

BAUWESEN

DIN

RECHT

Andreas Stangl

Der Nachtrag nach VOB/B

Vergütung durchsetzen
und absichern



VOB/B 2012

Beuth

Der Nachtrag nach VOB/B

Mehr zu diesem Titel

**... finden Sie in der
Beuth-Mediathek**



Zu vielen neuen Publikationen bietet der Beuth Verlag nützliches Zusatzmaterial im Internet an, das Ihnen kostenlos bereitgestellt wird. Art und Umfang des Zusatzmaterials – seien es Checklisten, Excel-Hilfen, Audiodateien etc. – sind jeweils abgestimmt auf die individuellen Besonderheiten der Primär-Publikationen.

Die Beuth-Mediathek finden Sie im Internet unter

www.beuth-mediathek.de

Zum Freischalten des Zusatzmaterials für diese Publikation gilt ausschließlich der folgende **Media-Code**:

M224204112

Wir freuen uns auf Ihren Besuch in der Beuth-Mediathek.

Ihr Beuth Verlag

Hinweis: Der Media-Code wurde individuell für Sie als Erwerber dieser Publikation erzeugt und darf nicht an Dritte weitergegeben werden. Mit Zurückziehung dieses Buches wird auch der damit verbundene Media-Code ungültig.

Der Nachtrag nach VOB/B



Andreas Stangl

Der Nachtrag nach VOB/B

Vergütung durchsetzen und absichern

1. Auflage 2012

Herausgeber:

DIN Deutsches Institut für Normung e. V.

Beuth Verlag GmbH · Berlin · Wien · Zürich

Herausgeber: DIN Deutsches Institut für Normung e. V.

© 2012 **Beuth Verlag GmbH**

Berlin · Wien · Zürich

Am DIN-Platz

Burggrafenstraße 6

10787 Berlin

Telefon: +49 30 2601-0

Telefax: +49 30 2601-1260

Internet: www.beuth.de

E-Mail: info@beuth.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechts ist ohne schriftliche Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronischen Systemen.

© für DIN-Normen DIN Deutsches Institut für Normung e. V., Berlin

Die im Werk enthaltenen Inhalte wurden vom Verfasser und Verlag sorgfältig erarbeitet und geprüft. Eine Gewährleistung für die Richtigkeit des Inhalts wird gleichwohl nicht übernommen. Der Verlag haftet nur für Schäden, die auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit seitens des Verlages zurückzuführen sind. Im Übrigen ist die Haftung ausgeschlossen.

Titelbild: © Fotolia, Eisenhans

Satz: B & B Fachübersetzungsgesellschaft mbH, Berlin

Druck: schöne drucksachen GmbH, Berlin

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier nach DIN EN ISO 9706

ISBN 978-3-410-22420-4

Autorenporträt

Dr. Andreas Stangl, geb. 1970, studierte von 1991 bis 1996 an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Von 1996 bis 1998 leistete er sein Referendariat in Regensburg mit verschiedenen Wahlstationen, u. a. MAN Technologie AG, ab.

1998 erlangte Dr. Andreas Stangl die Zulassung als Rechtsanwalt und widmete sich dem Schwerpunkt im privaten Baurecht sowie im Mietrecht.

Im Jahre 2002 erfolgte die Verleihung des Doktors der Rechte (Dr. jur.) durch die Universität Regensburg.

Im Jahre 2005 wurde der Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und 2007 der Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht erworben.

Seit über 10 Jahren ist Dr. Andreas Stangl als Rechtsanwalt im Bereich Immobilien-, Architekten- und Baurecht tätig und fungiert als anwaltliche Vertretung von kommunalen Gebietskörperschaften und privaten Auftraggebern und Auftragnehmern.

Er ist tätig als Dozent für die IHK-Akademie in Ostbayern GmbH und anderen Bildungsträgern. Des Weiteren verfasst er zahlreiche Beiträge in Fachzeitschriften und Fachpublikationen, u. a. auch in Fachanwaltsbüchern für den Fachanwalt im Miet- und Wohnungseigentumsrecht.



Vorwort

Dieses Buch wendet sich an Bauleiter, Projektleiter, Baubetriebler, kurz an alle mit dem Bauwesen Befassten, die man mit dem Begriff „Baumenschen“ zusammenfassen kann.

Ziel des Buches ist es, dem Auftragnehmer die Durchsetzung eines Nachtrags am Bau zu erleichtern. Die Nachtragsproblematik ist ein Teil des Vergütungsrechts, weil es um die Frage geht, ob der Auftragnehmer für geänderte Bauleistungen oder Baumstände eine besondere zusätzliche Vergütung erhält. Die Problematik ist äußerst vielschichtig. Die Beantwortung der Frage, ob ein sogenannter „Nachtrag“ durchgesetzt oder abgewehrt werden kann, erfordert eine Zusammenarbeit zwischen den am Bau Beteiligten und dem Juristen.

Der „Baumensch“ vor Ort ist quasi einem Sanitäter am Unfallort vergleichbar. Er muss die notwendigen „Erste-Hilfe-Maßnahmen“ einleiten, damit der Patient, d. h. im übertragenen Sinne der Nachtrag, erfolgreich durchgesetzt werden kann. Werden am Unfallort, d. h. am Bau, die lebensrettenden Maßnahmen, insbesondere die Formalien nicht beachtet, dann wird der Patient bereits tot ins Krankenhaus eingeliefert. Der Arzt im Krankenhaus kann schließlich nicht mehr helfen. Ähnlich ist die Situation für den Rechtsanwalt. Wenn die am Bau Beteiligten vor Ort notwendige Maßnahmen versäumen, kann die Durchsetzung eines Nachtrags erschwert, wenn nicht sogar unmöglich werden.

Richtig ist, dass es kaum eine Baustelle ohne Chaos gibt. Das Dasein des Einen bedingt schon per se die Existenz des Anderen. Das Buch möchte einen „Erste-Hilfe-Koffer“ liefern, damit der Auftragnehmer Nachträge durchsetzen kann.

Die am Bau Beteiligten erleben häufig eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem „Recht am Bau“. Das Buch versucht, die Nachtragsthematik vom „wissenschaftlichen Ballast“ zu entschlacken und den Stoff zu reduzieren. Dabei wird Wert auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) gelegt, bzw. der herrschenden Meinung (h. M.). Es gibt nicht nur im Straßenverkehr „Geisterfahrer“, sondern auch im Recht. Eine vereinzelte Literaturstimme oder eine abweichende Entscheidung eines Instanzgerichtes sollen nicht dazu verleiten, die Ausnahme zur Regel zu machen.

Letztlich gibt es eine Anzahl von entscheidenden Grundregeln, die für die Durchsetzung von Nachträgen von entscheidender Bedeutung sind. Diese werden im Buch betont.

Vor Gericht reduzieren sich häufig Streitigkeiten um Nachträge am Bau auf die bloße Frage von Einhaltung der „Formalien“. Die Diskussion verlagert sich auf für die am Bau Beteiligten so unverständliche Themen wie „recht-

zeitige Ankündigung einer Vergütung“, „Vorliegen von Behinderungsanzeigen“, etc. Es liegt manchmal auf der Hand, dass ein Nachtrag vorliegt, der Auftragnehmer aber nicht in der Lage ist, diesen rechtlich aufzubereiten und geltend zu machen. Die Drohung mit Arbeitseinstellung ist riskant und sollte als „letztes Mittel“ nicht unüberlegt erfolgen.

Es bedarf eines „Knigge“ am Bau, um Nachträge erfolgreich durchzusetzen, und das Kennen der Spielregeln rund um das Thema „Nachträge“ ist hierfür Grundvoraussetzung. Angesprochen wird auch die Gesprächsvorbereitung bei Nachtragsverhandlungen. Dies hat zwar weniger mit Recht als mit Vernunft zu tun, die Praxis zeigt aber, dass viele Nachtragsverhandlungen mangels Gesprächsvorbereitung scheitern oder vertagt werden.

Das Buch bedient sich zahlreicher Muster, Beispiele, Checklisten und Exkurse.

Die Muster dienen dem Zweck, einen Grundstock von Formularen zu haben, die der Leser lediglich seiner konkreten Situation anpassen muss. Damit soll eine „Ladehemmung“ vermieden werden: Häufig erlebt man, dass nichts geschrieben wird, aus Angst, etwas Falsches zu schreiben. Die Muster sind zum besseren Auffinden in einem eigenen Kapitel zusammengefasst.

Die Beispiele versuchen, bestimmte Sachverhalte exemplarisch darzustellen. Häufig versteht man etwas erst richtig, wenn man dem Paragraphen durch ein Beispiel Leben einhaucht.

Die Checklisten sollen dem Leser auf der Baustelle die Handhabung erleichtern. Habe ich an alle Voraussetzungen für meinen Nachtrag gedacht? So könnte die Frage lauten. Der Leser soll abhaken können, ob die Bestimmung der VOB/B erfüllt ist oder nicht.

Exkurse greifen innerhalb des Buches Sonderthemen rund um den Nachtrag auf, die häufig in ihrer Bedeutung unterschätzt werden.

Es möge dem Autor verziehen werden, dass er versucht, mit einigen humorvollen Anmerkungen das trockene Thema „Nachträge“ möglichst praxisnah zu vermitteln.

Das Buch ist aus Skripten meiner Seminare entstanden, die der Ausbildung der Mitarbeiter von Baufirmen dienen.

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

August 2012

Inhalt

	Seite
1	Einleitung 1
1.1	Fehlerquellen 2
1.2	Begriff Nachtrag 7
1.3	Begriff Bau-Soll 8
1.4	Rechtsquellen BGB und VOB/B 10
1.4.1	BGB-Werkvertrag 17
1.4.2	VOB-Werkvertrag 17
1.4.3	Vereinbarung der VOB/B 20
1.4.4	Privilegierung der VOB/B 22
1.4.5	Entprivilegierung der VOB/B 23
1.4.5.1	Abweichung von der VOB/B 23
1.4.5.2	Verbraucher und VOB/B 27
1.5	Zusammenfassung in Leitsätzen 31
2	Voraussetzungen eines Nachtrags, „Ursuppe aller Nachträge“ 33
2.1	Ermittlung des Bau-Solls, Lesen des LV 35
2.1.1	Auslegungsgrundsätze 36
2.1.1.1	Wortlaut anhand des objektiven Empfängerhorizonts 38
2.1.1.2	VOB/A-konforme Auslegung bei öffentlichen Auftraggebern . 41
2.1.1.3	Auslegung des Vertrages als sinnvolles Ganzes 45
2.1.1.4	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen (ATV) 46
2.1.2	Widersprüche im Bauvertrag 49
2.1.3	Typische Nachtragssituationen im Vertrag 51
2.1.4	Wichtige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs 53
2.1.5	Zeitpunkt für die Bestimmung des Bau-Solls 66
2.2	Ermittlung des Bau-Ist 67
2.3	Ermittlung der Anspruchsgrundlage „Suche nach der Norm“ 68
2.3.1	Übersicht Anspruchsgrundlagen 68
2.3.2	Vertragstypen und ihre Bedeutung für Nachträge 71
2.3.2.1	Einheitspreisvertrag 73
2.3.2.2	Detailpauschalpreisvertrag 73
2.3.2.3	Globalpauschalpreisvertrag 74
2.3.2.4	Gemischter Global-/Detailpauschalpreisvertrag 74
2.3.2.5	Exkurs: Pauschalvertrag und Massenabweichung 76

	Seite	
2.3.3	Vertragsgestaltung und Nachtragsvermeidung: „Gruselkammer des Auftraggebers“	77
2.3.3.1	Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	77
2.3.3.2	Individualvereinbarungen	80
2.3.3.3	Prüfung der AGB anhand des Gesetzes	82
2.3.3.4	Rechtsfolgen unwirksamer AGB	83
2.3.3.5	Beispiele aus der „Gruselkammer des Auftraggebers“	85
2.3.3.5.1	Angebotsbindung	85
2.3.3.5.2	Schriftform	86
2.3.3.5.3	Bestätigungsklausel	88
2.3.3.5.4	Komplettheitsklausel	90
2.3.4	Vollmachten am Bau: Irrglaube an den Architekten	91
2.4	Zusammenfassung in Leitsätzen	96
3	Checklisten Nachtragsvoraussetzungen	101
3.1	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 3 VOB/B	102
3.2	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 4 VOB/B	102
3.3	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 5 VOB/B	103
3.4	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 6 VOB/B	103
3.5	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 9 VOB/B	104
3.6	Checkliste Nachtrag nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B	104
3.7	Checkliste Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B	105
3.8	Checkliste Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i. V. m. § 642 BGB	106
3.9	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B	107
3.10	Checkliste Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B	107
3.11	Zusammenfassung in Leitsätzen	108
4	Nachtragsvoraussetzungen, Einzelheiten (mit Beispielen)	111
4.1	Mengenänderung, § 2 Abs. 3 VOB/B	111
4.1.1	Mengenänderung beim Einheitspreisvertrag	111
4.1.2	Mengenänderungen beim Pauschalpreisvertrag	114
4.2	Selbstvornahme nach § 2 Abs. 4 VOB/B	115
4.3	Geänderte Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B	117
4.3.1	Exkurs: Urkalkulation	118
4.3.2	Exkurs: Kalkulationsirrtum	120

	Seite
4.4	Zusätzliche Leistung nach § 2 Abs. 6 VOB/B 122
4.4.1	Exkurs: Abgrenzung § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B . 123
4.5	Zusätzliche Planungsleistungen nach § 2 Abs. 9 VOB/B . . . 124
4.6	Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B 125
4.6.1	Exkurs: Behinderungsanzeige, § 6 Abs. 1 VOB/B 132
4.7	Entschädigung nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B
	i. V. m. § 642 BGB 135
4.7.1	Exkurs: Konkurrenzverhältnis; Parallelität der Ansprüche bei Behinderung? 142
4.8	Eigenmächtige Abweichung nach § 2 Abs. 8 VOB/B 144
4.9	Zusammenfassung in Leitsätzen 146
5	Kooperationspflicht, Arbeitseinstellung als Druckmittel? 149
5.1	Risiken des Auftragnehmers 152
5.2	Risiken des Auftraggebers 154
5.3	Konfliktlösungsmechanismen, wie vermeide ich den Streit? 156
5.4	Gesprächsvorbereitung bei Nachtragsverhandlungen 157
5.5	Zusammenfassung in Leitsätzen 159
6	Durchsetzung und Sicherung der Vergütung 161
6.1	Vergütung im Bauablauf 161
6.2	Abrechnung, Zahlung allgemein 162
6.2.1	Prüfbarkeit der Rechnung 164
6.2.2	Zahlungsansprüche des Auftragnehmers 171
6.3	Die Abschlagsrechnung 172
6.3.1	Die Voraussetzungen der Abschlagsrechnung 172
6.3.2	Fehlerquellen bei der Abschlagsrechnung 176
6.4	Die Schlussrechnung 179
6.4.1	Die Voraussetzungen der Schlussrechnung 179
6.4.2	Fehlerquellen bei der Schlussrechnung 182
6.5	Die Durchsetzung und Sicherung der Abschlagsrechnung/ Schlussrechnung 185
6.5.1	Arbeitseinstellung, § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B 187
6.5.1.1	Bedeutung für die Praxis 187
6.5.1.2	Voraussetzungen der Arbeitseinstellung 187
6.5.1.3	Einwendungen des Auftraggebers 188

	Seite
6.5.2	Unsicherheitseinrede, § 321 BGB 191
6.5.2.1	Bedeutung für die Praxis 191
6.5.2.2	Voraussetzungen der Unsicherheitseinrede 192
6.5.3	Entfernung Baumaterial, § 985 BGB 194
6.5.4	Sicherungshypothek des Bauunternehmers, § 648 BGB 195
6.5.4.1	Bedeutung für die Praxis 195
6.5.4.2	Vereinbarung der Sicherheit 197
6.5.4.3	Stellung der Sicherheit 197
6.5.4.4	Verwertung der Bauhandwerkersicherungshypothek 200
6.5.5	Bauhandwerkersicherung, § 648a BGB 201
6.5.5.1	Bedeutung für die Praxis 203
6.5.5.2	Vereinbarung der Sicherheit 204
6.5.5.3	Stellung der Sicherheit 205
6.5.5.4	Rechtsfolgen der Nichtstellung 213
6.5.6	Kündigung, § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B 215
6.5.6.1	Bedeutung für die Praxis 215
6.5.6.2	Voraussetzungen der Kündigung nach VOB/B 216
6.5.7	Sperrkonto, § 17 Abs. 6 VOB/B 217
6.5.7.1	Bedeutung für die Praxis 218
6.5.7.2	Voraussetzungen der Sperrkontoeinzahlung 218
6.6	Zusammenfassung in Leitsätzen 219
7	Musterbriefe für den Auftragnehmer 223
8	Workshop: Fragen und Antworten rund um das Thema Nachtrag 237
9	Texte BGB und VOB/B 253
9.1	BGB 253
9.2	§ 7 VOB/A 2012 291
9.3	VOB/B 2012 296
	Stichwortverzeichnis 317

1 Einleitung

Die am Bau Beteiligten müssen die Spielregeln bei VOB/B und BGB kennen. Nachtragsstreitigkeiten gehören zu den häufigsten Streitpunkten im Bauvertrag. Beide Seiten missachten, bewusst oder unbewusst, die Bedeutung einer klaren vertraglichen Regelung im Hinblick auf den Leistungsumfang. Die vertragliche Bestimmung des Leistungsumfangs ist zugleich Chance und Risiko für die am Bau Beteiligten. Der Auftragnehmer hat den Nachteil der Vorleistungspflicht nach dem Gesetz. Der Grundsatz lautet:

Erst Arbeit, dann Geld!

Ausgangspunkt für ein erfolgreiches Durchsetzen eines Nachtrags ist die Kenntnis der Gesetze und Regelungswerke, die einschlägig sind. Wer das „Gesellschaftsspiel“ Nachträge am Bau beherrschen will, muss die Spielregeln, d. h. die gesetzlichen Normen und Regelungswerke kennen, damit man die einzelnen Figuren auf dem Spielplan, die Beteiligten am Bau, richtig bewegen kann. Es ist wie im richtigen Leben, wer ein „Spiel“ spielen möchte, muss zunächst die Spielregeln lesen und verstehen. Erst dann kann er mit seinem Spielpartner das Spiel richtig spielen. Am Bau ist es ähnlich. Der Auftragnehmer muss die Spielregeln, nach denen die Baustelle abzuwickeln ist, kennen. Ohne Kenntnis dieser Spielregeln drohen schnell Konflikte, zumindest aber wirtschaftliche Verluste. Es ist erstaunlich, dass viele der am Bau Beteiligten zwar wissen, dass es grundsätzlich verschiedene Vertragstypen – einen BGB-Werkvertrag und einen VOB-Werkvertrag – gibt, die Unterschiede aber nicht erklärt werden können. Bereits dieses Defizit ist Grund genug, dass ein Auftragnehmer sich in die Materie einlesen muss.

Die wichtigsten Rechtsquellen, die der Auftragnehmer kennen sollte, sind:

- BGB : Bürgerliches Gesetzbuch
- VOB Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
- VOB Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen
- VOB Teil C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)

Die ATV enthalten DIN-Normen, die ebenfalls in der jeweils neuesten Fassung für die technische Durchführung der Arbeiten gültig sind.

Besondere Bedeutung haben für das Thema „Nachträge am Bau“ die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und die Regelungen der VOB Teil B (VOB/B). Daneben enthält auch die VOB Teil C (VOB/C) eine Reihe wichtiger nachtragsrelevanter Bestimmungen.

Die VOB Teil A (VOB/A) spielt bei der vorliegenden Thematik nur eine nachrangige Rolle, da sie keine „Außenwirkung“ hat. Aufgabe der VOB/A ist es lediglich, aus einer Vielzahl der Angebote dem Bieter das wirtschaftlichste Angebot herauszufiltern. Lediglich im Rahmen der Vertragsauslegung kann der VOB/A mittelbare Wirkung zukommen.

Im Kapitel Rechtsquellen wird näher auf die unterschiedlichen Rechtsgrundlagen BGB und VOB/B eingegangen. An dieser Stelle der dringende Rat, sich mit den §§ 631 ff. BGB und dem Text der VOB/B vertraut machen, damit Nachtragsforderungen erfolgreich durchgesetzt werden können.

1.1 Fehlerquellen

Fehlendes Grundlagenwissen führt häufig dazu, dass Auftragnehmer ihren – teils berechtigten – Vergütungsansprüchen hinterherlaufen müssen. Ärgerlich ist es, in diesem Zusammenhang zusätzlich formal Fehler zu begehen. Nachfolgend einige der Fehlerquellen bei Nachträgen:

Fehlerquellen	
Allgemein AG¹⁾ & AN²⁾	
– Unkenntnis der Spielregeln VOB/B und BGB bzw. des konkreten Vertrags	
– unzureichende Bestimmung Leistungsumfang (Bau-Soll)	
AG	AN
– Vergabe in zu frühem Planungsstadium	– Massenvorüberprüfung Pauschalvertrag (Global- oder Detailpauschalvertrag, Prüfung Massenrisiko auf Schlüssigkeit)
– Vergabe auf Basis von Musteranschreibungen	
– Irrtum über Vertragstyp (Globalpauschalvertrag statt Detailpauschalvertrag)	
– Irrglaube an eigene Vertragsklauseln (Angebotsbindungs-, Schriftform-, Bestätigungs- und Komplettheitsklauseln)	

1) Im Folgenden immer Auftraggeber

2) Im Folgenden immer Auftragnehmer

AG	AN
	– Abschreckung durch Vertragsklauseln (Angebotsbindung, Schriftform, Bestätigungs- und Komplettheitsklauseln)
	– Irrglaube an Vollmachten am Bau (Grenzen Architekt, Bauleiter)
	– fehlende Dokumentation der Nachtragssachverhalte (baubegleitend)
	– Unkenntnis der Vergütung für entfallene Leistungen
	– Missachtung Anzeige für Nachtrag
	– Missachtung Anzeige für Behinderung
	– Arbeitseinstellung als Druckmittel (Risiken des AN)

Die vorstehende Übersicht (Fehlerquellen) ist nicht vollständig. Sie zeigt aber erfahrungsgemäß eine Reihe wichtiger Fehlerquellen auf, die nahezu in jedem Vertragsverhältnis wiederkehren.

Eine Quelle von Streitigkeiten ist die weit verbreitete Unkenntnis der Spielregeln für die Abwicklung des Bauvorhabens. Weder Auftraggeber noch Auftragnehmer setzen sich mit dem konkreten Vertragstext näher auseinander. Es gibt bereits unterschiedliche Vorstellungen darüber, was zum Vertrag gehört oder nicht gehört. Es rächen sich die „Schlampigkeiten“ bei Vertragsschluss. Viele Beteiligte wissen noch nicht einmal, was eigentlich der Vertrag ist. Dass damit sämtliche Unterlagen einschließlich Pläne gemeint sein könnten, die zum damaligen Zeitpunkt Grundlage der Beauftragung waren, nehmen viele erst bei Streitigkeiten überrascht zur Kenntnis. Handwerkliche Fehler der Vertragsgestaltung reihen sich hinzu. Es wird häufig vermieden, Anlagen durchzunummerieren. Mit einfachsten Mitteln könnte eine Vielzahl von Streitigkeiten vermieden werden, wenn die Baubeteiligten eine gewisse Disziplin bei der Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung einhalten würden. Techniker neigen dazu, sofort in eine DIN-Norm zu springen, um dort einen gesteigerten Erkenntnisgewinn zu finden. Tatsächlich ist

es aber so, dass Grundlage und Quelle jeglichen Anspruchs, so auch eines Nachtrags, der Vertrag ist. Es muss daher der Vertrag gelesen werden. Der Vertrag ist quasi die „Mutter aller Nachträge“.

Die Unkenntnis der Rechtsquellen, d. h. was eigentlich im BGB steht bzw. in der VOB/B, ist Ursache weiterer Streitigkeiten und Missverständnisse. Leider ist es in der Praxis nicht so, dass lediglich die Lektüre des Vertrages genügt. Ein Vertrag enthält wichtige Spielregeln. Der Vertrag verweist aber häufig auf außenstehende Regelungen des Gesetzes oder der VOB/B. Deshalb müssen auch diese Spielregeln in das Bewusstsein der Baubeteiligten gerückt werden. Selbst ohne ausdrücklichen Verweis im Text des Vertrages gilt im Hintergrund immer auch die gesetzliche Regelung des BGB.

Es ist einzuräumen, dass es für den Laien nicht einfach ist, diese verschiedenen Schubladen von Rechtsquellen in ein einheitliches Spielregelsystem für die konkrete Baustelle umzuwandeln. Entscheidend ist aber, dass man zumindest diese Spielregeln gelesen hat und vor Baubeginn sich einen Katalog der wichtigsten Spielregeln notiert. Beispielsweise welche Rechtsgrundlage gilt für den konkreten Vertrag? Handelt es sich um einen BGB-Vertrag? Handelt es sich um einen VOB/B-Vertrag? Welche Formalien, z. B. Anzeigerfordernisse, sind bei Geltendmachung eines Nachtrags einzuhalten? Dies ist eine wichtige Weichenstellung aufgrund der Vielzahl von Unterschieden, die zwischen den Rechtsquellen bestehen.

Eine Quelle weiterer Streitigkeiten ist die unzureichende Bestimmung des Leistungsumfangs. Es ist in Prozessen immer wieder erstaunlich, was Auftraggeber und Auftragnehmer bei gleichem Positionstext unter einem bestimmten Begriff oder einer Formulierung verstehen. Die unterschiedliche Interpretation einer bestimmten Position eines Leistungsverzeichnisses oder eines Plans führt später zu Auseinandersetzungen. Auftraggeber bestimmen den Leistungsumfang unzureichend, der Auftragnehmer versäumt, Widersprüche/Lücken aufzuklären. Diese „unheilige Allianz“ ist Quelle späterer Streitigkeiten.

Eine Fehlerquelle auf der Auftraggeberseite ist damit in engem Zusammenhang zu sehen. Häufig werden Bauvorhaben zu einem Zeitpunkt ausgeschrieben und vergeben, zu dem noch nicht einmal klar ist, was der Auftraggeber eigentlich konkret an Leistung des Auftragnehmers erhalten möchte. Es ist eine kaum ausrottbare Praxis, dass eine Vergabe in zu frühem Planungsstadium erfolgt. Dieses Verhalten rächt sich später, da zwangsläufig während des Bauablaufs planerische Korrekturen notwendig sind. Diese Korrekturen sind wiederum eine Ursache und Quelle für Nachträge des Auftragnehmers.

Eine Fehlerquelle vieler auftraggeberseitiger Ausschreibungen sind Unklarheiten, weil Planer dazu neigen, auf Basis von Musterausschreibungen für abstrakte Bauvorhaben ein konkretes Bauvorhaben zu vergeben. Richtig ist,

dass bei der Verfassung eines LV häufig großer Zeitdruck herrscht. Dies führt dazu, dass Mustervorlagen namhafter Hersteller oder sonstiger Anbieter kopiert werden, die notdürftig auf das konkrete Bauvorhaben zugeschnitten werden. Folge ist, dass das, was der Auftragnehmer leisten soll, eigentlich nicht für das konkrete Bauvorhaben passt. Merkwürdigerweise kopiert niemand den Bauplan des Nachbargrundstücks, aber offenbar jeder die Positionstexte des Nachbargrundstücks. Es kommt zu einem inhaltlichen Auseinanderfallen der Pläne und des Leistungsverzeichnisses. In der Hektik der Ausschreibung werden standardisierte Leistungsbeschreibungen zurechtgestutzt und durch spontane Kreativität ersetzt. Folge hiervon ist ein erhebliches Nachtragspotential des Auftragnehmers.

Eine Fehlerquelle seitens des Auftraggebers ist die Überschätzung des Vertragstyps „Pauschalvertrag“. Es besteht der Irrglaube, dass ein Pauschalvertrag quasi „nachtragsresistent“ sei. Des Unterschiedes zwischen einem sogenannten Globalpauschalvertrag und einem Detailpauschalvertrag ist sich der Auftraggeber nicht bewusst. Die unzureichende Planung soll durch den Pauschalvertrag kompensiert werden, was in der Praxis ein Trugschluss ist.

Eine weitere Fehlerquelle ist der Irrglaube des Auftraggebers an die Wirksamkeit der eigenen Vertragsklauseln. Eine Vielzahl derartiger formularmäßiger Regelungen hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Der Auftraggeber versucht, die Fehler im Planungsstadium über den Auftragnehmer übervorteilende Klauseln und angebliche „Individualvereinbarungen“ in rechtlicher Hinsicht zu kompensieren. Dies gelingt nur bei Unkenntnis des Auftragnehmers.

Eine Fehlerquelle seitens des Auftragnehmers, die zu erheblichen finanziellen Einbußen führt, ist das Unterlassen einer Massenvorprüfung beim Pauschalvertrag. Es ist eine Binsenweisheit, dass der Auftragnehmer das Massenrisiko beim Pauschalvertrag trägt. Es liegt im eigenen Interesse, zumindest überschlägig die Massenansätze des Auftraggebers zu überprüfen. Sollten diese nicht zutreffend sein, läuft der Auftragnehmer Gefahr, ohne jegliche Nachtragsmöglichkeit weit mehr Masse verbauen zu müssen als geglaubt. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn im Rahmen der Vertragsverhandlung aus einem Einheitspreisvertrag plötzlich die Frage der Pauschalierung in den Raum gestellt wird. Beim Auftragnehmer müssen nun die Alarmglocken läuten. Bevor man hier sein wirtschaftliches Todesurteil unterschreibt, sollte man sich Bedenkzeit einräumen und die entsprechenden Massen eigenständig durchkalkulieren.

Eine weitere Fehlerquelle auf Auftragnehmerseite ist häufig der Irrglaube an Vollmachten am Bau. Es scheint eine Art Naturgesetz zu sein, dass Auftragnehmer glauben, dass ein Architekt bzw. Bauleiter des Auftraggebers ohne besondere rechtsgeschäftliche Vollmacht entscheidungsbefugter Vertreter

des Auftraggebers ist. Grundsätzlich ist der Architekt bzw. Bauleiter nicht mehr als ein „Briefkasten“ des Auftraggebers. Er kann selbst keine Nachträge beauftragen ohne Rückendeckung des Auftraggebers. Viele Auftragnehmer werden auf der Baustelle dazu verleitet, die Worte des Architekten als „Engelschor des Nachtrags“ misszuverstehen. Böse ist die spätere Überraschung, wenn sich herausstellt, dass der Auftraggeber die Vorgaben des Architekten nicht billigt. Selbst eine Haftung des Architekten als „Vertreter ohne Vertretungsmacht“ scheidet regelmäßig aus, da es zum Grundwissen am Bau gehört, dass der Architekt keine rechtsgeschäftliche Vollmacht hat. Den Grundsatz „Die Vollmacht des Architekten hört am Geldbeutel des Auftraggebers auf“ sollte jeder Auftragnehmer kennen.

Eine weitere Fehlerquelle der Auftragnehmer ist es, dass sie den Vertragstext überschätzen. Eine Vielzahl von Bauverträgen, insbesondere Generalunternehmerverträge, sind geradezu gespickt mit Bestimmungen, die Nachträge zu unterlaufen suchen. Preise sollen bis zum „St. Nimmerleinstag“ gelten, ohne Papier, d. h. Schriftform, gibt es gar kein Geld oder der Auftragnehmer müsste quasi vor Beauftragung die komplette Planung und Berechnung des Auftraggebers prüfen, am besten noch vor Ort. Derartige Klauseln sind weit verbreitet. Eher unbekannt ist, dass derartige einseitig auftraggeberseitig gestellte Klauseln nicht das Papier wert sind, auf dem sie stehen. Es macht durchaus Sinn, anwaltliche Beratung hinzuzuziehen, um zu prüfen, ob tatsächlich die abschreckend wirkende Vertragsklausel rechtliche Relevanz besitzt.

Eine Fehlerquelle seitens der Auftragnehmer ist die fehlende Dokumentation der Nachtragsverhältnisse. Im Grunde sollte jeder Auftragnehmer, ähnlich wie bei Medikamenten, dreimal täglich auf der Baustelle prüfen, ob das Bau-Soll und das Bau-Ist noch übereinstimmt. Der Auftragnehmer muss wie ein Seismograph auf derartige Veränderungen der geschuldeten Leistung reagieren. Dies bietet Nachtragspotential. Der Auftragnehmer sollte jede Änderung säuberlichst dokumentieren, damit bei einer späteren streitigen Auseinandersetzung, sei es außergerichtlich oder gerichtlich, eine Durchsetzung möglich ist. Ohne Dokumentation wird es kaum gelingen, eine ansich berechtigte Nachtragsforderung erfolgreich durchzusetzen.

Eine Fehlerquelle seitens der Auftragnehmer ist schließlich auch die Unkenntnis der Anspruchsgrundlagen. Viele Auftragnehmer scheuen sich davor, die Hauptspielregel VOB/B zu lesen, obwohl die 18 Paragraphen der VOB/B noch ein überschaubarer Textumfang sind. Die bloße Lektüre würde dazu führen, dass es Anspruchsgrundlagen gibt, nach denen der Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen kann, wenn der Auftraggeber nachträglich einzelne Leistungsteile entfallen lässt. Hier fehlt jegliches Bewusstsein im Auftragnehmerlager, dass Nachtragspotential in „entfallenen Leistungen“ steckt.

Eine weitere Fehlerquelle, die mit fehlender Dokumentation zusammenhängt, ist die Missachtung einer Vielzahl von Anzeigerfordernissen. Auftragnehmer müssen nach der VOB/B häufig anzeigen, wenn sie einen Nachtrag fordern oder sich behindert glauben. Es herrscht eine gewisse Scheu des Auftragnehmers davor, dass dies mit einem „Liebesentzug“ des Auftraggebers einhergeht. Dabei sind die Einhaltung der Formalien eine Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Nachtragsdurchsetzung.

Die gefährlichste Fehlerquelle ist es für den Auftragnehmer, wenn er schließlich übereilt zum Druckmittel der Arbeitseinstellung greift. Der Auftragnehmer erkennt häufig nicht, welche Risiken mit einer Arbeitseinstellung verbunden sein können. Eine Arbeitseinstellung muss generalstabsmäßig vorbereitet werden. Hier stellt sich stets die Frage, auf welchem Weg man die Arbeitseinstellung erreicht. Fehler können hier äußerst teuer zu stehen kommen. Der Auftragnehmer muss dann auch das „Echo“ des Auftraggebers vertragen können. Bei fehlerhaftem Vorgehen geht es dann nicht mehr um die Durchsetzung eines Nachtrags, sondern um die Abwendung etwaig berechtigter Schadensersatzforderungen des Auftraggebers.

Diese einleitenden Ausführungen sollen aufzeigen, dass es eine Vielzahl von Fehlerquellen beidseitig gibt, die bedauerlicherweise immer wiederkehren. Die nachfolgenden Ausführungen versuchen, als „Erste-Hilfe-Koffer“ dem Auftragnehmer die notwendigen Mittel an die Hand zu geben, um Nachträge erfolgreich durchsetzen zu können.

1.2 Begriff Nachtrag

Der Begriff **Nachtrag** ist dem Gesetz – dem BGB als auch der VOB/B – unbekannt. Unter Nachträgen versteht man in der Baupraxis vom Auftragnehmer an den Auftraggeber gestellte Ansprüche, die über die ursprüngliche vertraglich vereinbarte Vergütung hinausgehen bzw. diese abändern. Nachträge in diesem Sinne sind zusätzliche Mehrforderungen.

Nachträge haben ihren Ursprung darin, dass eine vom Bau-Soll abweichende Leistung als Bau-Ist ausgeführt wird. Was als Leistung beschrieben ist, das kann kein Nachtrag sein. Diese simple Erkenntnis ist keineswegs so verbreitet, wie es klingen mag. Ein Nachtrag setzt immer voraus, dass sich in der Baurealität etwas anderes ergeben hat, als die Vertragsparteien ursprünglich vereinbart hatten.

Nachtrag = Bau-Ist weicht vom Bau-Soll ab.

Sprachlich fasst der Begriff „Nachtrag“ alle möglichen Mehrforderungen zusammen, rechtlich verbergen sich hinter der Vokabel Nachtrag eine Reihe unterschiedlicher Anspruchsarten, beispielsweise Vergütung, Entschädigung oder Schadensersatz.

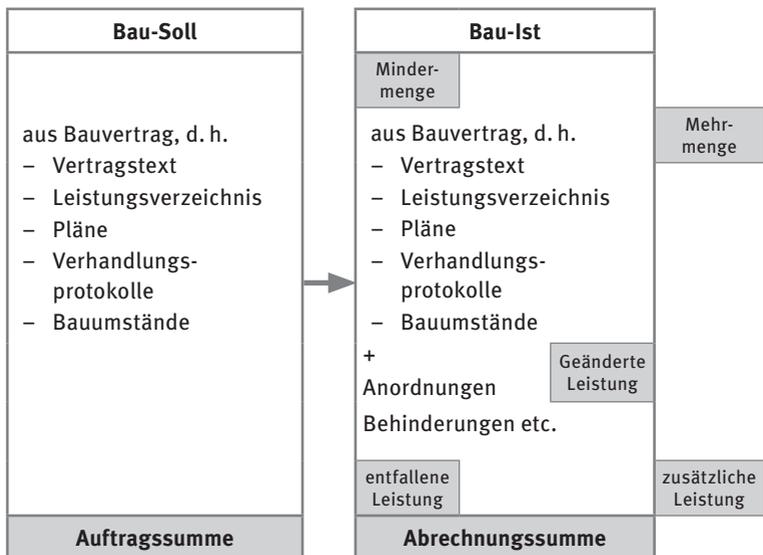
1.3 Begriff Bau-Soll

Kaum ein Thema am Bau ist so umstritten wie die Nachtragsproblematik. Die Gründe für die Nachträge sind vielfältig. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Konkretisierung des Bauziels eine detaillierte Planung voraussetzt und sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur schwer festlegen lässt, welche Bauleistungen im Einzelnen erforderlich sein werden, um den beabsichtigten Bauplan umzusetzen.

Im Gegensatz zu anderen Verträgen, beispielsweise dem Kaufrecht, in dem nur ein Preis für die verlangte Ware zu bestimmen ist, muss beim Bauvertragsrecht zunächst erst definiert und festgelegt werden, wofür genau der Auftragnehmer die vertragliche Vergütung bekommen soll. Die Bestimmung dessen, was nach Art und Umfang herzustellen ist, wird gemeinhin als **Bau-Soll** bezeichnet³⁾.

Das Bau-Soll ist keine statische Größe. Es verändert sich im Laufe des Baugeschehens, sei es einvernehmlich oder aber einseitig gemäß § 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B⁴⁾. Diese Veränderungen führen zu einer Störung des Verhältnisses zwischen der ursprünglich geschuldeten Leistung zur Gegenleistung. Es bedarf einer Anpassung des Entgelts, d. h. eines Nachtrags.

Nachfolgende Darstellung soll verdeutlichen, wie sich Bau-Soll und Bau-Ist verändern können:



³⁾ Leupertz, Vom Sachmangel über den Bedenkenhinweis zum Nachtrag (Teil I), S. 6

⁴⁾ Leupertz, Vom Sachmangel über den Bedenkenhinweis zum Nachtrag (Teil I), S. 7

Die vorstehende Grafik soll symbolisieren, dass die Auftragssumme häufig nicht der Abrechnungssumme entspricht. Das grafisch als Rechteck dargestellte Bau-Soll ändert sich während des Bauablaufes. In der Grafik „Bau-Ist“ ist das Rechteck in seinem Umfang verändert. An einigen Stellen ist weniger zu bauen, an anderer Stelle mehr zu bauen und an wiederum anderer Stelle ist etwas anderes zu bauen. Diese Änderungen werden grafisch als Einbuchtungen bzw. Ausbuchtungen dargestellt. Diese Veränderungen sind Nachtragssachverhalte.

Bei den Begrifflichkeiten ist weiter zu unterscheiden zwischen dem vertraglich geschuldeten Erfolg, d. h. dem sogenannten Erfolgs-Soll, und dem vertraglich vereinbarten Leistungs-Soll, d. h. dem **Bau-Soll**. Der vertraglich geschuldete Erfolg besteht grundsätzlich darin, ein technisch einwandfreies, den vertraglichen Vorgaben des Auftraggebers entsprechendes Werk herzustellen. Dieser Erfolg ist zu unterscheiden vom Bau-Soll, das als äquivalent für die geschuldete Vergütung verlangt werden kann⁵⁾.

Der Auftragnehmer schuldet demnach zwar den Erfolg; dies bedeutet jedoch nicht automatisch, dass er diesen Erfolg in jedem Fall ohne eine veränderte Vergütung, d. h. einen Nachtrag, auszuführen hat.

HINWEIS:

Bau-Soll und **Erfolgs-Soll** sind strikt zu unterscheiden.

Das Erfolgs-Soll bezeichnet die technisch einwandfreie, den vertraglichen Vorgaben des Auftraggebers entsprechende Herstellung des bestellten Bauerfolgs⁶⁾.

Das Erfolgs-Soll kann auch bei konsequenter Umsetzung des Bau-Solls verfehlt werden, wenn die geschuldete Leistung in Bezug auf den vereinbarten Erfolg unzutreffend ausgeschrieben wurde. Dann ist die Leistung mangelhaft und der Auftragnehmer hat hierfür im Rahmen der Mängelhaftung einzustehen, es sei denn, er ist seiner Pflicht zum Bedenkenhinweis nachgekommen.

Das Erfolgs-Soll kann daher verfehlt werden bei bloßer Abarbeitung der Leistungsbeschreibung.

⁵⁾ Motzke, Parameter für Zusatzvergütungen bei zusätzlichen Leistungen, NZBau 2002, 641 f.

⁶⁾ Motzke, Parameter für Zusatzvergütungen bei zusätzlichen Leistungen, NZBau 2002, 641 ff.

1.4 Rechtsquellen BGB und VOB/B

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag, der in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst usw. Zwangsläufig ist das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Dass die §§ 631–651 BGB in keinster Weise auf die Bauvertragsabwicklung zugeschnitten sind, zeigt sich schon daran, dass nur an vier Stellen von dem „Bauwerk“ oder den „Baubeteiligten“ gesprochen wird:

- § 632a Abs. 2, 3 BGB Abschlagszahlungen
- § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB Verjährungsfrist für Mängelrechte
- § 648 BGB Bauhandwerkersicherungshypothek
- § 648a BGB Bauhandwerkersicherung

Deshalb gibt es die VOB/B, die auf die Besonderheiten von Bauleistungen zugeschnitten ist. Diese ändert bzw. ergänzt die gesetzlichen Regelungen des BGB, die unpassend oder lückenhaft sind.

	BGB	VOB/B
Anwendungsbereich	Alle Werkverträge: Bauleistungen Schuhreparatur Autowäsche Beförderung Hufbeschlag usw.	Alle Bauleistungen
Inhalt	Allgemein für alle Werkleistungen	Speziell für alle Bauleistungen

Die Unterscheidung zwischen **BGB-Bauvertrag** und **VOB/B-Bauvertrag** ist eine grundlegende Weichenstellung im privaten Baurecht⁷⁾.

⁷⁾ Sprachlich werden bereits andere Begriffe für die Vertragsparteien verwendet. Das BGB spricht vom Besteller/Unternehmer, die VOB/B vom Auftraggeber/Auftragnehmer. Im Folgenden wird nur von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen. Auf den Begriff „Bauherr“ wird verzichtet, da dieser insbesondere bei Vertragsketten (z. B. Nachunternehmer) unpassend ist.

Es gibt inhaltliche Unterschiede, aber auch Unterschiede in der Rechtsnatur beim Vergleich BGB gegenüber VOB/B. Zunächst die **inhaltlichen** Unterscheidungen:

Übersicht Unterschiede BGB – VOB/B			
Vorteile des Auftragnehmers beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Ausführungs- unterlagen	–	§ 3 Abs. 1 VOB/B	Die VOB sieht eine unentgeltliche und rechtzeitige Übergabe von Ausführungsunterlagen vor. Das BGB kennt keine konkreten Vorschriften zur Überlassung von Ausführungsunterlagen. Lediglich § 642 BGB nimmt allgemein auf Handlungen des Bestellers Bezug, ohne diese genauer zu umschreiben.
Bauinfrastruktur	–	§ 4 Abs. 4 VOB/B	Die VOB/B sieht eine unentgeltliche Überlassung von Einrichtungen auf der Baustelle (Lager und Arbeitsplätze) vor. Das BGB enthält hierzu keinerlei Regelungen.
Frist- überschreitung	§§ 636, 286, 326 BGB	§§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B	Beim VOB/B-Vertrag werden die Vorschriften des BGB bei Leistungsverzögerungen nicht vollständig angewandt. Der Bauvertrag soll weitgehend aufrechterhalten werden. Grundsätzlich sind Schadensersatzansprüche auf den unmittelbaren Schaden beschränkt; entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.
Ausführungs- fristen	–	§ 6 Abs. 2 VOB/B	Nach VOB/B besteht ein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen im Falle von Behinderungen, entweder im Risikobereich des Auftraggebers oder aufgrund höherer Gewalt oder anderer unabwendbarer Umstände. Das BGB kennt dazu keine Regelung, allenfalls über Treu und Glauben gelangt man zu einer Fristverlängerung. Der Verzug ist mangels Verschuldens auch nach BGB ausgeschlossen.

Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Gefahrübergang	§ 644 BGB	§ 7 VOB/B	Nach VOB/B trägt der AN, anders als nach BGB, die Gefahr nicht in allen Fällen bis zur Abnahme für Untergang oder Verschlechterung der Leistung. Gemäß §§ 7 Abs. 1, 6 Abs. 5 VOB/B muss der AG die ausgeführte Leistung bezahlen.
Verzug vor Abnahme	§ 323 Abs. 1 BGB, § 281 Abs. 1 BGB	§ 8 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B und § 5 Abs. 4 VOB/B	Die VOB/B schränkt die Rechte des Auftraggebers dahingehend ein, dass nur ein Kündigungsrecht oder das Recht der Auftragsentziehung zusteht. Ein Rücktrittsrecht ist nicht vorgesehen.
Teilabnahme	§§ 640, 641 BGB	§ 12 Abs. 2 VOB/B	Nach der VOB/B sind Teilabnahmen, die den Zinslauf, die Beweislast und die Vergütungspflicht sehr wesentlich beeinflussen, bei in sich abgeschlossenen Teilen der Leistung auf Verlangen möglich.
Fiktive Abnahme	§§ 640, 641 BGB	§ 12 Abs. 5 VOB/B	Die VOB/B gewährt die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme (kein Abnahmewille des AG). Das BGB kennt dies nur im Ausnahmefall nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt am Bau, beispielsweise Beweislast, Gefahrübergang, Rechtsverluste, Beginn Gewährleistungsfrist.
Gewährleistungsdauer verkürzt	§ 634a BGB	§ 13 Abs. 4 VOB/B	Beim BGB ist die Grundfrist für die Mängelrechte bei 5 Jahren; bei der VOB/B bei 4 Jahren, teilweise sogar nur bei 2 Jahren. Gegenüber Verbrauchern ist auch bei VOB/B keine Verkürzung mehr möglich, § 310 BGB.
Rücktrittsrecht (Ausschluss)	§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB	§ 13 Abs. 5–7 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist bei der VOB/B das Rücktrittsrecht unerwähnt und gilt als ausgeschlossen.

Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Minderung (Einschränkung)	§§ 634 Nr. 3, 638 BGB	§ 13 Abs. 6 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist das Recht zur Minderung bei der VOB/B aufgrund Anknüpfung an zusätzliche Tatbestände nur in seltenen Ausnahmen möglich. Der AN soll durch sein Nacherfüllungsrecht die volle Vergütung erhalten können, ohne auf die Minderung verwiesen zu werden.
Abschlagszahlungen	§ 632a BGB	§ 16 Abs. 1 VOB/B	Das BGB kennt nun zwar gleichfalls einen Anspruch auf Abschlagszahlung, knüpft diese aber im Gegensatz zum VOB/B an etwas andere Voraussetzungen. Nach BGB wird nun auf den „Wertzuwachs“ beim Auftraggeber abgestellt, bei der VOB/B kommt es auf den erreichten Leistungsstand an. Zweifel bestehen, wie „Wertzuwachs“ zu definieren ist.
Zahlung an Nachunternehmer	–	§ 16 Abs. 6 VOB/B	Nach der VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die Nachunternehmer Zahlungen zu leisten. Das BGB kennt derartiges nicht. Der AN erhält quasi an seinem direkten Vertragspartner vorbei die Vergütung.
Sicherheitsleistung	–	§ 17 Abs. 5, 6 VOB/B	Die VOB/B sieht im Falle der Vereinbarung von Sicherheitsleistungen vor, dass der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag binnen 18 Werktagen auf ein Sperrkonto einzuzahlen hat, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Die Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu. Bei einem öffentlichen Auftraggeber besteht die Möglichkeit eines unverzinslichen Verwahrgeldkontos.

Vorteile des Auftraggebers beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Weisungsrecht	–	§ 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 5, 6 VOB/B	Gemäß VOB/B kann der AG einseitig den Vertragsumfang erweitern und Leistungen nachträglich in Auftrag geben, was Vergütungsansprüche (Nachträge) auslöst. Teilweise werden hieran bestimmte erhöhte Voraussetzungen (vorherige Ankündigung) geknüpft. Das BGB kennt einen einseitigen Anpassungsanspruch nicht. Es bedarf einer Vereinbarung beider Parteien (Konsensprinzip).
Vergütungspflicht (Einschränkung)	§ 632 BGB	§ 2 Abs. 6 VOB/B	Sofern ein Nachtrag vorliegt, verlangt das BGB nicht notwendigerweise zusätzliche Voraussetzungen wie eine Ankündigungspflicht. Der Anspruch ergibt sich grundsätzlich aus der Vereinbarung. Die VOB/B hält hier bestimmte Formalien für notwendig.
Stundenlohnvereinbarung	–	§ 2 Abs. 10 VOB/B	Die VOB/B sieht vor, dass Stundenlohnarbeiten nur vergütet werden, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.
Mängelansprüche vor Abnahme	§§ 275 ff. BGB	§ 4 Abs. 7 VOB/B	Gemäß der VOB stehen dem AG bereits vor der Abnahme Mängelbeseitigungsrechte zu. Die Ersatzvornahme erfordert aber weitere Voraussetzungen, so unter anderem eine schriftliche Kündigung.
Nachunternehmereinsatz	–	§ 4 Abs. 8 VOB/B	Die VOB/B erlaubt einen Nachunternehmereinsatz nur im Ausnahmefall mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers.

Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Behinderung	–	§ 6 Abs. 1 VOB/B	Nach der VOB/B ist der AN verpflichtet, wenn er meint, bei der Durchführung seiner Arbeiten behindert zu sein, eine Behinderungsanzeige an den AG zu senden. Tut er dies nicht, kann er sich später nicht darauf berufen, er sei nicht zeitgerecht fertig geworden aus Gründen, die er nicht zu vertreten habe. Nur im Ausnahmefall ist die Behinderungsanzeige entbehrlich.
Abnahme	–	§ 12 Abs. 1 VOB/B	Gemäß VOB/B wird dem Auftraggeber eine Frist von 12 Werktagen nach Verlangen des Auftragnehmers eingeräumt. Nach BGB ist die Verpflichtung des Auftraggebers gemäß § 271 BGB sofort fällig.
Verjährungshemmung	–	§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	Als Kompensation zur verkürzten Gewährleistungsfrist nach VOB/B räumt § 13 VOB/B dem AG die Möglichkeit ein, durch eine einfache, erstmalige, schriftliche Mängelrüge die Gewährleistungsfrist zu hemmen bzw. die Gewährleistungsfrist sogar zu verlängern (um weitere 2 Jahre).
Fälligkeit der Vergütung	§§ 631 Abs. 1, 641 BGB	§§ 14 Abs. 1 und Abs. 4, 16 VOB/B	Nach der VOB/B ist im Gegensatz zum BGB eine prüfbare Rechnung Voraussetzung einer Zahlung. Des Weiteren verschiebt die VOB/B die Fälligkeit der Zahlung nach hinten (21 Tage bzw. 30 Tage, im Ausnahmefall 60 Tage). Das BGB setzt für die Fälligkeit grundsätzlich lediglich die Abnahme voraus, wobei aber auch hier durch die Rechtsprechung ergänzend eine entsprechende Rechnungsstellung verlangt wird. Die VOB/B räumt ein Recht zur Selbstaufstellung der Schlussrechnung ein, wenn der Auftragnehmer diese nicht erstellt.

Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Stundenlohn	–	§ 15 Abs. 3 VOB/B	Gemäß VOB/B werden Stundenlohnarbeiten nur bezahlt, wenn sie vorher angezeigt u. rechtzeitig rapportiert werden. Das BGB schweigt gänzlich zu Stundenlohnarbeiten.
Schlusszahlungseinwand	§§ 195, 199 BGB	§ 16 Abs. 3 VOB/B	Gemäß VOB/B erlöschen weitergehende Vergütungsforderungen, wenn der AN auf einen wirksamen Schlusszahlungseinwand nicht ordnungsgemäß und zeitgerecht Vorbehalte (28 Tage) angemeldet und (innerhalb weiterer 28 Tage) begründet hat. Dem BGB ist dies fremd. Hier greift allenfalls Verjährung (3 Jahre) bzw. Verwirkung.
Zahlung an Nachunternehmer	–	§ 16 Abs. 6 VOB/B	Gemäß § 16 Abs. 6 VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die NU zu zahlen.
Sicherheiten	§ 632a Abs. 3 BGB § 232 BGB	§ 17 VOB/B	Bei VOB/B-Bürgschaft kein nachrangiges, sondern ein gleichrangiges Sicherungsmittel. Das BGB räumt dem AG, sofern er Verbraucher ist, eine gesetzliche Vertragserfüllungssicherheit ein (5 % des Vergütungsanspruchs). Von der Regelung einer Sicherheit für Mängelansprüche wurde abgesehen. Die VOB/B kennt darüber hinaus keine Sicherheit. Allerdings regelt, wenn Sicherheit vereinbart ist, die VOB/B das „wie“. Gemäß VOB/B müssen Bürgschaften selbstschuldnerisch, unbefristet und nach einseitiger Vorgabe des AG ausgestaltet sein. § 17 VOB/B knüpft aber lediglich an eine Vereinbarung der Sicherheit an und ersetzt diese nicht. Ohne Vereinbarung keine Sicherheit, sofern nicht § 632a Abs. 3 BGB greift.

Themenbereich	nach BGB	nach VOB/B	Anmerkungen
Gerichtsstandsvereinbarungen	–	§ 18 Abs. 1 VOB/B	Die VOB/B sieht eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten des Auftraggebers vor. Danach richtet sich der Gerichtsstand bei Streitigkeiten aus dem Bauvertrag nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, wenn nichts anderes vereinbart ist.
Arbeits-einstellung	–	§ 18 Abs. 5 VOB/B	Die VOB/B betont die Kooperationspflicht, d. h. eine Arbeitseinstellung ist ein Ausnahmefall und nur in den entsprechend geregelten Fällen zulässig. Die VOB/B versucht, den Baustillstand ausdrücklich zu vermeiden.

Bereits diese tabellarische Übersicht zeigt, dass die Entscheidung BGB-Bauvertrag oder VOB/B-Bauvertrag keine reine Formalie ist, sondern für den Bauablauf andere Spielregeln gelten. Dabei bringt dies beiden Seiten Vorteile bzw. Nachteile.

Diese Unterscheidung betrifft nicht nur den Inhalt der einzelnen Bestimmungen, sondern auch ihre **Rechtsnatur** selbst.

1.4.1 BGB-Werkvertrag

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag, der im Gesetz im BGB geregelt ist. Ein **Gesetz gilt unmittelbar** und bedarf **keiner gesonderten Einbeziehung**.

Beim Werkvertrag wird ein Erfolg, das heißt die Herstellung eines körperlichen Gegenstandes als Arbeitsergebnis, beispielsweise das Bauwerk bzw. bestimmte Erneuerungs- oder Umbauarbeiten am bereits errichteten Bauwerk, geschuldet.

Die Regelungen der §§ 631 ff. BGB sind beim BGB-Bauvertrag zu beachten, sie greifen immer dann, wenn die Parteien des Bauvertrages keine abweichenden Regelungen getroffen haben.

1.4.2 VOB-Werkvertrag

Bei der VOB/B handelt es sich **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, also eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** (= AGB), die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regelt. Da die VOB/B kein Gesetz ist, muss sie als AGB in den Vertrag einbezogen werden.

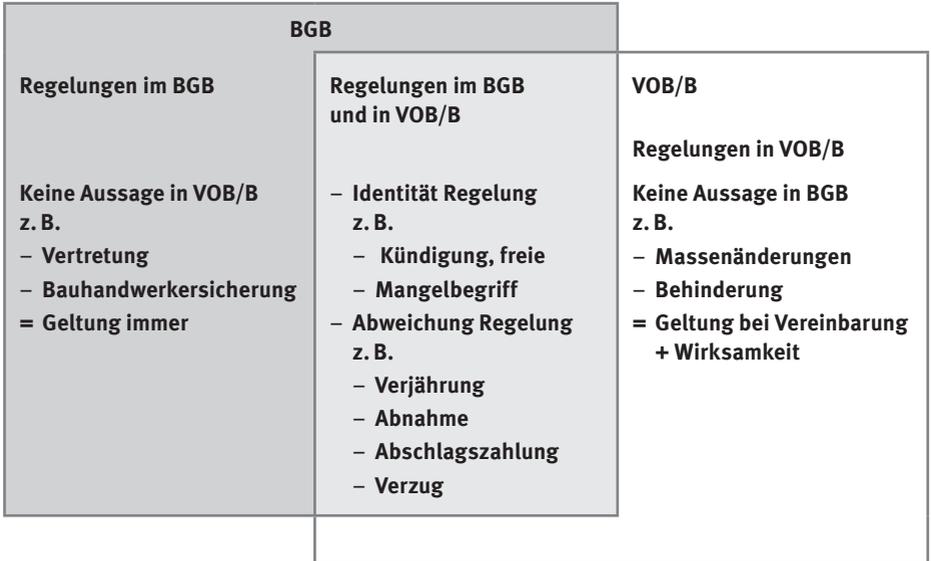
Die VOB/B orientiert sich dabei am Bauablauf, was aus nachfolgender Übersicht deutlich wird:

Bauablauf	Bestimmung der VOB/B
Leistung und Vergütung	§ 1 Art und Umfang der Leistung § 2 Vergütung
Ausführung	§ 3 Ausführungsunterlagen § 4 Ausführung § 5 Ausführungsfristen § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung § 7 Verteilung der Gefahr
Kündigung	§ 8 Kündigung durch den Auftraggeber § 9 Kündigung durch den Auftragnehmer
Haftung	§ 10 Haftung der Vertragsparteien
Vertragsstrafe	§ 11 Vertragsstrafe
Abnahme und Gewährleistung	§ 12 Abnahme § 13 Mängelansprüche
Abrechnung und Zahlung	§ 14 Abrechnung § 15 Stundenlohnarbeiten § 16 Zahlung § 17 Sicherheitsleistung § 18 Streitigkeiten

Die VOB/B verfügt über eine Binnenstruktur, orientiert am zeitlichen Ablauf eines Bauvorhabens.

Ist die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Hilfreich ist folgende Darstellung, um die Rechtsgrundlagen eines VOB-Vertrages zu begreifen:



Die vorstehende Darstellung zeigt, dass bei einem VOB/B-Vertrag nicht nur die VOB/B alleine gilt, sondern daneben natürlich auch noch das Gesetz, das BGB, da die VOB/B nicht alles regelt. Die rechtlichen Spielregeln für das Bauvorhaben ergeben sich quasi in einer Zusammenschau des BGB und der VOB/B.

Ein VOB-Vertrag bedeutet: BGB + VOB/B.

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen⁸⁾, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB⁹⁾ in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen, da es sich nicht um ein Gesetz handelt!

MERKE:

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern nur eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Bei der Frage der Geltung der VOB/B im konkreten Bauvertrag, müssen **zwei Problemkreise strikt getrennt** werden:

- Vereinbarung der VOB/B Einbeziehungsproblematik
- Wirksamkeit der VOB/B Privilegierungsproblematik

⁸⁾ Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

⁹⁾ Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S. 1 ABGB

1.4.3 Vereinbarung der VOB/B

Bei der Einbeziehungsproblematik geht es um die Grundsatzfrage, ob die VOB/B im konkreten Fall überhaupt vereinbart ist. Ohne Vereinbarung keine VOB/B.

Es gibt **keinen Automatismus** und **keinen** Handelsbrauch bzgl. der VOB/B-Geltung, auch nicht unter Handwerkern.

Grundsatz:

Einbeziehung der VOB/B bedeutet meist mehr als der bloße Hinweis auf die VOB/B im Bauvertrag. Nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 305 BGB muss der Verwender bei Vertragsabschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hinweisen **und** der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise bei Vertragsabschluss von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Einbeziehung der VOB/B = Hinweis + zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme¹⁰⁾

Es genügt daher grundsätzlich **nicht** für die Einbeziehung der VOB/B

- der Satz: Es gilt die VOB/B als vereinbart
- der Hinweis, auf Wunsch könne der Text der VOB/B dem Bauherrn kostenlos zur Verfügung gestellt werden¹⁰⁾
- Nachlieferung der VOB/B in Textform nach Vertragsabschluss
- Aufdruck der VOB/B auf Lieferscheinen oder Rechnungen.

Es ist in all diesen Fällen notwendig, dass dem Vertragspartner die VOB/B (Text) tatsächlich in vollständiger schriftlicher Form mit dem Angebot oder dem Vertragsentwurf übergeben wird.

Um nicht in Beweisnot zu geraten, wenn später der Vertragspartner die Aushändigung der VOB/B bestreitet, sollte die Aushändigung der VOB/B gesondert unterzeichnet werden oder diese als Anlage zum Bauvertrag mit unterzeichnet, bzw. in den Text integriert werden.

¹⁰⁾ Tempel, Die Einbeziehung der VOB/B und der VOB/C in den Bauvertrag, NZBau 2003, 465