



Der ex-post-Nachtrag – eine unüberwindliche mentale Hürde?

Rainer Wanninger

IBB

INSTITUT FÜR
BAUWIRTSCHAFT UND
BAUBETRIEB



TECHNISCHE
UNIVERSITÄT
BRAUNSCHWEIG

UNIV.-PROF. DR.-ING.
R. WANNINGER

SCHLEINITZSTR. 23 A
38106 BRAUNSCHWEIG

FON 0531 391-3174
FAX 0531 391-5953

ibb@tu-bs.de
www.tu-bs.de/ibb

Veröffentlichung

Braunschweig Dezember 2009

Beim nachfolgenden Dokument handelt es sich um die Einreichungsfassung des Beitrags:

Wanninger, Rainer: Der ex-post-Nachtrag - eine unüberwindliche mentale Hürde? In: Motzko, Christoph (Hrsg.): Festschrift anlässlich des 30-jährigen Bestehens des Instituts für Baubetrieb der TU Darmstadt : Baubetriebliche Aufgaben. Fortschritt-Berichte VDI Reihe 4 Bauingenieurwesen. Darmstadt : VDI Verlag GmbH (2009), Nr. 211 S. 333-342

Auf ggf. bestehende Unterschiede infolge redaktioneller Überarbeitung der Einreichungsfassung wird hingewiesen.

1 Ausgangssituation

Baumaßnahmen werden nur in den seltensten Fällen exakt so ausgeführt wie geplant, ausgeschrieben und beauftragt. Dies gilt für private wie öffentliche Auftragnehmer nahezu in gleichem Maße. Es kommt zu Änderungen und Ergänzungen des Leistungsumfangs und nicht allzu selten auch zu Störungen. Über die Gründe hierfür bedarf es an dieser Stelle keiner Erörterung; sie sind allen Branchenkennern hinreichend bekannt. Änderungen und Ergänzungen des Leistungsumfangs machen nachträgliche vertragliche Vereinbarungen notwendig. Für den Abschluss dieser „Nachtragsvereinbarungen“ ist i. d. R. ein vorheriges „Nachtragsangebot“ des Auftragnehmers erforderlich. Beides wird in der Praxis häufig undifferenziert als „Nachtrag“ bezeichnet.

Die Regelungen der VOB/B § 2 Nr. 5 sehen zwar vor, dass bei Änderungen des Bauentwurfs oder anderen Anordnungen die Nachtragsvereinbarungen vor der Ausführung getroffen werden „sollen“. Entsprechend regelt VOB/B § 2 Nr. 6 für zusätzliche Leistungen, dass die Vergütung „möglichst“ vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren ist. In der Praxis erfolgt die Regelung der Vergütung für Nachtragsleistungen häufig abschließend (oder überhaupt erstmals) erst nach der Ausführung, oft erst nach der Abnahme und nicht selten auch erst im Rahmen einer Schlussvereinbarung im Zusammenhang mit der Schlussrechnung.

Die Gründe hierfür sind vielfältig; auf einige Aspekte wird nachfolgend einzugehen sein. Sie sind zum Teil branchennotorisch, zum Teil durch die Marktlage bedingt, zum Teil Taktik und zu einem nicht unwesentlichen Teil reine Schlamperei der Beteiligten. Es ist nicht zu verkennen, dass Auftraggeber als Leistungsempfänger und zur Zahlung Verpflichtete nicht unbedingt und immer ein Interesse daran haben, Nachtragsvereinbarungen frühzeitig zu treffen, um dann bei der nächsten Abschlagsrechnung des Auftragnehmers den vereinbarten Betrag auch zahlen zu müssen (wenn die Leistung abrechenbar ausgeführt wurde). Unter Liquiditätsaspekten erscheint es dann aus Auftraggebersicht durchaus günstiger, dem Auftragnehmer mit Hinweis auf noch nicht erfolgte Nachtragsbeauftragung eine Abschlagszahlung auf die schon erbrachte Nachtragsleistung zu verweigern. Dies gilt für das Vertragsverhältnis Bauherr zu Haupt-/Generalunternehmer ebenso wie für das Vertragsverhältnis Haupt-/Generalunternehmer zu Nachunternehmer.

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

Aus Sicht des Auftragnehmers hat er im Falle von zusätzlich geforderten Leistungen seine Vergütungsansprüche gesichert, wenn er nach VOB/B § 2 Nr. 6 seinen Anspruch auf Vergütung vor Ausführung 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 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 Verantwortliche des Auftragnehmers erst einmal zurück: Die Ansprüche sind gesichert, die Arbeit kann weitergehen, das Erarbeiten eines Nachtragsangebotes zur Bezifferung der Vergütungsansprüche 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 eine „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 aufgelaufen sind und das Betriebsergebnis der Baustelle zu entgleiten droht, weil die entsprechende Leistung mangels Nachtragsvereinbarung nicht abgerechnet werden kann. Hier wäre es Sache der Unternehmensführung gewesen, frühzeitiger einzugreifen.

Alle Effekte zusammengenommen bedeutet dies, dass Nachtragsangebote i. d. R. 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 Nachtragspreise als Entscheidungsgrundlage maßgebend sind.



Bild 1: Zeitpunkt der Nachtragsvereinbarung bei Straßenbauten des Bundes [1]

Bild 1 zeigt den deutschen Regelfall, wonach Nachträge zu 98 % erst nach Beginn der Bauausführung (der jeweiligen Nachtragsleistung) beauftragt werden. Nach persönlicher Erfahrung des Autors handelt es sich hier nicht um ein Spezifikum öffentlicher Bauaufträge oder gar nur des Straßenbaus; das Phänomen ist im Bereich privater Auftraggeber genauso ausgeprägt. Andere statistische Erhebungen zu diesem Thema sind dem Autor nicht bekannt.

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 zu nachgiebiges Verhalten der Ämter und vermutet Nachteile für den Bund. Die Auftragnehmer werden dies möglicherweise anders sehen.

Von Ingenieurbüros geplante und ausgeschriebene Baumaßnahmen führten nach Feststellung des Rechnungshofs wesentlich häufiger zu hohen Nachtragsforderungen als Baumaßnahmen, die von den Ämtern selbst bearbeitet wurden. Dieses Ergebnis muss den Beobachter sehr nachdenklich stimmen, handelt es sich doch um eine schallende Ohrfeige für den Berufsstand der Planer.

Ein noch erschütternderes Ergebnis ergibt sich nicht aus der Abbildung, sondern ausschließlich aus dem Text des Berichtes des Bundesrechnungshofs: Mehr als 9 % der dort untersuchten Nachtragsvereinbarungen

wurden erst nach Vorliegen der Schlussrechnung getroffen. Und ganz am Rande: Der Bundesrechnungshof beanstandete auch, dass Auftragsenerweiterungen und Änderungen von Bauverträgen ohne Nachtragsvereinbarungen abgerechnet wurden. Soll heißen: In den Schlussrechnungen tauchen neue außervertragliche Positionen auf, die vom rechnungsprüfenden Objektüberwacher kommentarlos (evtl. gekürzt) abgehakt wurden.

Der Autor vermutet, dass ein großer Teil dieser Nachträge wiederum auch erst nach der Ausführung vom Auftragnehmer bepreist und dem Auftraggeber vorgelegt wurde. Dies kann allerdings durch die statistische Erhebung des Bundesrechnungshofes nicht belegt werden, da nicht danach gefragt wurde. Nachtragsangebote, die nicht vorliegen, können allerdings vom Auftraggeber auch nicht bearbeitet und beauftragt werden.

Auch wenn die Untersuchung des Bundesrechnungshofs im Jahr 2002 veröffentlicht wurde, die zugrunde liegenden Ereignisse somit also deutlich früher stattgefunden haben, so gibt es keine Veranlassung für die Annahme, dass heute - im Jahre 2010 - sich am Sachverhalt irgendetwas geändert haben sollte.

Zusammenfassend bleibt festzustellen: Zumindest die Beauftragung von Nachtragsangeboten erfolgt auch derzeit noch in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle erst nach deren Ausführung. Daraus resultieren spezifische Probleme, auf die nachfolgend einzugehen sein wird.

2 Begriffliches

Nachtragsangebote, die erst nach Ausführung der Leistung dem Auftraggeber vorgelegt werden, sowie Nachtragsangebote, die 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. Den Juristen ist diese Terminologie überaus geläufig. Der Begriff „ex-post-Nachtrag“ im baubetrieblichen Zusammenhang wurde in [2] eingeführt.

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 beim ex-post-Angebot 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, auf welche Art und Weise und ggf. auch mit welchem Aufwand (Personal, gerätetechnischer Einsatz) die dem Nachtragsangebot zugrunde liegenden Leistungen erbracht worden sind. Beide Vertragsparteien kennen eventuell aufgetretene Schwierigkeiten und gelegentlich sogar die tatsächlichen 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 Auftragnehmers als Kalkulierender und Anbieter als auch auf Seiten des Auftraggebers als Prüfer des Nachtragsangebots. Beide Seiten tragen ein Risiko: der Auftragnehmer 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 ganz eliminiert wird.

3 Der Bezug zur Preisermittlungsgrundlage

Den Vergütungsregelungen nach VOB/B § 2 Nr. 5 und 6 liegt ein gemeinsamer Grundgedanke zugrunde: Durch während der Vertragsdurchführung notwendig werdende Anordnungen, Änderungen und Zusatzleistungen sollen Auftraggeber und Auftragnehmer weder besser noch schlechter gestellt werden gegenüber der Situation, dass nämlich diese Anordnungen, Änderungen oder Zusatzleistungen bereits bei der Angebotskalkulation vom Bieter zu berücksichtigen gewesen wären. Der Auftragnehmer soll sich also bei der Nachtragskalkulation so verhalten als ob die Anordnungen, Änderungen oder Zusatzleistungen bereits bei der ursprünglichen Angebotskalkulation bekannt und zu kalkulieren gewesen wären. Er soll somit eine echte ex-ante Kalkulation simulieren.

Dabei soll der Auftragnehmer an die Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags (vulgo: Urkalkulation) gebunden bleiben. Diese Bindung an die Urkalkulation soll sicherstellen, dass weder Auftragnehmer noch Auftraggeber durch die Notwendigkeit einer Nachtragsvereinbarung Vorteile oder Nachteile haben. Dies ist zumindest bei geänderten Leistungen meist leicht sicherzustellen, da in der Urkalkulation ausreichende Anknüpfungspunkte zu den kalkulatorischen Grundlagen zu identifizieren sind. Bei einer Nachtragskalkulation für zusätzliche Leistungen kann dies deutlich schwieriger sein, wenn sich nämlich in der Urkalkulation keine Anknüpfungspunkte finden lassen. Es muss dann sichergestellt werden, dass das Preisniveau der Urkalkulation beibehalten bleibt (Stichwort: Preisniveaufaktor).

Sicherlich ist der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, dass Auftragnehmer in einer typischen Nachtragssituation - also nach Vertragsschluss und außerhalb des Wettbewerbs - in Versuchung sein können, bei Nachtragsangeboten ihr Vertragspreisniveau aufzubessern. Dem steuern Auftraggeber durch gezielte Maßnahmen gegen: Sie verlangen bereits bei Angebotsabgabe oder spätestens bei Auftragserteilung die Hinterlegung einer verschlossenen Urkalkulation, auf die spätestens bei Meinungsdivergenzen über Nachtragspreise zurückgegriffen werden kann. Die öffentliche Hand nutzt regelmäßig Formblätter, in denen sie Angaben zur Preisermittlungsgrundlage fordert (der Bund beispielsweise die Formblätter 221 ff., bislang eher bekannt als EFB-Preis 1a etc [3]). Zur stark eingeschränkten Sinnhaftigkeit dieser Formblätter hat sich der Autor in [4] geäußert.

Allerdings bleibt festzuhalten, dass in einer Vielzahl von Situationen diese dokumentierten Preisermittlungsgrundlagen eben gerade nicht ausreichend sind, um Meinungsverschiedenheiten zur Preisermittlungsgrundlage und zum korrekten Preisniveau für Nachtragsleistungen zu verhindern.

4 Systemwidriges Denken des Auftragnehmers

Es muss noch einmal betont werden (siehe oben): Der Auftragnehmer hat sich bei der Nachtragskalkulation so zu verhalten als ob ihm die Anordnungen, Änderungen oder Zusatzleistungen bereits bei der ursprünglichen Angebotskalkulation bekannt gewesen wären. Er soll eine echte ex-ante Kalkulation simulieren, und dies auch noch dann, wenn die zu kalkulierende Leistung bereits erbracht ist.

Dies fällt auch routinierten Kalkulatoren schwer, um nicht zu sagen: Es ist ihnen nahezu unmöglich! Wo liegt die Schwierigkeit?

Kalkulation „ex ante“ bedeutet, bei der Kalkulation auch tatsächlich nur die Informationen heranzuziehen, die (fiktiv) zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegen - zuzüglich der Informationen über die geänderte oder zusätzliche Leistung, die jetzt bepreist werden soll. Der Kalkulator soll also jetzt nach den Regeln des Kalkulationshandwerks ex ante kalkulieren, obwohl er bereits vielleicht detaillierte Informationen hat, wie die von ihm noch zu bepreisende Leistung auf der Baustelle bereits abgelaufen ist.

Er soll also die Augen davor verschließen, dass seine vorkalkulatorischen Leistungsansätze für Vertragsleistungen, die der Nachtragsleistung ähnlich sind, womöglich völlig unzureichend waren? An diesen Leistungsansätzen müsste er sich festhalten lassen und sehenden Auges Nachtragsleistungen anbieten, die zu Verlusten führen? Er muss! Und umgekehrt: Kann er es wagen, Leistungsansätze aufrecht zu erhalten, die offenkundig zu üppig sind? Er darf - und er muss! Dem Autor ist folgendes Beispiel in Erinnerung:

Ein öffentlicher Auftraggeber hatte die Beräumung eines Gewässers von Schlamm beauftragt. Die Konsistenz des Schlammes war nicht weiter definiert. Für die Durchführung dieser Arbeit hatte der Unternehmer in seiner Kalkulation einen Hydraulikbagger und drei Dumper vorgesehen. Er war davon ausgegangen, dass die Dumper nur teilweise beladen werden konnten und mit dieser Teilfüllung zu einer festgelegten Zwischendeponie zu fahren hatten. Der Ort der Leistung für diese LV-Position war genau definiert.

Bereits während der Durchführung dieser Leistung ergab sich, dass in einem benachbarten Bereich eine vergleichbare (um nicht zu sagen: eine absolut identische) Leistung zu erbringen war. Hierfür wurde der Unternehmer aufgefordert, ein Nachtragsangebot vorzulegen. Er bot die Leistung zum gleichen Preis an. Letztlich hätte man dieses Nachtragsangebot als rein formalen Vorgang ansehen können.

Dies führte aber zu einem Disput zwischen AN und AG (bzw. der vorgesetzten Dienststelle des AG): Es hatte sich bei dem vorhergehenden Arbeitsabschnitt gezeigt, dass die Arbeit statt mit drei Dumpfern mit lediglich zwei Dumpfern, also für den Auftragnehmer kostengünstiger, ausgeführt werden konnte. Der Auftragnehmer sah keine Veranlassung, diesen Kostenvorteil beim Nachtragsangebot für die erweiterte Leistung an den Auftraggeber weiter zu geben.

Der Auftraggeber, der durch ständige Präsenz auf der Baustelle ausreichend Gelegenheit hatte, die Ausführung der Arbeiten zu beobachten, verlangte eine Anpassung der Nachtragskalkulation des AN auf den tatsächlichen Geräteinsatz hin (nur noch zwei Dumper). Der AN verweigerte dies. Es kam zu einem langen Disput, der nur durch den Einsatz eines externen Sachverständigen beigelegt werden konnte.

Das Beispiel soll lediglich zeigen, dass ein Beibehalten der Kalkulationsgrundlagen nicht immer einfach durchzusetzen ist, vor allem dann, wenn durch den realen Ablauf des Baugeschehens ein anderer Ressourceneinsatz allzu offenkundig wird. Im obigen Fall war es eher der Auftraggeber, dem es schwer fiel, die Kalkulationsansätze vom realen Geschehen zu trennen. Sehr häufig liegt das Problem jedoch ausschließlich beim Auftragnehmer. Was macht ein Bauleiter, wenn er ein Nachtragsangebot erstellen soll für eine Leistung, für die es keine Anknüpfungspositionen im vertraglichen Leistungsverzeichnis oder in der Urkalkulation des Pauschalvertrages gibt? Er müsste sich so verhalten wie ein Kalkulator am Schreibtisch,

der genau diese LV-Position vorkalkulatorisch zu bepreisen hätte. Er müsste die Arbeiten vor seinem inneren Auge ablaufen lassen, die dazugehörigen Ressourcen identifizieren und eine Vorstellung vom zeitlichen Ablauf, also letztlich von den Leistungs- bzw. Stundenaufwandswerten, erlangen.

Es geht jedoch - vordergründig betrachtet - auch scheinbar einfacher: Der Bauleiter wartet ab, bis die Nachtragsleistungen tatsächlich ausgeführt werden, und sorgt für eine entsprechende Erfassung des Ressourceneinsatzes (z. B. verbrauchte Lohnstunden). Dann weiß er „ex post“, wie er hätte kalkulieren müssen. Selbstverständlich hat er, korrekt im Sinne der VOB/B und dadurch alle Ansprüche während, seinen Vergütungsanspruch „dem Grunde nach“ vorher angemeldet, womöglich auch bereits die ggf. bauzeitverlängernde Wirkung ebenfalls „dem Grunde nach“ mit angezeigt.

Übrigens, eine derartige Chance hat ein Kalkulator nicht, der eine für ihn ungewöhnliche (vielleicht selten vorkommende) Position zu kalkulieren hat: Er muss zu einem Ergebnis kommen, und zwar „ex ante“. Der abwartende Bauleiter geht hingegen „auf Nummer sicher“. Er erspart sich mit Sicherheit den denkbaren Vorwurf seiner Vorgesetzten, ein Nachtragsangebot zu niedrig, also vielleicht unauskömmlich, kalkuliert zu haben. Umgekehrt betrachtet begibt er sich aber auch der Chance, unter Bezug auf seine Preisermittlungsgrundlage (Urkalkulation) eine etwaige besonders auskömmliche Kalkulationsgrundlage zum wirtschaftlichen Vorteil nutzen zu können. Die Vorgehensweise „Abwarten und ex post Bepreisen“ führt also dazu, dass Kalkulationsrisiken gemieden, aber auch dass Chancen nicht genutzt werden.

Bei typischen Haupt- oder Generalunternehmerleistungen sieht die Situation nochmals komplizierter aus. Der Haupt- oder Generalunter-/übernehmer wird sich nur selten darauf einlassen wollen, gegenüber seinem Auftraggeber ein Nachtragsangebot für geänderte oder zusätzliche Leistungen abzugeben, ohne seinerseits bereits ein entsprechendes Nachtragsangebot seines Nachunternehmers vorliegen zu haben. Der Verantwortliche des Nachunternehmers verhält sich nunmehr aber genau so wie es der oben geschilderte Bauleiter tut: Er neigt dazu, aus Gründen der Risikominimierung lieber einen Nachtrag ex post vorzulegen.

Falls es sich um eine Kette von Nachunternehmerverhältnissen handelt (NU-Kaskade), verlagert sich das Problem jeweils eine Stufe weiter nach unten. Damit einher geht ein erheblicher Zeitbedarf für die Weiterverarbeitung auf der jeweils höher gelegenen Stufe. Das geschilderte Phänomen ist einer der vielen Gründe, warum es auf Baustellen zu atmosphärischen Störungen in der Zusammenarbeit kommt.

5 Systemwidriges Denken des Auftraggebers

Auch die Auftraggeber sind - ebenso wie die Auftragnehmer, aber aus anderen Gründen - häufig in der Falle systemwidrigen Denkens eingesperrt. Dies gilt für öffentliche Auftraggeber ebenso wie für private. Während letzteren allerdings zugute gehalten werden kann, dass sie frei verhandeln dürfen, ist dies öffentlichen Auftraggebern bei den üblichen Vertragsmodellen verwehrt, und zwar sowohl beim Hauptvertrag als auch bei Nachträgen. Es gilt die Bindung an die Preisermittlungsgrundlage (Urkalkulation).

Das oben unter Ziffer 4 dargestellte Beispiel zeigt recht deutlich die mentalen Schwierigkeiten des Auftraggebers. Sobald über die Preise für zusätzliche oder geänderte Leistungen erst nach deren tatsächlicher Ausführung (also ex post) Einigkeit erzielt werden soll, geht der Blick - mehr oder weniger unwillkürlich - zuerst auf den tatsächlichen Ablauf dieser Arbeiten. Wenn deutlich erkennbar ist, dass der tatsächlich erbrachte Aufwand zur Durchführung dieser Nachtragsleistungen geringer war als der in die Kalkulation der Nachtragsleistungen eingeflossene Aufwand - und sei er auch völlig korrekt auf der Basis der Urkalkulation ermittelt worden - setzt eine fatale mentale Sperre ein. Die Kalkulationsansätze werden bestritten, da sie ja „offensichtlich unzutreffend und unangemessen“ seien. Der Auftragnehmer wird dann aufgefordert, seine

Nachtragskalkulation dem tatsächlichen und für den Auftraggeber erkennbaren Aufwand anzupassen. Damit ist die Logik der Vergütungsansprüche auf eine bedrohlich schiefe Bahn geraten. Mit der Preisermittlungsgrundlage (Urkalkulation) hat dies dann nichts mehr zu tun und die rationale Gedankenwelt der VOB/B ist verlassen. Die mentale Verwirrung ist erkennbar auf einem Höchststand, wenn es in Vertragswerken (auch öffentlicher Auftraggeber), die ansonsten die VOB/B zugrunde legen, im Zusammenhang mit zusätzlichen und geänderten Leistungen heißt:

„Vergütet wird der nachgewiesene Aufwand zuzüglich 5 % Gemeinkostenzuschlag.“

Hier wird der Grundsatz, dass die Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen sich nach der Preisermittlungsgrundlage des Hauptvertrags zu richten hat, erkennbar in Richtung des Selbstkostenerstattungsvertrags verlassen.

Fraglich bleibt, ob dies in der Tat bei Verwendung obiger Formulierung wirklich so gewollt war. Der Klarheit halber sollte dann doch besser vertraglich vereinbart sein:

„Bezüglich der Vergütung für geänderte und zusätzliche Leistungen gilt abweichend von den Regelungen der VOB/B § 2 Nr. 5 und 6 das Prinzip des Selbstkostenerstattungsvertrags.“

Dem stehen allerdings bei öffentlichen Auftraggebern im Normalfall die Regelungen des Haushaltsrechts entgegen.

6 Fazit

Es besteht sehr häufig eine verhängnisvolle Koalition der Unwilligen. Der ex-post-Nachtrag 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.

Der ex-post-Nachtrag ist auch bequem für den Auftraggeber bzw. seinen Erfüllungsgehilfen. Auch er weiß, wie die Ausführung gelaufen ist. Er sieht eine geringere Gefahr, ein überhöhtes Angebot ex ante akzeptiert zu haben.

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

Literaturverzeichnis

[1] Bundesrechnungshof (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.

[2] Wanninger, Rainer (2003).

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

[3] BMVBS, Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2008).

VHB Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes, ausgenommen Maßnahmen der Straßen- und Wasserbauverwaltungen. Ausgabe 2008, herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.

[4] Wanninger, Rainer (2009).

Wanninger, Rainer: Formblätter der öffentlichen Auftraggeber - ein Beitrag zur Kalkulationskultur? In: Heck, Detlef ; Lechner, Hans (Hrsg.): Festschrift 40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft. Graz : Verlag der TU Graz (2009), S. 175-188