

## Erörterung der neuen Regelungen

## Bauen auf Grundlage des speziellen Baurechts im BGB oder der VOB/B?

Seit Anfang 2018 enthält das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) spezielle Regelungen zu Bauverträgen, die teilweise erheblich von denen der VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B (VOB/B) abweichen. Der Verfasser setzt sich mit dem neuen Begriff der »tatsächlich erforderlichen Kosten« und der Abrechnung von zusätzlichen Leistungen auseinander. Es zeigt sich, dass der Bauherr gut beraten ist, wenn er die VOB/B zum Vertragsbestandteil macht und sich nicht auf die neuen Regelungen des BGB einlässt.

§ 650 c Abs. 1 BGB führt als eine Grundlage der Vergütungsänderung den Begriff der »tatsächlich erforderlichen Kosten« ein. Die Formulierung »tatsächlich erforderliche Kosten« ist aus mehreren Gründen sprachlich unsauber:

- »Tatsächlich notwendig« kann ein Aufwand sein, der möglicherweise Kosten verursacht. Kosten sind als betriebsbedingter Werteverzehr definiert und daher selber zur Herstellung eines Werks nicht »notwendig«.
- Wenn »tatsächlich erforderliche Kosten« überhaupt feststellbar sein sollen, dann ist dies erst nach Abschluss der Bauausführung und nach Durchführung der bauunternehmensinternen Schlussabrechnung des Bauvorhabens und eventueller wirtschaftsrechtlicher Prüfung möglich. Dann ist aber das Erstellen eines Nachtragsangebots vor Bauausführung nicht möglich. Das widerspricht dem Ziel des Gesetzes, Kostensicherheit herzustellen.
- Während »tatsächlich« ausschließlich eine Betrachtung von ex post bedeutet – denn Tatsachen können erst nach ihrem Auftreten und nicht vor ihrem Auftreten festge-

stellt werden –, kann das Wort »erforderlich« in der Bedeutung von ex ante (... wird erforderlich sein ...) und ex post (... war erforderlich ...) verstanden werden.

Das Gesetz wird die Vertragsparteien daher nicht in die Lage versetzen, streitfrei eine Einigung darüber zu finden, was dem Grunde und der Höhe nach »tatsächlich erforderliche Kosten« waren, sind oder sein werden.

Bötzkes<sup>1)</sup> unterbreitet einen Vorschlag dazu, was unter »tatsächlich erforderlichen Kosten« zu verstehen sein soll: »Im neuen Bauvertragsrecht ist ... nicht geregelt, dass die tatsächlichen Kosten vergütet werden, sondern die »tatsächlich erforderlichen Kosten«. 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.« In der Gesetzesbegründung ist dem entgegen aber ausdrücklich aufgeführt<sup>2)</sup>: »Die Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf der Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt »üblichen Vergütung« im Sinne des § 632 berechnet werden.« Die von Bötzes vorgeschlagene Lösung widerspricht damit der Absicht des Gesetzgebers.

Weiter stellt sich die Frage der Kostenzuweisung: Bei der Erstellung eines Bauwerks fallen Kosten an, die einzelnen Kostenstellen zugewiesen werden müssen; welche Kosten der

Kostenstelle »Baustelle« zuzuweisen sind, hängt letztlich vom Einzelfall ab. Über die Art der Zuweisung von Kosten auf einzelne Baustellen oder Gewerke können die »tatsächlich erforderlichen Kosten« beeinflusst werden, da es keine Vorschriften zur Verteilung angefallener Kosten auf die verschiedenen Kostenstellen gibt.

## Verlust des Wettbewerbs bei Nachträgen

Die VOB/B sieht vor, dass bei Nachträgen auf die Preisgestaltung des bisherigen Vertrags zurückgegriffen wird. Nach der Logik der VOB/B wird der Wettbewerb, der sich vor der Vergabe des ursprünglichen Vertrags ausgebildet hatte und der dabei seine Wirkung der effizienten Faktorallokation entfaltet, bei Vertragsänderungen gedanklich fortgesetzt.

Das ausdrückliche Ziel des neuen Gesetzes ist, den Wettbewerb für alle zusätzlichen oder geänderten Leistungen auszuschalten. In der Gesetzesbegründung<sup>3)</sup> heißt es: »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.« Der Wettbewerb wird als nachteilig angesehen, auch dass Preise »knapp« kalkuliert werden, wird als nachteilig angesehen. Tatsäch-

<sup>3)</sup> Begründung S. 55, Mitte – »zu § 650 c ...«



Dr.-Ing. Dipl.-Wirt. Ing. **Wulf Himmel**, Bereichsleiter Trassenplanung, GEF AG, Leimen, und Lehrbeauftragter am Lehrstuhl für Baumanagement an der Universität Essen

<sup>1)</sup> Bötzes, Frank A.: Was sind tatsächlich erforderliche Kosten gem. § 650 c BGB? In: IBR online vom 14.08.2017, S. 4.

<sup>2)</sup> Amtliche Begründung, Drucksache 18/8486, S. 55, 3. Absatz von unten; vgl. Fußnote 3:–> zu Absatz 1

lich ist es gerade andersherum: Der Wettbewerb sorgt dafür, dass keine Ressourcen verschwendet werden, sondern Arbeitskraft und Material so eingesetzt werden, dass mit den verfügbaren, ausdrücklich »knappen« Mitteln der maximale Nutzen erzielt wird und die Mittel nicht verschwendet werden. Die einsetzbaren Faktoren sind »knapp«, weil nicht unendlich vorhanden, und daher sind auch Preise knapp kalkuliert. Der Hinweis in der Gesetzgebung auf »auskömmliche Preise« irritiert, da Wettbewerbsteilnehmer weder gesetzlich noch tatsächlich gezwungen sind, Preise auskömmlich anzubieten. Es darf nicht zulasten des Verbrauchers gehen, wenn die Preise zusätzlicher oder geänderter Leistungen gegenüber dem vertraglich vereinbarten Niveau erhöht werden können, um die im Wettbewerb angebotenen Preise kompensieren zu können. Es ist befremdlich, dass ein Gesetz mit einer Einschränkung des Wettbewerbs begründet wird. Die Einschränkung des Wettbewerbs wird die bekannten Folgen nach sich ziehen: Die Bauleistung wird teurer, die Anzahl der Bieter wird sinken, es kommt zu Ressourcenverschwendung.

#### Spekulationen

Ein weiteres Ziel des Gesetzes ist es, Spekulationen zu verhindern und Streit zu vermeiden<sup>4)</sup>: »Ziel der Einführung ... ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. ... Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen.« Dazu ergeben sich die Fragen, was unter »Spekulationen«

<sup>4)</sup> Begründung S. 55, Mitte -> zu § 650 c ...»

und »ungerechtfertigten Preisvorteilen« zu verstehen ist, ebenso, warum Streit zwischen den Parteien über den Preis vermieden werden soll.

Eine allgemein anerkannte Definition dessen, was eine »Spekulation« ist, gibt es nicht. Mit dem Begriff wird im Allgemeinen ein als verwerflich anzusehendes Handeln oder Unterlassen beschrieben. Der Autor vermutet, dass der Gesetzgeber unter »Spekulation« eine Bieterstrategie versteht, mit der bei einem Angebot in dem Wissen, dass die Qualität der Leistungsbeschreibung schlecht ist, eher geringe Preise angeboten werden, um dann, wenn mit sehr gering angebotenen Preisen die Auftragserteilung gesichert werden konnte, Mängel in der Leistungsbeschreibung durch preislich überhöhte Nachtragsangebote auszunutzen. Die genannten überhöhten Nachtragsangebote könnten dann die vom Gesetzgeber beschriebenen »ungerechtfertigten Preisvorteile« sein. Eine schlechte Qualität der Planung kann aber nicht dadurch zulasten des Bieters gehen, dass er Planungsmängel antizipiert und von vornherein höhere Preise anbietet. Mit den solchermaßen höheren Preisen könnte eine Reserve angelegt werden, aus der zusätzliche und geänderte Leistungen zum Teil getragen würden, um zu vermeiden, sich bei Nachträgen dem Vorwurf »ungerechtfertigter Preisvorteile« aussetzen zu müssen. Ein solches Vorgehen stünde aber im Gegensatz zum Gedanken des Wettbewerbs.

In einer Marktwirtschaft ergibt sich der Preis durch Angebot und Nachfrage. Wenn der Nachfrager eine Ausschreibung mit einer mangelhaften Leistungsbeschreibung durchführt, erhält er entsprechende Angebote. Eine gute Qualität der Planung ist daher ein geeigneter Anreiz zur Vermeidung von »Speku-

lationen« im oben beschriebenen Sinne.

Das neue Gesetz bietet gerade keinen Anreiz dazu, »Spekulationen« zu unterlassen. Mit der Möglichkeit, Nachträge nach »tatsächlich erforderlichen Kosten« abzurechnen, werden entgegen der Absicht des Gesetzgebers Spekulationen begünstigt.

#### Rückgriff auf Urkalkulation nach freier Entscheidung des Bauunternehmens

Das Bauunternehmen hat nach dem BGB das Recht (§ 650 c Abs. 2), nach eigenem Willen und eigener Entscheidung auf die Urkalkulation zurückgreifen zu können, ohne dass der Bauherr ein Mitwirkungsrecht hat oder dies verlangen könnte. Die Begründung<sup>5)</sup> führt ausdrücklich aus: »Für den Unternehmer ergibt sich also ein Wahlrecht, ob er »Nachträge« auf Basis seiner ursprünglichen Kalkulation ... oder nach den tatsächlich erforderlichen Kosten ... abrechnen will.«

Der Gesetzgeber vermutet dem Gesetzestext nach (§ 650 c Abs. 2 Satz 2), dass die Urkalkulation, die definitionsgemäß vor Abgabe des Angebots aufgestellt wird, die »tatsächlich erforderlichen Kosten« angibt, die, wenn überhaupt, erst nach Abschluss einer Baumaßnahme festgestellt werden können. Eine Urkalkulation gibt aber nicht die »tatsächlich erforderlichen Kosten« an, sondern sie ist ein Werkzeug zur Preisbildung, deren Grundlage u. a. eine Schätzung des Bieters dazu ist, in welcher Höhe Kosten bei und zur Herstellung des Werks anfallen werden. »Tatsächlich erforderliche Kosten« und Urkalkulation haben damit nur entfernt etwas miteinander zu tun. Wenn die »tatsächlich

<sup>5)</sup> Begründung S. 56, 2. Absatz von unten.

Anzeige

	<p><b>Wärmenetze und Kältenetze</b></p> <p>Hydraulisch stationär und dynamisch berechnen, analysieren, optimieren Berechnung von Speicherung, Transport und Wärmeübertragung Zusammenspiel Erzeuger, Stationen, Netz und Kundenanlagen Beachtung von Restriktionen und Unterversorgungszuständen Druckstoß, Netzstrategie und Versorgungszuverlässigkeit</p> <p>3S Consult GmbH — Mehr als 30 Jahre Engineering und Software — www.3sconsult.de</p>	
---	---	---

erforderlichen Kosten« bereits vor Ausführungsbeginn feststünden, wären die Angebotshöhen der verschiedenen Bauunternehmen auf eine Ausschreibung identisch, und auch bei den Schlussabrechnungen von Baustellenergebnissen gäbe es keine Überraschungen.

Es sei darauf hingewiesen, dass der dritte Baugerichtstag<sup>6)</sup>, bei dem Juristen und Ingenieure aus Ingenieurbüros, von Auftraggeber- und von Bauunternehmensseite versammelt waren, 2010 die Empfehlung aussprach, den Vertrag bei zusätzlichen Leistungen fortzuschreiben.

#### Entstehung eines Schadens

Wird der ursprüngliche Vertrag fortgeschrieben, so wie die VOB/B das vorsieht, entsteht dem Auftraggeber bei zusätzlichen Leistungen kein Schaden, denn wenn die Leistung von vornherein im Vertrag enthalten gewesen wäre, wäre sie zu dem Preis angeboten worden, wie dies im Nachtrag nachgeholt wird. Werden nun die »tatsächlich erforderlichen Kosten« bei einer Vertragsänderung herangezogen, dann entsteht dem Bauherrn ein Schaden, wenn das Preisniveau der nachgetragenen Leistung höher ist als bei einer Vertragsfortschreibung. Durch die Frage, wer den Schaden zu ersetzen hat, entsteht Streitpotenzial, das über den Kreis von Bauherrn und Bauunternehmen hinausgeht – Ziel des Gesetzes war es aber, »Streit« zu vermeiden.

#### Rechnungsstellung bei zusätzlichen Leistungen

Mit § 650 c Abs. 3 schließlich weist das neue BGB dem Bauunternehmen ein weiteres starkes Recht zu: Wenn keine Einigung über eine Vergütung zustande kommt, kann das Bauunternehmen 80 % seiner außerhalb des Wettbewerbs ermittelten Forderung abrechnen, und diese Forderung ist fällig. Bei einigen Bauunternehmen könnte die Idee entstehen, die Behauptung aufzustellen, dass eine Einigung nicht zustande gekommen sei, daraufhin die »tatsächlich erforderlichen Kos-

ten« zusammenzustellen, mit dem Faktor 1/80 % zu multiplizieren und dann abzurechnen. Wird später eine Überzahlung festgestellt (Was ist eine »Überzahlung«? Wie wird sie festgestellt?), so ist diese zurückzugeben, so das Gesetz. Sehr plakativ und das Problem verdeutlichend konstruiert Kimpel<sup>7)</sup> einen Fall, in dem das Einschlagen eines Nagels angeboten wird, was gegenüber dem bestehenden Vertrag eine zusätzliche Leistung darstellen soll. Die »tatsächlich erforderlichen Kosten« werden mit 8 Mio. € angegeben. 80 % davon werden in Rechnung gestellt, also 6,4 Mio. €. Die Rechnung ist fällig, der Bauherr zahlt pflichtgemäß, und anderentags meldet das Bauunternehmen Insolvenz an. Mit Durchsetzung einer Forderung nach Rückzahlung wird es dann schwierig.

#### Fazit

Das in der VOB/B verankerte Prinzip der Fortschreibung des Vertrags bei Änderungen hat sich bewährt und ist anerkannt. Die VOB/B ist von öffentlichen Auftraggebern obligatorisch anzuwenden und steht ansonsten jedermann zur Anwendung frei. Diese Möglichkeit ist in erster Linie Fachleuten bekannt, aber weniger privaten Bauherren, die sich darauf verlassen können müssen, dass die Regelungen im BGB ausgewogen sind und die Interessen des wirtschaftlich Schwächeren besser schützen als die des wirtschaftlich Stärkeren.

Es ist bemerkenswert, dass der Bund selber die ab dem 01.01.2018 im BGB enthaltenen Regelungen nicht anwendet. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit hat verfügt<sup>8)</sup>, dass »im Bundeshochbau weiterhin die VOB/B als vertragliche Grundlage zu vereinbaren ist«. Der für die Formulierung der VOB/B zuständige Autorenkreis hat beschlossen, die VOB/B zunächst nicht zu ändern<sup>9)</sup>.

Abgesehen davon, dass der Begriff der »tatsächlich erforderlichen Kosten« nicht definiert ist, ist seine Einführung, so wie es in der Gesetzesbegründung formuliert wird, ordnungspolitisch falsch, da der Wettbewerb erklärtermaßen ausgeschaltet wird, was zu ineffizientem Verhalten der Marktteilnehmer führt. Das Gesetz setzt Anreize zu Spekulation. Es wird sich volkswirtschaftlich negativ auswirken. – Zur Ausführung weiterer Kritikpunkte war hier nicht der Raum. ■

<sup>6)</sup> 3. Deutscher Baugerichtstag in Hamm, 07./08.05.2010 in Hamm, 3. Empfehlung des Arbeitskreises VI.

<sup>7)</sup> Kimpel, Ralph: Der Entwurf des gesetzlichen Bauvertragsrechts aus Sicht des gewerblichen Unternehmers. In: NZBau 2016, S. 736.

<sup>8)</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit zur Reform des Bauvertragsrechts, Schreiben vom 18.05.2017, Aktenzeichen BI 7 – 81063.7/0.

<sup>9)</sup> Hauptausschuss Allgemeines (HAA), Beschluss vom 18.01.2018.