



**Probleme bei der Ermittlung der
Vergütung für die Erstellung und
Bearbeitung von
Nachtragsangeboten**

Lars Gonschorek und Mario Hanusrichter

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 • Juli 2011

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

Gonschorek, Lars ; Hanusrichter, Mario: Probleme bei der Ermittlung der Vergütung für die Erstellung und Bearbeitung von Nachtragsangeboten. In: Tagungsband zum 22. BBB-Assistententreffen vom 20.-22. Juli 2011. Wuppertal : Eigenverlag (2011), S. 99-126

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

1 Einleitung

Das Leitbild der Bauprojektentwicklung in Deutschland ist maßgeblich von einer Trennung von Planung und Ausführung geprägt. Demzufolge wird mit der Ausführung von Bauleistungen erst nach dem Abschluss der regelmäßig vom Auftraggeber bereit gestellten Planung begonnen. Es kommt jedoch zunehmend noch während der Bauausführung zu Planungsänderungen, aus denen Nachträge resultieren; u. a. weil die Ausführungsplanung häufig erst baubegleitend erstellt wird, weil grundlegende Planungsmängel erst im Zuge der Bauausführung erkannt werden oder weil nutzungsbedingte Änderungen erforderlich werden. Zusätzliche und geänderte Leistungen gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B verursachen unabhängig von deren Einfluss auf die Baukosten sowohl auftraggeber- als auch auftragnehmerseitigen Mehraufwand. Dieser zusätzliche Aufwand setzt sich u. a. aus technischen und baubetrieblichen Planungsleistungen sowie aus ebenfalls interdisziplinären Leistungen im Zuge der auftraggeberseitigen Nachtragsprüfung zusammen.

Es ist jedoch übliche Praxis, dass Anordnungen zu geänderten und zusätzlichen Leistungen nicht vom Auftraggeber detailliert geplant und beschrieben werden, sondern dem Auftragnehmer „funktional“ angeordnet werden und diesem somit die technische Planung der Leistung überlassen wird. Häufig werden diese funktionalen Anordnungen im Zuge von Baustellenbegehungen oder -besprechungen mündlich vorgebracht, ohne dass bereits eine explizite Verständigung stattfindet, ob es sich um eine vergütungspflichtige Modifikation handelt und wer ggf. notwendige Planungsänderungen zu erbringen hat. In der Folge entsteht häufig Streit darüber, ob eine zu erbringende Leistung eine Hauptvertragsleistung oder eine Nachtragsleistung ist. Solche Streitigkeiten fallen in der Regel umso stärker aus je niedriger die Qualität der Vertragsunterlagen – also die Qualität der vor Vertragsschluss erbrachten Planung – ausfällt.¹

Die folgenden Ausführungen verdeutlichen, dass aus der häufig gelebten Praxis der Bearbeitung von Nachträgen insbesondere auch die Frage hervorgeht, ob und wie auftragnehmerseitige Leistungen und insbesondere Planungsleistungen im Rahmen der Erstellung von Nachtragsangeboten zu vergütet sind. Im Zusammenhang mit Anordnungen des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B wird eine solche Vergütung insbesondere in der baurechtlichen Literatur vielfach diskutiert. Dem Grunde nach erscheint es zulässig, für diesen Mehraufwand im Rahmen des § 2 VOB/B eine Vergütung zu fordern. Der Nachweis dieser Mehrkosten der Höhe nach mutet hingegen ungleich komplizierter an.

2 Nachträge als Folge von Planungsänderungen

Das Leitbild der Bauprojektentwicklung in Deutschland wird maßgeblich durch die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) geprägt. Darin ist im Regelfall eine eindeutige Trennung von Planung und Ausführung vorgesehen. Diese Trennung findet sich auch im grundlegenden Aufbau der HOAI (Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen) wieder. Die Unterteilung des Bauprozesses in Planung und Ausführung sowie der typische Planungsprozess gemäß den geltenden Regelwerken in Deutschland werden in Abschnitt 2.1 in knapper Form dargestellt. Es kommt jedoch regelmäßig noch während der Bauausführung zu Planungsänderungen. Dies ist u. a. der zunehmend verbreiteten sog. baubegleitenden Planung, erst im Zuge der Bauausführung erkannten Planungsmängeln sowie nutzungsbedingt gewünschten oder genehmigungsrechtlich erforderlichen Änderungen geschuldet. Die Ursachen und Auswirkungen solcher Planungsänderungen werden in Abschnitt 2.2 umrissen.

¹ Vgl. Kumlehn: Geänderte und zusätzliche Leistungen (B+B 9/2005, 30), S. 31.

Aus Planungsänderungen nach Bauvertragsschluss resultieren regelmäßig Nachträge. Der theoretische Weg von der Planungsänderung zur Nachtragsvereinbarung gemäß den geltenden Regelwerken und deren Auslegung wird in Abschnitt 2.3 aufgezeigt. Im darauf folgenden Abschnitt 2.4 wird der typische Ablauf in den Fällen skizziert, in denen der Auftraggeber die Planungsänderung nicht in eigener Verantwortung durchführt, sondern eine funktionale Anordnung der gewünschten oder erforderlichen Modifikation der Bauausführung ausspricht. Die daraus resultierenden Fragen nach einer möglichen Vergütung des durch Planungsänderungen auftragnehmerseitig zusätzlich entstehenden Aufwands sollen in der Folge diskutiert werden.

2.1 Die Unterteilung des Bauprozesses in Planung und Ausführung

Eine Planung beschreibt einen Vorgang, bei dem die gedankliche Entwicklung eines Projekts in Form von Plänen und Leistungsbeschreibungen ausführungsfähig entworfen und erläutert wird. Die hierfür notwendigen Arbeitsschritte entsprechen im Wesentlichen den Leistungsinhalten der HOAI und werden im Folgenden als **technische Planung** bezeichnet. Die technische Planung entsteht regelmäßig als erster Teil des gesamten Bauprozesses vor der eigentlichen Bauausführung. Das Ergebnis dieser Planung dient dazu, Unterlagen zu erstellen, die die Grundlage für die Kalkulation von Angeboten durch die bauausführenden Unternehmen darstellen und Bestandteil des späteren Bauvertrags werden.

In der VOB, die das Leitbild der Bauprojektentwicklung in Deutschland prägt, ist im Regelfall eine eindeutige Trennung von Planung und Ausführung vorgesehen. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ist die Bauleistung *„eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.“* In § 7 Abs. 9 VOB/A ist festgelegt, dass die Leistung regelmäßig *„durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe [...] und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben“* ist. An dieser Stelle besteht ein direkter Zusammenhang zwischen der VOB/A und der HOAI. Als wesentliche Leistung der Leistungsphase 6 *Vorbereitung der Vergabe* ist in der HOAI das *„Aufstellen von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen nach Leistungsbereichen“* genannt. Zum Zeitpunkt der Vergabe einer Bauleistung, die gemäß Leistungsphase 7 *Mitwirkung bei der Vergabe* der HOAI durch den Planer begleitet wird, müssen somit sämtliche Planungsleistungen im engeren Sinne abgeschlossen sein. Der Abschluss des Bauvertrags markiert den Übergang in die zweite Phase des Bauprozesses: die Bauausführung. An dieser Stelle wird die Trennung von Planung und Ausführung erneut deutlich, denn gemäß § 3 Abs. 1 VOB/B hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer die für die Ausführung nötigen Unterlagen unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben.

Die Leistungen für die Erstellung einer technischen Planung werden regelmäßig von fachkundigen Planern ausgeführt. Diese Planungsleistungen sind werkvertraglich in einem Ingenieur- oder Architektenvertrag möglichst präzise zu beschreiben. Die HOAI regelt lediglich die Berechnung der Entgelte für die Leistungen, die durch diese Verordnung erfasst werden. Die Vertragsparteien verstehen die in der HOAI beschriebenen Leistungsbilder häufig nicht nur als reine Honorarermittlungsgrundlage, sondern gleichzeitig als abschließende Leistungsbeschreibung der Planungsaufgabe. Grundsätzlich ist jedoch den werkvertraglichen Grundsätzen folgend auf den geschuldeten Planungserfolg abzustellen. Allerdings bieten die in den jeweiligen Leistungsbildern und -phasen beschriebenen Leistungen einen praktikablen Überblick über die für die Erarbeitung einer Planung notwendigen Arbeitsschritte.

Ebersbach führt dazu aus, dass sich der BGH weiter davon distanzieren, dass für den Planer das Werkvertragsrecht in seiner reinen Form gelte, also nur das Endergebnis zähle.² Demnach soll der Planer verpflichtet sein, die als Teilerfolge geschuldeten Arbeitsschritte entsprechend ihrer Aufzählung in den jeweiligen Leistungsbildern gemäß HOAI nacheinander und Schritt für Schritt zu erbringen. Der Inhalt der Leistungsphasen in den entsprechenden Leistungsbildern ist eine logische Abfolge von regelmäßig zu erbringenden Arbeitsschritten, die der Planer zu leisten hat. Die Leistungsphasen sind demnach nacheinander abzuarbeiten, bis sich am Ende der geschuldete Werkerfolg einstellt. Vorstellungen und Ideen, die der Planer im Verlauf einer Planung entwickelt, können nur dann im Sinne des Bestellers zufriedenstellend umgesetzt werden, wenn dieser im Planungsprozess aktiv mitwirkt. Vorläufig erarbeitete Zwischenergebnisse müssen regelmäßig, mindestens am Ende einer Leistungsphase, besprochen und abgestimmt werden. Nach Freigabe des endgültigen Ergebnisses durch den Auftraggeber bietet dieses eine fundierte Basis für den Planungsbeginn der darauffolgenden Phase. Insgesamt stellt der Planungsprozess von der Leistungsphase 1 bis 5 einen dynamischen, iterativen Vorgang dar.

Im Ergebnis kann festgestellt werden, dass die VOB klare Vorgaben zum Inhalt und zum Zeitpunkt der Planungsfertigstellung als Voraussetzung für die Baudurchführung macht. Die technische Planung muss grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgeschlossen sein und dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig – also vor Baubeginn und unter Beachtung erforderlicher Vorlaufzeiten – übergeben werden. Im Sinne der Leistungen gemäß HOAI besteht diese Planung im Wesentlichen aus einer zur Bauausführung freigegebenen Ausführungsplanung (detailliertes Gesamtergebnis aus den Leistungsphasen 1 bis 5) und einer eindeutigen Leistungsbeschreibung einschl. detailliertem Leistungsverzeichnis (Erarbeitung in der Leistungsphase 6). Das Erreichen dieses Planungsstands ist das Ergebnis aus einem iterativen Planungsprozess, in dem Leistungsphase für Leistungsphase nacheinander zu erbringen ist und nur unter aktiver Mitwirkung des Auftraggebers zum Gesamterfolg führen kann.

2.2 Planungsänderungen in der Projektabwicklung

Es wurde im vorherigen Abschnitt aufgezeigt, dass der Planungsprozess regelmäßig von einem iterativem Vorgehen geprägt ist. Die in Leistungsphase 2 der HOAI *Vorplanung* beschriebenen Leistungen verdeutlichen den Charakter eines dynamischen Prozesses auf dem Weg zu einer umsetzbaren, den Vorstellungen des Auftraggebers entsprechenden Planung. Eine wesentliche Leistung der Vorplanung im Leistungsbild *Gebäude und raumbildende Ausbauten* umfasst gemäß Anlage 11 der HOAI das „*Erarbeiten eines Planungskonzepts einschließlich Untersuchung der alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen mit zeichnerischer Darstellung und Bewertung [...]*.“ Die Diskussion der Lösungsmöglichkeiten mit dem Auftraggeber soll in der Folge zur Entscheidung führen, wie das Objekt letztlich zu realisieren ist.

Jedoch wird die Bedeutung von „gleichen Anforderungen“ von den Vertragsparteien oftmals unterschiedlich interpretiert, denn das „*Untersuchen von Lösungsmöglichkeiten nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen*“ ist in der Anlage 2 der HOAI als Besondere Leistung aufgeführt. Diese Unterscheidung ist – unter Berücksichtigung der vertraglich beschriebenen Leistungen – entscheidend dafür, ob der Planer Anspruch auf zusätzliches Honorar hat. So kann grundsätzlich die Frage aufgeworfen werden, wann eine Überarbeitung der Planung noch als vertraglich geschuldete Leistung des Planers anzusehen ist und wann eine Pla-

² Vgl. Ebersbach: Honorierung von Mehrfachplanungen (ZfBR 2009, 622), S. 623 mit Verweis auf BGH, Urteil v. 24.06.2004, VII ZR 259/02 und BGH, Urteil v. 11.11.2004, VII ZR 128/03.

nungsänderung bereits eine zusätzliche Leistung darstellt. Probleme im Zusammenhang mit Planerhonoraren für auftraggeberseitig geforderte Planungsänderungen sind jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags.³

Im Hinblick auf das Thema dieser Ausarbeitung kann zunächst zwischen Planungsänderungen vor und nach Bauvertragsschluss unterschieden werden. Planungsänderungen vor Vertragsschluss (präzise müsste hier auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabeunterlagen abgestellt werden) ziehen keine Modifikation des geschuldeten Bausolls nach sich. Die tägliche Baupraxis zeigt, dass die Planung mit dem Beginn der zweiten Phase des Bauprozesses – der Ausführungsphase – häufig nicht endgültig abgeschlossen ist. Dies bedeutet, dass zwar ein bestimmter Planungsstand Grundlage des geschlossenen Bauvertrags geworden ist, aber auftraggeberseitig noch kein endgültiger Stand erreicht wurde. Insofern können sämtliche den Planungsstand des Bauvertrags ändernde Planungsvorgänge als Planänderung angesehen werden. In diesem Beitrag liegt der Fokus auf Planungsänderungen nach Bauvertragsschluss, die somit regelmäßig Nachträge nach sich ziehen. Als Grundlage der weiteren Untersuchung wird daher in Abschnitt 2.2.1 der theoretische Weg zur Nachtragsvereinbarung in knapper Form skizziert.

Planungsänderungen nach Bauvertragsschluss können verschiedene Ursachen haben. Dies ist u. a. der zunehmend verbreiteten sog. baubegleitenden Planung, erst im Zuge der Bauausführung erkannten Planungsmängeln sowie nutzungsbedingt gewünschten oder genehmigungsrechtlich erforderlichen Änderungen geschuldet. In den Abschnitten 2.2.2 und 2.2.3 wird verdeutlicht, dass der gemäß den Regelwerken vorgesehene Weg zur Nachtragsvereinbarung für geänderte/zusätzliche Leistungen regelmäßig nicht eingehalten wird.

2.2.1 Von der Planungsänderung zur Nachtragsvereinbarung: Theorie im Sinne der Regelwerke

Nachträge sind Ergänzungen zu bereits bestehenden Hauptverträgen, die nach rechtsgültiger Vereinbarung deren Inhalt werden. Hinsichtlich der Planung dieser zusätzlichen/geänderten Leistungen besteht kein Erfordernis, abweichend zu der in Abschnitt 2.1 beschriebenen Trennung von Ausführung und Planung zu verfahren. Das bedeutet, dass der Auftraggeber nicht nur gemäß § 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B eine geänderte oder zusätzliche Bauleistung anordnen muss, sondern zudem die Erstellung der Planung für diese Leistung einschl. eines Leistungsverzeichnisses zu erbringen hat. Der Weg von einer Planungsänderung zur Nachtragsvereinbarung im Sinne der Regelwerke sieht grundlegend wie folgt aus:

- („Funktionale“) Beauftragung eines Planers mit der Nachtragsplanung durch den AG
- Nachtragsplanung durch AG-seitigen Planer (Lph 1-5)
- Aufstellung eines LV durch AG-seitigen Planer (Lph 6)
- „Konstruktive“ Anordnung der Nachtragsleistung durch den AG
- Erstellung eines Nachtragsangebots einschl. Nachtragskalkulation durch den AN
- AG-seitige Prüfung des Nachtragsangebots der Höhe nach

³ Vgl. zu dieser Fragestellung u. a. Motzke: Planungsänderungen (BauR 1994, 570); Jochem: Planungsänderungen (FS Heiermann 1995) sowie in Bezug auf die HOAI 2009 insbesondere Ebersbach: Honorierung von Mehrfachplanungen (ZfBR 2009, 622); Fuchs: Honorarmanagement (NZBau 2010, 671); Motzke: Zusatzhonorare (NZBau 2010, 137).

Zunächst beauftragt der Auftraggeber „funktional“ die technische Planung für die geänderten oder zusätzlichen Leistungen, die regelmäßig der AG-seitige Planer im Sinne der HOAI detailliert und eindeutig für eine technische Umsetzung je nach Erfordernis in den Leistungsphasen 1 bis 5 plant. Die „funktionale“ Beauftragung ist charakteristisch für das Verhältnis von Auftraggeber zu Planer, da es eben genau die Aufgabe des Planers ist, die Vorstellungen des Auftraggebers in eine ausführbare Planung umzusetzen. Im Anschluss sind die zu erbringenden Nachtragsleistungen in Form von Positionen zu beschreiben und in einem Leistungsverzeichnis zusammenzustellen. Inhaltlich entspricht dieser Arbeitsschritt einer Leistung der Leistungsphase 6 gemäß HOAI.

Erst auf Basis dieser planerischen Vorleistung ist der Auftraggeber in der Lage, die Nachtragsleistung „konstruktiv“ anzuordnen und ein Nachtragsangebot einzuholen. In Abgrenzung zu der zuvor erwähnten funktionalen Anordnung soll unter einer konstruktiven Anordnung eine solche verstanden werden, bei der dem Auftragnehmer eine ausführungsreife Planung der modifizierten Leistung einschl. eines detaillierten Leistungsverzeichnisses zur Verfügung gestellt wird.⁴ Der Auftragnehmer erstellt auf dieser Basis seine Nachtragskalkulation und übergibt das Nachtragsangebot zur Prüfung und Beauftragung an den Auftraggeber.⁵

Eine Prüfung des Nachtragsangebots „dem Grunde nach“ entfällt bei der beschriebenen Vorgehensweise der Nachtragsbearbeitung gänzlich. Der Auftraggeber prüft lediglich die vom Auftragnehmer angebotenen Einheitspreise, insbesondere hinsichtlich der VOB/B-gemäßen Bindung der vorgenommenen Kalkulation an die Preisermittlungsgrundlage oder an das Vertragspreisniveau. Bei konsequenter Einhaltung dieses Ablaufs würde nicht nur die Trennung von Planung und Ausführung aufrecht erhalten, sondern es würden die Chancen erhöht, im Sinne der VOB/B eine Einigung über die Nachtragsvergütung vor der Ausführung der Leistung zu erreichen. Es kann jedoch bereits nach dem Regelablauf die Frage aufgeworfen werden, ob der Aufwand für die erforderliche Nachtragsbearbeitung Bestandteil der für eine Nachtragsvergütung anzusetzenden kalkulatorischen Kosten sein darf oder evtl. durch Fortschreibung der Gemeinkosten bereits ist.

Vygen sieht bereits vor über 15 Jahren eine wesentliche Ursache für die vielen und häufig langwierigen Streitigkeiten der Bauvertragspartner über Grund und Höhe von Nachtragsforderungen darin, dass die Erstellung der Nachtragsplanung in der Praxis des Baugeschehens üblicherweise vom Auftragnehmer durchgeführt wird.⁶ Diese Problemstellung wird in Abschnitt 2.2.3 verdeutlicht. Zunächst wird in Abschnitt 2.2.2 aufgezeigt, dass Planungsänderungen auch in dem Fall zu Problemen führen können, wenn diese AG-seitig erstellt werden.

2.2.2 Planungsänderungen durch baubegleitende Planung

Beispielhaft wird im Folgenden auf die insbesondere bei Projekten nicht-öffentlicher Auftraggeber zunehmend verbreitete sog. baubegleitende Planung eingegangen. Diesem „Projektentwicklungsmodell“ folgend wird der Vertrag mit dem bauausführenden Unternehmer bereits auf Basis einer Entwurfsplanung geschlossen und die Ausführungsplanung erst parallel zur bereits laufenden Bauausführung erstellt. Die Ausführungsplanung wird durch AG-seitige Planer baubegleitend erstellt und – idealerweise nach der Freigabe durch den Auftraggeber – dem Auftragnehmer, der die Arbeitsvorbereitung und ggf. auch bereits Teile der

⁴ Die Begrifflichkeiten sind angelehnt an die Verwendung der Begriffe „Konstruktive Leistungsbeschreibung“ und „Funktionale Leistungsbeschreibung“ als Synonyme der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis bzw. mit Leistungsprogramm bei Simons: Bauplanung (Betriebswirt. Jahrestagung 1983), S. 26 f.

⁵ Vgl. zum beschriebenen Ablauf zur Nachtragsvereinbarung Vygen: Nachtragsangebote (FS Heiermann 1995), S. 318.

⁶ Vgl. Vygen: Nachtragsangebote (FS Heiermann 1995), S. 318.

Bauausführung bisher auf Basis der Entwurfsplanung ausführt, zur Verfügung gestellt. Bei diesem Vorgehen ergeben sich im Zuge der Erstellung der Ausführungsplanung häufig Planungsänderungen mit der Folge von Nachträgen.⁷

Grundsätzlich ergibt sich hierbei das Problem, dass Änderungen häufig nicht explizit angeordnet werden, sondern diese sich lediglich aus den geänderten Plänen ergeben.⁸ Es soll im Weiteren davon ausgegangen werden, dass die Übergabe von Ausführungsplänen, die Änderungen gegenüber der dem Bauvertrag zu Grunde gelegten Entwurfsplanung aufweisen, einer konkludenten Anordnung gleichzusetzen ist. Um eine Mehrvergütung für auf diesem Wege geänderte oder zusätzlich beauftragte Leistungen zu erhalten, müsste der Auftragnehmer nunmehr SOLL-IST-Abweichungen zwischen der vertraglich vereinbarten und der in der Ausführungsplanung beschriebenen Leistung erfassen, ein überarbeitetes Leistungsverzeichnis für die geänderten/zusätzlichen Leistungen erstellen und ein entsprechendes Nachtragsangebot kalkulieren. Der Weg von solchen Planungsänderungen zu einer Nachtragsvereinbarung würde nunmehr in Abänderung des im vorherigen Abschnitt aufgezeigten Regelablaufs wie folgt aussehen:

- Vom Bauvertrag abweichende Planung durch AG-seitigen Planer (Lph 5)
- „Konkludente“ Anordnung der Nachtragsleistung durch Planübergabe an den AN
- Aufstellung eines LV durch den AN (Lph 6)
- Erstellung eines Nachtragsangebots einschl. Nachtragskalkulation durch den AN
- Nachtragsbegründung durch den AN
- AG-seitige Prüfung des Nachtragsangebots dem Grunde und der Höhe nach

Es wird deutlich, dass der Auftragnehmer in dieser Fallkonstellation zwar keine Planungsleistungen im Sinne der Leistungsphasen 1 bis 5 der HOAI erbringen muss, aber dennoch gegenüber dem Regelablauf mehr Aufwand entsteht. Zudem darf der Aufwand, der teilweise über eine „einfache“ Nachtragsbegründung⁹ hinaus im Anschluss an die AG-seitige Prüfung dem Grunde nach entsteht, nicht unterschätzt werden. Am Rande kann angemerkt werden, dass auch dem Auftraggeber erheblicher Aufwand eben durch diese Prüfung von Nachtragsangeboten dem Grunde nach sowie durch die anschließenden Verhandlungen entsteht.¹⁰

Im Ergebnis wird deutlich, dass die in Kapitel 3 diskutierte Frage nach einer Vergütung der Nachtragsbearbeitung in Anbetracht der in der Praxis anzutreffenden Vorgehensweise zusätzliche Bedeutung gewinnt.

2.2.3 Funktionale Anordnungen ohne AG-seitige Planung

Wie bereits am Ende von Abschnitt 2.2.1 ausgeführt, ist es übliche Praxis, dass Anordnungen zu geänderten und zusätzlichen Leistungen nicht vom Auftraggeber detailliert geplant und beschrieben werden, sondern dem Auftragnehmer funktional angeordnet werden und diesem somit die technische Planung der Leistung

⁷ Es sollte jedoch nicht im Umkehrschluss davon ausgegangen werden, dass die baubegleitende Erstellung der Ausführungsplanung nicht zu Nachträgen führt, wenn der Auftragnehmer diese erstellt.

⁸ Vgl. zu solchen „*untergeschobenen Änderungen*“ auch Kumlehn: Geänderte und zusätzliche Leistungen (B+B 9/2005, 30) S. 32. Auf den regelmäßig ausgetragenen Konflikt zwischen der auftraggeberseitigen Sicht (keine Änderung, sondern Konkretisierung der vertraglich geschuldeten Leistung durch Planungsfortschritt) und der auftragnehmerseitigen Sicht (eindeutige Planänderung, die eine Preisanpassung erfordert) soll hier nur hingewiesen und nicht eingegangen werden.

⁹ Vgl. zur Nachtragsbegründung Abschnitt 3.2.1.

¹⁰ Für eine Erörterung der an dieser Stelle nicht vertieften Problematik siehe Hanusrichter: Nachtragsbearbeitung nach der HOAI 2009 (FS Wanninger 2010) sowie Prote: Nachtragsprüfung durch Objektüberwacher (FS Blecken 2011).

überlassen wird. Der Begriff „Anordnung“ ist in diesem Zusammenhang – vergleichbar mit der im vorherigen Abschnitt lediglich übergebenen geänderten Ausführungsplanung – im weiteren Sinne zu interpretieren. Häufig werden diese funktionalen Anordnungen im Zuge von Baustellenbegehungen oder -besprechungen mündlich vorgebracht¹¹, ohne dass bereits eine explizite Verständigung stattfindet, ob es sich um eine vergütungspflichtige Modifikation handelt und wer ggf. notwendige Planungsänderungen auszuführen hat.

Insofern verkürzt der Auftraggeber den Weg einer Planungsänderung, indem er nicht die in Abschnitt 2.2.1 beschriebene funktionale Beauftragung eines Planers vornimmt, um die geänderte oder zusätzliche Leistung im Anschluss dem Auftragnehmer konstruktiv vorzugeben, sondern direkt dem Auftragnehmer die Forderung nach der geänderten oder zusätzlichen Leistung funktional kommuniziert. Im Gegensatz zum Regelablauf fertigt der Auftraggeber also weder eine Planung dieser Leistungen gemäß den Leistungsphasen 1 bis 5 der HOAI an noch erstellt er ein Leistungsverzeichnis gemäß Leistungsphase 6, auf dessen Grundlage der Auftragnehmer sein Nachtragsangebot zu kalkulieren hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber zwar eine, zu einem bestimmten Zeitpunkt als abgeschlossen angesehene Ausführungsplanung bereit gestellt hat, aber der Planer für gewünschte oder erforderliche Anpassungen nicht mehr zur Verfügung stehen kann oder will oder der Auftraggeber diesen nicht für Planungsänderungen einsetzen will. Der Weg von solchen Anordnungen zu einer Nachtragsvereinbarung würde nunmehr wie folgt aussehen:

- „Konkludente“ Anordnung durch funktional formulierte Forderung einer vom Bauvertrag abweichenden Leistung durch den AG
- Technische Planung der Nachtragsleistung durch den AN (Lph 1-5)
- Aufstellung eines LV durch den AN (Lph 6)
- Erstellung eines Nachtragsangebots einschl. Nachtragskalkulation durch den AN
- Nachtragsbegründung durch den AN
- AG-seitige Prüfung der Planung auf Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit hinsichtlich der geforderten Leistung
- AG-seitige Prüfung des Nachtragsangebots dem Grunde und der Höhe nach

Um eine Mehrvergütung für auf diesem Wege geänderte oder zusätzlich beauftragte Leistungen zu erhalten, müsste der Auftragnehmer wie in 2.2.2 geschildert aus den Forderungen resultierende SOLL-IST-Abweichungen erfassen, ein überarbeitetes Leistungsverzeichnis erstellen und ein entsprechendes Nachtragsangebot kalkulieren. Zusätzlich müsste der Auftragnehmer die durch den Auftraggeber funktional angeordnete Leistung detailliert planen, um ein für eine prüfbare Kalkulation geeignetes Leistungsverzeichnis zu erstellen.

Abschließend soll die aus den Fällen resultierende Problematik angedeutet werden, in denen der Auftraggeber nicht von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht, sondern den Auftragnehmer lediglich um Unterbreitung eines (verbindlichen) Angebots für eine mögliche Leistungsmodifikation bittet. Auch die solchen Preisanfragen zu Grunde liegenden Beschreibungen der Änderungsüberlegungen haben regelmäßig einen funktionalen Charakter. Es würde also dem Auftragnehmer überlassen sein, die jeweils erforderlichen Planungsleistungen der Leistungsphasen 1 bis 6 gemäß HOAI zu erbringen, um ein verbindliches, prüfbares Angebot vorzulegen.

¹¹ Vgl. u. a. Marbach: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1795 sowie Brüggemann: Vergütung für Nachtragsbearbeitung (Wanninger 2005), S. 90.

Die bereits aufgeworfene Fragestellung nach einer Vergütung der Nachtragsbearbeitung muss also dahingehend ergänzt werden, ob Planungsleistungen als Bestandteil der Nachtragsbearbeitung oder ggf. separat zu vergüten sind. Auf mögliche Haftungsfragen hinsichtlich vom ausführenden Unternehmer erstellter Planung sei an dieser Stelle lediglich hingewiesen.¹²

3 Vergütung für den auftragnehmerseitigen Aufwand im Zuge von Nachtragsangeboten

Die vorherigen Ausführungen haben verdeutlicht, dass aus der häufig gelebten Praxis der Bearbeitung von Nachträgen insbesondere die Frage hervorgeht, ob und wie auftragnehmerseitige Leistungen und insbesondere Planungsleistungen im Rahmen der Erstellung von Nachtragsangeboten zu vergüten sind. Im Zusammenhang mit Anordnungen des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B wird die Vergütung für die sog. „Nachtragsbearbeitung“ oder „Nachtragserstellung“ insbesondere in der baurechtlichen Literatur vielfach diskutiert. Diese Diskussion wird zumeist auf die Frage nach dem Vorliegen eines Vergütungsanspruchs dem Grunde nach begrenzt. Neben den unterschiedlichen Ergebnissen fällt insbesondere auf, dass die genannten Begriffe unterschiedlich interpretiert werden und teilweise unklar bleibt, was unter diesen verstanden wird. Daher wird in Abschnitt 3.1 dargestellt, welche Leistungen dem Begriff Nachtragsbearbeitung zugeordnet werden.

Teilweise wird die Meinung vertreten, dass die Kosten der Nachtragsbearbeitung vollständig vom Auftragnehmer zu tragen sind. Zum Einen wird dies damit begründet, dass die Nachtragsbearbeitungskosten vollständig von den Gemeinkostensätzen erfasst seien.¹³ Zum Anderen wird angeführt, dass es sich um Akquisitionskosten einer Auftragsweiterung handle, die ohnehin weder vergütungs- noch erstattungspflichtig sein könnten. Dieses Argument geht jedoch in die selbe Richtung, da reine Akquisitionskosten regelmäßig Bestandteil der Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) sind. Daher wird im Abschnitt 3.2 der Frage nachgegangen, ob in den Gemeinkosten Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten enthalten sind.

Überwiegend wird in der Literatur ein Vergütungsanspruch für die Nachtragsbearbeitung bejaht, insbesondere regelmäßig in den Fällen, wenn dem Auftragnehmer im Zuge der Änderungsanordnung Planungsleistungen übertragen werden, die bislang vertraglich nicht geschuldet waren. Es ist jedoch fraglich, welches die korrekte Anspruchsgrundlage für eine Vergütung solcher Planungsleistungen sowie darüber hinausgehender Leistungen wäre. In Abschnitt 3.3 werden die verschiedenen Anspruchsgrundlagen für eine Vergütung der Nachtragsbearbeitung diskutiert. Ergänzend soll die Frage nach der Vergütung einer (Nachtrags-)Angebotserstellung für solche Fälle diskutiert werden, in denen der Auftraggeber nicht von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht, sondern zunächst nur eine Angebotskalkulation für eine mögliche Leistungsmodifikation wünscht.

Abschließend werden in Abschnitt 3.4 Ansätze für die Bestimmung der Höhe der Vergütung für die auftragnehmerseitige Nachtragsbearbeitung diskutiert. Es zeigt sich, dass regelmäßig und somit unabhängig von auftraggeberseitigen Anordnungen auf die Vergütungsregelung gemäß § 632 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden muss.

¹² Vgl. dazu u. a. Motzke: Unternehmer als Planer (FS Kapellmann 2007).

¹³ Vgl. u. a. Krebs/Schuller: Kosten der Nachtragsbearbeitung (BauR 2007, 636), S. 640 sowie Kandel in Preussner/Kandel (2011), VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 73.

3.1 Auftragnehmerseitige Leistungen im Zuge der Bearbeitung von Nachträgen

Die Nachtragskalkulation, also die Ermittlung von geänderten Preisen oder Preisen für zusätzliche Leistungen, wird regelmäßig als Bestandteil der Nachtragsbearbeitung angesehen. Zudem wird das Aufstellen der Leistungsbeschreibung für eine geänderte/zusätzliche Leistung immer dann der Nachtragsbearbeitung zugerechnet, wenn der Auftraggeber diese Leistung an den Auftragnehmer überträgt oder jedenfalls keine detaillierte Leistungsbeschreibung zur Verfügung stellt.¹⁴ Dabei muss beachtet werden, dass – mit Ausnahme von Änderungen, die sehr geringen Einfluss auf die bestehende technische Planung haben – regelmäßig davon auszugehen ist, dass vor dem Aufstellen einer Leistungsbeschreibung für geänderte und/oder zusätzliche Leistungen weitere technische Planungsleistungen zu erbringen sind. *Kandel* nennt die Erbringung von Planungsleistungen, die im Sinne von § 3 Abs. 1 VOB/B ursprünglich vom Auftraggeber geschuldet sind, als Bestandteil der Nachtragsbearbeitung.¹⁵ *Althaus/Bartsch* fassen unter dem Begriff Nachtragsbearbeitung sämtliche zur Ausführung einer angeordneten Leistungsänderung erforderlichen Planungsleistungen.¹⁶

Weise hingegen unterscheidet zwischen der „reinen“ Nachtragsbearbeitung im Sinne einer Nachtragskalkulation und angeordneten (zusätzlichen) planerischen Leistungen.¹⁷ Demzufolge wären die planerischen Leistungen, die notwendig sind, um die Nachtragskalkulation durchzuführen, entweder grundsätzlich nicht Bestandteil der Nachtragsbearbeitung oder wenigstens in dem Fall nicht, wenn diese Planungsleistungen angeordnet wurden. Entgegen dieser Ansicht erscheint es sachgerechter, die zur Ausführung einer angeordneten Leistungsmodifikation erforderlichen Planungsleistungen grundsätzlich der Nachtragsbearbeitung zuzurechnen.

Darüber hinaus wird auch die Nachtragsbegründung – bestehend aus dem Auffinden modifizierter Sachverhalte sowie insbesondere dem Nachweis dem Grunde nach – der Nachtragsvorbereitung und -erstellung zugerechnet.¹⁸ Diese Auffassung kann derart interpretiert werden, dass die Nachtragsbegründung zwar der Nachtragsbearbeitung, nicht aber der Nachtragsbearbeitung zuzuordnen ist. Demzufolge stellt der Begriff Nachtragsbearbeitung einen weit gefassten Begriff dar, der nicht nur Leistungen umfasst, die auf die unmittelbare Erstellung des Nachtragsangebots gerichtet sind.

Marbach versteht unter der Nachtragsbearbeitung den gesamten Bearbeitungsvorgang des Auftragnehmers, der sich von der Nachtragsbearbeitung, -vorbereitung und -erstellung bis zur Nachtragsabrechnung erstreckt. Diese Definition umfasst u. a. typische Planungsleistungen gemäß HOAI wie die Fertigung von Ausführungsplänen, Mengenermittlungen und das Aufstellen von Leistungsverzeichnissen sowie auch baubetriebliche Leistungen, um die notwendigen Änderungen des Planungs- und Bauablaufs der betroffenen Gewerke zu koordinieren.¹⁹ Es ist festzustellen, dass den hier explizit aufgeführten baubetrieblichen Leistungen insgesamt in der Literatur wenig Beachtung gewidmet wird. Leistungsmodifikationen können jedoch erheblichen Einfluss auf den geplanten Bauproduktionsprozess haben und eine Überarbeitung der Verfahrenspla-

¹⁴ Vgl. u. a. Keldungs in Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 41; Reister: Nachträge (2007), S. 539; Kapellmann/Schiffers: Einheitspreisvertrag (2006), Rn. 1108.

¹⁵ Vgl. Kandel in Preussner/Kandel (2011), VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 70.

¹⁶ Vgl. Althaus/Bartsch in Althaus/Heindl (2010), Teil 4 Rn. 232.

¹⁷ Vgl. Weise: Vergütung für Nachtragsbearbeitung (NJW-Spezial 2007, 444), S. 444 f.

¹⁸ Vgl. insb. Kapellmann/Schiffers: Einheitspreisvertrag (2006), Rn. 1108 sowie Reister: Nachträge (2007), S. 539 und Althaus/Bartsch in Althaus/Heindl (2010), Teil 4 Rn. 232.

¹⁹ Vgl. Marbach: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1796 f.

nung, der Kapazitäts- und Terminplanung, der Material- und Bereitstellungsplanung als auch der Baustelleneinrichtungsplanung erforderlich machen. Insbesondere bei diesen zusätzlichen Leistungen der Arbeitsvorbereitung muss beachtet werden, dass diese größtenteils nicht bereits vor der Erstellung eines Nachtragsangebots erbracht werden, aber trotzdem in unmittelbarem kausalem Zusammenhang mit auftraggeberseitig angeordneten Leistungsmodifikationen stehen.

Im Ergebnis sind dem Begriff Nachtragsbearbeitung sämtliche Leistungen des Auftragnehmers zuzuordnen, die durch eine auftraggeberseitig zu vertretende Abweichung von der vertraglich beschriebenen auszuführenden Bauleistung erforderlich werden und die nicht bereits Bestandteil der im Nachtragsleistungsverzeichnis erfassten modifizierten Bauleistung sind.

Die Leistungen der Nachtragsbearbeitung können in folgende Bereiche kategorisiert werden:

- **Nachtragserfassung und -begründung**
(Erfassung der SOLL-IST-Abweichung und Anspruchsdarlegung dem Grunde nach)
- **Technische Nachtragsplanung**
(im wesentlichen Planungsleistungen im Sinne der Leistungsphasen 1 bis 6 gemäß HOAI)
- **Nachtragskalkulation**
(Ermittlung von geänderten Preisen oder Preisen für zusätzliche Leistungen einschl. Verhandlung mit Nachunternehmern)
- **Arbeitsvorbereitung für Nachtragsleistung**
(Verfahrens-, Kapazitäts-, Termin-, Material-, Bereitstellungs- und Baustelleneinrichtungsplanung)
- **Nachtragsabrechnung**

Damit ist jedoch nicht geklärt, welche Leistungsbestandteile der Nachtragsbearbeitung einen zusätzlichen Vergütungsanspruch auslösen können und wie dieser der Höhe nach zu berechnen wäre. Zunächst soll daher der Frage nachgegangen werden, ob bereits Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten in den Gemeinkosten enthalten sind.

3.2 Enthalten Gemeinkosten Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten?

Bereits einleitend wurde die teilweise vertretene Meinung genannt, dass die Kosten der Nachtragsbearbeitung vollständig vom Auftragnehmer zu tragen seien, da diese Kosten vollständig von den Gemeinkostenätzen erfasst seien. So rechnet beispielweise *Keldungs* die internen Kosten der Nachtragskalkulation durch einen Bauleiter oder Kalkulator den AGK zu.²⁰ Die Kosten der Bauleitung werden kalkulatorisch jedoch regelmäßig in den Baustellengemeinkosten (BGK) erfasst. *Kandel* lehnt eine Unterscheidung in interne und externe Kosten ab und führt aus, dass die Kosten der Nachtragskalkulation grundsätzlich den AGK des Auftragnehmers zuzuordnen seien, welche wiederum bereits Bestandteil der Ermittlung des Nachtragspreises sind und daher keine doppelte Berücksichtigung dieser Kosten vorgenommen werden dürfe.²¹ *Krebs/Schuller* führen aus, dass nicht nur die Kosten der Angebotserstellung für die Erlangung eines Auftrags, sondern

²⁰ Einen Mehrvergütungsanspruch jedoch für externe Nachtragsbearbeitungskosten bejahend: *Keldungs* in *Ingenstau/Korbion* (2010), VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 41.

²¹ Vgl. *Kandel* in *Preussner/Kandel* (2011), VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 73.

ebenfalls die Kosten der Erarbeitung und Begründung eines Nachtragsangebots regelmäßig Bestandteil der AGK des Auftragnehmers seien.²²

In diesen Ansichten wird ein erheblicher Unterschied deutlich. Bei der Frage, ob Gemeinkosten Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten enthalten, muss zwischen den ursprünglich kalkulierten Gemeinkosten und den in der Nachtragsvergütung einkalkulierten Gemeinkosten unterschieden werden. Darüber hinaus sollte entgegen dem Begriff Gemeinkosten eindeutig zwischen BGK und AGK unterschieden werden.

3.2.1 Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten in den BGK

Die im Hauptangebot kalkulierten BGK liefern definitionsgemäß zunächst keine Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten. Als BGK sind in der Angebotskalkulation nur die direkten Gemeinkosten der Baustelle enthalten, deren Entstehen der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Angebotserstellung absehen kann. Ferner gibt es keine allgemeingültige Fortschreibung der BGK bei der Ermittlung der Nachtragsvergütung. Gemäß Ziffer 4.6.2 des Leitfadens zur Vergütung bei Nachträgen im Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB) kommt eine „*Änderung der Baustellengemeinkosten [...] nur in Betracht, wenn durch [...] geänderte oder zusätzliche Leistungen [...] auch die Höhe dieser Gemeinkosten beeinflusst wird.*“ Zusätzliche BGK werden im Zuge der Ermittlung der Nachtragsvergütung regelmäßig nur dann angesetzt, wenn diese nachweisbar in kausalem Zusammenhang mit der jeweiligen Anordnung des Auftraggebers stehen.²³

Althaus/Bartsch nennen die Kalkulation von BGK mit vorbestimmten Zuschlägen als Ausnahme von dieser nicht-linearen BGK-Fortschreibung bei Nachträgen und kommen zu dem Ergebnis, dass diese Vergütung alle Arten von BGK beinhalte, „*also auch die auf der Baustelle angefallene Nachtragsbearbeitung*“.²⁴ Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, da kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der gewählten Art der Kalkulation des Auftragnehmers und dem Anspruch auf zusätzliche Vergütung besteht. Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass in den BGK im Regelfall keine Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten enthalten sind.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass Bieter bereits bei der Angebotserstellung bestimmte Ressourcen, z. B. Projektleitungs- oder Bauleitungskapazitäten, für einen zu erwartenden Nachtragsbearbeitungsaufwand kalkulatorisch berücksichtigen. Diese Leistungs- oder Kapazitätsreserven müssten bei der Vergütung von Nachtragsbearbeitungsleistungen berücksichtigt werden, was zu der Frage führt, welchen Umfang diese kalkulatorischen Kapazitäten haben. Dies wird der Angebotskalkulation regelmäßig nicht zu entnehmen sein.

Kapellmann führt aus, dass ohnehin eine „*gewisse Stundenanzahl*“ für die Bearbeitung von Nachträgen zur „*Allgemeinleistung*“ der Bauleitung gehöre. Zugleich stellt er fest, dass eine Ermittlung dieser Reserven praktisch nicht durchführbar sei und demnach eine „*Schwankungsreserve*“ von 10 % anzusetzen sein könnte.²⁵ *Althaus/Bartsch* führen aus, dass davon ausgegangen werden könne, dass der Auftragnehmer eine „*übliche Nachtragsbearbeitung als Anteil der kalkulierten Baustellengemeinkosten berücksichtigt hat*“.²⁶ *Marbach* hingegen vertritt die Ansicht, dass bei der Angebotskalkulation nicht angenommen werden könne,

²² Vgl. Krebs/Schuller: Kosten der Nachtragsbearbeitung (BauR 2007, 636), S. 639.

²³ Vgl. Kapellmann/Schiffers: Einheitspreisvertrag (2006), Rn. 1007 f. sowie Althaus/Bartsch in Althaus/Heindl (2010), Teil 4 Rn. 234.

²⁴ Vgl. Althaus/Bartsch a. a. O. Fn. 500.

²⁵ Vgl. Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 153 f.

²⁶ Althaus/Bartsch in Althaus/Heindl (2010), Teil 4 Rn. 234.

dass üblicherweise oder jedenfalls in einem gewissen Umfang mit der Ausführung von geänderten oder zusätzlichen Leistungen gerechnet werden müsse, da „jede Nachtragsbearbeitung im Zeitpunkt der Abgabe des Hauptangebotes nicht vorab erfassbare Mehrkosten im Unternehmen auslöst.“²⁷ Unstrittig kann festgestellt werden, dass Bieter mit steigender kalkulierter Kapazitätsreserve ihre Wettbewerbsposition zur Erlangung eines Auftrags verschlechtern. Ebenso werden Auftraggeber wenig Verständnis dafür aufbringen, wenn ein Bieter außergewöhnlich hoch kalkulierte BGK damit begründet, dass er davon ausgehe, dass es im Laufe der Bauausführung zu einer Vielzahl von Nachträgen kommen wird.

Um zu untersuchen, ob ggf. Teile der Nachtragsbearbeitung zur „Allgemeinleistung“ der Bau- oder Projektleitung gehören und somit als „übliche Nachtragsbearbeitung“ zu kalkulieren sind, kann die in Abschnitt 3.1 vorgenommene Kategorisierung herangezogen werden. Technische Planung, Kalkulation und grundlegende Arbeitsvorbereitung²⁸ sind Arbeitsprozesse in Bauunternehmen, die regelmäßig nicht von der Bauleitung durchgeführt werden. Insofern kann die Ansicht vertreten werden, dass diese Prozesse auch als Nachtragsbearbeitungsleistungen – also die technische Nachtragsplanung, Nachtragskalkulation und die Arbeitsvorbereitung für die Nachtragsleistung – nicht als regelmäßige und somit in der Angebotskalkulation zu berücksichtigende Leistungen der Bauleitung anzusehen sind.

Dagegen kann die Erfassung von SOLL-IST-Abweichungen als eine grundsätzlich zu erbringende Leistung des Auftragnehmers angesehen werden, da er ohnehin für die Sicherstellung einer vertragsgemäßen Ausführung verantwortlich ist.²⁹ Sofern nunmehr solche Abweichungen festgestellt werden, für die der Auftragnehmer eine Mehrvergütung anstrebt, sollte er zwei Schritte zur Nachtragsbegründung vornehmen, bevor der weitere Nachtragserstellungsprozess abgestimmt und eingeleitet wird. Erstens sollte der Auftraggeber auf die festgestellte Abweichung von der vertraglich beschriebenen Leistung hingewiesen werden und zweitens sollten unter Verweis auf mögliche Anspruchsgrundlagen Mehrvergütungsansprüche angekündigt werden. Die vom Auftragnehmer für die Leitung der Baustelle vorgesehenen Personalkapazitäten sollten insgesamt derart ausreichend kalkuliert sein, um auch Leistungen zur Nachtragserfassung und -begründung im beschriebenen Umfang zu erbringen. Es wird daher im Weiteren davon ausgegangen, dass eine solche Nachtragserfassung und -begründung bereits Bestandteil der kalkulierten BGK ist.

Die Abrechnung der ausgeführten Bauleistung stellt ebenfalls eine grundsätzlich zu erbringende Leistung des Auftragnehmers dar. Die erforderliche Feststellung von Art und Umfang der ausgeführten Leistung wird hauptsächlich vom leitenden Personal der Baustelle erbracht. Der Auftragnehmer ist gemäß § 14 VOB/B zur Abrechnung seiner Leistungen verpflichtet, wobei er Änderungen und Ergänzungen des Vertrags in der Rechnung besonders kenntlich zu machen hat. Demnach bezieht sich die Verpflichtung zur Abrechnung bereits umfänglich auf eine sämtliche Nachträge umfassende Schlussrechnung. Trotz der zuweilen beträchtlichen Kosten einer Abrechnung hat der Auftragnehmer diese Kosten zu tragen.³⁰ Dies wird insbesondere an

²⁷ Vgl. Marbach: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1800.

²⁸ Die Arbeitsvorbereitung wird regelmäßig vor Beginn von Baumaßnahmen und somit nicht von der Bauleitung erbracht, obgleich die Bauleitung in Fällen einer notwendigen Überarbeitung während der Bauausführung gefordert sein wird.

²⁹ Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Zudem ergibt sich aus dem Überwachungsrecht des Auftraggebers keine Überwachungspflicht, auf die sich der Auftragnehmer berufen könnte, vgl. Nicklisch in Nicklisch/Weick (2001) VOB/B § 4 Rn. 28.

³⁰ Vgl. Voit in Ganten/Jagenburg/Motzke (2008) VOB/B § 14 Abs. 1 Rn. 111.

§ 14 Abs. 4 VOB/B deutlich, wonach Auftraggeber im Falle des Fehlens einer prüfbaren Schlussrechnung berechtigt ist, diese auf Kosten des Auftragnehmers aufzustellen.³¹

Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, dass davon auszugehen ist, dass die Nachtragserfassung, -begründung und -abrechnung bereits kalkulatorisch Bestandteil der BGK sind. Somit ist bei der weiteren Betrachtung möglicher Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten aus Gemeinkosten auf die AGK des Auftragnehmers abzustellen.

3.2.2 Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten in den AGK

Dabei ist ebenfalls die oben genannte Unterscheidung zwischen den in der Angebotskalkulation eingerechneten AGK und den in der Nachtragsvergütung ggf. enthaltenen und somit zusätzlichen AGK zu beachten. AGK setzen sich in der Regel aus solchen Kosten zusammen, die nicht einem bestimmten Bauauftrag zugerechnet werden können, sondern durch den Betrieb als Ganzes entstehen.³² Eine Zurechnung von Angebotserstellungskosten zu den AGK ist zweckmäßig, da sich Angebotserstellungskosten zwar konkreten Projekten zuordnen lassen, diese aber unabhängig von einer erfolgreichen, also in einem Auftrag mündenden Akquisition anfallen. An dieser Stelle knüpfen die genannten Argumentationen an, die zu einer Ablehnung eines Vergütungsanspruchs für auftragnehmerseitige Nachtragsbearbeitung führen. Die Erstellung eines Nachtragsangebots diene dem ureigenen Interesse des Auftragnehmers³³ und wird in der Folge fälschlicherweise mit der Erstellung von Angeboten vor Vertragsschluss gleichgesetzt. Dabei werden zwei wesentliche Aspekte verkannt.

Erstens kann die Nachtragsbearbeitung nicht mit einer Akquisition eines neuen Auftrags verglichen werden, da der Auftragnehmer auf die Anordnung des Auftraggebers hin tätig werden muss. Es kann kein neuer Auftrag akquiriert werden, denn es besteht bereits ein, eben das Anordnungsrecht des Auftraggebers begründendes, Vertragsverhältnis. Somit ist in der Nachtragsbearbeitung kein freies unternehmerisches Handeln, sondern vielmehr das Erfüllen der bauvertraglichen Kooperationspflicht zu sehen.³⁴ Demzufolge ist auch das unter anderem von *Weise* genannte Argument, dass § 632 Abs. 3 BGB grundsätzlich einer Vergütung der Nachtragskalkulation entgegenstehe³⁵, abzulehnen.³⁶ Der werkvertragliche Grundsatz, Kostenanschläge nicht zu vergüten, ist eben nicht auf Nachtragsangebote anwendbar, da in § 632 Abs. 3 BGB solche Arbeiten gemeint sind, „*die letztlich nicht Gegenstand der werkvertraglichen Unternehmerverpflichtung sind, sondern dazu dienen, den Parteien eine Grundlage für ihre Vertragsentschließung zu schaffen*“³⁷.

Zweitens können Nachtragsbearbeitungskosten – im Gegensatz zu Angebotserstellungskosten – konkreten Bauaufträgen zugerechnet werden. Somit sind diese Kosten der Systematik der Zuschlagskalkulation folgend entweder als direkte Kosten der geänderten/zusätzlichen Leistung, wenigstens als direkte Kosten der Bau-

³¹ Ergänzend kann argumentiert werden, dass die Abrechnung einen Prozess darstellt, der zwar durch geänderte und zusätzliche Leistungen ebenfalls geändert wird, diese Modifikation aber zwangsläufig vor der eigentlichen Abrechnung eintritt, so dass ein (erheblicher) zusätzlicher Abrechnungsaufwand regelmäßig nicht zu erwarten ist und zudem nicht ohne weiteres nachweisbar wäre.

³² Vgl. Definition von AGK bei Drees/Paul: Kalkulation (2008), S. 35.

³³ Vgl. Krebs/Schuller: Kosten der Nachtragsbearbeitung (BauR 2007, 636), S. 638.

³⁴ Nach ständiger Rechtssprechung des BGH haben die Vertragsparteien die Kooperationsverpflichtung, die Vereinbarung neuer Preise sachgerecht zu fördern, vgl. bspw. BGH, Urteil v. 28.10.1999, VII ZR 393/98.

³⁵ Vgl. Weise: Vergütung für Nachtragsbearbeitung (NJW-Spezial 2007, 444), S. 444.

³⁶ Zum gleichen Ergebnis kommend, Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 146.

³⁷ Busche in Säcker/Rixecker (2009) MüKo-BGB § 632 Rn. 7.

stelle, keinesfalls jedoch als nicht konkreten Projekten zuordenbare Kosten der unternehmerischen Tätigkeit zu behandeln.

Es zeigt sich, dass die Gleichsetzung von Nachtragsbearbeitungskosten mit Angebotserstellungskosten nicht sachgerecht ist, um zu argumentieren, dass Nachtragsbearbeitungskosten bereits Bestandteil der AGK seien. Es kann zudem in knapper Form aufgezeigt werden, dass die Ansichten, Nachtragsbearbeitungskosten seien grundsätzlich Bestandteil der kalkulierten AGK, ebenfalls nicht überzeugen.

Gemäß dem in der Bauwirtschaft gängigen Kalkulationsschema wird im Rahmen der Angebotspreisbildung der Deckungsbeitrag für AGK mittels prozentualer Zuschläge auf die Herstellkosten kalkuliert. Der Zuschlagsatz ergibt sich aus Division der jeweils für eine Abrechnungsperiode erwarteten Geschäftskosten durch die erwartete Gesamtleistung. Wenn nun Nachtragsbearbeitungskosten in den AGK erfasst würden, müsste eine Vorausbestimmung dieser zu erwartenden Kosten für eine Abrechnungsperiode erfolgen. Es kann angenommen werden, dass Nachtragsbearbeitungskosten projektspezifisch stark variieren und die Prognosegenauigkeit daher geringer wäre als beispielsweise für Angebotserstellungskosten je Periode. Zudem haben Auftragnehmer erheblich weniger Einfluss auf die Entstehung von Nachtragsbearbeitungskosten auf Grund der Anordnungsrechte des Auftraggebers. In der Konsequenz müssten Auftragnehmer einen Risikozuschlag einkalkulieren, um Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten unabhängig von deren konkreter Verursachung zu erwirtschaften und eine angemessene Vergütung für das unternehmerische Risiko zu erhalten.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass in AGK-Sätzen zwar regelmäßig Angebotserstellungskosten berücksichtigt werden, jedoch keine expliziten Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten kalkuliert werden.

Die Frage, ob die in der Nachtragsvergütung einkalkulierten AGK Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten beinhalten, müsste bereits mit Verweis auf die obige Feststellung verneint werden. Wenn nämlich Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten regelmäßig kein expliziter Bestandteil von AGK-Sätzen sind, welche im Rahmen der Nachtragskalkulation unverändert aus der Urkalkulation zu übernehmen sind, können auch die in der Nachtragsvergütung einkalkulierten AGK keine Deckungsbeiträge für Nachtragsbearbeitungskosten beinhalten.

Es wurde jedoch ebenfalls festgestellt, dass Angebotserstellungskosten regelmäßig Bestandteil der AGK sind. Nunmehr könnte abgeleitet werden, dass durch den auf Angebotserstellungskosten entfallenden Anteil der in der Nachtragsvergütung einkalkulierten AGK regelmäßig ein Deckungsbeitrag für Nachtragsbearbeitungskosten erwirtschaftet wird. Eine zusätzliche Vergütung der Nachtragsbearbeitung würde demnach zu einer doppelten Berücksichtigung führen.³⁸ Die diesem Ansatz zugrunde liegende Annahme, dass Nachträge zwangsläufig zu einer Erhöhung der erlösten AGK führen, geht jedoch fehl.

Bei der Ermittlung der Nachtragsvergütung für geänderte Leistungen gilt, dass mindestens die ursprünglich kalkulierten AGK erhalten bleiben müssen, also auch in dem Fall, wenn die Leistungsänderung wegen verringerter direkter Kosten insgesamt zu einer verringerten Abrechnungssumme führt. In solchen Fällen bleiben die erlösten Deckungsbeiträge für AGK zunächst unverändert. Im Falle einer nachtragsbedingten Erhöhung der Abrechnungssumme werden die direkten Kosten geänderter oder zusätzlicher Leistungen mit dem Satz für AGK der Angebotskalkulation beaufschlagt³⁹, so dass dann regelmäßig ein zusätzlicher

³⁸ Vgl. Kandel in Preussner/Kandel (2011), VOB/B § 2 Nr. 5 Rn. 73.

³⁹ Vgl. Kapellmann/Schiffers: Einheitspreisvertrag (2006), Rn. 1005 f.

Deckungsbeitrag für AGK erlöst wird. Unstrittig ist jedoch, dass in beiden Fällen auftragnehmerseitiger Aufwand für eine Nachtragsbearbeitung entsteht.⁴⁰

Die nur im Falle einer erhöhten Abrechnungssumme resultierende zusätzliche Vergütung, die kalkulatorisch eine Erhöhung der erwirtschafteten Deckungsbeiträge für AGK bewirkt, muss nicht individuell kausal belegt werden, sondern wird grundsätzlich gewährt. Dies liegt darin begründet, dass die tatsächliche Abrechnungssumme, wenigstens jedoch die ursprüngliche Angebotssumme, als Maß für die im Unternehmen gebundenen Kapazitäten dient. Es kann festgestellt werden, dass nachtragsbedingt zusätzlich erlöste Deckungsbeiträge in keinem kausalen Zusammenhang mit den Aufwendungen für die Bearbeitung von Nachträgen stehen.

3.2.3 Ergebnis der Untersuchung der Gemeinkosten

Allgemein gilt, dass die Vergütung für geänderte/zusätzliche Leistungen alle Kostenauswirkungen erfassen sollte.⁴¹ Eine Neuberechnung der Vergütung ist immer dann erforderlich, wenn eine Anordnung des Auftraggebers das geschuldete Leistungssoll abändert und sich unter Beibehaltung des bisherigen Preises eine Veränderung des Gewinns des Auftragnehmers ergeben würde⁴². Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass „*Nachtragsbearbeitungskosten vom Auftragnehmer nicht zu Lasten seines Gewinnanteils oder der Deckungsbeiträge aufgefangen werden müssen.*“⁴³ In der logischen Konsequenz müssen die im Rahmen der Nachtragsbearbeitung zusätzlich zu erbringenden Leistungen grundsätzlich zu einem Anspruch auf zusätzliche Vergütung führen.

Anhand dieser Definition kann festgestellt werden, dass sämtliche im Rahmen von Nachträgen erforderlich werdenden technischen und baubetrieblichen Planungsleistungen sowie die Kalkulation des Nachtragsangebots neben der Vergütung für die Ausführung der geänderten/zusätzlichen Leistung einen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach sich ziehen müssten.

Im Ergebnis ist also regelmäßig davon auszugehen, dass die Nachtragserfassung, -begründung und -abrechnung bereits kalkulatorisch Bestandteil der Gemeinkosten sind. Für die Kosten der im Rahmen von Nachträgen erforderlich werdenden

- **technischen Nachtragsplanung,**
- **Nachtragskalkulation sowie**
- **Arbeitsvorbereitung für die Nachtragsleistung**

sind keine Deckungsbeiträge in den Gemeinkosten enthalten, so dass im folgenden der Frage nach möglichen Anspruchsgrundlagen für eine Vergütung nachgegangen werden soll.

3.3 Vergütung der Nachtragsbearbeitung dem Grunde nach

In der Literatur werden verschiedene Anspruchsgrundlagen für eine Vergütung der Nachtragsbearbeitung diskutiert. In Abhängigkeit vom Vorliegen einer konkreten Anordnung der Nachtragsleistung, vom Vorlie-

⁴⁰ Diese Problematik ist anschaulich dargestellt in Duve/Richter: Bearbeitung von Nachträgen (BauR 2007, 1490). Krebs/Schuller: Kosten der Nachtragsbearbeitung (BauR 2007, 636), S. 640, erkennen zwar den teilweise erheblichen Aufwand, lehnen aber im Ergebnis eine Nachtragsvergütung selbst dann ab, wenn dadurch eine (kalkulatorische) Unterdeckung der Gemeinkosten entsteht.

⁴¹ Vgl. Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt (2010), VOB/B § 2 Rn. 225.

⁴² Vgl. Schoofs in Leinemann (2010), VOB/B § 2 Rn. 206.

⁴³ Marbach: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1803.

gen einer konkreten Anordnung von (Teil-)Leistungen der Nachtragsbearbeitung sowie von der Art und dem Umfang der Nachtragsbearbeitung kommen verschiedene Anspruchsgrundlagen in Betracht. Diese zunächst juristische Fragestellung ist insofern aus baubetriebswirtschaftlicher Sicht nicht unerheblich, da die Bestimmung der Höhe der Vergütung je nach zutreffender Anspruchsgrundlage unterschiedlich sein kann.

Vorab kann bereits ausgeschlossen werden, dass Bearbeitungskosten im Rahmen von technischen Nachträgen auf Grundlage von § 6 Abs. 6 VOB/B als Schadenersatz geltend gemacht werden können. Dies liegt nach herrschender Meinung darin begründet, dass es bei Anordnungen gemäß § 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B an einer vertragswidrigen Handlung des Auftraggebers fehlt.⁴⁴

3.3.1 Vergütung der Nachtragsbearbeitung infolge von Anordnungen

Für eine Vergütung der Nachtragsbearbeitung kommen Anspruchsgrundlagen gemäß § 2 VOB/B in Frage. Eine eindeutige Abgrenzung zwischen den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen erweist sich teilweise als schwieriges Vorhaben. So führt beispielsweise *Jansen* aus, die Nachtragsbearbeitung könne nur nach § 2 Abs. 5 VOB/B abgerechnet werden, um hinzuzufügen, dass die Kosten der Nachtragsbearbeitung als zusätzliche Leistung vergütungsfähig seien.⁴⁵ Der Begriff der zusätzlichen Leistung wird jedoch in der Regel mit § 1 Abs. 4 i. V. m. § 2 Abs. 6 VOB/B assoziiert. Als weiteres Beispiel für die Problematik eindeutiger Abgrenzung kann die von *Kapellmann* vertretene Meinung, dass § 2 Abs. 9 VOB/B ein Unterfall der zusätzlichen Leistung und somit eine entbehrliche Vorschrift sei, angeführt werden.⁴⁶

Sofern der Auftraggeber gemäß § 1 Abs. 3 oder 4 VOB/B eine geänderte/zusätzliche technische Leistung angeordnet hat, sind Ansprüche des Auftragnehmers auf Vergütung der Nachtragsbearbeitung

- als direkte Kosten der geänderten/zusätzlichen Leistung gemäß § 2 Abs. 5/6 VOB/B,
- als eigenständige zusätzliche Leistung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B,
- als dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechende Leistungen, die für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B⁴⁷ sowie
- als auftraggeberseitig verlangte Planungsleistung gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B

denkbar.

Eine Vergütung der Nachtragsbearbeitung als direkte Kosten der geänderten/zusätzlichen Leistung knüpft an den Grundgedanken an, dass die Nachtragsvergütung alle Kostenauswirkungen modifizierter Leistungen erfassen solle.⁴⁸ Gemäß dieser Vorgehensweise müssten Nachtragsbearbeitungskosten als Bestandteil des Nachtragsangebots für die Bauleistung, auf die sich die Anordnung konkret bezieht, kalkuliert werden. Demzufolge stellt die Nachtragsbearbeitung keine eigenständige (angeordnete oder verlangte) Leistung, sondern

⁴⁴ Vgl. *Jansen* in *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008) VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 54 mit Verweis auf *Thode*: Nachträge (ZfBR 2004, 214) sowie *Kandel* in *Preussner/Kandel* (2011), VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 73.

⁴⁵ Vgl. *Jansen* in *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008) VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 54.

⁴⁶ Vgl. *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* (2010), VOB/B § 2 Rn. 315.

⁴⁷ Obwohl § 2 Abs. 8 VOB/B gerade dann anzuwenden ist, wenn der Auftragnehmer Leistungen ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag erbringt, erscheint es sachgerecht, diese mögliche Anspruchsgrundlage in diesem Abschnitt trotz fehlender Anordnung zu berücksichtigen, da ein Vergütungsanspruch nur in den Fällen des nachträglichen Anerkenntnisses oder der Notwendigkeit der Leistung in Frage kommt.

⁴⁸ Vgl. u. a. *Kapellmann* a. a. O., VOB/B § 2 Rn. 225 und *Schoofs* in *Leinemann* (2010), VOB/B § 2 Rn. 206.

einen Kostenfaktor⁴⁹ dar, der in unmittelbarem kausalem Zusammenhang mit der angeordneten Leistungsmodifikation als Teil der Nachtragsvergütung zu kalkulieren ist.

Brüggemann vertritt dagegen die Meinung, dass die Anspruchsgrundlage der Vergütung der Nachtragsbearbeitung grundsätzlich § 2 Abs. 6 VOB/B sei, unabhängig davon, ob die angeordnete Leistungsmodifikation eine geänderte Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B oder eine zusätzliche Leistung § 2 Abs. 6 VOB/B sei. Er führt aus, dass keine rechtliche Abhängigkeit zwischen dem Vergütungsanspruch für die Bauleistung und dem Vergütungsanspruch für die Nachtragsbearbeitung bestehe.⁵⁰ Dieses Argument bedarf genauerer Betrachtung, denn es ist von entscheidender Bedeutung, welchen konkreten Inhalt die Anordnung des Auftraggebers hat. Eine Anwendung von § 2 Abs. 6 VOB/B zur Vergütung der Nachtragsbearbeitung als eigenständige zusätzliche Leistung scheidet möglicherweise dann, wenn der Auftraggeber die Nachtragsbearbeitung nicht explizit gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B anordnet.⁵¹

Kapellmann vertritt die Meinung, dass § 2 Abs. 9 VOB/B ein Unterfall der zusätzlichen Leistung gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B sei. Insofern muss der Auftragnehmer vom Auftraggeber verlangte Planungsleistungen, die zur Bauleistung gehören und im Verhältnis zu dieser einen unselbständigen Charakter haben, ausführen, wenn sein Betrieb darauf eingerichtet ist.⁵² *Kemper* zufolge ist der Auftraggeber berechtigt, „eine Änderung des Bauentwurfs nach § 1 Abs. 3 VOB/B nur hinsichtlich des zu erzielenden Erfolgs [...] zu verlangen und den Auftragnehmer aufzufordern, die [...] notwendigen planerischen Leistungen zu erbringen und hierfür ein Nachtragsangebot zu erstellen.“⁵³ In der Folge kann der Auftragnehmer für diese Leistungen eine gesonderte Vergütung gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B verlangen.⁵⁴ Eine Anwendung dieser Anspruchsgrundlage zur Vergütung der Nachtragsbearbeitung als eigenständige Leistung scheidet möglicherweise dann, wenn der Auftraggeber diese nicht explizit verlangt.⁵⁵ *Marbach* hingegen vertritt die Meinung, dass man die Anforderung an das Verlangen des Auftraggebers nicht überziehen solle und schließt „konkludentes Verlangen“ im Sinne einer „stillschweigenden Anordnung“ nicht aus.⁵⁶ Im Ergebnis noch deutlicher sieht *Jansen* die praktische Bedeutung des § 2 Abs. 9 VOB/B genau in den Fällen gegeben, „in denen der Bauherr eine Änderung des Bauentwurfs anordnet oder zusätzliche Leistungen verlangt, ohne dafür die erforderlichen Ausführungspläne zur Verfügung zu stellen.“⁵⁷

Im Falle fehlender expliziter Anordnungen zur Nachtragsbearbeitung gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B oder zur Erstellung zusätzlicher Planung gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B könnte ein Anspruch auf die Vergütung der Nachtragsbearbeitung auch nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B gegeben sein. Es kann regelmäßig davon ausge-

⁴⁹ In § 2 Abs. 5 VOB/B wird die „Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten“, in § 2 Abs. 6 VOB/B die Bestimmung der Vergütung u. a. nach den „besonderen Kosten der Leistung“ gefordert.

⁵⁰ Vgl. Brüggemann: Vergütung für Nachtragsbearbeitung (Wanninger 2005), S. 95.

⁵¹ Es ist fraglich, ob eine implizite Anordnung der Nachtragsbearbeitung im Falle von funktionalen Anordnungen anzunehmen ist. *Weick* verneint eine Zurechnung auch derjenigen Leistungen zu den „geforderten“ Leistungen nach § 2 Abs. 6 VOB/B, die zur Erreichung einer ordnungsgemäßen Vertragsleistung notwendig sind, auch wenn sie vom AG nicht ausdrücklich verlangt werden, da sonst § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B überflüssig wäre; *Weick* in *Nicklisch/Weick* (2001) VOB/B § 2 Rn. 68.

⁵² Vgl. *Kapellmann* in *Kapellmann/Messerschmidt* (2010), VOB/B § 2 Rn. 315.

⁵³ *Kemper* in *Franke et al.* (2011), VOB/B § 2 Rn. 196.

⁵⁴ Vgl. auch *Vygen*: Nachtragsangebote (FS *Heiermann* 1995), S. 319.

⁵⁵ Vgl. *Kandel* in *Preussner/Kandel* (2011), VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 3; demnach stelle eine Planungsleistung des Auftragnehmers im Zusammenhang mit der Erstellung eines Nachtragsangebots regelmäßig keinen Fall des § 2 Abs. 9 VOB/B dar.

⁵⁶ Vgl. *Marbach*: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1800 f.

⁵⁷ Vgl. *Jansen* in *Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008) VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 2.

gangen werden, dass wenigstens die Erbringung von im Zuge von (funktionalen) Anordnungen erforderlichen Planungsleistungen dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entspricht, wenn dieser keine Ausführungsplanung oder sonstige Planung zur Verfügung stellt.⁵⁸

Ohne eine abschließende (juristische) Wertung der jeweiligen Anwendung der aufgezeigten Anspruchsgrundlagen für eine Vergütung der Nachtragsbearbeitung vorzunehmen, sollen insbesondere die baubetriebwirtschaftlichen Konsequenzen diskutiert werden; nämlich der Einfluss der Anspruchsgrundlage auf die Ermittlung der Vergütung der Höhe nach.

Im Gegensatz zu den Regelungen für die Ermittlung der Vergütung gemäß § 2 Abs. 5, 6 und 8 VOB/B, die eine Bindung an das Preisniveau des Hauptvertrags vorsehen, ist die Höhe der Vergütung gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B nicht näher bestimmt. In diesem Fall können die Parteien eine Vergütung frei vereinbaren; ansonsten ist die übliche Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB geschuldet.⁵⁹ Weick vertritt die Ansicht, dass für die Bestimmung der Vergütung im Falle von § 2 Abs. 9 VOB/B eine entsprechende Anwendung von § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B erfolgen muss. Im Ergebnis müsse aber eine Orientierung an § 632 Abs. 2 BGB erfolgen, da sich für Leistungen gemäß § 2 Abs. 9 VOB/Baus dem übrigen Vertragsinhalt wenig Anhaltspunkte ergeben.⁶⁰

Im Allgemeinen ist der Diskussion der Anspruchsgrundlagen des § 2 VOB/B zu entnehmen, dass Nachtragsbearbeitungsleistungen regelmäßig den Charakter zusätzlicher Leistungen haben. Es wurde bereits die Frage aufgeworfen, inwiefern Nachtragsbearbeitungsleistungen auf Basis der Grundlagen der Preisermittlung kalkulatorisch bestimmbar sein können. In Abschnitt 3.2 wurde die Ansicht vertreten, dass wesentliche Teile der Nachtragsbearbeitung eben gerade nicht Bestandteil der Kalkulation des Hauptangebots sind. Daher erscheint die Suche nach vergleichbaren Bestandteilen in den Preisermittlungsgrundlagen als eine rein formalistische und letztlich aus baubetrieblicher Sicht derzeit aussichtslose Suche.

Im Ergebnis kann aus baubetrieblicher Sicht die Meinung vertreten werden, dass bei der Bestimmung der Anspruchshöhe der Vergütung für die Nachtragsbearbeitung auf Grundlage von § 2 VOB/B regelmäßig auf die Vergütungsregelung gemäß § 632 Abs. 2 BGB zurückzugreifen ist.

3.3.2 Vergütung der Erstellung von Nachtragsangeboten ohne vorherige Anordnung der Leistungsmodifikation

Ergänzend soll die Frage nach der Vergütung von (Nachtrags-)Angebotserstellungsleistungen für solche Fälle diskutiert werden, in denen der Auftraggeber nicht von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Sofern der Auftraggeber den Auftragnehmer lediglich um Unterbreitung eines Angebots für eine mögliche Leistungsmodifikation bittet, gelten aus rein rechtlicher Betrachtung und entgegen der in Kapitel 2 dargestellten Praxis nicht die Regelungen der VOB/B. Sofern der Auftraggeber eine angebotene Leistungsmodifikation annimmt, handelt es sich um einen „Ergänzungsvertrag“⁶¹ oder „Änderungsvertrag“⁶². Es besteht

⁵⁸ Im Ergebnis ebenso, Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 149.

⁵⁹ Vgl. Kemper in Franke et al. (2011), VOB/B § 2 Rn. 197, Keldungs in Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 10.

⁶⁰ Vgl. Weick in Nicklisch/Weick (2001) VOB/B § 2 Rn. 113.

⁶¹ Schoofs in Leinemann (2010), VOB/B § 2 Rn. 222.

⁶² Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 146.

daher keine Bindung an das Preisniveau des Hauptvertrags. Der Unternehmer kann im Falle von Preisangeboten für nicht angeordnete Leistungen frei kalkulieren.⁶³

Die zuvor diskutierten Anspruchsgrundlagen gemäß § 2 VOB/B kommen für eine Vergütung der Nachtragsangebotserstellung nicht in Frage, da eine anspruchsbegründende Handlung des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 und 4 oder § 2 Abs. 9 VOB/B nicht vorliegt.⁶⁴ Zudem hat der Auftraggeber kein Anordnungsrecht, wonach er eine Angebotskalkulation für vertraglich (noch) nicht geschuldete Leistungen verlangen könnte. Der Auftragnehmer ist also nicht verpflichtet, eine Angebotskalkulation zu erstellen und müsste darauf aufmerksam machen, wenn er eine zusätzliche Vergütung für diese Leistung erwartet.⁶⁵ Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn umfangreiche Vorarbeiten des Auftragnehmers – technische Planungsleistungen, baubetriebliche Umplanung, Verhandlungen mit Nachunternehmern – erforderlich werden, um Preisangeboten des Auftraggebers zu beantworten.

Von der Rechtsprechung und in weiten Teilen der Literatur wird die Meinung vertreten, dass der Auftragnehmer in einem solchen Fall die Kosten der Angebotserstellung in seinen Preis einkalkulieren muss, da er sonst – mit Ausnahme eines erklärten Vorbehalts – keine weitere Vergütung für diese Leistungen erhalten könne⁶⁶ und in der Regel auch kein Anspruch auf Erstattung der Nachtragsbearbeitungskosten bestehe, wenn eine Nachtragsbeauftragung nicht erfolgt⁶⁷. Der Hinweis auf die Notwendigkeit dieser Vorgehensweise, „*wenn er eine entsprechende Kostendeckung erzielen will*“⁶⁸, ist zunächst irreführend. Der Auftragnehmer trägt trotz der vorgeschlagenen Kalkulation das Auftragsrisiko in Höhe der Angebotsstellungskosten, sofern er nicht in anderer Weise einen Ausgleich für diese Kosten erhält.

Einen Ausgleich für die Kosten umfangreicher Vorarbeiten könnte er möglicherweise jedoch auch durch die Vergütung eines konkludent abgeschlossenen Planungsvertrags erhalten.⁶⁹ Es liegt nahe, diese Leistungen nicht anders zu behandeln als sog. Projektierungsarbeiten. Als Projektierungsarbeiten können solche Leistungen gelten, die von Bietern im Vorfeld der Vertragsanbahnung erbracht werden und die erforderlich sind, um ausgehend von einer funktionalen Leistungsbeschreibung ein zuverlässiges und vollständiges Leistungsverzeichnis zu erstellen. Solche Projektierungsarbeiten können nach *Vygen* einen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers begründen, insbesondere wenn diese „*nicht ausschließlich zu Zwecken des Wettbewerbs angefordert werden, sondern eine eigene Werkleistung darstellen, die zumindest auch den Interessen des Bauherrn dienen soll*.“⁷⁰

In Abschnitt 3.2 wurde als Zwischenergebnis festgestellt, dass die von Bietern kalkulierten AGK-Sätze regelmäßig Angebotsstellungskosten beinhalten. Dies muss in diesem Zusammenhang dahingehend konkretisiert werden, dass sich Angebotsstellungskosten aus Kosten für eine **Angebotsbearbeitung** und Kosten

⁶³ Welche rechtlichen Probleme dieser Vorgehensweise innewohnen können, wenn nunmehr der Auftraggeber ein frei kalkuliertes Angebot nicht annimmt, sondern eine entsprechende Anordnung gemäß VOB/B ausspricht und sich auf eine Preisbildung auf Basis der Angebotskalkulation berufen will, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

⁶⁴ Zudem scheiden Vergütungsansprüche gem. § 2 Abs. 8 VOB/B aus, da die Angebotserstellung für eine mögliche Leistungsmodifikation nicht das enge Kriterium der Notwendigkeit erfüllt, vgl. Keldungs in Ingenstau/ Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 8 Rn. 31.

⁶⁵ Vgl. Schoofs in Leinemann (2010), VOB/B § 2 Rn. 222.

⁶⁶ Vgl. Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 145 f. sowie Schoofs in Leinemann (2010), VOB/B § 2 Rn. 222 jeweils unter Verweis auf OLG Köln, Urteil v. 12.07.1994, 22 U 266/93.

⁶⁷ Vgl. Schoofs in Leinemann (2010), VOB/B § 2 Rn. 224.

⁶⁸ Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 145.

⁶⁹ Vgl. Kapellmann/Schiffers: Einheitspreisvertrag (2006), Rn. 1110.

⁷⁰ *Vygen*: Vergütungsanspruch für Projektierung (FS Korbion 1986), S. 444 f.

für eine **Angebotsausarbeitung** zusammensetzen. Eine sinnvolle Abgrenzung zwischen diesen Leistungen ist anhand der zwei Formen der Leistungsbeschreibung gemäß § 7 VOB/A möglich. Leistungen, die Bieter im Rahmen der Angebotserstellung auf Basis von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen erbringen, sind regelmäßig als Angebotsbearbeitung anzusehen und als Bestandteil der AGK-Sätze zu kalkulieren.⁷¹ Darüber hinausgehende im Rahmen der Angebotserstellung auf Basis von funktionalen Leistungsbeschreibungen erbrachte Leistungen werden regelmäßig als Angebotsausarbeitung und in der Folge gemäß § 8 Abs. 8 Nr. 1 VOB/A (trotz dem Wortlaut „*Entschädigung*“) als honorierungspflichtig angesehen.⁷²

In der Literatur wird auf das Zusammenwirken der Regelung der VOB/A für eine Vergütung von Projektierungsleistungen vor Vertragsschluss und der bereits diskutierten Regelung gemäß § 2 Abs. 9 VOB/B nach erfolgtem Abschluss des Vertrags hingewiesen.⁷³ Es wird deutlich, dass Nachtragsbearbeitungsleistungen, die im Sinne der VOB/B vergütungspflichtig sind, auch als reine Projektierungsarbeiten eine Vergütungspflicht zur Folge haben müssen. Diese Ansicht lässt sich auch außerhalb des Anwendungsbereichs der VOB/A aufrechterhalten, da vom Abschluss eines gesonderten Werkvertrags über Projektierungsleistungen ausgegangen werden kann, wenn die Leistung regelmäßig nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Sofern sich die Parteien nicht vorab über eine Vergütung der Projektierungsleistungen geeinigt haben, ist eine Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB geschuldet.⁷⁴

Die Meinung, dass der Auftragnehmer die im Falle von Preisfragen entstehenden Projektierungskosten in seinen Angebotspreis einkalkulieren müsse, könnte also im Falle der Beauftragung des frei kalkulierten Angebots dazu führen, dass der Auftragnehmer doppelt vergütet würde, wenn zugleich der (konkludente) Abschluss eines gesonderten Werkvertrags über die Projektierungsleistungen angenommen wird. *Kapellmann/Schiffers* führen aus, dass der Auftraggeber im Fall des konkludenten Abschlusses eines Planungsvertrags eine Vergütung schuldet, wenn die bereits vom Auftragnehmer geplante Leistungsmodifikation nicht beauftragt wird.⁷⁵ Es erscheint jedoch aufgrund des Vergütungscharakters sachgerechter sowie insgesamt transparenter, unabhängig von der späteren Beauftragung umfangreiche Vorarbeiten für die Erstellung von Nachtragsangeboten angemessen zu vergüten.

3.4 Vergütung der Nachtragsbearbeitung der Höhe nach

Sofern also ein Anspruch für eine Vergütung der Nachtragsbearbeitung als gegeben angesehen wird, muss eine Bestimmung der Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB erfolgen, es sei denn die Vertragsparteien haben eine gesonderte Vergütung vereinbart. Zunächst ist gemäß der Vorschrift jedoch zu prüfen, ob eine behördliche oder gesetzliche Vergütungsbemessungsregelung besteht. Andernfalls ist als übliche Vergütung eine solche zu bestimmen, „*die für Leistungen gleicher Art und Güte sowie gleichen Umfangs am Leistungsort nach allgemein anerkannter Auffassung bezahlt werden muss.*“⁷⁶ Lässt sich die übliche Vergütung nicht feststellen, dann ist eine angemessene Vergütung geschuldet.⁷⁷

⁷¹ Zur Problematik der Verrechnung von auftragnehmerseitigen Planungs- und Projektierungskosten innerhalb der AGK siehe Gonschorek/Stolze: Wirtschaftlichkeit funktionaler Ausschreibungen (FS Wanninger 2010).

⁷² Vgl. dazu ausführlich Wanninger/Stolze/Gonschorek: Angebotsausarbeitung bei PPP (2008), S. 22 ff.

⁷³ Neben Vygen auch Keldungs in Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 2.

⁷⁴ Vgl. Vygen: Vergütungsanspruch für Projektierung (FS Korbion 1986), S. 446 f.

⁷⁵ Vgl. Kapellmann/Schiffers: Einheitspreisvertrag (2006), Rn. 1110.

⁷⁶ Busche in Säcker/Rixecker (2009) MüKo-BGB § 632 Rn. 22.

⁷⁷ Vgl. Voit in Bamberger/Roth (2011) BeckOK BGB § 632 Rn. 14.

Hinsichtlich der Ermittlung der Vergütungshöhe wird im Folgenden zwischen den Leistungen für die technische Nachtragsplanung einerseits und den Leistungen für die Nachtragskalkulation und der Arbeitsvorbereitung für die Nachtragsleistung andererseits unterschieden.

3.4.1 Vergütung für die technische Nachtragsplanung

Die HOAI stellt zwar eine gesetzliche Vergütungsbemessungsregelung für Planungsleistungen dar, jedoch hat der BGH mit Urteil vom 22.05.1997 entschieden, dass diese auf Anbieter, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- oder Ingenieurleistungen zu erbringen haben, nicht anzuwenden ist.⁷⁸ Unternehmen, die im Zusammenhang mit Bauleistungen auch Planungsleistungen erbringen, die den Leistungsbildern der HOAI zuordenbar sind, können somit keinen Anspruch auf eine Vergütung dieser Planungsleistungen gemäß der Verordnung gelten machen. Im Ergebnis könnte die HOAI – sofern darin entsprechende Leistungsbilder beschrieben sind – also nur als Orientierung für die Bemessung einer üblichen Vergütung gemäß obiger Definition dienen.⁷⁹

In einer ersten Überlegung könnte die Entscheidung des BGH für den Fall irreführend sein, dass ein Auftragnehmer die ihm angeordneten Planungsleistungen nicht selbst, sondern durch einen von ihm beauftragten Planer als Nachunternehmer ausführen lässt. Für die Ermittlung der Vergütung des Planers ist in diesem Vertragsverhältnis sehr wohl die HOAI anzuwenden. Diesbezüglich ist für die weiteren Ausführungen zu beachten, dass der Auftragnehmer gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B nicht dazu verpflichtet sein kann, Planungsleistungen zu erbringen, wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.⁸⁰ Es kommt bei der Ermittlung der Vergütung für die technische Nachtragsplanung daher nicht darauf an, ob der Auftragnehmer die Leistung selbst erbringt oder an einen Planer beauftragt.⁸¹

Genau die Vergütung jedoch, die ein Planer für die ausschließliche Planung der Nachtragsleistung gemäß HOAI erhalten müsste, kann als Orientierung für die Bemessung einer üblichen Vergütung des planenden Auftragnehmers dienen, vorausgesetzt, dass die zu erbringenden Planungsleistungen auf Leistungsbilder der Verordnung zurückzuführen sind. Die Grundlagen des Honorars richten sich gemäß § 6 HOAI nach den anrechenbaren Kosten, dem Leistungsbild, der Honorarzone, der dazugehörigen Honorartafel und bei Leistungen im Bestand im Leistungsbild *Gebäude und raumbildende Ausbauten* zusätzlich nach § 35 HOAI. Für die Bestimmung dieser Grundlagen, insbesondere der Honorarzone und der dazugehörigen Honorartafel, könnte zunächst eine Orientierung an den Architekten- und Ingenieurverträgen der mit der ursprünglichen Planung der Baumaßnahme beauftragten Planer stattfinden. Die anrechenbaren Kosten nach § 4 HOAI ergeben sich aus der Nachtragskalkulation des Auftragnehmers. Somit könnten die Grundlagen für die Bestimmung einer „üblichen“ Vergütung für die technische Planungsleistung ermittelt werden.

Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass nicht sämtliche Leistungsphasen eines Leistungsbilds und nicht sämtliche Leistungen einer Leistungsphase notwendig sind, um die technische Planung einer Nachtragsleis-

⁷⁸ Vgl. BGH, Urteil v. 22.05.1997, VII ZR 290/95

⁷⁹ Vgl. Jansen in Ganten/Jagenburg/Motzke (2008) VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 22 sowie Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt (2010), VOB/B § 2 Rn. 316. Ebenfalls wird eine Anwendung der HOAI als Maßstab für eine Vergütungsvereinbarung der Parteien empfohlen, vgl. Kuffer in Heiermann/Riedl/Rusam (2008) VOB/B § 2 Rn. 302; Keldungs in Ingenstau/Korbion (2010), VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 10; Weick in Nicklisch/Weick (2001) VOB/B § 2 Rn. 113.

⁸⁰ Vgl. Kapellmann in Kapellmann/Messerschmidt (2010), VOB/B § 2 Rn. 315.

⁸¹ Grundsätzlich stellen *Althaus/Bartsch* zutreffend klar, dass es bei der Frage nach der Vergütung zusätzlicher Nachtragsbearbeitungskosten unerheblich ist, ob Leistungen durch internes Personal oder externe Mitarbeiter erbracht wurden, vgl. *Althaus/Bartsch* in *Althaus/Heindl* (2010), Teil 4 Rn. 234.

tung vollständig zu erbringen. Solche Umstände sind in § 8 HOAI *Berechnung des Honorars in besonderen Fällen* berücksichtigt. Demnach dürfen nur die für die übertragenen Leistungsphasen vorgesehenen Prozentsätze berechnet werden und es darf für die übertragenen Leistungen nur eine Berechnung in der Höhe vorgenommen werden, die dem Anteil der übertragenen Leistungen an der entsprechenden Leistungsphase entspricht. Werden nicht sämtliche Leistungen einer Leistungsphase notwendig, kann ein zusätzlicher Koordinierungs- und Einarbeitungsaufwand berücksichtigt werden. Werden im Zuge der Leistungsmodifikation sogar Umbauten erforderlich, könnte im Sinne von § 35 HOAI ein weiterer Zuschlag berechnet werden.

Eine Orientierung an § 3 Abs. 2 HOAI bei der Bestimmung einer üblichen Vergütung überzeugt hingegen nicht. § 3 Abs. 2 HOAI regelt, dass Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder andere Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, nicht von den Leistungsbildern erfasst sind und frei zu vergüten sind. *Motzke* folgend sind mit der Regelung des § 3 Abs. 2 HOAI solche Leistungen gemeint, die an sich sehr wohl in den Leistungsbildern der HOAI enthalten sind, deren Charakteristikum aber darin besteht, dass sie im Vergleich zum vertraglich bestimmten Leistungssoll änderungsbedingt anfallen.⁸² Die Anwendung des § 3 HOAI setzt also voraus, dass ein planerisches Leistungssoll bereits bestimmt war. Dies trifft in Fällen, in denen dem Auftragnehmer die technische Nachtragsplanung übertragen wird, nicht zu. Im Ergebnis kann eine Bestimmung der üblichen Vergütung also nur derart erfolgen, dass darin eine eigenständige Planungsleistung gesehen wird. Zudem wäre eine Anwendung von § 3 Abs. 2 HOAI zunächst wenig hilfreich, da diskutiert werden müsste, woran sich die frei zu vereinbarende Vergütung wiederum orientieren soll.⁸³

3.4.2 Vergütung für die Nachtragskalkulation sowie der Arbeitsvorbereitung für die Nachtragsleistung

Eine behördliche oder gesetzliche Vergütungsbemessungsregelung für die Kalkulation von Angeboten oder für Leistungen der Arbeitsvorbereitung existiert nicht. Ebenso wird eine Bestimmung der üblichen Vergütung regelmäßig daran scheitern, dass diese Leistungen zwar als Bestandteil der Gemeinkosten in die Vergütung für Bauleistungen einkalkuliert, aber nicht differenziert aufgeschlüsselt sind. Sofern keine übliche Vergütung bestimmbar ist, muss die angemessene Vergütung erforderlichenfalls von einem Sachverständigen bestimmt werden.⁸⁴ Das Einschalten eines Sachverständigen als Regelfall für die Bestimmung der Vergütung der Nachtragsbearbeitung kann jedoch keine befriedigende Lösung darstellen.

In der Literatur wird auf die Notwendigkeit einer sorgfältigen und nachvollziehbaren Dokumentation des tatsächlichen Mehraufwands des Auftragnehmers hingewiesen, da er diesen darlegen und beweisen müsse.⁸⁵ *Kapellmann* schlägt eine kalkulatorische Bewertung des tatsächlich ermittelten und dokumentierten Mehraufwands vor. Er führt dazu aus, dass ohnehin eine „gewisse Stundenanzahl“ für die Bearbeitung von Nachträgen zur „Allgemeinleistung“ der Bauleitung gehöre, dass aber eine Ermittlung dieser Reserven praktisch nicht durchführbar sei. Demnach sei eine „Schwankungsreserve“ von 10 % anzusetzen, die vom tatsächlich dokumentierten Mehraufwand in Abzug zu bringen sei. Darüber hinaus empfiehlt er, dass der Auftragnehmer

⁸² Vgl. *Motzke*: Leistungen nach § 3 II 2 HOAI n. F. (NZBau 2011, 80), S. 85.

⁸³ Zur Problematik der Bemessung von nachtragsbedingten Planerhonoraren im Rahmen der HOAI 2009 vgl. u. a. *Ebersbach*: Honorierung von Mehrfachplanungen (ZfBR 2009, 622); *Fuchs*: Honorarmanagement (NZBau 2010, 671); *Motzke*: Zusatzhonorare (NZBau 2010, 137).

⁸⁴ Vgl. *Jansen in Ganten/Jagenburg/Motzke* (2008) VOB/B § 2 Abs. 9 Rn. 22.

⁸⁵ Vgl. *Marbach*: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1803; *Brüggmann*: Vergütung für Nachtragsbearbeitung (Wanninger 2005), S. 97; *Kapellmann*: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 153 f.

die Richtigkeit der Annahmen der Angebotskalkulation z. B. in Bezug auf die geplanten Kapazitäten für die Leitung der Baustelle durch den tatsächlichen Aufwand belegt und plausibilisiert.⁸⁶

Brüggmann befürwortet dagegen eine Abrechnung auf Selbstkostenbasis zzgl. des Zuschlags für AGK. Damit distanziert er sich von einer kalkulatorischen Betrachtung. Das Ergebnis könnte mit einer sich nach der HOAI ergebenden Vergütung als Vergleichswert plausibilisiert werden.⁸⁷ Letzterer Vergleich wird jedoch daran scheitern, dass die hier diskutierten Leistungen nicht in den Leistungsbildern der HOAI erfasst sind. Der Vorschlag kann somit als ergänzende Alternative für die im obigen Abschnitt diskutierte Vergütung technischer Nachtragsplanung gelten.

Eine ebenfalls an Selbstkosten orientierte Bemessung der Vergütung der Nachtragsbearbeitung schlägt *Marbach* vor, indem der dokumentierte Mehraufwand entweder anhand von vorab vereinbarten Verrechnungssätzen oder mittels dem betrieblichen Rechnungswesen entnommenen Kostensätzen bewertet wird.⁸⁸

Die in den obigen Ansätzen genannte Dokumentation des Mehraufwands erscheint bereits als eine hohe Hürde angesichts der zunehmenden Anzahl von Nachträgen, die ggf. zeitlich parallel bearbeitet werden. Darüber hinaus die Annahmen der Angebotskalkulation zu den erforderlichen Kapazitäten der Bauleitung ggf. anhand der tatsächlich geleisteten Stunden zu plausibilisieren und dabei eine trennscharfe Abgrenzung zwischen änderungsbedingtem und vertragsgemäßigem Aufwand zu erreichen, erscheint nicht praktikabel. Um einen weiteren Ausblick zu geben, könnte man noch den möglicherweise behinderungsbedingt anfallenden Mehraufwand der Bauleitung abgrenzen, den man dann als Schaden gemäß § 642 BGB gelten machen möchte.

Es muss vielmehr eine praktikable Lösung gefunden werden, die einen vertretbaren Aufwand für den Auftragnehmer darstellt und gleichzeitig den Auftraggeber in die Lage versetzt, die Angemessenheit sowohl des entstandenen Aufwands und im Ergebnis der Höhe einer möglichen Vergütung nachzuprüfen.

4 Fazit und Ausblick

Nachträge gehören mittlerweile zum akzeptierten Alltag des Baugeschehens. Demzufolge kommt es bei nahezu jeder Baumaßnahme auch zu notwendigen Leistungen für eine Nachtragsbearbeitung. Es hängt jedoch in hohem Maße vom gewählten Projektabwicklungsmodell sowie vor allem von einer gewissenhaften und durchdachten Planung der Baumaßnahme ab, wie nachtragsintensiv ein konkretes Bauvorhaben wird. Dabei hängt es zudem vom Verhalten des Auftraggebers ab, in welchem Maße Aufwand zur Nachtragsbearbeitung auf Seiten der Auftragnehmer entsteht. Es soll jedoch nicht verschwiegen werden, dass es auch vom Verhalten der Auftragnehmer – z. B. einer überzogenen Quantität und mangelnder Qualität von Nachtragsangeboten – abhängen wird, in welchem Maße Nachtragsbearbeitungskosten auf Seiten des Auftraggebers entstehen.

Es konnte festgestellt werden, dass den Auftragnehmern regelmäßig eine Vergütung für die wesentlichen Leistungen der Nachtragsbearbeitung und insbesondere für technische Planungsleistungen zusteht. Während für letztere möglicherweise anhand der HOAI eine übliche Vergütung ermittelt werden kann, fehlt es insbesondere für den Aufwand der Nachtragskalkulation und der Arbeitsvorbereitung für geänderte und zusätzliche Leistungen an Bemessungsmaßstäben für eine übliche und angemessene Vergütung.

⁸⁶ Vgl. Kapellmann: Nachtragsvergütung (Jahrbuch Baurecht 2008), S. 152 f.

⁸⁷ Vgl. Brüggmann: Vergütung für Nachtragsbearbeitung (Wanninger 2005), S. 98.

⁸⁸ Vgl. Marbach: Vergütung der Nachtragsbearbeitung (BauR 2003, 1794), S. 1804.

Vygen stellt mit Bezug auf Projektierungsleistungen bereits 1986 fest, dass das Bewusstsein, dass die von Bauunternehmen erbrachten Planungsleistungen vergütungspflichtig sind, dem dienlich sein könnte, die Planung wieder vollständig den dazu berufenen Architekten und Ingenieuren zu übertragen.⁸⁹ Kumlehn fordert zudem, dass Auftraggeber ihre Planer für die Vollständigkeit ihrer Leistungen mehr in die Verantwortung nehmen sollten.⁹⁰ Ausgehend von diesen zutreffenden Ansätzen könnte also gefordert werden, dass das Problem – im Wesentlichen – dadurch zu lösen ist, dass Auftraggeber sich die Risiken bewusst machen, die mit unklaren, funktionalen Anordnungen oder mit dem Auftragnehmer untergeschobenen Planänderungen einhergehen. Grundsätzlich ist dies sicherlich zu befürworten, löst die aufgezeigte Problematik aber nicht vollständig.

Auftraggeber ebenso wie Auftragnehmer sollten im Vorfeld Überlegungen anstellen, wer welche Nachtragsunterlagen zu erstellen hat und wie die Vergütung der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen zu gestalten ist.⁹¹ Dabei genügt es eben nicht, lediglich die VOB/B zu vereinbaren. Kumlehn/Freiboth empfehlen zur Streitvermeidung beim Nachweis von Gemeinkosten u. a. eine Erhöhung der Transparenz der Preisermittlungsgrundlagen, eine Aufschlüsselung der einzelnen in den Gemeinkosten kalkulierten Teilleistungen, differenzierte Angaben der je Teilleistung kalkulierten Kapazitäten und Einsatzzeiten sowie eine vollständige Darlegung der Art der Verrechnung von in den Gemeinkosten kalkulierten Teilleistungen.⁹²

So könnte beispielsweise aus den detaillierten aufgeschlüsselten Angaben im Vorhinein ein der Höhe nach plausibler Satz abgeleitet und vereinbart werden, den Auftragnehmer für die Bearbeitung von Nachträgen exklusive Planungsleistungen ansetzen dürfen, ohne dass ein detaillierter Nachweis geführt und geprüft werden muss.

⁸⁹ Vgl. Vygen: Vergütungsanspruch für Projektierung (FS Korbion 1986), S. 449.

⁹⁰ Vgl. Kumlehn: Geänderte und zusätzliche Leistungen (B+B 9/2005, 30), S. 37.

⁹¹ Vgl. zu Streitvermeidenden Maßnahmen bei geänderten/zusätzlichen Leistungen Kumlehn: a. a. O., S. 37.

⁹² Vgl. Kumlehn/Freiboth: Gemeinkosten bei Nachträgen (B+B 7/2006, 26) S. 28 f.

Literaturverzeichnis

- Althaus, Stefan ; Heindl, Christian (Hrsg.):** Der öffentliche Bauauftrag : Handbuch für den VOB-Vertrag. ibr-online 2010.
- Bamberger, Heinz G. ; Roth, Herbert (Hrsg.):** Beck'scher Online-Kommentar. BGB. Edition: 19. 2011.
- Brüggemann, Christian:** Vergütung für Nachtragsbearbeitung und sonstige Planungsleistungen durch Ausführungsunternehmen. In: Wanninger, Rainer (Hrsg.): Planungs- und Bauleistungen - Wege zur besseren Koordination : Beiträge zum Braunschweiger Baubetriebsseminar vom 18. Februar 2005. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 39. 2005, S. 83-99.
- Drees, Gerhard ; Paul, Wolfgang:** Kalkulation von Baupreisen. 10. Auflage. Berlin 2008.
- Duve, Helmuth ; Richter, Ralf:** Vergütung für die Bearbeitung von Nachträgen. In: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (BauR), 38. Jg. (2007), Heft 9, S. 1490-1494.
- Ebersbach, Helmut:** Die Honorierung von Mehrfachplanungen (nach alter und neuer HOAI). In: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR), 32. Jg. (2009), Heft 7, S. 622-631.
- Franke, Horst ; Kemper, Ralf ; Zanner, Christian ; Grünhagen, Matthias (Hrsg.):** VOB Kommentar - Bauvergaberecht Bauvertragsrecht Bauprozessrecht. 4. Auflage. Köln 2011.
- Fuchs, Heiko:** Honorarmanagement statt „HOAI-Hängematte“. In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau), 11. Jg. (2010), Heft 11, S. 671-676.
- Ganten, Hans ; Jagenburg, Walter ; Motzke, Gerd (Hrsg.):** Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar : VOB Teil B. 2. Auflage. München 2008.
- Gonschorek, Lars ; Stolze, Simon-Finn:** Einfluss von Transaktionskosten auf die Wirtschaftlichkeit funktionaler Ausschreibungen. In: Die wirtschaftliche Seite des Bauens - Festschrift zum 60. Geburtstag von Rainer Wanninger. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 50. Braunschweig 2010, S. 165-182.
- Hanusrichter, Mario:** Honorierung von Ingenieurleistungen für die Nachtragsbearbeitung nach der HOAI 2009. In: Die wirtschaftliche Seite des Bauens - Festschrift zum 60. Geburtstag von Rainer Wanninger. Schriftenreihe des Instituts für Bauwirtschaft und Baubetrieb, Heft 50. Braunschweig 2010, S. 251-266.
- Heiermann, Wolfgang ; Riedl, Richard ; Rusam, Martin (Hrsg.):** Handkommentar zur VOB. 11. Auflage. Wiesbaden 2008.
- Ingenstau, Heinz ; Korbion, Hermann (Begr.):** VOB Teile A und B Kommentar. 17. Auflage. Köln 2010.
- Jochem, Rudolf:** Planungsänderungen im Baufortschritt und ihre honorarmäßige Bewertung bei Architekten- und Ingenieuraufgaben. In: Doerry, Jürgen ; Watzke, Hans-Georg (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag. Wiesbaden 1995, S. 169-179.
- Kapellmann, Klaus D.:** Nachtragsvergütung für den Einsatz eigener Mitarbeiter. In: Kapellmann, Klaus D. ; Vygen, Klaus (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 1999. Köln 2008, S. 139-155.
- Kapellmann, Klaus D. ; Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.):** VOB Teile A und B : Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV). 3. Auflage. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 58. München 2010.
- Kapellmann, Klaus D. ; Schiffers, Karl-Heinz:** Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag. Band 1: Einheitspreisvertrag. 5. Auflage. Neuwied 2006.
- Krebs, Thomas ; Schuller, Elvine-Isabella:** Die „Kosten der Nachtragsbearbeitung“ bei bauzeitbezogenen Ansprüchen. In: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (BauR), 38. Jg. (2007), Heft 4, S. 636-640.
- Kumlehn, Frank:** Geänderte und zusätzliche Leistungen. In: Baumarkt + Bauwirtschaft (2005), Heft 9, S. 30-37.

- Kumlehn, Frank ; Freiboth, Axel:** Nachweis von Gemeinkosten bei Nachträgen zum gestörten Bauablauf: Ein Beitrag zur Streitvermeidung. In: Baumarkt + Bauwirtschaft (2006), Heft 7, S. 26-29.
- Leinemann, Ralf (Hrsg.):** VOB/B Kommentar. 4. Auflage. Köln 2010.
- Marbach, Michael:** Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung der Kosten der Bearbeitung von Nachtragsforderungen im VOB-Bauvertrag. In: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (BauR), 34. Jg. (2003), Heft 12, S. 1794-1804.
- Motzke, Gerd:** Planungsänderungen und ihre Auswirkungen auf die Honorierung. In: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (BauR), 25. Jg. (1994), Heft 5, S. 570-589.
- Motzke, Gerd:** Der Unternehmer als Planer - Zurechnungs- und Haftungsfragen. In: Englert, Klaus ; Eschenbruch, Klaus ; Langen, Werner ; Vygen, Klaus (Hrsg.): Vom Bau-SOLL zum Bau-IST : Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag. Köln 2007, S. 321-336.
- Motzke, Gerd:** Zusatzhonorare und Honoraränderungen - Überlegungen zu einem Honorar-Nachtragsmanagement des Architekten. In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau), 11. Jg. (2010), Heft 3, S. 137-144.
- Motzke, Gerd:** Andere Leistungen nach § 3 II 2 HOAI n. F. im Spiegel der Meinungen - der Versuch einer Annäherung. In: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau), 12. Jg. (2011), Heft 2, S. 80-85.
- Nicklisch, Fritz ; Weick, Günter:** Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B. 3. Auflage. München 2001.
- Preussner, Mathias ; Kandel, Roland (Hrsg.):** Beck'scher Online-Kommentar. VOB Teil B. Edition: 8. 2011.
- Prote, Karsten:** Zur Nachtragsprüfung durch Objektüberwacher. In: Gralla, Mike ; Sundermeier, Matthias (Hrsg.): Innovationen im Baubetrieb : Wirtschaft - Technik - Recht. Festschrift für Universitätsprofessor Dr.-Ing. Udo Blecken zum 70. Geburtstag. Köln 2011, S. 387-401.
- Reister, Dirk (Hrsg.):** Nachträge beim Bauvertrag. 2. Auflage. Köln 2007.
- Säcker, Franz J. ; Rixecker, Roland (Hrsg.):** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Auflage. München 2009.
- Simons, Klaus:** Auswirkungen der Bauplanung auf Baukosten und Baupreise. In: Auftraggeberseitige Einflüsse auf die Bauproduktion : Auswirkungen auf Kosten, Preis und Finanzierung. Überarbeitete Fassung der Referate der 18. Betriebswirtschaftlichen Jahrestagung. Düsseldorf 1983, S. 11-37.
- Thode, Reinhold:** Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag : Eine kritische Bestandsaufnahme. In: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR), 27. Jg. (2004), Heft 3, S. 214-225.
- Vygen, Klaus:** Der Vergütungsanspruch des Unternehmers für Projektierungsarbeiten und Ingenieurleistungen im Rahmen der Angebotsabgabe. In: Pastor, Walter (Hrsg.): Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986. Düsseldorf 1986, S. 439-449.
- Vygen, Klaus:** Nachtragsangebote: Anforderungen an ihre Erstellung, Bearbeitung und Beauftragung. In: Doerry, Jürgen ; Watzke, Hans-Georg (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag. Wiesbaden 1995, S. 317-326.
- Wanninger, Rainer ; Stolze, Simon-F. ; Gonschorek, Lars:** Entschädigung der Angebotsausarbeitung bei PPP-Hochbauprojekten. Bauforschungsberichte des BMVBS. Stuttgart 2008.
- Weise, Stefan:** Vergütung für die Nachtragsbearbeitung? In: Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW-Spezial), 4. Jg. (2007), Heft 10, S. 444-445.