



Nachtragsmanagement im Dachdeckerhandwerk

„..... schreiben Sie uns kurz einen Nachtrag, fangen Sie schon mal an, wir bestätigen Ihnen das dann kurzfristig“
„..... reichen sie uns bitte erstmal ein Nachtragsangebot ein“
„..... da haben wir dann einen Nachtrag gestellt“
„..... der Nachtrag ist beauftragt worden, aber nicht schriftlich“
„..... der Nachtrag ist dann nicht freigegeben worden“
„..... wir beauftragen den Nachtrag jetzt nur dem Grunde nach“
„..... die Architekten haben uns die Preise im Nachtrag um die Hälfte gestrichen“
„..... ohne klare Preise fange ich gar nicht an, einen Nachtrag auszuführen“

Solche und ähnliche Sätze hört man in der baurechtlichen Beratungspraxis fast täglich. Sie sind fest im Sprachgebrauch auf der Baustelle verankert. Sie weisen aber auch auf ein ebenso fest verankertes Problem hin: Den Baubeteiligten, und zwar auf beiden Seiten, ist die Systematik der Nachtragsbeauftragung nicht wirklich umfassend klar. Nirgendwo im Baubereich wird mit so viel unsicherem Wissen jongliert wie beim Nachtrag.

In der Tat ist die Nachtragssituation sehr komplex. Das liegt vor allem daran, weil der Nachtrag in den zugrunde liegenden Texten der VOB/B und des BGB sprachlich sehr schwer verständlich („sperrig“) und obendrein noch sehr unterschiedlich geregelt ist. Kein Wunder also, dass manchmal nur noch Experten durchblicken.

Deshalb wird im Folgenden ein ausführlicher Ablaufplan dargestellt, wie der Nachtrag wirklich funktioniert. Anhand dieser Checkliste sollte man sich in Zukunft besser im Nachtragsdschungel zurechtfinden.

Klassische Ausgangslage: Das Leistungsverzeichnis mitsamt der übrigen Baubeschreibung, bestehend aus den Besonderen, Zusätzlichen, ergänzenden usw. Vertragsbedingungen sowie Zeichnungen des Auftraggebers (Planers) sind technisch regelwidrig, lückenhaft oder missverständlich – mit einem Wort: „schlecht“.

Infolgedessen kommt es zu Nachfragen, Diskussionen und Bedenkenanmeldungen des AN. Im Hinterkopf haben dann alle, dass es jetzt zu einem vergütungspflichtigen Nachtrag „kommt“, der die unklare Situation irgendwie „auflöst“.

Aber der Nachtrag kommt nicht von selber. Er fällt nicht vom Himmel und hängt auch nicht am Weihnachtsbaum und wird schon gar nicht vom Auftragnehmer selbst generiert oder gar beauftragt (Baustellensprache: „gestellt“).

Das Nachtragsszenario „vollzieht sich“ nach festen juristischen „Ritualen“. Und genau jetzt beginnt die schier unendliche Fehlerkette in der Praxis. Dabei dreht sich alles im Grunde immer um dieselben Themen:

Inhaltsübersicht

- 1. Wo ist der Nachtrag gesetzlich (BGB) bzw. in der VOB/B geregelt?**
- 2. Nachtrag gibt es grundsätzlich nur, wenn die Planung und das Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber gemacht worden sind**
- 3. Nachtrag ist im Kern nur die einseitige Zwangsanordnung der technisch erforderlichen Leistungsänderung durch den Auftraggeber**
- 4. Echter und unechter Nachtrag-**
- 5. Der Nachtrag wird nicht gestellt, sondern beauftragt / Abrechnung nicht „zwangsweise“ auf Stunden / Beauftragung nach VOB/B formfrei nach BGB schriftlich**
- 6. Wo ist der Unterschied zwischen Nachtrag, Nachtragsangebot, Nachtragsbestätigung, Zusatzauftrag, Änderungsbegehren?**
- 7. Ist es wirklich ein Nachtrag oder gehört das nicht sowieso schon zum geschuldeten Leistungsumfang des Auftragnehmers (der sog. vermeintliche Nachtrag oder Streit über die geschuldete Leistung**
 - 7a. Zu wessen Lasten geht die (nicht durch Vertragsauslegung zu schließende) Lückenhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses?**
- 8. Ist der Nachtrag im Grundsatz beschlossene Sache - wer macht dann die technische Planung?**
- 9. Kann der Nachtrag ohne Preise beauftragt werden, also nur „dem Grunde nach“?**
- 10. Wie hoch ist der richtige Nachtragspreis: Fortschreibungspreis, angemessener Preis, ortsüblicher Preis?**
- 11. Wenn es keine Einigung auf den Nachtragspreis gibt, kann man die Leistung solange verweigern?**
- 12. Kann man den Nachtrag ohne Einigung auf den Nachtragspreis wenigstens liquiditätsmäßig als Abschlagsrechnung zunächst mit 80 Prozent ansetzen?**

1. Wo ist der Nachtrag gesetzlich (BGB) bzw. in der VOB/B geregelt?

Die Nachtragsituation war bis zum Jahre 2018 ausschließlich in der VOB/B geregelt, und zwar dort in bis heute nahezu unveränderter Form seit 1926. Dort heißt es in

§ 2 Abs. 6:

„Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt. Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.“

Im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) war die Nachtragsituation bis zum Jahre 2018 überhaupt nicht geregelt. Erst durch die große BGB-Baurechtsreform wurde auch dort die Nachtragsituation geregelt.

§ 650 b BGB

Absatz 1

Begehrt der Besteller eine

- 1. Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder*
- 2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,*

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die in Folge der Änderung zu leistenden Mehr- oder Mindervergütung an. Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung des Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. Begehrt der Besteller eine Änderung, für die dem Unternehmer nach 650 c Absatz 1 Satz 1 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zusteht, streben die Parteien nur Einvernehmen über die Änderung an.

Absatz 2

Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, eine Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist.

§ 650 c Vergütungsanpassung

Absatz 1

Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den in Folge einer Anordnung des Bestellers nach § 650 b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesen im Fall des § 650 b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 kein Anspruch auf Vergütung für vermehrten Aufwand zu.

Absatz 2

Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird

vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

Absatz 3

Bei der Berechnung von vereinbarten oder gemäß 632 a geschuldeten Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer nach einem Angebot nach 650 b Absatz 1 Satz 1 genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht. Wählt der Unternehmer diesen Weg und ergeht keine anderslautende gerichtliche Entscheidung, wird die nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung erst nach der Abnahme des Werks fällig. Zahlungen nach Satz 1, die den nach den Absätzen 1 und 2 geschuldete Mehrvergütung übersteigen, sind dem Besteller zurückzugewähren und ab ihrem Eingang beim Unternehmer zu verzinsen.

Es fällt sofort auf, dass die BGB-Regelung viel umfangreicher ist, als die im Grunde nur vier Sätze umfassende Regelung der fast 100 Jahre geltenden VOB. Zum zweiten fällt auf, dass der Begriffe „Nachtragsangebot“ oder „Nachtrag“ in der VOB/B überhaupt nicht auftauchen und in der BGB-Fassung nur an einer Stelle. Gewissermaßen wissen alle Beteiligten, was gemeint ist. Die Gesetzessprache und die VOB bedienen sich vielmehr der Ausdrücke „Anspruch auf Mehrvergütung“ oder „Anspruch auf besondere Vergütung“.

Dies mag einer der Gründe dafür, warum sich so viele Missverständnisse um den Nachtrag, das Nachtragsangebot, die Nachtragsvergütung und die Nachtragsbestätigung gebildet haben.

2. Nachtrag gibt es grundsätzlich nur, wenn die Planung und das Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber gemacht worden sind

Ein absoluter Fixpunkt der gesamten Nachtragsregelung ist die Tatsache, dass die Auftraggeberseite die ursprüngliche Vertragsplanung, insbesondere das Leistungsverzeichnis, selbst durchgeführt hat.

Immer wenn der Auftragnehmer die Planung der Leistung und die damit verbundene Erstellung des Leistungsverzeichnisses vorgenommen hat, gibt es keine klassische Nachtragssituation. Zeigt sich hier bei der späteren Vertragsabwicklung, dass abweichend von der ursprünglichen Planung zusätzliche Leistungen erforderlich sind, läuft das nicht unter der Flagge „Nachtrag“, sondern unter der Flagge „Angebotsvollständigkeit“. Bei eigener Planung kann der Auftragnehmer gegen seine eigene Leistungsbeschreibung in der Regel keine Bedenken anmelden und infolgedessen letztlich auch keine Nachträge generieren. Diese Situation, die sich gerne in dem Ausdruck „...und dann haben wir einen Nachtrag gestellt“ widerspiegelt, ist eines der häufigsten Missverständnisse und Streitpunkte bei der Nachtragssituation. Wenn man Nachträge bei planerisch vergessenen oder übersehenen Teilleistungsschritten „selbst stellen könnte“, würde das ja an eine Selbstbeauftragung grenzen. Beim selbstprojektierten Angebot, also beim durch den Auftragnehmer selbst projektierten Leistungsverzeichnis, wird die Problematik zusätzlicher Leistungen und deren Vergütung unter dem

Stichwort **Angebotsvollständigkeit** oder **Planungsvollständigkeit/Planungsrisiko** behandelt. Im Ergebnis läuft es darauf hinaus, dass der Auftragnehmer von vorne herein verpflichtet gewesen wäre, eine vollständige Leistung zu projektieren und eine vollständige Leistung mit dem Leistungsverzeichnis zu erfassen. Ein „Nachkarten“ gegen die eigene schlechte Planung, gegen das eigene Leistungsverzeichnis gibt es in Form eines Nachtrages grundsätzlich nicht.

Nur in absoluten Ausnahmefällen, in denen der Auftraggeber selbst bei aller sorgfältigster Prüfung der Ausgangssituation eine sich später als notwendig herausstellende Leistung absolut nicht erkennen konnte, kommt eine Mehrvergütung per Nachtrag in Betracht.

Dass der Auftragnehmer bei einem selbstprojektierten Angebot grundsätzlich keine weitere Mehrvergütung für eventuell zusätzlich erforderliche Arbeiten verlangen kann, war lange nicht ausdrücklich geregelt und führte wohl auch deshalb immer wieder zu Streitigkeiten.

In der BGB-Nachtragsregelung ist die Situation seit 2018 jetzt jedoch gesetzlich erfasst. Dort heißt es unter § 650 c Absatz 1 Satz 2 ausdrücklich:

„Umfasst die Leistungspflicht des Unternehmers auch die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, steht diesem im Fall des 650 b Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 (=zusätzliche Leistung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolges notwendig ist) kein Anspruch auf Vergütung für den vermehrten Aufwand zu.

Wer die Planung verantwortet, trägt das Vollständigkeitsrisiko. Gewissermaßen stellt sich die Nachtragssituation also als vertragliche Antwort des Auftragnehmers auf eine unvollständige oder unkorrekte Leistungsplanung durch den Auftraggeber dar. Eigene Planungsfehler und dadurch verursachten Mehraufwand muss er sich hingegen selbst zuschreiben.

Hinweis:

Wer mehr zu diesem Thema wissen will, siehe das Merkblatt „Angebotsvollständigkeit“ – für Innungsbetriebe im Internet unter www.dachdecker.de

3. Nachtrag ist im Kern die einseitige Zwangsanordnung der technisch erforderlichen Leistungsänderung durch den Auftraggeber

Ausgangspunkt der Nachtragssituation ist der vertragsrechtliche Grundsatz **„pacta sunt servanda“**. Dieser auf das römische Recht zurückgehende Satz, dass Verträge so, wie sie geschlossen sind, unbedingt einzuhalten sind, ist ein Grundpfeiler des deutschen Vertragsrechts. Verträge werden ja gerade deshalb geschlossen, damit man sich daran hält. Könnte man Verträge beliebig ändern, wäre das ganze Vertragsrecht quasi witzlos.

Von diesem Grundsatz ausgehend, dass man sich grundsätzlich an Verträge zu halten hat, macht aber (nur) das Baurecht eine Ausnahme, die dann in die Nachtragssituation mündet.

Warum ist das so?

Am Bau spricht einfach die praktische Lebenserfahrung dafür, dass das Baugeschehen oft so komplex ist, dass es von Anfang an eben nicht immer perfekt geplant werden kann und sich im weiteren Bauverlauf Dinge zeigen, die man aus zwingenden technischen Gründen ändern muss oder aufgrund technischer oder preislicher Alternativlösungen ändern will. Nun dürfte nach dem Grundsatz des „pacta sunt servanda“ (Verträge sind einzuhalten) eine Änderung des Vertragsinhaltes nur möglich sein, wenn sich beide Seiten hierauf **einvernehmlich** einigen. Zu dieser von der Vertragsfreiheit umfassten Änderungsmöglichkeit gehörten dann zwingend die Einigung über Leistung **und** Preis. Würde nur ein Teil der Einigung fehlen (in der Regel der Preis), käme keine Einigung und damit auch keine Änderung zustande.

Würde also eine Seite die Einigung blockieren, käme es zu keiner Vertragsänderung und der Auftraggeber wäre stur an die Ausführung einer bestehenden Leistungsvereinbarung (Leistungsverzeichnis) gebunden, selbst wenn dies sehenden Auges quasi ins Unglück führen würde.

Deshalb hat man aus Praktikabilitätsgründen und um jegliche Form von „Erpressbarkeit“ von vornherein auszuschließen, den Grundsatz pacta sunt servanda im Baurecht bewusst durchbrochen und es letztlich möglich gemacht, dass der Auftraggeber, ohne an den vorherigen Vertrag im Detail gebunden zu sein, **letztlich einseitig anordnen kann**, dass der Vertragsinhalt geändert wird. Dieses Procedere ist letztlich die Nachtragsanordnung.

An dieser Stelle ist schon gleich auf zweierlei hinzuweisen, nämlich dass erstens eine Vertragsänderung nicht in allen Fällen angeordnet werden kann, sondern letztlich nur in den technisch nötigen Situationen, und dass es zweitens bei der einseitigen Nachtragsanordnung natürlich ein Ausgleichsregulativ gibt, nämlich den „Anspruch auf Mehrvergütung“, eben den Nachtragspreis zugunsten des Auftragnehmers.

Gerade wegen der Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue (pacta sunt servanda) nennt man die Nachtragssituation auch das schärfste Schwert der VOB (seit 2018 müsste dieser Ausdruck dann folgerichtig auch für die BGB-Bauvertragssituation gelten).

4. „Echter“ und „unechter“ Nachtrag-

Alles, was technisch nicht erforderlich ist, aber vom Auftraggeber trotzdem irgendwie „gewünscht“ wird, ist letztlich etwas anderes und läuft nach anderen Spielregeln.

Wie im vorangegangenen Kapitel beschrieben, ist die Nachtragssituation letztlich eine einseitige Zwangsanordnung und hebt die Vertragstreuepflicht einseitig auf. Dieser Mechanismus kann daher nur für Leistungsänderungen gelten, die wirklich „erforderlich“ sind. Im Weiteren werden diese Nachträge als echte Nachträge bezeichnet. Die VOB/B hat diese Situation immer schon in § 1 Absatz 4 geregelt:

„Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.“

In der neueren BGB-Regelung ist die Situation im § 650 b Absatz 1 geschildert. Dort wird unterschieden zwischen

- *Änderungen des Vertrages, die eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs zum Ziel haben oder*
- *Vertragsänderungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig sind (echte Nachträge).*

§ 650b unterscheidet zwei Varianten:

Anordnungen zur Änderung des vereinbarten Werkerfolgs („Willkürliche“ Änderungen)

vereinbarer Werkerfolg soll geändert werden, ohne dass hierfür eine technische Notwendigkeit besteht

Anordnungen, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs (technisch) notwendig sind („Notwendige“ Änderungen)

vereinbarer Werkerfolg bleibt unverändert, es sind aber zusätzliche Maßnahmen – über das LV hinausgehende – erforderlich, um den Werkerfolg zu erreichen

Echte Nachträge sind also alle diejenigen Leistungsänderungen, die sich als technisch notwendig herausstellen, um letztlich das geplante Gewerk nach den Regeln der Technik entsprechend fertigstellen zu können.

Beispiele:

Es stellt sich heraus, dass bei Malerarbeiten noch eine besondere Grundierung notwendig ist, um die Tragfähigkeit des Untergrundes herzustellen.

Bei Dachdeckerarbeiten stellt sich heraus, dass noch eine Dampfbremse in den Flachdachaufbau eingebaut werden muss oder eine zusätzliche Verklammerung von Ziegeln im Steildachbereich erforderlich ist, die beide nicht im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben waren.

Solche echten Nachträge kann der Auftraggeber letztlich in einseitiger Abänderung

des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses auch gegen den Willen des Auftragnehmers durchsetzen. Als Konsequenz bekommt der Auftragnehmer dafür eine entsprechende Mehrvergütung.

Die unechten Nachträge entstammen einem freien Änderungswillen des Auftraggebers, ohne dass dies zur Erreichung des Werkerfolgs technisch notwendig ist.

Klassisches Beispiel dafür sind andere Materialien oder eine andere Ausführungsart, die technisch zwar nicht geboten sind, dem Auftraggeber aber „besser gefallen“. Allerdings werden die unechten Nachträge in der VOB und im BGB unterschiedlich behandelt. Nach der VOB-Regelung können solche Leistungen, die VOB nennt sie „andere Leistungen“, dem Auftraggeber nur mit seiner Zustimmung übertragen werden. Hier könnte sich der Auftragnehmer also letztlich verweigern, was er in der Praxis aber nur in den seltensten Fällen tun wird. In dieser Situation wird dann vorab meist mit der Höhe des Nachtragspreises zulässigerweise „gepokert“. Und wenn dem Auftragnehmer der potenzielle, ins Auge gefasste Nachtragspreis nicht zusagt, wird er die Durchführung solcher „anderen Leistungen“, also der unechten Nachträge, im VOB-Bereich im Zweifel letztlich gänzlich ablehnen.

Im BGB-Bereich ist die Situation für den Auftraggeber etwas besser geregelt. Hier kann er auch einen unechten oder freiwilligen Nachtrag gegen den Willen des Auftragnehmers durchsetzen. Allerdings hat der Auftragnehmer hier dann immer noch als „Notbremse“ die Möglichkeit, seinerseits eine Unzumutbarkeit der Ausführung einzuwenden. Was im Detail unzumutbar ist, lässt sich nur anhand der Einzelfallbetrachtung lösen. Zumutbarkeitskriterien können die technischen Möglichkeiten des Auftragnehmers, die Betriebsausstattung oder die Qualifikation der Mitarbeiter ebenso sein wie betriebsinterne Vorgänge, also zum Beispiel eine ausgefüllte Terminalsituation, wenn die Nachtragsbearbeitung zeitlich aufwändig wäre. Die Beweislast für eingewandte Unzumutbarkeitskriterien liegt beim Auftragnehmer.

- 5. - Der Nachtrag wird nicht „gestellt“, sondern beauftragt**
- Abrechnung nicht „zwangsweise“ auf Stunden
- Beauftragung nach VOB/B formfrei, nach BGB schriftlich

Immer wieder hört man in der baubetrieblichen Umgangssprache den Ausdruck: „Dann haben wir einen Nachtrag gestellt.“ Diese Formulierung deutet auf ein grundsätzliches Missverständnis zur Nachtragssystematik hin. Nachträge werden grundsätzlich nicht gestellt, sondern beauftragt. Eine „Nachtragsstellung“ würde einer „eigenmächtigen“ Selbstbeauftragung gleichkommen. Die einzige Situation, die dem Ausdruck einer Nachtragsstellung ansatzweise gerecht werden könnte, ist die Ausnahmesituation des § 2 Ziffer 8 VOB/B:

Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, werden nicht vergütet. Der Auftragnehmer hat sie auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, sonst kann es auf seine Kosten geschehen. Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu („Nachtrag stellen“), wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt. Eine Ver-

gütung steht ihm auch zu, wenn die Leistung für die Erfüllung des Vertrages notwendig war, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden.

Nur in einem solchen Ausnahmefall wäre der Sprachgebrauch „einen Nachtrag stellen“ im Ansatz gerechtfertigt.

In den allermeisten Fällen wird diese Ausnahmesituation aber nicht vorliegen, sondern es liegt die normale Situation vor, dass ein Nachtrag ausdrücklich beauftragt werden muss. Die Art der Nachtragsbeauftragung ist vielfältig. Sie kann mündlich geschehen, sie kann schriftlich erfolgen, mit E-Mail, WhatsApp, per Fax, Brief oder sonst wie.

Schriftliche Beauftragung erforderlich?

Formelle Voraussetzungen werden an Nachtragsbeauftragungen in der VOB/B seit jeher nicht gestellt. Sie ist also auch mündlich wirksam. Aus der Sicht des Unternehmers ist es jedoch immer wichtig, dass die Nachtragsbeauftragung als solche für ihn letztlich beweisbar ist, damit im Nachhinein kein Streit über die Nachtragsbeauftragung entstehen kann.

Im BGB ist die Schriftform zwingend vorgesehen, wenn die Parteien in den Verhandlungen keine Einigung über Leistung und Preis erzielen. Nach § 650 c BGB muss die „Änderung in Textform angeordnet werden“.

Abrechnung auf Stunden und Material oder Einheitspreis?

Die Art der Abrechnung können die Parteien selbstverständlich einverständlich regeln. Liegt keine Absprache vor, kann die Art der Abrechnung je nach Vertragssituation unterschiedlich sein. Liegt dem Ursprungsauftrag ein Einheitspreisvertrag zu Grunde, so ist auch die Nachtragsbeauftragung im Zweifel als Beauftragung zu Einheitspreisen zu verstehen. Einen Automatismus, dass ein Nachtrag auf Stundenbasis und Materialverbrauch abzurechnen ist, gibt es nicht.

6. Wo ist der Unterschied zwischen Nachtrag, Nachtragsangebot, Nachtragsbestätigung, Zusatzauftrag, Änderungsbegehren?

Der Ausdruck Nachtrag wird in der VOB-Terminologie gar nicht, in der BGB-Terminologie nur einmal verwendet. Er hat sich einfach über Jahrzehnte in der Baupraxis sprachlich eingebürgert. Alle wissen, was gemeint ist: nämlich es soll zu einer Änderung des Vertrages mit anschließenden Mehrvergütung kommen. Die übrigen in der Praxis eingebürgerten Begriffe wie Nachtragsangebot, Nachtragsbestätigung, Zusatzauftrag etc. kommen in der Gesetzessprache und auch in der VOB/B nicht vor. Sie bleiben daher ein Stück weit unpräzise und einer Auslegung zugänglich.

Als der Gesetzgeber im Jahre 2018 durch die Einführung der Nachtragssituation im BGB (§ 650 b und c) die Chance hatte, auch die sprachlichen Ungenauigkeiten auszumerzen und in genaue Terminologien einfließen zu lassen, hat er diese Gelegenheit versäumt. Ganz im Gegenteil, er setzte noch einen weiteren unklaren Ausdruck oben auf.

Die Ausgangslage der Nachtragssituation bezeichnet der Gesetzgeber nun fortan mit dem Ausdruck „**begehrt der Auftraggeber eine Änderung**“. Dieses Änderungsbegehren selber hat er im Weiteren nicht definiert. Aus den Materialien zum seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahren ergibt sich nicht, was genau unter einem Änderungsbegehren zu verstehen ist. Hier hat man offensichtlich auf die jahrzehntelange Bauvertragspraxis vertraut und ist davon ausgegangen, dass dazu unter den Beteiligten schon keine gravierenden Meinungsverschiedenheiten (was natürlich nicht der Fall ist) auftreten werden. Aus dem Gesamtzusammenhang folgt immerhin, dass der Wunsch des Bestellers gemeint sein muss, eine Änderung des Vertragsinhaltes herbeizuführen.

Unter Änderungsbegehren kann man also grundsätzlich den Wunsch des Bestellers gegenüber dem Unternehmer verstehen, den vertraglichen Leistungsumfang zu ändern. Besondere Anforderungen, wie ein solcher Änderungswunsch formuliert werden muss, sind nicht geregelt. Mangels konkreter Vorgaben im Gesetz kann der Änderungswunsch vom Besteller formfrei geäußert werden.

Davon zu unterscheiden ist die bloße Anfrage des Bestellers über Gestaltungsalternativen oder mögliche Änderungen, bei denen er sich selber noch nicht sicher ist, ob er sie letztlich ausführen lassen wird. Hier ist der Bereich des Zusatzauftrages aufgerufen. Der Auftraggeber fragt gewissermaßen an, ob der Auftragnehmer bereit ist, eine gewisse Leistungsänderung durchzuführen. Die Entscheidung, ob der Auftraggeber tatsächlich eine solche Leistungsänderung vornehmen wird, wird in der Regel davon abhängen, welchen Preis der Auftragnehmer dafür verlangt. Dies ist die ganz normale Angebotssituation: der potenzielle Auftraggeber ist noch nicht entschieden und fragt erst einmal nach Leistungsinhalt und Leistungspreis an. Gibt der Auftragnehmer daraufhin ein Zusatzauftragsangebot ab, kann der Auftraggeber dies jederzeit annehmen oder nicht. Bezeichnet der Auftragnehmer solch eine Anfrage dann fälschlicherweise (aber durchaus praxisüblich) als „Nachtragsangebot“, kommt es genau an dieser Schnittstelle gerne zu Missverständnissen und Auseinandersetzungen, weil ein echtes Nachtragsangebot etwas ganz anderes ist als ein Zusatzangebot.

In der VOB war diese Schnittstelle bisher gar nicht geregelt, weil dort mit keinem Wort von einem (preislichen) Nachtragsangebot die Rede war. Die VOB ging immer von einer sehr vereinfachten Situation aus: Der Auftraggeber erteilt eine einseitige Anordnung zur Leistungsänderung und die Konsequenz ist automatisch, dass der Auftragnehmer einen Mehrvergütungsanspruch hatte. Einziger Zwischenschritt war folgender Satz in der

VOB/B § 2 Absatz 6 Nr. 1 Satz 2: „Er muss jedoch den Anspruch auf Mehrvergütung dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.“

Das heißt: in der klassischen Nachtragssituation hat der Auftraggeber die Leistungsänderung ausgesprochen und darauf müsste der potenzielle Auftragnehmer nur mit der pauschalen Ankündigung reagieren: „hierfür bekomme ich mehr Geld“. Allein mit dieser pauschalen Ankündigung wäre den Formalien der VOB/B Genüge getan. Selbstverständlich hat sich in der Praxis etwas ganz anderes herausgebildet, nämlich das spezifizierte „Nachtragsangebot“, das dann mit einem Nachtrags-Leistungsverzeichnis und zugehörigen Preisen detailliert auf die Situation einging.

Die BGB-Regelung hat die Nachtragsangebotssituation, also den Zwischenschritt zwischen der Anfrage (Begehren) und der Beauftragung, ein klein wenig genauer geregelt. Dort heißt es explizit, dass der Unternehmer verpflichtet ist, **ein Angebot über die Mehr- und Mindervergütung zu erstellen**. (gemeint ist damit „sonnenklar“ das Nachtragsangebot – es wäre sehr schön gewesen, wenn der Gesetzgeber an dieser Stelle diese Formulierung auch ausdrücklich erwähnt hätte und sie damit endgültig salonfähig gemacht hätte)

Einigungsfrist 30 Tage

Die BGB-Regelung hat den Zwischenschritt des Nachtragsangebotes noch weiter ausgeformt. Es legt den Parteien obligatorisch auf, eine Einigung über den Inhalt der Leistungsänderung **und** den Preis herbeizuführen. Dafür sieht es eine 30-Tages-Frist vor.

An dieser Einigungsfrist haben sich direkt nach der Einführung der Gesetzesänderung eine Menge von Fragen entzündet. Ist die Einigungsfrist eine Mindestfrist? Ist die Einigungsfrist eine Höchstfrist? Kann man die 30-Tages-Frist torpedieren? Kann man sie als Blockade einsetzen, wenn es eigentlich „schnell gehen muss“?

Ausgangspunkt ist auf jeden Fall, dass eine Kooperation und damit eine Verhandlungsverpflichtung der Vertragsparteien besteht. Das bedeutet, dass überhaupt ein ernsthafter Einigungsversuch stattfinden muss. Sofern der Auftraggeber ohne einen ernsthaften Einigungsversuch einfach den Ablauf der 30-Tages-Frist abwartet und dann eine einseitige Anordnung zur Vertragsänderung ausspricht, dürfte der Unternehmer mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kontern können, was die Unbeachtlichkeit der Anordnung seitens des Unternehmers zufolge hätte.

Insgesamt beinhaltet die 30-Tage-Einigungsfrist bei einem normalem Bauablauf, bei dem Bauänderung in der Regel auch schon mal sehr schnell vollzogen werden müssen, ein großes Gefahrenpotenzial. Schon der Schritt davor, wie lange der angefragte Unternehmer überhaupt Zeit hat, ein Nachtragsangebot zu erstellen, ist nicht geregelt. Auch hier können sich die Vertragsparteien schon in gewisse Blockadebereiche begeben.

Liegt dann das Angebot auf dem Tisch, könnte der Auftragnehmer nun seinerseits die 30-Tages-Frist ausnutzen, um die Preiseinigung in eine für ihn genehme Richtung zu lenken (ich stimme den Einigungsversuchen so lange nicht zu, bis mir der Preis gefällt). Dies kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein und nicht dem Gesetzeszweck entsprechen, soll doch der Baufortschritt in gegenseitiger Kooperation in angemessenen Zeitabläufen gefördert werden.

Zusammenfassend muss man an dieser Stelle sagen, dass die 30-Tages-Frist nur eine Orientierung bieten kann. Sie ist auf jeden Fall keine Mindestfrist sondern eine Höchstfrist. In der Regel reicht **ein** ernsthafter Einigungsversuch, der (auch vor den 30 Tagen) scheitert, um das Recht des Auftraggebers, eine einseitige Anordnung treffen zu können, auszulösen.

7. Ist es wirklich ein Nachtrag oder gehört das nicht sowieso schon zum geschuldeten Leistungsumfang des Auftragnehmers (der sog. vermeintliche Nachtrag oder Streit über die geschuldete Leistung)

Die **absolut schwierigste Situation im Nachtragsbereich** spielt sich genau hier ab, nämlich rund um die Frage:

Ist es überhaupt ein Nachtrag oder ist es schon von vornherein im Leistungsbeschrieb enthalten, also vom geschuldeten Leistungsumfang des Auftragnehmers gedeckt. An dieser Stelle spielen sich in der Baupraxis die kriegsentscheidenden Grabenkämpfe ab.

Im Kern geht es um die Konstellation, dass der Auftraggeber eine Leistung ausdrücklich fordert und zugleich behauptet, dass sie seiner Auffassung nach bereits zum ursprünglichen Leistungsumfang gehört und daher nicht zu vergüten ist. Der Auftragnehmer ist der gegenteiligen Auffassung und meint, mit der Aufforderung des Auftraggebers eine bestimmte Leistung zu erbringen, liege eine Nachtragsanordnung vor, die letztlich vergütungspflichtig ist.

Hintergrund des Streits ist die oft komplexe Vertragssituation, bei der Leistungsbeschrieb, Zeichnungen, technische Vorbemerkungen und andere Unterlagen (leider) nicht immer synchron und eindeutig sind, sondern im Gegenteil Auslegungspotential und damit Streitpotential bieten.

Gefährlich an dieser Situation ist eine mögliche Pattwirkung, in der die Baustelle blockiert werden könnte. Dazu später ausführlicher.

Die rechtliche Einordnung derjenigen Fälle, in denen sich Parteien darüber streiten, ob es sich um eine zusätzlich zu vergütende Leistungsänderung oder um eine Leistungsanweisung handelt, die ohnehin zur vertraglichen Leistung des Unternehmers gehört und mit der vertraglich vereinbarten Vergütungsfolge abgegolten ist, wird besonders kontrovers diskutiert.

In der VOB-Systematik ist diese Streitsituation komplett ausgeblendet. Hier ist man immer davon ausgegangen, dass es klar ist, ob eine Leistung zum ursprünglichen Leistungsumfang gehört oder eine zusätzliche (nachtragsfähige) Leistung darstellt, und hat sich infolgedessen nur noch mit den Folgen dieser an sich (unterstellten) klaren Situation, nämlich der dann „nur noch“ verbleibenden Höhe der Nachtragsvergütung beschäftigt.

Der BGB-Gesetzgeber hatte diese Streitsituation immerhin auf dem Bildschirm. In der Gesetzgebung wird auf diese Fallkonstellation sogar explizit im Zusammenhang

mit möglichen Streitigkeiten hingewiesen. Die gesetzgeberische Umsetzung dieser so problematischen Streitsituation blieb dann aber aus. Ebenso wie in der VOB/B ist dieser Fall auch im BGB nicht geregelt. Der Regelungsmechanismus im BGB beschränkt sich -genau wie in der VOB/B- auf die Preisfindung.

Nochmals: der vorgelagerte Streit um die grundsätzliche Berechtigung des Nachtrages, ob also der Auftraggeber die seiner Meinung nach ohnehin schon kostenfrei geschuldete Leistung dann doch per Nachtragsvergütung letztlich bezahlen muss bzw. ob der Auftragnehmer die nach seiner Wahrnehmung berechtigterweise bestehende Vergütungspflicht für den Nachtrag bekommt, ist weder in der VOB/B noch im BGB geregelt. Dort ist lediglich der Streit um die Höhe des Nachtragspreises geregelt, wobei die Berechtigung des Nachtrages „als solchem“ oder „dem Grunde nach“ als gegeben unterstellt wird.

Auf jeden Fall ist den Parteien zu raten, sich in dieser Situation des dem Grunde nach streitigen Nachtrags zu verständigen und möglicherweise auch eine **bedingte Vergütungsabrede** anzusteuern, das heißt: die Vergütung für den streitigen Nachtrag wird grundsätzlich vorsorglich der Höhe nach vorab festgelegt, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Nachtrag sich im Nachhinein als solcher überhaupt als ein berechtigter Nachtrag erweist.

Letztlich kann die Situation nur in einem nachgelagerten Rechtsstreit gelöst werden. Ob die streitige Leistung tatsächlich ein vergütungspflichtiger Nachtrag ist oder nicht, richtet sich nach der klassischen objektivierten Vertragsauslegung. Dabei sind alle vertraglichen Grundlagen heranzuziehen: Leistungsverzeichnis, Verhandlungsprotokolle, Zeichnungen, Baubeschreibungen, technische, zusätzliche und ergänzende Vertragsbedingungen usw. Aus einer Gesamtschau der Umstände ist dann aus einer objektivierten Sicht heraus zu beurteilen, ob die fragliche Leistung, also die fragliche Änderungsleistung, ein klassischer Nachtrag ist oder schon von vornherein im Leistungsumfang enthalten ist.

Hinweis: Siehe hierzu auch vertiefend das Merkblatt „Streit über die Berechtigung eines Nachtrags“ und das Musterschreiben zur „Klärung einer streitigen Nachtragssituation“ – für Innungsbetriebe unter www.dachdecker.de

In der VOB/B heißt es insoweit nur:

„§ 2 Absatz 1: Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den besonderen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen Vertragsbedingungen, den zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen, den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistung und der gewerblichen Verkehrssitte zu vertraglichen Leistungen gehören.“

Bei allem Bemühen um eine sinnvolle Vertragsauslegung kann man dieser Streitsituation nicht „entrinnen“. Ein missverständliches, unvollständiges, unklares oder fehlerhaftes Leistungsverzeichnis ist eben nicht eindeutig und **muss ausgelegt werden**. Hier liegt die eigentliche Kunst der Unternehmer. Der gute Unternehmer „riecht“

quasi gegen den Wind, ob eine Leistungsbeschreibung nachtragsanfällig ist oder einen kalkulatorisch einigermaßen sicheren und detaillierten Leistungsbeschrieb abgibt.

Hat man diesen **Grundsatz des Vorrangs der Auslegung unklarer Leistungsbeschreibungen** verinnerlicht, kann sich daraus ergeben, dass eine vom Auftraggeber geforderte Leistung bereits zu der vom Auftragnehmer vertraglich geschuldeten und von der Vergütung abgedeckten Leistung gehört: Dann liegt dem dazu anfallenden Aufwand keine Leistungsänderung zugrunde; ein Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B entfällt. Genauso gut kann sich aus der Auslegung aber das Gegenteil ergeben, d. h.: Der Auftragnehmer hatte die geforderte Leistung nach dem Vertrag noch nicht zu erbringen bzw. diese Leistung war von der vertraglich vereinbarten Vergütung nicht abgedeckt, so dass jetzt die Leistung geändert wird und Mehrvergütungsansprüche bestehen.

7a. Zu wessen Lasten geht die (nicht durch Vertragsauslegung zu schließende) Lückenhaftigkeit des Leistungsverzeichnisses?

Erst wenn sich aus der umfänglichen Vertragsauslegung letztlich kein eindeutiges Ergebnis ergibt, sondern nach wie vor Lücken im Verständnis des Leistungsverzeichnisses verbleiben, stellt sich die entscheidende Frage, wem dieses Risiko zuzurechnen ist.

Die Rechtsprechung geht überwiegend davon aus, dass in solchen Fällen zunächst zwischen den vertraglich geschuldeten Erfolg und dem vertraglich vereinbarten Leistungssoll zu unterscheiden ist. Das Leistungssoll ergibt sich dabei grundsätzlich aus den Positionen des Leistungsverzeichnisses und im Idealfall erreicht die positionsgenaue Abarbeitung des Leistungsverzeichnisses den vertraglich vereinbarten Gesamterfolg. Wenn die Parteien den geschuldeten Gesamterfolg quasi über das Leistungsverzeichnis stellen wollen, müssen sie den Preis pauschalieren oder die Leistung in sonstiger Weise funktional beschreiben. Dann ist das Risiko einer unvollständigen Leistungsbeschreibung (Leistungssoll) erkennbar auf den Auftragnehmer verlagert. Ist das Leistungsverzeichnis letztlich schlicht unvollständig, ohne dass der Leistungserfolg deutlich in die Sphäre des Auftragnehmers verlagert ist, bleibt das Risiko solcher Lückenhaftigkeit im Angebot/Leistungsverzeichnis beim Auftraggeber als Planer. Solche Lücken sind dann durch Bedenkenanmeldung und nachfolgend Nachträge zu schließen. Diesen Gedanken der Risikoverteilung zu Lasten des Auftraggebers, des Planerstellers, bringt auch § 7 VOB/A zum Ausdruck:

Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können

Quellen zu oben dargestellter Vertragsauslegung und Risikoverteilung zum Nachlesen: BGH, Urteil v. 13.03.2008 – VII ZR 194/06 – a.a.O., (Fußn. 3); ebenfalls sehr deutlich: BGH, Beschluss v. 20.12.2011 – VII ZR 77/10 -, BauR 2011, 530 = NJW-RR 2011, 378 – NZBau 2011, 160. Sehr anschaulich auch Leupertz, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl. 2012, K. Rdnr. 9, BGH, Urteil v. 2012.2011, a.a.O. (Fußn. 4); BGH, Urteil v. 22.04.1993 – VII ZR 118/92 -, BauR 1993, 595, 596 – NJW – RR1993, 1109; BGH, Urteil v. 23.06.1994 – VII ZR 163/93 -, BauR 1994, 625, 626 = NJW-RR 1994, 1108, 1109; BGH, Urteil v. 05.12.2002 – VII ZR 342/01 -, BauR 2003, 388 – NJW 2003, 743.

8. Ist der Nachtrag im Grundsatz beschlossene Sache - wer macht dann die technische Planung?

Besteht zwischen den Parteien grundsätzlich Einigkeit, dass eine gewünschte Leistung (gewünschte, begehrte, geforderte Leistung) grundsätzlich einen Nachtrag darstellt, stellt sich sofort die Frage, wer die Nachtragsleistung im Detail planerisch auszuarbeiten hat. Meist macht dies bei technisch einfachen, „übersichtlichen“ Nachträgen der Auftragnehmer. Er formuliert in einem Rutsch den technischen Leistungstext und die zugehörigen Nachtragspreise. Verpflichtet ist der Auftragnehmer hierzu jedoch nicht. In diesem Bereich gilt der Grundsatz „Wer einmal plant, plant immer“.

Dieser Grundsatz ist in der VOB zwar nicht deutlich formuliert, aber in der Gesamtsystematik der VOB/B impliziert. Der BGB-Gesetzgeber hat die Planungsverpflichtung hingegen deutlicher angesprochen. Insoweit heißt es im § 650 b Absatz 1 Satz 4:

„Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat.“

In diesem Fall bezieht sich das Nachtragsangebot des Auftragnehmers dann nur noch auf die Preisseite. Die Planungsseite, das Verfassen des Textes, obliegt dem Auftraggeber.

Oft wird in dem Zusammenhang die Frage gestellt, ob ein Unternehmer sich nicht einer verschärften Haftung aussetzt, wenn er einen Nachtrag plant (immerhin könnte es sich ja um kritische technische Details handeln).

Diese Fragestellung ist eher theoretischer Natur. Denn selbstverständlich hat auch der „nur“ ausführende Unternehmer eine gewisse Planungshaftung, in dem er nämlich bei falscher Planung zu einer entsprechenden Bedenkenanmeldung verpflichtet ist. Die Bedenkenanmeldungspflicht des Unternehmers ist quasi spiegelbildlich zur Planungshaftung zu sehen. Beide Parteien, der Planende und der Ausführende, unterliegen gleichermaßen dem Werkerfolg. Der Planende insoweit, als dass seine Planung perfekt sein muss. Der Ausführende insoweit, als dass seine Bedenkenanmeldungspflicht perfekt ausgeführt werden muss (wenn die Planung falsch war). Insoweit ist die Übernahme einer Planungsleistung im Nachtragsbereich unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten, also insbesondere bei der Gewährleistung, im Vergleich zu einer nicht übernommenen Planungsleistung in der Praxis ohne Belang.

9. Kann der Nachtrag ohne Preise beauftragt werden, also nur „dem Grunde nach“?

Seit einigen Jahren hat sich in der Baupraxis tatsächlich die Wortwahl „Nachtragsbeauftragung dem Grunde nach“ eingebürgert. Sie gibt vollkommen korrekt wieder, wie die Preisfindungssystematik der VOB/B angelegt ist. Die Kernaussage hierzu ist: die Beauftragungsseite (dem Grunde nach) wird von der Vergütungsseite (Höhe der

Nachtragsvergütung) abgekoppelt. Wenn der Auftraggeber eine einseitige Vertragsänderung durch eine einseitige Leistungsanordnung vornimmt, muss er auch die Konsequenzen tragen, dass hieraus eine Mehrvergütung resultiert. Wenn über die Vergütungshöhe im ersten Schritt keine Einigung erfolgt (dieser Einigungsversuch ist sowohl in der VOB- wie in der BGB-Systematik vorgesehen), dann erfolgt die Beauftragung zur Änderung der Leistung quasi blanko, also ohne die Vergütung in konkreter Höhe gleichzeitig festzulegen.

Diese „Nachtragsanordnung dem Grunde nach“ war also eigentlich schon immer genau der richtige Terminus Technicus, um die zweigeteilte Situation der Nachtragsbeauftragung richtig zu benennen. Erstaunlich insoweit nur, dass es so viele Jahre gedauert hat, bis er sich sprachlich in der Praxis durchgesetzt hat.

10. Wie hoch ist der richtige Nachtragspreis: Fortschreibungspreis, angemessener Preis, ortsüblicher Preis?

Wenn die Nachtragsbeauftragung im Grunde klar ist und auch klar ist, dass der Nachtrag als solcher vergütungspflichtig ist und nicht ein Fall des streitigen Nachtrags ist, dann geht es „**nur**“ noch um die Frage der richtigen Höhe des Nachtragspreises. Hier liegen gewaltige Unterschiede zwischen der VOB- und der BGB-Regelung.

In der VOB/B war seit fast 100 Jahren der sogenannte **Fortschreibungspreis** das Maß aller Dinge. Die Ausgangsidee der VOB-Schöpfer war folgende: Wenn durch den Ursprungsbauvertrag ein gewisses Preisniveau des Vertrages eingestellt war, wollte man sicherstellen, dass durch ändernde oder zusätzliche Leistungsanordnungen zwar eine Mehrvergütung des Auftragnehmers erfolgen sollte. Dabei sollte aber nicht das Preisniveau des Ursprungsangebotes verlassen werden.

Verkürzt hat sich diese Ausgangssituation in der Baupraxis in folgender Formel manifestiert:

Guter Preis bleibt guter Preis – schlechter Preis bleibt schlechter Preis.

Der Nachtragspreis sollte also immer das Preisniveau des ursprünglichen Auftragspreises abbilden. Die Art und Weise dieser Preisermittlung, die sogenannten Preisfortschreibung, die dann in den Fortschreibungspreis mündet, war aber seit Jahrzehnten ein strittiges Thema, denn es war sehr schwierig herauszufinden, wie die Preisfindung im Einzelnen von statten gehen sollte.

Die VOB regelt zur Preisfindung in § 2 Absatz (6) Nr. 2 nur sehr unpräzise:

„die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistungen.“

Dieser auf den ersten Blick schwer verständliche Satz drückt aus, dass man auf der Basis der Urkalkulation, des Preisgefüges des Ursprungsangebotes, die Preise für die

Nachtragsleistung quasi herausentwickeln sollte. Seit Jahrzehnten ist aber die besondere Problematik dieser Preisfindungsmethode bekannt (ohne dass sie freilich in der VOB/B geändert wurde).

Eine Preisfortschreibung ist im Ergebnis aber immer nur dann möglich, wenn man Vergleichspositionen im Ursprungsleistungsverzeichnis zur Verfügung hat, die sinnvollerweise überhaupt kalkulatorisch fortgeschrieben werden könnten. Wenn es um Nachtragsleistungen geht, die vollkommen außerhalb der bisherigen Leistungspositionen des Ursprungsleistungsverzeichnisses liegen, ist es schlechterdings schwer möglich, die dortigen kalkulatorischen Ansätze sinnvoll und nachprüfbar fortzuschreiben.

Beispiele:

Wie soll man bei einer ursprünglich geforderten Steildacheindeckung mit Ziegeln nunmehr als Nachtragspreis eine Eindeckung mit naturbraunen Schiefersteinen fortentwickeln oder wie soll man eine ursprüngliche als Tapezierung vorgesehene Wandbeschichtung nunmehr in eine kunstvolle Spachtel- und Schleiftechnik „umkalkulieren“.

Der Fortschreibungspreis ist einfach nur willkürlich, wenn keine sinnhaften Vergleichspositionen zur Verfügung stehen. Obwohl dieses Dilemma bekannt ist, dass man den richtigen Fortschreibungspreis eigentlich gar nicht finden kann („bestimmt sich“), wurde an der Preisfindungssystematik der VOB/B bis heute nichts geändert.

Im Gegensatz hierzu hat die BGB-Regelung eine andere Preisfindungssystematik festgelegt.

Der BGB-Gesetzgeber war sich im Jahr 2018 des Fortschreibungspreisdilemmas der VOB bewusst und hat auf massiven Druck der Bauverbände eine andere Regelung konzipiert. Hier kommt es beim Nachtragspreis im Zweifel nach § 650 c BGB zu folgender Lösung:

Die Höhe des Vergütungsanspruches für den in Folge einer Anordnung des Bestellers vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnisse und Gewinn zu ermitteln. Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auch auf die Ansätze einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation (was auch immer das ist) zurückgreifen.

Es wird dann vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

Der BGB-Gesetzgeber greift also letztlich zum einfachen Instrument des „Kostenpreises“, der in der Praxis dem ortsüblichen Preis entsprechen dürfte, räumt aber immerhin noch eine Rückgriffmöglichkeit auf den Fortschreibungspreis ein, wenn der Auftragnehmer denn das so will. Der Auftragnehmer ist bei der BGB-Regelung aber nicht mehr dem Gutdünken oder der Willkür des Auftraggebers ausgeliefert, indem dieser einfach den genannten Nachtragspreis als nicht fortschreibungskonform negiert.

Gerichte reagieren beim (Fortschreibungs-)Nachtragspreis im VOB - Vertrag

Nahezu zeitgleich passierte nun aber im VOB-Bereich ein kleines „Justizwunder“. Plötzlich hat offenbar auch die Rechtsprechung erkannt, dass der Fortschreibungspreis in Fällen nicht vorhandener sinnhafter Vergleichspositionen nicht zu nachvollziehbaren und damit eher zufälligen Ergebnissen führt. Deshalb gibt es mittlerweile einige oberlandesgerichtliche und auch eine BGH-Entscheidung, in dem die Fortschreibungspreismethode der VOB/B in Frage gestellt wird und stattdessen „angemessene ortsübliche Preis“ veranschlagt werden, wenn sich keine sinnhaften Vergleichspositionen im Ursprungsangebot finden.

Vorreiter bei der nun offenbar anstehenden „Zeitenwende“ ist das Kammergericht Berlin.

In seinem neuesten Urteil bekennt sich das Kammer Gericht eindeutig zum Nachtragspreis auf der Basis der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten.

Mit Urteil vom 27. August 2019 (Az: 21 U 160/18 hat es zum wiederholten Male entschieden, dass Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten sind, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben. Die Preiskalkulation des Unternehmers (Fortschreibungspreis) ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrags tatsächlich entstanden wären.

Nach Ansicht des Senats ist der Wortlaut von § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sowie derjenige von § 2 Abs. 3 VOB/B hinsichtlich der Entscheidung zwischen tatsächlicher und vorkalkulatorischer Preisfortschreibung nicht eindeutig. Hilft damit das Wortlautargument nicht weiter, komme es zwingend auf systematische Überlegungen an, die den Ausschlag zu Gunsten der tatsächlichen Mehrkosten geben.

Damit ist das Kammergericht seiner Linie aus den letzten Jahren konsequent treu geblieben. In seinem vorletzten Urteil vom 10. Juli 2018 hatte es bereits geurteilt, dass Grundlage des Mehrvergütungsanspruchs aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten sind, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen. Die Preiskalkulation des Unternehmers sei nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz.

In einem ersten Urteil zu dieser Thematik, 7 U 203/13), hatte das Gericht schon formuliert: *„Finden sich im Hauptvertrag keine hinreichenden Bezugspunkte, ist die Vergütung (nicht nach dem Fortschreibungspreis) sondern nach den üblichen Preisen gemäß § 632 Abs. 2 BGB zu bestimmen“*

Übrigens hatte der Bundesgerichtshof seinerzeit die Revision gegen das Urteil des Kammergerichts Berlin zurückgewiesen, (BGH VII ZR 24/14), und damit die „neue Rechtsprechung“ gewissermaßen schon vorsichtig toleriert.

Bundesgerichtshof beschließt das Ende der Preisfortschreibung bei Mengenerhöhungen bei der VOB

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 8. August 2019 (AZ: VII ZR 34/18) entschieden, dass entgegen der bisherigen Praxis für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht die vom Auftragnehmer kalkulierten, sondern die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, wenn die Bauvertragsparteien keine anderweitige Vereinbarung treffen. Damit erteilt der Bundesgerichtshof eine Absage an die Preisfindung anhand der bislang üblichen Fortschreibung der Urkalkulation.

Dieses Urteil kann man als wichtiges Indiz dafür hernehmen, dass bei einer Entscheidung über den Fortschreibungspreis beim klassischen Nachtrag auch nicht anders geurteilt würde.

11. Wenn es keine Einigung auf den Nachtragspreis gibt, kann man die Leistung solange verweigern?

Grundsätzlich gibt es keine Blockadeposition auf der Baustelle, weil die Vertragsparteien kooperativ zusammenarbeiten sollen. Gleiches gilt auch für eine ungeklärte Nachtragssituation (siehe hierzu auch Punkt 7). Grundsätzlich steht dem Auftragnehmer kein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn eine Nachtragssituation streitig ist. Das gilt sowohl für die Uneinigkeit darüber, ob der Nachtrag also solcher überhaupt ein Nachtrag ist und bejahendenfalls auch hinsichtlich einer streitigen Nachtragsvergütung.

Nur in absoluten Ausnahmefällen hat die Rechtsprechung ein Leistungsverweigerungsrecht anerkannt. Nur wenn sich der Auftraggeber den Vergütungswünschen des Unternehmers bei streitigen Nachträgen ernsthaft und endgültig verweigert, also von vorne herein jede Vergütung kategorisch ablehnt, wird dem Unternehmer ausnahmsweise ein Leistungsverweigerungsrecht zugebilligt. Als Begründung wird angeführt, dass einem vorleistungspflichtigen Unternehmer nicht zuzumuten ist, eine Leistung zu erbringen, wenn der Leistungsempfänger von vorne herein und kategorisch nicht dazu bereit ist, die geschuldete Gegenleistung zu erbringen. Um diese Situation zu klären, ist es sehr empfehlenswert, durch ein entsprechendes Musterschreiben die Ergebnisoffenheit einer streitigen Nachtragssituation zu dokumentieren.

Hinweis:

Siehe hierzu das Musterschreiben „Klärung einer streitigen Nachtragssituation“ – für Innungsbetriebe unter www.dachdecker.de

12. Kann man den Nachtrag ohne Einigung auf den Nachtragspreis wenigstens liquiditätsmäßig als Abschlagsrechnung zunächst mit 80 Prozent ansetzen?

In der VOB ist diese Situation gar nicht geklärt. Wenn dort eine Nachtragspreiseini-

gung nicht stattgefunden hat, gab es bisher keine Möglichkeit, den schon ausgeführten Nachtrag liquiditätsmäßig als Abschlagszahlung zu generieren. Die seit 2018 geltende BGB-Regelung hat diese Liquiditätssituation aber deutlich erfasst. In § 650 c Absatz 3 BGB heißt es insoweit:

Bei der Berechnung der vereinbarten oder gemäß § 632a BGB geschuldeten Abschlagszahlung kann der Unternehmer 80 % einer in einem Angebot nach § 650 b Absatz 1 Satz 2 (Nachtragsangebot) genannten Mehrvergütung ansetzen, wenn sich die Parteien nicht über die Höhe geeinigt haben oder keine anderslautende gerichtliche Entscheidung ergeht

Im BGB ist der Fall also klar geregelt: Ist der Nachtrag als solcher dem Grunde nach unstreitig und nur die Höhe des Preises noch nicht einvernehmlich geregelt, kann ein Abschlag in Höhe von 80 % auf das Nachtragsangebot generiert werden. Nicht zu verwechseln ist die Situation (siehe insoweit Punkt 7) mit der Konstellation, dass über die Vergütungspflicht des Nachtrags als solchem grundsätzlich keine Einigung besteht (streitiger Nachtrag). Dann kann der Auftragnehmer keine 80%ige Abschlagsvergütung im Vorfeld durchsetzen, sondern ist auf eine nachgelagerte gerichtliche Auseinandersetzung angewiesen.

Ungeklärt ist -mangels gerichtlicher Entscheidungen zu diesem Thema-, ob die 80%ige Liquidationsregelung auch bei BOB/B-Verträgen anwendbar ist. Grundsätzlich kann sicherlich ein „angemessener“ Abschlag fakturiert werden.

Fazit

Die Nachtragssituation ist komplex und in VOB/B und BGB unterschiedlich geregelt. Kommt ein Streit über eine Nachtragssituation auf, muss geklärt werden, um welchen Problembereich es sich handelt:

Ist es ein grundsätzlicher Streit über den Nachtrag als solchem (dem Grunde nach), sollte mit entsprechenden Musterschreiben die Ergebnisoffenheit der Nachtragsberechtigung und der daraus ggf. folgenden Nachtragsvergütungspflicht geklärt werden. Ist es „nur“ ein Streit um die Höhe des Nachtragspreises, kann immerhin eine 80%ige Abschlagsrechnung als Liquidität durchgesetzt werden.

Eine Nachtragsbeauftragung sollte tunlichst immer schriftlich dokumentiert werden, damit später die Beauftragung als solche nicht bestritten werden kann. Eine nicht geklärte Nachtragssituation ist kein Grund für eine Leistungsverweigerung, kann aber sehr wohl ein Grund für eine Behinderungsanmeldung nach einer Bedenkenanmeldung sein, solange die Leistungsanordnung noch nicht erfolgt ist

Letzter Hinweis:

Der Hauptausschuss Allgemeines beim DVA (dort, wo die VOB/B „gemacht“ wird), bereitet derzeit (Frühjahr/Sommer 2021) eine große Reform der Nachtragssituation im Text der VOB/B vor. Im Kern wird es wohl auf eine ähnliche Preisfindungsregelung wie im BGB hinauslaufen.