



Geltendmachung von Preis- steigerungen in technischen Nachträgen

Steffen Greune und Stefan Hamann

IBB

INSTITUT FÜR
BAUWIRTSCHAFT UND
BAUBETRIEB



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
BRAUNSCHWEIG

UNIV.-PROF. DR.-ING.
R. WANNINGER

SCHLEINITZSTR. 23 A
38106 BRAUNSCHWEIG

FON 0531 391-3174
FAX 0531 391-5953

ibb@tu-bs.de
www.tu-bs.de/ibb

Veröffentlichung

Braunschweig • März 2010

Beim nachfolgenden Dokument handelt es sich um die Einreichungsfassung des Beitrags:

Greune, Steffen ; Hamann, Stefan: Geltendmachung von Preissteigerungen in technischen Nachträgen. In: Wanninger (Hrsg.): Die wirtschaftliche Seite des Bauens - Festschrift zum 60. Geburtstag von Rainer Wanninger. Schriftenreihe des IBB. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (2010), Heft 50, S. 193-212

Auf ggf. bestehende Unterschiede infolge redaktioneller Überarbeitung der Einreichungsfassung wird hingewiesen.

1 Einleitung

In der Praxis werden von Bauunternehmern in vielerlei Fällen berechtigte Mehrvergütungsansprüche nicht geltend gemacht, da sie der weitverbreiteten Meinung Glauben schenken, dass bei technischen Nachträgen innerhalb der vertraglichen Bauzeit keine Preissteigerungen für Lohn- oder Stoffkosten angesetzt werden dürfen.

Im Gegensatz zur VOB/B enthält das BGB keine speziellen Regeln zur Vergütungsanpassung.¹ Dies ist auch nicht notwendig. Die Regelungen der VOB/B zur Vergütungsanpassung sind vor allem dadurch begründet, dass der Auftraggeber gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B das Recht hat, einseitig Leistungsänderungen und nicht vereinbarte Leistungen anzuordnen, zu deren Ausführung der Auftragnehmer im Allgemeinen verpflichtet ist. Dieses einseitige Leistungsänderungsrecht gibt es beim BGB-Vertrag nicht. Der Auftragnehmer ist nur zur Herstellung des vertraglich vereinbarten Werkes verpflichtet und kann somit die Ausführung geänderter Leistungen verweigern. Zu einer Änderung der vertraglichen Leistungen wird es daher nur kommen, wenn sich Auftraggeber und Auftragnehmer einvernehmlich darauf verständigen, was i. d. R. die Anpassung der Vergütung einschließen wird. Wird eine Verständigung dem Grunde jedoch keine Einigung der Höhe nach erzielt, hat der Auftraggeber gemäß § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung zu entrichten.²

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Möglichkeiten der Vergütungsanpassung in technischen Nachträgen beim Einheitspreisvertrag nach VOB/B. Die Betrachtung widmet sich dabei insbesondere der Berücksichtigung von Preissteigerungen gegenüber der ursprünglichen Vertragskalkulation. Neben der Darstellung der Anspruchsgrundlagen für eine Anpassung der Einheitspreise stehen der Nachweis der Preissteigerung und die Berücksichtigung dieser Preissteigerungen bei der Berechnung der neuen Einheitspreise im Mittelpunkt.

2 Allgemeine Preisanpassungsmöglichkeiten nach VOB/B

Die Anpassung der vertraglich vereinbarten Einheitspreise an veränderte Rahmenbedingungen kann einerseits – soweit individualvertraglich vereinbart – über Lohn- und/oder Materialpreisgleitklauseln erfolgen. Aber auch ohne diese vertraglichen Vereinbarungen sieht die VOB/B – soweit sie Vertragsbestandteil ist – verschiedene Tatbestände vor, die eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Vergütung ermöglichen. Dabei werden Ansprüche auf eine geänderte oder zusätzliche Vergütung grundsätzlich nur dadurch ausgelöst, dass die vertraglich geschuldete Leistung und damit einhergehend die Grundlage, auf der die Kalkulation der vertraglichen Vergütung beruht, verändert werden.

Um Abweichungen von der vertraglich geschuldeten Leistung zu erkennen, ist das Wissen um den ursprünglichen Vertragsinhalt eine notwendige Voraussetzung. Die Ausgangsfrage bei jedem Nachtrag lautet somit:³

„Was schuldet der Auftragnehmer in welcher Menge und Qualität und unter welchen Umständen der Bauausführung?“

¹ Ausnahme: Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB

² Vgl. Vygen/Joussen (2008), Rdn. 2285

³ Vgl. Drittlar (2010), Rdn. 104

2.1 Das „Bausoll“

Zur Definition der vertraglich geschuldeten Leistung haben *Kapellmann/Schiffers* den Begriff des „Bausolls“ eingeführt. Das Bausoll ist demnach die durch den Vertrag festgelegte, vom Auftragnehmer zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolgs zu erstellende Leistung. Das Bausoll setzt sich zusammen aus dem Bauinhalt („Was soll gebaut werden?“) und den Baumständen („Wie soll es gebaut werden?“).⁴

Nach § 1 VOB/B wird die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Zum Vertrag gehören insbesondere die Leistungsbeschreibung, die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB), die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB), die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen (ZTV) sowie die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV).⁵

Entsprechend der oben genannten Definition, ist unter Bausoll nicht nur die inhaltlich geschuldete Bauleistung zu verstehen, sondern auch die durch den Bauvertrag bestimmte Art und Weise, also wie und unter welchen Umständen diese Bauleistung erreicht werden soll.⁶ Die Baumstände können, wie in Abbildung 1 dargestellt, weiterhin in die Unterkategorien Bauablauf, Bauverfahren und Beschaffenheit aufgegliedert werden.

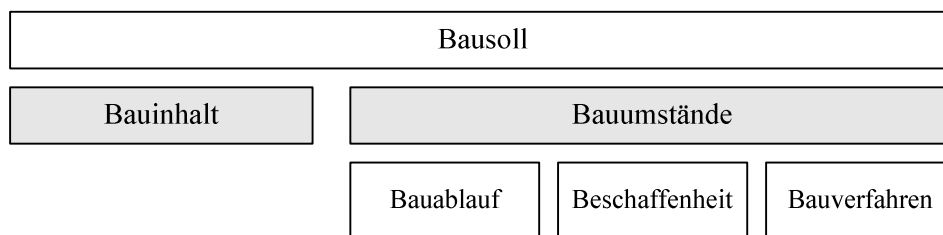


Abbildung 1: Definition von Bausoll, Bauinhalt und Baumständen⁷

Bauverträge enthalten üblicherweise Regelungen zum zeitlichen Ablauf der Baumaßnahme. Regelmäßig werden Anfangs- und Endtermine sowie Ausführungsfristen und Zwischentermine festgelegt. Ebenso können der organisatorische Ablauf, z. B. die Reihenfolge der Herstellung einzelner Bauanschnitte oder der logistische Ablauf, z. B. die Vollsperrung einer Straße für bestimmte Transporte geregelt werden.

Der Begriff Bausoll mit der Unterteilung in Bauinhalt und Baumstände hat sich in der Praxis weitgehend durchgesetzt, wenngleich es auch Kritik an dieser Terminologie gibt. So kritisiert *Thode*, der Begriff „Bausoll“ sei mit der entsprechenden Untergliederung unter sprachwissenschaftlichen Gesichtspunkten kein Begriff, sondern ein Wort mit weitgehend beliebigem Inhalt.⁸ Daher sind die Worte „Bausoll“, „Bauinhalt“ und „Baumstand“ nach Ansicht von *Thode* für den rechtlichen Sprachgebrauch ungeeignet.

Auch wenn diese Begriffe – zugegebener Maßen – nirgends im BGB oder in der VOB Verwendung gefunden haben, stellen sie nach Ansicht der Verfasser dennoch plastische Begriffe zur inhaltlichen

⁴ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 1, Rdn. 4

⁵ Kapellmann/Schiffers bezeichnen dies als die „Totalität aller Vertragsunterlagen“ ; vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 3, Rdn. 178

⁶ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 2, Rdn. 100

⁷ In Anlehnung an: Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 1, Rdn. 2

⁸ Vgl. Thode (2006), S. 309

Differenzierung des vertraglich geschuldeten Werkes dar. Darüber hinaus sind die Begriffe in der Kommunikation zwischen Juristen und Ingenieuren eingeführt und üblich.

Das auftraggeberseitige Gegenstück zum Bausoll ist das Vergütungssoll. Das Bausoll hat der Auftragnehmer für die vereinbarte Vergütung zu erstellen. Stimmen das Bausoll, also die als Vertragspflicht des Auftragnehmers definierte Vertragsleistung mit der Ausführung (Bauist) überein, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Werklohn, das Vergütungssoll.⁹ Folglich kommen Anpassungen der Einheitspreise nur dann in Betracht, wenn das Bausoll vom Bauist abweicht.¹⁰

2.2 Voraussetzungen für die Anpassung der Vergütung

Wie im vorangegangenen Kapitel bereits angedeutet, ist die grundsätzliche Voraussetzung für eine Anpassung der vertraglichen Vergütung, dass eine Abweichung zwischen der vertraglich geschuldeten Leistung, dem Bausoll, und der tatsächlich ausgeführten Leistung, dem Bauist, aufgetreten ist.¹¹

Dabei können zwei Gruppen von Abweichungen von der vertraglich geschuldeten Leistung unterschieden werden. Dies sind zum einen „zufällige“ Änderungen ohne Einwirkung des Auftraggebers. Darunter werden im Allgemeinen die mit der Vergütungsfolge des § 2 Abs. 3 VOB/B belegten Mengenänderungen verstanden. Voraussetzung für die Anwendung des § 2 Abs. 3 VOB/B ist, dass die Mengenänderung ausschließlich auf einer bloßen Änderung der vorgefundenen Verhältnisse oder einer bloßen Realisierung der gegenüber dem Ist-Zustand bei Vertragsschluss inhaltlich unveränderten Planung beruht. Als Grundsatz zur Unterscheidung zwischen echter Mehrmenge und zusätzlicher bzw. geänderter Leistung gilt:¹²

„Jede Mengenänderung infolge [einer] Anordnung des Auftraggebers schließt die Anwendung des § 2 Abs. 3 VOB/B aus.“

Mengenänderungen stellen in dem Sinne keine Abweichung vom Bausoll dar, da weder der Bauinhalt noch die Umstände der Leistungserbringung aktiv durch den Auftraggeber geändert wurden. Mengenabweichungen resultieren vielmehr aus nicht zu bemängelnden Ungenauigkeiten bei der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses. Die bisherige Betrachtung vermittelt den Eindruck, das Bausoll sei, wenn einmal definiert, eine fixe Größe. Dies gilt jedoch nur für die qualitativen Festlegungen, sprich den Leistungstext und nicht für die ausgeschriebenen Mengen.¹³ Die variable Leistungsmenge ist das charakteristische Kennzeichen eines Einheitspreisvertrages. Ausschließlich Mengenänderungen innerhalb eines Korridors von $\pm 10\%$ der ausgeschriebenen Menge stellen keine Änderung des Bausolls dar.¹⁴

Die zweite Gruppe umfasst die Änderungen infolge von Einwirkungen des Auftraggebers. Nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B ist der Auftraggeber berechtigt, Änderungen des Bauentwurfs sowie die Ausführung nicht vereinbarter, zur Ausführung der vertraglichen Leistung jedoch erforderlicher Leistungen anzuordnen. Eine Zustimmung des Auftragnehmers zu dieser Modifikation des Vertragsinhalts, d. h. zur Ausführung der geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen ist nicht erforderlich. Der Auftragnehmer ist grundsätzlich zur

⁹ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 2, Rdn. 100; Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt (2007), VOB/B § 2 Vergütung, Rdn. 27

¹⁰ Ausgenommen wird der Fall „Störung der Geschäftsgrundlage“ gem. § 313 BGB.

¹¹ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 8, Rdn. 700

¹² Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 2, Rdn. 505

¹³ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 7, Rdn. 500

¹⁴ Vgl. ebenda; Drittler (2010), Rdn. 8-16

Ausführung verpflichtet, ein Leistungsverweigerungsrecht steht ihm im Allgemeinen nicht zu.¹⁵ Zur rechtlichen Einordnung hat der BGH abschließend klargestellt, dass es sich bei diesem Anordnungsrecht um ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers handelt. Diesem Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers steht der Anspruch des Auftragnehmers auf eine Anpassung der vertraglichen Vergütung nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B gegenüber.

Bei einer Modifikation des Bauinhalts wird das Bauobjekt bzw. ein Teilobjekt abweichend von dem vertraglich Festgelegten gebaut; das „Was“ des Baus wird modifiziert.¹⁶ Bei einer Modifikation der Baumstände wird nicht das Bauobjekt selbst, sondern lediglich die Art und Weise, also das „Wie“ der Bauausführung, geändert.

Der Begriff „Bauentwurf“ wird in der Literatur höchst unterschiedlich und je nach Kommentar enger oder weiter ausgelegt. Allen Auslegungstypen ist gemein, dass der Bauentwurf nicht allein die planerische oder zeichnerische Darstellung des Bauwerkes umfasst. Es herrscht jedoch nach wie vor Uneinigkeit darüber, inwieweit der Begriff „Bauentwurf“ auch auf die Baumstände, d. h. auf die baulichen Rahmenbedingungen und mithin auch auf die Bauzeit zu beziehen ist.¹⁷

Für den Fall, dass der Bauentwurf auch die Baumstände und somit auch die Bauzeit umfasst, stellt sich die Frage, ob der Auftraggeber im Rahmen des Anordnungsrechts nach § 1 Abs. 3 VOB/B berechtigt ist, direkte Anordnungen zur Bauzeit zu treffen. In der Literatur gehen die Meinungen zu dieser Thematik auseinander.¹⁸ Auf diese Diskussion soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.¹⁹ Unbestritten ist, dass Änderungen des Bauinhalts Auswirkungen auf die Baumstände und somit auf die Bauzeit haben können.

Überwiegend unstreitig ist der Sachverhalt, dass eine Anordnung des Auftraggebers zu den Baumständen, soweit diese Anordnung Auswirkungen auf die Preisgrundlagen hat, einen Anspruch des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B nach sich zieht. Abbildung 2 stellt nochmals zusammenfassend das Anordnungs- bzw. Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und den korrespondierenden Vergütungsanspruch des Auftragnehmers als Rechtsfolgeregelung in schematischer Weise dar.

¹⁵ Dies gilt nur, soweit der Auftragnehmer auf die Ausführung von derartigen Leistungen eingerichtet ist. Andere, nicht zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderliche zusätzliche Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden. Daneben kommt ein Leistungsverweigerungsrecht dann in Betracht, wenn der Auftraggeber die Vergütung der angeordneten Leistung endgültig verweigert (vgl. BGH NZBau 2004, 612).

¹⁶ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 1, Rdn. 2

¹⁷ Vgl. Keldungs, in: Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 1 Abs. 3, Rdn. 3

¹⁸ Befürworter eines Anordnungsrechts des Auftraggebers bzgl. der Baumstände und der Bauzeit: Keldungs, in: Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 1 Abs. 3, Rdn. 7 f.; geteilter Meinung: Jagenburg, in: Ganten/Jagenburg/Motzke (2008), VOB/B § 1 Nr. 3, Rdn. 9; Ablehnende Meinung: von Rintelen, in: Kapellmann/Messerschmidt (2007), VOB/B § 1, Rdn. 57; Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 17, Rdn. 1333; Thode (2004), S. 215

¹⁹ Erkennbar ist, dass die Diskussionen und die fachliche Auseinandersetzung bezüglich der Anordnungen zu den Baumständen, insbesondere zur Bauzeit, noch nicht am Ende sind. Zur abschließenden rechtsdogmatischen Einordnung bedarf es entweder einer einschlägigen, neuen BGH-Entscheidung oder einer Anpassung der VOB/B. Vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss war bereits zur Änderung der VOB 2006 die Einführung des Anordnungsrechts des Auftraggebers zu den Baumständen und zur Bauzeit geplant, letztlich wurde dieses dann doch nicht umgesetzt. Zu den Gründen können nur Vermutungen angestellt werden.

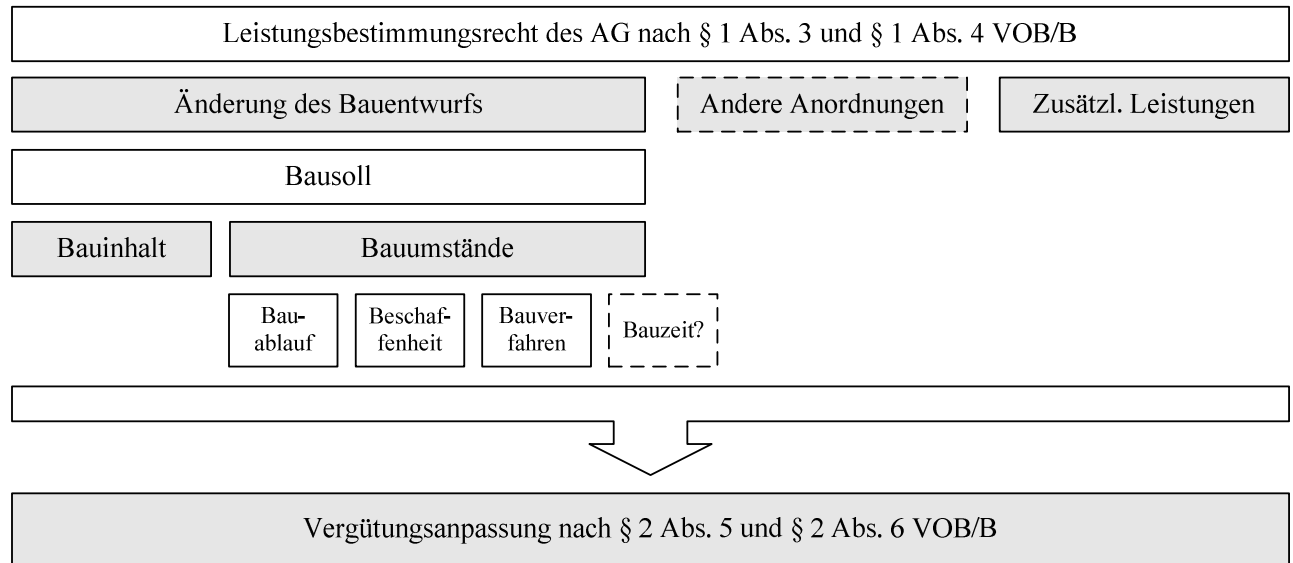


Abbildung 2: Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers nach § 1 VOB/B und Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 VOB/B

Neben der Vergütung für Änderungen des Bauentwurfs regelt § 2 Abs. 5 VOB/B auch die Vergütungsfolgen für „andere Anordnungen des Auftraggebers“. Eine inhaltliche Abgrenzung der anderen Anordnungen von den Änderungen des Bauentwurfs ist nicht eindeutig möglich, da die in der Literatur genannten Erläuterungen und Beispiele häufig Überschneidungen zu den Definitionen der Bauentwurfsänderungen enthalten.

So gehören zu den anderen Anordnungen solche Anordnungen, die die im Vertrag vorgesehenen bautechnischen und baubetrieblichen Produktionsbedingungen verändern, z. B. die Änderung einer bisher geplanten Vollsperrung einer Straße in eine halbseitige Teilspernung.²⁰ Weitere Beispiele für andere Anordnungen könnten Anordnungen von Dritten, also z. B. Auflagen der Baugenehmigungsbehörden, des Prüfstatikers oder der Straßenverkehrsbehörde sein.²¹

Dieser Ansicht wird von *Jansen* insofern widersprochen, dass Anordnungen von Behörden oder des Prüffingenieurs gerade keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Auftraggebers darstellen.²² Der Auftraggeber müsste die ausgesprochenen Auflagen zum Gegenstand seiner eigenen Anordnung machen oder zumindest konkludent zu erkennen geben, dass er die Umsetzung bzw. Befolgung dieser behördlichen Auflagen wünscht. *Kniffka* stellt fest, dass Anordnungen von Behörden oder des Prüffingenieurs keine „anderen Anordnungen“ im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B sein können.²³ Er kommt zu dem Schluss, dass es unklar sei, was unter den „anderen Anordnungen“ im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B zu verstehen sein soll.

Dennoch können andere Anordnungen des Auftraggebers durch die Ausübung eines dem Auftraggeber individualvertraglich zugesicherten Leistungsbestimmungsrechts auftreten.²⁴ Dies wären solche Leistungsbestimmungsrechte, die über die bekannten Leistungsbestimmungsrechte der VOB/B (§ 1 Abs. 3 und

²⁰ Vgl. Keldungs, in: Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 24

²¹ Vgl. Keldungs, in: Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 25, a. A. Jansen, in: Ganten/Jagenburg/Motzke (2008), VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 26 und Kniffka (2009), § 631, Rdn. 456 f.

²² Vgl. Jansen, in: Ganten/Jagenburg/Motzke (2008), VOB/B § 2 Nr. 5, Rdn. 26

²³ Vgl. Kniffka (2009), § 631, Rdn. 456 f.

²⁴ Vgl. Kuffer, in: Heiermann/Riedl/Rusam (2008), B § 2, Rdn. 158, S. 766

Abs. 4 VOB/B) hinausgehen. Hierzu wäre beispielweise ein vertraglich vereinbartes Bestimmungsrecht des Auftraggebers bezüglich der Bauzeit zu zählen.

Die vorstehend genannten Anspruchsgrundlagen für eine Anpassung der Vergütung sind in der folgenden Abbildung 3 nochmals zusammengefasst.

Anspruchsgrundlagen für Preisanpassungen			
	Mengenmehrungen größer 10 %	Geänderte Leistungen	Zusätzliche Leistungen auf Anordnung
Grundlage	§ 2 Nr. 3 VOB/B	§ 1 Nr. 3, § 2 Nr. 5 VOB/B	§ 1 Nr. 4, § 2 Nr. 6 VOB/B
Voraussetzung	Mengenmehrung ohne Eingriff des AG	Änderung des Bau- entwurfs oder des Leistungsbeschriebs einschl. dadurch bedingter Mengenänderungen oder andere Anordnungen des AG	Vom AG angeordnete, notwendige Zusatz- leistung und Ankündig- ung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs durch den AN
Folgen	Änderung des Einheits- preises auf Verlangen einer Vertragspartei	Änderung des Einheitspreises	Zusätzlicher Vergütungsanspruch

Abbildung 3: Anspruchsgrundlagen für eine Vergütungsanpassung nach VOB/B²⁵

Für eine Anpassung der Einheitspreise sehen *Kapellmann/Schiffers* als weitere unausgesprochene Voraussetzung, dass die Bausoll-Bauist-Abweichung dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuordnen ist. Dies beziehen sie insbesondere auf geänderte und zusätzliche Leistungen. In den Risikobereich des Auftraggebers fallen beispielsweise Änderungen des Bauentwurfs durch behördliche Anordnungen sowie verspätet fertiggestellte oder mangelhafte Vorunternehmerleistungen.²⁶

Die dritte Voraussetzung für eine Anpassung des Einheitspreises, zumindest in Bezug auf die Vergütungsregelung nach § 2 Abs. 3 VOB/B, ist das Verlangen einer der beiden Vertragspartner, die Mehr- bzw. Minderkosten im neuen Preis zu berücksichtigen.

²⁵ In Anlehnung an: Vygen/Joussen (2008), Rdn. 2182, S. 817 f.

²⁶ Vgl. Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 8, Rdn. 704; Weick in: Nicklisch/Weick (2001), § 2 Vergütung, Rdn. 61

3 Anspruchsgrundlagen zur Berücksichtigung von Preissteigerungen bei Nachtragsleistungen („Anspruch dem Grunde nach“)

Die Grundlagen der Preisermittlung und der Preisgestaltung können sich beim Bauvertrag aus vielerlei Gründen verändern. Wie im vorangegangenen Kapitel dargestellt, sieht die VOB/B für diese Fälle verschiedene Preisanpassungsmöglichkeiten vor. Im Folgenden sollen daher die drei wesentlichen Regelungen der VOB/B betrachtet werden, die unter bestimmten Umständen einen Anspruch auf Anpassung der Einheitspreise zur Berücksichtigung von Lohn- und Materialpreissteigerungen ermöglichen.

3.1 Mehrmengen gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

Das Risiko von Lohn- und Materialpreiserhöhungen während der vertraglich vereinbarten Bauzeit liegt richtigerweise grundsätzlich beim Auftragnehmer. Die Preisanpassungsmöglichkeit des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bei Überschreitung des vertraglichen Mengenvordersatzes über 10 % hinaus sehen zwar eine Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten vor, jedoch muss diese neue Preisberechnung ausschließlich auf Basis der Preisermittlungsgrundlagen des bisherigen Einheitspreises erfolgen.²⁷ Die Mehr- und Minderkosten sind demzufolge kalkulatorisch auf denselben Grundlagen, die zur Bildung des ursprünglichen Vertragspreises geführt haben, zu ermitteln. Aus Sicht des Auftragnehmers muss der neue Einheitspreis derart kalkuliert werden, als wenn ihm die erhöhte Ausführungsmenge bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. des Vertragsschlusses bekannt gewesen und der Einheitspreis auf dieser Grundlage kalkuliert worden wäre.²⁸ Der neue Preis resultiert somit nur aus der Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten, alle anderen Preisbestandteile bleiben unberührt.

Streitig ist, inwiefern der Auftragnehmer Lohn- und Materialpreissteigerungen in den Preis für die über 110 % hinausgehende Menge einrechnen darf. Grundsätzlich sind die Einheitspreise vom Charakter her Festpreise.²⁹ Sie sind zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer vertraglich vereinbart und somit endgültig und bindend, selbst wenn dem Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit höhere als die kalkulierten Kosten entstehen sollten.

Das Auftreten von Lohn- und Materialpreiserhöhungen ist elementarer Bestandteil des unternehmerischen Risikos und Wagnisses. Der Auftragnehmer hat in seiner Kalkulation dieses Risiko in Form eines Zuschlages angemessen zu berücksichtigen, um im Eintrittsfall keinen wirtschaftlichen Schaden zu erleiden; einen grundsätzlichen Preisanpassungsanspruch hat er nicht. Lohn- und Stoffmehrkosten können nur dann geltend gemacht werden, wenn eine entsprechende Lohn- und Materialpreisgleitklausel bei Vertragsschluss vereinbart wurde.

Nach Ansicht von *Jansen* durchbricht die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B für Mengenänderungen über 10 % hinaus diesen Festpreischarakter der Einheitspreise und ist als eine Ausnahme hiervon zu werten.³⁰ Der Auftragnehmer hat zwar das alleinige Risiko von Preissteigerungen zu tragen, jedoch nur bis maximal 110 % des Mengenansatzes der ausgeschriebenen Leistung. Die VOB/B gibt mit der 10 %-Klausel des § 2 Abs. 3

²⁷ Vgl. z. B. Keldungs, in: *Ingenstau/Korbion* (2010), VOB/B § 2 Abs. 3 VOB/B, Rdn. 18, S. 1029; *Kemper*, in: *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* (2002), B § 2 Rdn. 68, S. 992

²⁸ Vgl. *Jansen*, in: *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008), VOB/B § 2 Abs. 3, Rdn. 24

²⁹ Vgl. z. B. *Nicklisch/Weick* (2001), § 2 Vergütung, Rdn. 23a; *Jansen*, in: *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008), VOB/B § 2 Abs. 3, Rdn. 27; *Kapellmann*, in: *Kapellmann/Messerschmidt* (2007), VOB/B § 2, Rdn. 6

³⁰ Vgl. *Jansen*, in: *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008), VOB/B § 2 Abs. 3, Rdn. 27

hierbei die Grenze dieser Risikoverteilung an. Für die über 110 % hinausgehenden Mengen sind daher auch Lohn- und Materialpreiserhöhungen grundsätzlich zu vergüten.³¹ Der Auftragnehmer müsste dann nachweisen, dass die Ausführung der Mehrmengen zu einem gegenüber der Vertragskalkulation gestiegenen Preisniveau durchgeführt werden musste, z. B. wenn die Ausführungsphase für die Mehrmenge einer neuen Lohnperiode zuzuordnen wäre.

Jansen formuliert hierzu die weitergehende Einschränkung, dass zwischen den Mengenänderungen und den Preiserhöhungen ein zeitlicher oder sachlicher Zusammenhang bestehen muss. Dieser wäre gegeben, wenn z. B. die Preissteigerungen erst in der durch die Mehrmengen verlängerten Bauzeit eintreten. Dieser Einschränkung wird von *Weick* widersprochen.³² Die Festlegung des Auftragnehmers an seinen ursprünglichen kalkulatorischen Rahmen beschränkt sich demnach eindeutig auf die Mengenansätze plus 10 %. Gehen die Mehrleistungen über 10 % hinaus, wird dieser kalkulatorische Rahmen verlassen, was den Auftragnehmer berechtigt, auch die Lohn- und Materialpreissteigerungen als Mehrkosten geltend zu machen. *Kapellmann* folgt dieser Sichtweise weitgehend; jedoch mit dem Zusatz, dass sich der Mehrkostenerstattungsanspruch des Auftragnehmers auf den Teil beschränke, um den sich die Löhne oder Materialpreise gegenüber dem bei Vertragsschluss ohnehin zu berücksichtigenden Niveau erhöht haben.³³

Dies vermag nicht zu überzeugen und widerspricht dem vorstehend dargestellten Ansatz, wonach der Auftragnehmer auch bei Preissteigerungen Mehrmengen bis zu 110 % zu den Vertragspreisen in seiner Kalkulation zu berücksichtigen habe, für eine darüber hinausgehende Mengenänderung aber dieses Risiko nicht mehr zu tragen habe. Zumal der Auftragnehmer – wie *Kapellmann* richtigerweise feststellt – in der Angebotsphase keine Kenntnisse darüber hat, dass der Auftraggeber falsche, nämlich zu niedrige Vordersätze im Leistungsverzeichnis aufgeführt hat, was später Mehrmengen zur Folge hat. Darüber hinaus ist aus Gründen der Praktikabilität bei der Nachweisführung gegenüber diesem Ansatz Skepsis angebracht.

Festzustellen ist, dass noch immer nicht abschließend geklärt wurde, inwieweit der Auftragnehmer Lohn- und Materialpreiserhöhungen, die erst nach Vertragsschluss eintreten, in den Preis für die Mehrmenge gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B einrechnen darf.

3.2 Geänderte und zusätzliche Leistungen gemäß § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B

Dem Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B steht als Rechtsfolge der Anspruch des Auftragnehmers auf eine neue Preisvereinbarung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B oder auf besondere Vergütung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B gegenüber. Diese neuen Preise werden jedoch nicht anhand einer völlig neuen Preisermittlung festgelegt, sondern sind – neben den Mehr- und Minderkosten für die geänderte Leistung und den besonderen Kosten für die geforderte (zusätzliche) Leistung – unter Beachtung der Preisermittlungsgrundlagen für die bisherige Leistung zu berechnen.

Maßgebend bleibt daher das vereinbarte Preisniveau des Hauptvertrages („Urkalkulation“), an welches der Auftragnehmer grundsätzlich gebunden bleibt.³⁴ Die durch die Leistungsänderung verursachten Mehr- und/oder Minderkosten sind der Höhe nach „vorkalkulatorisch“, d. h. unter Beachtung und Fortschreibung der

³¹ Gleichlautend: Kapellmann/Schiffers (2006), Kap. 7, Rdn. 603

³² Vgl. Weick, in: Nicklisch/Weick (2001), VOB/B § 2 Vergütung, Rdn. 44

³³ Vgl. Kapellmann, in: Kapellmann/Messerschmidt (2007), VOB/B § 2, Rdn. 164

³⁴ Vgl. Jansen, in: Ganten/Jagenburg/Motzke (2008), VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 48; Kuffer, in: Heiermann/Riedl/Rusam (2008), B § 2, Rdn. 166, S. 769

Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrages, zu ermitteln. Eine nachträgliche Berechnung anhand von IST-Kosten scheidet nach herrschender Meinung grundsätzlich aus.

Nach *Roquette/Paul* ist ein Abweichen von der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage zulässig bzw. in Betracht zu ziehen, wenn der Ausführungszeitraum für die Nachtragsleistung zeitlich hinter dem für die Vertragsleistung ursprünglich geplanten Ausführungszeitraum liegt und dadurch dem Auftragnehmer höhere Lohn- und Materialkosten entstehen.³⁵ Über diesen Ansatz hinaus gehen *Kapellmann/Schiffers* und beschreiben drei Voraussetzungen bzw. Bedingungen, unter denen der Auftragnehmer bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen höhere Kosten berücksichtigen darf:³⁶

- a) Wenn die modifizierten Bauinhalte zu einem späteren Zeitpunkt, als für die Vertragsleistung ursprünglich vorgesehen, erstellt werden müssen und durch die zeitliche Verschiebung höhere Lohn- und/oder Materialkosten anfallen;
- b) Wenn die modifizierten Bauinhalte größere Mengen als die Vertragsleistungen erfordern; und zwischenzeitlich die Materialkosten gestiegen sind, darf der Auftragnehmer bezogen auf die Zusatzmenge höhere Kosten berücksichtigen;
- c) Wenn die modifizierten Bauinhalte andere Verfahrenstechniken als die Vertragsleistungen erfordern und zwischenzeitlich die Kosten für diese Verfahrenstechnik gestiegen sind.

Der Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers wird für die vorgenannten Fällen damit begründet, dass der Auftraggeber durch die Anordnung einer „Bauinhaltsmodifikation“ dem Auftragnehmer Mehrkosten aufbürdet, die in der Angebotsphase für den Auftragnehmer nicht erkennbar waren und die somit auch nicht in der Kalkulation berücksichtigt werden konnten. Maßgeblicher Zeitpunkt für die (Neu-)Berechnung des Preises ist der Beginn der Ausführung der veränderten bzw. zusätzlichen Leistung, und nicht der Zeitpunkt der Anordnung durch den Auftraggeber.³⁷ Für die Prüfung, ob gegebenenfalls Lohn- und Materialpreiserhöhungen geltend gemacht werden können, ist somit das Preisniveau zum Zeitpunkt der Ausführung mit dem Vertragspreisniveau zu vergleichen.

Das hat zur Folge, dass somit das Risiko etwaiger weiterer, zwischen dem Zeitpunkt der Anordnung durch den Auftraggeber und der Ausführung durch den Auftragnehmer auftretender Kostensteigerungen, auch zu Lasten des Auftraggebers geht.³⁸ Die Begründung dafür ist darin zu sehen, dass Leistungsänderungen – anders als reine Mengenänderungen – aus einer der Verantwortungssphäre des Auftraggebers entstammenden Handlung herrühren. Bei einer Änderung des Bauentwurfs oder einer anderen Anordnung hat daher auch der Auftraggeber das Risiko im Hinblick auf die Vergütung zu tragen.

Keldungs trifft in dieser Sache keine abschließende Entscheidung und sieht einmal den Zeitpunkt der Ausführung und ein anderes Mal den Zeitpunkt der Änderungsanordnung der veränderten bzw. nicht vorgesehenen Leistung als für die Preisneuberechnung maßgeblich an.³⁹ Nach *Kandel* ist für die Ermittlung des neuen Preises für die geänderte Leistung ausschließlich das Preisniveau zum Zeitpunkt der Änderungs-

³⁵ Vgl. *Roquette/Paul* (2003), S. 1097

³⁶ Vgl. *Kapellmann/Schiffers* (2006), Kap. 12, Rdn. 1034; gleichlautend: *Kapellmann*, in: *Kapellmann/Messerschmidt* (2007), VOB/B § 2, Rdn. 215

³⁷ Vgl. *Jansen*, in: *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008), VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 57; *Kuffer*, in: *Heiermann/Riedl/Rusam* (2008), B § 2, Rdn. 165, S. 769

³⁸ Vgl. *Kuffer*, in: *Heiermann/Riedl/Rusam* (2008), B § 2, Rdn. 165, S. 769

³⁹ Vgl. *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion* (2010), VOB/B § 2 Abs. 5 VOB/B, Rdn. 32, S. 1054 bzw. Rdn. 43, S. 1056

anordnung zugrunde zu legen. Dem anderen Ansatz stünde entgegen, dass § 2 Abs. 5 VOB/B die Vereinbarung eines neuen Preises vor der Ausführung als Zielsetzung vorgibt.⁴⁰

Nach Ansicht der Verfasser ist der Zeitpunkt der Ausführung der Nachtragsleistung maßgebend für die Neuberechnung der Preise. Dies gilt natürlich nur für den Fall, dass die Vertragsparteien nicht bereits vor der Ausführung einen neuen Preis vereinbart haben. Eine Preisvereinbarung vor der Ausführung stellt in der Baustellenrealität jedoch eher die Ausnahme dar. Nach einem Bericht des Bundesrechnungshofes, wird lediglich bei einem einstelligen Prozentwert aller Nachträge eine Nachtragsvereinbarung vor der Ausführung getroffen. Der überwiegende Anteil der Nachträge wird erst im Nachhinein vom Auftragnehmer „kalkuliert“ und dann dem Auftraggeber vorgelegt. Von *Wanninger* wurde hierfür der Begriff des ex-post-Nachtrags („im Nachhinein“) eingeführt.⁴¹

Für den Regelfall nach VOB/B, also eine Preisvereinbarung vor Ausführung der Nachtragsleistung, ist selbstverständlich das zum Zeitpunkt der Änderungsanordnung vorherrschende Preisniveau maßgeblich.

Aus Sicht des Auftraggebers ist bei einer Preisvereinbarung stets die Vollständigkeit dieser Preisvereinbarung zu Lasten des Auftragnehmers zu vermuten. Nach dieser Vollständigkeitsvermutung, die der Auftragnehmer nur schwer widerlegen kann, muss der Auftraggeber davon ausgehen dürfen, dass vom Auftragnehmer nachträglich keine weiteren bzw. höheren Kosten für die geänderte bzw. zusätzliche Leistung geltend gemacht werden („Kein Nachtrag zum Nachtrag.“). Inwieweit diese Vollständigkeitsvermutung auch für die (bau-)zeitbezogenen Preis bzw. Kostenbestandteile gilt, sei es mit oder ohne angekündigtem Vorbehalt durch den Auftragnehmer, wird kontrovers diskutiert.⁴²

4 Berechnung der Vergütungshöhe zur Berücksichtigung von Preissteigerungen bei Nachtragsleistungen („Anspruch der Höhe nach“)

Der Berücksichtigung bzw. Geltendmachung von gestiegenen Lohn- und Materialkosten bei geänderten oder vertraglich nicht vereinbarten Leistungen – umgangssprachlich Nachtragsleistungen – sollte aus Unternehmersicht mehr Beachtung geschenkt werden. Die Erfolgsaussichten für die Durchsetzung dieser Ansprüche hängen jedoch im hohen Maße von der angewandten Methodik ab. Der zuweilen anzutreffenden Methode, eine bestimmte pauschale Preiserhöhung gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen, wurde jedoch 2009 durch höchstrichterliche Rechtsprechung eine deutliche Absage erteilt. Mit Urteil vom 20.08.2009 – VII ZR 205/07 hat der BGH entschieden, dass der Auftragnehmer seine Mehrvergütungsforderung grundsätzlich in der Weise berechnen muss, dass konkret der sich aus einer Änderung des Bauentwurfs bzw. einer anderen Anordnung des Auftraggebers ergebende neue Preis, unter Berücksichtigung der adäquat-kausal folgenden Mehr- und Minderkosten, dargelegt wird.

Der Auftragnehmer muss daher stets eine Vergleichsrechnung auf der Grundlage der für den Hauptauftrag maßgebenden, allgemein anerkannten Kalkulationsmethoden anstellen.⁴³ Für diese Vergleichsrechnung ist der ursprüngliche Preis in die Preisbestandteile gemäß Urkalkulation aufzuschlüsseln. Denjenigen Preis-

⁴⁰ Vgl. Kandel, in Jansen/Preussner (2009), BeckOK VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 75

⁴¹ Diese Darstellung basiert auf einer statistischen Auswertung des Bundesrechnungshofes von Baumaßnahmen an Bundesfernstraßen aus dem Jahre 2002. Vgl. z. B. Wanninger (2003), S. 80 ff.; Wanninger (2009), S. 333 ff.

⁴² Vgl. z. B. Kues/Steffen (2010), Seite 17 f.; Roquette/Schweiger (2008), Seite 734 ff.

⁴³ Vgl. Keldungs, in: Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 5, Rdn. 33 f.

bestandteilen, bei denen sich im Zuge einer etwaigen Anordnung des Auftraggebers Änderungen bezüglich der Kalkulationsgrundlage ergeben haben, sind die geänderten bzw. gestiegenen oder gesunkenen, neuen Preise gegenüberzustellen. Dadurch kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber einerseits die Elemente des ursprünglichen Preises und andererseits die geänderten Elemente des neuen Preises prüf- und nachvollziehbar darlegen.

Bis zur Berechnung des Mehrvergütungsanspruches und bis zur Durchführung der erforderlichen Vergleichsrechnung sind jedoch die zwei folgenden substantiellen Fragen zu beantworten:

1. Frage: Wie genau können die Vergütungsansprüche berechnet werden?

In einer der aktuellen und bereits viel zitierten Entscheidungen zur verzögerten Vergabe hat der BGH bezüglich der Berechnung des Mehrkostenerstattungsanspruchs festgestellt:⁴⁴

„Soweit die durch ein Vergabenaachprüfungsverfahren verursachte Verzögerung zu einer Änderung der Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung führt, ist dies einer nach Vertragsschluss durch den Auftraggeber veranlassten Änderung vergleichbar.“

Auf diese und die anderen aktuellen BGH-Entscheidungen soll weder im Einzelnen eingegangen (siehe hierzu den Beitrag von *Gulich/Mund*), noch soll die im Beitrag behandelte Problematik auf solche Preissteigerungen, die infolge einer verzögerten Zuschlagserteilung bei einer öffentlichen Vergabe entstanden sind, ausgeweitet werden. Dennoch lassen sich hinsichtlich der Berechnung des Mehrvergütungsanspruches unter Zugrundelegung des obengenannten Zitats die Leitsätze dieser Urteile durchaus auf die hier behandelten Fälle der Geltendmachung von Preissteigerungen übertragen.

Leinemann versteht die vom BGH verwendete Formulierung „vergleichbar“ derart, dass „eine im Vergabeverfahren eingetretene Änderung der Preisgrundlagen [...] nicht anders behandelt werden [kann], als solche Änderungen, die nach Vertragsschluss auf Veranlassung des Auftraggebers vorgenommen werden.“⁴⁵

Demnach müsste die preisliche Anpassung durch eine kalkulative Fortschreibung der Materialpreise erfolgen. Bei der Preisanpassung aufgrund einer Vergabeverzögerung ändert sich allerdings nicht die Leistung selbst, sondern lediglich der Beschaffungspreis der Leistung infolge gestiegener Lohn- und/oder Materialpreise.

Die Frage nach dem „Wie“ kann somit eindeutig mittels Verweis auf die Regelung des § 2 VOB/B beantwortet werden. Zweierlei Aspekte bezüglich der Anwendung des § 2 VOB/B sollen an dieser Stelle nochmals hervorgehoben werden:

- Der Preisanpassungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B resultiert zwar aus einer Änderung der Leistung, die Anpassung der Vergütung begründet sich aber allein aus der Veränderung der Preisgrundlage heraus. Eine Preisanpassung findet nur dann statt, wenn sich die Preisermittlungsgrundlage auch tatsächlich verändert hat.

⁴⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2009 - VII ZR 11/08

⁴⁵ Vgl. *Leinemann* (2009), S. 1035

- Die Höhe des neuen Preises, soweit es sich um Vergütungsansprüche aus § 2 Abs. 3 Nr. 2, § 2 Abs. 5 oder § 2 Abs. 6 VOB/B handelt, ist nicht von der jeweiligen Anspruchsgrundlage abhängig, da in allen Fällen der Vergütungsanspruch kalkulatorisch anhand der Preisermittlungsgrundlage berechnet wird.

2. Frage: Wie kann der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber die gestiegenen Lohn- und Materialpreise nachweisen?

Nachweispflichtig ist stets der Anspruchssteller – in den meisten Fällen also der Auftragnehmer. Der Auftragnehmer möchte seinen Mehrvergütungsanspruch gegenüber dem Auftraggeber durchsetzen. Er ist deshalb verpflichtet, prüffähig und nachvollziehbar darzulegen, dass eine behauptete Preissteigerung auch tatsächlich eingetreten ist.

Der Nachweis der gestiegenen Lohnkosten kann hierbei von der Fragestellung weitestgehend ausgeklammert werden, da eine Preissteigerung im Bereich der Lohnkosten auf Grundlage der jeweils gültigen Tarifvereinbarungen sowohl in der Höhe als auch zeitlich eindeutig belegt werden kann. Dieser Nachweis ist zwischen den Vertragsparteien i. d. R. unstrittig.

Problembehafteter ist dagegen der Nachweis der Preissteigerung bei Material- und Stoffkosten. Hier bieten sich prinzipiell drei verschiedene Ansätze an, deren Eignung und Anwendbarkeit nachfolgend betrachtet werden soll.

Die erste Möglichkeit – aus Sichtweise eines Auftragnehmers der naheliegendste Schritt – wäre einen Vergleich der kalkulierten Kosten mit dem tatsächlich entstandenen Aufwand vorzunehmen. Diese Vorgehensweise ist allerdings erst nach der Ausführung der Leistung möglich.

Eine zweite Möglichkeit wäre der Rückgriff auf den vom Statistischen Bundesamt geführten Baukostenindex bzw. die Verwendung der amtlichen Baupreisindizes.

Als dritte Nachweisvariante bietet sich die Vorlage des jeweiligen Lieferanten- bzw. Nachunternehmerangebots an.

4.1 Nachweis des Preisanstiegs auf Basis von IST-Kosten / tatsächlichen Kosten

In Einzelfällen wurde von der Rechtsprechung entschieden, dass Preisänderungen durch den Nachweis der tatsächlichen Einkaufskonditionen und Gehaltsabrechnungen zu belegen sind. Der Nachweis auf Grundlage tatsächlicher Kosten ist jedoch problematisch, da der mit dem Lieferanten oder Nachunternehmer geschlossene Vertrag vorgelegt werden muss. Dieser ist jedoch oftmals nicht vorhanden oder entspricht vielfach nicht der zum Vertragsschluss maßgeblichen Preisermittlung. Zudem besteht aus Sicht des Auftraggebers häufig die Befürchtung, dass der Auftragnehmer diese Angebote bzw. Verträge im Nachhinein zu seinen Gunsten manipuliert hat.

Wie bereits erwähnt kann der tatsächliche Aufwand i. d. R. erst nach der Ausführung der betreffenden Nachtragsleistung bestimmt werden. Nach dem Leitbild des § 2 VOB/B sollte die Preisvereinbarung für

Nachtragsleistung jedoch vor der Ausführung erfolgen. Nach Ansicht von *Wanninger* hat sich die Baustellen-Realität – wie exemplarisch gezeigt wird – von diesem Leitbild bereits relativ weit entfernt.⁴⁶

Das OLG Oldenburg erteilt der Berechnung der Preisanpassung auf Grundlage der tatsächlichen Kosten mit Urteil vom 10.10.2008 – 12 U 76/08 eine Absage. In der Urteilsbegründung heißt es:

„Maßgebend für die Mehrkostenermittlung ist, wie der Kalkulator die Preise kalkuliert hätte, wenn ihm die Leistungsänderung von Anfang an bekannt gewesen wäre. Der kalkulatorische Ansatz ist deshalb für alle Mehrkosten fortzuschreiben. [...] Ob die Klägerin die vorgelegten Rechnungen ihrer Lieferanten bezahlt hat, ist für den geltend gemachten Anspruch unerheblich.“

Das Gericht fordert durch die Fortschreibung des kalkulatorischen Ansatzes einen eindeutigen Bezug zum vertraglichen Preisniveau. Die Forderung des Gerichts, der Auftragnehmer habe so zu kalkulieren, als wenn die Leistungsänderung von Anfang an bekannt gewesen wäre, bedeutet, dass der Auftragnehmer die Mehrkosten vorkalkulatorisch ermitteln muss. *Wanninger* bezeichnet eine solche Kalkulation als „Kalkulation im Vorhinein“ oder als „ex-ante-Kalkulation“:⁴⁷

„Kalkulation „ex ante“ bedeutet, bei der Kalkulation auch tatsächlich nur die Informationen heranzuziehen, die (fiktiv) zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegen – zuzüglich der Informationen über die geänderte oder zusätzliche Leistung, die jetzt bepreist werden soll.“

Der Auftragnehmer hatte im zugrundeliegenden Fall versucht, die eingetretene Materialpreissteigerung anhand des ihm tatsächlich entstandenen Aufwands – hier in Form von Lieferantenrechnungen – darzulegen. Unklar bleibt dennoch, wie bei der ex-ante-Kalkulation mit der Kenntnis über die eingetretene Lohn- und/oder Materialpreissteigerung hätte umgegangen werden sollen.

4.2 Nachweis des Preisanstiegs anhand von statistischen Indizes

Als zweite Möglichkeit zum Nachweis von gestiegenen Materialpreisen bietet sich der Rückgriff auf die vom Statistischen Bundesamt geführten Preisindizes an.

Leinemann sieht nur dann eine vertragliche Grundlage für die Anwendung von statistischen Indizes gegeben, wenn im ausgeschriebenen und vereinbarten Bauvertrag Gleitklauseln vorgesehen sind. Unter Verweis auf ein Urteil des Landgerichts Hannover zieht er die Schlussfolgerung, dass die Anwendung von Indizes des Statistischen Bundesamtes für die Bemessung des Mehrvergütungsanspruchs des Auftragnehmers nach § 2 Abs. 5 VOB/B grundsätzlich nicht in Betracht kommen könne.⁴⁸

In dem besagten Urteil hat das Landgericht Hannover (Urteil vom 20.02.2008 – 11 O 397/05) eine Entscheidung darüber getroffen, ob ein Auftragnehmer einen Mehrkostenerstattungsanspruch aus verzögerter Zuschlagserteilung hat und inwieweit zur Berechnung dieses Anspruches auf die Verwendung von statistischen Preisindizes zurückgegriffen werden kann.

⁴⁶ Vgl. *Wanninger* (2009), S. 334

⁴⁷ Vgl. *Wanninger* (2009), S. 337

⁴⁸ Vgl. *Leinemann* (2009), S. 1037

Im zweiten Leitsatz zur Urteilsbegründung heißt es hierzu:

„Es ist unzutreffend, die Kosten der verzögerten Vergabe anhand eines abstrakten Erzeugerpreisindex zu ermitteln. Maßgeblich sind vielmehr die konkreten Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers.“

Ein grundlegender Kritikpunkt für die Verwendung des Index-Ansatzes ist, dass dem Erzeugerpreisindex des Statistischen Bundesamtes für den Fall, dass keine Gleitklauseln vereinbart wurden, per se jeglicher Vertragsbezug fehle. Deswegen sei die Verwendung eines statistischen Index zur Vergütungsberechnung ungeeignet. Darüber hinaus weise der Index lediglich einen bundesweit ermittelten Durchschnittspreis aus, was auf den Einzelfall bezogen zu einer falschen Darstellung führe, da es bei zahlreichen Baustoffen starke regionale Preisunterschiede gebe, die im statistischen Mittelwert untergehen.⁴⁹

Dieser Sichtweise widersprechen die Verfasser insofern, als dass es nicht auf den absoluten (regionalen) Preis, sondern auf den relativen Preisanstieg eines Baustoffes ankommt. Dennoch kann nicht in allen Fällen ausgeschlossen werden, dass es regionale Unterschiede in der Preisentwicklung eines Baustoffes gegenüber dem bundesweiten Index geben kann, d. h. der regionale Preistrend schwächer oder stärker ausfällt als der bundesweite Trend. Im Einzelfall hätte dies der Auftragnehmer bei seinem konkreten Preissteigerungsnachweis zu berücksichtigen und müsste für den Auftraggeber nachvollziehbare Zu- oder Abschlägen auf die Preisindizes vornehmen. Die Wahrscheinlichkeit, dass regional ein gegenläufiger Trend vorherrscht, wird als sehr gering angesehen.

Der aus dem Preisindex abzulesende prozentuale Preisanstieg wird auf den ursprünglich kalkulierten Baustoffpreis aufgeschlagen. Der ursprüngliche Kalkulationsansatz wird dann um den ermittelten Preisanstieg fortgeschrieben. Dadurch wird sichergestellt, dass sich der neue Preis in Relation zu den gestiegenen Materialpreisen auf dem ursprünglichen vertraglichen Preisniveau befindet.

4.3 Nachweis des Preisanstiegs anhand von Lieferanten- bzw. Nachunternehmerangeboten

Die dritte Möglichkeit zum Nachweis des Preisanstiegs basiert auf einem Nachweis anhand von Lieferanten- bzw. Nachunternehmerangeboten. Der wesentliche Unterschied zum Nachweis auf Basis des entstandenen Aufwands (siehe Kapitel 4.1) beruht auf dem Zeitpunkt der Nachweisführung: beim Nachweis auf Basis von Angeboten erfolgt sie i. d. R. vor der Ausführung der Nachtragsleistung.

Das Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB – Ausgabe 2008) enthält einen gesonderten Leitfaden zum Umgang mit der Vergütungssituation bei Nachtragsleistungen („Leitfaden zur Vergütung bei Nachträgen“). Im Kapitel 4 „Beurteilung der Preisbestandteile“ dieses Leitfadens wird insbesondere auf die Möglichkeiten der Preisanpassung im Zuge gestiegener Stoffkosten bei Nachtragsleistungen eingegangen. Hierzu heißt es:⁵⁰

„Für Stoffe ist der Einstandspreis aus der Preisermittlung des beauftragten Angebotes anzusetzen. Ein anderer Einstandspreis darf nur anerkannt werden, wenn wegen der Änderung des Bedarfs an Stoffen andere Voraussetzungen für die Beschaffung vorliegen (z. B. andere

⁴⁹ Vgl. Leinemann (2009), S. 1037

⁵⁰ Vgl. VHB (2008), 510 Leitfaden zur Vergütung bei Nachträgen, Kap. 4.2, S. 10

Bezugsquellen). Dieses ist in geeigneter Weise (z. B. durch Listenpreise, unter Berücksichtigung gewährter Rabatte, vom Auftragnehmer vorzulegende Rechnungen oder durch Mittelpreise aus Angeboten einschlägiger Lieferanten) nachzuweisen.“

Von der öffentlichen Hand werden somit zwei Möglichkeiten zum Nachweis gestiegener Stoffkosten als möglich angesehene: einerseits der Nachweis auf Basis des entstandenen Aufwands, hier durch das Vorlegen von Rechnungen durch den Auftragnehmer und andererseits die Möglichkeit des Nachweises auf Basis von Lieferanten- bzw. Nachunternehmerangeboten, hier durch das Vorlegen solcher Angebote oder durch Rückgriff auf Preislisten.

Wesentlicher Ansatz bleibt auch hier, dass die Nachweisführung lediglich dazu dient, einen relativen Preisanstieg für den Auftraggeber prüfbar und nachvollziehbar darzulegen. Einzig ein aktuelles Lieferantenangebot vorzulegen, kann in keinem Fall ausreichend sein, einen Mehrvergütungsanspruch zu begründen. Es muss immer der Bezug zur Urkalkulation in Form der erforderlichen Vergleichsrechnung vorhanden sein, da die eigentliche preisliche Anpassung durch eine kalkulative Fortschreibung der Materialpreise erfolgen muss. Im Idealfall ist der Auftragnehmer noch im Besitz des ursprünglichen Lieferantenangebots, welches in die Angebotskalkulation eingegangen ist, und er kann das alte gleichzeitig mit dem aktuellen Lieferantenangebot vorlegen. Schwieriger wird der Nachweis für den Auftragnehmer in solchen Fällen, in denen die Preissteigerung eine Leistung betrifft, die ursprünglich als Eigenleistung kalkuliert und nach Auftragsvergabe an einen Nachunternehmer weitergegeben wurde. In diesem Fall müsste das Nachunternehmerangebot in Lohn- und Materialkosten aufgegliedert sein.

Ähnlich gelagerte Probleme stellen sich beim Nachweis über den tatsächlichen Aufwand ebenfalls dar. Erkennbar ist, dass beide Varianten nicht trennscharf voneinander abgegrenzt werden können.

Leinemann stimmt einer Preisanpassung bzw. dem Nachweis auf Grundlage von Lieferanten- oder Nachunternehmerangeboten zu und bescheinigt indirekt, dass diese Methode mit der Forderung der Rechtsprechung nach einer Fortschreibung auf Basis der Kalkulationsgrundlage vereinbar ist:⁵¹

„Die Preisanpassung folgt stets der Kalkulationsmethode: alter wie neuer Preis basieren auf einem Lieferantenangebot. Nur wenn zwar ein Preisanstieg feststeht, aber die Höhe nicht zuverlässig ermittelt werden kann, bietet sich der Rückgriff auf einen Vergleichsindex an.“

⁵¹ Vgl. *Leinemann* (2009), S. 1038

5 Zusammenfassung

Auftragnehmer gehen häufig davon aus, dass bei Nachtragsleistungen „innerhalb“ der vertraglichen Bauzeit keine Preissteigerungen bei Lohn- und/oder Stoffkosten an- bzw. durchgesetzt werden können. Dies ist jedoch nicht generell zutreffend, wie in dem vorliegenden Beitrag gezeigt wurde. Nach Ansicht der Verfasser bestehen unter den folgenden Umständen begründete Ansprüche auf Berücksichtigung von etwaigen Preissteigerungen:

- bei Überschreitung des Mengenvordersatzes über 10 % hinaus,
- wenn die Nachtragsleistung zu einem späteren Zeitpunkt, als für die Vertragsleistung ursprünglich vorgesehen, ausgeführt werden,
- wenn die Nachtragsleistung größere Mengen als die Vertragsleistung erfordert; und zwischenzeitlich die Materialkosten gestiegen sind (bezogen auf die Zusatzmenge)
- wenn die Nachtragsleistung andere Verfahrenstechniken als die Vertragsleistung erfordert und zwischenzeitlich die Kosten für diese Verfahrenstechnik gestiegen sind.

Der Auftragnehmer hat somit einen Anspruch auf Berücksichtigung der eingetretenen Lohn- bzw. Materialpreissteigerungen, wenn die oben genannten Voraussetzungen für die Erbringung von Mehrmengen (§ 2 Abs. 3 VOB/B), geänderten (§ 2 Abs. 5 VOB/B) oder nicht vorgesehenen Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B) vorliegen. Unstreitig ist auch, dass der Auftragnehmer seinen Mehrvergütungsanspruch grundsätzlich auf Basis der vertraglichen Preisermittlungsgrundlage zu ermitteln hat, damit das Vertragspreisniveau auch auf die Nachtragsleistungen übertragen wird.

Der Auftragnehmer ist in gewissem Maße schutzbedürftig gegenüber dem weitreichenden auftraggeberseitigen Anordnungsrecht. Das Preisrisiko, welches für den Auftragnehmer bei Angebotsabgabe nicht erkennbar war und welches aufgrund auftraggeberseitiger Änderungen bzw. Anordnungen eintritt, darf nach der herrschenden Meinung nicht zu Lasten des Auftragnehmers gehen. Dieses Risiko muss der Auftraggeber tragen.

Es stellt sich jedoch die – nicht abschließend zu beantwortende – Frage, mit welcher Methode der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber nachvollziehbar darlegen kann, dass und in welcher Höhe sich ein solches Preisrisiko realisiert hat. In Bezug auf den Nachweis von Lohnsteigerungen können sich Auftragnehmer und Auftraggeber i. d. R. auf eine Fortschreibung der Lohnkosten auf Grundlage der Tarifvereinbarungen verständigen. Schwieriger sieht es beim Nachweis der Preissteigerung für Material- bzw. Stoffkosten aus.

Wie gezeigt, stehen hierfür im Wesentlichen drei verschiedene Ansatzmöglichkeiten zur Auswahl: der Nachweis auf Basis des tatsächlichen Aufwands, der Nachweis auf Basis von statistischen Indizes und der Nachweis auf Basis von Nachunternehmerangeboten. Keiner der drei Ansätze wurde von der Rechtsprechung abschließend für geeignet erklärt. Im Gegenteil, wurde doch der Nachweis auf Basis des entstandenen Aufwands sowie die Index-Lösung in Einzelfällen als unzulässig angesehen.

Grundsätzlich fordert die höchstrichterliche Rechtsprechung in allen Fällen, dass die Fortschreibung der vertraglichen Preise auf der Grundlage der ursprünglichen Kalkulation zu erfolgen hat. Diesem Ansatz ist zuzustimmen. Dennoch muss einem Auftragnehmer eine Möglichkeit bzw. ein Instrument zugestanden

werden, mit dem er objektiv und nachvollziehbar gegenüber dem Auftraggeber nachweisen kann, dass es zu Preissteigerungen gekommen ist, die nicht von seinem Preisrisiko umfasst sind.

Nach Auffassung der Verfasser stellt der Nachweis von Preissteigerungen über einen statistischen Preisindex, insbesondere bei Stoff- bzw. Materialkosten eine praktikable Lösung dar. Mit der Index-Lösung kann nachgewiesen werden, dass überhaupt eine Preissteigerung am Markt eingetreten ist. Für den Fall, dass für das entsprechende Material ein Preisindex geführt wird, bietet dieser für die Vertragsparteien ein hohes Maß an Objektivität. Die Anpassung an regionale Preisunterschiede sollte hierbei über Marktanpassungsfaktoren erfolgen, wie es z. B. bei Wertermittlungen im Immobilienbereich üblich ist.

Literaturverzeichnis

Drittler (2010)

Drittler, M.: Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag. Köln : Werner Verlag, 2010

Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen (2002)

Franke, H. ; Kemper, R. ; Zanner, C. ; Grünhagen, M.: VOB Kommentar - Bauvergaberecht, Bauvertragsrecht. 1. Auflage. Düsseldorf : Werner Verlag, 2002

Ganten/Jagenburg/Motzke (2008)

Ganten, H. ; Jagenburg, W. ; Motzke, G.: VOB Teil B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B : allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen. 2. Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2008

Heiermann/Riedl/Rusam (2008)

Heiermann, W. ; Riedl, R. ; Rusam, M.: Handkommentar zur VOB. 11., vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage. Wiesbaden : Vieweg+Teubner Verlag, 2008

Ingenstau/Korbion (2010)

Ingenstau, H. ; Korbion, H.: VOB, Teile A und B Kommentar. 17. Auflage hrsg. von Vygen/Kratzenberg. Köln : Werner Verlag, 2010

Jansen/Preussner (2009)

Jansen, G. ; Preussner, M. (Hrsg.): VOB Teil B. In: Beck'scher Online-Kommentar. München : Beck (2009), Stand: 01.09.2009

Kapellmann/Messerschmidt (2007)

Kapellmann, K. D. ; Messerschmidt, B.: VOB Teile A und B Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV). 2. Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2007

Kapellmann/Schiffers (2006)

Kapellmann, K. D.; Schiffers, K.-H.: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag : Bd. 1: Einheitspreisvertrag. 4. Auflage. Neuwied : Werner Verlag, 2006

Kniffka (2009)

Kniffka, R.: ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 26.05.2009

Kues/Steffen (2010)

Kues, J.-H. ; Steffen, M.: Nachtragsvereinbarungen dem Grund und der Höhe nach beim VOB/B-Vertrag - rechtliche Einordnung und praktische Bedeutung. In: baurecht (BauR). Köln : Werner Verlag (2010), Heft 1, S. 10-21

Leinemann (2009)

Leinemann, R.: Zu Inhalt und Umfang des Vergabeverfahrensrisikos. In: baurecht (BauR). Köln : Werner Verlag (2009), Heft 7, S. 1032-1040

Nicklisch/Weick (2001)

Nicklisch, F. ; Weick, G.: VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B. 3. Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2001

Roquette/Paul (2003)

Roquette, A. J. ; Paul, M.: Sonderprobleme bei Nachträgen. In: baurecht (BauR). Köln : Werner Verlag (2003), Heft 8, S. 1097-1104.

Roquette/Schweiger (2008)

Roquette, A. J. ; Schweiger, D.: Die Mär vom Vorbehalt. In: baurecht (BauR). Köln : Werner Verlag (2008), Heft 5, S. 734-740.

Thode (2004)

Thode, R.: Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag : Eine kritische Bestandaufnahme. In: ZfBR - Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht. Gütersloh : Bauverlag (2004), Heft 3, S. 214-225

Thode (2006)

Thode, R.: Die Infiltration des Rechts durch metajuristische Begriffe – Erläutert am Beispiel des “Bausolls”. In: ZfBR - Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht. Gütersloh : Bauverlag (2006), Heft 4, S. 309-311

Vygen/Joussen (2008)

Vygen, K. ; Joussen, E.: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB : Handbuch des privaten Baurechts. 4. Auflage. Köln : Werner Verlag, 2008

VHB (2008)

Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes : Ausgabe 2008, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (Hrsg.), 2008

Wanninger (2003)

Wanninger, R.: Behinderungen und Nachträge - neue Probleme in der neuen Realität. In: Wanninger (Hrsg.): Sonderfragen des gestörten Bauablaufs : Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2003. Schriftenreihe des IBB. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (2003), Heft 35, S. 67-98

Wanninger (2009)

Wanninger, R.: Der ex-post-Nachtrag - eine unüberwindliche mentale Hürde? In: Motzko, C. (Hrsg.): Festschrift anlässlich des 30-jährigen Bestehens des Instituts für Baubetrieb der TU Darmstadt : Baubetriebliche Aufgaben. Fortschritt-Berichte VDI Reihe 4 Bauingenieurwesen. Darmstadt : VDI Verlag GmbH (2009), Nr. 211, S. 333-342