

Preisermittlung nach § 2 Abs. 5 VOB/B – Gut bleibt gut und schlecht bleibt schlecht?

Thomas Heilfort¹

In den letzten Jahren wird eine intensive Diskussion um die „richtige“ Methode zur Preisermittlung bei Mengen- und Leistungsänderungen gemäß § 2 VOB/B geführt. In diesem Beitrag werden die wesentlichen Varianten und Vorschläge einschließlich der Interessenlage von Auftraggeber und Auftragnehmer untersucht sowie Alternativen zur Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 5 VOB/B vorgestellt und bewertet. Die Darstellung erfolgt dabei vor allem aus Sicht des Sachverständigen, der die entsprechenden Berechnungen letztlich vornehmen muss².

1 Einleitung

Eine der scheinbar allgemein gültigen Faustformeln im Baubetrieb lautet: „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“. Von wenigen Ausnahmen abgesehen sind „alle beteiligten Verkehrskreise in den letzten ca. 100 Jahren nicht einmal auf den Gedanken gekommen [...], dieser VOB-Regelung ein anderes Verständnis zugrunde zu legen“³.

Der von Korbion so prägnant postulierte Grundsatz von der Fortschreibung der Wettbewerbspreise im Fall von Nachtragsleistungen war sogar so ehern festgeschrieben, dass noch 2009 namhafte Autoren von Buchveröffentlichungen zu Vergütungsanspruch und Nachtragskalkulation „wie selbstverständlich davon ausgegangen [sind], dass sich daran nichts ändert und auch nichts ändern kann“⁴.

Vygen hingegen hat schon 2006 darauf verwiesen, dass „*bei der praktischen Umsetzung dieses so klaren Grundsatzes [...] durchaus Probleme*“ auftreten können⁵. Auch im Standardwerk „*Bauzeitverzögerung und Leistungsänderung*“ wird mit Blick auf die Regel von den guten und schlechten Preisen darauf hingewiesen, dass dies der „*Wortlaut der VOB/B [...] gar nicht so eindeutig sagt, weil der zweite Halbsatz von § 2 Abs. 5 VOB/B [...] nur von auszugleichenden Mehr- oder Minderkosten*“ spricht⁶.

¹ Der Autor ist Sachverständiger für Bauablaufstörungen und Honorarprofessor an der TU Dresden

² Dieser Beitrag ist eine Zusammenfassung des Vortrags zum VSVI-Seminar „Bauvertragsrecht“ vom 15.02.2012 in Friedberg/Hessen.

³ So Vygen/Joussen/Schubert/Lang: *Bauverzögerung und Leistungsänderung*, 6. Aufl. 2011, Teil A, Rdn. 488 m. w. N., wobei anzumerken ist, dass die Regel zur Preisfortschreibung in der 1. Fassung der VOB/B von 1926 noch nicht enthalten ist. In § 2 der VOB/B 1926 hieß es lediglich: „*Wird eine Leistung gefordert, die im Verträge nicht vorgesehen ist, oder werden durch Änderung des Bauentwurfes oder durch andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen der Preisberechnung für eine im Verträge vorgesehene Leistung wesentlich verändert, so soll die Vergütung vor der Ausführung vereinbart werden.*“

⁴ Schottke: Die Fortschreibung von Wettbewerbspreisen als einzige praktikable Lösung für den Nachweis der Anspruchshöhe bei Nachtragsleistungen, *BauR* 2011, 1881, 1881.

⁵ Vygen: Vergabegewinn und Vergabeverlust bei Nachtragsforderungen, *BauR* 2006, 894, 894.

⁶ Vygen/Joussen/Schubert/Lang:, 6. Aufl. 2011, Teil A, Rdn. 488, ebenso kritisch: Würfel/Gralla/Sundermeier: *Nachtragsmanagement*, 2. Aufl. 2011, Rdn. 1461.

Trotz vereinzelter Überlegungen zu Alternativen der Fortschreibung von Wettbewerbspreisen entspricht das althergebrachte Verfahren zur Preisermittlung von Leistungsänderungen auf Grundlage der Urkalkulation dennoch nach wie vor der herrschenden Meinung.

Letztlich hat aber der BGH mit zwei zentralen Entscheidungen zu Mischkalkulationen und extrem überhöhten Einheitspreisen den Grundsatz vom guten und schlechten Preis für einzelne Sonderfälle ins Wanken gebracht und damit auch eine Diskussion über die Korbionsche Regel für die Preisfortschreibung angestoßen, die bereits in der Praxis angekommen ist.

2 Norm und Ausnahmen

2.1 Regelfall: Unbedingte Preisfortschreibung

Im Normalfall wird eine nachträgliche Korrektur der etwaig zu hoch oder auch zu niedrig kalkulierten Preise einer Position ausgeschlossen, und zwar explizit auch dann, wenn das Verhältnis zwischen Kosten und Preis der Bezugsposition außergewöhnlich hoch ist⁷.

Bestätigung hat die lineare Preisfortschreibung mit allen Über- oder Unterdeckungen durch das Urteil des BGH vom 25.01.1996 erfahren. Der BGH hat die Preisfortschreibung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B auch als formularmäßige Vertragsregelung nicht für unangemessen erklärt und mit Blick auf den Auftragnehmer festgestellt⁸: „Wenn er im Einzelfall sein ursprüngliches Angebot zu knapp kalkuliert hatte oder wenn ihm ein Kalkulationsfehler unterlaufen war, so ist es nicht unbillig, ihn daran im Rahmen des § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B bei der Neuberechnung des Preises festzuhalten.“

Dieser Normalfall deckt nach wie vor den ganz überwiegenden Anteil an den Nachtragspreisvereinbarungen ab und hat insofern weiterhin Gültigkeit.

2.2 Sonderfall 1: Korrigierende Preisfortschreibung bei Mischkalkulationen

Allerdings hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 18.05.2004 in einer Vergabesache der Kalkulationsfreiheit eines Bieters Grenzen gesetzt, indem festgestellt wurde, dass Angebote mit Einheitspreisen den für die jeweilige Position tatsächlich geforderten Preis vollständig ausweisen müssen. Anderenfalls sei das Angebot von der Wertung auszuschließen⁹.

Dieser Beschluss ließ zwar die Frage offen, wie mit Angeboten zu verfahren sei, die das Vergabeverfahren trotz einer Mischkalkulation überstanden haben und bezuschlagt worden sind. Dennoch hat insbesondere Stemmer diesen Beschluss zum Anlass genommen, für mischkalkulierte Preise eine Abkehr von der unbedingten Preisfortschreibung zu fordern. Stattdessen soll für Mischkalkulationen eine positionsübergreifende, die Mischkalkulation bereinigende Preisfortschreibung erfolgen¹⁰.

⁷ Vgl. Drittlar: Nachträge und Nachtragsprüfung beim Bau- und Anlagenbauvertrag, 2010, Rdn. 284 und 288 m. w. N.

⁸ BGH: Urteil vom 25.01.1996 (VII ZR 233/94), BauR 1996, 378, 381.

⁹ BGH: Urteil vom 18.05.2004 (X ZB 7/04), BauR 2004, 1433.

¹⁰ Vgl. die Beiträge von Stemmer: Mischkalkulationen sind unzulässig, sind spekulative Preisgestaltungen passé? VergabeR 2004, 549, 557; Nochmals: „Bereinigende Preisfortschreibung“ bei Nachträgen und Ausgleichsberechnungen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B?, BauR 2006, 304 – 310; Vergabegewinn und Vergabeverlust, BauR 2007, 458 – 463; „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ – gilt dieser Grundsatz immer? BauR 2008, 182 – 196.

Die Preisfortschreibung erfolgt in den Fällen einer (erkennbaren) Mischkalkulation demnach dadurch, dass nur die Grundlagen des Preises für die konkret in einer Position beschriebene Leistung für die Ermittlung der Nachtragsvergütung herangezogen werden. Es erfolgt damit eine Korrektur um die leistungsfremden Preisbestandteile eines Einheitspreises und die Auflösung der Mischkalkulation.

Im Übrigen entstehen Mischkalkulationen nicht ausschließlich aufgrund spekulativer Absichten des Auftragnehmers, sondern in den meisten Fällen aufgrund unsauberer Ausschreibungen, bei denen der Auftragnehmer verschiedene Teilleistungen in den Preis einer Position einkalkulieren muss, von denen letztlich nur ein bestimmter Teil der Änderung unterliegt.

Die Abweichung vom Grundsatz der unbedingten Preisfortschreibung ist daher für den Fall spekulativer oder erzwungener Mischkalkulationen durchaus sinnvoll und wird in der Praxis bereits umgesetzt. Allerdings erfolgt auch hier ein strikter Rückgriff auf die Preisermittlungsgrundlage unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten. Die Fortschreibung mischkalkulierter Einheitspreise kann damit ohne Einschränkungen auf Grundlage der bestehenden Regelungen des § 2 Abs. 5 VOB/B erfolgen.

2.3 Sonderfall 2: Rückgriff auf ortsübliche Preise bei sittenwidrig überhöhten Einheitspreisen

Am 18.12.2008 (VII ZR 201/06) hat der BGH mit Blick auf einen um mehr als das Achthundertfache überhöhten Einheitspreis die der Preisbildung zu Grunde liegende Vereinbarung für nichtig erklärt und festgestellt, dass an die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Preisbildung auf der Grundlage des überhöhten Einheitspreises nun die Vereinbarung tritt, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

Auch wenn es sich bei dem zu Grunde liegenden Sachverhalt sicherlich um einen extremen Ausnahmefall handelt, hat der Bundesgerichtshof damit eine Diskussion angestoßen, bis zu welcher Grenze an den ursprünglichen Preisen festzuhalten sei und wann die ursprünglichen Preisvereinbarungen durch alternative Berechnungen zu ersetzen sind. So wird nun diskutiert, wo die Grenze der Sittenwidrigkeit eines überhöhten Einheitspreises liegt und ab wann damit die Nichtigkeit einer Vereinbarung über die Bildung von Nachtragspreisen auf Grundlage der vereinbarten Preise greift und ortsübliche Preise anzusetzen sind¹¹.

Ein im Vergleich zum ortsüblichen Preis hundertfach zu hoher Einheitspreis ist sicherlich noch sittenwidrig. Ob aber auch noch ein zehnfach überhöhter Einheitspreis sittenwidrig ist, wird letztlich die Rechtsprechung der nächsten Jahre entscheiden. Ein das übliche Niveau um das 6,87-fache übersteigender Einheitspreis ist jedenfalls vom OLG München nicht als sittenwidrig betrachtet worden, weil der Unternehmer auf eingepreiste Risiken aus einer drohenden, hohen Vertragsstrafe, schlechten Bodenverhältnissen und zu erwartende schlechte Witterung bei der Kalkulation verwiesen hat¹².

Problematisch an der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 18.12.2008 ist lediglich der Rückgriff auf die ortsüblichen Preise. Vielmehr sollte in den Fällen, in denen die Struktur des überhöhten Einheitspreises offen liegt, ebenfalls eine Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage erfolgen. Vygen hat hier bereits 2006 einen Weg aufgezeigt, wie die Unterschiede zwischen den kalkulierten und den tatsächlichen Kosten eines Kostenansatzes (zum Beispiel

¹¹ Vgl. zum Beispiel Drittlar: Nachträge und Nachtragsprüfung, 2010, Rdn. 330.

¹² OLG München: Urteil vom 20.07.2010 (13 U 4489/08), BauR 2011, 684, 684.

für Stahl oder Fremdleistungen) und sonstige verdeckte Gewinne durch einen absolut fortzuschreibenden Vergabegewinn bzw. Vergabeverlust berücksichtigt werden können¹³.

Ein Rückgriff auf ortsübliche Preise sollte jedenfalls auf wenige Ausnahmefälle wie den vom BGH entschiedenen Sachverhalt beschränkt bleiben, in denen die Kalkulation keine Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage zulässt.

2.4 Sonderfall 3: Korrektur von Umlagebeträgen im Gemeinkostenausgleich

Der Korbionsche Grundsatz von den guten und schlechten Preisen wird aber auch von den in den letzten Jahren aufgestellten Regeln für den Gemeinkostenausgleich unterlaufen. So existieren für die Korrektur der in Nachtragspreisvereinbarungen über allgemeine Zuschlagsätze enthaltenen Baustellengemeinkosten bereits anerkannte, differenzierte Regeln zur Berücksichtigung der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten¹⁴.

Auch für Allgemeine Geschäftskosten sind nach diesen anerkannten Prinzipien differenzierte Regeln für den Gemeinkostenausgleich möglich, die dem Auftragnehmer zwar die aufgrund höherer Umsätze (oder bauzeitlich verlängerter Ressourceneinsatzzeiten) entstehenden Mehrkosten erstatten, eine Überdeckung der gemäß der ursprünglichen Preisermittlungsgrundlage absolut kalkulierten Allgemeinen Geschäftskosten zuzüglich der Mehrkosten jedoch ausschließen sollen¹⁵.

3 Probleme der Fortschreibung der Grundlagen des Preises

3.1 Wortlaut des § 2 Abs. 5 VOB/B

Der Wortlaut des § 2 Abs. 5 VOB/B in der Fassung 2009 lautet wie folgt:

„Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.“

3.2 Preis- oder Kostenfortschreibung?

Ein Problem bei der korrekten Umsetzung der Vorgaben des § 2 Abs. 5 VOB/B ist sicherlich die Gewohnheit an die verführerisch einfache Formel von Korbion. Doch selbst die Regel „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ zeigt letztlich nur, dass der Einheitspreis fortgeschrieben werden soll. Dementsprechend sprechen auch nahezu alle Veröffentlichungen, die diese klassische Faustformel Korbions verfechten, von der Fortschreibung von Wettbewerbspreisen.

Wenn aber letztlich von der Fortschreibung von Preisen gesprochen wird, kann damit nur die Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage in Frage kommen. Auch § 2 Abs. 5 VOB/B bezieht sich diesbezüglich auf die *Grundlagen des Preises*, nicht auf den Preis selbst.

¹³ Vygen, BauR 2006, 894 – 897.

¹⁴ Vgl. Kapellmann/Schiffers, Bd. 1, Rdn. 532 oder Franz/Kues: Änderungen des Leistungs-Solls und deren Auswirkungen auf die kalkulierten Gemeinkosten beim VOB/B-Vertrag, BauR 2006, 1376, 1377f.

¹⁵ Vgl. Heilfort: Durchführung eines differenzierten Gemeinkostenausgleichs für Allgemeine Geschäftskosten im gestörten Bauablauf, BauR 2010, 1673 – 1680.

In der Regel wird die Preisermittlungsgrundlage durch die Urkalkulation des Auftragnehmers bestimmt. Wenn die Urkalkulation des Auftragnehmers jedoch aufgrund fehlender Angaben oder aufgrund von vorvertraglich geänderten Leistungsinhalten nicht geeignet ist, die Grundlagen der vereinbarten Preise zu bestimmen, muss zunächst aus der Urkalkulation die Auftragskalkulation entwickelt werden, die dann als Preisermittlungsgrundlage der Ermittlung von Nachtragspreisen dient¹⁶. Diese Preisermittlungsgrundlage für die Vertragsleistung besteht für jede einzelne Position aus den kalkulierten Einzelkosten der Teilleistungen sowie gegebenenfalls weiteren Zuschlägen für Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten oder Wagnis und Gewinn. Diese Preisbestandteile sind dann die Grundlagen des Preises, der sich erst aus der Summe der Einzelkosten und Zuschläge einer Position ergibt.

§ 2 Abs. 5 VOB/B fordert zudem explizit die Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten, aus denen ein neuer Preis gebildet wird – und zwar nur für den Fall, dass durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine bereits im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden.

Grundlagen des bisherigen Preises sind aber letztlich wieder die vom Auftragnehmer kalkulierten Kosten für die von der Änderung betroffenen Leistungen. Insofern kommt es nach dem Wortlaut der VOB darauf an, welche konkreten Mehr- oder Minderkosten sich aus einer Leistungsänderung ergeben und wie sich diese Kosten auf den Einheitspreis der Position auswirken. Eine Fortschreibung des Preises ohne Berücksichtigung der dem Preis zu Grunde liegenden Kostenbestandteile und der Mehr- und Minderkosten kann entgegen der (noch) herrschenden Meinung aus § 2 Abs. 5 VOB/B nicht entnommen werden¹⁷.

3.3 Mehr- oder Minderkosten der einzelnen Grundlagen eines Preises

Von Mehr- oder Minderkosten können alle Kostenbestandteile eines Preises betroffen sein, also sowohl die Einzelkosten der Teilleistungen, die Baustellengemeinkosten, die Allgemeinen Geschäftskosten sowie die Wagnisanteile am Zuschlag für Wagnis und Gewinn.

Unproblematisch sind diesbezüglich allein die Mehr- oder Minderkosten, die sich aus einer Leistungsänderung auf die Einzelkosten der Teilleistungen (EKT) für die typischen Hauptkostengruppen Löhne, Stoffe, Geräte oder Fremdleistung ergeben.

Die regelmäßig in Form eines Zuschlagsatzes auf die Einzelkosten umgelegten Baustellengemeinkosten (BGK) und Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) können ebenfalls – müssen aber nicht – von Änderungen der Grundlagen des Preises betroffen sein. Jedenfalls ist eine unkorrigierte Berücksichtigung der bloßen Zuschlagsätze gemäß Urkalkulation nicht mehr unumstritten. Vielmehr werden die Nachtragspreise in der Regel vollständig in eine Gemeinkostenausgleichsberechnung einbezogen¹⁸. Der in der vereinbarten Nachtragsvergütung gegebenenfalls enthaltene Deckungsbeitrag wird zwar im Nachhinein nicht direkt gemindert, aber doch entsprechend § 2 Nr. 3 VOB/B als Ausgleich "in anderer Weise" bei Positionen mit relevanten Mengenminderungen oder zur Deckung der aus auftraggeberseitigen Störungen resultierenden Mehrkosten berücksichtigt¹⁹.

¹⁶ Vgl. Dittler: Nachträge und Nachtragsprüfung, 2010, Rdn. 294.

¹⁷ Vgl. Vygen, BauR 2006, 894, 894.

¹⁸ Vgl. Rodde/Bauer/Stassen: Gemeinkosten in vertraglicher Mehrleistung und Bauzeitennachtrag: Doppelvergütungsrisiko für Bauherren? ZfBR 2005, 634, 642; KG, Urteil vom 29.09.2005, IBR 2006, 537 und Juntunen: Wie sind Nullpositionen abzurechnen, nach § 2 Abs. 3 oder nach § 8 Abs. 1 VOB/B? BauR 2010, 698, 699.

¹⁹ Vgl. Dittler, Nachträge und Nachtragsprüfung, Rdn. 87.

Insofern erfolgt bei verlangtem Gemeinkostenausgleich bereits jetzt schon eine Korrektur etwaiger Überdeckungen von Gemeinkosten gegenüber der Urkalkulation des Auftragnehmers – auch hier selbstverständlich unter Berücksichtigung etwaiger beim Auftragnehmer aufgrund der höheren Umsätze entstehenden Mehrkosten²⁰. Eine isolierte Preisfortschreibung führt nach diesen in den letzten Jahren entwickelten Grundsätzen zum Gemeinkostenausgleich somit dazu, dass der Auftragnehmer in jedem Fall die ursprünglich kalkulierten Deckungsbeiträge in absoluter Höhe behält und sogar eine Mehrvergütung für die aus Leistungsänderungen resultierenden Mehrkosten erwarten kann – selbstverständlich auch für erhöhte Baustellengemeinkosten und ungedeckte Allgemeine Geschäftskosten.

Im Ergebnis läuft die derzeitige Praxis bei der Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage unter Berücksichtigung des Gemeinkostenausgleichs darauf hinaus, dass dem Auftragnehmer ohnehin nur die Mehr- oder Minderkosten von Nachtragsleistungen vergütet werden. Gemäß Urteil des OLG Frankfurt vom 25.05.2007 setzen Vergütungsansprüche nach § 2 Nr. 5 VOB/B sowieso voraus, dass die behaupteten Mehraufwendungen tatsächlich entstanden und nicht nur baubetrieblich-kalkulatorisch ermittelt worden sind²¹.

3.4 Sind (offene oder verdeckte) Gewinne Kosten?

Umstritten ist allerdings, wie der kalkulierte Anteil für Wagnis und Gewinn zu behandeln ist und ob bei der Preisfortschreibung eine Bezuschlagung entsprechend der ursprünglichen Zuschlagsätzen oder ein bloßes Beibehalten der kalkulierten Absolutbeträge erfolgen soll²².

Da jedoch die Preisfortschreibung immer auf Positionsebene erfolgt, könnte eine prozentuale Bezuschlagung zwar durchaus dazu führen, dass einzelne Positionen überdurchschnittlich hohe Gewinne ausweisen, die dann fortzuschreiben wären. Aus der Praxis des Verfassers sind zwar einige Fälle von Mischkalkulationen, das heißt der Verschiebung von Einzelkosten der Teilleistungen zwischen unterschiedlichen Positionen bekannt, aber nicht ein Fall von exorbitanten Gewinnzuschlägen in einzelnen Positionen²³.

Selbst für den Fall überdurchschnittlicher Gewinnzuschläge in einzelnen Positionen wäre es aber möglich und sinnvoll, die ungleich verteilten Gewinnzuschläge einer einzelnen Positionen durch den insgesamt kalkulierten Gewinnzuschlag eines Auftrages zu ersetzen.

4 Alternative Preisermittlung für Leistungsänderungen

4.1 Berücksichtigung unterschiedlicher Interessenlagen

Grundlage für die Vergabe von Bauleistungen ist in der Regel eine Preisbildung unter Wettbewerbsdruck. Dementsprechend herrscht weitgehend Konsens, dass die so erzielten Preise im Prinzip marktgerecht sind: Das Wechselspiel von Angebot und Nachfrage sorgt zumindest in einer ausgewogenen Marktsituation dafür, dass die Bauunternehmer einerseits auskömm-

²⁰ Vgl. Heilfort, BauR, 1673, 1679.

²¹ OLG Frankfurt, Urteil vom 25.05.2007, 19 U 127/06, Revision nicht zugelassen.

²² Vgl. Stemmer, VergabeR 2004, 549, 565.

²³ Selbst das Instrument der so genannten Vorwegumlage, in der einzelnen Positionen frei wählbare Umlagebeträge zugewiesen werden können, ist zwar Standard aller gängigen Kalkulationsprogramme, wird aber nach der Erfahrung des Verfassers nur sehr selten angewendet. Verschiebungen von Kosten zwischen einzelnen Positionen sind demgegenüber häufiger zu beobachten.

lich kalkulieren, um ihre langfristige Rentabilität zu sichern, andererseits aber keine unbegründet hohen Preise verlangen können.

Da die Vergabeentscheidungen der größten Auftraggeber nun aber nahezu ausschließlich über den Gesamtpreis eines Angebotes und gerade nicht unter Würdigung der konkreten Einheitspreise oder gar der zu Grunde liegenden Kalkulation erfolgen, wurde in § 2 Abs. 5 VOB/B eine Regel zur Ermittlung der Vergütung für Nachtragsleistungen aufgestellt. Dieses Regularium ist in Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmerseite entwickelt worden. Daher muss zunächst davon ausgegangen werden, dass die einvernehmlich aufgestellten Regeln einen Interessenausgleich der beiden Seiten zum Ziel hatten und dass damit eine regelkonforme Anwendung der VOB/B auch zu sachgerechten Ergebnissen führen sollte²⁴. Insofern ist die VOB/B sicherlich nicht darauf angelegt, einseitig Interessen nur einer Vertragspartei durchzusetzen²⁵.

4.2 Alternativen aus Sicht der Auftraggeberseite

Vertreter der Auftraggeberseite fühlen sich bei der Preisbildung für Nachträge – begründet oder unbegründet – oft einer gewissen urkalkulatorischen Willkür ausgesetzt, die vor dem Hintergrund des Korbionschen Grundsatzes sowie in der meist vorhandenen Kenntnis von der Mangelhaftigkeit eigener Ausschreibungen zu einem Misstrauen gegenüber kalkulatorischen Ansätzen des Auftragnehmers führt. Hintergrund dieser Auffassung ist die Sorge, der Auftragnehmer würde mit Nachtragsleistungen einen „Extrabonus“ erzielen. Die Forderung nach einem Rückgriff auf übliche Preise, die letztlich am Markt erzielte Wettbewerbspreise darstellen, ist daher nahe liegend.

Auftraggebervertreter jedoch, die über eine professionelle Sicherheit beim Umgang mit unternehmerischen Kalkulationsunterlagen verfügen, sehen durchaus die Notwendigkeit der nachträglichen Korrektur von Wettbewerbspreisen für den Fall von Leistungsänderungen – und zwar nicht nur zu Lasten, sondern auch zu Gunsten des Auftragnehmers.

Gemeinsam ist den Auftraggebervertretern jedoch, dass hier Bestrebungen existieren, ein Verfahren zur Preisfortschreibung von Leistungsänderungen zu etablieren, das sich von den Zwängen der unbedingten Fortschreibung der Urkalkulation löst und wenn schon nicht mehr Wettbewerb, dann zumindest Wettbewerbspreise in die Vergabe von Nachtragsleistungen zu bringen versucht.

In der Folge ist die Auftraggeberseite, die in der Literatur vor allem von Stemmer²⁶ und Rohrmüller²⁷ vertreten wird, mit dem Korbionschen Grundsatz unzufrieden und fordert eine differenziertere Preisfortschreibung, teilweise sogar die Abrechnung von Nachtragsleistungen zu ortsüblichen Preisen²⁸. Damit erfolgt letztlich die Hereinnahme von Wettbewerbspreisen, ohne den Aufwand eines Wettbewerbs um Nachtragsleistungen betreiben zu müssen.

²⁴ Stemmer, BauR 2008, 182, 186.

²⁵ Vgl. Herig: Mischkalkulation als Spekulation - Verwirrung um Begriffe, BauR 2005, 1385, FN 54.

²⁶ Vgl. die Beiträge von Stemmer in: VergabeR 2004, 549 – 565; IBR 2005, 183; BauR 2006, 304 – 310; ZfBR 2006, 128; BauR 2007, 458 – 463; BauR 2008, 182 – 196.

²⁷ Vgl. Rohrmüller: Preisfortschreibung nach § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B mittels Bezugsleistungen? Langaufsatz auf www.ibr-online.de, 2008 und Rohrmüller: Unzuverlässigkeit des Bieters durch bewusstes Ausnutzen von Fehlern des Leistungsverzeichnisses mittels spekulativer Preisgestaltungen, VergabeR 2009, 327 – 352.

²⁸ Vgl. Oberhauser: Preisfortschreibung als „Vergütungsmodell“ für geänderte und zusätzliche Leistungen – sieht das die VOB/B wirklich vor? BauR 2011, 1547, 1562.

Die Möglichkeit, Leistungsänderungen über ortsübliche Preise abrechnen zu können, würde wohl dazu führen, dass die öffentliche Hand ohne den Aufwand einer Ausschreibung und ohne Kostenrisiko erhebliche Leistungsänderungen in Kauf nehmen könnte. Im Ergebnis wäre so gut wie kein Anreiz mehr vorhanden, die Qualität der Ausschreibungen unter entsprechendem Mehraufwand zu verbessern und somit den Umfang von kalkulatorischen Unsicherheiten, Spekulationsanreizen und Leistungsänderungen zu reduzieren.

4.3 Alternativen aus Sicht der Auftragnehmerseite

Die Auftragnehmerseite hält letztlich aus genau entgegengesetzten Gründen am Korbionischen Grundsatz fest, aus denen die Auftraggeberseite gern nach neuen Wegen zur Preisfortschreibung sucht. Und wie auch auf der Auftraggeberseite lassen sich zwei Gruppen von Auftragnehmern mit vergleichbaren Interessenlagen identifizieren.

So gibt es einerseits „sichere“ Kalkulatoren, die über einen Wissens- und Informationsvorsprung verfügen, der gezielt für eine aktive Preisgestaltung mit Blick auf spätere Mengen- und Leistungsänderungen eingesetzt wird. Nicht umsonst ermöglichen sämtliche Kalkulationsprogramme eine parallele Berechnung von Angebotspreisen, Umlagen und Deckungsbeiträgen sowohl für die Mengen des Leistungsverzeichnisses („LV-Mengen“), als auch für die voraussichtlichen Abrechnungsmengen („VA-Mengen“). Das Ergebnis dieser Preisgestaltung sind hinsichtlich des Gesamtpreises relativ knapp kalkulierte Angebote. Entsprechend gering ist dann auch die Motivation, für die Preisgestaltung von Nachtragsleistungen nicht auf die entsprechend vorbereitete Urkalkulation zurückgreifen zu können, um wenigstens einen Teil der möglicherweise gezielt eingegangenen Preisrisiken egalisieren zu können.

Andererseits lehnen aber auch diejenigen Auftragnehmer den Rückgriff auf ortsübliche Preise ab, die für die ausgeschriebenen Leistungen durchweg zutreffende und auskömmliche Preise kalkulieren. In dieser Gruppe ist die Motivation, Nachtragsleistungen zu den (zu) niedrigen Preisen der bei anderen Bauvorhaben erfolgreichen Mitbewerber ausführen zu müssen, auch deshalb so gering, weil gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B weder ein Leistungsverweigerungsrecht noch eine zwingende Preisvereinbarung vor Ausführung vorgesehen ist.

5 Kritik des Ansatzes ortsüblicher Preise für Nachträge

So lange es Fälle geben wird, in denen sich Auftraggeber und Auftragnehmer nicht über die Anspruchshöhe für Nachtragsleistungen einigen können²⁹, wird die alternative Verwendung angemessener oder ortsüblicher Preise diskutiert werden. Derartige Vorschläge sind meist von der (falschen) Hoffnung getragen, ein angemessener oder ortsüblicher Preis ließe sich relativ einfach feststellen. Wenn aber schon die gegenständlichen Bauleistungen kaum vergleichbar sind, so sind es die konkreten Nachtragspositionen noch viel weniger. Gerade durch den häufig zu beobachtenden Umstand, dass Teile der kostenrelevanten Leistungsbeschreibung in die Vorbemerkungen oder Titelbeschreibungen verlagert werden, sind selbst Standardleistungstexte nur schwer vergleichbar. So werden sich zum Beispiel die tatsächlichen Kosten für die Ausführung ein und derselben Erdbauleistung zwischen verschiedenen Bietern allein dadurch unterscheiden, welche Wege zur und von der Baustelle zurückgelegt werden müssen.

²⁹ Vgl. Schottke/Friedrichkeit: Allgemeingültiger Lösungsansatz für den standardisierten Nachweis der Anspruchshöhe bei Nachträgen, BauR 2011, 413, 413.

Oder in welcher Weise sollen Einheitspreise von Unternehmern, die den ausgebauten Boden auf einer benachbarten Baustelle direkt einbauen und entsprechend niedrige Kosten kalkulierten können, für denjenigen angemessen sein, der nicht über diese Möglichkeiten verfügt?

Zudem stellt sich die Frage nach der Ermittlung der angemessenen bzw. ortsüblichen Preise:

1. Denkbar wäre zunächst, dass ein regelmäßig gleichartige Leistungen ausschreibender Auftraggeber die Einheitspreise vergleichbarer Positionen sammelt und auswertet. Dies würde dann sicherlich über den Vergleich verschiedener Submissionslisten erfolgen, um die Bandbreite verfügbarer Einheitspreise zu erhöhen. Möglicherweise würden für die Ermittlung des ortsüblichen Preises dann auch die nicht erfolgreichen Angebote des gegenständlichen Bauvorhabens ausgewertet werden – obwohl diese Angebote nun ja gerade nicht die nachträglich erforderlich gewordene Leistung enthalten können. Damit bestünde nach diesem Verfahren die Gefahr, dass der Auftragnehmer Leistungsänderungen zu Preisen eines „idealen Bieters“ für nicht vergleichbare Leistungen ausführen müsste. Dieser ideale Bieter entspricht dem theoretisch niedrigsten Gesamtangebot unter Verwendung der jeweils niedrigsten Preisangebote aller Positionen und wird damit in jedem Fall ein unauskömmliches und vor allem in dieser Form und Höhe am Markt nicht verfügbares Angebot darstellen, zumal gerade nachträglich angeordnete Leistungen nicht vergleichbar sind mit einer regulären Ausschreibung.

2. Eine zweite Möglichkeit wäre, dass die Feststellung eines ortsüblichen oder angemessenen Preises durch einen Sachverständigen erfolgt. Hier wäre die praktische Umsetzung noch problematischer, denn es ist völlig dem Zufall überlassen, welche ausgepreisten Leistungsverzeichnisse dem betreffenden Sachverständigen „zufällig“ zur Verfügung stehen. Zusätzlich bestünde die Gefahr der zu geringen Stichprobengröße, um belastbare Aussagen hinsichtlich eines angemessenen Preises liefern zu können. Ein Sachverständiger, dem der Umstand der mangelnden Vergleichbarkeit durchaus bewusst wäre, würde daher sicherlich versuchen, einen angemessenen Preis durch Nachkalkulation zu ermitteln, was aber letztlich auch nur eine Form der Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage wäre.

3. Als dritte Möglichkeit könnte auf zentrale Preisdatenbanken zurückgegriffen werden, die als Zusatzprodukte z. B. für STL-Bau verfügbar sind. Mit dieser Software müssten die Ausschreibungstexte der geänderten Leistung zunächst standardisiert erstellt werden. Anschließend wird vom betreffenden Programm für die beschriebene Leistung ein regional differenzierter Schätzpreis ausgewiesen, der sogar Angaben hinsichtlich der Kosten für die einzelnen Hauptkostengruppen enthält³⁰. Bei dieser Vorgehensweise wäre jedoch problematisch, dass die Herleitung, Berechtigung und Vergleichbarkeit dieses Schätzpreises völlig unklar bliebe.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Ermittlung eines ortsüblichen Preises für eine bestimmte Nachtragsposition keineswegs so einfach ist wie von den Befürwortern angenommen. Der Rückgriff auf ortsübliche Preise für Nachtragsleistungen würde damit ausgerechnet denjenigen Auftragnehmer benachteiligen, der sach- und kostengerecht kalkuliert und nun einseitig angeordnete Leistungsänderungen zu fragwürdig ermittelten, vermeintlich ortsüblichen Preisen ausführen muss. Dementsprechend ist nachvollziehbar, dass die Verwendung ortsüblicher Preise von Vertretern der Auftragnehmerseite teilweise vehement abgelehnt wird³¹.

³⁰ Vgl. zum Beispiel das Produkt DBD-BauPreise Regional als Zubehörprodukt für das Standardprogramm für die Ausschreibung von Bauleistungen (STLB-Bau).

³¹ Vgl. insbesondere Luz, BauR 2008, 196 – 204 und BauR 2009, 878 – 883 sowie Schottke, BauR 2011, 1881 – 1896.

6 Fazit

Ausgehend von den vorgestellten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen vom Grundsatz der Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage abgewichen werden darf beziehungsweise soll, um das bei Vertragsschluss erzielte Gleichgewicht von Preis und Leistung auch für Nachtragsleistungen beizubehalten.

Um auch derartige Fälle lösen zu können, wurden auf dem 2. Baugerichtstag 2008 neben dem Verfahren der Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage zwei weitere alternative Verfahren diskutiert. Auf die im Ergebnis dieser Diskussion formulierte Fragestellung: *„Soll bei der Bestimmung des Preises auf die Preisermittlungsgrundlagen zurückgegriffen werden?“* haben die Teilnehmer noch 2008 mit überwältigender Zustimmung geantwortet³².

Zum 3. Baugerichtstag 2010 wurde im Arbeitskreis VI dann bereits eine differenziertere Empfehlung mit ebenfalls überwältigender Zustimmung verabschiedet³³: *„In dem Falle, dass keine Vereinbarung vorliegt, soll die Vergütungsanpassung durch Fortschreibung der Vertragspreise und deren Einzelbestandteile ermittelt werden. Soweit die Fortschreibung ganz oder in Teilen nicht möglich oder unzumutbar ist, ist auf einen angemessenen Preis abzustellen.“* Damit lässt sich auch hier ein Trend erkennen, sich vom Korbionschen Grundsatz zu lösen und ergänzend auf differenziertere Preisanpassungsverfahren zurückzugreifen³⁴.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass sich der unbedingte Grundsatz Korbions von der bedingungslosen Fortschreibung guter und schlechter Preise so nicht halten lassen wird, dass aber eine differenzierte Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten gemäß dem Wortlaut von § 2 Abs. 5 VOB/B nach wie vor allen anderen Methoden überlegen ist.

Trotz der daher durchaus vorhandenen Probleme kann die Ermittlung von Nachtragspreisen in den allermeisten Fällen als Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten erfolgen³⁵. Mit wenigen Ausnahmen lassen sich auch die gegebenenfalls auftretenden Sonderfälle mit der Preisanpassungsvorschrift des § 2 Abs. 5 VOB/B zufriedenstellend lösen, wenn auch die Fortschreibung der Preisermittlungsgrundlage im Einzelfall mehr ist als nur das Beibehalten eines schlechten oder guten Preises.

³² Arbeitskreis I zum 2. Baugerichtstag 2008: Empfehlungen, www.baugerichtstag.de, 2008, S. 4.

³³ Arbeitskreis VI zum 3. Baugerichtstag 2010: Empfehlungen, www.baugerichtstag.de, 2010, S. 3.

³⁴ Vgl. die Kritik von Franz/Kues: Guter Preis bleibt guter Preis – Rechtfertigt die Faustformel Korbions ein Vertragspreisniveau? *BauR* 2010, 678, 687.

³⁵ Vgl. auch Franz: Nachtragskalkulation in Zukunft – Das Ende der Preisfortschreibung!? *BauR* 2011, 380, 394 und Roquette/Paul: Sonderprobleme bei Nachträgen, *BauR* 2003, 1097, 1104.