

Vorwort

Bauunternehmer stehen in den letzten Jahren vor besonderen Herausforderungen. Sie müssen ihre Unternehmen bereits durch das 11. Jahr einer Rezession führen. Die Rezession verändert das Klima auf den Baustellen und in den Bauunternehmen. Das „reine Bauen“ rückt in den Hintergrund und der Bauunternehmer muss sich zunehmend mit Fragen aus den Bereichen Recht, Betriebswirtschaft, Finanzierung, Unternehmensführung in der Krise, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer und anderen Themen beschäftigen.

Will er in diesem schwierigen Umfeld bestehen, muss er sich in diesen und anderen Bereichen außerhalb der reinen Ingenieurskunst zumindest so sicher bewegen können, dass er entsprechendes Problembewusstsein entwickelt, um rechtzeitig Risiken zu erkennen und zu vermeiden. Finanzielle Reserven zur Absicherung derartiger Risiken, die in der Vergangenheit bestanden haben mögen, dürften im Wesentlichen bei den allermeisten Unternehmen nicht mehr vorhanden sein.

Das Buch wendet sich insbesondere an mittelständische Bauunternehmer und hilft, das Problembewusstsein und die Grundlagenkenntnisse in Bereichen zu entwickeln, die zunehmend in den Vordergrund rücken.

Dieses Ziel soll dadurch erreicht werden, dass in den einschlägigen Bereichen aufgrund der langjährigen Erfahrung der Verfasser exemplarisch immer wiederkehrende Problemkonstellationen aufbereitet und Lösungsansätze aufgezeigt werden.

Die einzelnen Beiträge haben keinen Anspruch auf Vollständigkeit, geht es doch auch darum, den Umfang des Buches nicht ausufern zu lassen, um in einfachen verständlichen Worten ein praxisnahes Werk entstehen zu lassen.

Stuttgart, im März 2005

Dr. Wolfgang Breyer

7	Illegale Beschäftigung am Bau	185
7.1	Vorbemerkung	185
7.2	Straf- und bußgeldrechtliche Verantwortung des Unternehmens und der verantwortlich Handelnden	185
7.2.1	Gesetzlicher Hintergrund der Haftung des Unternehmens als juristische Person und von Unternehmern bzw. Geschäftsleitung/verantwortlich Handelnden	185
7.2.2	Ausdrückliche Unternehmerhaftung	187
7.3	Folgen wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung	189
7.3.1	Vorbemerkungen	189
7.3.2	Regelungsgehalt des AÜG	189
7.3.3	Arbeitnehmerüberlassung und andere Vertragsformen	189
7.3.4	Abgrenzungskriterien	190
7.3.5	Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten wegen illegaler Arbeitnehmerüberlassung	191
7.3.6	Auftragssperre	192
7.3.7	Gewerbezentralregister	193
7.3.8	Sonstige Folgen	193
7.3.9	Änderungen des AÜG zum 1.1.2003 bzw. 1.1.2004	193
7.4	Arbeitnehmerentsendegesetz	195
7.4.1	Zielsetzung und Anwendungsbereich	195
7.4.2	Einzuhaltende Mindestbedingungen	195
7.4.3	Durchgriffshaftung	198
7.5	Das Schwarzarbeitergesetz (SchwarzArbG)	199
7.5.1	Bußgeldvorschriften	199
7.5.2	Sonstige Folgen	200
7.6	Sonstige Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten	200
7.7	Rechtsfolgen generell	201
7.8	Kontinuierliche Verschärfung der Gesetzeslage	202
7.9	Präventivmaßnahmen zur Vermeidung illegaler Beschäftigung beim Einsatz von Nachunternehmern	203
8	Finanzierung am Bau	207
8.1	Einleitung	207
8.2	Geschäftsbanken	207
8.2.1	Großbanken	207
8.2.2	Regionalbanken	208
8.3	Spezialbanken	208
8.3.1	Hypothekenbanken	208
8.3.2	Kreditanstalt für Wiederaufbau	208

8.4 Das Kreditgeschäft der Geschäftsbanken	209
8.4.1 Kreditwürdigkeitsprüfung	209
8.4.2 Kredit- und Konditionsarten	214
8.4.3 Besondere Finanzierungsarten	219
8.4.4 Der Kreditvertrag	220
8.5 Die Bankgespräche	228
8.5.1 Bilanzgespräch	228
8.5.2 Ratinggespräch	230
9 Das Steuerrecht des Bauunternehmens	235
9.1 Grundlagen der Besteuerung	235
9.2 Handelsrechtliche Gewinnermittlung	238
9.2.1 Bilanz	238
9.2.2 Gewinn- und Verlustrechnung	239
9.3 Steuerrechtliche Gewinnermittlung	241
9.3.1 Betriebsvermögensvergleich	241
9.3.2 Gewinnmodifizierung durch steuerliche Vorschriften.....	242
9.4 Die Ertragsbesteuerung der einzelnen Rechtsformen	245
9.4.1 Das Einzelunternehmen	245
9.4.2 Personengesellschaften	247
9.4.3 Kapitalgesellschaften	252
9.4.4 Sonderformen	256
9.5 Steuerabzug für Bauleistungen	263
9.6 Die Umsatzsteuer	266
9.6.1 Einleitung	266
9.6.2 Haftungsrisiken von Bauunternehmen	272
Literaturverzeichnis	275
Sachwortverzeichnis	277

Aufklärungsgespräch, als hier eben auch zusätzlich noch über den Preis verhandelt wird. Ansonsten gilt alles was bereits über das Aufklärungsgespräch erläutert wurde.

3.4.3 Die Ausführungsphase

3.4.3.1 Arbeitsvorbereitung

Je nach der Größe der Projekte betreut ein Bauleiter bzw. Projektleiter in einem mittelständischen Unternehmen üblicherweise zwei bis sechs Bauvorhaben gleichzeitig und verantwortet entsprechend einen Umsatz von 2 bis 5 Millionen EUR pro Jahr. Nicht immer steht ihm für die Arbeitsvorbereitung eine zentrale Serviceabteilung zur Verfügung. So ist es nicht ungewöhnlich, wenn sich ein Teufelskreis auftut aus Problembewältigung in Folge ungenügender Arbeitsvorbereitung bei der laufenden Baustelle, daraus enorme Zeitbelastung für den Bauleiter und daraus in der Konsequenz keine Zeit für die Vorbereitung der nächsten Baustelle. Das Ergebnis sind: ein stets gehetzter Bauleiter, teure Pannen im Bauausführungsprozess, unzufriedene Kunden und ein schlechtes Baustellenergebnis. Diesem Teufelskreis begegnen wir in schöner Regelmäßigkeit bei vielen Jungbauleitern und doch immer noch vereinzelt bei den „Alten Hasen“.

Wer sich mit den Prozessen einer Organisation auseinandersetzt, weiß, wie wichtig es ist, den Großteil der Energie in die Planung und Vorbereitung eines Projekts zu legen und sie eben nicht, wie so häufig zu beobachten, zur Lösung des selbst verursachten Chaos in Folge der fehlenden oder schlechten Arbeitsvorbereitung investieren zu müssen. Jeder in der Vorbereitung eingesparte Euro wird später mit Zins und Zinseszins nachbezahlt. Das gilt übrigens nicht nur für die Bauindustrie sondern für praktisch jeden Produktions- und Serviceprozess. Natürlich macht es bei einem Betrieb mit zwei Bauleitern keinen Sinn die Arbeitsvorbereitung arbeitsteilig zu organisieren. Auch der große mittelständische Baubetrieb mit überwiegend kleinen Baustellen von 20 bis 200.000 EUR und weitestgehend standardisierten Arbeitsabläufen wird unter Umständen die Nachteile der zusätzlichen Schnittstelle höher bewerten und die Arbeitsvorbereitung durch den Bauleiter in Personalunion organisieren. Entscheidend für den Erfolg eines Unternehmens ist, dass sich die gesamte Führungsmannschaft der hohen Priorität einer perfekten Arbeitsvorbereitung bewusst ist und für diese Aufgabe die erfahrensten Mitarbeiter mit ausreichendem Zeitrahmen zur Verfügung stehen.

Doch was gehört zu einer guten Arbeitsvorbereitung außer der Erkenntnis, dass sie gleichsam „kriegsentscheidend“ für den Erfolg einer Baustelle ist? Die nachfolgende Tabelle soll dazu dienen die wesentlichen Inhalte einer guten Arbeitsvorbereitung aufzulisten.

Tabelle 3–6 Arbeitsvorbereitung

Themen	Maßnahmen
Auftragskalkulation	Alle Veränderungen aus der Vertragsverhandlung werden in die Angebotskalkulation eingearbeitet <ul style="list-style-type: none">• Überarbeitung Einheitspreise der Teilleistungen• Überarbeitung Kostenstruktur• Überarbeitung Leistungsansätze, Leistungsvorgaben

Themen	Maßnahmen
Vertragsanalyse	<p>Ermitteln des Bausolls für alle zukünftigen Detailabläufe:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ermitteln der Teilleistungen aus Pauschalen • Materialspezifikationen • Massenermittlung • Terminabläufe, Vertragstermine, kritische Wege • Festlegen des notwendigen Berichtswesens <p>Chancen und Risikoanalyse aller Teile und Passagen des Bauvertrags und daraus:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Eindeutigkeit der Baubeschreibung • Massenrisiken, Massen Chancen • Verfahrensrisiken, Verfahrenschancen • Terminrisiken, Termin Chancen • Baugrundrisiken, Baugrund Chancen • Spartenrisiken, Chancen • Genehmigungsrisiko, Chancen • Nachbarschaftsrisiken, Chancen • Chancen und Risiken aus Materialspezifikationen • Festlegen der Risikovermeidungsstrategien- und Maßnahmen • Ermittlung der möglichen Nachtragschancen
Baupartner	<p>Ermitteln der Vertreter des Auftraggebers und seiner Erfüllungsgehilfen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Informationen über die handelnden Personen, frühere Erfahrungen, Eigenheiten • Wer sind die Entscheider, Befugnisse? • Wer sind die Meinungsbilder, Befugnisse?
ARGE-Partner	<p>Vorbereitung der Konstituierenden ARGE-Sitzung (soweit noch nicht in der Bietergemeinschaftsvereinbarung festgelegt)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ziele des Unternehmens zur ARGE-Form • Ziele des Unternehmens zum ARGE-Vertrag • Ziele des Unternehmens zur Geschäftsführung • Ziele des Unternehmens zu den Verrechnungssätzen • Ziele des Unternehmens zur Beistellung <p>Einladung zur Konstituierenden ARGE-Sitzung (Kfm. Geschäftsführung)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Umsetzung der Unternehmensziele zur ARGE • Verhandlung ARGE-Vertrag • Regelung zur Geschäftsführung, Verrechnungssätzen • Konten, Vollmachten, Bürgschaften, Unterbürgschaften • Beistellungen, Sätze, Qualitätsniveau der Beistellungen • Technische Bearbeitung, Einkauf, Buchhaltung, • Korrespondenz, Dokumentenmanagement, Vollmachten • Besprechungszyklen, Jour Fixe
Nachtragsmanagement	<p>Ermittlung aller potenziellen Nachtragschancen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Listung der Chancen und Risiken • Definition der notwendigen Anspruchsgrundlagen • Festlegung des erforderlichen Berichtswesens • Festlegung der notwendigen Maßnahmen
Berichtswesen	<p>Festlegen des erforderlichen und notwendigen Berichtswesens, IT Unterstützung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tagesberichte, Abgabetermine, Unterschriften • Korrespondenz, Verteiler, EDV-Plattform • Genehmigungen, Freigaben • Pläne, Verteiler, Prüflauf, Freigaben • Archivierung Dokumente ggf. digital

Themen	Maßnahmen
Terminmanagement	Analyse und Ausarbeitung der Terminpläne <ul style="list-style-type: none"> • Vertragsterminplan, Terminkontrollsystem • Bauablaufplan, Feinterminpläne, Kontrollsystem
Fakturierung	Ermittlung der vertraglich vereinbarten Rechnungslegungsvorschriften <ul style="list-style-type: none"> • Rechnungsform, Anzahl Kopien, Prüflauf • Rechnungslegungsfristen, Zahlungsfristen • Aufmaßvorschriften, Form, Prüflauf, Termine • Erforderliche Nachweise, Bescheinigungen, • Bürgschaften, Termine
Baustellencontrolling	Entscheidung über Datenerfassung auf der Baustelle oder im Unternehmen <ul style="list-style-type: none"> • Aufbau Budget auf Basis Kalkulation • Einrichtung Baustelle im Controllingsystem • Festlegung Belegfluss, Termine • Regelmäßige Auswertung Soll-Ist-Vergleich • Bei ARGEN-Einbindung ARGE-Buchhaltung
Technische Arbeitsvorbereitung	Entscheidung zur Verfahrenstechnik auf der Basis von: <ul style="list-style-type: none"> • Vertragsanalyse • Chancen Risiko Analyse • Wirtschaftlichkeitsrechnung • Unternehmenserfahrung • Vorstatik, Massenermittlung Einkauf von Material und Nachunternehmer <ul style="list-style-type: none"> • Ausschreibung Nachunternehmer • Ausschreibung Schalung, Gerüste, Hebezeuge • Ausschreibung Stahl, Beton, Fugenbänder, Einbauteile usw.. • Verhandlung Lieferanten und Nachunternehmer • Vergabe Lieferanten und Nachunternehmer Baustelleneinrichtung <ul style="list-style-type: none"> • Baustelleneinrichtungspläne, Büro, Gerätestandorte, • Strom, Wasser, Telekom, • Kranstandorte, Autokranstandorte • Leitungspläne, Nachbarbebauung, Beweissicherung • Logistik, Zufahrten, Standplätze, Lagerplätze • Vermessung, Hauptachsen, Sicherung Tiefbauarbeiten <ul style="list-style-type: none"> • Abbruchkonzepte, Abbruchstatik, Genehmigungen • Erdarbeiten, Aushubpläne, Rampen, Deponie • Kontaminationen, Analyse, Entsorgungswege • Baugrubensicherung, Gründung, Bodenverbesserung • Wasserhaltung, Vorflut, Genehmigung Ingenieurbauarbeiten <ul style="list-style-type: none"> • Schalpläne, Gerüste, • Vorschubkonzepte, Einschwimmkonzepte • Hebezeuge, Pumpenstandorte • Betonrezepturen, Prüfzeugnisse, Eignungsprüfungen • Planung Fertigteillogistik
Qualitätssicherung	Ausarbeitung des Qualitätssicherungsplans <ul style="list-style-type: none"> • Ausarbeiten Arbeitsanweisungen für alle Gewerke • Festlegung Prüfpunkte und Prüfroutinen • Einrichtung Mess- und Regeltechnik, Dokumentation

Selbstverständlich kann diese Liste nur eine Orientierung sein und kann keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Trotzdem wird an der Fülle der angesprochenen Themen sofort klar, dass Arbeitsvorbereitung keine Kleinigkeit ist, die ein Jungbauleiter mal eben so nebenbei erledigt. Hier sind Profis mit langjähriger Erfahrung gefragt. Die wichtigste Aufgabe für die Unternehmensleitung ist es dafür zu sorgen, dass diese für das Baustellenergebnis kriegsentscheidende Aufgabe rechtzeitig und professionell erledigt wird.

3.4.3.2 Nachtragsmanagement

Beinahe zehn Jahre Rezession in der deutschen Bauindustrie haben den Baumarkt zum eindeutigen Käufermarkt werden lassen. Das heißt immer weniger Auftraggebern stehen immer noch zu viele Unternehmen gegenüber. Die Folgen sind ein Verfall der Preise und was noch viel schlimmer ist, ein Verfall der Sitten am Bau. Die Bauherren versuchen zunehmend massiv durch immer umfangreichere und ausgefeiltere Verträge die klassischen Bauherrenrisiken zu Lasten der Auftragnehmer zu verschieben. Die Auftragnehmer versuchen durch aggressives Nachtragsmanagement ihre nicht auskömmlichen Preise auf ein einigermaßen erträgliches Niveau zu heben und hoffen damit am Ende doch noch mit einem positiven Ergebnis aus dem Auftrag heraus zu kommen. Wer da kein professionelles Nachtragsmanagement betreibt, wird Geld verlieren, das er beim heutigen Preisniveau dringend braucht oder er wird durch unprofessionelle Mehrkostenforderungen das Klima auf der Baustelle so vergiften, dass an eine vernünftige Zusammenarbeit nicht mehr zu denken ist. Im schlimmsten Fall heißt es dann: Geld verloren und Kunden verloren!

Um das zu verhindern, gilt es ein professionelles Nachtragsmanagement einzurichten, das darauf ausgerichtet ist alle Nachtragschancen zu wahren, sie aber so zu platzieren, dass der Auftraggeber sich zu keinem Zeitpunkt übervorteilt fühlt. Das heißt, neben den Fragen von Anspruchsgrundlage und Anspruchshöhe gilt es stets auch im Auge zu behalten, ob ein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn durch Form oder Inhalt der Mehrkostenanmeldung gegenüber dem Bauherrn in ein nachteiliges Licht kommen könnte. Hier heißt es nicht auf die Mehrkostenanmeldung und auf die Durchsetzung des Nachtrags zu verzichten, sondern sie gegebenenfalls so mit den potenziell betroffenen Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers vor zu besprechen und eventuell auch noch zu verifizieren, dass diese mit Form und Inhalt einigermaßen leben können, ohne sich beim Auftraggeber dabei bis auf die Knochen zu blamieren.

Hier ist also Fingerspitzengefühl gefragt, ohne das eigentliche Ziel der Mehrkostenanmeldung aus den Augen zu verlieren. Ein Baugrundsachverständiger wird, um den Aufbau des Baugrundes zu erkunden, nur eine wirtschaftlich vertretbare und damit endliche Anzahl von Aufschlussbohrungen durchführen und auswerten können. Seine Beurteilung des Baugrundes kann sich letztendlich exakt nur auf diejenigen Punkte beziehen, die im Zuge der Baugrunderkundung erbohrt worden sind. Bezüglich der Flächen zwischen den Bohrungen wird sich ein erfahrener Baugrundsachverständiger immer nur mit Einschränkungen äußern, denn hier kann er ja nur von den Ergebnissen weniger Aufschlussbohrungen auf das große Bodenvolumen dazwischen extrapolieren.

Nachdem man vor Überraschungen im Baugrund nie sicher sein kann, ist es für den Baugrundsachverständigen auch kein Problem, wenn sich später herausstellt, dass in einem Feld zwischen zwei Bohrungen ein anderer Baugrund festgestellt wird, als infolge der Extrapolation der Ergebnisse der Aufschlussbohrungen zu erwarten war. In diesem Fall wird es für den Baugrundsachverständigen auch in der Regel nicht zum Problem, wenn daraus Mehrkosten für Bodenaustausch, Bodenverbesserung oder Dekontamination anfallen. Der gleiche Baugrundsachverständige hat aber sofort ein gewaltiges Problem und wird sich entsprechend zu vertei-

digen versuchen, wenn das ausführende Bauunternehmen unmittelbar neben einer Bohrung aus dem Baugrunderkundungsprogramm völlig andere Baugrundverhältnisse glaubt festgestellt zu haben. Natürlich gibt es hier Variationen zum Thema, wenn der Baugrundsachverständige die Abweichungen im maßgeblichen Feld infolge einer logischen Interpretation der Bohrerergebnisse und auf Grund seiner Erfahrung hätte erkennen müssen. Das heißt, bei jedem Nachtrag empfiehlt es sich im Hinblick auf seine spätere Durchsetzbarkeit die Position der von einem Nachtrag tangierten Erfüllungsgehilfen des Bauherren im Auge zu behalten.

Ein weiterer wichtiger Aspekt im Bereich des Nachtragsmanagements ist die Sensibilisierung und Vorbereitung der gesamten Baustellenmannschaft für die Notwendigkeit einer perfekten Dokumentation. Nichts ist ärgerlicher als Anspruchsgrundlage und Anspruchshöhe infolge eines unprofessionellen Berichtswesens nicht oder nicht ausreichend durchsetzen zu können. Eine logische und saubere Begründung einer Mehrkostenanmeldung und des darauf folgenden Nachtragsangebots mit Bezug zur Urkalkulation, einer sauberen und logisch nachvollziehbaren Nachtragskalkulation, perfekten Feinterrinplänen und einer erdrückenden Flut von Einzelnachweisen nimmt dem Auftraggeber die Chance, den Nachtrag vorschnell in die Ecke von unseriöser Abzockerei zu stellen. Der Eindruck von Professionalität wird noch verstärkt, wenn alle Aktivitäten des AN nicht nur logisch und sauber, sondern auch noch zeitnah beim AG eingehen. Dies ist der beste Schutz, um zu verhindern, dass der Nachtrag bis weit über das Baustellen Ende hinaus verschleppt wird.

Als Anregung für eine Checkliste zum Nachtragsmanagement kann die nachfolgende Tabelle dienen. Die Tabelle kann dabei keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

Tabelle 3–7 Nachtragsmanagement

Nachtragsmanagement	
Ermittlung der potentiellen Nachtragschancen auf der Basis von <ul style="list-style-type: none"> • Vertrag • Arbeitsvorbereitung • Erfahrung • Kenntnis der Vertragspartner • Chancen/Risikoanalyse • Qualitätssicherung 	Abbruch, Abweichungen vom Bausoll <ul style="list-style-type: none"> • Strukturen des Gebäudes • Materialien, Asbest, • Leitungen, Kanäle Baugrund, Abweichungen vom Baugrundgutachten <ul style="list-style-type: none"> • Bodenklassen, Schichtaufbau • Bodenmechanische Eigenschaften, Tragfähigkeit, Steifigkeit • Kontaminationen, Baugrund, Wasser Vertraglich geschuldete bauseitige Leistungen, verspätete Lieferung <ul style="list-style-type: none"> • Ausführungsunterlagen, Pläne, Gutachten, Beweissicherung • Hauptachsen, Strom, Wasser, Zufahrt • Baugenehmigung, nachbarschaftliche Genehmigung Massenmehrung/Minderung (VOB/B § 2 Nr.3) <ul style="list-style-type: none"> • Massenmehrung/ Minderung der Teilleistung • Ausgleich durch andere Teilleistungen Pauschalen <ul style="list-style-type: none"> • Änderung der Grundlage der Preisermittlung (VOB/B § 2 Nr. 7 mit Nr. 5) <ul style="list-style-type: none"> – Gebäudegeometrie – Nachbarschaftsverhältnisse • Erhebliche Abweichung der Massen VOB/B § 2 Nr. 7 mit § 242 BGB Bauentwurfsänderungen VOB/B § 2 Nr. 5 <ul style="list-style-type: none"> • Widersprüche in der Leistungsbeschreibung • Anordnungen des Bauherrn • Vom Bauherrn gestellte Materialien erfüllen nicht die zugesicherten Eigenschaften

Nachtragsmanagement	
	<p>Zusätzliche Leistungen VOB/B § 2 Nr. 6, VOB/B § 2 Nr. 9</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anordnungen des Bauherrn <p>Gestörter Bauablauf</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fehlende Vorleistung der Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers • Fehlende Entscheidungen des Auftraggebers • Fehlende Genehmigungen, Freigaben • Behinderungen durch Vorunternehmer • Insgesamt gestörter Bauablauf aus Mehrfachbehinderungen • Gemeinkosten aus gestörtem Bauablauf
Identifikation und Minderung von Nachtragsrisiken	<p>Formale Risiken</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mehrkostenanmeldung nicht rechtzeitig, unvollständig, fehlerhaft • Fehlerhafte Nachweise für Mehrkostenermittlung, • Ungünstige Urkalkulation • Fehlende/ungenügende Dokumentation der Anspruchsgrundlagen <p>Emotionale Risiken</p> <ul style="list-style-type: none"> • Mehrkostenanmeldung dokumentiert die Fehler von Erfüllungsgehilfen des AG • Mehrkostenanmeldung kommt überraschend für den AG • Mehrkostenanmeldung ist aggressiv formuliert • Anspruchsgrundlage ist nicht einsichtig/unlogisch formuliert <p>Faktische Risiken</p> <ul style="list-style-type: none"> • Verspätete Vorleistungen des AN behindern Vorleistungen des AG • Mangelhafte Leistungen AN beeinflussen Vorleistungen AG • Behinderungen kommen nicht aus der unmittelbaren Sphäre des AG • Eigene Qualitätsmängel, Terminmängel
Vorbereitung der Anspruchsgrundlagen	Bereitstellung der Standardmusterschreiben
Festlegung des erforderlichen Berichtswesens	<p>Klare Aufgabenverteilung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definition Berichtsform und Mindestinhalte • Definition Aufgaben, Kundenbetreuung • Checkliste der baustellenspezifischen potentiellen Nachtragschancen
Festlegung der notwendigen Maßnahmen	<p>Qualitätssicherung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ausführungsqualität • Terminmanagement • Kontrolle Berichtswesen • Nachtragsverfolgung • Gesprächsvorbereitung

3.4.3.3 Abrechnung

Es ist in der Regel relativ einfach regelmäßig die Abschlagsrechnung zu schreiben, wenn die Vorleistung durch den Bauleiter vorliegt. An dieser Vorleistung, an den Aufmaßen, den Massenvordersätzen und den in vielen Fällen notwendigen Unterschriften des Auftraggebers fehlt es dann häufig und damit rutscht so mancher Rechnungslegungstermin immer weiter nach hinten. Hier gilt es anzusetzen durch ein striktes Regime, das fixe Rechnungslegungs- und Aufmaßtermine erzwingt. Apropos fixe Rechnungslegungstermine. Die VOB/B § 16 Nr. 1 gibt keine Zeitabstände vor, sondern fordert lediglich möglich kurze Zeitabstände für die Rechnungslegung; das heißt, soweit vertraglich nichts anderes vereinbart wurde, ist ein wöchentlicher Rechnungslegungstermin vom AG nicht zu beanstanden. Ein Blick auf die Liquiditätsbindung in Folge längerer Rechnungslegungsabstände zeigt, dass sich die Mühe bei den für Bauunternehmen üblichen niedrigen Liquiditätsspielräumen lohnt.

5 Die Durchführung des Bauvertrages

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breyer, Stuttgart

5.1 Einleitung

Nach der Lektüre des vorangehenden Kapitels weiß der Leser nunmehr, wie ein Vertrag zustande kommt. In diesem Kapitel geht es um dessen Durchführung, mit anderen Worten, um die Erfüllung der von beiden (oder mehreren) Vertragspartnern eingegangenen gegenseitigen Verpflichtungen.

Der Aufbau des nachfolgenden Beitrags orientiert sich an der Gliederung der VOB/B. Dies insbesondere deshalb, weil die VOB/B ein speziell auf die Bedürfnisse am Bau zugeschnittenes Regelwerk darstellt, das die Chronologie eines Bauvorhabens in seiner Systematik widerspiegelt. Viele Regelungen der VOB/B strahlen im Übrigen auch auf den BGB-Werkvertrag aus.

Die regelmäßige und wiederkehrende Lektüre der VOB/B sei schon an dieser Stelle wärmstens empfohlen, denn sie ist für den juristischen Laien überaus hilfreich und kann dazu beitragen, mit immer wiederkehrenden Phrasen, geboren aus juristischem Halbwissen, aufzuräumen. Dabei werden der VOB/B Inhalte angedichtet, die dort nicht beschrieben sind.

Weder durch dieses Kapitel noch durch die anderen Beiträge dieses Handbuches soll der Leser zu einem entsprechenden Fachmann ausgebildet werden. Die Fehler, die Schmerzen und richtig Geld kosten, ergeben sich zumeist aus Unkenntnis der einfachsten Regelungen im privaten Baurecht. Ziel ist es, die wesentlichen rechtlichen Grundzüge im Rahmen der Bauausführung unter exemplarischer Darstellung einiger immer wiederkehrender Problemkonstellationen darzulegen und Problembewusstsein zu erzeugen. Dieser Beitrag ist kein VOB-Kommentar und soll auch keiner sein. Es soll lediglich erreicht werden, dass bestimmte Regelungen im Zusammenhang gesehen und erkannt werden und auf diesem Weg ein „Judiz“ entwickelt wird. Dadurch können Probleme frühzeitig erkannt und entsprechende Maßnahmen eingeleitet werden.

Die nachfolgenden Zeilen tragen die Hoffnung in sich, dem Leser dabei zu helfen, sich in den Zeiten der Streitkultur (oder auch kürzlich gehört als „positive Streitkultur“ – im Übrigen ebenso ein Unwort wie etwa „Gewinnwarnung“) gegen damit einhergehende Unwegbarkeiten zu wappnen.

In diesem Sinne.

5.2 Das Bau-Soll

Bau-Soll und Bau-Ist – diese beiden Begriffe bestimmen maßgeblich die Geschehnisse im Rahmen eines Bauvorhabens. Bei nur wenigen Bauvorhaben dürften Bau-Soll und Bau-Ist deckungsgleich sein. In der Regel gibt es Abweichungen oder, negativ formuliert, Störungen im Bauverlauf, weil eben Bau-Soll und Bau-Ist voneinander abweichen. Diese Abweichungen gilt

es frühzeitig zu erkennen. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass man zunächst weiß, was das Bau-Soll ist.

§ 1 Nr. 1 VOB/B sagt, wonach sich das Bau-Soll richtet, nämlich nach dem zugrunde liegenden Vertrag. Wie ein solcher zustande kommt, wurde bereits im vorangehenden Kapitel beschrieben. Spätestens nach dessen Lektüre wird deutlich, dass es – und das gilt insbesondere für Bauverträge – gar nicht so einfach ist, diese zwei übereinstimmenden Willenserklärungen auszumachen.

Der eine oder andere mag sich nun wundern, warum zum Thema Vertragsschluss und Bau-Soll hier so viele Worte verloren werden und mag denken: „Ich weiß doch sehr wohl, was in meinem Vertrag steht und was ich bauen muss.“ Hier sei der durch Erfahrung belegte Einwand gestattet, dass ein ganz überwiegender Anteil der Baustreitigkeiten eben gerade aus der Frage resultiert, was Bau-Soll ist und was nicht.

Bemerkenswert ist aus Sicht eines Rechtsanwalts, was Mandanten auf die Aufforderung, den Vertrag doch bitte vorzulegen, oftmals auf den Tisch legen. In den seltensten Fällen wird wirklich der gesamte Vertrag vorgelegt. Man meint, der Vertrag seien die Papiere, die mit „Bauvertrag“ oder Ähnlichem überschrieben seien, wobei sich häufig herausstellt, dass bereits vorher (manchmal sogar im Rahmen einer Verhandlung, verbrieft durch ein entsprechendes Verhandlungsprotokoll) eine vollständige Einigung erzielt wurde oder aber eben überhaupt nicht, auch nicht durch das Papier mit der Überschrift „Bauvertrag“.¹

Das Bau-Soll wird also primär durch den Vertrag bestimmt.² Neben dem Vertrag gelten – wie im vorangehenden Kapitel ausgeführt – auch die Vertragsbestandteile als maßgeblich für den Umfang des Bau-Solls.

Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart³, gilt gemäß § 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B die VOB/C „automatisch“.

5.3 Änderungsbefugnis des Auftraggebers („Nachträge“)

§ 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B regeln Wichtiges: Nach § 1 Nr. 3 VOB/B hat der Auftraggeber jederzeit das Recht, Änderungen des Bauentwurfes anzuordnen. Nach § 1 Nr. 4 VOB/B hat der Auftragnehmer grundsätzlich nach entsprechender Anordnung auch nicht vereinbarte Leistungen auszuführen, sofern sie zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich werden (was in der Regel der Fall ist), und der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen eingerichtet ist (was in der Regel ebenso der Fall ist). Diese beiden Regelungen sind deswegen von Bedeutung, weil sich hieraus ein großes Problem für den Auftragnehmer ergeben kann: Er muss oft gerade deshalb seinem Geld, der „Nachtragsvergütung“, hinterher

¹ In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt: Wie der Vertrag bezeichnet wird, spielt für die rechtliche Qualifikation keine Rolle. Man denke nur an den „Bauvertrag“, der in aller Regel ein Werkvertrag ist

² Es gibt hier allerdings auch gesetzlich geregelte Ausnahmen. Ein Beispiel ist § 632 Abs. 2 BGB, der für den Fall, dass keine Vergütung vereinbart ist, regelt, dass dann die „übliche Vergütung“ als vereinbart anzusehen ist.

³ Was nicht immer gelingt, auch wenn beide Parteien es oft wollen. Selbst bei Verträgen mit der öffentlichen Hand, die nach § 55 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung i. V. m. § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A verpflichtet ist, die VOB/B anzuwenden, muss sie vereinbart werden: Der Bieter muss nur das Formblatt EVM (B) Ang austauschen und sein Angebot an die vergebende Stelle mit einem eigenen Anschreiben absenden und auf dieses Angebot den Zuschlag erhalten. Dann – sofern beim Bieter in seinem eigenen Anschreiben die VOB/B nicht als Vertragsbestandteil aufgeführt ist – ist die VOB/B in der Regel nicht vereinbart, weil gerade dieses Formblatt des Vergabehandbuchs Bau die VOB/B erwähnt.

laufen. Eine dem § 1 Nr. 4 VOB/B vergleichbare Regelung gibt es im BGB-Werkvertrag nicht. Mit anderen Worten: Will der Auftraggeber in einem BGB-Werkvertrag eine zusätzliche Türe haben, kann der Auftragnehmer freundlich die Ausführung verweigern (oder aber die Ausführung an einen entsprechenden Preis knüpfen). Bei Vereinbarung der VOB/B kann er dies hingegen grundsätzlich nicht. Er kann nicht einmal die Ausführung von einer vorherigen Preisvereinbarung abhängig machen. Dieser Umstand ist oftmals Grund für die berühmten Nachtragsstreitigkeiten.

Die oben angesprochenen Regelungen der VOB/B sind im Übrigen nicht zur Schikane des Auftragnehmers eingeführt worden. Die VOB/B bringt hier lediglich klar und unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie dem reibungslosen Fortgang des Bauvorhabens Vorrang gibt

Diesen Umstand nutzen mittlerweile viele Auftraggeber aus. Der Grund ist zumeist, dass bei Ihnen von vornherein meist nur ein bestimmtes finanzielles Budget zur Verfügung steht und oftmals im Rahmen eines Bauvorhabens die Notwendigkeit entsteht, zusätzliche und/oder geänderte Leistungen anzuordnen, die aus welchen Gründen auch immer (unvollständiges oder unrichtiges Leistungsverzeichnis usw.) nicht im Bauvertrag enthalten waren. Angesichts dieser finanziellen Beschränkungen will sich der Auftraggeber der Vergütungsfrage möglichst spät stellen, häufig erst im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung, die durchaus einige Jahre dauern kann.⁴ Die Rechtsprechung schiebt der willkürlichen Ausnutzung dieser Situation durch den Auftraggeber allerdings einen Riegel vor. Dem Auftragnehmer steht ausnahmsweise dann ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der Nachtragsleistungen zu, wenn der Auftraggeber von vornherein Verhandlungen über die Vergütung einer Nachtragsleistung kategorisch ablehnt.⁵

Ein kluger Auftraggeber wird das allerdings nicht tun, sondern sich grundsätzlich verhandlungsbereit zeigen. Im Ergebnis freilich wird er seine Meinung auch nach derartigen „Verhandlungen“ nicht ändern. Selbst wenn jedoch die Voraussetzungen für dieses ausnahmsweise gegebene Leistungsverweigerungsrecht vorliegen, ist damit dem Auftragnehmer in den meisten Fällen nicht wirklich geholfen. Denn dieses Leistungsverweigerungsrecht hat er natürlich nur dann, wenn es sich tatsächlich um einen Nachtrag handelt, der vergütungspflichtig ist (sei es eine geänderte oder zusätzliche Leistung). Vor diesem Hintergrund sei an die Fälle erinnert, bei denen gerade der Nachtrag dem Grunde nach streitig ist. Mit anderen Worten: Der Auftraggeber ist der Ansicht, es bestehe kein zusätzlicher Vergütungsanspruch, weil es sich um keinen Nachtrag handelt, sondern um eine Leistung, die ohnehin im ursprünglichen Bau-Soll enthalten ist. Verweigert der Auftragnehmer nun unter den oben beschriebenen Voraussetzungen die Ausführung dieser zusätzlichen Leistung und stellt sich nachträglich heraus, dass es keine zusätzliche und damit vergütungspflichtige Leistung war, riskiert er viel.⁶

Wie sich der Auftragnehmer dennoch bei Nachträgen geschickt positionieren kann, wird im Kapitel 5.4.2 im Rahmen der Vergütung von Nachtragsleistungen behandelt.

⁴ Manchmal nach dem Motto: Wer weiß, ob es zu diesem Zeitpunkt den Auftragnehmer überhaupt noch gibt ...

⁵ Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, § 2 Rn 139b; Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, § 2 Rn 206; OLG Düsseldorf BauR 1995, 706

⁶ Der Auftraggeber kann z. B. eine Teilkündigung aussprechen und etwaige Mehrkosten bei der Durchführung einer Ersatzvornahme gegen den Auftragnehmer geltend machen, wobei auch die Folgekosten nicht außer Betracht bleiben dürfen (Bauzeitverzögerung etc.).

5.4 Vergütung

5.4.1 Vergütungsvereinbarung – Pauschalpreis/Festpreis

5.4.1.1 Pauschalpreis

Wie viel Geld der Auftragnehmer für welche Leistung bekommt, hängt wiederum von den Vereinbarungen der Parteien ab. Als Grundsatz gilt: Mit den vereinbarten Preisen sind alle Leistungen abgegolten, die im Vertrag beschrieben sind, § 2 Nr. 1 VOB/B.

Welche Arten von Bauverträgen es gibt, wurde im vorangehenden Kapitel dargelegt. Zu den vergütungsrechtlichen Folgen der grundsätzlich am häufigsten vorkommenden Vertragstypen, nämlich dem Einheitspreis- und dem Pauschalpreisvertrag (**der Begriff Pauschalpreis ist keinesfalls mit dem Begriff Festpreis zu verwechseln**), ist folgendes festzuhalten:

Beim Einheitspreisvertrag gibt es in der Regel eine Variable, nämlich den sog. Vordersatz, der die vorgegebene Masse/Menge angibt. Da diese in den seltensten Fällen auch dem Bau-Ist entspricht, richtet sich der Gesamtpreis für die jeweilige Einzelposition nach der endgültig festgestellten Menge, die wiederum mit dem bei Vertragsschluss festgelegten Einheitspreis multipliziert wird.

Weicht nun (das regelt § 2 Nr. 3 VOB/B) im Hinblick auf die Masse das Bau-Ist von der vorgegebenen Menge dergestalt ab, dass der vorgegebene Mengenansatz um **über 10 %** nach oben oder nach unten abweicht, so ist auf **Verlangen** ein neuer Einheitspreis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Das geschieht wie bei allen Nachträgen auf Grundlage der Urkalkulation und beinhaltet nicht den Automatismus, dass mit einer entsprechend höheren Menge auch jeweils ein entsprechend höherer Preis einhergeht. Oft kann das Gegenteil der Fall sein. Die Einzelheiten der kalkulatorischen Ermittlung von Nachtragsleistungen würden allerdings den Umfang des Beitrages sprengen und können an dieser Stelle nicht erörtert werden.

Die ebenfalls im vorbenannten Kapitel beschriebene „kleinste“ Form des Pauschalpreisvertrages ist der sog. Detailpauschalpreisvertrag. Hierbei wird im Gegensatz zum Einheitspreisvertrag die Masse pauschaliert, weshalb es für den Auftragnehmer grundsätzlich kein Mehr an Vergütung gibt, wenn sich die Masse nachträglich erhöht.

Freilich gibt es auch hier wieder eine Ausnahme:

§ 2 Nr. 7 VOB/B regelt, dass ausnahmsweise dann eine Preisanpassung möglich ist, wenn Bau-Ist und Bau-Soll so massiv voneinander abweichen, dass „ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist“. § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B verweist hier auf § 242 BGB, dem vielleicht doch nicht ganz unbekanntenen „Treu- und Glauben-Paragrafen“. Nun stellt sich die berechnete Frage, wann diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist. Die Rechtsprechung setzt die Grenze teilweise ab 20 % Mehrleistung an.⁷ Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass primär nicht die einzelne Abweichung bei einer einzelnen Teilleistung entscheidend ist, sondern die Auswirkung auf den Gesamtpreis.⁸

⁷ OLG Stuttgart IBR 2000, 593

⁸ Dieses Thema wird neuerdings heftig diskutiert im Rahmen der Stahlpreiserhöhungen. In diesem Zusammenhang fällt häufig der Begriff „Wegfall der Geschäftsgrundlage“, der im Wesentlichen nichts anderes ist als die Regelung in § 2 Nr. 7 VOB/B, wo eben ein Korrektiv der Zumutbarkeit eingeführt wird.

Ähnliche Probleme entstehen, wenn sich die Preise für Baumaterialien während der Vertragsausführung ändern. Dies ist dann ein Problem der Festpreisbindung (§ 2 Nr. 1 VOB/B), wobei unerheblich ist, ob es sich um einen Pauschalpreis- oder Einheitspreisvertrag handelt.

Fall: Ein Generalunternehmer hat einen Pauschalpreisvertrag mit seinem Auftraggeber zur schlüsselfertigen Errichtung eines Bürokomplexes abgeschlossen. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarung liegt das Massenrisiko beim Auftragnehmer. Im Zuge der Bauabwicklung verlangt der Stahllieferant des Generalunternehmers von diesem 60 % mehr Geld für die Tonne Stahl (nach Vertragsschluss). Der Generalunternehmer trägt dieses Verlangen an seinen Auftraggeber weiter. Dieser verhält sich ablehnend.

Ob der Stahllieferant (wenn nur Stahl zugekauft wird, dann Kaufvertrag; wenn Stahl mit Einbau geschuldet, dann Werkvertrag) seinerseits einen Anspruch gegen den Generalunternehmer auf Durchsetzung eines höheren Preises hat, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden. Der Generalunternehmer sollte allerdings diesen Sachverhalt zuvor aus rechtlicher Sicht kritisch prüfen. Im Ergebnis wird es auch hierbei auf die Vereinbarung mit dem Stahllieferanten ankommen.

Der Generalunternehmer mag nun gegenüber seinem Auftraggeber zwar ins Felde führen können, dass er eine 60 %ige Kostensteigerung (analog zu einer Massensexlosion im Sinne des § 2 Nr. 7 VOB/B) habe, allerdings ist primär, wie oben dargelegt, entscheidend, wie gravierend die Auswirkungen auf den Gesamt-, mithin vorliegend den vereinbarten Pauschalpreis sind. Hier wird sich im Zweifel selbst eine 60 %ige Erhöhung bei den Stoffkosten „Stahl“ auf den Gesamtpreis nur marginal auswirken, wenn man im vorliegenden Fall davon ausgeht, dass der Gesamtrohbauanteil ohnehin oft nur knapp 30 % beträgt.

Das wird dann im Ergebnis dazu führen, dass aus diesem Grunde kein Anspruch auf Preisanpassung seitens des Generalunternehmers besteht. Ihn wird letztendlich eine etwa 0,5–1 %ige Abweichung im Hinblick auf den Gesamtpreis nicht so sehr belasten (auch wenn es angesichts der heutigen Margen durchaus nicht leicht zu verkraften ist).

Grundsätzlich wird man von einer absoluten Grenze ausgehen müssen. Ob man hierfür 20, 25 oder 17 oder 16 % ansetzt, mag im Einzelfall zu entscheiden sein. Jedenfalls ist diese absolute Grenze zunächst im Rahmen der Auswirkung auf den Gesamtpreis zu sehen. Verändert sich allerdings die Masse oder der Preis einer einzelnen Teilleistung besonders gravierend, so kann dies zu einer Minimierung der absoluten Grenze im Hinblick auf den Gesamtpreis führen (Beispiel: 200 %ige Preis- oder Massenerhöhung einer Einzelposition führt „lediglich“ zu einer 16 %igen Auswirkung auf den Gesamtpreis, was dann gegebenenfalls für eine Preisanpassung ausreichen kann). Ferner spielt die absolute Höhe der finanziellen Auswirkung, die wiederum bei entsprechender Größe bereits dann zu einer Preisanpassung führen kann, wenn die gesamte Auswirkung auf den Gesamtpreis auch unter der von der Rechtsprechung gezogenen und im Einzelfall durchaus variierenden prozentualen Grenze liegt, eine Rolle (Beispiel: Massenerhöhung bei einer Einzelposition führt zu 3 Mio. EUR Mehrkosten; das sind bei einem Pauschalpreis von 100 Mio. EUR zwar nur 3 %, aber absolut gesehen doch recht viel Geld).⁹

⁹ Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B, § 2 Rn 279