

Rundschreiben 10/2010

Thema: Kooperationspflicht und Nachtrag / Baurecht

1. Einleitung

Ein Hauptstreitpunkt am Bau sind Nachträge. Besonders der Auftragnehmer leidet darunter, dass er vor Ausführung seiner Leistung häufig keine Gewissheit über die Höhe der späteren Vergütung erhält. Nach dem Grundsatz „Erst die Leistung, dann das Geld“ wird häufig versucht, mit dem Mittel der „Arbeitseinstellung“ Druck auszuüben. Welche Risiken hier insbesondere für den Auftragnehmer verbunden sind, zeigt die nachfolgende Darstellung. Die Rechtsprechung betont den Kooperationscharakter des Bauvertrages. Streit soll vermieden bzw. aus der Bauphase verlagert werden.

Nachfolgend wird zunächst auf den Inhalt der Kooperationspflicht eingegangen, sodann auf die Risiken für den Auftragnehmer und auf die Risiken des Auftraggebers. Schließlich werden einige Möglichkeiten aufgezeigt, um eine Eskalation zu vermeiden.

2. Inhalt der Kooperationspflicht

Der Bauvertrag erfordert **Kooperation statt Konfrontation**. Ein kooperatives Verhalten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vermeidet Konflikte und führt in beiderseitigem Interesse zum Leistungserfolg. Mehrfach hat der BGH den **Bauvertrag** als „**Kooperationsverhältnis**“ bezeichnet¹. In diesen Entscheidungen wurde die Kooperationspflicht der Vertragsparteien statuiert.

Diese Kooperationspflicht ist eine besondere, im Langzeitcharakter des Bauvertrags entsprechende Ausprägung aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben; § 242 BGB. Die Parteien haben alles zu unterlassen, was den Vertragszweck und den Leistungserfolg beeinträchtigen oder gefährden könnte. Der BGH stellt hierbei fest, dass:

- sich aus dem Kooperationsverhältnis **Obliegenheiten und Pflichten** zur **Mitwirkung und gegenseitigen Information** ergeben,
- in Fällen, in denen nach der Vorstellung einer oder beider Parteien die vertraglich vorgesehene Vertragsdurchführung oder der Inhalt des Vertrages an die geänderten tatsächlichen Umstände angepasst werden muss, entstandene **Meinungsverschiedenheiten** oder Konflikte nach Möglichkeit **einvernehmlich beigelegt** werden müssen,
- die Verpflichtung, im Wege der Verhandlung eine Klärung und eine einvernehmliche Lösung zu versuchen, einer Partei ausnahmsweise dann nicht obliegt, wenn die andere Partei in dem konkreten Konflikt eine Bereitschaft, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, nachhaltig und endgültig verweigert².

¹ BGH IBR 1996, 313; IBR 2000, 110

² BGH IBR 2000, 110

Diesen Kooperationspflichten kommen gerade im Bereich des Nachtrags sowohl nach VOB/B als auch nach BGB besondere Bedeutungen zu.

Insbesondere der VOB-Vertrag ist durch zahlreiche Kooperationspflichten gekennzeichnet, so unter anderem in den §§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 VOB/B. Weitere Bestimmungen wären zu nennen, wie beispielsweise § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B (Zusatzleistungen nur mit Zustimmung des Auftragnehmers übertragbar), § 4 Abs. 10 VOB/B (gemeinsame Feststellung des Zustands von Teilen), § 8 Abs. 6 i.V.m. § 14 Abs. 2 VOB/B (Stellung gemeinsames Aufmaß), § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B (Verpflichtung zur förmlichen Abnahme) und § 14 Abs. 2 VOB/B (Verpflichtung zur gemeinsamen Vornahme der für die Abrechnung notwendigen Feststellungen). Aber auch das BGB kennt Kooperationspflichten. So z.B. § 642 BGB, in dem die Mitwirkung des Auftraggebers im Werkvertragsrecht geregelt ist.

Statt Kooperation herrscht häufig Konfrontation. Der **„Kampf um Nachtragsvereinbarungen“**³ wird in Verkennung der tatsächlichen Gesetzeslage mit Verbissenheit geführt. Die Parteien verkennen, dass sowohl das BGB aber auch die VOB/B entsprechende Regelungsinstrumente vorsehen, die ausreichend sind, berechnigte Nachtragsansprüche des Auftragnehmers rechtlich hinreichend zu sichern. Strittige Nachtragsforderungen können im Rechtsweg erstritten werden⁴.

In Verkennung der tatsächlichen Rechtslage wird der Kampf um Abschluss einer Nachtragsvereinbarung mit allen Mitteln geführt „bis hin zur Arbeitseinstellungsandrohung auf der einen Seite und der drohenden Auftragsentziehung auf der anderen Seite“; mit Schadensersatzansprüchen drohen alle⁵.

Die dahinterliegenden Interessen sind nachvollziehbar.

Der Auftragnehmer möchte mittels seiner Nachtragsvereinbarung vermeintlich rechtlich klare Verhältnisse schaffen, um nicht unnötig in Vorleistung zu gehen und später jahrelang über die Berechtigung seiner Nachträge prozessieren zu müssen. Diese enden häufig in einem wenig befriedigenden Vergleich. Neben einem erheblichen Abschlag der vermeintlichen Forderung gehen Prozesskosten und etwaige Zinsschäden häufig unter.

Der Auftraggeber ist häufig überfordert, in der Kürze der Zeit, die rasante Bauabläufe erfordern, sachlich und rechtlich halbwegs zuverlässig zu beurteilen, ob der angebotene Nachtrag tatsächlich ein solcher ist und ob und in welchem Umfang tatsächlich ein Mehrvergütungsanspruch besteht⁶.

Dass die Sach- und Rechtslage nicht einfach ist, belegen die zahlreichen BGH-Entscheidungen und die instanzrechtliche Rechtsprechung. Tatsächlich ist der Kampf um die Unterschrift unter ein Nachtragsangebot bzw. Nachtragsvereinbarung ein „Sturm im Wasserglas“⁷. Selbst bei einem unterschriebenen Nachtragsangebot oder einer Nachtragsvereinbarung kann der Auftragnehmer nicht sicher sein, dass sich der Auftraggeber nicht doch noch

³ Peter Oppler, Zur Bindungswirkung von Nachtragsvereinbarungen in Festschrift für Kraus, S. 169, 170

⁴ Peter Oppler, Zur Bindungswirkung von Nachtragsvereinbarungen in Festschrift für Kraus, S. 169, 170; Quack, Der Bauvertrag als Kooperationsvertrag, IBR 2000, 198. Sehr informatives Interview mit Prof. Friedrich Quack, Richter am BGH a.D., lesenswerte Ausführungen zum Kooperationsgedanken i.V.m. Nachträgen.

⁵ Peter Oppler, Zur Bindungswirkung von Nachtragsvereinbarungen in Festschrift für Kraus, S. 169, 170

⁶ Peter Oppler, Zur Bindungswirkung von Nachtragsvereinbarungen in Festschrift für Kraus, S. 169, 170

⁷ Peter Oppler, Zur Bindungswirkung von Nachtragsvereinbarungen in Festschrift für Kraus, S. 169, 171

lösen kann. Sie wären „kondizierbar“, d.h. der Auftraggeber kann sich hiervon nachträglich lösen und etwaige Zahlungen zurückfordern.

Im Hinblick auf die Kooperationsverpflichtung und dem teilweise überbewerteten Glauben an eine „Nachtragsvereinbarung“⁸ sollen die Risiken einer Konfrontationsstrategie getrennt nach Auftragnehmer und Auftraggeber dargestellt werden.

3. Risiken des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer geht eine Reihe von Risiken ein, sofern er eine Kooperation nicht eingeht.

Risiko 1: Nachtragsfähigkeit

Nicht selten stellt sich nachträglich heraus, dass der angebliche Nachtrag vom ursprünglichen Leistungsumfang bereits umfasst ist. Es handelt sich gar nicht um eine nachtragsfähige Leistung.

Risiko 2: Abwehrklauseln des Auftraggebers

Der Auftragnehmer ist überfordert, den Bauvertrag des Auftraggebers zu prüfen, inwieweit Abwehrklauseln, z.B. Komplettheitsklauseln, etc. wirksam sind oder nicht.

Risiko 3: Prüfbarkeit des Nachtragsangebots

Der Auftragnehmer unterbreitet häufig lediglich ein Schriftstück mit einer Überschrift „Nachtragsangebot“, ohne dass es sich um ein richtiges Nachtragsangebot im Rechtssinn handelt. Derartige Angebote müssen prüfbar sein und auch einen Bezug zur Urkalkulation aufweisen.

Risiko 4: Prüfungszeit für den Auftraggeber

Dem Auftraggeber muss für die Prüfung eines Nachtragsangebots ein angemessener Prüfungszeitraum zugestanden werden. Die Baustelle kann aber häufig nicht stillstehen, bis der angemessene Prüfungszeitraum abgelaufen ist.

Risiko 5: Pflicht zur Ankündigung einer Arbeitseinstellung

Der Auftragnehmer kann nicht einfach die Arbeit einstellen. Er ist in der Regel verpflichtet, zunächst einen derartigen Schritt unter angemessener Fristsetzung und Ankündigung der Arbeitseinstellung anzukündigen. Dies kommt in § 16 Abs. 5 Nr. 5 VOB/B, aber auch in § 648a BGB zum Ausdruck. Der damit verbundene Zeitablauf bis zur Möglichkeit einer Arbeitseinstellung, selbst wenn der Auftragnehmer Recht hat, hilft meist nicht, da in der Zwischenzeit weiter geleistet werden muss. Selbst wenn der Auftragnehmer im Recht ist, tritt sein Recht zur Arbeitseinstellung meist zu spät ein.

Risiko 6: Wortwahl

Der Auftragnehmer kann sich seine Arbeitseinstellung durch eine ungeschickte Wortwahl verbauen. So wird häufig mit einer Arbeitseinstellung gedroht, wenn das Nachtragsangebot nicht genehmigt oder akzeptiert wird. Ein derartiger Anspruch besteht nach dem Gesetz nicht. Der Auftragnehmer setzt sich einer Kündigung des Auftraggebers aus.

⁸ Allerdings ist sie für den Auftragnehmer nicht schädlich, sofern er sich des Risikos bewusst ist. Viele Instanzgerichte werden eine entsprechende Nachtragsvereinbarung dennoch zu Gunsten des Auftragnehmers werten.

Risiko 7: Umfang der Arbeitseinstellung

Der Auftragnehmer kann häufig kaum einschätzen, ob er zur Arbeitseinstellung nur hinsichtlich der Nachtragsleistung oder hinsichtlich des Hauptvertrages berechtigt ist. Häufig liegt auch eine Mängel­lage vor, die eine Trennung nicht ermöglicht.

Risiko 8: Erheblichkeitsschwelle

Der Auftragnehmer kann seine Leistung nicht verweigern, wenn der Wert der Nachtragsleistung relativ geringfügig ist. Auch zu dieser Frage gibt es keine klaren Grenzen, die Schwankungsbreite ist hier sehr hoch, von der Ablehnung einer derartigen Grenze bis hin zu 25 %⁹.

Risiko 9: Leistungsweigerung des Auftraggebers

Der Auftragnehmer hat Schwierigkeiten festzustellen, wann eine endgültige und ernsthafte Weigerung des Auftraggebers vorliegt. Dies würde zur Arbeitseinstellung berechtigen. Hier sind strenge Anforderungen zu stellen. Meist reagiert die Auftraggeberseite flexibel, dass er sich noch in der Prüfung des Angebots befindet oder führt lediglich „Scheinverhandlungen“, ohne dass dies nachweisbar ist.

Risiko 10: Kündigung durch Auftraggeber

Der Auftragnehmer läuft in Gefahr, bei einer unberechtigten Arbeitseinstellung dem Auftraggeber das Recht zur Kündigung zu geben und mit Schadensersatzansprüchen belastet zu werden.

Risiko 11: Kondition des Nachtrags

Selbst wenn es dem Auftragnehmer gelingt, vom Auftraggeber eine Beauftragung oder eine Unterschrift unter eine Nachtragsvereinbarung zu erreichen, so ist es dennoch möglich, dass sich der Auftraggeber dieser Vereinbarung nachträglich entziehen kann. Stellt sich nämlich heraus, dass die vermeintliche Nachtragsleistung bereits vom Hauptvertrag umfasst ist, kann sich der Auftraggeber von diesem Nachtrag lösen¹⁰. Zahlungen können zurückgefordert werden. Die Vereinbarung eines Nachtrags kann sich daher als „trügerische Sicherheit“ darstellen¹¹.

Risiko 12: Notfälle

Dem Auftragnehmer soll kein Leistungsverweigerungsrecht zustehen, wenn ein Notfall vorliegt. Bereits dieser Begriff ist äußerst auslegungsbedürftig und kaum abgrenzbar.

4. Risiken des Auftraggebers

Der Auftraggeber geht gleichfalls eine Reihe von Risiken ein, sofern er eine Kooperation verweigert.

Risiko 1: Eigenständige Leistung

Auch dem Auftraggeber kann im Einzelfall ein Auslegungsproblem treffen. Stellt sich heraus, dass es sich beim Nachtragsangebot des Auftragnehmers um eine eigenständige Leistung

⁹ vgl. Virneburg, Wann kann der Auftragnehmer die Arbeit wegen verweigerter Nachträge einstellen? – Risiken einer Verweigerungsstrategie – ZfBR 2004, 419, 420

¹⁰ Peter Oppler, Zur Bindungswirkung von Nachtragsvereinbarungen in Festschrift für Kraus, S. 169, 170

¹¹ vgl. Virneburg, Wann kann der Auftragnehmer die Arbeit wegen verweigerter Nachträge einstellen? – Risiken einer Verweigerungsstrategie – ZfBR 2004, 419, 420

handelt, die nicht von § 1 Abs. 3 oder § 1 Abs. 4 VOB/B umfasst ist, kann der Auftragnehmer eine Vergütungsvereinbarung vor Ausführung verlangen.

Risiko 2: Selbstbindung durch Vertrag

Der Auftraggeber kann sich auch durch selbstgestaltete Vertragsklauseln benachteiligen. Häufig versucht sich die Auftraggeberseite dadurch abzusichern, dass sie Änderungs- oder Zusatzleistungen vor schriftlicher Beauftragung des AG abhängig machen. In derartigen Fällen muss der Auftragnehmer die Leistung, sofern sie nicht vom ursprünglichen Bauvertrag umfasst ist, grundsätzlich nicht ohne schriftliche Beauftragung ausführen.

Risiko 3: Stillstand der Baustelle

Dem Auftraggeber droht ein Stillstand der Baustelle, sofern er eine Nachtragsvereinbarung verweigert. Dies kann zu erheblichen Schäden führen, wobei ungewiss ist, wie später Gerichte das Nachtragsverlangen des Auftragnehmers einordnen. Stellt sich ein Anspruch heraus, hat der Auftraggeber den Schaden selbst zu tragen. Selbst wenn der Auftraggeber Recht erhält, kann es sein, dass der Auftragnehmer nicht liquide ist.

Risiko 4: Umfang der Kooperationspflichten

Für den Auftraggeber besteht die Gefahr, dass seine Haltung im Spiegel der Kooperationspflicht als nicht ausreichend erachtet wird. Genügt es, Forderungen des Auftragnehmers mit einer kurzen Begründung abzulehnen oder ist es notwendig, sich an den „runden Tisch“ zu setzen und eine „gute Miene zum bösen Spiel“ zu machen, später aber die Verhandlungen als gescheitert zu erklären. Der Auftraggeber kann sich hier nicht sicher sein, ob er genügend mitgewirkt hat.

Risiko 5: Kündigung durch Auftragnehmer

Der Auftraggeber läuft im Falle einer unberechtigten Verweigerung der Nachtragsverhandlungen in Gefahr, dass der Auftragnehmer den Vertrag aus wichtigem Grund gem. § 9 Abs. 1, Nr. 1 VOB/B kündigt.

5. Konfliktlösungsmechanismen

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass ein Konfrontationskurs für beide Seiten erhebliche Risiken aufwirft. Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Auftragnehmer hierbei größere Risiken trägt als der Auftraggeber, da der Auftragnehmer grundsätzlich mit der werkvertraglichen Vorleistungspflicht belastet ist. Ohne Leistung kein Geld!

Der Auftragnehmer sollte daher vorbeugend frühzeitig für Liquidität sorgen. Dies kann durch entsprechende Bauvertragsgestaltung mit günstigen Zahlungsplänen, zeitnahen Abschlagszahlungen und Sicherheitsverlangen nach § 648a BGB erreicht werden. Im Einzelfall kann der Auftragnehmer durch Ausweichen auf gesicherte Ansprüche über alternative Wege zu einer „Arbeitseinstellung“ gelangen, ohne die Arbeitseinstellung mit dem streitträchtigen Nachtragsthema zu belasten.

Den Parteien kann im Sinne des Kooperationsgedankens nur empfohlen werden:

Vorbeugendes Konfliktmanagement

Auftraggeber und Auftragnehmer können im Vertrag eine Konfliktregelungsklausel aufnehmen, in dem Beispielsweise geklärt wird, wie Streitfragen zu behandeln sind.

Nachträgliches Konfliktmanagement

Auftraggeber und Auftragnehmer können versuchen, eine Eskalation zu vermeiden. Hierzu bieten sich folgende Varianten an:

- Abschluss eines Zwischenvergleichs, wonach der Auftragnehmer für die beanspruchte Mehrvergütung zuweilen mit einer Bürgschaft abgesichert wird, deren Kosten von der Partei zu tragen sind, die bei der anschließenden streitigen Auseinandersetzung unterliegt
- Gewährung zusätzlicher Sicherheiten
- Durchführung eines Gutachtenverfahrens einschließlich Kostenregelung
- Einsetzen eines Schiedsgerichts
- Leistung von Zahlungen unter Vorbehalt

MERKE:

Der Bauvertrag fordert von beiden Vertragsparteien eine Kooperationspflicht. Ein Konfrontationskurs birgt erhebliche Risiken, zumal klare „Nachtragsfälle“ selten sind.

Die Auftragnehmerseite ist hierbei aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Vorleistungspflicht benachteiligt. Deshalb ist insbesondere der Auftragnehmer gehalten, bei der Durchsetzung eines Nachtrages frühzeitig alternative Lösungsmöglichkeiten in Erwägung zu ziehen bzw. bereits durch die Vertragsgestaltung das Vorleistungsrisiko zu vermindern (Zahlungsplan, Sicherheiten). Auch ein Sicherungsverlangen nach § 648a BGB wird in der Baupraxis häufig zu spät eingesetzt, ist aber in mancher Hinsicht ein „Disziplinierungsinstrument“, das für eine entsprechende Absicherung des Auftragnehmers sorgt oder bei Einhaltung der entsprechenden Voraussetzungen einen leichteren Weg zur Arbeitseinstellung bietet.