Steht der Nachweis tatsächlich erforderlicher Kosten im Widerspruch zur Kalkulationsfreiheit? – Eine baubetriebliche Einordnung

Sebastian Kock

Professur für Baubetrieb und Baumanagement von Großprojekten, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg / Universität der Bundeswehr Hamburg, kocks@hsu.hamburg

Kurzfassung

Bei der Realisierung von Bauprojekten werden Bauleistungen selten in vollem Umfang genauso ausgeführt, wie sie ursprünglich geplant, ausgeschrieben und gar vertraglich vereinbart wurden. Folglich ist die Abwicklung von Bauverträgen gekennzeichnet durch Leistungsmodifikationen (und Leistungsstörungen) wie auch die Durchsetzung von Gestaltungs- bzw. Eingriffsrechten der Vertragspartner – besonders durch den Auftraggeber (AG). Hieraus resultierende Auswirkungen auf die Kosten etwaig betroffener Bauleistungen veranlassen den Auftragnehmer (AN) regelmäßig zu Nachtragsforderungen. Die konsensuale Herbeiführung einer Vergütung für geänderte und/oder zusätzliche Leistungen kann durchaus langwierig und von hohem Konfliktpotential gekennzeichnet sein. Seit Inkrafttreten des Gesetztes zur Reform des „neuen" Bauvertragsrechts zum 01.01.2018 hat sich dieser Umstand nicht zwingend verbessert. Vielmehr wurde durch § 650c BGB die Berechnungsmethodik für Mehrvergütungsansprüche grundlegend verändert. Resultierend aus einem uneinheitlichen Begriffsverständnis von „tatsächlich erforderlichen Kosten" und „angemessenen Zuschlägen" sehen sich die Vertragsparteien mit vermeintlich ausufernden (An-)Forderungen zur Nachtragsvergütung und -dokumentation konfrontiert. Vor diesem Hintergrund ergeben sich aus baubetrieblicher Sicht spannende Fragestellungen. Der vorliegende Beitrag gibt zunächst einen kurzen Überblick über die gesetzlichen Regelungen und die derzeit noch wenigen Vorgaben in der Rechtsprechung zum Umgang mit tatsächlich erforderlichen Kosten. Anschließend wird der Frage nachgegangen, ob den hieraus abzuleitenden Darlegungs- und Nachweisanforderungen überhaupt in praktikabler bzw. zumutbarer Weise nachgekommen werden kann.

Schlagwörter: tatsächlich erforderliche Kosten, Leistungsmodifikationen, § 650c BGB, Kalkulation

Inhaltsverzeichnis

1 (Übliche) Kalkulation und Preisfortschreibung 297
1.1 Grundlagen zur Preisermittlung und unternehmerischen Kalkulation 298
1.2 Nachtragspreisermittlung auf Basis der VOB/B 299
2 Das „neue“ Bauvertragsrecht und § 650c BGB: Ein Überblick 300
2.1 § 650c BGB: Ein alternatives Berechnungsmodell für Nachtragsleistungen 301
2.2 Aktuelle Rechtsprechung zur Preisanpassung 301
3 Tatsächlich erforderliche Kosten: Herausforderungen sowie Grenzen der Nachweisführung 303
3.1 Einordnung unbestimmter Rechtsbegriffe 303
3.2 Kalkulationsfreiheit vs. Kalkulationszwang: Ein Widerspruch? 304
4 Schlussbetrachtung 305
5 Literaturverzeichnis 305

1 (Übliche) Kalkulation und Preisfortschreibung

Wenngleich die Kalkulation ein wesentlicher Bestandteil für die wirtschaftliche Abwicklung von Bauvorhaben ist, wird ihre Bedeutung in der baubetrieblichen Praxis regelmäßig von den Projektbeteiligten falsch beurteilt bzw. eingeschätzt. [vgl. 1, S. 19] Ein zu gering bemessener Stellenwert im Umgang mit der auftragnehmerseitigen Kalkulation kann mitunter zu einer divergenten Auffassung darüber führen, welche Bedeutung jene beispielsweise bei der Preisfindung von Leistungsmodifikationen besitzt. [vgl. 2, S. 1 ff.] Gleichwohl ist klarzustellen, dass mit Kalkulation keinesfalls die begriffsgemäße Berechnung (vom spätlateinischen calculatio) des exakten pekuniären Werts einer zu erbringenden Leistung gemeint sein kann. Das vermeintlich noch immer fehlgeleitete Grundverständnis über die unternehmensseitige Kalkulation fasst WANNINGER wie folgt zusammen: „*Kalkulation von Baukosten und die Festlegung von Baupreisen betrifft Angelegenheiten, die in der Zukunft stattfinden. Wir sollten uns daher endlich davon lösen, zu glauben, dass man die Zukunft berechnen kann. Kalkulation heißt also – entgegen dem Wortlaut im engeren Sinne – gerade nicht Berechnung (vgl. englisch „estimating“).*“ [3, S. 44] Vor allem mit Bezug zur Begriffsbezeichnung im anglophonen Raum wird deutlich, dass es sich bei hinterlegten Kalkulationsparametern lediglich um Schätzungen sowie Annahmen und nicht etwa um vor Vertragsschluss vorhersehbar „harte“ Kosten handeln kann. LÜCKE konstatiert, dass es in der baubetrieblichen Praxis vor allem einer durchgängig prüfbaren Darlegung monetärer Ansprüche bedarf – dies gilt insbesondere für die kalkulatorische Ausgestaltung solcher Positionen, die von erwartbaren bzw. zukünftigen Leistungsmodifikationen betroffen sein können. [vgl. 2, S. 3]

In Ermangelung verbindlicher Standards, Normen oder gar gesetzlicher Vorgaben für die Kalkulation von Bauleistungen ist das fehlende Verständnis wie auch die sich hieraus ergebene Auslegungsvarianz (s. o.) von Kalkulationsparametern wenig überraschend. [vgl. 2, S. 4 f.] Häufig sind Bieter auf Grundlage der gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen wie auch Ausschreibungsunterlagen (nur) dazu verpflichtet, einen Preis für eine bestimmte Bauleistung abzugeben. Die Art und Weise

ihrer Kalkulation, d. h. der Weg zur Preisbestimmung, obliegt einzig und allein jenen selbst. Etwaige Mindestvoraussetzungen für zu kennzeichnende Kalkulationsbestandteile bzw. -verfahren werden regelmäßig nicht vorgegeben. Der BGH führte in seinem Urteil vom 18.05.2004[21] hierzu genauer aus: „[Es liegt] *im Verantwortungsbereich des Bieters* […]*, wie er seine Preise kalkuliert und zu welchen Preisen er welche Leistungen des Leistungsverzeichnisses anbietet. Die vergaberechtlichen Vorschriften enthalten keine Regelungen, nach denen die Vergabestelle gehalten wäre, die Preiskalkulation eines Bieters auf ihre Richtigkeit oder Angemessenheit zu überprüfen und zu bewerten.*“ Trotzdem ist naheliegend, dass es im Rahmen einer Angebotsbearbeitung stets Ziel der Kalkulation sein sollte, die voraussichtlich tatsächlich entstehenden Kosten möglichst genau abzuschätzen.

1.1 Grundlagen zur Preisermittlung und unternehmerischen Kalkulation

Basis für die monetäre Bewertung einer vertraglich vereinbarten Leistung schafft die sog. „*Preisermittlungsgrundlage*“ eines ursprünglich vereinbarten Vertragspreises. [vgl. 4, S. 8] Wie der Begriff vermuten lässt, umfasst diese Grundlage sämtliche Faktoren, die Einfluss auf die Preisbildung nehmen (bspw. Leistungsumfang, Art der Ausführung, Lohn- und Materialkosten, innerbetriebliche Belange, Risiken etc.). Die Ergebnisse der Preisermittlung finden letztlich Berücksichtigung bei den Preisen, die in einem Leistungsverzeichnis anzugeben sind, bzw. in der Kalkulation, welche zur Eingrenzung der angebotenen Preise führt.

Baukalkulationsverfahren[22] beschreiben grundsätzlich das systematische Vorgehen zur Ermittlung eines Angebotspreises, der im Hinblick auf die Leistungserstellung einen in Geld bewerteten Tauschwert von Gütern und Diensten darstellt. [vgl. 5, S. 190] Im Allgemeinen basieren die in der Bauwirtschaft angewandten Kalkulationsmethoden auf der sog. Zuschlagskalkulation, wobei zwischen der *Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen*[23] und der *Kalkulation über die Endsumme* unterschieden wird.[24] [vgl. 6, S. 7] In Abbildung 1 sind die wesentlichen Bestandteile einer Zuschlagskalkulation dargestellt.

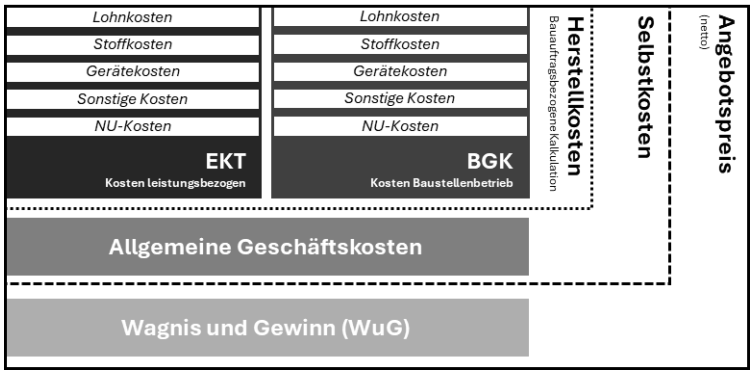

Abbildung 1: Kategorische Bestandteile einer Zuschlagskalkulation

[21] BGH, Urteil v. 18.05.2004 – X ZB 7/04 ; vorangehend KG, Beschluss v. 26.02.2004 – 2 Verg 16/03.

[22] Die folgenden Ausführungen sollen lediglich soweit reichen, wie sie für das Verständnis der im Weiteren beschriebenen Problemstellung erforderlich sind. Nebst Grundbegriffen wird auch auf zugehörige Verfahrensweisen eingegangen, die für eine eingehendere Betrachtung tatsächlich erforderlicher Kosten notwendig erscheinen.

[23] Vor allem bei kleinen und sich wiederholenden Tätigkeiten werden ausschließlich die Herstellkosten bauauftragsspezifisch ermittelt und mit einem betriebsintern festgelegten Zuschlag verrechnet.

[24] Auf die Grundlagen dieser beiden Verfahren soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Bei der Ermittlung der Herstellkosten werden die Kosten nach zuvor festgelegten Kostenarten strukturiert und kostenartenspezifisch erfasst. [vgl. 6, S. 7] In der Baupraxis haben sich vor allem zur Einteilung von *Einzelkosten der Teilleistungen* (EKT) fünf Kostenarten etabliert, die sich gleichfalls in Formblättern des Vergabehandbuchs des Bundes[25] wiederfinden. [vgl. 7, S. 64] Die EKT berücksichtigen die einer einzelnen (Teil-)Leistungsposition direkt zuweisbaren Kosten (z. B. Lohnstunden oder Materialkosten), wohingegen die *Baustellengemeinkosten* (BGK) die durch eine Bautätigkeit entstehenden, aber nicht unmittelbar einer konkreten (Teil-)Leistung zuweisbaren Kosten abbilden (bspw. ein Turmdrehkran als Bereitstellungsgerät der Baustelle). [vgl. 8, S. 314] *Allgemeine Geschäftskosten* (AGK) stellen grundsätzlich die Verwaltungskosten eines Betriebs dar und stehen nur bedingt im direkten Kontext zu einer Bauleistung. Die letztgenannte Kategorie *Wagnis und Gewinn* (WuG)[26] bildet prozentuale Zuschläge ab, welche Unternehmenswagnisse wie auch Gewinnanteile zusammenfasst.[27]

Die Kalkulationsfreiheit bauausführender Unternehmen (vgl. oben) führt in der Praxis regelmäßig zu markanten Unterschieden bei der Zuordnung von Kosten in o.g. Kostenkategorien.[28] [vgl. 8, S. 315] Dies hat zur Folge, dass auch die Abgrenzung/Ableitung von Kosten für Nachtragsleistungen durchaus problematisch sein kann, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der noch zu diskutierenden „*tatsächlichen Erforderlichkeit*“[29].

1.2 Nachtragspreisermittlung auf Basis der VOB/B

Vor dem Hintergrund vertraglicher Regelungen, insbesondere der VOB/B, hat der Baustellenfortschritt grundsätzlich Priorität, auch vor einer notwendig werdenden Preisvereinbarung für Nachtragsforderungen. [vgl. 9, S. 2] In der Praxis führt dieser Umstand regelmäßig dazu, dass gerade solche Leistungsmodifikationen, für die eine preisliche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien getroffen werden muss, bereits ausgeführt sind.[30] Trotzdem ist für eine sachgemäße Beurteilung von Nachtragsforderungen ein Grundverständnis zu den (tradierten) Kalkulationsverfahren in der Baubranche unerlässlich, da in aller Regel Mehrkostenforderungen auf der Preisermittlungsgrundlage (s. Kapitel 1.1) respektive der *Urkalkulation* eines Bauunternehmens basieren.

Bis zur Einführung des neuen Bauvertragsrechts am 01.01.2018 hat die VOB/B für fast ein ganzes Jahrhundert die vertragsrechtliche Abwicklung von Baumaßnahmen maßgeblich bestimmt. Zum Umgang mit auftraggeberseitigen Anordnungen von geänderten und/oder zusätzlichen Leistungen war und ist seit nunmehr Jahrzehnten die verbreitete Meinung, dass bei Bauverträgen nach VOB/B zur Berechnung von Nachtragspreisen auf die Urkalkulation Bezug genommen bzw. diese fortgeschrieben werden soll, auch besser bekannt als vorkalkulatorische Preisfortschreibung. [10, Rdn. 229 ff.] Getreu dem Grundsatz bzw. der Korbion´schen Preisformel „*Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis*“ liegt die Absicht darin, das vertraglich fixierte Preisniveau

---

[25] Vgl. VHB - Bund - Ausgabe 2017 Formblätter „221 Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation“, „222 Preisermittlung bei Kalkulation über die Endsumme“.

[26] Nach der Neufassung der KLR Bau 2016 wird meist allerdings nur noch von einem Gewinnzuschlag ausgegangen: „*abweichend von bisherigen Vorschlägen zur Kalkulationsgliederung wird empfohlen, nur noch den Begriff „Gewinn“ anstelle von „Wagnis und Gewinn“ zu verwenden*“ [Vgl. KLR Bau, S. 27 ff. sowie OLG München – Urteil vom 26.02.2013].

[27] Auf AGK/WuG sowie den hiermit in Zusammenhang stehenden *angemessenen Zuschlag* wird im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen.

[28] Infolge strategischer Abwägungen können bspw. Geräte, Bauleitungspersonal, Risiken etc. den EKT oder BGK zugeteilt werden.

[29] In Anlehnung an § 650c Abs. 1 BGB.

[30] Es liegt nicht fern, dass dadurch jedwede potentielle Verhandlungssituation verzerrt wird/ werden kann.

bei Nachtragsleistungen beizubehalten und das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zwischen AG und AN möglichst konstant zu halten.[31] [11, S. 1534]

Trotz der nun mehrfach erwähnten und für eine Nachtragspreisermittlung elementaren Urkalkulation ist festzustellen, dass weder aus Regelwerken, wie etwa dem Vergabehandbuch des Bundes, noch aus der Rechtsprechung eindeutig hervorgeht, wie eine Urkalkulation zu erstellen, geschweige denn was unter diesem Begriff zu verstehen ist. [vgl. 12, S. 39] In seinem Beschluss vom 20.12.2007 führte der BGH zu dem Thema Urkalkulation aus, dass „*eine Urkalkulation* […] *üblicherweise die* [dem] *Angebot zu Grunde liegende* ***Kalkulation der Preise*** [Hervorhebung nicht im Original]“ belegt – etwa in Bedarfsfällen wie Nachträgen.[32] Auch wenn der BGH in diesem Zusammenhang offen lässt, was eine Urkalkulation üblicherweise zu leisten hat, so wirken die Urteile des OLG Düsseldorf vom 21.11.2014[33] und OLG Dresden vom 15.01.2015[34] konkreter. Das OLG Düsseldorf führt aus, dass eine nicht auf Basis des Hauptauftrags kalkulierte Nachtragsleistungen nicht nur als unschlüssig, sondern in der weiteren Forderung auch als endgültig unbegründete Klage abzuweisen ist. Das OLG Dresden stellt zudem klar, dass es nicht darauf ankomme, ob die einer Nachtragskalkulation zugehörigen Preise sachlich und rechnerisch valide sind, sondern allein auf ihrer Entstehung aus einer Urkalkulation. BRINSA fasst dies wie folgt zusammen: „*Ohne eine auf der Urkalkulation basierende Nachtragskalkulation gibt es im Streitfall keine einklagbare Nachtragsvergütung!*“ [12, S. 49]

2 Das „neue“ Bauvertragsrecht und § 650c BGB: Ein Überblick

Mit dem Ziel, den Wesensmerkmalen bei der Ausführung von Bauleistungen gerecht(-er) zu werden, wurden im Zuge der Reformierung des Werkvertragsrechts zum 01.01.2018 gesonderte Regelungen zum Bauvertrag in den §§ 650a bis 650h BGB eingeführt. [vgl. 13, S. 53] Im Folgenden wird insbesondere auf zwei dieser Regelungen näher eingegangen, die für die weiteren Betrachtungen maßgebend sind. An dieser Stelle seien die Absichten des Gesetzgebers bereits in kurzer Form vorweggenommen:[35] [13, S. 55]

- *Eindämmen von (Preis-)Spekulationen*
- *Vermeidung von Konflikten zur Preisanpassung*
- *Anreize zur nachvollziehbaren Kalkulation*

Es kann festgestellt werden, dass ausweislich der Erläuterungen zum Gesetzgebungsprozess die in Kapitel 2.1 erwähnten Kritikpunkte maßgeblichen Einfluss auf die Reformierung des Bauvertragsrechts genommen haben. Die Notwendigkeit zur Einführung von Änderungsrechten (vgl. § 650b BGB) des Bestellers sah die Bundesregierung vor allem darin begründet, dass aufgrund teils langwieriger und komplexer Bauprojekte auch während der Bauausführung die Möglichkeit bestehen solle, etwaig notwendig werdende Änderungen an der vertraglich vereinbarten Leistung einseitig anordnen zu können. [13, S. 53] Mit der Reform des Bauvertragsrechts ist der Besteller

[31] Infolge der Fortschreibung des Äquivalenzverhältnisses auf die nachträglich modifizierte Situation soll dem Umstand vorgebeugt werden, dass Bieter im Wettbewerb Angebote bewusst unterkalkulieren und nach Auftragserteilung (jetzt ohne Wettbewerb) mittels überhöhter Nachtragsvergütung das Ergebnis ihrer Baustelle aufbessern.

[32] BGH, Beschluss v. 20.12.2007 - VII ZR 137/07.

[33] OLG Düsseldorf, Urteil v. 21.11.2014 – 22 U 37/14.

[34] OLG Dresden, Urteil v. 15.01.2015 – 9 U 764/14.

[35] Keine abschließende Aufzählung.

nunmehr dazu berechtigt,[36] auch nach Beginn der Bauausführung weitreichende Eingriffsrechte auszuüben.

2.1 § 650c BGB: Ein alternatives Berechnungsmodell für Nachtragsleistungen

Mit der Einführung eines gesetzlichen Anordnungsrechts des Bestellers (AG) wurde in § 650c BGB als korrespondierendes Recht für den Unternehmer (AN) eine alternative (im Bezug zur VOB/B) Berechnungsmethodik zur Mehr- oder Mindervergütung von Leistungsmodifikationen/Nachtragsleistungen unter dem Terminus „*tatsächlich erforderliche Kosten*“ als Regelfall vorgesehen. [vgl. 8, S. 311] Konkret stellt § 650c Abs. 1 BGB zur Bestimmung der Vergütung von durch den Besteller angeordneten Leistungsmodifikationen auf „*tatsächlich erforderliche Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn*“ ab. Der Mehr- bzw. Minderaufwand wird primär durch die Gegenüberstellung der tatsächlich erforderlichen Kosten der modifizierten (mit Anordnung) und den hypothetisch erforderlichen Kosten der unveränderten Leistung (ohne Anordnung) festgestellt. [vgl. 13, S. 56] Dem Unternehmer steht es jedoch frei, die Nachtragsvergütung alternativ durch die aus der VOB/B adaptierte Fortschreibung der ursprünglichen Kalkulationsansätze bzw. auf Basis der Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation nach § 650c Abs. 2 BGB zu ermitteln. Diese Regelung basiert auf der (widerleglichen) gesetzlichen Vermutung, dass die durch Fortschreibung der ursprünglichen Kalkulationsansätze ermittelte Vergütung der Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht (s. Abbildung 2).

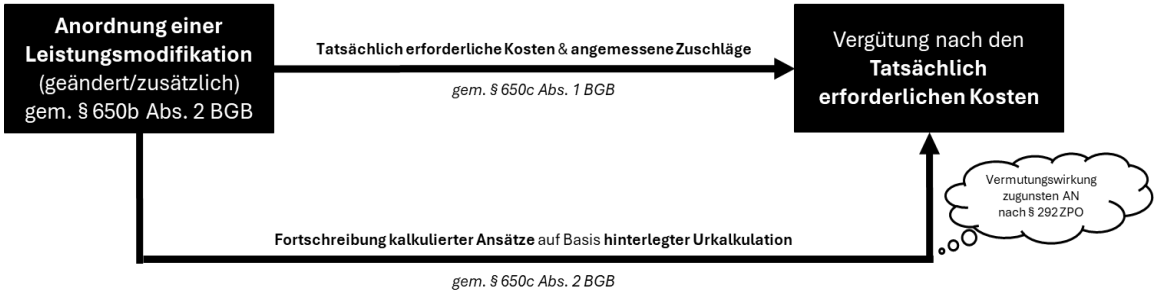

Abbildung 2: Ermittlungswege zur Bestimmung der Vergütung nach § 650c BGB

Da es an einer gesetzlichen Ausgestaltung zur Darlegung des Vergütungsanspruchs nach den tatsächlich erforderlichen Kosten gem. § 650c Abs. 1 BGB fehlt, ist unklar, wie ein Nachweis der Höhe nach systematisch erfolgen und ein etwaiges Widerlegungsrecht durch den AG gem. § 650c Abs. 2 BGB praktikabel umgesetzt werden kann. Im Weiteren soll dieser Frage aus baubetrieblicher Sicht eingehender nachgegangen werden.

2.2 Aktuelle Rechtsprechung zur Preisanpassung

Trotz einer inzwischen über mehr als sieben Jahre andauernden „Probezeit“ des neuen Bauvertragsrechts im Allgemeinen und des § 650c BGB im Besonderen, existiert bislang nur eine überschaubare Zahl einschlägiger Rechtsprechungen zur ordnungsgemäßen Anwendung der tatsächlich erforderlichen Kosten. Durch ein Urteil des BGH am 08.08.2019[37] zu einem VOB-

[36] Vorbehaltlich des Scheiterns einer einvernehmlichen Einigung gem. § 650b Abs. 1 BGB.

[37] BGH, Urteil v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, IBRRS 2019, 2648

Bauvertrag hat die Frage nach der Bemessung von Vergütungsansprüchen für Nachtragsleistungen darüber hinaus eine gewisse Brisanz erfahren. [vgl. 14, S. 32] Die in der Baupraxis und Rechtsprechung als gemeinhin bewährte Methode zur Ermittlung von Preisen nach § 2 Abs. 3 VOB/B (Mengenänderungen) und § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B (geänderte und zusätzliche Leistungen) auf Grundlage der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung (s. o.) wurde infolge des vorgenannten Urteils – auch bekannt als „*Paukenschlag aus Karlsruhe*" – plötzlich in Frage gestellt. [vgl. 15] Auf eine ausführliche Darstellung der BGH-Entscheidung wird an dieser Stelle verzichtet, doch sei hervorgehoben, dass der BGH entschieden hat, dass § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht etwa vorgäbe, wie neue Einheitspreise der Höhe nach zu bemessen seien, sondern lediglich bestimme, dass ein neuer Preis zu vereinbaren sei. Sollten die Vertragsparteien einzelne Teilelemente der Preisbildung (in diesem Fall für konkret eingetretene Mengenmehrungen) nicht vereinbart haben, sind im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung (gem. §§ 133 und 157 BGB) zur Bemessung neuer Einheitspreise die tatsächlich erforderlichen Kosten (zuzüglich angemessener Zuschläge) maßgeblich. [16, Rdn. 27] Die Entscheidungsbegründung des BGH wie auch der Wortlaut einschlägiger Vorschriften hatte anschließend eine Diskussion in der Fachliteratur darüber zur Folge, ob nunmehr auch für Vergütungsansprüche aus Nachträgen gem. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten als Maßgabe heranzuziehen seien. Das OLG Düsseldorf (mit Urteil vom 19.12.2019[38]) sowie das OLG Brandenburg (mit Urteil vom 22.04.2020[39]) haben sodann den von dem BGH in seinem Urteil explizit zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B aufgestellten Grundsatz auf Ansprüche aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B übertragen. Somit sollen auch für aus geänderten und zusätzlichen Leistungen resultierende Ansprüche die tatsächlich erforderlichen Kosten als maßgebliche Ermittlungsgrundlage zur Bestimmung neuer Einheitspreise herangezogen werden, sofern die Parteien keine anderweitigen Vereinbarungen getroffen haben. [vgl. 17, S. 19 f.]

Ohne eine erschöpfende Darstellung aller einschlägigen Rechtsprechungen kann mit Verweis auf die gegenständlichen Urteile festgehalten werden, dass ein Rückgriff auf die gesetzliche Berechnungsmethodik i. S. d. § 650c BGB gerade dann erfolgt, wenn keine Abrechnungsmethodik zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurde. Allerdings ist insbesondere für derartige Zustände eine hinreichend transparente wie auch substantiierte Ur- bzw. Auftragskalkulation alternativlos. Denn diese Preisermittlungsgrundlagen werden auch in Zukunft, unabhängig von weiteren Entwicklungen in der Rechtsprechung, eine maßgebende Rolle bei der Abwicklung von Leistungsmodifikationen spielen. [vgl. 8, S. 314] Daher bedarf es trotz eines potentiellen Bruchs mit konventionellen Methoden der Preisermittlung für Nachtragsleistungen (vgl. Kapitel 1.2) weiterhin der Kenntnis und dem Verständnis von relevanten Kalkulationsgrundlagen sowie -parametern (vgl. Kapitel 1).

Der Annahme folgend, dass neue Preise nicht mehr aus originären abgeleitet werden dürfen, bedeutet umgekehrt nicht, dass im Falle einer Leistungsmodifikation sämtliche Preisermittlungsgrundlagen unbrauchbar wären (s. Kapitel 3.1 und 3). Ob die mit der Einführung des neuen Bauvertragsrechts verfolgten Ziele im Hinblick auf die Nachweisführung erreicht werden und inwieweit das neue (gesetzliche) Leitbild gerechter wird, soll bzw. muss nach wie vor im Rahmen der für (spätestens) fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes angekündigten und aktuell (02/2025) noch immer ausstehenden Evaluation erfolgen. [vgl. 13, S. 36]

---

[38] OLG Düsseldorf, Urteil v. 19.12.2019 – 5 U 52/19, IBRRS 2020, 1426.

[39] OLG Brandenburg, Urteil v. 22.04.2020 – 11 U 153/18.

3 Tatsächlich erforderliche Kosten: Herausforderungen sowie Grenzen der Nachweisführung

Entsprechend dem Wortlaut der Regelung in § 650c Abs. 1 BGB sind bei der Darlegung eines Vergütungsanspruchs auf Grundlage „tatsächlich erforderlicher Kosten“ drei Komponenten zu betrachten: [vgl. 18, S. 109]

- „*Tatsächlich*“ für eine (Teil-)Leistung angefallene Kosten
- für eine (Teil-)Leistung „*erforderliche*“ Kosten
- „*Angemessene*“ Zuschläge für AGK sowie WuG[40]

Da dem Gesetz zu diesen Merkmalen keine eingehenderen Definitionen zu entnehmen sind, handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die es jeweils baubetrieblich auszulegen und zu bewerten gilt.

3.1 Einordnung unbestimmter Rechtsbegriffe

Auf Grundlage einschlägiger Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass den tatsächlichen Kosten die EKT wie auch BGK[41] zuzuordnen sind. [19, Rdn. 823] ALTHAUS/KATTENBUSCH fassen jene wie folgt zusammen: „*Tatsächliche Kosten sind im Grundsatz Kosten, die mit einem* ***konkreten Mittelabfluss*** *verbunden sind* […]. *Tatsächliche Kosten sind damit vor allem* ***zu unterscheiden von den kalkulatorischen Kosten****, die sich auf Grundlage der vereinbarten Einheitspreise und der zugehörigen Kalkulation ergeben* […]. *Maßgeblich für die tatsächlichen Kosten sind der tatsächliche Umfang des Einsatzes von Personal, Geräten, Stoffen* […].“ [20, Rdn. 201] Eine wesentliche Hürde stellen in diesem Zusammenhang allerdings Aufwendungen dar, die Eigengeräte (Stichwort Abschreibung) sowie angestelltes Personal (Lohn/Gehalt[42]) betreffen. Eine sachgerechte, den Tatsachen entsprechende Erfassung ist hier nicht möglich, weshalb auf objektive bzw. fiktive Bewertungsmaßstäbe – wie etwa Ansätze in der Urkalkulation – ausgewichen werden muss. Hierfür sollten sowohl rechtliche als auch baubetriebliche Handlungsanweisen entwickelt werden.

Eine nicht ganz tatsachengerechte Auslegung erlaubt die Begrifflichkeit des „*Erforderlichen*“. Der einschlägigen Kommentarliteratur ist zwar einhellig zu entnehmen, dass die „*Erforderlichkeit*“ ein Korrektiv darstellen soll, welches es einem Unternehmer verwehrt, Kosten für in seine Verantwortung fallende **unwirtschaftliche** Arbeitsweise und Einkaufspraxis (bspw. stark überhöhte Nachunternehmerangebote) erstattet zu bekommen. [21, BGB § 650c Rdn. 17] ALTHAUS/KATTENBUSCH ergänzen hierzu, dass damit die Vergütungsanpassung dem sog. Gebot der Wirtschaftlichkeit als Maßstab dazu unterliegt, dass der Unternehmer nach seinen Ist-Kosten vergütet wird und dadurch selbst steuern können soll, welche Kosten tatsächlich anfallen und technisch notwendig sind. [20, Rdn. 26 f.] Doch bleibt unklar, was einen geeigneten Maßstab der *Erforderlichkeit* darstellt. Ein Rückgriff auf die im Rahmen eines Wettbewerbs[43] in der Urkalkulation ermittelten Vertragspreise dürfte im Zweifel verzerrte und wenig belastbare Ansatzpunkte liefern (vgl. Kapitel 2.1: Vermutungswirkung). Auch AGK und WuG können nicht positionsgetreu abgegrenzt werden. [vgl.

[40] Hierauf wird im Weiteren nicht eingegangen.

[41] vgl. Kapitel 2.1

[42] Datenschutzrecht erlaubt keine Zahlungsnachweise zu Löhnen von Arbeitnehmern [vgl. 18, S. 111].

[43] Respektive Randbedingungen zum Zeitpunkt der Angebotsbearbeitung.

8, S. 316] BGK lassen sich nach der Systematik von § 650c BGB nicht ohne weiteres aus den einzelnen Positionen der Urkalkulation entnehmen. So wird es stets auf die konkreten Produktionsprozesse bzw. projektspezifischen Umstände im Einzelfall ankommen (müssen). [vgl. 22, Rdn. 813][44]

Es ist festzuhalten, dass tatsächlich erforderliche Kosten diejenigen darstellen, die sich im Einzelfall, d. h. unter den gegebenen Randbedingungen objektiv technisch sinnvoll und wirtschaftlich vernünftig[45] erscheinen, direkt ergeben. [vgl. 23, S. 1043]

3.2 Kalkulationsfreiheit vs. Kalkulationszwang: Ein Widerspruch?

Grundsätzlich obliegt es dem AN, im Streitfall die tatsächlichen Kosten wie auch die Angemessenheit von Zuschlägen darzulegen und nachzuweisen. [vgl. 20, Rdn. 222] Selbiges gilt für die Erforderlichkeit, sofern diese durch den AG bestritten wird. Wie bereits in Kapitel 2 angedeutet, setzt eine schlüssige Argumentation einer Vergütungsanpassung gem. § 650c BGB Abs. 1 BGB sowie die dabei notwendige Abgrenzung von Mehr- und Minderaufwand nicht nur den Nachweis von tatsächlich erforderlichen Kosten für EKT und BGK voraus, sondern auch eine Darlegung der Preiszusammensetzung. Hierfür ist und bleibt eine (Ur-)Kalkulation unerlässlich, nicht zuletzt zur Aufklärung etwaig zugrunde gelegter Fiktionen. In Kapitel 1 dieses Beitrags wurde allerdings aufgezeigt, dass AN nach dem Grundsatz der Kalkulationsfreiheit eigentlich nicht kalkulieren müssen. Gleichzeitig wird es den AN per Gesetz und Rechtsprechung auferlegt, ihre Kostenkalkulation sowie Preisermittlungsgrundlage zu dokumentieren: Nach dem gesetzlichen Leitbild kann bzw. sollte der AN daher „*auf die Ansätze in einer* ***vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation*** *zurückgreifen.*“ Unabhängig von den unterschiedlichen Nachweiserfordernissen[46] für zusätzliche und geänderte Teilleistungen, ist (aus baubetrieblicher Sicht) zu klären, welche konkreten Nachweise (i. S. e. Vollbeweises gem. § 286 ZPO) möglich und nötig sind und in welchen Situationen auf Fiktionen (i. S. e. Schätzung gem. § 287 ZPO) zurückgegriffen werden darf. [vgl. 24, S. 47] Vor diesem Hintergrund ist auch der Frage nachzugehen, wie Kalkulationsansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation bzgl. ihres Informationsgehalts zu gestalten sind. So scheint es durchaus sachgerecht, nicht zuletzt für eine partnerschaftliche Zusammenarbeit, einvernehmliche Transparenzregeln für eine Urkalkulation zu formulieren (bspw. strikte Trennung von Kostenbestandteilen EKT, BGK, AGK und WuG). [vgl. 25, S. 187] Zugleich sollten frühzeitig, d. h. im zeitlichen Umfeld des Vertragsschlusses bzw. vor Beginn der Leistungserbringung, methodisch praxisorientierte Anforderungen an das Darlegungserfordernis und an die Bewertung der Wirtschaftlichkeit (Erforderlichkeit) der Ausführung, etwa durch Kalkulationsregeln, einvernehmlich formuliert werden. Damit bliebe auch grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, Ansprüche aus angeordneten Leistungsmodifikationen ohne großen Dokumentationsaufwand nach der bewährten Fortschreibungsmethode (vgl. Kapitel 1.2) abzuwickeln. [vgl. 26, S. 289] Auf Grundlage solcher Transparenzregeln wäre auch eine faire Beurteilung der Erforderlichkeit von Aufwand und Kosten möglich, da der Kenntnisstand von vor der Ausführung entscheidend wäre und ein etwaiger Erkenntnisgewinn im Zuge der Ausführung als „Situationsfaktor“ nicht etwa zu opportunistischem Handeln führen kann.

---

[44] So auch SCHWERDTNER [8, S. 324].

[45] Im Sinne einer angemessenen Toleranz.

[46] Die Darlegungen sind verschieden, da in unterschiedlicher Weise an die Vertragspreise angeknüpft werden muss.

4 Schlussbetrachtung

Für die klassischen Einheitspreis- und Detailpauschalverträge haben sich die Vertragsparteien auf eine neuartige Ebene des Vertrauens einzulassen. Dies gilt nicht zuletzt aufgrund einer „neuen" gesetzlichen Berechnungsmethodik zur Vergütung von Leistungsmodifikationen als auch aufgrund des „Paukenschlagsurteils" zum VOB-Bauvertrag. Die Entwicklung transparenter wie auch pragmatischer Kalkulations- und Darlegungsmethoden zu „*tatsächlich erforderliche Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn*" stellt für die im Rahmen dieses Beitrags identifizierten Herausforderungen einen Meilenstein dar, um vorgenannten Konflikten im Hinblick auf die Nachtragsvergütung vorzubeugen. Insofern bedarf es eingehender interdisziplinärer Untersuchungen zur Entwicklung von Handlungsempfehlungen sowie Methoden für die gerechte Preisfortschreibung von Leistungsmodifikationen auf Basis tatsächlich erforderlicher Kosten, einem unbestimmten Rechtsbegriff.

5 Literaturverzeichnis

[1] R. Wanninger, "Unternehmerische Kalkulation und Einheitsformblätter – auf ewig unvereinbar?" in *Sonderprobleme der Kalkulation - Nachweis im Streitfall: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 25. Februar 2011*, 2011, S. 1–20.

[2] M. Lücke, *Schwachstellenanalyse der Preisfindung für Bauleistungen: Handlungsempfehlungen für den deutschen Baumarkt,* 1. Aufl. Köln: Reguvis Fachmedien, 2021.

[3] R. Wanninger, "Die ordnungsgemäße Kalkulation: ein unbestimmter baubetrieblicher Begriff" in *Bauablaufstörungen und Entschädigungsberechnung: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 17. Februar 2006*, 2006, S. 23–53.

[4] B. Saalbach, M. G. Viering und C. Zanner, *Vergütung, Nachträge und Abrechnung nach Ansprüchen: Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer und Bauunternehmer*. Wiesbaden, Heidelberg: Springer Vieweg, 2023. [Online]. Verfügbar unter: http://www.springer.com/

[5] W. Oberndorfer, "Ein Beitrag zu den Grundlagen der Baupreisbildung", *bau aktuell*, Nr. 5, S. 190–196, 2010.

[6] R. Wanninger, "Von den Kosten zum Preis und wieder zurück" in *Kosten- und Preisermittlung in Konfliktsituationen: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 13. Februar 2004*, 2004, S. 1–31.

[7] A. Malkwitz, M. Kattenbusch, S. Mock und M. Grüber, *Kostenermittlung und -kalkulation im Bauprojekt: Grundlagen und Anwendung*. Wiesbaden: Springer Vieweg, 2022.

[8] P. Schwerdtner, "Tatsächlich erforderliche Kosten und angemessene Zuschläge als Grundlage für die Bemessung einer Zusatzvergütung aus baubetrieblicher Sicht", *BauR - Baurecht*, 2a, S. 311–326, 2021.

[9] R. Wanninger, "Kalkulation, IST-Kosten oder Basar – der Weg zum Preis bei Nachträgen" in *Preisbildung bei Nachträgen - tatsächliche Kosten oder wiederlegbare Urkalkulation: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 27. Februar 2015*, 2015, S. 1–16.

[10] J.-H. Kues, "VOB/B § 2 Vergütung" in *VOB Teil B: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen : Kommentar*, G. Jansen, M. Seibel, F. Nicklisch und G. Weick, Hg., 5 Aufl. München: C.H. Beck, 2019, 229–257.

[11] A. Wernthaler, "Lösungsvorschlag zur Nachtragspreisermittlung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B", *BauR - Baurecht*, Nr. 10, S. 1534–1547, 2021.

[12] C. Brinsa, "Öffnung der Urkalkulation und Anforderungen an die Prüfung der Echtheit" in *Preisbildung bei Nachträgen - tatsächliche Kosten oder wiederlegbare Urkalkulation: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 27. Februar 2015*, 2015, S. 35–59.

[13] Deutscher Bundestag, *Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung*. Drucksache 18/8486. Köln: Bundesanzeiger Verlag GmbH, 2016.

[14] A. Muchowski, *Das neue Bauvertragsrecht nach BGB kompakt: Baurecht für Architekten und Ingenieure nach neuem Recht,* 2. Aufl. Wiesbaden, Heidelberg: Springer Vieweg, 2021.

[15] J. Müns-Mang, *Paukenschlag aus Karlsruhe: BGH kassiert vorkalkulatorische Preisfortschreibung!* Hannover, 2019. Zugriff am 10.01.2025. [Online] Verfügbar unter: https://www.ibr-online.de/IBRNavigator/dokumentanzeige.php?zg=0&S_GS=1&S_Volltext=paukenschlag&HTTP_DocType=News&NewsID=31372&SuchNavi=20%3A26%3A26%3Anews

[16] BGH, Urteil v. 08.08.2019 – VII ZR 34/18, *ZfBR 2019, 777*.

[17] A. Wernthaler, *Lösungsvorschlag zur Nachtragspreisermittlung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B (mit Fallbeispielen).* [Online]. Verfügbar unter: http://www.bkpv.de/ver/pdf/nachtragspreisermittlung/nachtragspreisermittlung.pdf (Zugriff am: 17. Dezember 2024).

[18] F. Kumlehn und P. Schwerdtner, "„Tatsächlich erforderlich“ statt „kalkulatorisch“: Erfahrungen mit der neuen Nachweisführung in Deutschland" in *19. Grazer Baubetriebs- und Bauwirtschaftssymposium, Tagungsband 2021: Nachweisführung bei Mehr- bzw. Minderkostenforderungen*, S. 95–129.

[19] A. J. Roquette, M. G. Viering und S. Leupertz, *Handbuch Bauzeit,* 4. Aufl. Hürth: Werner Verlag, 2021.

[20] S. Althaus, R. H. Bartsch und M. Kattenbusch, *Nachträge im Bauvertragsrecht: Nachtragsvergütung, Entschädigung und Schadensersatz bei Bauverträgen nach BGB und VOB/B,* 2. Aufl. München: C.H. Beck, 2022.

[21] S. Leupertz und R. Thode, *Privates Baurecht: Kommentar zu §§ 631 ff. BGB samt systematischen Darstellungen sowie Kurzkommentierungen zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG,* 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2022.

[22] K. D. Kapellmann, K.-H. Schiffers, J. Markus und A. Knopp, *Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag,* 8. Aufl. Köln: Werner Verlag; Wolters Kluwer Deutschland GmbH, 2025.

[23] M. Lindner, "Ist § 650c BGB eine sichere Grundlage für Nachträge?", *BauR - Baurecht*, Nr. 7, S. 1038–1049, 2018.

[24] F. Kumlehn und S. Greune, "Rechtsprechung und Tagesgeschäft – Veränderte Anforderungen an die Dokumentation von Leistungen und Kosten" in *Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Die steigende Bedeutung des tatsächlich Erforderlichen: digitale Dokumentation im Lichte des Baurechts: Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 28. Februar 2020*, Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Hg., Braunschweig: Technische Universität Braunschweig Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2020, S. 32–64.

[25] M. Kattenbusch, "Baubetriebliche Betrachtungen zur Vergütungsanpassung beim Bauvertrag unter Berücksichtigung tatsächlich erforderlicher Mehr- und Minderkosten: Anwendung im Spezialtiefbau" in *Geheimnisse des Baugrunds: Festschrift für Klaus Englert zum 65. Geburtstag*, K. D. Kapellmann, H. Franke und J. Grauvogl, Hg., München: C.H. Beck, 2014, S. 181–189.

[26] T. Sindermann, "Die Urkalkulation in Zeiten tatsächlich erforderlicher Kosten", *NZBau - Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, Nr. 5, S. 284–289, 2019.