dass „tatsächliche Kosten“ nicht immer dem pagatorischen Kostenbegriff im Sinne von Mittelabfluss folgen kann.

Bei der Begriffsbestimmung wird es um „Annäherung“ gehen müssen, Annäherung an das, was tatsächlich ist bzw. war, um etwas, das eine hinreichend genaue Erfassung anstrebt. Systembedingte und geringfügige Abweichungen zwischen der Kalkulation und den Ist-Kosten sind hinzunehmen.²⁴ Mit einem Exaktheitsanspruch lassen sich bspw. auch die Lohnkosten (Gesamttariflohn) und darin insbesondere die lohnbezogenen Kosten (Lohnzusatzkosten, Lohnnebenkosten) eines jeden gewerblichen Mitarbeiters, der mit der Ausführung einer Änderung befasst war – was für sich genommen schon grenzwertig schwierig, wenn nicht gar unmöglich wäre –, nicht nachweisen. Demzufolge wird hinzunehmen sein: Die Angabe des Mittellohns gibt hinreichende Genauigkeit.

In der Literatur wird dafür sinnstiftend eine entsprechende Ergänzung in der Formulierung der Vermutungsregel in § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB vorgeschlagen (durch Unterstreichung herausgestellt):²⁵



„Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung hinreichend genau der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.“

Auch ohne diese Klarstellung legt bereits der Rückgriff des Gesetzgebers auf die Urkalkulation nahe, dass „tatsächliche Kosten“ nicht als „exakte“ Wirklichkeit zu begreifen sind. Denn die Urkalkulation ist ein Modell zur vereinfachenden Abbildung des wahrscheinlich künftigen Kostengeschehens, etwas, das die spätere Wirklichkeit der vom Gesetz angesprochenen „tatsächlichen Kosten“ vorausschauend beschreibt.

Damit dürften „tatsächliche Kosten“ an die Wirklichkeit angenäherte Kosten sein. Denn ohne Auslegung des Rechtsbegriffs „tatsächlich“ im Sinne von „hinreichend genau“ wird die gesetzliche Vermutung immer widerlegbar sein, wenn der Auftraggeber nur hinreichenden Zugang zu den Kosten der Baustelle hat. Die Vermutung würde ihre Widerlegung schon in sich tragen.²⁶ § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB wäre dann sinnentleert.

III. § 650c Abs. 2 BGB: Mehr- oder Minderaufwand mit vermutet tatsächlichen Kosten

1. Systemwidrig erlaubt Abs. 2, die Fessel nach Abs. 1 zu sprengen

Bei Ansatz der linear funktionierenden PreisniveauFortschreibung (Korbion) wird der Gewinn/Verlust, anders als bei Vygen, nicht gefesselt, sondern entfesselt. Das geschieht bei Wahl des Nachweises nach Abs. 2, in dem durch die Vermutung des § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB zwar begrenzt, aber in den Grenzen der Vermutung genau dem Korbion'schen Prinzip gefolgt wird. Mit dem „sauberen“ Prinzip des Abs. 1 scheint in Abs. 2 gebrochen zu werden, indem der Gesetzgeber dort die lineare Preisfortschreibung mit Vertragspreisniveaufaktor (Kapellmann/Schiffers) fortleben lässt – PreisniveauFortschreibung (Korbion). In den Augen des Arbeitskreises I/X Bauvertragsrecht/Baubetrieb beim 9. Deutschen Baugerichtstag ist es systemwidrig, die vorkalkulatorische Preisfortschreibung durch die „Hintertür“ des Abs. 2 wieder zu aktivieren, wenn sie der Gesetzgeber aus guten Gründen abschaffen wollte.²⁷



Ein Rückfall auf das, was aus VOB/B-Verträgen bekannt und im Rahmen des Gesetzes ausgeschlossen sein sollte? Jedenfalls dogmatisch besehen ist der Maßstab in Abs. 2 der gleiche wie in Abs. 1.²⁸ Das Prinzip aus Abs. 1 wird in Abs. 2 nur pragmatisch umgesetzt, ohne es aufzugeben. Das heißt:

Nach Abs. 1 werden die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten des Nachtragsereignisses nachgewiesen und nach Abs. 2 die vermutet tatsächlichen.

Um die Vermutung (zweiter Halbsatz dieses Kernsatzes) im Gesetz deutlich anzulegen, bedarf es im Vorschlag des Arbeitskreises I/X des Deutschen Baugerichtstages zur Änderung in § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB²⁹ dieser klareren Ausformulierung (durch Unterstreichung herausgestellt):

Es wird vermutet, dass die Ansätze der Urkalkulation den hypothetisch tatsächlichen Kosten der unveränderten Leistung entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind.

Und um dem Aspekt unter → II.2 (Fehlertoleranz) Rechnung zu tragen, empfiehlt es sich, diesen Vorschlag um die Wendung „mit hinreichender Genauigkeit“ zu erweitern, so dass § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB künftig wie folgt lauten könnte (Erweiterung durch Unterstreichung herausgestellt):

Es wird vermutet, dass die Ansätze der Urkalkulation mit hinreichender Genauigkeit den hypothetisch tatsächlichen Kosten der unveränderten Leistung entsprechen und hinsichtlich der Zuschläge weiterhin angemessen sind.



2. Dogmatik hilft der weiter bestehenden Möglichkeit zur Spekulation nicht ab

Was so besehen zunächst schlüssig wirkt, wird in der praktischen Anwendung eher nicht funktionieren. Die Spekulationsneigung mit ihrem Ziel, systematisch (weit) überauskömmliche Nachtragspreise zu erhalten, einzudämmen, so ebenfalls die (lineare) Vergrößerung von Unauskömmlichkeiten in Nachtragspreisen, wird durch die Widerleglichkeit der Vermutung des § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB nur begrenzt erreicht. Denn in der Praxis wird der Auftraggeber die Vermutung eher nur bei groben Spekulationen, das heißt bei erheblich überhöhten Einheitspreisen, widerlegen können.³⁰ Bei der Möglichkeit zu kleineren und feinsinnigen, gar systematisch angelegten Spekulationen unter dem Motiv

„niedrig bieten, Auftrag erringen und in der Abrechnung überkompensieren, was vorne hingegeben wurde“,

wird es deshalb bleiben. So kann wahrgenommen werden: Abs. 2 „verunziert“ die Lösung nach Abs. 1 (Stefan Leupertz im Gespräch). Drastisch ausgedrückt:

Es kann munter weiter spekuliert werden.

3. Ungleichgewicht der Kräfte

Das „Besondere“ an der Möglichkeit, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen (§ 650c Abs. 2 Satz 2 BGB), liegt darin, dass im Fall des Mehraufwands der für den neuen Preis darlegungsbelastete Auftragnehmer eine bloße Hypothese (Auftragskalkulation bildet hypothetisch tatsächliche Kosten ab) für sich in Anspruch nehmen darf, ohne sie verifizieren oder wenigsten plausibilisieren zu müssen, während der weiter von Preis- und Kostenkenntnissen entfernte Auftraggeber die Hypothese falsifizieren muss. Das ist für den Auftraggeber „grenzlastig herausfordernd“. Denn um die durch Fortschreibung der Urkalkulation erhaltenen quasi erforderlichen Ist-Kosten der Änderung in der Prüfung zu greifen, muss der Auftraggeber auf die tatsächlich erforderlichen Kosten abstellen und nicht auf



branchenübliche oder sachgerecht angemessene Preise.³¹ Letzteres würde der in § 650c Abs. 1, 2 BGB angelegten Systematik entgegenstehen.

Der von der Preisbildung weiter entfernte Auftraggeber soll etwas qualifiziert anzweifeln, in das er, anders als der Auftragnehmer, weniger oder gar keinen Zugriff hat? Das mag dem Auftraggeber bei groben Spekulationen des Auftragnehmers gelingen, im Kleinen und weniger Auffälligen aber eher nicht.³²

Darin zeigt sich ein schwer hinnehmbares „Kräfteungleichgewicht“. Deshalb liegt dieses nahe: Solange mit § 650c Abs. 2 BGB die Möglichkeit zur linear funktionierenden PreisNiveauFortschreibung (Korbion) besteht, ist m.E. zu erwägen, dem Auftragnehmer ausdrücklich eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast dahingehend aufzugeben, bereits bei begründetem Verdacht auf einen wesentlich überhöhten Preis einer Bezugsposition diesen Preis schlüssig in sich und schlüssig mit der gesamten Auftragskalkulation aufzugliedern oder den Auftragnehmer gleich auf das Nachweisprozedere des Abs. 1 zu verweisen.³³

IV. Begriffe

Die vom Gesetz vorgesehene Preisbildung nach Abs. 1 möchte sich von der linearen, der verbreitet sogenannten „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ unterscheiden, indem sie den Gewinn/Verlust in den änderungsrelevanten Teilleistungen des alten Preises als Absolutbetrag in den neuen Preis übernimmt und eben nicht linear (prozentual) fortschreibt. Beide Lösungen sind vorkalkulatorischer Art. Und beide Lösungen sind Fortschreibungslösungen. So gesehen könnte auch die gesetzliche Preisbildung nach Abs. 1 als „vorkalkulatorische Preisfortschreibung“ angesehen werden, denn sie übernimmt die Gewinn- oder Verlustspanne zusammen mit dem alten Preis, einem vorkalkulatorisch ermittelten.

Es wird vorgeschlagen, auf das mehrdeutige Attribut „vorkalkulatorisch“ künftig zu verzichten und zur Klarheit des Unterschieds die Begriffe PreisNiveauFortschreibung (Korbion) und AbsolutbetragsFortschreibung (Vygen), wie im vorliegenden Aufsatz, zu verwenden.



V. Trotz aller Zweifel

... und dem Eindruck einer Ambivalenz in § 650c BGB,³⁴ wie auch der im Gesetzgebungsprozess in Abs. 2 wieder aufgegebenen ursprünglichen Intention, der Absolutbetragsfortschreibung (Vygen) zum Leben zu verhelfen, kann auf § 650c BGB auch so gesehen werden:

Eine Vergütungsregel, die ideal ansetzt (§ 650c Abs. 1 BGB), dann in Anbetracht des hohen Anspruchs insbesondere mit Blick auf die hypothetische Kostenlage in der Differenzbetrachtung (siehe → II.1) mit Pragmatismus und einem Vertrauensvorschuss in die Redlichkeit des Auftragnehmers (Auftragnehmer spekuliert nicht) auf die ursprünglich zu verabschieden beabsichtigte Preisniveaufortschreibung (Korbion) zurückfällt (§ 650c Abs. 2 Satz 1 BGB). Ein Weg, auf den das Vertrauen in die Redlichkeit des Auftragnehmers mitgegeben wird (Vermutung in § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB), Vertrauen, das sich durch Vorlage der – notwendigerweise! – hinreichend tief gegliederten und transparenten und in sich schlüssigen Urkalkulation (Auftragskalkulation) als zu Recht vorgestreckt erweisen muss. Es wäre sachgerecht, Transparenzregeln für die Urkalkulation zu formulieren.³⁵ Die dabei grundsätzlich zu wahrende Kalkulationsfreiheit des Auftragnehmers dürfte dadurch nicht berührt werden.

Eine in diesem Sinne geeignete Urkalkulation sich vorlegen zu lassen, kann nur der Auftraggeber durchsetzen. Solange aber öffentliche Auftraggeber in ihrer Prüfpraxis weiter nachgiebig sind und sich Auftragnehmer nicht mit hinreichender Klarsicht und Blicktiefe in ihre Kalkulations-Karten schauen lassen dürfen, wenn sich öffentliche Auftraggeber stattdessen ungeprüft „Geschichten“ in EFB-Preis (Preisblatt 221: Zuschlagskalkulation, Preisblatt 222: Endsummenkalkulation) „erzählen“ lassen,³⁶ wird sich auch künftig an nachtragsstrategischen Bemühungen so manchen Auftragnehmers nichts ändern.

So sehr ich im Miteinander der Vertragspartner für eine Kultur gegenseitigen Vertrauens bin: Vertrauen ist gut. In diesem Fall aber ist (angemessene) Kontrolle besser.



- * Der Autor ist Inhaber des gleichnamigen Büros für Claimmanagement (www.mdritter.de).
- ¹ BT-Drucks. 18/8486, S. 55 (Einführung zu § 650c BGB).
 - ² Lindner, BauR 2018, 1038 (1047).
 - ³ Ebenso Kniffka „Anordnungsrecht, Vergütungsanpassung und einstweilige Verfügung nach neuem Bauvertragsrecht“, Schriftenreihe des Inst. für Bauwirtschaft und Baubetrieb an der TU Braunschweig, Heft 62, S. 1, 17.
 - ⁴ BT-Drucks. 18/8486, S. 36.
 - ⁵ Leupertz, in: Festschrift für Blecken 2010, 363 (371).
 - ⁶ Leitzke, in: Festschrift für Koeble 2010, 37, 39 (43).
 - ⁷ Vygen, BauR 2006, 894.
 - ⁸ Erfahren im Gespräch mit Klaus Vygen.
 - ⁹ BGH „Zuschlagsverzögerung II, Autobahnlos bei N“, BauR 2009, 1901.
 - ¹⁰ Franz/Kues, BauR 2010, 678; Franz, BauR 2012, 380.
 - ¹¹ https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/4ak_alle.pdf.
 - ¹² BGH „Preisbildung IV, Bezugsposition“, BauR 2013, 943.
 - ¹³ A.a.O.
 - ¹⁴ Kniffka, in: Festschrift für Iwan 2010, 207 (215).
 - ¹⁵ Leupertz, in: Festschrift für Blecken 2010, 363 (374).
 - ¹⁶ BT-Drucks. 18/8486, S. 56, zu Abs. 1.
 - ¹⁷ Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1799).
 - ¹⁸ BT-Drucks. 18/8486, S. 56, zu Abs. 1.
 - ¹⁹ Zutreffend Retzlaff, BauR 2017, 1781 (1802).
 - ²⁰ Kaufmann/Rohr, BauR 2020, 1369.
 - ²¹ Vygen, BauR 2006, 894.
 - ²² BGH „Zuschlagsverzögerung II, Autobahnlos bei N“, BauR 2009, 1901, Rdnr. 42.
 - ²³ Ausführlich dargelegt bei Drittlter, in: Nachträge und Nachtragsprüfung, 4. Aufl. 2023, Rdnr. 2:190 ff., 2:192.
 - ²⁴ Hornickel, NZBau 2021, 712 (717).
 - ²⁵ Kaufmann/Rohr, BauR 2020, 1369 (1381).
 - ²⁶ Rodemann, BauR TH 2023, 7.
 - ²⁷ BauR TH 2023, 17.
 - ²⁸ Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 650c BGB Rdnr. 8.
 - ²⁹ Thesenpapier zur Vorbereitung des 9. Deutschen Baugerichtstags am 12./13.05.2023, BauR TH 2023, 5 (14).
 - ³⁰ Wie hier Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3 Rdnr. 66.
 - ³¹ Oberhauser, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 2 Rdnr. 120.
 - ³² So auch Lindner, in: BauR 2018, 1038 (1047); ähnlich Oberhauser, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, Rdnr. 120, ferner Langen, NZBau 2015, 658 (665).
 - ³³ Eine sekundäre Darlegungslast wird auch in der Literatur erörtert: Althaus/Kattenbusch, in: Althaus/Bartsch/Kattenbusch, Nachträge im Bauvertragsrecht, 2. Aufl. 2022, Teil 3 Rdnr. 66; Althaus/Kattenbusch, in: Leupertz/Preussner/Sienz, 2. Aufl. 2021, BGB § 650c Rdnr. 139; Hornickel, NZBau 2021, 712 (171).
 - ³⁴ Pamp, BauR 2021, 299 (309).
 - ³⁵ Einige Anregungen für den Umfang der Aufschlüsselung gibt Oberhauser, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz, Das neue Bauvertragsrecht, 2017, § 2 Rdnr. 117.
 - ³⁶ Hinter vorgehaltener Hand werden die EFB-Preis als „Lügenblätter“ bezeichnet!



Wolters Kluwer

arge arbeitgemeinschaft für
bau- und immobilienrecht
baurecht

baurecht
Institut für Baurecht und Immobilienrecht