

Der Pauschalvertrag - Alles inklusive?

Gastbeitrag 03/17

Pauschalvertrag klingt irgendwie nach „all-inclusive“ und wird in der Baupraxis manchmal auch fälschlich so verstanden – nämlich als vollständiger Ausschluss von Nachträgen. Das ist aber tatsächlich ein Irrglaube. Auch bei Pauschalverträgen gibt es Nachträge.

Ein relativ typischer Fall hat den BGH erreicht:

Im Vertrag ist ein Pauschalpreis vereinbart, aber zum Bewehrungsstahl heißt es das „die Bewehrungsangaben aufgrund von Erfahrungswerten ermittelt wurden und Mehr- oder Mindermengen nach Stahllisten zu einem Einheitspreis abgerechnet werden“. Der Auftragnehmer will jetzt den Stahl nach Einheitspreis abrechnen, der Auftraggeber wehrt sich und verweist auf den Pauschalpreis (OLG Hamburg v. 10.09.2013, 7 U 106/09; BGH v. 20.05.2014, VII ZR 275/13)

Es überrascht nicht, dass der Auftragnehmer mit seiner Abrechnungsweise vor den Gerichten Erfolg hatte.

Jeder Vertrag beschreibt die geschuldete – und vom Pauschalvertrag erfasste – Leistung auf seine Weise. Es gibt daher nicht „den“ Pauschalpreis. Die Vertragspartner legen fest, was im einzelnen Vertrag unter den Pauschalpreis fällt und was nicht. Dabei steht ihnen eine aufs feinste abgestufte Palette von Möglichkeiten zur Verfügung.

Eines aber gilt für jeden Pauschalvertrag: Der Preis gilt immer nur für die ursprünglich vereinbarte Leistung, nicht für zusätzliche oder geänderte Leistungen. Kommt eine bisher nicht beauftragte Leistung dazu, kann der Auftragnehmer auch eine zusätzliche Vergütung verlangen. Wann etwas „zusätzlich“ ist, hängt dann wieder vom Vertrag ab. Es gibt sehr weit ausgreifende Leistungsbeschreibungen und solche, die bis auf das letzte Detail alles festlegen – und eine Pauschalierung ist immer möglich, aber mit sehr unterschiedlichen Reichweiten.

Aber bevor man sich über zusätzliche oder geänderte Leistungen Gedanken machen kann, muss erst einmal überlegt werden, was überhaupt von einer Pauschalierung abgedeckt ist.

Das festzulegen haben allein die Vertragspartner in der Hand.

Die Bandbreite fängt bei der Pauschalierung einzelner Positionen an. Typisches Beispiel ist die Einheitspreisposition „Baustelleneinrichtung“, die ganz oft als eine Pauschale abgerechnet wird. Natürlich kann der Auftraggeber hierfür auch präzise Anforderungen stellen (zu stellender Baustellenzaun, Baustraßen, Stromanschlüsse ...), aber bei vielen Leistungen wird dem Auftragnehmer die Freiheit gelassen, mit was und wie er seine Baustelle einrichtet, dem Auftraggeber ist dies mehr oder weniger egal.

Es ist ohne Probleme möglich, eine solche Position für sich genommen zu pauschalieren und für den gesamten Vertrag eine Abrechnung nach Aufmaß vorzusehen. Die VOB/B sieht diesen Fall auch ausdrücklich vor und sagt in § 2 Abs. 6 Nr. 3 VOB/B: „Wenn nichts Anderes vereinbart ist, gelten die Nummern 1 und 2 auch für Pauschalsummen, die für Teile der Leistung vereinbart sind“.

Was genau in den genannten § 2 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B steht, wird gleich noch erläutert.

Die VOB/B spricht sehr vage von „Teilen der Leistung“, für die eine Pauschalsumme vereinbart ist. Es kann also sein, dass eine Pauschalierung für nur eine einzelne Position oder für viele einzelne Positionen vereinbart ist, für einzelne Lose oder Gewerke, für einzelne Bauabschnitte, Gebäudeteile ...

Damit ist aber noch nicht gesagt, was die Pauschalierung nun eigentlich bedeutet. Auch das können (und müssen) die Vertragspartner vereinbaren. Eine Pauschalierung kann etwa so aussehen:

„Behandeln mit antifungizidem Mittel, 7,31 qm, pauschal 75 €“. Das ist eine für sich genommene eindeutig formulierte und erst einmal unproblematische Einheitspreisposition. Streit entsteht aber schnell dann, wenn es nicht genau um 7,31 qm handelt, sondern um eine größere oder kleinere Fläche. Dabei ist die Antwort ganz klar: Ist die betroffene Wand auch nur minimal größer (z.B. 7,32 qm), handelt es sich um eine Mehrleistung! Und die ist zusätzlich zu vergüten!

Das Beispiel mag etwas weit hergeholt klingen, erklärt das Prinzip aber dennoch richtig. Eine Pauschale für 10.000 lfd. m. Graben umfasst eben genau 10.000 lfd. m., eine Pauschale für 10 Heizkörper gilt nur für 10 und nicht für 11 Heizkörper – und so weiter.

Das klingt erst einmal unbefriedigend (und liegt natürlich an der Formulierung, denn schon bei „ca.“ 10.000 lfdm. würde das Ergebnis anders ausfallen). In den meisten Fällen ist aber bereits eine solche Pauschalierung (auch als Detail-Pauschalvertrag bezeichnet) eine Hilfe für die Vertragspartner, und zwar immer dann, wenn genau die bestellte Leistung ausgeführt wurde. In diesem Fall müssen sich beide Partner nicht mit Aufmaßen herumschlagen, sondern die Rechnung ist ebenso schnell aufgestellt wie geprüft und (hoffentlich) bezahlt.

Natürlich kann man die Leistung auch so beschreiben: „Ostseite des Gebäudes mit antifungizidem Mittel behandeln“. Es soll also nicht darauf ankommen, wie groß die Ostseite ist, Hauptsache, sie wird vollständig behandelt. Wie soll nun aber ein anbietendes Unternehmen den Pauschalpreis kalkulieren? Der Auftraggeber will ja auch einen angemessenen Preis bezahlen, nicht aber einen Preis, für den auch die Seite eines Mehrfamilienhauses behandelt werden könnte. Also muss der Auftraggeber eine „ca.“-Angabe machen oder aber Skizzen beifügen. Und schon kommt man dahin, dass diese Informationen des Auftraggebers als Kalkulationsgrundlage auch eine gewisse Bindungswirkung entfalten. Kann man den Maßen einer Skizze entnehmen, dass die betroffene Ostseite etwa 7 qm groß ist und findet der Auftragnehmer vor Ort eine Hauswand von 15 qm, muss er natürlich über einen Nachtrag nachdenken.

Aber immerhin kommt es bei so einer etwas großzügigeren Pauschalierung dazu, dass nicht jeder Quadratzentimeter Abweichung zu einem Nachtrag führt. Dabei geht es um das Prinzip des sog. „Globalpauschalvertrages“. Die Leistung wird bei dieser Art der Pauschalierung formuliert, ohne direkt Bezug auf bestimmte Masse und Mengen zu nehmen. Es muss aber deutlich bleiben, um welche Leistung es sich handelt: Es geht also um den Schuppen und nicht das Wohnhaus, um die Ostwand, nicht um die Westwand, um ein antifungizides Mittel, nicht um einen Außenputz ... Bei einer solchen Beschreibung darf die ausgeführte Leistung durchaus etwas von den angedachten Mengen abweichen. Hier – und nur hier – kommt es darauf an, ob die Abweichung für den Auftragnehmer hinzunehmen ist oder ob die Abweichung so erheblich ist, dass „dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist“ (§ 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B). Es gibt also eine Art „Leistungskorridor“. Aber wie jeder andere Korridor hat auch dieser Grenzen, die aber von der Rechtsprechung im Einzelfall festgelegt werden und irgendwo zwischen 25 und 50 % Mehrleistungen

liegen! Die Ostseite ist jedenfalls nicht auch noch die Westseite, wenn die Skizze eine Wand von ca. 7 qm ausweist, sind 15 qm nicht mehr abgedeckt ... Auch kann es bei der Ausführung der Leistung zu unvorhergesehenen Problemen kommen: Die Wand ist zugewachsen, der Untergrund ist nicht tragfähig etc. Auch dies muss natürlich irgendwo in der Leistungsbeschreibung vorbereitet werden.

In dem kurzen Zitat schweigt die Leistungsbeschreibung. Es kann aber gut sein, dass die Wand an anderer Stelle genauer beschrieben ist, dann ist der Auftraggeber an diese Beschreibung gebunden. Gibt es aber keinerlei Hinweise, kommt es darauf an, womit der Auftragnehmer „normalerweise“ rechnen musste. Diese Auslegungsmethode hat der BGH in den letzten Jahren näher ausgearbeitet, und zwar in Bezug auf Erdarbeiten. In zwei Fällen schied die Leistungsbeschreibung dazu, ob im auszubauenden Baugrund Kontaminationen zu erwarten waren oder nicht. Und die Fälle gingen für die Auftragnehmer völlig unterschiedlich aus, weil der BGH in einem Fall der Auffassung war, ein verständiger Bieter hätte erkennen können, dass eine Kontamination vorlag – im anderen Fall aber nicht.

Das mag nach Geheimwissenschaft klingen, ist aber anhand der Fälle näher erklärbar. Ganz grob ging es einmal um eine Kontamination, die bei der rückzubauenden Straße immer anzutreffen ist (gewissermaßen unvermeidbar), im anderen um eine nicht erkennbare zusätzliche Kontamination.

Auch solche Umstände sind für Pauschalverträge natürlich maßgeblich und können Nachträge begründen.

Hat man also einmal festgestellt, welche Leistung bzw. welcher Leistungskorridor von der Pauschalierung erfasst ist, ist jede zusätzliche oder geänderte Leistung eine zusätzliche Leistung. Bei der pauschal abzurechnenden Heizanlage ist die Klima-Anlage eine zusätzliche Leistung, bei dem schlüsselfertigen Gebäude der Pool (nicht aber die Innentüren), bei der „funktionsfähigen“ Schließanlage die Türen etc. Anders als bei erheblichen und vom Auftragnehmer nicht hinzunehmenden Mehrmenge gibt es bei zusätzlichen/geänderten Leistungen keinen Korridor, in dem der Preis gleichbleibt – die Veränderung greift „ab dem 1. Cent“.

Die VOB/B hat dies in ziemlich trockener und nicht für jeden sofort verständlichen Weise beschrieben. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B sagt: „Die Regelungen der Absätze 4, 5 und 6 gelten auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme.“ Wenn man aber weiß, dass in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B die Regelungen zur Vergütung von geänderten und zusätzlichen Leistungen zu finden ist, kommt man an der Botschaft nicht mehr vorbei: Auch bei Pauschalverträgen gibt es Nachträge.

Die Berechnungsweisen für Nachträge sind dann die gleichen wie beim Einheitspreisvertrag. Der Auftragnehmer kann auf der Grundlage der Kalkulation die Mehr- und ggf. Minderkosten abrechnen. Allerdings gibt es bei Pauschalverträgen oft ein besonderes Problem: Die Kalkulation von Pauschalverträgen ist, wenn man sie richtigmacht, oft besonders komplex. Deshalb machen sich viele Firmen diese Arbeit gar nicht erst, sondern gehen mit ehr grob ermittelten Preisen ins Rennen. Kommt es aber zu einem Nachtrag, hilft nur die wirklich ordnungsgemäße Kalkulation weiter.

Je komplexer die vom Pauschalpreis umfasste Leistung ist, desto schwieriger ist es natürlich, die betroffene Leistung herauszurechnen. Der Verfasser hatte mal einen Nachtrag zu prüfen, bei dem es um einen Pauschalpreis im zweistelligen Millionenbereich ging, der Nachtrag betraf eine Leistung von ca. 1.000 €. Diese Leistung in der Auftragskalkulation zu finden erwies sich als unmöglich.

Nicht immer sind die Verhältnisse so extrem, aber auch bei einem schlüsselfertig zu errichtenden einfachem Einfamilienhaus müssen sich Kalkulationsansätze für alle von einem Nachtrag betroffenen Leistungen finden.

Hat also ein Auftragnehmer die Hürde genommen, dass eine zusätzliche Leistung als solche anerkannt wird, muss er außerdem noch die richtige Fortschreibung der Kalkulation nachweisen. Und dazu gehört auch ein Aufmaß der ausgeführten Leistungen (als Teil des Nachweises, dass eine zusätzliche Leistung vorliegt).

Oft ist es in solchen Fällen klüger, sich auf „große Brocken“ zu beschränken und so den Diskussionen mit dem Auftraggeber eine gewisse Struktur zu geben.

Fazit

Pauschalverträge sind eine Möglichkeit, die Abrechnung von Bauverträgen zu vereinfachen und zu beschleunigen. Immer wieder problematisch sind und bleiben Nachträge und vorzeitig gekündigte Leistungen. Daher sollten insbesondere Auftragnehmer aufgrund ihrer Nachweislast überlegen, ob sie einer Pauschalierung zustimmen. Vorsorglich sollten sie von Anfang an die Kalkulation ordnungsgemäß erstellen und Aufmaße nehmen.

Gastbeitrag 03/17 14.09.2017

Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Berlin

