

Gliederung

Vorwort	VI
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Gliederung	XII
A. Ausgangssituation	1
I. Novelliertes Bauvertragsrecht ab 01.01.2018.....	1
II. Definition „Bauvertrag“	2
III. Unterscheidung BGB-Vertrag vs. VOB-Vertrag	3
IV. Leistungsänderungen und Einheitspreis Neuberechnung.....	4
V. VOB-Verträge unter Geltung des novellierten Bauvertragsrechts	4
B. Grundverständnis der VOB/B	7
I. Historische Entwicklung.....	7
1. Verknüpfung zum öffentlichen Vergaberecht	7
2. Submissionswesen: Wirtschaftsliberale Entwicklung	7
3. Folge: Privatautonome, unausgewogene Bauverträge	8
4. Reform durch Regelwerke.....	10
5. Regelwerke mit Leitbildcharakter für die VOB/B	10
6. Erste Gesetzgeberische Bestrebung	12
7. Gescheiterter Entwurf eines Rahmengesetzes	13
8. Alternativansatz: Delegation auf Ausschuss.....	14
9. Urfassung der VOB/B von 1926 als DIN 1961.....	15
10. Folgeentwicklung bis heute	15
11. Zusammenfassung zu B.I.	17
II. Rechtsnatur	17
1. Kein formelles Gesetz.....	17
2. Keine Verordnung.....	18
4. Keine Rechtsnorm mangels abstrakt-genereller Wirkung	20
5. AGB-Charakter	21
a. Gesetzliche Definition.....	21
b. Ansicht des BGH.....	22
c. Ansicht der Literatur.....	23
6. Kein kodifiziertes Gewohnheitsrecht.....	24
7. Kein Handelsbrauch / keine Verkehrssitte	25
8. Zusammenfassung zu B.II.	27
III. Verhältnis zum Bauvertragsrecht des BGB (§§ 650a ff. BGB)	27
1. Historischer Werkvertrag als punktueller Austauschvertrag	27
2. Bauvertrag als Langzeitvertrag.....	28
3. Regelungslücke für Erfüllungsphase	29
4. Ergänzungsfunktion	30
5. Vorrang der VOB/B im Kollisionsfall	31
6. Zusammenfassung zu B.III.	33
IV. Zusammenfassung zu B.	33
C. Leistungsänderungen	35

I.	Änderung des Bauentwurfs gem. § 1 Abs. 3 VOB/B	35
1.	Sinn und Zweck der Regelung	36
2.	Rechtsnatur der Anordnung	37
a.	Willenserklärung	37
b.	Empfangsbedürftigkeit	39
3.	Rechtsnatur der Anordnungsberechtigung	39
a.	Kein Kontrahierungszwang	39
b.	Kein Änderungsvorbehalt	41
c.	Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB)	43
d.	Ansicht des BGH	44
e.	Zusammenfassung zu C.I.3.	44
4.	Ausübung	44
a.	Zeitraum	45
b.	Wiederholte Leistungsänderung	45
c.	Kein Formzwang	46
d.	Rechtsbindungswille	47
aa.	Vermeintlicher Maßstab des BGH	47
bb.	Keine Fiktion trotz Anordnungsobliegenheit	48
cc.	Keine bloße Mitteilungen / Wünsche	49
dd.	Kriterium des Verantwortungsbereichs	50
ee.	Zusammenfassung zu C.I.4.d.	51
e.	Stellvertretung	52
f.	Kein Einigungsversuch (§ 650b Abs. 1 S. 1 BGB)	53
g.	Zusammenfassung zu C.I.4.	54
5.	Abgrenzungen	54
a.	Kein Abruf ohnehin geschuldeter Leistungen	54
b.	Keine freie Teilkündigung	55
c.	Keine Anordnung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B	56
d.	Keine Anordnung gem. § 1 Abs. 4 VOB/B	57
aa.	Restriktion von § 1 Abs. 3 VOB/B	58
bb.	Kalkulatorischer Ansatz	59
cc.	Wertende Betrachtung	60
dd.	Schwerpunktbetrachtung nach Aufwand	61
e.	Zusammenfassung zu C.I.5.	62
6.	Grenzen der Anordnungsberechtigung	63
a.	Begriff des „Bauentwurfs“	63
aa.	Funktionale Definition des Leistungserfolgs	63
bb.	Baumstände	65
i.	Systematik des BGB	65
ii.	Systematik der VOB/B	66
cc.	Konkret: Bauzeit	68
i.	Regelungen der VOB/B zur Bauzeit	68
ii.	Beschleunigungsanordnungen	69
iii.	Verlängerungen der Bauzeit	70
iv.	Einfordern vertraglicher Fristen	71
v.	Mittelbare Änderungen der Bauzeit	72
vi.	Ansicht der Rechtsprechung	73
vii.	Zusammenfassung zu C.I.6.a.cc.	77
dd.	Zusammenfassung zu C.I.6.a.	78
b.	Verantwortungsbereich des Auftraggebers	78
aa.	BGH Entscheidung von 1985	79
cc.	Rechtsprechungsänderung seit 1999	80
dd.	Kritik der Instanzgerichte	80
ee.	Zusammenfassung zu C.I.6.b.	81
c.	Einschränkung gem. § 315 BGB	82

aa.	Anwendbarkeit trotz AGB-Recht.....	82
bb.	Bestimmung nach billigem Ermessen.....	82
i.	Abstrakter Maßstab	83
ii.	Begrenzung auf Fachgebiet des Auftragnehmers.....	84
iii.	Keine faktische Neuplanung	84
iv.	Wertung des § 4 Abs. 1 Nr. 4 VOB/B.....	85
v.	Zusammenfassung zu C.I.6.c.bb.....	86
d.	Übertragung der Grenzen in § 1 Abs. 4 S. 1 VOB/B	87
aa.	Keine historische Auslegung von AGB.....	87
bb.	Keine Analogiefähigkeit	88
cc.	Keine Regelungslücke.....	89
i.	Billigkeitsgrenze (§ 315 Abs. 1 BGB).....	89
ii.	Faktische Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2 BGB)	89
dd.	Zusammenfassung zu C.I.6.d.....	91
e.	Rechtsfolgen bei beschränkungswidrigen Anordnungen	91
aa.	Unwirksamkeit der Änderungsanordnung	91
bb.	Keine vorläufige Verbindlichkeit bei Unbilligkeit.....	92
cc.	Gläubigerverzug.....	94
dd.	Umdeutung in freie Teilkündigung	94
ee.	Kündigung des Auftragnehmers.....	95
ff.	Widerspruchslöse Ausführung.....	96
f.	Zusammenfassung zu C.I.6.	97
7.	AGB-Kontrolle	98
a.	Prämisse: Auftraggeber als Verwender.....	98
b.	Prämisse: Auftragnehmer als Unternehmer (§ 14 BGB).....	99
c.	Isolierte Inhaltskontrolle.....	100
d.	Keine Teilprivilegierung.....	101
e.	Kontrollfähigkeit (§ 307 Abs. 3 BGB).....	102
f.	Grundsatz der objektiven Auslegung	102
g.	Allgemeiner Bewertungsmaßstab (§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB).....	103
h.	Maßstab der §§ 307, 308 Nr. 4 BGB	104
aa.	Anwendbarkeit	105
bb.	Keine Wirksamkeit wegen Praxisbedürfnis	105
cc.	Kein Umkehrschluss aus § 1 Abs. 4 VOB/B	106
dd.	Zumutbarkeitsgrenze.....	107
i.	Ansatz: Billigkeitsgrenze (§ 315 Abs. 1 BGB) kraft Ergänzungsfunktion	107
ii.	Kritik: Autonome und vorrangige Prüfung des AGB- Rechts.....	108
iii.	Wortlaut: Kein Zwang zu einer ausdrücklich formulierten Zumutbarkeitsgrenze	110
iv.	Unmöglichkeit einer abschließenden Definition.....	111
v.	Untauglichkeit eines abstrakt-generellen Zumutbarkeitskriteriums	112
vi.	Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)	113
vii.	Beurteilungsmaxime: Gesamtschau	113
viii.	Flexibilitätsbedürfnis wegen langer Leistungsfrist.....	114
ix.	Äquivalenzprinzip: Korrespondierende Einheitspreisneuberechnung (§ 2 Abs. 5 VOB/B).....	115
x.	Wertung des § 648 BGB	117
xi.	These: Verzichtbarkeit der Zumutbarkeitsgrenze im Wortlaut.....	119

i.	Maßstab der §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 650b BGB.....	120
aa.	Definition eines wesentlichen Grundgedankens einer gesetzlichen Regelung	121
bb.	Zumutbarkeitsgrenze (§ 650b Abs. 2 S. 2 BGB).....	122
i.	Beschränkte Anwendbarkeit.....	122
ii.	Keine Entsprechung von § 1 Abs. 3 VOB/B und § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB.....	123
iii.	Folge: Keine Abweichung von einem wesentlichen Grundgedanken	125
iv.	Jedenfalls: Widerlegung der Zweifelsregelung (§ 307 Abs. 2 BGB).....	125
bb.	30-tägiger Einigungsversuch vor Leistungsänderung (§ 650b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB).....	127
i.	Relativierung des zwingenden Normcharakters.....	127
ii.	Wertung des § 648 BGB	130
iii.	Kein Bestandteil des zwingenden Katalogs laut § 309 BGB	131
iv.	Beurteilungsmaxime: Gesamtschau	132
j.	Zusammenfassung zu C.I.7.	134
II.	Anordnungen nicht vereinbarter Leistungen gem. § 1 Abs. 4 VOB/B	135
1.	Sinn und Zweck der Regelung	135
2.	Rechtsnatur der Anordnung.....	136
3.	Rechtsnatur der Anordnungsberechtigung	136
4.	Ausübung	136
5.	Abgrenzungen.....	137
a.	Kein Abruf ohnehin geschuldeter Leistungen	137
b.	Keine Anordnung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B	137
c.	Keine Anordnung gem. § 1 Abs. 3 VOB/B	138
d.	Kein Anschlussauftrag gem. § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B	138
6.	Grenzen der Anordnungsberechtigung.....	140
a.	Begriff der „nicht vereinbarten Leistungen“.....	140
aa.	Allgemeine Definition	140
bb.	Konkret: Vergessene Leistungen	140
i.	Wortlaut.....	140
ii.	Argument des funktionalen Herstellungsbegriffs ...	141
iii.	Keine Konturlosigkeit des Leistungserfolgs	142
iv.	Eingrenzung des funktionalen Herstellungsbegriffs	143
cc.	Zusammenfassung zu C.II.6.a	145
b.	Erforderlichkeit	145
aa.	Begriffsdefinition nach § 632a Abs. 1 S. 6 BGB.....	145
bb.	Übertragung auf § 1 Abs. 4 VOB/B	146
cc.	Weites Verständnis der „Erforderlichkeit“.....	146
dd.	Einschränkung gem. § 315 BGB	147
ee.	Zusammenfassung zu C.II.6.b.....	147
c.	Betriebseinrichtung des Auftragnehmers	147
aa.	Allgemeine Definition	148
bb.	Konkret: Kein Zwang zu Subunternehmereinsatz	148
cc.	Faktische Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2 BGB)	149
dd.	Einschränkung gem. § 315 BGB	149
ee.	Zusammenfassung zu C.II.6.c.....	150
d.	Rechtsfolgen bei beschränkungswidrigen Anordnungen	150
e.	Zusammenfassung zu C.II.6.e.	151

7.	AGB-Kontrolle	151
a.	Vorbemerkung.....	151
b.	Maßstab der §§ 307, 308 Nr. 4 BGB	152
c.	Maßstab der §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 650b BGB	153
aa.	Zumutbarkeitsgrenze.....	153
bb.	30-tägiger Einigungsversuch vor Leistungsänderung (§ 650b Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB).....	154
d.	Zusammenfassung zu C.II.7.	155
III.	Rechtsschutz.....	155
1.	Risiken bei fehlender Klärung.....	155
2.	Bestimmung durch Urteil (§ 315 Abs. 3 S. 2 HS 1 BGB).....	156
3.	Unpraktikabilität wegen Verfahrensdauer	157
4.	Regelung des § 650d BGB.....	157
a.	Keine direkte Anwendbarkeit	158
b.	Analoge Anwendbarkeit	159
aa.	Planwidrige Regelungslücke.....	159
i.	Systematische Verortung in § 18 VOB/B.....	159
ii.	Regelungslücke	160
iii.	Planwidrigkeit	160
iv.	Zusammenfassung zu C.III.4.b.aa.	161
bb.	Vergleichbare Interessenlage	161
cc.	Ergebnis	162
IV.	„Andere Anordnungen“ gem. § 2 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VOB/B	162
1.	Begriff der „anderen Anordnungen“	163
a.	Systematik	163
b.	Wortlaut	163
c.	Funktion als Auffangtatbestand.....	164
d.	Anknüpfung an privatautonome Anordnungsrechte	164
e.	Beschränkungswidrige Anordnungen.....	164
aa.	Problemstellung	165
bb.	Entscheidungsbedarf	165
cc.	<i>Argumentum a fortiori</i>	167
dd.	Prognoserisiko zulasten des Auftraggebers.....	167
ee.	Rechtsfolgeneintritt trotz Unverbindlichkeit.....	168
ff.	Keine Systemwidrigkeit.....	169
gg.	Anspruchskonkurrenz von § 2 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VOB/B, § 642 BGB und § 6 Abs. 6 VOB/B.....	170
hh.	Regelungsbedürfnis zugunsten des Auftragnehmers	171
ii.	Zwischenergebnis zu C.IV.1.e.	173
jj.	Konkret: Bauzeit	173
2.	Keine Generalklausel trotz Auffangfunktion	174
3.	Zusammenfassung zu C.IV.....	174
V.	Thesen	175
D.	<u>Prinzip des Einheitspreises.....</u>	<u>176</u>
I.	Definitionen	176
1.	Einheitspreisvertrag	176
2.	Leistungsverzeichnis.....	176
3.	Bedarfs-/ Eventualpositionen und Alternativpositionen	177
4.	Leistungsbeschreibung	177
5.	Vordersatz	178
6.	Aufmaß	178
7.	Einheitspreis	180
8.	Abrechnung.....	180

II.	Kalkulation eines Einheitspreises.....	180
1.	Historische Entwicklung.....	181
2.	Elemente des Einheitspreises.....	182
a.	Einzelkosten der Teilleistung (EKT).....	182
b.	Baustellengemeinkosten (BGK).....	183
c.	Allgemeinen Geschäftskosten (AGK).....	183
d.	Wagnis und Gewinn (W+G).....	185
3.	Kalkulation.....	185
a.	Herstellungskosten (EKT plus BGK).....	186
b.	Selbstkosten (Herstellungskosten plus AGK).....	186
c.	Betrag für W+G (Wagnis und Gewinn).....	186
d.	Prozentualer Zuschlag auf EKT.....	186
e.	Veranschaulichungsbeispiel.....	188
f.	Kalkulationsfreiheit.....	188
g.	Urkalkulation.....	189
h.	Angebots-/ Auftrags-/ Arbeitskalkulation.....	190
III.	Tatsächliche Kosten.....	191
IV.	Zusammenfassung zu D.	191

E. Einheitspreisneuberechnung.....193

I.	Problemstellung.....	193
II.	Zielsetzung: Universelle Anwendbarkeit und Praktikabilität.....	195
III.	Einheitspreisneuberechnung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B.....	195
1.	Rechtsfolgenregelung.....	195
2.	Vergütungsvereinbarung (Nachtrag).....	195
a.	Begriff des Nachtrags.....	196
c.	Keine Fortgeltung ursprünglicher Einheitspreise.....	197
d.	Keine Automatikklause!.....	198
aa.	Verständnis als Automatismus.....	198
bb.	Wortlautauslegung.....	199
cc.	Komplexität der Materie.....	199
dd.	Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB).....	200
ee.	Zusammenfassung zu E.III.2.d.	201
e.	Keine ergänzende Vertragsauslegung.....	201
f.	Einigungsvorbehalt / Gerichtsentscheidung analog § 315 Abs. 3 S. 2 BGB.....	202
g.	Verhandlungspflicht.....	204
h.	Leistungsverweigerungsrecht.....	205
aa.	Problemstellung.....	205
bb.	Subsumtion unter § 273 BGB.....	206
cc.	Ernsthafte und endgültige Verweigerungshaltung.....	207
dd.	Uneinigkeit über die Höhe.....	208
ee.	Scheinverhandlungen / Passivität.....	208
ff.	Kriterium der Erheblichkeit.....	210
gg.	Rechtsfolge bei unberechtigter Leistungsverweigerung.....	211
hh.	Zusammenfassung zu E.III.2.h.	213
i.	Beauftragung dem Grunde nach.....	213
j.	Keine Doppelvergütung aufgrund obsoleter Nachträge.....	214
aa.	Kein Rechtsbindungswille des Auftraggebers.....	214
bb.	Anfechtungsrecht des Auftraggebers.....	215
cc.	Fehlen der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 2 BGB).....	216
dd.	Nebenpflichtverletzung (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB).....	216
k.	Zusammenfassung zu E.III.2.	217
3.	Berechnungstheorien nach VOB/B.....	218

a.	Prinzip der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung.....	219
aa.	Grundgedanke.....	219
bb.	Methodik.....	220
	i. Bezugsleistung	220
	ii. „Alter“ Einheitspreis.....	221
	iii. Vertragspreisniveaufaktor.....	221
	iv. EKT der „neuen“ Einzelleistung	222
	v. BGK, AGK und W+G	223
	(1) Zuschlag laut Auftragskalkulation	224
	(2) Ausgleichsberechnung	224
	(3) BGK	225
	(4) AGK	227
	(4.1) Umsatzbezogene Kalkulation	227
	(4.2) Mittelbar zeitbezogene Kalkulation	228
	(4.3) Periodenbezogene Unterdeckung.....	229
	(4.4) Exkurs: Null-Positionen (§ 2 Abs. 3 VOB/B).....	231
	(4.5) Isolierter Ausgleichsanspruch	232
	(5) W+G.....	234
cc.	Ausnahmen	234
	i. Kalkulationsirrtum	234
	ii. Kostensteigerungen	236
	(1) Verschiebung der Erstellungsphase	236
	(2) Erhöhungen der Vordersätze.....	237
	(3) Modifizierte Verfahrenstechnik.....	237
	iii. Unsorgfältige Planung.....	238
	iv. Extremsumme der Nachtragsvergütung	238
	v. Fehlende Bezugsposition.....	238
	vi. Zusammenfassung zu E.III.3.a.cc.	239
dd.	Problematik der Spekulationspreise	240
	i. Phänomen der Spekulationspreise	240
	ii. Keine hinreichende Korrektur durch § 16d Abs. 1 Nr. 1 VOB/A	241
	iii. Verbot der Mischkalkulation	241
	(1) Inhalt und Wirkung	241
	(2) Defizite an Effektivität	242
	iv. Zwischenergebnis.....	243
	v. Sittenwidrigkeitskontrolle (§ 138 BGB)	244
	(1) Spekulationsrechtsprechung des BGH	244
	(1.1) Inhaltliche Essenz	244
	(1.2) Rezeption	246
	(1.3) Prüfungsmaßstab	247
	(1.4) Beurteilungszeitpunkt.....	248
	(1.5) „Übliche Vergütung“ nach § 632 Abs. 2 Alt. 2 BGB	250
	(1.5.1) Ersetzung durch Gesetzesrecht: § 650c BGB	251
	(1.5.2) Keine Vergleichbarkeit mit Rspr. zu HOAI	251

	(1.5.3) Verbot der gerichtlichen Preiskorrektur.....	253
	(1.5.4) Abschreckungszweck von § 138 BGB	254
	(1.6) Rechtsunsicherheit	260
	(2) Zusammenfassung zu E.III.3.a.dd.v.....	260
vi.	Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)	261
	(1) Geschäftsgrundlage	261
	(1.1) Definition.....	261
	(1.2) Kalkulation: Keine Kenntnis des Auftraggebers.....	262
	(1.3) Kein Geschäftswille des Auftraggebers	263
	(1.4) Kein außervertraglicher Umstand	263
	(2) Zumutbarkeit wegen Vertretenmüssen	265
	(3) Keine Unvorhersehbarkeit	267
	(4) Zusammenfassung zu E.III.3.a.dd.vi.....	267
vii.	Ergänzende Vertragsauslegung	268
	(1) Korrektur von Abfindungs- und Übernahme-preisklauseln in Gesellschaftsverträgen	268
	(2) Keine planwidrige Regelungslücke.....	270
	(2) Flexibilität kraft Einigungsvorbehalt.....	272
	(3) Zusammenfassung zu E.III.3.a.dd.vii.....	273
viii.	Ausübungskontrolle (§ 242 BGB)	273
	(1) Institut der Ausübungskontrolle	273
	(2) Anwendung zur Korrektur von Spekulationspreisen	274
	(2.1) Vorrangverhältnis.....	275
	(2.2) Nachträgliches Missverhältnis	275
	(2.3) Keine Teilnichtigkeit des Bauvertrags.....	275
	(2.4) Rechtsfolge: Maßstab des § 650c Abs. 1 BGB	276
	(3) Zusammenfassung zu E.III.3.a.dd.viii.....	277
ix.	Zusammenfassung zu E.III.3.a.dd.....	277
ee.	Meinungsstand.....	278
	i. Schrifttum.....	278
	ii. BGH	278
	iii. Instanzgerichte	280
	iv. Zusammenfassung zu E.III.3.a.ee.	281
ff.	Bewertung	282
	i. Wortlaut.....	282
	(1) „Grundlagen des Preises“	282
	(2) „Mehr- und Minderkosten“	283
	(3) Kein Rückschluss aus § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 1 VOB/B.....	284
	ii. Wettbewerbscharakter der Einheitspreise	285
	iii. Grundsatz <i>pacta sunt servanda</i>	286
	iv. Duales, heterogenes Vergütungssystem	288

	v.	Reziproke Ausgeglichenheit	289
	vi.	Kalkulationsfreiheit.....	290
	vii.	Problematik des Vergabegewinns	291
	gg.	Zusammenfassung zu E.III.3.a.	292
b.		Ansatz von tatsächlichen Kosten	293
	aa.	Grundgedanke.....	293
	bb.	Methodik.....	293
	i.	EKT: Differenz tatsächlicher Kosten	294
	ii.	Verrechnung mit EKT laut „altem“ Einheitspreis	295
	iii.	BGK, AGK und W+G	295
		(1) Zuschläge laut Urkalkulation	295
		(2) Unterkalkulation: Mindestzuschlag von 5 %	296
	iv.	Berechnungsbeispiel.....	296
	cc.	Meinungsstand.....	298
	dd.	Bewertung	299
	i.	Wortlaut	300
		(1) „Mehr- und Minderkosten“	300
		(2) Vereinbarung vor Ausführung (§ 2 Abs. 5 S. 2 VOB/B).....	300
	ii.	Schadensersatz vs. Vergütung	301
	iii.	Problematik der Spekulationspreise	302
	iv.	Keine durchgreifende Missbrauchsgefahr	303
	v.	Universelle Anwendbarkeit und Praktikabilität	305
	vi.	Problematik des Vergabegewinns	306
	ee.	Zusammenfassung zu E.III.3.b.	306
c.		Ansatz von marktüblichen Preisen (§ 632 Abs. 2 BGB)	307
	aa.	Methodik	307
	bb.	Bewertung	308
	i.	Wortlaut	308
	ii.	Subsidiarität von § 632 Abs. 2 BGB	309
	iii.	Keine tauglichen Referenzurteile.....	309
	iv.	Wertung von § 650c Abs. 1 BGB.....	310
	v.	Fehlender Individualbezug	311
	vii.	Defizite an universeller Anwendbarkeit und Praktikabilität	312
	viii.	Problematik der Spekulationspreise	312
	cc.	Zusammenfassung zu E.III.3.c.	313
d.		Ansatz von Selbstkosten.....	313
	aa.	Methodik	313
	bb.	Bewertung	313
	cc.	Zusammenfassung zu E.III.3.d.	315
e.		Ansatz der Arbeitskalkulation	315
	aa.	Methodik	315
	bb.	Bewertung	316
	cc.	Zusammenfassung zu E.III.3.e.	317
f.		Vorrang des Parteiwillens	317
g.		Zusammenfassung zu E.III.3.	318
4.		Preisneuberechnung gem. § 650c BGB.....	318
	a.	Methodik.....	318
		aa. Einigungsversuch / Verhandlungspflicht (§ 650b Abs. 1 S. 1 BGB)	319
		i. Angebot des Unternehmers	319

ii.	Keine kategorische Verhandlungsdauer von 30 Tagen	320
bb.	EKT: Differenz tatsächlicher Kosten	320
cc.	BGK: Tatsächliche Kosten	321
dd.	Kriterium der Erforderlichkeit	322
ee.	AGK und W+G	322
i.	Kein Rückgriff auf Urkalkulation	323
ii.	W+G nicht als fixer Absolutbetrag	323
ff.	Mindestzuschlag von 5 %	325
ff.	Berechnungsbeispiel	325
gg.	Rückgriff auf Urkalkulation (§ 650c Abs. 2 BGB)	326
b.	Bewertung	329
aa.	Kriterium der Erforderlichkeit	329
bb.	BGK: Tatsächliche Kosten	330
cc.	Problematik der Spekulationspreise	331
dd.	Flexibilität über Wahlmodell (§ 650c Abs. 2 BGB)	332
ee.	Verhandlungspflicht	333
c.	Zusammenfassung zu E.III.4.	334
5.	Konsensmethode	334
a.	Vorrang des Parteiwillens	334
b.	Verhandlungspflicht	334
aa.	Keine zwingende Methodik	335
bb.	Flexibilität und Einzelfallgerechtigkeit	336
cc.	Verstöße und Sanktionierung	337
dd.	Kritik	338
i.	Kein Fremdkörper im Zivilrecht	339
ii.	Kein oktroyierter Zwang	340
ee.	Zusammenfassung zu E.III.5.b.	341
c.	Kontrahierungszwang	342
d.	Bindungswirkung als Vorvertrag	342
e.	Bestimmtheit	344
f.	Normative Auslegung anhand des objektiven Empfängerhorizonts (§§ 133, 157 BGB)	344
aa.	Ergänzungsfunktion	345
bb.	Auslegung <i>de lege lata</i>	345
i.	Autarker Wortlaut bzgl. Erfassung des BGB	346
ii.	Vornahmezeitpunkt	346
iii.	Keine Bindung an bisherige Praxis	347
iv.	Zusammenfassung zu E.III.5.f.bb.	348
cc.	Wortlautinterpretation	348
i.	Terminus „Kosten“	348
ii.	Kein Hinweis auf Fortschreibung	349
iii.	EKT nach tatsächlichen Kosten	349
iv.	BGK, AGK, W+G	350
dd.	Zusammenfassung zu E.III.5.f.	351
g.	Praktikabilität und Durchsetzbarkeit	352
aa.	Verhandlungspflichten aufgrund von Vorverträgen	352
i.	Aktive Mitwirkungspflicht: Angebot und Gegenangebot	352
ii.	Kein Gegenangebot: Hauptvertrag laut Angebot	353
iii.	Hilfsweise: Strittige Gerichtsentscheidung	353
iv.	Ergebnis: Praktische Durchsetzbarkeit der Verhandlungspflicht	354

bb.	Übertragung auf Konsensmethode	354
i.	Nachtragsangebot des Auftragnehmers	355
ii.	Keine Verhandlungspflicht vor der Leistungsänderung (§ 1 Abs. 3 VOB/B).....	356
iii.	Gegenangebot des Auftraggebers	356
iv.	Sanktionierung von Verstößen	356
(1)	Entfall der Verhandlungspflicht des Auftragnehmers.....	357
(2)	Leistungsverweigerungsrecht.....	357
(3)	Schadensersatzpflicht.....	358
v.	Annahmefiktion.....	358
(1)	Unterlassen eines Gegenangebots	358
(2)	Keine Doppelvergütung	359
(3)	Keine pauschale Ablehnung.....	359
(4)	Keine Scheinofferten.....	361
vi.	Replizierung nach konstruktivem Gegenangebot	362
viii.	Zeitrahmen	362
(1)	Fristsetzung	363
(2)	Hilfsweise: 30-tägige Frist nach §§ 147 Abs. 2, 650b Abs. 1 BGB.....	363
h.	Mehrwert von Verhandlungen	364
aa.	Flexibilität	365
bb.	Einzelfallgerechtigkeit	365
i.	Risikozuschläge.....	366
ii.	Überhöhte Subunternehmerpreise	366
iii.	Luxusimmobilien	366
iv.	Bewertungsschwierigkeiten.....	367
v.	Alleinstellungsmerkmal.....	367
vi.	Nicht: Fehler der Ausschreibung.....	367
v.	Zusammenfassung zu E.III.5.h.bb.....	368
cc.	Symbiose mit objektiven Richtlinien	368
dd.	Streitstoffaufbereitung / Klagevermeidung	368
i.	Zusammenfassung zu E.III.5.	369
6.	AGB-Kontrolle	370
a.	Vorbemerkung.....	370
b.	Keine Teilprivilegierung.....	370
c.	Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)	372
e.	Maßstab der §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 5 BGB	373
f.	Maßstab der §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 650c BGB	374
h.	Zusammenfassung zu E.III.6.	375
7.	Zusammenfassung zu E.III.	375
IV.	Einheitspreisneuberechnung gem. § 2 Abs. 6 VOB/B	376
1.	Rechtsfolgenregelung	376
a.	Anordnungen nach § 1 Abs. 4 VOB/B.....	376
b.	Kein Auffangtatbestand.....	376
c.	Nicht erfasste Leistungen	377
2.	Anwendbarkeit der Konsensmethode	378
a.	Wortlautinterpretation	379
b.	Einheitlichkeit der Auslegung.....	380
c.	Zusammenfassung zu E.IV.2.	381
3.	Ankündigungserfordernis (§ 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B)	381
a.	Form und Inhalt der Ankündigung.....	381

b.	Bedeutung	382
aa.	Tatbestandsvoraussetzung	382
bb.	Vertragliche Nebenpflicht	383
cc.	Bewertung	383
i.	Wortlaut	383
ii.	Vergleich mit Bauvertragsrecht	384
iii.	Friktion ggü. § 2 Abs. 5 VOB/B	384
iv.	Lösung über aufrechenbaren Gegenanspruch (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB)	385
(1)	Aufrechnung mit Gegenanspruch	385
(2)	Hinweispflicht als Nebenpflicht	385
(3)	Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB	386
(4)	Vertretenmüssen des Auftragnehmers	386
(5)	Kausaler Schaden	386
(6)	Kürzung wegen Mitverschulden	387
(7)	Zusammenfassung zu E.IV.3.b.cc.iv.	388
c.	Zusammenfassung zu E.IV.3.	388
4.	AGB-Kontrolle	389
a.	Vorbemerkung	389
b.	Keine geltungserhaltende Reduktion	389
c.	Irrelevante Einwände	390
d.	Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)	390
e.	Maßstab der §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 309 Nr. 5a und 5b BGB	391
f.	Maßstab der §§ 307 Abs. 1, 308 Nr. 5 BGB	392
g.	Zusammenfassung zu E.IV.4.	392
V.	Rechtsschutz	392
1.	Zahlungsklage (Hauptsacheverfahren)	393
2.	Einstweiliger Rechtsschutz	393
a.	Leistungsverfügung (analog § 940 ZPO)	393
b.	Regelung des § 650d BGB	394
aa.	Verfügungsanspruch: Abschlagsforderung	394
bb.	Verfügungsgrund: Widerlegliche Vermutung	395
bb.	Widerlegbarkeit als Regelfall	396
cc.	Implikationen bei Vortrag von Existenzgefährdung	396
dd.	Sachgerechtes Normverständnis	397
i.	Ziel: Effektive Wirkung von § 650d BGB	397
ii.	Teleologische Reduktion	398
iii.	Autarke Auslegung	399
(1)	Auslegung von § 650d BGB	399
(2)	Wortlaut § 940 ZPO	400
(3)	Prüfung des Nötigerscheinens	400
(4)	Auslegung im Lichte von § 650d BGB	401
(5)	Vorrang vor sonstigen Anforderungen	402
ee.	Zusammenfassung zu E.V.2.b.	403
c.	Anwendbarkeit auf § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B	403
aa.	Keine direkte Anwendbarkeit	403
bb.	Analoge Anwendbarkeit	403
3.	Zusammenfassung zu E.V.	404
VI.	Thesen	405
<u>F.</u>	<u>Abschlagszahlungen gemäß 80-Prozent-Regelung (§ 650c Abs. 3 BGB)</u>	<u>407</u>

I.	Regelungsgehalt der 80-Prozent-Regelung.....	407
1.	Institut der Abschlagszahlung	407
2.	Unanwendbarkeit bei (noch) fehlender Vergütungsvereinbarung.....	408
3.	Funktion von § 650c Abs. 3 BGB	408
4.	Abhängigkeit von Leistungsstand.....	409
5.	Keine Abschlagsforderung nach Erteilung der Schlussrechnung	410
6.	Nachweisführung	411
7.	Saldierungspflicht.....	411
a.	Saldierungspflicht laut BGH.....	411
b.	Anwendbarkeit auf § 650c Abs. 3 BGB.....	412
aa.	Sinn und Zweck: Schnelle Liquidität.....	412
bb.	Kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers.....	412
cc.	Hohe Darlegungslast	413
dd.	Wortlautauslegung	414
ee.	Autarke Auslegung von § 650c Abs. 3 BGB.....	414
ff.	Interessen des Bestellers.....	415
c.	Zusammenfassung zu F.I.7.	415
8.	Gerichtliche Entscheidung	415
a.	Rechtsschutz zugunsten des Bestellers	416
b.	Rechtsschutz zugunsten des Unternehmers	416
9.	Leistungsverweigerung ohne Risiko	416
10.	Zinssanktion bei überhöhten Angeboten	418
11.	Umgehung der Begrenzung auf 80 %	419
12.	Missbrauchskorrektur.....	420
13.	Zusammenfassung zu F.I.	421
II.	Anwendbarkeit auf VOB-Verträge.....	422
1.	Keine direkte Anwendbarkeit (Wortlautgrenze)	422
2.	Analoge Anwendbarkeit	423
a.	Planwidrige Regelungslücke.....	423
aa.	Systematische Verortung in § 16 Abs. 1 VOB/B	423
bb.	§ 16 VOB/B ohne 80-Prozent-Regelung.....	424
cc.	Keine Ergänzung von § 16 Abs. 1 VOB/B.....	425
cc.	AGB-Kontrolle von § 16 Abs. 1 VOB/B	426
i.	Vorbemerkung	426
ii.	Maßstab der §§ 307 Abs. 1, 650c Abs. 3 BGB	427
iii.	Zwischenergebnis.....	428
dd.	Unberührte Geltung von § 2 VOB/B.....	428
ee.	Verbleibende Regelungslücke	429
ff.	Anwendung des Gesetzesrechts einschließlich Analogien	429
b.	Vergleichbare Interessenlage.....	430
c.	Zusammenfassung zu F.II.2.	431
3.	Effektive Privilegierungswirkung.....	432
4.	Zusammenfassung zu F.II.	433
III.	Thesen	434
G.	<u>Zusammenfassende Thesen</u>	<u>435</u>
	<u>Literaturverzeichnis</u>	<u>437</u>