



**Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater**

86150 Augsburg  
Grottenau 6  
Telefon 0821 34481-0  
Telefax 0821 34481-99  
Kanzlei@scheidle.eu  
www.scheidle.eu

**Dr. Helmut Scheidle**  
Rechtsanwalt · Steuerberater  
Wirtschaftsprüfer

**Dr. Günther Scheidle**  
Rechtsanwalt · Steuerberater  
Wirtschaftsprüfer

**Dr. Richard Pouyadou\***  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Günter Bauer\***  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

**Dipl. oec. Angelika Seuster\***  
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater  
Certified Public Accountant (USA)

**Dipl.-Kfm. Michael Pflanzner\***  
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

**Dr. Oliver Kienle\***  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bank- und  
Kapitalmarktrecht

**Andreas Wellens\***  
Rechtsanwalt · Steuerberater

**Dr. Gerhard Hettinger**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Carsten Roth\***  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Dipl.-Kfm. Michael Jahn\***  
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

**Jens Goldschmidt\***  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Ulla Steffen**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

**Lars Olaf Brockmann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und  
Architektenrecht

**Dipl.-Finw. Andrea Witte\***  
Rechtsanwältin · Steuerberaterin  
Fachanwältin für Steuerrecht

**Uta Schneller**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Familienrecht

## Deutscher Bautechnik-Tag Dresden 2009

### „Faire Verträge beim Bauen im Bestand“

**Dr. Günter Bauer**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und ArchitektenR

**Bankverbindung:**  
Stadtsparkasse Augsburg  
Konto Nr. 17 608  
BLZ 720 500 00  
Augusta-Bank Augsburg  
Konto Nr. 219 58 36  
BLZ 720 900 00

\* Partner der Partnerschafts-  
gesellschaft: AG Augsburg PR 54

USt ID DE 127467617

## Vorbemerkung – Kriterien für „faire Verträge“

- **Vorgabe:** Fair = für beide Seiten wirtschaftlich interessant
- **Umsetzung:**
  - Minimierung von Risiken
  - Vorgaben für angemessene Verteilung verbleibender Risiken

## Probleme:

Bei Änderungen des Bausolls nach Vertragsabschluss fehlen vertragliche Grundlagen

- für die Ermittlung der tatsächlich benötigten Leistung,
- für ihre Vergütung
- und für die Auswirkungen von Leistungsänderungen auf die Bauzeit.

**Ursachen:** Änderungen der dem AG gemachten Vorgaben durch von ihm nicht zu beeinflussende Umstände (zB Kundenwünsche, Finanzierungs-Vorgaben). **Beim Bauen im Bestand deutliche Erhöhung dieser Risiken**, weil vollständige **Bestandsaufnahme** nach System von HOAI und Rechtsprechung zum Zusammenwirken Planer/Unternehmer

- zwar unabdingbare Grundlage
  - für weitere Planungsschritte
  - und erst Recht für Bauleistungen
- aber oft erst möglich, wenn Bau schon begonnen (Stichwort „unfreiwillige baubegleitende Planung“)

## Folgen:

- Aus **Sicht Bauherr:** Gefahr für Kosten und Termine
- Aus **Sicht Unternehmer:** Gefahr für Kalkulationsgrundlagen – Risiko „unbezahlter Mehrleistung“.

## Lösungen:

### I. Planerverträge

#### **Ziele AG:**

- Verlässliche Grundlagen für Entscheidung,
  - was gebaut werden muss (technische Zwänge, Vorgaben von Kunden des AG etc.)
  - und ob dies mit dem vorhandenen Budget gebaut werden kann.
- Zugleich Grundlage für die Verträge mit den ausführenden Unternehmern.

#### **Anforderungen AG:**

- Umfassende Bestandsermittlung zur Schaffung von „Planungssicherheit“ und Vermeidung von Änderungen im Bauablauf mit der Folge zusätzlicher
  - Kosten
  - Und Bauzeit.
- Flexibilität gegenüber Planer – keine unnötigen Leistungen beauftragen und bezahlen

#### **Ziele AN:**

- Auskömmliche Vergütung seiner Leistung
- Vermeidung von Haftungsrisiken insbesondere wegen
  - Unterschreitung der aRT aus Kostengründen
  - unzulänglicher Beauftragung/Vergütung bei Bestandsermittlung

## Rahmenbedingungen HOAI:

### Auszug aus der HOAI

#### § 3 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung gelten folgende Begriffsbestimmungen:

...

4. Erweiterungsbauten sind Ergänzungen eines vorhandenen Objekts, zum Beispiel durch Aufstockung oder Anbau.
5. **Umbauten** sind Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit wesentlichen Eingriffen in Konstruktion oder Bestand.
6. **Modernisierungen** sind bauliche Maßnahmen zur nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswertes eines Objekts, soweit sie nicht unter die Nummern 4, 5 oder 10 fallen, jedoch einschließlich der durch diese Maßnahmen verursachten Instandsetzungen.

...

10. **Instandsetzungen** sind Maßnahmen zur Wiederherstellung des zum bestimmungsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustandes (Soll-Zustandes) eines Objekts, soweit sie nicht unter Nummer 3 fallen oder durch Maßnahmen nach Nummer 6 verursacht sind.
11. **Instandhaltungen** sind Maßnahmen zur Erhaltung des Soll-Zustandes eines Objekts.

...

#### § 5 Berechnung des Honorars in besonderen Fällen

- (1) Werden **nicht alle Leistungsphasen eines Leistungsbildes übertragen**, so dürfen **nur** die für die übertragenen Phasen vorgesehenen **Teilhonorare** berechnet werden.
- (2) Werden **nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase übertragen**, so darf für die übertragenen Leistungen **nur ein Honorar** berechnet werden, **das dem Anteil der übertragenen Leistungen an der gesamten Leistungsphase entspricht. Das gleiche gilt, wenn wesentliche Teile von Grundleistungen dem Auftragnehmer nicht übertragen werden.** Ein zusätzlicher Koordinierungs- und Einarbeitungsaufwand ist zu berücksichtigen.
- (3) Werden **Grundleistungen** im Einvernehmen mit dem Auftraggeber insgesamt oder teilweise **von anderen** an der Planung und Überwachung **fachlich Beteiligten** erbracht, so darf nur ein **Honorar** berechnet werden, das **dem verminderten Leistungsumfang des Auftragnehmers entspricht. ...**
- (4) Für **Besondere Leistungen**, die zu den Grundleistungen hinzutreten, darf ein **Honorar nur** berechnet werden, **wenn** die Leistungen im Verhältnis zu den Grundleistungen einen **nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand** verursachen **und** das **Honorar schriftlich vereinbart** worden ist. Das Honorar ist in angemessenem Verhältnis zu dem Honorar für die Grundleistung zu berechnen, mit der die Besondere Leistung nach Art und Umfang vergleichbar ist. Ist die Besondere Leistung nicht mit einer Grundleistung vergleichbar, so ist das Honorar als Zeithonorar nach § 6 zu berechnen.

...

#### § 24 Umbauten und Modernisierungen von Gebäuden

- (1) Honorare für Leistungen bei Umbauten und Modernisierungen im Sinne des § 3 Nr. 5 und 6 sind nach den anrechenbaren Kosten nach § 10, der Honorarzone, der der Umbau oder die Modernisierung bei sinngemäßer Anwendung des § 11 zuzuordnen ist, den Leistungsphasen des § 15 und der Honorartafel des § 16 mit der Maßgabe zu ermitteln, daß eine **Erhöhung** der Honorare **um einen Vomhundertsatz** schriftlich zu vereinbaren ist. Bei der Vereinbarung der Höhe des Zuschlags ist insbesondere der Schwierigkeitsgrad der Leistungen zu berücksichtigen. **Bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad** der Leistungen kann ein **Zuschlag von 20 bis 33 vom Hundert** vereinbart werden. Sofern nicht etwas anderes schriftlich vereinbart ist, **gilt ab durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad ein Zuschlag von 20 vom Hundert als vereinbart.**

- (2) Werden bei Umbauten und Modernisierungen im Sinne des § 3 Nr. 5 und 6 **erhöhte Anforderungen in der Leistungsphase 1** bei der Klärung der Maßnahmen und **Erkundung der Substanz**, **oder in der Leistungsphase 2** bei der **Beurteilung der vorhandenen Substanz** auf ihre Eignung zur Übernahme in die Planung **oder in der Leistungsphase 8** gestellt, so **können** die Vertragsparteien **anstelle** der Vereinbarung eines **Zuschlags** nach Absatz 1 schriftlich vereinbaren, daß die **Grundleistungen für diese Leistungsphasen höher bewertet** werden, als in § 15 Abs. 1 vorgeschrieben ist.

### **§ 27 Instandhaltungen und Instandsetzungen**

Honorare für Leistungen bei Instandhaltungen und Instandsetzungen sind nach den anrechenbaren Kosten nach § 10, der Honorarzone, der das Gebäude nach den §§ 11 und 12 zuzuordnen ist, den Leistungsphasen des § 15 und der Honorartafel des § 16 mit der **Maßgabe** zu ermitteln, daß eine **Erhöhung des Vomhundertsatzes für die Bauüberwachung (Leistungsphase 8 des § 15) um bis zu 50 vom Hundert vereinbart werden kann**.

### **Fazit Planerverträge**

- Genaue Beschreibung der vom Planer zu verwirklichenden Ziele
- Flexible Vertragsgestaltung – stufenweise Beauftragung
- Individuelle Vergütungsvereinbarungen<sup>1</sup>.

## **II. Unternehmerverträge**

### **1. Zielvorgabe AG: Keine „Überraschungen“** bezüglich

- Kalkulation
- Bauzeit

gefährdet durch – im doppelten Wortsinn „nicht einkalkulierte“ – Umstände, die sich erst während der Bauausführung herausstellen.

### **2. Zielvorgabe AN: Auskömmliche Vergütung**

gefährdet durch „Fehlkalkulation“ des für eine vertragsgerechte = mangelfreie Leistung erforderlichen Aufwandes.

### **3. Lösungsversuche:**

**a) Funktionale Leistungsbeschreibung** und „Komplettheitsklauseln“ iVm Pauschalierung der Vergütung

- **Vorteil für AG:** je nach Vertragsgestaltung Kalkulationssicherheit
- **Nachteile:**
  - Hohes Konfliktpotential
  - Hohe Kosten (hoher Preis als Ausgleich für Risiko-Verlagerung) oder hohes Insolvenzrisiko = Gefährdung des gesamten Bauablaufs
- **Klarstellungen des BGH zur Abgrenzung der Risikosphären**

---

<sup>1</sup> Auch noch nach Vertragsabschluss möglich: BGH, 27.11.2008 – VII ZR 211/07; IBR 2009, 144 und 145.

**Neues zur „funktionalen Leistungsbeschreibung“:**

**BGH, 13.03.2008** – VII ZR 194/06; BauR 2008, 1132 = IBR 2008, 311, 312, 372; MDR 2008, 739; NJW 2008, 2106; NZBau 2008, 437; Auszug aus den Entscheidungsgründen:

- (31) Das **Berufungsgericht** nimmt ... an, die Klägerin habe das Risiko übernommen, dass sich nach Vorlage der endgültigen Planung ... ein höherer Aufwand für die Erstellung der Lüftungsanlage ergeben könnte, als sie einkalkuliert habe. Sie habe ein Angebot auf eine Ausschreibung abgegeben, in dem die Küchenausstattung noch nicht angegeben sei, und sich nicht nach den Einzelheiten erkundigt. Dass die tatsächliche Ausführung des Bistros abweichend von der ursprünglichen Planung erfolgt sei und dadurch eine erheblich größere Lüftungsanlage erforderlich geworden sei, führe zu keiner anderen Beurteilung, weil die Klägerin das **Risiko einer derartigen Planungsänderung aufgrund der erkennbar unvollständigen Leistungsbeschreibung und den Vorgaben** der Beklagten, eine **Lüftungsanlage "je nach Erfordernis"** einzubauen, gerade übernommen habe.
- (32) Das Berufungsgericht **verkennt** dabei **die für funktionale Ausschreibungen geltenden Grundsätze der Vertragsauslegung**. Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Dabei sind **das gesamte Vertragswerk und dessen Begleitumstände** zugrunde zu legen (...). Neben dem **Wortlaut der Ausschreibung** sind die **Umstände des Einzelfalles**, unter anderem die **konkreten Verhältnisse des Bauwerks** zu berücksichtigen (...).
- (33) **Fordert der Auftraggeber ein funktionales Angebot** des Auftragnehmers zur Erstellung einer technischen Anlage für ein Bauwerk **unter Vorlage der von ihm bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Bauwerksplanung**, so **wird diese grundsätzlich Gegenstand des Angebots des Auftragnehmers**. Das bedeutet, dass die Bauwerksplanung die für die Technik zu erbringenden Leistungen bestimmt. Soweit **nach Vertragsschluss** vom Auftraggeber angeordnete **Änderungen der Bauwerksplanung Änderungen der technischen Leistungen zur Folge haben, ist das als Änderung des Bauentwurfs anzusehen**, § 1 Nr. 3 VOB/B, und **kann zu einem geänderten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers führen**, § 2 Nr. 5 VOB/B ....
- (34) Den **Parteien** steht allerdings frei ... zu ... **vereinbaren**, dass der **Auftragnehmer auch solche Mehrleistungen ohne Anspruch auf Mehrvergütung zu erbringen hat**, die dadurch entstehen, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss die dem Vertrag zugrunde liegende Planung ändert. Eine solche Vereinbarung wäre zwar **ungewöhnlich**, weil der **Auftragnehmer in keiner Weise beherrschbare Risiken** übernehme. Der Grundsatz der **Vertragsfreiheit lässt sie ... jedoch zu**. **Wegen der damit übernommenen Risiken** sind, **ähnlich wie an einen Verzicht auf Rechte ...**, **strenge Anforderungen** an die Annahme einer derartigen Vereinbarung zu stellen. Sie kann **nicht schon** deshalb bejaht werden, weil die von dem Auftraggeber zur Verfügung gestellte Leistungsbeschreibung eine Regelung enthält, wonach der Auftragnehmer Planung, Lieferung und Einbau einer technischen Anlage **"je nach Erfordernis"** vorzunehmen hat. Mit der bei einer Ausschreibung technischer Leistungen üblichen Formulierung "nach Erfordernis" wird regelmäßig zum Ausdruck gebracht, dass es Sache des Auftragnehmers ist, auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegenden Planung die für eine funktionierende und zweckentsprechende Technik notwendigen Einzelheiten zu ermitteln. Damit, wie auch **mit der** von der Klägerin verwendeten **Formulierung "komplett"**, **wird der funktionale Charakter der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck gebracht**. ....
- (35) Soweit der Auffassung des Berufungsgerichts zu folgen wäre, wonach die Formulierung unter "075 Lüftung" die Verpflichtung des Auftragnehmers erfassen sollte, der Lüftung auch eine geänderte Planung zugrunde zu legen, kann sie nicht dahin verstanden werden, dass der Auftragnehmer dazu ohne einen Anspruch auf Mehrvergütung verpflichtet sei. Nahe läge vielmehr ein Verständnis, nach dem ohne Bezug auf vergütungsrechtliche Folgen lediglich verdeutlicht würde, dass die Lüftungsanlage eine dem jeweiligen Vertragsinhalt, der sich gegebenenfalls durch eine Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B geändert hat, angepasste Funktion erfüllen muss. Denn **ein Auftraggeber kann grundsätzlich nicht erwarten, dass ein Auftragnehmer bereit ist, einen Vertrag zu schließen, der es dem Auftraggeber erlaubt, die Vertragsgrundlagen beliebig zu ändern, ohne dass damit ein Preisanpassungsanspruch verbunden wäre**. ...

- (36) Den vom **Berufungsgericht herangezogenen Senatsentscheidungen** (gemeint sind insbesondere „Wasserhaltung“<sup>2</sup> und „Karrengefängnis“<sup>3</sup>, Anm. d. Verf.) lagen keine vergleichbaren Sachverhalte zugrunde. Sie beziehen sich auf Fälle, in denen das **Risiko einer Fehlkalkulation nicht** dadurch begründet war, dass dem **Auftraggeber erlaubt** worden wäre, die dem Vertrag zugrunde liegende **Planung zu ändern**. Vielmehr war die geschuldete **Ausführung** jeweils **abhängig von teilweise nicht überschaubaren Vertragsgrundlagen**, wie sie **bereits bei Vertragsabschluss feststanden**.
- (37) Darüber hinaus besteht die Besorgnis, dass das Berufungsgericht von einem fehlerhaften Verständnis der von ihm herangezogenen Senatsentscheidungen ausgeht. Der Senat hat allerdings zum Ausdruck gebracht, dass die **Vertragsparteien nicht gehindert** sind, **für eine Partei riskante Verträge abzuschließen** ... So kann ein Auftragnehmer das **Risiko** übernehmen, das sich durch ein **Angebot auf eine unklare oder unvollständige Leistungsbeschreibung** ergibt. Stellt sich nach der gebotenen Vertragsauslegung heraus, dass er nach dem Vertrag eine Leistung schuldet, die er infolge der Unklarheit oder Unvollständigkeit der Leistungsbeschreibung nicht einkalkuliert hat, kann er von den Gerichten keine Korrektur seiner für ihn nachteiligen Vertragsentscheidung verlangen .... Solche Fälle können **insbesondere** dann vorliegen, **wenn für die Kalkulation notwendige Angaben fehlen** .... Der Senat hat dazu auch darauf hingewiesen, dass der **Auftragnehmer ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen darf, sondern** sich daraus ergebende **Zweifelsfragen vor Abgabe des Angebots klären** muss.

Ähnlich ist es, wenn sich für ihn aus dem Leistungsverzeichnis und den ihm überlassenen Unterlagen die Bauausführung in bestimmter Weise nicht mit hinreichender Klarheit ergibt, er darauf aber bei der Kalkulation maßgebend abstellen will. Auch dann muss er versuchen, insoweit aufkommende Zweifel vor Abgabe des Angebots auszuräumen, wenn sich das mit zumutbarem Aufwand machen lässt ....

- (38) Das Berufungsgericht will diesen Hinweis des Senats offenbar als **Auslegungsgrundsatz zum Nachteil des Auftragnehmers** anwenden. **Dem ist entgegenzutreten**. Mit dem Hinweis des Senats ist **nicht** zum Ausdruck gebracht, dass **unklare Ausschreibungen vorrangig zu Lasten des Unternehmers ausgelegt** werden müssten. Vielmehr wird damit nur auf das Risiko hingewiesen, das ein Unternehmer bei der Kalkulation einer unklaren Leistungsbeschreibung eingeht, wenn er keine Aufklärung betreibt. Dann muss er es hinnehmen, dass die Auslegung des Vertrages zu einem anderen Ergebnis kommt, als er es seiner Kalkulation zugrunde gelegt hat. Der Hinweis des Senats eröffnet dem Auftragnehmer einen Weg, wie er diesem Risiko entgehen kann. Er ist kein Maßstab für die am objektiven Empfängerhorizont orientierte Auslegung des Vertrags.

---

<sup>2</sup> BauR 1997, 126 = IBR 1997, 487.

<sup>3</sup> BauR 1997, 464 = IBR 1997, 181.

## b) Alternative 1: „klassischer Bauvertrag“, sorgfältig vorbereitet und ausgearbeitet

**Vorbereitung:** detaillierte und verlässliche Bestandsaufnahme und Planung.

### **Leitgedanken für Vertragsgestaltung:**

- Je eindeutiger geregelt ist, was der AN tun muss, und was der AG dafür bezahlt, desto weniger Konfliktpotenzial besteht.
- Im *worst case* legt Jahre nach Abschluss des Vertrages ein Richter diesen aus, der seine Entstehungsgeschichte nicht kennt und erst recht nicht begleitende mündliche Abreden, deren Inhalt erfahrungsgemäß nicht beweisbar ist.

### **Inhalte:**

- **Eindeutige**, auf die Besonderheiten des konkreten BV abstellende **Leistungsbeschreibung** (mindestens entsprechend VOB Teil A, § 9). **Beispiele:**
  - Welche „**Bestandsbauteile**“ verbleiben?  
Wer trägt welche „Funktionsrisiken“ bei ihrer Integration in das „neue Werk“?
  - Welche Maßstäbe gelten für Mangelfreiheit dieser „Alteile“? Generell: Bei der Vereinbarung von Beschaffenheiten der Leistung des Unternehmers sollte in erster Linie die Gebrauchstauglichkeit im Vordergrund stehen. Es kann im Interesse auch des AG liegen, ein Leistungsoll „unterhalb“ der an sich für das betreffende Gewerk einschlägigen anerkannten Regeln der Technik oder Normen zu vereinbaren (Ausnahme: zT sind solche Vorgaben in öffentlich-rechtlicher Hinsicht zwingend). Da eine Sanierung aber grundsätzlich ein Bauwerk schaffen soll, das insgesamt den zum Zeitpunkt der Abnahme geltenden Regeln entspricht, muss derlei als Abweichung von dem genannten Grundsatz im Vertrag eindeutig und detailliert zum Ausdruck gebracht werden.  
In diesen Kontext gehören auch Vereinbarungen zu „**altbautypischen Toleranzen**“ (z. B. bei Durchbiegungen, Schiefstellungen, Setzungen, Unebenheiten und Versprüngen) und die Definition der Beschaffenheit der vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen („**Abnahmekriterien**“) für Übergänge, Farbunterschiede und Fugenausbildungen zwischen alten und neuen Bauteilen,  
Grundsätzlich sind alle vertraglichen Konkretisierungen der vom AN zu erbringenden Leistung „Beschaffenheitsvereinbarungen“.
- Das **Haftungsrisiko** für Schäden, die durch die Baumaßnahmen verursacht werden (z. B. Setzungen und Rissbildungen am „Bestand“ und an Nachbargebäuden, Fortschreibung der Beweissicherung), ist klar zu definieren und zu verteilen; AG und AN müssen im Vorfeld des Vertragsabschlusses ihren Versicherungsschutz überprüfen und gegebenenfalls abstimmen, um sowohl Lücken als auch (unnötig Kosten verursachende) Überschneidungen/Doppelversicherungen zu vermeiden.
- Die **Verantwortlichkeiten** und Zuständigkeiten für die **Fortschreibung der Bestandsaufnahme** und die Umsetzung während der Bauausführung erkannten Änderungsbedarfs sind zu definieren. **Ansprechpartner** benennen, **Reaktionszeiten** (insbesondere auf **Bedenkenanmeldungen**) und die Folgen ihrer Nichteinhaltung sind zu definieren!
- „**Vorratsvereinbarungen**“:  
Ein sorgfältig arbeitender Planer kann zum Zeitpunkt der Erstellung von Leistungsverzeichnissen **prognostizieren**, bezüglich welcher Leistungen es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit aufgrund von Erkenntnissen, die erst während des Bauverlaufs zu gewinnen sind, zu
  - **Änderungen von Leistungen** (§§ 1 Nr. 3; 2 Nr. 5 VOB/B),
  - **zusätzlichen Leistungen** (§§ 1 Nr. 4; 2 Nr. 6 VOB/B)

- oder zu Mehrungen oder Minderungen von Massen (§ 2 Nr. 3 VOB/B) kommen kann<sup>4</sup>.

Die VOB/B gibt vor, dass in solchen Fällen **neue Einheitspreise** zu ermitteln sind, und sie nennt dafür einige allgemeine Parameter.

Es liegt im Interesse beider Seiten, möglichst früh, idealerweise „auf Vorrat“ **schon bei Vertragsschluss**, diese **Parameter zu konkretisieren** anhand der konkreten Gegebenheiten des jeweiligen Bauvorhabens.

Im LV sind solche „absehbaren“ Alternativ- oder Eventualpositionen (auch in Varianten!) aufzunehmen, zB. infolge

- niedrigerer oder höherer Anforderungen an den „**Bestands-Schutz**“ einschließlich Verkehrssicherung,
  - bei der Bestandserfassung nicht erkannte **Mängel** und sonstige Besonderheiten des Bestandes,
  - nach Vertragsschluss bekannt gewordener behördlicher Auflagen (zB Denkmalschutz, Dekontamination),
  - geänderter Nutzer-Anforderungen („Domino-Effekt“)
- Soweit derartige Festlegungen im Vorfeld der Bauphase nicht möglich sind, ist festzulegen, wie während der Bauphase auftretende **Meinungsverschiedenheiten** rasch und billig gelöst werden. In Betracht kommen insbesondere baubegleitende **Schieds- und Schiedsgutachten-Abreden** nach dem Vorbild eines „Board of Arbitration“ im anglo-amerikanischen Rechtsraum.
- Dazu ist das **Procedere** festzulegen;
  - wenn möglich, sollten sich die Parteien auch auf die **Person(en)** des oder der einzusetzenden Schiedsgutachter oder Schiedsrichter einigen.
  - Schließlich ist festzulegen, ob ein während der Bauphase – also naturgemäß unter hohem Zeitdruck – ergehender Schiedsspruch oder ein Schiedsgutachten die **Streitfrage abschließend** regeln soll **oder nur vorläufig** – beispielsweise beschränkt auf die Frage, in welcher Höhe der Auftragnehmer **Abschlagszahlungen** und/oder Sicherheiten erhält.

---

<sup>4</sup> Der BGH hatte schon früher klar gestellt, dass dem **AN** ein **Leistungsverweigerungsrecht** zusteht, wenn der AG von ihm *zusätzliche* Leistungen im Sinne der §§ 1 Nr. 4, 2 Nr. 6 VOB/B verlangt, aber erklärt, sie nicht zusätzlich vergüten zu wollen. Er hat in der „Bistro“-Entscheidung (Rn. 45 und 49) deutlich gemacht, dass dieses Leistungsverweigerungsrecht auch besteht **hinsichtlich** vom AG ausgesprochener „**mehr als geringfügiger**“ **Änderungsanordnungen** im Sinne des **§ 1 Nr. 3 VOB/B**, wenn er deutlich macht, dass er den aus der Umsetzung der Anordnung folgenden **Anspruch auf geänderte Vergütung nicht zu erfüllen gedenke**.

### c) Alternative 2 – „Partnering-Modelle“, Risiko-Minimierung durch Kooperation

- Frühzeitige Einbeziehung auch von Unternehmen in Bestandsaufnahme und Planung
  - Angemessene Vergütung für diesbezügliche Beratungstätigkeit
  - und/oder bessere Chance für Beauftragung
  - oder von vorneherein als GU mit entsprechender Preisgestaltung (insbesondere GMP-Verträge oder andere Modelle, die es für den AN attraktiv machen, dem AG zur Verwirklichung von Einsparpotenzialen zu verhelfen)<sup>5</sup>.
- **Gemeinsame Entwicklung von Projektzielen** samt Gewichtung/Wertung der einander grundsätzlich widersprechenden Ziel-Kategorien
  - Preis
  - Zeit
  - Qualität

aufgrund allseits bekannter und nachvollziehbarer (u. U. während der Projektierung wechselnder) Prioritäten.

- unerlässlich
- vorteilhaft
- wünschenswert.

Die Vorgaben müssen vom Bauherrn kommen. Dieser muss sich darüber im klaren sein, dass es keine Patentrezepte gibt, um alle Vorgaben gleichrangig zu verwirklichen.

Je **früher** er kompetent beraten wird, desto früher kann er „**Irrwege**“ **vermeiden**, die Zeit und Geld kosten.

Diese Beratung können Planer oft nicht alleine erbringen – insbesondere, was Kalkulation (auch von alternativen Lösungsmodellen), aber auch, was besondere technische Fähigkeiten angeht. Angesichts der Bedeutung von **Betriebskosten** für die „langfristige“ Rentabilität eines Gebäudes gilt das insbesondere für die TGA.

- „Offene Karten“ – „**gläserne Taschen**“ – „open books“ als vertrauensbildende Maßnahme; der AG muss sein Budget offen legen, der AN seine Kalkulation.
- Sofern bekannt, sollten schon in dieser Phase auch die späteren Nutzer in die Planung („Zielfindung“) einbezogen werden. Auch ihnen muss der AG „gläserne Taschen“ präsentieren. Sie sind unter Umständen bereit, auf Features zu verzichten, um Kosten zu sparen, über die es ansonsten angesichts unklarer Vertragsinhalte ernsthafte Auseinandersetzungen in beiden Rechtsbeziehungen (AG/Nutzer und AG/AN) gibt.

---

<sup>5</sup> Siehe zB *Gralla*, IBR 2000, 149 und insbes. 2005, 189 ff