

UnternehmerBrief Bauwirtschaft

Ratgeber für die Bauwirtschaft und die Wertschöpfungskette Bau

UBB BAUBETRIEB
BAURECHT
BAUTECHNIK
BAUSTELLE

—
BVMB:
Fortbestand der VOB/A
begrüßt

—
Großprojekte:
Kommunikation führt zum
Erfolg

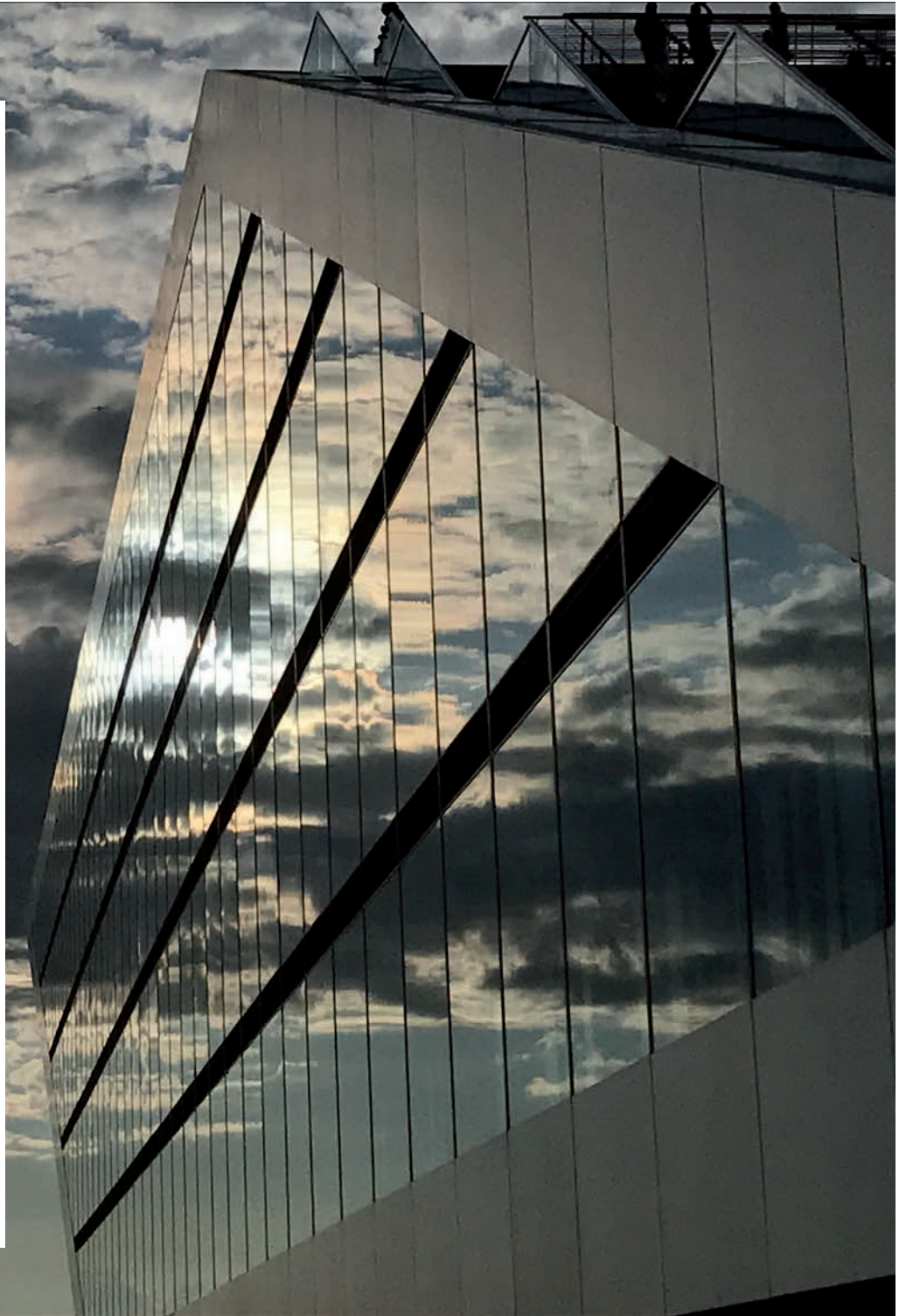
—
2020:
„Solides Jahr“ für die
Bauwirtschaft

—
Wieder einmal:
Unklare Leistungs-
beschreibung

—
Photovoltaik:
Neues zur Gewerbesteuer

—
BVMB:
600 Gäste beim Neujahrs-
empfang

—
Wagnis und Gewinn:
Neue Formblätter Preise
221 und 222



Unlösbares „Wagnis“-Wirrwarr

Neue Formblätter Preise 221 und 222

Von Dipl.-Ing. Hans-Jürgen Johannink
Geschäftsführer des DVLV e.V., Institut für Nachtragsmanagement INA BAU und Mitglied des BVMB Beraterteams, Bonn und Detmold
www.bvmb.de



Bundesvereinigung
Mittelständischer
Bauunternehmen e.V.

Die mit Einführung des Vergabehandbuches des Bundes 2017 (kurz „VHB“) geänderten Formblätter Preise 221 und 222 stellen im Hinblick auf die Zweiteilung des Einzelkostenzuschlages für „Wagnis“ die Bieter vor viele Fragen mit unauflösbaren Problemen. Sie sind kalkulationsmethodisch falsch und führen nicht zum gewollten Ergebnis. Der UBB erläutert die Neuerungen und die Hintergründe.

VHB schränkt Handlungsspielräume ein

Das Vergabehandbuch (VHB) gibt es nunmehr schon seit 1974. Es ist eigentlich geschaffen worden, um die Belange der Bauverwaltung des Bundes in Bezug auf die Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung von Bauleistungen als interne Dienstanweisung einfach zu regeln. Die VHB-Formblätter werden für Landesbauaufgaben genauso gerne eingesetzt wie bei kommunalen Vergaben. Manchmal finden sie sogar im privatwirtschaftlichen Bereich Anwendung.

Dass so ein Werk mit fast 600 Seiten Umfang nicht ohne Kritik bleibt, versteht sich fast von selbst, denn wer versucht, alles im Detail genau zu regeln, regelt am Ende manchmal im Ergebnis nichts mehr. Handlungs- und Auslegungsspielräume der Verwender werden so eingeschränkt, dass selbst für wichtige und vernünftige Entscheidungen einzelner Fälle kein Raum gelassen wird. Aus Sicht der Baufirmen schränken derartige stringente Formblätter nicht nur ihre Freiheiten im Vergabeverfahren, sondern auch in der Abwicklung der Baumaßnahmen bisweilen stark ein.

Positive Nebenwirkungen des praxisfremden Baurechts

Das trotz großer Kritik aus dem Mittelstand seit Januar 2018 eingeführte neue Bauvertragsrecht des BGB hat erfreulicherweise dazu geführt, dass das VHB an einigen Stellen „entschlackt“ wurde. Damit wollte man Sorge tragen, dass keine VOB-widrigen Klauseln in den Bedingungen der VHB-Formblätter enthalten sind. Auf diese Weise sollte sichergestellt werden, zukünftig weiterhin möglichst „reine“ Bauverträge auf Basis der VOB abschließen zu können – zumales für die öffentliche Hand ja ohnehin keine Wahlfreiheit zwischen BGB- und VOB-Bauvertrag gibt.

Das kann man durchaus als positive Nebenentwicklung für ein ansonsten untaugliches und praxisfremdes Bauvertragsrecht des BGB sehen, dessen Abschaffung besser wäre, als es zu reformieren. Die Entwicklung nach zwei Jahren neuem gesetzlichen Bauvertragsrecht Praxis zeigt klar und deutlich: Die Baupraxis und auch die Bauverwaltungen wollen Bauverträge nach VOB!

Neue Entwicklung der „Lügenblätter“

Das VHB wurde aber nicht nur „entschlackt“, sondern nach den Worten der Verfasser auch der aktuellen Rechtsprechung angepasst und verbessert. Von den so genannten Anpassungen und Verbesserungen waren auch die ergänzenden Formblätter Preise 221 und 222 (ehemals EFB Blatt 1a und 1b) betroffen.

Die in der Vergangenheit unter Baupraktikern oft auch als „Lügenblätter“ bezeichneten Preisformblätter sind für freiheitlich denkende und handelnde Unternehmer/Bieter nach wie vor eine deutliche Einschränkung in ihrer methodischen Kalkulationsfreiheit. Wer seine Preisbildung nicht auf den vorgegebenen, sehr engen Rahmen der Formblätter abstellt, läuft Gefahr, von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen zu werden.

Auf der anderen Seite muss natürlich auch Verständnis für die öffentlichen Vergabestellen aufgebracht werden, die die Angebotswertung nicht nur effizient, sondern auch im Hinblick auf den Wettbewerb fair abzuwickeln hat und hierfür eine entsprechende Basis zur Wertung und Vergleichbarkeit von Angeboten benötigt.

Formblätter werden nicht Vertragsbestandteil

Wichtig bleibt nach wie vor der Hinweis im VHB im Teil 3 unter Ziffer 5.1.3, dass die Formblätter Preisermittlung 221 und 222 nicht Vertragsbestandteil werden, weil im Vertrag nur die Preise, nicht aber die Art ihres Zustandekommens und insbesondere nicht die einzelnen Preisbestandteile vereinbart werden.

Seit der VHB-Ausgabe 2017 haben die Formblätter Preise 221 und 222 eine Überarbeitung erfahren, deren Änderungen sich für den geübten Kalkulator auf den ersten Blick ausmachen lassen.

Auf wundersame Art und Weise ist plötzlich das, was jahrzehntelang zusammengehörte, auseinanderdividiert worden: Die Rede ist hier vom Einzelkostenzuschlag für „Wagnis und Gewinn“ (WuG). Ferner hat man die beiden Preis- bzw. Kostenbestandteile nicht nur getrennt (was aus baubetrieblicher Sicht vom Grundsatz her begrüßenswert ist), sondern zudem den Einzelkostenzuschlag für das Wagnis noch unterteilt in

- betriebsbezogenes Wagnis und
- leistungsbezogenes Wagnis.

Ergänzend wird in der Fußnote der Preisformblätter erläutert, dass der Einzelkostenzuschlag für das **betriebsbezogene Wagnis** als „**Wagnis für das allgemeine Unternehmensrisiko**“ und der Einzelkostenzuschlag für das **leistungsbezogene Wagnis** als das „**mit der Ausführung der Leistungen verbundenes Wagnis**“ zu verstehen ist.

Ein Bauunternehmer geht zum einen ein Risiko (Wagnis) ein, sich am Wettbewerb zu beteiligen und einen Betrieb aufrecht zu er-

2	Zuschläge auf die Einzelkosten der Teilleistungen = unmittelbare Herstellungskosten	Zuschläge in % auf				
		Lohn	Stoffkosten	Gerätekosten	Sonstige Kosten	Nachunternehmerleistungen
2.1	Baustellengemeinkosten					
2.2	Allgemeine Geschäftskosten					
2.3	Wagnis und Gewinn					
2.3.1	Gewinn					
2.3.2	betriebsbezogenes Wagnis ¹					
2.3.3	leistungsbezogenes Wagnis ²					
2.4	Gesamtzuschläge					

Bild 1
Preisformblatt 221 Zuschlagskalkulation VHB Ausgabe 2017

halten. Sobald er einen Auftrag erhält und etwas herstellt, ist der generelle Herstellprozess als solcher ebenso mit verschiedenen – tatsächlichen – Risiken (Wagnissen) in den einzelnen Teilleistungen verbunden. Diese Risiken hat ein Bauunternehmer bislang aufgrund der vorherigen Preisformblätter insgesamt mit „nur“ einem Gesamtzuschlag für „Wagnis und Gewinn“ angegeben.

Warum also jetzt die Neuerung?

Der BGH hatte in einem seinerzeit heftig kritisierten Urteil vom 30.10.1997 – VII ZR 222/96 erklärt, dass im Falle einer gekündigten Leistung der Unternehmer den von ihm einkalkulierten Wagniszuschlag als erspart anrechnen lassen muss. In einem neueren Urteil des BGH vom 24.03.2016 – VII ZR 201/15, in dessen Beurteilung auch das Formblatt 221 aus dem VHB Ausgabe 2008 zu Grunde lag, hat der BGH entschieden, dass der vom Auftragnehmer im Rahmen eines Einheitspreisvertrags kalkulierte Zuschlag für Wagnis nicht als ersparte Aufwendung von der Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B 2006 in Abzug zu bringen hat, da hiermit das allgemeine – generelle – unternehmerische Risiko abgesichert werden soll.

Nach diesem Urteil durfte der Unternehmer die Überschrift und den Inhalt des vom Auftraggeber (AG) vorgeschriebenen Preisformblatts 221 „Wagnis und Gewinn“ so verstehen, dass mit dieser „Kostenposition“ der für das **allgemeine Unternehmerrisiko kalkulierte Zuschlag** angegeben werden sollte. Folglich handelt es sich bei der Position „Wagnis und Gewinn“ nicht um Kosten, die lediglich im Hinblick auf eine bestimmte Teilleistung bestehendes Wagnis abgelten sollten. Gestützt darauf ist klar, dass der kalkulatorische Ansatz für Wagnis kein den sonstigen Einzelkosten vergleichbarer Ansatz ist, sondern betriebswirtschaftlich dem Gewinn zuzuordnen ist. Folglich gilt:

Wenn Wagnis nicht eintritt, wird daraus Gewinn!

Aus diesem Grund ist Wagnis weder bei irrtümlichen Mengenunterschreitungen (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B) noch bei völligem Wegfall von Leistungen (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B; § 649 Satz 2 BGB) noch bei annahmezugsbedingter Entschädigungsvergütungen gem. § 642 Abs. 2 BGB) als nicht erspart anzusetzen.

Wagnis steht im Endeffekt dem Gewinn gleich und kann nicht erspart werden

Der vorgenannten Entscheidung des BGH vom 24.03.2016 ist ferner zu entnehmen, dass bei vom Auftragnehmer (AN) kalkulierten Zuschlägen für **Einzelwagnisse**, die die mit der Leistungserstellung in den einzelnen Tätigkeitsgebieten des Betriebs verbundenen Verlustgefahren abgelten sollen, diese **Einzelwagnisse** erspart sein können, da das Risiko dieser „Kostenposition“, tatsächlich nicht anfällt, wenn diese nicht zur Ausführung kommen.

Diese Entscheidung des BGH könnte die Verfasser des VHB bewogen haben, die Formblätter Preisermittlung 221 und 222 so umzugestalten, dass nunmehr das Wagnis getrennt nach betriebsbezogenem und leistungsbezogenem Wagnis anzugeben ist, damit im Falle der vorgenannten Bauvertragsabweichungen, die in erster Linie nur die auftraggeberseitigen Unzulänglichkeiten einer fehlerhaften Bestellung oder unzureichende Bauorganisation betreffen und mithelfen sollen, dass der Vergütungsanspruch des Unternehmers gemindert wird.

VHB gibt Hinweise zur Handhabung

Hinweise zur Handhabung mit den neu eingeführten Begrifflichkeiten finden sich im Teil 5 des VHB Bund in der Überarbeitung 2019 im „Leitfaden zur Vergütung bei Nachträgen“ unter Ziffer 4.8:

„4.8 Wagnis und Gewinn

Wagnis und Gewinn sind keine zwei selbständigen, voneinander unabhängigen Begriffe; richtigerweise müsste es Gewinn mit Wagnisanteil heißen. Denn es handelt sich kalkulatorisch um den Gewinn und Wagnis umfassenden Gewinnzuschlag, in dem ein Anteil dieses Zuschlags durch das darin enthaltene und dadurch abgedeckte Wagnis „bedingt“ ist.

3.2	Allgemeine Geschäftskosten (Summe 3.2)		
3.3	Wagnis und Gewinn (Summe 3.3)		
3.3.1.	Gewinn		
3.3.2	Betriebsbezogenes Wagnis (Wagnis für das allgemeine Unternehmensrisiko)		
3.3.3	Leistungsbezogenes Wagnis (mit der Ausführung der Leistungen verbundenes Wagnis)		

Bild 2 Preisformblatt 222 Endsummenkalkulation VHB Ausgabe 2017

Der Zuschlagsatz hierfür ist aus der Preisermittlung des beauftragten Angebotes zu übernehmen.

Der Zuschlag für Gewinn einschließlich Wagnisanteil ist bei Mengenänderungen sowie bei geänderten, zusätzlichen und im Nachhinein anerkannten Leistungen entsprechend der Preisermittlungsgrundlage des beauftragten Angebotes zu berücksichtigen.

Der Zuschlagsanteil für Wagnis ist bei Mengenminderung oder vollständig entfallenen Leistungen zusammen mit dem Zuschlag für Gewinn in der kalkulierten Höhe zu berücksichtigen, wenn damit das allgemeine Unternehmerrisiko abgedeckt wird, das mit dem Geschäftsbetrieb als solches verbunden ist. Dieser Wagnisanteil zur Absicherung des allgemeinen Unternehmerrisikos steht dem AN auch dann zu, wenn die vertraglich vereinbarte Leistung nicht mehr in dem Umfang ausgeführt werden soll, wie ursprünglich vereinbart bzw. wenn der Vertrag ganz oder teilweise durch den AG nach § 8 Absatz 1 VOB/B gekündigt wird.

Unabhängig davon sind vom AN kalkulierte Zuschläge für Einzelwagnisse bei Mengenminderung oder vollständig entfallenen Leistungen kostenmindernd zu berücksichtigen. Es handelt sich dabei um Wagniszuschläge für besondere Risiken, die mit der Erstellung bestimmter vertraglich vereinbarter Leistungen verbunden sind. Wenn genau diese Leistungen nicht mehr im vereinbarten Umfang ausgeführt werden sollen, verringert sich dadurch das Unternehmerrisiko, das mit dieses Einzelwagnis verbunden ist. Der dafür kalkulierte Zuschlag ist darum bei der Ermittlung der geänderten Vergütung grundsätzlich in Abzug zu bringen.“

Wie sowohl der BGH-Entscheidung und auch der Erklärung im VHB entnommen werden kann, geht es in dem Sonderfall eines leistungsbezogenen Wagnisanteils um vom Auftragnehmer kalkulierte **Zuschläge für Einzelwagnisse**. Das leuchtet baubetrieblich durchaus ein, wenn einzelne Leistungsverzeichnispositionen durch den Kalkulator aufgrund ihrer Besonderheit im Hinblick auf eine risikoreiche Umsetzung der Bauleistung hier mit besonderen „Risikokosten“ in der Angebotskalkulation belegt werden, die jedoch in den Preisformblättern im Einzelnen nicht dargestellt werden können.

Es kann und darf nicht unterstellt werden, dass das leistungsbezogene Wagnis – wie in den aktuellen Preisformblättern 221 und 222 vorgegeben – kalkulatorisch für alle Positionen gleich ist. Diese vom BGH als **Zuschläge für Einzelwagnisse** bezeichneten Kosten sind keine Einzelkostenzuschläge, die Preisermittlungsgrundlage aller Positionen sind (wie es die Formblätter Preisermittlung 221 und 222 jetzt wiedergeben), sondern sind positionsbezogene besondere Einzelkosten der Teilleistung – z. B. sonstige Kosten – die zur kalkulatorischen Kostenerfassung der Einzelwagnisse einer besonderen Bauaufgabe einer Teilleistung aus einer Gesamtaufgabe ist.

Zuschlag nicht über alle Positionen verteilbar

Ein Zuschlag – ob wertmäßig in Geld oder in Prozent bezogen auf die EKT – der sich nur auf eine oder einzelne Einzelleistungen (Position/en) beziehen soll, kann schon rein kalkulationsmethodisch nicht über alle Positionen des Vertrages verteilt werden! Die Einzelkostenzuschläge für Wagnis und auch Gewinn sind sowohl bei der Kalkulation mit im Voraus bestimmten Zuschlägen – Zu-

schlagskalkulation Preisformblatt 221 – als auch bei der Endsummenkalkulation – Preisblatt 222 – immer auf die Gesamtheit aller Leistungsverzeichnispositionen bezogen. Es macht daher kalkulationsmethodisch und im Hinblick auf die Bauabrechnung keinen Sinn, Einzelwagnisse als Zuschlag – wie in den neuen Preisformblättern vorgesehen – über alle Positionen des Vertrages zu verteilen, wenn man diese als ersparte Aufwendungen in einzelnen vom Vertrag abweichenden Teilleistungen bei der Bauabrechnung zu berücksichtigen hätte.

Einzelwagnisse sind bei den Abrechnungsfällen der irrtümlichen Mengenunterschreitungen (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B) bei völligem Wegfall von Leistungen (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B; § 649 Satz 2 BGB) und bei annahmezugsbedingter Entschädigungsvergütungen gem. § 642 Abs. 2 BGB in den betreffenden Positionen herauszufiltern und mit Rückgriff auf die Kalkulation betroffener Positionen dementsprechend positionsweise in der Bauabrechnung zu behandeln. Somit helfen die aktuellen Preisformblätter 221 und 222 hier nicht weiter.

Sofern beispielsweise die Forderung nach einer zusätzlichen Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B auch einen kalkulatorischen Ansatz für ein besonderes leistungsbezogenes „Wagnis“ beinhaltet, würden diese besonderen Kosten im Preis der zusätzlich geforderten Leistung kalkulatorisch als Einzelkosten der Teilleistung im Einheitspreis erfasst. Die seit 2017 überarbeiteten Preisformblätter 221 und 222 sind daher kalkulationsmethodisch unzulänglich und stehen, weil sie nicht die Einzelwagnisse wiedergeben, im Widerspruch zu den Erläuterungen im Teil 5 des VHB im „Leitfaden zur Vergütung bei Nachträgen“ unter Ziffer 4.8.

Die Formalisierung der ersparten leistungsbezogenen Wagnisse über die Angaben der Formblätter lässt sich nicht für die Abrechnung nutzen. Somit geht es nicht ohne den positionsweisen Rückgriff auf die Angebots- bzw. Auftragskalkulation.

Im Übrigen ist im Teil 3 des VHB zu Richtlinie zu 321 unter Ziffer 5.1.2 folgende Handlungsanweisung vermerkt:

...Bei Fehlen eines Ansatzes für Wagnis und Gewinn ist keine weitere Aufklärung erforderlich; derartige Angebote bleiben in der Wertung.

Fazit: Leistungs-Wagnis in Einzelpositionen ausweisen

Im Hinblick auf die Neuerungen in den Preisformblättern ist den Unternehmern zu raten, leistungsbezogene Wagnisse in ihrer Kalkulation in den Einzelpositionen auszuweisen und im Abrechnungsfall sich nicht auf die unzulänglichen Preisformblätter zu beziehen. Die vorgenannten Überlegungen zielen darauf ab, einen Umdenkungsprozess auf Auftraggeber- und Auftragnehmerseite einzuleiten und sich von den „gut gemeinten“ Formalitäten zu verabschieden.



UnternehmerBrief Bauwirtschaft

Ratgeber für die Bauwirtschaft und die Wertschöpfungskette Bau

- Tipps zu Recht, Steuerersparnis, kaufmännischen Entscheidungen und Baustellenpraxis verständlich formuliert
- ausgesuchte Beiträge von Fachanwälten, Steuer- und Bauexperten
- Praxisthemen zur Optimierung von Baustellenabläufen
- geldwerte, direkt umsetzbare Empfehlungen für Bauunternehmer
- stets aktuell - monatlich/12 Ausgaben pro Jahr

Bestellen Sie jetzt Ihr Jahresabonnement für nur € 215*

Bestellschein

Bitte senden Sie mir:

__ St. UBB Jahresabonnement € 215*
 __ St. 909046 Ernst & Sohn Gesamtverzeichnis € 0

Senden Sie Ihren ausgefüllten
 Bestellschein als E-Mail-Anhang
marketing@ernst-und-sohn.de
 oder Fax +49 (0) 30 47031-240

Liefer und Rechnungsanschrift privat geschäftlich

 Firma / Name

 Kundennummer

 Ust.-ID Nr.

 Straße / Hausnummer

 Telefon

 PLZ / Ort / Land

 Fax

 E-Mail-Adresse für Online-Registrierung

 Ansprechpartner

 Datum / Unterschrift

www.ernst-und-sohn.de/

* € Preise sind Nettoinlandspreise, zzgl. MwSt., inkl. Versandkosten. Preise in anderen Währungen (USD, GBP) auf Anfrage. Es gelten die Lieferungs und Zahlungsbedingungen des Verlages. Irrtum und Änderung vorbehalten.

Im Jahresabonnement 2020 wird der Umfang der Ausgaben wie oben angegeben geliefert. Eine Kündigung des Jahresabonnements ist jederzeit unter Einhaltung der Kündigungsfrist möglich. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Ablauf des Bezugszeitraumes. Ohne Kündigung erfolgt die Fortführung der Belieferung für ein weiteres Jahr zum dann gültigen Normalpreis.

Widerruf: Dieser Auftrag kann innerhalb zwei Wochen beim Verlag Ernst & Sohn, Wiley-VCH, Boschstr. 12, D-69469 Weinheim, schriftlich widerrufen werden.

Wiley-VCH GmbH & Co.KGaA
 Kundenservice
 Boschstraße 12
 69469 Weinheim
 Deutschland

Bei Fragen wenden Sie sich an:
 ■ +49(0)30 47031-236

Irrtum und Änderungen vorbehalten
 Stand: 4/2019