

Arbeitskreisleiter: Vors. Richter am OLG **Karl-Heinz Keldungs**, Düsseldorf  
Stellv. Arbeitskreisleiterin: Vors. Richterin am OLG **Gundula Krüger-Doyé**, Braunschweig  
Referenten: Rechtsanwalt **Prof. Dr. Ralf Leinemann**, Berlin  
Rechtsanwalt **Dr. Burkhard Messerschmidt**, Bonn  
Betreuer des Arbeitskreises: Vors. Richter am OLG **Günther Jansen**, Hamm

## Thema

*Empfiehlst du eine gesetzliche Regelung für Nachträge?*

## I. Einführung

von Vors. Richter am OLG **Karl-Heinz Keldungs**

### Zur Person

*Karl-Heinz Keldungs ist Vorsitzender eines Bausenats beim Oberlandesgericht Düsseldorf. Seit 1991 ist er beim OLG Düsseldorf mit Bausachen befasst. Er ist Autor bei Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar. In diesem Kommentar kommentiert er u. a. die §§ 1 und 2 VOB/B. Ferner ist er Mitautor von Korbion/Hochstein/Keldungs, Der VOB-Vertrag. Er ist außerdem seit Jahren Referent bei zahlreichen Seminar-Veranstaltungen.*

Die Frage des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers beherrscht seit einigen Jahren die Diskussion in der Baurechtsszene. Dabei haben verschiedene Aufsätze, die zu dem Ergebnis kamen, dass § 1 Nr. 3 VOB/B einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB nicht standhalte (was allerdings nur relevant wird, wenn die VOB als Ganzes wegen Änderungen einzelner Vorschriften nicht mehr gegeben ist) nicht unerheblich zur Verunsicherung beigetragen. Angesichts der enormen Bedeutung des § 1 Nr. 3 VOB/B für die gesamte Baukultur in Deutschland stellt sich die Frage, wie diese Baukultur weiterhin gewährleistet werden kann, wenn sich die Regelung des § 1 Nr. 3 VOB/B als nicht AGB-fest erweisen sollte. Bedarf es dazu einer gesetzlichen Regelung, um auch für den VOB-Bauvertrag ein gesetzliches Leitbild zu schaffen oder kann darauf vertraut werden, dass es dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss gelingen wird, § 1 Nr. 3 VOB/B so zu fassen, dass diese Vorschrift einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB in jedem Fall standhält. Das Ergebnis der Diskussionen um die Änderung der VOB 2006 zu dieser Frage stimmt nicht optimistisch.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob es erforderlich ist, den Streit um den Bauentwurfsbegriff so zu lösen, dass ausdrücklich geklärt wird, in

welchen Bereichen ein Anordnungsrecht für den Auftraggeber geregelt werden soll. Soll sich das Recht des Auftraggebers, Änderungen des Bauentwurfs vorzunehmen, nur auf den technischen Entwurf beziehen (so die Vertreter des engen Bauentwurfsbegriffs) oder auch auf die Baumstände und die Bauzeit (so die Vertreter des weiten Bauentwurfsbegriffs) einschließlich des Rechts, im Rahmen des Zumutbaren Beschleunigungsmaßnahmen anzuordnen.

In der Praxis wird häufig beobachtet, dass die Bauvertragsparteien sich zwar über den Grund für die Beauftragung eines Nachtrags einigen, der Streit aber über die Höhe des Nachtrags entbrennt oder der Auftragnehmer damit getröstet wird, dass die Berechtigung der geltend gemachten Nachtragshöhe vor der Beauftragung nicht geprüft werden und man deshalb erst später zur Nachtragshöhe Stellung nehmen könne. Muss die Anordnung geänderter Leistungen deshalb mit der Beauftragung der Höhe der Vergütung einhergehen und muss dem Auftragnehmer für den Fall, dass es zur Einigung über die Höhe der Vergütung nicht kommt, ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt werden? Blockiert ein solches Leistungsverweigerungsrecht nicht die Bemühungen um eine Vorschrift, die klare und schnelle Lösungen ermöglichen soll?

Wie soll in solchen Fällen der Preis gebildet werden? In Anlehnung an § 2 Nr. 3 VOB/B, § 2 Nr. 5 VOB/B oder § 2 Nr. 6 VOB/B? Oder bietet sich ein Rückgriff auf die übliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB an?

Zu diesen Fragen haben Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin, und Rechtsanwalt Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn, Thesen entwickelt, die nachfolgend vorgestellt werden und vom Baugerichtstag diskutiert werden sollen.

## II. Thesen

### 1. Thesen von Prof. Dr. Ralf Leinemann

#### Zur Person

*Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Gründer der Bau- und Vergaberechtssozietät Leinemann & Partner Rechtsanwälte. Er ist vor allem in der anwaltlichen Begleitung großer Bauvorhaben und Vergabeverfahren tätig, daneben auch als Schiedsrichter für Bausachen. Professor Leinemann ist Autor und Herausgeber u.a eines Kommentars zur VOB/B, des Handbuchs „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“ sowie Herausgeber der Zeitschrift VergabeNews. In seinen Seminar - und Lehrveranstaltungen befaßt er sich ebenso wie in der Neuauflage seines VOB/B-Kommentars besonders mit Rechtsfragen der Nachträge im Pauschalvertrag. Die Fachhochschule für Wirtschaft in Berlin hat ihm 2007 die Honorarprofessur für Bau- und Vergaberecht verliehen. Prof. Dr. Leinemann gehört dem Fachwaltsausschuss der Rechtsanwaltskammer Berlin an.*

#### Thesen:

1. Es gibt keine zwingenden Vorgaben, Bauwerke so abschließend zu planen, dass Änderungen nach Ausführungsbeginn ausgeschlossen sind. Zwar empfiehlt es sich, dem Bauvertrag eine möglichst vollständige Planung zugrunde zu legen. Ein Ausschluss der Möglichkeit des Auftraggebers zur Veränderung der Bauleistung noch während ihrer Errichtung wäre jedoch auch der Sache nach unangemessen. Nachträge bleiben daher prägender Bestandteil des Bauvertragsrechts. Änderungen und Zusatzleistungen sollten indes nach Art und Umfang begrenzt werden und nicht beliebig einseitig anzuordnen sein.
2. Die VOB/B enthält praktikable Regelungen zu Nachträgen, die freilich verbessert werden können. Ihre Anpassung scheiterte bislang an den Interessengegensätzen der Vertreter im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss. Aufgrund der großen Verbreitung der VOB/B reicht es aus, dort Anpassungen vorzunehmen. Erst wenn dies auch mittelfristig strukturell nicht möglich wäre, kann eine Aktualisierung auch durch eine Ergänzung des BGB erfolgen.
3. Es bedarf einer Klarstellung, dass die Anordnungsbefugnis des Auftraggebers auch eine Verzögerung der Bauausführung oder Verschiebung auf einen späteren Zeitpunkt umfasst. Eine beschleunigte Ausführung durch den Auftragnehmer kann dagegen nicht einseitig gefordert werden. Sie bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung hinsichtlich ihres Leistungsinhalts und der Vergütung. Der Auftragnehmer ist dabei nicht an die Urkalkulation gebunden.
4. Bei großer Verzögerung der Ausführung sollte dem Auftragnehmer ein Kündigungsrecht wie bei einer Unterbrechung nach § 6 Nr. 7 VOB/B zustehen. Die Kündigung kann bei Verzögerungen von mehr als 3 Monaten oder 1/3 der vertraglichen Bauzeit ermöglicht werden. Die Abrechnung erfolgt dann wie im Fall des § 6 Nr. 7 VOB/B.
5. Eine Anordnung zusätzlicher oder geänderter Leistungen muss mit einer Beauftragung auch der Höhe nach einhergehen. Der Auftragnehmer kann nicht zur Ausführung solcher Nachtragsleistungen verpflichtet sein, wenn der Auftraggeber nicht den Vergütungsanspruch der Höhe nach im Wesentlichen bestätigt bzw. beauftragt.
6. Die Vergütung von Nachträgen darf - insbesondere wenn die Leistung bereits erbracht wurde - dem Grunde nach nicht von der Einhaltung von Formalien, wie etwa einer schriftlichen Anmeldung oder der rechtzeitigen Unterbreitung eines Nachtragsangebots oder einer Auftragsbestätigung des Auftraggebers abhängig gemacht werden.
7. Ändert sich eine Leistung nach Vertragsschluss über ein gewisses Maß hinaus, sind die Preisgrundlagen des Vertrags insgesamt berührt, weil der Auftragnehmer damit nicht rechnen musste.

Die Bindung an die Urkalkulation muss daher entfallen, wenn der Wert der vom Auftraggeber geforderten zusätzlichen oder geänderten Leistungen 15 % der Gesamt-Auftragssumme überschreitet. Hinsichtlich aller Bauleistungen, die von den Nachtragswünschen des Auftraggebers betroffen sind, kann der Auftragnehmer anstelle eines Preises nach Kalkulationsfortschreibung dann die Erstattung seiner daraus entstehenden Kosten zuzüglich des Zuschlags für Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten verlangen.

8. Abschlagszahlungen auf Nachträge sollten eine widerlegbare Vermutung dafür begründen, dass die Vertragsparteien sich auf eine Vergütung der abgerechneten Leistung in der gezahlten Höhe geeinigt haben.
9. Grundsätzlich: Bei allen Reformbestrebungen muss eine dem Werkvertragsrecht eigentümliche Verschiebung der „Machtverhältnisse“ zwischen den Vertragsparteien je nach Vertragscharakter beachtet werden: Es ist sorgfältig zwischen dem kommerziellen Baugeschäft einerseits und den mit Verbrauchern zu schließenden Bau(träger-)verträgen andererseits zu differenzieren. Während bei dem letzteren Vertragstyp der Verbraucher (Besteller) die schwächere Vertragspartei ist, kehrt sich diese Situation im kommerziellen Baugeschäft ins Gegenteil: Dort dominiert der Besteller den Vertrag, was sich nachhaltig auf die Vertragsgestaltung auswirkt. Die Schutzbedürfnisse der Vertragsbeteiligten sind daher bei beiden Typen von Verträgen gegenteilig zu bewerten. Würde das BGB-Bauvertragsrecht insbesondere hinsichtlich der Nachträge gesetzlich näher ausgestaltet, wird eine Differenzierung nach diesen ganz unterschiedlichen Schutzbedürfnissen der Vertragsparteien unerlässlich.

## 2. Thesen von Dr. Burkhard Messerschmidt

### Zur Person

*Dr. Messerschmidt ist Rechtsanwalt und Partner der national und international tätigen Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier (Bonn, Berlin, Brüssel, Karlsruhe, Leipzig, London). Seine Tätigkeit als Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht erstreckt sich auf das gesamte außergerichtliche und gerichtliche Bauvertrags- und Architektenrecht einschließlich der Durchführung von Schiedsgerichtsverfahren.*

*Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Beratung von Bauherren, Bauunternehmen und Planern bei Großbaumaßnahmen und im Anlagenbau. Dr. Messerschmidt ist Mitherausgeber des Messerschmidt/Voit, Kommentar zu §§ 631 ff BGB (2008), des Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB Teile A und B (2007) sowie Mitverfasser der Beck'schen VOB-Kommentare zur VOB/A und VOB/C. Ferner ist er Mitherausgeber der Neuen Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau). Dr. Messerschmidt ist im Übrigen Lehrbeauftragter für Bau- und Architektenrecht an den Fachhochschulen Wiesbaden und Bochum.*

### These 1:

*Vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung der Nachtragspraxis am Bau sowie AGB-bezogener Unwägbarkeiten bei Vereinbarung und Auslegung der Vorschriften der VOB/B empfiehlt es sich, ergänzend zu den in § 2 VOB/B enthaltenen Nachtragsregelungen eine gesetzliche Nachtragsbestimmung mit Leitbildcharakter in die §§ 631 ff BGB einzufügen.*

Die vertraglich vereinbarte Vergütung bezieht sich nach §§ 631, 632 BGB auf die nach Vertrag und Leistungsbeschreibung vom Unternehmer geschuldeten Bauleistungen. Zu den am Bau typischen Änderungs- und Zusatzleistungen enthält das gesetzliche Werkvertragsrecht keine speziellen Regelungen. Ergänzend hierzu sieht § 2 VOB/B weitgehende und spezielle Regelungen für Mehr- und Minderleistungen sowie für geänderte und zusätzliche Leistungen vor. Für die Baupraxis und -abwicklung zentrale vergütungsbezogene Problemstellungen werden deshalb nicht gesetzlich, sondern lediglich bei Vereinbarung der VOB/B qua vertraglicher Geschäftsbedingungen geregelt. Da die VOB/B in der Praxis nur selten als Ganzes vereinbart wird und bereits jede Änderung der VOB/B zum Verlust der Privilegierung führen soll, stellt sich in zunehmendem Maße die Frage nach der Wirksamkeit der einzelnen VOB-Bestimmungen vor dem Hintergrund des jeweiligen, gesetzlichen Leitbildes aus dem Werkvertragsrecht. Aufgrund der hiermit verbundenen AGB-rechtlichen Unwägbarkeiten bei Vereinbarung und Auslegung des § 2 VOB/B sowie unter Berücksichtigung fehlender gesetzlicher Leitbildvorschriften zur Modifizierung

des Grundsatzes pacta sunt servanda empfiehlt sich deshalb eine an § 2 VOB/B angelehnte gesetzliche Nachtragsbestimmung in den §§ 631 ff BGB.

## These 2:

*Die gesetzliche Nachtragsbestimmung sollte sich auf die bei der Abwicklung von Bauvorhaben regelmäßig vorkommenden Nachträge zu Änderungen auszuführender Mengen sowie Änderungen der auszuführenden Leistungen bei Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen erstrecken.*

In der Baupraxis vorherrschend sind bei Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen Veränderungen im Umfang der auszuführenden Mengen einerseits und in den auszuführenden Leistungen andererseits. Die Vergütungsfolgen derartiger Veränderungen sind vorrangig in § 2 Nr. 3 - 7 VOB/B geregelt. Die dortige Differenzierung zwischen Einheitspreis- und Pauschalpreisverträgen entspricht bauüblichen Verhältnissen und hat sich vom Grundsatz her bewährt. Dementsprechend sollte eine gesetzliche Bestimmung vergütungsbezogen jedenfalls den Einheitspreis- und den Pauschalpreisvertrag zum Gegenstand haben. Bezogen auf diese unterschiedlichen Vertragstypen empfehlen sich gesetzliche Regelungen für Mengenänderungen - insbesondere beim Einheitspreisvertrag - sowie für sonstige Änderungen der auszuführenden Leistungen.

## These 3:

*Die in § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B vorgezeichneten Rechte des Bestellers zur Änderung der vertraglich geschuldeten Leistungen und zur Anordnung nicht vereinbarter, jedoch erforderlicher ergänzender Leistungen sind aufgrund regelmäßig festzustellender Verknüpfung im Rahmen der danach auszuführenden Leistungen zusammenzufassen und zu einem einheitlichen gesetzlichen Anordnungsrecht des Bestellers auszugestalten.*

Die nachtragsbezogenen Vergütungsansprüche nach § 2 VOB/B stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit den sich aus § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B ergebenden Anordnungsrechten des Auftraggebers. Die Anordnungsrechte erstrecken sich nach § 1 Nr. 3 VOB/B auf Änderungen der auszuführenden Leistungen und nach § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B auf das Verlangen nicht vereinbarter Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich werden. Die vorgenannte Differenzierung zwischen Änderungs- und Zusatzleistungen ist in der Baupraxis zumeist nicht klar und eindeutig vorzunehmen. Änderungen an den geschuldeten Leistungen stellen häufig zusätzliche, bislang nicht geschuldete Leistungen dar; zusätzliche Leistungen führen vielfach in der Bauabwicklung zu Änderungen bei den bis dahin vom Auftragnehmer geschuldeten Bauleistungen. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, bei gesetzlicher Kodifizierung eines entsprechenden Anordnungsrechtes des Bestellers auf eine Unterscheidung zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen zu verzichten.

## These 4:

*Das gesetzlich zu begründende Anordnungsrecht des Bestellers sollte neben rein leistungsbezogenen Änderungen auch in erforderlichem und angemessenem Umfang Anordnungen des Bestellers zu den zu beachtenden Bauumständen und zu zeitlichen Vorgaben der Bauausführung durch den Unternehmer enthalten, dem Besteller jedoch nicht das einseitige Recht zur Anordnung von Beschleunigungsmaßnahmen gegenüber dem Unternehmer gewähren.*

Die Anordnungsrechte der § 1 Nr. 3 bzw. § 1 Nr. 4 VOB/B werden häufig als rein leistungsbezogen qualifiziert. Inwieweit sich hierunter auch Anordnungsrechte fassen lassen, die unmittelbar oder mittelbar durch entsprechende Vorgaben des Auftraggebers auf die Bauumstände und die Bauzeit Einfluss neh-

men, wird kontrovers diskutiert. Allerdings ist in der Baupraxis festzustellen, dass leistungsbezogene Anordnungen vielfach unmittelbare Auswirkung auf die vertraglich vereinbarte oder aber die zu erwartende Bauzeit haben können. Die Ausführung geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen ist nicht anders als die Ausführung ursprünglich beauftragter Leistungen mit bestimmtem Zeitaufwand verbunden. Wenn derartige zeitliche Auswirkungen geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen vom Anordnungsrecht des Bestellers (mit-) umfasst sind, liegt es nahe, dem Besteller auch in Bezug auf sonstige Bauumstände und die Bauzeit selbst ein gesetzlich begründetes Anordnungsrecht einzuräumen. Allerdings muss die Ausübung eines derartigen Ausübungsrechts die Tatbestandsmerkmale der Erforderlichkeit (etwa zwangsläufige Notwendigkeiten aus dem Bauablauf) und Angemessenheit (etwa Ausführungserschwernisse des Unternehmers in der Winterzeit) berücksichtigen. Ihre Grenzen sollte ein derartiges Anordnungsrecht dort finden, wo vom Besteller einseitig Beschleunigungsmaßnahmen gefordert werden, da diese dem Unternehmer in der Praxis häufig nicht möglich sein werden (etwa aufgrund unzulänglicher personeller Kapazitäten).

## These 5:

*Bei fehlender Einigung der Parteien über ein vom Unternehmer vorgelegtes Nachtragsangebot steht diesem - außerhalb des § 648 a BGB - kein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht zu. Für geänderte und/oder zusätzliche Leistungen hat der Besteller in Höhe des vom Unternehmer geforderten Nachtragsbetrages auf dessen Verlangen und auf eigene Kosten Sicherheit gemäß § 648 a BGB zu erbringen. Sofern sich im Zuge der nachtragsbezogenen Schlussabrechnung der Parteien ergibt, dass eine überhöhte Sicherheit beansprucht und gestellt wurde, hat der Unternehmer dem Besteller die bei diesem entstandenen Kosten der Sicherheitsleistung einschließlich etwaiger entstandener Zwischen- und Nachfinanzierungskosten zu erstatten.*

Das einseitige Anordnungsrecht des Bestellers würde in vielen Fällen in der Praxis unterlaufen werden, wenn dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall eingeräumt wird, dass kein abschließendes Einvernehmen zu Grund und Höhe der unternehmerischen Nachtragsforderung erzielt ist. In derartigen Fällen entspricht es dem werkvertraglichen Kooperationsprinzip, die Bauleistungen unbeschadet bestehender Vergütungsdifferenzen fortzuführen und den Unternehmer im Gegenzuge auf die Stellung angemessener Sicherheit nach § 648 a BGB zu verweisen. Wird die nach § 648 a BGB geschuldete Sicherheit nicht erbracht, steht dem Unternehmer das in § 648 a Abs. 1 BGB vorgesehene Leistungsverweigerungsrecht zu.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit sollte an der Vergütung orientiert werden, die sich aus dem Nachtragsangebot des Unternehmers ergibt. Da Nachtragsleistungen regelmäßig ihren Ausgang aus der Sphäre des Bestellers nehmen, sollte insoweit abweichend von § 648 a Abs. 3 BGB vorgesehen werden, dass die Kosten der entsprechenden Sicherheit grundsätzlich vom Besteller zu übernehmen sind. Damit keine überhöhten Nachtragsforderungen und damit auch kein überhöhtes Sicherungsverlangen gestellt wird, empfiehlt es sich ergänzend, eine Regelung vorzusehen, wonach die Kosten der Sicherheit und auch die Kosten einer etwaig vom Besteller aufzunehmenden Zwischen- und Nachfinanzierung dann und insoweit vom Unternehmer zu tragen sind, wie sich im Zuge der Schlussabrechnung zu den Nachtragsforderungen ergibt, dass diese vom Unternehmer überhöht gestellt wurden. Dadurch ist sichergestellt, dass der Unternehmer aufgrund drohender, möglicherweise nicht unbeträchtlicher Kostenerstattungsansprüche von vornherein dazu angehalten ist, sein Nachtragsangebot vertrags- bzw. gesetzesangemessen vorzulegen und zu kalkulieren.

## These 6:

*Die Vergütung für die vom Unternehmer auszuführenden geänderten bzw. zusätzlichen Leistungen richtet sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung, sofern der Unternehmer nicht übliche Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB beansprucht.*

Die geänderten und/oder zusätzlichen Leistungen gehen ihrem Wesen nach über den ursprünglichen Umfang der vertraglich geschuldeten und vom Unternehmer kalkulierten Leistung hinaus. Es stellt sich deshalb die Frage, ob derartige Leistungen - entsprechend § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B - eher nach den Grundlagen der Preisermittlung für die ursprüngliche vertragliche Leistung oder aber eher nach der in § 632 Abs. 2 BGB vorgesehenen üblichen Vergütung abzurechnen sind. Dem Unternehmer wird es vielfach - zumal bei umfangreichen Änderungs- und Zusatzleistungen - nicht zumutbar sein, an der für eine bestimmte Leistung aus dem ursprünglichen Vertrag anknüpfenden Preisermittlung festzuhalten. Dementsprechend empfiehlt es sich, dem Unternehmer in Bezug auf die vom Besteller ausgelösten Änderungs- und Zusatzleistungen ein Wahlrecht dahingehend einzuräumen, entweder an den vertraglichen Preisermittlungsgrundlagen festzuhalten oder aber auf eine Abrechnung nach üblicher Vergütung im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB überzugehen.