

Nachträge am Bau: Ursachen, Arten und Voraussetzungen

Von Prof. T. Karczewski, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

„Nachträge“ des Auftragnehmers spielen in der Baupraxis eine große Rolle und sind häufig Grund für Auseinandersetzungen. Bei Nachträgen handelt es sich um zusätzliche Vergütungsforderungen, die der Auftragnehmer neben der vertraglich vereinbarten Vergütung stellt. ■

Ursachen

Der ursprünglich geplante Bauablauf ändert sich während der Bauausführung meist sogar mehrfach. Die Änderung kann den „Bauinhalt“ betreffen, wenn sich das „Was“ des Baus ändert (z. B. sollen Holz-, statt Kunststofffenster eingebaut werden) oder die Baumstände, wenn sich das „Wie“ der Bauausführung ändert, das Bauwerk aber unverändert bleibt (z. B. kann der Lastkran nicht wie geplant vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden).

Arten

Nach den Regelungen der VOB/B, die als bauspezifische, allgemeine Geschäftsbedingungen häufig vereinbart werden, unterscheidet man im Wesentlichen drei Nachtragsarten:

- angeordnete Leistungsänderungen
- angeordnete zusätzliche Leistungen
- auftragslos erbrachte, geänderte oder zusätzliche Leistungen

Voraussetzungen nach VOB/B

Geänderte Leistungen:

Nach § 1 Abs. 3 VOB/B bleibt es dem Auftraggeber vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfs anzunordnen (er kann z. B. Holz-, statt der vereinbarten Kunststofffenster verlangen). Eine Anordnung in diesem Sinne erfordert eine eindeutige, den Auftragnehmer verpflichtende Vertragserklärung des Auftraggebers und nicht einen bloßen Wunsch.¹ Änderungen des Bauentwurfs können den Bauinhalt betreffen, beispielsweise durch abweichende Detailpläne. Aber auch Anordnungen des Auftraggebers zu den Baumständen sind von § 1 Abs. 3 VOB/B gedeckt. Nicht hingegen unmittelbare Anordnungen zur Bauzeit, es sei denn, der Auftragnehmer stimmt diesen Anordnungen zu. Da der Auftraggeber durch die Anordnung insofern in die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers eingreift,

sieht § 2 Abs. 5 VOB/B vor, dass in diesem Fall ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist, wenn durch die Anordnung des Auftraggebers die Preisgrundlage geändert wird.

Zusätzliche Leistungen:

Gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Im Gegenzug regelt § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B, dass der Auftragnehmer in diesem Fall Anspruch auf besondere Vergütung hat. Anders als bei der geänderten Leistung muss der Auftragnehmer bei einer zusätzlichen Leistung den Mehrvergütungsanspruch jedoch vor der Bauausführung ankündigen. Andernfalls erhält er keine besondere Vergütung nach dieser Vorschrift. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass der Auftragnehmer die Höhe der Vergütung angibt. Dies erfolgt erst, wenn der Auftraggeber vom Auftragnehmer ein Nachtragsangebot fordert.

Abgrenzung geänderte/zusätzliche Leistungen:

Vergisst der Auftragnehmer die Ankündigung der Mehrvergütung vor Ausführung der Leistung, besteht die Gefahr, dass er für die Leistung nur dann eine Vergütung erhält, wenn es sich dabei um eine geänderte Leistung und nicht um eine zusätzliche Leistung im Sinne von §§ 1 Abs. 4, 2 Abs. 6 VOB/B handelt. Es stellt sich daher die Frage, wie eine „geänderte“ von einer „zusätzlichen“ Leistung abzugrenzen ist. Als Faustformel gilt nach einem Urteil des OLG Düsseldorf²: Jede Leistung „anstatt“ einer anderen, ursprünglich vorgesehenen Leistung ist ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B. Der BGH³ nimmt die Abgrenzung unter einem technischen Gesichtspunkt vor. Bei nicht vereinbarten Leistungen im Sinne von § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B handelt es sich um solche Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung, nämlich des geschuldeten Werkerfolgs, erforderlich sind und von dem ursprünglichen Bau-Soll nicht erfasst sind. Das ist insbesondere der Fall, wenn sich unter den Vertragsleistungen keinerlei Bezugspositionen für die zusätzliche Leistung befinden.⁴

¹ BGH IBR 1992, 349

² IBR 1996, 52

³ IBR 2013, 333

⁴ OLG München IBR 2010, 668

Pauschalvertrag:

Anders als so mancher Auftraggeber meint, sind nach den bereits genannten Vorschriften auch Nachträge bei einem Pauschalpreisvertrag möglich. Dies gilt insbesondere für den sogenannten Detail-Pauschalvertrag, bei dem lediglich die Vergütung pauschaliert ist, die geschuldete Leistung hingegen durch die Leistungsbeschreibung wie beim Einheitspreisvertrag konkret ist. Ordnet der Auftraggeber in diesen Fällen geänderte oder zusätzliche Leistungen an, sind diese entsprechend zu vergüten, was sich aus § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B ergibt. Danach gelten nämlich die Regelungen des Abs. 5 und 6 des § 2 VOB/B auch bei einer Pauschalsumme. Selbst bei einem sogenannten Globalpauschalvertrag, bei dem nicht nur die Vergütung pauschaliert ist, sondern die vom Auftragnehmer auszuführende Leistung funktional beschrieben wird, kann es zu Nachtragsforderungen kommen. Dies hat der BGH⁵ z. B. für einen Fall entschieden, bei dem der Auftraggeber eine von ihm erstellte Bauwerksplanung dem Auftragnehmer für die Abgabe eines funktionalen Angebots zur Verfügung stellte und der Auftraggeber nach Vertragsabschluss eine Änderung dieser Bauwerksplanung anordnete.

Auftragslos erbrachte Leistungen:

Nicht beauftragte Leistungen werden i. d. R. nicht vergütet, § 2 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B; es sei denn, der Auftraggeber erkennt sie nachträglich an oder die Leistungen waren für die Erfüllung des Vertrags notwendig, entsprachen dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers und wurden ihm unverzüglich angezeigt, § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B. Die Anzeige durch den Auftragnehmer erfolgt in der Praxis meist zu spät. In diesem Fall kann dem Auftragnehmer ein Vergütungsanspruch allenfalls nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag zustehen, § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B. Dies ist auch der Fall, wenn der Auftraggeber die Vergütung der von seinem mit der Bauleitung beauftragten Architekten angeordneten Leistung mit der Begründung verweigert, der Architekt habe keine Vollmacht gehabt. Dann muss die Leistung aber dem Interesse des Auftraggebers und seinem mutmaßlichen Willen entsprechen. Das ist jedenfalls der Fall, wenn ohne die nicht (rechtzeitig) angezeigte oder vollmachtlos angeordnete Leistung des Auftragnehmers das Bauwerk mangelhaft hergestellt worden wäre.

Abweichung vom geschuldeten Bausoll:

Größter Streitpunkt zwischen den Vertragsparteien ist nicht die Frage, ob die Voraussetzungen einer der genannten Vorschriften vorliegen, sondern ob überhaupt eine vom ursprünglichen Bau-Soll abwei-

chende Leistung vorliegt, die zusätzlich zu vergüten ist. Denn was als Leistung beschrieben ist, kann kein Nachtrag sein und was als Nachtrag gefordert wird, kann nicht schon Kraft Leistungsbeschreibung geschuldet worden sein.⁶ Da der Auftragnehmer zu seiner vertraglichen Vergütung eine zusätzliche Vergütung für eine Leistung fordert, die vom ursprünglichen Bau-Soll nicht erfasst ist, hat er Abweichung vom Vertragsoll darzulegen. Grund für diese Streitigkeiten sind lückenhafte oder widersprüchliche Leistungsbeschreibungen, die dann ausgelegt werden müssen. Dafür hat der BGH im Laufe der Zeit Kriterien entwickelt:

Bei der Auslegung des geschuldeten Bau-Solls ist die Gesamtheit der Vertragsbestandteile einschließlich der in Bezug genommenen Pläne⁷ zu berücksichtigen, die die Bauleistung definieren. Dazu gehören Leistungsbeschreibung, Leistungsverzeichnis, Pläne, Herstellerangaben, anerkannte Regeln der Technik, Baugenehmigung, Prospekte, Anordnungen während der Bauphase etc. Es kommt darauf an, wie die jeweiligen Vertragsbestandteile aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers zu verstehen sind.⁸

Dabei kommt dem Verständnis der angesprochenen Fachleute⁹ und dem Wortlaut eine besondere Bedeutung zu. Aber auch die Umstände des ausgeschriebenen Vorhabens spielen für Auslegung der geschuldeten Leistung eine Rolle. Zu berücksichtigen sind die konkreten Verhältnisse des Bauwerks¹⁰ und seines Umfelds, der qualitative Zuschnitt des gesamten Bauvorhabens¹¹, der architektonische Anspruch¹² und die Zweckbestimmung des Gebäudes.¹³ Baugrundgutachten, die in der Vertragsurkunde in Bezug genommen werden, machen die dort beschriebenen Bodenverhältnisse regelmäßig zum Bau-Soll, wenn sie für die Leistung des Auftragnehmers und damit auch für die Kalkulation seines Preises erheblich sind.¹⁴ Bei Widersprüchen zwischen verschiedenen Vertragsbestandteilen gilt die in § 1 Abs. 2 VOB/B angegebene Reihenfolge. Es gibt jedoch keine allgemeine Regel, inwieweit Pläne der schriftlichen Leistungsbeschreibung vorgehen oder umgekehrt.¹⁵ Vielmehr gilt der Vorrang der spezielleren Regelung vor der allgemeinen, der

⁶ BGH IBR 2005, 385

⁷ BGH IBR 2006, 605

⁸ KG IBR 2019, 600; BGH IBR 1992, 349

⁹ BGH IBR 2004, 550

¹⁰ BGH IBR 2014, 73

¹¹ OLG Düsseldorf BauR 2014, 113

¹² OLG München IBR 2007, 488

¹³ BGH IBR 2000, 65

¹⁴ BGH IBR 2009, 630

¹⁵ OLG Oldenburg IBR 2011, 127

⁵ BGH IBR 2008, 311

zeitlich jüngeren vor der älteren.¹⁶ Außerdem gehen Individualvereinbarungen allgemeinen Geschäftsbedingungen vor, § 305b BGB.

Die anerkannten Regeln der Technik stellen einen Mindeststandard dar, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber bei Vertragsschluss üblicherweise stillschweigend zusichert.¹⁷ Der Bieter einer öffentlichen Ausschreibung darf mit einer § 7 VOB/A konformen Ausschreibung rechnen.¹⁸ Außerdem darf dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden. Mängel der Ausschreibungen gehen nicht zulasten des Auftragnehmers, wenn er darauf vertrauen darf, dass er über Risiken ausreichend informiert wird.¹⁹ Anders ist dies zu beurteilen, wenn der Auftragnehmer die Leistungsbeschreibung erstellt hat.²⁰ Übernimmt hingegen der Auftragnehmer nach objektiven Empfängerhorizont ein aus dem Vertrag erkennbares oder erkanntes Risiko, ist der Eintritt des Risikofalles keine Änderung des Bausolls.²¹

Höhe der Nachtragsvergütung:

Für die Vergütung von Nachträgen galt bisher der Grundsatz, dass die Angebotskalkulation fortgeschrieben wird. Es hatte sich bei Auftraggebern und Auftragnehmern für die Höhe der Vergütung von Nachträgen das Verständnis eingebürgert, dass „*ein guter Preis ein guter Preis bleibt und ein schlechter Preis ein schlechter Preis*“. So haben bisher auch die Oberlandesgerichte entschieden.²² In seinem Urteil vom 8.8.2019²³ hat der BGH für § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B, der folgenden Wortlaut hat: „Für die über 10 v.H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.“, entschieden, dass die Klausel eine Fortschreibung der Angebotskalkulation nicht vorsieht. Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien ergibt die ergänzende Vertragsauslegung, dass der neue Einheitspreis für mehr Mengen nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu bemessen ist.

Dies entspricht der Regelung des neuen § 650c Abs. 1 BGB. Da der Wortlaut in § 2 Abs. 5 VOB/B für die Nachträge geänderter Leistungen der des § 2 Abs. 3

Nr. 2 VOB/B entspricht, hat das OLG Düsseldorf²⁴ die Rechtsprechung des BGH auf diese Vorschrift übertragen. Obwohl § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B für die Vergütung von zusätzlichen Leistungen regelt, dass diese sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung bestimmt, hat das OLG Brandenburg²⁵ auch für diese Nachtragsvergütung entschieden, dass sie sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge bemisst. Der BGH hat dazu noch keine Entscheidung getroffen. Allerdings hat er klargestellt, dass die Vertragsparteien bei einer entsprechenden Vereinbarung auch eine Vergütung der Nachträge auf der Basis der Angebotskalkulation regeln können.²⁶

Voraussetzungen nach BGB

Für Bauverträge, die ab dem 01.01.2018 geschlossen wurden, sieht das BGB neuerdings auch ein Nachtragsszenario vor, §§ 650b, 650c BGB. Die Voraussetzungen unterscheiden sich aber deutlich von denen der VOB/B.

Nach einem aufwendig ausgestalteten Einigungsprozedere über „freie Änderungen“, die den vereinbarten Werkserfolg betreffen, § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB (der Auftraggeber begehrt z. B. Holz-, statt der vereinbarten Kunststoffenster) oder „notwendige Änderungen“, die zur Erreichung des vereinbarten Werkserfolgs notwendig sind, § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB (statt der vereinbarten Abdichtung durch Dickbeschichtung muss eine Abdichtung mittels Schweißbahn und Drainageleitung eingebaut werden), sollen sich die Vertragsparteien auf der Basis eines Angebots des Auftragnehmers innerhalb eines Zeitraums von höchstens 30 Tagen über die Änderungen und die Vergütung einigen, § 650b Abs.1 BGB. Erst wenn dies nicht gelungen ist, kann der Auftraggeber die Änderung anordnen, wenn sie für den Auftragnehmer zumutbar ist, § 650b Abs. 2 BGB.

Die Nachtragsvergütung bestimmt sich nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, § 650c Abs. 1 BGB. Der Auftragnehmer kann aber auch nach seiner Wahl die Vergütung für den Nachtrag nach der vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation berechnen, § 650c Abs. 2 BGB. Gerichtsurteile zur Auslegung dieser Vorschriften und ihrem Verhältnis zur VOB-Regelung sind bisher noch nicht veröffentlicht. ■

¹⁶ BGH IBR 2003, 117

¹⁷ BGH IBR 1998, 376

¹⁸ BGH IBR 1997, 180

¹⁹ BGH IBR 2013, 644

²⁰ OLG Zweibrücken IBR 2019, 58

²¹ BGH IBR 1996, 487; OLG Rostock IBR 2021, 6

²² OLG Düsseldorf IBR 2014, 67; OLG Dresden IBR 2015, 118; OLG Stuttgart IBR 2017, 182

²³ IBR 2019, 536

²⁴ IBR 2020, 334

²⁵ IBR 2020, 335

²⁶ IBR 2019, 536