

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 07/2005

Thema: Durchsetzung und Abwehr von Nachträgen/Baurecht

1. Einleitung

Der Begriff **Nachtrag** ist dem Gesetz als auch der VOB/B unbekannt. Unter Nachträgen versteht man in der Baupraxis vom Auftragnehmer an den Auftraggeber gestellte Vergütungsansprüche, die über die ursprüngliche vertraglich vereinbarte Vergütung hinausgehen bzw. diese abändern. Nachträge in diesem Sinne sind zusätzlich Vergütungsforderungen oder Mehrforderungen.

Nachträge haben ihren Ursprung darin, dass eine vom Bau-Soll abweichende Leistung als Bau-Ist ausgeführt wird. Ein Nachtrag setzt immer voraus, dass sich in der Baurealität etwas anderes ergeben hat, als die Vertragsparteien ursprünglich vereinbart hatten.

Kaum ein Thema am Bau ist so umstritten wie die Nachtragsproblematik. Die Gründe für die Nachträge sind vielfältiger Natur. So lässt sich beispielsweise die konkrete Beschaffenheit des Baugrundes erst während der Bauphase ermitteln. Ferner verursachen die bei größeren Bauobjekten gegebenen längeren Bauzeiten zwangsläufig Änderungswünsche des Auftraggebers. Schließlich ist nicht ohne Einfluss, dass die Auftragnehmer aufgrund der knapp kalkulierten Baupreise gezwungen sind, Nachträge zu stellen, um ein Bauvorhaben zumindest ohne Verlust abwickeln zu können. Da diese Thematik in erheblichem Umfang die Gerichte beschäftigt, ist dies auch ein Grund für uns, sich mit diesem Thema näher zu befassen.

2. Voraussetzungen eines Nachtrags

Gemäß § 2 Nr. 1 VOB/B, der allgemeine Gültigkeit hat, werden durch die vereinbarten Preise **alle Leistungen** abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den besonderen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen, den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) und der gewerblichen Verkehrssitte **zur vertraglichen Leistung** gehören; **alle** diese Vertragsbestandteile und weitere, z.B. Pläne, bilden das **Bau-Soll**. Ausgehend von diesem Grundsatz, der in der VOB/B deutlich wird, wird der Merksatz

Alle Nachträge haben ihren Ursprung darin, dass eine vom Bau-Soll abweichende Leistung als Bau-Ist ausgeführt wird

verständlich. Folgenden einleitenden Fragestellungen ist daher bei Streit über die Vergütungsfähigkeit einer Leistung nachzugehen:

- Ist die Leistung bereits im Bau-Soll enthalten?

Das Bau-Soll definiert sich durch die Leistungsbeschreibung des Bauvertrages – evtl. auch in der Vorbemerkung - , weiteren Vertragsunterlagen (Bodengutachten, etc.) und Vertragsbedingungen (BVB, ZVB, ZTV, VOB/B) sowie die häufig in ihrer Bedeutung unterschätzte VOB/C.

- Ist bei Auslegung aus Sicht des Auftragnehmers die Leistung von der Leistungsbeschreibung noch erfasst?

Dabei führt in der Regel eine Änderung des Bauinhalts nicht zu einem Nachtrag, wenn der Auftragnehmer ein erkennbares oder sogar bekanntes Risiko übernommen hat.

- **Ist eine Abänderung des Bau-Solls veranlasst worden?**

Die Feststellung, ob die Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll auf einen Eingriff des Auftraggebers, einen Eingriff des Auftragnehmers oder ohne Eingriff einer der Parteien in den Bauablauf zurückzuführen ist, ist für die Anspruchsgrundlage entscheidend, auf die der Nachtrag gestützt wird. Dabei ist auch immer zu prüfen, ob der Eingriff von einem Bevollmächtigten veranlasst wurde.

Das **Hauptproblem** bei der Auseinandersetzung um Nachträge liegt darin, den **Umfang** des bereits vereinbarten **Bau-Solls** aus den häufig umfangreichen und komplizierten vertraglichen Abmachungen **herauszuarbeiten** und mit dem Bau-Ist zu vergleichen.

Bei der **Vertragsauslegung** sind folgende **Grundsätze** zu beachten:

- Auslegung des gesamten Vertragswerks, d.h. Ermittlung des Leistungsinhalts aus dem gesamten Vertragswerk einschließlich der in Bezug genommenen Pläne (**Totalität aller Vertragsunterlagen**)

Bei **Widersprüchen** gilt im VOB-Vertrag die Rangfolge aus § 1 Nr. 2 VOB/B, sofern im Bauvertrag nichts anderes vereinbart ist. Einen Vorrang innerhalb der Leistungsbeschreibung gibt es grundsätzlich nicht. Es gilt jedoch der **Spezialitätsgrundsatz**, d.h. dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, das detailliert beschrieben ist.

Das Problem, das Bau-Soll inhaltlich richtig zu bestimmen, tritt insbesondere dann auf, wenn eine Leistung textlich beschrieben ist, in einem Plan aber zusätzliche Anforderungen vermerkt sind. Einerseits ist ein Widerspruch zwischen Text und Zeichnung möglich, andererseits kann der Text schweigen, der Plan enthält aber zusätzliche Angaben.

Sofern vorrangige Regelungen im Bauvertrag zwischen Text und Zeichnung fehlen, ist derjenige Teil der Ausschreibung vorrangig, der die meisten Details enthält und damit die höchste Genauigkeitsstufe aufweist. Meist ist der Plan detailreicher als der Text, weil die zeichnerische Darstellung leichter fällt als die verbale Darstellung. Dies hat zur Folge, dass der Plan häufig die speziellere Unterlage ist mit der Folge, dass dieser Plan vorrangig zu beachten ist.

Einschränkung:

Nicht ausreichend ist es aber, irgendwo Pläne mit zusätzlichen Details zu versehen, die im Text (Leistungsposition, Baubeschreibung, Raumbuch) fehlen. Es muss also im Text an der richtigen Stelle auf den Plan verwiesen werden, um die dort enthaltenen weiteren Details einzubeziehen. Den Angebotspreis kalkuliert der Auftragnehmer nämlich meist anhand des Textes und nicht der Pläne. Zu der Leistungsbeschreibung zählen meist Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis. Diese Vorbemerkungen enthalten wichtige Angaben für die Ausführung und Kalkulation der auftragnehmerischen Leistung. Ist in den Vorbemerkungen die Leistung detailliert beschrieben, kann sich die Auslegung der folgenden Leistungspositionen bei Unklarheiten an dieser Beschreibung zu orientieren haben.

Daneben haben besondere Bedeutung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die häufig in ganz erheblichem Umfang den Leistungsinhalt regeln, insbesondere die zusätzlichen, allgemeinen oder besonderen technischen Vertragsbedingungen. In der Praxis unterschätzt wird häufig die Bedeutung der **VOB/C**, der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen der Bauleistungen (ATV). Die ATV enthalten jeweils in Abschnitt 4 (vgl. DIN 18299 Abschnitt 4) wichtige Regelungen zur Vergütung von „Nebenleistungen“ und „Besonderen Leistungen“.

Nebenleistungen gehören auch ohne besondere Erwähnung in der Leistungsbeschreibung zum Bau-Soll. Sie werden also nicht gesondert vergütet, auch wenn der Auftraggeber sie nachträglich fordert, solange keine vorrangigen Vereinbarungen existieren.

Besondere Leistungen sind Leistungen, die nicht Nebenleistungen sind. Sie gehören nur dann zum Bau-Soll, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders aufgeführt sind. Die Ausführung dieser Leistungen kann daher einen Nachtrag auslösen.

- Auslegungskriterien:

Bei der **Auslegung** kommt es entscheidend auf die **Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers** an. Bei der Ausschreibung nach der VOB/A ist für die Auslegung des Bau-Solls die objektive Sicht des möglichen Bieters als Empfängerkreis maßgeblich. Dabei kommt folgendem Bedeutung zu:

- Wortlaut der Leistungsbeschreibung
- Umstände des ausgeschriebenen Vorhabens (konkreten Verhältnisse des Bauwerks)
- Verkehrssitte und Treu und Glauben
- anerkannte Regeln der Technik

Bei der Vertragsauslegung ist zu berücksichtigen, dass ein Bieter grundsätzlich eine mit § 9 VOB/A konforme Ausschreibung erwarten darf. Mögliche Unklarheiten oder Ungenauigkeiten der Ausschreibung sind bei Auslegungszweifeln so zu interpretieren, dass eine den Anforderungen der VOB/A entsprechende Ausschreibung gewollt ist.

BGH, BauR 1997, 466

Der § 9 VOB/A beschreibt die Bedingungen für eine ordnungsgemäße Ausschreibung. Die in § 9 VOB/A enthaltenen Ausschreibungsregeln gelten nach der Rechtsprechungslehre für **alle** Bauverträge, da sie letztlich in Ausfüllung von Treu und Glauben das zum Ausdruck bringen, was in der Baupraxis als gewerbeüblich und den Beteiligten zumutbar anzusehen ist.

Folgende Mängel können insbesondere im Rahmen eines Leistungsverzeichnisses auftreten:

Positionen mit „unvollständiger Beschreibung“

Es fehlen Leistungen oder Leistungsteile, die ausdrücklich im Vertrag aufgeführt werden müssten.

Hier wird regelmäßig eine zusätzliche Leistung in Betracht kommen, für die gem. § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B eine Nachtragsvereinbarung abzuschließen und eine eigene Vergütung zu zahlen ist.

Positionen mit „fehlerhafter Beschreibung“

Die Ausführung des Vertragstextes würde zu einer mangelhaften Leistung im Sinne des § 13 Nr. 1 VOB/B führen.

Auftragnehmer sollte stets seine Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Nr. 3 VOB/B erfüllen, um Mängelansprüchen vorzubeugen.

Gibt der Auftraggeber aufgrund der Bedenkenanmeldung eine Anordnung, die das Bau-Soll verändert, kommt in Betracht, dass gem. § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B eine Nachtragsvereinbarung abzuschließen und eine eigene Vergütung zu zahlen ist.

Positionen mit „unklarer Leistungsbeschreibung“

Der Vertragstext ist so unklar dargestellt, dass der Auftragnehmer nähere Angaben braucht, um seinen Preis kalkulieren zu können.

Nach der Rechtsprechung ist der Auftragnehmer verpflichtet, schon im vorvertraglichen Stadium der Kalkulation den Auftraggeber nach den benötigten Einzelheiten zu befragen.

Unterlässt er dies oder ersetzt er gar die fehlenden Fakten durch eigene Annahmen, dann kalkuliert er auf eigenes Risiko und kann später keine Nachträge fordern, wenn sich die Annahmen als falsch erweisen. Gerade diese Konstellation führt zu verschiedenen Risikobereichen bei Auftragnehmer und Auftraggeber, die kurz dargestellt werden:

- Risikoübernahme durch den Auftragnehmer

Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, nachdem riskante Leistungen nicht übernommen werden können. Den Bauvertragsparteien steht es frei, Risiken der Bauausführung vertraglich zu übernehmen. Es ist nicht verboten und führt nicht zur Unwirksamkeit des Bauvertrags, Leistungen zu übernehmen, deren Aufwand zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht feststeht. Das übernommene Risiko, eine unkalkulierbare oder schwer kalkulierbare Leistung zu erbringen, führt im Falle des Risikoeintritts nicht zu einer richterlichen Abänderung der vertraglichen Risikoübernahme zu Gunsten des Auftragnehmers.

- Risikoübernahme durch den Auftraggeber

Ist eine Leistung unvollständig, fehlerhaft oder unklar in Auftrag gegeben worden und ergibt sich aus dem Inhalt der Vertragsauslegung die Notwendigkeit weiterer oder geänderter Leistungen, kann dies gleichfalls nicht mit allgemeinen Billigkeitserwägungen zu Gunsten des Auftraggebers modifiziert werden. Es gibt keinen Rechtsgrundsatz, dass eine Ausschreibung stets so auszulegen ist, dass der Auftragnehmer alle Leistungen zu erbringen hat, die zu einer funktionstauglichen Leistung als Bau-Soll führen. Der Erfolgsbezug des Werkvertragsrechts bestimmt zwar das Mängelrecht, nicht aber das Recht der Vergütung!

Zeitpunkt für die Bestimmung des Bau-Solls:

Grundsätzlich bestimmt der Zeitpunkt des **Vertragsabschlusses** die Bestimmungen des Bau-Solls. Aber auch hier gibt es Probleme:

Bei „nachgereichten“ Plänen, die zeitlich zwischen Angebotsabgabe und dem Zuschlag des Schreibens bzw. der Vertragsunterzeichnung zugeleitet werden, werden diese nur dann Vertragsinhalt und damit Bau-Soll, wenn der Auftragnehmer die Chance hatte, sie kalkulatorisch zu erfassen. Sofern dem Auftragnehmer Unterlagen überreicht werden, die etwas Neues oder Zusätzliches enthalten, **ohne** dass der Auftraggeber darauf hinweist oder, wenn er die Änderung als preislich irrelevant verharmlost, werden diese nicht zum Vertragsbestandteil.

Davon zu unterscheiden ist eine in der Baupraxis zu beobachtende Unsitte privater Auftraggeber nach Abgabe des Angebots im Rahmen von Preisverhandlungen offen weitere Pläne mit zusätzlichen Leistungen nachzureichen in Kombination mit dem Verlangen, die zusätzlichen Leistungen zum alten Angebotspreis auszuführen. Der psychologische Druck auf den Auftragnehmer ist dabei immens, da er sich in einer fortgeschrittenen Phase der Verhandlungen befindet und erhebliche Kosten für die Kalkulation entstanden sind. Sofern der Auftragnehmer hier bewusst sich auf die nachgereichten Pläne einlässt, gehören diese zum Bau-Soll.

TIPP:

Die beste Maßnahme zur Streitvermeidung besteht darin, einen systematischen und klaren Bauvertrag zu vereinbaren.

Der Sinn eines Bauvertrages besteht darin, dass beide Parteien einvernehmlich den Leistungsumfang, die Vergütung und sonstige relevanten Vereinbarungen, z.B. zur Zahlung, zu Vertragsstrafen usw. festlegen.

Unklarheiten, Ungenauigkeiten oder Lücken im Vertrag führen dazu, dass sich die beiden Parteien nachher nicht mehr vertragen, sondern sich streiten.

Gefahr in der Baupraxis:

Oftmals werden Angebote nicht direkt, sondern auf sogenannten „Vergabeverhandlungen“ angenommen.

Auftraggeber und Auftragnehmer ist unbedingt zu empfehlen, den Inhalt von Vergabeverhandlungen bezüglich der Festlegung des Leistungsumfanges exakt zu protokollieren.

Am besten sofort in der Vergabeverhandlung handschriftlich formulieren und von beiden Vertragspartnern unterschreiben lassen.

So werden Unstimmigkeiten, Unklarheiten und Nichtübereinstimmungen sofort aufgedeckt und können geklärt werden.

3. Übersicht der Anspruchsgrundlagen für Nachträge

Auch im Baurecht gilt, dass wenn jemand von einem anderen etwas verlangt, wie hier einen Nachtrag, immer eine Anspruchsgrundlage notwendig ist. **Ohne Anspruchsgrundlage kein Nachtrag.** Für die Durchsetzung und Abwehr von Nachträgen ist es entscheidend, dass die Baubeteiligten die jeweiligen Anspruchsgrundlagen und deren Voraussetzungen kennen. Die häufig zu beobachtende diffuse Einforderung von Nachträgen scheitert meist darin, dass eine entsprechende Dokumentation im Hinblick auf die Voraussetzungen des Anspruchs auftragnehmerseitig missachtet wurde. Für den Auftraggeber ist die Kenntnis der Voraussetzungen entscheidend für eine mögliche Abwehr der Nachträge. Auch muss sich der Auftraggeber darüber im klaren sein, dass Eingriffe in den Bauablauf in das Kalkulationsgefüge des Auftragnehmers eingreifen und zu Forderungen führen können. Die nachfolgende Übersicht stellt die einzelnen Anspruchsgrundlagen einer Bau-Soll/Bau-Ist Abweichung, die im Gesetz (BGB) und der VOB/B geregelt sind, dar.

Systematischer Überblick Nachträge			
Anspruchsgrundlage	Eingriff	Vertrag	Anmerkungen
§ 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B	kein Eingriff	VOB/B	Mehrmengen Es kommt zum sogenannten „gespaltenen Einheitspreis“. für Mengen bis 110 % der Masse = alter Preis für Mengen über 110 % der Masse = neuer Preis Folge ist, dass zwei Preise für ein und dieselbe Leistungsposition vorhanden sind. Anpassung des Preises.
§ 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B	kein Eingriff	VOB/B	Mindermenge Bei Mindermengen von mehr als 10 % der Masse wird – anders als bei der Mehrmenge – insgesamt für die neue Menge ein neuer Einheitspreis gebildet. Werden weniger als 90 % der ursprünglich kalkulierten Masse ausgeführt, dann

Systematischer Überblick Nachträge			
Anspruchsgrundlage	Eingriff	Vertrag	Anmerkungen
			ist für die gesamte Leistungsposition ein neuer Einheitspreis zu ermitteln. Anpassung des Preises.
§ 2 Nr. 4 VOB/B	Eingriff AG	VOB/B	Selbstübernahme/Teilkündigung Volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen.
§ 2 Nr. 5 VOB/B	Eingriff AG	VOB/B	Geänderte Leistung Anpassung des Preises
§ 2 Nr. 6 VOB/B	Eingriff AG	VOB/B	Zusätzliche Leistung Vereinbarung eines neuen Preises auf alter Preisgrundlage.
§ 2 Nr. 9 VOB/B	Eingriff AG	VOB/B	Planungsleistungen Verlangen des AG nach zusätzlichen Planungsleistungen. Vergütung gemäß Vereinbarung bzw. übliche Vergütung.
§ 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B	Eingriff AG	VOB/B	Leistungerschwernisse Übliche Vergütung
§ 6 Nr. 6 VOB/B	Eingriff AG	VOB/B	Baubehinderung Schadensersatz
§ 642 BGB	Eingriff AG	BGB VOB/B	Unterlassene Mitwirkungshandlung Entschädigung
§ 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B	Eingriff AN	BGB VOB/B	Eigenmächtige Abweichung Keine Vergütung
§ 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B	Eingriff AN	VOB/B	Eigenmächtige Abweichung Anspruch auf Vergütung besteht, wenn - AG die Leistung nachträglich anerkennt oder - die Leistung notwendig und - mutmaßlichen Willen des AG entspricht und - unverzügliche Anzeige des Auftragnehmers Anpassung des Preises
§ 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B	Eingriff AN	BGB VOB/B	Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) wenn - Leistung objektiven Interessen gemäß und - entspricht dem mutmaßlichen Willen des AG Vergütung nach Grundsätzen der GoA, §§ 677 ff. BGB

Bereits die vorstehende Übersicht zeigt, dass bei den Anspruchsgrundlagen immer zu unterscheiden ist, von welcher Seite ein Eingriff in den Bauablauf stattfindet. Jede dieser Anspruchsgrundlagen hat ihre eigenen Voraussetzungen. Teilweise gibt es auch Überschneidungen, so dass die Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist.

4. Vertragstypen und ihre Bedeutung für Nachträge

Im Baurecht unterscheidet man zwischen Einheits- und Pauschalpreisverträgen. Bei den sogenannten Pauschalpreisverträgen muss wiederum unterschieden werden. Die Einzelheiten sind meist kompliziert, weil sich die Art und Weise der Leistungsbeschreibung (detailliert oder global) innerhalb eines Bauvertrags ändern können. Dennoch ist die Kenntnis der Grundzüge notwendig, um die Nachtragsvorschriften zu verstehen.

Bei der Beurteilung von Nachträgen ist aber nicht die Bezeichnung des Vertrages, sondern die Frage entscheidend, wie konkret und detailliert das Bau-Soll beschrieben ist, hinsichtlich derer Nachträge geltend gemacht werden. Die Wahl des Vertragstyps hat Einfluss auf die Nachtragshäufigkeit. Je **globaler und detailärmer** die Angaben zum Bau-Soll sind, **um so weniger** Abweichungsfälle und damit **Nachträge** kann es geben. Es ist zu unterscheiden:

4.1. Einheitspreisvertrag

Beim Einheitspreisvertrag werden die vereinbarten Einheitspreis mit den tatsächlich ausgeführten Leistungen multipliziert. Daraus ergibt sich die Abrechnungssumme. Die tatsächlich ausgeführten Leistungen sind durch ein Aufmaß nachzuweisen, da ansonsten die Schlussrechnung nicht prüffähig und damit nicht zur Zahlung fällig ist.

Beim Einheitspreisvertrag sind Leistung und Preis detailliert.

4.2. Detail-Pauschalpreisvertrag

Bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag ist lediglich die Vergütung pauschaliert, nicht aber die hierfür geschuldete Bauleistung. Vergleichbar mit dem Einheitspreisvertrag ist beim Detail-Pauschalpreisvertrag das Leistungsverzeichnis genau so konkret wie beim Einheitspreisvertrag. Der Vertrag verfügt über Fordersätze und Einheitspreise, wobei die Parteien vereinbaren, dass die durch eine Multiplikation von Fordersätzen und Einheitspreisen ermittelte vorläufige Angebotssumme pauschal abgerechnet werden soll. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die vertraglich geschuldete Leistung mengenunabhängig abgerechnet wird. Diese mengenunabhängige Abrechnung bezieht sich nur und ausschließlich auf diejenigen Bauleistungen, die in dem Leistungsverzeichnis aufgeführt sind. Diese bestimmen das Bau-Soll, also die für die Pauschale als Bezugspunkt geschuldete Bauleistung. Der Auftragnehmer hat für die Pauschale nur das zu leisten, was dort geregelt ist. Nicht mehr, nicht weniger und nichts anderes.

Es findet kein Aufmass statt, Auftraggeber und Auftragnehmer übernehmen das Massenrisiko. Der Auftraggeber übernimmt das Risiko, dass weniger Massen als geplant ausgeführt werden und er trotzdem die volle Pauschalsumme zu bezahlen hat, der Auftragnehmer übernimmt das Risiko, dass er tatsächlich mehr Massen ausführen muss als geplant, ohne zusätzliche Vergütung verlangen zu können.

Beim Detail-Pauschalpreisvertrag wird nur der Preis nicht die Leistung pauschaliert.

4.3. Global-Pauschalpreisvertrag

Beim Global-Pauschalvertrag wird im Unterschied zum Detail-Pauschalpreisvertrag nicht nur die Vergütung, sondern auch die vertraglich geschuldete Bauleistung pauschaliert. Das Bau-Soll wird meistens lediglich funktional (also nicht im Detail) beschrieben. Kennzeichnend für diese Form des Pauschalvertrages ist es, dass die Leistung durch globale Elemente, eben in Form einer funktionalen Leistungsbeschreibung und nicht detailliert beschrieben ist.

Beim Global-Pauschalpreisvertrag wird häufig das Risiko der Leistungsvermittlung/Leistungsbeschreibung und/oder Planung durch den lediglich funktionalen Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer verlagert.

Der Auftraggeber gibt durch die funktionale Beschreibung lediglich das Ziel vor, der Auftragnehmer übernimmt zumeist wesentliche Teile der Ausführungsplanung, wenn er nicht sogar verpflichtet ist, die gesamte Ausführungsplanung selbst zu erstellen, wie häufig beim Schlüsselfertigbau. Der Auftragnehmer übernimmt das Risiko der Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Leistungsermittlung.

Der Global-Pauschalpreisvertrag ist aufgrund der starken Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer relativ nachtragsresistent, einen Nachtrag kann der Auftragnehmer nur dann verlangen, wenn der Auftraggeber Änderungen vornimmt oder wenn sich ansonsten der geschuldete Leistungsinhalt ändert.

Beim Global-Pauschalpreisvertrag sind Preis und Leistung pauschaliert.

Zur Verdeutlichung der Risikozuweisung mag folgende Übersicht dienen:

	Einheitspreisvertrag	Detail-Pauschalpreisvertrag	Global-Pauschalpreisvertrag
Bau-Soll	detailliert	detailliert	pauschal
Vergütung	detailliert	pauschal	pauschal

Die vorstehenden Ausführungen sind wichtig für das Verständnis von Nachträgen am Bau. **Pauschal ist nicht pauschal.** Ein Pauschalvertrag schließt **nicht automatisch** Nachträge aus. Auch bei dieser Vertragsform sind Nachträge möglich, wobei die Häufigkeit von Nachträgen vom Einheitspreisvertrag über den Detail-Pauschalpreisvertrag bis hin zum Global-Pauschalpreisvertrag abnimmt.

Dass Nachträge nicht ausgeschlossen sind, lässt sich beim VOB-Vertrag sogar dem Text der VOB/B selbst entnehmen. Beim Pauschalvertrag eröffnet **§ 2 Nr. 7 Abs. 2 Satz 4 VOB/B** nahezu alle Anspruchsgrundlagen, die auch beim Einheitspreisvertrag anwendbar sind. Lediglich wenn kein Eingriff in den Bauablauf vorliegt, also bei den Mengenabweichungen nach § 2 Nr. 3 VOB/B, scheiden regelmäßig Nachträge aus. Nur im Ausnahmefall gewährt § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 1, 2 VOB/B einen Nachtrag, wenn erhebliche Abweichungen vorliegen (ab 20 %, Frage des Einzelfalls). Dies ist die logische Konsequenz der Pauschalierung des Massenrisikos.

5. Checkliste Nachtragsvoraussetzungen

Nachfolgend werden im Einzelnen für die im systematischen Überblick genannten Anspruchsgrundlagen in Form von Checklisten die Anspruchsvoraussetzungen genannt. Die Checklisten dürfen aber nicht den Blick darauf verstellen, dass in der Praxis jede Anspruchsvoraussetzung ihre Besonderheiten, insbesondere Ausnahmen, kennt. Sie vermögen daher eine anwaltliche Beratung im Einzelfall nicht zu ersetzen. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei entsprechend der Baupraxis auf dem VOB-Vertrag. Der Vollständigkeit halber sei lediglich angemerkt, dass es beim **BGB-Vertrag** grundsätzlich keine einseitigen Leistungsänderungen durch den Auftraggeber gibt. Diese sind nur unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gegeben. Grundsätzlich bedarf es daher beim BGB-Vertrag einer entsprechenden Einigung. Beim **VOB-Vertrag** bleibt es nach § 1 Nr. 3 VOB/B dem Auftraggeber vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Außerdem wird ein einseitiges Anordnungsrecht auf zusätzliche Leistungen des Auftraggebers nach Maßgabe des § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B eingeräumt. Die nachfolgenden Checklisten sind daher immer danach zu überprüfen, ob der jeweilige Nachtragsanspruch eine Vereinbarung der VOB/B voraussetzt.

5.1. Nachtrag nach § 2 Nr. 3 VOB/B

Ein Nachtrag wegen Mehrmengen/Mindermengen hat folgende Anspruchsvoraussetzungen:

- Einheitspreisvertrag liegt vor
- VOB/B ist vereinbart
- tatsächlich ausgeführte Menge weicht von der vereinbarten ausgeschriebenen Menge um mehr als 10 % ab
- Mengenänderung beruht auf keinen Eingriff in den Bauablauf
- Mengenänderung hat Mehr- oder Minderkosten zur Folge, wobei bei Mengenunterschreitungen der Auftragnehmer nicht in anderen Positionen oder auf andere Weise bereits einen Ausgleich erhalten haben darf
- ein Vertragspartner verlangt die Änderung der Vergütung

Folge:

Anpassung des Preises unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten, wobei die Auftragskalkulation Grundlage für die Preisbildung ist.

Es gilt der Grundsatz:

„Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“

Mehrmengen::

Es kommt zum sogenannten „gespaltenen Einheitspreis“.

für Mengen bis 110 % der Masse = alter Preis

für Mengen über 110 % der Masse = neuer Preis

Mindermengen:

Preisanpassung für die gesamte ausgeführte Menge, als Ausgleich der Unterdeckung der Baustelleneinrichtung/Baustellengemeinkosten im allgemeinen Geschäftskosten.

5.2. Nachtrag nach § 2 Nr. 4 VOB/B

Ein Nachtrag wegen Selbstübernahme/Teilkündigung des Auftraggebers hat folgende Anspruchsvoraussetzungen:

- Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag liegt vor
- VOB/B ist vereinbart
- AG übernimmt die an den AN vergebene Leistung selbst oder teilweise

Folge:

Volle Vergütung abzgl. ersparter Aufwendungen, vgl. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B.

5.3. Nachtrag nach § 2 Nr. 5 VOB/B

Der Nachtrag wegen geänderter Leistung setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

- Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag liegt vor
- VOB/B ist vereinbart
- AG greift einseitig in das Bau-Soll während des Bauablaufs ein
- Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll
- Eingriff in den Bauablauf hat eine Veränderung der Grundlagen des Preises für eine im Bauvertrag vorgesehene Leistung zur Folge

Folge:

Anpassung des Preises, der neue Preis ist unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren. Das bisherige Preisgefüge bleibt auch hier bestehen, soweit das Preisgefüge nicht durch die Leistungsänderung berührt wird.

5.4. Nachtrag nach § 2 Nr. 6 VOB/B

Ein Nachtrag wegen zusätzlicher Leistungen setzt folgende Anspruchsvoraussetzungen voraus:

- Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag liegt vor
 - VOB/B ist vereinbart
 - AG greift in Bauablauf ein, in dem eine vertraglich nach dem Bau-Soll nicht vorgesehene Leistung gefordert wird
 - Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll
 - AN muss den zusätzlichen Vergütungsanspruch vor Beginn der Ausführung anzeigen.
- Ausnahme:
Entbehrlich ist Ankündigung, wenn sich der AG nach den Umständen nicht im unklaren befinden haben kann, dass die zusätzliche Leistung gegen Vergütung ausgeführt wird oder wenn beide Parteien bei der Erteilung des Zusatzauftrages von der Entgeltlichkeit der Bauleistung ausgehen.

Folge:

Vereinbarung eines neuen Preises auf alter Preisgrundlage. Die Höhe der Vergütung für die zusätzlichen Leistungen richtet sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertraglichen Leistungen der besonderen Kosten der geforderten Leistung.

5.5. Nachtrag nach § 2 Nr. 9 VOB/B

Ein Nachtrag wegen Planungsleistungen setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

- Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag liegt vor
- VOB/B ist vereinbart
- AG fordert Zeichnung, Berechnungen, die nicht zum Bau-Soll des AN gehören

Folge:

Vergütung gem. Vereinbarung bzw. übliche Vergütung. Über die Höhe sagt § 2 Nr. 9 VOB/B ausdrücklich nichts. Nach Auffassung der Literatur hat der Auftragnehmer Anspruch auf ein Entgelt, das dem Honorar eines für die Leistung qualifizierten Fachmanns entspricht. Im Ergebnis bedeutet dies wohl für Planungsleistungen, die in der HOAI beschrieben sind, die entsprechenden HOAI-Sätze heranzuziehen (str.; a.A.: Erlass zum VHB: Richtlinien zu §§ 1 und 2 VOB/B; Leitfaden zur Vergütung von Nachträgen, Az: BB11-01080-114, 06.01.2004).

5.6. Nachtrag nach § 4 Nr. 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B

Ein Nachtrag wegen Leistungerschwerbis setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

- Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag
- VOB/B ist vereinbart
- AG hat eine Anordnung getroffen
- AN erhebt Bedenken gegen die Anordnung
- AG besteht auf Durchführung der Anordnung
- Befolgung der Anordnung führt zu einer Erschwerbis für die Bauleistungen und daraus resultierenden Mehrkosten

Folge:

Anspruch auf die übliche Vergütung. Der Vergütungsanspruch wird unabhängig von Preisgrundlagen ermittelt.

5.7. Nachtrag nach § 6 Nr. 6 VOB/B

Ein Nachtrag wegen Baubehinderung setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

- BGB-Vertrag oder VOB/Vertrag (Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag)
- Vorliegen einer Behinderung über den geltend gemachten Zeitraum
- Behinderung hat zu einer Verzögerung der Arbeiten des AN geführt
- Behinderung wurde gem. § 6 Nr. 1 VOB/B vom AN unverzüglich schriftlich angezeigt
- Alternativ:
Behinderung war dem AG offenkundig bekannt
- AG hat hindernde Umstände zu vertreten
- Beispiele:
 - Verspätete Baugenehmigung wegen unsachgemäßer Antragstellung
 - Verletzung der Koordinierungsverpflichtung durch den AG
 - Behinderung durch Leistungsänderungen
- Behinderung hat einen Schaden des AN verursacht

Folge:

Schadensersatzanspruch, Behinderung/Störung muss möglichst konkret dargelegt werden. Bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung erforderlich, dabei Berücksichtigung von wahrgenommenen Möglichkeiten, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen oder Bauablauf umzustellen.

5.8. Nachtrag nach § 642 BGB

Der Nachtrag wegen Unterlassen einer Mitwirkungshandlung setzt als Anspruchsvoraussetzung voraus:

- BGB-Vertrag oder VOB/Vertrag (Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag)
- AG erbringt seine Mitwirkungshandlung nicht oder nicht rechtzeitig
- Beispiele:
 - Verletzung Bereitstellungspflicht (Grundstück, Leistung des Vorunternehmers)
 - Beistellung der Ausführungsunterlagen, § 3 Nr. 1 VOB/B
 - Abstecken der Hauptachsen, § 3 Nr. 2 VOB/B
 - Koordination der am Bau beteiligten Unternehmer, § 4 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B
 - öffentlich rechtliche Genehmigungen/Erlaubnisse, § 4 Nr. 1 Satz 2 VOB/B
 - Bereitstellung von Lager und Arbeitsplätzen
- AN darf seinerseits leisten, ist zur Leistung bereit und imstande
- AN bietet seine Leistung wie geschuldet an
- Behinderungsanzeige des AN

Folge:

Entschädigungsanspruch des AN, der verschuldensunabhängig ist. Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB ist besonders die Anspruchsgrundlage für verspätet erbrachte Mitwirkungshandlungen des AG (Vorunternehmerfälle). Entschädigung hat Vergütungscharakter, d.h. Kalkulationsverfahren analog der Nachtragsberechnung nach § 2 VOB/B. Vorsicht: laut BGH ohne Wagnis + Gewinn.

5.9. Nachtrag nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B

Ein Anspruch wegen eigenmächtiger Abweichung setzt folgende Anspruchsvoraussetzungen voraus:

- Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag liegt vor
- VOB/B ist vereinbart
- Ausführung einer vertraglich nicht geschuldeten Leistung Abweichung Bau-Ist vom Bau-Soll
- AG hat die Ausführung der Leistung nicht gefordert
- Anspruch auf Vergütung besteht, wenn
 - AG die Leistung nachträglich anerkennt oder
 - die Leistung notwendig und
 - mutmaßlichen Willen des AG entspricht und unverzügliche Anzeige des Auftragnehmers

Folge:

Anpassung des Preises

5.10. Nachtrag nach § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B

Nachtrag als Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) setzt als Anspruchsvoraussetzungen voraus:

- BGB-Vertrag oder VOB--Vertrag (Einheitspreisvertrag oder Pauschalpreisvertrag)
- Ausführung einer vertraglich nicht geschuldeten Leistung (Abweichung Bau-Ist vom Bau-Soll)
- AG hat die Ausführung der Leistung nicht gefordert
- Anspruch auf Vergütung besteht, wenn
 - Leistung objektiven Interessen gemäß und
 - entspricht dem mutmaßlichen Willen des AG

Folge:

Vergütung nach Grundsätzen der GoA (§§ 677 ff. BGB)

TIPP:

1. Der Auftragnehmer sollte die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage kennen. **Bloße Formfehler genügen zum Vergütungsausfall.** Es ist häufig zu beobachten, dass Auftragnehmer die Voraussetzungen der Ansprüche missachten und teilweise auch bewusst vergessen, die entsprechenden Ankündigungen von Nachträgen dem Auftraggeber zu unterbreiten. Gleiches gilt auch für die notwendigen Behinderungsanzeigen, die meistens fehlen. Diese fehlerhaften Verhaltensweisen führen dazu, dass die Auftraggeberseite Nachträge allein aufgrund formaler Begründungen ablehnen kann. Die Ausnahmen der Formerfordernisse sind häufig weder der Auftraggeber- noch Auftragnehmerseite bekannt und auch vor Gerichten endet nicht selten die Prüfungsreihenfolge mangels Kenntnis der Prozessbeteiligten frühzeitig.
2. Ein häufiger Fehler der Auftragnehmer ist es, bei den Anspruchsgrundlagen, die eine Anpassung des Preises zur Folge haben, nicht auf die Urkalkulation zurückzugreifen. Es gilt der Grundsatz:
„Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“
 Im Wege des Nachtrags können weder Kalkulationsirrtümer, Fehlkalkulationen oder Preissteigerungen oder spekulative Preise nachträglich korrigiert werden. Typisch ist das Abstellen des Auftragnehmers, häufig aber auch von deren Anwälten, auf den angemessenen Preis. Dies ist nicht richtig, wird aber häufig von vielen Gerichten und Auftraggebern noch im Bauprozess aufgrund unzureichenden Vortrags toleriert. Ein typischer Fehler ist auch in derartigen Fällen, dass der Auftragnehmer Nachträge automatisch auf Regiebasis abrechnet.
3. Auftragnehmer versäumen häufig eine ausreichende **Baudokumentation**. Die entscheidenden Anspruchsvoraussetzungen können im Streitfall nicht nachgewiesen werden, da die notwendigen Ankündigungen, Behinderungsanzeigen nicht dokumentiert sind. Gleiches gilt für die Anordnungen des Auftraggebers bzw. fehlende Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers, die im nachhinein kaum mehr nach Zeit, Ort, Person und Inhalt der Anordnung konkretisiert werden können. Die Möglichkeit, die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen versteckt in Baubesprechungen, Bauprotokollen und Bautagebüchern unterzubringen, wird nicht genutzt.
 Es bedarf seitens des Auftragnehmers eines **systematischen Forderungsaufbaus** wie folgt:
 - zeitnahes Sammeln und Zusammenstellen aller nachtragsrelevanten Unterlagen

- baubegleitende, frühzeitige Bearbeitung von Nachtragsverhalten
- systematischer Nachtragsaufbau mit folgenden Bestandteilen:
 - a) angemessene Nachtragsbegründung mit Nachweisen
 - b) vertragskonforme Nachtragskalkulation
 - c) Nachtragsangebot mit Angebotsrandbedingungen
(Beauftragungszeitpunkt, Beistellung durch AG notwendige Vorleistungen) und evtl. Bindefrist

4. In der Baupraxis ist es häufig so, dass auf der Baustelle immer wieder Anordnungen von Architekten oder Bauleitern erfolgen, ohne dass diese entsprechend bevollmächtigt sind oder notwendige Leistungen ohne entsprechende Beauftragung ausgeführt werden. Ein typischer Fehler des Auftragnehmers aber auch des Auftraggebers ist es, hier nicht im Bauvertrag durch entsprechende Vollmacht und Vertretungsklauseln für Klarheit zu sorgen. Es gilt der Grundsatz

„Die Vollmacht des Architekten/Bauleiters hört am Geldbeutel des Auftraggebers auf“.

Da dies im Grundsatz zum Nachtragsverlust führt, ist es für den Auftragnehmer von entscheidender Bedeutung, die Anspruchsvoraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), Bereicherung oder des § 2 Nr. 8 VOB/B darzulegen und den Vergütungsanspruch auf diese Anspruchsgrundlagen zu stützen, wenn die Wirksamkeit einer Beauftragung streitig ist. Eigentlich sind diese Ansprüche von Amts wegen zu prüfen, soweit entsprechend Sachverhalt im Prozess vorgetragen wird. Die Möglichkeiten dieser Anspruchsgrundlagen sind den Prozessbeteiligten weitgehend unbekannt. Der Auftragnehmer sollte daher auf diese Anspruchsmöglichkeiten **ausdrücklich hinweisen**, auch vor Gericht.

5. Der **Auftragnehmer** lebt **gefährlich**, wenn er die **Leistungen am Bau einstellt**, weil keine Einigung über Nachträge erzielt wurde. Ein typisches Problem ist, dass die Ermittlung des Bau-Solls größte Probleme bereitet. Die Darlegung der Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll ist aber notwendige Voraussetzung für jeden Nachtrag. Das Risiko, im Wege der Einstellung der Arbeiten einen Nachtrag durchzusetzen, ist erheblich und kann bei einem Irrtum des Auftragnehmers zu einem massiven Schaden des Auftraggebers führen. Es drohen dem Auftragnehmer dann erhebliche Schadensersatzforderungen.

Dem Auftragnehmer ist hier zu empfehlen, hier eine baubegleitende Beratung in Anspruch zu nehmen, um das Risiko zu reduzieren. Als taktische Maßnahmen kommen beispielweise Zwischenvergleiche in Betracht oder aber der Einsatz eines Verlangens nach Sicherheit nach § 648a BGB. In derartigen Fällen ist seitens der Baubeteiligten statt der Brechstange mehr Kreativität gefragt.

6. Durchsetzung eines Nachtrags

Nachdem die Grundlagen eines Nachtrags dargestellt und ein systematischer Überblick der Nachträge im VOB-Vertrag und BGB-Vertrag gegeben wurden und als Checklisten im Einzelnen die Anspruchsvoraussetzungen dargelegt wurden, soll ein nachfolgendes Schema das Nachtragsmanagement des Auftragnehmers strukturieren. Dieses Schema ist aber nur eine Orientierungshilfe, da sich Verallgemeinerungen alleine schon auf die Besonderheiten des jeweiligen konkreten Bauvertrages verbieten. Das Schema geht von der Standardkonstellation aus, dass Uneinigkeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über das Vorliegen eines Nachtrags besteht, der Auftragnehmer die Leistung noch nicht ausgeführt hat und sich Gedanken über eine Einstellung der Leistung macht. Ein Nachtragsmanagement könnte wie folgt ablaufen:

CHECKLISTE NACHTRAGSMANAGEMENT

1. Liegt eine Anordnung vor?

Der Auftragnehmer sollte sich nicht auf die Ausnahmefälle einer stillschweigenden oder konkludenten Anordnung verlassen. Der Auftragnehmer sollte auf eine Klarstellung durch den Auftraggeber, am besten schriftlich, drängen.

Dem Auftragnehmer ist zu raten, sich bei Anordnungen, die nicht vom Auftraggeber selbst stammen und deren Vollmacht sich nicht aus dem Bauvertrag selbst ergibt (z.B. bei Architekten, Ingenieuren, Projektsteuern, Bauleitern), sich die Bevollmächtigung vom Auftraggeber schriftlich bestätigen zu lassen.

2. Vorherige Ankündigungspflicht erfüllt?

Der Auftragnehmer sollte sich in den Zweifelsfällen, ob eine geänderte oder zusätzliche Leistung vorliegt, nicht auf die Ausnahmetatbestände verlassen. Die Abgrenzungsfrage, ob der Nachtrag auf § 2 Nr. 5 VOB/B oder § 2 Nr. 6 VOB/B gestützt werden kann, ist regelmäßig nicht eindeutig, viele Bauverträge enthalten darüber hinaus ein Schriftformerfordernis. Der Auftragnehmer sollte kein Risiko eingehen. Das sogenannte Restrisiko ist meist das Risiko, das dem Auftragnehmer den Rest gibt. Sich auf das Vorliegen von Ausnahmetatbeständen, die im Einzelfall die Ankündigungspflicht entbehrlich machen, zu verlassen, ist gleichfalls riskant.

3. Vorherige Behinderungsanzeige erfüllt?

Viele Nachträge gehen mit Behinderungen einher. Der Auftragnehmer sollte daher rein vorsorglich parallel zur Ankündigung des Nachtrags eine Behinderungsanzeige machen, um sich darüber hinaus die Anspruchsgrundlagen nach § 6 Nr. 6 VOB/B bzw. § 642 BGB nicht zu verbauen.

4. Antrag auf Vergütungsanpassung unter Vorlage eines Nachtragsangebots bei AG gestellt?

Die Einigung über die Vergütung des Nachtrags vor Leistungsbeginn ist eine Seltenheit. Folgende Schritte sind daher zu überlegen.

1. Schritt

Aufstellen eines Nachtragsangebots durch AN unter Bezugnahme auf die Auftragskalkulation.

Einigung kommt nicht zustande, Folge:

2. Schritt

Erzielung eines Zwischenvergleichs des AN, in dem beispielsweise ein unstreitiger Teilbetrag für den Nachtrag vereinbart wird unter dem Vorbehalt der Nachforderung des Restes (Verlagerung des Streites außerhalb des Bauablaufs um keine Störungen des Bauablaufs mit dem damit verbundenen Kostenrisiko zu meiden).

Absicherung der vom AN verlangten und plausibel nachgewiesenen Nachtragsforderung durch Bürgschaft.

Keine Einigung möglich:

3. Schritt

AN muss sich entscheiden, ob er ein Leistungsverweigerungsrecht oder ein Kündigungsrecht gem. § 9 Nr. 1a, Nr. 2 VOB/B in Anspruch nimmt. AN muss sich sicher sein, dass:

- die Leistung, die der AG verlangt, tatsächlich außerhalb des Bau-Solls liegt, also eine geänderte oder zusätzliche Leistung darstellt und
- AG keine Mängelbeseitigungsansprüche in erheblichem Umfang zustehen und
- AG genügend Bedenkzeit zur Verfügung gestellt wurde.

Sofern sich der AN nicht sicher ist, ob die Voraussetzungen für ein Leistungsverweigerungs-/Kündigungsrecht tatsächlich gegeben sind, sollte er besser weiterarbeiten und den Anspruch später gerichtlich durchsetzen.

Alternative:

Gegebenenfalls sollte im Anwendungsbereich des § 648a BGB zur Absicherung der Vorleistungspflicht eine Bürgschaft verlangt werden, um auf diesem Umweg zu einer Arbeitseinstellung zu gelangen.

Das nachfolgende Schema ist quasi die letzte Möglichkeit für den AN noch eine Vergütung zu erhalten. Das Schema prüft, inwieweit bei einer bereits ausgeführten Leistung noch ein Vergütungsanspruch denkbar ist.

CHECKLISTE NACHTRAG BEI LEISTUNG OHNE AUFTRAG**1. Liegt eine Bau-Soll/Bau-Ist-Abweichung vor?**

Falls diese Frage verneint werden muss, besteht kein Anspruch auf zusätzliche Vergütung.

2. Liegt eine konkludente oder stillschweigende Anordnung des Auftraggebers vor?

Falls ja, sind Ansprüche beispielsweise gem. § 2 Nr. 5 bzw. § 2 Nr. 6 VOB/B denkbar.

3. Hat AG die Leistung nachträglich anerkannt?

Falls ja, Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 1 VOB/B.

4. War die Leistung notwendig für die Gebrauchstauglichkeit, entsprach sie dem mutmaßlichen Willen des AG und wurde sie unverzüglich angezeigt?

Falls ja, Vergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B.

5. Leistung entsprach dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des AG?

Falls ja, Vergütungsanspruch gem. § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 667 BGB.

7. Abwehr eines Nachtrags

Der Auftraggeber hat vielfältige Möglichkeiten, Nachträge des Auftragnehmers abzuwehren. Diese beginnen bereits bei der Vertragsgestaltung, können den Anspruchsgrund als auch die Höhe betreffen bzw. aus Gegenansprüchen stammen. Nachfolgend ein kurzer Überblick der Abwehrmöglichkeiten des Auftraggebers, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird.

7.1. Vertragsgestaltung

Das beste Mittel zur Abwehr von Nachträgen ist die **Verhinderung ihrer Entstehung**. Es ist daher für den Auftraggeber absolut wirtschaftlich sinnvoll, bei Bauvorhaben bei der Vertragsgestaltung nicht bei der Einschaltung von Architekten, Fachingenieuren und Rechtsanwalt zu sparen. Die hierfür aufzuwendenden Kosten stehen in keinem Verhältnis zu den später drohenden Nachtragsforderungen und Schäden bei Bauablaufstörungen. Ursprung jeden Nachtrags ist die Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll.

An erster Stelle steht daher die Aufgabe für den AG darin, die Bauleistung im Sinne des § 9 VOB/A, auch wenn dieser bei privaten Auftraggebern nicht unmittelbar anwendbar ist, zu beachten. Typisch ist in der Praxis, dass auf unzureichender Grundlagenermittlung eine Ausschreibung erfolgt mit der Konsequenz einer Nachtragsflut.

Daneben sind rechtsgeschäftliche Vereinbarungen über die Abwicklung von Nachträgen denkbar. Im Individualvertrag sind diese nahezu unbegrenzt möglich, der Regelfall stellt aber die Vereinbarung und Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) dar.

In der Praxis werden vom Auftraggeber insbesondere folgende drei Typen von Klauseln eingesetzt:

- Komplettheitsklauseln = AN soll Risiko unvollständiger Planung des AG übernehmen
- Schriftformklauseln = Nachträge des AN nur bei schriftlichen Anordnungen des AG
- Ausschlussklauseln = Nachträge des AN sind ausgeschlossen

Bereits diese Aufzählung zeigt, dass hier der Phantasie zur Vermeidung von Nachträgen bei Bauverträgen auftraggeberseitig nahezu grenzenlos ist. Häufig ergibt eine Inhaltskontrolle der AGB nach §§ 307 – 309 BGB (Nachfolger des AGB-Gesetzes), dass die AGB, auf die sich der Auftraggeber beruft, nicht wirksam ist. Die Rechtsprechung setzt hier der Vertragsgestaltung enge Grenzen, um zu vermeiden, dass der gesetzlich geregelte Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer einseitig zu Gunsten des Auftraggebers verschoben wird.

Daneben muss der Auftraggeber beachten, dass bei einem VOB-Vertrag **jede** Abweichung von der VOB/B zu einer AGB-Kontrolle der gesamten VOB/B führt, was im Einzelfall mehr Nachteile bringen kann als die mit der vermeintlichen Klausel erhofften Vorteile.

TIPP:

1. Auftraggebern ist zu empfehlen, bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses und beim Bauvertrag (Vertragsgestaltung) Architekten, Fachingenieure, Projektanten und Rechtsanwalt gemeinsam einzuschalten (baubegleitende Beratung).
2. **Keine Eigenkreativität** beim Bauvertrag, keine Verwendung der „Puzzletechnik“, in denen häufig Auftraggeber gut klingende Klauseln verwenden und unkoordiniert in einem Vertrag vereinen. Beratende Architekten und Ingenieure seien davor gewarnt, hier übereifrig Ratschläge oder Empfehlungen zu geben, das Haftungsrisiko für diese Berufsgruppe ist immens. Vertragsgestaltung am Bau ist allein eine Angelegenheit von im Baurecht spezialisierten Rechtsanwälten.

7.2. Grund und Höhe des Nachtrags

Dem Auftraggeber stehen natürlich die „klassischen“ Einwendungen zu, die sich aus den Anspruchsvoraussetzungen ergeben.

Fehlen einzelne Voraussetzungen für einen Anspruch, kann der Auftragnehmer bereits dem Grunde nach keinen Nachtrag stellen (z.B. Fehlen der Anzeigen für Nachträge oder Behinderungen).

Aber auch der Höhe nach kann der Auftraggeber erfolgreich Einwendungen erheben. Sind zwar die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, ist aber der Nachtrag überhöht, können Kürzungen vorgenommen werden.

Typischer Fehler auftragnehmerseitig ist es, Nachträge meist unabhängig von der Auftragskalkulation zu stellen und diese auch nicht offen zu legen. Viele der Nachträge müssen aus der Kalkulation entwickelt werden.

Ein weiterer häufiger Einwand der Auftraggeberseite bezieht sich bei Nachträgen auch auf die Person des Anordnenden, auf dessen fehlende Vertretungsmacht (§§ 164 ff. BGB), insbesondere auf das Fehlen einer Vollmacht (§ 177 BGB), also darauf, dass eine Vertretungsmacht nicht oder nicht in diesem Umfang vorgelegen hat. (Die Vollmacht des Architekten endet am Geldbeutel des Auftraggebers.)

7.3. Fälligkeit

Ein weiteres Verteidigungsmittel des Auftraggebers ist es, dass noch keine Abnahme stattgefunden hat. Eine Schlussrechnungsforderung ist noch nicht fällig, solange eine Abnahme nicht erfolgt ist.

Ein Anspruch auf Abschlagszahlung muss sich aus Vertrag, § 632a BGB und/oder § 16 Nr. 1 VOB/B ergeben. Auftragnehmerseitig besteht häufig Unkenntnis darüber, dass eine Abschlagszahlung nicht der Regelfall sondern nach dem Gesetz der Ausnahmefall ist und entsprechende bestimmte Voraussetzungen erfordert.

TIPP:

1. Der Auftraggeber darf aber **Abnahmefiktionen** nicht übersehen, die in § 12 Nr. 5 VOB/B geregelt sind aber auch im BGB zwischenzeitlich in §§ 640 Abs. Satz 3, 641a Abs. 1 BGB geregelt wurden.
2. Der Auftraggeber darf etwaige Ansprüche des AN auf **Abschlagszahlung** nicht übersehen. Diese können sich aus dem Vertrag, § 632a BGB und/oder § 16 Nr. 1 VOB/B ergeben.

7.4. Einwand des nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllten Vertrages

Der Auftraggeber kann die Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der Leistung einwenden. Es genügt hierbei für den Auftraggeber, wenn er die Mängel nach seinem äußeren Erscheinungsbild, aus dem er die vertragswidrige Herstellung des Gewerkes ableitet, beschreibt (Symptomtheorie).

Die Rechtsfolgen des Einwands sind unterschiedlich, je nachdem ob der Auftraggeber die Leistungen des Auftragnehmers bereits abgenommen hat oder nicht.

Vor der Abnahme bleibt, da damit regelmäßig erst die Fälligkeit des Werklohns eintritt, der Auftragnehmer ohnehin vorleistungspflichtig. Im Falle eines Anspruchs auf Abschlagszahlungen besteht ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB).

Nach der Abnahme erlaubt die vertragswidrige Leistung ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB) und zwar mindestens in Höhe des dreifachen Werts der Mangelbeseitigungskosten (§ 641 Abs. 3 BGB), in Einzelfällen darüber hinaus.

Die Abnahme hat eine weitere Bedeutung im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast. Vor der Abnahme ist der Auftragnehmer für die Mängelfreiheit seines Werkes beweispflichtig, nach der Abnahme ist der Auftraggeber für das Vorliegen von Mängeln beweispflichtig, es sei denn, er hat bei der Abnahme bei bereits bekannten Mängeln einen Vorbehalt gemacht.

7.5. Einwand des Erlöschens des Nachtragsanspruchs

Erlöschenstatbestände des Auftragnehmers sind beispielsweise Erfüllung (§§ 362 ff. BGB), die Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB) und die Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) jeweils in verschiedenen Modifikationen.

Mögliche Gründe für eine aufzurechnende Gegenforderung sind beispielsweise:

- Schadensersatzansprüche wegen Mängelbeseitigung/Ersatzvornahme
- Verzugsschäden
- Vertragsstrafen

7.6. Schlusszahlungseinwendungen

Sofern der Auftragnehmer eine Schlussrechnung stellt und eine Schlusszahlung des Auftraggebers annimmt, ist er beim VOB/B-Vertrag mit weiteren Forderungen gem. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ausgeschlossen, sofern er über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen worden ist. Zudem darf der Auftragnehmer in den Fristen des § 16 Nr. 3 Abs. 5 VOB/B keinen Vorbehalt erklärt oder aber einen Vorbehalt nicht fristgerecht begründet haben.

Einer Schlusszahlung des Auftraggebers steht es gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B gleich, wenn der Auftraggeber unter Hinweis auf geleistete Zahlungen es endgültig und schriftlich ablehnt, weitere Zahlungen zu leisten. Diese **Einwendung** des Auftraggebers wird **häufig überschätzt**. Meist liegen seitens des Auftraggebers durch die Vertragsgestaltung Eingriffe in die VOB/B vor, was zur Unwirksamkeit des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B führt. Selbst wenn ein „reiner“ VOB/B-Vertrag vorliegt, fehlt es häufig auftraggeberseitig an der Unterrichtung und dem Hinweis über die Ausschlusswirkung.

8. Zusammenfassung

Alle Nachträge haben ihren Ursprung darin, dass eine vom Bau-Soll abweichende Leistung als Bau-Ist ausgeführt wird. Diese Feststellung allein genügt nicht.

Beide Seiten sollten bereits bei der Vertragsgestaltung darauf achten, dass das Bau-Soll genau definiert wird, um später Zweifel und Schwierigkeiten mit Nachträgen zu vermeiden.

Die Feststellung des Bau-Soll im Wege der Vertragsauslegung durch die Gerichte ist **kaum prognostizierbar**. Es ist im Rahmen der Vertragsverhandlungen besser, das Bau-Soll klar für beide Seiten festzulegen, um nicht später durch Dritte, sei es ein Gericht oder einen Sachverständigen, ein Bau-Soll vorgesetzt zu bekommen.

Dies kann für beide Seiten zu **erheblichen Nachteilen** führen, weil der Auftraggeber nicht mit bestimmten Nachträgen gerechnet hat oder der Auftragnehmer eine Vielzahl von Leistungen nicht vergütet erhält. Auftraggeber sind häufig versucht, im Wege der Vertragsgestaltung Nachträge auszuschließen. Hierzu werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen missbraucht, was aber meistens dazu führt, dass diese „Klauseln“ vor Gericht scheitern. Auftragnehmer scheuen sich am Bau davor, Vertragsabweichungen oder Behinderungen rechtzeitig anzuzeigen, um das Betriebsklima auf der Baustelle nicht zu beeinträchtigen. Nach Fertigstellung wird fieberhaft versucht, alle Nachträge in die einfachste Anspruchsgrundlage zu packen, da die erforderlichen Erklärungen für die eigentlichen Anspruchsgrundlagen meistens fehlen. Dieser „Etikettenschwindel“ führt dann auch tatsächlich zum Nachtragsverlust. Teil-

weise lassen sich Auftragnehmer mangels Beratung durch unwirksame Bauklauseln im Vertrag verunsichern.

Beiden Seiten kann eine **baubegleitende Beratung** nur empfohlen werden. Diese beginnt bereits bei der **Vertragsgestaltung** und setzt sich während der Bauphase im **Nachtragsmanagement** fort. Die frühzeitige Einschaltung eines Rechtsanwalts bereits bei der Vertragsgestaltung **spart** im Ergebnis **erhebliche Kosten**.