

*Auszug aus der Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb,  
Heft 35:*

## **Behinderungen und Nachträge - neue Probleme in der neuen Realität**

*Univ.-Prof. Dr.-Ing. R. Wanninger,  
Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, TU Braunschweig*

*Vorgeschlagene Zitierweise:*

Wanninger, Rainer: Behinderungen und Nachträge - neue Probleme in der neuen Realität. In: Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb (Hrsg.): Sonderfragen des gestörten Bauablaufs : Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 14. Februar 2003. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 35. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2003, S. 67 - 98

Heft 35 der Schriftenreihe (ISBN 3-936214-03-4)

ist zu beziehen im Buchhandel oder direkt beim:

Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb

Technische Universität Braunschweig

Schleinitzstraße 23 A

38106 Braunschweig

Telefon: 0531/391-3175

Telefax: 0531/391-5953

E-Mail: [ibb@tu-bs.de](mailto:ibb@tu-bs.de)



# Behinderungen und Nachträge - neue Probleme in der neuen Realität

Univ.-Prof. Dr.-Ing. R. Wanninger,  
Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, TU Braunschweig

## Inhaltsübersicht

<b><u>1</u></b>	<b><u>Einleitung</u></b> .....	<b>68</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>Vorgestern und gestern - ein Blick zurück</u></b> .....	<b>69</b>
2.1	<u>Ein alter Streitfall und die Maßgaben des BGH für die Praxis</u> .....	69
2.2	<u>Zugrundeliegendes Leitbild einer Baustelle</u> .....	71
2.3	<u>Enttäuschte Hoffnungen: Die Angst vor Schätzungen</u> .....	73
<b><u>3</u></b>	<b><u>Die heutige Realität: Was ist anders?</u></b> .....	<b>75</b>
3.1	<u>Bauen mit Nachunternehmern</u> .....	75
3.2	<u>Das Nachtrags-LV: Von wem erstellt?</u> .....	77
3.3	<u>Der Nachtrag ex post</u> .....	80
3.4	<u>Die bauübliche Behinderung</u> .....	84
<b><u>4</u></b>	<b><u>Spezifische Probleme der neuen Realität</u></b> .....	<b>86</b>
4.1	<u>Nachträge und Behinderungen in der NU-Kaskade</u> .....	86
4.2	<u>Gemeinkosten: Was hat ein Bauleiter zu leisten?</u> .....	89
4.3	<u>Ungeliebte Terminpläne</u> .....	91
<b><u>5</u></b>	<b><u>Alternativen und Perspektiven</u></b> .....	<b>93</b>
5.1	<u>Helfen IT-Lösungen?</u> .....	93
5.2	<u>Early Warning</u> .....	94
5.3	<u>Andere Formen der Vertragsabwicklung</u> .....	96

## 1 Einleitung

Bauen ist seit jeher durch ein hohes Maß an arbeitsteiliger Organisation gekennzeichnet. Mit eingeschlossen in diese Arbeitsteilung ist - vor allem bei der traditionellen Form der Vertragsabwicklung - in entscheidendem Umfang auch der Auftraggeber. Der Begriff des "Bestellers" nach BGB ist beim Baugeschehen fehl am Platze. Ein Besteller bestellt und zahlt; er greift in den Werdegang seiner Bestellung nicht mehr ein. Ihm gegenüber steht der "Unternehmer" im Sinne des BGB; dieser erbringt seine Leistung und übergibt sie dem Besteller.

Beim Bauen sieht sowohl das Idealmodell als auch die Realität anders aus. Es sind intensive Wechselwirkungen und Kooperationen zwischen Besteller (Auftraggeber) und Unternehmer (Auftragnehmer) vorhanden. Ein wesentliches Element dieser Wechselwirkungen sind die Rechte und Mitwirkungspflichten, die der Auftraggeber auch noch nach der Auftragserteilung hat. Für die Vertragsabwicklung erschwerend kommt hinzu, dass sich der Auftraggeber zur Erfüllung dieser Mitwirkungspflichten meist externer Fachleute bedienen muss: der Architekten und Ingenieure aller Fachdisziplinen. Bei den größeren Bauvorhaben ist die Anzahl der Projektbeteiligten recht hoch. Nicht alle der gestalterisch und technisch Beteiligten verfügen über die nötige Organisation und auch Disziplin, ihre Pflichten terminlich zuverlässig, fachlich vollständig und untereinander abgestimmt zu erbringen. Dies gilt häufig auch für die direkte Auftraggeberorganisation. Auch dort sind oft strukturelle Ursachen für Probleme beim Bauen zu finden.

Der Alltag des Baugeschehens zeigt, dass es überaus häufig zu Einflüssen und Wechselwirkungen kommt, die den Ablauf des Bauens und die Erbringung der Werkleistung beeinträchtigen. Einige dieser Einflüsse - u. a. Änderungen und Zusatzleistungen - sind derart häufig und geradezu vorhersehbar, dass für sie schon seit langem bewährte vertragliche Regelungen existieren. Andere Einflüsse sind reine Leistungsstörungen, für die ebenfalls in einschlägigen Vertragswerken wie z. B. der VOB/B Regelungen getroffen worden sind.

Der Umgang mit diesen Einflüssen, sowohl den vertragskonformen als auch den vertragswidrigen, ist im Alltag des Baugeschehens gleichermaßen konfliktträchtig.

## 1 Vorgestern und gestern - ein Blick zurück

Es wird sowohl in der öffentlichen Diskussion als auch in direkten Gesprächen zwischen Baubeteiligten häufig betont, dass die Konfliktneigung beim Baugeschehen in den letzten Jahren deutlich zugenommen habe. Meist wird dies auf die geänderten konjunkturellen Rahmenbedingungen zurückgeführt. Es wird dann häufig geäußert, dass es bestimmte - heute übliche - Erscheinungen früher so nicht gegeben habe. Von Seiten der Auftraggeber und deren Erfüllungsgehilfen hört man z. B. generell die Aussage, dass Auftragnehmer in früheren Zeiten sich weniger "nachtragsintensiv" verhalten hätten. Auftragnehmer beklagen, dass die "Zahlungsmoral" schlecht sei und Nachtragsvereinbarungen bis zum Zeitpunkt der Abnahme oder gar der Schlussrechnung nicht zustande kämen.

Von beiden Seiten wird beklagt, dass der vertragliche Schriftverkehr extrem zugenommen habe und das bauleitende bzw. bauüberwachende Personal von seiner eigentlichen Tätigkeit abhalte. Aus Sicht des baubetriebswirtschaftlichen Gutachters ist an dieser Stelle anzumerken, dass die Qualität des Schriftverkehrs oftmals unzureichend ist, der Problemlage nicht angemessen ist und die Probleme einer Lösung nicht näher bringt.

Es besteht somit weitgehend Einvernehmen darüber, dass bei der heutigen Durchführung von Bauverträgen einiges im Argen liegt; allerdings sind die Beteiligten über die Ursachen meist sehr unterschiedlicher Meinung. Somit ist wenig Anlass zur Hoffnung, dass die Beteiligten aus eigener Kraft oder gar gemeinsam zu neuen Lösungen finden. Der Beitrag von FECHTIG zu diesem Braunschweiger Baubetriebsseminar soll Hoffnung machen und Anregungen geben.

In einer Umfrage im Jahr 1970 hat SCHUBERT für seine auch heute noch vielfach zitierte Dissertation Daten erhoben, wie Bauunternehmer verschiedener Tätigkeitsbereiche ihre Risiken sehen. SCHUBERT identifizierte 28 verschiedene Risikokategorien und ermittelte auf der Grundlage der Befragung über mehrere Gewichtungsfaktoren eine Rangfolge. Auf Platz 1 lag als bedeutendstes Risiko "Verzögerung durch Witterungseinflüsse" und auf Platz 26 (als letztem Platz) "Rechtsstreitigkeiten".

Die Prognose, dass eine heutige Befragung mit gleicher Zielrichtung deutlich andere Ergebnisse und Rangfolgen von Risiken ergeben würde, bedarf sicherlich keiner prophetischen Fähigkeiten.

Allerdings: Auch im Jahr 1970 liefen nicht alle Baumaßnahmen so glatt und frei von Rechtsstreitigkeiten ab wie es sich die Beteiligten vielleicht gewünscht hätten.

### 1.1 Ein alter Streitfall und die Maßgaben des BGH für die Praxis

Dieser Beitrag will sich nicht mit primär rechtlichen Aspekten befassen. Hierfür sind unter den Referenten dieser Tagung Juristen als ausgewiesene Fachleute. Das nachfolgende Beispiel soll lediglich als Illustration dafür dienen, dass die heutige Situation beim Bauen anders ist als 1970 und dass die Gefahr besteht, durch Rückgriff auf alte und viel zitierte

Gerichtsurteile zu Fehleinschätzungen zu kommen. Es soll auch verdeutlicht werden, dass Gerichte Gefahr laufen, durch fortwährendes Zitieren von überholten Aussagen in alten Urteilen sich von der Realität zu entfernen.

Im Mai 1970 beauftragt ein öffentlicher Auftraggeber eine Arbeitsgemeinschaft mit dem Rohbau eines Sanatoriums. Es kommt zu Verzögerungen bei der Planbeistellung durch den AG und in der Folge zu gestörtem Bauablauf. Die ARGE macht Mehrkosten geltend. Die Rohbauarbeiten werden Ende 1971 abgeschlossen.

Im Dezember 1975 reicht die ARGE Klage ein. Im Mai 1976 weist das Landgericht Berlin die Klage ab. Die ARGE beauftragt einen baubetrieblichen Sachverständigen mit der Ausarbeitung eines Gutachtens und geht in Berufung. Der Parteigutachter liefert im März 1977 sein Gutachten ab; die Mehrkosten infolge gestörten Bauablaufs werden darin auf TDM 392 beziffert.

Im Jahr 1979 beauftragt das Kammergericht (KG) Berlin als Berufungsinstanz seinerseits einen Gerichtsgutachter. Dieser liefert im Juli 1983 (!) sein Gutachten ab und beziffert die störungsbedingten Mehrkosten auf TDM 474.

Im September 1984 ergeht das Urteil des Kammergerichts: Die klagende ARGE hat Anspruch auf TDM 469. Die Beklagte (als öffentlicher Auftraggeber) geht in Revision. Im Februar 1986 hebt der Bundesgerichtshof (BGH Az. VII ZR 286/84) das Urteil des KG auf und verweist die Sache zurück an das KG. Im Januar 1988 (!) beauftragt das KG zwei neue Sachverständige mit einem Gemeinschaftsgutachten. Diese legen im Juni 1989 ihr Gutachten vor. Im Mai 1990 entscheidet das KG erneut und erkennt endgültig einen Anspruch der klagenden ARGE in Höhe von TDM 304 für gestörten Bauablauf an.

Was zeigt uns dieser Fall bereits bei oberflächlicher Betrachtung von außen, ohne dabei auf die rechtliche Substanz einzugehen?

- Die ARGE als Auftragnehmer entscheidet sich erst nach vier Jahren zur Klage.
- Die ARGE als Klägerin hat bis dahin kein baubetriebliches Gutachten beauftragt. Sie beauftragt ein Gutachten erst nach Abweisung der Klage in der ersten Instanz.
- Der vom Kammergericht beauftragte Gerichtsgutachter benötigt für sein Gutachten vier Jahre.
- Zwischen BGH-Urteil und erneutem Urteil des Kammergerichts vergehen nochmals mehr als vier Jahre.

Der zeitliche Verlauf mag bereits hinreichende Abschreckungswirkung haben und einen Kläger davon abhalten, den Rechtsweg zu bestreiten: Das abschließende KG-Urteil im Mai 1990 ergeht einen Tag bevor sich die Auftragserteilung für das streitige Objekt zum zwanzigsten Male jährt.

Zu bedauern ist auch, dass der vom Kammergericht bestellte Gerichtsgutachter aus seinem Gutachten offensichtlich einen umfassenden Forschungsauftrag gemacht hat. Anders ist eine Bearbeitungszeit von vier Jahren nicht zu erklären. Unverständlich bleibt, warum das Gericht dies ungerügt so lange hingenommen hat. Das im Gutachten entwickelte "Äquivalenzkosten-

verfahren" wird vom BGH (zu Recht) abgelehnt und als "*Lehrmeinung*" eines Professors für Baubetriebswirtschaft qualifiziert. Dieser selbst ordnet die Methode der "baubetrieblichen Berliner Schule" zu. Auf die vom BGH abgelehnte Methode ist in der Folge des Urteils von verschiedenen Seiten in der baurechtlichen und baubetriebswirtschaftlichen Kommentierung eingegangen worden; eine erneute Kommentierung erübrigt sich.

Bemerkenswert an dem BGH-Urteil ist, dass es recht deutlich die Möglichkeit der gerichtlichen Schätzung offen lässt, ja geradezu dazu ermuntert:

*"Den [...] Anforderungen an ihre Darlegungslast haben die Klägerinnen genügt. Zwar haben sie es offensichtlich versäumt, während der Bauzeit die Behinderungen und die daraus folgende Mehrarbeit im einzelnen zuverlässig festzuhalten. Gleichwohl bietet ihre Schadensberechnung eine hinreichende Grundlage für eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO, läßt eine solche Schätzung zumindest nicht von vorneherein als ausgeschlossen erscheinen."*

Die zitierte "*Schadensberechnung*" bestand substantiell aus dem baubetrieblichen Parteigutachten, das die ARGE als Klägerin im Berufungsverfahren vorgelegt hat. Diesem Gutachten und seiner Methodik war das Kammergericht jedoch nicht gefolgt. Es hatte keine Schätzung auf dessen Basis vorgenommen, sondern ein neues Gutachten beauftragt (das aufgrund seiner abstrakten Methodik mit fiktiven Bauzeiten dann vom BGH als Lehrmeinung eines Professors zurückgewiesen wurde).

## **1.2 Zugrundeliegendes Leitbild einer Baustelle**

Das oben zitierte BGH-Urteil soll hier hinsichtlich der gerichtlich aufgezeigten Methodik für einen Nachweis eines Behinderungsschadens nicht weiter interpretiert werden. Über die Anforderungen an einen Nachweis besteht in Fachkreisen heute insbesondere auf der Basis der Rechtsprechung weitgehend Einigkeit. Dies schließt nicht aus, dass in der Praxis immer wieder sogenannte Nachweise geführt werden, die sich an dem vom BGH abgelehnten Gedanken der Äquivalenzkosten (fiktive Bauzeitverlängerungen) orientieren.

An dieser Stelle soll das BGH-Urteil von 1986 unter einem anderen Blickwinkel betrachtet werden. Es spiegelt eine Sichtweise der Richter auf das Baugeschehen wider, die dem Praktiker - zumindest heute - recht befremdlich vorkommen muss:

*"Auch die Verhältnisse auf Großbaustellen machen es nicht von vorneherein unmöglich, einen Behinderungsschaden konkret darzulegen. Im Rahmen der dort ohnehin üblichen Dokumentation des Bauablaufs in Form von Tagesberichten und dergleichen können die Behinderungen und die sich daraus ergebenden Folgen, wie etwa "Leerarbeit" und "Leerkosten", mit festgehalten werden."*

Es mag offen bleiben, was unter "Leerarbeit" und "Leerkosten" verstanden werden soll; vielleicht sind damit Stillstandskosten gemeint. In der Tat sind diese relativ einfach abzugrenzen

zen und festzuhalten. Stillstände sind jedoch nur eine der möglichen Auswirkungen von Behinderungen und eher ultima ratio als ein Normalfall der Behinderung.

Die typische Behinderung ist gerade nicht geprägt durch kompletten oder partiellen Baustillstand; typisch ist eher die Situation eingeschränkter Arbeitsmöglichkeit mit Erschwernis oder die Notwendigkeit, den Arbeitsort mehrfach zu wechseln - mit entsprechender Leistungseinbuße. Diese Situationen und ihre Auswirkungen sind durch das einfache Festhalten von Mehrarbeitsstunden nicht gerichtsfest zu dokumentieren.

Es scheint, dass der BGH die Nachweisqualität von Tagesberichten "und dergleichen" stark überschätzt. Aus gutachterlicher Sicht ist immer wieder festzustellen, dass Tagesberichte wesentliche Informationen gerade nicht enthalten. Man darf durchaus vermuten, dass den obersten Richtern Tagesberichte äußerst selten oder gar nicht vorgelegt werden. In der Tat äußerte sich ein Richter am BGH (THODE 2001) dahin gehend.

Festzustellen ist auch, dass in der Baustellenpraxis Bautagebücher auf Unternehmerseite häufig oder meist von Polieren geführt und von Bauleitern nur noch unterschreiben werden, und das auch auf Baustellen, die mit einem Bauleiter besetzt sind. Hier wird verkannt, dass Poliere von ihrer Ausbildung her nicht in der Lage sein können, vertragsrelevante Ereignisse vertragskonform zu dokumentieren. Selbst Ingenieuren fällt dies oft schwer, wie man an der Dokumentationslage und dem Schriftverkehr häufig erkennen kann.

Das Urteil des BGH von 1986 spiegelt - außer der naiven Vorstellung von der Qualität von Tagesberichten - noch einen weiteren Aspekt wider, der aus heutiger Sicht nicht unkommentiert bleiben darf:

*"Gerade auf Großbaustellen kommt hinzu, daß dort häufig noch andere Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät bestehen, weshalb nicht jede Behinderung zwangsläufig zu entsprechenden Produktivitätseinbußen führen muß."*

Diese Vorstellung mag 1970 für das Sanatorium in Bad B. noch zutreffend gewesen sein: Es handelte sich um einen Rohbau, und man darf annehmen, dass die Bauleistung im wesentlichen mit eigenem gewerblichem Personal erbracht wurde. Bereits 1986 - zum Zeitpunkt des BGH-Urteils - war zumindest bei Großbaustellen der Einsatz von Nachunternehmern und von Kontingentarbeitern schon weit verbreitet. Die Situation zum heutigen Zeitpunkt bedarf keiner weiteren Erläuterung mehr. Uneingeschränkt richtig an obiger Aussage ist allerdings, dass *"nicht jede Behinderung zwangsläufig zu entsprechenden Produktivitätseinbußen führen muß"*.

Es ist also nicht zu beanstanden, wenn das oberste Gericht für den damaligen Zeitpunkt zu obiger Aussage kommt. Vorsicht ist jedoch geboten, wenn daran gedacht wird, auf "andere Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät" zu verweisen. Derartige routinemäßige Hinweise von Seiten der Störenden an die Gestörten sind üblich, wenn es zu Störungen kommt und der in seinem Arbeitsablauf gestörte Unternehmer von Behinderungsansprüchen abgehalten werden soll.



Bedenklich stimmt es, wenn das BGH-Urteil von 1986 mit seinen oben zitierten Auffassungen heute noch - geradezu routinemäßig - in Gerichtsurteilen zitiert wird, ohne dass die deutlich anderen heutigen Randbedingungen der Bauproduktion erkennbar gewürdigt werden.

Mit anderer Zielrichtung, nämlich hinsichtlich der Anspruchsteller von Behinderungsschäden, ist allerdings auch festzustellen, dass von ihnen überaus leichtfertig argumentiert und der Nachweis von Schäden zu oberflächlich bzw. rein argumentativ angegangen wird.

### **1.3 Enttäuschte Hoffnungen: Die Angst vor Schätzungen**

Das BGH-Urteil von 1986 eröffnete durch besonderen Hinweis (s. o.) die Möglichkeit zur gerichtlichen Schätzung von Schadenersatzansprüchen. Somit wäre nach nicht-juristischer Auffassung ein Weg eröffnet worden, die häufig überaus komplizierte Nachweisführung von Behinderungsschäden zu vereinfachen oder abzukürzen. Es wurde zwar gefordert, dass ein konkreter Schadensnachweis geführt werden muss (der Schaden muss existieren!), aber es entstand auch die Hoffnung, dass der geforderte Detaillierungsgrad eines derartigen Nachweises beschränkt werden könne.

Diese Hoffnung ist spätestens seit dem Jahre 2002 aus Sicht eines baubetrieblichen Sachverständigen nicht mehr realistisch. Der Bundesgerichtshof stellt in einer neuen Entscheidung (BGH Az VII ZR 224/00) fest:

*"Dem Berufungsgericht ist allerdings zuzustimmen, daß es in aller Regel zu einer Behinderung des Bauablaufs kommt, wenn freigegebene Pläne nicht rechtzeitig geliefert werden. Dieser allgemeine Erfahrungssatz entbindet den Auftragnehmer jedoch regelmäßig nicht von seiner Verpflichtung, diese Behinderungen in einem Rechtsstreit, in dem er Schadenersatz verlangt, möglichst konkret darzulegen. Insoweit dürfen zwar keine zu hohen Anforderungen an die Darlegungslast gestellt werden (BGH, Urteil vom 20. Februar 1986 - VII ZR 286/84, BGHZ 97, 163, 166). Das bedeutet jedoch nicht, daß allein die Darlegung einer verzögerten Lieferung freigegebener Pläne genügt. Vielmehr ist in der Regel eine konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen unumgänglich."*

Bemerkenswert ist zunächst die zustimmende Äußerung des BGH, dass es "in der Regel zu einer Behinderung des Bauablaufs kommt", wenn Pläne nicht rechtzeitig geliefert werden. Diese aus baubetrieblicher Sicht zustimmungsfähige Aussage wird allerdings später stark relativiert:

*"Der im Zusammenhang mit der Offenkundigkeit der Behinderung vom Berufungsgericht erfolgte Hinweis darauf, daß Rohbauarbeiten nicht ohne Schalungs- und Bewehrungspläne erstellt werden können, belegt ebenfalls keine konkrete Behinderung."*

Dem baubetrieblich Kundigen verschlägt es hier die Sprache: Es soll also auch dann noch keine Behinderung vorliegen, wenn für Rohbauarbeiten keine Schalungs- und Bewehrungs-

pläne existieren? Bestenfalls akzeptabel wäre, wenn der BGH beim Fehlen von Plänen noch keinen direkten Schaden sieht. Aber: keine Behinderung?

Es wird abzuwarten sein, wie Juristen diese aus vordergründiger Ingenieursicht widersinnige Aussage interpretieren werden - möglicher Weise völlig anders als wir Ingenieure es tun. Da aber Architekten und Ingenieure in ihren Fachzeitschriften regelmäßig mit den neuesten Urteilen bekannt gemacht werden, ist mit schnellen bedarfsspezifischen (Fehl-) Interpretationen und -anwendungen zu rechnen. Es darf abgewartet werden, wann die erste Behinderungsanzeige eines Auftragnehmers wegen fehlender Pläne von Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers wegen *"mangelnder Konkretheit"* unter Bezug auf das BGH-Urteil zurückgewiesen wird.

Der vom BGH geforderte Spagat bei der Nachweisführung von Behinderungen zwischen "keinen zu hohen Anforderungen" und "konkreter bauablaufbezogener Darstellung" muss misslingen. Richter stützen ihre Urteile offensichtlich nicht gerne auf Schätzungen, sehen jedoch mit Zufriedenheit wenn sich die Parteien vergleichen.

Auftragnehmern, die einen Schadensersatzanspruch infolge von Behinderung durchsetzen wollen, muss dringend geraten werden, große Sorgfalt auf eine möglichst detaillierte Nachweisführung zu verwenden. Hierbei sind die kausalen Zusammenhänge zwischen Behinderungstatbestand, gestörtem Bauablauf und dem konkreten Schaden sorgfältig aufzuarbeiten und zu dokumentieren. Dies wird nur in einfachen Fällen ohne den Einsatz eines baubetrieblichen Sachverständigen möglich und erfolgreich sein.

Nach den vorliegenden BGH-Urteilen kann nicht mehr erwartet werden, dass sich Richter auf eine direkte Schätzung einlassen.

## 2 Die heutige Realität: Was ist anders?

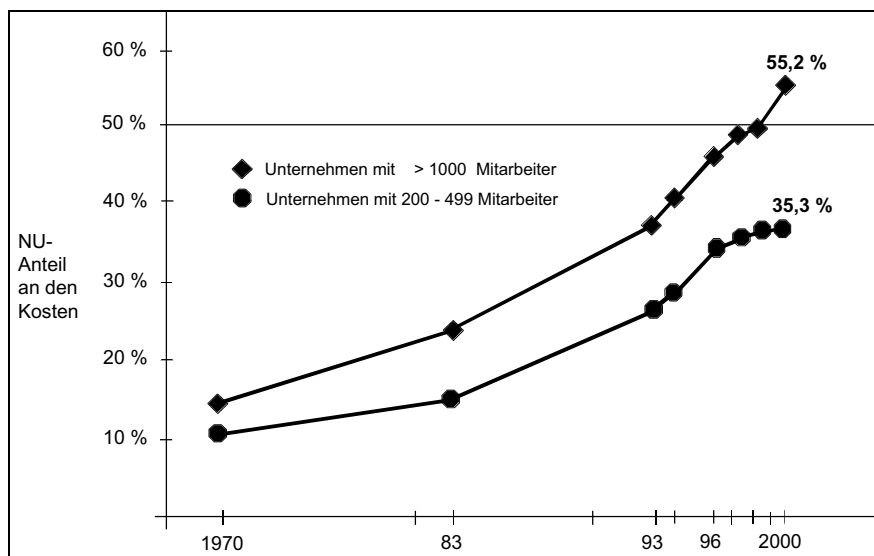
Das in Kapitel 2 kurz vorgestellte historische BGH-Urteil geht von einer historischen Realität aus, die heute so nicht mehr gegeben ist. Der in Kapitel 2.2 zitierte Satz, wonach im Falle von Störungen "*häufig noch andere Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät bestehen*", sollte damals als mahnender Hinweis an den Unternehmer verstanden werden, ggf. seine Produktion so umzuorganisieren, dass eigenes Personal und eigenes Gerät möglichst an anderer Stelle auf der Baustelle eingesetzt bleiben und somit die Störungsfolgen minimiert werden. Einen Hinweis darauf, wie mit den Produktionsminderleistungen im Falle von einmaligen oder ständigen Produktionsumstellungen umgegangen werden soll, gab der BGH nicht.

Das Bauen heute zeichnet sich jedoch - im Gegensatz zu der Situation 1970 - dadurch aus, dass die Bauproduktion deutlich anders organisiert ist. Von diesen neuen Organisationsformen profitieren auch die Auftraggeber, z. B. über derzeit eher sinkende Baupreise. Allerdings - und dies ist durchaus menschlich - betont und beklagt man gerne die damit verbundenen Nachteile, ohne die Vorteile noch zu erwähnen.

### 2.1 Bauen mit Nachunternehmern

Es darf noch einmal an die Situation im Jahr 1970 erinnert werden: Bauleistungen ganz allgemein und Rohbauleistungen im Besonderen wurden von den Bauunternehmen fast ausschließlich in Eigenleistung erbracht. Nur wenige Gewerke (z. B. Bewehrungsarbeiten) wurden auch damals schon regelmäßig an Nachunternehmer vergeben. Der Anteil des schlüsselfertigen Bauens an der bundesdeutschen Bauleistung und damit auch der Anteil des Generalunternehmer-Einsatzes war noch äußerst gering; Zahlenmaterial hierzu konnte vom Verfasser nicht ausfindig gemacht werden.

Ebenso wie der GU-Einsatz war auch der Einsatz von Generalplanern und in der Folge auch die Nachunternehmervergabe von Planungsleistungen nicht üblich. Nachunternehmervergaben im Planungsbereich tragen ebenfalls zur Komplexität und Konflikanfälligkeit in der "neuen Realität" bei, sollen jedoch in diesem Beitrag nicht weiter behandelt werden.



**Abbildung 1: Kostenstruktur der Bauunternehmen [nach: BAUSTATISTISCHES JAHRBUCH]**

Obige Abbildung 1 zeigt die Entwicklung des Nachunternehmereinsatzes in der Bauausführung von 1970 bis heute. Aktuelle Zahlen des Jahres 2002 lagen zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags noch nicht vor. Notwendig ist der Hinweis, dass es sich um den NU-Anteil an den Kosten (nicht an der Bauleistung) der Unternehmen handelt. Unter Berücksichtigung der Gemeinkosten kann durchaus davon ausgegangen werden, dass der NU-Anteil an der Leistung (gegenüber der Eigenleistung) in der Spitze bei 70 - 80 % liegt, also deutlich höher als der in der Spitze ausgewiesene Anteil von 55,2 % an den Kosten. Amtliche Zahlen zur Aufteilung der Bauleistung - im Gegensatz zu den Kosten - liegen nicht vor; Erhebungen der Verbände können nicht herangezogen werden. Die Jahresabschlüsse der Großen der Baubranche liefern zu diesem Thema ebenfalls deutliche Aussagen.

Damit ist ein Phänomen offengelegt und angesprochen, das die Abwicklung von Baumaßnahmen in starkem Umfang verändert hat. Baustellen bilden bestenfalls für das Auge noch eine einheitliche Produktionsstätte. Organisatorisch, also im Hinblick auf Arbeitsteilung und vertragliche Gestaltung, ist insbesondere die "Großbaustelle" (im Sinne des BGH 1986) überaus fragmentiert und hinsichtlich "anderer Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät" kaum noch zugänglich.

"Gerade auf Großbaustellen" ist im Gegensatz zur Auffassung des BGH von 1986 ein Verschieben von Personal und Gerät nur noch in Ausnahmefällen möglich. Bei hohem Leistungsanteil von Nachunternehmern bringt der Blick über die Baustelle nur noch selten den Überblick, wer wo und wann arbeitet. Bei der intensiven Vernetzung der Tätigkeiten (auch im Sinne des "Netzplans" zu verstehen) wirken sich Eingriffe in den Leistungsbereich eines Nachunternehmers sehr schnell auf die Tätigkeit eines weiteren Nachunternehmers aus. Generalunternehmer sind aus guten Gründen zurückhaltend, in die Arbeitsgestaltung ihrer Nachunternehmer zu intensiv einzugreifen. Die Leistungsbereiche von Nachunternehmern sind nicht nur technisch und vertraglich im Hinblick auf die Fachgewerke, sondern auch oft geometrisch-räumlich voneinander zu trennen. Eingriffe im Einzelnen lösen häufig den

Tatbestand der Behinderung aus. Auch der Nachunternehmer hat das Recht, seinen Arbeitseinsatz vorausschauend planen zu können.

Sollte der BGH tatsächlich heute noch seine alte Auffassung von den "*anderen Einsatzmöglichkeiten*" aufrecht erhalten wollen, wäre ihm zu raten, dies auf den Fall von Baustellen in reiner Eigenleistung eines Unternehmers zu beschränken. Das immer wieder festzustellende beliebte Zitieren des Urteils VII ZR 286/84 in dieser Sache zeugt von Realitätsferne.

## 2.2 Das Nachtrags-LV: Von wem erstellt?

Die bauüblich wenig differenzierende Verwendung des Begriffs "Nachtrag" lässt nicht erkennen, ob damit ein "Nachtragsangebot" oder eine "Nachtragsvereinbarung" zum Vertrag gemeint sein könnte. Jeder Nachtragsvereinbarung geht in der Regel ein Nachtragsangebot des ausführenden Unternehmers voraus. Nachtragsvereinbarungen ohne vorheriges Nachtragsangebot eines Unternehmers sind eher selten; sie haben dann meist kostenneutrale Vereinbarungen wie z. B. Terminverlängerungen infolge Schlechtwetter zum Inhalt. Die Regelwerke der öffentlichen Hand wie z. B. das VHB enthalten Mustervordrucke für Nachtragsvereinbarungen, die Auftragssummen und Fristen mittels einzelner Nachtragsvereinbarungen konsequent fortschreiben. Das Thema Nachtragsvereinbarungen soll hier nicht behandelt werden.

Nachtragsangebote sind vom Unternehmer zu erstellen. Wie bereits VYGEN 1995 sehr richtig feststellt, muss die Einholung des Nachtragsangebots aber vom Auftraggeber ausgehen. Der Auftraggeber hat die Leistung, hier also die geänderte oder zusätzlich geforderte Leistung, zu beschreiben und diese Leistungsbeschreibung dem Auftragnehmer zur Verfügung zu stellen.

VYGEN betont, dass die Erstellung des Leistungsbeschriebs für Nachtragsangebote nach der klaren Aufgabenverteilung der VOB zur Planungspflicht des Auftraggebers gehört, auch wenn in der Praxis des Baugeschehens die gegenteilige Handhabung üblich sei.

Dieser Feststellung, dass die gegenteilige Handhabung üblich sei, werden wohl alle Baubeteiligten zustimmen. Gleichwohl bleibt anzumerken, dass es für die heutige davon abweichende Praxis aus Sicht der Beteiligten naheliegende und offenkundige Gründe gibt. VYGEN stellt deutlich heraus, dass die heutige Handhabung "*wesentliche Ursache für die vielen und häufig langwierigen Streitigkeiten der Bauvertragspartner über Grund und Höhe von Nachtragsforderungen*" sei. Er rät dem Auftragnehmer, von dem Auftraggeber bzw. seinem Architekten oder Ingenieur ein Leistungsverzeichnis mit eindeutigem und vollständigem Leistungsbeschreibung zu verlangen. Dies, so VYGEN, habe für den Auftragnehmer den großen Vorteil, dass die Leistungsänderung oder Zusatzleistung als solche und damit der Anspruch auf eine geänderte oder zusätzliche Vergütung dem Grunde nach feststehe bzw. unschwer im Streitfall zu beweisen sei. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Allerdings nähert man sich damit bereits einem der wesentlichen Aspekte, der aus Sicht der Auftraggeber gerade gegen eine derartige Vorgehensweise spricht.

Lfd.	Vorgang	Auftrag- nehmer	Bauherr	Bauleitung	Projekt- mgm.
1	Einholen Nachtragsangeb. Beschreibung Zusatz- leistung			X	
2	Kalkulation u. Zusammen- stellen des Nachtrages	X			
3	Sachliche, rechnerische und preisliche Prüfung			X	
4	Ermittlung der effektiven Mehrkosten unter Be- rücksichtigung von Minderungen			X	
5	Begründung und Erläuterung (Prüfbericht)			X	
6	Nachweis der Kosten- deckung, Vorlage der Unterlagen beim AG				X
7	Entscheidung AG über Nachtrag		X		
8	Auftrags-/Ablehnungs- schreiben verfassen		X		
9	Ggf. Übernahme in Kostenüberwachung		X		

**Abbildung 2: Idealer Regelablauf einer Nachtragsbearbeitung [BOHN/HEINZMANN]**

Aus Sicht von Projektentwicklern wird gelegentlich ebenfalls [BOHN/HEINZMANN] zu der VOB-konformen Vorgehensweise geraten. Abzulehnen ist aber, dass die Beschreibung von Zusatzleistungen (siehe Abbildung 2) Sache der Bauleitung sein soll. Das Erstellen von Leistungsbeschreibungen muss Sache der Planer bleiben; einem Objektüberwacher (im Sinne der HOAI) ist von der Übernahme einer derartigen planerischen Verantwortung abzuraten.

Es möge offen bleiben, inwieweit der von BOHN/HEINZMANN in Abbildung 2 dargestellte Start des Regelablaufs als Vorschlag durch Lebenserfahrung, Pragmatismus oder Naivität geprägt ist. Nach Erfahrung des Verfassers ist die dargestellte Vorgehensweise gerade bei privaten Auftraggebern überaus selten.

Auch öffentliche Auftraggeber sind für einen sehr zögerlichen Umgang mit den diesbezüglichen Regularien bekannt. So regelt z. B. das Handbuch HVA B-STB des Verkehrsministeriums, dass vor der Abforderung einer zusätzlichen Leistung der Auftragnehmer "zur Abgabe eines entsprechenden Nachtragsangebotes aufzufordern" ist. Eine ausdrückliche Regelung im Sinne von VYGEN, wonach der Aufforderung zur Abgabe eines Nachtragsangebots auch eine Leistungsbeschreibung mitzugeben ist, findet sich dort allerdings nicht.

Es ist gängige Praxis öffentlicher Auftraggeber, auch von Staatsbauämtern und sonstigen Landesbauverwaltungen, die Nachtragsangebote von Auftragnehmern mit den von diesen erstellten Leistungsverzeichnissen entgegen zu nehmen, aus den auftragnehmerseitig erstellten Leistungsverzeichnissen eigene - mehr oder weniger unveränderte – Leistungsverzeichnisse zu erstellen und diese dann vom Auftragnehmer nochmals bepreisen zu lassen.

Der eigentliche Regelfall, dass nämlich die vom Auftraggeber beauftragten Planer bei Änderungen und Zusatzleistungen unaufgefordert eine Leistungsbeschreibung und ggf.

Ausführungsdetails und damit dem Auftragnehmer eine klare Grundlage für ein Nachtragsangebot liefern, muss in der heutigen Baupraxis als exotische Ausnahme angesehen werden. Ein Grund mag heute darin liegen, dass die Planer - vielleicht schon ohnehin HOAI-widrig unterbezahlt - für eine derartige planerische Zusatzleistung eben auch nicht bezahlt werden.

Häufiger ist allerdings der Fall, dass Nachtragsangebote vom Auftragnehmer erstellt werden, weil in der Planung bzw. Ausschreibung Lücken vorhanden waren bzw. vom Planer Änderungen veranlasst wurden, um eigene Fehler oder Versäumnisse zu beheben. Derartige Änderungen, die zu Nachtragsangeboten der Auftragnehmer führen, werden von Seiten der Architekten und Ingenieure häufig vorgenommen, ohne dass der Auftraggeber hiervon Kenntnis hätte (Prinzip der "untergeschobenen Änderungen" durch kommentarlose Übergabe eines neuen Planindex).

Kann man in einer derartigen Situation verlangen, dass der Planer seinerseits ein Leistungsverzeichnis mit den geänderten Leistungen erstellt und damit den Auftragnehmer zur Abgabe eines Nachtragsangebotes auffordert? Ja, man kann (aus Auftragnehmersicht) und man sollte es auch tun: Der Planer darf nicht aus seiner Planungsverantwortung entlassen werden, wenn er diese im Auftrag des Bauherrn wahrnimmt. Allerdings muss dem Auftragnehmer auch bewusst sein, dass der Planer dabei in eine überaus schwierige Situation gegenüber dem Auftraggeber kommt. Dieser wird dem Planer vorwerfen, nicht nur eine fehlerhafte oder unvollständige Planung erbracht zu haben, sondern auch den Unternehmer geradezu zur Geltendmachung von zusätzlichen Vergütungsansprüchen aufgefordert zu haben. Einem solchen Vorwurf wird sich kein Planer freiwillig aussetzen wollen. Die Folge: Alles bleibt beim Alten. Planer werden auch weiterhin freiwillig keine Leistungsverzeichnisse für Nachtragsleistungen erstellen.

Auftragnehmer, die einen Anspruch auf Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen anmelden, sollten daher in Erwägung ziehen, gleichzeitig mit dem Anmelden ihres Anspruchs den Auftraggeber zu bitten, bei seinem Planer eine Leistungsbeschreibung dafür anzufordern. Dies mag in Trivialfällen (z. B. reine Mengenerhöhung oder -minderung) überflüssig sein. In allen Fällen jedoch, in denen die geänderte oder zusätzliche Leistung in Konstruktion oder Gestaltung eingreift, ist der Auftragnehmer schlecht beraten, für diese geänderte oder zusätzliche Leistung eine Leistungsbeschreibung selbst zu erstellen. Die Wahrscheinlichkeit wird sehr groß, dass es zu einem mehrfachen Hin und Her mit dem Nachtragsangebot kommt. Der Auftragnehmer wird kaum auf Anhieb die Vorstellungen des Auftraggebers oder dessen Planer treffen. Hierin ist ein Grund für die lange Bearbeitungsdauer von Nachträgen zu sehen.

Allerdings: Der Auftragnehmer wird seinen Auftraggeber und dessen Planer hinreichend kennen, um zu wissen, wann er seinen eigenen Weg gehen soll. Viele Unternehmer werden argumentieren, dass es nie zu einem Nachtragsangebot käme, wenn sie auf die LV-Blankette der Planer warten würden.

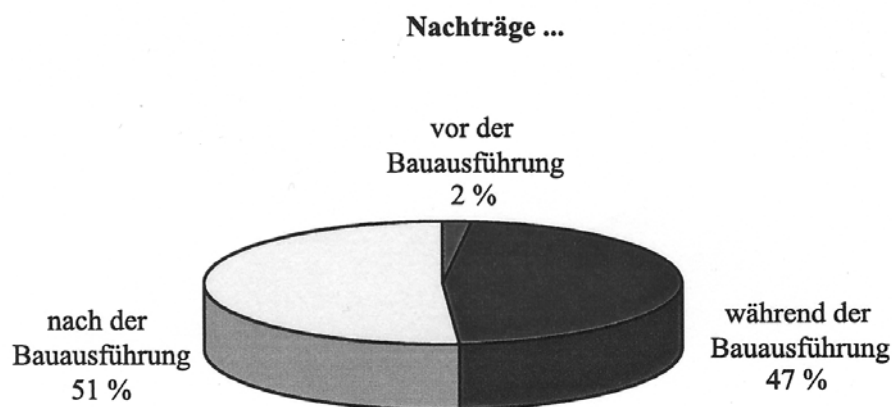
Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass Auftragnehmer mit dem Erstellen von Leistungsbeschreibungen planerische Verantwortung übernehmen und zumindest teilweise in die Haftungssphäre der Planer eintreten. Dies kann aus unternehmerischer Sicht nur selten gewollt sein. Eine vorherige Abwägung der Chancen und Risiken ist angezeigt.

### 2.3 Der Nachtrag ex post

Die Regelungen der VOB/B § 2 Nr. 5 sehen zwar vor, dass die Nachtragsvereinbarungen für Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen vor der Ausführung getroffen werden "*sollen*"; entsprechend regelt § 2 Nr. 6, dass die Vergütung "*möglichst*" vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren ist. In der Praxis erfolgt die Regelung der Vergütung für Nachtragsleistungen abschließend (oder überhaupt erstmals) erst nach der Ausführung, oft erst nach der Abnahme und gelegentlich auch erst im Rahmen einer Schlussvereinbarung.

Die Gründe hierfür sind vielfältig und finden sich teilweise im vorigen Kapitel 3.2. Sie sind zum Teil branchennotorisch, zum Teil konjunkturell bedingt und zu einem nicht unwesentlichen Teil reine Schlamperei. Es ist nicht zu verkennen, dass Auftraggeber als Leistungsempfänger und zur Zahlung Verpflichtete nicht unbedingt ein Interesse daran haben, Nachtragsvereinbarungen frühzeitig zu treffen, um dann bei der nächsten Abschlagsrechnung des Unternehmers den vereinbarten Betrag auch zahlen zu müssen. Unter Liquiditätsaspekten günstiger erscheint es dann aus Auftraggebersicht schon, dem Unternehmer mit Hinweis auf noch nicht erfolgte Nachtragsbeauftragung eine Abschlagszahlung auf die ggf. schon erbrachte Nachtragsleistung zu verweigern.

Eine Schuldzuweisung wäre an dieser Stelle sehr einfach, wenn die Nachtragsangebote tatsächlich erstellt und prüfbar belegt dem Auftraggeber vorliegen würden. Unabhängig von einer möglicherweise inakzeptablen Qualität von Nachtragsangeboten, die eine Prüfung oder Beauftragung ausschließen, müssen die Nachtragsangebote überhaupt einmal vorliegen. Damit haben Auftragnehmer nicht selten Probleme.



**Abbildung 3: Zeitpunkt der Vereinbarung von Nachträgen [BUNDESRECHNUNGSHOF 2002]**

Aus Sicht des Auftragnehmers hat er seine Vergütungsansprüche gesichert, wenn er nach VOB/B § 2 Nr. 6 seinen Anspruch auf Vergütung für zusätzliche Leistungen angekündigt hat. Ankündigen heißt nicht beziffern. Bei geänderten Leistungen ist nicht einmal diese Ankündigung erforderlich; der Auftraggeber wird hier nicht als schutzbedürftig angesehen. Da eine



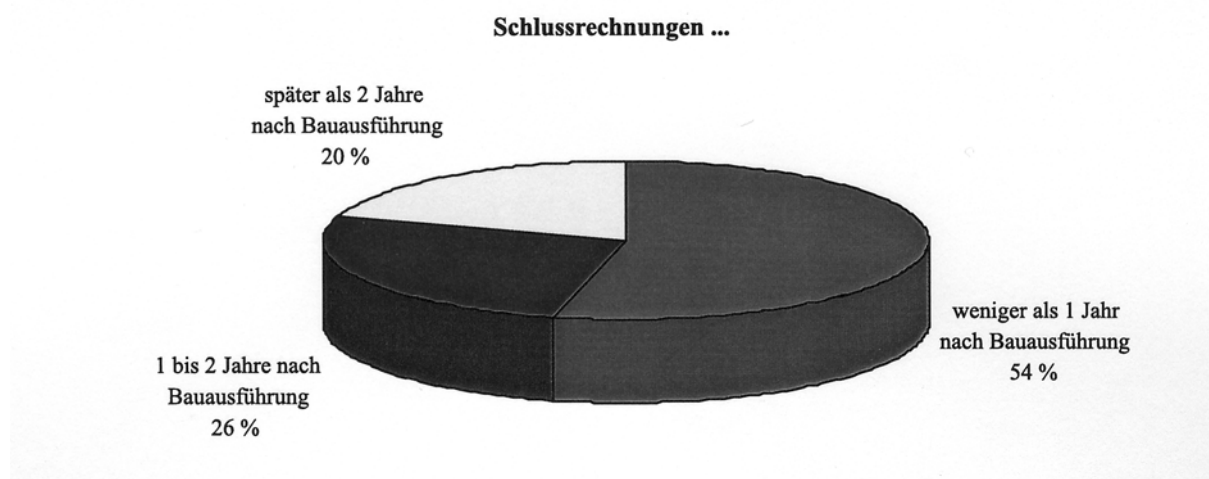
rechtlich haltbare Abgrenzung zwischen geänderten Leistungen und zusätzlichen Leistungen nicht immer leicht möglich ist, verfahren Auftragnehmer in der Regel so, dass sie in beiden Fällen Vergütungsansprüche anmelden.

Ist dies erfolgt, lehnt sich der Bauleiter des Auftragnehmers zunächst einmal zurück: Ansprüche gesichert, die Arbeit kann weitergehen, das Erarbeiten eines Nachtragsangebots kann warten. Überaus selten werden die Verantwortlichen des Auftragnehmers vom Auftraggeber oder dessen Erfüllungsgehilfen daran erinnert, dass doch bitte ein Nachtragsangebot vorgelegt werden möge, damit die "Vereinbarung vor der Ausführung" im Sinne der VOB/B getroffen werden kann.

Bauleiter des Auftragnehmers werden häufig erst dann wieder nachtragsaktiv, wenn die Nachtragsleistung tatsächlich erbracht wurde, die Kosten im Buchwerk vorhanden sind und das Ergebnis der Baustelle zu entgleiten droht, weil die entsprechende Leistung nicht abgerechnet werden kann. Hier wäre es Sache der Unternehmensführung, frühzeitiger einzugreifen.

Alle Effekte zusammengenommen bedeutet dies, dass Nachträge in der Regel erst nach erbrachter Nachtragsleistung kalkuliert und dem Auftraggeber vorgelegt werden. Hiervon wird nur dann abgewichen, wenn der Auftraggeber ein Nachtragsangebot abfordert, weil er zwischen Alternativen entscheiden oder eine sonstige Grundsatzentscheidung treffen will, bei der die Kosten als Entscheidungsgrundlage maßgebend sind.

Für Straßenbaumaßnahmen des Bundes hat der BUNDESRECHNUNGSHOF 2002 auf der Basis von 2988 Bauverträgen mit 7321 Nachtragsvereinbarungen ein deutliches Bild festgestellt (siehe Abbildung 3).



**Abbildung 4: Zeitpunkt der Erstellung von Schlussrechnungen [BUNDESRECHNUNGSHOF 2002]**

Vom Bundesrechnungshof wurde auch beanstandet, dass Auftragserweiterungen und Änderungen von Bauverträgen ohne Nachtragsvereinbarungen abgerechnet wurden.

Im gleichen Zusammenhang überprüfte der BUNDESRECHNUNGSHOF, wann bei diesen 2988 Bauverträgen der Jahre 1995 bis 1999 die Schlussrechnungen vorgelegt wurden (Abbildung 4). Der Rechnungshof schließt aus dem Ergebnis und der Sichtung der einzelnen Abrechnungen, dass wegen der überwiegend geringen noch ausstehenden Schlusszahlungsbeträge oder Rückforderungen aus Überzahlungen die Baufirmen nicht auf diese Zahlungen drängten.

Der Bundesrechnungshof beanstandet bei den Straßenbauverwaltungen insbesondere, die Ämter begäben sich in eine schwierige Verhandlungsposition, wenn sie Nachtragsangebote erst nach der Bauausführung prüften und verhandelten. Der Bundesrechnungshof sieht darin ein nachgiebiges Verhalten der Ämter und schließt Nachteile für den Bund nicht aus. Auftragnehmer werden dies möglicherweise anders sehen.

Von Ingenieurbüros geplante und ausgeschriebene Baumaßnahmen führten nach Feststellung des Rechnungshofs wesentlich häufiger zu hohen Nachtragsbeträgen als Baumaßnahmen, die die Ämter selbst bearbeitet hatten. Dieses Ergebnis muss den Branchenbeobachter sehr nachdenklich stimmen.

Abbildung 3 zeigt den neuen deutschen Regelfall, wonach Nachträge zu 98 % nach der Bauausführung beauftragt werden. Auch wenn die Statistik aus dem Bereich des Straßenbaus stammt, so darf sie wohl dennoch verallgemeinert werden. Andere Zahlen liegen nicht vor. Ein noch erschütternderes Ergebnis ergibt sich nicht aus der Grafik in Abbildung 3, sondern ausschließlich aus dem Text des Berichtes des Bundesrechnungshofs: Mehr als 9 % der dort untersuchten Nachtragsvereinbarungen wurden erst nach Stellen der Schlussrechnung getroffen.

Die Vermutung des Verfassers, dass ein großer Teil dieser Nachträge wiederum auch erst nach der Ausführung beziffert und dem Auftraggeber hereingegeben wurde, kann nicht durch statistische Erhebungen belegt werden. Nachträge, die nicht vorliegen, können allerdings auch nicht bearbeitet werden. Die Ermittlungen des Bundesrechnungshofs geben leider keinen Aufschluss darüber, wann die Nachträge eingereicht wurden.

Sowohl Nachträge, die erst nach der Ausführung eingereicht werden als auch Nachträge, die bereits vorher eingereicht, aber erst nach Ausführung verhandelt und beauftragt werden, haben ein Problem gemeinsam: Es handelt sich um

### **ex-post-Nachträge.**

Mit dem Begriff "ex post" werden hier Sachverhalte beschrieben, die "nach geschehener Tat" oder "im Nachhinein" (lt. Duden) eintreten, im Gegensatz zu "ex ante", also im Vorhinein. Ein ex-post-Nachtragsangebot ist somit die pervertierte Form des Angebots: Das Angebot bzw. die Verhandlung und abschließende Annahme des Angebots erfolgt erst nachdem die im Angebot offerierte Leistung bereits erbracht worden ist. Es handelt sich also um ein Angebot über eine bereits erbrachte Leistung.

Dieses "ex-post-Verhalten" bei Nachtragsangeboten führt in der Praxis zu speziellen Problemen. Zum Zeitpunkt der Erarbeitung eines derartigen ex-post-Nachtragsangebots bzw. bei seiner Verhandlung wissen die Beteiligten meist sehr genau, wie die dem Nachtragsangebot zugrundeliegenden Leistungen erbracht worden sind. Man kennt eventuell aufgetretene Schwierigkeiten und gelegentlich auch die Leistungswerte. Viele typische Unsicherheiten, die bei einer Angebotskalkulation als echter Vorkalkulation "ex ante" bestehen, existieren beim ex-post-Nachtrag nicht mehr. Die typischen Unsicherheiten ex ante bestehen sowohl auf Seiten des Unternehmers als Anbieter als auch auf Seiten des Auftraggebers als Prüfer des Nachtragsangebots. Beide Seiten tragen ein Risiko: der Unternehmer das Risiko, zu niedrig kalkuliert zu haben und der Auftraggeber das Risiko, vielleicht zu einem zu hohen Preis zu beauftragen, wobei letzteres Risiko durch die Bindung der Nachtragskalkulation an die Urkalkulation in vielen Fällen gemindert oder eliminiert wird.

Den Vergütungsregelungen nach VOB/B § 2 Nr. 5 und 6 liegt ein gemeinsamer Grundgedanke zugrunde. Durch notwendig werdende Anordnungen, Änderungen und Zusatzleistungen sollen Auftraggeber und Auftragnehmer weder besser noch schlechter gestellt werden gegenüber der Situation, dass diese Anordnungen, Änderungen oder Zusatzleistungen bereits vom Bieter bei der Angebotskalkulation berücksichtigt worden wären. Der Auftragnehmer soll also bei der Nachtragskalkulation ex-post so tun als ob die Anordnungen, Änderungen oder Zusatzleistungen bereits bei der ursprünglichen Angebotskalkulation zu kalkulieren gewesen wären; er soll somit eine echte ex-ante Kalkulation simulieren. Dies fällt auch routinierten Kalkulatoren schwer: Sie sollen nach den Regeln des Kalkulationshandwerks ex ante kalkulieren, obwohl sie vielleicht detaillierte Informationen haben, wie die zu kalkulierende Leistung auf der Baustelle tatsächlich gelaufen ist? Analoges gilt für die Auftraggeberseite: Der Nachtragsprüfer des Auftraggebers, also z. B. ein beauftragtes Ingenieurbüro, soll gedanklich abstrahieren und sich bei der Wertung des Nachtragsangebotes von der tatsächlich miterlebten Ausführung lösen? Dies würde verlangen, tatsächliche Erfahrungen vor Ort (und zudem vielleicht in der Erinnerung noch halbwegs frische) gedanklich auszublenden. Das soll gewollt sein? Ja, es ist nicht nur gewollt, sondern sogar gefordert!

Beim Nachtrag ex-ante, also vor der Ausführung kalkuliert, trägt der Auftragnehmer das Kalkulationsrisiko und der Auftraggeber das Preisrisiko. Es kann also sein, dass der Auftragnehmer zu hoch oder zu niedrig kalkuliert und somit der Auftraggeber einen zu hohen oder zu niedrigen Preis vorgelegt bekommt. Das Kalkulations- und Preisrisiko ist besonders groß, wenn es sich nicht um "angebundene" Leistungen handelt, wenn also keine ähnlichen Positionen im Vertrag zur Anknüpfung herangezogen werden können.

Diese Logik wird beim Nachtrag ex-post auf den Kopf gestellt. Weder Kalkulator noch Prüfer gelingt es in der Praxis, sich gedanklich in die Situation vor der Ausführung zu versetzen. Meist wollen sie es auch nicht. Das "ex-post"-Verfahren kann nämlich auch für alle Beteiligten sehr bequem sein.

Es ist bequem für den Auftragnehmer: Er wartet ab bis nach der Ausführung der Leistung, um sichere Kalkulationsgrundlagen zu haben. Er läuft somit keine Gefahr, ein Nachtragsangebot vielleicht unterkalkuliert zu haben.

Es ist bequem für den Auftraggeber bzw. seinen Erfüllungsgehilfen: Auch er weiß, wie die Ausführung gelaufen ist. Er sieht eine geringere Gefahr, ein überhöhtes Angebot vorweg akzeptiert zu haben.

Das Nachtragsangebot ex-post nähert sich damit verdächtig dem Prinzip der Selbstkostenerstattung. Dies kann - bei näherer Betrachtung und etwas Nachdenken - aus der Sicht beider Seiten nicht gewollt sein.

## 2.4 Die bauübliche Behinderung

Seitdem insbesondere im schlüsselfertigen Bauen die Unternehmereinsatzform des Generalunternehmers sich weitgehend durchgesetzt hat, ist in Werkverträgen - und hier insbesondere in Nachunternehmerverträgen - häufig der Begriff der "*bauüblichen gegenseitigen Störung*" oder auch der "*bauüblichen Behinderung*" zu finden. So heißt es dann z. B. in einem standardisierten NU-Vertrag:

*"Etwaige bauübliche gegenseitige Störungen müssen beiderseits in Kauf genommen werden. Sie berechtigen nicht zu Ersatzansprüchen. Fühlt sich der NU mehr als bauüblich und geringfügig behindert, so muss er dies dem AG unverzüglich schriftlich anzeigen, damit dieser auf die Abschaffung dieser Behinderung hinwirken kann."*

Regelungen in NU-Verträgen zwischen ausführenden Unternehmen bleiben den Auftraggebern (Bauherrn) in der Regel nicht allzu lange verborgen, mit der Folge, dass inzwischen auch in Werkverträgen bei gewerkeweiser Vergabe ähnliche Regelungen der Bauherren zu finden sind.

In der Tat, die VOB/B enthält keine detaillierten Regelungsmechanismen, wie das Zusammenwirken mehrerer Unternehmer auf der gleichen Baustelle (auf der gleichen Geschossebene, im gleichen Raum) geregelt werden soll. Die "allgemeinen Koordinationspflichten" des AG und der Einsatz eines SiGeKo bringen das Problem nur selten einer Lösung näher. GU wie Auftraggeber bei gewerkeweiser Vergabe suchen Wege, wie sie ihren Bauleiter oder Objektüberwacher vor Ort etwas entlasten können und ihm ersparen, dass sein NU oder AN wegen jeder "Kleinigkeit" Behinderung anmeldet. Auch wenn wir annehmen dürfen, dass derartige Behinderungsanzeigen i. d. R. vergessen werden, wenn es um die notwendige Anzeige des späteren Wegfalls der Behinderung geht: Lästig und unfriedenstiftend sind sie allemal.

Ein solcher Ausschluss der "*bauüblichen gegenseitigen Störungen*" mag daher durchaus eine abschreckende Wirkung haben und die Tatkraft der Beteiligten vor Ort auf den Fortgang des Werks statt auf die Zunahme des Schriftverkehrs richten. Die Juristen werden den Begriff ohnehin als ungeeignet und die Regelung als AGB-widrig einordnen, auch wenn jedem Baupraktiker dazu spontan Dutzende von Beispielen einfallen. Typischerweise werden insbesondere in der Endphase komplexer Schlüsselfertigbauten, wenn alle Beteiligten "sich auf den Füßen stehen", solche Störungen nur noch selten formal beanstandet: Alle Beteiligten

sind zu sehr beschäftigt, der Vertragsstrafe gerade noch zu entgehen, und jeder hat selbst ausreichend "Dreck am Stecken."

Die Arbeitswissenschaft hat für die stationäre Produktion durchaus Ansätze geschaffen, wieviel Freiraum ein produktiv Tätiger um sich herum braucht. Eine Übertragung auf die Verhältnisse der Bauwirtschaft hat - zumindest für Deutschland - noch nicht stattgefunden. Auch amerikanische Untersuchungen zum "stacking of trades", dem Übereinanderstapeln von Gewerken, bleiben noch sehr an der Oberfläche. Somit fällt es auch dem baubetrieblichen Gutachter schwer, belastbare und möglicherweise gerichtsfeste Angaben zu machen.

### 3 Spezifische Probleme der neuen Realität

In Kapitel 2 wurde ein Beispiel aus den siebziger Jahren herangezogen, um die damaligen Verhältnisse bei der Bauabwicklung zu illustrieren. In Kapitel 3 wurden ausgewählte und den heutigen Zustand der Branche charakterisierende Erscheinungen erörtert. In diesem Kapitel soll auf einige damit verbundene, aber tiefer unter der Oberfläche liegende Besonderheiten eingegangen werden, die jede für sich relativ unspektakulär sind, in ihrer Gesamtheit aber gerade bei Behinderungen und Nachträgen auffallen und auch dem baubetrieblichen Gutachter gelegentlich Schwierigkeiten bereiten.

Dabei wird weder der Anspruch erhoben, alle diese Besonderheiten anzusprechen, noch diese in ihrer ganzen Breite und Tiefe ausloten zu wollen. Der Verfasser denkt nur daran, diese Erscheinungen im Hinblick auf das gestellte Thema "Behinderungen und Nachträge" einmal kurz zur Diskussion zu stellen.

#### 3.1 Nachträge und Behinderungen in der NU-Kaskade

Die zunehmende Arbeitsteilung und Spezialisierung im Bereich der Bauausführung einschließlich der Weitervergabe von reinen Werklohnarbeiten insbesondere an mittel- und südosteuropäische Unternehmen - oftmals beklagt, aber auch von Bauherren gerne in ihrer preisreduzierenden Wirkung entgegengenommen - ist eine Realität, vor der kein Baubeteiligter die Augen verschließen kann. Dennoch wird gerne gerade dann, wenn es zu Störungen und Konflikten bei der Bauabwicklung kommt, von jeweils interessierter Seite so argumentiert als ob es diese Realität nicht gäbe.

Bei der typischen Weitervergabe von Leistungen entstehen sehr schnell kaskadenförmige Nachunternehmerverhältnisse, umgangssprachlich Sub-Sub-Ketten genannt (der Begriff "Sub"unternehmer wird vom Verfasser wegen seiner im Deutschen allzu leicht abwertenden Wirkung nicht benutzt), mit der Folge, dass der die Bauleistung tatsächlich Ausführende vom eigentlichen Auftraggeber (Bauherren) durch fünf bis sieben Vertragsstufen getrennt sein kann. Dies bedeutet aber auch, dass dazwischen dann eben auch fünf bis sieben immer selektivere und eingegrenztere Leistungsbeschreibungen, Verhandlungsprotokolle und Terminregelungen existieren. Illustriert an einem einfachen Beispiel kann dies so aussehen:

- Bauherr
- Generalübernehmer
- Generalunternehmer
- NU Rohbau
- NU Verblendarbeiten
- NU Dauerelastische Verfüzung (z. B. Ein-Mann-Unternehmen)

Auch im Stahlbau, Trockenbau, Spezialtiefbau, in der Gebäudetechnik und, wenn auch etwas weniger ausgeprägt, im Straßenbau sind derartige Konstellationen inzwischen nahezu die Regel.

Selbst wenn wir voraussetzen, dass der im obersten Vertragsverhältnis geschuldete Leistungsumfang unverändert ("eins zu eins") an den jeweils nächsten Nachunternehmer durchgestellt wird - was aus technischen oder organisatorischen Gründen längst nicht immer möglich ist - so sind jedoch die Rahmenbedingungen für die Bauproduktion auf jeder Vertragsebene sehr unterschiedlich.

Das Problem der Kaskade soll an drei ausgewählten Aspekten behandelt werden.

Jedes Auftreten von Änderungen, Anordnungen, Zusatzleistungen, Behinderungen oder Bedenken löst in der Kaskade eine Kettenreaktion aus. Bei geänderten Leistungen, Anordnungen und Zusatzleistungen wird die Kettenreaktion in einem oberen Vertragsverhältnis ausgelöst und fordert **Reaktionen unten**. Bei Behinderungen und Bedenken wird die Kettenreaktion zwar von oben implizit verursacht, sie löst jedoch Handlungen unten aus und fordert **Reaktionen oben**. Diese Reaktionen in der Kaskade benötigen Zeit, auch wenn modernste Kommunikationsmittel zur Verfügung stehen.

Was bedeutet also in der heutigen Praxis "umgehend" und "unverzüglich" in derartigen NU-Kaskaden? Dies kann selbstverständlich als Rechtsfrage angesehen werden, ist aber auch ganz entscheidend eine tatsächliche Organisations- bzw. Managementfrage. Es darf unterstellt werden, dass Auftraggeber - in der Kaskade oben beim Bauherrn angefangen - die kaskadenförmige Nachunternehmervergabe bewusst hinnehmen. Wenn sie es nicht wollten, könnten sie es durch vertragliche Regelungen und deren konsequente Durchsetzung verhindern.

Wenn also Auftraggeber die NU-Kaskaden hinnehmen, müssen sie auch damit rechnen, dass die Reaktionen in der Kaskade eine gewisse Zeit benötigen, selbst wenn in jeder Vertragsstufe umgehend gehandelt wird. Die Begriffe "umgehend" und "unverzüglich" müssen also im Kontext der jeweiligen Vertragssituation gesehen werden.

Bei Behinderungen bedeutet dies, dass meist der in der untersten Vertragsstufe stehende Auftragnehmer - also der tatsächlich Ausführende - sich behindert glaubt oder behindert ist. Der ihn treffende Behinderungstatbestand kann von seinem direkten Auftraggeber, aber auch von jedem anderen weiter oben angesiedelten Auftraggeber in der Kaskade zu vertreten sein und auch nur von diesem wieder abgestellt werden.

Hier entsteht jedoch im Baualltag eine besondere Problemsituation: Ein in der Mitte der Kaskade angesiedelter Auftragnehmer, vor Ort auf der Baustelle z. B. vertreten durch seinen Bauleiter, erkennt eine Situation, die nach seinem fachlichen Ermessen zu einer Behinderung seines Nachunternehmers führt oder möglicherweise führen könnte. Wird dieser Bauleiter gegenüber seinem Auftraggeber anzeigen, er glaube sich behindert? Täte er es, so könnte der Auftraggeber seinerseits vielleicht schnell für eine Beseitigung der Behinderung sorgen. Tut er es nicht, eröffnen sich zwei Möglichkeiten für den weiteren Ablauf:

- Möglichkeit 1: Der Nachunternehmer wird demnächst Behinderung anzeigen; durch die zeitliche Verzögerung hat sich das Problem weiter vergrößert.
- Möglichkeit 2: Der Nachunternehmer, bedingt durch mangelnde Aufmerksamkeit oder mangelnde Vertragskenntnis, lebt mit der Behinderung ohne sie nach VOB/B geltend zu machen. Die Behinderung wird - mangels Kenntnis - vom Auftraggeber nicht abgestellt. Das Problem erledigt sich irgendwann von allein, hat jedoch bis dahin zu Störungen des Bauablaufs geführt.

Welche Verhaltensweise ist die heute in der Praxis übliche? Bauleiter von Hauptunternehmern neigen nur selten dazu, ihre Nachunternehmer zu Behinderungsanzeigen aufzufordern, um diese dann ihrerseits an ihren Auftraggeber weiter zu reichen. Umgekehrt jedoch reichen Bauleiter oft unesehen und ohne inhaltliche Prüfung Behinderungsanzeigen ihrer Nachunternehmer - wenn diese solche stellen - an ihre Auftraggeber weiter. Der typische Bauleiter eines Hauptunternehmers reagiert leider allzu oft lediglich als Briefträger: Er trägt Informationen nur noch von der einen Seite seiner Vertragsverhältnisse zur anderen Seite; eine vorherige inhaltliche Prüfung wird nur selten vorgenommen. Oft fehlt hierzu auch die fachliche Kompetenz. Viele Konflikte in der Projektabwicklung könnten vermieden werden, wenn die jeweils sich nur als Briefträger verstehende "weiterleitende" Ebene sich tatsächlich mit den Problemen auseinandersetzen würde.

Gleiches wie beim Umgang mit den Behinderungen gilt auch bei Nachtragsangeboten. Kein Auftraggeber fordert seinen Auftragnehmer gerne zur Abgabe von Nachtragsangeboten auf. Die damit verbundenen Probleme wurden weiter oben in Kapitel 3.2 bereits behandelt.

Nachtragsangebote von Nachunternehmern bereiten den Auftraggebern von Haupt- oder Generalunternehmern regelmäßig Probleme. Der Urkalkulation eines Haupt- oder Generalunternehmers sind die Leistungen von dessen Nachunternehmern als Einheitspreise oder Pauschalen zu entnehmen, denn in der Angebotsphase lagen dem Haupt- oder Generalunternehmer die Angebote seiner Nachunternehmer ebenfalls nur mit diesem Detaillierungsgrad vor.

Die Kalkulation von Nachunternehmerleistungen ist für den Auftraggeber des Haupt- oder Generalunternehmers nicht zugänglich (VYGEN a.a.O.). Dies ist herrschende Meinung und eigentlich selbstverständlich. Warum sollte auch ein Nachunternehmer anders zu behandeln sein als ein Lieferant? Würde ein Baustoffhersteller seine betriebliche Kalkulation offen legen? Dieser eigentlich selbstverständliche Sachverhalt ist Auftraggebern allerdings nur äußerst schwer zu vermitteln. Generell besteht auf deren Seite das Misstrauen, dass Haupt- oder Generalunternehmer leichtfertig oder gar in voller Absicht überhöhte Nachtragsangebote von Nachunternehmern mit ihrem Zuschlag versehen und an den Auftraggeber durchzureichen versuchen. Je höher der Nachtrag des Nachunternehmers, desto höher der sich daraus ergebende zusätzliche Deckungsbeitrag für den GU. Gelegentlich wird auch offen oder verdeckt unterstellt, mit überhöhten durchgereichten Nachträgen der Nachunternehmer würden an anderer Stelle aufgetretene Vergabelücken auszugleichen versucht. Auf den Vorwurf verdeckter Rückvergütungen soll hier gar nicht erst eingegangen werden.



Solange Haupt- und Generalunternehmer durch GU-Zuschläge auf NU-Nachtragsangebote an der Steigerung der Abrechnungssumme durch Nachträge interessiert sein müssen, wird es für dieses Problem keine Lösung geben. Hier können nur andere (partnerschaftlichere) Formen der Vertragsabwicklung zu einer Änderung führen. Hierauf wird in Kapitel 5.3 kurz hingewiesen.

Es muss hier auch offen bleiben, ob Haupt- oder Generalunternehmer schwächeren Nachunternehmern helfen sollten, diesen zur Erstellung eines durchsetzungsfähigen Nachtragsangebotes unter die Arme zu greifen. Häufig sind kleine, eher handwerklich strukturierte Nachunternehmer nicht in der Lage, ein qualitativ einwandfreies Nachtragsangebot oder eine Schadenersatzforderung aufzubauen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Baustellen mit gestörtem Bauablauf handelt. Die Hilfe kann vom Haupt- oder Generalunternehmer direkt oder von Externen erfolgen.

Vielleicht dankt es der Nachunternehmer ja dadurch, dass er die Baumaßnahme wenigstens bis zur Fertigstellung seiner Leistung überlebt.

### **3.2 Gemeinkosten: Was hat ein Bauleiter zu leisten?**

Die Vorstellungen des Bieters, mit welcher Führungsmannschaft im Auftragsfall eine Baustelle besetzt werden soll, finden ihren Niederschlag in der Kalkulation der Baustellen-gemeinkosten. Im Auftragsfall ist also aus der Urkalkulation zu entnehmen, wie u. a. die Bauleitung nach den zum Zeitpunkt der Kalkulation bestehenden Vorstellungen des Bieters besetzt werden sollte. Eine Einsichtnahme in die Urkalkulation fördert nicht die Erkenntnis, ob eine Baustelle ausreichend besetzt ist: Die dort ausgewiesene Baustellenbesetzung kann völlig unzureichend sein. Der vom Auftragnehmer geführte Nachweis, dass mehr Führungspersonal auf der Baustelle anwesend ist als kalkuliert, ist irrelevant. Dies gilt sowohl für die Bauleitung als auch z. B. für Poliere.

Da es weder feste Regeln noch ausreichend belastbare oder verallgemeinerungsfähige Erfahrungswerte gibt, welche Bauleistung ein Bauleiter pro Zeiteinheit (z. B. pro Monat) zu managen hat, ergeben sich bei änderungsintensiven Baustellen oder bei gestörten Bauabläufen immer wieder Diskussionen darüber, ob eine Verstärkung der Bauleitung notwendig und ggf. vom Auftraggeber zu tragen ist.

Dabei ist zunächst einmal festzuhalten, dass bei Änderungen und Zusatzleistungen sich die Vergütung nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung bestimmt. Kommt es also zu einer Erhöhung der Abrechnungssumme, sind für den Auftragnehmer nicht nur die zusätzlichen Allgemeinen Geschäftskosten, sondern auch die zusätzlichen Baustellen-gemeinkosten - soweit sie als Umlage kalkuliert worden sind - anteilig gedeckt.

Der dadurch erwirtschaftete zusätzliche Deckungsanteil für Baustellengemeinkosten ist aus Sicht der Auftragnehmer allerdings oft nicht ausreichend, um den tatsächlichen zusätzlichen Managementaufwand abzudecken. Auftraggeber sehen den Sachverhalt oft gerade umgekehrt und vertreten die Auffassung, dass dem Auftragnehmer durch die kalkulatorischen Gemein-

kosten auf die Zusatzleistungen eine tatsächliche Überdeckung der Gemeinkosten verschafft werde.

Aus einer Erhöhung der Abrechnungssumme eines Bauauftrags lässt sich nicht direkt ableiten, der Bauleitungsaufwand sei ebenfalls proportional gestiegen. Reine Mengenerhöhungen können durchaus völlig bauleitungskostenneutral ausgeführt werden, allerdings nicht unbedingt in jedem Einzelfall. Das gleiche gilt für geänderte Leistungen, die lediglich zu höherem Materialaufwand führen und damit zu einer höheren Abrechnungssumme, nicht aber in jedem Falle zu höherem Bauleitungsaufwand führen. Da jedoch die Urkalkulation als Grundlage der Nachtragskalkulation herangezogen werden muss, ist jeder Hinweis auf "tatsächliche" Kosten irrelevant.

Baustellen mit hoher Änderungsintensität belasten alle Beteiligten. Dies gilt erst recht, wenn es sich um Baustellen mit gestörten Bauabläufen, womöglich zusätzlich zu umfangreichen Änderungen, handelt. Auf Unternehmerseite ist der Bauleiter - zusätzlich zu seinem Tagesgeschäft - damit beschäftigt, die Ausführung der Änderungen oder die Anpassung an den gestörten Bauablauf zu organisieren. Der damit verbundene Aufwand wird vom Auslöser der Änderungen oder Störungen regelmäßig unterschätzt bzw. gezielt heruntergespielt. Macht der Auftragnehmer erhöhten Koordinationsaufwand geltend, wird dieser vom Auftraggeber meist bestritten.

An welchen Merkmalen lässt sich die Notwendigkeit für eine Verstärkung der Bauleitung festmachen? Die Erhöhung der Abrechnungssumme reicht als Begründung nicht aus. Auch eine reine Verlängerung der Bauzeit ist ein anderer Sachverhalt und damit anders zu vergüten.

Aus der Tatsache, dass die Bauleitung tatsächlich personell verstärkt worden ist, lässt sich ebenfalls nicht schließen, diese Verstärkung sei ursächlich auf Änderungen oder gestörte Bauabläufe zurückzuführen. In der Praxis des baubetrieblichen Gutachters zeigt sich, dass nicht selten die Besetzung einer Baustelle nach Urkalkulation zu knapp dimensioniert war. Vor allem bei typischer Generalunternehmertätigkeit kommen Unternehmer häufig zu der fehlerhaften Schlussfolgerung, die umfassende Vergabe von Leistungen an Nachunternehmer reduziere den Bedarf und den Anspruch an die eigene Bauleitung. Die Baurealität zeigt, dass sich Nachunternehmer oft auf die koordinierende und planende Tätigkeit des GU-Bauleiters verlassen. Der Wettbewerbsdruck veranlasst Unternehmen, Baustellen mit Minimalbesetzung zu versehen - auch auf Seiten der Nachunternehmer. Bereits der reguläre Bauablauf ist dann nur noch mit Mühe und Not beherrschbar; jedweder Sondereinfluss führt zu Überlastung. Die Folge ist dann - wiederum nur aus Sicht des Gutachters betrachtet - ein qualitativ unzureichender Schriftverkehr und mangelhafte Dokumentation.

Der durchaus glaubwürdige Nachweis, dass eine Verstärkung der Bauleitung benötigt wurde und auch tatsächlich vorhanden war, belegt dann aber gerade nicht eine Kausalität zwischen Änderungen/Störungen und der Notwendigkeit einer Verstärkung, sondern oft nur eine Unterkalkulation bezüglich der Besetzung der Führungsmannschaft. Hier ist mehr Aufwand bei der Nachweisführung erforderlich.

### 3.3 Ungeliebte Terminpläne

Unternehmer sind in der Angebotsphase als Bieter überaus zurückhaltend, ihren Angeboten aussagekräftige Terminpläne beizufügen. Häufig wird die Abgabe von Terminplänen vom Ausschreibenden auch gar nicht gefordert. Ausschreibende begnügen sich dann damit, einen Beginn- und einen Endtermin vorzugeben; die Detaillierung des Bauablaufs wird dann in die Zeit nach Vertragsschluss verschoben.

In Bauverträgen finden sich häufig Regelungen der Art, wonach erst später nach Vertragsschluss zu vereinbarenden Bauzeitenpläne Vertragsbestandteil werden. Dabei bleibt offen, ob mit der Erklärung zum Vertragsbestandteil alle Einzeltermine, lediglich die ausgewiesenen Meilensteine oder gar nur die erkennbaren Abhängigkeiten der Vorgänge vertraglich relevant sind. Ohne hier in eine Erörterung der rechtlichen Fragen einzutreten, kann dennoch angenommen werden, dass nach herrschender Meinung Termine eines Bauzeitenplans nur dann als Vertragstermine (z. B. vertragliche vertragsstrafenbewehrte Zwischentermine) anzusehen sind, wenn sie vertraglich als solche explizit vereinbart sind. Ein Ausweisen eines Datums in einem Bauzeitenplan, der zum Vertragsbestandteil erklärt wurde, kann hierfür nicht ausreichen.

Wenn somit aus Sicht der Auftragnehmer keine Gefahr besteht, an der Vielzahl von Daten eines Terminplans vertraglich festgehalten zu werden, bleibt die Frage, warum die von Auftragnehmern erstellten und dem Auftraggeber übergebenen Bauzeitenpläne in fast allen Fällen überaus wenig aussagekräftig sind. In derartigen Bauzeitenplänen finden sich Vorgänge, die - als Balken dargestellt - sich über mehrere Monate erstrecken; es werden Aktivitäten sehr unterschiedlicher Art zu einem Vorgang zusammengefasst; Abhängigkeiten werden nicht dargestellt; Puffer und Flexibilitäten sind nicht erkennbar.

Aus Sicht des baubetrieblichen Gutachters sind derartige "Bauzeitenpläne" im Streitfall meistens völlig unbrauchbar, um den vom Auftragnehmer geplanten Arbeitsablauf tatsächlich beweisen zu können. Hierzu wären "echte" Bauzeitenpläne erforderlich; die dem Auftraggeber übergebenen Bauzeitenpläne können aber bestenfalls als "pro-forma-Pläne" bezeichnet werden.

Die Gründe für die Zurückhaltung der Auftragnehmer sind natürlich allen Baubeteiligten bekannt: Realistische und für die Produktion geeignete Bauzeitenpläne müssen Pufferzeiten und Flexibilitäten enthalten. Jeder Abgleich eines Terminplans wegen begrenzter Ressourcen führt zu Verschiebungen von Vorgängen, die um begrenzte Ressourcen konkurrieren. Dies führt in der Darstellung als Balkendiagramm zwischen Vorgängen zu Lücken, die bei oberflächlicher Betrachtung unzulässig als Puffer interpretiert werden könnten.

Unternehmer fürchten, dass die in Terminplänen von ihnen ausgewiesenen Flexibilitäten noch in der Verhandlungsphase, spätestens aber im Ausführungsfall beim Auftreten von Störungen, vom Auftraggeber usurpiert werden. Diese Befürchtung, die durchaus von der Realität bestätigt wird, hat zu notorischen Verhaltensweisen in der Branche geführt. Auftragnehmer sind bemüht, in den von ihnen erstellten und an den Auftraggeber zu übergebenden Termin-

plänen keine Ansatzpunkte zu liefern, die den Auftraggeber in Versuchung führen könnten, Teile einer dort ggf. nur vermeintlich erkennbaren Flexibilität für sich zu beanspruchen.

Zu diesem Zweck werden vom Auftragnehmer die Vorgänge in Terminplänen in ihrer Dauer so manipuliert, dass jedwede Puffer eliminiert werden. In der Folge kann dies zu einem Terminplan mit fast durchgängig "kritischen" Vorgängen führen. Ein solcher Terminplan wäre jedoch - bei strenger Betrachtung - produktionstechnisch unrealistisch und dürfte eigentlich von einem verantwortungsbewussten Auftraggeber nicht akzeptiert werden.

Kommt es während der Bauausführung zu gestörten Bauabläufen oder auch nur zu Verlängerungen einzelner Aktivitäten infolge Änderungen, führen diese nur scheinbar überall kritischen Terminpläne zwangsläufig bei rein formaler Betrachtung sofort zu einer Verlängerung des Endtermins.

In der baubetrieblichen gutachterlichen Praxis können derartige pro-forma-Terminpläne nicht herangezogen werden, um die tatsächlichen Auswirkungen von Bauablaufstörungen zu bewerten. Es ist in der Regel erforderlich, einen baubetrieblich sinnvollen und vertragskonformen SOLL-Terminplan, der den vom Auftragnehmer beabsichtigten Bauablauf darstellt, erst einmal zu rekonstruieren. Dies kann mit hohem Aufwand verbunden sein. Damit einher geht auch das ex-post-Problem, ähnlich wie den Nachträgen (Kapitel 3.3): Die Rekonstruktion des SOLL-Terminplans erfolgt im Allgemeinen erst während oder gar nach der Bauausführung, soll aber eigentlich den ex-ante-Kennntnisstand benutzen. Diesmal ist von dem ex-post-Problem meist nicht der Kalkulator des AN oder Nachtragsprüfer des AG betroffen, sondern fast immer der baubetriebliche Gutachter.

Statt nachträglich aussagekräftige SOLL-Terminpläne zu konstruieren, wäre es sinnvoller, wenn die Vertragsparteien sich zu sinnvollen ex-ante-SOLL-Terminplänen verpflichten würden. Dies setzt allerdings voraus, dass vertragliche Regularien gefunden werden, wie im Störfall mit ausgewiesenen Puffern im Terminplan umzugehen ist. Solange Auftraggeber einseitig auf Puffer zugreifen können (der AN wird ja zunächst dadurch nicht beeinträchtigt) ohne dass dem Auftragnehmer dafür eine Kompensation zusteht, wird es nicht zu einer Verbesserung der eingangs erwähnten notorischen Verhaltensweisen bei der Produktion von pro-forma-Bauzeitenplänen kommen. HORNUFF macht in einer am Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb der TU Braunschweig gerade abgeschlossenen wissenschaftlichen Arbeit Vorschläge für eine Lösung dieses Problems.

## 4 Alternativen und Perspektiven

Der Blick zurück auf Vorgestern und Gestern (Kapitel 2), die Betrachtung der heutigen Realität (Kapitel 3) und eine Erörterung spezifischer Probleme der neuen Realität (Kapitel 4) müssen ernüchternd wirken. Die zunehmende Spezialisierung auf Seiten der Ausführenden und der Planenden müsste vermuten lassen, dass damit auch eine höhere Professionalisierung einher geht. Davon ist im Alltag des Bauens nicht immer etwas zu spüren. Die extreme Arbeitsteilung hat zu ständig neuen Problemen geführt; die Spezialisierung in den Bereichen einzelner Beteiligter kreierte neues Konfliktpotential. Professionalisierung sollte jedoch bedeuten, dass mit Problemen und Konflikten eben auch professionell, d. h. kompetent, routiniert und ohne Emotionen umgegangen wird. Dem steht hier im Lande offensichtlich eine germanische Streitlust, gepaart mit dem Willen zum Rechthaben, entgegen.

Ein kurzer Blick auf technische Lösungen einerseits und Wege von europäischen Nachbarn andererseits mag hier einen kleinen Schritt weiterhelfen.

### 4.1 Helfen IT-Lösungen?

IT-basierte Projektmanagementsysteme sind nicht unbedingt Folgen des Internet-Zeitalters. Bereits vor dem WWW existierten Lösungen - vorwiegend US-amerikanischen Ursprungs - für die Dokumentation, die Nachverfolgung des Informationsflusses und z. T. auch schon für die Kommunikation, dort allerdings oft noch auf die Papierform ausgelegt.

Die Verbreitung und Akzeptanz des WWW hat einen großen Sprung vorwärts erlaubt. Der Transport von komplexen Informationen (Zeichnungen) und von rein textlichen Informationen (Nachrichten, Notizen, Protokolle, Berechnungen) kann durch das gleiche Medium erfolgen. Das ist in seiner Wirkung eine starke Vereinfachung und Beschleunigung des Informationsflusses.

Man mag den Begriff des "virtuellen Projektraums" noch für etwas abgehoben halten; seine Umsetzung in ein brauchbares Werkzeug hat große Fortschritte gemacht und wird dies auch in den nächsten Jahren beschleunigt weiter tun.

Eine Vielzahl von praktischen Fragen ist aus der Sicht der Praktiker noch ungeklärt (aus der Sicht der IT-Experten ist alles gelöst). Mit den Rechtsfragen dürfen sich die dazu Berufenen beschäftigen: Wem "gehören" die Daten? Wie ist sicherzustellen, dass im Streit- oder Insolvenzfall ein Zugriff nicht gesperrt wird? Was ist mit der Umkehrung der Bring- in eine Holschuld? Gilt die Zustellung in ein E-Mail-Postfach als Übergabe von Plänen?

Dem Verfasser ist noch kein Fall bekannt, bei dem Haupt- oder Generalunternehmer einem vom Auftraggeber oder von Dritten betriebenen IT-System die Dokumentation des vertraglich relevanten Schriftverkehrs mit ihren Nachunternehmern überlassen hätten. Hier gilt: Als Vehikel zur Kommunikation technischer Unterlagen: Ja, man akzeptiert das Werkzeug gerne. Wenn es jedoch um die Interna geht, besteht höchstes Misstrauen.

Die IT-Systeme erlauben schnelle Kommunikation und sorgen für zuverlässige nachweisbare Verteilung und Dokumentation. Sie organisieren das, was früher von den Beteiligten als Bewältigung der Papierberge zu erledigen war.

IT-Systeme lösen nicht die Konflikte zwischen den Baubeteiligten. Das haben in der Vergangenheit Briefe und Faxe ebenfalls nicht vermocht. Und um direkt auf das Thema dieses Beitrags zurück zu kommen: IT-Systeme tragen wenig dazu bei, schleppende Nachträge zu beschleunigen oder Kausalitäten zwischen Behinderungen und Kosten herzustellen. Der baubetriebliche Gutachter sieht deshalb der Zukunft gelassen entgegen.

## 4.2 Early Warning

Allen Baubeteiligten sind die Regelungen der VOB/B § 6 Abs.1 geläufig:

*"Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen.[...]"*

Bemerkenswert an dieser Regelung ist, dass für den als Behinderung anzuzeigenden Tatbestand das subjektive Empfinden (Glauben) ausreicht.

Auch wenn es auf den ersten Blick nicht so aussieht: Mit dieser Regelung soll der Auftraggeber geschützt werden. Er soll durch die frühzeitige Anzeige einer - möglicherweise nur subjektiv empfundenen und noch kleinen - Behinderung in die Lage versetzt werden, diese Behinderung so früh wie möglich abzustellen und dadurch sich vielleicht entwickelnde Störungen im Bauablauf frühzeitig zu vermeiden. Der Wesensgehalt dieser Regelung ist Auftraggebern gelegentlich nur mit Schwierigkeiten zu vermitteln.

Sie sehen sich belästigt von Behinderungsanzeigen, die auf "Glauben" beruhen, und wollen nicht erkennen, dass die Anzeige zu ihrer Interessenwahrung erfolgt.

Die Regelung der VOB/B § 6 trifft keine Aussage darüber, wann denn der Glauben des Auftragnehmers einsetzen sollte. Der Auftragnehmer ist - bei wörtlicher strenger Auslegung - erst dann verpflichtet, seinem Glauben zu folgen, wenn der subjektive Behinderungstatbestand tatsächlich eingetreten ist. Ein vorausschauendes Erkennen drohender möglicher Behinderungspotentiale wird nicht gefordert; dem Auftragnehmer wird kein Blick in die Zukunft abverlangt. Allgemeine rechtliche Grundsätze (etwa Treu und Glauben) mögen im Einzelfall ein weitergehendes vorausschauendes Verhalten fordern. Hierauf soll jedoch an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

Vorausschauendes Erkennen von zukünftigen Sachverhalten ist - nach nichtjuristischer Meinung des Verfassers - auch schwer einklagbar. Nicht zu bestreiten ist aber auch, dass wirtschaftliche Interessen ein vorausschauendes Verhalten überaus wirkungsvoll fördern können. Dieser Aspekt leitet bereits vorab zu Kapitel 5.3 (Andere Formen der Vertragsabwicklung) über.

Professionelle Auftraggeber erwarten, dass ihnen nicht erst dann eine Behinderung angezeigt wird, wenn diese tatsächlich schon eingetreten ist. Sie wollen vielmehr so früh wie möglich

informiert werden, um für Abhilfe sorgen zu können. Diese Auftraggeber treffen Regelungen, die von der VOB/B abweichen. Die Stadt Köln regelt beispielsweise in ihren "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen":

*"Ist erkennbar, dass sich durch eine Behinderung oder Unterbrechung Auswirkungen ergeben, hat der Auftragnehmer diese dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen."*

Die Formulierung kann so verstanden werden, dass bei Erkennen einer (sich abzeichnenden) Behinderung diese bereits anzuzeigen ist, also nicht erst dann, wenn sich der Auftragnehmer tatsächlich behindert glaubt. Allerdings kann der Nicht-Jurist die Regelung auch so verstehen, dass nur dann eine Anzeige erfolgen muss, wenn sich durch die Behinderung tatsächlich Auswirkungen ergeben. Diese Lesart wäre dann keine Verschärfung der VOB/B § 6, sondern im Gegenteil eine wesentliche Aufweichung. Dies wird wohl nicht gewollt sein. Die Kölner Formulierung darf demnach mit Recht als durchweg misslungen bezeichnet werden; man hätte sich ohne Schwierigkeiten eindeutig ausdrücken können. Juristen mögen dies anders sehen, allerdings: Die zusätzliche Vertragsbedingung richtet sich an Auftragnehmer und insbesondere deren Bauleiter, also an juristische Laien, und sollte für diese unmissverständlich sein.

Behinderungstatbestände und die daraus resultierenden Konflikte sind keine Erscheinungen, die ausschließlich im deutschen Baugeschehen stattfinden. Ein Blick nach Großbritannien zeigt, dass man dort vor einigen Jahren aus den zunehmenden Konflikten am Bau Konsequenzen gezogen hat.

#### **Early warning 16**

- 16.1 The *Contractor* and the *Project Manager* give an early warning by notifying the other as soon as either becomes aware of any matter which could
- increase the total of the Prices,
  - delay Completion or
  - impair the performance of the *works* in use.
- 16.2 Either the *Project Manager* or the *Contractor* may instruct the other to attend an early warning meeting. Each may instruct other people to attend if the other agrees.
- 16.3 At an early warning meeting those who attend co-operate in
- making and considering proposals for how the effect of each matter which has been notified as an early warning can be avoided or reduced,
  - seeking solutions that will bring advantage to all those who will be affected and
  - deciding upon actions which they will take and who, in accordance with this contract, will take them.
- 16.4 The *Project Manager* records the proposals considered and the decisions taken at an early warning meeting and gives a copy of his record to the *Contractor*.

**Abbildung 5: Regelungen zu Early Warning im NEW ENGINEERING CONTRACT [The Institution of Civil Engineers]**

Allgemeine Vertragsbedingungen wie eine VOB/B (und im übrigen auch eine HOAI) sind in Großbritannien unbekannt. Vertragsmuster für Bauleistungen und auch für Architekten- und Ingenieurleistungen wurden immer von einflussreichen Organisationen wie z. B. der Institution of Civil Engineers vorgelegt.

Der NEW ENGINEERING CONTRACT (NEC) ist ein derartiges rundum erneuertes Vertragsmodell. Es war bei seiner Einführung auch in Großbritannien nicht unumstritten, hat inzwischen jedoch sowohl bei öffentlichen wie bei privaten Auftraggebern weite Verbreitung gefunden. Auch deutsche Bauunternehmen konnten inzwischen mit dem NEC in Großbritannien Erfahrungen machen.

Eine der Besonderheiten des NEC ist die vertragliche Regelung des "Early Warning" (Abbildung 5). Unternehmer und Projektmanager des Bauherrn verpflichten sich, gegenseitig eine Frühwarnung zukommen zu lassen, wenn sie Sachverhalte erkennen, die die Kosten, den Termin oder die Qualität gefährden könnten (wörtlich: "could" increase, delay, impair). Als Folge einer solchen Frühwarnung kann ein Meeting einberufen werden, bei dem die Auswirkungen erörtert, Lösungen gesucht und Entscheidungen getroffen werden.

Aus den ersten Jahren der Anwendung des NEC ist bekannt, dass aus Sorge vor vertragswidrigem Verhalten oder Übereifer überaus häufig Frühwarnungen ausgesprochen wurden. Dies hat sich bald stabilisiert. Stimmen aus dem Unternehmerlager sagen, dass das Management eines Bauvertrages nach NEC qualifizierteres Bauleitungspersonal benötige als bei früheren Verträgen. Darf dies einer Einführung eines solchen Modells im Wege stehen?

Auch die Auftraggeberseite bzw. deren Projektmanagement ist deutlich gefordert. Drohende Ausführungsmängel sind dem Unternehmer sofort anzuzeigen; ein heimliches Auf-Lager-Nehmen festgestellter Mängel - ohne den Auftragnehmer zu informieren - bis zum Zeitpunkt der Abnahme, wie derzeit bei uns so gerne praktiziert, wäre nicht mehr zulässig.

Die Regelung des "Early Warning" im NEC kann als unausgesprochener impliziter Versuch eines Partnering-Modells verstanden werden.

Partnering benötigt nicht unbedingt formale Vereinbarungen. Es muss ein Wille der Vertragsparteien zur konfliktarmen Vertragsabwicklung vorhanden sein.

### **4.3 Andere Formen der Vertragsabwicklung**

Einige - wenige - Auftraggeber und Auftragnehmer haben erkannt, dass der übliche bundesdeutsche Weg der Abwicklung von Bauverträgen mit ihrer konfrontativen Ausgangssituation für den Erfolg eines Bauvorhabens nicht unbedingt förderlich ist. Hieraus sind Versuche mit Vertragskonstellationen entstanden, über die in letzter Zeit in der baubetrieblichen und baurechtlichen Literatur häufig berichtet wurde. Als unbefangener Leser hätte man den Eindruck haben können, das Ei des Kolumbus sei nunmehr gefunden. Tatsächlich aber haben sich einige der meist vom US-Markt übernommenen Modelle (z. B. GMP) als wirtschaftliche Debakel erwiesen.



Aus eigener gutachterlicher Tätigkeit auch bei derartigen für deutsche Verhältnisse innovativen Modelle weiß der Verfasser, dass z. B. die Vereinbarung eines Garantierten Maximalpreises alleine nicht ausreicht, um aus einer konfrontativen Vertragssituation ein einvernehmliches Miteinandergehen von Auftraggeber und Auftragnehmer zu schaffen. Die Interessenkonflikte bleiben, und sie wirken sich besonders dann negativ auf die Vertragsabwicklung aus, wenn die Leistung nicht ausreichend beschrieben ist. Ein garantierter Preis ersetzt keine Leistungsbeschreibung.

Auch bei traditioneller Vertragsabwicklung lassen sich Wege finden, um kontraproduktive Streitigkeiten nicht erst aufkommen zu lassen oder zumindest bereits in einer sehr frühen Phase aus dem Weg zu räumen. Professor FECHTIG von der ETH Zürich wird uns in seinem Beitrag zu diesem Seminar Wege zeigen, wie in der Schweiz Bauherrschaft und Unternehmen zu kooperativen statt konfrontativen Lösungen kommen, und zwar bei Bauvorhaben, die für beide Seiten erhebliche Risiken in sich bergen.

## Literaturhinweise

### **Bohn / Heinzmann**

Bohn, Th. ; Heinzmann, O.: Einbindung der Planungsbeteiligten. In: Schäfer/Conzen (Hrsg.): Praxishandbuch der Immobilien-Projektentwicklung. München : C. H. Beck Verlag, 2002

### **Bundesrechnungshof**

Bemerkungen 2002 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes : Kapitel 1210: Bearbeiten von Nachträgen und Schlussrechnungen bei Baumaßnahmen an Bundesfernstraßen. Berlin : o. V., 2002

### **Hornuff**

Hornuff, M.: Flexibilität in der Bauablaufplanung und ihre Nutzung bei Bauverzögerungen. Diss. Braunschweig : Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb, 2003

### **HVA B-StB**

Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, aufgestellt vom BMVBW und den Straßenbauverwaltungen der Länder im Hauptausschuss Verdingungswesen im Straßen- und Brückenbau, Deutscher Bundes-Verlag

### **The Institution of Civil Engineers**

The Institution of Civil Engineers (Hrsg.): The NEC Engineering and Construction Contract. London : Thomas Telford, 1995

### **Schubert**

Schubert, E.: Die Erfassbarkeit des Risikos der Bauunternehmung bei Angebot und Abwicklung einer Baumaßnahme. Diss. Hannover : o. V., 1971

### **Thode**

Thode, R.: Deutsche Gesellschaft für Baurecht e. V. (Veranst.): Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs zum privaten Baurecht 2001 (Vortragsveranstaltung am 14. Mai 2002 in Berlin)

### **Vygen**

Vygen, K.: Nachtragsangebote: Anforderungen an ihre Erstellung, Bearbeitung und Beauftragung. In: Festschrift Heiermann. Wiesbaden ; Berlin : Bauverlag, 1995, S. 317 - 326