

1. Deutscher Baubetriebs- und Baurechtstag

Workshop 3: Ist-Kosten oder Fortschreibung der Wettbewerbspreise bei der Nachtragskalkulation
- § 650 c Abs. 1, 2 und 3 BGB

RA Dr. Stefan Althaus
Prof. Dr. Markus Kattenbusch

§ 650b

Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1)

Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Abs. 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist.

§ 650b

Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(Fortsetzung Abs. 1)

Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach § 650c Abs. 1 Satz 2 kein Anspruch zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Falle keine Anwendung.

§ 650b Abs. 1 BGB

Unterscheidung zwischen Änderungen, die

- zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind oder
- eine Änderung des Werkerfolgs selbst beinhalten.

Mischform:

Der vereinbarte Werkerfolg ist so nicht herstellbar (z. B. wegen statischer Probleme), richtigerweise ein Unterfall der notwendigen Änderung gemäß Nr. 2.

§ 650b Abs. 1 BGB

„streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an“ ...

Was bedeutet das?

Gesetzgeber verordnet den Parteien gleichsam, Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anzustreben. In der Gesetzesbegründung ist von einer "**Verhandlungspflicht**" die Rede, vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/11437, 418 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz). Grenze: 30 Tage ab Zugang Änderungsbegehren beim Bauunternehmer, § 650b Abs. 2 BGB.

.

§ 650b Abs. 1, letzter Satz:

Der Bauunternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Minderleistung zu erstellen - im Fall nicht notwendiger Änderung nach Nr. 1 jedoch nur, wenn zumutbar. Nur in diesem Fall können solche Änderungen auch angeordnet werden, wenn innerhalb der 30-tägigen Verhandlungsphase keine Einigung zustande kommt (zum Kriterium der Zumutbarkeit näher unten beim Anordnungsrecht).

Das Gesetz enthält keine Vorgaben, wie der Unternehmer das gemäß § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB vorzulegende Angebot kalkulieren muss. Die in § 650c Abs. 1 und 2 BGB enthaltenen Vorgaben gelten nicht (str.). Dies folgt aus der vollständigen Verhandlungsfreiheit in diesem Stadium (Grenze: Sittenwidrigkeit / Treu und Glauben).

§ 650b Abs. 1, letzter Satz:

Muss der Unternehmer zur Meidung von Rechtsverlusten auch bauzeitbezogene Auswirkungen/Kosten, die mit der begehrten Vertragsänderung zusammenhängen (können), in sein Angebot aufnehmen?

In Anlehnung an bisherige Rechtsprechung zu dieser Frage bei § 2 Abs. 5 VOB/B: ja!

Vorbehalt als Alternative zulässig? Wenn Auswirkungen in erheblichem Umfang noch nicht absehbar sind, ja (insoweit wäre die Nichtvorlage eines umfassenden Angebots jedenfalls kein schuldhafter Pflichtverstoß).

§ 650b Abs. 1 BGB

Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Nachtragsangebots verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.

Das Gesetz spricht nur allgemein von Planung. Damit wird komplett offen gelassen, in welcher Gestalt die Planung für eine geänderte oder zusätzliche Leistung erfolgen muss, ob durch Zeichnungen oder textliche Anmerkungen zur bisherigen Leistung, ob mit eigenem Nachtragsleistungsverzeichnis oder nicht.

Richtschnur: Planung muss so genau sein, dass AN in der Planungstiefe des bisherigen Vertrags weiß, wie er die Leistung auszuführen hat.

§ 650b Abs. 1, letzter Satz:

Hat der AN auch die Planung übernommen, hat er keinen Anspruch auf Mehrvergütung und legt daher auch kein Nachtragsangebot vor.

In diesem Fall streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an.

§ 650b

Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(2)

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.

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.

Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 650b Abs. 2 BGB

Die Vorlage eines geänderten Plans ist nach dem Gesetzeswortlaut nur Voraussetzung für die Pflicht zur Vorlage eines Angebots durch den Unternehmer gemäß § 650b Abs. 1 BGB, nicht aber für das Entstehen des Anordnungsrechts gemäß § 650b Abs. 2 BGB.

Eine Regelung in § 650b Abs. 2 Satz 3 BGB, dass auch – neben Abs. 1 Satz 3 – Abs. 1 Satz 4 "entsprechend" gilt, fehlt.

Die Anordnung zur bauvertraglichen Leistungspflicht kann aber nicht die dem Vertrag zugrundeliegende Zuordnung der Planungsobliegenheit des Bestellers verändern.

Im Fall der Planungsverantwortung des Bestellers dürfte damit die Anordnung ohne Übergabe einer geänderten Planung zu unbestimmt und damit unwirksam sein.

§ 650b Abs. 2 BGB

Anordnungsrecht des AGs erst, wenn die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung über die geänderte Leistung und die Vergütung erzielt haben.

Änderung hat in Textform zu ergehen (§ 126b BGB). E-Mail genügt zum Beispiel. Gilt nur für die Anordnung, nicht für das vorgelagerte Änderungsbegehren.

Kein Anordnungsrecht, wenn Ausführung einer nicht notwendigen Änderungsleistung nicht zumutbar ist.

Einigen sich die Parteien nur über die Änderung, nicht aber über die Anpassung der Vergütung, ist kein Raum mehr für eine Anordnung. Problem: Vergütungsanpassung dann nach § 650c Abs. 1 und 2 BGB knüpft an Anordnung an. Redaktionsversehen?

§ 650b Abs. 2 BGB

Anordnungsrecht frühestens 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer (Verhandlungsphase) führt zu folgendem Problem:

Der Besteller kann erst nach Ablauf dieser sein Anordnungsrecht ausüben.

Das kann dazu führen, dass der Besteller zur Abwendung eines Baustillstands nicht abwarten kann, bis er das Anordnungsrecht ausüben kann.

Er könnte dann z. B. faktisch gezwungen sein, ein ggf. überhöhtes Angebot des Unternehmers anzunehmen.

Sonderproblem: Nachunternehmereinsatz (ggf. gestaffelt)

§ 650b Abs. 2 BGB

Umfang des Anordnungsrechts:

Anordnungsrecht bezieht sich nur entweder auf den Werkerfolg oder die zur Erreichung des Werkerfolgs erforderliche Leistungen.

Im Referentenentwurf waren Art der Ausführung der Bauleistung (= Baumstände) und Bauzeit noch in § 650b Abs. 2 Satz 3 E erwähnt (mit erhöhter Zumutbarkeitsschwelle, vgl. Referentenentwurf, 12, 57). Ist in der Gesetzesfassung ersatzlos entfallen. Daraus dürfte sich folgendes ergeben:

1. § 650b Abs. 2 begründet kein Anordnungsrecht betreffend die Bauzeit, insb. kein Anordnungsrecht zur Beschleunigung.
2. Eine faktische Änderung der „Bauzeit“ oder der „Baumstände“ (Randbedingungen der Ausführung) erfordert weder eine Anordnung noch ist hieran eine Vergütungsanpassung nach § 650c BGB geknüpft. Lösung über ergänzende Vertragsauslegung?

§ 650b Abs. 2 BGB

Zumutbarkeit der Ausführung als Voraussetzung für Anordnungen zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs:

Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, S. 53 f.:

„Dieses Zumutbarkeitskriterium kann beispielsweise die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers betreffen, aber auch betriebsinterne Vorgänge. Bei der Abwägung, welche Leistungen für den Unternehmer zumutbar sind, sind die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen und müssen in einem ausgewogenen Verhältnis in die Bewertung einfließen. Zu berücksichtigen ist einerseits, dass der Unternehmer durch die Anordnung zu Leistungen verpflichtet wird, die nicht der ursprünglichen Vereinbarung der Parteien entsprechen... Andererseits ist zu berücksichtigen, dass beide Vertragsparteien in dem Stadium der Abwicklung des Bauvertrags aneinander gebunden sind und ein Wechsel des Vertragspartners für den Besteller nur schwer möglich und mit hohen Kosten verbunden ist.“

§ 650b Abs. 2 BGB

Zumutbarkeit der Ausführung als Voraussetzung für Anordnungen zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs:

Schwelle der Unzumutbarkeit liegt niedriger als bei § 275 Abs. 2 und 3 BGB (Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, S. 53 f.).

Beruft sich der Unternehmer auf betriebsinterne Vorgänge, trägt der Unternehmer hierfür die Beweislast. Gegenschluss: In allen anderen Fällen trägt der Besteller die Beweislast für die Zumutbarkeit.

§ 650b Abs. 2 BGB

Zumutbarkeit der Ausführung als Voraussetzung für Anordnungen zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs:

Ggf. auch zu berücksichtigen:

Kapazitäten / Ressourcen des Unternehmers und mögliche Kollisionen mit anderen Aufträgen. Bei Nachunternehmereinsatz ist wohl – wie aktuell bei § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B – auf die Umstände bei den zum Einsatz vorgesehenen bzw. bereits tätigen Nachunternehmer abzustellen.

§ 650b Abs. 2 BGB

Zumutbarkeit der Ausführung als Voraussetzung für Anordnungen zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs:

Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, S. 54:

„Die Verteilung der Beweislast für die (Un-)Zumutbarkeit einer Anordnung des Bestellers soll den Verantwortungssphären der Parteien Rechnung tragen. Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, da er den Vertrag ändern will. Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob das zur Ausführung notwendige Material tatsächlich im Handel erhältlich ist. Der Unternehmer trägt nach Absatz 1 Satz 3 nur dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat. Hinsichtlich der Frage der Unzumutbarkeit aus betriebsinternen Gründen ist bei einem Generalunternehmer eine Gesamtbetrachtung unter Einschluss der Nachunternehmer angezeigt.“

§ 650b Abs. 2 BGB

Zumutbarkeit der Ausführung als Voraussetzung für Anordnungen zur Änderung des Werkerfolgs:

Achtung: Dieses Kriterium spielt keine Rolle bei Anordnungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind.

Bei Anordnungen nach § 650b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB (notwendig zur Herbeiführung des Werkerfolgs) kann sich der Unternehmer nur auf die gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechte wegen Unzumutbarkeit nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB berufen (vgl. auch Regierungsentwurf, S. 54)

§ 650 c

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. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder die Außenanlage, steht diesem im Fall des § 650b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Keine Anpassung auf Basis der „üblichen Vergütung“, Siehe hierzu Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, 55:

„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.“

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Probleme:

1. Einvernehmliche Leistungsänderungen vom Wortlaut nicht erfasst (Redaktionsversehen?)
2. Anordnung als Aufforderung zur Vertragserfüllung, wenn streitig ist, ob angeordnete Leistung zum Vertrag gehört. Konstruktion über Anordnung mit einer Rechtsbedingung (falls Leistung nicht zum Vertrag gehört, wie schon jetzt für Anordnungen nach § 1 VOB/B).

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Berechnung nach den „tatsächlich erforderlichen Kosten“: Was bedeutet das?

1. Die Kosten müssen tatsächlich entstehen (Ist-Kosten)
2. Die Kosten müssen erforderlich sein, können also nicht in Ansatz gebracht werden, wenn der Unternehmer unnötige hohe Kosten entstehen lässt.

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Vergütung „für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Abs. 2 vermehrten oder verminderten Aufwand“

Welche Bedeutung hat der hier eingeführte Begriff „Aufwand“?

KLR Bau: „Aufwand ist der Wert aller verbrauchten Sachgüter und Dienstleistungen in einem Abrechnungszeitraum“, um eine Leistung zu erbringen (Leistung = Arbeit / Zeit)

- Tatsächlicher vermehrter oder verminderter Einsatz von Personal, Gerät, Stoffen usw.
- Tatsächliche erhöhte oder verminderte Kosten für den jeweiligen Einsatz der Ressourcen

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

De facto: Selbstkostenerstattung (?)

Fragen / Probleme:

- Nur reale Kosten ansetzbar, daher z.B. kein Ansatz des Mittellohns, sondern tatsächliche Lohnkosten
- Eigengeräte: Nur Wartung und tatsächliche Wertminderung durch Abnutzung (verfassungswidrig?)

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Siehe hierzu Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, 56:

"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."

Diese tatsächlichen Kosten sind streng zu unterscheiden von den kalkulierten Kosten. Hier werden die hypothetischen Kosten, die tatsächlich angefallen wären, mit den tatsächlich Kosten, die wirklich angefallen sind verglichen:

**„was hätte die ursprüngliche Leistung tatsächlich gekostet?“ vs.
„was kostet die modifizierte Leistung tatsächlich?“**

Problem: Spekulative Gestaltungen bei hypothetischen Kosten

Hypothetische Kosten können „künstlich“ niedrig gehalten werden, um bei Materialwechsel oder Gerätewechsel Sondergewinne zu erzeugen. Zum Beispiel, indem

- Geräte in Tochterbetriebe / Schwesterbetriebe ausgelagert sind



(Gerät im Hauptangebot „billig“ eingekauft, jetzt nur noch „teuer“ angeboten).

- Andere denkbare Szenarien: Firmen schreiben sich untereinander günstige Deckungsangebote
 - Was ist nachzuweisen ?
 - Wo sind die Grenzen ?

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Einschränkung: Nur „erforderliche“ Kosten dürfen angesetzt werden:

Nicht erforderlich sind entstandene Kosten,

- soweit der Unternehmer seine Leistungen gegenüber den üblichen Marktpreisen vor Ort oder sonstigen ihm zur Verfügung stehenden Sonderbedingungen zu teuer einkauft oder
- die Ausführung mit unwirtschaftlich / unüblich hohen Aufwandswerten erfolgt.

Gebot der Wirtschaftlichkeit im Gegensatz zum Grundsatz der VOB „guter Preis/schlechter Preis“, ggf. neuer NU, wenn der bisherige zu teuer ist (z.B. zu große Anfahrtskosten).

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Fragen:

- Was ist mit den Rahmenbedingungen / Bauumständen auf der Baustelle?
- Was ist mit Kapazitätsengpässen beim AN / was schuldet der AN / muss er ggf. für NU sorgen?
- Was ist mit den Managementkosten (Ausschreibung / Abrechnung etc. hierfür?)

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Angemessene Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn

Was ist angemessen?

Fragen:

- was ist in AGK und BGK enthalten
- Höhe der AGK aus Literatur
- Was passiert bei spekulativen Verschiebungen zwischen AGK / BGK / EKT

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

Angemessene Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn

Was ist angemessen?

Wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht geklärt. Die Gesetzesbegründung macht aber deutlich: Die Zuschläge können nicht der Kalkulation entnommen werden (Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, 56).

Frage:

Wäre es angemessen, für die „neue“ Leistung denselben Deckungsbeitrag zu gewähren, wie er für den unveränderten Vertrag – „alte“ Leistung – entstanden wäre? Kann dies ggf. dem jeweiligen Einheitspreis abzüglich der hypothetischen tatsächlichen Kosten, die der AN für die Ausführung benötigt hätte, entsprechen?

§ 650c Abs. 1 BGB

Vergütungsanpassung nach tatsächlich erforderlichen Kosten

§ 650c Abs. 1 Satz 2 BGB schließt einen zusätzlichen Vergütungsanspruch des Unternehmers aus, wenn seine Leistungspflicht auch die Planung umfasst und eine Änderung erforderlich ist, damit der vertraglich vereinbarte Werkerfolg erreicht wird.

Beispiel: Unternehmer erstellt in eigener Planung ein Detailleistungsverzeichnis, das lückenhaft ist. Die vergessenen Leistungen muss der Unternehmer ohne zusätzliche Vergütung erbringen.

§ 650 c

Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(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.

§ 650c Abs. 2 BGB

Rückgriff auf vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation:

Vermutung, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Abs. 1 entspricht.

Das bedeutet, Vermutung, dass Preisfortschreibung auf Basis der Urkalkulation die tatsächlich erforderlichen Kosten zutreffend abbildet.

Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag so verfahren, er muss es nicht. Er kann aber innerhalb eines Nachtrags nicht einzelne Ansätze der Kalkulation entnehmen und andere nicht (vgl. Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, S. 56).

Also: Klare Trennung der Systeme

Was ist bei spekulativen Verschiebungen innerhalb eines Vertrages?
Analogie möglich?

§ 650c Abs. 2 BGB

Rückgriff auf vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation:

Vgl. Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, S. 56:

„...die Vertragsparteien für die Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten keine Neuberechnung vornehmen müssen, sondern – wie bisher – auf die in der Regel vorhandene Urkalkulation des Unternehmers zurückgreifen können“.

Aus dem Gesetzeswortlaut in Verbindung mit der Gesetzesbegründung folgt: Die Vermutungswirkung bedeutet, dass die fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht. Dies setzt zwar kalkulatorisch im Regelfall voraus, dass auch schon die Kosten für die ursprüngliche Leistung den hypothetisch erforderlichen Kosten entsprach, die Vermutung bezieht sich jedoch nicht hierauf.

§ 650c Abs. 2 BGB

Rückgriff auf vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation:

Die Ansätze dürfen nur der Kalkulation selbst entnommen werden.

Hierfür muss sie hinreichend genau aufgegliedert sein, wie der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist; Gesetzesbegründung Regierungsentwurf BT-Drs. 18/8486, 56: *„Anreiz für den Unternehmer, die Kalkulation nachvollziehbar zu gestalten“*.

Frage: Wann ist eine Kalkulation hinreichend aufgegliedert? –

Kommt auf den Nachtrag an! Eine nachträgliche Aufgliederung, wie in der bisherigen Praxis üblich, ist vom Gesetz somit nicht vorgesehen. Für eine solche nachträgliche Aufgliederung steht die Vermutungswirkung nicht. Das bedeutet: Die hinterlegte Urkalkulation muss so genau aufgegliedert sein, dass die Nachtragskalkulation allein aus den darin aufgeschlüsselten Kostenelementen hergeleitet werden kann.

§ 650c Abs. 2 BGB

Der AG kann die Vermutung, dass die auf Basis der Urkalkulation **fortgeschriebene** Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 (auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten) entspricht, entkräften („widerlegen“).

Der AG kann also die Vermutung entkräften, indem er belegt, dass die fortgeschriebene Vergütung die tatsächlich erforderlichen Kosten für den vermehrten oder verminderten Aufwand nicht richtig abbildet. Er muss nicht selbst die richtige Höhe der Vergütung darlegen!

Die Entkräftung der Vermutung kann so erfolgen, dass der AG darlegt und beweist, dass

- 1) die gemäß Urkalkulation kalkulierten Kosten nicht den tatsächlich erforderlichen Kosten entsprechen und
- 2) aus **diesem Grunde** auch der vermehrte und verminderte Aufwand nach den tatsächlich erforderlichen Kosten von den kalkulatorisch fortgeschriebenen Kosten abweicht.

Dies kann z. B. anhand von allgemein zugänglichen Quellen für Marktpreise geschehen.

§ 650c Abs. 2 BGB

Für die Entkräftung der Vermutung genügt es nach dem Wortlaut des Gesetzes allein noch nicht, wenn nachgewiesen wird, dass einzelne Preiselemente gemäß der Urkalkulation des AN nicht den Kosten entsprechen, die ohne Vertragsänderung tatsächlich angefallen wären.

Denn auch eine Preisfortschreibung auf Basis einer in sich fehlerhaften Kalkulation könnte theoretisch zu einem Ergebnis führen, das die tatsächlich erforderlichen Kosten für den vermehrten oder verminderten Aufwand richtig abbildet, z. B. weil die Leistung bezüglich der fehlerhaft kalkulierten Kostenelemente durch die Vertragsänderung nicht betroffen ist oder sich ausnahmsweise zwei Fehler vollständig ausgleichen.

Frage: Lassen sich praktische Beispiele bilden, in denen sich solche fehlerhaften Ansätze bei der Preisfortschreibung kompensieren?

§ 650c Abs. 2 BGB

In aller Regel wird die Preisfortschreibung die tatsächlichen Mehr- und Minderkosten dann nicht zutreffend darstellen, wenn sich die Leistungsänderung auf ein fehlerhaft kalkuliertes Kostenelement bezieht.

Frage: Sollte es daher auch für die Entkräftung der Vermutung ausreichen, dass die fortgeschriebene Vergütung für die Leistungsänderung aus einem nachweislich fehlerhaft kalkulierten Kostenelement hergeleitet wird?

Beispiel: Durch die Anordnung wird die Betongüte geändert; die Kosten für den Beton sind in der UK deutlich über dem Marktpreis angesetzt. Der AG weist nur nach, dass dieses Kostenelement fehlerhaft kalkuliert war (also nicht den hypothetischen tatsächlichen Kosten entspricht).

§ 650c Abs. 2 BGB

Hat der AG die Vermutung entkräftet, muss der Auftragnehmer für die betreffenden Kalkulationsansätze seine tatsächlich erforderlichen Kosten darlegen und nachweisen, kann also nicht mehr eine Preisfortschreibung auf Basis der Kalkulation vornehmen.

Dies gilt für den gesamten betroffenen Nachtrag, da innerhalb eines Nachtrags keine Vermischung zwischen kalkulatorischen Ansätzen und tatsächlichen Kosten erfolgen darf.

§ 650 c

Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

(3)

Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650b Absatz 1 Satz 2 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werks fällig. Zahlungen nach Satz 1, die die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.

§ 650c Abs. 3 BGB

Bei Abschlagsrechnungen kann der Unternehmer 80 % der Vergütung, die seinem Nachtragsangebot entspricht, als fällige Forderung abrechnen. Der AG kann dem nur entgegenreten, wenn sich die Parteien über die Höhe anderweitig geeinigt haben oder eine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Letzteres kann im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 650d BGB erfolgen.

§ 650c Abs. 3 BGB

Frage:

Was kann der Maßstab für die gerichtliche Verfügung sein, dem Unternehmer eine geringere oder höhere Vergütung als die 80% des Nachtragsangebots zuzusprechen? Logisch denkbar hierfür ist ausschließlich die nach § 650c Abs. 1 oder 2 zu bestimmende Vergütung.

Zwar fehlt im Gesetz eine ausdrückliche Anknüpfung an die Berechnung der Vergütung nach § 650c Abs. 1 und 2 BGB. Dies kann jedoch nur als ein handwerkliches Redaktionsversehen gedeutet werden.

Bei der Erstellung des Nachtragsangebots nach § 650b Abs. 1 ist der Unternehmer richtigerweise zunächst in der Höhe frei, für die gerichtliche Überprüfung der Fälligkeit eines hierauf (zu 80%) gestützten Anspruchs auf Abschlagszahlungen wird jedoch ein objektives Kriterium benötigt.

§ 650c Abs. 3 BGB

Der AG muss hierfür im Verfahren der einstweiligen Verfügung dort zugelassene Mittel der Glaubhaftmachung vorlegen.

Fragen:

- Muss AG eine eigene Berechnung vorlegen?
- Genügt es zu zeigen, dass Nachtragsberechnung im Wege der Preisfortschreibung methodisch falsch ist? – Problem: Berechnung muss gar nicht vorliegen
- Genügt es, bei einer nach § 650b Abs. 2 BGB ermittelten Nachtragsvergütung die Vermutung zu entkräften? – Problem: Berechnung muss gar nicht vorliegen

§ 650c Abs. 3 BGB

Will sich der AG für seinen Widerspruch gegen die Nachtragsforderung darauf berufen, dass der Nachtrag zwar kalkulatorisch aus der Urkalkulation richtig hergeleitet ist, jedoch nicht die tatsächlich erforderlichen Kosten für den verminderten und vermehrten Aufwand darstellt, kann er ggf. auch auf allgemein zugängliche Quellen zum Beleg für Marktpreise hinweisen.

Überhöhte Nachtragsforderungen sind im Rahmen der Schlussabrechnung vom Auftragnehmer auszugleichen. Dort gilt wieder die allgemeine Darlegungs- und Beweislast für die Vergütungsberechnung.

Überzahlungen sind ab dem Zeitpunkt der Zahlung auf die überhöhte Abschlagsrechnung unter Anwendung von § 650b Abs. 3 in Höhe von 9 % über dem Basiszins zu verzinsen. Dies dürfte seriöse Unternehmen von einem Missbrauch dieser Regelung abhalten.

§ 650c Abs. 3 BGB

Problematik der 80%-Regelung:

- Der AN kann die Leistung verweigern, wenn auf fällige Abschlagszahlungen keine Zahlung geleistet wird.
- Eine Sicherheit ist nach dem gesetzlichen Verfahren nicht vorgesehen. Dem Besteller wird hiermit das Risiko aufgebürdet, dass der Unternehmer vermögenslos wird.