

Zur Bedeutung der Vordersatzmenge bei Preisfortschreibungen auf der Basis der Urkalkulation und zum Problem spekulativ hoher Einheitspreise

I. Problemstellung

Beim VOB/B-Vertrag kann eine Preisänderung grundsätzlich nur auf der Grundlage der Urkalkulation erfolgen, vgl. § 2 Nrn. 3, 5, 6, 7 und 8 VOB/B.¹ Der geänderte Preis bei Mengenänderungen und Leistungsänderungen ist deshalb aus der Vertragskalkulation herzuleiten.² Es stellt sich die Frage, wie mit einer Urkalkulation umzugehen ist, die spekulative Auf- und Abpreisungen enthält, da bei spekulativer Preisgestaltung der Bieter zwar regelmäßig zunächst mit den Vordersatzmengen kalkuliert, seine Einheitspreise aber mit dem **Kalkül** der Erwartung von Veränderungen gegenüber diesen Vordersätzen gestaltet.

II. Zum System der Preisfortschreibung beim VOB/B-Vertrag

1. Ausgangssituation der Bauabrechnung beim VOB/B-Vertrag

Der VOB/B-Bauvertrag ist ein Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB. Er hat einen aus der Leistungsbeschreibung ermittelbaren werkvertraglichen Erfolg, das sog. Werk, zum Inhalt.

Die Beschreibung dieses Werkes erfolgt beim VOB/B-Einheitspreisvertrag mit einem in Teilleistungen (Teilerfolge bzw. Teilhandlungsschritte) gegliederten Leistungsverzeichnis.³

Für die einzelnen im Leistungsverzeichnis (LV) vorgegebenen Positionen benennt der Bieter einen Einheitspreis. Maßgeblich für die Bauabrechnung sind gemäß § 2 Nr. 2 VOB/B jedoch die vertraglichen Einheitspreise und die tatsächlich ausgeführten Leistungen. Die Gesamtangebotssumme interessiert beim Einheitspreisvertrag für die Abrechnung nicht; sie ist nur noch Teil der Vertragsgeschichte.

¹ Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 5. Teil, Rdn. 134

² Kniffka, a.a.O., Rdn. 134

³ zur beginnenden Kritik an dieser herkömmlichen Einschätzung des Leistungsverzeichnisses als den Werkerfolg beschreibend siehe Leitzke, BauR 2007, 1643 ff. und BauR 2008, 914 ff.

2. Preisfortschreibung auf der Basis der Urkalkulation

a) Grundgedanke des Systems der Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B

Die Regelungen in § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B dienen der Befriedung der Interessen beider Vertragspartner während der Vertragsabwicklung. Insbesondere soll der Streit über eine übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB) für Mehrmengen, geänderte oder zusätzliche Leistungen während der Bauzeit nicht durchgefochten werden müssen, da sonst die Gefahr wechselseitiger Erpressungsmöglichkeiten über evtl. Bau- bzw. Zahlungseinstellungen bestünde. Mithin soll den Vertragsparteien mit dem Vertragsschluss auf Grundlage der VOB/B ein insgesamt auf Interessenausgleich abgestimmtes Instrumentarium an die Hand gegeben werden, um auch im Streitfalle den Baufortschritt einerseits und die Liquidität des Auftragnehmers andererseits nicht einzuschränken. Zudem profitiert der Auftraggeber von dem vertraglich nach § 1 Nrn. 3 und 4 Satz 1 VOB/B gegebenen Zugriff auf die betrieblichen Kapazitäten⁴ und der Auftragnehmer erspart sich Kosten der Akquisition.

Deshalb stehen den einseitigen, mit der Geltung der VOB/B eingeräumten Leistungsbestimmungsrechten des Bauherrn nach § 1 Nrn. 3 und 4 Satz 1 VOB/B⁵ die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers nach § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B gegenüber. Im Falle der Anordnung von Leistungsänderungen bzw. zusätzlichen Leistungen im Sinn von § 1 Nrn. 3 bzw. 4 Satz 1 VOB/B erfolgt kein Preiswettbewerb wie bei der ursprünglichen Beauftragungssituation. Dafür soll nach den in § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B verankerten Grundprinzipien mit der Anknüpfung an die vertraglichen Grundlagen des Preises bzw. an die Preisermittlungsgrundlagen, Begriffe die synonym für die Kalkulation gebraucht werden, erreicht werden, dass das im Wettbewerb ursprünglich gefundene Preisniveau für die **mit den Vordersatzmengen kalkulierten Leistungen** beibehalten wird. Es soll sich gegenüber dem bei Vertragsschluss vorliegenden Preisgefüge für die mit den Vordersatzmengen kalkulierten Leistungen weder zu Lasten des Auftragnehmers noch des Auftraggebers ein Nachteil ergeben und das im Wettbewerb gefundene Äquivalenzverhältnis aufrechterhalten bleiben.

b) Zum generellen Modus der Preisfortschreibung anhand der Urkalkulation

In § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B heißt es, dass für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist. In § 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B heißt es: *„Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die **Grundlagen des Preises** für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert,*

⁴ siehe Rohrmüller, IBR 2005, 303

⁵ zum einseitigen Leistungsbestimmungsrecht siehe BGH, BauR 2004, 495 ff., Quack, ZfBR 2004, 107

so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.“ In § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 1 VOB/B heißt es: „Die Vergütung bestimmt sich nach den **Grundlagen der Preisermittlung** für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung.“

Unter den Grundlagen des Preises bzw. den Preisermittlungsgrundlagen nach § 2 Nrn. 5 bzw. 6 VOB/B wird die **Urkalkulation** verstanden.

In seiner Urkalkulation prognostiziert der Unternehmer für seine betrieblichen Leistungen den voraussichtlich anfallenden betrieblichen Aufwand (Kosten) anhand der Vordersatzmengen und berücksichtigt hierbei auch das generelle Unternehmenswagnis sowie spezielle mit dem Auftrag verbundene unternehmerische Wagnisse. Die Mehr- oder Minderkosten ergeben sich aus der Fortschreibung dieser dem Auftrag zugrunde liegenden Kalkulation.⁶

Nur die kausal zu den vertraglichen Einheitspreisen führende Urkalkulation anhand der Kalkulation mit den Vordersatzmengen des Leistungsverzeichnisses, diese in der Bandbreite von +/- 10 v. H., ist die Preisermittlungsgrundlage für die Berechnung der Nachtragsvergütung.

Damit bleiben beim Einheitspreisvertrag die im Wettbewerb ermittelten Einheitspreise als Vertragspreise (siehe § 2 Nr. 2 VOB/B) auch für nachträglich notwendige Preisfortschreibungen infolge von Mengen- oder Leistungsänderungen insofern maßgeblich, als die den Einheitspreisen zugrunde liegenden kalkulatorischen Ansätze übernommen werden können und müssen. Gegenstand der Preisfortschreibung ist beim Einheitspreisvertrag⁷ die kausal zu den Einheitspreisen führende Urkalkulation.⁸

c) Urkalkulation auf der Basis der Vordersatzmengen entscheidend

aa) Fetter Preis und Kalkül-Kalkulation

Im Falle spekulativer Kalkulation bzw. einer Mischkalkulation gestaltet der Auftragnehmer seine Preise nicht anhand der Kalkulation der Vertragsleistung mit den benannten Vordersatzmengen, sondern davon abweichend mit dem **Kalkül der Veränderung** von

⁶ Nach der h. M. handelt es sich bei o. g. Kosten um solche, die aus der Kalkulation des Bieters zum Angebot abzuleiten sind. Es handle sich um „vorkalkulatorische“ Kosten, nicht um die Ist-Kosten.

⁷ Gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B gelten die Regelungen der Nrn. 5 und 6 auch bei Vereinbarung einer **Pauschalsumme**, gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B auch wenn Pauschalsummen für Teile der Leistung vereinbart sind. Deshalb ist auch bei der Preisfortschreibung eines Pauschalpreises dessen kalkulatorische Herleitung maßgeblich.

⁸ Beim Pauschalvertrag ist eine bei hinzugedachter Aufgliederung in Teilleistungen sich ergebende Urkalkulation maßgeblich, wenn die Preisermittlungsgrundlagen fortzuschreiben sind, siehe § 2 Nr. 7 Abs. 2 i. V. mit § 2 Nrn. 5 und 6 VOB/B.

Mengen bzw. Leistung. Der Bieter orientiert sich für seine Kalkulationsüberlegungen nur in einem ersten Schritt an den im Leistungsverzeichnis genannten Vordersatzmengen. In einem zweiten Schritt lässt er sich von der spekulativen Erwartung von Änderungen der tatsächlich auszuführenden Mengen oder von zu erwartenden Leistungsänderungen leiten.

So genannte „fette Preise“, die auf einer nicht auf den Vordersatzmengen aufbauenden Kalkulation beruhen, dürfen **nicht** für eine Preisfortschreibung herangezogen werden, da dies nicht dem vereinbarten Preisfortschreibungssystem des § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B entspricht.

Die VOB/B erwähnt die Urkalkulation nicht, setzt aber als selbstverständlich voraus, dass sie sich „auf den im Vertrag vorgesehenen Umfang“ +/- 10 v. H. (siehe § 2 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B), auf die Grundlagen des Preises „für eine im Vertrag vorgesehene Leistung“ (§ 2 Nr. 5 Satz 1 VOB/B) bzw. auf die Grundlagen der Preisermittlung „für die vertragliche Leistung“ (§ 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B) bezieht. Aus diesen Formulierungen der VOB/B wird deutlich, dass **für die Urkalkulation der Einheitspreise die Vordersatzmengen des Leistungsverzeichnisses innerhalb der Bandbreite von +/- 10 v. H. des § 2 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B maßgeblich** sind.

Ein Spekulationspreis ist im vorliegenden Zusammenhang ein Preis, der nicht für die Vordersatzmengen innerhalb der Bandbreite von +/- 10 v. H. kalkuliert wird. Der Bieter gestaltet den Preis abweichend von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses schon in Erwartung von Mengenveränderungen bzw. Leistungsänderungen entweder „fett“ oder „mager“, je nachdem ob er erwartet, die Leistung in größerem oder kleinerem Umfang ausführen zu müssen. Der Bieter geht wie folgt vor:

1. Schritt:

Der Bieter kalkuliert zunächst auf der Basis der Mengenvordersätze (+/- 10 v. H.) des LV die Einheitspreise für alle Positionen. Dies ist die Urkalkulation.

- a) Ausgangsbasis sind zunächst allgemeingültige Kalkulationsansätze und vor allem betriebliche Kostenkennwerte sowie betriebliche Erfahrungswerte aus früheren Bauabwicklungen.
- b) Der Bieter passt sein Gesamtpreisgefüge an die reale Zuschlagschance dadurch an, dass er das sich in der Summe der Einheitspreise ergebende Preisniveau nivelliert.⁹

⁹ z. B. indem er einen Nachlass einräumt oder mit seiner EDV die einzelnen Einheitspreise jeweils prozentual herabsetzt

2. Schritt:

In einem zweiten Schritt modifiziert der Bieter seine Preisgestaltung dadurch, dass er die Möglichkeit von Mengenveränderungen bewertet. Erkennt er z.B. einen Mengenfehler im Leistungsverzeichnis, wird er auf die sichere Veränderung der Menge spekulieren, d. h. seine diesbezüglichen Einheitspreise an die erwartete Mengenveränderung anpassen.

3. Schritt:

Durch den vorstehenden zweiten Schritt hat der Bieter seine Zuschlagschance verändert. Bei der Spekulation auf eine sicher zu erwartende Mehrmenge wird der Bieter den diesbezüglichen Einheitspreis signifikant erhöhen. Ist die Vordersatzmenge im Leistungsverzeichnis sehr gering, verschlechtert er seine Zuschlagschance ggf. nur unmerklich, so dass der Bieter den auf den ursprünglich kalkulierten Einheitspreis aufgeschlagenen Preisanteil nicht noch an irgendeiner Stelle im Leistungsverzeichnis verstecken muss, um seine Zuschlagschance zu wahren. Ist der aufgeschlagene Preisanteil des Einheitspreises multipliziert mit der Vordersatzmenge jedoch so groß, dass der Bieter seine Zuschlagschance gefährdet sieht, ist er gezwungen, andere Positionen des Leistungsverzeichnisses um diesen Anteil zu reduzieren. Diese Verlagerung deckt er nicht auf, er versteckt sie.

bb) Fetter Preis und Urkalkulation

Von der oben geschilderten Kalkül-Kalkulation ist eine Urkalkulation zu unterscheiden, welche **auf der Basis der Vordersatzmengen innerhalb der Bandbreite von +/- 10 v. H.** fette Preise aufweist. Der Bieter ist innerhalb seiner Kalkulationsfreiheit für die ausgeschriebene Leistung und die ihm im Leistungsverzeichnis benannten Vordersatzmengen +/- 10 v. H. nicht gehindert, fette Preise anzusetzen. Allerdings muss er mit seiner Preisgestaltung noch den Wettbewerb gewinnen.

cc) Thesen:

(1.) Für eine Preisfortschreibung ist nur eine solche Urkalkulation maßgeblich, mit der die vertragliche Leistung auf der Basis der Vordersatzmengen im Rahmen der Toleranz des § 2 Nr. 3 VOB/B (+/- 10 %) kalkuliert ist.

Kalkuliert der Auftragnehmer also mit den Vordersatzmengen innerhalb des Toleranzrahmens von 90 bis 110 % einen „fetten Preis“, bleibt ihm dieser „fette Preis“ grundsätzlich auch für Preisfortschreibungen vollumfänglich über die zugrunde liegende kausale Urkalkulation erhalten.

(2.) Enthält eine vom Auftragnehmer vorgelegte Kalkulation bereits das Kalkül von Änderungen der Menge außerhalb der Toleranz von 10 v. H. bzw. von Änderungen der Leistung, ist sie für eine Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B nicht geeignet.

Der fette Preis ist mangels Anknüpfung an die Kalkulation anhand der Vordersatzmengen nicht für Preisfortschreibungen maßgeblich. Er verzerrt für die Mehrmenge das im ursprünglichen Wettbewerb gefundene Äquivalenzverhältnis.

d) Wann enthält eine Kalkulation das Kalkül von Mengen- bzw. Leistungsänderungen?

Eine signifikante Preisgestaltung entfaltet Indizwirkung. Ein signifikant fetter Einheitspreis in diesem Sinn ist in jedem Fall ein solch hoher Einheitspreis, der sich nicht mehr mit dem ansonsten vorzufindenden Preisniveau des gesamten Angebots in Einklang bringen lässt. Erst recht liegt ein signifikant fetter Einheitspreis in diesem Sinn vor, wenn er eine Größenordnung erreicht, die bei isolierter Betrachtung von Preis und im Nachtrag enthaltener Gegenleistung die Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) nahe legt.¹⁰

These:

Ein betriebswirtschaftlich nicht ausreichend begründbarer, signifikant gegenüber dem Vertragspreisniveau des gesamten Vertrages fetter Einheitspreis indiziert, dass der Bieter das Kalkül von Mengen- bzw. Leistungsveränderungen in seiner Kalkulation berücksichtigt hat, wodurch für den Nachtrag unzulässig das für die Vordersatzmenge im Wettbewerb gefundene Äquivalenzverhältnis von Preis und Leistung ausgehebelt wird.

Die notwendigen Feststellungen können sich unmittelbar aus dem LV und der Preisgestaltung des Bieters ergeben, etwa in der Art und Weise, wie dies das OLG Nürnberg in seinem Hinweisbeschluss vom 18.07.2007¹¹ für die ausgeschriebenen LV-Mengen und die dazu im LV eingetragenen Preise des Bieters festgestellt hat. Der OLG-Senat hatte angesichts der gegebenen Umstände zu Recht keinen Zweifel daran, dass die Firma einen Mengenfehler bei der Ausschreibung erkannt und ihre Gestaltung der angebotenen Einheitspreise alleine daran orientiert hatte. Die Feststellungen können sich auch aus einem Vergleich des Leistungsverzeichnisses mit den der Ausschreibung beiliegenden Plänen ergeben. Ergibt sich z. B. hieraus ein Übertragungsfehler und sind genau in den betreffenden Positionen signifikant hohe

¹⁰ zur Sittenwidrigkeit bei Rechtsgeschäften mit der öffentlichen Hand siehe: BGH, Urteil vom 25.01.2006, Az.: VIII ZR 398/03, NZBau 2006, 590; BGH, Urteil vom 23.02.2005, Az.: VIII ZR 129/04, NJW 2005, 1490; BGH, Urteil vom 06.12.1989, Az.: VIII ZR 310/88, NJW 1990, 567, 568; BGH, Urteil vom 09.10.1991, Az.: VIII ZR 19/91, NJW 1992, 310; BGH, Urteil vom 15.03.1990, Az.: III ZR 248/88, NJW-RR 1990, 750

¹¹ Az.: 1 U 970/07, IBR 2008, 103

bzw. niedrige Einheitspreise angegeben, lässt dies ebenfalls den Schluss auf die Kenntnis des Bieters von dem Ausschreibungsfehler zu.

Im Bereich submittierter Angebote nach VOB/A gilt, dass der Bieter nur eine reale Zuschlagschance hat, wenn er zur Submission - ohne Preisverhandlungsmöglichkeit - seine definitiv letzten Einheitspreise benennt. Er legt also zur Submission sein Angebotspreisniveau in nur einem „Schuss“ fest. Macht der Bieter geltend, in einer Position einen „Sondergewinn“ oder überhaupt Gewinn kalkuliert zu haben und kann aufgezeigt werden, dass in irgendeiner anderen Position des Leistungsverzeichnisses eine Kostendeckung kleiner eins vorliegt, liegt ohnehin eine kalkulatorische Quersubventionierung zwischen Positionen, also eine Mischkalkulation vor.¹² Denn der angebliche Gewinn der einen Position ist solange kein Gewinn, sondern nur Quersubventionierung, solange nicht alle Positionen des Leistungsverzeichnisses einen Kostendeckungsgrad gleich bzw. größer eins aufweisen. Dieses Kalkül durch Kostenverlagerung innerhalb der Kalkulation macht den jeweiligen Einheitspreis ohne vorherige Auflösung der Mischkalkulation für eine Preisfortschreibung nach § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B ungeeignet.

¹² die den Ausschluss auf der ersten Wertungsstufe begründet, siehe BGH, Beschluss vom 18.05.2004, Az.: X ZB 7/04, VergabeR 2004, 473