

III/11 Der Pauschalvertrag (im Rohrleitungsbau) – ist „pauschal wirklich pauschal“?

Rechtsanwältin Dr. Iris Oberhauser

„Pauschal ist pauschal“ – diese Aussage wird nach wie vor von Auftraggebern eines Pauschalvertrages getätigt, um unliebsame Nachtragsforderungen abzuwehren. Aufgrund der sehr unterschiedlichen Typen des Pauschalvertrages greift diese Aussage jedoch zu kurz. Denn die pauschale Vergütung erfasst zunächst nur die Vergütungsseite, während das zu der vereinbarten Vergütung geschuldete Leistungssoll – wie bei jedem Vertrag – auf der Basis des kompletten Vertrages, insbesondere seiner Vertragsgrundlagen, dabei v. a. der Leistungsbeschreibung und der Planunterlagen, zu ermitteln ist.

Um die o. g. Frage zu beantworten, sind die unterschiedlichen Typen des Pauschalvertrages und die jeweilige Regelung zum geschuldeten Leistungsumfang zu untersuchen.

1. Geschuldetes Soll (Bau-Soll)

Ausgangspunkt im Rahmen der Beurteilung der Frage, ob „pauschal wirklich pauschal“ bedeutet, ist die Bestimmung des nach dem abgeschlossenen Bauvertrag vom Auftragnehmer geschuldeten **Bau-Solls**. Das Bau-Soll stellt diejenigen Leistungen dar, die zur vertraglich vereinbarten Vergütung zu erbringen sind. Hiervon ist das sog. **Erfolgssoll**, das die Leistungen erfasst, die zur Erreichung des werkvertraglich geschuldeten Leistungserfolges – eine mangelfreie Leistung – erforderlich ist, zu unterscheiden [1]. Es ist also abzugrenzen, welche Leistungen zur im Vertrag vereinbarten Vergütung vom Auftragnehmer geschuldet sind und welche Leistungen er zur Herstellung einer mangelfreien Leistung – ggf. gegen zusätzliche Vergütung – zu erbringen hat.

Hierbei sind im Wesentlichen 2 Konstellationen möglich:

a) Bau-Soll = Erfolgssoll

Idealerweise sind das **Bau-Soll und das Erfolgssoll deckungsgleich (Bild 1)**. Dies setzt voraus, dass die Leistung in der Form beschrieben ist, dass alle zur Erreichung des Erfolgs erforderlichen Leistungen im Vertrag bzw. seinen Bestandteilen definiert sind. Erfolgen kann dies durch eine detaillierte Beschreibung aller zur Erreichung des Erfolgssolls erforderlichen Leistungen – regelmäßig mittels eines detaillierten Leistungsverzeichnisses – oder dadurch, dass das Bau-Soll nach dem zu erreichenden Erfolg – regelmäßig durch die Vorgabe eines Leistungszieles, z. B. „ein Stück Rohrleitung von A nach B“ – beschrieben ist.

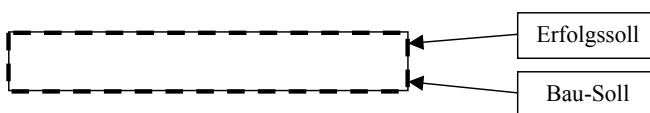


Bild 1: Bau-Soll = Erfolgssoll

b) Bau-Soll < Erfolgssoll

Häufiger ist jedoch in der Praxis die Variante, dass das Bau-Soll hinter dem Erfolgssoll zurückbleibt (**Bild 2**). Dies resultiert regelmäßig aus einer **unzureichenden Planung und Ausschreibung**, indem Leistungen, die zur Herstellung einer mangelfreien Leistung (Erfolgssoll) erforderlich sind, nicht im Vertrag bzw. regelmäßig nicht in der Leistungsbeschreibung und/oder den Plänen aufgeführt sind. Wird in diesem Fall nur das Bau-Soll ausgeführt, kann der Erfolg – eine mangelfreie Leistung – nicht erreicht werden und der Auftragnehmer ist Mängelansprüchen ausgesetzt.

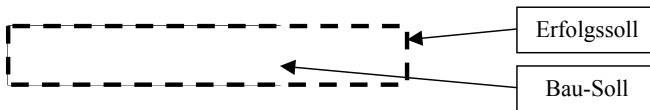


Bild 2: Bau-Soll < Erfolgssoll

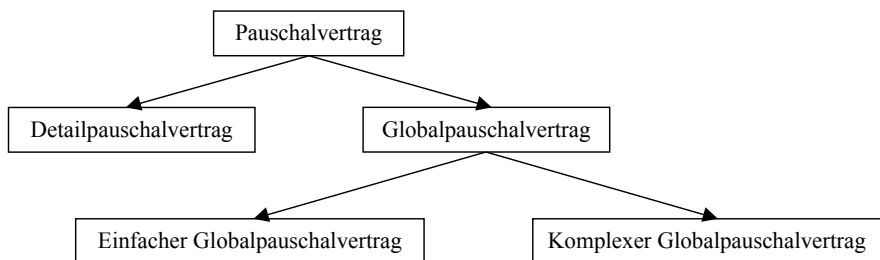


Bild 3: Erscheinungsformen des Pauschalvertrages

Dies kommt z. B. in Betracht, wenn im Leistungsverzeichnis die Abdichtung eines Flachdachs mit nur 1 Abdichtungsbahn beschrieben ist. Die Abdichtung mit 1 Bahn stellt dabei das vom Auftragnehmer zur vertraglich vereinbarten Vergütung geschuldete Bau-Soll dar. Da jedoch zur Erreichung einer mangelfreien Leistung, d. h. zur Erfüllung des Erfolgssolls eine 2-lagige Abdichtung erforderlich ist, muss der Auftragnehmer gegen die 1-lagige Abdichtung Bedenken anzeigen und auf die Anordnung einer weiteren Lage durch den Auftraggeber drängen. Die daraufhin erteilte Anordnung einer weiteren Abdichtungslage stellt eine Leistung dar, die nicht vom Bau-Soll erfasst und daher zusätzlich zu vergütet ist.

2. Pauschalvertrag

a) Erscheinungsformen

Zur Bestimmung des Bau-Solls beim Pauschalvertrag muss zunächst zwischen den unterschiedlichen Erscheinungsformen des Pauschalvertrages differenziert werden (**Bild 3**). Folgende Typen sind zu unterscheiden:

Beim **Detailpauschalvertrag** sind die geschuldeten Leistungen im Leistungsverzeichnis – wie beim Einheitspreisvertrag – detailliert beschrieben. Im Unterschied zum Einheitspreisvertrag sind aber die Massen pauschaliert, so dass das Massenermittlungsrisiko, d.h. das Risiko, die Massen zutreffend ermittelt zu haben, beim Auftragnehmer liegt. Das Bau-Soll wird durch die detailliert beschriebenen Positionen in den erforderlichen Massen definiert. Massenabweichungen berechtigen nur dann zu einem zusätzlichen Vergütungsanspruch, wenn diese durch geänderte Umstände, z. B. abweichende Bodenklassen oder durch Anordnungen des Auftraggebers zu Mehrmassen, bedingt sind. Nicht im Leistungsverzeichnis beschriebene, aber zur Erreichung des Erfolgssolls erforderliche Leistungen (Bsp. nicht ausgeschriebene Abdichtungslage) sind zusätzlich zu vergüten.

Beim **Einfachen Globalpauschalvertrag** ist der detailliert beschriebenen Leistung ein Leistungsziel vorangestellt (z. B. detaillierte Positionen zur Verlegung einer Leitung jedoch mit der Maßgabe, dass die Leitung fix und fertig, unabhängig von den einzelnen Positionen zu verlegen ist). Das Bau-Soll wird in diesem Fall neben der detailliert beschriebenen Leistung durch das Leistungsziel „fix und fertige Leitung“ definiert, so dass eine nicht beschriebene, aber nach den einschlägigen technischen Vorschriften erforderliche Leistung ohne zusätzlichen Vergütungsanspruch zu erbringen ist.

Beim **Komplexen Globalpauschalvertrag** dagegen wird die Leistung funktional beschrieben (z. B. eine funktionsfähige Rohrleitung unabhängig von den angetroffenen Bodenklassen) und damit die Leistung pauschaliert. Das Bau-Soll erfordert die Erbringung aller Leistungen, die erforderlich sind, um das beschriebene Ziel, eine funktionsfähige Leitung, zu erreichen. Dies gilt unabhängig davon, welche Bodenklassen tatsächlich auftreten.

b) Abgrenzung der Vertragsarten

Für die Abgrenzung, welche Leistungen zum Bau-Soll gehören und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt des Vertrages und seiner Bestandteile an. Dabei ist das **gesamte Vertragswerk**, insbesondere die Leistungsbeschreibung, zugrunde zu legen. Erst wenn die Leistung nicht nach dem Vertrag bzw. seinen Bestandteilen geschuldet ist, kommt eine zusätzliche Vergütung in Betracht.

3. Funktionale Leistungsbeschreibung

Die funktionale Leistungsbeschreibung kommt im Wesentlichen im Bereich des Komplexen Globalpauschalvertrages zur Anwendung, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass auch in Positionen eines Leistungsverzeichnisses eine funktionale Beschreibung enthalten sein kann, z. B. „Wasserhaltung nach Wahl des AN“.

Eine allgemeingültige Definition des Begriffs der funktionalen Leistungsbeschreibung besteht nicht, so dass die funktionale Leistungsbeschreibung oftmals an die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gemäß § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A angelehnt wird. Hierbei erfolgen vom Auftraggeber „lediglich“ verbale Definitionen von Anforderungen und **Funktionen** an die Leistung, während der Auftragnehmer diese Vorgaben durch eigene Planung sowie Ausführung auszufüllen hat.

4. Funktionale Leistungsbeschreibung im Vergabeverfahren?

Für die rechtliche Bewertung der funktionalen Leistungsbeschreibung und den sich daraus ergebenden Folgen ist – im Fall der öffentlichen Auftragsvergabe – zwischen der **Ausschreibungsphase** und der **Phase nach Vertragsabschluss** zu differenzieren.

Im Vergabeverfahren – also bis zum Vertragsabschluss – ist § 9 VOB/A vergaberechtlich zwingend, zumal ihm nach der Rechtsprechung wegen seiner Verbots- und Gebotsregelungen „bieter-schützender“ Charakter zukommt [2]. Demgemäß gibt § 9 VOB/A Gebote und Verbote für die Beschreibung der Leistung vor, wobei zwischen der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis gemäß § 9 Nr. 11 bis 14 VOB/A einerseits und der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gemäß § 9 Nr. 15 bis 17 VOB/A andererseits unterschieden wird. Für beide Arten der Beschreibung gilt jedoch § 9 Nr. 1 bis 5 VOB/A, insbesondere die **Verpflichtung zur eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung der Leistung** und das Verbot, dem Bieter ein ungewöhnliches Wagnis aufzubürden.

a) Funktionale Ausschreibung

Vergaberechtlich ist die funktionale Leistungsbeschreibung zulässig als sog. funktionale Ausschreibung, wenn sie nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist, um die technisch, wirtschaftlich beste u. funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln. Die Ausarbeitung der wesentlichen Teile der Angebotsunterlagen erfolgt dabei durch den Bieter selbst. Damit werden **Planungsaufgaben**, die bei der „klassischen“ Vergabe vom Auftraggeber zu erfüllen sind, auf den Auftragnehmer übertragen, der hierfür bereits in der Angebotsphase nicht unerhebliche Kosten aufwenden muss.

b) Folgen eines Verstoßes gegen § 9 VOB/B

Bzgl. der Folgen eines Verstoßes gegen § 9 VOB/A ist zwischen dem Zeitpunkt vor und nach Vertragsabschluss zu unterscheiden:

aa) Vor Vertragsschluss

Vor Vertragsschluss, also während der Ausschreibungsphase, kommen die vergaberechtlichen Möglichkeiten der Rüge und der Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens in Betracht. So besteht bei Mängeln in der Ausschreibung das Recht – und letztlich zur Vermeidung von Nachteilen im Vergabenachprüfungsverfahren auch die Pflicht – zur unverzüglichen Rüge gegenüber dem Auftraggeber gemäß § 107 Abs. 3 GWB. Diese ist Voraussetzung dafür, einen Vergaberechtverstoß im Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 107 ff. GWB verfolgen zu können. Gegebenenfalls ist die Ausschreibung von Amts wegen gemäß § 110 Abs. 1 GWB aufzuheben, wenn die Ausschreibung so unklar ist, dass eine Auslegung nicht möglich und der Mangel nicht mehr heilbar ist

bb) Nach Vertragsschluss

Nach Vertragsschluss beurteilen sich die Folgen eines vergaberechtlichen Verstoßes ausschließlich nach BGB bzw. VOB/B, nicht aber nach den vergaberechtlichen Bestimmungen. Eine Nichtigkeit des Bauvertrages i. S. d. § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot ist bei Nichtbeachtung von § 9 VOB/A ausgeschlossen, da § 9 VOB/A kein Gesetz darstellt und eine vertragsunmittelbare Wirkung von § 9 VOB/A nach Abschluss des Vertrages nicht gegeben ist.

Eine mit § 9 VOB/A nicht vereinbare Ausschreibungstechnik führt nicht dazu, dass anstelle der ausgeschriebenen Leistung eine mit § 9 VOB/A übereinstimmende Leistung Vertragsinhalt wird, da § 9 VOB/A **kein zwingendes Vertragsrecht** enthält [3]. Daher kann sich ein sachkundiger Auftragnehmer nicht darauf berufen, er habe die mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung verbundene Risikoverlagerung nicht erkennen können oder nicht zu erkennen brauchen [4]. Dies gilt v. a. vor dem Hintergrund, dass die Ausschreibungstechnik der funktionalen Leistungsbeschreibung verbreitet und in Fachkreisen allgemein bekannt ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einer eindeutigen, erkennbaren Risikoverlagerung es für den Auftragnehmer „auf der Hand liegt“, welche Leistungen durch die Risikoverlagerung von ihm zu erbringen sind. In diesem Zusammenhang wird von der Rechtsprechung [5] auch von „bewusster Risikübernahme“ gesprochen, die es ausschließt, dass sich der Auftragnehmer darauf berufen kann, er habe nicht damit rechnen müssen, die erforderlichen Kosten zur Erfüllung des Leistungsziels aufwenden zu müssen.

Eine abweichende Bewertung kommt nur dann in Betracht, wenn bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung Zweifel bleiben. Diese Zweifel können durch eine **VOB/A-konforme** Auslegung dergestalt gelöst werden, dass nach den Umständen des Einzelfalls völlig ungewöhnliche und von keiner Seite zu erwartende Leistungen von der Leistungsbeschreibung ausgenommen sind, da Auftragnehmer im Zweifelsfall ein solches ungewöhnliches Wagnis nicht ohne weiteres bei einem öffentlichen Auftraggeber zu erwarten brauchen.

5. Übertragung auf die Frage „ist pauschal wirklich pauschal“?

Damit ist anhand des Vertrages und seiner Bestandteile zu prüfen, welche Leistung vom Bau-Soll erfasst und zur vertraglich vereinbarten Vergütung zu erbringen ist. Erst wenn das Bau-Soll, d. h. die geschuldete Leistung ermittelt wurde, kann bestimmt werden, ob eine hiervon abweichende (geänderte Leistung im Sinne von § 1 Nr. 3 i. V. m. § 2 Nr. 5 VOB/B) oder eine darüber hinaus gehende Leistung (zusätzliche Leistung i. S. v. § 1 Nr. 4 i. V. m. § 2 Nr. 6 VOB/B) vorliegt und ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gegeben ist. Hierzu ist der gesamte Vertrag und seine Bestandteile auszulegen. Dabei ist die Art der Beschreibung der Leistung maßgeblich für die zur vereinbarten Vergütung zu erbringende Leistung.

Im Rahmen einer funktionalen Beschreibung ist das Bau-Soll erst erfüllt, wenn das beschriebene Leistungsziel erreicht ist. Wird z. B. in der Beschreibung einer Position des Leistungsverzeichnisses „Wasserhaltung nach Wahl des AN“ gefordert, ist die geschuldete Leistung über den zu erreichenden Erfolg definiert. Dieser liegt in einer trockenen Baugrube, die durch vom Auftragnehmer zu wählende Maßnahmen zu erreichen ist. Der Auftragnehmer hat also alle Leistungen zu erbringen, die erforderlich sind, um eine trockene Baugrube zu erhalten. Eine zusätzliche Vergütung für vom Auftragnehmer nicht kalkulierte, aber zur Erreichung einer trockenen Baugrube erforderliche Leistungen kann der Auftragnehmer nicht verlangen. Ein zusätzlicher Vergütungsanspruch käme nur in Betracht, wenn die tatsächlichen Verhältnisse von denen, die Grundlage des Vertrages wurden, abweichen. Dies kann z. B. gegeben sein, wenn der Positionsbeschreibung ein Baugrundgutachten zugrunde liegt und tatsächlich abweichende Bodenverhältnisse, die die vom Auftragnehmer kalkulierte und auch machbare Wasserhaltung nicht ermöglichen, auftreten

Liegt ein derartiger Fall vor, ist ein zusätzlicher Vergütungsanspruch gem. § 2 Nr.7 Abs. 2 VOB/B i. V. m. § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B gegeben, wobei für die Ermittlung der zusätzlichen Vergütung die Kriterien aus § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B zu beachten sind. Die zusätzliche Vergütung ist auf

der Basis der dem Auftrag zugrunde liegenden Kalkulation, der Auftragskalkulation, zu ermitteln. Dabei sind aus der Nachtragsleistung resultierende Mehr- und Minderkosten zu berücksichtigen.

6. Zusammenfassung

Für die Bestimmung der geschuldeten Leistung ist zunächst zwischen Bau-Soll und Erfolgsoll zu unterscheiden. Das Bau-Soll bestimmt sich nach den konkreten, vertraglichen Bestimmungen, wobei zwischen den verschiedenen Arten des Pauschalvertrages zu differenzieren ist. Erst wenn sich eine Änderung oder Zusatzleistung im Vergleich zur nach dem Vertrag geschuldeten Leistung ergibt, steht dem Auftragnehmer ein zusätzlicher Vergütungsanspruch zu. Dieser ist auf der Basis der Auftragskalkulation zu ermitteln.

Literatur

- [1] Grundlegend Motzke, NZBau 2002, 641 ff
- [2] OLG Dresden, IBR 2000, 153
- [3] BGH, IBR 1996, 487 „Kammerschleuse“
- [4] BGH, IBR 1996, 487 „Kammerschleuse“
- [5] Vgl. OLG Düsseldorf, IBR 2003, 345 „Peek & Cloppenburg“

Verfasser: Rechtsanwältin Dr. Iris Oberhauser
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
HORSCH OBERHAUSER
Rechtsanwälte – Partnerschaft
Bayerstr. 3 (im „Mathäuser“)
80335 München
Telefon: (0 89) 51 46 36 – 0
Telefax: (0 89) 51 46 36 – 55
e-mail: oberhauser@horsch-oberhauser.de