

Rundbrief 65 – Nachtrag, Auswirkungen auf Bauzeit, Vergütung, Sicherheit

Dieser Rundbrief ist eine **Ergänzung zu Rundbriefen**

- 60 – Gegenüberstellung VOB/B Nachtrag; BGB-Nachtrag
- 62 – Definition Nachtrag und Berechnung

Dieser Rundbrief befasst sich nur mit dem VOB/B-Bauvertrag:

1.

Nach § 1 Abs. 3 VOB/B ist der Auftraggeber generell berechtigt, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen.

Unter Bauentwurf versteht man den gesamten technischen Leistungsumfang, der **alles beinhaltet**, was nach der **gesamten Leistungsbeschreibung** in technischer Hinsicht Vertragsinhalt geworden ist (OLG Hamm, Beschl. v. 26.10.2017 – 21 U 107/16). Dies gilt auch für die Verwendung einer **funktionalen Leistungsbeschreibung** mit Leistungsprogramm gemäß § 7 c VOB/A v. 07.01.2016.

Soweit **dann nach Vertragsabschluss** vom Auftraggeber angeordnete Änderungen der Bauwerksplanung der technischen Leistungen zur Folge haben, ist das eine Änderung des Bauentwurfs i.S. von § 1 Abs. 3 VOB/B (BGH Ur. v. 13.03.2008 – VII ZR 194/06).

2.

Auch wenn Änderungsanordnungen sich durchaus auch auf den vertragsrechtlichen Teil der Vereinbarung auswirken lässt sich daraus **kein Recht zu unmittelbaren, den bautechnischen Leistungsumfang selbst nicht betreffenden Änderungen der vertragsrechtlichen Rahmenbedingungen** – Vereinbarungen zu Zahlungsmodalitäten, zur Gewährleistung, zur Abnahme – herleiten

3.

Ob auch Änderungen der Baumstände und insbesondere **der Bauzeit nach § 1 Abs. 3 VOB/B** durch den Auftraggeber angeordnet werden können, die der Auftragnehmer zu befolgen hat, bleibt umstritten.

- Nach der traditionellen Auffassung gibt § 1 Abs. 3 VOB/B kein Recht zur Änderung vereinbarter Baumstände (Thode, ZfBR 2004, 214 ff; Kniffka/Kompendium des Baurechts 4. Auflage Teil 5 Rdn. 111 ff.). Zulässig sind aber mittelbare Baumstands- oder Bauzeitänderungen, die sich als logische Konsequenz aus rechtmäßigen Änderungsanordnungen ergeben.
- Auch nach der jüngsten Entscheidung des KG Berlin v. 22.06.2018 – 7 U 111/17; BGH Beschl. v. 09.10.2019 – VII ZR 13 (NZB zurückgewiesen) kann der Auftraggeber keine Anordnung zur Bauzeit treffen, kann sich aber durch die Anordnung von veränderter Baumstände nach § 1 Abs. 3 VOB/B oder der Anordnung von Zusatzleistungen nach § 1 Abs. 4 VOB/B zu einer Terminverschiebung führen.
- Selbstverständlich ist aber auch, dass sich aus einem Zusatzauftrag **nicht gleichsam** automatisch ein Anspruch aus § 1 Abs. 3, Abs. 4 VOB/B i.V.m. § 2 Abs. 5, Abs. 6 VOB/B für bauzeitbedingte Mehrkosten ergibt. Ein solcher Anspruch kann auch nicht aus § 632 Abs. 2 BGB hergeleitet werden.

- Mitwirkung des Bestellers geht, auf Mehrkosten der Bauzeitverlängerung, ebenso wenig aus § 6 Abs. 6 VOB/B, denn für die „zusätzlichen Leistungen“ hat der Unternehmer ja einen Anspruch auf zusätzlichen Werklohn.

4.

Allerdings gilt es zu beachten:

- a. Verlangt der Auftraggeber die Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen und enthält das **Nachtragsangebot keinen Hinweis auf bauzeitbedingte Mehrkosten**, kann der Auftragnehmer das Angebot vorbehaltlos annimmt.
- b. Gibt der Auftraggeber aufgrund einer Bauzeitverzögerung **neue Vertragstermine vor und erklärt sich der Auftragnehmer mit diesen einverstanden**, liegt eine Anordnung des Auftraggebers vor, so dass dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Mehrvergütung zusteht (KG Ur. v. 22.06.2018 – 7 U 111/17).

5.

Nicht nur für die unmittelbar vereinbarten Bauwerksleistungen steht dem **Auftragnehmer Sicherheit nach § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F.** zu, sondern auch für die Nachtragsleistungen aus Anordnungen nach § 1 Abs. 3 VOB/B und für zusätzliche Leistungen nach § 1 Abs. 4 VOB/B zu. Hierzu muss allerdings ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille des Auftraggebers festgestellt werden, die vertraglichen Grundlagen insoweit zu ändern (OLG Hamm Ur. v. 12.04.2011 – 24 U 29/09; KG aaO).

Um einen solcher Anspruch auf Sicherheit auch durchsetzen zu können, bedarf es einer schlüssigen Darlegung der zusätzlichen Vergütung.

Dies kann auch durch **Vorlage eines Sachverständigengutachtens erfolgen**, vorausgesetzt, hieraus ergibt sich, dass

- in dem streitgegenständlichen Zeitraum das Personal bei keinem anderen Bauvorhaben des Auftragnehmers eingesetzt werden konnte,
- insoweit auch für den streitgegenständlichen Zeitraum eine ablaufbezogene Darstellung der Auswirkung der Anordnungen(en) enthält (BGH Ur. v. 06.03.2014 – VII ZR 349/12).

Liegen diese Voraussetzungen vor muss das Gericht trotz bestreiten, der Auftraggeberseite den Anspruch stattgeben, denn **dem Interesse des Unternehmers ist der Vorrang einzuräumen, weil er nach der Intention des Gesetzgebers nach § 648a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F. bis zur Klärung des ihm zustehenden möglichen Vergütungsanspruchs vor einem Ausfall des Bestellers geschützt sein soll.**

Die endgültige Klärung dieser Fragen und auch zur Höhe des Anspruchs bleibt dem Forderungsprozess vorbehalten.

Erstellt am 19.03.2020

Erk Winkelmann

Rechtsanwalt und Notar a. D.

Fachanwalt f. Bau- u. Architektenrecht

