

Kapitel 9.3.3

9.3.3 Störung der Geschäftsgrundlage bei Erstellung zum Festpreis

(1) Rechtliche Einordnung

Grundsätzlich übernimmt der Auftragnehmer bei einem Festpreis das Risiko, dass das Programm einen höheren Aufwand als geplant und dem Vertrag zugrunde gelegt erfordert (Realisierungsrisiko). Diese Risikoübernahme hat nach Treu und Glauben aber eine Grenze. Ob dies im Rahmen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB oder weiterhin analog dazu im Rahmen von Treu und Glauben abzuhandeln ist, ist noch nicht geklärt. Auf jeden Fall geht es darum, dass die Erwartung, dass der für die Durchführung des Auftrags geschätzte Aufwand nicht wesentlich überschritten wird, fehlschlägt. Damit stellt sich die Frage, ob der Vertrag deswegen angepasst werden muss. Dies ist desto eher der Fall, je unmittelbarer die Aufwandsschätzung in den Festpreis eingegangen ist und je stärker der Kunde dazu beigetragen hat.

Rechtlicher Ausgangspunkt ist, dass gegenseitige Verträge auf der Grundlage abgeschlossen werden, dass der Leistung des Auftragnehmers ansatzweise eine gleichwertige Gegenleistung (in Geld) des Kunden gegenübersteht. Dabei können die Vertragspartner von der normalen Risikoverteilung ausgegangen sein; sie können das Risiko aber auch besonders verteilt haben.

Wenn sich im Laufe der Vertragsabwicklung herausstellt, dass ein wesentliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, ist die Vertragsgrundlage gestört und verlangt nach Anpassung [siehe unter (3)].

Es kommt wesentlich auf die Risikozuweisung an, die die Vertragspartner vereinbart haben. Die Vorhersehbarkeit von höherem Aufwand ist ein Indiz dafür, dass die Vertragspartner dieses Risiko dem Auftragnehmer zugewiesen haben. Die Risikozuweisung kann auch konkret Ausdruck im Vertrag oder im Verhalten der Vertragspartner finden.

Die Risikoübernahme hat nach dem *BGH*¹ aber ihre Grenzen: „Der Vertrag kann nach Treu und Glauben nicht anders ausgelegt werden, als dass die Vertragspartner nur die bei solchen Vorhaben erfahrungsgemäß üblichen und unvermeidbaren Abweichungen der wirklichen Leistungen von den im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Leistungen im Auge hatten. Damit sind dann aber auch die Grenzen für die Breite des beiderseitigen Risikos gezogen“.

Neben der Risikoverteilung ist weiterhin zu berücksichtigen, inwieweit beide Seiten tatsächlich zum Risiko und zu dessen Realisierung beigetragen haben. Die wichtigste Fallgruppe ist die, dass beide Seiten sich übereinstimmend geirrt haben. In diesen Fällen sind die vertraglichen Leistungen auch ohne wesentliche Störungen der Gleichwertigkeit an das anzupassen, was die Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie sich nicht gemeinsam geirrt hätten.

Ein Beitrag des Kunden, der eine Risikobeteiligung zu seinen Lasten rechtfertigt, liegt vor, wenn er an der Kostenschätzung/-kalkulation beteiligt war oder sonst mit ihr zu tun hatte. Hier liegt es so, dass der Kunde eine Kostenschätzung zu einem Zeitpunkt verlangt, zu dem diese noch ungenau sein muss: Je vager die Aufgabenstellung noch ist, desto mehr trägt der Kunde zum Risiko bei.

Eine besondere Fallgestaltung liegt vor, wenn der Kunde vergleichbare Angebote einholt und dann den Zuschlag einem Bieter erteilt, dessen Festpreis weit unter denen der anderen Bieter liegt. Man kann hier nach Treu und Glauben sogar eine Aufklärungspflicht annehmen; denn es liegt nahe, dass die Undeutlichkeit der vom Kunden formulierten Aufgabenstellung Ursache für die Fehleinschätzung gewesen ist. Auf jeden Fall ist eine Preisanpassung hier besonders berechtigt, weil der Kunde von vornherein wusste, dass die tatsächlichen Kosten deutlich höher liegen würden.

¹ Leicht gekürzt *BGH* 17.5.1965, VersR 1965, 803, 804.

(2) Fallgruppen nach dem Gegenstand der Kostensteigerung

Steigerungen der Preise der Produktionsfaktoren liegen im normalen Risiko eines Festpreisvertrages, sofern sie nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit sind. Denn gegen dieses Risiko hätte sich der Auftragnehmer durch Gleitklauseln sichern können. Sinn und Zweck einer Festpreisvereinbarung ist insbesondere, den Einfluss der Preisentwicklung auf den Vertrag auszuschließen.

Von **Kalkulationsirrtümern** im engeren Sinn wird gesprochen, wenn ein Preis- oder Mengenan- satz verfälscht wird, sei es durch die fälschliche Übernahme einer Zahl oder durch einen Rechen- fehler. Ein Kalkulationsirrtum seitens des Auftragnehmers fällt grundsätzlich in seinen normalen Risikobereich. Wenn der Kunde an der Entstehung des Kalkulationsirrtums mitgewirkt hat, hat der Auftragnehmer hingegen einen Ausgleichsanspruch.

Benötigte Menge der Produktionsfaktoren: Werden größere Mengen als geschätzt/kalkuliert gebraucht, liegt ein Irrtum über die der Preisberechnung zugrundeliegenden Faktoren vor. Auch das gehört zum „Preis- oder Kalkulationsirrtum“. Das kann verschiedene Ursachen haben. Bei Programmerstellung kommen insbesondere extensive Interpretation der Aufgabenstellung seitens des Kunden, Fehleinschätzung der Aufgabenstellung seitens des Auftragnehmers und besondere IT-technischen Schwierigkeiten in Betracht [vgl. Buch Kapitel 9.1].

Im Falle der üblichen Fehleinschätzung bei IT-Projekten muss man davon ausgehen, dass der Auftragnehmer ein erhebliches Risiko tragen soll. Die Grenze dürfte dort zu ziehen sein, wo sie auch sonst gezogen wird, wenn ein Vertragspartner das Risiko *weitgehend* tragen soll. Für den Bereich der Programmerstellung muss man davon ausgehen, dass das Risiko von Fehleinschätzungen erheblich höher ist als bei Bauverträgen,² dass der Auftragnehmer also ein höheres Risiko übernehmen soll.

Zu berücksichtigen ist, dass der doppelte Preis, den der Kunde bei Kauf- oder Leasingverträgen zu zahlen hat, bereits den objektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllt. Ein anständiger Kunde will den objektiven Tatbestand der doppelten Leistung des Auftragnehmers nicht ausnutzen.

Bei der Höhe ist ganz wesentlich zu berücksichtigen, in welchem Umfang man dem Auftragnehmer einen Anspruch auf Erhöhung der Vergütung einräumt [siehe unter (3)]: Je mehr man ihn den Mehraufwand tragen lässt, desto niedriger muss man seine „Schmerzgrenze“ ansetzen.

Insbesondere Bezugsbasis: Auszugehen ist von dem bei Vertragsabschluss geschätzten Aufwand. Insoweit die Vertragspartner einen Festpreis*zuschlag* vorgesehen haben, ist von dem Aufwand ohne Zuschlag auszugehen. – Ein sehr hoher Zuschlag kann Ausdruck dafür sein, dass der Auftragnehmer ein besonders hohes Risiko übernehmen wollte.

Liegt eine Schätzung nicht offen zugrunde, kann nicht von dem vereinbarten Festpreis ausgegangen werden, sondern muss ebenfalls der geschätzte Aufwand ermittelt werden: Hat der Auftragnehmer einen Preis unterhalb seiner Schätzung akzeptiert (um den Auftrag zu „kaufen“), hat er das Risiko bewusst übernommen. Insoweit muss dieses bei ihm bleiben. Hat er einen Preis oberhalb verlangt, ist die Differenz der Risikozuschlag.

(3) Rechtsfolgen

Die Störung der Geschäftsgrundlage gibt gemäß § 313 BGB einen Anspruch auf Anpassung des Vertrages an die neue Lage; das kann auf Vertragslösung hinauslaufen.

² *OLG Hamm* 21 U 106/96 vom 9.9.1997, NJW-RR 1998, 598, 599 lässt für den Baubereich „die in Rechtsprechung und Literatur wiederholt angesetzte Grenze einer Abweichung im Leistungsumfang von 20 %“ dahingestellt, weil es im konkreten Fall nur um eine geringere Abweichung ging.

Der belastete Auftragnehmer kann vom Kunden die Anpassung des Vertrages verlangen. Das kann in Richtung Erfüllung unter Erhöhung der Vergütung (und unter Verlängerung der Fristen) gehen, aber auch in Richtung Verringerung des Umfangs oder Vertragsbeendigung. Verweigert der Kunde die Anpassung, kann der Auftragnehmer den Vertrag lösen. Es kommt nicht darauf an, dass der Kunde die Anpassung schuldhaft verweigert. Die Lösung kann gemäß diesem Urteil je nach Fall im Rücktritt oder in der Kündigung (entspricht dem teilweisen Rücktritt) liegen.

Hat der belastete Auftragnehmer einen Anspruch auf Erhöhung der Vergütung, so ist er nicht gehalten, die Arbeiten zu Ende zu führen und seinen Anspruch gerichtlich durchzusetzen. Er kann das aber tun.

Problematisch ist die Voraussetzung, dass der Mehraufwand der Höhe nach feststehen muss. In anderen Branchen mag die Vorkalkulation des Mehraufwands vielfach möglich sein; bei Programmerstellung ist sie das erst ziemlich spät. Dem Auftragnehmer dürfte ein angemessener Vorschuss zustehen, wenn der Mehraufwand glaubhaft ist.

Kunde wünscht Erfüllung: Ausgangspunkt für die Anpassung ist die Differenz zwischen dem glaubhaft erforderlichen Aufwand und der ursprünglichen Schätzung [siehe (2)].

Gegen den vollen Anspruch spricht, dass eine Anpassung nach Treu und Glauben eine wesentliche Risikobeteiligung des Auftragnehmers verlangt. Er ist bis zur Überschreitung der von ihm zu tragenden Mehrkosten erst einmal voll belastet. Es wäre auch schwer verständlich, ihm jenseits der Überschreitung einen vollen Anspruch einzuräumen: Die Belastungskurve muss geglättet werden! Je niedriger man den Teil ansetzt, den der Auftragnehmer voll zu tragen hat, desto niedriger sollte der Anteil sein, den der Auftragnehmer darüber hinaus verlangen kann (z.B. nur die direkten Kosten). Ich selber habe in der Praxis eine Aufteilung 50:50 bei niedriger Grenze angestrebt, wobei der aufzuteilende Betrag nach den üblichen Stundensätzen des Auftragnehmers berechnet wird (gleich welche Seite ich vertrete). Es geht hier um Anpassung, also (richterliche) Vertragsgestaltung. Da lässt sich nur schwer eine Aussage als allein richtig darstellen.

Hinsichtlich des Anspruchs auf zeitliche Verschiebung ist zu bedenken, dass der Auftragnehmer ohnehin schon stark an den Mehrkosten beteiligt ist und dass die Effizienz eines jeden weiteren Mitglieds in einem Projektteam deutlich abnimmt: Der Kunde kann nur in Maßen eine Verstärkung des Projektteams und damit eine im Verhältnis zum Mehraufwand geringere Terminverschiebung verlangen [vgl. Buch Kapitel 9.2.4]. (Selbstverständlich kann er unter dem Gesichtspunkt der Vertragsanpassung auch eine große Verstärkung verlangen, wenn er die sich daraus ergebenden Mehrkosten übernimmt.)

Es bleibt die Frage, ob eine Seite eine bestimmte Preisform verlangen kann, d.h. Beibehaltung des Festpreises oder (anteilige) Vergütung nach Aufwand (und ebenso feste neue Termine oder sich aus dem tatsächlich erforderlichen Aufwand ergebende neue Termine). Auszugehen ist davon, dass der Aufwand offensichtlich schwierig zu ermitteln ist; deswegen ist es zur Störung der Geschäftsgrundlage gekommen. Die Schwierigkeit nimmt im Laufe der Programmerstellung ab, bleibt aber abgeschwächt bestehen. Es liegt deswegen nahe, vom tatsächlich erforderlichen Aufwand auszugehen, der am Ende bekannt ist und der evtl. um den unnötigen Aufwand gekürzt werden muss. Das bedeutet letztlich Vergütung nach Aufwand (und entsprechende Termine).

Der Kunde dürfte die Vereinbarung fester Preise und fester Termine verlangen können, wenn er einen angemessenen Festpreiszuschlag anbietet. Das kann erst ab Vorliegen der Spezifikation der Fall sein, weil der wahrscheinliche Aufwand vorher nicht ermittelt werden kann.

Kunde wünscht Einschränkung/Abbruch: Im Hinblick darauf ist der Auftragnehmer (in Analogie zu § 650 BGB) zur frühzeitigen Information verpflichtet, so dass der unerwünschte oder nutzlose Aufwand gering gehalten werden kann.

Wünscht der Kunde den Abbruch der Arbeiten, fragt sich, ob er den bisher angefallenen Aufwand des Auftragnehmers zu vergüten hat. Das ist auf jeden Fall dann zu bejahen, wenn er die Ergeb-

nisse weiterhin nutzt [vgl. Buch Kapitel 9.1.1]. Anderenfalls sollte wie bei der Erhöhung auch hier der Aufwand geteilt werden, und zwar danach, inwieweit der Auftragnehmer die Situation verursacht hat und der Kunde durch die Verzögerung einen Schaden erleidet bzw. inwieweit der Kunde die Situation durch eine vage Aufgabenstellung verursacht hat.

Andererseits kann als Nutzen die Erkenntnis in Betracht zu ziehen sein, wie teuer die Realisierung eines solchen Programms wäre. Diese Erkenntnis kann die Grundlage für die Entscheidung sein, diesen Weg, der so günstig erschien, nicht oder wesentlich anders zu gehen.

Nur Terminverlängerung: Manche Auftragnehmer berufen sich trotz unzumutbaren Mehraufwands nicht auf die Anpassung der Vergütung, sondern bitten nur um mehr Zeit für die Realisierung. Angesichts dessen, dass der Grenznutzen des Einsatzes weiterer Mitarbeiter typischerweise erheblich abnimmt, dürfte dem Auftragnehmer zum Ausgleich mehr Zeit zustehen, als ihm ohnehin zustünde, wenn er auch eine zusätzliche Vergütung verlangen würde. In dem Umfang, in dem der Kunde zusätzliche Ausgaben einspart, muss er ihm entstehenden Verzögerungsschaden und damit die der Schadensverursachung entsprechende zusätzliche Lieferzeit hinnehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Projekt auch bei Einsatz von mehr Mitarbeitern mehr Zeit benötigt hätte. Diese ist hinzuzurechnen.

(4) Zeitpunkt der Geltendmachung des Fortfalls der Geschäftsgrundlage

Wahrscheinlich entdeckt der Auftragnehmer ziemlich bald, dass der Aufwand den Festpreis drastisch übersteigen wird. Wenn er dem Kunden das mitteilt (ausdrücklich oder mittelbar über die Fortschreibung des Zeit- und Arbeitsplans), aber keine Forderungen stellt und weiterarbeitet, verzichtet er erst einmal, sich auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage zu berufen (wegen des typischerweise drastischen Anstiegs weiß der Auftragnehmer bald, dass er in hohen Regionen landen wird). Wie sich dieser Verzicht auswirkt, ist schwer festzumachen. Denn der Auftragnehmer muss prognostizieren, in welchem Umfang die noch nicht analysierten Teile der Aufgabenstellung zu Mehraufwand führen.

Beispiel: Der Auftrag umfasse drei Teile, die 40 %, 40 % und 20 % des Festpreises ausmachen. Die Analyse des ersten Teils (die sinnvollerweise erst einmal ziemlich isoliert vorgenommen werde), lasse bald auf 80 % für diesen Teil und damit auf einen Gesamtaufwand von 140 % schließen, wenn die weiteren Teile vermutlich keinen Mehraufwand verursachen. Bei einer Prognose, dass sich der Aufwand für die weiteren Teile ebenfalls verdoppelt, ist man aber schon bei einem Gesamtaufwand von 200 %.

Es ist also sehr schwer zu bestimmen, inwieweit der Auftragnehmer einen Vertrauenstatbestand schafft. – Wenn der Auftragnehmer seine Erkenntnisse nicht mitteilt, dürfte er einen wesentlich größeren Vertrauenstatbestand schaffen. Die Berufung auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage dürfte dadurch eingeschränkt werden (zumindest in den Folgen).

(5) Einfluss von Beratungsverschulden des Auftragnehmers

Gibt der Auftragnehmer einen schuldhaft falschen Kostenanschlag nach § 650 BGB ab, haftet er aus Verschulden bei Vertragsabschluss [Buch Kapitel 7.1]. Die Situation ist dort insofern anders, als der Kunde bei einem Kostenanschlag das Risiko für den Mehraufwand übernimmt. Hier trägt es erst einmal der Auftragnehmer voll und, wenn er sich auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, immer noch teilweise. Man wird nur sehr vorsichtig Verschulden bei Vertragsabschluss annehmen können.

Anders liegt es, wenn der Auftragnehmer vorher einen Beratungsauftrag durchgeführt hat. Dieser kann die „endgültige“ Konkretisierung oder die Konkretisierung auf mittlerem Niveau zum Gegenstand gehabt haben. Wenn der Auftragnehmer dann einen Festpreis für die nächste Stufe anbietet, soll dieser bei der ersten Alternative eine sehr hohe und bei der zweiten eine hohe Zuverlässigkeit haben. Beratungsverschulden (mit Anspruch auf das negative Interesse) ist dann,

wenn der Auftragnehmer sich auf den Fortfall der Geschäftsgrundlage beruft, wie folgt zu berücksichtigen:

Will der Kunde sich vom Vertrag lösen, braucht er im wesentlichen nur noch seine Bereicherung (auch um Wissen!) zu erstatten.

Soll das Projekt fortgesetzt werden, dürfte das Verschulden des Auftragnehmers seinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung verringern.