

Gelten Preisnachlässe auch bei der Vergütung von Nachträgen?

1. Problemstellung

Kommunen und Baufirmen streiten oft darüber, ob im Vertrag eingeräumte Preisnachlässe auch bei der Abrechnung von zusätzlichen oder geänderten Leistungen (sog. Nachträgen) abgezogen werden dürfen. Baufirmen und deren beauftragte Rechtsanwälte berufen sich neuerdings auf Stimmen in der Literatur, die ein solches Vorgehen generell ablehnen. Es ist der jeweilige Einzelfall zu betrachten.

2. Ausgangssituation

2.1 Die Vereinbarung eines Nachlasses für ausgeschriebene Leistungen

Wird ein **Nachlass** angeboten, heißt das, dass sich der Angebotspreis im vom Bieter angegebenen Umfang reduziert. Die Preise können um einen bestimmten Betrag oder prozentual gekürzt angeboten werden.

Wird ein Nachlass vereinbart, ist der um den Nachlass gekürzte Preis der Vertragspreis. Dass der Gesamtpreis oder ein einzelner Preis vor dem Angebot eines Nachlasses höher kalkuliert war, ist ohne Bedeutung. Die gelegentlich in der baurechtlichen Literatur anzutreffende Aussage, dass durch den Nachlass die Vertragspreise reduziert würden, ist irreführend und unzutreffend.¹ Im Auftragsfall ist einzig der reduzierte Preis der vertragliche Preis.²

Bei einem Vertrag auf der Basis von Einheitspreisen sind die im Leistungsverzeichnis eingetragenen Einheitspreise demzufolge nicht stets die Vertragspreise. Ist ein prozentualer Nachlass vereinbart, bedeutet das, dass die vertraglich geschuldeten Einheitspreise erst nach dem Abzug des Nachlasses feststehen. Der Einfachheit halber wird der Nachlass in Abschlags- und Schlussrechnungen nicht auf der Gliederungsebene der Einheitspreise prozentual abgezogen, sondern von der Gesamtabrechnungssumme der jeweiligen Rechnung. Dies ändert jedoch nichts daran, dass nur der um den Nachlass reduzierte Einheitspreis geschuldet ist.

Haben der rechnungsprüfende Architekt und die Bauverwaltung nur das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis, nicht aber die Nachlassvereinbarung zur Hand, kann es leicht vorkommen, dass der Nachlass bei der Ermittlung der Abschlags- und der Schlusszahlungssummen nicht abgezogen wird. Die Rechnungsprüfung muss jedoch anhand aller preisbestimmenden Unterlagen erfolgen, da es sonst zu falschen Ergeb-

¹ So z. B. Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, Einheitspreisvertrag, 5. Auflage, Rdn. 1042, die einen Nachlass unzutreffenderweise als „Kürzung des Vertragspreises“ bezeichnen.

² Ausschließlich dieser Preis ist die vereinbarte Vergütung im Sinne von § 631 Abs. 1 BGB; zutreffend Roquette/Paul, BauR 2003, 1097, 1101 re. Sp.

nissen und zu Überzahlungen kommt. Können Überzahlungen nicht mehr mit anderen fälligen Ansprüchen verrechnet oder aufgerechnet werden, z. B. im Falle einer Insolvenz der Baufirma, stellt sich die Haftungsfrage gegenüber dem die Rechnung Prüfenden.³

Der Nachlass darf im übrigen nicht erst bei der Schlusszahlung berücksichtigt werden. Nach § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B sind Abschläge in Höhe des Wertes der vertragsgemäßen Leistungen zu gewähren.⁴ Diesen Wert beziffert der um den Nachlass gekürzte Preis.

2.2 Der Begriff „Nachtrag“

Den in der Praxis sehr häufig gebrauchten Begriff des „Nachtrags“ kennt die VOB/B nicht.

Der Auftragnehmer reicht entweder auf eigene Initiative oder nach Aufforderung durch den Auftraggeber ein sog. „Nachtragsangebot“ ein, wenn eine Leistung zusätzlich oder abweichend vom Vertrag ausgeführt werden soll. Der Auftragnehmer macht zumeist Mehrvergütungsansprüche geltend. In den Abschlags- und Schlussrechnungen wird die vereinbarte Vergütung für die Nachtragspositionen eigens ausgewiesen.

Nachtragsleistungen sind Leistungen im Sinne von § 1 Nr. 3 und § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B⁵, die der Auftragnehmer aufgrund des einseitigen, vertraglich festgelegten Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers⁶ erbringen muss. Die Vergütung richtet sich für geänderte Leistungen nach § 2 Nr. 5 VOB/B nach den Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung. Für zusätzlich notwendige Leistungen richtet sie sich nach § 2 Nr. 6 VOB/B nach den Preisermittlungsgrundlagen der Hauptver-

³ zur Abwicklung von VOB-Verträgen bei Insolvenz des Auftragnehmers siehe den Geschäftsbericht 2003, S. 47 ff.

⁴ Wenn die VOB/B ausnahmsweise nicht vereinbart sein sollte, sind die Anforderungen an Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB noch strenger, da danach Abschläge nur für in sich abgeschlossene Leistungen verlangt werden können.

⁵ In § 1 Nr. 3 VOB/B heißt es: *„Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.“* In § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B heißt es: *„Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.“*

⁶ zu diesem Leistungsbestimmungsrecht siehe BGH, Urteil vom 27.11.2003, Az. VII ZR 346/01, BauR 2004, 495, IBR 2004, 121, NZBau 2004, 207

tragsleistung.⁷ Der Begriff der „Preisermittlungsgrundlagen“ deckt sich für das hier behandelte Thema mit dem Begriff der „Grundlagen des Preises“. Nachfolgend wird deshalb vereinfachend für beide Fälle nur der Begriff der „Preisermittlungsgrundlagen“ gebraucht.

3. Zum Nachlass bei der Vergütung von Nachtragsleistungen

3.1 Vertragsgestaltungen, bei denen sich der Nachlass nicht auf Nachträge erstreckt

Dafür werden folgende Beispiele gegeben:

a) *„Im Auftragsfall gewähre ich einen Nachlass von 1.000,00 €.“*

Die betragsmäßige Festlegung ist für den Auftraggeber als Erklärungsempfänger nur in dem Sinne zu verstehen, dass es sich um ein einmaliges Zugeständnis handelt. Eine Auswirkung auf die Vergütung von Nachträgen ist ersichtlich nicht gewollt.

b) *„Auf die im Leistungsverzeichnis beschriebenen, enthaltenen Leistungen gewähre ich einen Nachlass in Höhe von ... %.“*

Das Kriterium ist eindeutig. Der Nachlass erfasst nach seinem Wortlaut nur die Vergütung bereits beschriebener bzw. im Leistungsverzeichnis enthaltener Leistungen. Zusätzliche Leistungen, deren Vergütung sich nach § 2 Nr. 6 i.V. mit § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B richtet, sind vom Nachlass ausgeschlossen. Gleiches gilt für geänderte Leistungen im Sinne von § 2 Nr. 5 i.V. mit § 1 Nr. 3 VOB/B.

c) *„Auf die Auftragssumme gewähre ich einen Nachlass von ... %.“*

Der Nachlass ist ausschließlich auf die Auftragssumme beschränkt. Spätere Einflüsse nach Vertragsabschluss sollen erkennbar keine Auswirkung haben. Der Nachlass erstreckt sich also, wie im Beispiel a), bei dem lediglich statt des Prozentsatzes ein fester Betrag angegeben ist, erkennbar nicht auf die Vergütung für Nachtragsleistungen.

⁷ Für Leistungen aus Zusatzaufträgen, die dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden können, weil sie nicht erforderlich sind, die vertragliche Leistung auszuführen (siehe § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B), gelten die allgemeinen Regelungen des BGB. Dass sich ein Nachlass aus einem Vertragsverhältnis auch auf die Leistung eines derartigen Zusatzauftrages erstreckt, ist damit nicht ausgeschlossen. Maßgeblich ist insoweit eine gesondert notwendige Vereinbarung im Zusatzauftrag. Diese kann ausdrücklich getroffen sein, sich aber ausnahmsweise auch aus den konkreten Umständen durch Auslegung ergeben.

d) *„Ich gewähre einen Nachlass in Höhe von ... % auf die Einheitspreise des LV.“*

Da speziell auf die Einheitspreise des Leistungsverzeichnisses (LV) abgestellt ist, ergibt die Auslegung, dass der Nachlass nicht für die Einheitspreise gelten soll, die ergänzend zum Leistungsverzeichnis erst neu gebildet werden müssen. Er gilt mithin nicht für die Vergütung von Nachtragsleistungen im Sinne von § 2 Nr. 5 i.V. mit § 1 Nr. 3 VOB/B und von § 2 Nr. 6 i.V. mit § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B.

3.2 Vertragsgestaltungen, bei denen sich der Nachlass auf die Nachträge erstreckt

Anhand folgender Beispiele soll dies veranschaulicht werden:

a) Im Angebotsschreiben heißt es: *„Ich gewähre einen Nachlass i.H. von ... % auf alle Einheitspreise.“*

Die Vergütung für zusätzliche oder geänderte Leistungen im Sinne von § 2 Nr. 6 i.V. mit § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B und von § 2 Nr. 5 i.V. mit § 1 Nr. 3 VOB/B bestimmt sich nach den Preisermittlungsgrundlagen der Hauptvertragsleistungen, also derjenigen Angebotskalkulation, die zu den vertraglichen Einheitspreisen geführt hat. Wie schon im Abschnitt 2.1 festgestellt, sind die vertraglichen Einheitspreise die um den Nachlass reduzierten Einheitspreise. Von diesem System geht die VOB/B bei der Preisfortschreibung für Nachträge aus.

In dem Beispielsfall bezieht sich der Nachlass nach dem Wortlaut der Erklärung auf alle Einheitspreise. Auch für Nachtragsleistungen sind Einheitspreise zu bilden. Nach dem Inhalt der Erklärung ist der Nachlass nicht auf die Vergütung für die sog. Hauptvertragsleistungen des Leistungsverzeichnisses beschränkt. Mithin erstreckt sich der Nachlass auch auf die Nachträge.

b) Im Angebotsschreiben heißt es: *„PreisNachlass auf die Abrechnungssumme ... %.“*

In diesem Beispielsfall erstreckt sich der Nachlass auch auf die Nachträge, da diese in der Abrechnungssumme enthalten sind.

c) Im Angebotsschreiben heißt es: *„PreisNachlass ... %.“*

In den Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, ZVB, ist bestimmt: *„Soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, wird ein als v.H.-Satz angebotener PreisNachlass bei der Abrechnung und den Zahlungen von den Einheits- und Pauschalpreisen abgezogen, auch von denen der Nachträge, deren Preise auf der Grundlage der Preisermittlung für die vertragliche Leistung zu bilden sind.“*

Aus der VOB/B ergibt sich bereits, dass die Nachtragspreise auf der Grundlage der Preisermittlung der Hauptvertragsleistung zu bilden sind. Die zusätzliche Klausel in den ZVB ist deshalb nur noch deklaratorisch. Sie knüpft daran an, dass der Auftragnehmer sein Bestimmungsrecht, worauf sich der Nachlass bezieht, nicht eindeutig ausübt. Soweit vertreten wird, dass solche Klauseln gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen (siehe § 307 BGB), ist dies nicht zutreffend, denn das Erklärungsrecht verbleibt beim Auftragnehmer.

4. Zusammenfassung

Nach dem Werkvertragsrecht, von dem die VOB/B insoweit nicht abweicht, ist der um den Nachlass gekürzte Preis der Vertragspreis. Für die Preisfortschreibung von Nachträgen für geänderte und zusätzliche Leistungen im Sinne von § 2 Nr. 5 i.V. mit § 1 Nr. 3 VOB/B bzw. § 2 Nr. 6 i.V. mit § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B sind diejenigen Preisermittlungsgrundlagen maßgebend, aus denen sich die um den Nachlass gekürzten Vertragspreise herleiten. Daraus folgt, dass der Nachlass üblicherweise auch für Nachträge gilt.

Etwas anderes kann sich aus der im Angebot enthaltenen Erklärung des Auftragnehmers zum Nachlass ergeben. Diese ist daraufhin auszulegen, ob der Nachlass eingeschränkt nur für die Hauptvertragsleistungen vereinbart ist. Nur in diesem Falle erfasst der Nachlass nicht auch die Nachträge.