



LEUPHANA

Professional School

Untersuchung der Schnittstelle zwischen §650 b und c BGB mit dem Schwerpunkt baubetriebswirtschaftlicher Aspekte

Investigation of the interface between Sec. 650 b
and Sec. 650 c of the German Civil Code (BGB) with
a focus on construction - economic aspects.

Masterarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

Master of Arts

Leuphana Universität Lüneburg

Studiengang Baurecht und Baumanagement

Wintersemester 2017 / 2018

Torge Meister

Matr. Nr.: 3019710

Adresse: Hardorffsweg 14b
22305 Hamburg

Telefon: 0179 / 7084029

E-Mail: Torge.Meister@gmx.de

Erstprüfer: Prof. Dr. Ralf Schottke

Zweitprüfer: Prof. Dr. Bastian Fuchs

Datum der Abgabe: 08. November 2017

Hiermit versichere ich, dass

- die Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt wurden,
- alle Stellen der Arbeit, die wortwörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen und als solche kenntlich gemacht wurden und
- die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner Prüfungsbehörde vorgelegt wurde.

Datum

Unterschrift

Zusammenfassung

Das Bauvertragsrecht ist im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) im Titel des Werkvertragsrechts in den §§ 631 – 651 BGB enthalten. Aus dem reinen Werkvertrag des BGB heraus war bisher nicht die Möglichkeit gegeben, nachvertragliche Änderungen in den Bauvertrag einfließen zu lassen. Für die notwendige Ausführung vergessener Leistungen wurde unter Beachtung des Konsenzprinzips hilfsweise § 315 BGB „Bestimmung der Leistung durch eine Partei“ in Verbindung mit § 242 BGB „Treu und Glaube“ herangezogen, um einseitig den Leistungserfolg ändern zu können.

Eine Konkretisierung, welche Leistungen der Besteller einseitig ändern kann und wie der sich hieraus entstehende Anspruch auf Gegenleistung zu ermitteln ist, fehlte gänzlich. Die bestehenden Regelungen sind daher nicht konkret genug für die heutigen komplexen Bauvorhaben.

Mit der Novellierung des Bauvertragsrechts im BGB wurde auch das einseitige Leistungsänderungsrecht und Regelungen für die Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung in dem BGB – Bauvertrag aufgenommen. Durch Beschluss des Deutschen Bundestages vom 28. April 2017 ist das neue Bauvertragsrecht eingeführt und wird am 1. Januar 2018 in Kraft treten. Durch diese neuen Regelungen soll *„eine interessengerechte und ökonomisch sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.2) erzielt werden.

Ob die Schnittstelle zwischen Leistungsänderung und Gegenleistung, unter Berücksichtigung baubetriebswirtschaftlicher Aspekte und der Ausgeglichenheit zwischen Leistungsänderung und Gegenleistung mittels der vorgegebenen Maßstäbe überhaupt möglich ist, wurde in der vorliegenden Arbeit untersucht.

Hierfür wurde das baubetriebliche System des BGB – Bauvertrags erarbeitet und die Novellierung des Bauvertragsrechts im Hinblick auf die

Bereiche des Änderungsrechts (§ 650 b BGB) und der Vergütungsanpassung (§ 650 c BGB) vorgestellt.

Basierend auf der Vorstellung des neuen BGB – Bauvertrags sind die Möglichkeiten der Leistungsänderungen in der Schnittstelle zu der Ermittlung der Mehr- oder Mindervergütungen herausgearbeitet worden. Dabei wurde festgestellt, dass neben den beiden Vergütungsermittlungsmethoden des § 650c BGB auch die Möglichkeit der freien Vergütungsermittlung nach § 650 b Abs.1 BGB gegeben ist.

Auch wie die Sachverhalte Nachlässe, Mengenänderungen bei Einheitspreisverträgen sowie Bauzeit und die Art der Ausführung bei der Kostenermittlung und der Beauftragung von vergessenen Leistungen zu berücksichtigen sind, ist in die Untersuchung eingeflossen.

Trotz der aufgezeigten Lücken des neuen Bauvertragsrechts wurde mittels der Untersuchung der Schnittstelle zwischen den Änderungsverlangen und der Vergütung der vergessenen Leistungen festgestellt, dass grundsätzlich die Umsetzung im baubetrieblichen System möglich ist.

Mit den vorgestellten Kalkulationsansätzen in Kombination mit einer Gemeinkostenausgleichsrechnung wird ein Ansatz für die Lösung der fehlenden Ausgeglichenheit zwischen Leistung und Gegenleistung vorgestellt.

Darüber hinaus wird herausgearbeitet aus welchen Gründen es bei Bauprojekten, die auf auf dem neuen BGB – Bauvertrag basieren, zu Streit zwischen den Vertragsparteien und damit zu einer Verteuerung und Verzögerung der Bauprojekte kommen wird.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	III
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VII
Hinweis zu Gender Mainstreaming	VIII
1 Einführung	1
2 Das Baubetriebliche System im BGB - Bauvertrag	3
3 Die Reform des BGB - Bauvertragsrechts	10
3.1 Zielsetzung des Gesetzes	10
3.2 Die Änderungen im Werkvertragsrecht für den Bauvertrag	11
3.2.1 Neues Kapitel im Werkvertragsrecht: Kapitel 2 Bauvertrag.....	11
4 Die Umsetzung des Änderungsrechts und Einordnung im baubetrieblichen System	25
4.1 Schritt 1: Feststellung vergessener Leistungen	26
4.2 Schritt 2: Definierung der SOLL - Ausführung	27
4.3 Ermittlung der Vergütung	28
4.4 Schritt 3: Vergütungsanpassung bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 29	
4.4.1 Variante 1: Kostenermittlung gemäß der Fortschreibung der Wettbewerbskosten	32
4.4.2 Variante 2: Kostenermittlung mit IST-Kosten und Fortschreibung der Umlage 32	
4.4.3 Variante 3: Kostenermittlung nach § 650 c BGB.....	32
4.4.4 Synallagma.....	32
4.4.5 Sekundärauswirkungen	33
4.5 Schritt 4: Beauftragung oder Anordnung vergessener Leistungen	33
4.5.1 Mengenänderungen bei Einheitspreisverträgen	35
4.5.2 Bauzeit und Art der Ausführung	37
4.5.3 Umfang der Beauftragung	38
4.6 Schritt 5: Berechnung tatsächlich erforderlicher Kosten	41

4.6.1	Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten nach § 650 c Abs. 1 BGB	44
4.6.2	Kostenermittlung anhand der Urkalkulation nach § 650 c Abs. 2 BGB..	52
4.6.3	Sekundärauswirkungen	54
4.6.4	Nachlässe.....	54
5	Lösungsansatz mit Gemeinkostenausgleich.....	57
5.1	Kurzfristiger Lösungsansatz für die Kostenermittlung nach Anordnung nach § 650 b Abs. 2 BGB	57
5.2	Langfristiger Lösungsansatz für die Kostenermittlung nach Anordnung nach § 650 b Abs. 2 BGB	58
6	Schlussfolgerungen	60
6.1	Ungenügende Vergütungsregelungen	60
6.2	Fehlende einheitliche Definitionen.....	61
6.3	Fehlender Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung	62
6.4	Abschlag auf auszuführende und nicht einvernehmlich vereinbarte vergessene Leistungen	63
6.5	Ausblick	65
	Literaturverzeichnis.....	LXXVIII
	Abbildungsverzeichnis.....	LXXXV
	Anlagen.....	LXXXVI
	Anlage A: AGK Ermittlung anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes	LXXXVII
	Anlage B: Übersicht der Beispiele für Wagnis und Gewinn aus der Literatur	LXXXIX
	Anlage C: CD mit digitaler Fassung.....	XC

Abkürzungsverzeichnis

AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGK	Allgemeine Geschäftskosten
BauR	Baurecht, Zeitschrift
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung ab dem 1. Januar 2018
BGB a.F.	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung ab dem 24. Mai 2017
BGB-E	Entwurf der Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches
BGB Ref-E	Entwurf der Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Referenten des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz
BGB Reg-E	Entwurf der Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Bundesregierung
BGH	Bundesgerichtshof
BGK	Baustellengemeinkosten
BGL	Baugeräteliste
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BrBp	Zeitschrift für Baurecht und Baupraxis
d.h.	das heißt
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss
EKT	Einzelkosten der Teilleistungen
EP	Einheitspreis
evtl.	eventuell
ff.	folgende
ggfs.	gegebenenfalls
GP	Gesamtpreis
h.M.	herrschende Meinung
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
IBR	Immobilien & Baurecht, Zeitschrift
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
Rn	Randnummer
Urt.	Urteil
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
v.	vom
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

Hinweis zu Gender Mainstreaming

Für eine leichtere Lesbarkeit der Arbeit wurde die männliche Form von Personenbeschreibungen gewählt. Eine Benachteiligung des weiblichen Geschlechts ist damit keineswegs beabsichtigt.

1 Einführung

Die Bauwirtschaft macht mit einer Bauinvestition von 308,75 Mrd. € und 781.400 Beschäftigten im Jahr 2016 ca. 10 % des Bruttoinlandprodukts aus und ist damit ein wichtiger Industriezweig Deutschlands (Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.v., 2017).

Im öffentlichen Bereich ist ein Investitionsstau in Höhe von 126 Mrd. € bei der Infrastruktur, Gebäuden, Schulen oder Sportstätten festzustellen (KfW, 2017). Zusätzlich werden im mittelfristigen Zeitraum zwischen 2016 und 2020 im gesamten Bundesgebiet jährlich 400.000 neue Wohnungen benötigt (Prognos AG, 2017) – 2016 wurden lediglich 277 691 Wohnungen (Statistisches Bundesamt, 2017) fertiggestellt. Daher ist zu erwarten, dass die Investitionen im Baugewerbe in den nächsten Jahren kräftig anwachsen werden. Gemäß der Prognose des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. (2017) wird für das Jahr 2017 mit einem Umsatzplus von 6 % und für 2018 von 5,5 % bezogen auf das jeweilige Vorjahr gerechnet.

Die Ausführung der Bauvorhaben im privaten Baurecht erfolgt auf Basis der Regelungen des Werkvertrages im BGB a.F., in welchem die Leistung und Gegenleistung ausgewogen sein soll. Weitere spezielle Regelungen sind in der Vergabeordnung- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) aufgeführt und können durch die Vertragspartner zusätzlich vereinbart werden.

Die VOB besteht aus den drei Teilen:

- VOB Teil A – Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
- VOB Teil B – Allgemeine Vertragsbestimmungen für die Ausführung von Bauleistungen
- VOB Teil C – Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen

und wird durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen erarbeitet.

In diesen speziellen Regelungen der VOB / B sind z.B. das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des Bestellers oder die Regelung der Vergütung bei geänderten und zusätzlichen Leistungen geregelt.

Die VOB ist kein Gesetz, sondern kann als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) zusätzlich zwischen den Vertragspartnern vereinbart werden. Für die wirksame Vereinbarung sind die Regelungen für AGB gemäß §§ 305 ff. BGB zu beachten. Wurde die VOB nicht oder nicht wirksam zwischen den Vertragspartnern vereinbart, gelten die allgemeinen Regelungen des Werkvertrages des BGB.

Aufgrund der AGB – rechtlichen Inhaltskontrolle fehlt es daher an einem gesetzlichen Leitbild des Bauvertrages (Dammert, Lenkeit, Oberhauser, Pause, Stretz, 2017, §1 Rn12). Die bisherigen Regelungen im BGB a.F. sind für die komplexen Bauverträge nicht ausreichend geeignet. Daher hat der Gesetzgeber diese Regelungen überarbeitet; sie treten am 1. Januar 2018 in Kraft.

In der vorliegenden Arbeit werden die neuen Regelungen hinsichtlich des Leistungsänderungsrechts in Verbindung mit der Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung auf Basis des baubetrieblichen Systems überprüft. Hierfür wird zu Beginn das baubetriebliche System vorgestellt und die relevanten Regelungen des neuen Bauvertragsrechts diskutiert.

Anschließend wird das Änderungsverlangen hinsichtlich ihrer Umsetzbarkeit in den Schnittstellen zwischen dem §§ 650 b und c BGB unter Verwendung des baubetrieblichen Systems untersucht, um im Abschluss Lösungsansätze für die Herbeiführung der Ausgeglichenheit zwischen Leistung und Gegenleistung auf Basis des Gemeinkostenausgleichs herauszuarbeiten.

2 Das Baubetriebliche System im BGB - Bauvertrag

Der BGB - Bauvertrag ist ein Vertrag, der „*die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerkes zum Gegenstand hat*“.¹ Die Erfüllung des BGB - Bauvertrags ist eine Werkleistung im Sinne des Werkvertragsrechts des BGB, gemäß der §§ 631 - 651 BGB. Demnach hat der Unternehmer die Pflicht zur Erstellung des Bauwerks. Der Besteller ist zur Abnahme und Vergütung der Werkleistung verpflichtet.²

Ein Bauvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande, indem der Besteller mit dem Unternehmer einen Werkvertrag über die Errichtung eines Bauwerks schließt. Ein Bauwerk ist gemäß der Definition des Bundesgerichtshofes „*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*“ (BGH,1986).

Das Leistungssoll kann durch ein Leistungsverzeichnis oder einer Funktionalbeschreibung und der durch den Auftraggeber bereitgestellten Ausführungsunterlagen (Pläne, etc.) dargestellt werden. Mit dem Vertrag wird der Unternehmer aus § 631 BGB dazu verpflichtet, das versprochene Werk zu erstellen. Wie der Unternehmer die Realisierung bewerkstelligt, liegt in seiner unternehmerischen Freiheit. Der Unternehmer schuldet die Herbeiführung des Werkerfolgs einer Bauleistung von mittlerer Art und Güte unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik und gesetzlicher oder behördlicher Bestimmungen. Nicht geschuldet ist die Herstellung eines Werkes mittels eines durch den Besteller vorgegebenen Verfahrens.

¹ Sinngemäß übernommen aus dem § 632 a BGB a.F. - Abschlagszahlungen

² Der Besteller hat gegenüber dem Unternehmer im Bauvertrag zwei Hauptpflichten. Diese sind die Vergütung und die Abnahme der erbrachten Leistungen. Daneben gibt es noch diverse Nebenpflichten, welche sich aus dem Vertrag und dem Gesetz ergeben.

Aus diesen im BGB vorgesehenen rechtsgeschäftlichen Vorgängen abgeleitet führt bei ungestörtem Bauablauf und ohne Änderungen der Ausführung der Auftrag zur Leistungserbringung des Unternehmers und diese zu dem Ziel (Werkerfolg), womit die Vergütung der Leistung fällig wird. In dieser theoretischen Darstellung des baubetrieblichen Systems wird davon ausgegangen, dass sich die Leistung und Gegenleistung (Vergütung) in einem ausgewogenen Verhältnis (das heißt keine Unter- oder Überdeckung der Kosten) gegenüberstehen und damit die Geschäftsgrundlage des Vertrages darstellen (Oberhauser, 2010, S.308-309).

Dieses System ist wie in der folgenden Abbildung 1 dargestellt in vier Phasen zu unterteilen. Dies sind die Phasen Beauftragung, Erfüllung, Abnahme und Vergütung.

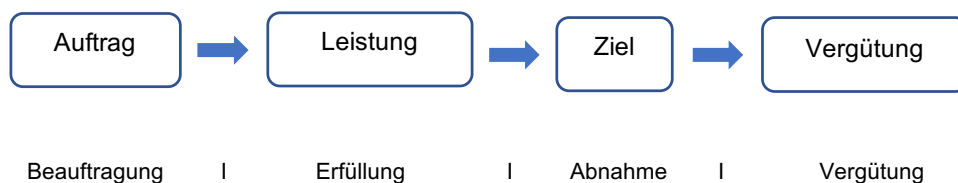


Abb. 1: Schaubild Bauabwicklung im bestehendem BGB a.F. - Bauvertrag

Die Erfahrung zeigt jedoch, dass der ungestörte und unveränderte Bauvertrag eher die Ausnahme statt die Regel ist.

Bei der Herstellung des in der Leistungsbeschreibung geschilderten Werks kann es geschehen, dass für die Erfüllung des Werkvertrages bzw. für die Herbeiführung des Werkerfolges oder durch Funktions- und Gestaltungsänderungen weitere Leistungen durch den Unternehmer notwendig werden. Diese Leistungen können als vergessene Leistungen bezeichnet werden. Grundsätzlich wird nach Schottke (2009, S. 17) in zwei Arten vergessener Leistungen unterschieden:

- 1) *Leistungen, die im Leistungsbeschrieb enthalten sind, für die jedoch keine Vergütung vereinbart ist.*

2) *Leistungen, die nicht im Leistungsbeschrieb enthalten sind und für die keine Vergütung vereinbart ist.*

Die Ausführung der beiden Arten vergessener Leistungen sind im Zuge der Erfüllung der Hauptleistung durch den Unternehmer notwendig, um den Werkerfolg, herbeizuführen. Demnach trifft damit dem Unternehmer „eine die Leistungspflicht überlagernde Erfolgsverpflichtung“ (Lederer, 2017, S. 607).

Dieser Grundgedanke der Erfolgsverpflichtung prägt die rechtlichen Grundlagen des Bauvertrags schon seit langer Zeit. Bereits mit Urteil vom 2. Februar 1879 durch das Herzogliche Obergericht zu Wolfenbüttel (1879, S.65) wurde entschieden, dass der Unternehmer, sofern dem Werkerfolg durch die Änderungen kein wesentlicher anderer Charakter verliehen wird, aus der Änderung keine Befugnis ableiten darf, von dem Vertrag zurückzutreten. In Ergänzung führt das OLG Hamburg im Jahre 1911 aus, der „*Unternehmer sei selbst dann zur Ausführung des [...] geänderten Werkes verpflichtet, wenn noch keine Einigung über den neu zu vereinbarenden Preis erzielt worden sei. Dies ergebe sich aus Treu und Glaube mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.*“ (Enders, 1982, S. 538).

Aufgrund der werkvertraglichen Erfolgshaftung hat der Auftragnehmer nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes schon immer ein funktionstaugliches Werk zu erstellen, das schließt die Verpflichtung zur Ausführung notwendiger und zusätzlicher Leistungen ein. Allerdings ergibt sich hieraus ein Anspruch auf einen entsprechenden Ausgleich auf der Vergütungsseite (Althaus, 2017, S. 415).

Demnach muss bei zusätzlichen und ergänzenden Leistungen das vorgegebene Leistungssoll durch den Besteller mittels einer Leistungsanpassung geändert werden. Dies führt zu einer geänderten Leistung bei der Herbeiführung des bereits geschuldeten Werkerfolges. Damit der Unternehmer den Werkerfolg herbeiführen kann, muss dieser die vergessenen Leistungen zusätzlich ausführen. Aufgrund dessen verschiebt sich das Schaubild der Bauabwicklung im BGB - Vertrag wie folgend in

Abbildung 2 dargestellt. Die Herbeiführung des Werkerfolges bleibt als Ziel der Bauausführung weiterhin bestehen.

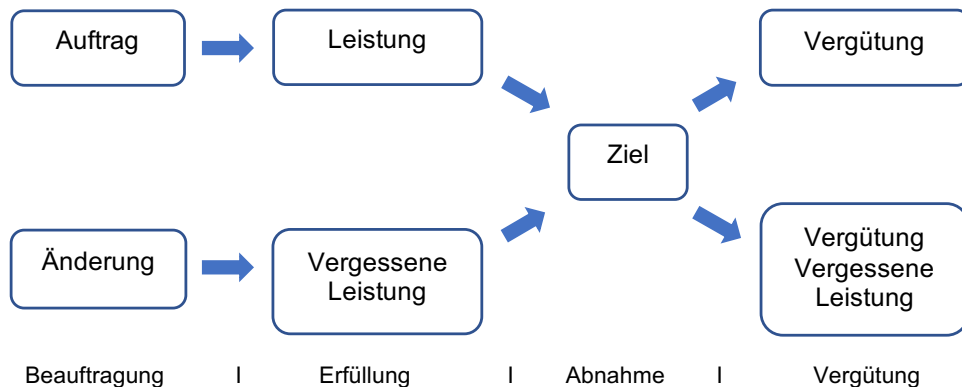


Abb. 2: Schaubild tatsächliche Bauabwicklung in dem bestehenden BGB a.F. – Bauvertrag

Nach herrschender Rechtsmeinung sieht der bisherige reine BGB a.F. – Bauvertrag, als Bestandteil des Werkvertragsrechts, jedoch eine Änderung oder Anpassung des Leistungserfolges nicht vor (v.Minckwitz, 2005, S. 170). Lediglich ein Bauvertrag, in welchem die Regelungen der VOB vereinbart wurden, enthält ein in § 1 VOB / B geregeltes, eindeutiges und einseitiges Leistungsänderungsrecht des Bestellers. Der reine Werkvertrag geht davon aus, dass die Leistung erschöpfend beschrieben wurde und eine Anpassung der Leistung nicht notwendig ist.

Um bei vergessenen Leistungen dennoch die Herbeiführung des Werkerfolges gemäß der Abbildung 2 zu ermöglichen, ist die Änderung der zu erbringenden Leistung des Unternehmers durch den Besteller einseitig zu bestimmen. Hierbei wird traditionell vom Konsensprinzip ausgegangen, welches einseitige Änderungen nur erlaubt, „wenn diese nach Treu und Glaube unumgänglich sind, um den vereinbarten Werkerfolg sicherzustellen“ (Langen, 2015, S.659). Einzelne Autoren gehen davon aus, dass ein solches einseitiges Leistungsbestimmungsrecht aus Treu und Glaube im BGB a.F. - Bauvertrag nicht enthalten ist. Hierbei wird insbesondere auf das Urteil des BGH vom 25. Januar 1996 und dem Unterlassen einer isolierten Inhaltskontrolle des § 1 Abs. 4 VOB / B bezüglich der AGB - Widrigkeit verwiesen. Demnach wird ausgeführt, „dass [sich] auch im BGB ein Leistungsbestimmungsrecht im Einzelfall einmal aus Treu und Glaube ergeben könne, ist ebenso rich-

Masterarbeit Torge Meister 6

tig wie es falsch ist, daraus eine Art Regelauslegung ableiten zu wollen“ (Vogelheim, 2015, RN 154).

Werden im Vertrag gesonderte Bedingungen von Leistungsbestimmungsrechten ausgehandelt oder die VOB / B einbezogen, bestätigen auch die negierenden Meinungen die Notwendigkeit der nachträglichen Leistungsbestimmung durch den Besteller. Jedoch wird hierbei die einseitige Bestimmung der Gegenleistung nach § 316 BGB a.F. in Frage gestellt (Vogelheim, 2015, RN 156). Hat sich der Auftraggeber bewusst dafür entschieden, dass dieser die VOB / B nicht in den Bauvertrag einbeziehen möchte, obwohl der Auftragnehmer dies verlangte, darf der Auftraggeber sich nicht auf ein einseitiges Änderungsrecht berufen. Bei sonstigen Gründen einer ausbleibenden Vereinbarung der VOB / B ist über das Änderungsbegehren im Einzelfall zu unterscheiden (Englert, Fuchs, Schalk, Schwartz.2013. 1.Kapitel Rn 586). Die hieraus resultierende Leistungsänderung basiert auf § 315 BGB a.F. „Bestimmung der Leistung durch eine Partei“.

Wenn sich „der Erfolg an sich ändert, was auch im Falle einer funktionalen Leistungsbeschreibung sein kann, so muss sich die Vergütung ändern, denn andernfalls würde das Synallagma von Leistung und Gegenleistung verletzt“ (Lederer, 2017, S. 607).

Daher steht als Gegenstück zum Änderungsbegehren die Vergütung der vergessenen Leistung, die sich auf § 316 BGB a.F. „Bestimmung der Gegenleistung“ stützt.

Die Vergütung der vergessenen Leistung wird in der Regel vor der Herstellung des Werkes mittels einer Änderungsvereinbarung angepasst. Sollte die Vereinbarung nicht vor der Herstellung des Werkes getroffen worden sein, gilt nach § 632 BGB a.F. bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung. Eine taxmäßige Vergütung ist eine aus einer Gebührenordnung, wie z.B. der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI), festgelegte Vergütung. Insofern keine taxmäßige Vergütung herangezogen werden kann, gilt die übliche Vergütung als vereinbart. Die übliche Vergütung ist eine Vergü-

tung für eine Leistung, welche zur gleichen Zeit, am gleichen Ort in gleicher Art und Güte zu erbringen gewesen wäre. Diese ist im Zweifelsfall durch einen Sachverständigen zu ermitteln.

Nach Leupertz kann in der Auslegung des Einzelfalls der Unternehmer dazu verpflichtet werden, gleichartige Leistungen nach den im Vertrag bereits vorgesehenen Preisen abzurechnen (2012, S.4).

Hier kann darüber diskutiert werden, ob aus der Struktur des BGB a.F. – Werkvertrages heraus der Unternehmer erst nach einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung zu der Ausführung verpflichtet ist, oder ob diese Verpflichtung nicht bereits durch den Werkerfolg definiert ist (Oberhauser, 2010, S. 308).

Allerdings schuldet der Unternehmer aus Treu und Glaube „*alle Leistungen, die zur Verwendung des funktionalen Bauerfolgs erforderlich sind. Solche Leistungen sind mithin auch dann vertraglich ‚vereinbart‘, wenn sie nicht von den Leistungsvorgaben des Bestellers umfasst sind. Sie sind dann allerdings nicht gesondert vereinbart*“ (Leupertz, 2012, S.5).

Durch Klärung und Vereinbarung über Anspruchsgrundlage und Höhe der Vergütung oder auch durch fehlender Rechtssicherheit und Kenntnisse der beteiligten Vertragspartner kann es zu starken Zeitverzögerungen kommen und der Bauablauf im schlimmsten Fall stillstehen. Diese Sekundärverzögerungen können zu weiterem Klärungsbedarf führen.

Da das Werkvertragsrecht in der bestehenden Fassung nicht detailliert genug die Anforderungen der Bauverträge regelt, hat das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) erste Vorschläge mit dem Entwurf eines „*Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung*“ erarbeitet und am 28. September 2015 veröffentlicht.

Basierend auf diesem Referentenentwurf hat die Bundesregierung am 18. Mai 2016 den Entwurf eines „*Gesetzes zur Reform des Bauver-*
Masterarbeit Torge Meister

tragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ veröffentlicht. In diesen Entwurf sind diverse Stellungnahmen unterschiedlichster Interessengruppen (z.B. Deutscher Baugerichtstag e.V., Nationaler Normenkontrollrat, Hauptverband der Deutschen Bauindustrie) und auch die des Bundesrates eingeflossen.

Mit dem Beschluss des Bundestages vom 28. April 2017 wird das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ zum 1. Januar 2018 in Kraft treten.

3 Die Reform des BGB - Bauvertragsrechts

Der Bundestag hat aufgrund fehlender bzw. ungenügender gesetzlicher Vorgaben das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren“ am 28. April 2017 beschlossen. Dieses Gesetz befasst sich im BGB in Buch 2 Abschnitt 8 Titel 9 mit dem Werkvertrag im Bauvertrag, dem Verbrauchervertrag in Bausachen und den speziellen Regelungen für den Architekten- und Ingenieurvertrag.

In Vorbereitung auf dieses Gesetz wurden in der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) Vorschläge für notwendige Änderungen erarbeitet und mit dem Abschlussbericht im Juni 2013 vorgelegt. Basierend auf diesem Abschlussbericht hat das BMJV bis zum September 2015 einen Referentenentwurf für ein entsprechendes Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts erarbeitet (Langen, 2015, S.658).

3.1 Zielsetzung des Gesetzes

Das Werkvertragsrecht ist in seiner bestehenden Fassung sehr allgemein gehalten und nicht für Bauverträge vorgesehen. Für die heutigen komplexen Bauabläufe mit zum Teil zwangsläufig notwendigen Änderungen in der Ausführung, sind die bestehenden Regelungen des Werkvertragsrechts nicht detailliert genug. In der gängigen Praxis ist die Vereinbarung notwendiger Regelungen durch Vereinbarungen den Parteien oder der Rechtsprechung überlassen. Mit der Einführung der Neuregelung des Werkvertragsrechts soll *„eine interessengerechte und ökonomische sinnvolle Gestaltung und Abwicklung von Bauverträgen“* erzielt werden (Deutscher Bundestag, 2016, S.24).

3.2 Die Änderungen im Werkvertragsrecht für den Bauvertrag

Um das vorgenannte Ziel zu erreichen, werden im Werkvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches einige Änderungen vorgenommen, die in Bezug auf das Leistungsänderungsrecht und der Vergütungsanpassung nachfolgend auszugsweise vorgestellt werden. Diese Änderungen wurden in einer neuen Gliederung des Werkvertragsrechts aufgenommen. Der bisherige Untertitel „1. Werkvertrag“ des Titels „9. Werkvertrag“ und ähnliche Verträge aus dem „Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse“ wird zukünftig in vier Kapitel gegliedert.

Diese werden sein:

Kapitel 1: Allgemeine Vorschriften (§§ 631 – 650)

Kapitel 2: Bauvertrag (§§ 650 a - 650 h)

Kapitel 3: Verbrauchervertrag (§§ 650 i - 650 n)

Kapitel 4: Unabdingbarkeit (§§ 650 o – 650 v)

3.2.1 Neues Kapitel im Werkvertragsrecht: Kapitel 2 Bauvertrag

Unter den §§ 650a bis 650 h BGB wird mit der Änderung des Werkvertragsrechts das neue Kapitel „Bauvertrag“ eingeführt. Dieses Kapitel beschreibt den Werkvertrag zwischen dem Besteller und dem Unternehmer über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon.

3.2.1.1 § 650a BGB - Bauvertrag

„(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.“

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.“

(BMJV, 2017, S.972)

In der bisherigen Fassung des BGB a.F. ist keine Definition des Begriffes Bauwerk enthalten. Über Absatz 1 des § 650 a BGB erfolgt dieses nun erstmals seitens des Gesetzgebers. Damit wird sich an der Auslegung des § 638 BGB a.F. und der dazu ergangenen Rechtsprechung orientiert (Deutscher Bundestag, 2016, S.53).

3.2.1.2 § 650b BGB - Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers

„(1) Begehrt der Besteller

- 1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 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. 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 Absatz 1 Satz 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an; Satz 2 findet in diesem Fall keine Anwendung.

(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.“

(BMJV, 2017, S.972)

Änderungsbegehren / Anordnung

Mit der Einführung von § 650 b BGB „Änderung des Vertrages; Anordnungsrecht des Bestellers“ wird eindeutig geregelt, dass der Besteller einseitig den Werkerfolg im laufenden BGB-Bauvertrag abändern (Absatz 1 Satz 1) und zusätzliche Leistungen, die für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig sind (Absatz 1 Satz 2), verlangen darf. Ein solches Änderungsrecht war in den bisherigen werkvertraglichen Regelungen nicht vorgesehen (Deutscher Bundestag, 2016, S.53). Es kann angenommen werden, dass unter den Abs. 1 Satz 2 auch diejenigen Änderungen fallen, welche erforderlich werden, wenn sich zwischen dem Abschluss eines Vertrages und der Abnahme Änderungen an den anerkannten Regeln der Technik ergeben (Orlowski, 2016, S. 425).

Wenn der Besteller eine Änderung des Werkerfolges oder zusätzliche Leistungen wünscht, soll sich zwischen dem Besteller und dem Unternehmer einvernehmlich über den Umfang der Leistungen und der zugehörigen Mehr- oder Mindervergütung verständigt werden. Erst wenn dies nach 30 Tagen nicht erfolgt, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen.

Sollte die Anordnung nicht in der vorgeschriebenen Form erfolgen, ist die Anordnung nach § 125 BGB nichtig. Hieraus folgt, dass bei einer mündlichen Anordnung und des späteren Widerrufs des Bestellers aufgrund der Formnichtigkeit die erbrachte Mehrleistung durch den Unternehmer rückgebaut muss und dieser keinen Anspruch auf Vergütung hat. Das Erfordernis der Textform soll der Klarstellung und der Beweisbarkeit der Anordnung dienen. Darüber hinaus soll es den Besteller vor übereilten Anordnungen schützen (Deutscher Bundestag, 2017, S.47).

Die Textform ist nach § 126 b BGB eine lesbare Erklärung mit Nennung des Erklärenden auf einem dauerhaften Datenträger.

Das Änderungsrecht des Bestellers aus dem neuen § 650 b BGB ist an der VOB / B angelehnt. Gemäß § 1 Absatz 3 VOB / B darf der Besteller Änderungen des Bauentwurfs anordnen.

Der Gesetzgeber hat richtig erkannt, dass es aufgrund des Änderungsrechts des Bestellers zu Streit zwischen den Vertragsparteien kommen kann. Streitige Punkte können sein:

- Leistungsänderung unzumutbar
- Keine Einigung über Kosten
- Uneinigkeit, ob die ausgeführten Arbeiten tatsächlich zusätzliche oder die Verwirklichung geschuldeter Leistungen darstellen (Deutscher Bundestag, 2016, S.54).

Der Anordnung des Bestellers hat der Unternehmer Folge zu leisten. Es sei denn, diese Leistung ist für den Unternehmer nicht zumutbar.

Die Grenzen der Zumutbarkeit

Nur wenn die Änderung der Ausführung für den Unternehmer zumutbar ist, ist dieser verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu erstellen. Eine Definition über die Grenze der Zumutbarkeit ist in der Gesetzesbegründung nicht enthalten.

Hierbei ist zu beachten, dass bei den Änderungen für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolges keine neuen Zumutbarkeitskriterien geschaffen werden sollten. Da beide Vertragsparteien in der Abwicklung des Bauvertrages aneinander gebunden sind und ein Wechsel oder die Hinzuziehung eines weiteren Unternehmers nur schwerlich und mit hohen Kosten verbunden ist, soll die Schwelle der Zumutbarkeit unterhalb des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts nach § 275 Absatz 2 und 3 BGB liegen (Deutscher Bundestag, 2016, S. 53-54).

§ 275 BGB – Ausschluss der Leistungspflicht³

- (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist.
- (2) Der Schuldner kann diese Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengung ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.
- (3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.
- (4) Die Rechte des Gläubigers bestimmen sich nach den §§ 280, 283 bis 285, 311a und 326.

Das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Absatz 2 und 3 BGB besagt, dass die Leistungspflicht entfällt, wenn die Leistung für den Unternehmer oder jedermann unmöglich ist.

Dies trifft bei der objektiven Unmöglichkeit wie z.B. bei naturgesetzlichen Unmöglichkeiten oder bei dauernd entgegenstehenden Rechtshindernissen zu und kann mit der generellen Unerfüllbarkeit gleichgestellt werden (Grüneberg, 2012, §275 Rn 13-16). Wenn die ursprüngliche vorgesehene Art der Durchführung undurchführbar geworden ist, die Leistung durch den Unternehmer jedoch auf anderem Wege erbracht werden kann und diese sowohl Unternehmer als auch Besteller zuzumuten ist, ist die objektive Zumutbarkeit gegeben (Grüneberg, 2012, §275 Rn 13). Die subjektive Unmöglichkeit ist analog zu § 1 Absatz 4 VOB / B anzuwenden. Danach braucht der Unternehmer keine Leistungen auszuführen, auf die sein Betrieb nicht eingerichtet ist. Die subjektive Unmöglichkeit tritt daher ein, wenn der Unternehmer die

³ Der Text wurde im Original aus dem BGB übernommen. Zur einheitlichen Verwendung von Begrifflichkeiten wird in der weiteren Bearbeitung die Begrifflichkeiten des Werkvertrages, d.h. Unternehmer für Schuldner und Besteller für Gläubiger, verwendet.

Leistung nicht selbst, sondern nur von oder durch Mitwirkung eines Dritten erbracht werden kann (Grüneberg, 2012, §275 Rn 23).

Auch ist der Unternehmer berechtigt, die Leistung zu verweigern, wenn die Leistungserbringung in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Bestellers steht. Dies umfasst nicht den Anspruch des Bestellers bei unverhältnismäßigen Kosten oder der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und stellt eine eng auszulegende und nur selten anwendbare Sondernorm dar. Die Zumutbarkeit ist durch Auslegung des Vertragsinhaltes zu ermitteln.

Hat im Werkvertrag der Unternehmer die zu erbringende Leistung persönlich zu erbringen, übernimmt Absatz 3 die Funktion von § 275 BGB Absatz 2 (Grüneberg, 2012, §275 Rn 30). Voraussetzung für die Erfüllung nach Absatz 3 ist, dass die Leistungserbringung ganz spezifisch mit der Person des Unternehmers in Verbindung gebracht wird und nach dem Willen des Bestellers ausgeschlossen ist, dass andere Personen mit der Leistungserbringung beauftragt werden. Hier muss zwischen den persönlichen Umständen des Schuldners und dem Leistungsinteresse des Gläubigers abgewägt werden (Schulze, 2017, § 275 Rn 23).

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind die technischen Möglichkeiten, die Ausstattung und Qualifikation des Bauunternehmers zu berücksichtigen. Darüber hinaus ist bei Verträgen z.B. mit Generalunternehmern auch die Leistungsfähigkeit der Nachunternehmer zu berücksichtigen (Deutscher Bundestag, 2016, S.53-54).

Diese Fragestellung spiegelt sich auch in den Stellungnahmen vom Zentralverband des Deutschen Handwerks und der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen wider. Der Zentralverband des Deutschen Handwerks geht davon aus, dass eine angeordnete Leistung unzumutbar ist, wenn der Unternehmer „*sein Personal oder seine Gerätschaften auf einer anderen Baustelle verplant*“ (2016, S. 5) hat. Die Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e.V. sieht auch den Aufwand für die zusätzliche Beauftragung eines bisher nicht

gebundenen Nachunternehmers als angemessen. In diesem Zusammenhang ist eher die nachträgliche Erweiterung des Leistungssolls und damit die Erhöhung des Gewährleistungsrisikos als kritisch zu betrachten (2017, S. 9).

Allgemein gilt also, wenn für den Unternehmer die Leistung nach § 275 Abs.1 – 3 BGB unzumutbar ist, entfällt nach § 326 BGB auch das Recht auf Gegenleistung.

Wenn der Unternehmer die Anordnung nach § 650b BGB für unzumutbar hält und sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, trägt dieser die Beweislast über die Zumutbarkeit der Anordnung.

Aufgrund der fehlenden Definition bzw. der fehlenden Aufführung von Beispielen der Zumutbarkeitsschwelle, ist davon auszugehen, dass die Zumutbarkeitskriterien des Bauvertrages im Laufe der nächsten Jahre durch die Rechtsprechung herausgebildet werden müssen, (Langen, 2015, S. 663) da dies von großer Relevanz für Besteller und Unternehmer ist.

30 - Tages - Frist

In § 650 b Abs. 2 BGB ist festgelegt, dass der Besteller seine Änderung anordnen kann, wenn die Parteien nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens bei dem Unternehmer eine einvernehmliche Einigung über das Änderungsverlangen erzielt haben. Diese Frist von 30 Tagen war in dem Referentenentwurf nicht enthalten.

Damit die Verhandlungen über die Mehr- oder Mindervergütung zügig abgeschlossen werden, hatte der Bundesrat vorgeschlagen in § 650 b Absatz 2 BGB folgenden Satz anzufügen. *„Führen die Parteien Verhandlungen über eine Einigung, gilt diese spätestens 30 Tage nach Zugang des Angebots nach Absatz 1 Satz 2 beim Besteller als nicht erzielt“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.84). Diesem Vorschlag wurde in der Gegenäußerung der Bundesregierung zugestimmt (Deutscher Bundestag, 2016, S.98).

Mit der Veröffentlichung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 8. März 2017 wurde auch erstmals eine 30 – Tages - Frist aufgenommen. Abweichend zu dem Vorschlag des Bundesrates wurde diese Frist jedoch nicht als Dauer für die Einigung zwischen den Parteien nach der Vorlage des Angebotes durch den Unternehmer festgelegt. Stattdessen beginnt diese Frist in der verabschiedeten Fassung nach Zugang des Änderungsbegehrens bei dem Unternehmer.

Aufgrund der Anknüpfung des Anordnungsrechts an den Zugang des Änderungsverlangens des Bestellers bei dem Unternehmer, und nicht an den Zugang des Angebotes des Unternehmers bei dem Besteller, kann der Besteller die Leistung trotz eines fehlenden Angebotes anordnen (Deutscher Bundestag, 2017, S. 47).

In diesen 30 Tagen ist der Unternehmer verpflichtet ein Angebot über das Änderungsverlangen zu erstellen (Änderungsverlangen prüfen, Angebote für Materialien oder zusätzlicher Nachunternehmer einholen, Leistung kalkulieren, dem Besteller das Angebot übermitteln), die Zumutbarkeit über das Änderungsverlangen muss geklärt werden, das Angebot ist durch den Besteller zu prüfen und abschließend folgt die einvernehmliche Einigung.

Unbeachtet der Fragestellung, ob der Unternehmer in der Lage ist, sein Angebot innerhalb dieser 30 Tage zu bearbeiten, führt dieser sehr kurze Zeitraum gerade bei den Bestellern der öffentlichen Hand (z.B. Bundesländer, Gemeinden oder die Deutsche Bahn) dazu, dass die Einigung nicht nach 30 Tagen erfolgt ist. Viele Unternehmen der öffentlichen Hand benötigen alleine für die Prüfung des Angebotes einen längeren Zeitraum als die 30 Tage.

Als Beispiel kann hier die Deutsche Bahn genannt werden. Die DB Netz AG hat mit den Verbänden der Bauwirtschaft und der Bahnindustrie seit 2014 das Projekt Nachtragsmanagement 4.0 für eine schnellere und effizientere Nachtragsbearbeitung erarbeitet. Wie auf dem 1. Deutschen Baubetriebs- und Baurechtstag durch Hr. Limprecht vorgestellt, strebt

die Deutsche Bahn demnach an, Nachträge in einem Zeitraum von 110 Kalendertagen zu klären.

Aufgrund der Verhandlungspflicht darf der Besteller erst nach fruchtlosem Abschluss der Einigungsphase die Leistung direkt anordnen. Auch dies kann gerade bei Infrastrukturmaßnahmen wie im Straßenbau und bei Schienen zu massiven terminlichen Auswirkungen führen.

Bauzeit und Art der Ausführung

Das in Kraft tretende neue Bauvertragsrecht basiert auf den Ausführungen des Referentenentwurfs des BMJV „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“ aus dem Herbst 2015. Dieser Referentenentwurf sah in § 650 b Abs. 2 BGB Ref-E auch ein Anordnungsrecht des Bestellers für die Bauzeit und für die Art der Ausführung vor.

Dieses Anordnungsrecht für die Bauzeit in der im Referentenentwurf aufgeführten Form wurde unter anderem durch den Deutschen Baugerichtstag e.V. kritisiert und verwies auf die Empfehlungen des 3., 4. und 5. Deutschen Baugerichtstages. *„Die Einbeziehung der Bauzeit in das Anordnungsrecht des Bestellers [...] entspricht nicht den Empfehlungen des Deutschen Baugerichtstages. [...] Die Zubilligung eines umfassenden [...] Anordnungsrechts des Bestellers zur Bauzeit stellt nach der Auffassung des Deutschen Baugerichtstages kein zwingendes Erfordernis der Baupraxis dar [...].“* In diesem Zusammenhang wurde durch den Deutschen Baugerichtstag e.V. bereits darauf hingewiesen, dass der Besteller, gerade bei Bauausführungen im laufenden Betrieb, ein starkes Interesse an einem Anordnungsrecht haben kann, welches in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers eingreifen würde (2015, S. 15-16).

Mit der Vorlage des Gesetzentwurfes im Mai 2016 wurde § 650 b BGB Reg-E in geänderter Form veröffentlicht. Das Änderungsrecht zu der Bauzeit und der Art der Ausführung ist nicht weiter vorgesehen. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf ist nicht erläutert, aus welchen

Gründen das Anordnungsrecht zu der Bauzeit nun nicht weiter aufgeführt wird und ob dieses unter Umständen dennoch weiterhin vorhanden sein soll.

Mit der Stellungnahme durch den Deutschen Baugerichtstag e.V. zu dem Gesetzesentwurf wird dies kritisiert. *„Das [fehlende bauzeitliche Anordnungsrecht] erscheint problematisch, weil sich in besonders gelagerten Einzelfällen Bedarf für derartige Eingriffe in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers ergeben kann und die Praxis darauf angewiesen ist, möglichst klare gesetzliche Regelungen vorzufinden, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer einseitige Anordnungen des Bestellers zur Bauzeit oder zur Art der Ausführung der Bauleistung befolgen muss.“* Hierzu wird das Beispiel der Arbeiten „unter dem rollendem Rad“ bei der Deutschen Bahn genannt und die Beseitigung von Unklarheiten zu dem Anordnungsrecht der Bauzeit und / oder der Art der Ausführung gefordert (2015, S. 15-16).

Die Bundesvereinigung der Mittelständischen Bauunternehmen mutmaßt, dass trotz des auf dem ersten Blick entfallenen Anordnungsrechts zur Bauzeit dieses auch weiterhin noch besteht. Demnach sollen auch die Anordnungen zu der Bauzeit dann allerdings nur noch dem einfachen Zumutbarkeitskriterium unterliegen (2017, S. 6-7).

Nach Orłowski ist jedoch eher *„aufgrund historischer Auslegung anzunehmen, dass § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB-RegE dem Besteller nicht das Recht gibt, einseitige Änderungen der Bauzeit (insbesondere Beschleunigungsmaßnahmen) anzuordnen“* (Orłowski, 2016, S. 426). Auch Oberhauser verweist auf das Dispositionsrecht des Unternehmers und stellt dar, dass es daher nur konsequent sei, dass die Bauzeit nicht unter das Änderungsrecht des Bestellers fällt (Dammert, Lenkeit, Oberhauser, Pause, Stretz, 2017, §2 Rn 35).

Ergänzend und mit Bezug auf die Art der Ausführung wird durch die Bundesvereinigung der Mittelständischen Bauunternehmen darauf hingewiesen, dass *„der Umfang des Anordnungsrechts des Auftraggebers ein wesentlicher Punkt des neuen Bauvertragsrechts ist“*. Weiter *„muss*

der Umfang dieses Rechts für die Anwender so zweifelsfrei wie möglich erkennbar sein. Sofern der Gesetzgeber im Gesetz keine gesonderten Regelungen aufnehmen will, sollte er aber in der Begründung nachvollziehbar erläutern, wie weitreichend das Anordnungsrecht sein soll“ (Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen, 2017, S. 8).

Maase verdeutlicht, dass auch im neuen Bauvertragsrecht ein bauzeitliches Bestimmungsrecht nur in den Grenzen der §§ 157, 242 BGB in Verbindung mit dem individuellen Vertrag gilt. Demnach hat der Unternehmer den Eingriff nur hinzunehmen, wenn der Besteller durch Änderungen des Bauinhaltes indirekt in die Bauzeit eingreift. Bei einem direkten Eingriff in die Bauzeit durch Änderung der Baumstände hat der Unternehmer diesen Eingriff im Zweifel nicht hinzunehmen (Maase, 2017, S. 942).

In Folge der umfangreichen Kritik und der diametralen Auslegung ist dringend durch den Gesetzgeber aufzuklären, ob dem Besteller ein einseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich der Bauzeit und der Art der Ausführung zusteht.

Dieser Sachverhalt wurde auch unter den Teilnehmern des 1. Deutschen Baubetriebs – und Baurechtstag am 1. und 2. September 2017 in Lüneburg diskutiert. Mit überwältigender Mehrheit wurde hier festgestellt, dass bei jeglichen Änderungen, welche zur Erreichung des „vereinbarten Werkerfolges“ durch den Besteller gefordert werden, der Text des § 650 b BGB so auszulegen ist, dass dem Besteller das Recht auf Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers bezüglich der Bauzeit und der Art der Ausführung zusteht. Die weiteren Randbedingungen wie die 30 Tages - Frist oder die Zumutbarkeitskriterien sind auch hier zu beachten.

Kooperationspflichten

Gemäß den Leitsätzen des BGH – Urteils vom Oktober 1999 sind in einem VOB – Vertrag die Vertragsparteien während der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet und müssen versuchen, Meinungs-

verschiedenheiten einvernehmlich beizulegen. Hieraus ergeben sich die Mitwirkungs-, Informations- und Verhandlungspflichten zwischen den Vertragsparteien – nicht nur im VOB – Vertrag, sondern auch im allgemeinen Bauvertrag.

Wie an dem Beispiel der Spieltheorie von Schwerdtner dargestellt, verbessern Besteller und Unternehmer in Streitfragen ihre jeweilige Situation bzw. minimieren ihr Risiko bei einem unkooperativen Verhalten. Ein beidseitiges kooperatives Verhalten würde für beide Seiten den bestmöglichen Kompromiss ausmachen (Schwerdtner, 2017, S. 11). Daher sind gerade bei Änderungsverlangen durch den Besteller oder bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Änderung, die Kooperationspflichten der Vertragspartner zu beachten.

Kooperatives Verhalten ist keineswegs der Verzicht auf eigene Ansprüche, sondern eine durch Besteller und Unternehmer erfolgreiche Abwicklung des Bauvertrages als gleichberechtigte Partner (Grieger, 2000, S.969 - 971).

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

(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.

(3) Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß § 632a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent 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 zurück zu gewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen. § 288 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und § 289 Satz 1 gelten entsprechend.“

(BMJV, 2017, S.972 - 973)

Mit der Einführung von § 650 c BGB Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650 b Absatz 2 wird die Gegenleistung sowie die Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung für die Anordnung aus § 650 b Abs. 2 BGB bestimmt. Die Vergütungsanpassung, erstmals als Nachtrag tituliert, ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.

Gemäß Absatz 2 wird dem Unternehmer freigestellt, zur Berechnung der Vergütung auf eine hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen zu können. Damit die Berechnung durch den Besteller anhand der Urkalkulation nachvollzogen werden kann, müsste die Hinterlegung der Urkalkulation vertraglich vereinbart worden sein. Die Hinterlegung einer Urkalkulation ist nicht verpflichtend.

Da an dieser Stelle keine Diskussion über den Begriff Urkalkulation geführt werden soll, wird daher davon ausgegangen, dass die Verfasser des neuen Baurechts mit Urkalkulation die Angebotskalkulationen, d.h. die Kalkulation auf welcher die Ermittlung der Einheitspreise zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses basieren, meinen.

Bei beiden Berechnungsmethoden ist die Differenz zwischen den hypothetisch entstandenen mit den tatsächlich erforderlichen Kosten zu bilden. Die hieraus ermittelte *„Differenz ist die Grundlage der Vergütung für den geänderten Aufwand“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.56).

Können die Einzelkosten der Teilleistungen vollumfänglich anhand der Urkalkulation ermittelt werden, wird durch den Gesetzgeber vermutet, dass die Zuschlagssätze der Urkalkulation weiterhin zutreffend sind.

Wenn jedoch die Vergütung für den geänderten Aufwand anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten ermittelt wird, darf die Umlage aus der Urkalkulation nicht herangezogen werden. Gemäß der Gesetzesbegründung des Bundestages darf es *„innerhalb einer Nachtragsberechnung [...] keine Kombination zwischen den tatsächlichen erforderlichen Kosten einerseits und den kalkulierten Kosten andererseits geben“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.56).

Die entsprechenden Deckungsbeiträge sind daher mit jedem Angebot für Mehr- und Minderleistungen neu zu ermitteln. Bei der Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung von geänderten Leistungen ist der fiktive Gewinn oder Verlust des Unternehmers bei unveränderten Vertragsleistungen als Absolutbetrag zu berücksichtigen. Hierdurch soll das Preisrisiko beider Vertragsparteien begrenzt und der Vertragspreisniveaufaktor vermieden werden.

4 Die Umsetzung des Änderungsrechts und Einordnung im baubetrieblichen System

Mit dem neuen BGB - Bauvertrag hat der Gesetzgeber erkannt, dass der ungestörte und unveränderte Bauvertrag eher die Ausnahme statt die Regel darstellt. Durch die neuen Regelungen wird es prinzipiell möglich sein, vergessene Leistungen als eine Erweiterung eines bestehenden Vertrags aufzunehmen.

Die vergessenen Leistungen werden daher mittels einer einvernehmlichen Änderung oder der einseitigen Anordnung des Auftraggebers aus § 650 b BGB in den Bauvertrag aufgenommen. Diese sind in dem baubetrieblichen System in der ersten Phase, der Beauftragungsphase, wie in der Abbildung 3 dargestellt, einzuordnen

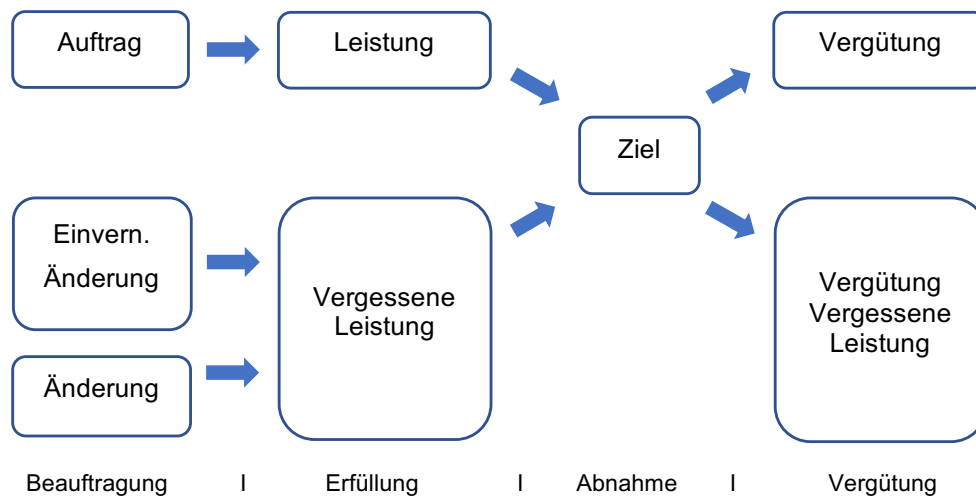


Abb. 3: Schaubild Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag

Daraus lässt sich der folgende Ablauf für die Beauftragung und Erfüllung von Änderungsbegehren ableiten (Planung erfolgt durch den Besteller):

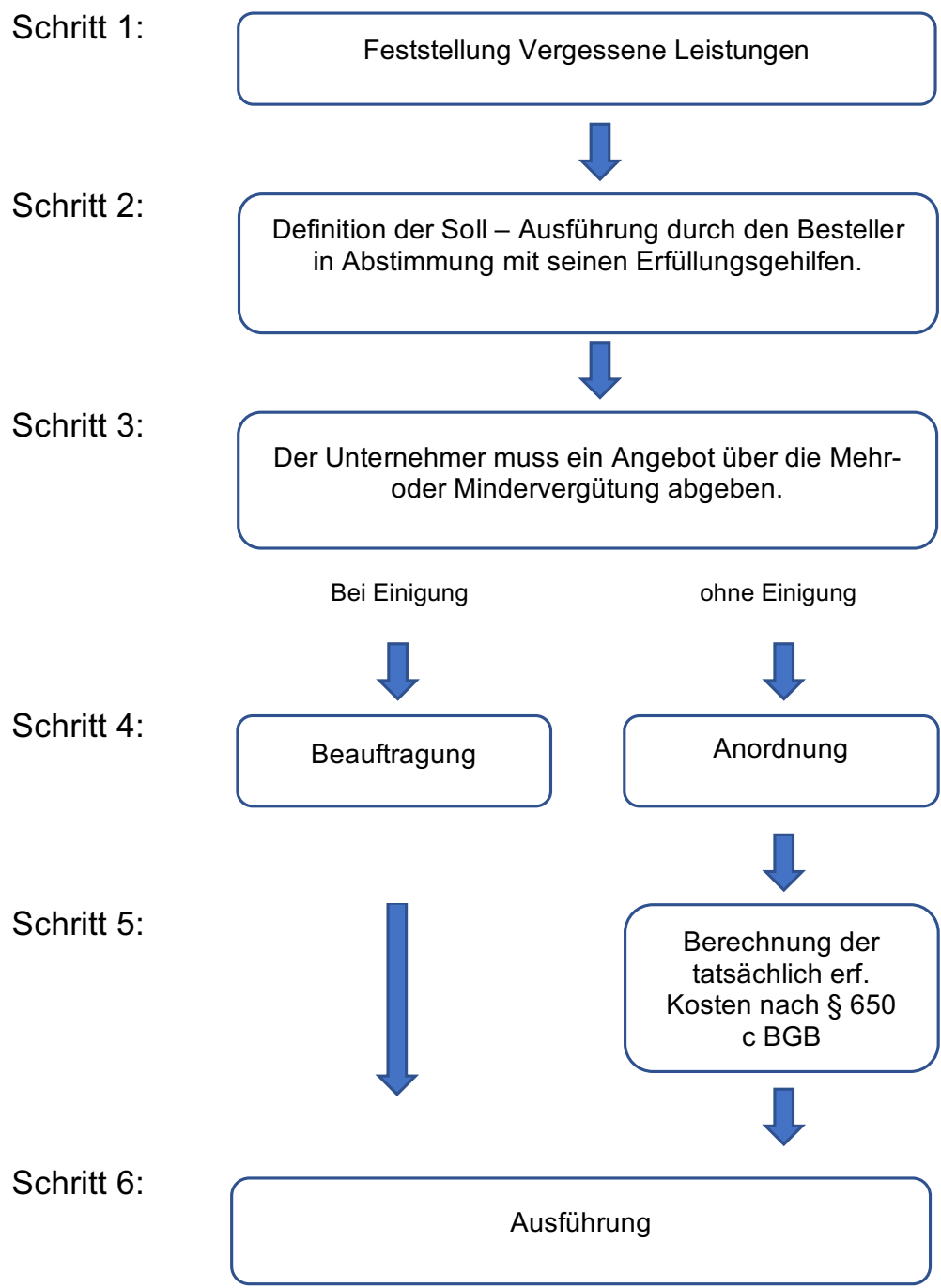


Abb. 4: Ablaufplan für die Beauftragung von Änderungsbegehren im neuen BGB – Bauvertrag

4.1 Schritt 1: Feststellung vergessener Leistungen

Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei vergessene Leistungen um Leistungen, welche in der Leistungsbeschreibung bereits enthalten sind, und für die keine Vergütung vereinbart ist oder die nicht in der Leistungsbeschreibung aufgeführt wurden (Schottke, 2009, S.17). Beide Fälle wurden mit den neuen Regelungen des § 650 b BGB berücksichtigt.

Welche Leistungen vergessen wurden, ergeben sich aus zwei Gründen:

- 1) Der Besteller teilt dem Unternehmer mit, dass er eine Änderung an dem vereinbarten Werkerfolg oder eine Änderung, welche zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig ist, verlangt.
- 2) Der Unternehmer zeigt dem Besteller im Zuge seiner Mitwirkungspflichten an, dass die geforderte Leistung nicht der Leistungsbeschreibung entspricht.

Die Erfahrung zeigt, dass der zweite Fall deutlich häufiger vorkommt. Die ursprüngliche Leistungsbeschreibung war damit unvollständig.

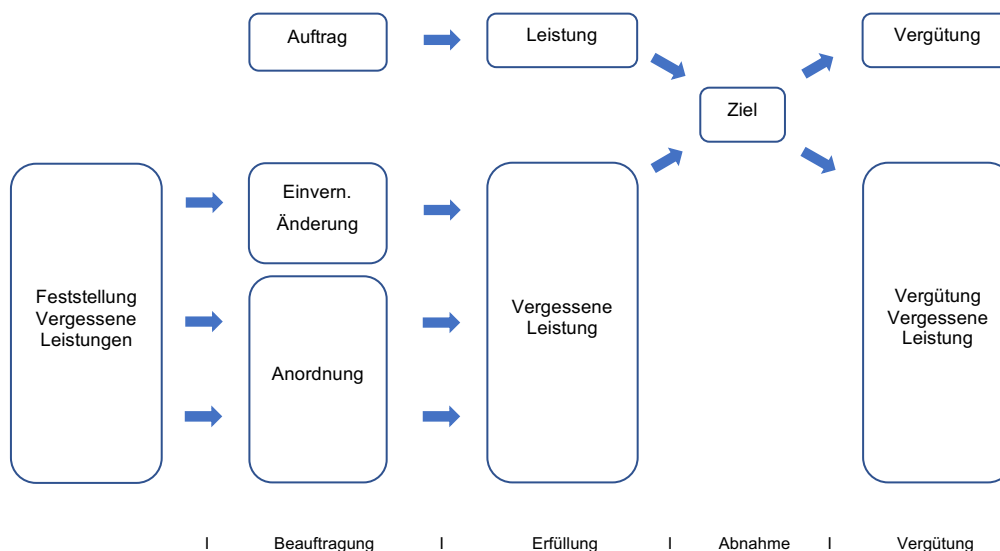


Abb. 5: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Feststellung der vergessenen Leistungen

4.2 Schritt 2: Definierung der SOLL - Ausführung

Erfolgte die Planung des Hauptauftrages bereits durch den Besteller, ist auch die vergessene Leistung durch den Besteller, unter Umständen mit Unterstützung durch die Objekt- und Fachplaner, als Leistungsbeschreibung zu erfassen und dem Unternehmer für die Preisermittlung zu übergeben. Den Aufwand erhält der Objektplaner über die Leistungsphase 6 der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen erstattet.

Die Feststellung der vergessenen Leistung ist wie oben in der Abbildung 5 gezeigt, im Vorfeld der Beauftragungsphase einzuordnen.

4.3 Ermittlung der Vergütung

Die Vergütung der Hauptleistung erfolgt über den bestehenden Vertrag. Die Vergütung der vergessenen Leistungen ist hingegen noch zwischen den Vertragsparteien abzustimmen. Sofern dieses Änderungsbegehren dem Unternehmer zumutbar ist, hat dieser ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu erstellen. Bei Einvernehmen der Änderungen und der daraufhin ermittelten Mehr- und Mindervergütung wird dieses für die Vergütung herangezogen. Wenn innerhalb von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens kein Einvernehmen über die Änderung herbeigeführt werden kann, kann der Auftraggeber die Ausführung anordnen. Die zugehörige Ermittlung der Vergütung infolge der Anordnung basiert auf § 650 c BGB.

Abweichend von den bisherigen Stellungnahmen und Kommentaren zu dem neuen Bauvertragsrecht lassen sich tatsächlich drei statt zwei unterschiedliche Fälle der Vergütungsermittlung für das Änderungsbegehren nach § 650b BGB in Verbindung mit dem § 650 c BGB ableiten. Diese sind:

- 1) Vergütungsanpassung bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 BGB
- 2) Berechnung der tatsächlich erforderlichen Kosten nach § 650c Abs. 1 BGB
- 3) Berechnung anhand der „Urkalkulation“ nach § 650c Abs. 2 BGB

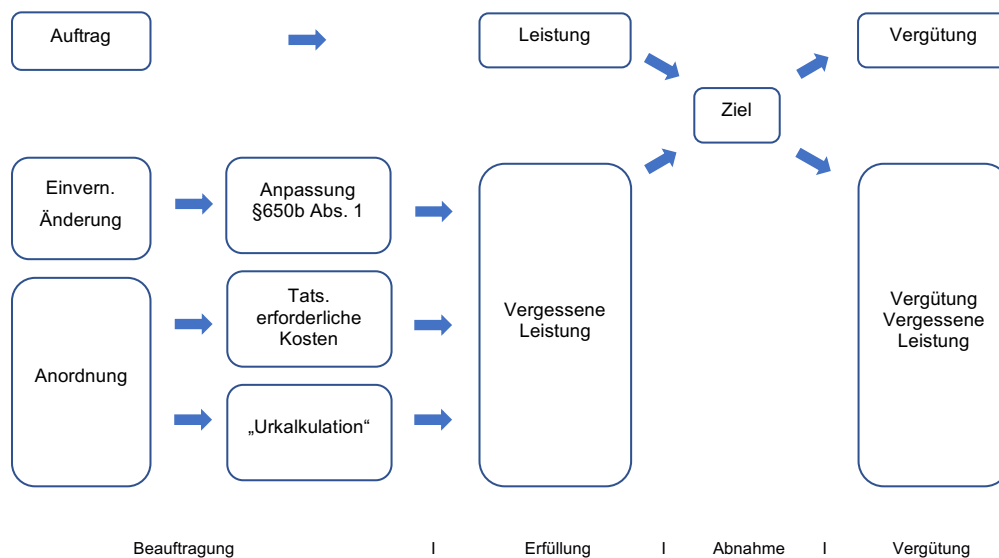


Abb. 6: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Einordnung der Vergütungsarten

Über diese drei Vergütungsarten hinaus, hatte der Zentralverband Deutsches Baugewerbe auch die Wahlmöglichkeit für übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB gefordert (2016). Mit dem Hinweis, dass es für viele Bauleistungen keine übliche Vergütung gibt und es bei einer Änderung der Art der Ausführung nicht zu angemessenen Ergebnissen kommt, wurde die übliche Vergütung im Sinne des § 632 BGB Abs. 2 für vergessene Leistungen von dem Gesetzgeber ausgeschlossen (Deutscher Bundestag, 2016, S.55).

4.4 Schritt 3: Vergütungsanpassung bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1

§ 650b BGB sieht vor, dass die Vertragsparteien ein Einvernehmen über die Änderungen und der daraus zu leistenden Mehr- oder Mindervergütung anstreben sollen. Erst wenn 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung erfolgt ist, kann der Besteller die Änderung anordnen.

Aufgrund dieser Formulierung wird der Begriff der Anordnung ganz klar von der bisherigen Definition abgegrenzt. In der bisherigen Auffassung wird in der baurechtlichen Auslegung des Überbegriffes „Anordnung“ aus § 2 Abs.5 VOB / B nach herrschender Meinung davon ausgegan-

gen, dass eine Anordnung nicht ausdrücklich erfolgen muss, sondern auch stillschweigend oder konkludent erfolgen kann (Keldungs, 2015, VOB / B § 2 Abs. 5 Rn 21). Als konkludente Anordnung wird auch die notwendige Änderung von Plänen, z.B. durch technische oder baubehördliche Anforderungen, aufgefasst. Die Anordnung ist eine „*eindeutige Befolgung durch den Auftragnehmer heischende Aufforderung des Auftraggebers*“ (Kapellmann / Schiffers, 2011, Rn 844). Demnach reichen Anregungen, Überlegungen oder Erörterungen nicht aus, um der Definition des Anordnungsbegriffes gerecht zu werden (Kapellmann / Schiffers, 2011, Rn 846).⁴

Darüber hinaus lautet der Titel des § 650 c BGB „*Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2*“, und stellt damit eindeutig klar, dass die in § 650c BGB normierten Vorgaben für die Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung nur nach der Anordnung aus dem § 650b Abs. 2 BGB gelten.

Aus diesen beiden Sachverhalten folgt, dass auch ein notwendiges Änderungsbegehren in dem neuen Bauvertragsrecht keine Anordnung im Sinne der bisherigen Auslegung darstellt. Im Rahmen der Vergütungsanpassung für ein Änderungsbegehren nach § 650 b Abs. 1 BGB kann damit der Unternehmer die Vergütung frei ermitteln.

Oberhauser stellt dar, dass das Angebot entsprechend der Anforderungen des § 650 c Abs. 1 oder 2 BGB prüfbar zu berechnen sei. Dies soll sich aus dem Kontext der §§ 650b und 650c BGB ergeben, da das Angebot die realistische Vergütung darstellt und als Grundlage einer einvernehmlichen Einigung bzw. der Bemessung der Abschlagszahlung in Höhe von 80 % nach § 650 c Abs. 1 BGB dient (Dammert, Lenkeit, Oberhauser, Pause, Stretz, 2017, §2 Rn 80).

⁴ Zu dem Unterschied zwischen „Anordnung“ und der „Forderung von Leistungen“ siehe auch BGH Urteil vom 18.12.2003 – 17 U 80/03, BauR 2004, S.721.

Auch die freie und damit nicht an den Anforderungen des § 650 c BGB gebundene Ermittlung der Vergütung kann zu einer prüfaren Berechnung der Vergütung führen und als Grundlage für eine einvernehmliche Einigung bzw. der Bemessung der Abschlagszahlung nach § 650 c Abs. 1 BGB dienen. Aufgrund vereinfachter Berechnungsmethoden oder der Fortschreibung von Deckungsbeiträgen kann die freie Vergütungsermittlung jedoch einfacher, schneller und damit im Sinne des Bestellers und des Gesetzgebers ermittelt werden.

Ob die Möglichkeit der freien Vergütungsermittlung unbewusst oder gezielt Eingang in das neue Bauvertragsrecht gefunden hat, lässt sich aus der Gesetzesbegründung sowie aus den diversen Stellungnahmen und Kommentaren nicht zweifelsfrei herleiten. Dass die freie Vergütungsermittlung möglich ist, könnte auf Basis des Thesenpapiers des Arbeitskreises I des 4. Deutschen Baugerichtstages vom 11. / 12. Mai 2012 in Hamm (Westf.), entstanden sein. Demnach sind die Mitglieder des Arbeitskreises I mehrheitlich der Auffassung gewesen, dass es *„vorrangig vor der Anwendung gesetzlicher Regelungen zur Bemessung von Nachtragsvergütungen der privatautonomen Entscheidung der Vertragsparteien überlassen bleiben muss, die Bemessungsgrundlagen anderweitig vertraglich festzulegen“* (2012).

Unabhängig davon, ob die freie Vergütungsermittlung unbewusst oder gezielt Eingang in das Gesetz gefunden hat, ist der Umstand umso erstaunlicher, da laut der Gesetzesbegründung das *„Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist [...], Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.55).

Es ist daher davon auszugehen, dass sich bei der kurz- bzw. mittelfristigen Vergütungsermittlung die eingeübten Verfahren der Kalkulation von Zusatz- und Ergänzungsleistungen der Unternehmer nicht ändern werden. Es ist denkbar, dass drei Ermittlungsvarianten bei einer Vielzahl der Angebote über die Mehr- und Mindervergütungen nach § 650b Abs. 1 BGB herangezogen werden.

4.4.1 Variante 1: Kostenermittlung gemäß der Fortschreibung der Wettbewerbskosten

Analog zu der Kostenermittlung nach VOB werden die Kosten für die Ausführung der vergessenen Leistungen im Sinne der Fortschreibung der Wettbewerbskosten ermittelt. D.h., dass der Unternehmer so zu kalkulieren hat, wie er die Preise bei Abgabe des Hauptangebotes kalkuliert hätte. Dadurch ist der Unternehmer gehalten, die Ansätze (z.B. für die Materialpreise oder die Aufwandswerte) aus der Kalkulation des Hauptangebotes zu übernehmen.

4.4.2 Variante 2: Kostenermittlung mit IST-Kosten und Fortschreibung der Umlage

Hierfür werden durch den Unternehmer die voraussichtlichen IST-Kosten (nicht die tatsächlich erforderlichen Kosten) der Einzelkosten der Teilleistungen ermittelt. Diese ermittelten Kosten werden mit der ermittelten Umlage aus dem Kalkulationsverfahren des Hauptvertrages oder aus dem Kalkulationsschlussblatt der Kalkulation über die Endsumme beaufschlagt.

4.4.3 Variante 3: Kostenermittlung nach § 650 c BGB

Selbstverständlich steht es dem Unternehmer frei die Mehr- und Mindervergütung anhand der Berechnungsvorgaben aus dem § 650 c BGB zu ermitteln. Hierbei hat der Unternehmer zu beachten, dass er nur die angemessenen allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn kalkulatorisch berücksichtigen darf.

Alternativ steht dem Unternehmer auch jegliche andere Variante der Kostenermittlung frei, beispielsweise die Randkalkulation oder der Bezug auf vorliegende Preislisten.

4.4.4 Synallagma

Unabhängig von der tatsächlich gewählten Preisermittlungsvariante liegt bei der freien Vergütungsermittlung kein direkter Ausgleich zwi-

schen Leistung und Gegenleistung vor, da bei der Vergütungsermittlung im Voraus immer eine Unter- oder Überdeckung der Gemeinkosten entsteht. Die Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung wird durch die einvernehmliche Einigung über die Mehr- oder Mindervergütung herbeigeführt.

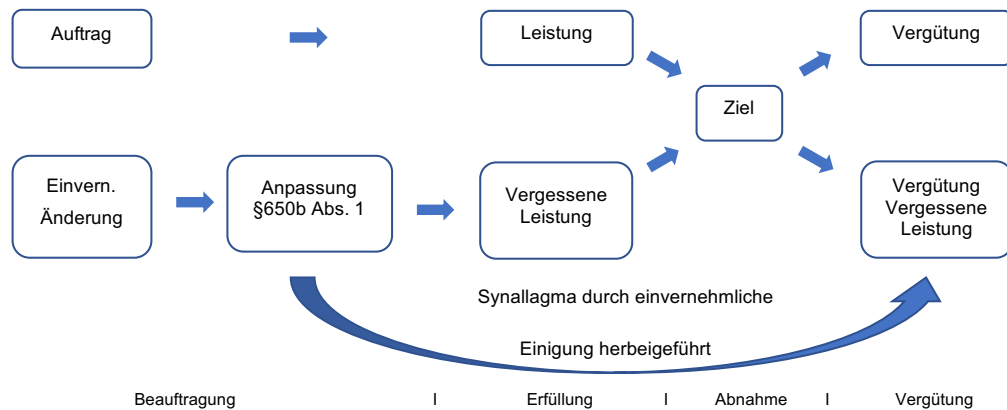


Abb. 7: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Vergütung nach § 650b Abs.1 BGB

4.4.5 Sekundärauswirkungen

Unbedingt ist auch hier zu beachten, dass mit den Angeboten nur die konkreten Sachleistungen der vergessenen Leistungen berücksichtigt werden können. Evtl. Sekundärauswirkungen z.B. auf die Bauzeit können in der Regel in der Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung noch nicht erfasst sein und bilden eine Differenz, die in einer separaten Kostenermittlung über alle (oder mehrere) vergessene Leistungen ausgeglichen werden muss. Daher sind bereits mit dem Angebot weitere Ansprüche für mögliche Sekundärauswirkungen vorzubehalten (OLG München, 2012).

4.5 Schritt 4: Beauftragung oder Anordnung vergessener Leistungen

Grundsätzlich steht in den neuen Regelungen der Gedanke des gemeinsamen Bauens im Vordergrund. Nach § 650 b Abs. 1 Nr. 2 BGB „streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an“. Masterarbeit Torge Meister 33

Wenn die einvernehmliche Änderung nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens zustande kommt, kann der Besteller nach § 650 b Abs. 2 BGB die entsprechende Änderung in Textform anordnen.

Jedoch ist weder definiert, welche Form das Änderungsbegehren haben soll und wie dokumentiert wird, zu welchem Zeitpunkt der Unternehmer dies erhalten hat. Hier wäre dringend für Klärung zu sorgen. Aufgrund des Texterfordernisses der Anordnung ist unklar, ob bei dem Änderungsverlangen die reine Änderung und stillschweigende Übergabe von Planunterlagen ausreichen, oder ob der Besteller das Änderungsverlangen förmlich durch Übergabe einer Leistungsbeschreibung antragen soll.

Auch wird teilweise schon zu einem deutlich früheren Zeitpunkt als nach 30 Tagen festzustellen sein, dass die Vertragsparteien keine einvernehmliche Änderung herbeiführen werden.

Da der Auftraggeber jedoch immer das Anordnungsrecht nach Absatz 2 besitzt, würde es demnach den Bauablauf deutlich beschleunigen, wenn dieses direkt und damit schon vor dem Ablauf der 30 - Tage - Frist genutzt werden kann.

Der Deutsche Anwaltsverein stellte in seiner Stellungnahme vom Juni 2016 fest, dass *„die zweistufige Ausgestaltung des Änderungsrechts mit vorgeschaltetem Einigungsversuch und nachlaufender Änderungsanordnung wenig geeignet“* (Deutscher Anwaltsverein, 2016, S. 15) ist und regte die folgende Fassung des § 650 b Abs. 1 BGB an:

„(1) Der Unternehmer hat Anordnungen des Bestellers zur Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen in Bezug auf den Gegenstand des Bauvertrages zu befolgen, es sein denn, die Ausführung der Leistung ist ihm unzumutbar“ (Deutscher Anwaltsverein, 2016, S. 16).

Damit könnte in dem baubetrieblichen System das Ziel bzw. die Erfüllung des Werkvertrages durch den Auftragnehmer zu einem terminlich früheren Zeitpunkt erreicht werden.

Unbenommen dieses Sachverhaltes erfolgt die Beauftragung förmlich mit der einvernehmlichen Einigung oder „*dem Grunde*“ nach mit der Anordnung nach § 650 b Abs. 2 BGB.

4.5.1 Mengenänderungen bei Einheitspreisverträgen

Die Ausführung von Mehrmengen sind in dem bisherigen BGB – Bauvertrag nach den in dem Hauptvertrag vereinbarten Einheitspreisen abzurechnen. Nach der Entscheidung des BGH sind im Falle eines sittenwidrigen Einheitspreises die Mehrmengen nach den üblichen Einheitspreisen entsprechend § 632 Abs. 2 BGB a.F. zu vergüten.

Hiervon abweichend gilt nach § 2 Absatz 3 VOB / B, dass bei einer Über- oder Unterschreitung von mehr als 10 % der vertraglich vereinbarten Mengen auf Verlangen einer der Vertragsparteien der Einheitspreis angepasst werden kann.

Dies dient der Anpassung der Deckungsbeiträge aus den Baustellen-gemeinkosten und den allgemeinen Geschäftskosten, um hier eine Unter- bzw. Überdeckung der Deckungsbeiträge zu vermindern.

Sollte im Pauschalvertrag eine der Vertragsparteien aufgrund der abweichenden Ausführungsmengen den Vertragspreis anpassen wollen, könnte dieser im Einzelfall nach § 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage angepasst werden. Nach Leupertz reichen Mengenänderungen von 20 % hierfür nicht aus (2012, S. 8).

Mit Verweis auf diese Regelung der VOB / B wurde in der Stellungnahme des Bundesrates hinterfragt, ob es sinnvoll sei, jede Mengenänderung den Regelungen des § 650 c BGB Reg-E zu unterwerfen (Deutscher Bundestag, 2016, S.89). Diese Erwägung des Bundesrates wurde durch die Bundesregierung im Verlaufe des Gesetzgebungsverfahrens geprüft (Deutscher Bundestag, 2016, S.99). Eine konkret aufgeführte Regelung zu Mehr- oder Mindermengen fand jedoch keinen Eingang in der verabschiedeten Fassung des neuen Bauvertragsrechts.

Wenn keine Änderungen von der vertraglichen Ausführung vorgenommen wurden, sollten die tatsächlich ausgeführten und die vertraglich vorgesehenen Mengen deckungsgleich sein.

Weichen jedoch die tatsächlich auszuführenden Mengen von den vorgesehenen Mengen ab, scheint der Besteller eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder eine Änderung, die zur Erreichung des Werkerfolgs notwendig ist, vorgenommen zu haben. Folglich ist eine Unter- oder Überdeckung der Deckungsbeiträge festzustellen und damit ist die Ausgeglichenheit zwischen der ursprünglich geforderten Leistung und der vereinbarten Gegenleistung nicht mehr gegeben.

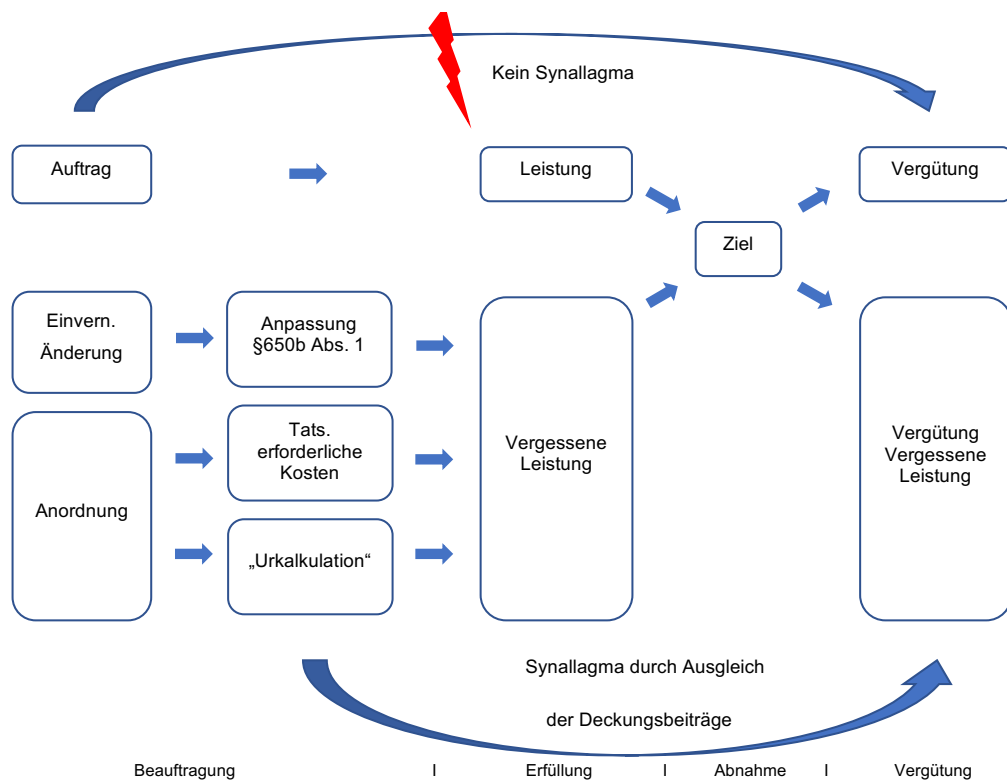


Abb. 8: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Mengenänderung

Somit ist davon auszugehen, dass auch die Mehr- oder Mindervergütung bei Abweichungen der vorgesehenen zu den tatsächlich erforderlichen Mengen zu ermitteln ist, um die Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen.

4.5.2 Bauzeit und Art der Ausführung

Wie oben erläutert, ist das Änderungsrecht hinsichtlich Bauzeit und der Art der Ausführung in dem ersten Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz enthalten gewesen. Erst mit der Vorlage des Gesetzentwurfes der Bundesregierung im Mai 2016 ist das bauzeitliche Änderungsrecht in dem neuen BGB Reg. E – Bauvertrag nicht mehr explizit aufgeführt.

Änderungsbegehren für die Bauzeit und der Art der Ausführung bei Änderungen, welche für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind, können in dem baubetrieblichen System bei der Vergütungsanpassung nach § 650b BGB Abs. 1 eingegliedert werden. Sie sind damit in der Regel eine Sekundärauswirkung von sachbezogenen vergessenen Leistungen.

Eine freie Disposition der Bauzeit durch den Besteller ist damit nicht umfasst, da *„die Bauzeit keine im Synallagma stehende Leistungspflicht darstellt und folglich nicht zum ‚Werkerfolg‘ zählt“* (Deutscher Baugerichtstag e.V., 2015, S. 16) Dies gilt ebenso für die Art der Ausführung.

Damit ist die Mehr- oder Mindervergütung für die Bauzeit und der Art der Ausführung auch über die Vergütungsanpassung bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 BGB zu ermitteln. Die Mehr- oder Mindervergütung kann damit durch den Unternehmer frei ermittelt werden.

Bei fehlender einvernehmlicher Einigung über die Bauzeit erfolgt die Anordnung durch den Besteller über die Sachleistung. Die Vergütungsermittlung für die Bauzeit erfolgt ex post anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten.

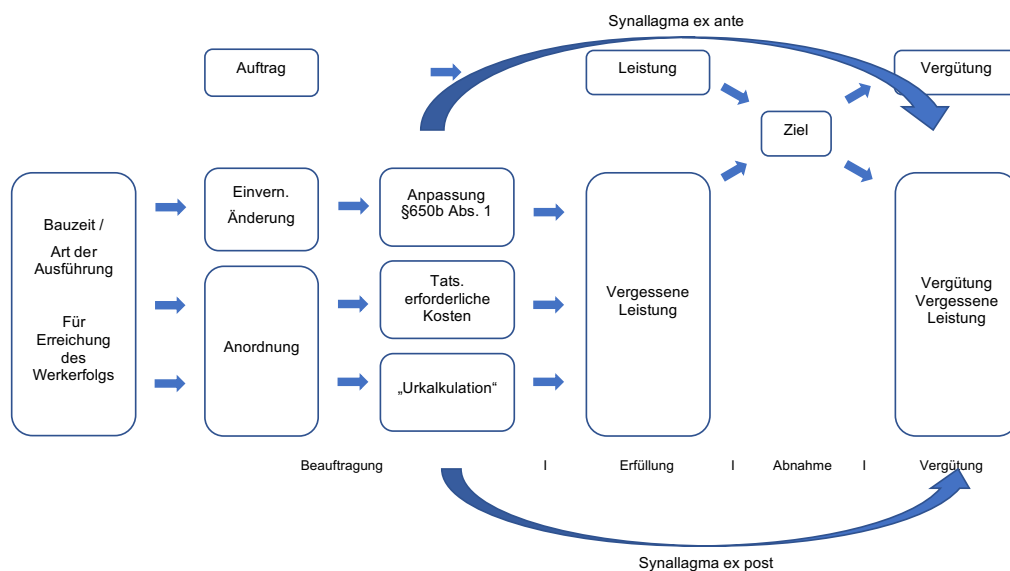


Abb. 9: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Bauzeit und Art der Vergütung

Das Äquivalenzverhältnis für die Bauzeit und die Art der Ausführung für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs kann ex ante durch die einvernehmliche Einigung oder ex post auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten herbeigeführt werden.

Ob bei der reinen Bauzeit die „Vergütungsermittlung“ auf Basis eines Entschädigungsanspruches nach § 642 BGB a.F. zu ermitteln ist, scheint aus der baubetrieblichen Sichtweise nicht sachgerecht. Die Entschädigung stellt einen Ausgleich für den Unternehmer aufgrund eines Annahmeverzugs durch den Besteller dar. Der Annahmeverzug des Bestellers ist jedoch keine Notwendigkeit zur Erlangung des vereinbarten Werkerfolgs im Sinne § 650 b BGB. Diese These wäre von rechtlicher Seite zu prüfen.

4.5.3 Umfang der Beauftragung

Bei der Kostenermittlung wird dem Unternehmer gemäß § 650 c BGB freigestellt, ob dieser die Mehr- und Mindervergütung auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten oder anhand der Urkalkulation ermitteln möchte. Gemäß der Gesetzesbegründung sind hierbei die tatsächlich erforderlichen Kosten und die Fortschreibung der Urkalkulation nicht zu vermengen (Deutscher Bundestag, 2016, S 56). „Dieses Wahlrecht [...]

könnte als Einladung für den Auftraggeber verstanden werden, Nachtragsangebote je nach Interessenlage in größere Pakete abzufragen oder in kleinteilige Nachträge aufzuteilen“ (Schwerdtner. Kumlehn. 2016. S. 2) und bei dem Unternehmer abzufragen.

Hierdurch hätte der Besteller einen einseitigen Vorteil auf die Beeinflussung der Preisermittlung, wofür kein geeigneter Ausgleich bei dem Unternehmer gegenüberstehen würde.

Dies soll an dem folgenden Beispiel verdeutlicht werden:

Der Besteller und der Unternehmer haben unter anderem die Herstellung von 150 m² Kalksandsteinmauerwerk für einen Einheitspreis von 75,50 € / m² vereinbart. Aus verschiedenen bauphysikalischen Anforderungen ist für 50 m² statt der einfachen Wand aus Kalksandsteinen eine mit Kalkzementputz verputzte Wand aus Porenbetonsteinen notwendig. Beide Wandarten sind mit Steinen des gleichen Steinformates zu verbauen. Es wird in diesem Beispiel davon ausgegangen, dass bei beiden Steinarten der grundsätzliche Aufwandswert gleichzusetzen ist.

Das Kalksandsteinmauerwerk hat der Unternehmer wie folgt kalkuliert:

Projekt: Beispiel zu Umfang der Beauftragung										Blatt - Nr.: 00001	
Mittellohn [€/h]=				34,00		EKT je Einheit					
Pos Nr.	Menge	Einheit	Kurztext/ Kostenentwicklung	Stunden	Lohn	Stoffe	Gerät	Fremdl.	EP	GP	
				[h]	[€]	[€]	[€]	[€]	[€]	[€]	
				UMLAGE:		50,00%	20,00%	20,00%	20,00%		
2.0	150,00	m2	Mauerwerk Kalksandstein im Dünnbettmörtel d=17,5 m; h= 2,70 m								
			Lohnaufwand	0,960	32,30						
			Material								
			Kalksandstein 3DF gem.Preisliste Lieferwerk -20% 1 / (0,24 x 0,113) = 37 Steine / m2 (710 €/1000 Steine x 37) x 0,8 =21,02 €			21,020					
			Kleber gem. Preisliste Lieferwerk -20 %			1,520					
				Umlage:	16,15	4,51	0,00	0,00			
				Summe EKT:	0,95	48,45	27,05	0,00	0,00	75,50	
				Gesamt:	142,50	7.267,50	4.057,20	0,00	0,00	11.324,70	

Abb. 10: Beispiel zu Umfang der Beauftragung: Kalkulation Grundleistung Kalksandsteinmauerwerk

Da der Unternehmer an diesem Bauvorhaben seine beste Maurerkolonne einsetzen konnte, sind diese bei den restlichen 100 m² bis zu 30 % schneller, als in der Kalkulation angenommen. Wie aus der folgen-

den Abbildung zu entnehmen ist, betragen die tatsächlichen Kosten unter Fortschreibung der Umlagen bei der Kalkulation nur 60,96 € / m².

Projekt: Beispiel zu Umfang der Beauftragung										Blatt - Nr.: 00001	
				Mittellohn [€/h]=	EKT je Einheit						
				34,00							
Pos Nr.	Menge	Einheit	Kurztext/ Kostenentwicklung	Stunden	Lohn	Stoffe	Gerät	Fremdl.	EP	GP	
				[h]	[€]	[€]	[€]	[€]	[€]	[€]	
				UMLAGE:		50,00%	20,00%	20,00%	20,00%		
2.0	150,00	m2	Mauerwerk Kalksandstein im Dünnbettmörtel d=17,5 m; h= 2,70 m								
			Lohnaufwand	0,665	22,61						
			Material								
			Kalksandstein 3DF gem.Preisliste Lieferwerk -20% 1 / (0,24 x 0,113) = 37 Steine / m2 (710 €/1000 Steine x 37) x 0,8 =21,02 €			21,020					
			Kleber gem. Preisliste Lieferwerk -20 %			1,520					
				Umlage:	11,31	4,51	0,00	0,00			
				Summe EKT:	0,67	33,92	27,05	0,00	0,00	60,96	
				Gesamt:	99,75	5.087,25	4.057,20	0,00	0,00	9.144,45	

Abb. 11: Beispiel zu Umfang der Beauftragung: tats. Kosten Grundleistung Kalksandsteinmauerwerk

Der Besteller hat nun die Wahl, wie er die Leistung bei dem Unternehmer abfragt.

- 1) Für die Leistungsänderung werden zwei Angebote abgefragt. Das erste umfasst eine Zulage (diese kann auch negativ sein) zu dem ursprünglichen Einheitspreis für die Ausführung mit Porenbeton statt Kalksandstein. Das zweite enthält die Ausführung des Putzes als zusätzliche Leistung.
- 2) Der Besteller fragt die Leistung für die Änderung des Materials und den zusätzlichen Putz in einem Paket ab.

Wenn der Besteller die Leistung gemäß der ersten Wahlmöglichkeit abfragt, hat der Unternehmer die Wahl, die Leistungsänderung mit dem anderen Material, als Zulage auf Basis der Fortschreibung der Urkalkulation und die Putzarbeiten mit den voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten anzubieten. Dies hätte für den Unternehmer den Vorteil, dass er den für ihn positiven Aufwandswert für das Mauern fortschreiben kann.

Muss der Unternehmer die gesamte Leistungsänderung entsprechend der zweiten Wahlmöglichkeit anbieten, ist die Mehr- und Mindervergü-

tung für die gesamte Leistung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zu berechnen. Hierdurch entfallen die, in der Angebotskalkulation der Hauptleistung ermittelten, benötigten Deckungsbeiträge und der sonst erzielte zusätzliche Gewinn.

Um das neu eingeführte Wahlrecht des Unternehmers zu wahren, sollte dieser auch die Möglichkeit erhalten, die angefragten vergessenen Leistungen entsprechend seiner Interessen aufzuteilen bzw. das Wagnis anzupassen. Hierdurch kann der Unternehmer ggfs. auch bei (teilweisem) Ausfall seiner besten Kolonne eine Unterdeckung der Kosten auffangen.

4.6 Schritt 5: Berechnung tatsächlich erforderlicher Kosten

Der Gesetzgeber legt in § 650c BGB Abs. 1 fest, dass die Höhe des Vergütungsanspruches „nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ zu ermitteln ist.

Der Begriff der tatsächlich erforderlichen Kosten ist in der Gesetzesbegründung nicht weiter definiert. Wie in dem folgenden Beispiel dargestellt, werden in der Begründung des Gesetzesentwurfes, die fett markierten, verschiedenen Kostenbegriffe „tatsächlich erforderliche Kosten“, „tatsächliche Kosten“ und IST-Kosten“ gleichermaßen verwendet.

„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 Aufwands 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.“ (Deutscher Bundestag, 2016, S.56).

Es ist hier nicht eindeutig ersichtlich, welche Kosten tatsächlich für die Kostenermittlung herangezogen werden sollen.

Der in dem verabschiedeten Gesetzestext verwendete Begriff der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ stammt aus der 6. Empfehlung des Arbeitskreises I des 4. Deutschen Baugerichtstages.

In dem Thesenpapier des Arbeitskreises I des 4. Deutschen Baugerichtstages wurden nicht abschließende Überlegungen für zwei modifizierte Preisfortschreibungsmodelle formuliert, um wettbewerbsverzerrenden Spekulationen mit Baupreisen entgegen zu wirken (2012). In der vorgestellten Variante 2 ist, unabhängig ob es sich hierbei um zusätzliche oder geänderte Leistungen handelt, der Vertragspreis immer die Grundlage der Vergütungsermittlung. Im Zeitpunkt der Ausführung der Nachtragsleistung sollen die Preise nach den tatsächlich erforderlichen Kosten ermittelt werden. Die Differenz zu den Vertragspreisen wird entsprechend hinzugerechnet oder abgezogen. Dieses Vorgehen soll zu der Ausschaltung des Vertragspreisniveaufaktors führen (2012).

Auch mit der 4. Empfehlung des Arbeitskreises I vom 5. Deutschen Baugerichtstag wird die These aufgestellt, dass die „*Bemessung der Nachtragsvergütung [...] nach den tatsächlich erforderlichen Kosten*“ erfolgen soll. Dieser Empfehlung haben die Teilnehmer des 5. Deutschen Baugerichtstages mit überwältigender Mehrheit zugestimmt (2014).

Der Ansatz wurde in das neue Bauvertragsrecht aufgenommen. Allerdings nicht als Preisfortschreibungs- sondern als (mutmaßliches) Aufwandserstattungsmodell. Die hieraus resultierenden Problematiken bei der Gemeinkostenermittlung werden in der weiteren Bearbeitung noch vorgestellt.

In der Auslegung von Schwerdtner und Kumlehn definiert Kapellman in seiner Kritik zu den ersten Änderungsvorschlägen zum BGB und der VOB die tatsächlich erforderlichen Kosten als IST-Kosten abzüglich vermeidbarer Kostenanteile (Schwerdtner, Kumlehn. 2016. S.2). Dieser Definition kann zugestimmt werden. Ferner stellt Kapellmann dar, dass die Kalkulation im Vorwege, wie es beispielsweise die VOB verlangt, mit unbekanntem tatsächlich erforderlichen Kosten nicht möglich ist und

die Anknüpfung an die kalkulierten Kosten dem Schutz des Bestellers dient (2013, S. 539).

Die Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung erfolgt als vorkalkulatorische Kostenermittlung. In der vorkalkulatorischen Kostenermittlung, als Bestandteil der Bauauftragsrechnung, werden auf Basis des bekannten oder prognostizierten Aufwands die Selbstkosten für die zu erwartenden Bauleistungen geplant. In der nachkalkulatorischen Kostenermittlung werden nach der Ausführung die tatsächlich entstandenen Kosten- und Aufwandswerte ermittelt, um die Ansätze der vorkalkulatorischen Kostenermittlung zu überprüfen und im Anschluss Vergleichswerte für die Kalkulation ähnlicher Projekte zu haben. (Keil. Martinsen. Vahland. Fricke. 2012. S. 20ff oder Drees. Paul. 2005. S. 18ff).

Die vorkalkulatorische Kostenermittlung von tatsächlich erforderlichen Kosten ist selbstverständlich nicht möglich. Bei der Auslegung der 4. Empfehlung des Arbeitskreises I des 5. Deutschen Baugerichtstages war die vorkalkulatorische Ermittlung ebenfalls nicht vorgesehen. Demnach heißt es, dass „*die Bemessung der Nachtragsvergütung [...] nach den hierdurch verursachten tatsächlich erforderlichen Kosten*“ und damit nach der Herbeiführung des Werkerfolges erfolgt. Die Vergütung von Leistungen auf der Basis von bereits verursachten Kosten entspricht eher der nachkalkulatorischen Kostenermittlung und würde damit einem Aufwanderstattungsmodell gleichen.

Aufgrund des Umstandes, dass der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung nur inkonsequente Begriffe für die zur Kostenermittlung zu verwendenden Kosten gebraucht, die Kalkulation mit unbekanntem tatsächlich erforderlichen Kosten nicht möglich ist und die Vergütungsvereinbarung vor der Ausführung erfolgen soll, ist daher anzunehmen, dass die Kostenberechnung mit den voraussichtlich entstehenden Kosten erfolgen soll.

4.6.1 Ermittlung der tatsächlich erforderlichen Kosten nach § 650 c Abs. 1 BGB

4.6.1.1 Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen

Die vorkalkulatorische genaue Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen ist nicht möglich. Nachkalkulatorisch wird immer eine Unter- oder Überdeckung von einzelnen Kostenanteilen festzustellen sein.

Daher kann die vorkalkulatorische Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen auch nur annäherungsweise erfolgen. Aufwands- und Leistungswerte können aus anerkannter Fachliteratur wie Plümecke oder Hofstadler entnommen beziehungsweise mittels der Arbeitszeitrichtwerte aus dem Zeittechnik Verlag abgeschätzt werden.

Der anzusetzende Lohnanteil der Mehr- oder Mindervergütung ist anhand des tatsächlichen Bedarfs für Helfer, Facharbeiter oder Maschinenführer aus der Betriebsabrechnung und den zugehörigen Anteilen für Urlaub, Krankheit, etc. entsprechend der Mittellohnberechnung anzusetzen.

Stoffkosten sind in den voraussichtlich erforderlichen Mengen unter der Berücksichtigung von Verschnitt o.ä. anhand von Preislisten oder den Verträgen des Unternehmers mit seinen Großhändlern zu berücksichtigen.

Die Gerätekosten sind über die Baugeräteliste (BGL), Angeboten der Gerätverleiher oder der unternehmensinternen Geräteabrechnung aus der Betriebsabrechnung kalkulatorisch zu berücksichtigen. Fraglich ist hierbei jedoch noch, wie mit bereits abbeschriebenen Eigengeräten des Unternehmers umgegangen werden kann. Da diese bereits abbeschriebenen Geräte an anderen Projekten andernfalls entsprechend wirtschaftlich eingesetzt werden könnten, sollten diese Geräte analog zu den oben aufgestellten Varianten kalkulatorisch betrachtet werden.

Laut Schwerdtner und Kumlehn können, *„Angebote oder Rechnungen können für einen Mehrkostennachweis i.S. des geplanten § 650 c BGB*

nicht ausreichen, da zusätzlich als Regulativ auf die ‚Erforderlichkeit‘ abzustellen ist“ (Schwerdtner, Kumlehn. 2016, S. 2). In Bezug auf die bereits dargestellte inkonsequente Verwendung von Begrifflichkeiten des Gesetzgebers und der oben vorgestellten Analyse der Begrifflichkeit der tatsächlich erforderlichen Kosten, ist das differenzierter zu betrachten.

Bei der Vorkalkulation der Mehr- oder Mindervergütung auf Basis der voraussichtlichen entstehenden Kosten, können Angebote oder Rechnungen als hinreichend genau betrachtet werden (Dammert, Lenkeit, Oberhauser, Pause, Stretz, 2017, §2 Rn105). Erst mit der Berechnung nach der Ausführung können die tatsächlich erforderlichen Kosten von den tatsächlich entstandenen Kosten abgegrenzt werden. Hier stellt sich jedoch noch die Frage nach der Beweislast und der Beweisführung, welche Kostenanteile nun nicht erforderlich waren und ob diese Kosten im Vorfeld hätten vermieden werden können.

4.6.1.2 Deckungsbeiträge bei vergessenen Leistungen

Gemäß der Standardliteratur für Kostenrechnung im Bauwesen werden für die Kostenermittlung zwei übliche Kalkulationsverfahren verwendet. Hierbei handelt es sich um die Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen und der Kalkulation über die Angebotsendsumme. Gemein haben beide Verfahren, dass die Deckungsbeiträge mittels eines Zuschlagfaktors über alle Einzelkosten der Teilleistungen verteilt werden (Kattenbusch, 2017. S. 408).

Mit den Deckungsbeiträgen werden in der Regel die anfallenden Baustellengemeinkosten, die allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn kalkulatorisch berücksichtigt.

Baustellengemeinkosten sind Kosten, welche neben den Einzelkosten der Teilleistungen für die Herstellung des Bauwerks notwendig, aber nicht den Einzelpositionen zuzuordnen sind. Die Baustellengemeinkosten bestehen aus, in jedem Projekt unterschiedlichen fixen, mengen-, umsatz- und zeitabhängigen Kostenanteilen und können Kosten für die

Bauleitung, Bereitstellung von Tagesunterkunfts- und Materialcontainer, Betriebsstoffe oder Baustellengeräte enthalten.

Allgemeine Geschäftskosten sind Kosten, welche nicht durch die Baustellen ausgelöst werden, aber dennoch durch den Betrieb der Bauunternehmung anfallen. Dies sind z.B. die Lohnkosten für Geschäftsführung und Sekretariat oder die Miete der Büroräume der Bauunternehmung. Diese Kosten entstehen in periodischen Intervallen und werden, auf Basis von Erfahrungswerten vergangener Geschäftsperioden, vorausschauend mittels eines prozentualen Umrechnungsfaktors auf die voraussichtlichen Herstellkosten umgelegt. Damit sind in der kalkulatorischen Betrachtung die allgemeinen Geschäftskosten umsatzbezogene Kosten, die ganz oder teilweise zeitabhängig entstehen.

Der Ansatz für Wagnis soll „das unternehmerische Risiko, das Bonitätsrisiko des Auftraggebers und das technische Risiko der Bauausführung“ (Drees. Paul. 2005. S.297) abdecken. Enthalten ist hierbei auch ein Anteil für entstehende unvorhergesehene Kosten, welche die Selbstkosten erhöhen und im Vorfeld nicht im Einzelnen zu erfassen sind (Drees. Paul. 2005. S.115). Der Gewinn ist unter anderem erforderlich um notwendige Investitionen für die Zukunft tätigen zu können.

Einzelkosten der Teilleistungen	(EKT)
+ Baustellengemeinkosten	(BKT)
= Herstellkosten	(HK)
+ Allgemeine Geschäftskosten	(AGK)
= Selbstkosten	(SK)
+ Wagnis + Gewinn	(W+G)
= Angebotssumme (netto)	(AGS _{netto})
+ Umsatzsteuer	(MwSt.)
= Angebotssumme (brutto)	(AGS _{brutto})

Wagnis und Gewinn wird in der Kalkulation üblicherweise als gemeinsamer Prozentsatz in der Kalkulation angegeben und berücksichtigt.

Wie aus der nebenstehenden Gliederung der Kalkulation in Kostengruppen zu entnehmen ist, werden die Baustellengemeinkosten auf die Einzelkosten

Abb. 12: Gliederung der Kalkulation in Kostengruppen

der Teilleistungen, allgemeine Geschäftskosten auf die Herstellkosten sowie Wagnis und Gewinn wiederum auf die Selbstkosten umgelegt. Dies ergibt dann die Angebotssumme (netto).⁵

In einer Literaturanalyse von Schottke und Friedrichkeit gehen bei einer vergleichenden Betrachtung der Kosteneigenschaften bei geänderten (Schottke, 2009, S. 154) und zusätzlichen Leistungen (Schottke, 2009, S. 161) der Großteil der Fachautoren und vor allem auch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)⁶ davon aus, dass die Deckungsbeiträge umsatzbezogen zu berücksichtigen sind.

Abweichend von den Standardkalkulationsverfahren und der damit zusammenhängenden Ermittlung der Umlegung der Deckungsbeiträge, sollen gemäß § 650 c BGB die tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn ermittelt werden.

Hierbei ist zu beachten, dass es gemäß der Gesetzesbegründung bei der Vergütungsermittlung anhand der tatsächlich erforderlichen Kosten *„keine Kombination zwischen den tatsächlich erforderlichen Kosten einerseits und den Kalkulierten Kosten andererseits geben“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.56) darf. Damit dürfen auch nicht die bereits in der Kalkulation des Hauptauftrages ermittelten prozentualen Umlagen für Baustellengemeinkosten, allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn übernommen werden und sind daher mit jeder Mehr- oder Mindervergütung neu zu ermitteln.

Nach § 650 c BGB werden die Baustellengemeinkosten nicht in der Aufzählung der Deckungsbeiträge für die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung berücksichtigt. In der Diskussion darüber wird durch

⁵ Angelehnt an Keil, Martinsen, Vahland, Fricke. (2012). S. 66

⁶ Das Bundesministerium wurde am 17. Dezember 2013 in das heutige Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) umbenannt.

verschiedene Interessengruppen oder Fachleuten (z.B. Deutscher Baugerichtstag, Deutscher Anwaltsverein, Langen) hinterfragt, aus welchem Grund nicht eindeutig definiert wird, wie Baustellengemeinkosten zu berücksichtigen sind und Klarstellung darüber gefordert.

Hier kann davon ausgegangen werden, dass im Sinne eines Äquivalen-
zausgleiches nach § 313 Abs. 1 BGB Leistung und Gegenleistung für den Besteller und den Unternehmer in einem ausgeglichenen Verhältnis stehen sollen (Franz, 2017, S. 384). Demnach darf die Anpassung des Vertrags nur soweit gehen, dass der Unternehmer von dem ihm zusätzlich zugewiesenem Risiko befreit wird (Franz, 2017, S. 384).

Wie in der folgend vorgestellten 5. These des 5. Deutschen Baugerichtstags in Bezug auf die Vergütung von allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn sind die Baustellengemeinkosten verursachungsgerecht zu ermitteln.

„Soweit die Berechnung eines Vergütungsanspruchs des Unternehmers [...] nach den tatsächlich erforderlichen Kosten erfolgt, sind die Mehrkosten zunächst für die Einzelkosten der Teilleistungen sowie die Baustellengemeinkosten zu ermitteln. Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn werden dagegen nach dem Umfang der durch die Änderung / Störung entstandenen Unterdeckung ermittelt.

Die Unterdeckung ist gemeinsam für alle zusätzlichen Vergütungsansprüche als ein Gesamtbetrag für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn auf Basis des entgangenen Deckungsbeitrags (Differenz zwischen vereinbarter Vergütung und den tatsächlichen Herstellkosten) zu ermitteln. Dem Unternehmer ist der Deckungsbeitrag zu erstatten, der ihm infolge einer Bauzeitverschiebung oder Bauzeitverlängerung als Folge der Leistungsänderung / Zusatzleistung bzw. der Obliegenheitsunterlassung des Bestellers entgeht; der Unternehmer muss sich hierbei einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen“ (2014, S. 7).

In der Begründung wird weiter ausgeführt, dass die allgemeinen Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn der Baustelle nicht verursa-

chungsgerecht zugeordnet werden können, da diese überwiegend zeitabhängig entstehen (auch wenn diese umsatzabhängig kalkuliert wurden) und von der Baustelle nicht unmittelbar, sondern nur durch die Erwirtschaftung der Deckungsbeiträge beeinflusst werden.

Demnach ist der tatsächlich entgangene Deckungsbeitrag zu ermitteln, indem die Differenz zwischen den in der vorgesehenen Bauzeit hypothetischen und den tatsächlichen erwirtschafteten Deckungsbeiträgen festgestellt wird.

Findet die Ausführung erst nach der vorgesehenen Bauzeit oder mit gesondert bereitgestellten Ressourcen statt, ist der Deckungsbeitrag auf Basis des entgangenen anderweitigen Erwerbs zu ermitteln.

„In der weiteren Erläuterung wird dargestellt, dass der Unternehmer [...] für sog. technische Nachträge ohne bauzeitliche Auswirkung [...] keine zusätzliche Vergütung durch Zuschläge für AGK, Wagnis und Gewinn erhält“ (Deutscher Baugerichtstag e.v., 2014, S.7).

Diesem Ansatz schließt Franz sich an und stellt dar, dass durch die Ausführung von Nachtragsleistungen keine geänderten Kostenansätze, d.h. zusätzliche allgemeine Geschäftskosten entstehen. Wenn keine entsprechenden Mehrkosten entstehen, gäbe es demnach keine Veranlassung durch Nachtragsleistungen zusätzliche Deckungsbeiträge zu erzeugen. Lediglich in dem Fall, dass durch eine Verlängerung der Bauzeit und einer gleichzeitigen Verringerung des Umsatzes in der Geschäftsperiode, der Unternehmer nicht die tatsächlichen unveränderten zeitabhängigen entstehenden allgemeinen Geschäftskosten erwirtschaftet, sollen dem Unternehmer angemessene allgemeine Geschäftskosten vergütet werden (2017, S.391).

Aus diesen Ansätzen folgernd sind die Umlagen für die Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung wie folgt zu berücksichtigen:

Baustellengemeinkosten:

Die Anteile der Baustellengemeinkosten, die direkt durch die vergessene Leistung entstanden sind, sollten explizit in den Einzelkosten der Teilleistungen berücksichtigt werden. Hierzu gehören zusätzlich zu beschaffende Geräte, weitere zusätzliche Teile der Baustellenausstattung und zusätzliches Führungspersonal (Poliere und Bauleitung).

Allgemeine Geschäftskosten

Die allgemeinen Geschäftskosten sind mit einem, nicht weiter definierten, angemessenen Zuschlag zu berücksichtigen. Nach Keil, Martinen, Vahland, Fricke liegen im Mittel „*die Prozentsätze für allgemeine Geschäftskosten zwischen 6 und 10 % der Bauleistung*“ (2012, S. 96) und nach Elwert und Flassak zwischen 6 und 8 % der Auftragssumme (2010, S. 42).

Die durchschnittlichen allgemeinen Geschäftskosten im Jahre 2015 im Bauhauptgewerbe wurden vom Autor anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes berechnet. Hierbei wurden die oben genannten Mittelwerte bestätigt und festgestellt, dass je nach Anteil der technischen Angestellten in den Bauunternehmungen sowie des angesetzten Wagnisses und Gewinns die allgemeinen Geschäftskosten im Jahre 2015 zwischen 7,9 und 12,4 % des Jahresumsatzes betragen.⁷

In Abhängigkeit der jeweiligen Unternehmensstruktur des Unternehmers können daher die allgemeinen Geschäftskosten mit einem angemessenen Zuschlag zwischen 6 % und 12 % auf die Herstellkosten kalkulatorisch berücksichtigt werden.

Ein üblicher Satz der allgemeinen Geschäftskosten für das gesamte Baugewerbe kann nicht fixiert werden, da dieser Satz in jedem Unternehmen mit seiner unterschiedlichen Struktur, Größe und Auslastung individuell bestimmt werden muss.

⁷ Siehe Anlage A: AGK-Ermittlung anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes

Wagnis und Gewinn

Ebenso sollen das Wagnis und der Gewinn mit einem, nicht weiter definiertem, angemessenen Zuschlag berücksichtigt werden. Analog zu den allgemeinen Geschäftskosten sind diese je nach Unternehmen, Gewerk und Bauvorhaben sehr unterschiedlich. In der Anlage B wurden aus den unterschiedlichsten Beispielen der Literatur die jeweiligen Ansätze in einer Übersicht zusammengetragen. Hieraus lässt sich entnehmen, dass der prozentuelle Ansatz für Wagnis und Gewinn zwischen 1,5 % und 5 % betragen kann.⁸ Dieser Satz ist individuell anhand des zu erwartenden Risikos anzupassen.

4.6.1.3 Synallagma

Laut der Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstag e.V. zu dem Referentenentwurf wird durch „die im Gesetzesentwurf vorgesehene Grundlage [...] das [...] vertragliche Äquivalenzverhältnis wieder angemessen“ hergestellt (2015, S.18). Dies ist bei einem vorkalkulatorisch erstellten Angebot über die vergessenen Leistungen nicht richtig. Erst in der nachkalkulatorischen Angebotslegung können die tatsächlich erforderlichen Kosten ermittelt und angeboten werden. Erst damit ist die Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben.

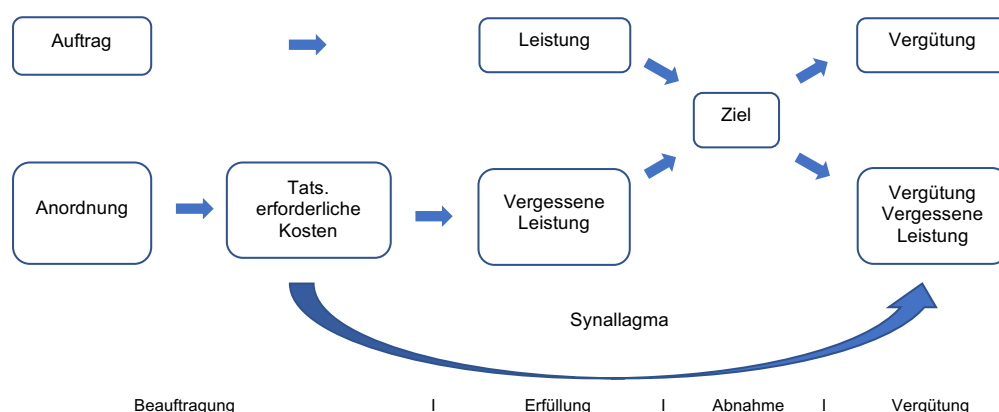


Abb. 13: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Vergütung nach § 650c Abs.1 BGB

⁸ Siehe Anlage B: Übersicht der Beispiele für Wagnis und Gewinn aus der Literatur

4.6.2 Kostenermittlung anhand der Urkalkulation nach § 650 c Abs. 2 BGB

Bei der Kostenermittlung anhand der Urkalkulation nach § 650 c Abs. 2 Reg – E wird durch den Gesetzgeber angenommen, dass die auf der Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 und damit den tatsächlich erforderlichen Kosten entspreche. Demnach sind für diese Art der Kostenermittlung alle Kalkulationsansätze sowie die Aufwands- und Leistungswerte für die Einzelkosten der Teilleistungen aus der Urkalkulation zu entnehmen.

Auch in Bezug auf die Deckungsbeiträge wird vermutet, dass diese weiterhin zutreffend sind. Daher sind diese gemäß der Urkalkulation fortzuschreiben.

Da gemäß der Gesetzesbegründung der Bundesregierung, *„keine Kombination zwischen den tatsächlichen erforderlichen Kosten einerseits und den kalkulierten Kosten andererseits“* (Deutscher Bundestag, 2016, S.56) zulässig ist, kann das Verfahren auch dann nicht angewendet werden, wenn die Kalkulation komplett bis auf einen Einzelansatz aus der Urkalkulation fortzuschreiben wäre.

4.6.2.1 Lohnkosten

Die Lohnkosten sind anhand der Ermittlung des Kalkulationsmittellohns des Hauptvertrages anzusetzen

4.6.2.2 Stoffkosten

Die Stoffkosten sind komplett aus den Einzelkosten der Teilleistungen der Urkalkulation zu entnehmen. Es müsste geprüft werden, ob bei einem Preislistenverweis aus der Urkalkulation diese Preisliste auch dann weiterhin genutzt werden darf, wenn andere als im Hauptangebot berücksichtigte Stoffe verwendet werden / wurden.

4.6.2.3 Gerätekosten

Sämtliche Gerätekosten sind aus der Urkalkulation zu entnehmen. Auch hier wäre rechtlich noch zu prüfen, ob die Fortschreibung der Ansätze aus der Baugeräteliste auch auf nicht in dem Hauptangebot enthaltene Geräte anzuwenden wäre.

4.6.2.4 Deckungsbeiträge bei vergessenen Leistungen

Der Arbeitskreis I des 5. Deutschen Baugerichtstages ging davon aus, dass die hinterlegte Kalkulation den „tatsächlich erforderlichen Kosten“ entspricht. Dies gilt entsprechend auch für die in der Kalkulation ausgewiesenen unternehmensbezogenen kalkulierten Zuschläge.

In der Begründung wird weiter ausgeführt, dass *„danach auch [die] unternehmensbezogen umsatzabhängig kalkulierte Baustellengemeinkosten [...] im Rahmen der Nachtragsberechnung als feste Zuschläge fortzuschreiben“* (2014, S. 7) sind.

Auch wenn in der Gesetzesbegründung zu § 650b Abs. 2 BGB (Deutscher Bundestag, 2016, S.56) nur dargestellt ist, dass die allgemeinen Geschäftskosten *„weiterhin zutreffend“* bzw. Wagnis und Gewinn *„im Zweifel fortzuschreiben“* sind, wird dieser Vermutung des Deutschen Baugerichtstages zugestimmt. Sämtliche Umlagen, inklusive der Baustellengemeinkosten, sind entsprechend des Hauptvertrages fortzuschreiben.

4.6.2.5 Synallagma

§ 650 c Abs. 2 BGB geht davon aus, dass die auf Basis der „Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht. Da bereits die Grundleistung mit der Grundvergütung ausgewogen ist, ist die Ausgeglichenheit zwischen Leistung und Gegenleistung bei der Kalkulation über die „Urkalkulation“ nach § 650 c Abs. 2 BGB gegeben.

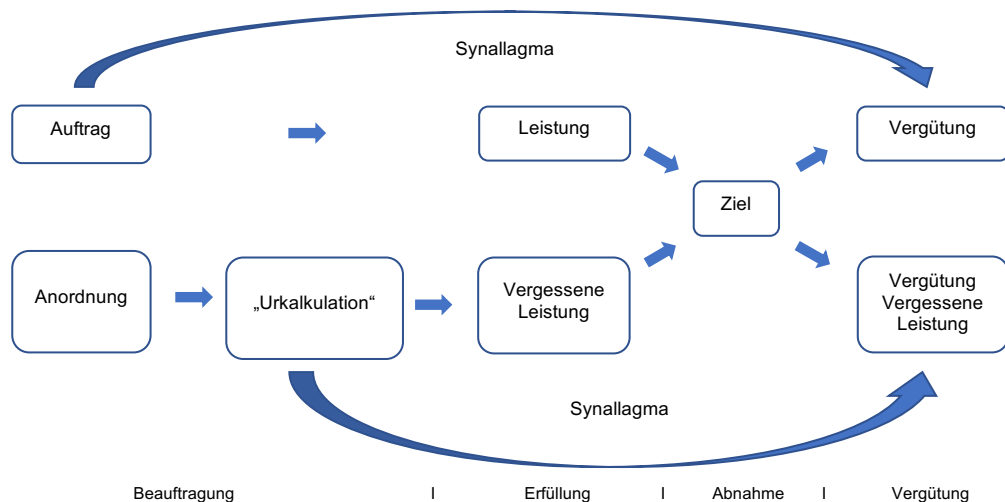


Abb. 14: Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Vergütung nach § 650c Abs.2 BGB

4.6.3 Sekundärauswirkungen

Unbedingt ist auch zu beachten, dass mit den Angeboten nur die konkrete Sachleistung der vergessenen Leistungen berücksichtigt werden können. Eventuelle Sekundärauswirkungen zum Beispiel auf die Bauzeit können in der Regel in der Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung noch nicht erfasst sein und bilden eine Differenz, die in einer separaten Kostenermittlung über alle (oder mehrere) vergessene Leistungen ausgeglichen werden muss. Daher sind bereits mit dem Angebot weitere Ansprüche für mögliche Sekundärauswirkungen vorzubehalten (OLG München, 2012).

4.6.4 Nachlässe

Nachlässe sind eine Reduzierung der vereinbarten Preise und können durch den Unternehmer dem Besteller gegenüber aus verschiedenen Gründen (z.B. zur Akquisition von weiteren Aufträgen, ...) gewährt werden. In der Regel werden diese Preisnachlässe über die Gesamtsumme des gesamten Auftrages vereinbart.

4.6.4.1 Nachlass des Unternehmers auf vergessene Leistungen

Das OLG Düsseldorf befasste sich in seinem Urteil vom 22. September 1992 mit Ergänzungsangeboten, die für die Herbeiführung des Werkerfolges erforderlich sind. Hierfür stellte es klar, dass die Ermittlung der Vergütung auf der Basis der Preisermittlung des Hauptvertrages zu erfolgen hat.

Ein Nachlass ist eine vereinbarte Ermäßigung der Einheitspreise des Hauptvertrages und gehört damit zu den Preisermittlungsgrundlagen. Weiter führt das OLG Düsseldorf aus, dass sonst diejenigen Auftragnehmer einen Vorteil hätten, welche zunächst hoch kalkulieren und einen hohen Nachlass gewähren, als die Auftragnehmer, welche von Beginn an knapp kalkulieren. Dies trifft nicht auf Zusatzleistungen zu, welche nicht für die Herbeiführung des Werkerfolges notwendig sind (OLG Düsseldorf, 1993).

Einzelne Meinungen gehen davon aus, dass der Nachlass bei der Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung nicht zu berücksichtigen ist, wenn der Nachlass als akquisitorisches Instrument genutzt wurde. In diesem Fall ist der Nachlass kein Bestandteil der Preisermittlungsgrundlage (Keldungs, 2015, § 2 Abs. 5 VOB / B Rn 39).

Der herrschenden Meinung nach sind vertragliche Nachlässe für vergessene Leistungen eine Frage des Einzelfalls und somit durch Auslegung des Hauptvertrages zu bestimmen. Insofern die Nachlässe „auf alle EP“ oder auf die Schlußrechnungssumme vereinbart waren, so gelten diese auch auf die Zusatz- und Ergänzungsangebote der vergessenen Leistungen (BGH, 2003).

Ob dies nun auch in Zukunft bei BGB – Bauverträgen gelten wird, muss noch rechtlich geprüft werden.

Gemäß der Forderung des Gesetzgebers werden in der Ermittlung der Mehr- oder Mindervergütung die tatsächlich erforderlichen Kosten für vergessene Leistungen abgebildet. Demnach kann es nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass für tatsächlich erforderliche Kosten die Masterarbeit Torge Meister

Fortschreibung des Nachlasses aus dem Hauptvertrag erfolgen soll. Dies würde im Widerspruch zu dem Äquivalenzausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung nach § 313 BGB Abs. 1 stehen.

Ebenso wäre rechtlich zu prüfen, ob ein Nachlass einen Vertragspreisniveaufaktor darstellt. Ein Vertragspreisniveaufaktor stellt eine lineare Preisfortschreibung der Vertragspreise dar; dieser Sachverhalt würde auf einen Nachlass zutreffen. Gemäß der Gesetzesbegründung wird die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nicht um einen Vertragspreisniveaufaktor ergänzt, da die Anwendung des Faktors zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste führen würde. Durch diese Maßnahme soll das Preisrisiko für die Vertragsparteien begrenzt werden (Deutscher Bundestag, 2016, S.56).

Ausgenommen könnte im Einzelfall die Kostenermittlung anhand der Urkalkulation nach § 650 c Abs. 2 sein, da bei dieser die gesamten Ansätze, und damit auch der vereinbarte Nachlass, der Urkalkulation fortgeschrieben werden.

4.6.4.2 Nachlässe des Unternehmers bei Großhändlern oder Nachunternehmern

Es gibt verschiedene Arten von Preisnachlässen, die der Unternehmer bei seinen Großhändlern oder Nachunternehmern aushandeln kann. Dies sind z.B. Nachlässe bei Erreichen bestimmter Umsätze bezogen auf einen definierten Zeitraum, projektbezogene Nachlässe (aufgrund besonders günstiger Transportbedingungen o.ä.) und auch das Recht auf das Kürzen der Rechnungssumme bei vorfälliger Zahlung (Skonto).

Die Nachlässe aus dem Erreichen bestimmter Umsätze oder die Skontoerträge sind reine unternehmensbezogene Nachlässe bezogen auf die gesamte Unternehmung. Sie lassen sich nicht den Einzelprojekten der Unternehmung zuordnen und sind daher auch bei den tatsächlich erforderlichen Kosten nicht zu berücksichtigen. Etwaige projektspezifische Nachlässe bei Großhändlern und Nachunternehmen sind bei der Ermittlung der Mehr- oder Mindervergütung zu berücksichtigen.

5 Lösungsansatz mit Gemeinkostenausgleich

5.1 Kurzfristiger Lösungsansatz für die Kostenermittlung nach Anordnung nach § 650 b Abs. 2 BGB

Durch die fehlende Unterscheidung der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ in ein Vergütungs- oder Aufwanderstattungsmodell kann daher bei der Preisermittlung zu einem Modell der Selbstkostenerstattung übergegangen werden.

Als kurzfristiger Ansatz, für die Zeit nach dem Inkrafttreten des neuen Bauvertragsrechts bis zu der Überarbeitung, sind sämtliche von dem Hauptvertrag abweichenden Leistungen vorkalkulatorisch zu ermitteln und im Anschluss die Deckungsbeiträge in einem Gemeinkostenausgleich mit der Schlussrechnung auszugleichen.

Bei besonders dringlichen Leistungen ist daher auch die Ausführung im Stundenlohn mit einem nachträglichen Ausgleich der Deckungsbeiträge denkbar. Diese Vorgehensweise lässt sich schnell umsetzen, die Handlungsfähigkeit beider Vertragspartner und die Liquidität des Unternehmers kann gewährleistet werden.

Diese Vorgehensweise enthält allerdings auch alle negativen Ansätze des Stundenlohnvertrages. Gerade die Auseinandersetzung über den wirtschaftlichen Einsatz der Arbeitskräfte, die damit zusammenhängende Risikoübernahme der Kosten oder die fehlende Kostenkontrolle kann den mit der Materie nicht vertrauten Verbraucher überfordern.

Zudem ist zu beachten, dass eine reine Ausführung im Stundenlohn der grundsätzlichen Preisermittlung nach der VOB / B widerspricht. Auch sind hier unbedingt die rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung zu berücksichtigen. Durch die Ausführung der vergessenen Leistungen im Stundenlohn kann die zulässige Abgrenzung zwischen Werkleistung und Arbeitnehmerüberlassung verwischt werden

und kann gerade bei Verträgen mit Unternehmern zu Schwierigkeiten führen, welche weitere Subunternehmer gebunden haben.

Grundsätzlich scheint diese Vorgehensweise dennoch konform mit den Regelungen des § 650 c BGB zu sein, welche von vornherein eine Gemeinkostendeckung und damit die Vermeidung von Unter- oder Überdeckungen von Deckungsbeiträgen anstreben (Franz, 2017, S. 391).

5.2 Langfristiger Lösungsansatz für die Kostenermittlung nach Anordnung nach § 650 b Abs. 2 BGB

In einer Überarbeitung des BGB – Bauvertrags muss der Gesetzgeber dringend die Berechnungsmodelle in Bezug auf die Deckungsbeiträge überarbeiten. Als Grundlage hierfür können bereits Vorgaben für die Aufstellung von Leistungsbeschreibungen dienen.

Da mittels der „zur Verfügung stehenden Kalkulationsmethoden [...] eine verursachungsgerechte Einbeziehung der Gemeinkosten in den Baupreis nicht möglich“ (Kattenbusch, 2017, S. 412) ist, der Gesetzgeber aber eine verursachungsgerechte Vergütung fordert, sind für die Baustellengemeinkosten und den allgemeinen Geschäftskosten separate Leistungspositionen in den Leistungsbeschreibungen aufzuführen.

Diese Leistungspositionen sind sowohl in fixe als auch in zeitbezogene Kostenanteile aufzuteilen und können, wie in dem folgenden Beispiel, jeweils separat aufgeführt werden.

OZ	Kurztext	Menge	Einheit	EP	GP
0.10	Einrichtung der Baustelle	1	Pau		
0.20	Abbau der Baustelleneinrichtung	1	Pau		
0.30	Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, Bauphase 1	5	Wo		
0.40	Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, Bauphase 2	15	Wo		
0.50	Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, Bauphase 3	5	Wo		
0.60	Allgemeine Geschäftskosten	25	wo		

Abb. 15: Beispiel Leistungspositionen Gemeinkosten

Da gerade bei Leistungen mit einem klassisch niedrigen Lohnanteil, wie Dachdecker- und Glaserarbeiten oder der Einbau von Stahltüren (Drees. Paul. 2005. S.296), die Stoffkosten für den Unternehmenserfolg maßgeblich sind, sind die Anteile der Deckungsbeiträge für Wagnis und Gewinn weiterhin umsatzbezogen auf die Selbstkosten zu verteilen.

Bei einem Angebot für vergessene Leistungen sind alle hierdurch ausgelösten, zusätzlichen Deckungsbeiträge mit der Ermittlung der Einzelkosten der Teilleistungen zu berücksichtigen. Es handelt sich hierbei z. B. um Kosten für zusätzliche Baustellengeräte, weitere Tagesunterkünfte für das zusätzliche Personal, der tatsächliche Aufwand für Bauleitung und Poliere oder auch der Aufwand für die Bearbeitung des Angebotes für die vergessenen Leistungen.

Verlängert sich die gesamte Bauausführung entsteht ggfs. durch die vergessenen Leistungen als Sekundärfolge zusätzliche Bauzeit. Hierfür sind zeitbezogenen Deckungsbeiträge gemäß dem Hauptangebot zu dem Zeitpunkt der Störung zu vergüten (bei dem Beispiel der Leistungspositionen können das z.B. OZ 0.40 Vorhaltung der Baustelleneinrichtung, Bauphase 2 und OZ 0.60 Allgemeine Geschäftskosten sein).

Dies gilt im Besonderen auch für Abweichungen der tatsächlich ausgeführten Mengen von den Mengenvordersätzen. Auch eine Überschreitung der vorgesehenen Mengen kann ohne Verschulden des Unternehmers zu einer Verzögerung des Bauablaufes und damit zu einer späteren Fertigstellung führen. Die hieraus fehlenden Deckungsbeiträge des Unternehmers sind ebenso über die Leistungspositionen aus dem Hauptvertrag zu dem Zeitpunkt der Störung zu vergüten.

6 Schlussfolgerungen

Gerade mit Hinweis darauf, dass die Anordnungsrechte der VOB / B aus AGB – rechtlicher Sicht als kritisch angesehen werden, ist es erfreulich festzustellen, dass nun das Recht einer einseitigen Leistungsänderung im BGB – Bauvertrag aufgenommen wurde. Der Frage, ob ein solches in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers eingreifendes Recht notwendig ist, ist innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben eindeutig zuzustimmen. Für die Erfüllung der reinen Vertragsleistung ist immer die Erfüllung eines mangelfreien Werkes in den Fokus zu stellen. Hierfür muss für den Besteller zwingend ein rechtliches Leitbild im Werkvertrag vorhanden sein, damit er die zu erbringende Leistung neu definieren und die Herstellung eines mangelfreien Werkes durch den Unternehmer ermöglichen kann.

In der Schnittstelle zwischen §§ 650 b und c des neuen BGB - Bauvertrags sind noch offene Fragestellungen zu klären. In der Gesetzesbegründung wird erläutert, dass die Vorgaben zu der Berechnung der Mehr- und Mindervergütung nach § 650 c BGB Anreize für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen sollen (BMJV, 2015, S. 58). Wie in der vorliegenden Bearbeitung dargestellt, lassen sich nicht zweifelsfrei und für alle Beteiligten nachvollziehbar die Mehr- und Mindervergütung ermitteln.

6.1 Ungenügende Vergütungsregelungen

Für die Regelungen des § 2 VOB / B liegt eine umfangreiche Rechtsprechung vor und damit überwiegende Rechtssicherheit zwischen den Beteiligten. Bei einer Orientierung an den Regelungen des § 2 VOB / B und konkreten Festlegungen, wie die Deckungsbeiträge bei der Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung zu berücksichtigen sind, hätten anwendungsbezogenere Regelungen entstehen können. In dem im Januar 2018 in Kraft tretenden Regelungsmodell wird es in den hier auf-

gezeigten Gestaltungsspielräumen in der Ermittlung der Mehr- und Mindervergütung zu einer Verteuerung und Verzögerungen der Bauvorhaben kommen und den Verbraucher mit für ihn kaum beherrschbaren Risiken belasten (Leupertz, 2016). Die Ausgewogenheit zwischen Leistung und Gegenleistung wird sich nur durch die einvernehmliche Einigung oder über den Umweg einer Gemeinkostenausgleichsrechnung herbeiführen lassen.

Durch die fehlenden Regelungen

- In welchem Zeitraum ist die Zumutbarkeit des Änderungsbegehrens zu klären?
- Bis wann muss das Angebot über die Mehr- und Mindervergütung vorliegen?
- Was passiert bei einer fahrlässigen Verzögerung der Angebotsbearbeitung?

kann in vielen Fällen der 30 - Tage - Zeitraum für die einvernehmliche Einigung deutlich überschritten werden. Sollte der Unternehmer seine Kooperationspflichten nicht verletzt haben, werden die hieraus entstehenden Verzögerungen (und Mehrkosten) zu Lasten des Bestellers gehen (Althaus, 2017, S. 415).

In der Zielsetzung für die Novellierung des Baurechts war klar formuliert, dass insbesondere der Verbraucherschutz bei Bauverträgen erhöht werden soll. Durch die fehlenden Berechnungsvorgaben und der Unkenntnis bzw. Unbedarftheit von Endverbrauchern können diese missbraucht und die Verbraucher einseitig belastet werden.

6.2 Fehlende einheitliche Definitionen

Über den gesamten Gesetzestext betrachtet lässt sich feststellen, dass in dem neuen BGB – Bauvertragsrecht Begriffe nicht eindeutig verwendet werden und daher dringend klare Definitionen der Begrifflichkeiten eingeführt werden müssen.

Es ist beispielsweise dringend eine Klarstellung zwischen den Begriffen „tatsächliche Kosten“ und „tatsächlich erforderliche Kosten“ notwendig. „Die tatsächlich erforderlichen Kosten“ sind die „tatsächlichen Kosten“ (=IST-Kosten) abzüglich der vermeidbaren Kostenanteile. Zu klären wäre, wer im Nachgang der Ausführung die Beweislast trägt, ob einzelne Kostenanteile erforderlich waren und damit vergütet werden müssen. Dies stellt eine einseitige Risikobelastung für den Unternehmer dar, der die Kosten für die Ausführung vorab auslegen muss. Solange dies nicht geklärt ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Zusatz- und Ergänzungsangebote teurer werden, da der Unternehmer nicht zwingend auf die Kosten achten muss (Kapellmann, 2013, S. 539). Zumindest der Preis der tatsächlichen Kosten abzüglich der vermeidbaren Bestandteile ist durch den Besteller immer zu zahlen. Das Wagnis für den Ausgleich der vermeidbaren Kostenbestandteile ist durch die Unternehmer in der Kalkulation zu berücksichtigen.

Diese Forderung nach einheitlichen Formulierungen wurde auch schon im Mai 2014 auf dem 5. Deutschen Baugerichtstag in die 1. Empfehlung des Arbeitskreises VI auf- und angenommen (2014).

Ergänzend ist hier anzumerken, dass der Gesetzgeber für das Änderungsverlangen des Bestellers einen bisher rechtlich unregulierten Begriff, das „Begehren“, gewählt hat. Ein Begehren beschreibt ein heftiges Verlangen, Wollen oder ein bittendes Fordern (Duden, 2017). Es ist davon auszugehen, dass der unglücklich verwendete Begriff des Begehrens gewählt wurde, da der Gesetzgeber einen alternativen unbelasteten Begriff für den Wunsch einer Leistungsänderung suchte.

6.3 Fehlender Ausgleich zwischen Leistung und Gegenleistung

Hinsichtlich der Ausgeglichenheit zwischen Leistung und Gegenleistung ist in der nachkalkulatorischen Betrachtung, außer bei der einvernehmlichen Änderung nach § 650b Abs. 1 BGB, bei allen Ermittlungen der Mehr- und Mindervergütung eine Unter- oder Überdeckung der Gemeinkosten und damit keine Ausgeglichenheit des baubetrieblichen Systems festzustellen. Daher ist ganz klar vorzugeben, ob die Kosten-

erstattung der vergessenen Leistungen auf Basis eines vorkalkulierten Angebotes oder mittels eines Aufwanderstattungsmodells bevorzugt und in diesem Sinne die offenen Lücken der Berechnungsmodelle geschlossen werden sollen.

Solange das nicht der Fall ist, sollte es daher im Interesse des Bestellers und des Unternehmers sein, alle Störungen (inkl. der Zusatz- und Ergänzungsleistungen) und die durch diese Störungen verursachte Bauzeitverlängerung, sorgfältig zu dokumentieren. Nach Abschluss des Bauvorhabens ist auf Basis der dokumentierten Störungen eine Ausgleichsberechnung der Gemeinkosten zu führen.

Denkbar, praxistauglich sowie vereinfachend wäre es die Einführung einer Toleranzgrenze für Abweichungen zu den ausgeschriebenen Mengen analog zu § 2 Absatz 3 VOB / B in eine Neuregelung des BGB – Bauvertrags aufzunehmen.

6.4 Abschlag auf auszuführende und nicht einvernehmlich vereinbarte vergessene Leistungen

Sind angebotene und nicht einvernehmlich vereinbarte vergessene Leistungen ausgeführt, können diese durch den Unternehmer zur Erhaltung seiner Liquidität zu 80 % des angebotenen Preises in Rechnung gestellt werden. Dies gilt jedoch nur für Angebote welche Änderungen enthalten, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind. Hierzu heißt es in § 650 Abs. 3 BGB:

„Bei der Berechnung von ... Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 Prozent einer in einem Angebot nach § 650 b Abs. 1 Satz 2 [= Änderung zur Erreichung des Werkerfolgs] genannten Mehrvergütung ansetzen...“

In der Stellungnahme des Deutschen Baugerichtstags e.V. vom 19.04.2016 wurde bereits darauf hingewiesen, dass die pauschale Vergütung von 80 % der Nachtragsforderung im Vergleich zu den tatsächlich auszugleichenden Kosten deutlich überhöht sein werden.

„Dass dieser Anspruch dem Auftragnehmer pauschal in Höhe von 80% seines Nachtragsangebots [...] zustehen soll, ist ein Auftragnehmerinteressen einseitig begünstigender Missgriff, der die Auftragnehmer geradezu dazu einlädt, durch planvoll überhöhte Nachtragsangebote Abschlagsforderungen zu generieren“.

Ergänzend führt Prof. Stefan Leupertz in seiner zusammenfassenden Stellungnahme vom 13. Juni 2016 aus, dass durch diese Regelung *„ein enormes Streitpotential geschaffen [wird], das leicht bis zum Baustillstand eskalieren kann“.*

Hier ist davon auszugehen, dass einige Unternehmer bestrebt sein werden, die Kosten für Vergütungsanpassung bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 BGB so zu ermitteln, dass bereits mit dem Abschlag von 80 % die tatsächlichen Kosten abgedeckt sind. Demnach werden viele Angebote in Höhe von 125 %⁹ der tatsächlichen Kosten erfolgen. So erhält der Unternehmer unabhängig von der Einigung seine Kosten erstattet. Der Besteller trägt das Risiko der Überzahlung ohne gesetzlichen Anspruch auf Absicherung (Dammert, Lenkeit, Oberhauser, Pause, Stretz, 2017, §2 Rn 130).

Besonders bei Unternehmern mit geringer oder negativer Liquidität besteht die Gefahr, dass sie sich durch überzogene Forderungen und der damit einhergehenden Abrechnung in Höhe von 80 % versuchen aus Ihrer finanziellen Engphase zu befreien.

Unbestritten muss die Liquidität des Unternehmers sichergestellt werden, jedoch ist in diesem Zusammenhang zu hinterfragen, ob die 80 % - Regelung zielführend ist. Alternativ wäre die Vergütung im Sinne des unbestrittenen Guthabens, orientiert an der Regelung aus §16 Abs. 3 VOB / B, anzuwenden.

⁹ $\frac{100}{80} + 1 = 125\%$

6.5 Ausblick

Abschließend ist festzustellen, dass sich die Änderungsverlangen des Bestellers in das baubetriebliche System grundsätzlich eingliedern lassen. Die Vergütungsregelungen stehen über dem Umweg eines Gemeinkostenausgleiches ausgewogen dem Änderungsverlangen gegenüber. Ist dies nicht der Fall (wie bei der Vergütungsanpassung bei Änderungsbegehren nach § 650b Abs. 1 BGB), muss diese Ausgewogenheit mittels der durch den Gesetzgeber bereits vorgesehenen, einvernehmlichen Einigung zwischen Besteller und Unternehmer herbeigeführt werden.

Die Uneinigkeiten zwischen Besteller und Unternehmer (z.B. hinsichtlich Zumutbarkeit, Höhe der Mehr- oder Mindervergütung, sekundäre Bauzeitfolgen aufgrund von Änderungsverlangen) werden voraussichtlich alle Beteiligten der Bauwirtschaft, angefangen von den Bauherren eines Einfamilienhauses bis hin zu den Beteiligten am Bundesgerichtshof, für lange Zeit beschäftigen.

Dr. jur. Gerhard Schomburg vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat am 1. September 2017 auf dem 1. Deutschen Baubetriebs- und Baurechtstag in Lüneburg bereits angekündigt, dass das BMJV beabsichtige, die Neuregelungen spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten zu evaluieren.

Für eine praxisgerechte Umsetzung der Novellierung des Baurechts wäre ein weiterer intensiver Austausch zwischen dem Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Baujuristen sowie der Baubetriebswirtschaft wünschenswert.

Literaturverzeichnis

Althaus, Stefan. (2017). *Gesetzgebungsverfahren zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, Anordnungsrecht und Preisanpassung*. Bau-recht. Heft 5. S. 415.

Berner, Fritz. Kochendörfer, Bernd. Schach, Rainer. (2007). *Grundlagen der Baubetriebslehre 1*. Wiesbaden: Teubner.

BGH, Urteil vom 12. März 1986 – VII ZR 332/84

BGH, Urteil vom 28. Oktober 1999 - VII ZR 393/98

BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 79/02

BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 – VII ZR 201/06

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. (2015). *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung*.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. (2017). *Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren*. Bundesgesetzblatt. S. 969 – 979. Bonn: Bundesanzeiger.

Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen. (2017). *Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung*.

Dammert, Bernd. Lenkeit, Olaf. Oberhauser, Iris. Pause, Hans-Egon & Stretz, Anna. (2017). *Das neue Bauvertragsrecht*. München: C.H. Beck.

Deutscher Anwaltsverein. (2016). *Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Geset-*

zes zur Reform des Bauvertrags und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung.

Deutscher Baugerichtstag e.V. (2012). *Thesenpapier Arbeitskreis I.*

Deutscher Baugerichtstag e.V. (2014). *Thesenpapier des 5. Deutschen Baugerichtstag vom 23./24.05.2014 in Hamm.*

Deutscher Baugerichtstag e.V. (2014). *Empfehlungen des 5. Deutschen Baugerichtstag vom 23./24.05.2014 in Hamm.*

Deutscher Baugerichtstag e.V. (2015). *Stellungnahme zum Referentenentwurf.*

Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode (2016). *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung.* Drucksache 18 / 8486.

Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode (2017). *Beschlussempfehlung und Bericht.* Drucksache 18/11437.

Drees, Gerhard. Paul, Wolfgang. (2005). *Kalkulation von Baupreisen.* 8. Erweiterte und aktualisierte Auflage. Berlin: Bauwerk.

Duden. (2017). Zugriff am 02. Oktober 2017 von www.duden.de/rechtschreibung/begehren

Eichner, Michael. (2010). In Leinemann, Ralf (Hrsg.). *VOB / B Kommentar.* 4. Auflage. Köln: Werner.

Elwert, Ulrich. Flassak, Alexander. (2010). *Nachtragsmanagement in der Baupraxis.* 3. Überarbeitete und aktualisierte Auflage. Wiesbaden: Vieweg + Teubner.

Enders, Christian. (1982). *Existenz und Umfang eines Abänderungsrechtes des Bestellers beim BGB-Bauvertrag.* Baurecht. Heft 6. S. 535 – 538.

Englert, Klaus. Fuchs, Bastian & Schwartz, Elke (2013). *VII. Grundzüge des Vergütungsrechts nach BGB und VOB anhand von Beispielfällen* in Kuffer/Wirth (Hrsg.). *Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht*. 4. Auflage, Köln: Werner.

Franz, Birgit. (2017). *Gemeinkostendeckung als Rechtsproblem – die juristische Sichtweise*. Baurecht. Heft 2a. S. 380 - 405.

Genschow, Claus. Stelter, Oliver. (2007). *Störungen im Bauablauf*. 2. Auflage. Köln: Werner.

Grieger, Winfried. (2000). *Die Kooperationspflicht der Bauvertragspartner im Bauvertrag: Anmerkung zu BGH, BauR 2000, 409ff*. Baurecht. Heft 7. S. 969 - 971.

Grüneberg, Christian. 2012. § 275. In *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. 71. Auflage. München: C.H. Beck.

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V (2017). *Wichtige Baudaten 2017*. Zugriff am 2. Oktober 2017, von http://www.bauindustrie.de/media/documents/Baudatenkarte_2017.pdf

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V (2017). *Entwicklung der baugewerblichen Umsätze im Bauhauptgewerbe*. Zugriff am 2. Oktober 2017 von http://www.bauindustrie.de/media/documents/5-Prognosetabelle_Umsatz.pdf

Herzogliches Obergericht zu Wolfenbüttel (1879), *Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig*, Band 31, S. 65.

Kapellmann, Klaus. (2013). *Die Änderungsvorschläge zum BGB und zur VOB/B*. NZBau. Heft 9. S. 537 – 547.

Kapellmann, Klaus. Schiffers, Karl-Heinz. (2011). *Band 1: Einheitspreisvertrag*. (6. Auflage). Köln, Werner.

Kattenbusch, Markus. (2017). *Gemeinkostendeckung als Rechtsproblem – die Baubetriebliche Sichtweise und Bewertung*. Baurecht. Heft 2a. S. 406 – 412.

Keil, Wolfram. Martinsen, Ulfert. Vahland, Rainer & Fricke, Jörg. (2012). *Kostenrechnung für Bauingenieure*. 12. Auflage. Köln: Werner.

Keldungs, Karl-Heinz. (2015). *VOB / B § 2*. In Ingenstau, Korbion, Leupertz, Wietersheimer (Hrsg.), *VOB Kommentar* (19. Auflage). Köln: Werner.

KfW-Kommunalpanel (2017). *Investitionsrückstände und Investitionen – zaghafte Entspannung ohne Trendumkehr*. Zugriff am 2. Oktober 2017, von <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-KfW-Kommunalpanel/KfW-Kommunalpanel-2017.pdf>

Langen, Werner. (2015). *Änderung des Werkvertragsrechts und Einführung eines Bauvertragsrechts*. NZBau; S. 658 – 667.

Lederer, Marvin. (2017). *Die geschuldete Funktion des Werkerfolges*. Baurecht. Heft 4. S. 605 – 614.

Leimböck, Egon. Klaus, Ulf Rüdiger & Hölkermann, Oliver. (2011). *Baukalkulation und Projektcontrolling*. 12. überarbeitete und aktualisierte Auflage. Wiesbaden: Vieweg + Teubner.

Leupertz, Stefan. (2012). *Die Bauleistung und Ihr Preis. Teil 2. Grundlagen der Preisanpassung nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung*. Vorlesungsskript.

Leupertz, Stefan. (2016). *Zusammenfassende Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung*.

Maase, Andreas. (2017). *Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers §§ 157, 242 BGB-Teil 1*. Baurecht. Heft 5. S. 781 – 797.

Maase, Andreas. (2017). *Das bauzeitliche Bestimmungsrecht des Bestellers §§ 157, 242 BGB-Teil 2*. Baurecht. Heft 6. S. 929 – 943.

Oberhauser, Iris. (2010). *Störungen des Leistungsgefüges – durch Einwirkung der Vertragsparteien und durch sonstiges Baugeschehen*. Baurecht. S. 308-321.

Orlowski, Matthias. (2016). *Das gesetzliche Bauvertragsrecht – Übersicht und Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung*. Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht, Heft 5. S. 419 – 439.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 22. September 1993 – 23 U 224/91

OLG Hamburg. (1911). *Das Recht*. Nr. 1537

OLG München, Urt. v. 26.Juni 2012 – 9 U 3604/11

Prognos AG im Auftrag des Verbändebündnis Wohnungsbau (2017). *Wohnraumbedarf in Deutschland und den regionalen Wohnungsmärkten*. Zugriff am 2. Oktober 2017, von http://web.gdw.de/uploads/pdf/Pressemeldungen/Prognos_Endbericht_Studie_Wohnungsbautag_2017_31_05_2017.pdf

Schottke, Ralf. (2009). *Vergütungsanspruch und Nachtragskalkulation gemäß §§ 1 und 2 VOB/B*. Neustadt a.Rbge: Semina.

Schottke, Ralf. Strehlke, Wolfram (2009). *Ausschreibungs-, Vergabe-, Angebots- und Auftragsunterlagen – Anlageband 1*. Neustadt a.Rbge: Semina.

Schulze, Reiner (2017). § 275 in Schulze et al. (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB Handkommentar (9.Auflage)*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Schwerdtner, Patrick. Kumlehn, Frank. (2016). *Vergütungsanpassung bald nach „tatsächlich erforderlichen Kosten“?* Technische Universität

Braunschweig Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb. Newsletter Ausgabe 2/2016.

Schwerdtner, Patrick. (2017) „Kooperationspflichten der Vertragsparteien aus baubetrieblicher Sicht“. Technische Universität Braunschweig Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig.

Stark, Karlhans. (2006). *Baubetriebslehre – Grundlagen*. Wiesbaden: Vieweg + Teubner.

Statistisches Bundesamt. (2016). *Produzierendes Gewerbe – Tätige Personen und Umsatz der Betriebe im Baugewerbe 2015*. Fachserie 4. Reihe 5.1.

Statistisches Bundesamt. (2017). *Produzierendes Gewerbe – Kostenstruktur der Unternehmen im Baugewerbe 2015*. Fachserie 4. Reihe 5.3.

Statistisches Bundesamt (2017). *Baufertigstellung im Hochbau Deutschland*. Zugriff am 22. Oktober 2017, von <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/Bauen/Bautaetigkeit/Tabellen/Baufertigstellungen.html;jsessionid=E416ECDDDB3E72CAC7E50235C08381B9.InternetLive1>

Vogelheim, Markus. (2015). §631 BGB – Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag; aus Glöckner / v. Berg (Hrsg.): *Fachanwaltskommentar Bau- und Architektenrecht*“. 2. Auflage; Köln: Werner.

Von Minckwitz, Ursula. (2005). *Zur AGB-Widrigkeit der §§ 1 Nr. 3 und 4 VOB/B im Lichte der Rechtsprechung zu § 315 BGB*. Baurecht und Baupraxis, S. 170 -177.

Jacob, Dieter. Stuhr, Constanze & Winter, Christoph. (Hrsg.). (2011). *Kalkulieren im Ingenieurbau*. 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage. Wiesbaden: Vieweg + Teubner.

Zentralverband des Deutschen Handwerks. (2016). *Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung.*

Zentralverband Deutsches Baugewerbe. (2016). *ZDB-Positionen zum Gesetzentwurf zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung.* ZDB Baustein. Ausgabe 24.

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1:	Schaubild Bauabwicklung im bestehendem BGB a.F. - Bauvertrag	4
Abb. 2:	Schaubild tatsächliche Bauabwicklung in dem bestehenden BGB a.F. – Bauvertrag	6
Abb. 3:	Schaubild Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag	25
Abb. 4:	Ablaufplan für die Beauftragung von Änderungsbegehren im neuen BGB – Bauvertrag.....	26
Abb. 5:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Feststellung der vergessenen Leistungen	27
Abb. 6:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Einordnung der Vergütungsarten	29
Abb. 7:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Vergütung nach § 650b Abs.1 BGB	33
Abb. 8:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Mengenänderung.....	36
Abb. 9:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Bauzeit und Art der Vergütung	38
Abb. 10:	Beispiel zu Umfang der Beauftragung: Kalkulation Grundleistung Kalksandsteinmauerwerk	39
Abb. 11:	Beispiel zu Umfang der Beauftragung: tats. Kosten Grundleistung Kalksandsteinmauerwerk	40
Abb. 12:	Gliederung der Kalkulation in Kostengruppen.....	46
Abb. 13:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Vergütung nach § 650c Abs.1 BGB.....	51
Abb. 14:	Schaubild vorgesehene Bauabwicklung im neuen BGB – Bauvertrag: Vergütung nach § 650c Abs.2 BGB.....	54
Abb. 15:	Beispiel Leistungspositionen Gemeinkosten	58

Anlagen

Anlage A: AGK Ermittlung anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes

Allgemeine Geschäftskosten mit 9,8 % Entgelt für Technische Angestellte und 1,5 % für Wagnis und Gewinn vom Gesamtumsatz

Gesamtumsatz Bauhauptgewerbe	68.582.066.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.49	
Wagnis und Gewinn (1,5% vom Umsatz)	-1.028.730.990,00 €		
Subventionen	-11.569.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.22	
Verbrauch an Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen	-18.020.064.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.23	
Einsatz an Handelswaren	-201.587.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.66	
Kosten Lohnarbeit	-21.953.397.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.66	
Kosten industrieller / Handwerklicher Dienstleistungen	-963.883.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.66	
Sonstige Kosten	-3.762.321.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.67	
Personalkosten insgesamt: 19.232.173.000,00		Statistisches Bundesamt. (2017). S.79	
Entgelt für Facharbeiter (53,0 % des Gesamtentgeltes)	-10.193.051.690,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
Entgelt für Fachwerker / Maschinisten (16,2 % des Gesamtentgeltes)	-3.115.612.026,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
Entgelt für gewerbliche Auszubildene (4,3 % des Gesamtentgeltes)	-826.983.439,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
Entgelt für technische Angestellte (9,8% des Gesamtentgeltes entspricht 50 % der Kaufmännischen und technischen Angestellten)	-1.884.752.954,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
	6.620.113.901,00 €		
AGK [%] =	$\frac{6.620.113.901,00 \text{ €}}{68.582.066.000,00 \text{ €}}$	x 100 =	9,7%

Allgemeine Geschäftskosten mit 12,9 % Entgelt für Technische Angestellte und 5 % für Wagnis und Gewinn vom Gesamtumsatz

Gesamtumsatz Bauhauptgewerbe	68.582.066.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.49	
Wagnis und Gewinn (5% vom Umsatz)	-3.429.103.300,00 €		
Subventionen	-11.569.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.22	
Verbrauch an Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen	-18.020.064.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.23	
Einsatz an Handelswaren	-201.587.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.66	
Kosten Lohnarbeit	-21.953.397.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.66	
Kosten industrieller / Handwerklicher Dienstleistungen	-963.883.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.66	
Sonstige Kosten	-3.762.321.000,00 €	Statistisches Bundesamt. (2017). S.67	
Personalkosten insgesamt: 19.232.173.000,00		Statistisches Bundesamt. (2017). S.79	
Entgelt für Facharbeiter (53,0 % des Gesamtentgeltes)	-10.193.051.690,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
Entgelt für Fachwerker / Maschinisten (16,2 % des Gesamtentgeltes)	-3.115.612.026,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
Entgelt für gewerbliche Auszubildene (4,3 % des Gesamtentgeltes)	-826.983.439,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
Entgelt für technische Angestellte (12,9 % des Gesamtentgeltes entspricht 66 % der Kaufmännischen und technischen Angestellten)	-2.480.950.317,00 €	Statistisches Bundesamt. (2016). S.9	
	3.623.544.228,00 €		
AGK [%] =	$\frac{3.623.544.228,00 \text{ €}}{68.582.066.000,00 \text{ €}}$	x 100 =	5,3 %

Anlage B: Übersicht der Beispiele für Wagnis und Gewinn aus der Literatur

Quelle	Prozentsatz		
	W	G	W+G
	[%]	[%]	[%]
Beispielrechnung aus Eichner. (2010).			5
Beispielrechnung aus Berner, Kochendörfer, Schach. (2007). S. 212 (hier nur der Mittelwert)	2		2
Kalkulationsbeispiel aus Keil, Martinsen, Fricke. (2012). S. 142.	1	3	4
Kalkulationsbeispiel aus Drees. Paul. (2005). S. 124			2
Kalkulationsbeispiel aus Schottke. Strehlke. (2009). S.127.	1	0,5	1,5
Kalkulationsbeispiel aus Genschow. Stelter. (2007). S. 17	1,3	1,7	3
Kalkulationsbeispiel aus Elwert. Flassek. (2010). S. 42.			4
Kalkulationsbeispiel aus Leimböck. (2011). S. 52			4
Kalkulationsbeispiel aus Jacob. Stuhr. Winter (2011). S. 114.			4
Kalkulationsbeispiel aus Stark. (2006). S. 69.			2

Anlage C: CD mit digitaler Fassung