

## Aufsätze

### Von der Suche nach der richtigen Methode zur Preisfortschreibung für Nachtragsleistungen bei VOB/B-Bauverträgen

Anmerkungen zu OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2020 – 11 U 153/18, BauR 2020, 1487 (in diesem Heft)

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Robert Kaufmann, München\* und Prof. Dr.-Ing. Stefan Rohr, Augsburg\*\*

#### I. Inhalt und Kontext der Entscheidung

Der 11. (Bau-) Senat des OLG Brandenburg hatte über einen klassischen Nachtragsrechtsstreit zu entscheiden. Es ging um Mehrvergütungsansprüche eines Unternehmers im Zusammenhang mit Baumfäll- und Rodungsarbeiten an der A10/A24 zwischen Pankow und Neuruppin. Dementsprechend lag dem Vertrag die vom beklagten öffentlichen Auftraggeber gestellte VOB/B zugrunde. Nach dem, seine Klage insoweit abweisenden Urteil des LG Neuruppin vom 14.06.2018<sup>1</sup> verfolgte der Unternehmer mit seiner Berufung zum OLG Brandenburg insbesondere die von ihm für das Fällen zusätzlicher Bäume, Baumhecken und Baumhaine und für die Entfernung von „Stubben und Strauchhecken“ als Nachträge abgerechnete Vergütung weiter. Dem Grunde nach waren diese Nachtragspositionen dabei zwischen den Parteien vorgerichtlich unstreitig. Der beklagte Auftraggeber rechtfertigte erstinstanzlich die von ihm dort vorgenommenen Kürzungen der Nachtragspreise im Wesentlichen damit, dass Grundlage der Einheitspreise für die Nachtragsleistungen die Preisermittlungsgrundlagen der ursprünglichen vertraglichen Leistung sei. Da sich nach den Feststellungen des Landgerichtes aus der Urkalkulation des Unternehmers ergeben hatte, dass er bei der Ermittlung

der Einheitspreise für die vertraglichen Rodungsarbeiten eine Rückvergütung für das gerodete und nach dem Vertrag in sein Eigentum übergegangene Holz be-

rücksichtigt hatte, zog der Auftraggeber die bei den Vertragspreisen kalkulierten Verwertungserlöse des Unternehmers bei der Ermittlung der Vergütung der Nachtragsleistungen ab. Das Landgericht Neuruppin schloss sich dieser Argumentation an. Maßgebend für die Bemessung veränderter Preise („Nachträge“) sei als Basis die Ermittlung der voraussichtlichen Kosten durch den Auftragnehmer in der für die Bildung des Vertragspreises zugrunde gelegten Angebotskalkulation. Dagegen wandte sich der Kläger mit seiner Berufung. In zweiter Instanz vor dem OLG Brandenburg stand



\* Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

\*\* Professor für Baubetriebslehre an der Hochschule Augsburg, Sachverständiger für Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau, Gesellschafter der prb Consult GmbH & Co. KG.

1 LG Neuruppin, Urt. v. 14.06.2018 – 31 O 40/16, IBR 2018, 674 mit Anm. Miernik.

nur noch die Berücksichtigung der Verwertungserlöse für das Holz bei der Preisermittlung für die Nachtragsleistungen im Streit.

Das OLG Brandenburg tastete die erstinstanzliche Entscheidung bis auf einen geringfügigen Teilbetrag von 1.438,96 € im Ergebnis nicht an. Es führt zur Begründung aus, dass auch wenn das Landgericht die Anspruchsgrundlage offengelassen habe, sich seine Erwägungen im Wesentlichen und im Ergebnis als zutreffend erweisen würden. Damit ließ es der Senat aber nicht bewenden. Er störte sich offenkundig daran, dass das Landgericht bei der Berechnung der klägerischen Vergütung von der Ursprungskalkulation ausgegangen war. Denn er wies im Urteil darauf hin, dass nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH,<sup>2</sup> die der 11. Senat teile, bei der Berechnung der Vergütung des Auftragnehmers die Ursprungskalkulation nicht mehr heranzuziehen sei. Er ersetzte deswegen die Begründung der landgerichtlichen Entscheidung; Statt der vom Landgericht herangezogenen Urkalkulation tritt der Senat „in Anlehnung“ an die von ihm zitierte Rechtsprechung des BGH in eine ergänzende Vertragsauslegung des von ihm für einschlägig erachteten § 2 Abs. 6 VOB/B ein. Dabei stellt der Senat zunächst zutreffend fest, dass in § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B eine Regelung zur Bestimmung des Preises dahingehend getroffen worden sei, dass diese sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung, also der Urkalkulation, richten solle. Dessen ungeachtet schließe diese Regelung aber weder eine anderweitige Vereinbarung der Parteien aus noch sei dadurch einer ergänzenden Vertragsauslegung der Boden entzogen. Offen sei nämlich insbesondere, was dort mit den „besonderen Kosten der geforderten Leistung“ gemeint sei und auf welcher Grundlage deren Berechnung erfolgen solle. Der Senat versteht diese Formulierung in § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B so, dass damit – wie bei allen anderen Leistungsänderungen auch – das Äquivalenzprinzip angesprochen sei. Entscheidend sei somit, ob bei Änderungen auf der Leistungsseite auch eine Anpassung des Vertrages auf der Vergütungsseite zu erfolgen habe, um das Äquivalenzprinzip zu wahren. Für diese Frage wiederum sei in Anlehnung an die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung maßgeblich, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als

redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten. Dabei unterstellt der Senat wie vor ihm der BGH, dass die Parteien in diesem Fall eine Regelung getroffen hätten, nach der keine Partei von der unerwarteten zusätzlichen Leistung zum Nachteil der anderen Partei profitiert. Der Senat zitiert den BGH und postuliert auch für die Fälle des § 2 Abs. 6 VOB/B, dass sowohl auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung zu vermeiden als auch auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung zu verhindern sei. Um dies zu gewährleisten, seien auch insoweit die tatsächlich erforderlichen Kosten bei der Berechnung der Nachtragsvergütung maßgeblich.

Neben den von ihm zitierten Urteilen des BGH vom 08.08. und 21.11.2019 verweist der Senat ergänzend auch auf die Rechtsprechung des 21. Senates des Kammergerichtes Berlin.<sup>3</sup> Demnach sei die Preiskalkulation des Unternehmers allenfalls ein Hilfsmittel bei der Ermittlung der Differenz zwischen den kalkulierten und den tatsächlichen Kosten. Sei die Preisermittlung zwischen den Parteien umstritten, komme es nicht darauf an, sondern auf diejenigen Kosten, die dem Unternehmer bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären bzw. aufgrund der Leistungsänderung tatsächlich entstehen. Seien – so das Kammergericht – die Kostenansätze zur Ermittlung der tatsächlichen Mehrkosten eines Unternehmers, die er unter Bezugnahme auf seine Kalkulation vortrage, unstrittig, so könnten diese sehr wohl zur Ermittlung der Mehrvergütung herangezogen werden. Dies sei allerdings nicht allein deswegen so, weil der Unternehmer so kalkuliert habe, sondern weil der Inhalt der Kalkulation unstrittig sei und er deshalb im Zweifel den allein maßgeblichen tatsächlichen Kosten entspreche.

Zu diesem Ergebnis gelangt schließlich auch das Oberlandesgericht Brandenburg. Es stellt in einer Art „Rolle rückwärts“ über den Umweg einer Auslegung des § 2 Abs. 6 VOB/B am Ende fest, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten den aus der Urkalkulation ermittelten Preisen entsprechen

2 BGH, Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, BauR 2019, 1766, bestätigt mit Urt. v. 21.11.2019 – VII ZR 10/19, BauR 2020, 634.

3 KG Berlin, Urt. v. 27.08.2019 – 21 U 160/18, BauR 2019, 1931; Urt. v. 10.07.2018 – 21 U 30/17, BauR 2018, 1738.

würden. Diese hätten insofern keine Änderungen erfahren, sondern würden vielmehr die Kostenwirklichkeit „am sichersten abbildeten“ (RN 18 a.E.). Zurecht habe die Beklagte daher „in Anlehnung an die Ursprungskalkulation den jeweiligen Abzug vorgenommen.“

Die vom 11. Senat des OLG Brandenburg ausführlich zitierte Entscheidung des BGH vom 08.08.2019 wurde in der Literatur weit überwiegend und insbesondere wegen seiner Orientierung an § 650c BGB begrüßt.<sup>4</sup> In der Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für ein gesetzlichen Bauvertragsrecht hieß es dazu seinerzeit (Zitat):

„Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen. Durch die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.“<sup>5</sup>

Es liegt nahe, diese redlichen rechtspolitischen Zielsetzungen des Gesetzgebers auch auf den Bereich der VOB/B zu übertragen. Zu deren Verwendung sind alle öffentlichen Auftraggeber nach § 8a Abs. 1 Satz 1 VOB/A jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte gesetzlich verpflichtet. Obwohl das Urteil des BGH vom 08.08.2019 an sich nur Mengenerhöhungen betrifft, die ohne Anordnungen des Auftraggebers anfallen, wurde in der Literatur daher vielfach spekuliert, dass diese Preisberechnungsmethode mit hoher Wahrscheinlichkeit auch auf die Konstellationen des § 2 Abs. 5, Abs. 6, Abs. 7, Abs. 8 VOB/B übertragen werden

würde.<sup>6</sup> Das Kammergericht und nach ihm nun auch das OLG Brandenburg sind diesen Schritt bereits gegangen.

## II. Rechtliche Rahmenbedingungen für Nachtragsleistungen und die Preisfindung dafür

Während es bis zum Urteil des BGH vom 08.08.2020 im Wesentlichen zwei Methoden zur Preisfindung bei Nachtragsleistungen gab, erklart nach der Entscheidung in der Literatur geradezu ein „Abgesang“ auf die bislang weit überwiegend praktizierte Methode der „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“.<sup>7</sup> Den Kritikern ist zuzugeben, dass diese Methode auf der Grundlage der Vertragspreiskalkulation nicht in der Lage ist, für jede denkbare Fallkonstellation ein rechnerisch präzises und den rechtlichen Anforderungen an dessen Billigkeit genügendes Ergebnis zu liefern.<sup>8</sup> Das gilt indes für jede Methode in gleichem Maße. Sollte sich die Rechtsprechung in der gegenwärtigen Situation auf eine der gängigen Methoden zur Preisfortschreibung unter Ausschluss von Alternativen tatsächlich festlegen wollen, so sollte nicht nur dies bedacht werden, sondern auch die rechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung fest im Blick behalten werden. Denn auch dann, wenn die Zielsetzung redlich ist, bleibt Rechtspolitik dem Gesetzgeber vorbehalten. Und auch die Auslegung von Verträgen kennt Grenzen: Sie liegen dort, wo das Gesetz und der Vertrag Auslegungsregeln zur Beachtung vorgeben; sie sind überschritten, wenn das Auslegungsergebnis im Widerspruch zum tatsächlichen Parteiwillen und zum sonstigen Vertragsinhalt steht. Die Auslegung muss den Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragstreue ebenso respektieren wie eine allzu freie Rechtsschöpfung vermeiden.<sup>9</sup>

4 v. Rintelen, NZBau 2019, 696; Franz, IBR 2019, 535 (536) und NJW 2020, 579; Althaus, BauR 2019, 1501; A.A. Kaufmann, ZfBR 2020, 3; Markus, NZBau 2020, 67.

5 BT-Drucks. 18/8486 v. 18.05.2016, S. 55.

6 Vgl. die Nachweise in Fn. 4; Kniffka, BauR 11/2019, Editorial; Thode, jurisPR-BGHZivilR 1/2020 Anm. 2.

7 Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

8 Das OLG Brandenburg zitiert Kniffka und Keldungs zum Beleg für die „zur Vermeidung von Ungerechtigkeiten und Ungereimtheiten zugelassenen oder in Erwägung gezogenen zahlreichen Ausnahmen“.

9 Vgl. statt Vieler: Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, Rdnr. 8 ff. zu § 157 BGB m.w.N.

## 1. Auslegung der VOB/B und deren Grenzen

Im Hinblick auf das Urteil des OLG Brandenburg vom 22.04.2020 ist zumindest zweifelhaft, ob diese Grundsätze uneingeschränkt beachtet wurden.

### a) Einigung der Parteien über die Methode der Preisbildung bei Nachträgen vorrangig

Nach § 529 Abs. 1 Ziffer 1. ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung zu Grunde zu legen, was das Gericht des ersten Rechtszuges an Tatsachen festgestellt hat, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.

Das Landgericht Neuruppin hatte im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils festgestellt, dass die streitgegenständlichen Nachträge dem Grunde nach zwischen den Parteien unstreitig waren. Es kam daher auch nicht auf die bekanntermaßen schier unmögliche Abgrenzung der verschiedenen Anspruchsgrundlagen des § 2 VOB/B an.<sup>10</sup> Denn wer wollte im vorliegenden Fall mit Sicherheit sagen, ob es sich bei den gegenständlichen zusätzlichen Rodungsarbeiten um die Änderung der vertraglich beschriebenen Rodungsarbeiten i.S.d. § 2 Abs. 5 (andere Büsche oder Bäume?), um zusätzliche Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 6 (zusätzliche Arbeitsgänge zur Erreichung des Ziels der beauftragten Rodungsmaßnahmen erforderlich?) oder um reine Mengenmehrungen i.S.d. § 2 Abs. 3 Nr. 2 handelte? Im vorliegenden Fall war diese, in vielen Einzelfällen nicht zuverlässig mögliche Unterscheidung aber auch gar nicht erforderlich: Denn der Auftraggeber hat die Nachträge dem Grunde nach anerkannt und die Preise dafür der Höhe nach anhand der Urkalkulation geprüft. Dabei hat er die dort vom Unternehmer in Ansatz gebrachten Verkaufserlöse des geschlagenen Holzes mit dem Ergebnis berücksichtigt, dass die vom Kläger fortgeschriebenen Einheitspreise für die Nachtragsleistungen dementsprechend ebenfalls zu reduzieren waren.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind die Gerichte daran gebunden, wenn die Parteien übereinstimmend davon ausgehen, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation

des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen habe.<sup>11</sup> Demnach ist es das primäre Recht der Parteien, sich über die Methoden der Preisfortschreibung im Nachtragsfall einig zu werden. Nur wenn und soweit sich die Parteien nicht einigen, wird die Frage nach der „richtigen“ Methode der Preisfortschreibung im Nachtragsfall überhaupt aufgeworfen. Ob eine solche Einigung vorliegt und wie weit sie reicht, ist daher – nach entsprechendem Parteivortrag dazu – als Vorfrage von den Gerichten zu prüfen.

Das OLG Brandenburg zitiert diese BGH-Rechtsprechung und stellt dazu fest, die Parteien hätten sich zwar über bestimmte Elemente zur Berechnung des neuen Einheitspreises auf Basis der „Ursprungskalkulation“ geeinigt. Ausgenommen davon sei aber die nach wie vor streitige Frage nach der Berücksichtigung der anzurechnenden Verkaufserlöse. Den Vortrag des Klägers, mit den Nachtragsleistungen seien gerade keine (oder nur geringere?) Verwertungserlöse verbunden gewesen, tat das OLG Brandenburg als „lediglich pauschal und ins Blaue hinein“ ab. Dieser Vortrag sei „lediglich abstrakter Natur“. Das überrascht. Denn gerade dann, wenn doch allein die „tatsächlichen Kosten“ maßgeblich sein sollen und die Preisfortschreibung gerade nicht mehr anhand einer abstrakten, von den tatsächlichen Kosten abgekoppelten „Ursprungskalkulation“ erfolgen soll, hätte sich der 11. Senat mit der vom Klägervortrag aufgeworfenen Frage näher befassen müssen, ob der mit den Nachtragsleistungen verbundene „Holzertrag“ tatsächlich der Höhe nach exakt denjenigen Erlösen entspricht, die der Kläger meinte, mit den Vertragsleistungen erzielen zu können. Nur letztere konnte der Unternehmer bei der Kalkulation seiner Angebotspreise berücksichtigen. Er tat dies, um im Preiswettbewerb eines förmlichen Vergabeverfahrens ein möglichst aussichtsreiches und zuschlagsfähiges Angebot abzugeben. Es versteht sich keinesfalls von selbst, dass bei der Rodung zusätzlicher Flächen oder zusätzlichen Bewuchses über die Vertragsleistungen hinaus tatsächlich exakt der gleiche Verkaufserlös erzielt werden kann, wie mit den ursprünglichen Vertragsleistungen. Nimmt

<sup>10</sup> Kaufmann, Jahrbuch Baurecht 2006, 35 (62 f.) m.w.N.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 14.03.2013 – VII ZR 142/12, BauR 2013, 943.

man bspw. an, bei den Vertragsleistungen handelte es sich überwiegend um die Rodung stattlicher Buchen und nur in geringem Umfang um nicht oder nur schwer zu verwertendes Buschwerk, während es sich bei den Nachtragsleistungen genau umgekehrt verhielte, erkennt man schnell, dass sich die Kosten des Unternehmers unter Berücksichtigung der jeweils zu erzielenden Verkaufserlöse durchaus nennenswert voneinander unterscheiden werden. Bevor also ein vom Kläger angebotener Zeugenbeweis dazu nicht erhoben wird, war ein Hinweis des Senates nach § 139 ZPO veranlasst, wonach es bei der Entscheidung nicht auf die Urkalkulation, sondern auf die gesetzliche Preisfortschreibungsmethodik anhand tatsächlicher Kosten ankommt, wozu der Kläger insbesondere zu den von ihm im Zusammenhang mit den Nachtragsleistungen tatsächlich erzielten Verkaufserlösen ergänzend vorzutragen habe, da diese wiederum bei der Ermittlung der Nachtragsvergütung anspruchsmindernd anzusetzen seien. Allgemeine, pauschale oder missverständliche Hinweise genügen dabei nach der Rechtsprechung des BGH nicht.<sup>12</sup>

Wie der 11. Senat des OLG Brandenburg dennoch zu dem Ergebnis kommen konnte, dass bei Nichtberücksichtigung der ursprünglich kalkulierten Rückvergütung der Kläger „über Maß profitieren [würde], ohne dass es dafür einen ersichtlichen Grund gibt“ ist nur schwer nachzuvollziehen. Offenbar kam es für die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung doch maßgeblich auf die „Ursprungskalkulation“ an!? Die Argumentation des OLG Brandenburg ist jedenfalls nicht konsistent.

#### **b) § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B, dessen Auslegung und das Verhältnis der VOB/B zu BVB**

Der 11. Senat des OLG Brandenburg rechtfertigt dieses Ergebnis mit einer Auslegung der VOB/B. Bei der Frage, welche Anspruchsgrundlage von dieser Auslegungsbedürftigkeit betroffen ist, fällt die Wahl des Senates auf § 2 Abs. 6 VOB/B. Auch dies ist keine Selbstverständlichkeit. Denn ungeachtet der generellen Schwierigkeiten bei der inhaltlichen Abgrenzung der Nachtragstatbestände des § 2 VOB/B waren sich die Parteien hier vor allem über den Anspruchsgrund in erster Instanz einig. Es bedurfte somit keiner Entscheidung darüber, denn nur die Höhe der Nachtragsvergütung war noch streitig. Wenn schon der Senat sich hier den

Erwägungen des BGH im Urteil vom 08.08.2019 anschließen will und dabei hervorhebt, dass es bei der Bestimmung des Preises keine Unterschiede zwischen den einzelnen Leistungsänderungen gebe, dann wäre es zumindest nicht fernliegend gewesen, direkt auch § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B als Anspruchsgrundlage zu wählen oder diese wie das Landgericht dahingestellt sein zu lassen.

Warum der Senat sich gerade auf § 2 Abs. 6 VOB/B „stürzt“, geht aus den Urteilsgründen nicht hervor. Folge davon ist jedenfalls, dass sich der Senat mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B auseinandersetzen muss. Denn dieser sieht nun einmal vor, dass sich die Vergütung für eine zusätzliche Leistung i.S.d. § 1 Abs. 4 VOB/B „nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung“ richten soll. Diesen Wortlaut muss man wohl so verstehen, als dass damit die Absicht des Verwenders der VOB/B zum Ausdruck gebracht wird, die Preisbildung für zusätzlich von ihm i.S.d. § 1 Abs. 4 VOB/B geforderte Leistungen an der Kalkulation der Vertragspreise zu orientieren. Nach der Natur der Sache stößt dies bei zusätzlichen Leistungen in der Praxis ohnehin oft an Grenzen. Denn für Leistungen außerhalb des Vertrages gibt es nun einmal keine Vertragspreiskalkulation. Gemeint ist daher, dass die Vertragskalkulation bei der Preisbildung für die zusätzlichen Leistungen insoweit heranzuziehen ist, als sie sinnvolle Ansätze dafür enthält<sup>13</sup> – etwa was den Kalkulationslohn und die Zuschläge für Geschäftskosten und Gewinn angeht. Praktisch von selbst versteht es sich hingegen, dass die besonderen Kosten der zusätzlichen Leistung als solcher bei der Preisbildung für den Nachtrag berücksichtigt werden müssen. Das fordert gerade das Äquivalenzprinzip. Es mag sein, dass es dabei im konkreten Einzelfall auf die dem Unternehmer tatsächlich entstehenden Kosten ankommt, sofern diese trennscharf ermittelt werden können. Im Übrigen muss es aber nach den Vorstellungen des Verwenders der VOB/B und nach deren eindeutigem Wortlaut dabei bleiben, dass soweit möglich die Kalkulationsgrundlagen der Vertragspreise der Preisfortschreibung zu Grunde zu legen sind.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 11.02.1999 – VII ZR 399/97, BauR 1999, 635.

<sup>13</sup> Keldungs, in: Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim, VOB-Kommentar, 21. Aufl., Rdnr. 28 ff. zu § 2 Abs. 6 VOB/B.

Das OLG Brandenburg hingegen sieht in der selbstverständlichen Berücksichtigung der besonderen Kosten der Zusatzleistung eine Art besondere „Öffnungsklausel“, die den Bezug zu den Kalkulationsgrundlagen der Vertragspreise insgesamt in Frage stellt. Ein solches Auslegungsverständnis widerspricht nicht nur dem Wortlaut des § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B, sondern verletzt – die vom Senat angenommen Unklarheit des Begriffs der „besonderen Kosten der geforderten Leistung“ hier zu Argumentationszwecken unterstellt – auch die Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB. Dazu sogleich näher unter Buchst. d).

Auslegungsregeln werden vom OLG Brandenburg überdies verletzt, soweit sich der Senat mit Ziffer 10.3 der vertraglichen Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) befasst. Dort hatte der beklagte Auftraggeber vorgesehen, dass der Auftragnehmer im Falle einer zusätzlichen Leistung i.S.d. § 2 Abs. 6 VOB/B zusammen mit dem Nachtragsangebot eine Kalkulation zu den angebotenen Nachtragspreisen einzureichen habe. Auch diese Regelung dient nach ihrem Wortlaut ersichtlich der Prüfung der angebotenen Nachtragspreise auf Einhaltung der Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung. Das OLG Brandenburg hingegen argumentiert entgegengesetzt und unterliegt dabei einem klassischen Zirkelschluss: Es unterstellt, der Begriff „besondere Kosten der geforderten Leistung“ sei unklar und (als AGB!) folglich auszulegen. Die Auslegung in Anlehnung an die zitierte Rechtsprechung des BGH ergebe dann, dass die Urkalkulation nicht maßgeblich sei. Folglich könne auch Ziff. 10.3 der BVB nur so verstanden werden, dass sich die Kalkulation, die mit dem Nachtragsangebot vorzulegen sei, nur an tatsächlichen Kosten und nicht an der Urkalkulation zu orientieren habe.

Abgesehen davon, dass sich eine Kalkulation stets an tatsächlichen Kosten orientieren sollte – vgl. dazu näher unten III. – verletzt das OLG Brandenburg bei dieser Argumentation die Auslegungsregel des § 1 Abs. 2 VOB/B. Dort ist der allgemeine Auslegungsgrundsatz in der VOB/B verankert, wonach stets die speziellere Bestimmung vor allgemeinen Regelungen gelten soll. Die in § 1 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B genannten BVB gehen somit der allgemeineren VOB/B vor. Da-

mit verbietet sich aber gerade ein Rückschluss von der allgemeinen Klausel in § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B auf den Inhalt der BVB und der dortigen Ziffer 10.3. Allenfalls umgekehrt könnte argumentiert werden. Bei richtigem Verständnis zeigt Ziffer 10.3 der BVB daher, dass zu den vom Auftraggeber nachträglich verlangten zusätzlichen Leistungen der Preis auf Grundlage der Vertragskalkulation zu bilden ist und der Unternehmer mit Vorlage des Nachtragsangebotes gerade deren Einhaltung nachweisen soll.

### **c) Bei der Auslegung zu berücksichtigende Erklärungen des Auftraggebers vor Vertragschluss und das Verhältnis zum Vergabehandbuch (VHB)**

Das OLG Brandenburg lässt zudem unberücksichtigt, dass den streitgegenständlichen Rodungsarbeiten im Zusammenhang mit einem Autobahnbauprojekt das Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes („VHB Bund“) zugrunde lag. Unter Gliederungsziffer 510 findet sich dort ein detaillierter „Leitfaden zur Vergütung bei Nachträgen“. Daraus hätte der 11. Senat entnehmen können, wie der beklagte Auftraggeber die von ihm verwendeten Regelungen in § 2 Abs. 3, 5, 6, 7 und 8 VOB/B zur Fortschreibung der Vertragspreise konkret verstanden wissen und zur Anwendung bringen will. Auf tatsächliche Kosten abzustellen, ist dort nicht vorgesehen. Vielmehr wird ausschließlich und anhand von Berechnungsbeispielen vorgegeben, dass die Nachtragspreise auf der Grundlage der Vertragspreise und deren Kalkulation ermittelt werden sollen. Es handelt sich bei dem vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit veröffentlichten VHB um allgemeine Erklärungen der daran gebundenen öffentlichen Auftraggeber an alle Unternehmen, die sich dort um einen Auftrag bewerben wollen. Maßgeblich bei der Auslegung der dortigen Erklärungen des Auftraggebers i.S.d. § 133 BGB ist primär der Wortlaut dieser Erklärungen; im Übrigen ist auf die Begleitumstände im Zusammenhang mit der Vergabe nach den Regeln der VOB/A abzustellen.<sup>14</sup> Die Unterstellung, der Auftraggeber habe mit der Forderung nach Vorlage der Kalkulation eines Nachtragspreises für zusätzliche Leis-

<sup>14</sup> Palandt/Ellenberger, a.a.O., Rdnr. 12 ff. zu § 133 BGB m.w.N.

tungen i.S.d. § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B gemeint, der Auftragnehmer habe stets tatsächlich erforderliche Kosten für die Nachtragsleistungen dort auszuweisen, nach denen allein sich die Ermittlung des Nachtragspreises zu richten habe, steht damit ersichtlich im Widerspruch zum tatsächlichen Willen des Auftraggebers, wie er nicht zuletzt im VHB unmissverständlich zum Ausdruck kommt.

Im Ergebnis setzt sich damit das OLG Brandenburg ohne tragfähige Begründung mit seiner Auslegung der VOB/B nicht nur über den Wortlaut von Ziffer 10.3 BVB und § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B sondern auch über die in den VHB des Bundes und der Länder beschriebene Methode der Preisfortschreibung im VOB-Bauvertrag hinweg. Die Entscheidung scheint daher eher von rechtspolitischen Vorstellungen zu der „richtigen“, weil angeblich redlicheren Methode der Preisfortschreibung auf Basis tatsächlich erforderlicher Kosten geprägt, als vom Parteiwillen.

#### **d) Missachtung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB und Wahlrecht des Unternehmers**

Besonders schwer wiegt, dass auch in der Entscheidung des OLG Brandenburg von § 305c Abs. 2 BGB mit keinem Wort die Rede ist. Dem 11. Senat ist selbstverständlich bewusst, dass es sich bei § 2 Abs. 6 VOB/B um eine AGB-Klausel handelt. Deren Auslegung lehnt der Senat ohne eigene Überlegungen dazu an das Urteil des BGH vom 08.08.2019 an. Dort stellte der VII. Senat seinerseits umfassend die zur Methodik der Preisfortschreibung infolge von Änderungen und Erweiterungen des ursprünglichen Bausolls eines VOB-Bauvertrag veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur dar. Die demnach aktuell vorherrschenden beiden Methoden für die Ermittlung von Mehr- oder Mindervergütung in den Fällen nachträglicher Änderungen bzw. Erweiterungen des vertraglichen Bausolls werden dort in ihren wesentlichen Grundzügen erläutert. Man wird daher unterstellen dürfen, dass beide Methoden zur Preisfortschreibung rechtlich nach wie vor vertretbar sind.

Als Folge davon liegt hier geradezu ein Lehrbeispiel für einen Fall der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB vor. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Klauseln dann unklar i.S.d. § 305c Abs. 2 BGB, bei denen nach

Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt und mindestens zwei unterschiedliche Auslegungen vertretbar sind.<sup>15</sup> Die Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB setzt dabei nicht voraus, dass Veränderungen an der VOB/B vorgenommen wurden. Der Anwendungsbereich der gesetzlichen Auslegungsregel ist beim Vorliegen von AGB ohne weiteres eröffnet und führt bei der vom BGH und ihm folgend vom OLG Brandenburg festgestellten Unklarheit der Nachtragsklauseln in § 2 Abs. 3, 5, 6 und 7 VOB/B bzw. Ziffer 10.3 der BVB ohne weiteres dazu, dass diese gegen den Verwender – und in dem vom OLG Brandenburg entschiedenen Fall damit gegen den beklagten Auftraggeber – auszulegen sind. Dies bedeutet nichts anderes, als dass der Unternehmer in diesen Fällen grundsätzlich die Wahl hat, nach welcher der gängigen Berechnungsmethoden er die Vergütung für Mengenerhöhungen und für die nachträglich von ihm geforderten geänderten oder zusätzlichen Leistungen ermittelt.<sup>16</sup>

Auch die Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung für das gesetzliche Bauvertragsrecht sieht zu § 650c Abs. 2 BGB ein solches Wahlrecht des Unternehmers vor. Nach den veröffentlichten Motiven ging es dem Gesetzgeber wie eingangs zitiert damit nicht zuletzt auch darum, den Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden und Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Auftraggeber als auch für eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer zu setzen.<sup>17</sup> Stelle man aber ausschließlich auf die Methode „tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge“ ab, wird eher das Gegenteil bewirkt. So lässt sich, wie nachfolgend unter III. noch näher darzustellen sein wird, trefflich darüber streiten, wie auf dieser Grundlage eine Preisanpassung konkret überhaupt sinnvoll möglich ist. Stets ist es dabei erforderlich, auch jene Kosten zu ermitteln, die hypothetisch bei Ausführung der unveränderten Leistungen nach dem Vertrag beim Unternehmer

15 BGH, Urt. v. 14.06.2017 – IV ZR 161/16, juris, Rdnr. 12, NJW-RR 2017, 992 m.w.N.

16 Vgl. dazu Markus, BauR 2007, 215; Kaufmann, ZfBR 2020, 3; ebenso: Markus, NZBau 2020, 67 jeweils m.w.N.

17 BT-Drucks. 18/8486 v. 18.05.2016, S. 56.

tatsächlich angefallen wären und diese dann den Ist-Kosten gegenüberzustellen, die aufgrund der Anordnung des Auftraggebers tatsächlich entstanden sind. Es wurde in der Literatur von Anfang an darauf hingewiesen, dass dabei erhebliches Streitpotenzial besteht.<sup>18</sup> Um in diesem Streit bestehen zu können, wird der Unternehmer nicht nur mit nahezu unüberschaubaren Dokumentationsanfordernissen zu den „tatsächlichen Kosten“ konfrontiert. Eine konkrete und trennscharfe Abgrenzung solcher Kosten von Nachtragsleistungen mit den Kosten der Vertragsleistungen ist zudem außerordentlich schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie in den meisten Fällen – die Nachtragsleistungen gleichzeitig und zusammen mit der Vertragsleistung und mit der dafür vorgehaltenen Baustelleneinrichtung bzw. mit dem dafür eingesetzten Personal erbracht werden.<sup>19</sup>

Auch der Anreiz für eine korrekte Ausschreibung entfällt dann für einen Auftraggeber weitestgehend. Denn eine Bezahlung der Bauleistung anhand tatsächlich erforderlicher Kosten zuzüglich der von den Gerichten geschätzten angemessenen Zuschlägen führt im Ergebnis zu einer Art Selbstkostenerstattung, die für den Auftraggeber in aller Regel keinen wirtschaftlichen Nachteil bei Nachträgen mit sich bringt. Der Auftraggeber kann daher ohne großes Risiko Einsparungen bei der Planung und Ausschreibung erwägen – zumindest bis auf Weiteres gelten die Mindestsätze der HOAI für Planungsleistungen nicht.<sup>20</sup> Eine schlampige Planung und Ausschreibung mit überschlüssiger Mengenermittlung zu Billigpreisen schadet daher dem Auftraggeber bei Anwendung der gesetzlichen Methodik zur Preisfortschreibung in den Fällen daraus resultierender Nachträge dabei kaum. Denn je öfter Änderungen des Entwurfes angeordnet werden, je mehr Zusatzleistungen der Unternehmer für den Leistungserfolg erbringen muss und je früher die Mengenvordersätze des Leistungsverzeichnisses durch den tatsächlichen Leistungsstand auf der Baustelle um mehr als 10 % über- oder unterschritten werden, desto mehr tritt der Charakter des Einheitspreisvertrages zurück und das Prinzip der Selbstkostenerstattung tritt in den Vordergrund. Das OLG Brandenburg betont in seinem Urteil das Äquivalenzprinzip. Wie ist bei dieser Maßgabe mit Mindermengen umzugehen? Kommt es bei § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ebenso wie im Falle des § 2

Abs. 3 Nr. 2 VOB/B auf tatsächliche Kosten an? Dann wäre die Vergütung auf Basis tatsächlicher Kosten nur noch für jene Leistungen zu ermitteln, die über 90 % und unter 110 % der LV-Mengenvordersätze erbracht werden. Folge davon wiederum wäre zwangsläufig, dass die vereinbarten Wettbewerbspreise aus dem Angebot nur noch für einen schmalen „Korridor“ zwischen 90 % und 110 % der Vordersatzmengen überhaupt relevant wären. Wer die Qualität der Mengenermittlung vieler Einheitspreisverträge kennt, ahnt: Der Weg zum Selbstkostenerstattungsvertrag ist nicht weit! Wollen die Parteien eines VOB/B-Bauvertrages tatsächlich im Wesentlichen so abrechnen? Zweifel daran sind angebracht. Der Regelfall nach der VOB in all ihren Teilen ist – anders als beim Bauvertrag nach BGB – der Einheitspreisvertrag. Dabei sollte es gerade auch bei den systemimmanenten Nachtragsleistungen bleiben.

Weder das OLG Brandenburg noch das Kammergericht Berlin noch der BGH setzen sich in ihren einschlägigen Entscheidungen zum Auslegungsverständnis der Nachtragsklauseln der VOB/B mit der gesetzlichen Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB und den Motiven des Gesetzgebers zu § 650c Abs. 2 BGB auseinander. Das rechtspolitische Postulat, wonach der Redlichkeit der Vertragsparteien und dem bestmöglichen Ausgleich ihrer wechselseitigen Interessen am besten dadurch Rechnung getragen wird, indem durch eine unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll, ist ebenso wohlfeil wie inhaltsleer. In dieser Allgemeinheit wird man dieser rechtspolitischen Zielsetzung kaum widersprechen können. Bei genauerer Betrachtung ist hingegen schon fraglich, was eine „unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistung“ eigentlich sein soll? Bei sorgfältiger Planung und Ausschreibung sollte es weder zu nennenswerten Mengenänderungen noch zu gehäuften nachträglichen Entwurfsänderungen oder Zusatzleistungen kommen. Man wird daher kaum von objektiv unvorhersehbaren Leistungs-

18 Vgl. ausführlich dazu Oberhauser, in: Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz: Das neue Bauvertragsrecht, C. H. Beck 2017, § 2, Rdnr. 99.

19 Vgl. dazu näher unten III.

20 BGH, Beschl. v. 14.05.2020 – VII ZR 174/19, juris.

änderungen ausgehen können. In den meisten Fällen dürfte es sich vielmehr um subjektiv vom Auftraggeber nicht vorhergesehene Leistungserfordernisse handeln, die er bei seiner Bestellung (Ausschreibung) schlicht nicht berücksichtigt hatte. Im Übrigen stellt sich die Frage, wie eigentlich konkret erreicht wird, dass durch nachträgliche Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren muss. Nach unserer Überzeugung genügt es dazu jedenfalls nicht, dass in diesen Fällen eine bestimmte Berechnungsmethode zur Preisfortschreibung – unter Ausschluss aller anderen anerkannten Methoden – rechtlich den Parteien im Zweifel oktroyiert wird. Unsererseits bestehen erhebliche Zweifel daran, dass sich die Berechnung der Nachtragsvergütung anhand tatsächlich erforderlicher Kosten empirisch durchweg als die geeignetere, „redlichere“ Methodik erweist, um die rechtspolitische Zielsetzung zu erreichen. Langen<sup>21</sup> hat schon vor längerem aufgezeigt, dass der Gesetzgeber seine in § 650c Abs. 1 BGB normierte Methode zur Preisanpassung „tatsächlich erforderliche Kosten nebst Zuschlägen“ selbst als unpraktikabel einschätzt. Während zur Ermittlung eines modifizierten Vergütungsanspruchs nach Maßgabe der Urkalkulation durch die Vorgaben der VOB/B eine jahrzehntelange, durch umfängliche Rechtsprechung und Literatur begleitete Praxiserfahrung bestehe, müsse die gesetzliche Methodik des § 650c Abs. 1 BGB auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten nebst Zuschlägen die Bewährungsprobe erst noch bestehen.

Angesichts der vorwiegend von rechtspolitischen Zielsetzungen und allgemeinen Gerechtigkeits-erwägungen geprägten Diskussion über die „einzig richtige“ Methode zur Vergütungsanpassung erscheint hier der deutliche Hinweis angebracht, dass sich allein schon die Konfrontation des Unternehmers mit nachträglich mehr oder minder stark geänderten und erweiterten Leistungen einschließlich ihrer oft unabsehbaren Folgen auf die gesamten Baumstände und die Bauzeit in aller Regel nachteilig auf ihn auswirkt. Es ist daran zu erinnern, dass es sich bei den Befugnissen des Auftraggebers zur einseitigen Vertragsänderung und -erweiterung einschließlich der durch Fehler bei der Mengenermittlung auftretenden Mengenmehrungen sämtlich um Ausnahmen vom Grundsatz

„pacta sunt servanda“ zulasten des Unternehmers handelt. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind solche Ausnahmetatbestände eng auszulegen. Die Interessen des Unternehmers, der in solchen Fällen ohne gefragt zu werden, mit veränderten Leistungsinhalten und deren Folgen auf die Baumstände zurande kommen muss, sind dabei von Anfang an angemessen zu berücksichtigen. Denn der Unternehmer „startet“ in Nachtragsfällen per se bereits aus einer benachteiligten Position und kann nur reagieren. Hinzu kommen noch die im Streitfall in der Rechtswirklichkeit von ihm zu bewältigenden Schwierigkeiten, die dafür geschuldete Vergütung bei Gericht später auch erfolgreich durchzusetzen.<sup>22</sup>

Um die so grundsätzlich bei nachträglichen Veränderungen der auszuführenden Leistung eintretende faktische Beeinträchtigung der betrieblichen Dispositionen eines Unternehmers auszugleichen, wird diesem im Rahmen der verwerderfeindlichen Auslegung der Nachtragsklauseln der VOB/B nach § 305c Abs. 2 BGB das Recht einzuräumen sein, zu bestimmen, nach welcher Methode die Nachtragspreise von ihm ermittelt werden. Nur so lässt sich nach unserem Dafürhalten im konkreten Einzelfall einer Nachtragsituation hinreichend zuverlässig gewährleisten, dass tatsächlich keine der Parteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren muss.

## 2. Das vertragliche Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers und die Rechtsfolge des § 316 BGB

Dafür spricht neben der von § 305c Abs. 2 BGB gebotenen verwerderfeindlichen Auslegung der VOB/B insbesondere auch die Wertung des § 316 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH stellen die dem Auftraggeber vorbehaltenen einseitigen Möglichkeiten zur nachträglichen Änderung des Entwurfes bzw. zur nachträglichen Forderung zusätzlicher Leistungen vertraglich vereinbarte Leistungsbestimmungsrechte i.S.d. § 315 Abs. 1 BGB dar.<sup>23</sup> Dementsprechend gilt dafür auch § 316 BGB, wonach dann, wenn der Auftraggeber einseitig eine Än-

21 Langen, in: Langen/Berger/Dauner-Lieb, Kommentar zum neuen Bauvertragsrecht, 2018, § 650c BGB, Rdnr. 67.

22 Vgl. ausführlich dazu Kaufmann, Jahrbuch Baurecht 2006, 35 ff. m.w.N.

23 BGH, BauR 1996, 378; BGH, BauR 2004, 495.

derung oder Erweiterung der Bauleistung bestimmt, dies im Gegenzug den Unternehmer berechtigt, die dafür geschuldete Vergütung zu bestimmen. § 316 BGB ist auch dann anwendbar, wenn die Parteien sich einig waren, dass die Vergütung anzupassen ist, sich aber über deren Höhe nicht einigen konnten.<sup>24</sup> Gerade darum ging es in dem vom OLG Brandenburg am 22.04.2020 entschiedenen Fall zur Frage der Berücksichtigung der Verwertungserlöse.

Die Bestimmung der Vergütung für einen Nachtrag durch den Unternehmer ist im VOB/B-Vertrag für den Auftraggeber nach § 315 Abs. 1 BGB nur dann verbindlich, wenn sie nach billigem Ermessen getroffen wurde. Sie muss dazu auf einer der baubetrieblich anerkannten Methoden der Preisfortschreibung basieren. Entspricht die Preisbestimmung des Unternehmers nicht der Billigkeit, so gilt § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB und der Preis ist durch Urteil zu bestimmen. Dabei ist nur die Frage der Billigkeit, ggf. mit sachverständiger Hilfe, zu prüfen. Das Gericht muss sich dabei nach unserem Dafürhalten aber nicht für eine der anerkannten Methoden zur Preisfortschreibung entscheiden.

Dieser Umgang mit Fällen von Nachträgen bei VOB/B-Verträgen, bei denen die Höhe der Vergütung streitig ist, gewährleistet aus unserer Sicht, dass im Einzelfall „gerechte“ Lösungen erreicht werden können. Er fördert das Interesse des Auftraggebers, an einer korrekten Ausschreibung. Er entspricht den normativen Wertungen, die der BGH in den Fällen sittenwidrig überhöhter Einheitspreise aufgestellt hat.<sup>25</sup> v. Rintelen hat in seiner Besprechung des Urteils vom 08.08.2019 zu Recht darauf hingewiesen, dass sonst, wenn es für die Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 3 und Abs. 5 VOB/B nur auf die tatsächlich erforderlichen Kosten plus angemessener Zuschläge ankomme, die Sittenwidrigkeits-Rechtsprechung des BGH obsolet sei. Es würde dann gar keine Rolle mehr spielen, ob überhöhte Einheitspreise für die im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Mengen angeboten worden wären, da für diese keine Sittenwidrigkeitsprüfung erfolgte und (überhöhte) Einheitspreise nach der neuen Erkenntnis gar keine Relevanz für die Ermittlung der Vergütung für Mehrmengen/Mehrleistungen mehr haben sollen.<sup>26</sup> Mit dem hier vorgeschlagenen Umgang mit streitigen Nachtragsforderungen im VOB/B-Bauvertrag ließe sich diese Inkonsistenz vermeiden,

die nicht zuletzt auch das hier besprochenen Urteil des OLG Brandenburg in gewisser Weise prägt und wohl die unvermeidliche Folge einer Vermischung von Regelungen zum BGB-Bauvertrag mit denjenigen der VOB/B ist.

### 3. VOB/B und BGB – zwei inkompatible Systeme zur nachträglichen Anpassung des Vertrages an geänderte Umstände

Nicht zuletzt im Urteil des OLG Brandenburg werden diese zwei Systeme miteinander vermischt, ohne dass der damit verbundene Wertungswiderspruch gelöst wird. Dieser besteht darin, dass es nach der vereinbarten VOB/B einerseits bei dem für den Unternehmer sofort verbindlichen Anordnungsrecht des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B bleibt. Andererseits soll sich aber die Anpassung der Vergütung zur Wahrung der Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nach dem BGB und dort § 650c Abs. 1 Satz 1 BGB richten und sich durchweg „nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ bestimmen. Damit sicherte sich der Auftraggeber „das Beste aus zwei Welten“ – das einfache und sogleich vom Auftragnehmer ungeachtet einer ausgehandelten, ihm dafür zustehenden Vergütung zu befolgenden Änderung bzw. Erweiterung des vertraglichen Bausolls aus der VOB/B einerseits und zugleich die Deckelung der dafür zu zahlenden Vergütung auf die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich eines notfalls durch richterliche Schätzung zu ermittelnden angemessenen Zuschlags andererseits, für den ebenfalls die Urkalkulation nicht maßgeblich sein soll. Hinzukommt zugunsten des Auftraggebers, dass es nach der VOB/B kein 30-tägiges Verhandlungsgebot wie bei § 650b Abs. 2 BGB gibt. Und der Unternehmer kann nach der VOB/B auch nicht 80 % der Nachtragsvergütung mit einer Leistungsverfügung nach § 650d BGB vorläufig zur Sicherung seiner Liquidität durchsetzen.<sup>27</sup> Wer wie der 11. Zivilsenat des OLG Brandenburg die Wahrung des Äquivalenzprinzips in den Vorder-

24 Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, Rdnr. 3 zu § 316.

25 BGH, Urt. v. 14.03.2013 – VII ZR 116/12, BauR 2013, 1121.

26 v. Rintelen, NZBau 2019, 696 (697 f.).

27 Für eine Anwendung des § 650d BGB auch auf Anordnungen nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B Laudi, in: Leinemann/Kues, BGB-Bauvertragsrecht, Kommentar Beck-Verlag 2018, Rn 50 ff. zu § 650d; Manteufel, BauR 2019, 334 (st. Rspr.).

grund stellt, muss nach unserem Dafürhalten auch anerkennen, dass die Befugnisse des Auftraggebers zur Änderung und Erweiterung des vertraglichen Bausolls einerseits und die damit verbundene Vergütungsanpassung andererseits über das vertragliche Synallagma untrennbar miteinander verbunden sind.

Damit ist nicht in Einklang zu bringen, dass der Unternehmer die nach § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B von ihm geforderte Nachtragsleistungen grundsätzlich sogleich erbringen muss, ohne dass über sein Angebot zu deren Vergütung zuvor mindestens 30 Tage lang verhandelt wird, ohne dass er eine eindeutige Anordnung in Textform erhält, wenn man sich darüber nicht einigt und ohne, dass er zumindest 80 % der angebotenen Nachtragsvergütung mit einer einstweiligen Verfügung durchsetzen kann. Eine derartige Kombination der Änderungsbefugnisse des Auftraggebers aus dem VOB-Bauvertrag allein mit der gesetzlichen Preisanpassungsmethodik des § 650c Abs. 1 BGB ist wegen der damit verbundenen „doppelten Benachteiligung“ des Unternehmers rechtssystematisch bedenklich.<sup>28</sup> Ein derartiges Verständnis der ohne Änderungen vereinbarten VOB/B gefährdete deren AGB-rechtliche Privilegierung nach § 310 Abs. 1 VOB/B. Denn die der Privilegierung zu Grunde liegende Annahme der Ausgewogenheit der ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in einen Bauvertrag einbezogenen VOB/B wird mit einem derartigen „Rosinenpicken“ des Auftraggebers im Rahmen der von ihm gestellten VOB/B nicht länger zu rechtfertigen sein. Wer also die gesetzliche Methode der Preisfortschreibung im Nachtragsfall ausnahmslos vorschreiben will, muss, sofern er die von der Rechtsordnung dafür verliehene Kompetenz besitzt, auch die in §§ 650b-d BGB vorgesehenen Schutzmechanismen zugunsten des Unternehmers „mitziehen“.

Nach Auffassung der Verfasser stehen so tiefgreifende Änderungen an der gesetzlich aufgrund ihres besonderen Zustandekommens privilegierten VOB/B nicht den Gerichten zu. Zuständig ist der DVA, der die nötigen Anpassungen der VOB/B allerdings seit längerem vernachlässigt. Die aktuelle Fassung der VOB Teil B datiert vom 07.01.2016 und wurde am 19.01.2016 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Es ist an der Zeit, dass der DVA

die notwendigen Anpassungen und Klarstellungen u.a. zu den Nachtragsklauseln in den §§ 1 und 2 vornimmt. Bis dahin bleibt es bei dem sich aus §§ 305c Abs. 2, 316 BGB ergebenden Wahlrecht des Unternehmers zur Art und Weise der Preisfortschreibung bei nachträglichen Leistungsänderungen und -erweiterungen. Aus pragmatischen Gründen sollte der DVA sich für den VOB-Bauvertrag klar zur bewährten vorkalkulatorischen Preisfortschreibung bekennen. Andernfalls würde die VOB/B ihres „Markenkerns“ beraubt und letztlich das Änderungsregime der §§ 650b und c BGB zum Regelfall in der Baupraxis.<sup>29</sup> Das ist ohnehin bereits jetzt der Fall, wenn die VOB/B nicht gänzlich unverändert dem Vertrag zugrunde gelegt wird.

### III. Zweifel an der empirischen Belegbarkeit der Vorteile des gesetzlichen „Berechnungsmodells“ gegenüber der Preisermittlung auf Grundlage der Angebotskalkulation

#### 1. Gesetzliche Berechnungsmethodik zum Ausschluss von unredlichen Spekulationsangeboten nicht erforderlich.

In der Gesetzesbegründung zum Bauvertragsrecht des BGB ist als rechtspolitische Motivation für eine Regelung zur Mehrkostenberechnung nach tatsächlich erforderlichen Kosten unter anderem angegeben:

Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. ... Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.<sup>30</sup>

Preisspekulationen in der Auftragskalkulation sollen sich für den Unternehmer also nicht mehr lohnen, da Mehrkosten nicht mehr als Fortschreibung der Urkalkulation berechnet werden.

28 Ebenso: Roquette/Oriwol, BauR 2018, 1775 (1781).

29 Ebenso Kniffka, BauR 11/2019, Editorial.

30 BT-Drucks. 18/8486 v. 18.05.2016 (Fn. 5).

Die Gesetzesbegründung verwendet hier einen zentralen Begriff, nämlich den des „Berechnungsmodells“, den wir übernehmen. Nach unserer Beobachtung wird häufig übersehen, dass es sich bei allen Vorkalkulationen des Unternehmers, zu denen sowohl die Angebots- als auch die Auftragskalkulation (und damit die sog. „Urkalkulation“) gehören, ebenfalls um Modelle handelt.

Kennzeichen eines Modells ist, dass es sich um eine vereinfachte Abbildung der Wirklichkeit handelt, im konkreten Fall einer Angebotskalkulation um eine Abbildung des künftigen realen Kostengeschehens. Aus der Erkenntnis heraus, dass das spätere reale Kostengeschehen niemals in all seinen Feinheiten zum Zwecke der Bildung von Angebotspreisen in einer Kalkulation abgebildet werden kann – man denke nur an die komplexen Buchungsvorgänge im Rechnungswesen größerer Bauunternehmen; es wäre dies vollkommen unzweckmäßig und zu aufwändig –, ist eine Vorkalkulation wie alle anderen Modelle geprägt von:

- Verkürzung: Dem Modellzweck dienliche und relevante Attribute der Realität werden hinreichend genau erfasst.
- Pragmatismus: Die Modelle müssen dem Modellzweck dienen. Dieser ist hier darauf gerichtet, auskömmliche Preise zu bilden, um den ausgeschriebenen Auftrag zu erhalten.

Das vom Unternehmer gewählte Modell muss also die spätere Realität hinreichend genau und damit vereinfachend abbilden. Die spätere Realität ist nichts anderes, als die später tatsächlich für die Leistungen beim Unternehmer anfallenden, bei der Vertragsdurchführung erforderlichen Kosten. Wenn es das tut, wenn also das spätere reale Kostengeschehen im Sinne der Modellbildung richtig in den Kostenansätzen des Angebotes abgebildet ist, dann kann diese Kalkulation auch problemlos zur Fortschreibung von Preisen bei Mengenänderungen, geänderten und zusätzlichen Leistungen verwendet werden. Das sehen offenbar ebenso das Kammergericht und das OLG Brandenburg sowie die sich an ihren VHB orientierenden öffentlichen Auftraggeber.

Wenn hingegen eine Urkalkulation unzureichend detailliert ist, unredliche Kostenverschiebungen oder spekulative Ansätze enthält, dann ist eine solche Kalkulation ein untaugliches und damit für

die Preisfortschreibung ungeeignetes, da „falsches“ Modell. Es kann dann nicht zur Fortschreibung von Kosten- und Preisanteilen verwendet werden, sondern wäre zu diesem Zweck vom Unternehmer nachzubessern, um die Billigkeit des von ihm für den Nachtrag geforderten Preises nachzuweisen. Im Zweifel muss in der Rechtspraxis ein gerichtlich beauftragter Sachverständiger für Baupreisermittlung die Modelltauglichkeit beurteilen und allfällige Schätzgrundlagen (Modellverbesserungen) für das Gericht liefern, das im Streitfall nach § 315 Abs. 2 S. 2 BGB über die Billigkeit der Preisbestimmung des Unternehmers durch Urteil zu entscheiden hat. Es gab und gibt also auch bei der bisher üblichen Fortschreibung der Urkalkulation geeignete Korrektive, um mit unredlichen Spekulationsangeboten sachgerecht umzugehen:

- Erstes Korrektiv ist die Prüfung der Modelltauglichkeit:  
Die Preise „entstehen“ im Modell mit hinreichender Genauigkeit in Bezug auf die Realität. Wesentliche einmalige, mengenabhängige, einsatzabhängige und zeitabhängige Kostenanteile sind erkennbar dargestellt. Der Zurechnungsgrundsatz wurde eingehalten. Die Kalkulation ist rechnerisch in sich schlüssig und richtig in dem Sinne, dass sie sich nahe am späteren realen Kostengeschehen, also den tatsächlichen Kosten bewegen muss – und nicht losgelöst davon.
- Zweites Korrektiv ist der Wettbewerbsgrundsatz: Die Kalkulation dient der Bildung von wettbewerbsfähigen Angebotspreisen. Das schließt zu hohe Preise systematisch aus, da solche nicht beauftragt würden. Selbstverständlich gilt dieser Grundsatz auch für Nachtragsleistungen, auch wenn diese sich nicht mehr „im Marktumfeld“ bewegen. Das bedeutet, dass ein Kostenmodell, das nun ausgerechnet für Nachtragsleistungen zu astronomisch hohen Preisen führte, aber für die Angebotskalkulation zu auskömmlichen und marktgerechten Preisen geführt hat, falsch sein muss.

Unter Einhaltung der oben beschriebenen Randbedingungen wird sowohl auf Seiten des Auftragnehmers eine nicht auskömmliche Vergütung vermieden als auch auf Seiten des Auftraggebers eine übermäßige Belastung verhindert. Um dies zu gewährleisten ist die Methodik, bei der auf die tatsächlich erforderlichen Kosten bei der Berechnung

der Nachtragsvergütung abgestellt wird, nicht erforderlich.

Jedenfalls in den Fällen tauglicher Kalkulationsmodelle war und ist es nach unserer Erfahrung in der Regel möglich, in Bauprojekten auf der Grundlage rasch prüfbarer Nachtragsangebote zeitnah zu Einigungen über Mehr- und Minderkostensforderungen der Parteien eines VOB/B-Vertrages zu kommen. Eignet sich die Kalkulation dazu in Einzelfällen ausnahmsweise nicht, gibt es Lösungen zu deren Nachbesserung. In den dann noch verbliebenen wenigen Fällen hilft meist der Gang zum Adjudikator, Schlichter oder Schiedsgutachter, etwa nach der bewährten Streitlösungsordnung für das Bauwesen der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, die seit 01.07.2020 in novellierter Form vorliegt. Ein Rechtsstreit mit dem Risiko zufälliger Ergebnisse sollte von beiden Parteien eines VOB-Bauvertrages vermieden werden.

## 2. Begriffsverwirrung – was sind eigentlich „tatsächliche Kosten“?

Denn u.a. das Urteil des OLG Brandenburg lässt befürchten, dass der Begriff der „tatsächlichen Kosten“ inhaltlich nicht hinreichend präzisiert und damit seinerseits unklar ist. Aus baubetrieblicher Sicht handelt es sich zwar um einen klar definierten Begriff. „Tatsächliche Kosten“ sind demnach verbuchte Ist-Kosten, die bei einem Unternehmer im Sinne von Betriebsausgaben in der Realität in einer exakt bestimmbar Höhe tatsächlich anfallen. Vereinfacht gesagt: Es gibt dazu eine Buchung auf dem Girokonto, die man nachsehen kann. Echtes Geld fließt.

Wenn wir diese betriebswirtschaftliche Realität betrachten („tatsächliche Kosten“), dann bewegen wir uns gerade nicht mehr in einem Modell. Denn ein Modell ist – wie eingangs dargelegt – stets nur die unscharfe Abbildung der Realität. Was meint aber der Gesetzgeber, wenn er in seiner Begründung im Zusammenhang mit tatsächlich erforderlichen Kosten ein „Berechnungsmodell“ vorgibt. Aus baubetrieblich-wissenschaftlicher Sicht ist dieser Modellbegriff in sich widersprüchlich und es wäre zunächst die Bedeutung der Begriffe zu klären. § 650c Abs. 2 Satz 2 BGB lautet:

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

Aus baubetrieblicher Sicht ist diese gesetzliche Vermutung immer (!) widerlegt. Denn die aus einem Kalkulationsmodell (Urkalkulation) abgeleitete Vergütung kann niemals exakt den tatsächlichen Kosten im Sinne von realen Ist-Kosten entsprechen. Das ist schlichtweg unmöglich oder wäre allenfalls rein zufällig. Beträgt zum Beispiel der ausgewiesene Kalkulationslohn 38,12 €, so wäre es sicherlich nur Zufall, wenn der tatsächlich verbuchte Lohn im Mittel (pro Woche, pro Monat oder für die ganze Bauzeit?) genau diesen Betrag ausweisen würde.

Auch das OLG Brandenburg verkennt in seinem Urteil vom 22.04.2020 baubetriebliche Grundlagen: Dort heißt es, dass „... die Kosten den aus der Urkalkulation ermittelten Preisen entsprechen würden und insofern keine Änderungen erfahren hätten“. Das ist wie gesagt unmöglich. Wie der dortige 11. Senat und vor ihm auch schon der 21. Senat des Kammergerichts zu diesem Schluss kommen, bleibt jedenfalls baubetrieblich unklar. Aus baubetrieblicher Sicht kann nur vermutet werden, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte sich „heimlich“ die Worte „hinreichend genau“ dazu denken. So würde das Sinn ergeben:

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

Die Gerichte müssten sich dann aber klar darüber sein, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ihnen eine nur hinreichende Genauigkeit ausreicht, um über Nachtragspreise zu urteilen. Dann wären wir abgesehen davon wieder bei einem Kostenmodell, und zwar dem einer ordnungsgemäßen Kalkulation, siehe oben III.1. Hier schließt sich der Kreis und es ist wenig erstaunlich, dass auch die um sich selbst drehenden Argumentationen des OLG Brandenburg und des Kammergerichts sich am Ende ebenfalls auf eine dort offenbar jeweils hinreichend genaue Kalkulation stützen. Was dort dann aber noch mit den angeblich ausschlaggebenden „tatsächlichen Kosten“ gemeint sein soll, bleibt so im Dunkeln.

Wollte man es anders – präziser – machen, wäre es als Voraussetzung dafür in einem ersten Schritt erforderlich, ein juristisch konsistentes, klares und verlässliches Verständnis des Begriffs der „tatsächlichen Kosten“ zu entwickeln. Daran fehlt es aber gerade soweit ersichtlich bislang. Da „tatsächliche

Kosten“ begrifflich den Selbstkosten des Unternehmers ähneln, könnte man sich überlegen, auf die PreisVO aus dem Jahre 1972 und die in der Anlage dazu veröffentlichten „Leitsätzen zur Ermittlung von Preisen für Bauleistungen aufgrund von Selbstkosten (LSP-Bau)“ zurückzugreifen. Dort wird ein konsistentes Modell der Preisermittlung auf der Grundlage von Selbstkosten detailliert dargestellt.<sup>31</sup> Aber abgesehen davon, dass diese knapp 50 Jahre alten Regelungen nach dem dortigen § 8 selbst vorsehen, dass Selbstkostenpreise nur dann vereinbart werden dürfen, wenn Wettbewerbspreise im Rahmen einer Ausschreibung nicht möglich sind oder der Wettbewerb beschränkt ist, zeigt ein Blick in die LSP-Bau, dass auch bei Selbstkostenerstattungspreisen die Kalkulation des Unternehmers die maßgebliche Grundlage darstellt – entweder in Form der Vorkalkulation oder als Nachkalkulation oder einer Mischung aus beiden. Zu Löhnen, Stoffkosten und Gerätekosten werden auch hier vereinfachende Annahmen im Sinne eines Kostenmodells getroffen. Präzise tatsächliche Kosten lassen sich daher auch auf der Grundlage der PreisVO und der LSP-Bau nicht trennscharf ermitteln.

#### 4. Zur Unmöglichkeit, tatsächliche Kosten trennscharf nachzuweisen

Ist es denn überhaupt möglich, anstelle der die Kosten-Realität nur näherungsweise beschreibenden Kostenmodelle die tatsächlichen Kosten einer Nachtragsleistung präzise und trennscharf zu ermitteln? Wir halten dies, wenn nicht für unmöglich, so doch für außerordentlich schwierig. Beispielhaft sollen hier tatsächliche Gerätekosten betrachtet werden: Nehmen wir an, auf der Baustelle musste aufgrund der zusätzlichen Rodungsarbeiten eine Rodungsmaschine länger als vorgesehen vom Kläger vorgehalten und eingesetzt werden.

In einer im obigen Sinne geeigneten und ordnungsgemäßen Kalkulation würde man für dieses Gerät Kostenansätze finden, welche die zeitabhängigen Gerätekosten wie Geräteabschreibung, etwaige Verzinsung, Reparaturkosten und Betriebsstoffkosten modellhaft abbilden. Diese Kosten könnten über einen Vergleich mit der Baugeräteliste und mit Preislisten von Gerätevermietern abgeglichen und validiert werden. Bilden diese Kosten in einem tauglichen Modell (= ordnungsgemäße, ausreichend detaillierte Auftragskalkula-

tion) hinreichend genau das reale Kostengeschehen (= tatsächlich erforderliche Kosten) ab, dann hätte nach bisherigem Verständnis auch nichts dagegen gesprochen auf dieser Basis die Kosten für die zusätzliche Leistung zu ermitteln. Ob die Kosten nun tatsächlich höher oder niedriger sind, wäre dann gleichgültig. Der Aufwand zur Mehrkostenermittlung wäre überschaubar.

Anders müsste man jedoch beim Versuch einer „trennscharfen“ Ermittlung tatsächlicher Kosten vorgehen. Beispiele:

- Wir wollen dazu zunächst annehmen, dass der Kläger eine 15 Jahre alte Rodungsmaschine verwendet und aufgrund der Zusatzarbeiten länger vorhalten musste. Da diese Rodungsmaschine beschrieben ist, entfällt nun eine Berücksichtigung der Abschreibung. Der Fall ist einfach? Nein. Denn auch ein solches Altgerät – obwohl kalkulatorisch beschrieben, würde noch – wenn auch geringen – Verkaufserlös bringen. Ein Gerät, das noch einen Verkaufserlös bringt, hat betriebswirtschaftlich gesehen auch einen Wert – und damit denklogisch auch einen Wertverlust. Dieser tatsächliche Wertverlust wäre für die Vorhaltdauer der zusätzlichen Leistung anzusetzen, wenn man die tatsächlichen Kosten trennscharf vortragen muss. In welcher Höhe? Gilt § 287 Abs. 2 ZPO und was sind die dazu dann ggf. vorzutragenden Schätzgrundlagen?
- Anders, wenn es sich um ein neues Gerät handelt: Der kalkulatorisch übliche Ansatz einer linearen Abschreibung wäre für die Ermittlung der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ aufzugeben. Stattdessen wäre der tatsächlich höhere degressive Wertverlust dieses Geräts anzusetzen und zwar exakt für diejenige Vorhaltdauer, die durch die zusätzliche Leistung verursacht wurde. Wie wird dieser tatsächliche Wertverlust im Streitfall bestimmt? Muss der Unternehmer das Gerät pro forma zum Verkauf anbieten, um eine Differenz aus hypothetischen (zufälligen) Verkaufswerten zu ermitteln? Muss er sich dann entgegenhalten lassen, es wären ja gar keine echten Verkaufsverhandlungen gewesen? Oder gelten doch wieder Vereinfachungsmodelle, die dann aber mehr oder weniger von tatsächlichen Kosten abweichen werden. Wo ist hier die Gren-

31 BGBl. 1972, Teil I, S. 293–303.

ze zulässiger Vereinfachungen? Und: Jede Vereinfachung wäre wieder eine Art der kalkulatorischen Modellbildung. Wollte man sich nicht gerade davon verabschieden?

- Und weiter: Welche Reparaturkosten sind eigentlich anzusetzen? Nur diejenigen, die – mehr oder weniger zufällig – in der Zeit anfallen, während der die zusätzlichen Rodungsarbeiten durchgeführt werden? Was ist mit regelmäßigen Wartungskosten der Maschine, die aber nur außerhalb der Vorhaltezeiten auf dem Betriebshof des Klägers stattfinden? Dürfen diese im Mittel angesetzt werden? Wie ist dieses Mittel dann nachzuweisen? Durch die Vorlage von innerbetrieblichen Verrechnungssätzen? Oder müssen dann auch einzelne Lohnstunden des die Maschine wartenden Mitarbeiters auf dem Betriebshof exakt auf diese Rodungsmaschine verbucht werden? Sind auch jegliche Materialkosten bei Reparaturen exakt auf einzelne Geräte zu buchen und zu dokumentieren? Das würde zweifellos zu einem völlig ausufernden Dokumentationsaufwand führen. Nimmt man zu dessen Vermeidung gemittelte Verrechnungssätze her, muss sich dann der Unternehmer entgegenhalten lassen, es handele sich eben gerade nicht um die tatsächlichen Kosten dieses Geräts? Wie weit reicht im Einzelfall die Darlegungs- und Beweislast des Unternehmers?
- Zuguterletzt: Welche Betriebsstoffkosten sind anzusetzen? Dürfen wenigstens hier gemittelte Kosten je Betriebsstunde verwendet werden? Wie sind diese nachzuweisen? Wohlgermerkt, es handelt sich dann wieder nicht um exakte tatsächliche Kosten beim Betrieb der Rodungsmaschine für die Nachtragsleistung. Dafür müsste der Tankfüllstand zu Beginn und zum Ende der zusätzlichen Leistungen exakt festgestellt und über tatsächliche Tankrechnungen belegt werden. Was aber, wenn zwischendurch Vertragsleistungen ausgeführt werden? Wie ist das mit den tatsächlichen Kosten der Schmiermittel (Öl), die nur in größeren Zeitabständen eingefüllt werden?

Diese beispielhaften Fragen, wie sie durch den Parteivortrag in einen Nachtragsrechtsstreit künftig eingeführt werden können und sicher auch eingeführt werden, können beliebig ausgedehnt werden. Betroffen von solchen Fragen sind glei-

chermaßen auch die Stoff- und Lohnkosten. Das Problem ist nicht, dass es nicht möglich wäre, tatsächliche Kosten festzustellen. Denn natürlich gibt es Tankrechnungen und Lohnabrechnungen usw. Hochproblematisch bis unmöglich ist die trennscharfe Zuordnung solcher tatsächlicher Kosten zu jeweiligen konkreten Leistungsänderungen und die dazu seitens der Gerichte künftig verlangten Darlegungen!

Es muss sich erst zeigen, wie ernst es die Rechtsprechung mit den Anforderungen an die Darlegung und den Beweis tatsächlicher Kosten nehmen wird. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass einzelne Spruchkörper mit der Klage eines Unternehmers unter Hinweis auf die Unschlüssigkeit bei der Darlegung der mit dem Nachtrag verbundenen „tatsächlichen Kosten“ kurzen Prozess machen. An die Fälle manch schneller Klageabweisungen als „derzeit nicht fällig“ wegen unklarer Abrechnungen und das durchaus mühevollere Einschreiten des BGH<sup>32</sup> darf erinnert werden. Zu befürchten ist auch, dass die Unternehmen schon jetzt zu einem nicht zu bewältigenden Dokumentationsaufwand gezwungen werden. Das Ziel des Gesetzgebers, „Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden“, wird so jedenfalls nicht erreicht. Wer streiten möchte, streitet auch künftig und hat neue, fantastische Möglichkeiten dafür in Aussicht.

### 5. Der noch „unmöglichere“ Nachweis hypothetischer tatsächlicher Kosten

Ist schon der Nachweis der tatsächlichen Kosten als „scharfer Zahlenwert“ unmöglich, so wird dies für die hypothetisch tatsächlichen Kosten erst recht gelten müssen. Diese müssen aber ermittelt werden, um die Mehr- oder Minderkosten geänderter oder zusätzlicher Leistungen ermitteln zu können. Denn dazu müssen von den tatsächlichen Kosten diejenigen abgezogen werden, die tatsächlich hypothetisch – welch Widerspruch in sich! – angefallen wären, die also entstanden wären, hätte man die ursprünglich vertraglich vereinbarte Vertragsleistung anstelle der geänderten Leistung ausgeführt. Die Parteien dürften sich hier auf einem weiteren

<sup>32</sup> Nur beispielhaft sei dazu verwiesen auf BGH, Urt. v. 23.09.2004 – VII ZR 173/03, BauR 2004, 1937 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH dazu.

Feld ohne gesicherte Grundlagen gegenüberstehen. Ein Eldorado für Sachverständige!

## 6. Der unredliche Unternehmer bleibt unredlich, agiert jetzt aber anders!

Der Gesetzesbegründung zu § 650c BGB ist zu entnehmen, dass die Abkehr von einer Fortschreibung der Urkalkulation dadurch motiviert war, dem unredlichen, spekulierenden Bauunternehmer, der bewusst Lücken und Unklarheiten in Leistungsverzeichnissen sucht, um daraus schamlos Kapital zu schlagen, die Möglichkeit dafür zu nehmen. Ob es solche Unternehmer in so hoher Zahl überhaupt gibt, der Missbrauch also mehr als eine seltene Ausnahme ist, sondern derart gehäuft vorkommt, dass gesetzgeberisches Handeln dagegen nötig ist, darf bezweifelt werden. Wissenschaftlich belastbare, etwa empirische Untersuchungen dazu gibt es soweit ersichtlich nicht.

Abgesehen davon: Der vereinzelte unredliche Unternehmer wird unredlich bleiben. Das Problem wird nicht beseitigt, sondern nur verlagert. Beim Nachweis tatsächlicher Kosten wird der unredliche Unternehmer nicht mehr spekulieren, sondern zahlreiche neue Möglichkeiten nutzen, sich zu bereichern. Es wird zu „Vereinbarungen“ mit Subunternehmern und Lieferanten kommen. Eine Motivation für den Auftragnehmer, günstige Lieferbedingungen bei Leistungsänderungen an den Auftraggeber weiterzugeben, gibt es nicht mehr. Im Gegenteil – je höher die durch Rechnungsbelege nachgewiesenen „tatsächlichen Kosten“ sind, desto höher fällt in absoluten Zahlen gesehen der „angemessene Zuschlag“ darauf aus.

## IV. Zusammenfassung

Es erscheint uns weder erforderlich, noch möglich, in Nachtragsfällen auf die Methodik der sog. „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ zu verzichten. Diese Methode führt nicht etwa per se zu unbilligen oder unsachgemäßen Ergebnissen. Sie ist in jahrzehntelanger Praxis vielmehr bewährt und insbesondere im Anwendungsbereich der nach VHB abgewickelten Bauaufträge auch von der öffentlichen Hand und damit allgemein anerkannt. Der DVA sollte sich dazu daher auch für den Bereich der VOB/B klar bekennen.

Bis zu einer Anpassung der VOB/B an die aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung ist nach der Rechtsprechung des BGH primär danach zu fragen, ob sich die Parteien eines VOB/B-Vertrages auf eine bestimmte Methode zur Preisfortschreibung bei nachträglichen Vertragsänderungen bzw. -erweiterungen geeinigt haben. Soweit dies auch durch Auslegung nicht festzustellen ist, steht dem Unternehmer bei VOB/B-Verträgen wegen §§ 305c Abs. 2, 316 BGB bis auf Weiteres das gesetzliche Recht zu, im Rahmen der Billigkeit einseitig die Methode zu bestimmen, nach der ein Preis dafür ermittelt werden soll; ihn trifft die Pflicht, dieser Methode dann auch gerecht zu werden.

Die gesetzlich in § 650c Abs. 1 BGB vorgesehene Methode zur Preisanpassung auf Basis tatsächlich erforderlicher Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn ist hingegen, jedenfalls derzeit, noch nicht hinreichend präzisiert, um als allein gültige Methode der Preisbildung im Nachtragsfall dienen zu können.