

#### 4. Zur Vorgehensweise der Klägerin

Als Anlage zur Klageschrift vom xx.xx.xxxx sind in Form von Tabellenrechnungen Seite 1 bis 3 (Bl. 66 – 68 d. A.) Rechenwege enthalten, die zu der im Beweisbeschluss genannten Summe von € 148.159,64 führen. Die Rechnung der Klägerin führt über einen „kompletten Ausgleichsbetrag“ von € 264.058,83 und über ein „anrechenbares Auftragsvolumen“, das fiktiv und für mich nicht nachvollziehbar nach Erlösen von 2004 ermittelt wurde, zu einer prozentualen Mengenunterschreitung von 48,37 %. Aus dieser prozentualen Mengenunterschreitung, multipliziert mit dem oben genannten „kompletten Ausgleichsbetrag“ von € 264.058,83, ergibt sich die eingeklagte Summe.

Dieser Ermittlung hat die Klägerin neben der Auftragssumme von € 815.269,73 (ohne MwSt.) auch eine zusätzliche Nachtragssumme von € 78.062,10 (ohne MwSt.) zugrunde gelegt.

Die Vorgehensweise der Klägerin berücksichtigt nicht, dass nach eigenen Angaben der Klägerin (Formblatt EFB-Preis 1a, Bl. 15. d. A.) auf die Kostenarten Lohn, Stoffkosten, Gerätekosten und Nachunternehmerleistungen jeweils unterschiedliche Zuschläge für Baustellengemeinkosten, Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn angewendet wurden.

Die Vorgehensweise der Klägerin ist daher inkonsistent im Hinblick auf ihre eigene Kalkulationsmethodik. Die Vorgehensweise ist somit nicht in der Lage, die durch eine erhebliche Unterschreitung der Vertragsmengen entstandene Unterdeckung der Gemeinkosten nachvollziehbar wiederzugeben.

Die Vorgehensweise der Klägerin ist für mich auch - unabhängig von der unzutreffenden Methodik - rechnerisch nicht nachvollziehbar.

Mit Schriftsatz der Klägerin vom 31.03.2006, gestützt auf eine Darstellung der Klägerin vom xx.xx.xxxx, wird ein höherer Ausgleichsbetrag von nunmehr € 303.736,00 anstatt € 241.105,78 geltend gemacht. Beide Beträge sind für mich nicht nachvollziehbar. Die weiteren Ausführungen der Klägerin zeigen, dass sie einem Irrtum hinsichtlich ihrer eigenen Kalkulationsmethodik unterliegt (Zuschläge müssen nicht in der Summe 100% ergeben!) und dass sie weiterhin davon ausgeht, einen Ausgleichsanspruch auf der Basis eines einheitlichen Zuschlagssatzes für alle Kostenarten ermitteln zu dürfen (Seite 3 von 4, unten, in der Anlage vom xx.xx.xxxx zum Schriftsatz vom xx.xx.xxxx).

Dieser Sachverhalt veranlasst mich, eine von den Darlegungen der Klägerin unabhängige eigenständige und fachgerechte Ermittlung im Sinne einer Mehr-/Mindermengen-Ausgleichsrechnung vorzunehmen.

## 5. Fachgerechte und übliche Vorgehensweise bei umfangreichen Mengenerhöhungen oder –minderungen nach VOB/B

Abweichungen der ausgeführten Menge vom vertraglichen Umfang um nicht mehr als 10 % führen zu keinen Ausgleichsansprüchen, weder des Auftragnehmers noch des Auftraggebers. Bei Unterschreitung der Mengen einer unter einem Einheitspreis erfassten Leistung um mehr als 10 % entgeht dem Auftragnehmer der auf die Mengendifferenz gegenüber der Vertragsmenge entfallende Anteil an Baustellengemeinkosten, Allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn. Der Einheitspreis ist zu erhöhen oder es ist „in anderer Weise“ (so VOB/B § 2 Nr. 3) ein Ausgleich zu gewähren. Bei Überschreitung der Mengen um mehr als 10 % erhalte der Auftragnehmer bei unverändertem Einheitspreis neben Allgemeinen Geschäftskosten und Wagnis und Gewinn - die ihm nach ständiger Rechtsprechung zustehen - auch die anteiligen Baustellengemeinkosten vergütet, obwohl in der Regel bei Ausführung von Mehrmengen innerhalb der vertraglichen Bauzeit keine zusätzlichen Baustellengemeinkosten anfallen. Auf Verlangen des Auftraggebers ist der Einheitspreis um die „übergedeckten“ Baustellengemeinkosten zu reduzieren.

Kommt es - wie im streitgegenständlichen Fall - bei einer Vielzahl von Positionen zu Mengenunter- oder überschreitungen von mehr als 10 %, ist eine Anpassung der Einheitspreise nicht mehr zweckmäßig. Stattdessen wird in derartigen Fällen üblicherweise eine sogenannte Mehr-/Mindermengen-Ausgleichsrechnung vorgenommen. Bei dem dabei ermittelten Ausgleichsbetrag handelt es sich um den in VOB/B § 2 Nr. 3 Abs. (3) erwähnten „*Ausgleich in anderer Weise*“. Nachtragsleistungen stellen ebenfalls einen „*Ausgleich in anderer Weise*“ dar. Bei einer per Saldo verbleibenden Unterdeckung der Gemeinkosten steht dem Auftragnehmer eine Ausgleichszahlung für untergedeckte Gemeinkosten zu; bei einer per Saldo verbleibenden Überdeckung der Gemeinkosten steht dem Auftraggeber eine Ausgleichszahlung wegen überzahlter Baustellengemeinkosten zu. Alle LV-Positionen werden nach den vertraglichen Einheitspreisen abgerechnet.

Im streitgegenständlichen Fall sind von den insgesamt 191 Positionen des Leistungsverzeichnisses nur 3 Positionen (130.113, 140.709 und 140.721, siehe Anlage) von Mengenunter- bzw. Überschreitungen nicht betroffen. Mengenüberschreitungen liegen bei insgesamt 19 Positionen, Mengenunterschreitungen bei den übrigen 169 Positionen vor.

Angesichts dieser Verhältnisse ist eine Mehr-/Mindermengen-Ausgleichsrechnung im vorliegenden Fall die einzig sinnvolle Vorgehensweise. Auch die Klägerin ist diesen Weg gegangen, allerdings auf unzutreffende Art und Weise.

## 6. Angaben der Klägerin zu Urkalkulation

Zusammen mit ihrem Angebot hat die Klägerin die „*Angaben zur Preisermittlung bei Zuschlagskalkulation*“ gemäß Formblatt EFB-Preis 1a (Bl. 15 d. A.) gemacht. Ausweislich des Vordrucks wird das ausgefüllte Formblatt nicht Vertragsbestandteil.

Die in EFB-Preis 1a von der Klägerin gemachten Angaben werden in den Anlagen zur Klageschrift auf eigenem EDV-Ausdruck der Klägerin (Bl. 65 d. A.) wiederholt, ergänzt um die aus den geltend gemachten Nachträgen resultierenden Werte.

Nach Elimination der aus den Nachträgen resultierenden Werte ist festzustellen, dass es keinen Widerspruch gibt zwischen der vorvertraglichen Erklärung nach EFB-Preis 1a und den diesbezüglichen Aussagen in der Klageschrift.

Unter Ziffer 7 meines Gutachtens werde ich weiter unten die Schlüssigkeit der Angaben der Klägerin zur Kalkulationsbasis (Urkalkulation) überprüfen und insgesamt (trotz kleiner Fehler) die Schlüssigkeit der Angaben feststellen. Ein wesentliches Werkzeug zur Überprüfung ist dabei das EXCEL-Programm.

Ich gehe daher gutachterlich von den in EFB-Preis 1a gemachten Angaben zu den Zuschlägen für

**Baustellengemeinkosten** (21 % auf Lohn),

**Allgemeine Geschäftskosten** (19 % auf Lohn, 15 % auf Stoffkosten, 17 % auf Gerätekosten, 7 % auf Nachunternehmerleistungen),

**Wagnis und Gewinn** (3 % auf alle Kostenarten)

aus.

Das Formblatt EFB-Preis 1a liefert ebenfalls Angaben zu den „Einzelkosten der Teilleistung“, und zwar zu den Summen über alle Positionen für

**Lohnkosten** (€ 369.356,76),

**Stoffkosten** (€ 13.779,00),

**Gerätekosten** (€ 107.993,97) und

**Nachunternehmerleistungen** (€ 128.397,80).

Diese Kosten, multipliziert mit den obigen Zuschlägen, führen widerspruchsfrei zur Netto-Angebotssumme von € 815.269,73.

Es ist somit gutachterlich festzustellen, dass die Bieterangaben in EFB-Preis 1a schlüssig und widerspruchsfrei sind und daher für eine Mehr-/Minderungen-Ausgleichsrechnung verwendet werden können.

Zur Durchführung dieser Berechnung sind zusätzlich zu den obigen Angaben bezüglich der Zuschläge für alle von der Mehr-/Minderungenproblematik (über  $\pm 10$  % hinaus) betroffene Positionen des LV die **Angaben zu den Einzelkosten der Teilleistungen (EKT)** erforderlich. Ich habe von der Klägerin diese Angaben für **alle** LV-Positionen angefordert, also auch für diejenigen drei Positionen, die nicht von der Problematik betroffen sind.

Damit ist mir eine durchgängige Plausibilitätskontrolle zu den Angaben der Klägerin möglich: Durch Ausmultiplizieren der EKT mit den Mengen und Aufsummieren des Produkts über alle Positionen des LV ist ein Vergleich mit den Angaben im Formblatt EFB-Preis 1a möglich. Eine eventuelle nachträgliche ex-post-Manipulation der Kalkulationsdaten kann damit zuverlässig ausgeschaltet bzw. aufgedeckt werden.

Mit Schriftsatz der Klägerin vom xx.xx.xxxx wurden alle für mich erforderlichen Angaben zu den Einzelkosten der Teilleistungen geliefert.

**Nicht geliefert** wurden die erbetenen Angaben zu den per xx.xx.xxx geleisteten Mengen, etwa in Form einer geprüften Schlussrechnung oder einer vom Auftraggeber testierten Leistungsfeststellung (Aufmaß). Ich muss daher davon ausgehen, dass die bisher von der Klägerin vorgetragene Abrechnungsmengen für 2003 zutreffend sind. Nach meiner Kenntnis der Gerichtsakte ist dies auch nicht streitig. Ggf. erbitte ich einen diesbezüglichen Hinweis des Gerichts. Die Mehr-/Mindermengen-Ausgleichsrechnung müsste dann mit den korrekten Mengen wiederholt werden.

Ebenfalls **nicht geliefert** wurde der erbetene Nachweis über eine Beauftragung des Nachtragsangebots über € 78.062,10 (ohne MwSt.).

## 7. Behandlung von Nachträgen, Eventualpositionen und Minuspositionen

Da von der Klägerin bezüglich der geltend gemachten Nachträge in Höhe von € 78.062,10 (ohne MwSt.) kein Nachweis über eine Beauftragung geliefert wurde, habe ich die betreffenden Nachtragsleistungen in die Mehr-/Mindermengenausgleichsrechnung nicht einbezogen. Ich kann auch nicht erkennen, ob sich die Nachtragssumme allein auf das Jahr 2003 oder auf 2003/2004 zusammen bezieht.

Im Leistungsverzeichnis sind in der Pos.-Serie 140.700 und 140.800, aber auch vereinzelt an anderer Stelle, Mengenvordersätze von „1“ ausgewiesen. An keiner Stelle des Leistungsverzeichnisses ist die Spalte für den Gesamtpreis „GP“ gesperrt, etwa durch Eintragung eines Strichs „ – „ oder durch Eintragung eines Sperrvermerks „N.E.P.“ („Nur Einheitspreis“). Der Einheitspreis aller Positionen mit der Menge „1“ wird dadurch zum Gesamtpreis bei jeder Position und fließt entsprechend in die Angebotsendsumme ein. Somit handelt es sich bei diesen Positionen zweifelsfrei um keine Bedarfs- oder Eventualpositionen. Eine Einbeziehung von Bedarfspositionen in die Angebotsendsumme ist systemwidrig.

Dies gilt auch für die Positionen 140.800 bis 140.813, obwohl diese als „*Sonstige Bedarfspositionen*“ überschrieben sind. Ich darf des Weiteren darauf hinweisen, dass sich Gemeinkostenunterdeckung und –überdeckung bei diesen 16 Positionen (bis auf € 2,91 zu Gunsten des Auftraggebers) nahezu ausgleichen, so dass mir eine Diskussion hierüber wenig nutzbringend erscheint.

Unter Pos. 130.004 und 130.013 enthält die Ausschreibung die Vorgabe, als Preisnachlass für entfallende Leistungsteile einen negativen Preis anzubieten. Eine derartige Modalität in einem Leistungsverzeichnis ist systemwidrig. Systemkonform wäre gewesen, eine entsprechende Bedarfsposition auszuschreiben. In beiden Positionen wurden die LV-Mengen deutlich überschritten.

Die Systemwidrigkeit führt bei diesen Positionen dazu, dass (rechnerisch formal) eine Mengenüberschreitung zu einer Unterschreitung der Gemeinkostendeckung des Auftragnehmers führt. Die Mengenüberschreitung bei negativen Einheitspreisen entspricht nämlich in Wahrheit einer Leistungsreduzierung. Infolge der negativen Einzelkosten der Teilleistung (konform mit dem negativen Einheitspreis) führt die Mengenüberschreitung (rechnerisch korrekt) zu einer negativen Überdeckung der Gemeinkosten, also

mathematisch korrekt zu einer Unterdeckung. Die im EXCEL-Programm (siehe Anlage) ausgewiesene negative Überdeckung bei beiden Positionen bewirkt im Saldo aller Unterdeckungen und Überdeckungen damit (korrekt) eine zusätzliche Unterdeckung.

Ein verbleibender Effekt der Systemwidrigkeit kann allerdings nicht per EXCEL, sondern nur von Hand korrigiert werden: Da die Mengenüberschreitung erst für Mengen über 110 % der LV-Mengen als negative Überdeckung berücksichtigt wird, in Wahrheit jedoch eine Unterdeckung ist, die in vollem Umfang ausgleichsfähig ist, muss der Unterdeckungsanteil aus 10 % der LV-Menge dem per EXCEL ermittelten Ausgleichsbetrag manuell hinzugefügt werden. Dies werde ich unter Ziffer 8 meines Gutachtens tun.

## 8. Kurze Erläuterung der Tabellenrechnung

Die rechnerische Ermittlung des Ausgleichsanspruchs nach VOB/B § 2 Nr. 3 erfolgt mit einer in EXCEL programmierten Tabelle. Eine Legende zur Tabelle findet sich auf Blatt 16 der Anlage.

Die Tabelle enthält 29 Spalten, nummeriert von (1) bis (29) und eine Anzahl Zeilen entsprechend der Anzahl der Positionen des LV. Auf Grund der Größe der Tabelle ist diese in 16 Einzelblätter DIN A4 gegliedert. Jeweils 3 aufeinander folgende Blätter nebeneinander geben die vollständigen Informationen zu einer LV-Position. Oberhalb der Tabelle sind die Zuschläge auf EKT nach Formblatt EFB-Preis 1a wiedergegeben.

Die Spalten (1) bis (4) enthalten die Positionsangaben nach LV mit abgekürztem Text. In den Spalten (5) bis (9) sind die von der Klägerin gelieferten Angaben zu den Einzelkosten der Teilleistungen dargestellt.

Die Spalten (10) bis (14) enthalten die Angaben aus (5) bis (9), jeweils multipliziert mit der LV-Menge. Aus der Spaltensumme am Fuß der Tabelle (Seite 13 und 14 der Anlage) ergibt sich als Summe über alle Positionen die Summe EKT (= unmittelbare Herstellkosten), die direkt mit den Angaben im Formblatt EFB-Preis 1a verglichen werden kann:

Lohnkosten	€ 369.016,87	(statt € 369.356,76 gemäß EFB)
Stoffkosten	€ 13.769,02	(statt € 13.779,00 gemäß EFB)
Gerätekosten	€ 107.786,78	(statt € 107.993,97 gemäß EFB)
NU-Leistungen	€ 128.399,50	(statt € 128.397,80 gemäß EFB)
Summe	€ 618.972,17	(statt € 619.527,53 gemäß EFB)

Die Abweichung ist durch eine fehlerhafte Mengenangabe der Klägerin bei Pos. 100.604 (50 statt richtig 5), durch einen Zahlendreher bei Pos. 120.100 (fehlerhaft 7,96 statt richtig 7,69) und eine fehlerhafte Angabe bei Pos. 130.021 (969,56 statt richtig 978,66) verursacht.

Nach meinen Erfahrungen ist die Größenordnung der Fehler als eher geringfügig zu bezeichnen. Die Fehler führen zu einer gegenüber dem Vertragspreis niedrigeren Summe von € 814.526,53 und damit letztlich zu einem niedrigeren Ausgleichsanspruch der Klägerin.

Die Spalten (15) bis (19) ergeben sich durch Anwendung der Zuschläge nach EFB-Preis 1a (siehe Kopf der EXCEL-Tabelle) auf die Spalten (5) bis (9).

Aus der Summe der Spalten (5) bis (9) und (15) bis (19) ergibt sich der von mir kalkulierte Einheitspreis in Spalte (20). Dieser Einheitspreis aus (20) ist zu Kontrollzwecken zu vergleichen mit dem vertraglichen Einheitspreis in (21). Differenzen in der Größenordnung von 1 oder 2 Cent ergeben sich aus Rundungen; größere Differenzen aus widersprüchlichen oder fehlerhaften Angaben der Klägerin zu den Einzelkosten der Teilleistungen. Dies ist, wie bereits weiter oben dargelegt, bei den Pos. 120.100 und 130.021 der Fall. Der Mengenfehler bei Pos. 100.604 wirkt sich nur bei der Gesamtsumme aus.

In Spalte (23) sind die von der Klägerin benutzten und nach meiner Kenntnis bisher unstrittigen Mengenangaben enthalten. Die Spalten (24) und (25) stellen die  $\pm 10\%$ -Grenzmengen nach den Regelungen der VOB/B § 2 Nr. 3 dar.

Spalte (26) gibt die Differenzmenge zwischen Vertragsmenge und Abrechnungsmenge wieder, falls die Abrechnungsmenge kleiner 90 % der Vertragsmenge ist. Spalte (27) gibt die Differenzmenge zwischen Abrechnungsmenge und 110 % der Vertragsmenge wieder, falls die Abrechnungsmenge größer 110 % der Vertragsmenge ist. Für Abrechnungsmengen zwischen 90 % und 110 % der Vertragsmenge enthalten beide Spalten ein „-“.

Aus der Multiplikation der Umlagen Spalte (15) bis (19) mit den Mehr-/Mindermengen in (26) und (27) folgt die Unterdeckung (28) bzw. die Überdeckung (29). Am Fuß der Tabelle wird die Summe der Unterdeckungen und Überdeckungen bei den einzelnen LV-Positionen gebildet.

Der Ausgleichsanspruch der Klägerin ergibt sich als Saldo der Gemeinkostenunter- und der Überdeckung.

Da es sich im streitgegenständlichen Fall per Saldo um eine Unterdeckung mit Ausgleichsanspruch für die Klägerin (AN) handelt, ist eine weitere Betrachtung und Kappung der überschießenden Baustellengemeinkosten nicht erforderlich. Dies wäre nur bei einem Ausgleichsanspruch des Auftraggebers erforderlich.