

The background of the top section is a photograph of a construction site. A yellow crane is lifting a large, rectangular concrete slab from the sky. The slab is suspended by several cables. Below the slab, the skeletal structure of a building under construction is visible, featuring concrete pillars and a network of yellow wooden beams. The sky is a clear, bright blue.

Uwe Diehr

# VOB/B 2019

## Kommentar für die Baupraxis

5., aktualisierte Auflage

**Beuth**

**VOB/B 2019**  
Kommentar für die Baupraxis

**(Leerseite)**

**DIN**

Uwe Diehr

## **VOB/B 2019**

Kommentar für die Baupraxis

5., aktualisierte Auflage 2019

Herausgeber:

DIN Deutsches Institut für Normung e. V.

Beuth Verlag GmbH · Berlin · Wien · Zürich

Herausgeber: DIN Deutsches Institut für Normung e. V.

© 2019 Beuth Verlag GmbH

Berlin · Wien · Zürich

Saatwinkler Damm 42/43

13627 Berlin

Telefon: +49 30 2601-0

Telefax: +49 30 2601-1260

Internet: [www.beuth.de](http://www.beuth.de)

E-Mail: [kundenservice@beuth.de](mailto:kundenservice@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 elektronische Systeme.

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

Die im Werk enthaltenen Inhalte wurden von 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: © Unkas Photo, Lizenz unter Verwendung von shutterstock.com

Satz: B & B Fachübersetzer-gesellschaft mbH, Berlin

Druck: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier nach DIN EN ISO 9706

ISBN 978-3-410-29334-7

ISBN (E-Book) 978-3-410-29335-4

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung zum Praxiskommentar der VOB/B 2019</b> .....	1
<b>I. Einbeziehung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung</b> .....	1
<b>II. Privilegierung der VOB/B kontra Inhaltskontrolle jeder VOB/B-Regelung</b> .....	2
1. Privilegierung – Was heißt das? .....	2
2. Wegfall der Privilegierung .....	3
a) Wegfall der Privilegierung zugunsten der Verbraucher .....	3
b) Wegfall der Privilegierung bei Eingriffen in die VOB/B .....	3
c) Konsequenz der fehlenden Privilegierung der VOB/B .....	5
<b>III. Wertung und Vorschlag für die Vertragsgestaltung</b> .....	5
<b>§ 1 Art und Umfang der Leistung</b> .....	6
<b>I. Art und Umfang der Leistung, § 1 Abs. 1 VOB/B</b> .....	6
<b>II. Auslegung bei Lücken und Widersprüchen, § 1 Abs. 2 VOB/B</b> .....	8
1. Rangfolge bei Widersprüchen .....	8
2. Auslegung bei Vertragslücken als sinnvolles Ganzes .....	9
<b>III. Anspruch des Auftraggebers auf Leistungsänderungen, § 1 Abs. 3 VOB/B</b> .....	12
1. Änderungsanordnung .....	12
a) Rechtsgestaltende Willenserklärung .....	12
b) Abgabe-/Empfangsbefugnis – Vollmacht und Vertretung .....	12
2. Definition des Bauentwurfs und dessen Änderung .....	13
3. Schranken der Anordnungscompetenz .....	16
a) Durch Bauentwurf festgelegt .....	17
b) Erhebliche und nicht zumutbare Änderung .....	17
c) Leistungsverweigerungsrecht .....	19
4. Wirksamkeit von § 1 Abs. 3 VOB/B bei isolierter Inhaltskontrolle ...	19
<b>IV. Anspruch des Auftraggebers auf zusätzliche Leistungen, § 1 Abs. 4 VOB/B</b> .....	19
1. Anordnungscompetenz – Vollmacht/Vertretung .....	20
2. Nicht vereinbarte Leistungen .....	21
3. Einschränkungen des Anordnungsrechtes gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B .....	22
a) Zur „Ausführung der vertraglichen Leistungen“ erforderlich .....	22
b) Fehlende Einrichtung des Betriebes des Auftragnehmers .....	23

c) Zustimmung des Auftragnehmers gemäß § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B als Neuvergabe .....	24
4. Leistungsverweigerungsrecht zur Durchsetzung des Mehr- vergütungsanspruchs .....	24
<b>V. Abgrenzung zwischen Nachtrag und Neuvergabe, § 132 GWB .....</b>	<b>25</b>
1. Der Nachtrag als unwesentliche Änderung des bestehenden Vertrages .....	25
2. Neuvergabe statt Nachtrag .....	25
3. Abgrenzung gemäß § 132 GWB .....	26
4. Auswirkungen für die Praxis .....	28
<b>VI. Wirksamkeit der Anordnungscompetenz auch bei isolierter Kontrolle .</b>	<b>29</b>
<b>§ 2 Vergütung .....</b>	<b>30</b>
<b>I. Überblick zu den Preisregelungen: Einheits-Festpreis, Preisgleitung, Pauschale, Abschlag, Raten nach Zahlungsplan – Unterschiede .....</b>	<b>32</b>
1. Vergütungsanpassung/Nachtragsmanagement .....	34
a) Effektive Preisanpassungsregeln als Besonderheit der VOB/B ...	34
b) Ausschlussmöglichkeiten der Preisanpassung .....	36
2. Rechtsprechungsbeispiele zu wirksamen/unwirksamen Vergütungsklauseln .....	37
a) Zu § 2 Abs. 2 VOB/B .....	38
b) Zu § 2 Abs. 3 VOB/B .....	38
c) Zu § 2 Abs. 4 VOB/B .....	38
d) Zu § 2 Abs. 5, Abs. 6 und 7 VOB/B .....	38
e) Zu § 2 Abs. 8 VOB/B .....	40
3. Verjährung der Vergütungsansprüche .....	40
<b>II. Zu § 2 Abs. 1 bis 10 VOB/B im Einzelnen .....</b>	<b>41</b>
1. § 2 Abs. 1 VOB/B – Vollständigkeitsklausel für die Vergütung .....	41
a) Definition der vertraglichen Leistungen .....	42
b) Sonstige, mit dem Vertragspreis abgegoltene Leistungen – Vollständigkeitsklausel .....	45
c) Abgrenzung zwischen Leistungsbeschreibungsrisiko und Kalkulationsrisiko .....	46
d) Fehlkalkulation und Kalkulationsirrtümer .....	48
e) Offenlegung der Urkalkulation – Warum? .....	52
aa) Recht zur Einsicht in die Kalkulation .....	52

bb)	Sinn der Einsicht in die Kalkulation – Maßstab der Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 3 bis 8 VOB/B .....	54
cc)	Der Kostenbegriff der Kalkulation für die Vergütung und deren Anpassung .....	55
f)	Umsatzsteuer .....	56
2.	§ 2 Abs. 2 VOB/B – Die Berechnung der Vergütung .....	57
a)	Abrechnungsformen: Einheitspreis, Pauschale, Stundensatz, Selbstkosten .....	57
b)	Abrechnung des Einheitspreises nach Aufmaß .....	59
3.	§ 2 Abs. 3 VOB/B – Mengenabweichungen im Einheitspreisvertrag ..	60
a)	§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B: 10 %-Grenze für Mengenänderung beim Einheitspreisvertrag .....	60
b)	§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B: Preisanpassung bei Mengenüberschreitung .....	61
aa)	Preisanpassung auf Verlangen .....	61
bb)	Mehr- oder Minderkosten-Ausgleichsberechnung .....	62
cc)	Darlegungs- und Beweislast bei Preisanpassung .....	63
c)	§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B: Preiserhöhung bei Mengenunterschreitung .....	64
aa)	Preiserhöhung nur auf Verlangen .....	64
bb)	Berechnung der Preiserhöhung .....	64
d)	§ 2 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B: Abhängigkeit für Pauschalsummen-Position .....	66
e)	Abdingbarkeit von § 2 Abs. 3 Nr. 2–4 VOB/B .....	67
4.	§ 2 Abs. 4 VOB/B: Selbstvornahme durch den Auftraggeber .....	67
a)	Recht des Auftraggebers zur Selbstübernahme .....	67
aa)	Faktische Übernahme ohne Kündigung .....	67
bb)	Verhältnis zur freien Kündigung und Vertragsänderung ....	68
cc)	Möglichkeit der einvernehmlichen Vertragsaufhebung .....	68
dd)	Selbstübernahme kontra Ersatzvornahme .....	69
ee)	Nullposition ist keine Selbstübernahme und keine Kündigung .....	69
b)	Recht des Auftragnehmers auf anteilige Vergütung .....	70
c)	Umfang der Selbstübernahme .....	70
d)	Abdingbarkeit von 2 Abs. 4 VOB/B .....	72
5.	§ 2 Abs. 5 VOB/B – Vergütung bei Änderungsanordnung des Auftraggebers .....	73
a)	Anordnung der Bauentwurfsänderung .....	73

b)	„Andere Anordnung“ als kompetenzlose Anordnung des Auftraggebers .....	74
c)	Neuberechnung der Vergütung .....	76
d)	Preisvereinbarung vor der Ausführung .....	78
6.	§ 2 Abs. 6 VOB/B – Vergütung infolge zusätzlicher Leistungen .....	79
a)	Auftraggeber-Anordnung nach § 1 Abs. 4 VOB/B .....	80
b)	Im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen .....	80
c)	Risikoverteilung durch Leistungsbeschreibung .....	81
d)	Anzeige des Vergütungsanspruchs .....	82
e)	Preisvereinbarung vor der Ausführung .....	86
f)	Berechnung der zusätzlichen Vergütung .....	87
7.	§ 2 Abs. 7 VOB/B – Vergütungsanpassung beim Pauschalpreis- vertrag .....	91
a)	Unterschied zwischen Detail- und Funktionalpauschale .....	91
aa)	Detailpauschale .....	91
bb)	Funktionalpauschale .....	92
cc)	Wirksamkeit von Komplettheits- und Vollständigkeits- klauseln .....	94
b)	Anpassung der Pauschale .....	95
aa)	Anpassung der Pauschale wegen Mengenänderungen .....	95
(1)	Keine starren Zumutbarkeitsgrenzen .....	96
(2)	Definition der Zumutbarkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingung .....	98
bb)	Anpassung der Pauschale wegen Leistungsänderungen .....	98
c)	Berechnung und Vereinbarung der neuen Pauschale .....	101
d)	Abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	104
aa)	Wirksame Klauseln .....	104
bb)	Unwirksame Klauseln .....	105
8.	§ 2 Abs. 8 VOB/B – Leistungen ohne Auftrag .....	106
a)	Unwirksamkeit der Regelung des § 2 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B .....	106
b)	Teilunwirksamkeit der Regelung des § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B .....	107
c)	Anwendung der gesetzlich geregelten GoA .....	107
d)	Grundsatz nach § 2 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B: Keine Vergütung ohne Auftrag oder bei eigenmächtiger Abweichung .....	107
e)	Ausnahme nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B: Vergütung für auftragslos oder eigenmächtig erbrachte Leistungen .....	108
aa)	Nachträgliches Anerkenntnis .....	108

bb)	Leistungen im mutmaßlichen Willen des Auftraggebers . . . .	109
cc)	Verhältnis von Aufwendererstattung und Vergütungs- anpassung . . . . .	110
dd)	Berechnung des Anspruches für auftragslos erbrachte Leistungen . . . . .	111
(1)	Als Vergütung . . . . .	111
(2)	Als Aufwendererstattung . . . . .	111
f)	Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) nach BGB . . . . .	112
aa)	Anwendungsbereich der GoA . . . . .	112
bb)	Tatbestandsvoraussetzungen der GoA . . . . .	112
cc)	Unbeachtlichkeit des Auftraggeberwillens . . . . .	112
dd)	Verhältnis der Aufwendererstattung zu sonstigen Zahlungsansprüchen . . . . .	113
(1)	Verhältnis der Aufwendererstattung zur Vergütung ..	113
(2)	Verhältnis der Aufwendererstattung zum Schadens- ersatz . . . . .	113
(3)	Verhältnis der Aufwendererstattung zur ungerecht- fertigten Bereicherung . . . . .	113
ee)	Berechnung der Aufwendererstattung . . . . .	114
9.	§ 2 Abs. 9 VOB/B – Besondere planerische Leistungen des Auftrags- nehmers auf Verlangen des Auftraggebers . . . . .	115
a)	Verlangen von Zeichnungen, Berechnungen oder anderen Unterlagen (§ 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B) . . . . .	115
b)	Nachprüfung technischer Berechnungen, § 2 Abs. 9 Nr. 2 VOB/B	116
c)	Höhe der Vergütung, HOAI . . . . .	116
d)	Kosten der Nachtragsbearbeitung . . . . .	118
10.	§ 2 Abs. 10 VOB/B – Vergütung von Stundenlohnarbeiten . . . . .	120
<b>III.</b>	<b>Exkurs: Zahlungsansprüche des Auftragnehmers bei Bauablauf- störungen . . . . .</b>	<b>121</b>
1.	Einleitung . . . . .	121
2.	Vergütungsanpassung nach bauzeitlicher Anordnung . . . . .	122
a)	Kalkulation, übliche oder tatsächlich erforderliche Kosten . . . . .	123
b)	Kritik am Kostenbegriff . . . . .	125
c)	Klärung der Lücke durch Besondere Vertragsbedingungen . . . . .	127
d)	Hinweis zum BGB-Maßstab . . . . .	127
e)	Spitzabrechnung der variablen Kosten . . . . .	128

f)	Deckung an BGK und AGK .....	129
aa)	Kritik der Ablehnung .....	129
bb)	Argument für eine Ausgleichsberechnung über den Gesamtvertrag .....	130
cc)	Klarstellung durch Vereinbarung .....	131
dd)	Vorbehalt .....	132
3.	Entschädigung wegen geänderter Ausführungszeit gemäß § 642 BGB .....	132
a)	Annahmeverzug des Bestellers – „Baufreiheit“ .....	132
b)	Stillstand, Verlangsamung, Effektivitätsverlust .....	134
c)	Höhe der Entschädigung .....	135
aa)	Maßstab der Vergütung .....	135
bb)	Zuschläge und Deckungsbeiträge .....	136
cc)	Entschädigungsfähigkeit der Kostensteigerungen .....	138
dd)	Erspartes und anderweitiger Erwerb .....	140
4.	Schadensersatz gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B und § 280 BGB .....	141
a)	Pflichtverletzung des Auftraggebers .....	141
b)	Schadenshöhe .....	142
aa)	bauablaufbezogene Darstellung .....	142
bb)	tatsächliche Kosten .....	143
cc)	Gewinnausfall .....	143
5.	Verhältnis des Schadens zur Vergütung und zur Entschädigung .....	144
6.	Fazit zum Bauablaufstörungenachtrag .....	144
<b>IV.</b>	<b>Exkurs: Grundsätze der Handhabung von FIDIC-Bauvertrags- bedingungen in Abgrenzung zur VOB/B im Claim Management (Nachtragsmanagement)</b> .....	147
1.	Überblick .....	147
2.	Unterschiede zur VOB/B .....	147
<b>§ 3</b>	<b>Ausführungsunterlagen</b> .....	152
<b>I.</b>	<b>Übergabe der Ausführungsunterlagen, § 3 Abs. 1 VOB/B</b> .....	153
1.	Die zur Ausführung nötigen Unterlagen .....	153
2.	Unentgeltliche Übergabe .....	153
3.	Rechtzeitige Übergabe – Verzugsfolgen .....	154
<b>II.</b>	<b>Abstecken der Hauptachsen, § 3 Abs. 2 VOB/B</b> .....	155
1.	Mitwirkungspflicht des Auftraggebers .....	155
2.	Ausnahme: Ausführung durch Auftragnehmer .....	156

<b>III. Maßgeblichkeit der Geländeaufnahmen und Absteckungen,</b>	
<b>§ 3 Abs. 3 VOB/B</b> .....	157
1. Grundsatz: Verantwortlichkeit des Auftraggebers .....	157
2. Ausnahme: Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers .....	158
3. Beispielfälle für Prüfungs- und Hinweispflicht sowie diesbezügliche Vertragsvereinbarungen .....	159
<b>IV. Festhalten des Zustandes der Straßen- und Geländeoberfläche etc.,</b>	
<b>§ 3 Abs. 4 VOB/B</b> .....	161
1. Notwendigkeit der Niederschrift .....	161
2. Kosten der Niederschrift .....	162
<b>V. Vom Auftragnehmer zu beschaffende und vorzulegende Unterlagen,</b>	
<b>§ 3 Abs. 5 VOB/B</b> .....	162
1. Grundsatz: Verpflichtung des Auftraggebers .....	162
2. Ausnahme: Vorlagepflicht des Auftragnehmers .....	163
<b>VI. Urheber- und sonstige Nutzungsrechte, § 3 Abs. 6 VOB/B</b> .....	164
<b>VII. Abweichende Vereinbarungen/AGB-Prüfung</b> .....	165
<b>§ 4 Ausführung</b> .....	166
<b>I. Ordnung auf der Baustelle, § 4 Abs. 1 VOB/B</b> .....	169
1. Ordnungspflicht des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B ....	169
a) Baustelle .....	169
b) Allgemeine Ordnung .....	169
c) SiGeKo nach der Baustellenverordnung .....	170
2. Koordinationspflicht des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B	172
3. Herbeiführung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen und Erlaubnisse, § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B .....	173
4. Überwachungsrecht des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B .....	174
a) Zutrittsrechte .....	174
b) Sonderbefugnisse aus Treu und Glauben, § 242 BGB .....	175
5. Modalitäten – Anordnungsrecht des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B .....	176
6. Unberechtigte und unzweckmäßige Anordnungen, § 4 Abs. 1 Nr. 4 VOB/B .....	177
a) Bedenkenanzeige des Auftragnehmers bei Verdacht .....	177
b) Ausführung trotz Bedenken .....	178
c) Einschränkung für gesetzliche oder behördliche Bestimmungen	178

d)	Erstattung der Mehrkosten .....	179
aa)	Abgrenzung von Vergütung und Schadensersatz .....	179
bb)	Umfang des Ersatzes .....	180
<b>II.</b>	<b>Eigenkoordinierung des Auftragnehmers, § 4 Abs. 2 VOB/B .....</b>	<b>181</b>
1.	Umfang der Eigenkoordinierung .....	181
a)	Bestimmung durch Vertrag .....	181
b)	Beachtung der anerkannten Regeln der Technik .....	182
c)	Beachtung öffentlichen Rechts .....	182
2.	Ordnung halten .....	182
a)	Ordnungsbegriff .....	183
b)	Ordnung auf der Baustelle und der Arbeitsstelle .....	183
c)	Erfüllung der Ordnung .....	183
d)	Exkurs: Zu den Rechten und Pflichten des Bauleiters .....	185
aa)	Begriff und Aufgaben des Bauleiters .....	185
bb)	Vollmacht des Bauleiters .....	185
(1)	Ausdrückliche Vollmacht .....	186
(2)	Originäre Vollmacht .....	186
(3)	Duldungs- und Anscheinsvollmacht .....	189
cc)	Folgen fehlender Vollmacht .....	191
<b>III.</b>	<b>Bedenken – Anzeige des Auftragnehmers – Pflicht und Recht, § 4 Abs. 3 VOB/B .....</b>	<b>192</b>
1.	Unangemessenheit der Prüf- und Bedenkenanzeigepflicht nach Inhalt und Form .....	192
2.	Alles zur Schriftform nach VOB/B .....	193
3.	Umfang der Prüf-, Hinweis- und Bedenkenanzeigepflicht nach Treu und Glauben .....	195
4.	Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers kontra Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers .....	197
5.	Rechtsfolge .....	199
<b>IV.</b>	<b>Unentgeltliche Benutzung als Preisabrede, § 4 Abs. 4 VOB/B .....</b>	<b>200</b>
<b>V.</b>	<b>Nebenpflicht zum Schutz des Gewerkes bis zur Abnahme, § 4 Abs. 5 VOB/B .....</b>	<b>201</b>
1.	Abgrenzung zwischen Nebenpflicht des Auftragnehmers und Gefahrtragung des Auftraggebers .....	201
2.	Abgrenzungsbeispiele .....	202
<b>VI.</b>	<b>Entfernung von Stoffen oder Bauteilen, § 4 Abs. 6 VOB/B .....</b>	<b>203</b>

<b>VII. Mängel während der Ausführung, § 4 Abs. 7 VOB/B</b>	204
1. Mangelbeseitigung	204
2. Schadensersatz	204
3. Fristsetzung vor Kündigung und Ersatzvornahme	204
a) angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel	205
b) schriftliche Kündigung der Nachbesserung in sich abgeschlossener Teilleistungen	206
<b>VIII. Nachunternehmereinsatz, § 4 Abs. 8 VOB/B</b>	206
1. Zustimmung des Auftraggebers	207
2. Fehlende Zustimmung	208
3. Abgrenzung	208
4. Pflichtenverstoß des Auftragnehmers	209
<b>IX. Archäologische Funde, § 4 Abs. 9 VOB/B</b>	209
1. Schatzfund und sofortiger Baustopp	209
2. Zahlungsansprüche	210
a) Zahlungsansprüche des Auftragnehmers	210
b) Zahlungsansprüche des Auftraggebers	211
3. Rechte des Finders, Anzeige- und Ablieferungspflicht	211
<b>X. Gemeinsame Feststellung des Zustandes von Teilleistungen, § 4 Abs. 10 VOB/B</b>	212
1. Zustandsfeststellung als Beweissicherung	213
2. Zustandsfeststellung auf Verlangen	214
3. Schriftlichkeit der Zustandsfeststellung	214
<b>§ 5 Ausführungsfristen</b>	215
<b>I. Vertragsfristen und Bauzeitenplan, § 5 Abs. 1 VOB/B</b>	215
1. Ausführungsfristen, Vertragsfristen und Bauzeitenplan	216
2. Verknüpfung von Bauzeit- und Preisanpassung	217
<b>II. Fristbestimmungsrecht des Auftraggebers, § 5 Abs. 2–4 VOB/B</b>	217
1. Beginn, § 5 Abs. 2 VOB/B	217
2. Beschleunigung, § 5 Abs. 3 VOB/B	217
3. Vollendung, § 5 Abs. 4 VOB/B	218
a) Mögliche Mahnungen	218
b) Unterschied zwischen vertraglichen und angemessenen Fristen	218
c) Verzug und Entschuldigung	219
d) Sanktionen	219
<b>III. Abweichungen durch AGB</b>	220

<b>§ 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung</b> .....	222
<b>I. Behinderungsanzeige, § 6 Abs. 1 VOB/B</b> .....	223
1. Anzeigepflicht .....	223
2. Rechtsfolgen der Anzeige .....	224
a) Ansprüche des Auftragnehmers .....	224
b) Ansprüche des Auftraggebers .....	224
aa) Schaden aus unterlassener Anzeige .....	224
bb) Verzugsschaden .....	225
3. Form der Anzeige .....	225
a) Grundsatz .....	225
b) Ausnahme .....	226
4. Inhalt der Behinderungsanzeige .....	226
<b>II. Der Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfrist, § 6 Abs. 2 VOB/B</b> .....	227
1. Allgemeine Voraussetzungen .....	227
2. Der Risikobereich des Auftraggebers .....	227
a) Pflichtverletzungen des Auftraggebers .....	227
b) Geänderte und zusätzliche Leistungen .....	228
c) Vorunternehmerisiko .....	229
d) Schlechtwetterproblematik .....	230
e) Beschleunigungsmaßnahmen .....	234
<b>III. Pflicht zur Weiterführung der Arbeiten, § 6 Abs. 3 VOB/B</b> .....	235
1. Benachrichtigung bei Wegfall der hindernden Umstände .....	235
2. Weiterführung der Arbeiten .....	235
3. Frist zur Weiterführung/Wiederaufnahme der Arbeit .....	236
<b>IV. Berechnung der Fristverlängerung, § 6 Abs. 4 VOB/B</b> .....	236
<b>V. Abrechnung infolge längerer Unterbrechung gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B und nach Kündigung wegen mehr als dreimonatiger Unterbrechung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B</b> .....	237
<b>VI. Schadensersatz wegen Bauverzuges, § 6 Abs. 6 VOB/B</b> .....	238
1. Überblick .....	238
2. Tatbestandsvoraussetzungen .....	239
a) Hindernde Umstände .....	239
aa) Behinderung oder Unterbrechung i. S. v. § 6 Abs. 1 und 2 VOB/B .....	239
bb) Behinderungsanzeige oder Offenkündigung, § 6 Abs. 1 VOB/B .....	239

b) Pflichtverletzung .....	240
c) Verschulden .....	240
aa) Beweislastumkehr .....	240
bb) Haftungsbeschränkung .....	240
cc) Zurechnung: Erfüllungsgehilfe kontra Vorunternehmer .....	241
dd) Beiderseitiges Vertreten .....	242
d) Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens/ Schadenshöhe .....	242
aa) Berechnungsmethode .....	243
bb) Schadenspositionen .....	243
cc) Vorteilsausgleich .....	247
<b>VII. Kündigung infolge länger als dreimonatiger Unterbrechung,</b>	
<b>§ 6 Abs. 7 VOB/B</b> .....	247
1. Der besondere Kündigungsgrund wegen länger als dreimonatiger Unterbrechung .....	247
2. Grenzen des Kündigungsrechtes nach länger als dreimonatiger Unterbrechung .....	248
3. Abrechnung nach Kündigung infolge länger als dreimonatiger Unterbrechung .....	250
<b>§ 7 Verteilung der Gefahr</b> .....	251
<b>I. Gefahrverteilung, Auftraggeberrisiko vor Abnahme, § 7 Abs. 1 VOB/B</b>	251
1. Risikoverteilung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber vor der Abnahme .....	251
2. Verhältnis zur gesetzlichen Gefahrtragung .....	252
a) Auftraggeberverzug, § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	252
b) Zufälliger Untergang, § 644 Abs. 1 Satz 3 BGB .....	253
c) Verantwortlichkeit des Auftraggebers für dessen Stoffe und Weisungen, § 645 BGB .....	253
d) Verantwortlichkeit des Auftraggebers auch für dessen Neben- leistungen, § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB analog .....	253
e) Verantwortlichkeit des Auftraggebers auch für Probleme aus dessen Risikobereich, § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB analog .....	254
<b>II. Definition der „unabwendbaren Umstände“ nach § 7 Abs. 1 VOB/B</b> ....	254
<b>III. Ganz oder teilweise ausgeführte Leistungen, § 7 Abs. 2 VOB/B</b> .....	255
<b>IV. Ausschluss der Gefahrtragung für noch nicht erbrachte Leistungen nach § 7 Abs. 3 VOB/B</b> .....	256

<b>V. Berechnung der Ansprüche des Auftragnehmers nach § 7 VOB/B und §§ 644 f. BGB</b>	256
<b>VI. Versicherung der Gefahren</b>	257
<b>VII. Wirksamkeit abweichender AGB-Klauseln</b>	259
<b>VIII. Exkurs: Baugrund- und Systemrisiken</b>	260
1. Zwei Fallgestaltungen	260
a) Echtes Baugrundrisiko aus der Perspektive des Bestellers	260
b) Unechtes Systemrisiko aus der Perspektive des Bestellers	261
2. Verschulden	262
a) Kein Verschulden des Bestellers vorausgesetzt	262
b) Mitwirkendes Verschulden des Unternehmers	262
3. Darlegungs- und Beweislast des Unternehmers	262
4. Rechtsfolgen für den Fall der Besteller-Gefahrtragung nach § 645 BGB	264
a) Geleistete Arbeit und Auslagen	264
b) Kein Schadensersatz/womöglich Entschädigung für Bauablaufstörung	264
c) Nachträge aus „Besonderen Leistungen“	265
5. Unvollständige Sphärentheorie im VOB-Vertrag	265
6. Problembewältigung durch die anerkannten Regeln der Technik	268
a) VOB/C ATV DIN 18299 (18300 bis 18326)	268
b) Beispiel: Bohrarbeiten – ATV DIN 18301, Ausgabe September 2016	269
aa) Verteilung von Baugrund- und Systemrisiko durch die „0 Hinweise der ATV DIN 18301“	269
bb) Spezielle Systemverantwortung durch 3.1.1 der ATV DIN 18301	269
cc) Erhöhte Kooperation zur Risikobewältigung gemäß ATV DIN 18301 Abschnitt 3.1.7	270
dd) Ersatz nach Zeitwert gemäß ATV DIN 18301 Abschnitt 3.3	272
c) AGB-Prüfung und Auslegung der ATV VOB/C zur Gefahrtragung	274
<b>§ 8 Kündigung durch den Auftraggeber</b>	276
<b>I. Die freie Kündigung, § 8 Abs. 1 VOB/B</b>	278
1. Anwendungsbereich: (Teil-)Kündigungserklärung	278
a) Schriftliche Kündigungserklärung	278
b) Vollständige und teilweise Kündigung	279

2. Ohne wichtigen Grund .....	279
3. Bei Pflichtverletzung des Auftraggebers .....	279
4. Wirksamkeitszeitpunkt .....	280
5. Abrechnung nach freier Kündigung .....	280
a) Abrechnung der erbrachten und der nicht erbrachten Leistungen – mindestens 5 % nach § 648 BGB .....	280
b) Nachweisführung zur Abrechnung der nicht erbrachten Leistungen .....	281
aa) Kosten oder Aufwendungen – Einzelkosten der Teil- leistungen (EKT), Sonstiges und Zuschläge .....	281
bb) Allgemeine Geschäftskosten (AGK) und Baustellen- gemeinkosten (BGK) .....	283
cc) Wagnis und Gewinn .....	283
dd) Skonto oder sonstige Nachlässe .....	284
ee) Potenzielle Nachträge .....	284
ff) Füllaufträge .....	285
<b>II. Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund .....</b>	<b>285</b>
1. Kündigung wegen Insolvenz des Auftragnehmers, § 8 Abs. 2 VOB/B .....	285
2. Wichtige Gründe für eine außerordentliche Vertragskündigung, § 8 Abs. 3 VOB/B .....	286
a) Mängel, Verzug, Nachunternehmereinsatz .....	286
b) Sonstige wichtige Gründe .....	286
c) Vollständige oder teilweise schriftliche Kündigung .....	287
d) Verhalten und Rechtsfolgen nach der Kündigung .....	288
aa) Ersatzvornahme; Mehrkosten und sonstige Schäden .....	288
bb) Inanspruchnahme verbliebener Geräte, Gerüste und sonstiger, auf der Baustelle vorhandener Einrichtungen, angelieferter Stoffe und Bauteile .....	288
cc) Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten – Frist .....	289
4. Kündigung wegen Wettbewerbsverstoß, § 8 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B .....	289
5. Vergaberechtliche Kündigungen, § 8 Abs. 4 Nr. 2 und Abs. 5 VOB/B .....	289
a) Vergaberechtliche Kündigung, § 133 GWB .....	290
aa) Wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes, § 123 GWB .....	290
bb) Bei wesentlicher Änderung des Vertrages, § 132 GWB .....	291
cc) Feststellung schwerer Verletzung der Verträge über die Europäische Union etc. ....	294

dd) Kündigung in der Nachunternehmerkette .....	295
6. Form der Kündigung, § 8 Abs. 6 VOB/B .....	296
<b>III. Aufmaß und Abnahme gemäß § 8 Abs. 7 VOB/B .....</b>	<b>297</b>
1. Aufmaß zur Schlussrechnung .....	297
2. Abnahme nach Kündigung des Bauvertrages notwendig .....	298
<b>IV. Abrechnung nach außerordentlicher Kündigung .....</b>	<b>300</b>
1. Einheitspreisvertrag .....	300
2. Pauschalpreisvertrag .....	301
3. Berücksichtigung geänderter und/oder zusätzliche Leistungen .....	301
<b>V. Zeitpunkt für die Berechnung der Vertragsstrafe, § 8 Abs. 8 VOB/B und zu den Anforderungen an die Mehrkostenberechnung durch den Auftraggeber .....</b>	<b>302</b>
1. Vertragsstrafe – Berechnung nach Kündigung .....	302
2. Anforderungen an die Mehrkostenberechnung durch den Auftrag- geber .....	302
<b>VI. Abweichende Vereinbarungen durch Allgemeine Geschäfts- bedingungen .....</b>	<b>303</b>
<b>§ 9 Kündigung durch den Auftragnehmer .....</b>	<b>305</b>
<b>I. Allgemeines .....</b>	<b>305</b>
<b>II. Anwendungsbereich: Keine Kündigung ohne Grund .....</b>	<b>305</b>
1. Kündigung wegen unterlassener Mitwirkung des Auftraggebers, § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B .....	306
a) Fehlende Anordnungen i. S. v. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B .....	306
b) Kooperationspflichtverletzung .....	306
c) Keine Mitwirkung gemäß § 4 Abs. 1 VOB/B .....	306
d) Keine Mitteilung von Ausführungsfristen .....	307
e) Androhung vor Kündigung .....	307
2. Zahlungsverzug des Auftraggebers, § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B .....	307
a) Fälligkeit von Abschlags- und Schlussrechnung .....	307
b) Verzug von Abschlags- und Schlussrechnung .....	308
aa) Angemessene Fristsetzung: zu früh, zu kurz, zu viel, zu wenig? .....	308
bb) Nachschieben von Entschuldigungsgründen .....	308
cc) Geringfügiger Zahlungsverzug .....	309
c) Androhung der Kündigung, § 9 Abs. 2 Satz 2 VOB/B .....	309

3.	Kündigung aus sonstigen wichtigen Gründen, § 314 BGB .....	310
4.	Kündigung wegen Unterbrechung länger als 3 Monate, § 6 Abs. 7 VOB/B .....	310
<b>III.</b>	<b>Schriftform der Kündigung, § 9 Abs. 2 Satz 1 VOB/B .....</b>	<b>311</b>
<b>IV.</b>	<b>Abrechnung des vorzeitig gescheiterten Vertrages, § 9 Abs. 3 VOB/B ..</b>	<b>311</b>
1.	Vergütung der erbrachten Leistung .....	311
a)	Vertragstypen: Einheitspreis oder Pauschale .....	312
b)	Leistungsabgrenzung: Aufmaß und Abnahme .....	312
2.	Entschädigung – Vergütungsähnlicher Anspruch .....	313
3.	Schadensersatzansprüche .....	313
4.	Sonstige Rechte .....	314
<b>V.</b>	<b>Mängelansprüche/Gewährleistung nach Kündigung durch Auftrag-</b> <b>nehmer .....</b>	<b>315</b>
<b>VI.</b>	<b>Abweichende AGB .....</b>	<b>315</b>
<b>§ 10</b>	<b>Haftung der Vertragsparteien .....</b>	<b>316</b>
<b>I.</b>	<b>Allgemeines .....</b>	<b>317</b>
<b>II.</b>	<b>Die Vertragsparteien haften einander, § 10 Abs. 1 VOB/B .....</b>	<b>317</b>
1.	Vertragspflichtverletzung .....	317
a)	Vertragliche Pflichten .....	317
aa)	Pflichten des Auftragnehmers .....	318
bb)	Pflichten des Auftraggebers .....	318
b)	Außervertragliche Pflichten .....	319
2.	Verschulden .....	319
a)	Fahrlässigkeit .....	319
b)	Vorsatz .....	320
3.	Haftung für gesetzlichen Vertreter und vertraglichen Erfüllungs-	
a)	Gesetzlicher Vertreter .....	320
b)	Vertraglicher Erfüllungsgehilfe .....	321
4.	Haftungsausgleich .....	321
a)	Mitverschulden .....	321
b)	Haftung bei mehreren Vertragspartnern .....	322
c)	Gesamtschuldnerausgleich zwischen Architekt und	
Bauunternehmer .....		323

<b>III. Haftungsausgleich zwischen den Vertragsparteien bei Schädigung Dritter</b>	324
1. Schaden wegen „gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen“, § 10 Abs. 2 VOB/B	324
2. Haftungsausgleich	326
a) § 242 BGB	327
b) § 840 Abs. 2 und 3 BGB	327
c) Haftung des Auftragnehmers wegen unerlaubter Handlung oder Beschädigung angrenzender Grundstücke, § 10 Abs. 3 VOB/B	327
d) Bedenken des Auftragnehmers gegen Anordnung des Auftraggebers	328
e) Schadensdeckung durch gesetzliche Haftpflicht des Auftragnehmers	328
f) Haftung des Auftragnehmers wegen Verletzung gewerblicher Schutzrechte	330
g) Mitverschulden Dritter	330
3. Abwicklung des Haftungsausgleiches	330
4. Unwirksame Geschäftsbedingungen	331
<b>§ 11 Vertragsstrafe</b>	332
<b>I. Allgemeines, § 11 Abs. 1 VOB/B</b>	332
<b>II. Arten der Vertragsstrafe, § 11 Abs. 2 VOB/B</b>	332
1. Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung	333
2. Vertragsstrafe wegen nicht gehöriger Erfüllung	334
<b>III. Rechtliche Vorgaben für die Vertragsstrafengestaltung</b>	335
1. Vorgaben aus dem Vergaberecht	335
2. Vorgaben aus dem Baudurchführungsrecht	336
<b>IV. Keine Vertragsstrafe ohne deutliche Vereinbarung</b>	337
<b>V. Inhalt der Vertragsstrafenklausel</b>	338
1. Inhaltskontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen	338
2. Höhe der Vertragsstrafe	338
3. Keine Strafe ohne Verschulden	340
4. Keine Strafe ohne erheblichen Nachteil	342
5. Transparenz	342
<b>VI. Anwendungsproblem bei der Geltendmachung der Vertragsstrafe</b>	343
1. Verzug durch Mahnung und dessen Berechnung	343
2. Anrechnung der Vertragsstrafe auf Schadensersatz	347

3. Herabsetzung der Vertragsstrafe .....	347
4. Aufrechnung/Verrechnung .....	348
5. Durchstellen einer Vertragsstrafe .....	349
<b>VII. Vorbehalt der Vertragsstrafe, § 11 Abs. 4 VOB/B .....</b>	<b>349</b>
1. Vorbehaltserklärung bei der Abnahme .....	349
2. Vertretung bei Abgabe und Entgegennahme der Vorbehaltserklärung .....	351
3. Hinweispflicht des Architekten auf einen Vertragsstrafenvorbehalt ..	352
4. Genehmigungsfähigkeit der vollmachtlosen Vorbehaltserklärung ...	353
5. Vorbehalt bis Fälligkeit der Schlusszahlung .....	353
<b>§ 12 Abnahme .....</b>	<b>355</b>
<b>I. Allgemeines – Abnahmereife nach Fertigstellung – Entbehrlichkeit der Abnahme .....</b>	<b>356</b>
<b>II. Begriff der Abnahme .....</b>	<b>356</b>
<b>III. Arten der Abnahme .....</b>	<b>357</b>
1. Ausdrückliche Abnahme, § 12 Abs. 1 VOB/B .....	357
2. Konkludente Abnahme als Unterfall des § 12 Abs. 1 VOB/B .....	358
3. Teilabnahme nach § 12 Abs. 2 VOB/B .....	358
4. Abnahmeverweigerung nach § 12 Abs. 3 VOB/B .....	359
5. Förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B .....	360
6. Fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B .....	361
<b>IV. Wirkungen der Abnahme, § 12 Abs. 6 VOB/B .....</b>	<b>363</b>
1. Übergang der Gefahr .....	363
2. Beginn der Gewährleistung sowie Beweislastumkehr für bei der Abnahme nicht vorbehaltene Mängel und Restleistung .....	363
3. Fälligkeit der Vergütung und Durchgriffsfähigkeit im Kettenvertrag ..	365
4. Keine Kündigung nach Abnahme, aber Abnahme nach Kündigung ...	366
5. Sicherheiten nach Abnahme .....	367
<b>V. Wirksamkeit abweichender Klauseln .....</b>	<b>368</b>
<b>§ 13 Mängelansprüche .....</b>	<b>370</b>
<b>I. Mangel der Bauleistung, § 13 Abs. 1 VOB/B .....</b>	<b>372</b>
1. Sachmangel .....	372
a) Mangelbegriff .....	372
aa) Vereinbarte Beschaffenheit und anerkannte Regeln der Technik .....	372

(1) Vereinbarte Beschaffenheit .....	373
(2) Anerkannte Regeln der Technik .....	373
bb) Nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendungseignung ...	376
cc) Gewöhnliche Verwendungseignung .....	377
b) Beratungspflicht des Auftragnehmers .....	377
c) Qualitativ bessere Leistung .....	378
d) Substantiierung des Sachmangels .....	378
2. Rechtsmangel .....	379
<b>II. Leistungen nach Probe, § 13 Abs. 2 BOB/B .....</b>	<b>380</b>
1. Zeitpunkt der Festlegung der Leistung nach Probe .....	380
2. Bedeutungslose Abweichungen .....	380
3. Mangel der Probe selbst .....	381
4. Darlegungs- und Beweislast .....	381
<b>III. Risiken aus der Sphäre des Auftraggebers, § 13 Abs. 3 VOB/B .....</b>	<b>381</b>
1. Haftungsbefreiungstatbestände des § 13 Abs. 3 VOB/B .....	382
a) Mangel durch Leistungsbeschreibung des Auftraggebers .....	382
b) Mangel durch Anordnungen des Auftraggebers .....	382
c) Mangel durch vom Auftraggeber gelieferte Stoffe und Bauteile ..	383
d) Mangel durch vom Auftraggeber vorgeschriebene Stoffe und Bauteile .....	383
e) Mangel durch Vorleistungen anderer Unternehmer .....	384
2. Schriftliche Bedenkenanzeige nach § 4 Abs. 3 VOB/B .....	384
a) Bedenkenanzeige – Mitteilungspflicht .....	385
b) Inhalt und Form der Mitteilung .....	385
c) Umfang der Prüf- und Hinweispflicht .....	385
3. Darlegungs- und Beweislast .....	386
<b>IV. Verjährung der Mängelansprüche, § 13 Abs. 4 VOB/B .....</b>	<b>386</b>
1. Vereinbarung von Verjährungsfristen für Mängelansprüche .....	386
2. Die Auffang-Fristen des § 13 Abs. 4 VOB/B für Mängelansprüche ...	388
a) Bauwerke .....	388
b) Arbeiten an einem Grundstück .....	389
c) Feuerungsanlagen .....	389
d) Industrielle Feuerungsanlagen .....	390
e) Wartungsrelevante Teile .....	390
f) Exkurs: Wartungsvertrag .....	391
aa) Anwendungsbereiche der Wartung am Bau .....	391

bb)	Musterverträge nach AMEV .....	391
cc)	Wartung nach VOL oder VOB .....	391
dd)	Wartung als Werk oder Dienstleistung – Gefahr der Arbeitnehmerüberlassung .....	392
ee)	Art und Umfang der Wartung gemäß DIN 31051 .....	393
(1)	Wartung/Instandhaltung .....	393
(2)	Reparatur/Instandsetzung .....	393
(3)	Inspektion und Wartung .....	394
(4)	Verbesserung bei der Wartung .....	394
(5)	Inhalt der Wartung nach AMEV .....	394
3.	Verjährungsfristen in Sonderfällen .....	394
a)	Arglistiges Verschweigen von Mängeln – zehnjährige bzw. dreißigjährige Verjährungsfrist auch bei VOB/B-Vertrag .....	394
aa)	Zehn- bis Dreißigjahresfrist .....	394
bb)	Arglistiges Verschweigen und Organisationsverschulden ..	395
cc)	Verantwortlichkeit des Auftragnehmers für Erfüllungs- gehilfen .....	396
dd)	Darlegungs- und Beweislast .....	397
b)	Nebenpflichtverletzungen .....	397
c)	Versicherungsschutz des Auftragnehmers .....	398
d)	Ansprüche aus unerlaubter Handlung .....	398
4.	Berechnung von Beginn und Ende der Mängel – Verjährungsfrist ...	399
a)	Beginn der Verjährungsfrist, § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B .....	399
aa)	Verjährungsbeginn mit Abnahme .....	399
bb)	Früherer Verjährungsbeginn .....	399
b)	Lauf der Verjährungsfrist .....	399
c)	Hemmung der Verjährung nach gesetzlichen Vorschriften .....	400
aa)	Wirkung der Hemmung .....	400
bb)	Hemmung durch Verhandlungen (§ 203 BGB) .....	400
cc)	Hemmung durch Rechtsverfolgung (§ 204 BGB) .....	401
dd)	Stundung oder Leistungsverweigerungsrecht .....	402
ee)	Höhere Gewalt .....	402
ff)	Neubeginn der Verjährung nach gesetzlichen Vorschriften (§ 212 BGB) .....	403
d)	Rechtsfolge bei Verjährungseintritt .....	403
aa)	Verjährungseinrede erforderlich .....	403

bb) Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Verjährung (§ 215 BGB) .....	404
<b>V. Mängelbeseitigung, § 13 Abs. 5 VOB/B .....</b>	<b>404</b>
1. Nacherfüllungsanspruch des Auftragnehmers, § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B .....	404
a) Konkrete Nacherfüllungsaufforderung .....	405
b) Nachbesserungsverlangen .....	405
aa) Nacherfüllungsverlangen schriftlich .....	405
bb) Schriftform zur verjährungsverlängernden Wirkung .....	406
c) Art und Umfang des Nacherfüllungsanspruches .....	406
d) Begrenzung durch Sowieso-Kosten, Ohnehin-Kosten, Vorteilsausgleich .....	407
2. Ersatzvornahme/Selbstvornahme des Auftraggebers, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B .....	409
a) Angemessene Fristsetzung als Voraussetzung der Ersatz- vornahme .....	409
b) Vorschuss- oder Erstattungsanspruch des Auftraggebers .....	411
aa) Kostenerstattungsanspruch .....	411
bb) Kostenvorschussanspruch .....	411
c) Zurückbehalt der Vergütung wegen Mängeln .....	412
3. Verjährung von Mängelbeseitigungsleistungen .....	415
a) Rechtsklarheit im VOB/B-Vertrag .....	415
b) Hinweis zur Rechtslage außerhalb der VOB/B .....	416
<b>VI. Minderung, § 13 Abs. 6 VOB/B .....</b>	<b>417</b>
1. Voraussetzungen der Minderung .....	417
a) Unzumutbarkeit .....	417
b) Unmöglichkeit .....	417
c) Unverhältnismäßigkeit .....	418
2. Berechnung der Minderung .....	418
<b>VII. Schadensersatz, § 13 Abs. 7 VOB/B .....</b>	<b>419</b>
1. Leben, Körper, Gesundheit, § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B .....	420
2. Vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Mängel, § 13 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B .....	420
3. Schaden an der baulichen Anlage, § 13 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B .....	420
4. Anwendung der gesetzlichen Verjährungsfristen, § 13 Abs. 7 Nr. 4 VOB/B .....	422
5. Sondervereinbarungen, § 13 Abs. 7 Nr. 5 VOB/B .....	422

<b>§ 14 Abrechnung</b> .....	424
<b>I. Prüfbar Abrechnung, § 14 Abs. 1 VOB/B</b> .....	424
1. Prüfbar abrechnen .....	424
a) Inhalt .....	425
b) Beizufügende Unterlagen .....	425
c) Änderungen und Ergänzungen .....	426
2. Informations- und Kontrollinteresse des Auftraggebers .....	426
3. Vorzeitig beendeter Pauschalpreisvertrag .....	427
4. Fälligkeit durch Prüfbarkeit – Schutz des Auftragnehmers .....	428
<b>II. Gemeinsame Feststellungen, § 14 Abs. 2 VOB/B</b> .....	429
1. Gemeinsames Aufmaß .....	429
2. Rechtsfolgen der gemeinsamen Feststellungen .....	430
3. Antrag auf gemeinsame Feststellungen durch Auftragnehmer .....	431
<b>III. Fristgerechte Einreichung der Schlussrechnung, § 12 Abs. 3 VOB/B</b> ...	432
<b>IV. Rechtsfolgen bei vom Auftraggeber erstellter Abrechnung, § 14 Abs. 4 VOB/B</b> .....	432
1. Mahnung zur Schlussrechnungslegung .....	432
2. Ersatzvornahme zur Schlussrechnungslegung .....	433
<b>V. Allgemeine Geschäftsbedingungen</b> .....	434
<b>§ 15 Stundenlohnarbeiten</b> .....	435
<b>I. Allgemeines</b> .....	436
<b>II. Abrechnung nach vertraglichen Vereinbarungen, § 15 Abs. 1 VOB/B</b> ..	437
1. Vereinbarung von Stundenlohn .....	437
2. Höhe des Stundenlohnanspruches .....	438
<b>III. Fehlende Abrechnungsvereinbarung</b> .....	438
<b>IV. Eigene Auslagen des Auftragnehmers</b> .....	440
<b>V. Zusätzliche Aufsichtsvergütung, § 15 Abs. 2 VOB/B</b> .....	441
<b>VI. Kontrolle der Stundenlohnleistung durch den Auftraggeber, § 15 Abs. 3 VOB/B</b> .....	442
1. Anzeige vor Beginn der Stundenlohnarbeiten .....	443
2. Verpflichtung zur Vorlage von Stundenlohnzetteln .....	444
3. Prüfung der Stundenlohnzettel .....	445
a) Unverzögliche Rückgabe .....	445
b) Vollmacht des Bauleiters .....	446

c) Einwendungen .....	446
d) Anerkenntnis der Stundenlohnarbeiten .....	447
aa) Beschränkte Wirkung als gemeinsame Feststellung .....	447
bb) Weitergehende Anerkenntnisse .....	448
<b>VII. Frist zur Vorlage von Stundenlohnrechnungen und Zahlung, § 15 Abs. 4 VOB/B .....</b>	<b>448</b>
<b>VIII. Abrechnung bei Zweifeln über Umfang der Stundenlohnarbeiten, § 15 Abs. 5 VOB/B .....</b>	<b>450</b>
<b>IX. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....</b>	<b>451</b>
<b>§ 16 Zahlung .....</b>	<b>453</b>
<b>I. Abschlagszahlungen, § 16 Abs. 1 VOB/B .....</b>	<b>455</b>
1. Abschlagszahlung in Höhe der nachgewiesenen Leistungen .....	455
2. Abschlag fällig binnen 21 Tagen nach Zugang der Abschlags- rechnung .....	456
a) Fristbeginn .....	456
b) Fristberechnung .....	456
c) Fristwahrung .....	457
3. Zahlungsplan .....	457
4. Abschlagszahlung als Vorbehalt .....	458
<b>II. Vorauszahlungen, § 16 Abs. 2 VOB/B .....</b>	<b>458</b>
1. Wesen der Vorauszahlung .....	458
2. Vorauszahlungsvereinbarung bei Vertragsschluss .....	459
3. Vorauszahlungsvereinbarung nach Vertragsschluss .....	459
4. Vorauszahlung nach Sicherheitsleistung .....	460
<b>III. Schlusszahlung, § 16 Abs. 3 VOB/B .....</b>	<b>460</b>
1. Schlussrechnungsreife .....	460
2. Voraussetzung der Schlusszahlung: prüfbare Schlussrechnung .....	461
3. Fälligkeit der Schlusszahlung, § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B .....	461
a) Zugang der Schlussrechnung .....	462
b) Spätere Fälligkeit der Schlusszahlung .....	462
c) Frühere Fälligkeit der Schlusszahlung .....	463
d) Ausschluss der Einwendung fehlender Prüfbarkeit .....	463
e) Verjährungsbeginn nach Fälligkeit .....	464
4. Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung, § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B .....	464
a) Unwirksamkeit der Ausschlusswirkung .....	464

b)	Voraussetzungen der Ausschlusswirkung .....	465
aa)	Schlusszahlung, schriftliche Mitteilung mit Belehrung, § 16 Abs. 3 Nr. 2 und 3 VOB/B .....	466
bb)	Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung .....	466
5.	Erklärung des Vorbehalts, § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B .....	467
a)	Form und Inhalt .....	467
b)	Erklärung gegenüber dem Auftraggeber .....	467
6.	Begründung des Vorbehalts .....	468
a)	Prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen .....	468
b)	Eingehende Begründung des Vorbehalts .....	468
c)	Berichtigung von Fehlern oder vergessene Abrechnungs- positionen .....	469
<b>IV.</b>	<b>Teilschlusszahlung, § 16 Abs. 4 VOB/B .....</b>	<b>470</b>
1.	Wesen .....	470
2.	In sich abgeschlossene Leistungsteile .....	470
3.	Teilabnahme und -abrechnung .....	470
<b>V.</b>	<b>Beschleunigung von Zahlungen, Skontoabzüge sowie Folgen verzögerter Zahlung .....</b>	<b>471</b>
1.	Gebot beschleunigter Zahlung, § 16 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B .....	471
2.	Skontoabzüge, § 16 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B .....	471
3.	Rechtzeitigkeit der Zahlung nach § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B .....	472
4.	Zinsen, § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B .....	473
a)	Verzugszinsen mit und ohne Mahnung/Nachfristsetzung .....	473
b)	Höhe der Verzugszinsen .....	475
c)	Fälligkeit – Verzug und kaufmännische Fälligkeitszinsen .....	475
5.	Arbeitseinstellung, § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B .....	477
a)	Angemessene Nachfristsetzung zur Zahlung vor Arbeits- einstellung .....	477
b)	Bauzeitanpassung und Schadensersatz infolge der Arbeits- einstellung .....	478
c)	Verhältnis zum gesetzlichen Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB .....	478
<b>VI.</b>	<b>Vergütungszahlung durch Auftraggeber an Dritte, § 16 Abs. 6 VOB/B ..</b>	<b>480</b>
1.	Zahlung an Gläubiger des Auftragnehmers .....	480
2.	Schuldbefreiende Zahlung .....	481
3.	Direktgeschäft zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer .....	481

<b>§ 17 Sicherheitsleistung</b> .....	483
<b>I. Ausdrückliche Vereinbarung der Sicherheitsleistung,</b>	
<b>§ 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B</b> .....	485
<b>II. Zweck und Höhe zur Sicherung der vertragsgemäßen Ausführung</b>	
<b>der Leistung einschließlich der Mängelansprüche,</b>	
<b>§ 17 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B</b> .....	487
1. Zweckbestimmung in der Sicherungsabrede des Valuta-Deckungs-	
und Vollzugsverhältnisses .....	487
2. Höhe der Sicherheit, § 9 Abs. 8 S. 2 VOB/A .....	487
a) Unterscheidung zwischen Vertragserfüllung und Gewähr-	
leistung .....	487
b) Erhöhung durch Ergänzungs- und Nachschusspflicht	
nach § 240 BGB .....	488
<b>III. Arten, Wahl- und Austauschrecht der Sicherheiten,</b>	
<b>§ 17 Abs. 2 und 3 VOB/B</b> .....	489
1. Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder Bürgschaft .....	489
2. Wahl- und Austauschrecht des Auftragnehmers zwischen	
den Sicherungsarten .....	489
3. Einschränkungen des Wahl- und Austauschrechtes .....	491
<b>IV. Sicherheitsleistung durch Bürgschaft, § 17 Abs. 4 VOB/B</b> .....	492
1. Anerkenntnis als tauglicher Bürge .....	492
2. Schriftliche selbstschuldnerische Bürgschaft .....	493
3. Bürgschaft auf erstes Anfordern .....	494
4. Keine zeitliche Begrenzung der Bürgschaft, Ausstellung nach	
Vorschrift des Auftraggebers .....	495
<b>V. Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld, § 17 Abs. 5 VOB/B</b> ..	495
<b>VI. Sicherheitsleistung durch Einbehalt von Zahlungen,</b>	
<b>§ 17 Abs. 6 VOB/B</b> .....	496
1. Einbehalt von Zahlungen in Teilbeträgen .....	496
2. Ausnahme: Einzahlung des einbehaltenen Betrages	
erst bei Schlusszahlung .....	498
3. Nichteinzahlung des Sicherheitsbetrages durch Auftraggeber .....	498
4. Sonderbefugnis des öffentlichen Auftraggebers: Verwaltungs-	
geldkonto .....	498

<b>VII. Fristgerechte Leistung der Sicherheit durch Auftragnehmer,</b>	
<b>§ 17 Abs. 7 VOB/B</b> .....	499
1. Anwendungsbereich und Fristberechnung .....	499
2. Folgen nicht fristgerechter Sicherheitsleistung .....	499
<b>VIII. Verwertung – Inanspruchnahme der Sicherheit</b> .....	500
1. Der Sicherungsfall .....	500
2. Inanspruchnahme des Bürgen .....	500
<b>IX. Rückgabe der Sicherheit, § 17 Abs. 8 VOB/B</b> .....	501
1. Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit .....	501
2. Rückgabe der Mängelsicherheit .....	502
3. Rückgabe der Sicherheit in der Insolvenz .....	502
4. Verjährung des Rückgabeanpruches .....	503
<b>§ 18 Streitigkeiten</b> .....	504
<b>I. Gerichtsstand für gerichtliche Streitigkeiten aus dem Bauvertrag,</b>	
<b>§ 18 Abs. 1 VOB/B</b> .....	505
1. Vereinbarung des örtlich zuständigen Gerichtes .....	505
2. Beschränkung der Gerichtsstandsvereinbarung auf Streitigkeiten aus dem Bauvertrag .....	506
3. Zuständige Stelle im Auftraggeberbereich .....	507
<b>II. Klärung von Meinungsverschiedenheiten durch vorgesetzte Behörde,</b>	
<b>§ 18 Abs. 2 VOB/B</b> .....	507
1. Anrufung einer vorgesetzten Behörde .....	507
2. Aussprache/schriftlicher Bescheid .....	508
3. Einspruch des Auftragnehmers gegen den Bescheid – Anerkennungswirkung bei Unterlassen des rechtzeitigen schriftlichen Einspruchs des Auftragnehmers .....	508
4. Hemmung der Verjährung .....	509
<b>III. Schiedsgericht gemäß § 18 Abs. 3 VOB/B</b> .....	509
<b>IV. Anrufung einer staatlich anerkannten Materialprüfungsstelle,</b>	
<b>§ 18 Abs. 4 VOB/B</b> .....	510
1. Anwendungsbereich .....	511
a) Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaft von Stoffen oder Bauteilen .....	511
b) Zulässigkeit oder Zuverlässigkeit der Prüfungshilfsmittel und Prüfungsverfahren .....	511

c) Erweiterung über die Fälle des § 18 Abs. 4 VOB/B hinaus .....	512
d) Verfahrensbeschränkung auf gütliche Beilegung von Meinungs- verschiedenheiten .....	512
2. Anrufung der Materialprüfungsstelle und vorherige Benachrichtigungspflicht .....	512
3. Feststellungen der Materialprüfungsstelle .....	513
a) Feststellungen der Materialprüfungsstelle als Schieds- gutachten .....	513
b) Verbindlichkeit der Feststellungen der Materialprüfungsstelle und Ausnahmen .....	514
4. Kostenregelung .....	515
<b>V. Arbeitseinstellung, § 18 Abs. 5 VOB/B .....</b>	<b>516</b>
1. Verbot zur Arbeitseinstellung .....	516
2. Recht zur Arbeitseinstellung .....	516
3. Rechtsfolgen bei unberechtigter Arbeitseinstellung .....	517
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>518</b>

## Autorenporträt

RA Dr. Uwe Diehr  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
MD Rechtsanwälte  
Kurfürstenstraße 31  
14467 Potsdam  
Telefon: 0331 289 99-0  
Telefax: 0331 289 99-14  
E-Mail: uwe.diehr@md-ra.de



Dr. Uwe Diehr, geboren 1968, studierte bis zum Jahr 1993 Rechtswissenschaften an der Universität Jena und arbeitete bis zum Jahr 1996 als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Dr. Peter-Michael Huber an der Universität Jena. 1996 erlangte Dr. Uwe Diehr die Zulassung als Rechtsanwalt und widmete sich dem Schwerpunkt öffentliches und privates Baurecht. Seit über zwanzig Jahren ist er als Fachanwalt im Bereich Immobilien-, Architekten- und Baurecht tätig und fungiert als anwaltliche Vertretung von kommunalen Gebietskörperschaften, Investoren und Bauunternehmen. Außerdem ist er stellvertretender Vorsitzender des Fachanwaltausschusses für Bau- und Architektenrecht der Rechtsanwaltskammer im Land Brandenburg. Des Weiteren veröffentlicht der Autor in der rechtswissenschaftlichen Literatur regelmäßig und ist als Referent aktiv.

## **Vorwort zur 5. Auflage**

Der DVA hat eine Novellierung der VOB/B zurückgehalten und will abwarten, wie sich die Rechtsprechung künftig mit Blick auf das neue Bauvertragsrecht mit den bisherigen Regelungen der VOB/B auseinandersetzt. Somit ist die VOB/B als DIN 1961 mit Ausgabedatum 2016-09 in die VOB Gesamtausgabe 2019 übernommen worden.

Insofern bleibt es bei der gesetzlichen Grundentscheidung der Privilegierung durch § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB, die es auch künftig gilt, durch den Verzicht auf Eingriffe in die Regelung der VOB/B zu sichern. Aus diesem Grunde wurden die Richtlinien des VHB (Vergabehandbuch des Bundes) und die Richtlinien im HVA B-StB (Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau) in der aktuellen Fassung 2019 insbesondere durch die Kürzung der BVB und den Wegfall der ZVB angepasst, um wirklich sicher Eingriffe in die VOB/B zu vermeiden.

In dieser vorliegenden 5. Auflage des Kommentars sind diese Entwicklungen berücksichtigt und erläutert. Neu von der Rechtsprechung erkannte Lücken in den Regelungen der VOB/B – etwa zum Kostenbegriff bei Mengenmehrungen – galt es mit der Kommentierung zu schließen. Es erfolgen konkrete Hinweise zur Definition der Kosten anhand der Urkalkulation als Maßstab für die Nachtragsbewertung, statt der tatsächlich erforderlichen Kosten. Auch gibt es neue Aspekte zur Bauablaufstörung. Um über diese in der VOB/B bislang noch lückenhaft geregelten Themen aufzuklären, soll diese Überarbeitung dienen.

Dr. Uwe Diehr

Berlin, im September 2019

## **Vorwort zur 1. Auflage**

Die besondere Herausforderung bestand in einer möglichst kompakten und knappen Kommentierung der VOB/B 2006, die auch für Nichtjuristen den sicheren Umgang mit diesen Vertragsregeln im Zusammenhang mit den gesetzlichen Vorschriften des BGB ermöglicht. Den Bedürfnissen der Baupraxis folgend wird auf theoretische Erörterungen weitgehend verzichtet. Dennoch werden unterschiedliche Rechtsauffassungen und Vorschläge nicht ausgeblendet, sondern aus unabhängiger Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der höheren Gerichte gelöst. Denn was hilft eine Meinung, die von der einschlägigen Rechtsprechung bereits anders entschieden wurde.

Die vorangestellte Inhaltsübersicht und das abschließende Stichwortverzeichnis sollen dem schnellen Auffinden der Lösungen dienen.

Dr. Uwe Diehr

Berlin 2007

**(Leerseite)**

## Einleitung zum Praxiskommentar der VOB/B 2019

Die fünfte Auflage des Praxiskommentars zur Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen/Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) richtet sich unverändert an die Bauwirtschaft. Es ist das Anliegen, ein verständliches Nachschlagewerk vorzulegen, das sich auch für die Einarbeitung in die Rechtsmaterie eignet. Dabei werden vorzugsweise frei zugängliche Quellen, vor allem die Rechtsprechung des BGH, ausgewertet, damit der Nutzer diese Nachweise ohne zusätzliche Kosten findet und verwenden kann.

Mit der fünften Auflage wird das in die §§ 650a ff. BGB eingefügte gesetzliche Bauvertragsrecht und die Rechtsprechung in allen Bereichen bis einschließlich September 2019 in die Kommentierung eingearbeitet und die gesamte Darstellung weiter verbessert. Die mit Erlass des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat (BMUB) vom 20.02.2019 überarbeitete VOB/Teil A (BAnz AT 19.02.2019 B2) ist ebenso berücksichtigt.

### I. Einbeziehung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung

Die VOB/B entstand als Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. v. § 305 BGB, um Auftragnehmern und Auftraggebern bei der Abwägung aller Vor- und Nachteile einzelner Regelungen ein insgesamt ausgewogenes Vertragswerk zur Verfügung zu stellen. Diesem Anliegen versucht die VOB/B seit dem Jahr 1926 bis heute durch den paritätisch von Auftraggebern und Auftragnehmern besetzten Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA), der die VOB an die sich wandelnden tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten anpasst, gerecht zu werden. Nur Verbraucherinteressen werden in diesem Willensbildungsprozess weiter nicht berücksichtigt, worauf der BGH in der Entscheidung vom 24.07.2008<sup>1</sup> hinwies.

Die Reform des Bauvertragsrechtes, mit der die §§ 650a bis 650g BGB als allgemeines gesetzliches Baurecht, die §§ 650h bis 650n BGB für Verbraucher, §§ 650o bis 650s BGB für Architekten und Ingenieure und §§ 650t bis 650u

---

1 BGH, Urteil vom 24.07.2008, Az. VII ZR 55/07 – entgegen den Vorinstanzen LG Berlin – Urteil vom 07.12.2005 – 26 O 46/05 und Kammergericht Berlin – Urteil vom 15.02.2007 – 23 U 12/06.

BGB für Bauträger eingeführt wurden, lies die VOB/B unberührt. Die VOB/B sollte „durch ein neues werkvertragliches Leitbild im BGB nicht in Frage gestellt werden“<sup>2</sup>.

Die VOB ist in ihrer Rechtsnatur als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) weiterhin beachtlich, wenn sie von den Parteien in das Vertragsverhältnis wirksam einbezogen wurde<sup>3</sup>. Zwischen Formkaufleuten und zwischen Bauprofis genügt für die wirksame Einbeziehung die einfache Benennung, während sie nur dem Nichtbauprofi, z. B. einem Verbraucher als privaten Bauherrn, als Ganzes übergeben oder diesem zumindest die Gelegenheit der vollständigen Einsichtnahme gegeben werden muss<sup>4</sup>. Ist jedoch ein im Baubereich nicht bewandeter Bauherr bei Vertragsschluss durch einen Architekten vertreten, genügt wieder zur wirksamen Einbeziehung in den Bauvertrag der bloße AGB-Hinweis auf die VOB/B<sup>5</sup>.

## II. Privilegierung der VOB/B kontra Inhaltskontrolle jeder VOB/B-Regelung

### 1. Privilegierung – Was heißt das?

Die VOB/B unterscheidet sich von sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen darin, dass sie nicht vorrangig die Interessen des Verwenders berücksichtigt, sondern um einen „im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der Beteiligteninteressen bemüht“ ist<sup>6</sup>. Gemäß § 310 Abs. 1 S. 3 BGB bleibt die VOB/B daher von einer Inhaltskontrolle verschont, wenn diese insgesamt in einen Bauvertrag einbezogen ist.

---

2 Bundesratsdrucksache 123/16, Seite 49 bis 62.

3 BGH, Urteil vom 20.04.2000, VII ZR 458/97 und EBE/BGH 2000, BGH-Ls 404/00 (Leitsatz); BGHZ 86, 135/141; BGH, NJW 1999, 3260.

4 St. Rspr. BGH, Urteil vom 24.07.2008 – VII ZR 55/07 mit Verweis auf die grundlegende Entscheidung des BGH, Urteil vom 16.12.1982 – VII ZR 92/82, BGHZ 86, 135, 138 und 142.

5 OLG Hamm, 12. Zivilsenat, 26.03.1993, Az. 12 U 59/91, OLGR Hamm 1993, 179–180, eine ähnliche Wertung findet sich übrigens in § 650f Abs. 6 Nr. 2 BGB.

6 Gut erläutert in BGH, Urteil vom 24.07.2008 – VII ZR 55/07 Rn. 24 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02, BGHZ 157, 346; Urteil vom 15.04.2004 – VII ZR 129/02, BauR 2004, 1142 = NZBau 2004, 385 = ZfBR 2004, 555; Urteil vom 10.05.2007 – VII ZR 226/05, BauR 2007, 1404 = NZBau 2007, 581 = ZfBR 2007, 665.

## 2. Wegfall der Privilegierung

### a) Wegfall der Privilegierung zugunsten der Verbraucher

Jedoch hat der BGH<sup>7</sup> mit dem Urteil vom 24.07.2008 auch klargestellt, dass die einzelnen Klauseln der VOB/B bei einer Verwendung gegenüber Verbrauchern einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 f. BGB immer unterliegen. Die sogenannte Privilegierung der VOB/B ist bei Verwendung gegenüber Verbrauchern nicht gerechtfertigt. Denn ein maßgeblicher Gesichtspunkt für diese Privilegierung ist der Umstand, dass die VOB/B unter Mitwirkung der Auftragnehmer- und der Auftraggeber erarbeitet wird und daher beide Seiten die Möglichkeit haben, ihre jeweiligen Interessen zu vertreten und ihnen Geltung zu verschaffen. Dies trifft für die in aller Regel geschäftlich nicht erfahrenen und damit besonders schutzbedürftigen Verbraucher nicht zu. Verbraucherverbände sind von einer ordentlichen Mitgliedschaft im DVA (Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss), der die VOB/B aufstellt, ausgeschlossen. Die spezifischen Interessen der Verbraucher werden auch nicht in hinreichendem Maße von den im DVA für die Auftraggeber tätigen Institutionen, insbesondere der öffentlichen Hand, vertreten.

Unabhängig vom BGH-Urteil hatte der Gesetzgeber<sup>8</sup> durch die Änderung der Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen im BGB (§§ 305 ff. BGB) klargestellt, dass die VOB/B bei Verwendung gegenüber Verbrauchern nicht privilegiert ist. Ausdrücklich soll die Privilegierung nur gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen bestehen, wenn die VOB/B „in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen“ ist (§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB).

### b) Wegfall der Privilegierung bei Eingriffen in die VOB/B

Im Übrigen hat der BGH schon im Jahr 2004 entschieden, dass jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist<sup>9</sup>. Dies bestätigte sodann das Gesetz mit § 310 Abs. 1 S. 3 BGB seit dem 01.01.2009. Nach der Rechtsprechung führt jede inhaltliche Abweichung

7 BGH, Urteil vom 24.07.2008, Az. VII ZR 55/07 – entgegen den Vorinstanzen LG Berlin – Urteil vom 07.12.2005 – 26 O 46/05 und Kammergericht Berlin – Urteil vom 15.02.2007 – 23 U 12/06.

8 Durch das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz – FoSiG) v. 23.10.2008 BGBl. I S. 2022, 2582; Geltung ab 01.01.2009.

9 BGH, Urteil vom 22.01.2004 – II ZR 419/02; Urteil vom 15.04.2004 – VII ZR 129/02.

von der VOB/B dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist, ohne dass es darauf ankommt, welches Gewicht der Eingriff hat. Der BGH hat eingesehen, dass er seine davor versuchte Differenzierung zwischen wesentlichem Eingriff (Kerneingriff) und unwesentlichem Eingriff nicht konsequent durchhalten konnte, weil die Abgrenzungskriterien nicht auszumachen waren, zumal sich am Einzelfall entscheidet, welche Auswirkungen die einzelne, veränderte Regelung wirtschaftlich hat.

Will man die Privilegierung, können nur die Einzelheiten gesondert geregelt werden, die die VOB/B eben offen lässt, wie etwa:

- Art und Umfang der Leistung nach § 1 Abs. 1 S. 1 VOB/B,
- die Vergütungsart nach § 2 Abs. 2 VOB/B und § 15 VOB/B,
- die Ausführungsfristen nach § 5 Abs. 1 VOB/B,
- eine Vertragsstrafe nach § 11 VOB/B,
- einen Zahlungsplan nach § 16 Abs. 1 VOB/B,
- die Sicherheiten nach § 17 Abs. 1 VOB/B.

Denn mit solchen Besonderen oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen, die § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 1 VOB/B voraussetzen, wird nicht in die VOB/B eingegriffen. Vielmehr wird diese ausgefüllt.

Eingreifen werden aber alle Sonderregelungen selbst dann, wenn es hierzu in der VOB/B irgendwelche ausdrücklichen Ermächtigungen gibt. So würde etwa für die Verjährung von Mängelansprüchen für Bauwerke ohne gesonderte Vereinbarung die Vierjahresfrist des § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B gelten, die durch die besondere Regelung von z. B. fünf Jahren nach § 634a BGB verdrängt würde<sup>10</sup>. Entsprechendes gilt für den Rückgabezeitpunkt der Mängelansprüchesicherheit nach § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B, um wenigstens zwei Beispiele zu nennen.

Um diese Eingriffe in die VOB/B künftig zu vermeiden, wurde das VHB (Vergabehandbuch des Bundes) und auch das HVA B-StB (Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau) vor allem in den BVB, ZVB (WBVB) eingekürzt<sup>11</sup>.

---

10 So vertretbar Friedrich-W. Stohlmann; IKZ-HAUSTECHNIK, Ausgabe 20/1999, Seite 105 ff. zu § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B wegen möglicher Fristenregelung zur Wartung.

11 Beide für das öffentliche Auftragswesen entwickelte Handbücher, die man aber auch sonst gut als Arbeitshilfe verwenden kann, sind im Internet kostenlos frei zugänglich. Zu den Hintergründen der Anpassung ausführlicher: Diehr, Dr. Uwe: Das neue Vergabehandbuch des Bundes in der Praxis – Kürzungen und Änderungen der „Besonderen und Zusätzliche Vertragsbedingungen“ (BVB und ZVB) als Weg zur VOB/B-Privilegierung nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB, AnwZert BauR 18/2018 Anm. 1.

### **c) Konsequenz der fehlenden Privilegierung der VOB/B**

Im Ergebnis ist immer von einer nichtprivilegierten VOB/B gegenüber Verbrauchern auszugehen. Nicht privilegiert ist die VOB/B auch gegenüber Unternehmern/juristischen Personen des öffentlichen Rechts/öffentlich-rechtlichen Sondervermögen, wenn von der VOB/B abweichende Regelungen in den Vertrag einbezogen werden.

Die dann notwendige Klauselprüfung kann nur zu Lasten des Verwenders gehen. Für den Nichtverwender günstige Klauseln bleiben für diesen bestehen, selbst wenn dies für den Verwender unangemessen ist. Der Verwender kann sich nicht gegen seine eigenen Bedingungen wehren.

Diese Konsequenz ist oft in der Praxis nicht zu spüren, manchmal aber Streitentscheidend, sodass sie in der Kommentierung der §§ 1 bis 18 VOB/B jeweils an der betroffenen Stelle beachtet wird.

## **III. Wertung und Vorschlag für die Vertragsgestaltung**

Für die Rechtsklarheit sollte man für den Fall der Einbeziehung der VOB/B deren Regelungen nicht modifizieren. Nur die von der VOB/B offen gelassenen Konkretisierungen könnten als weitere Sondervereinbarungen festgehalten werden. Dies sind:

- Art und Umfang der Leistung gemäß § 1 Abs. 1 VOB/B,
- die Vergütung nach Art und Umfang, § 2 Abs. 1 und 2 VOB/B,
- die Ausführungsfristen im Sinne von § 5 Abs. 1 und 2 VOB/B und hieran anknüpfend die Vertragsstrafe – § 11 VOB/B – dem Grunde und der Höhe nach,
- die Sicherheitseinbehalte dem Grunde, der Art und der Höhe nach, wie dies § 17 VOB/B vorgibt,
- mögliche Schiedsgerichtsklauseln, § 18 Abs. 3 VOB/B.

Wegen der Einzelheiten kann man sich im VHB (Vergabehandbuch des Bundes) für den Hochbau und im HVA B-StB (Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau), dort in den vorgeschlagenden Besonderen und Zusätzlichen bzw. Weiteren Zusätzlichen Vertragsbedingungen (BVB, ZVB (WBVB)) orientieren.

## § 1 Art und Umfang der Leistung

- (1) Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrages gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C).
- (2) Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander:
  1. die Leistungsbeschreibung,
  2. die Besonderen Vertragsbedingungen,
  3. etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen,
  4. etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen,
  5. die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen,
  6. die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.
- (3) Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.
- (4) 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. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

### I. Art und Umfang der Leistung, § 1 Abs. 1 VOB/B

§ 1 Abs. 1 S. 1 VOB/B stellt von Anfang an klar, dass die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den Vertrag zu bestimmen ist. Dies kann man nach erfolgter öffentlicher Ausschreibung als Anknüpfung an §§ 7 ff. VOB/A verstehen, wonach dies durch, Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis oder Leistungsprogramm erfolgt.

Durch die Einbeziehung der VOB/B in das Vertragsverhältnis werden gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV), mithin die VOB/C, Bestandteil des Vertrages. Es handelt sich um die allgemeinen Regelungen für Bauarbeiten, und zwar beginnend von der DIN 18299 bis DIN 18459. Diese DIN-Normen sind keine gesetzlichen Vorschriften. Literatur und Rechtsprechung gehen grundsätzlich davon aus, dass

sie die anerkannten Regeln der Technik<sup>12</sup> wiedergeben und damit den Maßstab für die Beschreibung der Soll-Beschaffenheit der auszuführenden Leistungen normieren, woran etwa die Vertragsauslegung zur Abgrenzung der Vertragsleistungen mit Nebenleistungen von den Besonderen, nachtragsfähigen Leistungen<sup>13</sup> oder auch die Auslegung der vereinarten Beschaffenheit für die Mängelansprüche des § 13 Abs. 1 VOB/B anknüpft<sup>14</sup>. Die DIN-Normen sind antizipierte Sachverständigengutachten, die einen Beurteilungsmaßstab für die rechtliche Bewertung des vertraglich geschuldeten Umfangs bieten. Durch die Einbeziehung in den Vertrag werden sie zudem Vertragsklausel und binden die Parteien unmittelbar im Wege des vertraglichen Rechtes.

Dabei kommt es auf den Zeitpunkt des Standes der DIN-Normen bei Vertragsschluss an<sup>15</sup>. Wollen die Vertragsparteien von den DIN-Normen abweichen, müssen sie es ausdrücklich vereinbaren, sodass dies die ATV dann verdrängt, § 1 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 VOB/B. Außerdem treten diese Normen zurück, wenn bei einer objektiv gegebenen Notwendigkeit im Einzelfall von den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen abweichende oder ergänzende Zusätzliche Technische Bestimmungen bzw. Vereinbarungen getroffen werden oder wenn im Einzelfall eine solche Abweichung objektiv geboten ist. Dann sind z. B. vorrangig die **Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen** (ZTV) zu berücksichtigen, wie in § 1 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 5 VOB/B ohnehin klargestellt wird.

Es ist denkbar, dass DIN-Normen schon veraltet sind oder nach Vertragsschluss novelliert werden. Dann kann eine Leistung vom vertraglich Geschuldeten abweichen, selbst wenn solche DIN-Normen eigentlich eingehalten werden, weil die vom Bauunternehmer gemäß § 4 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 und Abs. 7 Nr. 3a) VOB/B zu beachtenden anerkannten Regeln der Technik den DIN-Normen und den Allgemeinen Technischen Vorschriften übergeordnet sind. Genügen die Allgemeinen Technischen Vorschriften infolge einer Entwicklung der Technik nicht mehr den anerkannten Regeln der Bautechnik – sind also veraltet –, so genügt der Unternehmer seiner Verpflichtung zur Errichtung eines mangelfreien Werkes nicht durch Einhaltung dieser veralteten Vorschriften<sup>16</sup>. Er muss seine Bedenken schriftlich möglichst vor Beginn der Arbeiten mitteilen, § 4 Abs. 3 VOB/B.

12 Hierzu ausführlich unten § 13 II. 1. a) aa) (2) Anerkannte Regeln der Technik.

13 BGH, Urteil vom 21.03.2013 – VII ZR 122/11 als Beispiel zur DIN 18300.

14 Rechtsprechung seit BGH, Urteil vom 10.11.1960 – VII ZR 2003/59; BGH, Urteil vom 21.03.1966 – VII ZR 153/65 und als anerkannte Regeln der Technik BGH, Urteil vom 09.02.1978 – VII ZR 122/77; BGH, Urteil vom 04.07.1996 – VII ZR 24/95; BGH, Urteil vom 16.07.1998 – VII ZR 350/96 und auch BGH, Urteil vom 14.01.1999 – VII ZR 19/98.

15 OLG Celle, Urteil vom 30.03.1984 – 15 U 145/83, BauR 1984, 522.

16 OLG Köln, 23.09.1980 – 15 U 262/79, BauR 1981, 475.

In der Konsequenz wird man in § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B keine dynamische Verweisung auf die jeweils aktuelle ATV, also die VOB/C, mithin auf die dort hinterlegten DIN-Normen, zu sehen haben. Es wird nur der Stand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Art und Umfang der geschuldeten Leistung. Jedoch muss der Auftragnehmer etwaige Änderungen der anerkannten Regelung der Technik während der Baudurchführung – egal, ob diese sich in einer Novellierung der DIN spiegeln oder nicht – beachten, weil er gemäß § 13 Abs. 1 VOB/B zum Zeitpunkt der Abnahme die anerkannten Regeln der Technik erreichen muss. Er muss die Differenz nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich mitteilen, um aus der Gewährleistung nach § 13 Abs. 3 VOB/B und aus der Haftung nach § 10 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B zu geraten. Will der Auftraggeber etwa an der veralteten vertragsgegenständlichen Leistungsbeschreibung, den ATV des § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B, festhalten, muss dies also vorher schriftlich aktenkundig werden. Verlangt der Auftraggeber – wie regelmäßig vernünftigerweise mit oder ohne Bedenkenanzeige – die sich aus den Änderungen ergebenden zusätzlichen Leistungen, handelt es sich um den klassischen Fall der Anordnung einer zusätzlichen Leistung gemäß § 1 Abs. 3 oder 4 S. 1 VOB/B, die erforderlich wird, um die vertraglichen Leistungen ordnungsgemäß zu erfüllen, sodass dem Auftragnehmer im Gegenzug eine Vergütungsanpassung (Nachtrag) gemäß § 2 Abs. 5 bis 9 VOB/B zustehen kann.

Selbst wenn schon ohne Beachtung der Änderung geleistet wurde, kann die Anpassung nach § 4 Abs. 7 VOB/B vor der Abnahme und nach § 13 Abs. 5 VOB/B bei bzw. nach der Abnahme verlangt werden. Kam der Auftragnehmer dabei seiner Pflicht aus § 4 Abs. 3 VOB/B nicht nach, trägt er die hieraus folgenden Mehrkosten selbst, wie auch § 10 Abs. 2 Nr. 1 letzter Satz VOB/B und § 13 Abs. 3 VOB/B klarstellt. Die verbleibenden geänderten oder zusätzlichen Leistungen führen – als „Ohnehin-Kosten“ oder „Sowieso-Kosten“ – jedoch immer zur Vergütungsanpassung, vgl. unter § 2 Abs. 5–9 VOB/B.

## **II. Auslegung bei Lücken und Widersprüchen, § 1 Abs. 2 VOB/B**

### **1. Rangfolge bei Widersprüchen**

§ 1 Abs. 2 VOB/B regelt, in welcher Reihenfolge die Vertragsinhalte gelten. Grundsätzlich sollen die jeweils spezielleren Bestimmungen demnach den allgemeineren vorgehen.

## 2. Auslegung bei Vertragslücken als sinnvolles Ganzes

Geregelt wird aber nicht das Problem von Vertragslücken und auch nicht das Problem von Widersprüchen innerhalb einer Regelungsebene, etwa innerhalb der Leistungsbeschreibung gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B. Es bleibt bei der allgemeinen Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB.

Für diese Auslegung ist von Bedeutung, dass der VOB-Vertrag auf eine Widerspruchsfreiheit und Lückenlosigkeit angelegt ist. Dies ist auch Anliegen der **vorvertraglichen Kooperationspflicht der Parteien**. Diese Kooperation im Ausschreibungsverfahren wird mit der Leistungsbeschreibungspflicht des potentiellen Auftraggebers und der hieran anknüpfenden Erkundigungspflicht des potentiellen Auftragnehmers (Bieters/Bewerbers) beschrieben. Jedenfalls hat ein Bieter bei lückenhaften, unvollständigen, fehlerhaften, unklaren, mehrdeutigen, widersprüchlichen und damit nicht eindeutig und erschöpfend ausgeschrieben, mithin nicht kalkulierbaren Leistungen eine Erkundigungspflicht<sup>17</sup>. Auf die Erkundigung des Bewerbers hat dann der Auftraggeber neutralisiert gegenüber allen Bewerbern diskriminierungsfrei die Bieterfrage nach § 12a Abs. 4 VOB/A und § 12a EU Abs. 3 VOB/A (über Schwellenwert) zu beantworten und – soweit erforderlich – die Angebotsbearbeitungsfrist angemessen zu verlängern<sup>18</sup>. Schon deswegen ist einer Auslegung der Vorzug zu geben, wonach die vertraglichen Bestimmungen lückenlos und widerspruchsfrei gemeint sind und sich sinnvoll ergänzen sollen<sup>19</sup>. Ein Gericht muss also beurteilen, wie ein durchschnittlicher Erklärungsempfänger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und unter Beachtung der Verkehrssitte sowie des wirtschaftlichen Zwecks den Vertrag als „sinnvolles Ganzes“ verstehen musste.

---

17 St. Rspr. beginnend seit BGH, Urteil vom 26.03.1981 – VII ZR 185/80, NJW 1981, 1673; MDR 1981, 836; BauR 1981, 368, BGH, Urteil vom 25.02.1988 – VII ZR 310/86, NJW-RR 1988, 785; MDR 1988, 666; DB 1988, 1796; BGH, BauR 1988, 338 und BGH, Urteil vom 09.04.1992 – VII ZR 129/91, BGH, BauR 1992, 759 – Wasserhaltung und dann BGH, Urteil vom 11.03.1999 – VII ZR 179/98, MDR 1999, 862; WM 1999, 1512; DB 1999, 1160; BauR 1999, 897, NJW 1999, 2432 ff.; auch die Zusammenfassung in OLG Köln, Urteil vom 03.03.2000 – 11 U 46/98.

18 Auch nach Submission durch ZURÜCKVERSETZUNG statt Aufhebung korrigierbar, vgl. z. B. OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 12.01.2015 – Verg 29/14. Verboten ist hingegen die Änderung der Ausschreibungsunterlagen § 13 Abs. 1 Nr. 5 (EU) VOB/A oder die Nachverhandlung § 15 Abs. 3 (EU) VOB/A.

19 Instruktiv OLG Köln, Urteil vom 03.03.2000 – 11 U 46/98 mit weiteren Nachweis der BGH-Rechtsprechung.

Es bleibt unwesentlich, wie der betroffene Erklärungsempfänger die Regelung im Einzelfall tatsächlich verstanden haben will<sup>20</sup>.

So wären etwaige Lücken im Leistungsverzeichnis durch die gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B einbezogenen DIN-Normen (VOB/C) zu schließen, ansonsten unter Rückgriff auf die gewerbliche Verkehrssitte, nach § 2 Abs. 1 VOB/B, weil diese mit den Preisen mitvergütet wird und schließlich unter Beachtung der anerkannten Regelungen der Technik, die Maßstab für die Mangelfreiheit bei der Abnahme gemäß § 13 Abs. 1 VOB/B sind.

Bei Widersprüchen zwischen der wörtlichen Beschreibung des Leistungsverzeichnisses und der dazu gehörenden zeichnerischen Darstellung wird man weder der allgemeinen Vorbemerkung noch dem konkreten Leistungsverzeichnis einen Vorrang einräumen können. Vorbemerkung, Leistungsverzeichnis und Pläne/Zeichnung bilden in der Summe die Leistungsbeschreibung und besitzen grundsätzlich die gleiche Bedeutung. Im Einzelfall könnte die Zeichnung sogar als geeigneter gelten, um den gewollten Inhalt am besten auszudrücken<sup>21</sup>. Immer geht es um die Auslegung als sinnvolles Ganzes. Würde etwa im Rahmen eines Einheitspreisvertrages eine Leistungsbeschreibung die Herstellung der überschnittenen Bohrpfahlwand mit einem Durchmesser von 75 cm bis 100 cm nach den statischen konstruktiven Erfordernissen, die sich erst aus der vom Auftragnehmer zu fertigenden Ausführungsplanung ergeben, beschrieben und wird zur Ausschreibung eine Entwurfszeichnung gereicht, die den Durchmesser der überschnittenen Bohrpfahlwand mit z. B. 80 cm darstellt, wäre vom Vertrag auch die Herstellung der Bohrpfähle mit einem Durchmesser von z. B. 88 cm abgedeckt. Die tatsächlichen Mengen und Massen wären nach den Einheitspreisen des Leistungsverzeichnisses zu vergüten, wobei eine Preisanpassung wegen mehr als 10 % Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B in Betracht käme.

Lässt sich aufzeigen, dass die Zeichnungen eher geeignet sind, Art und Umfang der gewollten Leistung zu verdeutlichen als die wörtliche Beschreibung, ist in solchen Fällen die zeichnerische Darstellung entscheidend. Zum Beispiel könnte in der soeben angeführten Leistungsbeschreibung jede Durchmesser-

---

20 BBGH, Urteil vom 11.03.1999 – VII ZR 179/98, NJW 1999, 2432, MDR 1999, 862; BauR 1999, 897 auch zur Auslegung als „sinnvolles Ganzes“ und BGH, Urteil vom 27.06.1996 – VII ZR 59/95, WM 1996, 2208; DB 1996, 2539; BauR 1997, 126; BGH, Urteil vom 09.04.1992 – VII ZR 129/91, MDR 1992, 1153, DB 1992, 1773, BauR 1992, 759, NJW-RR 1992, 1046; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 406, Ziff. 3 der Gründe)

21 OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2014 – 22 U 37/14.

angabe fehlen. Dann müssten die 80 cm aus der Zeichnung als Vertrags-Soll gelten, sodass bei 88 cm Ist-Ausführung womöglich ein geänderter Bauentwurf nach § 2 Abs. 5 VOB/B angenommen werden könnte.

Liegen Proben und Muster vor, werden diese als die speziellste Definition des vertraglich Geschuldeten den Vorrang vor sonstigen wörtlichen Beschreibungen oder zeichnerischen Darstellungen haben.

Im Übrigen gibt es keinen grundsätzlichen Vorrang einer Beschreibungsmöglichkeit vor einer anderen, also auch nicht z. B. des Leistungsverzeichnisses vor den Vorbemerkungen. Alle Vertragsbestandteile sind eben als sinnvolles Ganzes zu verstehen, wobei gerade in den Vorbemerkungen auch spezielle Beschreibungen, die für alle Positionen gelten, gleichsam vor die Klammer gezogen, zu finden sein können, die zum Verständnis der gesamten Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind<sup>22</sup>.

Mit Blick auf dann doch noch verbleibende Zweifel einer Leistungsbeschreibung wird man eine Transparenzprüfung nach § 305c Abs. 2 BGB zu bedenken haben, die nicht nur für Allgemeine Geschäftsbedingungen möglich ist<sup>23</sup>. Sind dann also mehrere Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung<sup>24</sup>. Bei dieser Prüfung ist auch im Individualprozess die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und dadurch den Kunden begünstigt, § 305c Abs. 2 BGB<sup>25</sup>. Es kann dann möglich sein, dass etwa ein öffentlicher Auftraggeber als Verwender seiner Leistungsbeschreibung infolge der Ausschreibung damit leben muss, dass solche Zweifel zu seinen Lasten gehen und dann doch wegen einer unklaren Ausschreibung die Auslegung zugunsten des Auftragnehmers, der sonst benachteiligt würde, gelingt.

---

22 BGH, Urteil vom 11.03.1999 – VII ZR 179/98, BauR 1999, 897; OLG Köln, Urteil vom 03.03.2000 – 11 U 46/98.

23 BGH, Urteil vom 17.06.2004 – VII ZR 75/03, IBR 2004, 487; OLG Stuttgart, Urteil vom 21.02.2008, IBR 2008, 635; BGH, Urteil vom 12.05.2016 – VII ZR 171/15, BGHZ 210, 206 Rn. 42 m.w.N.; BGH, Urteil vom 20.07.2017 – VII ZR 259/16.

24 BGH, Urteil vom 20.07.2017 – VII ZR 259/16 Rn. 19.

25 BGH, Urteil vom 20.07.2017 – VII ZR 259/16 Rn. 23.

### III. Anspruch des Auftraggebers auf Leistungsänderungen, § 1 Abs. 3 VOB/B

§ 1 Abs. 3 VOB/B enthält die Anspruchsgrundlage des Auftraggebers, durch Anordnung den ursprünglich vertraglich vereinbarten Bauentwurf zu ändern. Dabei handelt es sich nicht um einen Kontrahierungszwang, sondern vielmehr um eine vorweggenommene vertragliche Absprache. Dies belässt dem Auftraggeber nach dem Vertragsschluss durchaus die Wahl, eine andere Alternative zur Ausführung anzuordnen, weswegen es nicht notwendig ist, irgendwelche Varianten oder Alternativen im Sinne von Bedarfspositionen auszuschreiben. Dies soll gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A ohnehin unterbleiben, weil auf dieser Basis ein fairer Wettbewerb nach dem Transparenzgebot nicht durchgeführt und ausgewertet werden kann.

#### 1. Änderungsanordnung

##### a) Rechtsgestaltende Willenserklärung

Eine Anordnung im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B ist eine einseitige empfangsbedürftige und rechtsgestaltende Willenserklärung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer. Sie kann in jeder Form, also schriftlich, mündlich, aber auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent), erteilt werden.

##### b) Abgabe-/Empfangsbefugnis – Vollmacht und Vertretung

Weil es sich bei der Anordnung um eine rechtsgestaltende Willenserklärung handelt, muss sie seitens des Auftraggebers selbst oder aber von einer vertretungsberechtigten Person, also mit **Vollmacht**, und gegenüber dem Auftragnehmer oder einer ebenso vertretungsberechtigten Person erfolgen. Die Vollmacht ist dabei als ausdrückliche, konkludente Vollmacht oder als sog. Anscheins- und Duldungsvollmacht möglich. Eine von der Kompetenz des § 1 Abs. 3 VOB/B nicht gedeckte oder eine ohne Vollmacht ausgesprochene Anordnung entfaltet keine Wirkung und muss vom Auftragnehmer nicht beachtet werden. Eine gegenüber der falschen Person abgegebene Anordnung ist ebenso unbeachtlich. Für den Empfänger gelten mithin diese Grundsätze zur Vollmacht spiegelbildlich genauso.

Es kommt grundsätzlich nicht ohne weiteres eine Zuordnung von Willenserklärungen Dritter in Betracht, etwa wenn eine untere Bauaufsichtsbehörde aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen z. B. zur Gefahrenabwehr zusätzliche Sicherungsmaßnahmen oder auch z. B. nur einen Baustopp verfügt<sup>26</sup>. Es fehlt

---

<sup>26</sup> Diehr, BauR 2001, 1507/1508 m. w. N.

hier an einer Vollmacht zur Anordnung, vielmehr handelt die Behörde in eigener Verantwortung und rechtlicher Befugnis bei der Durchführung der ihr zugewiesenen staatlichen Aufgaben.

Auch ein Architekt – etwa als Bauüberwacher des Auftraggebers – hat grundsätzlich keine Vollmacht, im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen anzuordnen. Dieser Grundsatz kehrt sich nur um, wird der Architekt gemäß § 167 BGB ausdrücklich rechtsgeschäftlich bevollmächtigt, solche Willenserklärungen abzugeben. Nur für Nachträge, die zu keiner fühlbaren Preiserhöhung führen, ist er befugt<sup>27</sup>.

Weil das Verlangen der Änderung ein Verpflichtungsgeschäft sein kann, müssen öffentliche Auftraggeber darauf achten, dass die für Verpflichtungsgeschäfte geregelten Voraussetzungen – etwa in den einzelnen Landeskommunalordnungen – für eine wirksame Vertretung beachtet werden<sup>28</sup>.

## 2. Definition des Bauentwurfs und dessen Änderung

Die Anordnung muss sich auf die Änderung des Bauentwurfs beziehen. Zur Definition des Umfanges der Anordnungskompetenz, anders ausgedrückt: der Änderungsbefugnis des Auftraggebers, kommt es auf die Definition des Begriffs des Bauentwurfs an.

Dem Wortsinn nach ist der Begriff des Bauentwurfs dahin zu verstehen, dass es sich um die endgültige Lösung der Bauaufgabe in einer solchen Durcharbeitung handelt, dass danach tatsächlich gebaut werden kann. Im Kontext des § 1 Abs. 1 VOB/B zur Regelung der vertraglichen Leistung nach Art (Qualität) und Umfang (Quantität), muss es um die bisher feststehenden Leistungen gehen, die zur Vertragserfüllung führen sollen. Dies muss – weil es sich bei § 1 Abs. 3 VOB/B um eine vertragliche Regelung handelt – nach §§ 133, 157 BGB definiert werden. Nach dieser normativen Auslegung des zu ermittelnden objektiven Erklärungswertes des Begriffs „Bauentwurf“ enthält dieser alles, was zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung nach Art und Umfang erforderlich ist und wie es im Vertrag bestimmt wird. Praktisch kann der Rahmen weit gesteckt werden, z.B. wenn auf der Grundlage einer Entwurfsplanung ausgeschrieben wird. Würde also eine Leistungsbeschreibung die Herstellung der überschnittenen Bohrpfahlwand mit einem Durchmesser von 75 cm bis 100 cm nach den statischen konstruktiven Erfordernissen definieren und gäbe es zur Ausschreibung nur eine Entwurfszeichnung, wäre dies zulässig, womit eben der Bau-

---

27 OLG Celle, Urteil vom 06.12.1995, Az. 6 U 250/94; OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.01.1997, Az. 5 U 104/96; BGH, Urteil vom 14.07.1994, VII ZR 1986/93.

28 BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01, BauR 2004, 495–500 = ZfBR 2004, 254–258.

entwurf im „von-bis-Rahmen“ weit gesteckt wäre. Für den Auftragnehmer war dann das Leistungsrisiko schon in der Ausschreibung erkennbar, wenn er sich zudem verpflichtete, erst in der Vertragsdurchführung die Ausführungsplanung selbst zu erbringen, weil sich erst durch diese der konkrete Durchmesser mit der konkret nötigen Bewehrung ergibt, ohne dass die auftraggeberseitige Freigabe der Ausführungsplanung als Bauentwurfsänderung verstanden werden könnte, solange der Vertragsrahmen z. B. mit 88 cm eingehalten werden kann.

Der Bauentwurf wird also durch den Vertrag bestimmt und ist vor allem in der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, etwaigen Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen zur Bauleistung und Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen zu finden. Selbstverständlich gehören auch alle anderen vertraglichen Vereinbarungen, wie sie etwa im Verhandlungsprotokoll aufgenommen sein können, und die gewerbliche Verkehrssitte wegen § 2 Abs. 1 VOB/B dazu.

Der Bauentwurf im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B kann demnach – verallgemeinernd ausgedrückt – dasjenige sein,

- **was** gebaut werden soll,
- **wie** es gebaut werden soll,
- **wo** es gebaut werden soll und
- **wann** es gebaut werden soll,
- **wer** (etwa im eigenen Betrieb oder durch Nachunternehmer) baut,

vorausgesetzt, diese Eckpunkte wurden auch vereinbart, wobei der dadurch vorgegebene vertragliche Rahmen zumindest hinreichend bestimmbar sein muss.

Selbst wenn nach dem gesetzlichen Werkvertragsrecht die Parteien sich lediglich über das Werk funktional vereinbaren müssten, sieht doch die VOB eine funktionale Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ausweislich § 7 c (EU) VOB/A\*) nur als Ausnahme vor.

Um schon im Rahmen der Ausschreibung den gewünschten Wettbewerb zur Ermittlung einer technisch, wirtschaftlich und gestalterisch besten sowie funktionsgerechten Lösung der Bauaufgabe möglich zu machen, sieht die VOB eine weitgehend detaillierte Beschreibung der auszuführenden Leistung als Regelfall vor; vgl. §§ 7 bis 7c (EU) VOB/A. Neben der Definition, **was**, also welcher Erfolg, geschuldet ist, soll die Art der Erbringung des Werkes hinsichtlich der

---

\*) HINWEIS: (EU) VOB/A wird benutzt, um klarzustellen, dass in beiden Abschnitten dasselbe gilt, also sowohl unterhalb als auch oberhalb der Schwellenwerte.

Technologie, also **wie** das Ziel erreicht werden soll, ausgeschrieben und in der Folge vereinbart werden. Hierzu gehört auch die Vereinbarung der vertraglich vorausgesetzten Baumstände, wie der Baugrund mittels Bodengutachten<sup>29</sup>. Bei Bauwerken ist es zudem regelmäßig sinnvoll zu vereinbaren, **wo** die Leistung erbracht werden soll. Im engen Zusammenhang mit der technologischen Bauarbeit steht dann auch die Vereinbarung, **wann** geleistet werden soll. Dies kann durch verbindliche Ausführungsfristen, wie dies durch § 9 (EU) VOB/A, 5 Abs. 1 VOB/B durch einen Bauzeitenplan vorausgesetzt wird, erfolgen. Weiter kann mit Blick auf § 4 Abs. 8 VOB/B von Anfang an vorgegeben werden, **wer** zu leisten hat. So kann vertraglich bestimmt werden, ob im eigenen Betrieb oder mit Nachunternehmern und mit welchen zu leisten ist. So könnte ein Nachunternehmer bestimmte Nebenleistungen zum Tarif des Baunebengewerbes kostengünstiger erbringen als der Auftragnehmer, der seinen Leuten den Mindestlohn am Bau zahlen muss.

Nur in der Gesamtschau einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung lässt sich wirklich der Preis kalkulieren und ein fairer Wettbewerb durchzuführen. Der Auftraggeber erreicht eine klare Kompetenz im Rahmen der Baudurchführung, Änderungen anzuordnen. Auch wenn es etwa in der Ausschreibungsphase noch nicht möglich war, bestimmte Produkte im Sinne von § 7a (EU) VOB/A vorzugehen und sich im Rahmen des Wettbewerbes auf Mindestanforderungen und insofern auf gleichwertige Produkte einlassen musste, wäre es dem Auftraggeber dann doch nach dem Vertragsschluss möglich, den Bauentwurf auf das eigentlich Gewollte zu ändern. Außerdem wird ermöglicht, dass der Auftraggeber etwa sein Interesse an eine bestimmte Bautechnologie oder Bauzeit im weiteren Verlauf ändernd disponiert. So mag es für den Auftraggeber von Bedeutung sein, dass etwa mit Blick auf benachbarte Gebäude vibrationsfrei geleistet wird, um Spundwände einzubringen, dass kostengünstig in den Sommermonaten geleistet werden kann, statt in den Wintermonaten, um hieraus Preisvorteile durch Vermeiden von Winterbaumaßnahmen zu erzielen und um auch von Anfang an Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B die Spitze zu nehmen, die wiederum auf die Gewährleistung und Haftung durchgreifen können, § 10 Abs. 2 Nr. 1 letzter Satz sowie § 13 Abs. 3 VOB/B.

Haben sich die Parteien über Art und Umfang der auszuführenden Leistungen weitgehend neben dem zu erreichenden Ziel auch über die technologischen Einzelheiten, die Örtlichkeiten und die Ausführungszeit mit den hieraus folgenden Weichenstellungen für die Leistungserbringung geeinigt, knüpft hieran ein entsprechend weitgehendes Änderungsrecht des Auftraggebers und

---

<sup>29</sup> BGH, Urteil vom 20.08.2009, Az. VII ZR 205/07.

bei dessen Ausübung ein entsprechend weitgehender Vergütungsanpassungsanspruch. Vereinbaren die Parteien etwa die Ausführungsfristen, z. B. in Form eines vernetzten Bauzeitenplans, werden diese zum „Bauentwurf“ gemäß § 1 Abs. 3 i. V. m. § 2 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 oder 2 VOB/B, über den der Auftraggeber nach § 1 Abs. 3 VOB/B rechtmäßig disponieren kann. Diese auf die Bauzeit gerichtete Anordnung begründet in der Folge den Vergütungsanpassungsanspruch wegen etwaiger Mehr- oder Minderaufwendungen begründen<sup>30</sup>.

Es bleibt also dringend zu empfehlen, die „fünf W“ (was, wie, wo, wann, wer) eindeutig und erschöpfend auszuschreiben und zu vereinbaren. Dies ändert aber nichts daran, dass sich der vertragliche Bauentwurf auf eine funktionale Ausschreibung beschränken könnte, mithin auf dasjenige, was erreicht werden soll, ohne dass dem Auftragnehmer z. B. vertraglich vorgegeben wird, wie, wo, wann und durch wen er dieses Ziel zu erreichen hat. In solchen Fällen bleibt z. B. das „Wie“ der Leistungsausführung dem Auftragnehmer überlassen. Das „Wo“ der Leistungserbringung dürfte sich regelmäßig aus der Natur der Sache, insbesondere bei der Erbringungen von Bauwerken, ergeben. Auch bezüglich des „Wann“ und des „Wer“ wäre der Auftragnehmer grundsätzlich in der Disposition frei, wobei er regelmäßig die für ihn effektivste Ausführung wählen dürfte. Nur ganz ausnahmsweise würde man die Vereinbarung einer Ausführungszeit als notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Vertrages ansehen müssen, wie etwa beim Fixgeschäft<sup>31</sup>. Wegen der besonderen Bedeutung der Ausführungszeit ist dem Auftraggeber daher selbst beim Fehlen vereinbarter Ausführungsfristen eine gesonderte Anordnungskompetenz mit § 5 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B eingeräumt. Damit ist zugleich klargestellt, dass sich § 1 Abs. 3 VOB/B jedenfalls dann nicht auf die Bauzeit beziehen kann, wenn diese nicht von Anfang an gemäß § 5 Abs. 1 VOB/B vereinbart war.

### 3. Schranken der Anordnungskompetenz

Von Anfang an soll hier auf die zum Gliederungspunkt **„Abgrenzung zwischen Nachtrag und Neuvergabe gemäß § 132 GWB“** folgenden Ausführungen verwiesen werden. Das Anordnungsrecht muss sich kurz gesagt entsprechend § 7a (EU) Abs. 2 Nr. 1 S. 2 VOB/A auf „gleichwertige“ Alternativen bzw. Varianten zur Vertragserfüllung beziehen und darf jedenfalls nicht dazu führen, dass

---

30 Zusammenfassung des Diskussionsstandes in Diehr, ZfBR 2006, 312–319 mit neuen Aspekten in KG Berlin, Urteil vom 29.01.2019 – 21 U 122/18.

31 Zur Problematik der Bauzeit und Störung des vorgesehenen Bauablaufes: Kommentierung bei § 2 III. Exkurs: Zahlungsansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen, m.w.N. (auch zu finden über Stichwortverzeichnis/Index: Bauablaufstörungen: Zahlungsansprüche – eine ausführliche Darstellung –).

am Wettbewerb vorbei die alte Leistung gekündigt und eine neue Leistung faktisch neu vergeben wird. Das ist der wesentliche Unterschied zu § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB, der die einseitige Anordnung der „Änderung des vereinbarten Werkfolgs“ zulässt. Nur in diesem engen Rahmen ist es gerechtfertigt, einem Auftragnehmer an sein Vertragspreisniveau gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B festzuhalten.

### a) Durch Bauentwurf festgelegt

Zur gesetzlichen Spezialvorschrift des § 132 GWB bleibt die Reichweite der Anordnungskompetenz bzw. der Änderungsbefugnis des Auftraggebers nach dem vertraglich vereinbarten Umfang des Bauentwurfs definiert. Wie umfangreich der Bauentwurf vereinbart werden kann, wurde soeben mit den „fünf W“ beschrieben. Sind demgemäß z. B. Ausführungsfristen verbindlich vertraglich vereinbart, ist der sich hieraus ergebende Bauablaufplan also der Bauentwurf in zeitlicher Hinsicht, sodass sich auf diesen die Anordnungskompetenz beziehen kann.

Aus der Begrenzung der Anordnungsbefugnis auf die Änderung des Bauentwurfes folgt, dass Anordnungen nicht von § 1 Abs. 3 VOB/B erfasst sind, welche sich nicht auf den Bauentwurf beziehen oder mit denen der Auftraggeber eine neue Leistung, einen anderen Bauentwurf fordert als ursprünglich vereinbart. Verlangt der Auftraggeber nach Vertragsschluss eine neuartige, umgestaltete und die bisherige Vertragsgrundlage im Leistungsinhalt entscheidend veränderte Arbeit, so hat dies nach Treu und Glauben nicht mehr als zulässig einseitige Vertragsänderung durch den Auftraggeber zu gelten und fällt nicht mehr unter § 1 Abs. 3 VOB/B<sup>32</sup>. Im Einzelfall ist zu hinterfragen, ob der Auftraggeber den Bauentwurf ändert, also das, was ursprünglich bereits vereinbart war, oder eine darüber hinausgehende, gegebenenfalls neuartige Leistung fordert. In letzterem Falle kommt dann keine Anordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B in Betracht, sondern allenfalls nach § 1 Abs. 4 VOB/B, und dies für den Fall, dass diese neu angeordnete Leistung zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich wurde.

### b) Erhebliche und nicht zumutbare Änderung

Mit § 132 GWB hat der Gesetzgeber die Wesentlichkeit gemäß der EuGH-Rechtsprechung zur Abgrenzung der Neuvergabe<sup>33</sup> umgesetzt. Hierzu wird auf die zum Gliederungspunkt **„Abgrenzung zwischen Nachtrag und Neuvergabe**

---

32 OLG Köln, SFH, § 8 VOB/B, Nr. 4.

33 EuGH, NJW 2008, 3341 = EuGH Urteil vom 19.06.2008 – C-454/06, aber auch EuGH NJW 2001, 1481 L-Kommission/Frankreich und hierzu auch Niestedt/Hözl, NJW 2008, 3321 ff.

gemäß § 132 GWB“ folgenden Ausführungen verwiesen werden. Insofern wird jetzt speziell definiert, wann eine Änderung als derart wesentlich angesehen wird, dass es sich nicht bloß um die Änderung eines Bauentwurfes, sondern faktisch um ein neues Vergabeverfahren handelt. Dann nämlich kann eine solche Änderung nicht mit der Anordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B betrieben werden. Vielmehr muss gemäß § 133 GWB gekündigt werden, um den Weg für eine neue Ausschreibung frei zu machen. Auf diesen Kündigungsgrund verweist letztendlich auch die neue Regelung in § 8 Abs. 4 Nr. 2b) 1. Alt. VOB/B. Diese spezielle Ausgestaltung der Wesentlichkeitstheorie soll aber nur oberhalb des Schwellenwertes, also im Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB gelten. Gleichwohl kann man sich an diesen Maßstab insgesamt für die Auslegung der hier gemeinten Wesentlichkeit orientieren.

Sonst bleibt bei der Abwägung der Interessen des Auftraggebers und des Auftragnehmers zu berücksichtigen, dass sich der Auftragnehmer von Anfang an durch die Einbeziehung der VOB/B auf die Kompetenz des Auftraggebers zur Änderung des vertraglichen Bauentwurfs einließ und der Auftragnehmer zum Ausgleich der angeordneten Änderung die Vertragspreisanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B verlangen kann.

So wird die faire Eingrenzung des mit dem Vertrag eingegangenen wechselseitigen Leistungs- und Preisrisikos bedacht, weil die Unterscheidung zwischen Nachtrag und Neuauftrag die Vergütungshöhe bestimmt. Die Grundlagen der Preisermittlung der vertraglichen Leistung (oft niedergelegt in der Urkalkulation) gelten nämlich nur für die klassischen Nachträge<sup>34</sup>. Bei der faktischen Neuvergabe ist gemäß § 632 Abs. 2 BGB der Maßstab der Ortsüblichkeit und Angemessenheit einschlägig<sup>35</sup>. Schließlich ist der Schutz des Wettbewerbs zur Vermeidung der Umgehung des Vergaberechtes mit den Mitteln des Nachtragsmanagements beachtlich. Genau dem dient eben das neu eingeführte Kündigungsrecht nach § 133 GWB und § 8 Abs. 4 Nr. 2b) 1. Alt. VOB/B, um auf diese Weise nach einer Kündigung den Weg für eine Neuausschreibung und somit für den neuen Wettbewerb freizumachen.

---

34 BGH, Urteil vom 14.03.2013 VII ZR 142/12, OLG Düsseldorf Urteil vom am 21.11.2014, Az. 22 U 37/14. Zur Preisanpassung nach VOB/B gemäß der Korbion'schen Faustformel: „Ein guter Preis bleibt ein guter Preis, ein schlechter Preis bleibt ein schlechter Preis.“ vgl. Jäger-Helleport, Matthias, Juris AnwaltZertifikat Baurecht 6/2009, Aufsatz 3.

35 BGH, Urteil vom 14.03.2013 VII ZR 142/12, OLG Düsseldorf Urteil vom am 21.11.2014, Az. 22 U 37/14. Europarechtliche Vorgaben für die materielle Abgrenzung zwischen Nachtrag und Neuauftrag im VOB/B-Vertrag, AnwaltZertifikatOnline Bau- und Architektenrecht Ausgabe 8/2009, Anm. 1, S. 2–5.

### c) Leistungsverweigerungsrecht

Immer bleibt daneben das Leistungsverweigerungsrecht zu erwähnen, das einem Auftragnehmer schon wegen § 320 BGB und § 242 BGB zur Seite steht, wenn sich der Auftraggeber sonst nicht rechtmäßig verhält. So ist es einem Auftragnehmer z.B. nicht zuzumuten, die Werkleistung in der sicheren Kenntnis erbringen zu müssen, dass er den Vergütungsanpassungsanspruch nur mit gerichtlicher Hilfe wird durchsetzen können. Verweigert also ein Auftraggeber von Anfang an die Nachtragsverhandlung, muss ein Auftragnehmer der Anordnung zur Änderung des Bauentwurfes nicht nachkommen und kann sich zur Einstellung der Arbeiten auf die Verletzung der vertraglichen Kooperationspflicht berufen<sup>36</sup>. Sonst berechtigten Änderungsanordnungen und auch Forderungen nach zusätzlichen Leistungen gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B nicht zur Kündigung des Bauvertrages<sup>37</sup>.

### 4. Wirksamkeit von § 1 Abs. 3 VOB/B bei isolierter Inhaltskontrolle

Das also enge einseitige Recht des Auftraggebers zur Änderung des Bauentwurfes ist auch bei einer gemäß § 310 Abs. 1 S. 3 BGB notwendigen isolierten Inhaltskontrolle wirksam und verstößt nicht gegen §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Änderungskompetenz nach § 1 Abs. 3 VOB/B steht – angemessen – der Vergütungsanpassungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B gegenüber.

## IV. Anspruch des Auftraggebers auf zusätzliche Leistungen, § 1 Abs. 4 VOB/B

Der Auftraggeber ist berechtigt, vom Auftragnehmer die Ausführung nicht vereinbarter Leistungen zu verlangen, wenn diese erforderlich werden, um die vertraglichen Leistungen ordnungsgemäß zu erbringen. Dabei handelt es sich um eine antizipierte – also vorweggenommene – vertragliche Absprache, dass der Auftragnehmer damit einverstanden ist, auf Verlangen des Auftraggebers die für die Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlichen zusätzlichen Leistungen ebenso zu erbringen<sup>38</sup>. Sachlich betrachtet ist es also dem Auftrag-

36 OLG; Düsseldorf, Urteil vom 14.09.2001 – 22 U 37/01, BauR 2002, 484 f. Zur Kooperationsverpflichtung vor allem BGHZ 143, 89 bis 95 und in NZBau 2000, 130 f. und Diehr, ZfBR 2002, 316/321.

37 BGH, Urteil vom 21.11.1996 – VII ZR 101/95, NJW-RR 1997, 403 f.

38 BGH, Urteil vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378–381 = BGHZ 131, 392–402.

geber nach dem Vertragsschluss möglich, einen notwendigen Bedarf als Leistung anzuordnen, sodass es verständlich ist, dass solche Bedarfspositionen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A nicht ausgeschrieben werden sollen, zumal dann ein transparenter Wettbewerb und dessen Ausfertigung nicht möglich wäre.

## 1. Anordnungskompetenz – Vollmacht/Vertretung

In § 1 Abs. 4 VOB/B wird der Begriff „auf Verlangen des Auftraggebers“ verwendet. Nach der gebotenen rechtsnormativen Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ist mit diesem Verlangen eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung mit rechtsgestaltender Wirkung gemeint<sup>39</sup>. Das Verlangen hat also die gleiche rechtliche Bedeutung wie die Anordnung im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B. Die gesonderte Herausstellung dieser Anordnungskompetenz, also der Befugnis des Auftraggebers, zusätzliche Leistungen verlangen zu können, folgt den praktisch häufigen Notwendigkeiten bei Bauprojekten, dass sich erst in der Ausführungsphase Umstände zeigen, die bei Vertragsschluss mit zumutbaren Aufwendungen nicht feststellbar waren und daher ursprünglich nicht mitvereinbarte Leistungen voraussetzen, die zur Erreichung des vertraglichen Zieles notwendig sind.

Das Verlangen, mithin die Anordnung einer zusätzlichen Leistung, kann dabei in jeder Form erfolgen, also schriftlich, mündlich oder aber auch nur durch konkludentes Verhalten. Es kommt grundsätzlich nicht ohne weiteres eine Zuordnung von Willenserklärungen Dritter in Betracht, etwa wenn eine untere Bauaufsichtsbehörde aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen z. B. zur Gefahrenabwehr zusätzliche Sicherungsmaßnahmen oder auch z. B. nur einen Baustopp verfügt<sup>40</sup>. Es fehlt hier an einer Vollmacht zur Anordnung, vielmehr handelt die Behörde in eigener Verantwortung und rechtlicher Befugnis bei der Durchführung der ihr zugewiesenen staatlichen Aufgaben. Auch ein Architekt – etwa als Bauüberwacher des Auftraggebers – hat grundsätzlich keine Vollmacht, im Vertrag nicht vorgesehene Leistungen anzuordnen. Dieser Grundsatz kehrt sich nur um, wird der Architekt/Bauleiter gemäß § 167 BGB ausdrücklich rechtsgeschäftlich bevollmächtigt, solche Willenserklärungen nach § 1 Abs. 4 VOB/B abzugeben. Nur für Nachträge, die zu keiner fühlbaren Preiserhöhung führen, ist er befugt<sup>41</sup>.

---

39 BGH, BauR 2004, 495; BGH, BauR 1994, 760; BGH, BauR 1996, 378.

40 Diehr, BauR 2001, 1507/1508 m. w. N.

41 OLG Celle, Urteil vom 06.12.1995, Az. 6 U 250/94; OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.01.1997, Az. 5 U 104/96; BGH, Urteil vom 14.07.1994, VII ZR 1986/93.

§ 1 Abs. 4 VOB/B ist zwar ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, den Leistungsumfang des Vertrages zu erweitern. Diese wirksame Leistungserweiterung begründet aber unmittelbar auch den Anspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B auf eine zusätzliche Vergütung<sup>42</sup>. Weil das Verlangen der zusätzlichen Leistung nach § 1 Abs. 4 VOB/B somit ein **Verpflichtungsgeschäft** ist, müssen z.B. öffentliche Auftraggeber darauf achten, dass die für Verpflichtungsgeschäfte geregelten Voraussetzungen – etwa in den einzelnen Landeskommunalordnungen – für eine wirksame Vertretung beachtet werden<sup>43</sup>.

## 2. Nicht vereinbarte Leistungen

§ 1 Abs. 4 VOB/B benutzt die Formulierung „nicht vereinbarte Leistungen“. Weil es sich demnach um Leistungen handelt, die ursprünglich nicht vertraglich vereinbart waren, hat die Praxis hierfür auch den Begriff der **zusätzlichen Leistungen** geprägt. Die DIN ab 18299 ff. verwendet in den Abschnitten 4 den Begriff „Besondere Leistungen“. Hierunter ist im Sinne von § 1 Abs. 4 VOB/B nur eine solche Leistung zu verstehen, die bisher noch nicht – auch nicht als Nebenleistung – zum Vertragsinhalt gehörte, die insbesondere nach dem Leistungsverzeichnis und darüber hinaus nach der VOB/C, also der einschlägigen DIN als ATV gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B oder nach sonstigen Vertragsbestandteilen oder der gewerblichen Verkehrssitte gemäß § 2 Abs. 1 VOB/B nicht schon ohnehin zu erbringen war.

Im Rahmen der Bestimmung sind neben dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung die Umstände des Einzelfalls, unter anderem die Besonderheiten des Bauwerks, maßgeblich<sup>44</sup>. Wesentlich kommt es für die Abgrenzung zwischen unmittelbar vertraglich geschuldeter und zusätzlicher Leistung auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an<sup>45</sup> und wegen § 1 Abs. 2 VOB/B nur nachrangig auf die Unterscheidung in den DIN-Vorschriften zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen<sup>46</sup>. Es ist also die Vereinbarung der Parteien nach §§ 133, 157 BGB auszulegen. Beruht der Vertragsabschluss zudem auf einem Vergabeverfahren der VOB/A, so ist die Ausschreibung zugrunde zu legen. Grundlage dieser Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont der Bieter<sup>47</sup>.

42 BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01, BauR 2004, 495–500 = ZfBR 2004, 254–258.

43 BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01, BauR 2004, 495–500 = ZfBR 2004, 254–258.

44 BGH, BauR 2002, 935.

45 BGH, BauR 1994, 625.

46 BGH, BauR 2002, 935.

47 BGH, BauR 2002, 935; BGH, BauR 1994, 625; BGH, BauR 1994, 236; BGH, BauR 1993, 595.

### 3. Einschränkungen des Anordnungsrechtes gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B

Unter zwei Gesichtspunkten muss der Auftragnehmer gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B dem Verlangen des Auftraggebers nach nicht vereinbarten Leistungen nicht folgen. Der eine Aspekt ist, dass diese nicht vereinbarten Leistungen nicht zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich sind. Der andere Aspekt ist, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Beides ist normativ auszulegen, sodass auf die zum Gliederungspunkt **„Abgrenzung zwischen Nachtrag und Neuvergabe gemäß § 132 GWB“** folgenden Ausführungen verwiesen wird. In diesem Licht bleibt dann noch das Folgende zu beachten:

#### a) Zur **„Ausführung der vertraglichen Leistungen“** erforderlich

Die nicht vereinbarte Leistung muss zur „Ausführung der vertraglichen Leistungen“ erforderlich werden. Bei allen anderen Zusatzleistungen handelt es sich um Neuvergaben/selbstständige Anschlussverträge, denen der Auftragnehmer ausweislich § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B zustimmen muss und die nicht zum Vertragspreisniveau gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B, sondern zu ortsüblichen Preisen gemäß § 632 Abs. 2 BGB zu vergüten sind. Solche Neuaufträge sind neu auszuschreiben, vgl. § 22 HS. 2 VOB/A, wenn nicht ohnehin §§ 132 f. GWB dazu zwingen.

Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistungen nicht erforderlich werden, braucht der Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung zu erbringen. Er muss also eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Inhaltes abgeben, dass er das Verlangen der nicht vereinbarten Leistung – als Angebot – annimmt, §§ 147 ff. BGB.

„Zusätzliche Leistungen“ gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B sind nur diejenigen, weswegen ein Auftragnehmer ohne Anordnung ohnehin Bedenken gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B anzeigen müsste, weil sonst die vertragliche Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme von der vereinbarten Beschaffenheit und/oder den anerkannten Regeln der Technik abweichen würde. Was zur „Ausführung der vertraglichen Leistungen“ erforderlich wird, ist im Einzelfall Sachverhaltsfrage. Alle weitergehenden Leistungen wären kein Nachtrag zum bestehenden Vertrag, sondern eine Auftragerweiterung (synonym: eine Vertragsergänzung, ein Zusatzauftrag im Sinne einer Neuvergabe).

- Sollte etwa ein Auftragnehmer nach eigenen statischen Berechnungen leisten und nahm er bei der Kalkulation durch ein der Ausschreibung beigefügtes Bodengutachten fehlinterpretierend an, dass z.B. kein Verbau nötig würde, zeigt sich dann aber während der Durchführung, dass ein