



Informations- und Weiterbildungsveranstaltung  
„multifunktionale Spezialtüren“

Vertragsrechtliche Themen auf  
Basis der VOB/B

1



---

Ihre Dozenten:

**Robin Lorenz**  
Rechtsanwalt / Junior Partner  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

CLP Rechtsanwälte, CLP Akademie



©2023 CLP Akademie

2

### CLP Rechtsanwälte:

- Wirtschaftskanzlei in Düsseldorf, Berlin, Köln und Münster  
20 Rechtsanwälte/innen mit den Schwerpunkten:
  - Vergaberecht
  - Baurecht
  - Architekten- und Ingenieurrecht
  - Öffentliches/Kommunales Wirtschaftsrecht
  - Arbeitsrecht
  - Steuerrecht
  - Handels- und Gesellschaftsrecht
  - M&A
  - Finanz- und Kapitalmarktrecht
  - Unternehmensfinanzierung
  - Wettbewerbsrecht
- [clp-rechtsanwaelte.de](http://clp-rechtsanwaelte.de)

### CLP Akademie:

Nachhaltige Wissensvermittlung – aktuell und online als Video –Konferenz im digital classroom derzeit in drei Formaten:

Intensiv Webinare

Online Lehrgang Vergabemanager/in

Online Praxistraining Vergabemanager/in

[clp-online-akademie.de](http://clp-online-akademie.de)



## Vertragsrechtliche Themen auf Basis der VOB/B



### Grundlagen des Vertrags- und Nachtragsmanagement

- A/B/C der VOB
- Vertragstypen, Auslegung, AGB
- Nachträge nach VOB / B



### Grundlagen des Abnahmemanagement

- Formen, Voraussetzung und Durchführung
- Bedeutung und Wirkung
- Sonderformen

# DAS A/B/C DER VOB

5

©2023 CLP Akademie

5

## Das A/B/C der VOB

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) ist ein dreiteiliges Klauselwerk.

Es enthält Regelungen

- für die Vergabe von Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber (Teil A),
- für den Bauvertrag (Teil B) sowie
- allgemeine und gewerkespezifische weitere technische Vertragsbedingungen, die ATV (Teil C).



Quelle: Bundesbaublatt



6

©2023 CLP Akademie

6

- **Teil A der VOB** ist eine **Vergabeordnung**, die mit ihren „Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen“ eine ordnungspolitische Aufgabe erfüllt und mit der Regelung der Ausschreibung ein „System organisierter Konkurrenz“ entwickelt hat.
- **Teil B der VOB** stellt mit den „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“ den Bauvertragsparteien ein **Vertragswerk** zur Verfügung, das den speziellen Belangen des Baugeschehens gerecht wird und das die Rechtsbeziehungen der Bauvertragsparteien so gestaltet, dass sie praktikabel werden.
- **Teil C der VOB** enthält die „**Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen**“ (**ATV**). Es handelt sich um ein technisches Regelwerk, das den Vertragsparteien Auskunft darüber gibt, was der Auftragnehmer technisch schuldet.

Die technische Beschreibung der geschuldeten Bauleistung im Vertrag wird ergänzt durch den Inhalt der **Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV)** der **VOB/C**. Durch den Hinweis in **§ 1 Abs. 1 VOB/B** sind sämtliche Regelungen in den DIN-Vorschriften 18299 und 18300 bis 18451 **Vertragsbestandteil eines VOB-Vertrages**.

Die DIN 18299 sowie die speziell auf bestimmte Bauleistungen zugeschnittenen DIN-Vorschriften ab DIN 18300 ff. untergliedern sich jeweils in die Abschnitte 0 bis 5 mit folgenden Inhalten:

- 0- Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung
- 1- Geltungsbereich
- 2- Baustoffe, Bauteile
- 3- Ausführung
- 4- Nebenleistungen, Besondere Leistungen
- 5- Abrechnung



Die **VOB/B** stellt eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** dar. Im Hinblick auf ihren Charakter als AGB ist es notwendig, dass die VOB ausdrücklich vereinbart wird, falls ihre Geltung erwünscht ist.

#### § 8a VOB/A

(1) In den Vergabeunterlagen ist vorzuschreiben, dass die Allgemeinen **Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B)** und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrags werden. Das gilt auch für etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen und etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, soweit sie Bestandteile des Vertrags werden sollen.

(2) Die Allgemeinen Vertragsbedingungen bleiben grundsätzlich unverändert.

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern AGB

#### § 310 Abs. 1 S. 3 BGB

In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.

Die VOB/B wird nur so lange „privilegiert“, wie sie als Ganzes Vertragsbestandteil geworden ist.



Die Anwendung der VOB/B, die weder Gesetz noch eine gesetzesähnliche Rechtsnorm darstellt, ist in das Belieben der Vertragsparteien gestellt. Die VOB/B bildet nur dann die Rechtsgrundlage des Bauvertrages, wenn sie von den Parteien privatautonom vereinbart worden ist. Sie stellt kein Gewohnheitsrecht dar und kann auch nicht unter Kaufleuten als Handelsbrauch angesehen werden.

Die VOB/B ist allgemeine Geschäftsbedingung i.S.v. §§ 305 ff. BGB

Muss die VOB/B sich einer Inhaltskontrolle unterziehen? Was bedeutet die Privilegierung der VOB/B?



Die Privilegierung setzt voraus, dass die VOB/B als Ganzes, d.h. ohne inhaltliche Abweichung vereinbart wird. Nur dann ist sie bei Verträgen – bei Verträgen gegenüber Unternehmen bzw. der öffentlichen Hand - von einer AGB-Kontrolle freigestellt.

Hintergrund:

Die VOB/B enthält einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrecht abgestimmten, im Ganzen ausgewogenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen und kann somit nicht mit AGB gleichgestellt werden, mit der eine Vertragspartei einseitig ihre Interessen durchzusetzen versucht. Daher ist es bei Vereinbarung der VOB/B als Ganzes verfehlt, einzelne Bestimmungen einer Inhaltskontrolle zu unterziehen, weil ansonsten der durch das Zusammenwirken sämtlicher Vorschriften erstrebte Interessenausgleich gestört wird (BGH, Urt. v. 22.01.2004, Az.: VII ZR 419/02).

**Rechtsfolge der Unwirksamkeit grds.:**

Unwirksame Regelung entfällt und wird durch das Gesetz ersetzt.

Keine geltungserhaltende Reduktion auf den zulässigen Klauselinhalt. D.h. eine Klausel darf nicht solange zusammengestrichen werden, bis ein wirksamer Rest übrigbleibt. Dabei würde die Gefahr entstehen, dass der Verwender sich keine Gedanken über den Inhalt der Klauseln machen muss, da im Zweifel bei einer Streitigkeit immer ein wirksamer Teil übrigbleiben würde und so ohne rechtliche Risiken die rechtlichen Grenzen ausgelotet werden können.

# **NACHTRAGSMANAGEMENT**

## **Vertragstypen/ Auslegung/ AGB**



### Die als Bauerfolg geschuldete Leistung

- Mindestanforderung: Festlegung des Bauziels
- Bauziel = Verwirklichung des funktionalen Werkerfolges
- Zwei Ausschreibungsmethoden
  - Funktionale Ausschreibung (mit Leistungsprogramm - § 7 c VOB/A)
  - Detaillierte Ausschreibung (mit Leistungsverzeichnis - § 7 b VOB/A)

### Funktionale Ausschreibung - Grundsätze

- Festlegung des geschuldeten Werkerfolges über die Beschreibung des Bauziels
- Gesetzliches Leitbild
- Folgen für den Umfang der Leistungsverpflichtung
  - AN schuldet alle Leistungen, die für die Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlich sind
  - AN plant die hierfür erforderlichen Bauleistungen
  - Planungsfehler gehen zu Lasten des AN



### Detaillierte Ausschreibung - Grundsätze

- Festlegung des geschuldeten Werkerfolges über die Beschreibung der Bauleistungen
- Planung stammt vom AG
- Folgen für den Umfang der Leistungsverpflichtung
  - Keine Abstandnahme des AG von der Funktionalitätserwartung
  - Deshalb: AN schuldet alle Leistungen, die für die Verwirklichung des Bauerfolgs erforderlich sind
  - Leistung des AN mangelhaft bei Verfehlung des funktionalen Werkerfolges trotz fehlerfreier Umsetzung der Leistungsvorgaben (LV) des AG
  - AN wird nicht vollständig frei von Planungsverantwortung

17

©2023 CLP Akademie

17

### Unternehmereinsatzformen

	EP-Vertrag	GU-Vertrag	GU-Vertrag ab LPH 4	GU-Vertrag ab LPH 5	TU-Vertrag
Aufwand des Bauherrn	Sehr ungünstig	ungünstig	vorteilhaft	vorteilhaft	Sehr vorteilhaft
Aufwand Vertragsgestaltung	Neutral	Neutral	ungünstig	ungünstig	ungünstig
Koordinationsaufwand Bauherr	Sehr ungünstig	Neutral	vorteilhaft	Neutral	Sehr vorteilhaft
Einfluss Bauherr auf Funktion	Sehr vorteilhaft	vorteilhaft	Neutral	vorteilhaft	Neutral
Einfluss Bauherr auf technische Qualität	Sehr vorteilhaft	vorteilhaft	ungünstig	Neutral	ungünstig
Einfluss Bauherr auf gestalterische Qualität	Sehr vorteilhaft	vorteilhaft	ungünstig	vorteilhaft	Neutral

18

©2023 CLP Akademie

18

### Unternehmereinsatzformen

	EP-Vertrag	GU-Vertrag	GU-Vertrag ab LPH 4	GU-Vertrag ab LPH 5	TU-Vertrag
Kostensicherheit	Sehr ungünstig	ungünstig	vorteilhaft	Neutral	Sehr vorteilhaft
Terminsicherheit	Sehr ungünstig	Neutral	vorteilhaft	Neutral	Sehr vorteilhaft
Einheitliche Gewährleistung	Sehr ungünstig	ungünstig	vorteilhaft	ungünstig	Sehr vorteilhaft
Konflikt mit Vergaberecht	Kein Problem	Problem	Problem	Problem	Problem

### Vertragstypen (Leistungsverträge)

#### ➤ Bau-Soll und Vergütung

	EP-Vertrag	Detail-Pauschalvertrag	Global-Pauschalvertrag
Bau-Soll	Detailliert	Detailliert	Pauschal bzw. Global (funktional)
Vergütung	Detailliert	Pauschal	Pauschal

### Vertragstypen (Leistungsverträge)

#### ➤ Risikozuweisung

	EP-Vertrag	Detail-Pauschalvertrag	Global-Pauschalvertrag
Risikozuweisung Mengenermittlung	AG	AN/AG Zu niedrige oder zu hohe Vordersätze	AN Ausnahme: Scheinpauschalen
Risikozuweisung Unvollständige / falsche Planung	AG Hinweispflicht des AN bei erkennbaren Lücken / Fehlern	AG Hinweispflicht des AN bei erkennbaren Lücken / Fehlern	AN Soweit Leistungen funktional notwendig sind

## NACHTRAGSMANAGEMENT AGB

### Was sind AGB?

- Legaldefinition § 305 Abs. 1 BGB.

Nicht jede Vertragsklausel ist wirksam!

- Unangemessene Benachteiligung?

Rechtsfolgen der Unwirksamkeit

- Es gilt das Gesetz!

Nichts ist so unbeständig, wie die Rechtsprechung zu AGB.

- Risikoabwägung und Aktenlage.

- Nichts ist so unbeständig wie die Antwort auf die Frage, ob eine bestimmte Klausel AGB-widrig ist.
- Niemand erwartet eine juristische Vertragsprüfung der Bauleitung/Bauüberwachung.
- Wichtig ist folgendes Verständnis:
  - Nicht alle Regeln, die in einem Bauvertrag enthalten sind, funktionieren und halten einer gerichtlichen Überprüfung stand.
  - Zunächst genügt Basiswissen zum Thema AGB. Eine auch nur annähernd vollständige Darstellung würde den Rahmen dieses Seminars / dieser Schulung sprengen.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 BGB ...

- ...alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte
- Vertragsbedingungen die
- eine Partei (Verwender) der anderen Vertragspartei stellt.
- Sie dürfen nicht im einzelnen ausgehandelt sein (Individualvereinbarungen).

Sie werden nach § 305 Abs. 2 BGB nur dann Vertragsbestandteil, wenn der Verwender ...

- die andere Vertragspartei angemessen hinweist,
- Er der anderen Partei die zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft
- Und wenn die andere Partei mit ihrer Geltung einverstanden ist.
- So steht es im Gesetz; aber schon über diese Fragen entsteht natürlich regelmäßig Streit.

## NACHTRAGSMANAGEMENT

### Das System der Nachträge

## Nachträge/ Nachtragsangebot

Wie finde ich raus, welche Nachtragsvorschrift gilt?



### § 650b BGB

AG begehrt eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs der eine Änderung (des Bausolls), die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist.

### § 1 Abs. 3 VOB/B

AG begehrt eine Änderungen des **Bauentwurfs**

Bauentwurf = was durch die gesamte Leistungsbeschreibung in technischer Hinsicht Vertragsinhalt geworden ist und jetzt geändert werden soll

### § 1 Abs. 4 VOB/B

AG begehrt eine nicht vereinbarte - zusätzliche Leistung

27

©2023 CLP Akademie

27

## Nachträge/ Nachtragsangebot

Wie finde ich raus, welche Nachtragsvorschrift gilt?



Anordnung nach § 650 b BGB

Vergütung nach § 650c BGB

Anordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B

Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B

Anordnung nach § 1 Abs. 4 VOB/B

Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B

Ausführung ohne Anordnung

Vergütung nach § 2 Abs. 8 VOB/B

Verlangen von Planungsleistungen

Vergütung nach § 2 Abs. 9 VOB/B

Überschreitung Vordersatz >10 %

Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

Überschreitung Vordersatz <10 %

Vergütung nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B

28

©2023 CLP Akademie

28

# NACHTRAGSMANAGEMENT

## Unklare Leistungsbeschreibung

29

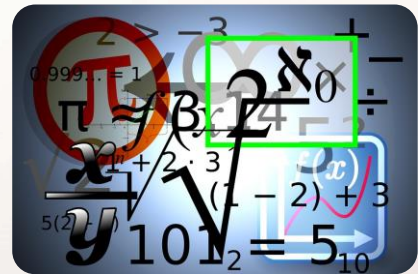
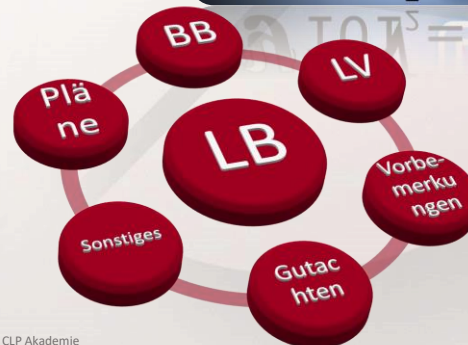
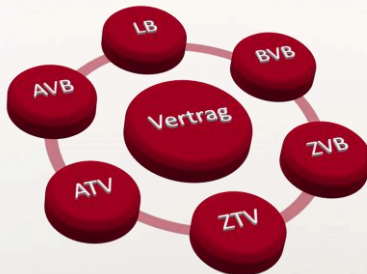
©2023 CLP Akademie

29

## Die Leistungsbeschreibung

**Leistungsbeschreibung** – eine Kunst für sich!

Verschiedene Vertragsbestandteile:



30

©2023 CLP Akademie

30



### Leistungsbeschreibung: Aufgabe, Mittel und Risiko

#### Aufgabe der Leistungsbeschreibung:

- Beschriebene Bauleistung soll zu einem funktionsfähigen Werk führen.

#### MITTEL ZUR LEISTUNGSBESCHREIBUNG

- Leistung (gedanklich) in viele Einzelleistungen / Arbeitsschritte zerlegen.
- Baubeschreibung, LV, Pläne etc. verfassen, Vordersätze ermitteln.

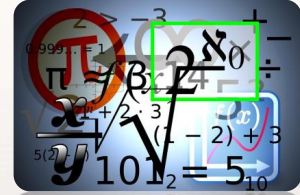
#### Risiko

- Leistungen sind unvollständig beschrieben, Vordersätze sind falsch ermittelt. (Bedingtes Korrektiv durch ATV und ZTV, wenn Leistungsbeschreibung keine Festlegungen enthält.)
- Schnittstellenproblem zwischen beschriebenen Teilleistungen (LV-Einzelgewerken).

### § 7 Leistungsbeschreibung

- (1) 1. Die Leistung ist **eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben**, dass alle Unternehmen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.
2. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, sind alle sie beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Vergabeunterlagen anzugeben.
3. Dem Auftragnehmer **darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden** für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.
4. **Bedarfspositionen sind grundsätzlich nicht in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.** Angehängte Stundenlohnarbeiten dürfen nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.
5. Erforderlichenfalls sind auch der Zweck und die vorgesehene Beanspruchung der fertigen Leistung anzugeben.

**Risiken**



**Leistungsbeschreibung:**  
Folgen einer unklaren Leistungsbeschreibung

### Verstoß gegen das Vergaberecht

- Risiko von Nachfragen, Gegenvorstellungen, Vorbehalten, Rügen und Vergabenachprüfungsverfahren -> Auseinandersetzung mit Anfragen, Ausschlussentscheidungen, Rücksetzen des Verfahrens, Aufhebung
- Latente Fördermittelschädlichkeit (ANBest)

#### AUSLEGUNG KANN ZU LASTEN DES VERWENDERS GEHEN

- AG bekommt nicht das, was er beabsichtigt hat.
- AG macht sich u.U. schadensersatzpflichtig. Nach BGH genügt u.U. Vergaberechtsverstoß, ohne dass es auf schutzwürdiges Vertrauen des Bieters ankommt.
- Nach EuGH kommt es u.U. nicht einmal auf Verschulden an.

### Nachtragsrelevant

- AN hat u.U. berechtigten Anspruch auf
  - Preisanpassung
  - zusätzliche Vergütung
  - Bauzeitverlängerung
  - Entschädigung
  - Schadensersatz
- Frivole Bieter suchen Lücken / Fehler / Widersprüche
  - Profis (PVAs)
  - c. i. c. schwer nachweisbar (subjektiv)

## NACHTRAGSMANAGEMENT

### Nachträge

### Nachtragsbegründung

Darlegung des Soll-Zustandes (Bauablauf und Leistungsinhalt)

- Detailliert beschreiben. Hinweis auf Vertragsunterlagen. Ggf. Auszüge beifügen.
- Auslegung des Vertrages bei Zweifeln.

Gegenüberstellung Bau-Soll und Bau-Ist

- Ist muss dokumentiert werden. Nachtragsleistung in Relation zu den Hauptvertragspositionen setzen. Ggf. Störungseinfluss darlegen (z.B. abweichender Baugrund).
- Anordnung belegen durch: Schriftverkehr, Bautagesberichte, Fotodokumentationen, Aufmaßunterlagen, Pläne.
- Erschwernisse / Mehrleistungen beschreiben. Monetäre Auswirkungen aufzeigen.

Anspruchsgrundlage anführen

- Soweit möglich. Unterscheidung zw. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B oft schwierig, falsche Festlegung ist aber nicht problematisch
- Auswirkungen der Änderungen auch auf andere Positionen und Bauzeit?
- Ggf. Bauzeitliche Auswirkungen vorbehalten, wenn Kosten noch nicht ins Angebot

35

©2023 CLP Akademie

35

### Tipps

- Nachtrag erkannt? → Zielorientierte Sachverhaltsdokumentation!
- Früher Hinweis auf Leistungsänderungen /-störungen hilft beiden!
- Rechtzeitige Zusammenstellung der Unterlagen (Anordnung, Mehrkostenanzeige etc.) für Angebotslegung!
- Auswirkungen auf Bauzeit schon absehbar? Wenn nicht: Vorbehalt!
- Leistungsänderungen schlüssig und prüfbar vortragen → Bezug auf Soll-Terminplan und verbindliche, aussagekräftige Kalkulation!
- Hinausschieben von Nachtragsverhandlungen bringt nichts ... nur Streit!
- Bedarf an Gutachten? → Im Idealfall Verständigung auf einen gemeinsamen Gutachter.

36

©2023 CLP Akademie

36

### § 650b BGB

§ 650b BGB räumt dem Auftraggeber erst ein Anordnungsrecht ein, wenn eine einvernehmliche Vertragsanpassung gescheitert ist: Begehrt der Auftraggeber entweder eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder eine Änderung (des Bausolls), die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist, muss der Auftragnehmer ein Nachtragsangebot erstellen.

Erzielen die Vertragsparteien binnen 30 Tagen nach Zugang des auftraggeberseitigen Änderungsbegehrens keine Einigung über eine Vergütungsanpassung, kann der Auftraggeber die begehrte Leistungsänderung in der Textform anordnen.

Dieser Anordnung muss der Auftragnehmer Folge leisten, im Fall einer begehrten Änderung des Werkerfolgs jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der geänderten Leistung zumutbar ist.

### §§ 1 Abs. 3 und Abs. 4 VOB/B

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) enthalten unter § 1 Abs. 3 und 4 Regelungen zur Anordnung geänderter und zusätzlicher Leistungen.

Der Auftraggeber ist einseitig und voraussetzungslos berechtigt, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen (§ 1 Abs. 3 VOB/B) und zudem auch nicht vereinbarte – also zusätzliche – Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, zu verlangen (§ 1 Abs. 4 VOB/B).

Letzteres jedoch nur, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen eingerichtet ist. „Andere Leistungen“ – hierunter fallen nach überwiegender Auffassung auch bauzeitliche Anordnungen (Beschleunigungsanordnungen) – darf der Auftraggeber jedoch nicht anordnen; diese können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

### Grenzen des Anordnungsrechts

Die Anordnungsrechte des § 1 Abs. 4 VOB/B sowie des § 650b BGB sind, wie dargestellt, beschränkt. Das Anordnungsrecht des § 1 Abs. 3 VOB/B ist seinem Wortlaut nach unbeschränkt, jedoch werden hier zurecht auch Schranken angenommen, die ihre Grundlage in Zumutbarkeitserwägungen haben. Anordnungen, die diese Grenzen überschreiten, müssen vom Auftragnehmer nicht befolgt werden.

- Betrieb des AN ist auf die geänderte Leistung nicht eingerichtet (fehlende Ausstattung, Qualifikation) (+)  
Bei Generalunternehmen schwieriger zu bejahen, da diesen auch die betrieblichen Möglichkeiten der Nachunternehmer zuzurechnen sind; erhöhter Begründungsbedarf
- AN hat seine Ressourcen verplant (+)  
Unternehmer kann sich z.B. darauf berufen, dass eine Bauzeitverlängerung nicht möglich ist, weil er seine Ressourcen schon bei einem anderen Bauvorhaben verplant hat und es ihm nicht gelingt in zumutbarer Weise zusätzliche Ressourcen zu beschaffen
- Störungen des Bauablaufs/Vielzahl von Änderungswünschen (-)  
Mehraufwendungen werden vergütungsmäßig kompensiert

39

©2023 CLP Akademie

39

### Ursachen für einseitige Anordnungen

Die üblichen Ursachen auftraggeberseitiger Leistungseingriffe und Veranlassungen für Anordnungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Anpassungen und Änderungen der Planung aufgrund von nutzungsbedingten Änderungen oder erforderlichen Konkretisierungen bei fortgeschrittener Ausführungsplanung,
- Korrekturen tatsächlich fehlerhafter oder gänzlich fehlender bzw. vergessener Planung,
- unvorhersehbare Ereignisse im Fortgang der Bauabwicklung im Umgang mit auftraggeberseits beigestellten Stoffen (hierzu zählen Baustoffe oder Materialien, der zur Verfügung gestellte Baugrund und der Gebäudebestand),
- spätere oder zusätzliche Auflagen aus der Baugenehmigung,
- technische Erfordernisse wie bspw. zusätzliche Mengen an Stahl zur Bewehrung in Stahlbetonbauteilen oder zusätzlich erforderliche Anker bei der Sicherung von Böschungsbefestigungen.

40

©2023 CLP Akademie

40

### Ermittlung der Nachtragsvergütung nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B



„Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“

### Oder wie war das nochmal?

Dank des BGH (BGH, Urteil vom 8. August 2019 – Az. VII ZR 34/18) gilt die vorkalkulatorischer Preisfortschreibung auch im VOB-Vertrag nicht mehr uneingeschränkt! Für § 2 Abs. 3 VOB/B entschied der BGH, dass der neue EP nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu bemessen ist.

Das KG (KG, Urteil vom 10.07.2018 - 21 U 30/17) entschied, dass es bei § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B nicht maßgeblich auf die Kalkulation ankomme. Sie diene als Hilfsmittel. Bei Streit über die Höhe kommt es für die Ermittlung der Mehrkosten nach dem KG nicht auf die kalkulierten, sondern die tatsächlichen Kosten an.

### Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 3 Nr. 2, 3 VOB/B

Voraussetzung für eine etwaige Vergütungsänderung bei Mengenabweichungen im Einheitspreisvertrag nach § 2 Abs. 3 Nr. 2, 3 VOB/B ist, dass

- entweder eine über 10 % hinausgehende Überschreitung des ausgeschriebenen Vordersatzes einer Vertragsposition eintritt (Nr. 2) oder
- eine über 10 % hinausgehende Unterschreitung des ausgeschriebenen Vordersatzes einer Vertragsposition eintritt und
- kein Ausgleich durch Erhöhungen von Mengen anderer Positionen oder in anderer Weise erfolgt (Nr. 3) und in beiden Fällen
- ein neuer Einheitspreis verlangt wird.

Das Thema der Mengenabweichungen ist prinzipiell anders gelagert als die vorangegangenen Themen der Leistungsmodifikationen. Ob es sich hierbei überhaupt um einen Sachnachtrag handelt ist durchaus streitbar. Der Leistungsinhalt an sich, also das Was der Bauausführung, wird bei Mengenabweichungen – jedenfalls in qualitativer Hinsicht – nicht verändert. Lediglich die ausgeführten Mengen weichen von den ausgeschriebenen Mengen ab.

Wie prüfe ich einen Nachtrag richtig??



### Prüfung dem Grunde nach

#### Inhaltliche Tatbestandsprüfung

- Sachverhaltsdarstellung und Begründung
- Bau-Soll/Bau-Ist-Abweichung

#### Formelle Tatbestandsprüfung

- Nachtragsform
- Vollmacht
- Risikobereich
- Anzeigepflicht

### Prüfung der Höhe nach

#### Technische-wirtschaftliche Prüfung

- techn. Machbarkeit, Zielerfüllung, Wirtschaftlichkeit und Angemessenheit

#### Baubetriebliche Prüfung der Nachtragsleistung

#### Methodische Prüfung der Kalkulation

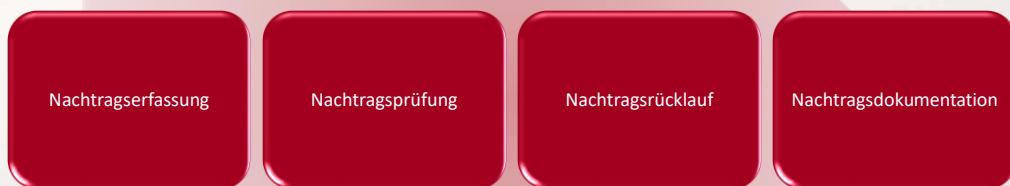
#### Rechnerische Prüfung des Nachtrags

43

©2023 CLP Akademie

43

### Gliederung der idealen Nachtragsbearbeitung



44

©2023 CLP Akademie

44



### Häufige Defizite in der Praxis

Fehlende Auftragskalkulation und unklares Verständnis der Anforderungen an die Prüfbarkeit

- Die Praxis zeigt, dass Sachnachträge weitläufig abweichend von den hier beschriebenen rechtlichen und baubetrieblichen Maßstäben aufbereitet werden. Zwar werden überwiegend die VOB/B oder selbst verfasste Vertragsbedingungen in Bezug genommen, doch erfolgt die Nachtragskalkulation der Auftragnehmer häufig frei und ohne konsequenten Bezug auf die Auftragskalkulation; auch eine stringente Einhaltung der formellen Voraussetzungen ist eher selten zu beobachten.

Nachlässigkeit und Kompetenzdefizite bei der Nachtragsprüfung

- Eine aktive Kontrolle des Nachtragswesens durch den Auftraggeber ist leider nicht der Regelfall ist. So ist davon auszugehen, dass mangelhafte Nachtragsprüfungen weitreichende Übervorteilungen des Auftragnehmers erlauben, welche im Rahmen der Projektabwicklung zwangsläufig zu finanziellen Einbußen des Auftraggebers führen.

## NACHTRAGSMANAGEMENT

### Mengenänderung

## Mengenänderung

- § 2 Abs. 3 VOB/B regelt Preisanpassungsrechte bei Mengenänderungen, die aufgrund ungenauer Mengenermittlung im Leistungsverzeichnis eintreten. (Für Detail-Pauschalverträge gilt § 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.)
- Mengenänderung auf Grund von Anordnungen unterliegen nicht § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B.
- § 2 Abs. 3 VOB/B kann bei Mengenüber- bzw. Mengenunterschreitungen auch in AGB vertraglich ausgeschlossen werden (BGH, IBR 1993, 453).
  - AN sollten Vordersatzangaben eines LV besonders genau überprüfen, falls AG Preisanpassungsrecht ausschließt. Vordersatzangaben im LV sind dann ggf. tendenziell überhöht, um günstige EP zu erzielen.

47

©2023 CLP Akademie

47

## Mengenänderung

### § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B – Mengenüberschreitung

- Mehrmengen aufgrund falscher Mengenermittlung bedeuten keine Nachtragsleistung, die vom AG angeordnet werden muss. Auch die Mehrmenge ist von Anfang an geschuldet.
- § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B greift erst ab einer Überschreitung von mehr als 10 %.

Beide Parteien können einen neuen Preis unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten verlangen.

- Regelfall: Überdeckung der Gemeinkosten (BGK, BE), wenn sich diese durch die Mehrleistung nicht erhöhen -> AG verlangt Preisreduzierung zum Ausgleich der Gemeinkostenüberdeckung.
- AN kann Preiserhöhung verlangen, ...
  - wenn Mehrmenge z.B. zusätzliches Bauleitungspersonal oder Einsatz größerer Geräte erfordert,
  - wenn aufgrund Erhöhung der Erdaushubmenge die im Vertrag vorgesehene Erdstoffdeponie nicht mehr angefahren werden kann und stattdessen eine größere Transportstrecke anfällt,
  - sich aufgrund der Menge über 110 % auch die Gesamtbauzeit verlängert (zusätzlich anfallende Baustellengemeinkosten, Tariflohnerhöhungen, Materialpreisteigerungen etc.)

48

©2023 CLP Akademie

48

### § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B – Mengenüberschreitung

- Abgrenzung zwischen zufälligen und angeordneten Mengenänderungen oft schwierig!
- Wenn Vordersätze angegeben sind, die Planung offensichtlich noch nicht abgeschlossen ist, liegt in der späteren Planung keine Planungsänderung. Anwendbar: § 2 Abs. 3 VOB/B. Ändert der AG seine Planung: § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B.
- Keine Ankündigungs- oder Hinweispflicht nach der VOB/B, ggf. aber nach den ZVB! Dann aber nur AGB-konform, soweit keine echte Anspruchsvoraussetzung. Sonst kann Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen, wenn AG nachweisen kann, dass ihm günstigere Lösungen zur Verfügung standen.
- Preisanpassungsverlangen ist zeitlich nicht begrenzt. AG kann Preisanpassungsverlangen auch noch 2 ½ Monate nach Zugang der Schlussrechnung stellen, BGH IBR 2005, 359.

## ABNAHMEMANAGEMENT

### Formen und Voraussetzungen der Abnahme

## Voraussetzungen der Abnahme

### Voraussetzungen der Abnahme

- Im Wesentlich fertiggestellte Leistung
- Keine wesentlichen Mängel (Kein Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit/Kein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik/Keine wesentlichen gebrauchsbeeinträchtigenden Fehler)

### Formen der Abnahme

- Stillschweigende Abnahme
- Formlose Abnahme auf Verlangen
- Förmliche Abnahme
- Fiktive Abnahme
- Echte Teilabnahme für in sich abgeschlossene Teile der Leistung

51

©2023 CLP Akademie

51

## Voraussetzungen der Abnahme

### Reaktion des AG

- Durchführung der Abnahme, Wirkungen s.u.
- Keine Reaktion trotz Abnahmereife -> Annahmeverzug
- Berechtigte Weigerung der Abnahme -> Herstellung der Abnahmereife durch AN/
- Unberechtigte Verweigerung -> Abnahmewirkungen treten ein

### Wirkungen der Abnahme

- Übergang der Leistungs- und Preisgefahr auf AG/Beweislastumkehr für Mängel/Beginn der Verjährung der Mängelansprüche/Verlust nicht vorbehaltener Ansprüche wegen bekannter Mängel (ausgenommen Schadensersatz) und Vertragsstrafe/Werklohnfähigkeit/ Wegfall der Vorleistungspflicht des AN/Beschränkung des Erfüllungsanspruchs

52

©2023 CLP Akademie

52

### §§ 640 ff BGB und § 12 VOB/B - Stillschweigende (konkludente Abnahme)

- AG gibt durch sein Verhalten zu erkennen, dass er die fertiggestellte Leistung als im wesentlichen vertragsgemäß annimmt.
- Z.B. Inbetriebnahme/Anstandslose Bezahlung der SR
- Keine konkludente Abnahme durch Inbetriebnahme, wenn Parteien förmliche Abnahme vereinbart oder im VOB-Vertrag ausdrücklich verlangt haben oder wenn AG Abnahme ausdrücklich berechtigt verweigert.
- Bessert AN dann nach, kommt konkludente Abnahme durch Inbetriebnahme in Betracht.
- Konkludenter Verzicht auf förmliche Abnahme, wenn AG längere Zeit nach Fertigstellung auf förmliche Abnahme nicht zurück kommt.
- Prüffrist zur Abnahme für AG (mind. 12 WT nach Inbenutzungnahme)

53

©2023 CLP Akademie

53

### §§ 640 ff BGB und § 12 VOB/B - Ausdrückliche, aber formlose Abnahme

- § 12 Abs. 1 VOB/B: Binnen 12 WT auf Verlangen
- Problem: Nachweis bei mündlicher Abnahme
- Ist förmliche Abnahme nicht vereinbart und wird sie nach Fertigstellung von keiner Partei verlangt, kann AG auch in Abwesenheit des AN formlos abnehmen. Schriftliches Abnahmeprotokoll ist nicht erforderlich. AN ist aus Beweisgründen und wegen der für ihn günstigen Abnahmewirkungen aber dringend zu empfehlen, sich schnellstmöglich schriftlich bestätigen zu lassen, dass und vor allem zu welchem Zeitpunkt der AG abgenommen hat.

54

©2023 CLP Akademie

54

### §§ 640 ff BGB und § 12 VOB/B - Förmliche Abnahme

- § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B, wenn eine Vertragspartei dies ausdrücklich verlangt.
- Anwesenheit beider Vertragsparteien. In Abwesenheit des AN nur, wenn ein förmlicher Abnahmetermin vereinbart worden ist oder AG mit ausreichender Frist eingeladen hat, AN aber unentschuldigt fernbleibt (§ 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B).
- Abnahmeergebnis wird schriftlich festgehalten, inkl. Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen
- AN kann Einwendungen aufnehmen (§ 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 VOB/B).
- Unterschreibt AN das Abnahmeprotokoll -> kein Anerkenntnis (klarstellender Vermerk sinnvoll)
- Oft ist förmliche Abnahme im Bauvertrag zwingend (zulässig) vorgeschrieben. Andere Abnahmeformen, insbesondere die fiktiven Abnahmen nach § 12 Abs. 5 VOB/B, scheiden grundsätzlich aus (OLG Schleswig, IBR 2003, 1079).

55

©2023 CLP Akademie

55

### §§ 640 ff BGB und § 12 VOB/B - Förmliche Abnahme

- § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B, wenn eine Vertragspartei dies ausdrücklich verlangt.
- Anwesenheit beider Vertragsparteien. In Abwesenheit des AN nur, wenn ein förmlicher Abnahmetermin vereinbart worden ist oder AG mit ausreichender Frist eingeladen hat, AN aber unentschuldigt fernbleibt (§ 12 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B).
- Abnahmeergebnis wird schriftlich festgehalten, inkl. Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen
- AN kann Einwendungen aufnehmen (§ 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 VOB/B).
- Unterschreibt AN das Abnahmeprotokoll -> kein Anerkenntnis (klarstellender Vermerk sinnvoll)
- Oft ist förmliche Abnahme im Bauvertrag zwingend (zulässig) vorgeschrieben. Andere Abnahmeformen, insbesondere die fiktiven Abnahmen nach § 12 Abs. 5 VOB/B, scheiden grundsätzlich aus (OLG Schleswig, IBR 2003, 1079).

56

©2023 CLP Akademie

56

### §§ 640 ff BGB und § 12 VOB/B – Teilabnahme

- Anspruch des AN bei VOB-Vertrag auf Abnahme in sich abgeschlossener Teile der Leistung (§ 12 Abs. 2 VOB/B).
- Alle Wirkungen einer normalen Abnahme.
- In sich abgeschlossene Leistung (+), wenn der betreffende Teil von der Gesamtleistung funktionell trennbar und unabhängig von den übrigen Leistungen selbstständig gebrauchsfähig und bewertbar ist.
  - Fertigstellung eines Loses (Schwachstrom), wenn gleichzeitig ein weiteres Los (Starkstrom) beauftragt wurde.
  - Ganze Häuser/Wohnungen abschnittsweise fertig gestellt.
  - Komplette Fertigstellung einzelner funktions- und gebrauchsfähiger Etagen, auch wenn die übrigen Einheiten des Gebäudes noch nicht fertig gestellt sind.
  - (-) Fertig gestellte Stockwerke eines Rohbaus sind nicht teilabnahmefähig, da sie für sich genommen weder funktions- noch gebrauchstauglich sind.

57

©2023 CLP Akademie

### §§ 640 ff BGB und § 12 VOB/B – Zustandsfeststellung

- § 4 Abs. 10 VOB/B: Keine rechtsgeschäftliche Abnahme, hat nicht deren Wirkungen.
- Nicht auf in sich abgeschlossene Teile der Leistung beschränkt.
- Beide Parteien können Zustandsfeststellung verlangen. Schriftliche Aufforderung unter Nennung konkreter Termine sinnvoll. Schriftform dient Rechtsklarheit und Dokumentation des Ergebnisses.
- Rat an AN: Mängelrüge im Zustandsprotokoll widersprechen und Beweise sichern
- Einseitige Zustandsfeststellung durch AN bei Verweigerung AG: Nach überwiegender Auffassung keine Beweislastumkehr zulasten AG. Auffassung ist angreifbar.
- Bei Leistungen, die der nachträglichen Feststellung durch Fortführung der Arbeiten entzogen werden, empfiehlt es sich ferner, mit der Zustandsfeststellung gleichzeitig ein gemeinsames Aufmaß zu nehmen.
- Gibt es eine entsprechende Regelung auch im neuen Werkvertragsrecht? Ja, seit 01.01.2018 gilt § 650 g BGB auch im BGB-Werkvertrag

58

©2023 CLP Akademie



# ABNAHMEMANAGEMENT

## Bedeutung, Wirkung, Vorbehalte der Abnahme

59

©2023 CLP Akademie

59

### Wirkungen der Abnahme



60

©2023 CLP Akademie

60

### Wirkungen der Abnahme

- Übergang der Leistungs- und Preisgefahr auf AG
- Beweislastumkehr für Mängel
- Beginn der Verjährung der Mängelansprüche
- Verlust nicht vorbehaltener Ansprüche wegen bekannter Mängel (ausgenommen Schadensersatz) und Vertragsstrafe
- Werklohnfähigkeit
- Wegfall der Vorleistungspflicht des AN
- Beschränkung des Erfüllungsanspruchs

### Vorbehalte haben enorme Bedeutung

- Gilt für BGB und VOB-Vertrag
- Verlust des Vertragsstrafenanspruchs
- Verlust von Teilen der Gewährleistungsansprüche
- Verlust von (verschuldensunabhängig) Nacherfüllungsanspruch, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung (§ 634 Nr. 1-3 BGB bzw. § 13 Nr. 5 und 6 VOB/B).
- Kein Verlust eines Schadensersatzanspruchs (aber: Verschulden erforderlich).
- Drohender Rechtsverlust ist in der Praxis weniger von Bedeutung, als oft angenommen:
- AG muss Mangel positiv kennen. Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht!
- AG muss Mängel nicht „suchen“.
- Offenkundigkeit eines Mangels genügt nicht, sondern führt allenfalls zu einem Anscheinsbeweis zu Lasten des AG.

### Vorbehalte haben enorme Bedeutung

- Gilt für BGB und VOB-Vertrag
- Verlust des Vertragsstrafenanspruchs
- Verlust von Teilen der Gewährleistungsansprüche
- Verlust von (verschuldensunabhängig) Nacherfüllungsanspruch, Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung (§ 634 Nr. 1-3 BGB bzw. § 13 Nr. 5 und 6 VOB/B.
- Kein Verlust eines Schadensersatzanspruchs (aber: Verschulden erforderlich).
- Drohender Rechtsverlust ist in der Praxis weniger von Bedeutung, als oft angenommen:
- AG muss Mangel positiv kennen. Fahrlässige Unkenntnis genügt nicht!
- AG muss Mängel nicht „suchen“.
- Offenkundigkeit eines Mangels genügt nicht, sondern führt allenfalls zu einem Anscheinsbeweis zu Lasten des AG.

## ABNAHMEMANAGEMENT

### Sonderkonstellationen bei der Abnahme

### Abnahme nach Kündigung

- Abnahme erforderlich!
- BGH hat frühere Rechtsprechung aufgegeben.
- § 8 Abs. 6 VOB/B
- Abnahme auch bei gekündigtem BV Fälligkeitsvoraussetzung für Werklohn, arg. ex. § 641 Abs. 1 BGB.
- Abnahmereife bestimmt sich nach dem bis zur Kündigung erbrachten (unvollständigen) Teil der Werkleistung.
  - Vertragskonforme Qualität dieser Leistung ist maßgeblich.
- Hat AG Kündigung wegen §§ 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 VOB/B ausgesprochen, muss AG nicht Abnahme der mangelhaften Leistung erklären.
  - Fehlende Abnahme steht der Fälligkeit des Werklohnanspruchs nicht entgegen, weil AN Mängel nicht beseitigen darf

65

©2023 CLP Akademie

65

- Abnahme ist Hauptleistungspflicht des AG
- AG muss Mängel konkret mitteilen, um AN Gelegenheit zur Prüfung, Stellungnahme oder Beseitigung zu geben.
  - Abnahmeverweigerung mit dem bloßen Hinweis auf nicht näher bezeichnete Mängel ist unberechtigt (OLG Stuttgart, IBR 2002, 341). Endgültige unberechtigte Abnahmeverweigerung führt zum Eintritt sämtlicher Abnahmewirkungen (OLG Schleswig, IBR 2010, 561).
- Wesentliche Mängel/Restleistungen:
  - Hängt vom Umfang und Art der geschuldeten Werkleistung, insbesondere aber davon ab, ob dem Auftraggeber der Eintritt der Abnahmewirkungen zumutbar ist

66

©2023 CLP Akademie

66

### Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Mängeln:

- Umfang der Mangelbeseitigungsmaßnahmen, die Höhe der Mangelbeseitigungskosten und Auswirkungen des Mangels auf Funktionsfähigkeit der Gesamterwerkleistung
- Mehrere unwesentliche Mängel können im Einzelfall einem wesentlichen Mangel gleichstehen (str.).
- Ein wesentlicher Mangel reicht aus, um Abnahme zu verweigern (OLG Schleswig, IBR 2007, 191; BGH, IBR 1992, 351). Sicherheitsrelevante Mängel sind auch dann wesentlich, wenn die Beseitigungskosten nur sehr gering sind.
- OLG Rostock: Vertragsklausel, die bei fehlenden Unterlagen, gleich welchen Umfangs und welcher Wichtigkeit, Abnahmeverweigerung rechtfertigt, ist unwirksam. Aber: Wenn Unterlagen Mangelfreiheit erst belegen: Wesentlicher Mangel!



Schlaue Leute haben sich mit den 10 Todsünden einer Powerpoint beschäftigt.

Unter den Top 3 heißt es: Schlussfloskeln auf der letzten Folie einbauen wie

„Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!“

Soll man nicht mehr machen.

Tatsächlich weiß man auch gar nicht, ob das Publikum wirklich aufmerksam sein wird...

Besser ein einprägsamer Slogan. Ich war kreativ:

WEINE NICHT, DASS ETWAS VORBEI IST, SONDERN FREUE DICH, DASS DU ES ERLEBEN DURFTEST!

ODER:

ENDLICH GESCHAFFT!!!!

**CLP Rechtsanwälte**  
**Schmidt, Wittenberg, Scheffen & Partner mbB**  
**und**  
**CLP Akademie für Vergabe- und Baurecht**

Kennedyhaus  
Roßstraße 92  
40476 Düsseldorf

HGHI Tower (4. OG)  
Bachstraße 12  
10555 Berlin

Siegburger Straße 126  
50679 Köln

WATERMARK  
Hafenweg 22  
48155 Münster

E-Mail: [info@clp-rechtsanwaelte.de](mailto:info@clp-rechtsanwaelte.de) / [info@clp-akademie.de](mailto:info@clp-akademie.de)  
Internet: [www.clp-rechtsanwaelte.de](http://www.clp-rechtsanwaelte.de) / [www.clp-akademie.de](http://www.clp-akademie.de)



Alle clp webinare  
finden Sie auf:  
[clp-online-akademie.de](http://clp-online-akademie.de)