

Verzögerte Vergabe: Berechnung der angepassten Baukosten

1. Bei verzögerter Vergabe sind die Baukosten gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen.
2. Hierbei ist entsprechend der Methodik des § 2 Nr. 5 VOB/B der neue Preis vorkalkulatorisch zu berechnen.
3. Während der Bauausführung tatsächlich entstandene Kosten sind nicht Grundlage für die Feststellung neuer Preise.

Kurzaufsatz von Dipl.-Wirtsch.-Ing. **Frank A. Bötzkes**, Braunschweig, ö.b.u.v.SV für Bauablaufstörungen

VOB/B § 2 Nr. 5

Ausgangssituation

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 11.05.2009 ([IBR 2009, 312](#)) zur verzögerten Vergabe zum vertraglichen Vergütungsanspruch entschieden, dass sich dieser gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B ergibt. **Preisänderungen** sind damit bereits **ab dem "ersten Cent"** zu berücksichtigen.

Kernaussagen

Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass der geänderte Preis methodisch gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B **vorkalkulatorisch** zu ermitteln ist. Ausgehend von der Preisermittlungsgrundlage, hier der Angebotskalkulation des Bieters, ist unter Berücksichtigung von **"Mehr- und Minderkosten"** der Preis fortzuschreiben. Die Anpassung der Kalkulation erfolgt unter der Annahme, wie der Bieter kalkuliert hätte, wenn er die neue Bauzeit gekannt hätte. Für eine solche Neukalkulation ist eine **stichtagsbezogene Betrachtung** durch Vergleich des Zeitpunkts des ursprünglich vorgesehenen und des tatsächlichen Zuschlags vorzunehmen. Der Bieter musste sein Angebot im Hinblick auf den ursprünglich vorgesehenen Zuschlags- und Baubeginntermin kalkulieren, obwohl er nicht wissen konnte, wie sich bis dahin die Preise konkret entwickeln werden. Entsprechend sind **vorkalkulatorisch** die neuen Preise in gleicher Weise zu berechnen. Es kommt somit nicht auf die tatsächlichen Kosten während der neuen Ausführungszeit an. Für die Berechnung der neuen Preise ist die Verwendung von **Preisindices des Statistischen Bundesamtes** zu empfehlen ([IBR 2007, 232](#)), da hierdurch eine neutrale Dokumentation von Preisentwicklungen verwendet wird.

Anmerkung

Neue Angebote, welche der Auftragnehmer von Lieferanten oder Subunternehmern vorlegt, sind durch den Auftraggeber kaum prüf- und beurteilbar. Es ergibt sich ein **Glaubwürdigkeitsdilemma**: Der Auftraggeber kann nicht beweisen, dass die vorgelegten Angebote möglicherweise überhöht sind. Der Auftragnehmer kann aber auch nicht beweisen, dass es sich bei den neuen Angeboten um angemessene Marktpreise handelt. Diese Schwierigkeiten wurden in den Urteilen des OLG Oldenburg ([IBR 2009, 9](#)) und des LG Hannover ([IBR 2008, 206](#)) nicht ausreichend berücksichtigt. Das OLG Celle ([IBR 2009, 444](#)) hat für den Fall des LG Hannover bezüglich der vorgelegten Preise das Marktpreisniveau durch einen Sachverständigen prüfen lassen. Insbesondere bei Massenbaustoffen (z. B. Stahl und Zement) dürften die Preisindices sehr konkret und zeitnah das Marktpreisniveau darstellen. Im Straßenbau können sich z. B. durch große Mengen Probleme ergeben. Die Erklärung des Auftragnehmers, das Material sei nun doppelt so teuer, ist jedoch in der Regel kaum prüfbar. Im konkreten Einzelfall können zusätzlich weitere Kostenänderungen berücksichtigt werden, sofern diese nachvollziehbar und nachweisbar sind. Da mit der Neuberechnung die Preise der **Angebotskalkulation des Bieters** fortgeschrieben werden, sollte diese von der Vergabestelle spätestens mit der ersten Bindefristverlängerung abgefordert werden. Schließlich ist den Bauvertragsparteien zu empfehlen, die Mehrkosten aus verzögerter Vergabe **zeitnah** nach Zuschlag als Nachtrag Nr. 1 zu vereinbaren, damit die geänderten Preise als Grundlage für Vertragsdurchführung vorliegen.

Dipl.-Wirtschaftsingenieur **BDB Frank A. Bötzkes**, Braunschweig

Leseranmerkungen: **Preisindices des statistischen Bundesamtes**

Von Dr. Ralph Bartsch (bartsch@bartsch-nm.de; 11.08.2009, 16:34 Uhr).

Sehr geehrter Herr Bötzkles,

die Auffassung, dass die Anwendung der Preisindices des Statistischen Bundesamtes bei der Ermittlung von Preisänderungen im Falle von Vergabeverzögerungen zu empfehlen wären, ist aus kalkulatorischer wie auch praktischer Sicht nicht zutreffend. Die Angaben des Statistischen Bundesamtes geben nicht die tatsächlichen Veränderungen wieder. Sie stellen zum einen nur einen Bundesdurchschnitt dar und nicht die regionalen Unterschiede. Zum anderen ist es unter Praktikern wohl unbestritten, dass jedes Bauunternehmen spezielle Einkaufsmöglichkeiten hat. Ferner "hinkt" der Index erfahrungsgemäß der tatsächlichen Entwicklung hinterher.

Es muss vielmehr berücksichtigt werden, ob tatsächlich eine Preissteigerung infolge Vergabeverzögerung entstanden ist. Auch Lieferantenangebote haben (verlängerbare) Bindungen.

Zutreffend und der Realität entsprechend differenziert ist diesbezüglich die Auseinandersetzung mit diesem Thema von Professor Leinemann, vgl. BauR 7/ 2009, S. 1032. Der Index kann nur letztes Hilfsmittel sein, wenn nichts anderes vorliegt.

In der Praxis der öffentlichen Auftraggeber wird das von Ihnen empfohlene Verfahren regelmäßig abgelehnt.


 **Preisindices des statistischen Bundesamtes**

Von Frank A. Bötzkles (Post@Boetzkes.de; 13.08.2009, 14:44 Uhr).

Sehr geehrter Herr Dr. Bartsch!

Die Anwendung der Preisindices ist trotz möglicher statistischer Unschärfen die objektivste Methode, das Preisniveau der Angebotskalkulation vorkalkulatorisch auf einen beliebigen Zeitpunkt fortzuschreiben, im Falle der verzögerten Vergabe auf das Datum des verspäteten Zuschlags.

Wenn der Bieter zum Beispiel in seiner ursprünglichen Kalkulation einen Mengenrabatt von 50 % einkalkuliert hat und nach verzögerter Vergabe vorträgt, dieser Mengenrabatt sei nun entfallen, tritt ein Glaubwürdigkeitsdilemma auf. Gerade in solchen Fällen greifen auch öffentliche Auftraggeber auf die Anwendung der Preisindices zurück. Diese finden grundsätzlich Anwendung bei den Preisgleitklauseln der öffentlichen Vergabehandbücher. Schließlich wenden auch immer mehr Auftragnehmer die Preisindices bei Nachtragskalkulationen an.

 **Was bedeutet "vorkalkulatorisch"?**

Von Urban (oliver-andre.urban@hsvv.hessen.de; 17.08.2009, 13:49 Uhr).

Sehr unangenehm ist die Rechtsprechung, die bei der Berechnung des Anspruches regelmäßig Schadensersatz und Vergütung vermischt.

Tatsächlich wäre bei Anwendung des § 2 Nr.5 VOB/B nämlich zu betrachten, was im Angebot gestanden hätte, wäre für den späteren Ausführungszeitraum angeboten worden. Dies wäre z.B. die Preissteigerung der Vorjahre hochgerechnet + ggf. ein Zuschlag für höheres Wagnis. Lediglich im Falle des Schadensersatzes käme es auf einen betriebswirtschaftlichen Mehraufwand an. "IST-Kosten" sind ein Widerspruch in sich, entweder handelt es sich um Kosten ("Bewerteter Normalverbrauch zur Erbringung einer Leistung") oder um tatsächlichen Aufwand. Dies wird häufig vermischt, was zu betriebswirtschaftlich unsinnigen Urteilen führt.

Nur im Schadensersatzfall dürfte Aufwand Berechnungsgrundlage sein, z.B. bei unberechtigtem Ausschluss von der Vergabe und anschließender erfolgreicher Anfechtung. Die Frage ist, ob die entschiedenen Fälle nicht tatsächlich so gelagert waren, dass die Gerichte gewissermaßen auf falschem Weg zum richtigen Ergebnis kamen.

Dem Verfasser ist daher vollständig zuzustimmen.

 **Spekulative Preisnachlässe**

Von Urban (17.08.2009, 14:09 Uhr).

Was spekulative Preisnachlässe in Positionen angeht, so sind diese ein ganz massives Problem - für den Auftragnehmer. Dieser ist grundsätzlich in der Beweislast. Dabei wird zunächst die Richtigkeit der Urkalkulation vorausgesetzt (These: Kalkulierte Kosten=Aufwand) und der neue Aufwand festgestellt. Die sich ergebende Erhöhung des Aufwands wird dann als Kostenschätzung verwendet.

Dadurch, dass bei offenkundig spekulativer Kalkulation die Annahme der Richtigkeit der Urkalkulation und damit die Grundlage der Berechnung des Mehraufwandes bzw. die Schätzung der Mehrkosten erschüttert wird, wird es dem Auftragnehmer unmöglich einen korrekten Beweis über Mehraufwand/Mehrkosten zu führen. Da jeder AN am Markt zwangsläufig spekuliert, um Aufträge zu bekommen, wird der AG die Urkalkulation quasi immer erschüttern können.

Damit bleibt nur noch, die "üblichen" Mehrkosten zu schätzen - und wäre damit wieder bei den Preissteigerungsindices ggf. unter Berücksichtigung regionaler Besonderheiten.