MCE CONSULT AG

Vergütung geänderter Leistungen nach dem neuen Bauvertragsrecht nach BGB

Untersuchungen zur Akzeptanz der neuen Regelungen und zur Höhe

Vergütung geänderter Leistungen nach dem neuen Bauvertragsrecht nach BGB – Untersuchungen zur Akzeptanz der neuen Regelungen und zur Höhe

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung 3

1 Einleitung, Zielsetzung, Bedeutung 3

2 Zu erwartende Akzeptanz des Gesetzes 5

2.1 Entwicklung der Anzahl der Streitfälle 5

2.2 Ausgewogenheit der VOB/B 5

2.3 Einigungsfrist gemäß § 650 b BGB 6

2.4 Fortschreibung von Verlusten 9

3 Preisbildung nach neuem BGB 11

4 Elemente der tatsächlich erforderlichen Kosten 14

4.1 Abschreibungen von Geräten 15

4.2 Nachunternehmer 17

5 Fazit und Empfehlungen 18

Bei diesem Beitrag handelt es sich um einen wissenschaftlich begutachteten und freigegebenen Fachaufsatz (sogenanntes „reviewed paper“). Die Erstveröffentlichung erfolgte im Fachmagazin Bauingenieur, Bd. 95 (2020) Nr. 6.

Zusammenfassung

Anfang 2018 wurden Regelungen zum Bauvertragsrecht in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aufgenommen, die sich erheblich von denen der VOB/B unterscheiden. Nach dem Gesetz haben sich Auftraggeber und Auftragnehmer innerhalb einer bestimmten Frist über die Höhe der Vergütung geänderter Leistung zu einigen. Es wurde der Begriff der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* eingeführt. Mit Hilfe einer Umfrage untersuchten die Verfasser die Akzeptanz der neuen gesetzlichen Regelungen. Dabei zeigte sich, dass diese Regelungen überwiegend positiv beurteilt werden.

Das System der Bildung des Preises für die geänderten Leistungen nach dem Konzept der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* wurde untersucht. Demnach gleicht er dem Wettbewerbspreis, der wegen nicht optimaler Faktorallokation mit einem Zuschlag versehen ist. Weiter wurden mit einer Umfrage die Ansichten zur Ermittlung von Abschreibungen und zu Nachunternehmerkosten als etwaige Bestandteile der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* untersucht, um darauf basierend Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Hinsichtlich der Abschreibungen bietet sich die Verwendung der Baugeräteliste (BGL) an. Was die Nachunternehmerkosten angeht, ist eine vertragsspezifische Vereinbarung notwendig.

1 Einleitung, Zielsetzung, Bedeutung

Zum 01.01.2018 wurden erstmals spezielle Regelungen zur Abwicklung von Bauaufträgen ins Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aufgenommen [1]. Bis dahin gab es lediglich mit der VOB/B allgemein anerkannte Regelungen zur Abwicklung von Bauverträgen. Ziele der neuen gesetzlichen Regelungen sind gemäß der Gesetzesbegründung [2] u. a. die Vermeidung von Streit und eine Beschränkung des Verlustes des bauausführenden Unternehmens bei der Ausführung geänderter Leistungen. Das Gesetz fordert mit § 650 b, Absätze 1 und 2, die Vertragsparteien auf, innerhalb von 30 Tagen Einigkeit über die Höhe der Vergütung bei geänderten Leistungen zu erlangen. Kommt eine Einigung nicht zustande, kann der Auftraggeber gemäß § 650 b Absatz 2 die Arbeiten anordnen, woraufhin der Auftragnehmer leisten muss. Der Auftragnehmer hat dann gemäß § 650 c Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 die Wahl, ob er nach *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* oder auf Grundlage einer Urkalkulation abrechnet.

Ziel des vorliegenden Berichtes ist es, die Akzeptanz der gesetzlichen Regelung zu untersuchen. Es wird eine Theorie zur Höhe des Preises für die geänderten Leistungen

vorgestellt. Schließlich werden Vorschläge dazu unterbreitet, welche Hilfsmittel zur Ermittlung der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* herangezogen werden können.

Die neue gesetzliche Regelung bedeutet einen erheblichen Unterschied gegenüber dem bisher bei Verträgen nach VOB/B verfolgten Grundsatz *„Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“*. Diese Formel bringt den Grundsatz zum Ausdruck, dass Einheitspreise, die mit dem ursprünglichen Vertrag vereinbart worden sind, und deren Höhe die Erwirtschaftung eines Gewinns oder eines Verlusts versprechen, bei einer Fortschreibung des Vertrages weiterhin Gewinne bzw. Verluste erzeugen.

Aktuelle Urteile, siehe [3] bis [6], scheinen einen Paradigmenwechsel anzukündigen, da der oben zitierte Grundsatz auch bei Verträgen nach VOB/B nicht mehr angewendet worden ist.

Die Verfasser führten eine Umfrage unter Fachleuten verschiedener Disziplinen im Bauwesen durch. Berufs- und Interessenvertretungen wurden gebeten, ihre Mitglieder auf die Umfrage aufmerksam zu machen. Die Fragen wurden über einen Fragebogen verteilt, und an der Umfrage konnte auch über ein Online-Portal teilgenommen werden. Es wurden 16 Fragen mit bis zu 4 Unterfragen gestellt. Je Fragebogen ergaben sich 21 Antwortmöglichkeiten. Die möglichen Antworten waren vorgegeben. Es konnten 73 Fragebögen ausgewertet werden. Sie wurden im Mittel zu einem Anteil von 94 % ausgefüllt.

Die Teilnehmer wurden nach ihrer Berufsausbildung (Ingenieur, Jurist, Kaufmann, Sonstiges) und ihrer Rolle im Projekt befragt, wobei zwischen Auftraggebervertretern (AG), Mitarbeitern in einem Bauunternehmen (Auftragnehmer; AN) sowie Mitarbeitern an einer Hochschule, einer Anwaltskanzlei oder einem beratenden Ingenieurbüro unterschieden wurde. Im Folgenden werden die drei Gruppen als AG, AN und Berater bezeichnet. 33 Personen wurden der Gruppe der AG zugeordnet, 29 Personen der Gruppe der AN, und 10 Personen wurden der Gruppe der Berater zugewiesen.

Bei vielen Fragen wurde nach einer Einschätzung gefragt. Um eine Antworttendenz zu erhalten, wurde eine gerade Anzahl von Antwortmöglichkeiten vorgegeben, wobei die beiden Pole mit *„Ja“* und *„Nein“* und die beiden mittleren Bereiche mit *„eher ja“* und *„eher nein“* bezeichnet wurden; waren als Pole andere Antworten als *„Ja“* und *„Nein“* vorgegeben, so wurden die mittleren Bereichen entsprechend mit *„eher“* bezeichnet.

2 Zu erwartende Akzeptanz des Gesetzes

In diesem Kapitel werden auf Grundlage der Umfrage die zu erwartende Akzeptanz des neuen Gesetzes und die an das Gesetz geknüpfte Erwartungen vorgestellt.

2.1 Entwicklung der Anzahl der Streitfälle

Die Teilnehmer wurden gefragt, ob nach ihrer Einschätzung die Anzahl der Streitfälle abnehmen wird. Die Antworten wurden nach Rolle im Projekt und nach Berufsausbildung differenziert untersucht. In Tabelle 1 sind die Werte aufgeführt.

	nein + eher nein	**eher ja + ja**
Antworten gesamt	92 %	8 %
differenziert nach Rolle im Projekt:		
davon AG	96 %	4 %
davon AN	86 %	14 %
davon Berater	100 %	0
differenziert nach Berufsausbildung:		
Ingenieure	92 %	8 %
Juristen, Kaufleute	93 %	7 %

Tabelle 1: Antworten auf die Frage, ob mit weniger Streitfällen gerechnet wird

92 % der Personen, die die Frage bearbeiteten, antworteten mit *„nein“* oder *„eher nein“*, und 8 % der Teilnehmer antworteten mit *„eher ja“* oder *„ja“*. Auch bei einer Differenzierung nach Rolle im Projekt zeigt sich eine jeweils große Mehrheit, die eine Abnahme der Streitfälle nicht erwartet. Auffallend ist die mit 14 % deutlich bessere Bewertung als die der AG mit lediglich 4 %. Was die erwartete Entwicklung der Streitfälle angeht, sind die an das neue Gesetz geknüpften Hoffnungen durchweg gering.

2.2 Ausgewogenheit der VOB/B

Die VOB/B ist weiterhin durch die öffentliche Hand obligatorisch anzuwenden [7]. Der für die VOB/B zuständige Hauptausschuss Allgemeines (HAA) des deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA) hat mitgeteilt, vor einer evtl. Anpassung der VOB/B zunächst die weitere Entwicklung zu beobachten [8]. Langen [9] gibt zu bedenken, dass die VOB/B möglicherweise *„insgesamt als nicht mehr ausgewogen und damit AGB-widrig“* beurteilt werden könnte, wenn sie *„längerfristig“* nicht an das neue gesetzliche Leitbild angepasst werde. Nach Popescu [10] halten die Anordnungsrechte der VOB/B *„einer isolierten*

Inhaltskontrolle nicht stand“, weswegen die entsprechenden Vergütungsregelungen auch *„unwirksam“* seien.

Die Teilnehmer wurden daher gefragt, ob sie die Regelungen der VOB/B hinsichtlich der Vergütung von Nachträgen insgesamt für ausgewogen hielten. Die Antworten wurden nach Rolle im Projekt und Berufsgruppen differenziert untersucht. Die Tabelle 2 zeigt die Antworten nach Gruppen differenziert.

	nein + eher nein	**eher ja + ja**
Antworten gesamt	28 %	72 %
davon AG	26 %	74 %
davon AN	34 %	66 %
Berater	11 %	89 %
Ingenieure	30 %	70 %
Juristen	33 %	67 %

Tabelle 2: Antworten auf die Frage nach der Ausgewogenheit der VOB/B

Bei allen betrachteten Differenzierungen der Antwortenden zeigt sich eine sehr große Mehrheit, die angibt, dass die Regelungen der VOB/B zur Vergütung zusätzlicher oder geänderter Leistungen ausgewogen oder eher ausgewogen sind. Es fällt auf, dass die ablehnende Haltung der AN mit 34 % und die der Juristen mit 33 % sehr ähnlich und vor allem hoch ist, wohingegen die Bewertung durch die AG-Seite mit einer ablehnenden Haltung von 26 % günstiger ausfällt. Die Antworten lassen eine Änderung der VOB/B nicht zwingend erscheinen, wobei die Minderheit der AN und der Juristen mit > 30 % relativ hoch ist.

2.3 Einigungsfrist gemäß § 650 b BGB

Gemäß § 650 b BGB sollen sich AG und AN innerhalb einer Frist von 30 Tagen, nachdem der AG den Wunsch einer Änderung der Leistung geäußert hat, über die Höhe der Vergütung einigen. Wenn innerhalb der Frist keine Einigung gefunden wird, dann kann der AG die Ausführung der geänderten Leistung anordnen, was dem AN das Recht gibt, das Verfahren auszuwählen, nach dem die geänderten Leistungen abzurechnen sind, nämlich entweder durch Fortschreibung der Urkalkulation oder nach den *„tatsächlich erforderlichen Kosten.“* Der Gesetzgeber hatte mit der neuen Regelung die wirtschaftliche Lage der AN im Blick, wenn sich in der Gesetzesbegründung das Argument findet, dass Angebotspreise

„…*etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich*“ [2] seien. Die Frist spielt damit im neuen Gesetz eine sehr wichtige Rolle. Nach VOB/B, § 2 Absätze 5 und 6, sollen sich die Vertragspartner über die Höhe der Vergütung einigen, aber die VOB/B knüpft keine Folgen daran, wenn eine solche Einigung nicht gefunden wird – sie wird dann ohne Weiteres auf einen späteren Zeitpunkt verlegt.

Ein Überschlag über die benötigten Zeiten für die notwendigen Schritte bis zu einer Einigung zeigt, dass die Einhaltung der Frist in der Praxis auf Schwierigkeiten stoßen kann. Die Frist beginnt mit dem vom AG geäußerten Änderungsbegehren. Es wird angenommen, dass für das Aufstellen eines Angebotes 14 Tage und für die Prüfung und Meinungsbildung beim AG 10 Tage benötigt werden. Es schließen sich Verhandlungen an, und es sind die Zustimmungen aller Beteiligter einzuholen. Bei einer Frist von 30 Tagen verblieben damit für diesen letzten Schritt nur noch 6 Tage, was als sehr kurz anzusehen ist, zumal der sonstige Baustellenbetrieb ja fortschreitet. Nach Ansicht der Verfasser ist daher eine Einigungsfrist von 30 Tagen sehr knapp bemessen und als gefährdet einzustufen. Um das Problem zu umgehen, könnte der AG versucht sein, die Änderung unmittelbar mit dem Änderungsbegehren anzuordnen. Putzier [11] sieht diese Möglichkeit nur in Ausnahmefällen und nicht regelmäßig.

Die Teilnehmer wurden danach gefragt, ob sie es für richtig halten, dass gemäß VOB/B eine Einigung über die Höhe der Vergütung nicht zwingend vor der Ausführung zu treffen ist. Sie wurden weiter gefragt, ob sie es begrüßten, wenn eine Frist existierte, innerhalb derer eine Einigung zu treffen ist.

Die nachfolgende Abbildung 1 zeigt die Antworten nach Rolle im Projekt differenziert:

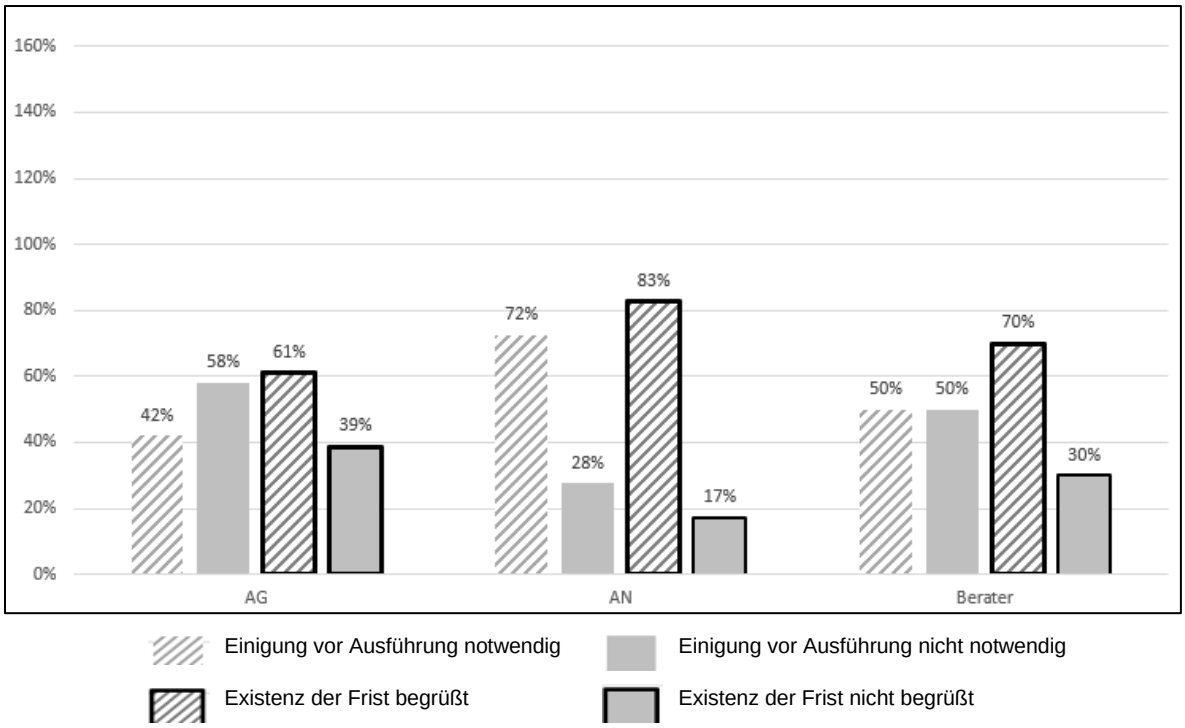

Abbildung 1: Antworten auf die Fragen nach der Einigungsfrist

Die diagonal gestreiften und die grauen Balken ohne Rahmen (jeweils links) zeigen die Antworten darauf, ob es für richtig gehalten wird, dass eine Einigung über die Höhe der Vergütung nicht vor Ausführung gefunden werden muss, wie das nach aktueller VOB/B der Fall ist. Die diagonal gestreiften Balken zeigen an, dass eine Einigung vor Ausführung für notwendig erachtet wird, und die grauen Balken zeigen die gegenteilige Antwort an. Die diagonal gestreiften und die grauen Balken mit Rahmen zeigen die Antworten auf die Frage, ob eine Frist, innerhalb derer sich die Parteien über die Höhe der Vergütung zu einigen haben, für sinnvoll erachtet wird. Die diagonal gestreiften Balken mit Rahmen zeigen Zustimmung, die grauen Balken mit Rahmen zeigen Ablehnung. Die AG halten mit mehrheitlich 58 % eine Einigung vor Ausführung nicht für unbedingt notwendig, stehen aber andererseits einer Frist mit einer Mehrheit von 61 % positiv gegenüber. Die AN halten eine Einigung vor Ausführung mit einer Mehrheit von 72 % für notwendig, und sie begrüßen eine Frist mit einer deutlichen Mehrheit von 83 %. Die Berater sind hinsichtlich der Frage nach der Notwendigkeit einer Einigung vor Ausführung genau unentschieden, nehmen aber bei der Frage nach der Frist eine mit 70 % deutlich positive Bewertung vor. Demnach beurteilen die AN die Regelungen des Gesetzes sehr positiv, was erheblich zur Akzeptanz beitragen wird. Die AG nehmen hier eine eher zurückhaltende Bewertung vor, wobei die Regelungen mehrheitlich nicht abgelehnt werden. Daher kann auch bei den AG eine gute Akzeptanz erwartet werden. Das gilt in analoger Weise auch für die Berater.

Es wurde auch danach gefragt, wie die Länge der 30-Tages-Frist bewertet wird. Bei der Auswertung wurden nur die Antworten derjenigen ausgewertet, die der Frist zustimmend begegnen. Siehe hierzu die Tabelle 3.

	Länge der Frist	
	(eher) zu kurz	**(eher) zu lang**
Teilnehmer gesamt	31 %	69 %
AG	26 %	74 %
AN	22 %	78 %
Berater	71 %	29 %
kleine Projekte	36 %	64 %
große Projekte	33 %	67 %

Tabelle 3: Antworten auf die Frage nach der Länge der Frist

Die Frist wird von den AG und AN, die die Frist grundsätzlich begrüßen, als zu lang angesehen; die Mehrheit, die die Frist als eher zu lang ansieht, beträgt bei den AG 74 % und bei den AN 78 %. Die Berater haben hier eine andere Sicht: Sie bewerten die Frist mit einer Mehrheit von 71 % als eher zu kurz. Die Mehrheit, mit denen die Berater die Frist als zu kurz ansehen, liegt in derselben Größenordnung, wie sie von den AG und den AN als zu lang angesehen wird. Die Antworten aller Gruppen zeigen, dass eine schnelle und verbindliche Einigung über die Vergütung wichtig ist, was darauf schließen lässt, dass es der VOB/B an beidem fehlt. Das neue Gesetz stellt damit gegenüber der VOB/B aus aktueller Sicht aller Gruppen eine deutliche Verbesserung dar.

2.4 Fortschreibung von Verlusten

Nach der bisher geübten Praxis *„Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“* werden nicht nur Gewinne bei Fortschreibung der Urkalkulation fortgeführt, sondern auch Verluste. Das neue Gesetz verfolgt ausdrücklich das Ziel, dass der AN Verluste nicht fortschreiben muss, wenn der AG Änderungen begehrt. Um die Akzeptanz dieser Regelung zu eruieren, wurden die Teilnehmer gefragt, ob es ihrer Ansicht nach richtig ist, dass der AN nicht zur Fortschreibung von Verlusten gezwungen werden soll. Die Antworten darauf sind in der Tabelle 4 dargestellt. Neben einer Differenzierung nach Rolle im Projekt wurden die Antworten auch nach der Ausbildung der Antwortenden und danach differenziert, wie gut die Kenntnisse der VOB/B und des BGB durch die jeweils Antwortenden eingeschätzt werden.

	Ist es richtig, wenn der AN Verluste <u>nicht</u> fortschreiben muss?	
	nein + eher nein	**eher ja + ja**
Teilnehmer gesamt	35 %	65 %
AG	52 %	48 %
AN	21 %	79 %
Berater	40 %	60 %
Ingenieure	37 %	63 %
Juristen	17 %	83 %
VOB/B „gut“ und „sehr gut“	35 %	65 %
BGB „gut“ und „sehr gut“	31 %	69 %

Tabelle 4: Antworten zur Frage der Verlustfortschreibung

Die Antwortenden in ihrer Gesamtheit geben mit einer Mehrheit von 65 % an, dass der AN nicht gezwungen sein soll, Verluste fortzuschreiben.

Wenig überraschend lehnt eine große Mehrheit der AN ab, Verluste fortzuschreiben. Die Fraktion der AG ist etwa hälftig geteilt, wobei eine kleine Mehrheit dafür ist, dass der AN Verluste fortschreiben soll. Ingenieure und in größerem Maße Juristen sind mit deutlicher Mehrheit dafür, dass Verluste nicht fortgeschrieben werden. Personen, die angeben, sich mit der VOB/B und dem BGB gut oder sogar sehr gut auszukennen, lehnen ebenfalls mit großer Mehrheit ab, dass Verluste fortzuschreiben sind. Dieses Ergebnis ist ein deutliches Votum für die Abkehr vom bisher geübten Grundsatz *„… schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“*

3 Preisbildung nach neuem BGB

Angenommen, zum Zeitpunkt $t = t_1$ wird der Bauvertrag geschlossen. Es wird der Preis P_1 vereinbart, der sich gemäß Gleichungen (1) und (2) zusammensetzt:

$$P_1 = K_1 + AGK_1 + G_1 = EKT_1 + BGK_1 + AGK_1 + G_1. \quad (1)$$

$$\text{mit } K_1 = EKT_1 + BGK_1 \quad (2)$$

und

EKT_1	Einzelkosten der Teilleistung
BGK_1	Baustellengemeinkosten
AGK_1	Allgemeine Geschäftskosten,
G_1	Gewinn

Die aufgeführten Elemente sind in die Kalkulation der Einheitspreise eingegangen.
Der Index $_1$ zeigt an, dass die Einheitspreise zum Zeitpunkt $t = t_1$ vertraglich vereinbart wurden.

Zum Zeitpunkt $t = t_2$ äußert der AG den Wunsch nach Änderung der Leistung. Laut Gesetz können die im Folgenden mit K_2 bezeichneten *„tatsächlich erforderliche[n] Kosten“* die Grundlage der Vergütung sein. K_2 setzt sich gemäß Gleichung (3) wie folgt zusammen:

$$K_2 = EKT_2 + BGK_2 \quad (3)$$

AGK und G sind gemäß § 650 c Absatz 1 über *„angemessene Zuschläge“* zu ermitteln. Demnach muss K_2 die Einzelkosten der Teilleistung (EKT) und die Baustellengemeinkosten (BGK) umfassen, aber weder die Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) noch den Gewinn (G). Damit wird P_2 der Preis für die geänderte Leistung; siehe hierzu Gleichung (4):

$$P_2 = K_2 + AGK_2 + G_2 = EKT_2 + BGK_2 + AGK_2 + G_2 \quad (4)$$

Nachdem der Preis P_2 für die geänderte Leistung ermittelt worden ist, stellt sich die Frage nach der Höhe der insgesamt resultierenden Vergütung V, denn die ursprünglich vertraglich vereinbarte Leistung wird ja gerade nicht ausgeführt, und daher kann sie auch nicht abgerechnet werden. Laut Gesetzesbegründung [2] ist die Differenz zwischen K_2 und den hypothetisch für die nicht ausgeführte Leistung angefallenen Kosten K^*_1 die Basis zur Ermittlung des neuen Preises; vgl. hierzu auch den zweiten Leitsatz in [4]. Der Gewinn G_1

soll dem AN erhalten bleiben. In der Gesetzesbegründung [2] heißt es dazu: *„Stattdessen soll die im Wettbewerb für die Ausgangsleistungen zustande gekommene anteilige Gewinn- oder Verlustspanne für die jeweilige Bezugsposition in ihrer ursprünglichen Höhe (d. h. als Absolutbetrag) erhalten bleiben…“*. Der Gewinn G_2 und die Allgemeinen Geschäftskosten AGK_2 für den Preis der geänderten Leistungen sind jeweils als angemessener Zuschlag auf K_2 zu ermitteln.

Bei Ersatz der vertraglich vereinbarten Leistung durch eine geänderte Leistung erhält der AN insgesamt die Vergütung V. Sie ergibt sich gemäß Gleichung (5) durch den Wegfall der vertraglich vereinbarten Leistung und durch Hinzunahme der geänderten Leistung.

$$V = G_1 + K_2 + (AGK_2 + G_2)(K_2) - K^*_1 + K_1 \qquad (5)$$

mit

$(AGK_2 + G_2)(K_2)$	Allgemeine Geschäftskosten und Gewinn als Funktion von K_2 zum Zeitpunkt $t = t_2$
K^*_1	Kosten, die entstanden wären, wenn die Leistung wie vertraglich vereinbart ausgeführt worden wäre

Die Elemente der Gleichung (5) werden nachfolgend im Einzelnen erläutert.

$K_2 = EKT_2 + BGK_2$ = tatsächlich erforderliche Kosten

Die Gesetzesbegründung [2] schließt ausdrücklich aus, dass es sich bei *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* um die *„ortsüblichen und angemessenen“* Kosten im Sinne des § 632 handeln soll. Von Rintelen [12] schreibt zum Charakter der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“*: *„Das bedeutet - unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit - eine Erstattung der entstandenen Selbstkosten des Unternehmers.“* Lindner [13] kommt zu folgendem Schluss: *„Tatsächlich erforderliche Kosten sind direkte Kosten (Lohn, Geräte, Material, Sonstiges, Nachunternehmer, ggfs. auch deren BGK), deren Entstehung unter Berücksichtigung der konkreten Situation des Unternehmers sowie der Baustelle zum Zeitpunkt der Ausführung des Nachtrags aus objektiver Sicht technisch sinnvoll und wirtschaftlich vernünftig ist.“*

Das Wort *„tatsächlich“* ist eine nähere Bestimmung zu *„erforderlich“*. Vorrangig ist damit die Vokabel *„erforderlich“*. Wenn die Kosten erforderlich sind, dann müssen sie notwendigerweise auch in der Wirklichkeit anfallen. Die nähere Bestimmung *„tatsächlich“* zeigt an, dass es sich bei den Kosten um Tatsachen handelt, dass also die

Kosten wirklich entstanden sind. Sie können damit erst nach Abschluss der Ausführung zusammengestellt werden. Wenn höhere Kosten als die *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* entstanden sein sollten, dann waren sie zum Teil nicht erforderlich. Geringere Kosten als die erforderlichen Kosten können nicht anfallen. Um K_2 zu bestimmen, müssen EKT_2 und BGK_2 bestimmt werden. EKT_2 sind unmittelbar der Leistung zuzuordnen. Eine Beobachtung ist daher mindestens theoretisch eindeutig möglich, z. B. Lohnstunden, Material. BGK_2 fallen als Teil der BGK der Gesamtmaßnahme an. BGK fallen per Definition für mehrere Teilleistungen an und können nicht einer Einzelleistung zugewiesen werden. Es ist daher auch nicht möglich, einen Mehraufwand bei den BGK einer Teilleistung zuzuweisen. Eine Bestimmung von BGK_2 ist daher nur überschlägig möglich.

Bei vollständiger Konkurrenz führt der Wettbewerb zu optimaler Faktorallokation und damit zu geringsten Kosten und zum geringsten Preis. In der Regel wird das Angebot mit dem geringsten Preis angenommen, womit die optimale Faktorallokation realisiert wird. Wenn Leistungen nach Vertragsschluss geändert werden, trifft die neue Nachfrage auf eine vorhandene Faktorallokation, und somit ist die Faktorallokation für die geänderte Leistung i. A. nicht optimal. Damit ist K_2 höher, als es Kosten K_W wären, wenn für die geänderte Leistung im Wettbewerb ein Preis ermittelt würde; siehe hierzu Gleichung (6):

$$K_2 = K_W + \Delta K_Ä, \text{ mit } \Delta K_Ä \geq 0 \qquad (6)$$

mit

K_W Kosten, die entstanden wären, wenn die Leistung im Wettbewerb vergeben worden wäre

$\Delta K_Ä$ Betrag der Kosten, die durch den fehlenden Wettbewerb und daher aus der nicht optimalen, sondern der gegebenen Faktorallokation ergeben

K^*_1 = Kosten, die hypothetisch angefallen wären, wenn keine Änderung eingetreten wäre

Es sind diejenigen Kosten zu bestimmen, die angefallen wären, wenn die nicht geänderte Leistung zum vorgesehenen Zeitpunkt ausgeführt worden wäre. K^*_1 kann damit per Definition nicht in der Wirklichkeit beobachtet werden. K^*_1 setzt sich gemäß Gleichung (7) wie folgt zusammen:

$$K^*_1 = EKT^*_1 + BGK^*_1 + AGK^*_1 \qquad (7)$$

K^*_1 muss die AGK^*_1 enthalten, da im Gesetz von *„Kosten“* die Rede ist, als welche AGK zu betrachten sind. Es ist auch insoweit plausibel, als die mit K^*_1 korrespondierende Leistung ja nicht ausgeführt wird und der AN dafür keinen Anspruch auf Vergütung hat, andererseits soll ihm aber der Gewinn erhalten bleiben. Diese Lösung kann analog zu einer freien Kündigung betrachtet werden, bei der dem AN die volle Vergütung abzüglich der ersparten Kosten zusteht – auch hier müssen diejenigen Kosten in Abzug gebracht werden, die entstanden wären, wenn die Leistung ohne Änderung ausgeführt worden wäre, und nicht diejenigen Kosten, die kalkuliert und damit als Kosten prognostiziert worden sind.

Unterschiede zwischen K_1 und K^*_1 können durch Entwicklungen der Stoff- und Materialkosten oder auch der Nachunternehmerkosten entstehen. K^*_1 kann nur bestimmt werden, indem die Größen EKT^*_1, BGK^*_1 und AGK^*_1 bestimmt werden. Zur Schwierigkeit der Bestimmung der BGK und AGK siehe oben.

$(AGK_2 + G_2)(K_2)$: AGK_2 und G_2 als Abhängige von K_2

Das Gesetz fordert die Ermittlung von AGK_2 und G_2 als *„angemessene Zuschläge“.* Die Gesetzesbegründung führt an, dass der AN durch vom AG induzierte Änderungen keine Vorteile und auch keine Nachteile haben soll. Daher sind dem AN für die AGK solche Deckungsbeiträge zu vergüten, die er durch Erbringung der geänderten Leistung erwirtschaften muss. Dieser Wert kann daher nur unternehmensindividuell und periodenweise festgelegt werden. Die Überprüfbarkeit entzieht sich dem AG weitgehend, kann aber anhand vergleichbarer Bauvorhaben und etwaiger Angaben in der Urkalkulation plausibilisiert werden. Für G_2 kann ein Betrag als angemessen angesehen werden, der erzielt würde, wenn die geänderte Leistung zum Zeitpunkt der Äußerung des Änderungswunsches im Wettbewerb vergeben würde. Dadurch würde nämlich ein Ersatz des Opportunitätsgewinns gewährt: Der hypothetische Gewinn, den der AN wegen der Leistungsänderung am bestehenden Vertrag nicht in einem anderen Vertrag realisieren kann. Bei Verlusten gilt das Erläuterte gerade andersherum.

4 Elemente der tatsächlich erforderlichen Kosten

Es stellt sich die Frage, wie die *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* praktikabel festgestellt werden können. In der oben genannten Umfrage wurde u. a. nach den Kostenarten Abschreibungen und Nachunternehmerleistungen gefragt.

4.1 Abschreibungen von Geräten

Die Gerätekosten, davon wiederum die Abschreibungen, haben bei geräteintensiven Baustellen einen erheblichen Anteil an den Kosten K_2. Die Höhe der Abschreibung hängt vom Neuwert der Geräte und der Nutzungsdauer ab, und damit sind die Abschreibungen bei den Unternehmen unterschiedlich. Fraglich ist, wie Abschreibungen nachvollziehbar ermittelt werden können. Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V. gibt die Baugeräteliste (BGL) heraus. Darin sind für alle gängigen Baugeräte mitsamt Anbaugeräten und Zubehör mittlere Neuwerte und übliche Nutzungsdauern, die, soweit möglich, den amtlichen AfA-Tabellen (Abschreibung für Anlagegüter) entnommen wurden, aufgeführt. Die BGL könnte daher geeignet sein, Gerätekosten anhand der Kenntnis des Typs und des Alters der Geräte zu ermitteln. Den Teilnehmern der Umfrage wurde daher die Frage gestellt, ob die Abschreibungen unternehmensindividuell oder nach den Ansätzen der BGL ermittelt werden sollten. Als Antwortmöglichkeiten standen die beiden Pole „unternehmensindividuell“ und „BGL“ sowie die jeweiligen Abschattungen „eher unternehmensindividuell“ und „eher BGL“ zur Verfügung. Die Abbildung 2 zeigt die Antworten der Teilnehmer nach Rolle im Projekt differenziert.

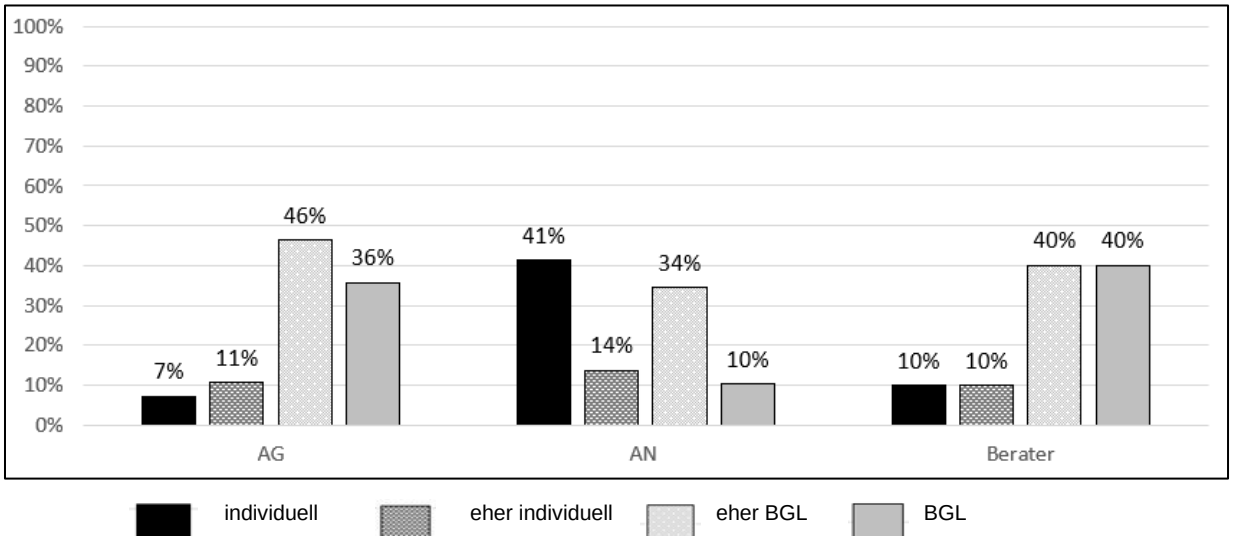

Abbildung 2: Antworten auf die Frage nach Abschreibungen

Zur Interpretation der Daten aus Abbildung 2 werden jeweils die Summen aus „individuell“ und „eher individuell“ sowie aus „eher BGL“ und „BGL“ betrachtet. Damit begrüßen die AG den Vorschlag mit einer deutlichen Mehrheit von 82 % (= 46 % + 36%) gegenüber 18 % (= 7 % + 11 %), ebenso wie die Berater mit 80 % (= 40 % + 40 %) gegenüber 20 % (= 10 % + 10 %). Die Antworten der AN fallen weniger deutlich aus: Diejenigen, die eine Abrechnung nach BGL begrüßen, sind mit 45 % (= 34 % + 10 %) gegenüber 55 % (41 % + 14 %) in der Minderheit. Während die AG und die Berater

möglicherweise die gute Nachvollziehbarkeit der BGL schätzen, glauben die AN möglicherweise, mit unternehmensindividuellen Abschreibesätzen wirtschaftlicher agieren zu können.

Die Abbildung 3 zeigt die Antworten nach Größe der betreuten Projekte differenziert.

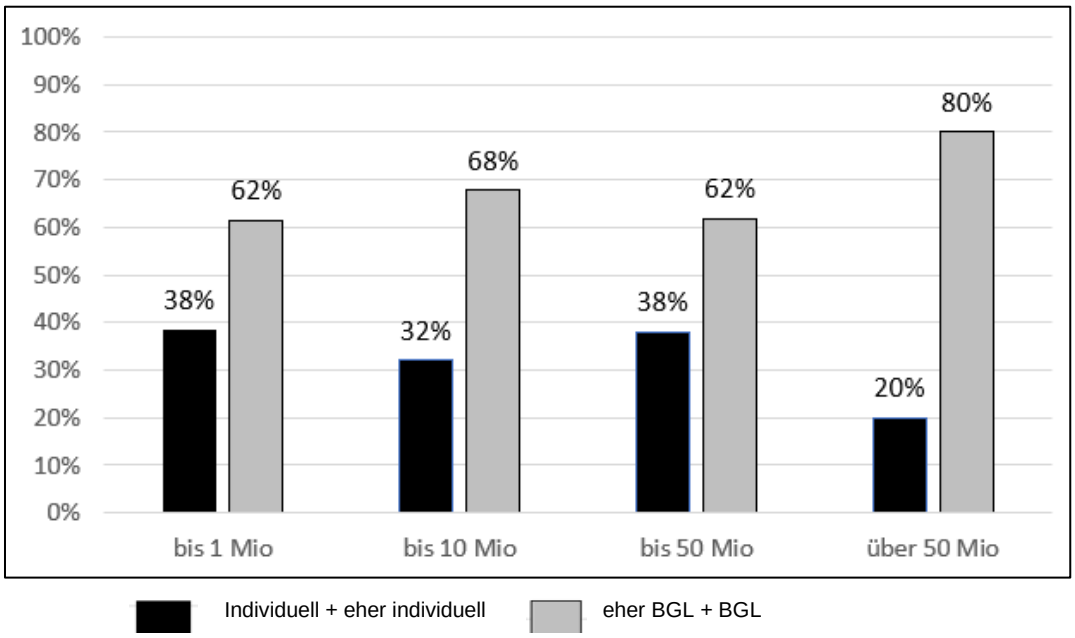

Abbildung 3: Antworten auf die Frage nach Abschreibung – nach Größe der betreuten Projekte differenziert

Es zeigt sich, dass die Zustimmung zur Abrechnung nach BGL mit Werten zwischen 62 % und 80 % überwiegt, wobei mit zunehmender Größe der von den Teilnehmern überwiegend betreuten Projekte der Anteil der Zustimmung tendenziell ansteigt. Ein Grund kann sein, dass die Bearbeiter überwiegend großer Projekte die unkomplizierte und auch nach langer Zeit nachvollziehbare Ermittlung von Abschreibungen schätzen.

Es bietet sich demnach an, eine vertragliche Vereinbarung zu treffen, nach der Abschreibungen auf Grundlage der BGL zu ermitteln sind. Auf der Baustelle wären dafür nur die eingesetzten Gerätetypen und deren Alter zu notieren. Zusätzlich kann ein Faktor f_{BGL} vereinbart werden, mit dem der in der BGL genannte, mittlere Neuwert zu multiplizieren ist, um darauf basierend die Höhe der Abschreibungen für geänderte Leistungen zu ermitteln. Der Wert f_{BGL} kann auch als Zuschlagskriterium verwendet werden. Mit der Einführung von f_{BGL} kann möglicherweise dem Grund der Ablehnung der Abrechnung nach BGL durch die AN begegnet werden, denn es kann auch $f_{BGL} > 1$ gewählt werden.

4.2 Nachunternehmer

Neben den Lohnkosten und den Abschreibungen können auch Kosten von Nachunternehmern (NU) einen erheblichen Anteil an den Baukosten ausmachen. Fraglich ist, ob die entsprechenden Kosten in allen Fällen nach denselben Kriterien zu ermitteln sind wie für den AN selber, oder ob hier Vereinfachungen möglich oder geboten sind. Eine solche Vereinfachung kann darin bestehen, dass bei geänderten Leistungen lediglich die Rechnung des NU vorgelegt würde. Je größer aber der Anteil der Leistung des NU an den gesamten Baukosten ist, desto weniger sachgerecht scheint das bloße Vorlegen einer Rechnung zu sein, denn damit kann die Erforderlichkeit der Kosten nicht geprüft werden. Sindermann [14] führt an, dass bei von NU erbrachten Leistungen die *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* genau so zu ermitteln seien wie beim AN: *„… es sind also zur Ermittlung der Nachtragsvergütung in Zusammenhang mit Fremdleistungen entsprechend – erstens – der zweckgerichtete Einsatz von Produktionsfaktoren bzw. Dienstleistungen (Personal, Material, Gerät etc.) und – zweitens – die diesbezüglichen Kosten in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten im Einzelnen darzulegen.“* Das Vorlegen einer Rechnung für NU-Leistungen reicht damit nach Sindermann nicht aus. Die Teilnehmer wurden daher gefragt, welche Art der Kostenermittlung sie für richtig halten. Die Tabelle 5 zeigt die Verteilung der Antworten differenziert nach Rolle im Projekt und nach Ausbildung, hier nach Ingenieuren und Juristen unterschieden.

	(eher) tatsächlich erforderliche Kosten	(eher) Rechnung
AG	46 %	54 %
AN	55 %	45 %
Berater	50 %	50 %
Ingenieure	45 %	55 %
Juristen	69 %	31 %

Tabelle 5: Ermittlung der Kosten für NU-Leistungen, differenziert nach Rolle im Projekt

Die Antworten zwischen AG, AN und Beratern sind mit nur geringen Abweichungen sehr ausgewogen. Werden die Antworten nach der Ausbildung der Teilnehmer differenziert, so zeigt sich jedoch ein anderes Bild. Demnach halten sich die Antworten der Ingenieure mit einem leichten Vorsprung für die Variante *„Rechnung“* in etwa die Waage, während die Juristen mit recht großer Mehrheit dafür stimmen, auch die Kosten der NU nach dem Konzept der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* zu ermitteln. Damit ist deutlich, dass es eine generelle Antwort nicht gibt, sondern im Einzelfall über ein Verfahren zu entscheiden ist. Ein Lösungsvorschlag ist es, mit Vertragsschluss zu fixieren, welche Leistungen durch NU erbracht werden sollen, und für welche der entsprechenden Gewerke die *„tatsächlich*

erforderlichen Kosten“ nachzuweisen sind, oder ob das bloße Vorlegen einer Rechnung ausreichen soll.

5 Fazit und Empfehlungen

Die Umfrageergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen: Die Teilnehmer haben nicht die Erwartung, dass das neue Gesetz zu einer Abnahme der Anzahl der Streitfälle führen wird. Die Regelungen der VOB/B hinsichtlich der Vergütung geänderter und zusätzlicher Leistungen werden überwiegend als ausgewogen angesehen. Die AN werten die aktuelle Regel der VOB/B, nach der eine Vereinbarung der Vergütung nicht obligatorisch vor Ausführung gefunden werden muss, als sehr negativ, so dass sich ihre Situation durch das Gesetz verbessern wird. Die vom Gesetz vorgesehene Frist, innerhalb derer sich die Vertragsparteien über die Höhe der Vergütung bei geänderten Leistungen einigen sollen, wird als solche positiv beurteilt. Die Mehrheit derjenigen, die die Frist begrüßen, bewertet sie jedoch tendenziell als zu lang. Sehr deutlich fällt die Ablehnung einer Verpflichtung zur Fortschreibung von Verlusten bei vom AG induzierten Änderungen aus. Das neue Gesetz trifft auf eine gute Akzeptanz, wobei die Erwartungen nicht übermäßig hoch sind.

Es wurde untersucht, wie sich der nach dem Gesetz zu findende Preis darstellt. Dabei wurde festgestellt, dass der Preis dem Wettbewerbspreis zuzüglich eines Zuschlags aus notwendigerweise nicht optimaler Faktorallokation entspricht. Zur Ermittlung *„angemessener Zuschläge“* für Allgemeine Geschäftskosten kann ein Rückgriff auf die Urkalkulation sinnvoll sein. Für den Gewinn G sind solche Zuschläge heranzuziehen, wie sie zum Zeitpunkt der Äußerung des Änderungswunsches im Wettbewerb bei vergleichbaren Vorhaben gefunden werden.

Zur Ermittlung der Gerätekosten bietet die BGL eine gute Basis, um Abschreibesätze nachvollziehbar und für alle Seiten befriedigend ermitteln zu können. Hilfreich könnte hier der Einsatz eines Faktors f_{BGL} sein, mit dem der Wert der in der BGL aufgeführten mittleren Neuwerte multipliziert wird. Dieser Faktor kann auch als Zuschlagskriterium verwendet werden. Zu den NU-Leistungen lässt sich feststellen, dass die Juristen überwiegend dafür plädieren, die tatsächlich erforderlichen Kosten nach denselben Kriterien zu ermitteln, wie sie für den Hauptunternehmer gelten. Die Ingenieure nehmen hier eine insgesamt unentschiedene Haltung ein. Als Empfehlung folgt daraus, zum Vertragsschluss festzulegen, für welche von NU zu erbringende Gewerke das Vorlegen von Rechnungen ausreichend sein soll, und für welche die *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* detailliert zu ermitteln sind.

Literaturverzeichnis

[1] BGB, geändert durch Artikel 1 des „Gesetz[es] zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ vom 28.04.2017 mit Wirkung zum 01.01.2018.

[2] Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 18/8486 vom 18.05.2016.

[3] OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2018, 12 U 88/17.

[4] KG Berlin, Urteil vom 10.07.2018, 21 U 30/17.

[5] KG Berlin, Urteil vom 27.08.2019, 21 U 160/18.

[6] BGH, Urteil vom 08.08.2019, VII ZR 34/18.

[7] Schreiben des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit an das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung und die Bauverwaltungen der Länder vom 18.05.2017, Betreff „Reform des Bauvertragsrechts im BGB; Anwendung der VOB/B“, Aktenzeichen BI7 – 81063.7/0.

[8] Hauptausschuss Allgemeines (HAA) des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA): „Mitteilung des Hauptausschusses Allgemeines“ vom 18.01.2018. Zu finden unter https://www.bmi.bund.de/DE/themen/bauen-wohnen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/bauauftragsvergabe-artikel.html [Zugriff am: 14.04.2020].

[9] *Langen, W.:* Guter Preis bleibt gut, schlechter Preis wird gut: Folgen der AGB-Unwirksamkeit der VOB/B nach neuem Recht. *In*: NZBau (2019), Heft 1, S. 10 – 15.

[10] *Popescu, P.:* Die VOB/B und das neue gesetzliche Leitbild zur Anordnung und Preisanpassung. *In:* BauR, (2019), Heft 2a, Seite 329 -333.

[11] *Putzier, E.*: Sofortiges Änderungsanordnung unter dem Bauvertragsrecht 2018. In: NZBau (2018), Heft 3, S. 131 - 134.

[12] Kniffka/ von Rintelen, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 28.10.2019, § 650 c Rdn. 25, https://www.ibr-online.de [Zugriff am: 14.04.2020]

[13] *Lindner, M.*: Ist § 650 c BGB eine sichere Grundlage für Nachträge? *In:* Bayerischer Kommunaler Prüfungsverband, Geschäftsbericht 2017.

[14] *Sindermann, T.*: Die Urkalkulation in Zeiten tatsächlich erforderlicher Kosten. *In:* NZ Bau (2019), Heft 5, S. 284 – 289.

Impressum

1. Auflage 2020, Neudruck 2023
Erstveröffentlichung: Bauingenieur, Bd. 95 (2020) Nr. 6

Autoren:

Dr.-Ing. Dipl.-Wirt. Ing. Wulf Himmel, Fachbereichsleitung Baubetrieb bei der MCE CONSULT AG

Prof. Dr.-Ing. Alexander Malkwitz, Leiter des Instituts für Baubetrieb und Baumanagement an der Universität Duisburg-Essen

Dipl.-Ing. Christoph Surmann, Vorstand der MCE CONSULT AG

Dipl.-Ing. (FH) Christian Geiger, Vorstand der MCE CONSULT AG

MCE CONSULT AG
Management-Consulting-Engineering
II. Hagen 7
45127 Essen

Fon + 49 201 63 00 8- 0
Fax + 49 201 63 00 8 - 29
mail@mce-consult.com
www.mce-consult.com

Vertreten durch den Vorstand:
Christian Geiger, Maren Janßen, Christoph Surmann

Register: Handelsregister Amtsgericht Essen
Registernummer: HRB Nr.: 22 146
Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: DE268673319