

Vorkalkulatorische Preisfortschreibung adé!



Der für Baurecht zuständige 7. Zivilsenat hat in einem neuen Urteil (Urt. v. 08.08.2019 – VII ZR 34/19) der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung bei Mengenminderungen und -mehrungen eine Absage erteilt. Der Preis für die die 110 %-Grenze übersteigende Mehrmenge sei selbstständig und losgelöst vom ursprünglichen Einheitspreis zu bestimmen.

Was war passiert?

Der beklagte Auftraggeber beauftragte den klagenden Auftragnehmer mit Abbrucharbeiten. Als Vordersatz für die Leistung „Entsorgung von belastetem Bauschutt“ war im Angebotsleistungsverzeichnis eine Tonne angegeben. Der Auftragnehmer bot hierfür einen Einheitspreis von 462 EUR/Tonne an. Während der Bauausführung stellte sich heraus, dass insgesamt etwas mehr als 80 Tonnen – anstatt der geplanten einen Tonne – belasteter Bauschutt zu entsorgen war. Zwischen den Parteien entstand darüber Streit, zu welchem Einheitspreis die Mehrmenge abzurechnen ist. Der Auftragnehmer rechnete mit dem ursprünglichen Einheitspreis von 462 EUR/Tonne ab. Der Auftraggeber hielt dagegen nur einen deutlichen geringen Preis für gerechtfertigt, da die Container- und Deponiekosten pro Tonne aufgrund der erheblichen Mengen deutlich geringer ausgefallen waren. Da die Parteien außergesamtlich keine Einigung fanden, klagte der Auftragnehmer die seiner Auffassung nach ihm noch zustehende Vergütung gerichtlich ein. Seine Klage blieb vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht weitestgehend erfolglos.

Die Entscheidung des BGH

Der Bundesgerichtshof bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen und nahm in diesem Zusammenhang grundlegend Stellung, wie der neue Preis bei Mehrmengen zu berechnen sei. Er stellte zunächst fest, dass für die Neubildung des Einheitspreises nicht die Veränderung der im ursprünglichen Einheitspreis kalkulierten Kosten

tatbestandliche Voraussetzung sei, sondern der Anspruch auf Anpassung des Einheitspreises nur voraussetze, dass es zu einer Überschreitung des Mengenansatzes um mehr als 10 % komme.

Im Hinblick auf den neu zu bildenden Preis stellt der Bundesgerichtshof fest, dass § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B selbst keine Regelung enthalte, wie der Preis zu bestimmen sei. Die Bildung des neuen Preises sei vielmehr in die Hände der Vertragsparteien gelegt, die also einen neuen Vertragspreis aushandeln sollten. Können sich die Parteien nicht auf einen neuen Einheitspreis verständigen, so sei das zuständige Gericht dazu berufen, zu entscheiden, welcher Preis für die Mehrmenge in Ansatz zu bringen ist. Das Gericht hat dabei zunächst zu berücksichtigen, ob zwischen den Parteien zumindest Einigkeit über bestimmte Teilelemente für die Neuberechnung des Preises besteht. Eine solche Einigkeit über Teilelemente kann z.B. darin bestehen, welche Zuschläge (z.B. GU-Zuschlag) bei der Neuberechnung des Preises zu berücksichtigen sind. Hinsichtlich der Preisbestandteile, bei den zwischen den Parteien Uneinigkeit besteht, kann das Gericht nicht auf ein allgemeingültiges Verständnis von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B durch die beteiligten Verkehrskreise oder eine bestehende Übung zurückgreifen, da sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur nur ein uneinheitliches Bild zeige. Das angerufene Gericht habe vielmehr im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmen, welcher Maßstab für die Ermittlung des neuen Preises anzuwenden sei. Bei Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen sei damit der Maßstab für die neue Berechnung die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge. Dieser Anknüpfungspunkt sei heranzuziehen, da sich die tatsächlich erforderlichen Kosten ohne weiteres ermitteln ließen und eine realistische Bewertung ermögliche. Eine Störung des Äquivalenzverhältnisses bzw. des Vertragspreisniveaus sei durch diesen Maßstab nicht gegeben, da für den neuen Preis der Mehrmenge das ursprüngliche Vertragspreisgefüge gerade nicht gelte.

Fazit

Mit dieser Entscheidung stellt sich der Bundesgerichtshof gegen die bisherige herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung. Bisher ging man davon aus, dass der neue Preis für die Mehr- und/oder Mindermengen auf Grundlage der Urkalkulation zu erfolgen hat (sog. vorkalkulatorische Preisfortschreibung). Maßgeblich war also die Urkalkulation und nicht die tatsächlich erforderlichen Kosten. Auch wenn der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich darauf abstellt, so entsteht der Eindruck, dass er die Regelung in § 650c BGB des neuen BGB-Bauvertragsrecht, die eine Berechnung von Nachträgen anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge vorsieht, nun auch in der VOB/B verankern möchte. Dabei dürfte es so sein, dass die nunmehrige Rechtsprechung nicht nur auf Mehr- und/oder Mindermengen Anwendung finden wird, sondern auch auf geänderte Leistungen im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B. Denn § 2 Abs. 5 VOB/B entspricht im Wortlaut hinsichtlich der Neubildung des Preises der Regelungen zu Mehr- und Mindermengen (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B). Hingegen dürfte für zusätzliche Leistungen (§ 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B) weiterhin die Urkalkulation maßgeblich sein, da dort ausdrücklich auf die „Grundlagen der Preisermittlung“ Bezug genommen

wird. Für die gerichtliche Praxis kommt daher der Frage, ob es sich um eine geänderte oder eine zusätzliche Leistung handelt, zukünftig erheblich mehr Bedeutung zu. Dies fördert allerdings nicht die Rechtssicherheit. Denn bis heute gibt es keine klaren und eindeutigen Abgrenzungskriterien zwischen geänderter und zusätzlicher Leistung.

Zwar ist dem Bundesgerichtshof zuzustimmen, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten den Vorteil haben, dass diese leichter zu bestimmen sind. Allerdings ist nach wie vor vollkommen unklar und damit mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet, wie die „angemessenen Zuschläge“ zu berechnen sind. Soweit der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang für Zuschläge von Baustellengemeinkosten spricht, dürfte dies sogar falsch sein, da regelmäßig bei Mengenmehrungen oder geänderten Leistungen Baustellengemeinkosten nicht anfallen und, wenn sie doch einmal anfallen, nicht über Zuschläge zu ermitteln sind, sondern konkret berechnet werden können und dann auch so berechnet werden müssen. Schließlich erscheint es in einer freien Marktwirtschaft fremd, dass nicht mehr der einzelne Wirtschaftsteilnehmer bestimmen kann, mit welchem Gewinnzuschlag er kalkuliert, sondern das Gericht als staatliche Institution festlegt, welchen Gewinn der einzelne Wirtschaftsteilnehmer haben darf. Die Auswirkungen sei zur Veranschaulichung an einem kurzen Beispiel dargestellt: Ein Auftragnehmer rechnet in der Urkalkulation mit einem Gewinnzuschlag von 10 %. Es kommt sodann zu einer Mengenmehrung und im anschließenden Rechtsstreit stellt das Gericht unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen fest, dass nur ein Gewinnzuschlag von 5 % angemessen sei. Schlussendlich entscheiden nun also Gerichte, wie viel Gewinn ein einzelner Bürger machen darf. Ob dies mit der verfassungsrechtlich garantierten Berufsfreiheit vereinbar ist, sei einmal dahingestellt.

Verfasser



Stephan Leipert, LL.M.
Rechtsanwalt

Tel.: + 49 (0) 721 504472-44
stephan.leipert@bartsch.law
www.bartsch.law