

Ist § 650c BGB eine sichere Grundlage für Nachträge?

Verfasser: Markus Lindner

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung / Problemaufriss	77
2 Die relevanten Passagen im seit 01.01.2018 geltenden BGB	78
3 Auslegung nach dem Wortlaut	79
3.1 Umgangssprache	79
3.1.1 „Tatsächlich“	79
3.1.2 „Erforderlich“	80
3.1.3 „Kosten“	80
3.1.4 Zwischenfazit	80
3.2 Fachsprache	81
3.2.1 Rechtssprache	81
3.2.2 Baufachliche Sprache	81
3.3 Bedeutung der Begriffe in anderen Gesetzen	82
3.4 Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut	83
4 Systematische Auslegung	83
4.1 Systematik innerhalb des § 650c	83
4.2 Systematik innerhalb des neuen Bauvertragsrechts (§§ 650a - h)	84
4.3 Systematik innerhalb des BGB	85
4.3.1 Schadensersatzrecht	85
4.3.2 Werkvertragsrecht (§§ 631 - 650)	86
4.3.3 Umkehrschluss aus § 588	87
4.3.4 Zahlungsdienstleistungen	87
4.4 Ergebnis der systematischen Auslegung	87
5 Teleologische Auslegung	88
6 Zwischenfazit aus Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck	88

	Seite
7 Historische Auslegung	89
7.1 Entstehungsgeschichte	89
7.2 Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/8486 vom 18.05.2016)	91
7.2.1 Begründung des Gesetzentwurfs mit Anleitung zur Ermittlung der Vergütung	91
7.2.2 Berechnungsbeispiele aus der Literatur	96
7.2.3 Stellungnahme zur Begründung des Gesetzentwurfs	98
7.2.4 Beweislast und 80%-Anspruch des Unternehmers auf strittige Forderung	100
8 Fazit	100
8.1 § 650c ist keine sichere Grundlage für Nachträge, Folgerungen für die Praxis	100
8.2 Zukunft der VOB/B?	104

1 Einleitung / Problemaufriss

Durch das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts¹ wurden knapp 120 Jahre nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) erstmals² spezielle Regelungen zum Bauvertrag sowie Architekten- und Ingenieurvertrag ins BGB aufgenommen. Sie gelten für ab dem 01.01.2018 abgeschlossene Verträge.³ Bei den von öffentlichen Auftraggebern bei Bauleistungen über und unter dem EU-Schwellenwert abzuschließenden VOB-Verträgen werden die Regelungen des neuen BGB durch die VOB/B verdrängt, soweit diese vom neuen BGB abweichende Regelungen enthält. Dazu gehört auch der im vorliegenden Beitrag schwerpunktmäßig behandelte §⁴ 650c Abs. 1, da § 2 Abs. 5 VOB/B eine eigene Regelung zur Vergütung geänderter Leistungen trifft. Da es sich bei der VOB/B aber nach h. M. um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelt, ist im Falle der bei einer – in der kommunalen Praxis leider häufig vorkommenden – inhaltlichen Abweichung von der VOB/B eröffneten isolierten Inhaltskontrolle zu prüfen, ob § 2 Abs. 5 VOB/B den Unternehmer im Vergleich zur gesetzlichen Regelung des § 650c unangemessen benachteiligt. Dies ist zweifelhaft, denn im Falle eines für die ursprüngliche vertragliche Leistung vereinbarten „guten“ Preises ist § 2 Abs. 5 VOB/B wegen der dort nach h. M. geltenden Fortschreibung des Vertragspreinsniveaus für den Unternehmer günstiger als § 650c Abs. 1, welcher an die tatsächlich erforderlichen Kosten anknüpft. Die Frage der AGB-Festigkeit der VOB/B, insbesondere des § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B, unter Berücksichtigung der neuen BGB-Regelungen, soll hier nicht weiter vertieft werden.⁵ Verneint man sie⁶, fände § 650c Abs. 1 statt § 2 Abs. 5 VOB/B Anwendung. Auch im Architekten- und Ingenieurvertrag kommt § 650c unter bestimmten – hier nicht näher betrachteten – Voraussetzungen entsprechend zur Anwendung, siehe § 650q Abs. 2. Die Regelungen der §§ 650b und 650c zur Anordnung geänderter Leistungen und deren Vergütung sind insofern auch für öffentliche Auftraggeber von Interesse. Zudem erscheint eine Betrachtung und Bewertung der Regelungen im BGB auch aus folgendem Grunde wichtig: Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) als Herausgeber der VOB/B hat über die Folgen des neuen gesetzlichen Bauvertragsrechts für die VOB/B debattiert⁷ und hierbei in seinem Hauptausschuss Allgemeines (HAA) am

¹ vollständiger Name: Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren vom 28. April 2017, BGBl I S. 969; zu Anwendungsfragen des gesamten Gesetzes siehe z. B. Kniffka/Retzlaff, BauR 2017, 1747 - 1900

² Insofern handelt es sich eigentlich nicht um eine Reform des Bauvertragsrechts, sondern eine Ergänzung des BGB um einzelne Regelungen zum Bauvertragsrecht.

³ Der Bauvertrag ist legaldefiniert im neuen § 650a BGB, siehe dort.

⁴ Genannte Paragraphen sind solche des BGB, es sei denn es ist anders angegeben.

⁵ Vorsichtig optimistisch in Richtung AGB-Festigkeit äußert sich hierzu das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) im Erlass vom 08.12.2017, Az.: B17 – 81064.02/01: „Da sich das BGB in zentralen Fragen an der VOB/B orientiert und die VOB/B ab 2018 den gesetzlichen Regelungen ähnlicher ist als in den vergangenen 50 Jahren, ist es nicht undenkbar, dass die VOB/B auch einer AGB-rechtlichen Prüfung am Maßstab des neuen BGB standhalten wird.“ Ähnlich Retzlaff, BauR 2017, 1809 ff.; konkret die AGB-Festigkeit von § 2 Abs. 5 und 6 **bejahend**: von Rintelen, NZBau 2017, 315; Kandel in BeckOK VOB/B § 2 Rn. 36 - 41; Kapellmann, NZBau 2017, 635

⁶ so Orłowski, BauR 2017, 1427 (1437); wohl auch Funke in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B, 4. Auflage 2016, § 1 Rn. 113 - 114; Oberhauser in Dammer/Lenkert/Oberhauser/Paulsen/Stritz, Das neue Bauvertragsrecht, Rn. 129

⁷ siehe Arbeitsprogramm des Hauptausschusses Allgemeines (HAA) im DVA für 2017/2018: „Überprüfung der VOB/B in Hinblick auf das Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts“

18.01.2018 mehrheitlich den Beschluss⁸ gefasst, die VOB/B zunächst unverändert zu lassen. Dem Beschluss liegen folgende Erwägungen zugrunde: „Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten.“

Im vorliegenden Beitrag wird untersucht, wie die Regelung in § 650c Abs. 1 und 2 zur Nachtragsvergütung zu verstehen ist und ob sie in der Praxis zu klaren und angemessenen Ergebnissen führt. In loser Anknüpfung an die von Kniffka in BauR 2012, 411 untersuchte und verneinte Frage, ob die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge ist, soll die Frage untersucht werden, ob der (nicht zuletzt aufgrund der kritischen damaligen Beurteilung der VOB-Regelungen durch Kniffka⁹) Gesetz gewordene § 650c Abs. 1 und 2 BGB seinerseits eine sichere Grundlage für Nachträge ist. Im Ergebnis muss konstatiert werden, dass die Neuregelung gut gemeint ist, der Praxis aber keine ausreichende Klarheit bringt und eine „1:1“-Übernahme der Regelungen der §§ 650b und 650c in die VOB/B diesseits nicht befürwortet werden kann.

2 Die relevanten Passagen im seit 01.01.2018 geltenden BGB

„§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. (...) ¹⁰

(2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.“

Die in § 650c Abs. 1 erwähnten tatsächlich erforderlichen Kosten sind immer dann maßgeblich, wenn der Unternehmer seine Nachtragsvergütung hiernach berechnet oder – soweit der Unternehmer die Urkalkulation fortschreiben will – der Besteller die Vermutung des § 650c Abs. 2 widerlegt. Was „tatsächlich erforderliche Kosten“ sind, ist im BGB nicht definiert. Es handelt sich um drei unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Inhalt (im Zusammenhang) durch Auslegung zu ermitteln ist. Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹¹ der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nach dem Rechtsgedanken des § 133 BGB ist nicht am buchstäblichen Ausdruck zu haften, sondern auf den

⁸ abrufbar unter www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/bauauftragsvergabe/vergabe-und-vertragsordnung-vob/

⁹ Kniffka, BauR 2012, 411 (420): „Die VOB/B enthält in einem ihrer Kernbereiche – dem Vergütungsrecht – eine Vielzahl von schlechten, undurchdachten und widersprüchlichen Formulierungen. Diese sind allesamt geeignet, Streit zu erzeugen.“

¹⁰ § 650c Abs. 1 Satz 2 enthält nichts Erhellendes bezüglich der tatsächlich erforderlichen Kosten und wird deshalb hier nicht betrachtet.

¹¹ Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52 (BVerfGE 1, 299), seitdem ständige Rechtsprechung

Sinn und Zweck der Norm abzustellen.¹² Der historischen Auslegung (Entstehungsgeschichte, Gesetzesmaterialien) kommt nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den vorgenannten Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können. Es ist somit zunächst die Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck vorzunehmen und das hiernach gefundene Auslegungsergebnis dann anhand der historischen Auslegung nochmals zu überprüfen.

3 Auslegung nach dem Wortlaut

Die grammatische Auslegung setzt am Wortsinn an. Neben dem alltäglichen Sprachgebrauch sind hierbei auch die übliche Bedeutung in der Rechtssprache und die Bedeutung des Wortes in anderen Gesetzen zu berücksichtigen.

3.1 Umgangssprache

3.1.1 „Tatsächlich“

www.duden.de: „als Tatsache vorhanden; wirklich, real, faktisch“

<https://de.wiktionary.org>: „wahrheitsgemäß, wirklich“

www.google.de: „so, dass es der Wirklichkeit entspricht“

Eine Tatsache ist ein wirklicher, nachweisbarer, bestehender, wahrer oder anerkannter Sachverhalt (<https://de.wikipedia.org/wiki/Tatsache>).

Tatsächliche Kosten liegen damit umgangssprachlich vor, wenn sie nachweislich bei der Ausführung der geänderten Leistung entstanden sind. Die Vergütung ist aber nicht nach „tatsächlichen, erforderlichen Kosten“ zu ermitteln, sondern nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten“. Das verwendete Wort „tatsächlich“ konkretisiert somit das nachfolgende und durch den Satzbau von der Bedeutung her wichtigere Adjektiv „erforderlichen“ und bezieht sich nicht auf die Kosten.¹³ Lässt man in § 650c Abs. 1 das Wort „tatsächlich“ weg, so wäre die Vergütung nach den „erforderlichen Kosten“ zu ermitteln. Es würde sich die Frage stellen, ob die Kosten aus Sicht des Bestellers, des Unternehmers oder eines objektiven Dritten erforderlich sein müssen. Durch die Beifügung des Wortes „tatsächlich“ wird dies allerdings nicht geklärt (dazu hätte man z. B. „objektiv“ statt „tatsächlich“ verwenden müssen). Handelt es sich bei der Kombination „tatsächlich erforderlichen“ somit am Ende um einen Pleonasmus (Wortreichtum ohne Informationsgewinn)? Hierzu macht es Sinn, einmal zu überlegen, was das Gegenteil von „tat-

¹² vgl. BGH, Urteil vom 23.05.1951 – II ZR 71/50 (BGHZ 2, 176 [184]): „Demgemäss ist die Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch gegenüber einem sprachlich unzweideutigen Wortlaut nicht ausgeschlossen; denn die Worte sind nur der möglicherweise unvollkommene Ausdruck der massgebenden Gedanken.“

¹³ a. A. von Rintelen in *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018*, § 650c, Rn. 48: „Bei § 650c BGB muss der Aufwand zur Ausführung der geänderten Leistung objektiv erforderlich gewesen sein. Allerdings ist hierfür nicht die ex-post-Sicht maßgebend, sondern eine ex-ante-Betrachtung aus Sicht eines verständigen Unternehmers. Denn das Adjektiv ‚tatsächlich‘ bezieht sich auf die Kosten und nicht deren Erforderlichkeit.“ Das überzeugt nicht, da es dann „tatsächlichen, erforderlichen Kosten“ heißen müsste (das Komma ist hierbei noch nicht einmal zwingend erforderlich, gleiches ergäbe sich auch bei der Formulierung „tatsächlichen erforderlichen Kosten“).

sächlich“ erforderlichen Kosten wäre: Nämlich „fiktiv“, „abstrakt“ oder „hypothetisch“ erforderliche Kosten. Allen Begriffen gemein ist der fehlende Bezug zur Wirklichkeit. Es reicht demnach aus, wenn sich die Erforderlichkeit aus allgemein anerkannten Zusammenhängen oder Statistiken ergibt. Durch das Wort „tatsächlich“ erfolgt dagegen eine Anknüpfung der Erforderlichkeit an die Wirklichkeit, hier in concreto die Baustellensituation zum Zeitpunkt der Ausführung des Nachtrags. Die für die Vergütung maßgeblichen Kosten der Ausführung der geänderten Leistung dürfen somit nicht abstrakt (z. B. aus einem Baupreislexikon) entnommen werden, sondern es sind die konkreten Umstände der Baustelle zu berücksichtigen.

3.1.2 „Erforderlich“

www.duden.de: „für einen bestimmten Zweck unbedingt notwendig; unerlässlich“

<https://de.wiktionary.org>: „jemand/etwas ist nötig, wird gebraucht“

www.dwds.de: „notwendig, unerlässlich“

Treibt der Unternehmer zur Ausführung der geänderten Leistung einen unwirtschaftlichen Aufwand (Beispiel: große Mengen Erdaushub in Handarbeit statt unter Einsatz eines Baggers), so kann er die ihm hierbei entstandenen (Lohn-)Kosten zwar nachweisen, insofern handelt es sich um „tatsächlich entstandene“ Kosten. Diese tatsächlichen Kosten sind aber nicht notwendig oder gar unerlässlich im Sinne von „erforderlich“. Die tatsächlich angefallenen Kosten sind nur dann maßgeblich, wenn sie auch technisch notwendig waren. Sollte es mehrere technisch gleich geeignete Ausführungsvarianten geben, ist fraglich, ob der Unternehmer nur die für den Besteller wirtschaftlichste vergütet bekommt, und als Vorfragen, wie und von wem dies ermittelt wird und welche Maßstäbe hierbei anzulegen sind. Hier wird viel in der Hand der (gerichtlichen) Sachverständigen liegen, da die Nachtragssituation wie oben dargelegt nicht „im luftleeren Raum“ abstrakt betrachtet werden kann, sondern die konkrete Situation des Auftragnehmers (Freie Kapazitäten? Welche Geräte stehen zur Verfügung?) bzw. der Baustelle (z. B. beengte Innenstadtsituation oder auf der grünen Wiese?) bei der Ermittlung der erforderlichen Kosten zu berücksichtigen sein wird. Die Frage, ob ein Wirtschaftlichkeitsgebot für den Unternehmer besteht, kann mittels der Auslegung nach dem umgangssprachlichen Wortsinn nicht beantwortet werden, siehe hierzu aber sogleich.

3.1.3 „Kosten“

www.duden.de: „finanzielle Ausgaben“

Kosten sind im allgemeinen Sprachgebrauch diejenigen Werte, welche für die Beschaffung oder Herstellung eines Gutes aufgewendet werden müssen.

3.1.4 Zwischenfazit

Nach der umgangssprachlichen Auslegung ergibt sich als Zwischenfazit, dass nachweislich entstandene Kosten nur dann für die Vergütung maßgeblich sind, wenn sie unter Berücksichtigung der konkreten Baustellensituation erforderlich waren. Auf wessen Sicht es hierbei ankommt und ob ein Wirtschaftlichkeitsgebot besteht, lässt sich an dieser Stelle noch nicht klären.

3.2 Fachsprache

3.2.1 Rechtssprache

3.2.1.1 „Tatsächlich“

Eine Tatsache im strafrechtlichen Sinne ist etwas Geschehenes oder Bestehendes, das in die Wirklichkeit getreten und daher dem Beweis zugänglich ist (relevant bei § 186 StGB¹⁴ und § 187 StGB¹⁵).

3.2.1.2 „Erforderlich“

Im rechtlichen Bereich hat die „Erforderlichkeit“ insbesondere bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedeutung. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass jede (staatliche) Maßnahme, die in Grundrechte eingreift, einen legitimen öffentlichen Zweck verfolgen und überdies geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn („angemessen“) sein muss. Es spielt als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz auch bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe stets eine Rolle. Erforderlich in diesem juristischen Wortsinn ist eine Maßnahme, wenn kein milderes Mittel verfügbar ist, das in gleicher (oder sogar besserer) Weise geeignet ist, den Zweck zu erreichen.

3.2.2 Baufachliche Sprache

Die DIN 276¹⁶ definiert Kosten im Bauwesen als „Aufwendungen für Güter, Leistungen und Abgaben, die für die Planung und Ausführung von Baumaßnahmen erforderlich sind“.

In der Baubetriebslehre gibt es mehrere Kostenbegriffe. Bei der üblichen Kalkulation der Preise über die Zuschlagskalkulation werden zunächst die Einzelkosten der Teilleistung (EKT, andere Bezeichnungen hierfür sind unmittelbare Herstellungskosten bzw. direkte Kosten) ermittelt. Die EKT setzen sich aus Kosten für Lohn, Stoff, Geräte, Sonstiges und Nachunternehmer zusammen. Auf diese Herstellungskosten werden dann prozentuale Zuschläge für Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn gemacht, um den einzelnen Preis und letztlich die Angebotssumme zu bestimmen.

¹⁴ § 186 StGB: „Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, (...) bestraft.“

¹⁵ § 187 StGB: „Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird (...) bestraft.“

¹⁶ DIN 276-1:2008-12 (Kosten im Bauwesen)

3.3 Bedeutung der Begriffe in anderen Gesetzen

Das Insolvenzrecht kennt den Begriff der tatsächlich erforderlichen Kosten ebenfalls, wie ein Blick in folgende Regelungen (Hervorhebungen durch Verfasser) zeigt:

„§ 171 InsO

*(2) Als Kosten der Verwertung sind pauschal fünf vom Hundert des Verwertungserlöses anzusetzen. Lagen die **tatsächlich entstandenen, für die Verwertung erforderlichen Kosten** erheblich niedriger oder erheblich höher, so sind diese Kosten anzusetzen. (...)*

§ 282 InsO

*(1) Das Recht des Insolvenzverwalters zur Verwertung von Gegenständen, an denen Absonderungsrechte bestehen, steht dem Schuldner zu. Kosten der Feststellung der Gegenstände und der Rechte an diesen werden jedoch nicht erhoben. Als Kosten der Verwertung können nur die **tatsächlich entstandenen, für die Verwertung erforderlichen Kosten** und der Umsatzsteuerbetrag angesetzt werden.“*

(Verwertungs-)Kosten im insolvenzrechtlichen Sinne müssen also nicht nur tatsächlich entstanden, sondern für die Verwertung erforderlich sein. Erforderlich sind diese Kosten zunächst dann, wenn eine rechtliche Verpflichtung zur Übernahme besteht. Besteht keine Rechtspflicht, können entstandene Kosten dennoch erforderlich sein, wenn sie aus wirtschaftlicher Vernunft als geboten anzusehen sind.¹⁷ In der Literatur¹⁸ wird eine Erforderlichkeit etwa von Transportkosten bejaht, wenn eine überregionale Verwertung oder eine Verwertung an einem anderen Ort zwar zunächst teurer, aber Erfolg versprechender ist.

Überträgt man dies auf § 650c BGB, so müssen die vom Unternehmer aufgewendeten Kosten nicht nur tatsächlich entstanden, sondern in der konkreten Nachtragssituation wirtschaftlich vernünftig sein. Hierbei kann nicht die subjektive Sicht des Unternehmers maßgeblich sein, denn für ihn kann eine unvernünftige Ausführungsvariante „wirtschaftlich“ sein, wenn sie ihm einen größeren Gewinn verschafft. Vorzunehmen ist eine objektive Betrachtung, welche Ausführungsart unter Berücksichtigung der in der Nachtragssituation herrschenden Baustellensituation die wirtschaftlichste im Sinne von kostengünstigste ist. In diesem Sinne kann es vernünftig sein, ein auf der Baustelle bereits (sachgerecht) vorhandenes, aber an sich zu großes (und damit teureres) Gerät zur Ausführung der geänderten Leistung zu nutzen, wenn ansonsten durch den erforderlichen An- und Abtransport des an sich geeigneteren kleineren Geräts insgesamt höhere Kosten entstünden.

¹⁷ OLG Nürnberg, Urteil vom 11.12.2013 – 12 U 1530/12

¹⁸ Lwowski/Tetzlaff in Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage 2008, § 170 Rn. 30

3.4 Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut

Tatsächlich erforderliche Kosten sind Aufwendungen des Unternehmers für Lohn, Stoff, Geräte, Sonstiges und Nachunternehmer, die zur Ausführung der Anordnung des Bestellers wirklich angefallen sind und notwendig bzw. wirtschaftlich objektiv vernünftig waren, wobei die konkrete Baustellensituation zu berücksichtigen ist.

4 Systematische Auslegung

Bei der systematischen Auslegung ist die Stellung der Begriffe „tatsächlich erforderlichen Kosten“ im Gesamtzusammenhang des Gesetzestextes zu würdigen.

4.1 Systematik innerhalb des § 650c

§ 650c Abs. 1 Satz 1 lautet:

„Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.“

Damit ist klar, dass die Allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn nicht zu den tatsächlich erforderlichen Kosten gehören; denn sonst dürfte man sie nicht auf diese zuschlagen. Die Erwähnung nur der AGK, nicht aber der BGK bei den Zuschlägen könnte dafür sprechen, dass die BGK zu den tatsächlich erforderlichen Kosten zu zählen sind oder aber, dass sie gar nicht berücksichtigungsfähig sein sollen. Es erscheint überzeugender, von ersterem auszugehen, da die BGK immerhin anerkanntermaßen ein Kostenbestandteil sind und durchaus auch nachtragsbezogen quasi als direkte Kosten ermittelt werden können. Es wäre dann Sache des Unternehmers, in seinem Nachtrag darzulegen, dass sich durch die Nachtragsleistung zusätzliche BGK ergeben, wenn er sie als tatsächlich erforderliche Kosten ansieht. Nicht möglich ist es, auf die tatsächlich erforderlichen EKT den für das Hauptangebot vereinbarten BGK-Zuschlag oder auch einen angemessenen BGK-Zuschlag zu erheben, da § 650c Abs. 1 Satz 1 eine insofern abschließende Aufzählung (Zuschläge nur für AGK, Wagnis und Gewinn) enthält.

Dass die Ermittlung eines angemessenen Zuschlags für AGK, Wagnis und Gewinn erhebliches Streitpotenzial birgt, soll an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben. Der vom Rechtsausschuss des Bundestags am 22.06.2016 in der Expertenanhörung zum Gesetzentwurf hinzugezogene Rechtsanwalt Lenkeit führte hierzu Folgendes aus: *„Wir haben im § 650c Abs. 1 BGB aufgezählt, dass Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln sind. Das sind Begriffe, die nicht einmal in der VOB vorkommen. Das sind Begriffe, wo jeder baubetriebliche Lehrstuhl in der Bundesrepublik etwas anderes vertritt. Und da haben sich in den letzten drei Jahren eine Menge Lehrstühle entwickelt, das ist ein ganz neues Rechtsgebiet ge-*

worden, Claim Management. Jeder vertritt etwas anderes zu diesen Begriffen. Und wir schreiben die jetzt ins Gesetz. Die sind völlig ungeklärt, sogar in der Baubetriebslehre. Da kann ich auch dringend von abraten.“¹⁹

§ 650c Abs. 2 lautet:

„Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.“

Auch wenn hier für die praktische Umsetzung vieles unklar bleibt (z. B.: Welche Ansätze sind gemeint?), ergibt sich immerhin, dass die in Absatz 1 genannten tatsächlich erforderlichen Kosten etwas anderes sind als die fortgeschriebenen Ansätze aus der Urkalkulation, denn sonst hätte es der widerleglichen Vermutung in Absatz 2 Satz 2 nicht bedurft.

4.2 Systematik innerhalb des neuen Bauvertragsrechts (§§ 650a - h)

§ 650c regelt laut seiner amtlichen Überschrift die „Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2“. § 650b Abs. 2 lautet wie folgt:

„(2) ¹ Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. ² Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. ³ Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.“

Die tatsächlich erforderlichen Kosten sind somit nur dann maßgeblich, wenn sich die Parteien nicht innerhalb von 30 Tagen²⁰ nach Zugang des Änderungsbegehrens des Bestellers beim Unternehmer über die „Mehr- oder Mindervergütung“ geeinigt haben und der Besteller die Änderung in der Folge in Textform angeordnet hat. Was die tatsächlich erforderlichen Kosten sind, ergibt sich hieraus allerdings nicht, insbesondere ist kein Umkehrschluss aus § 650b möglich, denn § 650b macht den Parteien keine Vorgabe, in welcher Art und Weise sie sich über die Höhe der Mehr- oder Mindervergütung für eine geänderte Leistung zu einigen haben. Sie sind dabei völlig frei, was dem Wesen der dem BGB zugrundeliegenden Privatautonomie entspricht. § 650c enthält eine gesetzliche Vorgabe also nur für den Fall der fehlenden Einigung der Parteien über die Nachtragshöhe. Hierzu enthält die VOB/B streng genommen

¹⁹ Wortprotokoll der 105. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestags vom 22.06.2016, S. 33; online zugreifbar unter www.neues-bauvertragsrecht.com/gesetzesmaterialien

²⁰ Der Unternehmer muss die angeordnete geänderte Leistung bei fehlender Einigung über die Höhe der Vergütung erst nach der frühestens 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer möglichen Anordnung des Bestellers ausführen, § 650b Abs. 2 Satz 2. Zu Recht kritisch zu dieser misslungenen Regelung z. B. Steding/Wittmeier/Liauw, Einführung in das Recht des Anlagenbaus, 1. Auflage 2017, Rn. 480 ff.; einen Lösungsvorschlag macht Weise in NJW-Spezial 2017, 492: „Vertretbar erscheint es in diesem Zusammenhang, die 30 Tage als reine Formalie anzusehen, wenn von Anfang an klar ist, dass der Auftraggeber nicht an einer Einigung interessiert ist, sondern die Rechtsfolgen des § 650 c BGB vorzieht. Der Auftraggeber kann nicht per Gesetz verpflichtet werden, mit dem Auftragnehmer 30 Tage die Mehr- und Minderkosten zu diskutieren, bloß weil Letzterer dies möchte.“

überhaupt keine Regelung. Damit erscheint zweifelhaft, ob die Vergütungsregeln des § 2 VOB/B (insbesondere § 2 Abs. 5 und 6) bei eröffneter isolierter AGB-rechtlicher Überprüfung überhaupt am Maßstab des § 650c zu messen sind; denn dieser enthält keine generelle Vorgabe zur Ermittlung von Nachtragsvergütungen, sondern nur eine Vorgabe, wie im Streitfall vorzugehen ist. Den Parteien eines BGB-Bauvertrags steht es frei, ein von § 650c abweichendes Vergütungssystem für Nachträge zu vereinbaren, damit auch das des § 2 VOB/B. § 2 VOB/B dürfte somit allenfalls an § 650b BGB zu messen sein. Erblickt man (vertretbar) in der fehlenden Vorgabe eines Vergütungsmodells für Nachträge einen wesentlichen Grundgedanken des neuen Bauvertragsrechts, so würde sich die Frage stellen, ob bei Vereinbarung des § 2 VOB/B hiervon abgewichen wird. Das ist aber zu verneinen, denn die Vereinbarung des § 2 VOB/B ist nur eine von denkbaren vielen vom BGB nicht verbotenen (Grenze: § 138 BGB) Vergütungsmöglichkeiten.

4.3 Systematik innerhalb des BGB

4.3.1 Schadensersatzrecht

Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu **erforderlichen Geldbetrag** verlangen (§ 249 Abs. 2). Die Rechtsprechung leitet aus dem Merkmal der „Erforderlichkeit“ ein im Schadensersatzrecht geltendes Wirtschaftlichkeitsgebot ab:

BGH, Urteil vom 20.12.2016 – VI ZR 612/15:

„Der Geschädigte kann (...) vom Schädiger nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB als erforderlichen Herstellungsaufwand nur die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens zweckmäßig und notwendig bzw. angemessen erscheinen (...). Er ist nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, im Rahmen des ihm Zumutbaren den wirtschaftlicheren Weg der Schadensbehebung zu wählen, sofern er die Höhe der für die Schadensbeseitigung aufzuwendenden Kosten beeinflussen kann.“

Gilt das aus dem Wörtchen „erforderlich“ abgeleitete schadensersatzrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot auch bei § 650c? Hier erscheint systematisch folgender Erst-Recht-Schluss wertungsmäßig überzeugend: Wenn selbst der schuldhaft handelnde Schädiger gemäß § 249 Abs. 2 nur wirtschaftlich vertretbare Wiederherstellungsmaßnahmen bezahlen muss, muss das für den Besteller, der von einem gesetzlichen Anordnungsrecht (§ 650b) Gebrauch gemacht hat, erst recht gelten, das heißt, er muss nur wirtschaftlich vertretbare Ausführungsarten bezahlen.

Im Schadensersatzrecht ist im Übrigen anerkannt, dass der Geschädigte auch die in einem Gutachten ermittelten, zur Wiederherstellung also voraussichtlich erforderlichen Kosten vom Schädiger als Schadensersatz verlangen kann (sog. Fiktive Abrechnung); eine tatsächliche Reparatur der beschädigten Sache (mit Rechnung als Nachweis) ist also nicht erforderlich. Nach § 650c ist aber – anders als bei § 249 Abs. 2 – auf die „tatsächlich“ erforderlichen Kosten abzustellen; insofern ist eine fiktive Abrechnung ausgeschlossen.

4.3.2 Werkvertragsrecht (§§ 631 - 650)

Im Werkvertragsrecht hat der Unternehmer bei Mängeln des Werkes gemäß § 635 Abs. 2 die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen. Bei Streitigkeiten über die im Rahmen der Nacherfüllung „erforderlichen“ Aufwendungen kann es darum gehen, dass der Besteller die vom Unternehmer vorgeschlagene bzw. durchgeführte Art der Nacherfüllung als unzureichend zur dauerhaften Mängelbeseitigung ansieht oder der Unternehmer die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert (§ 635 Abs. 3). Der Besteller kann zudem gemäß § 637 (Selbstvornahme) wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen. Außerdem kann er gemäß § 637 Abs. 3 von dem Unternehmer für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen. Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er gemäß § 641 Abs. 3 nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.

Das Werkvertragsrecht stellt somit bereits in seinem allgemeinen Teil (§§ 631 bis 650) bei verschiedenen Mängelansprüchen des Bestellers auf die Erforderlichkeit der für die Beseitigung des Mangels anfallenden Aufwendungen bzw. Kosten ab. Die Interessenlage ist bei § 650c und § 637 ähnlich, nur mit vertauschten Rollen: § 637 schützt den Unternehmer vor unwirtschaftlichem Aufwand des Bestellers bei der Beseitigung des Mangels durch einen Dritten. § 650c schützt den Besteller davor, dass der Unternehmer zur Umsetzung der angeordneten Leistungsänderung unwirtschaftlichen Aufwand betreibt.

Nach der Rechtsprechung²¹ sind Aufwendungen im Sinne des Werkvertragsrechts zur Mängelbeseitigung erforderlich, wenn sie dem Aufwand und den damit verbundenen Kosten entsprechen, welche der Besteller im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung aufwenden konnte und musste, wobei es sich um eine vertretbare Maßnahme handeln muss. Die für die Berechnung des „Druckzuschlags“ in § 641 Abs. 3 relevanten „erforderlichen Kosten“ sind analog zu verstehen.

Wenn aber bereits durch die Formulierung „erforderliche Kosten“ (richtigerweise) nur objektiv wirtschaftlicher Aufwand erfasst wird, so muss dies erst recht gelten, wenn das Wort „tatsächlich“ noch insofern verstärkend hinzutritt.

²¹ siehe z. B. BGH, Urteil vom 25.06.2015 – VII ZR 220/14

4.3.3 Umkehrschluss aus § 588

§ 588 Abs. 2 lautet (Hervorhebungen durch Verfasser):

*„Maßnahmen zur Verbesserung der Pachtsache hat der Pächter zu dulden, es sei denn, dass die Maßnahme für ihn eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Verpächters nicht zu rechtfertigen ist. Der Verpächter hat die dem Pächter durch die Maßnahme **entstandene Aufwendungen** und entgangenen Erträge **in einem den Umständen nach angemessenen Umfang** zu ersetzen. Auf Verlangen hat der Verpächter Vorschuss zu leisten.“*

Das BGB stellt auch in weiteren Fällen auf „entstandene“ Aufwendungen oder Kosten ab, begrenzt diese aber wie in § 588 meist sogleich auf einen angemessenen Umfang, so z. B. in § 251 Abs. 2 Satz 2 oder § 559b Abs. 1 Satz 2. Da § 650c dem Wortlaut nach überhaupt nicht auf entstandene, sondern allein auf tatsächlich erforderliche Kosten abstellt, ist klar, dass nur objektiv sinnvolle Aufwendungen vergütungsfähig sind.

4.3.4 Zahlungsdienstleistungen

In den §§ 675c ff. ist geregelt, dass das Entgelt für Zahlungsdienste angemessen und an den „tatsächlichen Kosten“ des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein muss (siehe z. B. § 675f Abs. 4). Die Rechtsprechung²² versteht hierunter unter Anknüpfung an die Begründung des Gesetzentwurfs die „gewöhnlich anfallenden“ Kosten, allgemeine Geschäftskosten sollen nicht darunter fallen.

Wenn es bereits bei „tatsächlichen Kosten“ darauf ankommt, dass diese „gewöhnlich anfallen“, so muss das bei „tatsächlich erforderlichen“ Kosten erst recht gelten, wobei zu ergänzen ist, dass es bei § 650c auf die in der konkreten Baustellensituation gewöhnlichen Kosten ankommt.

4.4 Ergebnis der systematischen Auslegung

Tatsächlich erforderlich sind Kosten nur dann, wenn sie in der konkreten Nachtragssituation wirtschaftlich vernünftig sind. Der Unternehmer hat das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Auf kalkulierte Kosten kommt es nicht an. AGK, Wagnis und Gewinn gehören nicht zu den tatsächlich erforderlichen Kosten, BGK können im Einzelfall dazugehören.

²² OLG Bamberg, Urteil vom 19.10.2011 – 3 U 53/11

5 Teleologische Auslegung

Die teleologische²³ Auslegung orientiert sich am Zweck der gesetzlichen Regelung. Dieser Auslegungsvariante wird gemeinhin die größte Bedeutung zugemessen. Bezogen auf § 650c Abs. 1 finden sich hierzu in der Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 18/8486) auf S. 55 folgende Ausführungen:

„Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen. Durch die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.“

Dieser gesetzgeberisch verfolgte Zweck bestätigt die bereits oben nach grammatischer und systematischer Auslegung vertretene Beschränkung der nach § 650c geschuldeten Vergütung auf objektiv sinnvolle Aufwendungen bzw. Kosten, die zur Ausführung der geänderten Leistung wirtschaftlich betrachtet geboten sind. Eine Bindung an die Kalkulation des Unternehmers besteht – anders als beim Preisfortschreibungsmodell der VOB/B – nicht.

6 Zwischenfazit aus Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck

Aus den bisherigen Überlegungen ergibt sich grob zusammengefasst folgende Definition:

Tatsächlich erforderliche Kosten sind direkte Kosten (Lohn, Geräte, Material, Sonstiges, Nachunternehmer, gegebenenfalls auch 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. Es kommt dagegen weder darauf an, welche Kosten der Unternehmer für die ursprünglich ausgeschriebene Leistung kalkuliert hat, noch spielt es eine Rolle, welche Kosten für die Ausführung der geänderten Leistung „üblich“ sind.

Bekäme der Unternehmer (nur) diese tatsächlich erforderlichen Kosten (mit angemessenen Zuschlägen) vergütet, wäre dem Zweck des Gesetzes, nämlich zumindest in den Fällen geänderter Leistungen dem Unternehmer eine angemessene Vergütung für die Ausführung zu gewähren und nicht über die Fortschreibung ersichtlich unauskömmlich oder überhöht kalkulierter

²³ vom altgriechischen Wort τέλος (Ziel) abgeleitet

Kosten streiten zu müssen, Genüge getan.²⁴ § 650c Abs. 1 Satz 1 lautet aber nicht etwa „Der Unternehmer hat Anspruch auf Vergütung in Höhe der für die Ausführung der geänderten Leistung tatsächlich erforderlichen Kosten“, sondern wie folgt:

„Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.“

Die tatsächlich erforderlichen Kosten sind damit nur ein Baustein, „nach“ dem die Höhe des Vergütungsanspruchs „zu ermitteln“ ist. Das BGB schweigt über die konkrete Durchführung der „Ermittlung“. Es ist somit weiter zu prüfen, ob die historische Auslegung diesbezüglich Klarheit bringt.

7 Historische Auslegung

Die historische Auslegung orientiert sich an der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien und dient zur Überprüfung des bislang aus Wortlaut, Systematik und Zweck abgeleiteten Auslegungsergebnisses bzw. zur Konkretisierung, soweit gegebenenfalls noch Zweifel verbleiben.

7.1 Entstehungsgeschichte

Die Reform des Bauvertragsrechts wurde maßgeblich angestoßen vom Arbeitskreis I (Bauvertragsrecht) des 2006 ins Leben gerufenen und seitdem alle zwei Jahre in Hamm stattfindenden Deutschen Baugerichtstags. Es handelt sich dabei um einen Verein, dessen Ziel²⁵ es unter anderem ist, die Entwicklung eines modernen, ausgewogenen und auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittenen privaten Bau- und Vergaberechts zu fördern und hierbei Empfehlungen an den Gesetzgeber zu geben. Der 2. Baugerichtstag empfahl 2008 unter anderem, ein gesetzliches Bauvertragsrecht einschließlich der Regelung von Nachträgen einzuführen und bei der Bestimmung des Preises auf die Preisermittlungsgrundlagen zurückzugreifen. Der 3. Baugerichtstag 2010 empfahl im juristisch dominierten Arbeitskreis I (Bauvertragsrecht), Regelungen in das Gesetz aufzunehmen, nach denen die Preise für geänderte oder zusätzlich erforderliche Leistungen zu ermitteln sind, soweit die Parteien keine anderweitigen Vereinbarungen treffen. Der (baubetrieblich dominierte) Arbeitskreis VI (Sachverständigenrecht) empfahl, Festlegungen über die Vergütungsanpassung zunächst der Privatautonomie der Parteien zu überlassen. Für den Fall, dass keine Vereinbarung vorliege, solle die Vergütungsanpassung durch Fortschreibung der Vertragspreise ermittelt werden. Soweit die Fortschreibung ganz oder in Teilen nicht möglich oder unzumutbar sei, solle auf einen angemessenen Preis abgestellt wer-

²⁴ auch wenn die Ermittlung der für die Ausführung tatsächlich erforderlichen Kosten im Einzelnen durchaus Schwierigkeiten bereiten kann

²⁵ Ziele des Vereins sowie Dokumente sind auf www.baugerichtstag.de abrufbar.

den. Auf dem 4. Baugerichtstag 2012 entstand dann im Arbeitskreis I erstmals folgende konkretisierende Empfehlung, die wohl als „Geburtsstunde“ der jetzigen Regelung des § 650c Abs. 1 und 2 gelten darf:

„Der Arbeitskreis I des Baugerichtstages empfiehlt, (...) gesetzliche Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen einzuführen, mit denen das bisher überwiegend praktizierte Modell der (vor-)kalkulatorischen Preisfortschreibung dahingehend modifiziert wird, dass der Unternehmer eine Mehrvergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen nach den tatsächlich hierfür erforderlichen Kosten erhält, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür besteht, dass die in seiner hinterlegten Kalkulation enthaltenen Werte diesen tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen.“

Der aktuelle Vorsitzende des Baugerichtstags und ehemalige BGH-Richter Prof. Leupertz konkretisierte den Begriff der tatsächlich erforderlichen Kosten in seiner Funktion als Leiter des Arbeitskreises I in seinem Aufsatz in BauR 2012, 1476 ff. wie folgt:

„Maßgebend sind die Kosten, die tatsächlich anfallen. Damit wird ein sachgerechter, spekulativer Vertragsgestaltung entzogener Maßstab für die Preisbildung eingeführt. Darüber hinaus müssen die tatsächlichen Kosten im Einzelfall für den jeweiligen Unternehmer nach der konkreten Vertragssituation erforderlich sein. Das Kriterium der Erforderlichkeit dient der Missbrauchskontrolle und soll verhindern, dass beispielsweise „Phantasiepreise“ für Subunternehmerleistungen in Ansatz gebracht werden können.“

Die vom AK I entwickelten Thesen sind – wie der 6. Baugerichtstag 2016 feststellte – weitestgehend in den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim Bundesministerium der Justiz vom 18.06.2013 eingeflossen, welcher seinerseits in den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.09.2015 mündete.

Die Regelung des § 650c wurde im Gesetzgebungsverfahren mehrfach geändert, Absatz 1 Satz 1 mit der Regelung zur Höhe des Vergütungsanspruchs blieb aber vom Referenten- über den Gesetzentwurf bis zum Gesetz praktisch unverändert:

Referentenentwurf 2015	Regierungsentwurf 2016	Gesetz (ab 01.01.2018)
<p>§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b</p> <p>(1) Die Vergütung für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.</p>	<p>§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2</p> <p>(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.</p>	<p>§ 650c Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2</p> <p>(1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.</p>

Die Entstehungsgeschichte bestätigt damit das bislang gefundene Auslegungsergebnis insofern, als das Merkmal der Erforderlichkeit klar als Missbrauchskontrolle zugunsten des Bestellers gesehen wird. Der Unternehmer soll bei Anordnungen des Bestellers, denen er Folge leisten muss, eine angemessene Vergütung erhalten. Legt er zum Nachweis seiner tatsächlichen zur Ausführung der geänderten Leistung angefallenen Kosten ein (gegebenenfalls pauschales) Subunternehmerangebot oder eine Rechnung des Subunternehmers vor, die vom aus objektiver Sicht wirtschaftlich angemessenen Preis für die geänderte Leistung erheblich (nach oben) abweicht, kann er diese Kosten nicht vom Besteller verlangen. Denn diese Kosten sind zwar tatsächlich entstanden, sie waren aber nicht tatsächlich erforderlich. Auf der anderen Seite ist es dem Besteller nicht möglich, den Unternehmer an einen günstigen oder gar offenkundig unauskömmlich kalkulierten Preis für die ursprünglich vorgesehene Leistung zu binden, da an diesen „schlecht“ kalkulierten Preis nicht angeknüpft wird.

7.2 Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/8486 vom 18.05.2016)

7.2.1 Begründung des Gesetzentwurfs mit Anleitung zur Ermittlung der Vergütung

Die Bundesregierung begründet die Neuregelung zum Vergütungsanspruch des Unternehmers bei Anordnungen des Bestellers in § 650c Abs. 1 auf S. 55 ff. der BT-Drs. 18/8486. Die relativ detaillierten Ausführungen haben für die Gesetzesauslegung Relevanz. Sie dürften nämlich

– obwohl von der Bundesregierung stammend – als Wille des Gesetzgebers (Bundestag und Bundesrat) gelten, da an § 650c Abs. 1 im weiteren Gesetzgebungsverfahren keine Änderung mehr erfolgte (s. o.).

„Die Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf der Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt ‚üblichen Vergütung‘ im Sinne des § 632 berechnet werden. Zum einen gibt es für viele (Spezial-)Bauleistungen keine ‚übliche‘ Vergütung. Zum anderen würde bei Änderungsnachträgen, bei denen nur die Art der Ausführung der Bauleistung, nicht jedoch der Aufwand (Material, Zahl der Arbeitsstunden etc.) geändert wird, eine Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach der üblichen Vergütung nicht zu angemessenen Ergebnissen führen.“

Klar ist also zunächst, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mit der „üblichen“ Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 gleichzusetzen sind.²⁶ Das ergibt sich auch systematisch, denn wenn die übliche Vergütung maßgeblich sein sollte, hätte es der von § 632 Abs. 2 abweichenden und diese als *lex specialis* verdrängenden Regelung in § 650c nicht bedurft. Auf die Rechtsprechung²⁷ zum Begriff der üblichen Vergütung kann somit für § 650c nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zurückgegriffen werden.

Dass es für viele individuelle Bauleistungen keine „übliche“ Vergütung in diesem Sinne gebe, mag mangels ausreichender Anzahl an Vergleichsfällen stimmen, zumindest bereitet die Ermittlung sicher manchmal größere Schwierigkeiten.²⁸ Ob die Ermittlung der maßgeblichen „tatsächlich erforderlichen Kosten“ allerdings einfacher ist, erscheint zweifelhaft, insbesondere muss sich hierzu erst eine gesicherte Rechtsprechung herausbilden, während man sich bei der üblichen Vergütung diesbezüglich auf einigermaßen gesichertem Terrain bewegt hätte.

²⁶ Bötckes sieht dies in IBR 2017, 1039 (nur online) anders: *„Der Begriff ‚erforderlich‘ bezieht sich aus baubetrieblicher Sicht darauf, welcher Aufwand für die auszuführende Leistung ‚ortsüblich und angemessen‘ ist, wie es im § 632 BGB vorgegeben wurde.“*

²⁷ siehe BGH, Urteil vom 26.10.2000 – VII ZR 239/98: *„Üblich im Sinne von § 632 Abs. 2 BGB ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt (...). Vergleichsmaßstab sind Leistungen gleicher Art, gleicher Güte und gleichen Umfangs. Die Anerkennung der Üblichkeit setzt gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraus (...).“*

²⁸ So verwies z. B. der BGH mit Beschluss vom 29.03.2017 – VII ZR 149/15 – einen Fall (nach mindestens sieben Jahren Rechtsstreit) zurück an das OLG Köln, welches seinerseits nacheinander erfolglos vier Sachverständige zur Ermittlung der üblichen Vergütung von Verkehrssicherungsarbeiten herangezogen hatte. Der BGH sah in der fehlenden Hinzuziehung weiterer Sachverständiger (!) einen Verstoß gegen Art. 103 GG (Anspruch auf rechtliches Gehör).

Auf Seite 56 der Begründung zum Gesetzentwurf findet sich zu § 650c Abs. 1 folgende Erläuterung:

„Die für die unveränderten Vertragsleistungen vereinbarten Preise bleiben unberührt.

Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.“

Bereits der erste Satz stiftet Verwirrung. Wenn Vertragsleistungen nicht durch die Anordnung betroffen sind, bleiben ihre Preise natürlich unverändert. Dieser Feststellung hätte es – auch klarstellend – wohl kaum bedurft. Was ist dann aber gemeint? Hatte der Gesetzgeber den Fall im Blick, dass durch eine Änderungsanordnung des Bestellers eine vereinbarte Teilleistung geändert wird, sich dies aber nur auf einzelne Einzelkosten dieser Teilleistung auswirkt, während andere unverändert bleiben? Mit „unveränderten Vertragsleistungen“ wären dann die nicht von der Änderung betroffenen EKT einer einzelnen Position gemeint. Für einzelne EKT gibt es aber im üblichen Bauvertrag keine „vereinbarten Preise“, meist sind allenfalls einzelne wichtige Einzelpositionen in ihre EKT aufgegliedert²⁹, für die Vergütung maßgeblich ist aber zunächst nur der Einheits- bzw. Pauschalpreis.

Lässt man die begrifflichen Unschärfen des Satzes 1 einmal beiseite, ist zu fragen, wie das im nächsten Absatz beschriebene Preisbildungsverfahren zu verstehen ist und ob das bisherige Auslegungsergebnis (s. o.) dadurch gestützt oder gar konkretisiert wird oder ob es diesem vielmehr widerspricht.

Der erste Satz („Mehr- oder Minderleistungen [...]“) gibt den Text des § 650c Abs. 1 Satz 1 leicht verändert wieder, inhaltlich ergibt sich keine Konkretisierung, aber auch kein Problem.

Problematisch, da schwer verständlich, sind die nächsten beiden Sätze:

„Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.“

Auch wenn nach § 650c Abs. 1 die **Höhe des Vergütungsanspruchs** für den infolge einer Anordnung des Bestellers vermehrten oder verminderten Aufwand nach den **tatsächlich erforderlichen** Kosten zu ermitteln ist und nicht (so aber die Begründung) der **veränderte Aufwand** nach den **tatsächlichen** Kosten, soll die Begründung wohl konkretisieren, wie die Ermittlung vorzunehmen ist.

²⁹ siehe z. B. VHB Bayern, Formblatt 223

Es ist danach zunächst die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Es geht hier um direkte Kosten, nicht AGK, Wagnis oder Gewinn; denn diese werden erst in einem zweiten Schritt angemessen aufgeschlagen. Was sind nun aber

- hypothetische Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und
- Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind?

Es wird in der Begründung – anders als im Gesetzestext – nicht auf die tatsächliche „Erforderlichkeit“ der Kosten, sondern auf deren hypothetische bzw. tatsächliche „Entstehung“ abgestellt. Nach dem Wortlaut der Gesetzesbegründung an dieser Stelle könnte man vertreten, dass zunächst die tatsächlich entstandenen direkten Kosten (z. B. auch überhöhte Subunternehmerkosten bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit?) anzusetzen und hiervon die hypothetischen direkten Kosten für die ursprünglich vereinbarte Leistung abzuziehen sind. Das stünde allerdings in Widerspruch zum bislang auf Grundlage des Wortlauts, der Systematik und des Zwecks gefundenen Auslegungsergebnis, wonach nur objektiv vernünftiger bzw. wirtschaftlich angemessener Aufwand des Auftragnehmers „tatsächlich erforderliche Kosten“ im Sinne des § 650c Abs. 1 sind.

Letztlich ist die Gesetzesbegründung im Zusammenhang zu lesen. Hierbei stößt man am Ende der Ausführungen zu § 650c Abs. 1 auf folgenden Hinweis:³⁰

„Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sogenannten Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wäre, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde. 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 und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.“

Die Begründung unterstellt zunächst das Vorhandensein einer (jeweiligen) „Bezugsposition“. Eine solche ist nach BGH³¹ beim VOB-Vertrag zur Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung heranzuziehen, wenn die Auftragskalkulation die Kostenelemente nicht enthält, die aufgrund der Änderung der Leistung nunmehr für die Preisbildung maßgebend sind. Das gilt aber nach BGH nur dann, wenn die Parteien (wie im entschiedenen Fall und in der Praxis meistens) übereinstimmend davon ausgehen, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer Fortschreibung der dem Vertrag zugrundeliegenden Kalkulation des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat. Die Übernahme dieses „VOB-Gedankens“ in die Begründung des neuen § 650c erscheint insofern auf den ersten Blick missglückt, denn nach § 650c Abs. 1 Satz 1 soll die Höhe des Vergütungsanspruchs ja nach den tatsächlich erforderlichen Kosten – und damit an sich (wie oben gezeigt)

³⁰ Retzlaff spricht in BauR 2017, 1798 zu Recht von einer „dunklen Passage“ der Begründung, kritisch hierzu auch Kapellmann/Schiffers/Markus, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 7. Auflage 2017, Rn. 1002

³¹ BGH, Urteil vom 14.03.2013 – VII ZR 142/12

ohne Anknüpfung an die Urkalkulation des Unternehmers und somit auch ohne Anknüpfung an eine Bezugsposition aus dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis – ermittelt werden.

In Übereinstimmung bringen lässt sich die Gesetzesbegründung mit dem Wortlaut des § 650c Abs. 1 Satz 1 letztlich nur wie folgt: Gemäß § 650c Abs. 1 Satz 1 ist die Höhe des Vergütungsanspruchs für den vermehrten oder verminderten Aufwand „nach den tatsächlich erforderlichen Kosten (...) zu ermitteln“. Die tatsächlich erforderlichen Kosten (die objektiv und baustellenbezogen zu ermitteln sind [siehe oben]) sind also nicht deckungsgleich mit dem Vergütungsanspruch des Unternehmers für die geänderte Leistung, sondern nur ein Rechenschritt auf dem Weg dahin. Ansonsten hätte man § 650c Abs. 1 Satz 1 etwa wie folgt formulieren müssen³²:

Der Unternehmer hat Anspruch auf Vergütung für die vom Besteller nach § 650b Abs. 2 angeordnete geänderte Leistung in Höhe der hierfür objektiv unter Berücksichtigung der konkreten Umstände der Baustelle erforderlichen Kosten.

§ 650c Abs. 1 Satz 1 behandelt die tatsächlich erforderlichen Kosten dagegen nur als Basis für die Ermittlung der Höhe des Vergütungsanspruchs. Welcher Rechenschritt nach der Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten (plus angemessenen Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn) aber noch zu erfolgen hat, ist § 650c nicht zu entnehmen. An dieser Stelle helfen die klassischen Auslegungsarten nicht mehr weiter, es verbleibt eine Lücke. Jetzt kann und muss die Gesetzesbegründung zur Konkretisierung herangezogen werden. Hier ist nochmals aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8486, S. 56) zu zitieren:

„Mehr- oder Minderleistungen werden nach den hierfür tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn abgerechnet. Bei der Ermittlung des veränderten Aufwandes nach den tatsächlichen Kosten ist die Differenz zwischen den hypothetischen Kosten, die ohne die Anordnung des Bestellers entstanden wären, und den Ist-Kosten, die aufgrund der Anordnung tatsächlich entstanden sind, zu bilden. Diese Differenz ist die Grundlage für die Vergütung für den geänderten Aufwand.

Die Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn müssen angemessen sein. Der bloße Verweis des Unternehmers auf die Urkalkulation genügt nicht, um die Angemessenheit der Zuschlagssätze darzulegen. Innerhalb einer Nachtragsberechnung darf es keine Kombination zwischen den tatsächlich erforderlichen Kosten einerseits und den kalkulierten Kosten andererseits geben, um keine Anreize für spekulative Kostenverschiebungen zu schaffen. Damit scheidet im Rahmen des Absatzes 1 ein Rückgriff auf die hinterlegte Urkalkulation aus.

Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sogenannten Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wäre, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde. 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 und dadurch das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden.“

³² Die vom Gesetzgeber bezweckte Eindämmung von Spekulationen durch Loslösung von der Kalkulation des Unternehmers für die ursprüngliche vertragliche Leistung wäre durch eine solche Formulierung besser erreicht worden.

7.2.2 Berechnungsbeispiele aus der Literatur

Aus den soeben zitierten drei Absätzen muss der Rechtsanwender nun eine Lösung ableiten. Hierzu werden in der Literatur unterschiedliche Ansätze vertreten.

7.2.2.1 Beispielberechnung Retzlaff

Retzlaff hat in BauR 2017, 1798 folgendes **Beispiel** gebildet:

„Für die ursprünglich vorgesehene Teilleistung sah der Vertrag in der Position 1.3.6 alt einen Preis von insgesamt 12.000,00 € vor. Nun ändert der Besteller die Leistung. Für die neue etwas aufwändigere Leistung wäre eine Vergütung von 14.000,00 € „üblich“. Angesichts der Kosten der geänderten Leistung werfen diese 14.000,00 € für den Unternehmer aber nur einen Gewinn von 700,00 € (= 5 %) ab. Die Durchführung der Position 1.3.6. alt hätte beim Unternehmer zu einem Gewinn von 1.200,00 € (= 10 %) geführt.“

Unter Heranziehung des § 650c Abs. 1 bzw. der Gesetzesbegründung, nach der dem Unternehmer seine im Wettbewerb um die ursprünglich ausgeschriebene Leistung positionsbezogen erzielte Gewinnspanne erhalten bleiben soll, ergibt sich nach Retzlaff (BauR 2017, 1799) folgendes Ergebnis:

„Betrachtet man nur die drei Größen Kosten, Gewinn und Vergütung, so errechnen sich im Beispielfall tatsächliche Kosten A von $12.000,00 € - 1.200,00 € = 10.800,00 €$ sowie tatsächliche Kosten N von $14.000,00 € - 700,00 € = 13.300,00 €$. Die Kostendifferenz beträgt somit $13.300,00 € - 10.800,00 € = 2.500,00 €$. Dieser Betrag ist die Bemessungsgrundlage gem. § 650c Abs. 1 BGB, die sodann mit den dort aufgeführten Zuschlägen in angemessener Höhe zu belegen wäre. (...)

Bemessungsgrundlage für die Vergütungsanpassung nach § 650b³³ Abs. 1 sind also die durch die Leistungsänderung bedingten Mehr- oder Minderkosten. Hierbei handelt es sich um die Differenz zwischen tatsächlichen hypothetischen Kosten, die ohne die Leistungsänderung angefallen wären (= Kosten A), und denjenigen, die infolge der Leistungsänderung tatsächlich angefallen sind (= Kosten N).

Beachte: „Tatsächliche“ Kosten können also durchaus zugleich „hypothetisch“ sein!

Das Wort „tatsächlich“ bedeutet, dass es nicht auf die Sichtweise des Unternehmers in seiner Kalkulation – also seine Kostenerwartung – ankommt, sondern auf die Kosten, die ihm „wirklich“ entstanden wären, wenn der Vertrag unabgeändert durchgeführt worden wäre.“

Retzlaff untersucht weiter, wie der in § 650c Abs. 1 Satz 1 angemessene Zuschlag von AGK, Wagnis und Gewinn zu erfolgen hat und nennt drei (!) mögliche Alternativen, unter anderem unter analoger Heranziehung des § 648 Satz 3 und § 650f Abs. 5 Satz 3 einen Mindestzuschlag von 5,26 %. Im Beispielfall ergäbe sich nach dieser Variante nach Retzlaff wohl ein neuer Preis für die geänderte Leistung von $[12.000 € + (2.500 € \times 1,0526)] = 14.631,50 €$.

³³ gemeint ist § 650c Abs. 1

7.2.2.2 Beispielberechnung Franz

Im Aufsatz von Franz in BauR 2017, 380 findet sich auf Seite 391 ff. folgendes **Beispiel**:

„Statt 10.000 m² Teppichboden werden 10.000 m² Parkett verlegt. Der AN hatte die EKT für den Teppichboden mit 40 €/m² kalkuliert, hätte jedoch tatsächlich 43 €/m² aufwenden müssen. Für das Parkett entstehen dem AN tatsächlich erforderliche EKT von 60 €/m². Wegen Lieferengpässen verlängert sich der Ausführungszeitraum von 8 auf 10 Wochen. Die EKT wurden mit vorbestimmten Zuschlagssätzen von 15 % BGK und 10 % AGK kalkuliert.“

Unter Anwendung des § 650c Abs. 1 soll sich nach Franz Folgendes ergeben (Wiedergabe eines Screenshots aus der Online-Ausgabe der Zeitschrift Baurecht):

	<i>Kalkulierte Kosten</i>	<i>tatsächliche Kosten</i>
Einzelkosten der Teilleistung gesamt	40,00 €	43,00 €
BGK 15 %	6,00 €	6,00 €
Herstellkosten	46,00 €	49,00 €
AGK 10 %	4,60 €	1,60 €
Einheitspreis	50,60 €	50,60 €
AGK-Deckungsbeitrag in 8 Wochen: 10.000 m ² x (4,60 €) 1,60 € = (46.000,00 €) 16.000,00 €		
AGK-Deckungsbeitrag pro Woche: (46.000,00 €) 16,000,00 € : 8 = (5.750,00 €) 2.000,00 €		
AGK-Deckungsbeitrag in 10 Wochen: (5.750,00 €) 2.000,00 € x 10 = (57.500,00 €) 20.000,00 €		
Einzelkosten der Teilleistung gesamt		60,00 €
BGK 15 %		6,00 €
Herstellkosten		26,00 €
AGK 20.000,00 €: 10.000 m ²		2,00 €
Einheitspreis		68,00 €

7.2.2.3 Beispielberechnung Bötzke

Bötzke macht „aus baubetrieblicher Sicht“ in seinem Aufsatz in IBR 2017, 1039 (nur online) folgende Ausführungen:

„Wie sich die ursprünglich überkalkulierte Hauptvertragsleistung auswirkt, wird mit folgendem einfachen Beispiel erläutert: Der Auftragnehmer hat einen Einheitspreis mit 8 Euro angeboten, welcher mit dem Hauptvertrag vereinbart wurde. Die tatsächlich erforderlichen Kosten dieser Position waren aber nur 6 Euro, so dass er einen weiteren Gewinn i.H.v. 2 Euro einkalkuliert hat. Diese ursprüngliche Hauptvertragsleistung hat sich nun geändert. Die tatsächlich erforderlichen Kosten hierfür sind nun 8 Euro, somit 2 Euro mehr als die tatsächlich erforderlichen Kosten der ursprünglichen Hauptvertragsleistung. Somit steht dem Auftragnehmer nun auf Grundlage der Änderung der tatsächlich erforderlichen Kosten eine Vergütung von 10 Euro, entsprechend 8 Euro Hauptvertragspreis zuzüglich 2 Euro Mehrkosten, zu. Damit würde dem Auftragnehmer der ursprünglich einkalkulierte Gewinn der Hauptvertragsleistung bestehen bleiben. Aus baubetrieblicher Sicht würde dem Auftragnehmer dieser ursprünglich einkalkulierte Gewinn deshalb zustehen, da die geänderte Leistung eine neue Leistung ist, welche eine Teilkündigung der ursprünglichen Hauptvertragsleistung verursacht und dem Auftragnehmer dann gem. § 2 Abs. 4 VOB/B i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B und auch gem. § 649 BGB (freie Kündigung, ab 01.01.2018 § 648 BGB) der entfallene Gewinn zusteht.

Im Umkehrschluss muss dem Auftragnehmer auch bei einer unterkalkulierten Hauptvertragsleistung der Verlust im Rahmen der geänderten Vergütung in Abzug gebracht werden. Sofern der Auftragnehmer einen Einheitspreis i.H.v. 5 Euro angeboten hat, die erforderlichen Kosten dieser Position aber 6 Euro waren, hatte er einen Verlust von 1 Euro einkalkuliert. Die tatsächlich erforderlichen Kosten der geänderten Leistung betragen nun 8 Euro, somit 2 Euro mehr. Damit stünde ihm unter Berücksichtigung des einkalkulierten Verlustes eine Vergütung der geänderten Leistung i.H.v. 7 Euro (5 Euro + 2 Euro) und nicht i.H.v. 8 Euro zu.

Aus baubetrieblicher Sicht sind diese geänderten Preise unter Berücksichtigung des ursprünglich kalkulierten Gewinns oder Verlustes jedoch nur auf die ursprünglich beauftragte Menge anzuwenden. Sofern sich bei der geänderten Leistung Mehrmengen ergeben, müsste die Mehrmenge entsprechend mit den ‚reinen‘ tatsächlich erforderlichen Kosten vergütet werden, damit der einkalkulierte Gewinn oder Verlust unverändert bestehen bleibt und nicht im Sinne der Preisfortschreibung erhöht oder verringert wird.

Sofern die ursprüngliche Hauptvertragsposition mit 100 Mengeneinheiten beauftragt wurde, die geänderte Leistung aber mit 150 Mengeneinheiten auszuführen war, müsste eine differenzierte Preisermittlung erfolgen. Für die ursprüngliche Menge von 100 Mengeneinheiten ist im Einheitspreis die Differenz der tatsächlich erforderlichen Kosten der geänderten und der ursprünglichen Leistung auf den ursprünglichen Einheitspreis hinzuzurechnen. In den weiteren 50 Mengeneinheiten sind dann ausschließlich die tatsächlich erforderlichen Kosten der geänderten Leistung zu vergüten.“

7.2.3 Stellungnahme zur Begründung des Gesetzentwurfs

Es soll hier nicht kommentiert werden, ob und wenn ja welche Berechnungsart die „richtige“ ist und es soll an dieser Stelle auch keine weitere hinzugefügt werden. Vielmehr soll illustriert werden, dass sich unterschiedliche Auffassungen zur Auslegung des § 650c Abs. 1 bereits jetzt herausbilden und weiter – auch in der Rechtsprechung – nicht zuletzt angesichts der Verunklarungen durch die Begründung zum Gesetzentwurf entstehen werden.

Wie die Beispiele zeigen, ist es alles andere als eindeutig, wie die Nachtragsvergütung auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten im Sinne des § 650c Abs. 1 zu ermitteln ist.³⁴ Die juristische Auslegung des Begriffs der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ nach Wortlaut, Systematik und Zweck ist in sich noch schlüssig möglich, wie oben gezeigt wurde. Der Vergütungsanspruch ist aber nur „nach den“, also auf Grundlage der tatsächlich erforderlichen Kosten zu ermitteln. Die hierzu sprachlich missglückte Begründung des Gesetzentwurfs trägt dann leider eher zur Verunsicherung bei der Rechtsfindung bei, wenn es darum geht, die letztliche Vergütungshöhe zu bestimmen. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung der geschuldeten Nachtragsvergütung nach dem neuen System des § 650c Abs. 1 haben bereits die „Entwickler“ der Formulierung³⁵ wie wohl auch der Gesetzgeber gesehen; das mag ihn dazu bewogen haben, in § 650c Abs. 2 eine alternative Berechnungsart zuzulassen. Der Unternehmer kann danach zur Berechnung auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird dabei vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht. Bezeichnend sind die einleitenden Worte in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 650c Abs. 2 (Hervorhebung durch Verfasser):

„Um die Abrechnung praktikabel zu gestalten, wird dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnet, zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Kostenansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückzugreifen.“

Umkehrschluss: Der Gesetzgeber geht von der fehlenden Praktikabilität der Ermittlung nach § 650c Abs. 1 aus, insofern soll dann doch die (aus VOB-Verträgen altbekannte) Fortschreibung der Urkalkulation Anwendung finden können. Die Möglichkeit des Bestellers, die Vermutung des § 650c Abs. 2 zu widerlegen, dürfte in vielen nicht eindeutigen Fällen eher theoretisch sein. Die Aufweichung des § 650c Abs. 1 durch § 650c Abs. 2 konterkariert den eigentlich zu befürwortenden Zweck der Neuregelung, nämlich Spekulationen einzudämmen und zu sorgfältiger Ausschreibung anzuhalten. Durch die gesetzliche Vermutung der „Maßgeblichkeit“ der hinterlegten Urkalkulation wird geradezu dazu aufgerufen, solche Urkalkulationen spekulativ im Hinblick auf zu erwartende Änderungen auszugestalten. Der Unternehmer hat nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8486, S. 56) ein Wahlrecht, ob er seinen Nachtrag nach tatsächlich erforderlichen Kosten (§ 650c Abs. 1) oder unter Fortschreibung der Urkalkulation (§ 650c Abs. 2) berechnet. Dieses Wahlrecht kann er bei jedem Nachtrag neu wahrnehmen. Damit droht ein „Rosinenpicken“³⁶ des Unternehmers: Hat der Unternehmer für die Bezugsposition einen „fetten“ Preis kalkuliert, wird er seine Forderung für die geänderte Leistung unter Fortschreibung der Urkalkulation bilden. Ist der Preis der Bezugsposition „schlecht“, wird er nach tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen. Mit anderen Worten: Schlechter Preis wird angemessener Preis und guter Preis bleibt guter Preis. Das ist sicher nicht gewollt, droht aber in der Praxis. Der Besteller sollte sich somit reiflich überlegen, ob er die Vorlage einer Urkalkulation fordert, denn nur dann kann der Unternehmer seine Nachtragsvergütung auf

³⁴ siehe auch Kapellmann, NZBau 2017, 635 (637): „Ich würde sehr gerne wissen, wie irgendjemand verbindlich die Selbstkosten des Unternehmers ermitteln will. Die abschreckenden Beispiele bei Abrechnung nach Selbstkosten plus Gewinn sprechen eine deutliche Sprache.“

³⁵ vgl. Althaus (Mitwirkender an der Podiumsdiskussion des Arbeitskreises I beim 4. Baugerichtstag und an der Stellungnahme des Baugerichtstags zum Referentenentwurf), BauR 2012, 412 (416): „Insbesondere die Feststellung der ‚hypothetischen Kosten‘ im Falle von Leistungsänderungen wird hierbei nicht unbeträchtliche Schwierigkeiten schaffen.“

³⁶ so auch Langen, NZBau 2015, 658 (665)

dieser Grundlage berechnen („vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation“).³⁷ Ist die Hinterlegung einer Urkalkulation nicht vereinbart, bleibt es bei der alleinigen Maßgeblichkeit des § 650c Abs. 1, allerdings mit den oben dargestellten Unwägbarkeiten bezüglich des sich danach ergebenden Nachtragspreises.

7.2.4 Beweislast und 80%-Anspruch des Unternehmers auf strittige Forderung

Nach allgemeinen Grundsätzen trägt im Zivilprozess jede Partei die Darlegungs- und Beweislast für die ihr günstigen Umstände (Beibringungsgrundsatz). Behauptet der Unternehmer somit, durch die Änderungsanordnung des Bestellers entstünden nach § 650c Abs. 1 Mehrkosten, so hat er dies darzulegen und nachzuweisen. Minderkosten wären dagegen vom Besteller darzulegen. Der Unternehmer hat allerdings bei geltend gemachten Mehrkosten und fehlender Einigung hierüber gemäß § 650c Abs. 3 Anspruch auf Auszahlung in Höhe von 80% (!) der von ihm geforderten Mehrvergütung. Der Besteller kann sich hiergegen nur wehren, indem er eine anderslautende gerichtliche Entscheidung erwirkt. Nach der Gesetzesbegründung zu § 650c Abs. 3 erhält der Unternehmer damit während der Ausführung des Baus einen „leicht zu begründenden vorläufigen Mehrvergütungsanspruch“. Ob das interessengerecht ist, ist bei allem berechtigten Interesse der Unternehmerseite, Nachtragsleistungen nicht in Ungewissheit einer dafür anfallenden Vergütungshöhe erbringen zu müssen, mehr als zweifelhaft.³⁸ Die in § 650c Abs. 3 Sätze 3 und 4 geregelte Verzinsungspflicht (9 Prozentpunkte über Basiszinssatz) bei nachträglich (gerichtlich) festgestellter Überzahlung des Unternehmers durch die 80%-Zahlungen mag angesichts des aktuellen Zinsniveaus eine gute Anlage für den Besteller sein und den vorsichtigen Unternehmer tatsächlich auch von eklatant überhöhten Nachtragsangeboten abhalten, hilft dem Besteller bei Insolvenz des Unternehmers aber nichts.

8 Fazit

8.1 § 650c ist keine sichere Grundlage für Nachträge, Folgerungen für die Praxis

Insgesamt erscheinen die Regelungen in § 650c, insbesondere die § 650c Abs. 2 und 3, aber letztlich durch die unklare Gesetzesbegründung auch § 650c Abs. 1, unausgewogen, unklar und nicht weniger streitanfällig³⁹ als die Regelungen in der VOB/B, zu denen im Übrigen eine relativ gesicherte Rechtsprechung vorliegt. Ausreißerfällen (Fortschreibung eines 800-fach überhöhten Einheitspreises?) kann im VOB-Vertrag mittels der Rechtsprechung des BGH zum sittenwidrigen Einheitspreis begegnet werden.⁴⁰ Rechtsprechung zu § 650c Abs. 1 muss sich

³⁷ so auch Orlowski, BauR 2017, 1427 (1432) und von Rintelen, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht 2018, § 650c Rn. 102; a. A. Leinemann, NJW 2017, 3113 (3117), allerdings ohne auf den unseres Erachtens entgegenstehenden Wortlaut in § 650c Abs. 2 Satz 1 einzugehen

³⁸ Bemerkenswert kritisch insofern auch die Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e. V. (BVMB) in ihrer Stellungnahme zum Gesetzentwurf vom 04.04.2016 auf S. 12: „Im Gegenzug schafft die Regelung des § 650c Abs. 3 Reg-E für den Auftragnehmer einen Anreiz dafür, seine Vergütung überhöht einzureichen, da er bei Einreichung eines Angebots in Höhe von 125 % der tatsächlichen Kosten bei Bezahlung von 80 % sogar seine tatsächlichen Kosten in voller Höhe vergütet bekommt. Im schlimmsten Fall ist sogar eine erhebliche Überzahlung des Auftragnehmers denkbar, die er dann für die Dauer der Bauzeit als zinslose Vorauszahlung vom Auftraggeber erlangt.“; siehe auch die deutliche Kritik von Leupertz an § 650c Abs. 3 in der Stellungnahme des Baugerichtstags zum Gesetzentwurf vom 19.04.2016, S. 10.

³⁹ kritisch auch Orlowski, BauR 2017, 1427 (1432)

⁴⁰ siehe hierzu Geschäftsbericht 2014, S. 59 ff.

dagegen erst herausbilden. Die Einrichtung spezialisierter Baukammern und Senate an den Landgerichten und Oberlandesgerichten ist zu begrüßen, sie wird aber nur mittelfristig wirken⁴¹ und auch dann werden Streitigkeiten über Nachträge nicht realistisch in einem Eilverfahren (mit zwei Instanzen!) gelöst werden können.

Öffentlichen Auftraggebern ist angesichts der dargestellten Unsicherheiten anzuraten, die Privilegierung der VOB/B nicht durch abändernde Klauseln im Vertrag zu gefährden, um ein „Hineingeraten“ in die Regelungen des § 650c auszuschließen. In diesem Sinne sehen auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) sowie die Bayerische Oberste Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr (OBB) Handlungsbedarf. Das BMUB lässt seinen Erlass vom 08.12.2017 zur Einführung des VHB Bund 2017 mit folgenden Worten enden:

„Überdies bitte ich in Zukunft verstärkt darauf zu achten, die VOB/B vollständig und unverändert in den Vertrag einzubeziehen. Insbesondere sind die mit der Erstellung von Vergabeunterlagen beauftragten freiberuflich Tätigen darauf hinzuweisen und von diesen erstellte Unterlagen darauf hin zu überprüfen.“

Häufig, gerade im kommunalen Bereich, werden die Vertragsunterlagen mangels eigener Kapazität oder Expertise in der Bauverwaltung von externen Freiberuflern erstellt. Die OBB hat im Hinblick darauf in einem Rundschreiben⁴² vom 25.10.2017 an die staatliche Bauverwaltung in Bayern folgende Anweisung erteilt:

„Aufgrund der Rechtsfolgen aus dem neuen Bauvertragsrecht ist verstärkt auf VOB/B-konforme Ausschreibungen zu achten. Bitte weisen Sie Ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Ihre Freiberuflich Tätigen (diese unter Verwendung des Textvorschlags) ausdrücklich auf die Auswirkungen hin. Ziel muss es sein, sicherzustellen, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit vereinbart ist und somit nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB keine Einzelkontrolle der Klauseln stattfindet (siehe auch BGH v. 10.5.2007 - VII ZR 226/05). Daher ist bei der Aufnahme zusätzlicher Klauseln und Regelungen im Leistungsverzeichnis restriktiv und höchst sorgfältig vorzugehen.“

In einem weiteren Schreiben⁴³ vom 08.01.2018 teilt die OBB den staatlichen Stellen mit, dass das Vergabehandbuch für freiberufliche Leistungen (VHF) Bayern aktualisiert wird, da am 01.01.2018 das neue Bauvertragsrecht des BGB in Kraft getreten sei. Neu eingeführt wird die Anlage VI.15 „VOB/B – Konformität“. Sofern in Planerverträgen die Erstellung von Leistungs-

⁴¹ und auch nur dann, wenn die an den Baukammern und Bausenaten eingesetzten Richter langfristig dort wirken und trotzdem befördert werden können

⁴² Az.: IIZ5-40012.1-1, online zugreifbar auf www.vergabeinfo.bayern.de (Unterpunkt Vergabe von Bauaufträgen – VHB)

⁴³ Az.: IIZ5-40012.3-2-5-2, online zugreifbar auf www.vergabeinfo.bayern.de (Unterpunkt Vergabe von Aufträgen für freiberufliche Dienstleistungen – VHF)

beschreibungen mit Leistungsverzeichnissen Vertragsinhalt wird, ist dieses Formblatt in § 2 des Vertragswerks (Bestandteile und Grundlagen des Vertrags) aufzulisten. Es lautet wie folgt:

„Zur Sicherstellung der Privilegierung der VOB/B in den Bauverträgen sind sämtliche Leistungsbeschreibungen VOB/B konform zu erstellen. In den Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen, Hinweisen zur Leistungsbeschreibung oder in Freitexten dürfen keine Klauseln verwendet werden die dazu führen, dass die VOB/B nicht ohne inhaltliche Abweichung insgesamt in den Vertrag einbezogen ist und deshalb der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB unterliegt.

Das Aufstellen von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen hat daher ausschließlich gemäß den Vorgaben des VHB Bayern in der jeweils aktuellen Fassung zu erfolgen, die entsprechenden Formblätter des VHB Bayern sind zu verwenden.

VOB/B-widrig können insbesondere sein:

- Regelungen, die den Regelungen der VOB/B widersprechen*
- Ergänzung von Regelungen, wenn die VOB/B bereits regelt, es sei denn, die VOB/B sieht eine Ergänzung oder Auslegung ausdrücklich vor*

Selbst wenn die VOB/B keine Regelungen trifft, können Ergänzungen im Einzelfall VOB/B-widrig sein.

Das Recht, bei Nichtbeachtung Schadensersatz zu verlangen, behalten wir uns vor.“

Die Hinweise der OBB sind prinzipiell gerechtfertigt, da immer noch viele Büros ungefragt gut gemeinte, da den Auftraggeber begünstigende Regelungen in die Leistungsbeschreibungen „einbauen“, welche gegebenenfalls zum Verlust der Privilegierung der VOB/B führen können. Insofern dient das Formblatt dazu, das Bewusstsein der Planer in dieser Hinsicht zu schärfen. Ob die mit dem Formblatt beabsichtigte Sicherung eines möglichen Schadensersatzanspruchs erfolgreich bzw. besonders praxisrelevant ist, dürfte dagegen zweifelhaft sein.⁴⁴

Die Bemühungen des BMUB, durch „Entschlacken“ der im staatlichen Vergabehandbuch publizierten Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen (BVB und ZVB) die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B zu sichern,⁴⁵ sind angesichts der mit dem neuen Bauvertragsrecht verbundenen Unwägbarkeiten und Nachteile für den Besteller verständlich. Das für Bauvertragsrecht fachlich zuständige Bundesministerium möchte vermeiden, mit den eigenen Bauverträgen in den Anwendungsbereich der vom Bundesgesetzgeber geschaffenen Neuregelun-

⁴⁴ Was ist z. B. in den Fällen, in denen der Auftraggeber von den Öffnungsklauseln der VOB/B Gebrauch macht und z. B. eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vereinbart? Stellt dies eine Abweichung von der VOB/B im Sinne der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BGH dar? Das ist auch unter Juristen umstritten. Somit wird man ein für einen Schadensersatz erforderliches Verschulden des Architekten oder Ingenieurs kaum belegen können, es sei denn, man legt die scharfen Maßstäbe der Rechtsanwaltschaft („Sicherster Weg“) an.

⁴⁵ siehe hierzu Erlass des BMUB vom 18.05.2017, Az.: B17 – 81063.7/0, sowie Erlass des BMUB vom 08.12.2017, Az.: B17 – 81064.02/01, zur Neuherausgabe des VHB: „Ein weiterer Schwerpunkt der Neuherausgabe liegt in der Überarbeitung der vertragsrechtlich relevanten Vorgaben des VHB. Insbesondere wurden die Zusätzlichen und die Besonderen Vertragsbedingungen bereinigt. Dadurch soll vor dem Hintergrund des zum 1. Januar 2018 in Kraft tretenden gesetzlichen Bauvertragsrechts die AGB-rechtliche Privilegierung der VOB/B nach § 310 BGB gewährleistet werden.“

gen im BGB, insbesondere der §§ 650b und 650c, zu geraten. Das wird auch durch die Neuregelung im VHB Bund 2017 in Ziffer 4.2.6 der Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren (Formblatt 100) illustriert, wo es heißt:

„Wiederholungen oder Abweichungen von der VOB/B und VOB/C bzw. VOL/B, den Besonderen, den Zusätzlichen und Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen sowie Widersprüche in den Vergabeunterlagen sind auszuschließen. Sofern Regelungen in Ergänzung der BVB/ZVB/ZTVB in den Vertrag (z.B. in WBVB oder LV) aufgenommen werden sollen, dürfen diese keine inhaltliche Abweichung von der VOB/B enthalten, da andernfalls der Vertrag einer AGB-rechtlichen Klauselkontrolle unterworfen werden (§ 310 Absatz 3 Satz 1 BGB) und teilweise unwirksam werden könnte. An die Stelle der unwirksamen Regelungen des VOB/B-Vertrages würden in diesem Fall die gesetzlichen Regelungen des BGB treten, z.B. mit der Folge,

- dass Leistungsänderungen nicht mehr ohne vorherige Verhandlung mit dem Auftragnehmer angeordnet werden können (d.h. ggf. 30 Tage Baustillstand),*
- dass die Nachtragsvergütung nicht mehr anhand der Urkalkulation fortgeschrieben, sondern anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten neu ermittelt werden muss, oder*
- dass der Auftragnehmer für eine Nachtragsleistung (sofern man sich über deren Vergütung noch nicht geeinigt hat) eine Abschlagszahlung von 80% seines Nachtragsangebots fordern kann, auch wenn er hierin die Kosten der Leistung überhöht angesetzt hatte.*

Da solche oder ähnliche Folgen einer AGB-rechtlichen Überprüfung des VOB/B-Vertrages Bauausführung und Mittelverwendung behindern können, ist eine VOB/B-konforme Gestaltung der Vertragsunterlagen erforderlich.“

Man fühlt sich beim Lesen dieser Zeilen unwohl erinnert an die ominösen Geister, die man⁴⁶ rief und nun nicht mehr los wird. Es bleibt zu hoffen, dass der zu befürwortende Gedanke, ein Bauvertragsrecht zu schaffen, welches faire und klare Regeln zur Vergütung geänderter Leistungen beinhaltet und Spekulationen eindämmt, noch Früchte trägt. Ob der eingeschlagene Weg, nämlich punktuell Einzelregelungen ins BGB aufzunehmen und so zu tun, als hätten diese wegen der Gesamtprivilegierung der VOB/B keine Auswirkungen auf die im öffentlichen Bereich zu schließenden VOB-Verträge, richtig ist, erscheint zweifelhaft.

⁴⁶ Eigentlich Goethes Zauberlehrling, in diesem Falle der Deutsche Baugerichtstag?

8.2 Zukunft der VOB/B?

Sowohl Bundesregierung als auch Bundesrat haben im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens erklärt, dass die Neuregelungen im BGB keine (schleichende) Abschaffung der VOB/B bewirken sollen, sondern im Gegenteil die Bedeutung der VOB/B auch in Zukunft gewürdigt:

Bundesregierung: „Mit Blick auf die paritätische Besetzung des DVA mit Vertretern der betroffenen Besteller und Unternehmer erscheint die Prognose gerechtfertigt, dass das Anordnungsrecht des Bestellers und das daran anschließende Preisanpassungsrecht des Unternehmers in der VOB/B auch künftig zu einem für die Beteiligten akzeptablen Ausgleich gebracht wird.“ (BT-Drucksache 18/8486, S. 57)

Bundesrat: „Die in der VOB/B geregelten Anordnungsrechte des Auftraggebers sind zentrale Vorschriften, die im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen zwischen Auftragnehmer- und Auftraggebervertretern einvernehmlich ausgehandelt und beschlossen wurden. Sie sind in Zusammenschau mit den dortigen Regelungen zur Vergütungsanpassung ausgewogen und haben sich über die Jahrzehnte bewährt. Sie sollen durch ein neues werkvertragliches Leitbild im BGB nicht in Frage gestellt werden.“ (BT-Drucksache 18/8486, S. 89)

In der Expertenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestags am 22.06.2016 bat der Vorsitzende des Deutschen Baugerichtstags, Prof. Leupertz, „noch mal über die VOB nachzudenken“⁴⁷. Die im Gesetzentwurf in § 650c Abs. 4 noch enthaltene, später wieder gestrichene Teilprivilegierung der VOB sei „im Prinzip ein Statement gegen das eigene Gesetz, weil man ein als unvollkommen und nicht funktionierendes System erkanntes Regelungswerk im Prinzip für die öffentliche Hand und damit auch für die Großwirtschaft wieder zum Standard erhebt. Damit zieht man seinem eigenen Gesetzesvorhaben den Stecker (...)“.

Die Behauptung, der Ersteller des Gesetzentwurfs habe das Regelungswerk der VOB/B als „unvollkommen und nicht funktionierend“ erkannt (und führe deshalb die Regelungen der §§ 650b und 650c ein), wird durch die oben zitierten im Gesetzentwurf enthaltenen Stellungnahmen der Bundesregierung und auch des Bundesrats widerlegt. Es zeigt sich eine Krux des gesamten Gesetzgebungsverfahrens: Diejenigen, die dieses maßgeblich mit angestoßen und die Formulierungen in den §§ 650b und 650c mitentwickelt haben (Arbeitskreis Baugerichtstag, s. o.), verfolgten damit ein ganz anderes Ziel als der eigentliche Gesetzgeber. Dem Gesetzgeber ist diese Diskrepanz und der mit den Neuregelungen im BGB verbundene mittelbare Angriff auf Teile der VOB/B aber offenbar nicht recht bewusst geworden, denn sonst hätte man von der Aufnahme der Regelungen in den §§ 650b und 650c ins BGB abgesehen und sich – was aus hiesiger Sicht vernünftig und ausreichend gewesen wäre – auf die Umsetzung des Koalitionsvertrags 2013⁴⁸ beschränkt und nur Regelungen zum Verbraucherbaupvertrag ins BGB eingeführt.

⁴⁷ Wortprotokoll der 105. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundestags vom 22.06.2016, S. 13; online zugreifbar unter www.neues-bauvertragsrecht.com/gesetzesmaterialien

⁴⁸ Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 zwischen CDU, CSU und SPD, S. 81: „Den Verbraucherschutz bei Bau- und Dienstleistungen für Bauherren und Immobilieneigentümer wollen wir ausbauen, insbesondere im Bauvertragsrecht und bei der Fremdverwaltung von Wohnungen.“

Kniffka hat in seinem Vortrag⁴⁹ auf dem Baugerichtstag 2016 eine durchaus kritische Gesamtwürdigung der „Gesetzesinitiative Bauvertragsrecht“ vorgetragen und auf die in ihr liegende grundlegende Widersprüchlichkeit der Interessen selbst hingewiesen:

„Damit bleibt es bei dem schwachen VOB-Recht. Wenn aber dieses Recht vom Gesetzgeber (...) offenbar als angemessene Lösung angesehen wird, versteht man nicht, warum es für andere Verträge ein anderes Recht geben muss. Was angemessen ist, muss nicht anders mit Leitbildcharakter geregelt werden.“

Deutlich vorwurfsvoll in Richtung des Gesetzgebers führt Kniffka weiter⁵⁰ zum Inhalt des Gesetzentwurfs aus:

„Die Änderungen des Referentenentwurfs belegen Einflüsse, die einer sinnvollen Gesamtregelung entgegenstehen. Ein Rechtsanwender des zum Gesetz gewordenen Entwurfs – sei es eine Bauvertragspartei, ein Anwalt oder ein Richter – wird sich bald fragen, was den Gesetzgeber geritten hat, diese Regelungen in das Gesetz zu nehmen. Auf der Suche nach verständigen Gründen wird er erfolglos bleiben. Er wird resignieren und es wird sich ein Richterrecht entwickeln, das seinen eigenen Weg geht. Der Rechtsanwender wird sich auch fragen, was aus dem guten alten Bürgerlichen Gesetzbuch geworden ist. Das sollten sich auch diejenigen fragen, die die Entwürfe bearbeiten. Bei aller anerkanntenswerten Arbeit an einem Entwurf zu einem Bauvertragsgesetz muss die Frage gestellt werden, ob Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches wirklich derart interessengeleiteten Einflüssen preisgegeben werden dürfen oder es nicht auch Aufgabe im Gesetzgebungsverfahren ist, diese von diesem so grundlegend wichtigen Gesetz für die Privatwirtschaft fernzuhalten. Die Antwort lautet: Genau das ist die Aufgabe des Gesetzgebers! Im Übrigen gilt dies auch für allzu verfeinerte Regelungen, die gerade im Baurecht möglichst vermieden werden sollten, weil die Sachverhalte höchst unterschiedlich und kaum normierbar sind.“

Dem ist an sich wenig hinzuzufügen, außer dass einige der von Kniffka und anderen kritisierten Regelungen des Gesetzentwurfs mittlerweile im Gesetz stehen.

Die vom Baugerichtstag und Kniffka angestoßene und klar zu befürwortende Diskussion darüber, wie man dem Unwesen der „Spekulation auf Nachträge“ bzw. des „verdeckten Wettbewerbs“ beikommen kann, hätte im DVA geführt und dort gegebenenfalls einer Lösung innerhalb der VOB/B zugeführt werden müssen.

⁴⁹ abgedruckt in BauR 2016, 1533 ff.

⁵⁰ BauR 2016, 1536 ff.

Dass dieser Weg nicht eingeschlagen wurde, liegt wohl auch an der von einigen Stimmen bezweifelten Reformfähigkeit des DVA. Es sei hierzu hingewiesen auf die (im letzten Satz fast schon prophetischen) Äußerungen von Kraus/Sienz in BauR 2000, 631 (637ff.):

„Der DVA kommt der ihm gestellten Aufgabe, ein ausgewogenes und den Belangen der Baupraxis Rechnung tragendes Regelungswerk bereitzustellen, nur unzureichend nach. (...) Völlig unbefriedigend ist vor allem, mit welchen Begründungen die an den DVA herangetragenen Vorschläge beiseite geschoben wurden. Damit entpuppt sich der DVA entgegen seiner eigenen Einschätzung als Bremse der VOB/B. Konsequenz hieraus sollte – und wird irgendwann – sein, daß der Gesetzgeber die Regelung des Bauvertragsrechts selbst übernimmt.“

Dass es schwierig ist, im DVA Änderungen der VOB/B im Hauptausschuss durchzubringen, mag richtig sein; das liegt wohl auch an der für Vorstandsbeschlüsse erforderlichen $\frac{3}{4}$ -Mehrheit.⁵¹ Die Zurückhaltung des DVA bei der Veränderung der VOB/B hat aber auch ihr Gutes. Dem Praktiker in den Bauverwaltungen und auch Baufirmen ist es wichtig, mit einem im Wesentlichen seit 1926 unveränderten und durchaus in der Praxis bewährten Handwerkszeug arbeiten zu können. Er will sich nicht (wie im Vergaberecht EU-bedingt inzwischen üblich) alle vier (oder weniger) Jahre mit vollständig neuen Strukturen auseinandersetzen müssen. Die Erwägungen, wonach das Preisfortschreibungsmodell nach VOB/B einen verdeckten Wettbewerb ermögliche und insbesondere bei Großprojekten vielfach zu einer Verteuerung führe, mögen richtig sein. Mit dem jetzigen gesetzlichen Bauvertragsrecht wird jedoch keine Abhilfe geschaffen.

Es bleibt auch anzuzweifeln, ob gesetzliche Vergütungsregelungen überhaupt geeignete Mittel sind, um Streit über Nachträge zu vermeiden. Überlegungen wären eher dahingehend anzustellen, wie man die Qualität der Planung, beginnend mit der Bedarfsplanung, über Bestandsuntersuchungen, sorgfältige Raumprogramme und Mengenermittlungen hin zu im Wesentlichen unverändert zur Ausführung kommenden Ausschreibungen sowie mittels sachgerechter Bauüberwachung verbessert. Der beste Schutz vor Nachträgen ist und bleibt eine ausgereifte Planung und Ausschreibung sowie die Vermeidung nachträglicher Eingriffe in den Bauablauf und das Leistungssoll durch den Besteller. Ist die Planung und Ausschreibung z. B. aus Zeitgründen oder aufgrund mangelnder Expertise des Planers unausgegoren, werden die besten Regelungen zur Vergütung von Nachträgen, sei es in VOB/B oder BGB, nur bedingt helfen.

Den DVA zur Reform der VOB/B-Vergütungsregelungen über ein neues gesetzliches Leitbild im BGB zu zwingen, erscheint jedenfalls als der falsche Weg, da er zu einer Rechtszersplitterung führt und das Gesetzgebungsverfahren erheblichen Einflüssen durch Lobbyisten ausgesetzt ist. Das jetzt im BGB zum Bauvertrag enthaltene Regelungsgefüge wird in vielen Punkten zu Recht kritisch gesehen, und zwar auch von denen, die auf eine gesetzliche Regelung gedrängt haben (siehe nur die Stellungnahmen zum Gesetzentwurf von Leupertz vom 13.06.2016 und von Kniffka in BauR 2016, 1533 ff.). Trotz der in Teilen schlechten Erfahrungen halten Kniffka⁵² und der Deutsche Baugerichtstag e. V. offenbar daran fest, dass das Bauvertrags-

⁵¹ siehe § 15 Abs. 3 Satz 2 der Satzung des DVA, online erhältlich unter www.bmub.bund.de

⁵² dessen Verdienste um das Bauvertragsrecht unbestritten sind

recht ins BGB weiter Einzug finden soll, siehe den Vortrag⁵³ Kniffkas auf dem Symposium „Neues Bauvertragsrecht“ des Baugerichtstags am 26.10.2017 und die Zusammenfassung des Symposiums auf der Homepage des Baugerichtstags, wo es heißt:

„Nach der Reform ist vor der Reform. Mit dieser Devise wurde der zweite Teil des Symposiums eingeleitet. Der Deutsche Baugerichtstag e. V. wird weiter mit Nachdruck daran arbeiten, das Bauvertragsrecht in eine Richtung zu lenken, die Konflikte minimiert und zügig löst. Insoweit ist erst ein Schritt getan. Die nächsten Schritte müssen folgen. Sie werden nicht nur dazu dienen, die systematischen Lücken des Gesetzes zu füllen, sondern auch die Eigenverantwortung der Parteien für ihre Verträge mit einem verantwortungsbewussten Risikomanagement ins Bewusstsein zu rücken.“

Peters hat bereits im Jahr 2000⁵⁴ darauf hingewiesen, dass die Stärke der VOB (und damit der Arbeit des DVA) darin liege, dass sie „von der Praxis für die Praxis“ gemacht werde. Würde die VOB dagegen vom Gesetzgeber als Gesetz oder Verordnung erlassen, wäre sie in starkem Maße den Interessen verschiedenster Gruppierungen respektive politischen Zielen ausgesetzt.

Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise dürfte durch das nun vorliegende gesetzliche Bauvertragsrecht in einigen Punkten (z. B. 80%-Regel) belegt worden sein. § 650c ist gut gemeint, aber inhaltlich durch die Gesetzesbegründung und seinen Absatz 2 aufgeweicht und unklar und jedenfalls keine sichere Grundlage für Nachträge, um die Ausgangsfrage abschließend zu beantworten.

⁵³ online zugreifbar unter www.baugerichtstag.de

⁵⁴ Jahrbuch Baurecht 2000, 52 ff.