



**Bauwesen und Architektur**

▷ Recht und Praxis

Robert Theissen, Christian Esch

# Leistungsvergütung und Nachtragsmanagement am Bau

2. aktualisierte Auflage

## **Probeseiten**

Weitere Informationen zur Fachbroschüre  
und eine Bestellmöglichkeit finden Sie [hier](#).



Verlag Dashöfer

Robert Theissen, Christian Esch

# Leistungsvergütung und Nachtragsmanagement am Bau

2. aktualisierte Auflage



**Verlag Dashöfer GmbH**

Fachverlag für Wirtschaft, Behörden, Selbständige  
und Freiberufler

Barmbeker Straße 4a · 22303 Hamburg

Telefon: 0 40/41 33 21-0 · Fax: 0 40/41 33 21-10

E-Mail: [info@dashoefer.de](mailto:info@dashoefer.de) · Internet: [www.dashoefer.de](http://www.dashoefer.de)

Stand: März 2010

**Copyright © 2010** Dashöfer Holding Ltd., Zypern & Verlag Dashöfer GmbH, Hamburg. Alle Rechte, insbesondere Titelrecht, Lizenzrecht und gewerbliche Schutzrechte sind im alleinigen Eigentum der Dashöfer Holding Ltd. Zypern.

Alle Rechte sind vorbehalten, insbesondere das Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung sowie Übersetzung. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Druck, Fotokopie, elektronische oder andere Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert werden.

Die in diesem Werk enthaltenen Informationen wurden nach bestem Wissen zum Zeitpunkt der Veröffentlichung erarbeitet, erfolgen aber wegen der uneinheitlichen Ergebnisse in Forschung, Rechtsprechung und Verwaltung ohne Gewähr. Der Verlag haftet insbesondere nicht für den Inhalt der vorgestellten Internet-Seiten. Die Verantwortung für Inhalt und Funktion der Links liegt bei den jeweiligen Betreibern.

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Luisenstraße 62, 47799 Krefeld

Druck: Mailfix e. K., 22145 Hamburg

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort zur 2. Auflage</b> .....	1
<b>1 Einleitung</b> .....	2
<b>2 Vertragstypus als Maßstab der Nachtragsermittlung und -bewertung</b> .....	5
2.1 Einheitspreisvertrag .....	5
2.2 Pauschalpreisvertrag .....	8
2.3 Unterschiedliche Behandlung von Leistungsänderungen .....	10
<b>3 Ermittlung des Bau-Solls als Grundlage der Nachtragsstellung</b> .....	12
3.1 Vertragsunterlagen .....	13
3.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	15
3.3 Allgemeine Technische Vertragsbedingungen (VOB / C) .....	17
3.4 Gewerbliche Verkehrssitte .....	19
3.5 Zusammenfassung .....	19
<b>4 Abrechnung von Mehr- und Mindermengen</b> .....	21
4.1 Einheitspreisvertrag – § 2 Nr. 3 VOB / B .....	21
4.2 Pauschalvertrag .....	26
<b>5 Abrechnung von nachträglichen Leistungsänderungen</b> .....	29
5.1 Einheitspreisvertrag .....	29
5.2 Pauschalvertrag .....	31
<b>6 Abrechnung von zusätzlichen Leistungen</b> .....	35
6.1 Einheitspreisvertrag .....	35
6.2 Pauschalvertrag .....	37
<b>7 Handlungsalternativen des Auftragnehmers bei Streit um Nachtragsforderungen</b> .....	39
7.1 Grundsätze .....	40
7.2 Leistungsverweigerungsrecht bei fehlender Nachtragsbeauftragung .....	41
7.3 Leistungsverweigerungsrecht bei Verzug des Auftraggebers mit fälliger Zahlung .....	45
7.4 Besicherung der Forderung nach § 648 a BGB .....	46

**8 Schlussbemerkung** ..... 49

# Vorwort zur 2. Auflage

Die Entwicklung des Baurechts in Deutschland seit der ersten Auflage dieser Fachbroschüre im Jahr 2005 ist rasant fortgeschritten. Auch wenn die vielen Versuche, angelsächsische Systeme (wie GMP-Verträge und absolute Kostensicherheit des Bauherrn bei maximaler Flexibilität) durchzusetzen, im Endeffekt als gescheitert angesehen werden müssen, haben sich die Vorgaben für die Vertragsparteien doch deutlich verschärft. Es ist inzwischen fast selbstverständlich, dass größere Bauunternehmen eine eigene Abteilung haben, die sich auf Nachtragsmanagement spezialisiert, und Projektsteuerer sind darauf geschult, Nachträge von Anfang an abzuwehren und unangenehme Entscheidungen zu verzögern.

Gleichzeitig wächst in vielen Bereichen das Interesse, ein Bauvorhaben ohne eine Phalanx von Anwälten zu meistern und ein gewisses Vertrauen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sicherzustellen.

Die Neuordnung des § 648a BGB und die Entscheidung des Gesetzgebers, das Bauforderungensicherungsgesetz zu modernisieren, haben ein Stück weit das Gleichgewicht auf dem Bau zu Gunsten des Auftragnehmers verschoben. Insbesondere § 648a BGB wird von vielen Unternehmern vor allem als Waffe angesehen, um aus unliebsamen Vertragsverhältnissen herauszukommen.

Hamburg, im März 2010, die Autoren

# 1 Einleitung

Kein Bauvorhaben wird so realisiert, wie es ursprünglich geplant wurde. Die Gründe hierfür sind vielfältig.

Da ist zum einen die Standortgebundenheit, aus der sich viele Unwägbarkeiten ergeben; schließlich weiß in der Planungsphase noch keiner der Beteiligten, was beispielsweise der Rohbauer beim Aushub der Baugrube vorfinden wird. Treten hier „böse Überraschungen“ auf, können der plötzlich entstehende Mehraufwand und die daraus resultierenden Kosten zu ernsthaften Konflikten der Beteiligten führen.

Eine mindestens ebenso große Rolle spielt die bloße Produktionsdauer größerer Bauvorhaben. Unwägbarkeiten, die in der Bauphase plötzlich auftreten, wie z. B. Insolvenzen, sind nur eine Möglichkeit dessen, was an Unvorhergesehenem auf die Beteiligten zukommen kann. Schließlich zeigt sich insbesondere im Bereich von Groß-Bauvorhaben, wie sehr alle Beteiligten – ob sie dies wollen oder nicht – aufeinander angewiesen sind. Der Bundesgerichtshof geht im Rahmen seiner ständigen Rechtsprechung deshalb auch von einer starken Kooperationspflicht aus, die alle Beteiligten am Bau gleichermaßen trifft<sup>1</sup>. Diese Kooperationspflicht hat die Rechtsprechung mittlerweile zu einer Art Allheilmittel werden lassen, das immer dann angewandt wird, wenn eine Entscheidung als unangemessen angesehen wird. Richtig ausgespielt, kann diese Kooperationspflicht für beide Seiten zu einem zweiseitigen Schwert werden.

Spielt einer der Beteiligten nicht mit – sei es, weil das Unternehmen unzuverlässig ist, oder weil er versucht, einen zu niedrig kalkulierten Angebotspreis über die Stellung unseriöser Nachträge zu „retten“ – sind Streitigkeiten und daraus resultierende Bauablaufstörungen nebst Folgeerscheinungen in Form von Behinderungen nachfolgender Unternehmen etc. vorprogrammiert.

Eines ist mit Sicherheit allen Baubeteiligten gemeinsam: Sie werden bestrebt sein, die sich aus den vorgenannten Unwägbarkeiten ergebenden Mehrkosten nicht

---

1 BGH BauR 2000, S. 409.

selbst tragen zu müssen. Wie sich Kosten für Mengenänderungen, geänderte und zusätzliche Leistungen letztendlich verteilen, ist indes oftmals schwierig zu beurteilen.

Im Folgenden soll deshalb zunächst auf die verschiedenen Vertragstypen eingegangen werden, auf deren Grundlage typischerweise Bauvorhaben abgerechnet werden (Kap. 2.). Es zeigt sich, dass schon die Vereinbarung selbst, die die Parteien zur Grundlage der Bauleistungen gemacht haben, wichtiger Anhaltspunkt zur Beurteilung der Frage ist, ob und ggf. in welchem Umfang hinzugetretene und weggefallene Leistungen und Massen vom Auftragnehmer gesondert abzurechnen sind.

Ein weiterer wichtiger Maßstab zur Beurteilung von Nachtragsansprüchen ist die Frage, was der Auftragnehmer nach Maßgabe des ihm ursprünglich erteilten Auftrags überhaupt schuldet („Bau-Soll“). Erst wenn das Bau-Soll ermittelt ist, kann im Vergleich zur tatsächlich erbrachten Leistung der Mehraufwand ermittelt werden, der allein Grundlage für einen möglichen Nachtrag sein kann. Unter Kap. 3. wird deshalb gezeigt, wie anhand der Vertragsunterlagen, Allgemeinen Geschäftsbedingungen (üblicherweise des Auftraggebers) und der VOB / C das Bau-Soll ermittelt wird.

Steht eine Abweichung des Bau-Ist vom Bau-Soll fest, stellt sich die Anschlussfrage, wie der Mehraufwand, also die eigentliche „Nachtragsleistung“, abzurechnen ist. Schon die Frage, ob dies überhaupt, also „dem Grunde nach“ möglich ist, ist – insbesondere im Rahmen von Pauschalpreis-Verträgen – nicht einfach zu beurteilen, da oftmals die Stellung von Nachträgen erst nach Überschreiten gewisser Toleranzgrenzen zulässig ist. Auch die Höhe des Nachtrages wird maßgeblich vom Hauptauftrag und dessen Kostengefüge beeinflusst. Die Berechnung eines Nachtrags wird daher separat für Massenänderungen (Kap. 4.), geänderte Leistungen (Kap. 5) und Zusatzleistungen (Kap. 6.) erläutert, wobei jeweils zwischen Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen zu unterscheiden ist.

Aufgrund der erheblichen Kostenbelastung, die sich aus den Nachträgen im Zuge eines insbesondere größeren Bauvorhabens ergeben können, stellt die Feststellung und Berechnung eines Nachtrages durch den Auftraggeber in der Regel nicht das Ende, sondern den Anfang der Probleme dar. Der Auftraggeber wird

für gewöhnlich bestrebt sein, die Nachtragsforderungen des Auftragnehmers so gering wie möglich zu halten oder sie gar – oftmals mit Hinweis auf eine vereinbarte „Pauschale“ – vollständig abzuwehren. Der Auftragnehmer gerät dann automatisch in ein Dilemma: Einerseits ist er als Werkunternehmer generell vorleistungspflichtig. Andererseits kann er aber nicht gezwungen sein, Leistungen auszuführen, die er (zumindest nach eigener Einschätzung) auf Grundlage des Pauschalpreises nicht schuldet, deren gesonderte Vergütung der Auftraggeber aber bereits abgelehnt hat oder es sich zumindest abzeichnet, dass eine Durchsetzung solcher Nachträge schwierig wird. Unter Kap. 7 wird deshalb auf die Möglichkeiten des Auftragnehmers eingegangen, möglichst frühzeitig auf Durchsetzung seiner Rechte gegenüber dem Auftraggeber zu drängen.

## 2 Vertragstypus als Maßstab der Nachtragsermittlung und -bewertung

Sieht man von dem in der Praxis eher seltenen und nur ergänzend herangezogenen Stundenlohnvertrag ab, werden Bauleistungen entweder auf Basis eines Einheitspreisvertrages oder eines Pauschalpreisvertrages erbracht. Die Übergänge zwischen diesen Vertragsformen sind fließend und werden weiter verwischt dadurch, dass auch Teilpauschalierungen zulässig sind. Es ist also durchaus möglich und zulässig, innerhalb eines Vertrages eine pauschale Abrechnung bestimmter Leistungsbereiche zu vereinbaren, während für andere Teile des Bauwerks ein Aufmass zu erstellen und nach Einheitspreisen abzurechnen ist.

### 2.1 Einheitspreisvertrag

Der Einheitspreisvertrag stellt die „Urform“ des Bauvertrages dar. Er ist regelmäßig schon deshalb Ausgangspunkt der vertraglichen Entwicklung, weil die HOAI in Leistungsphase 6 die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses vorsieht, auf dessen Grundlage dann Ausschreibung und Vergabe stattfinden. Bewegen sich die Parteien nicht später im Rahmen der Vertragsverhandlungen von der „buchstabengetreuen“ Erfüllung dieses Leistungsverzeichnisses weg und pauschalieren die Leistung, verbleibt es beim Einheitspreisvertrag.

#### a) Aufmaß

Die VOB selbst empfiehlt, die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen dem Fortgang der Leistung entsprechend „möglichst gemeinsam vorzunehmen“ (§ 14 Nr. 2 VOB / B). Um spätere Streitigkeiten über die Mengen, die mit der Schlussrechnung abgerechnet werden, zu vermeiden, sollte diese Empfehlung ernst genommen werden. Eine solche „Förmliche Abnahme“ kann jederzeit von beiden Vertragsparteien verlangt werden (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB / B). Liegt ein solches gemeinsames Aufmaß vor, ist der Auftraggeber hieran gebunden<sup>1</sup>. Dies führt zwar nicht zur „Unanfechtbarkeit“ der durch das

---

1 Vgl. hierzu nur BGH BauR 1999, 1185.

gemeinsame Aufmaß festgestellten Massen; sofern eine Partei aber später zu der Auffassung gelangt, dass das Aufmaß – aus welchen Gründen auch immer – falsch ist, trägt sie insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

## b) Technische Teilabnahme

Von besonderer Wichtigkeit ist ein Aufmaß aus Sicht des Auftragnehmers immer dann, wenn die Feststellung der Leistung nachträglich nicht mehr oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist. Dies ist zum einen dann der Fall, wenn Leistungsteile im Zuge der weiteren Ausführung „zugebaut“ und dadurch einer Prüfung entzogen werden (Bsp.: Eine Betondecke, die später mit Estrich belegt wird). Beide Seiten können in einem solchen Fall eine sog. „Technische Teilabnahme“ nach § 4 Nr. 10 VOB beantragen. Zwar folgt aus einer technischen Teilabnahme keine rechtsgeschäftliche Abnahmewirkung<sup>1</sup>; wiederum wird aber zumindest eine Umkehr der Beweislast erreicht. Diese Wirkung wird im Übrigen auch dann erzielt, wenn eine Partei die technische Teilabnahme verlangt und die andere Partei diese verweigert. Die Vertragspartei, die die Initiative ergreift und dadurch nicht zuletzt ihre Kooperationsbereitschaft unter Beweis stellt, hat somit die „besseren Karten“. Wir werden diesen Effekt noch an diversen anderen Stellen beobachten.

## c) Aufmaß bei vorzeitiger Beendigung eines Bauvorhabens

Von besonderer Wichtigkeit ist die Vornahme eines gemeinsamen Aufmaßes, wenn ein Bauvorhaben (z. B. durch Kündigung) vorzeitig beendet wird. Der Auftragnehmer hat dann eine Abrechnung auf Grundlage der erbrachten Leistungen vorzulegen. Hat der Auftraggeber „ordentlich“, also nicht fristlos gekündigt, ist der Auftragnehmer zudem berechtigt, auch für die nicht erbrachten Leistungen die vereinbarte Vergütung zu verlangen, wobei er allerdings ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb in Abzug zu bringen hat. Für eine solche Abrechnung ist ein Aufmaß unabdingbar. Im Falle einer Kündigung ist dem Auftragnehmer also dringend anzuraten, unbedingt vom Auftraggeber die Erstellung eines Aufmaßes zu verlangen. Dies muss im übrigen schnell gehen, da der gekündigte Auftragnehmer grundsätzlich kei-

---

1 BGH NJW 1968, 1524.

nen Anspruch darauf hat, dass der Auftragnehmer die Bauarbeiten so lange nicht weiterführt, bis der Auftragnehmer seine erbrachten Leistungen aufgemessen hat<sup>1</sup>.

**Tipp:** Wer eine Kündigung erhält, sollte sofort die andere Seite zur Vornahme eines gemeinsamen Aufmaßes auffordern. Am besten geschieht dies

- Schriftlich,
- unter Benennung mehrerer (drei) Terminvorschläge,
- unter Fristsetzung zur Stellungnahme.

#### d) Abrechnung

Die Abrechnung eines Einheitspreisvertrages ist grundsätzlich unproblematisch: Die Einhaltung der Formalitäten vorausgesetzt (Ankündigung von Mehrleistungen nach § 2 Nr. 6 VOB / B etc.), wird exakt die Leistung abgerechnet und bezahlt, die vom Auftragnehmer insgesamt erbracht wurde. Von besonderer Bedeutung ist insoweit lediglich, dass im Interesse des Auftraggebers die Prüfbarkeit der Schlussrechnung gewährleistet ist. Die Schlussrechnung hat daher „Spiegelbild“ des Leistungsverzeichnisses zu sein (§ 14 Nr.1 S. 2 VOB / B), d.h. die Schlussrechnung muss entsprechend dem Leistungsverzeichnis aufgebaut sein. Der Schlussrechnung beizufügen sind alle erforderlichen Belege wie Aufmaße, Zeichnungen etc., die der Auftraggeber oder der von ihm beauftragte Architekt benötigt, um die Schlussrechnung zu prüfen.

#### **Beachte:**

Das Erfordernis der „Prüfbarkeit der Schlussrechnung“ ist kein Selbstzweck. Ist der Auftraggeber daher in der Lage, die Schlussrechnung zu prüfen, ist

---

1 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juni 2001, BauR 2001, S. 1270.

der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Vorlage einer prüfbaren Abrechnung nachgekommen.

**Praxistipp:**

Je bauerfahrener der Bauherr ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung. Während die Schlussrechnung für eine Privatperson – insbesondere dann, wenn kein Architekt beauftragt ist – sehr klar und nachvollziehbar sein muss, sind die Anforderungen für die Schlussrechnung an einen Generalunternehmer oder ein Unternehmen mit eigener Bauabteilung wesentlich niedriger.

## 2.2 Pauschalpreisvertrag

Die Abrechnung auf Basis einer Pauschalpreisvereinbarung ist grundsätzlich noch einfacher, da ein Nachweis der im Einzelnen erbrachten Leistungen (insbesondere Massen) gerade nicht geschuldet ist. Da der mit der Erstellung eines solchen Aufmaßes verbundene Aufwand erheblich sein kann, wird ein Pauschalpreis in der Praxis oftmals bevorzugt, um dem Auftragnehmer unter Hinweis auf das entfallende Aufmaß und den damit verbundenen Aufwand ein weiteres preisliches Entgegenkommen abzurufen. Haben sich die Parteien zu einer Pauschalierung der Abrechnung entschlossen, ist weiter zu ermitteln, wie weit diese geht. Zu unterscheiden ist zwischen Detail-Pauschalverträgen und Global-Pauschalverträgen.

### a) Detail-Pauschalvertrag

Grundlage eines Detail-Pauschalvertrages ist üblicherweise ein Leistungsverzeichnis oder eine andere Vertragsunterlage, in der der Leistungsumfang detailliert festgelegt ist. Eine generelle Pauschalierung der vom Auftragnehmer zu erbringenden Gesamtleistung ist beim Detail-Pauschalvertrag daher gerade nicht von den Parteien gewollt. Der Auftragnehmer hat vielmehr nur die konkret vereinbarte Leistung nach Leistungsverzeichnis zu dem konkret vereinbarten Preis auszuführen.

Nachtragsforderungen des Auftragnehmers aufgrund von Leistungsänderun-

gen oder -ergänzungen werden von Auftraggeberseite gern unter Hinweis auf die (angeblich) vorgenommene Pauschalierung abgewehrt. Vom Vorliegen eines Detail-Pauschalvertrages kann jedoch nicht ohne weiteres ausgegangen werden, nur weil im Vertrag Formulierungen wie „pauschal“ oder „Festpreis“ verwendet werden. Insbesondere dann, wenn das Angebot des Auftragnehmers im Rahmen der Vergabeverhandlung lediglich abgerundet oder dem Auftraggeber ein genereller (pauschaler) „Rabatt“ eingeräumt wurde, kann von einer Pauschalierung nicht ausgegangen werden<sup>1</sup>. Von einem Detail-Pauschalvertrag kann vielmehr erst dann gesprochen werden, wenn nach dem Vertrag insgesamt von einem echten Willen der Parteien zur Pauschalierung und insbesondere einem Verzicht auf Vornahme eines Aufmaßes ausgegangen werden kann. Dies ist dann letztlich eine Frage des Einzelfalles.

## b) Global-Pauschalvertrag

Ein Global-Pauschalvertrag ist demgegenüber normalerweise leicht zu erkennen, weil Grundlage der Leistungserbringung in der Regel eine funktionale Leistungsbeschreibung ohne die exakten Vorgaben eines Leistungsverzeichnisses ist. Die Parteien vereinbaren also bewusst ein „grobes Raster“, eben eine lediglich „globale“ Leistung, die oftmals erkennbar und gewollt unvollständig und lückenhaft ist.

Dem Auftragnehmer bleiben hierdurch Spielräume zur Vervollständigung seiner Leistungsbeschreibung. Chance und Risiko liegen hier dicht beieinander – der Auftragnehmer hat das Kalkulationsrisiko, da ihm einzelne Vorgaben (insbesondere Massenvorgaben), wie die Leistung zu erbringen ist, gerade nicht gemacht werden, und er deshalb mit seiner internen Kostenkalkulation zu niedrig liegen kann. Andererseits kann er durch pfiffige Ideen, mit denen die Vorgaben des Auftraggebers kostengünstig erreicht werden, seine Rendite aber auch erhöhen.

Das Risiko der Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung oder deren Unrichtigkeit, das gesamte Planungsrisiko und nicht zuletzt das Massenrisiko wird im Rahmen eines Global-Pauschalvertrages bewusst auf den Auftragneh-

---

1 Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Auflage, Rn. 1181.