

# Nachträge am Bau

– Anspruchsbegründung + Berechnung –

von

**Dipl.-Ing. Manuel Biermann**

Beratender Ingenieur  
Ö. b. u. v. Sachverständiger  
für Baupreisermittlung  
und Abrechnung  
im Hoch- und Ingenieurbau,  
Bauablaufstörungen

**Dr. Olaf Hofmann**

Rechtsanwalt  
Lehrbeauftragter  
für Baurecht

4. Auflage



VOB-VERLAG VÖGEL OHG · STAMSRIED

ISBN 978-3-89650-532-3

© 2022 by Druck+Verlag Ernst Vögel, Stamsried

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung. Ohne schriftliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet, dieses urheberrechtlich geschützte Werk oder Teile daraus in einem photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren zu vervielfältigen.

Gesamtherstellung: Druck+Verlag Ernst Vögel, 93491 Stamsried

# Inhalt

Vorwort .....	IX
<b>Teil I Baurechtlicher Teil</b>	
<b>I. Die häufigsten Ursachen für Nachträge am Bau .....</b>	<b>3</b>
<b>II. Auslegungsgrundsätze zur Ermittlung eines Nachtrags .....</b>	<b>4</b>
1. Welche Rang- und Reihenfolge gilt unter den einzelnen Vertragsbestandteilen? .....	4
2. Wie sind Vertragsunterlagen auszulegen? .....	5
2.1 Handelt es sich um individuelle Vertragsbestandteile oder um AGB? .....	5
2.2 Auslegungsgrundsätze für individuell ausgehandelte Vertragsbestandteile ..	5
2.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen: Begriff und Auslegungsgrundsätze ...	6
3. Ausschreibung nach VOB/A? .....	9
<b>III. Richtet sich die Rechtslage nach der VOB/B oder nach dem BGB? ....</b>	<b>11</b>
1. Was gilt für den Abschluss eines VOB-Vertrages? .....	11
1.1 Wurde die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen? .....	11
1.2 Wurde die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen? Ist der Vertragspartner des Verwenders ein „Verbraucher“? ...	11
2. Haben die Vertragsparteien einen BGB-Bauvertrag geschlossen? .....	12
<b>IV. Welche Vertragsart wurde vereinbart? .....</b>	<b>13</b>
1. Der Einheitspreisvertrag .....	13
2. Der Pauschalvertrag .....	14
2.1 Der Detailpauschalvertrag .....	14
2.2 Der Globalpauschalvertrag .....	15
3. Der Stundenlohnvertrag .....	15
3.1 Definition .....	15
3.2 Sind die vereinbarten Stundenverrechnungssätze Festpreise? .....	15
<b>V. Die Mengenänderung .....</b>	<b>16</b>
1. Begriff der Mengenänderung .....	16
2. Die Mengenänderung bei einem VOB-Einheitspreisvertrag .....	16
2.1 Die Preisberechnung bei Mengenerhöhungen im VOB-Einheitspreisvertrag ..	17
2.2 Die Mengenminderungen im VOB-Einheitspreisvertrag (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B) .....	19
2.3 Wer trägt die Beweislast für aufgetretene Mehr- und Minderkosten? .....	20
2.4 Beispiele für unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Mengenänderungen .....	21
3. Mengenänderung beim BGB-Vertrag .....	21
4. Mengenänderung beim Pauschalvertrag .....	22

5.	Mengenänderungen bei einem Stundenlohnvertrag .....	23
6.	Mengenänderungen bei Bauverträgen mit Verbrauchern .....	25
7.	Mengenänderung bei einem Verbraucherbauvertrag .....	25
8.	Irrtum bei der Preisermittlung .....	26
<b>VI.</b>	<b>Vertragsänderungen/Zusatzleistungen .....</b>	<b>27</b>
1.	Beim VOB-Einheitspreisvertrag .....	27
1.1	Vertragsänderung oder Zusatzleistung? Ist die Abgrenzung für die Baupraxis wichtig? .....	27
1.2	Die Vertragsänderung nach VOB/B .....	28
1.3	Die Zusatzleistung im VOB-Vertrag .....	37
2.	Die Vertragsänderung/Zusatzleistung im BGB-Vertrag .....	42
2.1	Allgemein .....	42
2.2	Bauvertrag oder Werkvertrag? .....	42
2.3	Die einzelnen Schritte zur Vertragsänderung/Zusatzleistung bei einem BGB-Bauvertrag .....	43
2.4	Wie werden Abschlagszahlungen berechnet (§ 650c Abs. 3 BGB)? .....	48
2.5	§ 650d: Einstweilige Verfügung bei streitigem Anordnungsrecht .....	49
3.	Vertragsänderung/Zusatzleistung beim Pauschalvertrag .....	51
3.1	Allgemein .....	51
3.2	Handelt es sich um eine Vertragsänderung? .....	51
3.3	Wie wird bei einer Vertragsänderung der neue Pauschalpreis berechnet? ..	52
3.4	Wie ist eine Zusatzleistung beim Pauschalvertrag zu behandeln? .....	52
3.5	Unwirksame Bauvertragsklauseln zum Pauschalvertrag .....	53
4.	Die Vertragsänderung/Zusatzleistung beim Stundenlohnvertrag .....	54
4.1	BGB-Vertrag .....	54
4.2	VOB-Vertrag .....	54
5.	Die Vertragsänderung/Zusatzleistung bei Verträgen mit Verbrauchern .....	54
6.	Die Vertragsänderung/Zusatzleistung bei einem Verbraucherbauvertrag .....	55
7.	Nachträge ohne Auftrag .....	56
7.1	BGB-Vertrag .....	56
7.2	VOB-Vertrag .....	57
8.	Nachträge aufgrund von Leistungsstörungen .....	58

## Teil II Baubetrieblicher Teil

<b>XIII.</b>	<b>Nachträge beim VOB/B-Vertrag – baubetrieblicher Teil .....</b>	<b>63</b>
1.	Einleitende Anmerkungen .....	63
2.	Was sind die Grundlagen der Nachtragsberechnung? .....	63
3.	Wie können Nachtragsvereinbarungen zustande kommen? .....	68
4.	„Unbeabsichtigte“ Mengenänderungen beim Einheitspreisvertrag .....	70
4.1	Grundlagen der Berechnungsbeispiele „Mengenänderungen“ .....	72

4.2	Mengenmehrung bei Eigenleistung	74
4.2.1	Was sind „tatsächlich erforderliche Kosten“?	75
4.2.2	Wie wird der neue Preis nach altem Muster und unveränderter Bauzeit berechnet?	75
4.2.3	Wie wird der neue Preis nach altem Muster und längerer Bauzeit berechnet?	77
4.3	Mengenmehrung bei Nachunternehmereinsatz	77
4.3.1	Wie wird der neue Preis berechnet, wenn sich AG und HU über die Höhe des Zuschlags einig sind?	78
4.3.2	Wie wird der neue Preis bei gleichem Zuschlag und Unterkalkulation des NU berechnet?	78
4.3.3	Wie werden die neuen Preise berechnet, wenn der Zuschlag strittig wäre?	79
4.3.4	Wie werden die Baustellengemeinkosten berücksichtigt, wenn man den Zuschlag nicht in prozentualer Höhe ansetzen darf?	79
4.4	Mengenminderung bei einer Position	80
4.5	„0-Positionen“	81
4.6	Ausgleichsberechnung bei Mengenerhöhungen und -minderungen	82
5.	Gekündigte Leistungen	84
5.1	Möglichkeiten der (Teil-)Kündigungen	84
5.2	Wie werden gekündigte Einzelposition abgerechnet?	86
5.3	Wie berechnet man den neuen EP, wenn der AG die Materiallieferung übernimmt?	87
5.4	Gekündigte Leistungen – komplette Bau-Bereiche	87
6.	Geänderte Leistungen im Sinne § 2 Abs. 5 VOB/B	91
7.	Vertraglich nicht vorgesehene Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B)	94
8.	Nachträge beim Pauschalpreisvertrag (§ 2 Abs. 7 VOB/B)	94
<b>XIV.</b>	<b>Der Nachtrag im BGB-Vertrag aus baubetrieblicher Sicht</b>	98
1.	Was sind die kalkulatorischen Grundlagen für die Nachtragsberechnung?	98
2.	Wie kann ein Preisniveaufaktor erstellt werden?	98
3.	Beispiele zur Kostenermittlung nach § 650c BGB	99
4.	Berechnung mittels direkter Mehrkosten nach VOB/B und mittels Vertragsniveaufaktor	102
5.	Gegenüberstellung der Ergebnisse	104
<b>XV.</b>	<b>Inhalt von Stundenlohnzetteln</b>	105
<b>XVI.</b>	<b>Möglichkeiten zu Preisanpassungen (Lohn und Material) bei Einheitspreisen</b>	108
1.	Übersicht zu den Preisanpassungsmöglichkeiten	108
1.1	Bestehende Verträge und Festpreisvereinbarung	108
1.2	Vertragliche Lohn- und Stoffpreisgleitklausel	111
1.3	Nachtragsleistungen	112

1.4	Verspätete Vergabe und Bauzeitverschiebung . . . . .	112
1.5	AG-seitige Bauzeitverlängerung und Bauablaufstörungen . . . . .	112
2.	Preisanpassung mittels vertraglicher Gleitklauseln . . . . .	112
2.1	Lohnleitklausel . . . . .	112
2.1.1	Vertragliche Rahmenbedingungen der öffentlichen Hand . . . . .	113
2.1.2	Vom AG bzw. von der ausschreibenden Stelle festzulegende Angaben . . . .	115
2.1.3	Vom AN bzw. Bieter einzutragende Werte . . . . .	117
2.1.4	Eintragungen in das Formblatt . . . . .	119
2.1.5	Abrechnung der Lohnleitklausel . . . . .	120
3.	Übersicht und Inhalt von Preisindizes sowie Metallnotierungen . . . . .	121
3.1	Bau- und Immobilienpreisindex (Fachserie 17, Reihe 4) . . . . .	122
3.2	Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Fachserie 17, Reihe 2) . . .	124
3.3	Grundlagen der Stoffpreisleitklausel für Nichteisenmetalle (NEM) . . . . .	126
4.	Vereinbarung und Abrechnung von Stoffpreisleitklauseln (Formblätter 225, 225a und 228) . . . . .	127
4.1	Stoffpreisleitklausel gemäß FB 225 . . . . .	127
4.1.1	Voraussetzung für die Anwendung (Richtlinie zu 225) . . . . .	127
4.1.2	Vorgaben durch den Auftraggeber/Ausschreibenden . . . . .	128
4.1.3	Abrechnung der Gleitklausel im FB 225 . . . . .	129
4.2	Anwendung der Stoffpreis-Gleitklausel bei FB 225a . . . . .	136
4.3	Stoffpreisleitklausel gemäß FB 228 (Nichteisenmetalle) . . . . .	143
5.	Preisanpassung im Rahmen von Nachträgen . . . . .	146
6.	Preisanpassungen infolge verspäteter Vergabe verbunden mit Bauzeit- verschiebung . . . . .	146
7.	AG-seitige Bauzeitverlängerung und Bauablaufstörungen . . . . .	147

# Vorwort

Der Begriff „Nachtrag“ ist im weitesten Sinne mit „Nachforderung“ gleichzusetzen, die sich aus Mengenänderungen, Vertragsänderungen oder Zusatzleistungen bei Bauverträgen ergeben kann. Die „Nachforderung“ kann dabei nicht nur der Auftragnehmer, sondern auch der Auftraggeber stellen.

Die VOB/B sieht für Nachträge unterschiedliche Bestimmungen vor. So wird für den Nachtrag aufgrund von Mengenänderungen in § 2 Abs. 3 VOB/B zwischen „Mengenmehrung“ und „Mengenminderung“ differenziert. Die Regelungen zur Vertragsänderung finden sich in § 2 Abs. 5 VOB/B, wogegen die Zusatzleistung in § 2 Abs. 6 VOB/B behandelt wird. Demgegenüber kennt das seit dem 1. Januar 2018 gültige BGB-Bauvertragsrecht zu diesem Thema mit den §§ 650b–650e nur die „Änderung des Vertrags“, differenziert also nicht zwischen Vertragsänderung und Zusatzleistung. Für die Mengenänderung, die ohne Eingriff eines Vertragspartners in den Bauvertrag erfolgt und in § 2 Abs. 3 VOB/B geregelt ist, findet sich im BGB-Vertrag keine entsprechende Bestimmung, sodass hier keine Partei einen Anspruch auf Preisanpassung hat, wenn die tatsächliche Menge von der dem Vertrag zugrunde gelegten, geschätzten Menge abweicht. Fehlt hier im BGB-Bauvertrag eine zwischen den Vertragspartnern vereinbarte „Spezialregelung“, so kommen im Einzelfall (bei grob abweichenden Mengen) Preisanpassungsansprüche nur nach den Grundsätzen zur „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) in Betracht.

Seit Inkrafttreten des BGB-Bauvertragsrechts gehört das Thema „Nachträge am Bau“ zu den schwierigsten baurechtlichen Themen. Dies vornehmlich deshalb, weil die BGB-Regelung zur Änderung des Vertrags von den entsprechenden VOB-Regelungen deutlich abweicht. Weil aber das BGB und seine Rechtsgedanken Richtmaß für die Angemessenheit von Vertragsklauseln ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), muss nun sorgfältig geprüft werden, ob die entsprechenden vom BGB abweichenden VOB-Regelungen als gültige oder ungültige Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zu werten und somit durch die „passende“ BGB-Regelung zu ersetzen sind (§ 306 Abs. 2 BGB). Dabei ist festzuhalten, dass das neue BGB-Vertragsänderungsrecht insgesamt recht kompliziert und für die Baupraxis daher nicht besonders geeignet ist.

Umso wichtiger ist es, dass das vorliegende Buch in seinem zweiten – betriebswirtschaftlichen – Teil ausführlich und praxisnah darstellt, wie der von einem Vertragspartner beanspruchte Nachtrag zu beurteilen und zu berechnen ist. Für die Preisanpassung durch vereinbarte Preisgleitklauseln der öffentlichen Hand mittels der Formblätter 224, 225 sowie 225a werden Berechnungsbeispiele aufgezeigt.

München, im Oktober 2022

**Die Autoren**

Teil I  
Baurechtlicher Teil



## I. Die häufigsten Ursachen für Nachträge am Bau

Die bei Bauverträgen vereinbarten Preise sind grundsätzlich Festpreise. Der Kunde (Auftraggeber) darf somit erwarten, dass exakt zu den Preisen abgerechnet wird, die die Vertragspartner im Bauvertrag vereinbart haben. Dabei ist gleichgültig, um welchen Vertragstyp es sich handelt, ob also Einheitspreise, Pauschalpreise oder Stundenverrechnungssätze vereinbart sind.

Kommt es allerdings zu Mengenänderungen, zu Änderungen der vereinbarten Leistung oder treten Leistungsstörungen ein, so hat dies naturgemäß Einfluss auf die vereinbarten Preise, die Vertragspartner können dann zu Preisanpassungen berechtigt bzw. verpflichtet sein.

Die Ursachen für Nachträge sind vielfältig. Häufig ist eine nicht ausgereifte Planung hierfür verantwortlich. Es können sich aber auch die Regeln der Technik ändern, oder die öffentlich-rechtlichen Genehmigungsbehörden verlangen „Nachbesserungen“.

**Nachträge aufgrund von Leistungsstörungen** sind nicht Gegenstand des vorliegenden Buches und werden hier nur kurz angesprochen. Insoweit wird auf das Buch „Bauzeit und Behinderung“ von Biermann/Frikell/Hofmann verwiesen.

## II. Auslegungsgrundsätze zur Ermittlung eines Nachtrags

### 1. Welche Rang- und Reihenfolge gilt unter den einzelnen Vertragsbestandteilen?

Bauvertragsunterlagen sind häufig sehr umfangreich und gliedern sich in unterschiedliche Vertragsteile, zum Beispiel: Verhandlungsprotokoll, Leistungsverzeichnis, Pläne, Besondere Vertragsbedingungen, Zusätzliche Vertragsbedingungen, VOB/B. Nicht selten sind dabei Widersprüche zwischen den einzelnen Vertragsteilen festzustellen, sodass zur Ermittlung eines Nachtrags erforderlich ist, die korrekte Rang- und Reihenfolge der Vertragsteile sowie deren rechtliche „Qualität“ zu bestimmen.

In den meisten Verträgen finden sich dazu ausdrückliche Regelungen zu deren Festlegung.

#### Beispiel:

*„Die einzelnen Vertragsbestandteile dieses Vertrages gelten in folgender Rang- und Reihenfolge*

1. Dieser Vertrag
2. Angebot vom ...
3. Verhandlungsprotokoll vom ...“

Damit können mögliche Widersprüche zwischen einzelnen Vertragsbestandteilen aufgelöst werden.

Fehlt in einem Vertrag eine solche Regelung, müssen Widersprüche auf andere Weise aufgelöst werden:

#### Beispiel:

*Im Leistungsverzeichnis ist festgelegt, dass die Fliesen „türhoch“ zu verlegen sind. Nach den bei Vertragsschluss vom Auftraggeber übergebenen Plänen ist deckenhohe Verlegung vorgesehen.*

Für solche Widersprüche innerhalb eines Vertragswerks stellt die VOB/B in § 1 Abs. 2 eine entsprechende Regelung auf und lässt sich dabei von dem Grundsatz leiten:

**„Das Speziellere geht dem Allgemeineren vor.“**

Danach stehen bei Widersprüchen innerhalb des Vertragswerks die Aussagen in der **Leistungsbeschreibung an erster Rangstelle**. Unter dem Begriff „Leistungsbeschreibung“ versteht man dabei nicht nur das „Leistungsverzeichnis“, sondern alle Vertragsteile, wie z. B. die Ausführungspläne, die die geschuldete Leistung beschreiben.

Befinden sich zwischen Plänen und Leistungsverzeichnis **Widersprüche**, so gilt auch hier der Grundsatz, wonach das Speziellere dem Allgemeineren vorgeht.

Der **Leistungsbeschreibung** kommt **gegenüber den Plänen** jedenfalls dann eine größere Bedeutung als den Plänen zu, „wenn sich die Pläne nicht im Detail an dem angebotenen Bauvorhaben orientieren.“<sup>1)</sup>

Welche Rangfolge zwischen den einzelnen Vertragsbestandteilen besteht, ist also Sache des Einzelfalles. Im Allgemeinen genießen die Pläne den Vorrang, wenn sie detaillierter als das Leistungsverzeichnis gefasst sind.

Auch generell ist zu beachten, dass das Leistungsverzeichnis nicht zwingend die „speziellere“ Regelung sein muss. **Häufig findet sich zum Beispiel in den technischen Vorbemerkungen eine genauere Beschreibung der zu erbringenden Vertragsleistung. Das ist dann vorrangig vor den einschlägigen LV-Positionen zu beachten.**

**Befinden sich innerhalb gleichrangiger Vertragsteile widersprüchliche Aussagen**, und löst der Verfasser dies nicht vor Vertragsschluss auf, trägt er das damit verbundene Risiko, demgemäß gehen Unklarheiten dann zu seinen Lasten.

**Beispiel:**

*Der vom Auftraggeber gefertigte Vertrag beinhaltet den Bau einer Aufzugsanlage, über deren Ausführung das Leistungsverzeichnis (LV) widersprüchliche Angaben macht. Unter Nummer 3.4.3.4 des Leistungsverzeichnisses ist geregelt, dass „alle Aufzüge als vollverglaste Fahrkörbe und Aufzugsschächte zu konzipieren sind“. In Nummer 7.16 des LV ist dagegen für die Aufzugskabinen bestimmt: „voll verglaste Aufzugstüren, Wandverkleidungen zum Teil aus Stahl, teilweise verspiegelte Innenseiten“.*

Der Auftragnehmer schuldet hier nur die für ihn günstigere Variante der Nummer 7.16.

## **2. Wie sind Vertragsunterlagen auszulegen?**

### **2.1 Handelt es sich um individuelle Vertragsbestandteile oder um AGB?**

Bei der Auslegung widersprüchlicher Vertragsteile ist zwischen individuellen Vertragsteilen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu unterscheiden. Dabei genießen Individualvereinbarungen stets Vorrang vor AGB (siehe § 305b BGB). Individualvereinbarungen sind solche, die von beiden Seiten nach inhaltlicher Auseinandersetzung ausgehandelt und beiderseitig akzeptiert wurden.

### **2.2 Auslegungsgrundsätze für individuell ausgehandelte Vertragsbestandteile**

**Finden sich in individuell ausgehandelten Vertragsbestandteilen Unklarheiten, bestehen also** mehrere Auslegungsmöglichkeiten einer Vertragserklärung, so bestimmen die §§ 133, 157 BGB, dass die „objektive, sich aus der Sicht des Empfängers nach Treu

---

<sup>1)</sup> OLG Celle, Urteil vom 02. 10. 2019 – Az.: 14 U171/18.

und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte ergebende Bedeutung“ maßgeblich ist,<sup>2)</sup>

**Beispiel:**

Die Position aus dem Leistungsverzeichnis des Auftraggebers lautet:

„Farbton der Türen uni, nach Wahl des AG.“

*Bei Vertragsdurchführung wünscht der AG keine der vorhandenen Standard-, sondern aufwendig herzustellende „Sonderfarben“. Liegt hierin eine vergütungspflichtige Vertragsänderung?*

Es kommt dabei entscheidend auf den sogenannten **Empfängerhorizont** der potenziellen Bieter an, also darauf, wie die Klausel objektiv aus deren Sicht nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auszulegen ist (§§ 133, 157 BGB).

**Im Beispiel** musste der AN nur mit Standardfarben rechnen, hat also Anspruch auf eine höhere Vergütung für die verlangten Sonderfarben und zwar nach den Grundsätzen einer Vertragsänderung.<sup>3)</sup>

### 2.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen: Begriff und Auslegungsgrundsätze

Im Gegensatz zu individuellen Vertragsbedingungen unterliegen sogenannte AGB einer strengen gesetzlichen Wirksamkeitskontrolle. Auch gelten für AGB besondere Einbeziehungs- und Auslegungsgrundsätze, die §§ 305 ff. BGB zu entnehmen sind. Dabei haben individuelle Vertragsteile stets Vorrang vor AGB (§ 305b BGB).

In § 305 Abs. 1 Satz 1–3 BGB wird der **Begriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“** erläutert:

*Danach sind dies „alle für eine **Vielzahl** von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages **stellt**. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.“*

- Eine Vorformulierung für eine „**Vielzahl**“ von Anwendungsfällen ist schon dann anzunehmen, wenn die mindestens dreimalige Verwendung von Klauseln **beabsichtigt** ist.<sup>4)</sup>

Das „Vielzahlkriterium“ ist somit auch dann erfüllt, wenn eine Klausel bisher nur einmal verwendet wurde, jedoch für eine Vielfachverwendung aufgestellt worden ist.

---

<sup>2)</sup> BGHZ 36, S. 33 ff.

<sup>3)</sup> OLG Köln – Az.: 20 U 259/90; BGH – Az.: VII ZR 264/95.

<sup>4)</sup> BGH – Az.: VII ZR 318/95.

### Fall:

Der Auftraggeber lässt seine Vertragsbedingungen neu fassen, die offenkundig für eine Mehrfachverwendung bestimmt sind (Beispiel: „Besondere Vertragsbedingungen, Fassung 2022“).

- Diese AGB sind „gestellt“, falls kein Aushandeln vorausgegangen ist.

**Durch ein echtes „Aushandeln“ können AGB aber zu wirksamen Individualvereinbarungen werden** (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Die Rechtsprechung stellt hohe Ansprüche an ein „Aushandeln“. Der die AGB verwendende Vertragspartner muss seinen Vertragsinhalt „ernsthaft zu Disposition“ stellen und dem anderen eine „reale Gestaltungsfreiheit“ zur Wahrung eigener Rechte einräumen.<sup>5)</sup>

### Fall:

Die vorformulierte Vertragsstrafeklausel des Auftraggebers lautet: „Für jeden Tag des Verzugs zahlt der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe von 0,2 % der Auftragssumme.“

Die Klausel sieht keine angemessene Obergrenze für die Vertragsstrafe vor. Sie ist daher nach einhelliger Rechtsprechung unwirksam.<sup>6)</sup>

Fragt der Auftraggeber den Auftragnehmer vor Vertragsschluss, ob er mit der Klausel einverstanden sei, und der Auftragnehmer dies bejaht, genügt dies für ein „Aushandeln“ allerdings nicht.

Für die Praxis ist davon auszugehen, dass in aller Regel nur dann eine Umwandlung einer AGB-Klausel in eine Individualvereinbarung stattfindet, wenn die gestellte Klausel auf Wunsch des Vertragspartners **auch tatsächlich abgeändert** wird. „Allenfalls unter besonderen Umständen kann ein Vertrag auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei der gestellten Klausel bleibt.“<sup>7)</sup>

### a) Welche „üblichen“ Vertragsteile im Bauvertrag sind „AGB“?

Fast sämtliche im Zusammenhang mit Bauverträgen verwendeten vorformulierten Vertragsbestandteile stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, wie

- „Besondere Vertragsbedingungen“
- „Zusätzliche Vertragsbedingungen“
- „Zusätzliche technische Vorschriften“
- VOB/B
- die ATV (VOB/C), soweit sie keine technischen Sachverhalte wiedergeben und somit in den Abschnitten 4 und 5 der ATV.

Bei diesen Regelungen handelt es sich um vertragsrechtliche Bestimmungen im Sinne von §§ 305 ff. BGB; sie unterliegen damit der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.<sup>8)</sup>

<sup>5)</sup> BGH vom 03. 11. 1999 – Az.: VIII ZR 269/98.

<sup>6)</sup> Siehe „Unwirksame Bauvertragsklauseln“ von Hofmann/Frikell/Schwamb, 12. Aufl., S. 293 ff.

<sup>7)</sup> BGH vom 22. 11. 2012 – Az.: VII ZR 222/12.

<sup>8)</sup> BGH vom 17. 06. 2004, IBR 2004, S. 487.