MCE CONSULT AG

Der Einfluss des neuen Bauvertragsrechtes auf die Nachtragsgestaltung

Interview mit Christian Geiger

Der Einfluss des neuen Bauvertragsrechtes auf die Nachtragsgestaltung

Interview mit Christian Geiger

November 2020

Inhaltsverzeichnis

Rückblick …….. 3

Einführung des neuen Bauvertragsrechtes zu Beginn des Jahres 2018

Gegenwart/ Forschung ……. 8

Aktuelle Entwicklung im Nachtragsmanagement

Ausblick / Zukunft ……..... 15

Vertragsmanagement zu Beginn eines Bauvorhabens verstärken

Rückblick

Einführung des neuen Bauvertragsrechtes zu Beginn des Jahres 2018

Welche Erwartungen hatten Sie damals bei der Einführung bzw. womit haben Sie gerechnet oder auch nicht gerechnet? In welchen Paragraphen sehen Sie Schwierigkeiten?

Persönlich habe ich mir eine Verbesserung gegenüber den bisherigen Problemstellungen, welche sich bei der Realisierung von Bauverträgen ergeben, versprochen. Die allgemeinen Regelungen des bisherigen Werkvertragsrechts in Kombination mit der seit langem grundsätzlich bewährten VOB/B wiesen in der Praxis zahlreiche Probleme auf.

So ist es selbstverständlich, dass Bauprojekte sich dadurch auszeichnen, dass es sich dabei um Unikate handelt. Selbst bei ähnlichen Projekten mit Wiederholungscharakter sind aufgrund veränderter Randbedingungen, wie dem Ort (beispielsweise der Baugrund) und dem Zeitpunkt der Erstellung (beispielsweise die Witterung) keine stationären Randbedingungen, wie in anderen Bereichen der Wirtschaft, gegeben. Daraus resultierend kommt der Planung eine hohe Bedeutung zu. Es ist jedoch aufgrund der damit verbundenen Komplexität unausweichlich, dass bei einem Bauvertrag Änderungsmöglichkeiten bestehen. Dazu hatte das Werkvertragsrecht bislang keine ausreichend praktikablen Möglichkeiten, diese zu realisieren. Die Möglichkeiten der seit 1926 vorhandenen VOB/B hingegen, welche die wesentlichen Besonderheiten des Bauens berücksichtigte, waren in puncto Leistungsänderung regelmäßig kritisiert worden, da zwar die Möglichkeit besteht, Leistungen zu ändern oder im Vertrag nicht vereinbarte Leistungen unter bestimmten Randbedingungen einseitig durch den Auftraggeber zu fordern, jedoch waren die sog. Anordnungsrechte regelmäßig als zu einseitig angesehen worden. Das Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung (Anordnung) und Gegenleistung (Vergütung) wurde heftig diskutiert. So gilt das Prinzip, dass die Anordnung ohne eine abschließende Klärung der Vergütung möglich ist, wenn auch nicht gewollt. In der Praxis besteht häufig Streit über die Vergütung mit der Folge, dass zunächst der Auftragnehmer in Vorleistung gehen muss, ohne zu wissen, welche Vergütung ihn erwartet. Aus meiner Sicht sind oft fehlendes Vertrauen und ein falsch verstandenes Vertragsverständnis die Ursache für entsprechende Streitigkeiten.

Meine Erwartung war daher eine ausgewogenere Lösung der komplexen Thematik aus der Möglichkeit, Anordnungen zu Leistungsänderungen und deren Vergütung zu finden.

Diese ist insofern gelungen, als dass es hierzu eine sowohl vom bisherigen Werkvertragsrecht nunmehr abweichende, neue, als auch vom bisherigen Dogmatismus der VOB/B inkompatible Lösung gibt. Der derzeitige Zustand, dass die VOB/B nach wie vor insbesondere bei öffentlichen Auftraggebern angewendet werden muss, ist in der aktuellen Fassung der VOB/B (Fassung 2019) derzeit absolut unbefriedigend. Generell sind die Lösungen des neuen Bauvertragsrechtes zu begrüßen. Jedoch sind auch hier Probleme in der Praxis zu erwarten. Die neuen Regelungen sind ein klarer Appell an die Vertragspartner zu einer zukünftig höheren Kooperationsbereitschaft.

Weiter hatte ich die Hoffnung, dass es zukünftig Regelungen zu bauzeitlichen Veränderungen geben würde. Die Bauzeit stellt eine wesentliche Grundlage aus baubetrieblicher Sicht dar, da es aufgrund der Preisbildung (Kalkulation) gleich mehrfache und komplexe zeitliche Abhängigkeiten gibt. Es leuchtet sofort ein, dass wenn mehr gebaut wird, die Ausführung länger dauert. Jedoch springt der Gedanke baubetrieblich zu kurz, da die Bauzeit durch die Wahl einer unterschiedlichen Anzahl von Produktionsfaktoren (Ressourcen) ebenfalls determiniert werden kann. So bedeutet mehr bauen unter Umständen gar nicht länger bauen, sondern nur anders, nämlich mit verstärktem Kapazitätsansatz. Daher lassen divergierende Preise für ein und dieselbe Leistung einen wesentlichen Preisunterschied entstehen, da es maßgeblich auf die (unterschiedlichen) Vorstellungen und Möglichkeiten der kalkulierenden Unternehmer ankommt. Je nachdem, was die Kalkulatoren in den verschiedenen Unternehmen an Personal und Geräten zum Zeitpunkt der Preisermittlung einzusetzen gedenken, wird der Preis für ein und dieselbe Leistung folglich höher oder niedriger ausfallen. Die Dispositionsmöglichkeit, Produktionsfaktoren zu einem genau bestimmten Zeitpunkt zum Einsatz bringen zu können, ist daher sehr wesentlich für die Preisbildung. Eine längere Bauzeit kann auch dann notwendig werden, wenn Umstände eintreten, die im Bauvertrag nicht beschrieben sind oder anderes als geplant zum Tragen kommen. Darüber hinaus entstehen Veränderungen zur Bauzeit dann, wenn im Vertrag beschriebene Umstände nicht wie vereinbart realisiert werden können, weil zum Beispiel Vorleistungen fehlen oder erst verspätet realisiert werden. In der VOB/B sind solche Umstände bzw. Störungen des Vertrages als „Behinderungen“ bekannt. Leider bietet die VOB/B bereits zwar bekannte Lösungen zur Risikoverteilung und eine Definition von Störungen sowie deren Zuordnung hinsichtlich des Verantwortungsbereiches, jedoch sind die Möglichkeiten, diese wertmäßig zu ermitteln, eher suboptimal. In der Praxis kommen vor allem Überlagerungen zahlreicher bauzeitlicher Veränderungen zum Tragen. Wir sprechen hier von sogenannten multikomplex gestörten Bauabläufen. Hier sind die Hürden für die Durchsetzbarkeit von Forderungen leider aus zahlreichen Gründen zu hoch. Meine Hoffnung war, dass der Gesetzgeber praktikable Lösungen ermöglicht. Diese Hoffnung wurde leider enttäuscht, denn das neue

Bauvertragsrecht in den §§ 650a-h kennt noch nicht einmal den in der VOB/B gängigen Begriff der „Behinderung“. Demzufolge fehlen auch die gewünschten Lösungen, wie mit Behinderungen finanziell umzugehen ist. Das ist leider eine vertane Chance.

Neben den bereits dargelegten Defiziten und daraus resultierenden Schwierigkeiten bereitet mir persönlich der Begriff der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ Verständnisprobleme. Kosten sind baubetrieblich ausreichend in der Kosten-, Leistungs- und Ergebnisrechnung der Bauunternehmen definiert. Was der Gesetzgeber jedoch für „erforderlich“ erachtet, bleibt für mich persönlich zunächst rätselhaft. Es ist zu erwarten, dass sich in den kommenden Jahren hierzu die Gerichte auslassen werden müssen, um im Einzelfall zu entscheiden, ob Kosten nicht nur nachweislich, tatsächlich angefallen sind, sondern auch noch erforderlich gewesen waren.

Grundsätzlich ist im Streitfall wahrscheinlich jeder Paragraf *„schwierig“*, denn dann haben die Parteien unterschiedliche Sichtweisen und Interessen, sonst wären sie nicht im Streit. Davon abgesehen ist zu erwarten, dass nun zusätzliche Schwierigkeiten entstehen, da das neue Bauvertragsrecht im BGB nun in Konkurrenz zur VOB/B steht. Die neuen Urteile (BGH VII ZR 34/18 vom 08.08.2019, KG Berlin 2 U 30/17 vom 10.07.2018 und KG Berlin 21 U 160/18 vom 27.08.2019) sind nach Einführung des neuen Bauvertragsrechts am 01.01.2018 gefällt worden. Urteilsgegenstand sind aber in allen Fällen Bauverträge, bei denen die VOB/B Vertragsgrundlage war. Die Gerichte scheinen die VOB/B, welche die Grundlage der damaligen Bauverträge war, angesichts des neuen Bauvertragsrechts mit anderen Augen zu lesen, auch wenn das KG Berlin mit Urteil 21 U 30/17 vom 01.07.2018 ausdrücklich aufführt, dass für das Urteil die bis 31.12.2017 gültige Fassung des BGB anzuwenden ist, also das BGB vor Einführung des neuen Bauvertragsrechts. Die Gerichte halten sich nun offensichtlich an den Wortlaut der VOB/B, bei der von einer Fortschreibung der Urkalkulation nicht die Rede ist. Die aufgeführten Urteile wenden sich von der Fortschreibung der Urkalkulation ab und stellen auf die tatsächlichen Kosten ab. Das Problem bei den tatsächlichen Kosten ist die Nachweisbarkeit und damit die Prüfbarkeit (siehe dazu unten mehr).

Was ist für Sie rückblickend betrachtet die relevanteste Neuerung?

Es ist zu begrüßen, dass das Bauvertragsrecht nach BGB auf eine rasche Einigung zwischen den Vertragsparteien abzielt. Wenn eine Einigung nicht zustande kommt, folgt daraus unmittelbar ein umfassendes Recht des Unternehmers, seine Forderung (bei entsprechender Leistung) geltend zu machen und zu einem großen Teil, nämlich zu 80 %, abzurechnen. Eine solche Regelung kennt die VOB/B nicht. Bei Bauverträgen nach VOB/B ist daher häufig zu

beobachten, dass der Auftraggeber die Prüfung von Nachträgen zeitlich nach hinten schiebt und somit sich auch die Bezahlung der erhaltenen Leistungen zeitlich nach hinten verschiebt, was zu Lasten des Auftragnehmers geht. Man muss sich vor Augen führen, dass eine ausgeführte Leistung die Liquidität des Auftragnehmers entsprechend belastet. Es ist offensichtlich unfair, die Vergütung hinauszuzögern. Genau das passiert jedoch nur allzu häufig.

Eine weitere bedeutende Neuerung liegt in den Regelungen dazu, wie die Ermittlung des Vergütungsanspruchs für den Aufwand, infolge einer Anordnung des Bestellers erfolgen soll und in der damit verbundenen Einführung der *„tatsächlich erforderlichen Kosten“*. Die Höhe des Vergütungsanspruchs ist demnach grundsätzlich nach den *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* zu ermitteln. Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung auf eine vereinbarungsgemäß, hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen. Denn es gilt die gesetzliche Vermutung, dass die auf Grundlage der Fortschreibung der Urkalkulation ermittelte Vergütung den tatsächlich erforderlichen Kosten entspricht. Das wirkt in gewissem Maße baubetrieblich befremdlich. Eine Urkalkulation bezeichnet eine Berechnung (Einschätzung) vor der Ausführung. Tatsächliche Kosten lassen sich hingegen aus der Unternehmensbuchhaltung feststellen. Wie sollen zu erwartende, kalkulierte Kosten den nach der Ausführung vorliegenden tatsächlichen Kosten entsprechen können? Wer selbst einmal kalkuliert hat, weiß, wie viele Parameter dazu zufällig exakt gleich sein müssten. Das ist grundsätzlich eher unwahrscheinlich und fast auszuschließen, auch wenn das zufällig geschehen könnte.

Die Fortschreibung der Urkalkulation ist damit ein Hilfsmittel, um die tatsächlich erforderlichen Kosten auf einfacherem Weg (insbesondere vorab) zu ermitteln.

Die Richtigkeit der Urkalkulation kann widerlegt werden, und diese Möglichkeit steht beiden Vertragsparteien offen, also auch dem Unternehmer, der sie aufgestellt hat. Das ist grundsätzlich zu bejahen, da regelmäßig, neben der direkt vertraglich geänderten Leistung, zum Beispiel aufgrund zeitlicher Aspekte, sowie veränderter Produktionsfaktoren als auch weiterer Veränderungen bei der Preisbildung, für die der Unternehmer nicht verantwortlich sein kann, ihm die Möglichkeit gegeben sein muss, dann nicht mehr auskömmliche Preisbestandteile anders zu bewerten. Die Gedanken hierzu sind nicht neu, sondern wurden bereits in den vergangenen Jahren regelmäßig, jedoch sehr unterschiedlich, diskutiert und geurteilt.

Es ist daher grundsätzlich zu begrüßen, dass hier eine Regelung getroffen wurde. Meine persönliche Überzeugung ist es jedoch, dass die Urkalkulation, auch wenn anderes zu vermuten sein könnte, dadurch jedoch gerade wieder an Bedeutung gewinnt. Letztendlich geht es in dem neuen Bauvertragsrecht darum, sich zügig zu einigen. Und dazu bedarf es nach

meinem Verständnis keiner komplizierten Berechnung, noch nicht einmal einer Kalkulation. Nach meinem Verständnis entsteht ein Vertrag durch gemeinsame Willensübereinkunft. Im Sinne einer Konfliktvermeidung steht es den Baupartnern doch offen, sich dahingehend möglichst einfache Gedanken zu machen, wie sie einen als fair empfundenen Preis für Leistung und Gegenleistung vor der Ausführung finden.

Wie viel sind Sie seitdem mit dem neuen Bauvertragsrecht in Berührung gekommen?

Die ersten Berührungspunkte hatte ich durch Gespräche in Fachkreisen, als sich die Einführung des neuen Bauvertragsrechtes abzeichnete. Wir hatten bei der MCE-CONSULT AG bereits frühzeitig dazu eine Mitarbeiterschulung. Anschließend führte das zur Anpassung unserer Schulungsprogramme. Mittlerweile arbeiten wir in einigen Projekten mit Verträgen, die auf Grundlage des neuen Bauvertragsrechts geschlossen wurden. Allerdings sind in vielen dieser Verträge auch die Regelungen der VOB/B verankert. Wir stellen fest, dass die Vertragsparteien bislang häufig an ihrer gewohnten Vorgehensweise festhalten, und sich das Bauvertragsrecht daher noch nicht regelmäßig auf die Bearbeitung auswirkt.

Hat es ihren Arbeitsalltag bzw. die Ausübung ihres Jobs beeinflusst?

Bei der regelmäßigen Arbeit sind noch keine Änderungen festzustellen. Vielmehr ist festzustellen, dass die Ingenieure, sowohl auf Seiten des Auftraggebers wie auch Auftragnehmers, an der Fortschreibung der Urkalkulation gerne festhalten. Das ist auch gut und richtig so, an der Kalkulation festzuhalten. Wie ich bereits dargelegt habe, stellt sich der Begriff der „tatsächlich erforderlichen Kosten“ aus sachverständiger Sicht problematisch dar.

Es ist sinnvoll, vor der Ausführung einer Bauleistung sich über deren Kosten verständigt zu haben. Das ist bei der vertraglichen Leistung schließlich auch nichts anderes. Zum Zeitpunkt der Kalkulation gibt es weder „tatsächliche“ Kosten und schon gar nicht „tatsächlich erforderliche“ Kosten, sondern allenfalls sinnhaft, vergleichbare Kosten. Die Kalkulation stellt in der Regel bei komplexen Bauleistungen einen Blick in die Glaskugel dar. Der Kalkulator macht sich anhand der beschriebenen Bauleistungen, dem Bauinhalt sowie den Bauumständen eine Vorstellung dessen, was gebaut werden soll. Hierfür „findet“ er einen Geldwert, indem er diesen als Grundlage verwendet. Die Grundlagen unterscheiden sich von Gewerk zu Gewerk, von Unternehmen zu Unternehmen und von Projekt zu Projekt etc. Sofern der Kalkulator keine hellseherischen Fähigkeiten hat, ist es reiner Zufall, wenn die kalkulierten Kosten <u>exakt</u> den tatsächlichen Kosten entsprechen, <u>und</u> es ist als unmöglich anzusehen,

dass diese Kosten dann obendrein zum Zeitpunkt nach der Ausführung auch als erforderlich anzusehen sind. Es ist naheliegend, dass die Erstellung einer Leistung Kosten verursacht, die leider nicht erforderlich waren, aber dennoch getätigt wurden. Diese liegen selbstverständlich im Risiko des Unternehmers, sonst könnte man auch gleich Selbstkostenerstattung in Erwägung ziehen. Aber führt das zu einer leistungsorientierten Bearbeitung? Sicherlich nicht.

Die VOB/B hat eine eindeutige und richtige Zuordnung zu solchen Verträgen. So gelten „Stundenlohnarbeiten“ zurecht als die Ausnahme, die nur bei unbestimmbarer Leistungserbringung als sinnhaft angesehen wird. Die Regel soll jedoch die leistungsbezogene Vergütung sein und gerade nicht eine aufwandsbezogene. Dies wird u. a. auch deutlich, wenn man die Vergabe von Bauleistungen betrachtet. Dort soll aus einer bestimmten Anzahl von Bietern in der Regel der wirtschaftlichste aus dem Bieterkreis ermittelt werden. Welche Entscheidungsgrundlage für die Bieterauswahl gäbe es, wenn die Selbstkosten die Grundlage darstellten?

Gegenwart/ Forschung

Aktuelle Entwicklung im Nachtragsmanagement

Was hat sich grundlegend gegenüber der Nachtragsbehandlung mit der VOB/B geändert?

Das BGB regelt die Ermittlung eines Anspruchs auf zusätzliche Vergütung anders, als dies bislang gewohnt war. Statt der Fortschreibung der Urkalkulation stehen die tatsächlichen Kosten im Mittelpunkt. Die Änderung hat sich bislang noch nicht manifestiert und sich folglich noch nicht durchgesetzt.

Insbesondere hat der BGH noch nicht entschieden, ob auch im Falle von Nachträgen auf Basis von § 1 Absatz 3 VOB/B in Verbindung mit § 2 Absatz 5, 6 VOB/B die Preisermittlung auf Basis tatsächlich erforderlicher Kosten zu erfolgen hat. Es ist zwar zu erwarten, jedoch bleibt es abzuwarten, wie der BGH diese Frage entscheiden und begründen wird, und welche Auswirkungen die Entscheidung dann auf die Nachtragsbehandlung haben wird.

Wie sehen Sie den Einfluss der letzten OLG/BGH Urteile zur VOB/B?

Die genannten Urteile wenden die VOB/B aber anders an, als es bislang getan worden ist. Besondere Beachtung verdient hier das Urteil des BGH vom 08.08.2019, bei dem hinsichtlich einer Vergütung für Mehr- und Mindermengen nach § 2 Absatz 3 VOB/B ausdrücklich auf die tatsächlichen Kosten abgestellt wird: Ein Auftragnehmer hatte bei einer Position mit einem geringen Vordersatz einen hohen Einheitspreis angeboten. Tatsächlich fiel ein Mehrfaches der im LV angegebenen Menge an. Der Auftragnehmer wollte den Preis auf Basis der Urkalkulation fortschreiben. Der Auftraggeber konnte aber nachweisen, dass die seitens des Auftragnehmers tatsächlich aufgewendeten Kosten deutlich niedriger waren. Der BGH urteilte, dass maßgeblich zur Berechnung der neuen Vergütung die *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* (aus dem Leitsatz Nr. 4) sind, und bezog sich auf den Wortlaut der VOB/B, § 2 Absatz 3 Nr. 2 VOB/B: *„… ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten…“*. Im dritten Leitsatz führt das Gericht an, dass durch eine unvorhergesehene Änderung der *„auszuführenden Leistung … keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.“*

Es ist zu erwarten, dass das Urteil erheblichen Einfluss haben wird. Der Begriff Paradigmenwechsel scheint hier angebracht zu sein.

- ***Tatsächliche Kosten (+ Zuschläge) werden vergütet!***

Ist das eine Frage? Ja, das Gesetz sieht vor, dass die tatsächlich erforderlichen Kosten (für EKT und BGK) erstattet werden, und dass die Kosten für AGK und Gewinn über *„angemessene“* Zuschläge bedient werden.

Auch hier stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber mit „angemessen“ meint. Aufgrund langjähriger Erfahrung bei der Erstellung baubetrieblicher Gutachten und der regelmäßigen Auswertung von Kalkulationen, habe ich einen Überblick darüber gewonnen, wie unterschiedlich mit dem Thema der Zuschläge umgegangen wird. Sicherlich ist es möglich, aus einer Vielzahl von Kalkulationen und anhand von Erfahrungswerten „durchschnittliche“ Werte für Zuschläge zu ermitteln. Das erscheint jedoch nicht gewollt, denn dann hätte der Gesetzgeber auch „durchschnittlich“ und nicht „angemessen“ formuliert. Es ist auch praxisfern, glauben zu wollen, dass die Entstehung von Allgemeinen Geschäftskosten einer allgemeinen Mittelwertbildung unterliegen. Die Ermittlung von Zuschlägen ist vielmehr Ausdruck der individuellen unternehmerischen Erwartungshaltung. Dabei werden in der Regel betriebswirtschaftliche Auswertungen über vergangenheitsbezogene Kosten in einer bestimmten Periode ausgewertet und sodann auf Basis der zukünftigen Erwartungshaltung

und Einschätzung für neue Projekte prognostiziert. Bei Gewinn handelt es sich um eine Zielvorstellung. Aus Sicht des Sachverständigen stellt sich die Frage, wer definiert nun die Angemessenheit? Als Unternehmer stelle ich mir wiederum diese Frage nicht, denn als Unternehmer muss ich die Antwort geben, indem ich diese Zielgröße aufgrund von Umständen definiere, die es ermöglichen, dass das Unternehmen weiterhin zukunftsfähig bleibt. Als Beispiel: In diesem Jahr hat es in unserem Unternehmen zahlreiche Veränderungen unter anderem aufgrund von Corona gegeben. Auch gehörten weitere Veränderungen wie flexiblere Arbeitszeiten und Arbeitsplätze im so genannten Mobiloffice dazu. Die hierfür erforderlichen Investitionen konnte das Unternehmen dadurch leisten, dass es ausreichend Deckungsbeiträge in der Vergangenheit erwirtschaftete. Ich bin gespannt, wie zukünftig bei Auseinandersetzungen mit dem Begriff „angemessener Zuschläge“ umgegangen werden wird. Aus meiner Sicht können diese lediglich mit entsprechend viel Aufwand anhand konkreter Unternehmenswerte ermittelt werden. Das erscheint mir wenig hilfreich, da diese erst viel zu spät feststehen.

Wie muss ihrer Meinung nach der unwiderlegbare Nachtrag nach dem neuen Bauvertragsrecht aufgebaut sein?

Es gibt keine *„unwiderlegbaren“* Nachträge. Ein solcher Anspruch wäre verfehlt und ist auch nicht notwendig. Die Vertragsparteien arbeiten zusammen, sie sind zur Kooperation aufgerufen und verpflichtet. Es muss niemand den Anspruch haben, *„unwiderlegbar“* zu sein. Öffentliche Auftraggeber vergeben Nachträge über das Verhandlungsverfahren, vgl. VOB/A, und in einer Verhandlung werden Argumente ausgetauscht und Für und Wider abgewogen.

Davon abgesehen, kann die Frage wie im Folgenden aufgeführt beantwortet werden:

Grundsätzlich ist der Mehrvergütungsanspruch vom Unternehmer/ Auftragnehmer nachvollziehbar zu begründen und darzulegen. Dies hat sich auch durch das neue Bauvertragsrecht nicht geändert. Die Nachtragsaufstellung eines möglichst unwiderlegbaren Nachtrages sollte, wie bereits vor der Einführung des neuen Bauvertragsrechts, die nachfolgend aufgeführten Prozessschritte berücksichtigen.

a) Nachtragsanschreiben und -begründung

Die Begründung des Nachtrages soll die Veranlassung (Anordnung), den Vertragsumfang und die tatsächlich zu erbringende/ Leistung nachvollziehbar darstellen. Besondere Ereignisse sind zu erörtern.

Sollte der Nachtragssachverhalt Auswirkungen auf die Bauzeit haben, die im Nachtragsangebot noch nicht berücksichtigt werden können, ist in diesem Zusammenhang eine Vorbehaltserklärung anzuzeigen.

b) Nachtragsbeschreibung

Die Nachtragsbeschreibung ist in Form eines vollständigen Leistungsverzeichnisses zu erstellen. Hierzu ist zu jeder Position ein detaillierter und nachvollziehbarer Leistungstext aufzustellen.

Es ist anzumerken, dass es unterschiedliche Arten von Nachträgen gibt. Wenn der Besteller/ Auftraggeber eine Änderung anordnet, er also etwas anderes bauen will, als es der ursprüngliche Vertrag vorsieht, dann ist es seine Aufgabe, die Änderung zu beschreiben und so aufzubereiten, dass der Unternehmer/ Auftragnehmer auf die angeordnete, geänderte Leistung ein Angebot abgeben kann. Der Besteller/ Auftraggeber muss also Zeichnungen und vor allem auch ein Leistungsverzeichnis anfertigen, sofern er diese nicht anderweitig vertraglich geregelt hat.

c) Nachtragsberechnung und -kalkulation

Dem Nachtragsangebot ist eine Berechnung über die Anspruchshöhe, z. B. in Form einer Nachtragskalkulation, beizufügen. Hierbei ist die Kalkulation jeder einzelnen Nachtragsposition detailliert vorzulegen.

Von besonderer Bedeutung für einen gut begründeten Nachtrag sind die Vollständigkeit und Qualität der einzureichenden Unterlagen. Hierzu zählen, neben dem Anschreiben und Erläuterungen zur Nachtragsbegründung, neben der Nachtragsbeschreibung in Form des Leistungsverzeichnisses und der Nachtragskalkulation, insbesondere die zugehörigen Anlagen wie z. B. Pläne, Protokolle, Gutachten, Projektschriftverkehr usw.

- ***Wie detailliert muss die Berechnung sein?***

Es kommt drauf an. Die Berechnung muss so detailliert sein, dass sie nachvollziehbar, glaubhaft und plausibel ist. Die Berechnungen müssen durch sachkundige Dritte nachvollzogen werden können. Die Berechnungen müssen transparent sein. Ohne Transparenz sind sie regelmäßig nicht nachvollziehbar. Sie müssen auch vollständig und in einer solchen Qualität aufbereitet sein, dass sie prüfbar sind. Gleichzeitig müssen sie angemessen sein. Das bedeutet, dass der Aufwand zum Nachweis des Anspruchs im richtigen Verhältnis zum Anspruch selbst stehen muss.

- ***Ist es Ihrer Meinung nach möglich, die Zuschläge etc. zweifelsfrei nachzuweisen?***

Zweifel sind immer erlaubt. Zur Problematik „angemessener“ Zuschläge habe ich mich bereits ausgelassen. Es ist zu erwarten, dass es Zweifel an deren Grundlagen gibt. Die Zweifel dürfen aber nicht mit dem Ziel ausgeweitet werden, dass sie dazu führen, dass der Anspruch nicht durchgesetzt werden kann. Dies wäre destruktiv und würde der Kooperationsverpflichtung widersprechen.

Insbesondere bei Zuschlägen für Allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis & Gewinn ist aus baubetrieblicher Sicht zu hinterfragen, ob und wie ein *„zweifelsfreier“* Nachweis möglich sein kann. Die Zuschläge werden oftmals, wie ich bereits zuvor ausgeführt habe, als strategische Preispolitik, sowie aus der persönlichen Einschätzung der Marktsituation zur Gestaltung der Angebotssumme heraus, modifiziert. Diese Überlegungen können mit viel Aufwand dargelegt werden. Da jedoch das, was eine Seite dargelegt, wiederum von der anderen Seite bestritten werden kann, ist zu vermuten, dass der Begriff „Nachweis“ kein zielführender Gedanke ist. Es kann nur darum gehen, ob etwas überzeugend ist. Es ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff „angemessen“ dies auch so versteht. Die Vorschrift zur Bestimmung der Höhe der Zuschläge ist im Gesetz daher aus meiner Sicht bewusst offengehalten, indem gefordert wird, *„angemessene“* Zuschläge zu verwenden.

Ist das Darstellen über die tatsächlichen Kosten eine gute Alternative in der Praxis?

Die Argumentation des BGH im Urteil vom 08.08.2019, nach der keine der beteiligten Vertragsparteien besser oder schlechter gestellt werden soll, wenn es zu Änderungen kommt, ist ein guter Ansatz. Schwierig wird der Nachweis der tatsächlichen Kosten sein. So ist zum Beispiel fraglich, wie Lohnkosten bei geänderter Leistung festgestellt werden sollen. Es wäre unter Umständen festzuhalten, wie viele Personen mit welchem Gehalt eine Leistung ausgeführt haben. Bei der Ausführung zusätzlicher Leistungen wäre das vielleicht noch leistbar, aber bei geänderten Leistungen muss die Differenz zwischen dem tatsächlichen Aufwand und dem Aufwand, der bei gegenüber dem Vertrag unveränderter Bauleistung erbracht worden wäre, ermittelt werden, und diese Differenz kann in der Wirklichkeit nicht beobachtet werden. Wie soll diese dann dokumentiert werden?

Das Gesetz sieht vor, dass die Höhe der Vergütung nach den *„tatsächlich erforderlichen Kosten“* ermittelt wird, und dass die Deckungsbeiträge für Allgemeine Geschäftskosten und der Gewinn über angemessene Zuschläge zu ermitteln sind. Daraus ist zu schließen, dass für die Vergütung die tatsächlich erforderlichen Kosten für die Einzelkosten der Teilleistungen

(EKT) und die Baustellengemeinkosten (BGK) festzustellen sind. Was die EKT angeht, so kann theoretisch in der Wirklichkeit beobachtet werden, welche Kosten anfallen, indem z. B. die Lohnstunden gezählt werden. Bei den Lohnkosten stellt sich die Frage, welche Lohnkosten anzusetzen sind. Denkbar ist es, einen Mittellohn anzusetzen. Alternativ können aus technischer Sicht die je Mitarbeiter vereinbarten, individuellen Löhne angesetzt werden. Ob dadurch datenschutzrechtliche Belange berührt sind, sei dahingestellt, aber es wird zu klären sein. Und ob der hierfür erforderliche Aufwand gerechtfertigt ist, erscheint mehr als fraglich. Ich stelle die Behauptung auf, dass Bauleistungen dadurch zumindest nicht günstiger werden. Denn wer soll den Aufwand hierfür festhalten? Ich formuliere es einmal ketzerisch: „Soll neben jedem Arbeiter mit einer Schaufel ein Mann mit einem Griffel stehen?“

Ebenso problematisch ist die Feststellung der tatsächlich erforderlichen Kosten für die Baustellengemeinkosten. Bereits in der Vergangenheit gab es bei dem Komplex der Baustellengemeinkosten, bei der Abgrenzung zu Nachträgen, regelmäßig kontroverse Diskussionen zwischen den Vertragspartnern. Denn dabei handelt es sich um Kosten, die nicht einer einzelnen Leistungsposition zugewiesen werden können, sondern durch den Betrieb der Baustelle in ihrer Gesamtheit entstehen. Ändert sich der Leistungsumfang, das Bau-SOLL, indem vertraglich vereinbarte Leistungen geändert werden, hinzukommen oder entfallen, so ändern sich auch regelmäßig die BGK. Es ist aber schwierig festzustellen, um welches Maß genau sich die BGK wegen der Änderung des Bau-SOLL ändern. Denn erfahrungsgemäß gibt es häufig nicht nur eine Änderung des Bau-SOLL, sondern eine Vielzahl, die sich obendrein räumlich wie auch zeitlich überlappen. Der Nachweis einer strengen, kausalen Verknüpfung, zwischen einer oder mehrerer Änderungen des Bau-SOLL und der Änderung der BGK, wird in der Realität nicht gelingen. Dies liegt insbesondere an fehlenden Aufzeichnungen. Es wäre auch der falsche Schwerpunkt, solche Aufzeichnungen zu fordern. Hier möchte ich abermals die Behauptung aufstellen, dass dadurch Bauen nicht günstiger, sondern erwartungsgemäß teurer würde. Es bleibt die Möglichkeit, nach Abschluss einer Baumaßnahme oder einer gut definierten Zwischenphase, die tatsächlich festgestellten BGK mit den kalkulierten BGK zu vergleichen. Abweichungen können dann auf Änderungen des Bau-SOLLs plausibel zurückgeführt werden. Diese Vorgehensweise setzt aber voraus, dass die BGK ursprünglich richtig kalkuliert waren, dass also das ursprüngliche Bau-SOLL mit den kalkulierten BGK hätte abgearbeitet werden können. Es ist aber nicht möglich, diesen „Nachweis“ zu führen, da das ursprüngliche Bau-SOLL ja gerade nicht erbracht wurde, sondern es zu Änderungen kam.

Die Fortschreibung der Urkalkulation stellt sich damit als ein vergleichsweise gut nachvollziehbares Mittel zur Preisermittlung dar und ist dafür so lange eine gute Möglichkeit, wie nicht berechtigte Zweifel daran aufkommen, dass die Fortschreibung zu den tatsächlich erforderlichen Kosten führt. Wenn allerdings die über die Fortschreibung der Urkalkulation

gefundenen neuen Preise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, dann stößt das Verfahren an seine Grenzen und ist ungeeignet. In diesem Fall können beide Parteien den Weg der Preisermittlung über den Nachweis der tatsächlich erforderlichen Kosten wählen, mit der bislang bestehenden Schwierigkeit, dass hinsichtlich Art und Umfang der Nachweisführung noch viele Fragen offen sind.

- ***Wie muss die Beweispflicht geregelt werden?***

Wer welchen Beweis zu führen hat, ist gesetzlich geregelt. Derjenige, der einen Anspruch geltend macht, muss Anspruchsgrund und Anspruchshöhe beweisen. Der Beweis ist dann nicht notwendig, wenn sich die Parteien einig sind.

In Bezug auf die Fortschreibung der Urkalkulation gilt, dass diejenige Partei, die deren Unrichtigkeit behauptet, dies auch beweisen muss.

- ***Welche Nachweise muss der AN/AG bringen?***

Der Anspruchssteller muss im Streitfall beweisen, dass der von ihm aufgestellte Anspruch besteht.

Denken Sie es ist möglich, gänzlich vom gezielten Nachtragsmanagement (Claims-Management) und Spekulationspreisen wegzukommen und den Fokus wieder auf das Bauen zu legen?

Ich denke, dass das Problem nicht in der formulierten Weise besteht. Bauen ist möglich, es wird gebaut, und es liegt in der Natur der Sache, dass es in einigen Fällen zu Streit kommt. Das Wort *„Streit“* ist hier in dem Sinne einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu verstehen und nicht im emotionalen Sinne. *„Streit“* ist ein Rechtsbegriff und beschreibt lediglich und sachlich, dass eine oder mehrere Parteien ein Gericht anrufen. Das ist nicht unredlich.

Allerdings scheint mir der Zeitgeist Teil des Problems zu sein. Es scheint das Motto „Geiz ist geil“ zu gelten. Das kann jedoch nur falsch sein. Wer Qualität möchte, muss auch bereit sein, Qualität zu bezahlen. Wer im Umkehrschluss Geiz gut findet, der wählt damit schlechte Qualität! Vielleicht würden andere Vergabekriterien helfen, indem der billigste und teuerste Bieter nicht gewertet werden darf. Sicher gibt es weitere Möglichkeiten, die Motivation zu vermeintlich niedrigen Preisen und der andererseits verbundenen Preisspekulationen bereits

im Rahmen der Vergabe zu reduzieren. Denn selbstverständlich ist der Wettbewerb grundsätzlich der richtige Gedanke.

Die wesentliche Voraussetzung für eine Abkehr von spekulativer Preisgestaltung wäre eine derart ausgestaltete Planung, die nach Vertragsabschluss nicht mehr zu ergänzen ist und nicht mehr geändert wird. In der Folge würde es deutlich weniger Nachträge und damit auch geringere Diskussionen über Spekulationspreise geben. Vor allem würde der Fokus, dann im Schwerpunkt, auf dem Bauen als Umsetzung der fertigen Planung liegen.

- ***Cost plus Fee-Vertrag, Selbstkostenerstattungsvertrag?***

Die Sache wird durch diesen Vertrag nicht vereinfacht. Das Konzept der *„open books“* mindert bei derjenigen Seite, die die Bücher nicht selbst öffnet, sondern der nur ein Einblick in die Bücher gewährt wird, nicht das Misstrauen, dass ihr nicht alles Relevante offenbart wird. Es ist wiederum der Zeitgeist, der dem entgegenspricht. Der Gedanke „Geiz ist geil“ schafft eben auch hier das Problem nicht aus der Welt. Fehlendes Vertrauen führt zu Problemen und nicht zu Lösungen.

Ein Selbstkostenerstattungsvertrag führt auch nicht zu minimalen Kosten und damit nicht zu minimalen Preisen. Das liegt daran, dass die Ziele der Vertragsparteien in der Regel unterschiedlich sind. Auf die Probleme der Wettbewerbsgestaltung war ich bereits zuvor eingegangen.

Ausblick / Zukunft

Vertragsmanagement zu Beginn eines Bauvorhabens verstärken

Welche BGH-Urteile müssen Ihrer Meinung nach noch gefällt werden, um das neue Bauvertragsrecht anwendbarer oder praktikabler zu machen? Sehen Sie sonst allgemeine „Schwächen“ innerhalb der Regelungen des Bauvertragsrechts?

Die Frage geht von falschen Voraussetzungen aus. Es ist nämlich Aufgabe der Gerichte, die Gesetze auf Einzelfälle anzuwenden. Den Obergerichten und dem BGH mag hier insofern eine Sonderrolle zukommen, als sie zur Rechtsfortbildung beitragen. Daher fällen Gerichte Urteile dann, wenn sie angerufen werden, aber sie *„müssen“* nicht Urteile fällen, um bestimmte Dinge

zu regeln, die der Gesetzgeber vermeintlich nicht geregelt hat. Gesetzliche Regelungen zu fassen ist ureigenste Aufgabe des Gesetzgebers.

Eine Schwäche des neuen Bauvertragsrecht ist es, dass es keine Regelungen zum Umgang mit Behinderungen enthält, siehe oben.

Wird das neue Bauvertragsrecht die VOB/B auf Dauer ersetzen oder wird sich ein Kompromiss aus beidem in der Praxis durchsetzen?

Das ist Spekulation und kann nicht fundiert beantwortet werden. Es ist aber zu beachten, dass die VOB/B geschaffen worden ist, weil es eben keine gesetzlichen Regelungen zum Bauvertragsrecht gab. Der Grund für die Existenz der VOB seit 1926 ist damit die Tatsache, dass es nicht gesetzlich geregelt war. Wenn das Bauvertragsrecht in der Form ergänzt werden sollte, dass es gesetzliche Regelungen zu Fragen gibt, die bislang nur die VOB/B beantwortet, kann die VOB/B künftig sogar als überflüssig angesehen werden. Zurzeit ist bei privaten Auftraggebern zu beobachten, dass individualvertragliche Abreden gestaltet werden, die Elemente aus dem Gesetz und aus der VOB/B aufgreifen.

- **Sowie *„guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“***

Die bekannte Korbion'sche Formel ist einem Artikel in der IBR online zufolge bereits Geschichte: Bolz, Stephan; in IBR 2018, Seite 490: *„KG kippt Korbion'sche Preisformel“* zum Urteil des BGH vom 08.08.2019. Auch Franz sieht unter Bezug zum gleichen Urteil das Ende der kalkulatorischen Preisfortschreibung gekommen: Franz, Birgit; in IBR Online 2019, 536: *„Adios vorkalkulatorische Preisfortschreibung“.*

Die neuen Urteile müssen zur Kenntnis genommen werden, <u>wobei aber die folgende Anmerkung wesentlich ist</u>: Das Urteil des BGH vom 08.08.2019 führt an, dass es Sache der Parteien ist, sich über die Vergütung und die Art der Ermittlung zusätzlicher Vergütung zu vereinbaren. Erst dann, wenn eine solche Regelung nicht existiert, weist der Vertrag eine Lücke auf, die der BGH im betrachteten Fall über den *„Weg[-] der ergänzenden Vertragsauslegung“* geschlossen hat, und erst so kommt der BGH zur Anwendung der tatsächlichen Kosten. Wenn nun aber die Parteien vereinbart haben, dass die Urkalkulation zur Ermittlung einer zusätzlichen Vergütung herangezogen werden soll, dann gibt es daran nichts auszusetzen, und auch das Gericht ist daran gebunden. Und es ist anzunehmen, dass die Parteien vereinbart haben, dass die Urkalkulation zur Fortschreibung der Vergütung verwendet werden soll, wenn der Auftraggeber die Übergabe der Urkalkulation fordert und der

Auftragnehmer dem folgt, indem er sie übergibt. Das ist bei den Verträgen der öffentlichen Hand üblicherweise der Fall, so dass es richtig ist, dann die Urkalkulation zu verwenden.

Impressum

1. Auflage 2021, Neudruck 2023

Das Interview mit Dipl.-Ing. (FH) Christian Geiger, Vorstand der MCE CONSULT AG, hat Nils Linneberg im November 2020 im Rahmen seiner nachfolgend aufgeführten Masterarbeit geführt:

Konzeptionierung eines Leitfadens zur Erstellung unanfechtbarer Nachträge unter Verwendung des neuen Bauvertragsrechtes

Master-Studiengang Bauingenieurwesen an der Universität Duisburg-Essen

MCE CONSULT AG
Management-Consulting-Engineering
II. Hagen 7
45127 Essen

Fon + 49 201 63 00 8- 0
Fax + 49 201 63 00 8 - 29

mail@mce-consult.com
www.mce-consult.com

Vertreten durch den Vorstand:
Christian Geiger, Maren Janßen, Christoph Surmann

Register: Handelsregister Amtsgericht Essen
Registernummer: HRB Nr.: 22 146
Umsatzsteuer-Identifikationsnummer: DE268673319