

14. Deutscher Schlauchlinertag

Der Umgang mit Nachträgen

Ihr Referent

Carsten Schmidt, LL.M.
Rechtsanwalt ◦ Partner



CLP Rechtsanwälte

Die Düsseldorfer Wirtschaftskanzlei **CLP Rechtsanwälte** ist ein dynamisches und schlagkräftiges Team von derzeit 13 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten. Die Partner haben ihr juristisches Know-how über lange Jahre in großen nationalen und internationalen Kanzleien und Unternehmen gelernt und ihre Erfahrungen und Marktkenntnisse erfolgreich in die im Jahr 2008 gegründete Sozietät eingebracht.

Ein wesentlicher Tätigkeitsschwerpunkt der Kanzlei liegt in der baubegleitenden Rechtsberatung (insbes. Nachtragsmanagement).



CLP Rechtsanwälte - Düsseldorf
RA Carsten Schmidt, LL.M.

Sind Nachträge vermeidbar?

These:

- Für eine Vielzahl von Nachtragsstreitigkeiten trägt der Auftraggeber die Verantwortung.
- Die Leistungsbeschreibungen entsprechen mithin nicht den vergaberechtlichen Anforderungen.

Gegenthese:

- Fachunternehmer können Lücken im LV erkennen und spekulieren direkt auf einen Nachtrag.

Sind Nachträge vermeidbar?

Die Behauptung, dass Unternehmen schon im Rahmen der Angebotsbearbeitung stets und zielgerichtet nur das Generieren von Nachträgen im Sinn hätten, ist sicherlich nicht haltbar.

Allerdings muss man sich als öffentlicher Auftraggeber auch nicht wundern, wenn unvollständige Leistungsbeschreibungen einem gesteigerten Nachtragsaufkommen im Rahmen der Vertragsdurchführung Tür und Tor öffnen.

Sind Nachträge vermeidbar?

Bei der Frage aber, ob z.B. tatsächlich etwas Zusätzliches verlangt wurde oder das „Bausoll“ tatsächlich vom „Bauist“ abweicht, kommt es zwischen den Vertragsparteien mithin zu dauerhaftem Streit. Ein Zustand, der zumindest in wesentlichen Zügen vermieden werden kann.

Sind Nachträge vermeidbar?

Oftmals haben Nachtragsstreitigkeiten ihre Ursache darin, dass die für die Bestimmung des Bausolls maßgeblichen Vertragsinhalte lückenhaft, unklar oder widersprüchlich sind. Dann muss der Bauvertrag nach dem Verständnishorizont eines Bieters oder Auftragnehmers als „sinnvolles Ganzes“ ausgelegt werden.

Zielführender wäre es natürlich, wenn die Leistungsanforderungen hinreichend klar definiert wären und eine Auslegung gar nicht erfolgen müsste.

Sind Nachträge vermeidbar?

Es liegt auf der Hand, dass eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung frühzeitig nachtragsminimierende Wirkung hat, da hinreichend klare Leistungsanforderungen bestenfalls nicht auslegungsbedürftig sind und somit kaum Nachtragspotenzial bieten.

Sind Nachträge vermeidbar?

Für Bauaufträge sind die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung im alten wie im neuen Vergaberecht (VOB/A 2016) in § 7 VOB/A geregelt. Die Leistung ist bekanntlich eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.

Auch die 0 Abschnitte der ATVen sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu beachten!

Sind Nachträge vermeidbar?

Das Risiko eines Vertragsschlusses auf der Grundlage einer für den Unternehmer erkennbar unvollständigen Leistungsbeschreibung bzw. eines dieser zu Grunde liegenden Gutachtens liegt beim Auftragnehmer.

Fehlen in einer Ausschreibung Angaben zur Bohrbarkeit des Bodens, kann nicht unterstellt werden, dass zwischen den Parteien nach ausschreibungskonformer Auslegung ein bestimmter Grad der (einfachen) Bohrbarkeit vereinbart werden sollte.

Glaubt der Auftragnehmer aufgrund seiner Erfahrung, von den Feststellungen eines Baugrundgutachtens auch auf die Bohrbarkeit des Baugrunds schließen zu können, geht es zu seinen Lasten, wenn sich diese dem Auftraggeber nicht offengelegte Schlussfolgerung im Nachhinein als unzutreffend erweist.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.03.2015 - 21 U 136/14

Sind Nachträge vermeidbar?

Das Ergebnis der Auslegung eines Bauvertrags aufgrund öffentlicher Ausschreibung wird nicht dadurch beeinflusst, dass der Auftragnehmer etwaige Unklarheiten der Ausschreibung nicht aufgeklärt hat (Bestätigung von BGH, Urteil vom 13.03.2008 - VII ZR 194/06, Rz. 38).

BGH, Urteil vom 12.09.2013 - VII ZR 227/11

Besondere Leistung = Nachtrag?

Enthält die Leistungsbeschreibung nach einer Unterposition einen Vermerk, wonach in die "Positionen dieses Unterloses" bauzeitliche Verbaue einzurechnen sind, und folgen sodann weitere (Unter-)Positionen, ohne dass die Verbaue darin erneut erwähnt werden, kann für ihre Ausführung keine zusätzliche Vergütung verlangt werden. Das gilt auch dann, wenn es sich bei den Verbaumaßnahmen um Besondere Leistungen im Sinne der VOB/C handelt.

BGH, Beschluss vom 10.04.2014 - VII ZR 144/12

Besondere Leistung = Nachtrag?

Die Verbaue bei Baugruben und Gräben sind zwar nach Abschnitt 4.2.12 der DIN 18300 Besondere Leistungen. Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass sie zusätzlich zu vergüten sind. Denn bei der Prüfung, welche Leistungen von der Vergütungsvereinbarung erfasst sind, ist das gesamte Vertragswerk zu Grunde zu legen. Dass der AN die Verbaue einzukalkulieren hat, ist systematisch als Vorbemerkung zu verstehen, die die nachfolgenden einschlägigen Positionen erfasst. Die Leistungsbeschreibung bringt dadurch klar und unmissverständlich zum Ausdruck, dass die nach Pos. 4.01.50 des LV enthaltene Formulierung, wonach in Positionen "dieses Unterloses" auch bauzeitliche Verbaue einzukalkulieren sind, als umfassende Vorbemerkung auch die Positionen 4.4, 4.7 und 4.10 erfasst. Das ist eine ausreichende besondere Erwähnung im Sinne des Abschnitts 4 der DIN 18299.

Besondere Leistung = Nachtrag?

Die VOB/C ist ein, nicht aber das alleinige Auslegungskriterium bei der Beantwortung der Frage, ob eine Besondere Leistung im Sinne der VOB/C zusätzlich zu vergüten ist.

Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C (Ergänzung von BGH, Urteil vom 28.02.2002 - VII ZR 376/00, IBR 2002, 231).*)

BGH, Urteil vom 27.07.2006 - VII ZR 202/04

Nebenleistung = kein Nachtrag?

Abschnitt 0.4.1 enthält die Grundregel, der schon im Zuge der Ausschreibung Beachtung geschenkt werden muss, dass Nebenleistungen ausdrücklich erwähnt werden müssen, wenn die Kosten der Nebenleistung von erheblicher Bedeutung für die Preisbildung sind.

In diesen - nicht seltenen - Fällen sind für die kostenintensiven Nebenleistungen (z.B. umfangreiche Baustelleneinrichtungen) eigene, nämlich "besondere Ordnungszahlen (Positionen)" vorzusehen.

DIN 18326

Die Beachtung der Hinweise des Abschnitts 0 ist Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung im Sinne des § 7 VOB/A. Insofern werden öffentliche Auftraggeber gehalten sein, insbesondere auch Angaben zur Ausführung (z.B. zu den Verfahren, zum Umfang und zu den Stoffen oder zu der statisch bedingten konstruktiven Wanddicke des Lining-Rohres) mit in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

→ 0.2.16 Statische Anforderungen an das Lining-Rohr und die daraus resultierende konstruktive Wanddicke nach DWA-Merkblatt ATV-M 127-2.

Kontakt:

CLP Rechtsanwälte
Gith, Weßling und Partner mbB
RA Carsten Schmidt, LL.M.
Rheinoffice
Niederkasseler Lohweg 18
40547 Düsseldorf

Tel.: +49 (211)/ 50 66 66 7-0
Fax: +49 (211)/ 50 66 66 7-99
E-Mail: carsten.schmidt@clp-rechtsanwaelte.de
www.clp-rechtsanwaelte.de



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!