

Zur Korbion'schen Faustformel vom „guten Preis, der gut bleibt“. Gilt diese auch bei der Preisfortschreibung spekulativ überhöhter Einheitspreise?

Im Anschluss an die jüngste Entscheidung des BGH¹ zu spekulativ überhöhten Einheitspreisen ist die Diskussion um die Preisfortschreibung bei spekulativ hoher Preisgestaltung erneut entbrannt. In der Argumentation der bislang h. M. wird hauptsächlich auf die Korbion zugeschriebene Faustformel: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ verwiesen. Dieser kurze Beitrag zeigt auf, dass die Korbion'sche Formel in den Fällen spekulativer Preisgestaltung mit dem Kalkül der Mengenveränderung in ihr Gegenteil verkehrt wird.

1. Ausgangssituation: Normalfall der Kalkulation

Nach dem Grundprinzip des Einheitspreisvertrages ist der vertragliche Einheitspreis verbindlich. Abgerechnet wird nach den tatsächlich ausgeführten Mengen (siehe § 2 Nr. 2 VOB/B). Diese werden mit dem Einheitspreis multipliziert. Die Vordersatzmengen sind für die Abrechnung nicht verbindlich.

Es liegt auf der Hand, dass dann, wenn sich die Mengenansätze bei den Einzelpositionen in größerem Umfang nach oben oder unten verändern, die Kalkulation nicht mehr stimmen kann.² Bei spürbar größeren Mengen als sie im Vertrag vorgesehen sind, würde hier der Auftragnehmer unangemessen besser gestellt, während er bei erheblich kleineren Mengen Nachteile hinnehmen müsste.³ Der Auftragnehmer kann und muss sich wegen der Regelung in § 2 Nr. 3 VOB/B an den vorgegebenen Kalkulationskorridor von +/- 10 v. H. der Vordersatzmengen halten. Dabei werden für jede Position die prognostisch zu erwartenden direkten Kosten und die Zuschlagssätze für Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn jeweils anhand der im Leistungsverzeichnis benannten Vordersatzmengen +/- 10 v. H. kalkuliert. Ein Mengenveränderungsrisiko trifft den Bieter und späteren Auftragnehmer dadurch nur innerhalb des Kalkulationskorridors zwischen 90 v. H. und 110 v. H. der jeweiligen Vordersatzmenge. Dadurch erhalten sowohl der Auftraggeber als auch der Bieter Sicherheit. Der Auftraggeber muss nicht befürchten, dass aus betriebswirtschaftlichen Gründen Sicherheitszuschläge für Mengenrisiken jenseits des Kalkulationskorridors eingerechnet werden und kann deshalb erwarten, dass er ohne solche Sicherheitszuschläge kalkulierte Angebote bekommt. Der Bieter seinerseits ist vor dem Mengenveränderungsrisiko jenseits dieses Kalkulationskorridors geschützt. Diesen sich hieraus ergebenden Rahmen einerseits sowie die Rechtsfolgen bei darüber hinausgehenden Mengenänderungen andererseits zu bestimmen ist Aufgabe und Zweck der in Teil B § 2 Nr. 3 enthaltenen Vorschriften.⁴

¹ BGH, Urteil vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06

² Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag, 2. Auflage, 1979, Rdn. 286

³ Korbion/Hochstein, a. a. O.

⁴ Korbion/Hochstein, a. a. O.

Diese hier vertretene Ansicht, welche die Bedeutung der Vordersatzmenge für Preisfortschreibungen nach § 2 Nrn. 3 ff. VOB/B hervorhebt, ist nicht so neu, wie es zunächst erscheint, denn sie führt nur auf die Grundgedanken zurück, welche die Väter und Urväter der VOB/B als selbstverständlich voraussetzten.

Einer dieser Grundgedanken, quasi die Geschäftsgrundlage für die Anwendung des § 2 VOB/B, ist eben, dass der Bieter in seiner Kalkulation den durch die Leistungsbeschreibung vorgegebenen Rahmen des Leistungsumfangs bei den einzelnen Positionen kalkulatorisch berücksichtigt. Zum Beispiel heißt es bei Korbion/Hochstein⁵ unter der Überschrift: „Änderung des Einheitspreises bei Mengenänderungen (§ 2 Nr. 3)“:

*„Die vertraglich vereinbarten Einheitspreise gehen nach der Kalkulation des Auftragnehmers von einem bestimmten, **durch die Leistungsbeschreibung vorgegebenen Rahmen des Leistungsumfangs bei den einzelnen Positionen** aus und berücksichtigen dabei durch entsprechende Umverteilung die Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie die sonstigen allgemeinen Kosten des Auftragnehmers.“⁶*

Auch Dähne⁷ meint in einer früheren Veröffentlichung, dass die Einheitspreise kalkulatorisch auf die im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Leistungsmengen ausgerichtet sind.

Aufschlussreich sind auch die Ausführungen bei Daub/Piel/Soergel/Steffani⁸:

„Die Funktion des § 2 Nr. 3 VOB/B besteht darin, den Kalkulierenden von der Notwendigkeit zu entlasten, Mengenänderungen, die über 10 v. H. hinausgehen, bei der Kostenerfassung zu berücksichtigen.“

Weiter führen Daub/Piel/Soergel/Steffani⁹ aus:

„Damit wird ein Unsicherheitsfaktor ausgemerzt. Die Kostenermittlung und damit auch die Preisermittlung wird zuverlässiger, die Vergleichbarkeit verschiedener Angebote verbessert. Man verweist die Parteien darauf, im Falle einer erwartungswidrigen Mengenänderung um mehr als 10 v. H. die zunächst unterlassene Berücksichtigung einer solchen Änderung nachzuholen.“

Mit einer kleinen, aber aufschlussreichen Ergänzung äußert sich Piel¹⁰:

⁵ Korbion/Hochstein, a. a. O.

⁶ Hervorhebung durch den Verfasser des hier vorliegenden Aufsatzes

⁷ Dähne, BauR 1974, 371

⁸ Kommentar zur VOB, Band 2, 1976, ErlZ B 2.72

⁹ a. a. O.

¹⁰ Piel, BauR 1974, 226, 229

„Man verweist die Parteien darauf, im Falle einer erwartungswidrigen Mengenänderung um mehr als 10 % die zunächst unterlassene Berücksichtigung einer solchen Änderung nachzuholen (in der Erwartung, dass dieser Bedarfsfall nicht eintreten werde).“¹¹

2. Spekulative Preisgestaltung mittels Kalkülkalkulation

Nach derzeit weit verbreiteter Ansicht sind, entgegen den oben dargestellten normalen Kalkulationsannahmen, auch die nach Vertragsschluss vom Bieter prognostisch erwarteten Veränderungen, jenseits des Kalkulationskorridors von +/- 10 v. H., bestimmende Kalkulationsannahmen.

Bestimmendes Motiv für einen außerordentlich hohen, spekulativ gestalteten Preis einer Position ist die Erwartung einer Mengenveränderung bei dieser Positionsleistung und dass dann eine Gewinnspanne realisiert werden kann, die, abweichend vom Vertragspreisgefüge des gesamten Vertrages und im Vergleich mit den sonstigen Kalkulationsansätzen in anderen Positionen, weit über den Kalkulationsannahmen inkl. Gewinnannahmen für die Mengen der LV-Leistung liegt. Das Kalkül des spekulierenden Bieters ist, abweichend von normalen Kalkulationen aus dem schlechten Vertragspreisgefüge des Angebots ein gutes Abrechnungspreisgefüge in der Schlussrechnung zu machen. Der Bieter will zwar den Auftrag, er will aber eine Leistung ausführen und abrechnen, die im Vergleich zur ausgeschriebenen Leistung überproportional teuer ist und nicht mehr das Vertragspreisgefüge des gesamten Vertrages widerspiegelt.

Die Ursache des Problems liegt oft auf beiden Seiten, wie Drittler¹² im Ansatz richtig erkennt: auf der Bieter- und auf der Auftraggeberseite. Ungenaue Mengenermittlungen und Ausschreibungen einerseits, zumeist durch extern beauftragte Architektur- bzw. Ingenieurbüros, sind ein unbedingt zu vermeidendes Übel und verleiten manche Bieter zu spekulativen Preisgestaltungen. Andererseits betreiben Bieter, die Angebote mit spekulativen Preisgestaltungen abgeben, einen Systemmissbrauch des grundsätzlich durch § 2 Nrn. 2 und 3 VOB/B austarieren Systems, das durchgehend Vertragsgerechtigkeit herstellen und erhalten will.

Die Ursachen erkannt zu haben hilft aber alleine nicht weiter. Gibt hier vielleicht die sog. Korbion'sche Formel eine brauchbare Orientierung?

3. Die sog. Korbion'sche Formel vom „guten Preis, der gut bleibt“

Die Ansicht, wonach auch eine Kalkülkalkulation mit dem Preisfortschreibungssystem des § 2 VOB/B vereinbar ist, widerspricht dem tradierten Verständnis zum Inhalt und

¹¹ Hervorhebung durch den Verfasser des hier vorliegenden Aufsatzes

¹² Drittler, IBR 2009, 1, siehe aber auch Rohrmüller, IBR 2009, 2

zum Zweck des § 2 VOB/B. Interessanterweise beziehen sich einige der Vertreter dieser Ansicht auf eine Korbion zugeschriebene Faustformel, die sinngemäß besagt: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“ Wenn in früheren Zeiten von dieser Faustformel die Rede war, brachte dies lediglich verkürzt zum Ausdruck, dass das vereinbarte Vertragspreisniveau des Ausgangsvertrages beibehalten bleiben sollte. Inhaltlich wird dies von einigen Autoren wohl auch noch genauso verstanden.

Siehe z. B. völlig zutreffend Reister¹³:

„Die geänderte Vergütung ist (also) stets so zu ermitteln, als wenn der Unternehmer bei gleichem Kostendenken und unter Beibehaltung aller Kalkulationsfaktoren bereits bei der Kalkulation des Angebots die nun tatsächlich zur Ausführung gelangten Mehrmengen gekannt hätte.“

Ebenfalls völlig zutreffend äußert sich Jansen¹⁴:

„Die Ermittlung des neuen Einheitspreises für die 110 v. H. übersteigende Menge ist ohnehin grundsätzlich so vorzunehmen, wie wenn zur Zeit des Vertragsschlusses die erhöhte Ausführungsmenge bekannt gewesen und der Einheitspreis auf dieser Grundlage kalkuliert worden wäre.“

Die Korbion'sche Faustformel fasst zwar – allerdings sehr verkürzt – eine im Kern zutreffende Aussage zusammen. In der Verkürzung der Aussage liegt aber genau das Problem, das manche Rechtsanwender und Gerichte damit haben. Die Faustformel taugt nur für den Normalfall, eben jenen Fall, den Korbion und andere Autoren erkennbar zur Grundlage solcher Aussagen machten, nämlich der Kalkulation innerhalb des Kalkulationskorridors von +/- 10 v. H.!

Im Falle spekulativer Preisgestaltungen ist aber, mit Reister (s. o.), noch ergänzend zu fragen, was mit diesem, anhand der Mehrmengen bereinigten, Angebot geschehen wäre. Hätte es denn überhaupt in einer Wertung aller Angebote (natürlich auch bei den anderen Angeboten mit den Mehrmengen gewertet) eine Zuschlagschance gehabt? Für die Fallgestaltungen, um die es hier geht, kann deutlich gesagt werden: Nein!

Zum Beispiel kann in dem vom OLG Koblenz mit Urteil vom 24.05.2006¹⁵ entschiedenen Fall ausgeschlossen werden, dass der Auftragnehmer bei vorkalkulatorischer Preisfortschreibung im Rahmen von § 2 VOB/B auf der Basis seiner sonstigen Kalkulationsansätze für die Mehrmengen den vom Gericht ermittelten Preis angeboten hätte.¹⁶ Die spekulativen Preisgestaltungen sprengen in den in der Praxis bedeutsamen Fällen jenen Bereich, innerhalb dessen der Bieter noch vernünftigerweise damit rechnen

¹³ Reister, IBR 2003, 55

¹⁴ Jansen, Beck'scher VOB-Kommentar, 2. Auflage, § 2 Nr. 3 Rz. 24

¹⁵ OLG Koblenz, Urteil vom 24.05.2006 – 6 U 1273/03, BauR 2008, 1893 ff.

¹⁶ Althaus, IBR 2008, 560

kann, den Auftrag zu erhalten. Mit der höheren Menge hätte ein außerordentlich hoher Spekulationspreis **nicht kausal** zum Vertragsschluss führen können.

In der Faustformel vom „guten Preis, der gut bleibt“ steckt eine Aussage, die nur für den von der VOB/B vorausgesetzten Normalfall gilt, wenn sich das Vertragspreisgefüge des gesamten Vertrages in den einzelnen Vertragspreisen widerspiegelt, nicht aber für den Sonderfall spekulativer Preisgestaltung.

Es soll nur das Vertragspreisgefüge gut oder schlecht bleiben, nicht aber ein schlechtes Vertragspreisgefüge erst durch die Mengenspekulation gut werden.

Wer die Korbion'sche Faustformel sinnentleert anders verstehen will, verkehrt sie in ihr Gegenteil.