

Katrin Rohr-Suchalla

# VOB/Basiswissen für aufachleute

2., überarbeitete und aktualisierte Auflage



Fraunhofer IRB Verlag

Katrin Rohr-Suchalla

## **VOB/B – Basiswissen für Baufachleute**



Katrin Rohr-Suchalla

# **VOB/B – Basiswissen für Baufachleute**

2., überarbeitete Auflage

Fraunhofer IRB Verlag

## Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.dnb.de> abrufbar.

ISBN (Print): 978-3-8167-8675-7

ISBN (E-Book): 978-3-8167-8774-7

Layout: Mitterweger & Partner, Plankstadt

Satz: Laura Schweiger

Umschlaggestaltung: Martin Kjer, Fraunhofer IRB Verlag

Druck: Druckerei & Verlag, Steinmeier, Deiningen

© by Fraunhofer IRB Verlag, 2013

Fraunhofer-Informationszentrum Raum und Bau IRB

Postfach 80 04 69, 70504 Stuttgart

Telefon (0711) 970-2500

Telefax (0711) 970-2508

E-Mail [irb@irb.fraunhofer.de](mailto:irb@irb.fraunhofer.de)

<http://www.baufachinformation.de>

Alle Rechte vorbehalten

Dieses Werk ist einschließlich aller seiner Teile urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die über die engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes hinausgeht, ist ohne schriftliche Zustimmung des Fraunhofer IRB Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Speicherung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Warenbezeichnungen und Handelsnamen in diesem Buch berechtigt nicht zu der Annahme, dass solche Bezeichnungen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und deshalb von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien (z.B. DIN, VDI, VDE) Bezug genommen oder aus ihnen zitiert werden, kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.

---

# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis .....  | 10        |
| <b>Teil I Die VOB/B im Volltext .....</b>                                      | <b>11</b> |
| <b>Teil II Vertragsarten .....</b>   | <b>27</b> |
| 1 Einführung .....   | 27        |
| 2 Der Einheitspreisvertrag .....   | 28        |
| 2.1 Allgemeines .....  | 28        |
| 2.2 Abrechnung .....   | 28        |
| 2.3 Mengenänderungen .....   | 29        |
| 2.4 Nebenleistungen/Besondere Leistungen .....                                 | 33        |
| 2.5 Leistungsänderungen gem. § 2 Abs. 5 VOB/B .....                            | 34        |
| 2.6 Zusätzliche Leistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B .....                         | 38        |
| 2.7 Gegenüberstellung der Leistungsänderung und zusätzlicher Leistungen .....  | 40        |
| 3 Der Pauschalpreisvertrag .....   | 41        |
| 3.1 Allgemeines .....  | 41        |
| 3.2 Detail-Pauschalpreisvertrag .....  | 42        |
| 3.3 Global-Pauschalpreisvertrag .....  | 42        |
| 3.4 Mischformen .....  | 43        |
| 3.5 Schlüsselfertigkeitsklauseln .....   | 43        |
| 3.6 Komplettheitsklauseln/Vollständigkeitsklauseln/Frage der Wirksamkeit ..... | 43        |
| 3.7 § 2 Abs. 7 VOB/B .....   | 44        |
| 3.8 Leistungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B .....                              | 45        |
| 3.9 Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B .....                               | 46        |
| 4 Stundenlohnvertrag/Stundenlohnarbeiten .....                                 | 48        |
| 4.1 Allgemeines .....  | 48        |
| 4.2 Ausdrückliche Vereinbarung gem. § 2 Abs. 10 VOB/B .....                    | 48        |
| 4.3 Vereinbarung und Abrechnung der Höhe nach (§ 15 VOB/B) .....               | 49        |
| 4.4 Rechtsprechung .....   | 50        |
| 4.5 Zusammenfassung .....  | 52        |
| 5 Selbstkostenerstattungsvertrag .....   | 53        |
| <b>Teil III Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bauvertrag .....</b>            | <b>55</b> |
| 1 Allgemeines .....  | 55        |
| 2 Begriff und Voraussetzungen von AGB .....                                    | 55        |
| 3 VOB/B als AGB .....  | 56        |
| 3.1 Verwendung von AGB gegenüber Verbrauchern .....                            | 56        |
| 3.2 Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern .....                            | 57        |
| 3.3 Folgen der Unwirksamkeit einer Klausel .....                               | 57        |
| 3.4 Rechtsprechung zu ausgewählten typischen Klauseln .....                    | 58        |

|   |    |
|---|----|
| <b>Teil IV Kündigung des Bauvertrages</b> .....                             | 63 |
| 1 Einführung .....  | 63 |
| 2 Kündigung durch den Auftragnehmer .....                                   | 63 |
| 2.1 Einführung .....  | 63 |
| 2.2 § 9 VOB/B .....   | 64 |
| 2.3 § 648a BGB .....  | 65 |
| 2.4 § 6 Abs. 7 VOB/B .....  | 65 |
| 3 Kündigung durch den Auftraggeber .....                                    | 66 |
| 3.1 Einführung .....  | 66 |
| 3.2 Einfache Kündigung durch den Auftraggeber .....                         | 66 |
| 3.3 Kündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B .....                                   | 67 |
| 3.4 Kündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B .....                             | 67 |
| 4 Abrechnung nach Kündigung .....   | 67 |
| 4.1 Abrechnungsverhältnis .....   | 67 |
| 4.2 Abrechnung .....  | 68 |
| 4.3 Abrechnung der Vergütung für erbrachte Leistungen .....                 | 69 |
| 4.4 Abrechnung der Vergütung für die noch nicht erbrachten Leistungen ..... | 70 |
| <b>Teil V Abnahme</b> .....   | 73 |
| 1 Allgemeines .....   | 73 |
| 2 Abnahmearten .....  | 74 |
| 2.1 Abnahmeverlangen des Auftragnehmers (§ 12 Abs. 1 VOB/B) .....           | 74 |
| 2.2 Teilabnahme (§ 12 Abs. 2 VOB/B) .....                                   | 75 |
| 2.3 Förmliche Abnahme (§ 12 Abs. 4 VOB/B) .....                             | 75 |
| 2.4 Fiktive Abnahme (§ 12 Abs. 5 VOB/B) .....                               | 76 |
| 2.5 Abnahmefiktion gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB .....                      | 76 |
| 3 Zusammenfassung .....   | 77 |
| <b>Teil VI Gefahrübergang/Gefahrtragung</b> .....                           | 81 |
| 1 Gefahrübergang .....  | 81 |
| 2 Gefahrtragung .....   | 81 |
| 2.1 Allgemeines .....   | 81 |
| 2.2 BGB-Vertrag .....   | 81 |
| 2.3 VOB/B-Vertrag .....   | 82 |
| 3 Zusammenfassung .....   | 83 |
| <b>Teil VII Haftung gemäß § 10 VOB/B</b> .....                              | 85 |
| 1 Allgemeines .....   | 85 |
| 2 § 10 Abs. 1 VOB/B .....   | 85 |
| 3 § 10 Abs. 2 VOB/B .....   | 85 |
| 4 § 10 Abs. 3 VOB/B .....   | 86 |
| 5 § 10 Abs. 4 VOB/B .....   | 86 |
| 6 § 10 Abs. 5 VOB/B .....   | 87 |

|  |  |           |
|--|--|-----------|
| 7  | § 10 Abs. 6 VOB/B .....  | 87        |
| 8  | Zusammenfassung .....  | 88        |
| <b>Teil VIII Gewährleistung nach der VOB/B .....</b> |  | <b>89</b> |
| 1  | Einführung .....   | 89        |
| 2  | Vorliegen eines Mangels .....  | 89        |
| 2.1  | Mangelbegriff (§ 13 Abs. 1 VOB/B) .....  | 89        |
| 2.1.1  | Vertraglich vereinbarte Beschaffenheit .....   | 89        |
| 2.1.2  | Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik .....   | 89        |
| 2.2  | Haftungsbefreiung nach § 13 Abs. 3 VOB/B .....   | 90        |
| 2.2.1  | Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 VOB/B .....  | 90        |
| 2.2.2  | Mangel der Leistungsbeschreibung .....   | 91        |
| 2.2.3  | Mangel durch Anordnung des Auftraggebers .....   | 91        |
| 2.2.4  | Durch vom Auftraggeber gelieferte Stoffe oder Bauteile entstandener Mangel .....                       | 91        |
| 2.2.5  | Durch vom Auftraggeber vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile entstandener Mangel .....                  | 91        |
| 2.2.6  | Durch die Vorleistung eines anderen Unternehmens entstandener Mangel .....                             | 91        |
| 2.2.7  | Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B .....   | 92        |
| 2.2.8  | Darlegungs- und Beweislast .....   | 93        |
| 2.3  | Zusammenfassung .....  | 94        |
| 3  | § 4 Abs. 6 VOB/B .....   | 95        |
| 4  | Mangelbeseitigungsansprüche vor Abnahme gem. § 4 Abs. 7 VOB/B .....                                    | 95        |
| 4.1  | Einführung .....   | 95        |
| 4.2  | Der Mangelbeseitigungsanspruch gem. § 4 Abs. 7 VOB/B .....   | 96        |
| 4.3  | Sonstige Ansprüche des Auftraggebers nach § 4 Abs. 7 VOB/B .....                                       | 97        |
| 4.3.1  | Anspruchsvoraussetzungen .....   | 97        |
| 4.3.2  | Rechtsfolgen .....   | 98        |
| 5  | Gewährleistungsansprüche nach § 13 Abs. 5–7 VOB/B .....  | 100       |
| 5.1  | Einführung .....   | 100       |
| 5.2  | Ansprüche nach § 13 Abs. 5 VOB/B .....   | 100       |
| 5.2.1  | Mangelbeseitigungsaufforderung .....   | 100       |
| 5.2.2  | Selbsthilferecht des Auftraggebers gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B .....                                  | 102       |
| 5.3  | Minderungsanspruch gem. § 13 Abs. 6 VOB/B .....  | 102       |
| 5.4  | Zusätzlicher Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 VOB/B .....                                       | 103       |
| 5.4.1  | Einführung .....   | 103       |
| 5.4.2  | Kleiner Schadensersatzanspruch (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B) .....                                    | 103       |
| 5.4.3  | Großer Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B .....                                  | 105       |
| 5.4.4  | Zusammenfassung .....  | 106       |
| 6  | Vorteilsausgleichung und Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Auftraggebers gem. § 254 BGB ..... | 107       |
| 6.1  | Sowieso-Kosten .....   | 107       |

|        |  |            |
|--------|--|------------|
| 6.2    | So genannter »Abzug Neu für Alt« .....   | 108        |
| 6.3    | Sonstige Vorteilsausgleichung .....  | 108        |
| 6.4    | Berücksichtigung eines Mitverschuldens und Schadens<br>minderungspflicht des Auftraggebers gemäß § 254 BGB ..... | 109        |
| 6.5    | Berücksichtigung einer Vorteilsausgleichung und eines<br>mitwirkenden Verschuldens .....                         | 109        |
| 7      | Verjährung .....   | 109        |
| 7.1    | Verjährungsfrist gem. § 13 Abs. 4 VOB/B sowie abweichende<br>vertragliche Vereinbarung .....                     | 109        |
| 7.2    | Regelfrist gem. § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 i.V.m. § 13 Abs. 4 VOB/B .....  | 110        |
| 7.3    | Hemmungstatbestände .....  | 111        |
| 7.4    | Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung .....   | 113        |
| 7.5    | Arglist .....  | 113        |
|        | <b>Teil IX Vertragliche und gesetzliche Sicherheiten im Baurecht .....</b>                                       | <b>115</b> |
| 1      | Allgemeines .....  | 115        |
| 2      | Sicherheiten für den Auftragnehmer .....   | 115        |
| 2.1    | Einführung .....   | 115        |
| 2.2    | § 648a BGB .....   | 116        |
| 2.2.1  | Einführung .....   | 116        |
| 2.2.2  | Anspruchsberechtigte gem. § 648 a Abs. 1 BGB .....   | 117        |
| 2.2.3  | Höhe der Sicherheitsleistung .....   | 117        |
| 2.2.4  | Angemessene Frist .....  | 120        |
| 2.2.5  | Sicherungsmittel .....   | 120        |
| 2.2.6  | Kein Ausschluss gem. § 648 a Abs. 6 BGB .....  | 121        |
| 2.2.7  | Unwirksamkeit von entgegenstehenden Vereinbarungen .....   | 121        |
| 2.2.8  | Rechtsfolgen einer nicht rechtzeitig oder nicht gestellten Sicherheit .....                                      | 121        |
| 2.2.9  | Avalkosten .....   | 121        |
| 2.2.10 | Anwendbarkeit des § 648 a BGB nach Abnahme .....   | 122        |
| 2.2.11 | Zusammenfassung .....  | 123        |
| 2.3    | Eintragung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB .....   | 124        |
| 2.4    | Zahlungsbürgschaften .....   | 125        |
| 3      | Sicherheiten für den Auftraggeber .....  | 126        |
| 3.1    | Einführung .....   | 126        |
| 3.2    | Vorauszahlungsbürgschaft .....   | 126        |
| 3.2    | § 16 Abs. 2 VOB/B .....  | 126        |
| 3.3    | Vertragserfüllungssicherheit .....   | 127        |
| 3.3.1  | Einführung .....   | 127        |
| 3.3.2  | Arten der Sicherheitsleistung nach Wahl des Auftragnehmers .....   | 128        |
| 3.3.3  | Beschränkung der Austauschmöglichkeit .....  | 129        |
| 3.3.4  | Besonderheiten beim Austausch .....  | 130        |
| 3.3.5  | Zweck und Höhe der Sicherheitsleistung .....   | 130        |
| 3.3.6  | Rückgabe der Sicherheit .....  | 131        |
| 3.3.7  | Zusammenfassung .....  | 132        |

|  |            |
|--|------------|
| 3.4 Gewährleistungssicherheit .....  | 133        |
| 3.4.1 Einführung .....   | 133        |
| 3.4.2 Höhe der Gewährleistungssicherheit .....   | 133        |
| 3.4.3 Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern .....                 | 133        |
| 3.4.4 Umfang der Haftung .....   | 134        |
| 3.4.5 Rückgabe .....   | 134        |
| 3.4.6 Zusammenfassung .....  | 136        |
| <b>Teil X Der gestörte Bauablauf .....</b>   | <b>137</b> |
| 1 Einleitung .....   | 137        |
| 1.1 Allgemeines .....  | 137        |
| 1.2 Störungen/Behinderungen des Bauablaufs .....   | 138        |
| 2.1 Problematik und Schwierigkeit des gestörten Bauablaufs .....                             | 139        |
| 2.2 Ansprüche des Auftragnehmers auf der Basis von<br>Nachträgen/Mengenmehrungen .....       | 140        |
| 2.3 Beschleunigungsanordnung/Anordnung in zeitlicher<br>Hinsicht gem. § 2 Abs. 5 VOB/B ..... | 140        |
| 2.4 Ansprüche wegen Behinderungen gem. § 6 VOB/B .....                                       | 142        |
| 2.4.1 Voraussetzungen .....  | 142        |
| 2.4.2 Rechtsfolgen .....   | 144        |
| 2.4.3 Bauzeitverlängerungsanspruch/Fortführungsverpflichtung .....                           | 144        |
| 2.4.4 Schadensersatzanspruch gem. § 6 Abs. 6 VOB/B .....                                     | 148        |
| 2.5 Abrechnung gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B .....  | 151        |
| 2.6 Kündigung und Abrechnung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B .....                                    | 152        |
| 2.7 Ansprüche gemäß § 642 BGB .....  | 153        |
| 3 Ansprüche des Auftraggebers .....  | 154        |
| 3.1 Allgemeines .....  | 154        |
| 3.2 Übersichtsdarstellung der Ansprüche des Auftraggebers .....                              | 154        |
| 3.3 Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ansprüchen nach § 5 Abs. 4 VOB/B .....              | 156        |
| 3.4 § 4 Abs. 7 VOB/B .....   | 157        |
| 3.5 Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B .....   | 158        |
| 3.6 Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B .....   | 158        |
| Quellenverzeichnis .....   | 159        |
| Stichwortverzeichnis .....   | 160        |

---

## Abkürzungsverzeichnis

|           |  |
|-----------|--|
| AG        | Auftraggeber   |
| AGB       | Allgemeine Geschäftsbedingungen                                |
| AN        | Auftragnehmer  |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGH       | Bundesgerichtshof  |
| d.h.      | das heißt  |
| DIN       | Deutsche Industrienorm   |
| GoA       | Geschäftsführung ohne Auftrag                                  |
| GU        | Generalunternehmer   |
| Nr.       | Nummer   |
| NU        | Nachunternehmer  |
| OLG       | Oberlandesgericht  |
| RG        | Reichsgericht  |
| TA Luft   | Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft                  |
| UVV       | Unfallverhütungsvorschriften                                   |
| VOB/A/B/C | Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, Teil B und Teil C |
| z.B.      | zum Beispiel   |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung   |

---

# Teil I Die VOB/B im Volltext

## Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen

### Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

in der Ausgabe 2012 vom 26. Juni 2012 (BArz. AT 13.07.2012 B3)

#### § 1 Art und Umfang der Leistung

- (1) Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrags 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 anzutragen, 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.

#### § 2 Vergütung

- (1) Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen abgegolten, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören.
- (2) Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z.B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist.
- (3) 1. Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 v. H. von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis.  
2. Für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

3. Bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.
  4. Sind von der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung andere Leistungen abhängig, für die eine Pauschalsumme vereinbart ist, so kann mit der Änderung des Einheitspreises auch eine angemessene Änderung der Pauschalsumme gefordert werden.
- (4) Werden im Vertrag ausbedogene Leistungen des Auftragnehmers vom Auftraggeber selbst übernommen (z.B. Lieferung von Bau-, Bauhilfs- und Betriebsstoffen), so gilt, wenn nichts anderes vereinbart wird, § 8 Absatz 1 Nummer 2 entsprechend.
- (5) Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.
- (6) 1. Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.  
2. Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.
- (7) 1. Ist als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart, so bleibt die Vergütung unverändert. Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 313 BGB), so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.  
2. Die Regelungen der Absatz 4, 5 und 6 gelten auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme.  
3. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gelten die Nummern 1 und 2 auch für Pauschalsummen, die für Teile der Leistung vereinbart sind; Absatz 3 Nummer 4 bleibt unberührt.
- (8) 1. Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, werden nicht vergütet. Der Auftragnehmer hat sie auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen; sonst kann es auf seine Kosten geschehen. Er haftet außerdem für andere Schäden, die dem Auftraggeber hieraus entstehen.  
2. Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt. Eine Vergütung steht ihm auch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Soweit dem Auftragnehmer

- eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Absätze 5 oder 6 entsprechend.
3. Die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bleiben unberührt.
  - (9) 1. Verlangt der Auftraggeber Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte, nicht zu beschaffen hat, so hat er sie zu vergüten.  
2. Lässt er vom Auftragnehmer nicht aufgestellte technische Berechnungen durch den Auftragnehmer nachprüfen, so hat er die Kosten zu tragen.
  - (10) Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind (§ 15).

### § 3 Ausführungsunterlagen

- (1) Die für die Ausführung nötigen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben.
- (2) Das Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlagen, ebenso der Grenzen des Geländes, das dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt wird, und das Schaffen der notwendigen Höhenfestpunkte in unmittelbarer Nähe der baulichen Anlagen sind Sache des Auftraggebers.
- (3) Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Geländeaufnahmen und Absteckungen und die übrigen für die Ausführung übergebenen Unterlagen sind für den Auftragnehmer maßgebend. Jedoch hat er sie, soweit es zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung gehört, auf etwaige Unstimmigkeiten zu überprüfen und den Auftraggeber auf entdeckte oder vermutete Mängel hinzuweisen.
- (4) Vor Beginn der Arbeiten ist, soweit notwendig, der Zustand der Straßen und Geländeoberfläche, der Vorfluter und Vorflutleitungen, ferner der baulichen Anlagen im Baubereich in einer Niederschrift festzuhalten, die vom Auftraggeber und Auftragnehmer anzuerkennen ist.
- (5) Zeichnungen, Berechnungen, Nachprüfungen von Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach dem Vertrag, besonders den Technischen Vertragsbedingungen, oder der gewerblichen Verkehrssitte oder auf besonderes Verlangen des Auftraggebers (§ 2 Absatz 9) zu beschaffen hat, sind dem Auftraggeber nach Aufforderung rechtzeitig vorzulegen.
- (6) 1. Die in Absatz 5 genannten Unterlagen dürfen ohne Genehmigung ihres Urhebers nicht veröffentlicht, vervielfältigt, geändert oder für einen anderen als den vereinbarten Zweck benutzt werden.  
2. An DV-Programmen hat der Auftraggeber das Recht zur Nutzung mit den vereinbarten Leistungsmerkmalen in unveränderter Form auf den festgelegten Geräten. Der Auftraggeber darf zum Zwecke der Datensicherung zwei Kopien herstellen. Diese müssen alle Identifikationsmerkmale enthalten. Der Verbleib der Kopien ist auf Verlangen nachzuweisen.  
3. Der Auftragnehmer bleibt unbeschadet des Nutzungsrechts des Auftraggebers zur Nutzung der Unterlagen und der DV-Programme berechtigt.

## § 4 Ausführung

- (1)
  1. Der Auftraggeber hat für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer zu regeln. Er hat die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse - z.B. nach dem Baurecht, dem Straßenverkehrsrecht, dem Wasserrecht, dem Gewerberecht - herbeizuführen.
  2. Der Auftraggeber hat das Recht, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung zu überwachen. Hierzu hat er Zutritt zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, wo die vertragliche Leistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Stoffe und Bauteile gelagert werden. Auf Verlangen sind ihm die Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen sowie die Ergebnisse von Güteprüfungen zur Einsicht vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, wenn hierdurch keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben werden. Als Geschäftsgeheimnis bezeichnete Auskünfte und Unterlagen hat er vertraulich zu behandeln.
  3. Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Absatz 2) Anordnungen zu treffen, die zur vertragsgemäßen Ausführung der Leistung notwendig sind. Die Anordnungen sind grundsätzlich nur dem Auftragnehmer oder seinem für die Leitung der Ausführung bestellten Vertreter zu erteilen, außer wenn Gefahr im Verzug ist. Dem Auftraggeber ist mitzuteilen, wer jeweils als Vertreter des Auftragnehmers für die Leitung der Ausführung bestellt ist.
  4. Hält der Auftragnehmer die Anordnungen des Auftraggebers für unberechtigt oder unzweckmäßig, so hat er seine Bedenken geltend zu machen, die Anordnungen jedoch auf Verlangen auszuführen, wenn nicht gesetzliche oder behördliche Bestimmungen entgegenstehen. Wenn dadurch eine ungerechtfertigte Erschwerung verursacht wird, hat der Auftraggeber die Mehrkosten zu tragen.
- (2)
  1. Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten. Es ist seine Sache, die Ausführung seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen.
  2. Er ist für die Erfüllung der gesetzlichen, behördlichen und berufsgenossenschaftlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern allein verantwortlich. Es ist ausschließlich seine Aufgabe, die Vereinbarungen und Maßnahmen zu treffen, die sein Verhältnis zu den Arbeitnehmern regeln.
- (3) Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.
- (4) Der Auftraggeber hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, dem Auftragnehmer unentgeltlich zur Benutzung oder Mitbenutzung zu überlassen:
  1. die notwendigen Lager- und Arbeitsplätze auf der Baustelle,
  2. vorhandene Zufahrtswege und Anschlussgleise,

3. vorhandene Anschlüsse für Wasser und Energie. Die Kosten für den Verbrauch und den Messer oder Zähler trägt der Auftragnehmer, mehrere Auftragnehmer tragen sie anteilig.
- (5) Der Auftragnehmer hat die von ihm ausgeführten Leistungen und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Auf Verlangen des Auftraggebers hat er sie vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen, ferner Schnee und Eis zu beseitigen. Obliegt ihm die Verpflichtung nach Satz 2 nicht schon nach dem Vertrag, so regelt sich die Vergütung nach § 2 Absatz 6.
- (6) Stoffe oder Bauteile, die dem Vertrag oder den Proben nicht entsprechen, sind auf Anordnung des Auftraggebers innerhalb einer von ihm bestimmten Frist von der Baustelle zu entfernen. Geschieht es nicht, so können sie auf Kosten des Auftragnehmers entfernt oder für seine Rechnung veräußert werden.
- (7) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Absatz 3).
- (8) 1. Der Auftragnehmer hat die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Absatz 3).  
2. Der Auftragnehmer hat bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teile B und C zugrunde zu legen.  
3. Der Auftragnehmer hat die Nachunternehmer dem Auftraggeber auf Verlangen bekannt zu geben.
- (9) Werden bei Ausführung der Leistung auf einem Grundstück Gegenstände von Altertums-, Kunst- oder wissenschaftlichem Wert entdeckt, so hat der Auftragnehmer vor jedem weiteren Aufdecken oder Ändern dem Auftraggeber den Fund anzuzeigen und ihm die Gegenstände nach näherer Weisung abzuliefern. Die Vergütung etwaiger Mehrkosten regelt sich nach § 2 Absatz 6. Die Rechte des Entdeckers (§ 984 BGB) hat der Auftraggeber.
- (10) Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.

## § 5 Ausführungsfristen

- (1) Die Ausführung ist nach den verbindlichen Fristen (Vertragsfristen) zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden. In einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist.

- (2) Ist für den Beginn der Ausführung keine Frist vereinbart, so hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussichtlichen Beginn zu erteilen. Der Auftragnehmer hat innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung zu beginnen. Der Beginn der Ausführung ist dem Auftraggeber anzuzeigen.
- (3) Wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen.
- (4) Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung, gerät er mit der Vollendung in Verzug, oder kommt er der in Absatz 3 erwähnten Verpflichtung nicht nach, so kann der Auftraggeber bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz nach § 6 Absatz 6 verlangen oder dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Absatz 3).

## § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

- (1) Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er es dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Unterlässt er die Anzeige, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsache und deren hindernde Wirkung bekannt waren.
- (2) 1. Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:
  - a) durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers,
  - b) durch Streik oder eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussper-  
lung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden  
Betrieb,
  - c) durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände.  
2. Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden musste, gelten nicht als Behinderung.
- (3) Der Auftragnehmer hat alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Sobald die hindernden Umstände wegfallen, hat er ohne weiteres und unverzüglich die Arbeiten wieder aufzunehmen und den Auftraggeber davon zu benachrichtigen.
- (4) Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.
- (5) Wird die Ausführung für voraussichtlich längere Dauer unterbrochen, ohne dass die Leistung dauernd unmöglich wird, so sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und außerdem die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstan-  
den und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind.
- (6) Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftrag-  
nehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Absatz 1 Satz 2 gegeben ist.

- (7) Dauert eine Unterbrechung länger als 3 Monate, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Zeit den Vertrag schriftlich kündigen. Die Abrechnung regelt sich nach den Absätzen 5 und 6; wenn der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten hat, sind auch die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten, soweit sie nicht in der Vergütung für die bereits ausgeführten Leistungen enthalten sind.

## § 7 Verteilung der Gefahr

- (1) Wird die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, so hat dieser für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 Absatz 5; für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht.
- (2) Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören alle mit der baulichen Anlage unmittelbar verbundenen, in ihre Substanz eingegangenen Leistungen, unabhängig von deren Fertigstellungsgrad.
- (3) Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören nicht die noch nicht eingebauten Stoffe und Bauteile sowie die Baustelleneinrichtung und Absteckungen. Zu der ganz oder teilweise ausgeführten Leistung gehören ebenfalls nicht Hilfskonstruktionen und Gerüste, auch wenn diese als Besondere Leistung oder selbständig vergeben sind.

## § 8 Kündigung durch den Auftraggeber

- (1) 1. Der Auftraggeber kann bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag kündigen.  
2. Dem Auftragnehmer steht die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB).
- (2) 1. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.  
2. Die ausgeführten Leistungen sind nach § 6 Absatz 5 abzurechnen. Der Auftraggeber kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.
- (3) 1. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Absätze 7 und 8 Nummer 1 und des § 5 Absatz 4 die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags). Die Entziehung des Auftrags kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden.  
2. Nach der Entziehung des Auftrags ist der Auftraggeber berechtigt, den noch nicht vollen deten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen, doch bleiben seine Ansprüche auf Ersatz des etwa entstehenden weiteren Schadens bestehen. Er ist auch berechtigt, auf die weitere Ausführung zu verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Ausführung aus den Gründen, die zur Entziehung des Auftrags geführt haben, für ihn kein Interesse mehr hat.

3. Für die Weiterführung der Arbeiten kann der Auftraggeber Geräte, Gerüste, auf der Baustelle vorhandene andere Einrichtungen und angelieferte Stoffe und Bauteile gegen angemessene Vergütung in Anspruch nehmen.
  4. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer eine Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten und über seine anderen Ansprüche spätestens binnen 12 Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten zuzusenden.
- (4) Der Auftraggeber kann den Auftrag entziehen, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Die Kündigung ist innerhalb von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen. Absatz 3 gilt entsprechend.
- (5) Die Kündigung ist schriftlich zu erklären.
- (6) Der Auftragnehmer kann Aufmaß und Abnahme der von ihm ausgeführten Leistungen alsbald nach der Kündigung verlangen; er hat unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen.
- (7) Eine wegen Verzugs verwirkte, nach Zeit bemessene Vertragsstrafe kann nur für die Zeit bis zum Tag der Kündigung des Vertrags gefordert werden.

## § 9 Kündigung durch den Auftragnehmer

- (1) Der Auftragnehmer kann den Vertrag kündigen:
1. wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt und dadurch den Auftragnehmer außerstande setzt, die Leistung auszuführen (Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB),
  2. wenn der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht leistet oder sonst in Schuldnerverzug gerät.
- (2) Die Kündigung ist schriftlich zu erklären. Sie ist erst zulässig, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und erklärt hat, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Vertrag kündigen werde.
- (3) Die bisherigen Leistungen sind nach den Vertragspreisen abzurechnen. Außerdem hat der Auftragnehmer Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB; etwaige weitergehende Ansprüche des Auftragnehmers bleiben unberührt.

## § 10 Haftung der Vertragsparteien

- (1) Die Vertragsparteien haften einander für eigenes Verschulden sowie für das Verschulden ihrer gesetzlichen Vertreter und der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen (§§ 276, 278 BGB).
- (2) 1. Entsteht einem Dritten im Zusammenhang mit der Leistung ein Schaden, für den auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen beide Vertragsparteien haften, so gelten für den Ausgleich zwischen den Vertragsparteien die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, soweit im Einzelfall nichts anderes vereinbart ist. Soweit der Schaden des Dritten nur die Folge einer Maßnahme ist, die der Auftraggeber in dieser Form angeordnet hat, trägt er den Schaden allein, wenn ihn der Auftragnehmer auf die mit der angeordneten Ausführung verbundene Gefahr nach § 4 Absatz 3 hingewiesen hat.

2. Der Auftragnehmer trägt den Schaden allein, soweit er ihn durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.
- (3) Ist der Auftragnehmer einem Dritten nach den §§ 823 ff. BGB zu Schadensersatz verpflichtet wegen unbefugten Betretens oder Beschädigung angrenzender Grundstücke, wegen Entnahme oder Auflagerung von Boden oder anderen Gegenständen außerhalb der vom Auftraggeber dazu angewiesenen Flächen oder wegen der Folgen eigenmächtiger Versperrung von Wegen oder Wasserläufen, so trägt er im Verhältnis zum Auftraggeber den Schaden allein.
- (4) Für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte haftet im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander der Auftragnehmer allein, wenn er selbst das geschützte Verfahren oder die Verwendung geschützter Gegenstände angeboten oder wenn der Auftraggeber die Verwendung vorgeschrieben und auf das Schutzrecht hingewiesen hat.
- (5) Ist eine Vertragspartei gegenüber der anderen nach den Absätzen 2, 3 oder 4 von der Ausgleichspflicht befreit, so gilt diese Befreiung auch zugunsten ihrer gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen, wenn sie nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben.
- (6) Soweit eine Vertragspartei von dem Dritten für einen Schaden in Anspruch genommen wird, den nach den Absätzen 2, 3 oder 4 die andere Vertragspartei zu tragen hat, kann sie verlangen, dass ihre Vertragspartei sie von der Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten befreit. Sie darf den Anspruch des Dritten nicht anerkennen oder befriedigen, ohne der anderen Vertragspartei vorher Gelegenheit zur Äußerung gegeben zu haben.

## § 11 Vertragsstrafe

- (1) Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 BGB.
- (2) Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, dass der Auftragnehmer nicht in der vorgesehnen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät.
- (3) Ist die Vertragsstrafe nach Tagen bemessen, so zählen nur Werkstage; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag angefangener Wochen als 1/6 Woche gerechnet.
- (4) Hat der Auftraggeber die Leistung abgenommen, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er dies bei der Abnahme vorbehalten hat.

## § 12 Abnahme

- (1) Verlangt der Auftragnehmer nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - die Abnahme der Leistung, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.
- (2) Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.
- (3) Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.
- (4) 1. Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt. Jede Partei kann auf ihre Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte

- wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung.
2. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.
  - (5) 1. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.  
2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.  
3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.
  - (6) Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über, soweit er sie nicht schon nach § 7 trägt.

### § 13 Mängelansprüche

- (1) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln,
  1. wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
  2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.
- (2) Bei Leistungen nach Probe gelten die Eigenschaften der Probe als vereinbarte Beschaffenheit, soweit nicht Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind. Dies gilt auch für Proben, die erst nach Vertragsabschluss als solche anerkannt sind.
- (3) Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Absatz 3 obliegende Mitteilung gemacht.
- (4) 1. Ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke 4 Jahre, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr.  
2. Ist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, nichts anderes vereinbart, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Nummer 1 zwei Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftrag-

nehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen; dies gilt auch, wenn für weitere Leistungen eine andere Verjährungsfrist vereinbart ist.

3. Die Frist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung; nur für in sich abgeschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme (§ 12 Absatz 2).
- (5) 1 Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Absatz 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Absatz 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.
2. Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.
- (6) Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder ist sie unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer die Vergütung mindern (§ 638 BGB).
- (7) 1. Der Auftragnehmer haftet bei schulhaft verursachten Mängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.
2. Bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln haftet er für alle Schäden.
3. Im Übrigen ist dem Auftraggeber der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Einen darüber hinausgehenden Schaden hat der Auftragnehmer nur dann zu ersetzen,
  - a) wenn der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht,
  - b) wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder
  - c) soweit der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.
4. Abweichend von Absatz 4 gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen, soweit sich der Auftragnehmer nach Nummer 3 durch Versicherung geschützt hat oder hätte schützen können oder soweit ein besonderer Versicherungsschutz vereinbart ist.
5. Eine Einschränkung oder Erweiterung der Haftung kann in begründeten Sonderfällen vereinbart werden.

## § 14 Abrechnung

- (1) Der Auftragnehmer hat seine Leistungen prüfbar abzurechnen. Er hat die Rechnungen übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen. Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sind in der Rechnung besonders kenntlich zu machen; sie sind auf Verlangen getrennt abzurechnen.
- (2) Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen. Die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbedingungen und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten. Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellungen zu beantragen.
- (3) Die Schlussrechnung muss bei Leistungen mit einer vertraglichen Ausführungsfrist von höchstens 3 Monaten spätestens 12 Werktagen nach Fertigstellung eingereicht werden, wenn nichts anderes vereinbart ist; diese Frist wird um je 6 Werktagen für je weitere 3 Monate Ausführungsfrist verlängert.
- (4) Reicht der Auftragnehmer eine prüfbare Rechnung nicht ein, obwohl ihm der Auftraggeber dafür eine angemessene Frist gesetzt hat, so kann sie der Auftraggeber selbst auf Kosten des Auftragnehmers aufstellen.

## § 15 Stundenlohnarbeiten

- (1) 1. Stundenlohnarbeiten werden nach den vertraglichen Vereinbarungen abgerechnet.  
2. Soweit für die Vergütung keine Vereinbarungen getroffen worden sind, gilt die ortsübliche Vergütung. Ist diese nicht zu ermitteln, so werden die Aufwendungen des Auftragnehmers für Lohn- und Gehaltskosten der Baustelle, Lohn- und Gehaltsnebenkosten der Baustelle, Stoffkosten der Baustelle, Kosten der Einrichtungen, Geräte, Maschinen und maschinellen Anlagen der Baustelle, Fracht-, Fuhr- und Ladekosten, Sozialkassenbeiträge und Sonderkosten, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung entstehen, mit angemessenen Zuschlägen für Gemeinkosten und Gewinn (einschließlich allgemeinem Unternehmerwagnis) zuzüglich Umsatzsteuer vergütet.
- (2) Verlangt der Auftraggeber, dass die Stundenlohnarbeiten durch einen Polier oder eine andere Aufsichtsperson beaufsichtigt werden, oder ist die Aufsicht nach den einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften notwendig, so gilt Absatz 1 entsprechend.
- (3) Dem Auftraggeber ist die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzugeben. Über die geleisteten Arbeitsstunden und den dabei erforderlichen, besonders zu vergütenden Aufwand für den Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten sind, wenn nichts anderes vereinbart ist, je nach der Verkehrssitte werktäglich oder wöchentlich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen. Der Auftraggeber hat die von ihm bescheinigten Stundenlohnzettel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang, zurückzugeben. Dabei kann er Einwendungen auf den Stundenlohnzetteln oder gesondert schriftlich erheben. Nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenlohnzettel gelten als anerkannt.

- (4) Stundenlohnrechnungen sind alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von 4 Wochen, einzureichen. Für die Zahlung gilt § 16.
- (5) Wenn Stundenlohnarbeiten zwar vereinbart waren, über den Umfang der Stundenlohnleistungen aber mangels rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel Zweifel bestehen, so kann der Auftraggeber verlangen, dass für die nachweisbar ausgeführten Leistungen eine Vergütung vereinbart wird, die nach Maßgabe von Absatz 1 Nummer 2 für einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand an Arbeitszeit und Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten ermittelt wird.

## § 16 Zahlung

- (1) 1. Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Als Leistungen gelten hierbei auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.  
2. Gegenforderungen können einbehalten werden. Andere Einbehalte sind nur in den im Vertrag und in den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen Fällen zulässig.  
3. Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig.  
4. Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluss auf die Haftung des Auftragnehmers; sie gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.
- (2) 1. Vorauszahlungen können auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.  
2. Vorauszahlungen sind auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt worden sind.
- (3) 1. Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde. Werden Einwendungen gegen die Prüfbarkeit unter Angabe der Gründe nicht bis zum Ablauf der jeweiligen Frist erhoben, kann der Auftraggeber sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen. Die Prüfung der Schlussrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.  
2. Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

3. Einer Schlusszahlung steht es gleich, wenn der Auftraggeber unter Hinweis auf geleistete Zahlungen weitere Zahlungen endgültig und schriftlich ablehnt.
  4. Auch früher gestellte, aber unerledigte Forderungen werden ausgeschlossen, wenn sie nicht nochmals vorbehalten werden.
  5. Ein Vorbehalt ist innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung nach den Nummern 2 und 3 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von weiteren 28 Tagen – beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 28 Tage – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.
  6. Die Ausschlussfristen gelten nicht für ein Verlangen nach Richtigstellung der Schlussrechnung und -zahlung wegen Aufmaß-, Rechen- und Übertragungsfehlern.
- (4) In sich abgeschlossene Teile der Leistung können nach Teilabnahme ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen endgültig festgestellt und bezahlt werden.
- (5) 1. Alle Zahlungen sind aufs Äußerste zu beschleunigen.  
2. Nicht vereinbarte Skontoabzüge sind unzulässig.  
3. Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 Absatz 2 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugsschaden nachweist. Der Auftraggeber kommt jedoch, ohne dass es einer Nachfristsetzung bedarf, spätestens 30 Tage nach Zugang der Rechnung oder der Aufstellung bei Abschlagszahlungen in Zahlungsverzug, wenn der Auftragnehmer seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt und den fälligen Entgeltbetrag nicht rechtzeitig erhalten hat, es sei denn, der Auftraggeber ist für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde.  
4. Der Auftragnehmer darf die Arbeiten bei Zahlungsverzug bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem Auftraggeber zuvor gesetzte angemessene Frist erfolglos verstrichen ist.
- (6) Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Absätzen 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderungen seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.

## § 17 Sicherheitsleistung

- (1) 1. Wenn Sicherheitsleistung vereinbart ist, gelten die §§ 232 bis 240 BGB, soweit sich aus den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes ergibt.  
2. Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen.

- (2) Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, kann Sicherheit durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden, sofern das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer
1. in der Europäischen Gemeinschaft oder
  2. in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder
  3. in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zugelassen ist.
- (3) Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen.
- (4) Bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, dass der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat. Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben (§ 771 BGB); sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt und muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein. Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.
- (5) Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide nur gemeinsam verfügen können („Und-Konto“). Etwaige Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu.
- (6)
1. Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einzuhalten, so darf er jeweils die Zahlung um höchstens 10 v. H. kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Sofern Rechnungen ohne Umsatzsteuer gemäß § 13 b UStG gestellt werden, bleibt die Umsatzsteuer bei der Berechnung des Sicherheitseinbehalts unberücksichtigt. Den jeweils einzuhaltenen Betrag hat er dem Auftragnehmer mitzuteilen und binnen 18 Werktagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto bei dem vereinbarten Geldinstitut einzuzahlen. Gleichzeitig muss er veranlassen, dass dieses Geldinstitut den Auftragnehmer von der Einzahlung des Sicherheitsbetrags benachrichtigt. Absatz 5 gilt entsprechend.
  2. Bei kleineren oder kurzfristigen Aufträgen ist es zulässig, dass der Auftraggeber den einzuhaltenen Sicherheitsbetrag erst bei der Schlusszahlung auf ein Sperrkonto einzahlt.
  3. Zahlt der Auftraggeber den einzuhaltenen Betrag nicht rechtzeitig ein, so kann ihm der Auftragnehmer hierfür eine angemessene Nachfrist setzen. Lässt der Auftraggeber auch diese verstrecken, so kann der Auftragnehmer die sofortige Auszahlung des einzuhaltenen Betrags verlangen und braucht dann keine Sicherheit mehr zu leisten.
  4. Öffentliche Auftraggeber sind berechtigt, den als Sicherheit einzuhaltenen Betrag auf eigenes Verwahrgeldkonto zu nehmen; der Betrag wird nicht verzinst.
- (7) Der Auftragnehmer hat die Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Soweit er diese Verpflichtung nicht erfüllt hat, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Guthaben des Auftragnehmers einen Betrag in Höhe der vereinbarten Sicherheit einzubehalten. Im Übrigen gelten die Absätze 5 und 6 außer Nummer 1 Satz 1 entsprechend.
- (8)
1. Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelan-

sprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.

2. Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.

## § 18 Streitigkeiten

- (1) Liegen die Voraussetzungen für eine Gerichtsstandvereinbarung nach § 38 Zivilprozessordnung vor, richtet sich der Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Vertrag nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, wenn nichts anderes vereinbart ist. Sie ist dem Auftragnehmer auf Verlangen mitzuteilen.
- (2)
  1. Entstehen bei Verträgen mit Behörden Meinungsverschiedenheiten, so soll der Auftragnehmer zunächst die der auftraggebenden Stelle unmittelbar vorgesetzte Stelle anrufen. Diese soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben und ihn möglichst innerhalb von 2 Monaten nach der Anrufung schriftlich bescheiden und dabei auf die Rechtsfolgen des Satzes 3 hinweisen. Die Entscheidung gilt als anerkannt, wenn der Auftragnehmer nicht innerhalb von 3 Monaten nach Eingang des Bescheides schriftlich Einspruch beim Auftraggeber erhebt und dieser ihn auf die Ausschlussfrist hingewiesen hat.
  2. Mit dem Eingang des schriftlichen Antrages auf Durchführung eines Verfahrens nach Nummer 1 wird die Verjährung des in diesem Antrag geltend gemachten Anspruchs gehemmt. Wollen Auftraggeber oder Auftragnehmer das Verfahren nicht weiter betreiben, teilen sie dies dem jeweils anderen Teil schriftlich mit. Die Hemmung endet 3 Monate nach Zugang des schriftlichen Bescheides oder der Mitteilung nach Satz 2.
- (3) Daneben kann ein Verfahren zur Streitbeilegung vereinbart werden. Die Vereinbarung sollte mit Vertragsabschluss erfolgen.
- (4) Bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaft von Stoffen und Bauteilen, für die allgemein gültige Prüfungsverfahren bestehen, und über die Zulässigkeit oder Zuverlässigkeit der bei der Prüfung verwendeten Maschinen oder angewendeten Prüfungsverfahren kann jede Vertragspartei nach vorheriger Benachrichtigung der anderen Vertragspartei die materialtechnische Untersuchung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfungsstelle vornehmen lassen; deren Feststellungen sind verbindlich. Die Kosten trägt der unterliegende Teil.
- (5) Streitfälle berechtigen den Auftragnehmer nicht, die Arbeiten einzustellen.

---

# Teil II Vertragsarten

## 1 Einführung

Im Teil II dieser Kurzeinführung in die VOB/B 2012 werden die unterschiedlichen Vertragsarten dargestellt, die in der VOB/B geregelt sind. Die VOB/B geht von folgenden vier Vertragsarten aus:

- Einheitspreisvertrag
- Pauschalpreisvertrag
- Selbstkostenerstattungsvertrag
- Stundenlohnvertrag.

Bei einem Pauschalpreisvertrag unterscheidet man den so genannten Detail-Pauschalpreisvertrag (detaillierte Leistungsbeschreibung) und den Global-Pauschalpreisvertrag (funktionale Leistungsbeschreibung).

Bei der Vereinbarung eines Global-Pauschalpreisvertrages werden regelmäßig erhebliche Leistungs- und damit auch Vergütungsrisiken übernommen, da die Leistung nur pauschal, d.h. funktional, beschrieben wird. Demgegenüber wird bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag die Leistung wie bei einem Einheitspreisvertrag – jedoch unter Pauschalierung der Mengen und Massen sowie sonstiger ausdrücklich benannter Risiken – im Einzelnen aufgeschlüsselt. Häufig werden Teilbereiche funktional beschrieben und im Übrigen weitgehend detailliert.

Bei einem Selbstkostenerstattungsvertrag (§ 2 Abs. 2 VOB/B) ist Grundlage, dass die Selbstkosten erstattet werden, d.h. die Vergütung ohne Gewinnaufschlag. Der Selbstkostenerstattungsvertrag ist in der Praxis nicht relevant.

Auch der Stundenlohnvertrag wird in § 2 Abs. 2 VOB/B benannt und ist wenig praxisrelevant. Der Ansatz der Vergütung bei einem Stundenlohnvertrag ist, dass die Abrechnung auf der Basis des entstandenen Zeitaufwandes erfolgt. Er kommt in der Praxis im Regelfall nur bei kleineren Aufträgen vor, wenn letztendlich die Leistungen im Wesentlichen ohne Materialeinsatz umgesetzt werden können.

Schließlich kann ein Einheitspreisvertrag geschlossen werden. Dann erfolgt, kurz skizziert, die Abrechnung auf der Basis der vereinbarten Einheitspreise, multipliziert mit den entsprechenden Mengen und Massen unter Berücksichtigung etwaiger Erhöhungen und Reduzierungen (§ 2 Abs. 3 VOB/B).

Das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), das am 01.01.2009 in Kraft getreten ist (FoSiG, BGBI I S. 2022, Ausg. Nr. 48, hebt die Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Verbraucherverträge auf, so dass hier künftig eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle stattfindet. Für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen oder mit der öffentlichen Hand wird die Privilegierung der VOB/B durch das FoSiG festgeschrieben. Betroffen hiervon sind die §§ 305 Nr. 5, 309 Nr. 8b ff. und 310 Abs. 1 BGB. Diese Privilegierung gilt aber nur, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Änderungen vereinbart wird.

## 2 Der Einheitspreisvertrag

### 2.1 Allgemeines

Der Einheitspreisvertrag wird in § 2 Abs. 2 VOB/B als Grundsatz geregelt. Zu beachten ist jedoch, dass der Pauschalpreisvertrag in der Praxis die Regel ist.

Für Mengenänderungen, deren Ursache keine Leistungsänderungen sind, ist § 2 Abs. 3 VOB/B die Grundlage.

Für Leistungsänderungen gilt wiederum § 2 Abs. 5 VOB/B und schließlich für Zusatzleistungen § 2 Abs. 6 VOB/B.

### 2.2 Abrechnung

Die Abrechnung erfolgt bei einem Einheitspreisvertrag dahingehend, dass die Menge multipliziert wird mit dem vereinbarten Einheitspreis. Die Abrechnungsform und die beizufügenden Belege sind insbesondere in § 14 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/B geregelt und ergeben sich häufig auch aus den zugrunde liegenden DIN-Normen. Hierbei ist zu beachten, dass mit der Vereinbarung der VOB/B gem. § 1 Abs. 1 VOB/B auch die VOB/C gilt und damit die insoweit in Bezug genommenen Abrechnungsnormen.

An die Abrechnung werden gem. § 14 VOB/B unterschiedliche Anforderungen gestellt:

- Die Abrechnung muss prüfbar sein. Das setzt voraus, dass sie übersichtlich entsprechend der Reihenfolge der Positionen unter Verwendung der Bezeichnung und der Vertragsbestandteile erstellt wird.
- Die zum Nachweis von Art und Umfang erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen.
- Sofern Änderungen und Ergänzungen des Vertrages gegeben sind, sind diese in der Rechnung besonders kenntlich zu machen.
- Nach Möglichkeit sollte Grundlage der Abrechnung eine gemeinsame Aufmaßfeststellung sein.
- Es müssen des Weiteren die Abrechnungsbestimmungen in den technischen Vertragsbedingungen und anderen Vertragsgrundlagen beachtet werden.
- Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, sollte der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellungen schriftlich beantragen. Sollte der Auftraggeber diese zu Unrecht verweigern, führt dies zumindest zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast.

Der gemeinsamen Aufmaßfeststellung sollte ein besonderes Augenmerk gewidmet werden, da sich bei vielen Leistungen in der Folgezeit die Menge möglicherweise nicht mehr abschließend feststellen lässt. Dies betrifft insbesondere Tiefbauarbeiten, z.B. die abgetragenen Erdstoffe und die Frage der unterschiedlichen Einteilung in Bodenklassen (z.B. Bodenklasse 3–5, 6–7). Die Einteilung ist für die Vergütung von ganz erheblicher Bedeutung, da der Abtransport der Bodenklassen 6–7 deutlich teurer ist als der Abtrag der Bodenklassen 3–5.

## 2.3 Mengenänderungen

### Allgemeines

Bei einem Einheitspreisvertrag wird grundsätzlich – wie bereits dargelegt – in der Form abgerechnet, dass die Menge mit dem vereinbarten Einheitspreis multipliziert wird. In der VOB/B sind jedoch in § 2 Abs. 3 VOB/B für den Fall der Über- oder Unterschreitung der in den Vertragsgrundlagen ausgewiesenen Mengen drei Varianten, und zwar abschließend, geregelt. Der Hintergrund dieser Regelung ist, dass Mengenerhöhungen zu Kostenreduzierungen (im Einzelfall auch zu Kostensteigerungen) führen können und das Gesamtbild, d.h. das Preisniveau, erhalten bleiben soll. Es handelt sich um folgende drei Varianten:

- Abweichungen unter 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B)
- Erhöhung um mehr als 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B)
- Reduzierung um mehr als 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B).

### Abgrenzung zu § 2 Abs. 5 VOB/B

Zu beachten ist jedoch, dass § 2 Abs. 3 VOB/B (Mengenänderungen bei einem Einheitspreisvertrag) von § 2 Abs. 5 VOB/B (Leistungsänderung) abgrenzen ist. Der Fall des § 2 Abs. 3 VOB/B ist nur dann gegeben, wenn Ursache der Mengenänderung keine Leistungsänderung des Auftraggebers ist. Wenn eine Leistungsänderung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B ist, führt eine Mengenänderung dazu, dass § 2 Abs. 5 VOB/B angewendet werden muss. Allein aus der Tatsache, dass sich Mengen erhöht haben, kann daher noch nicht darauf geschlossen werden, dass § 2 Abs. 3 VOB/B oder aber § 2 Abs. 5 VOB/B Anwendung finden. Es ist vielmehr die Ursache der Mengenänderung festzustellen.

### Abweichungen unter 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B)

Zunächst einmal ist hinsichtlich des Begriffes der Abweichung in § 2 Abs. 3 VOB/B festzuhalten, dass er die jeweilige Erhöhung oder Reduzierung der im Leistungsverzeichnis zu den Einzelpositionen ausgewiesenen Mengen meint. Liegt ein Fall vor, wo Abweichungen unter 10%, d.h. eine Erhöhung um bis zu 10% oder aber eine Reduzierung um bis zu 10%, vorliegen, lassen diese Abweichungen den vereinbarten Einheitspreis unberührt. Dies gilt auch dann, wenn von dem Auftragnehmer Spekulationspreise angeboten wurden. In diesem Fall spielt es auch keine Rolle, ob besonders hohe Preise oder besonders niedrige Preise angeboten wurden.

### Mengenüberschreitungen von mehr als 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B)

Wenn der Fall eintritt, dass Mengenüberschreitungen von mehr als 10% der Menge im Leistungsverzeichnis auftreten, ist die Abrechnung wie folgt durchzuführen:

- Die ausgeführte Menge bis 110% ist nach dem vertraglich vereinbarten Einheitspreis abzurechnen.
- Für die über 110% hinausgehende Menge kann auf Verlangen sowohl des Auftragnehmers als auch des Auftraggebers ein neuer Preis vereinbart werden, wobei sich sowohl Mehr- als auch Minderkosten ergeben können.
- Ausgangspunkt der Ermittlung des neuen Einheitspreises ist die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation, die kurz zusammengefasst werden kann mit »guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis«. Etwas anders gilt bei einem sittenwidrig über-

höhten Einheitspreis, wenn der Auftragnehmer hier auch damit gerechnet hat, dass sich Mehrmengen ergeben, worauf im Folgenden noch eingegangen wird.

- Im Falle von Mengenmehrungen ist die regelmäßige Folge die Reduzierung des Einheitspreises. Der Hintergrund ist, dass die Gemeinkosten sich nicht linear zur Menge erhöhen, sondern häufig zeitabhängig sind (z.B. Lohn, Baustellengemeinkosten etc.).

Es kommt jedoch auch eine Erhöhung in Betracht, wenn sich z.B. durch die angeforderten Mengen die Transportwege erhöhen. Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn die ursprünglich vorgesehene Deponie wegen der deutlichen Erhöhung der Mengen der Erdstoffe nicht mehr genutzt werden kann und in diesem Fall dann eine weiter entfernte Deponie mit einbezogen werden muss. Dieser deutlich weitere und damit auch teurere Transportweg wurde in dieser Form zuvor nicht einkalkuliert.

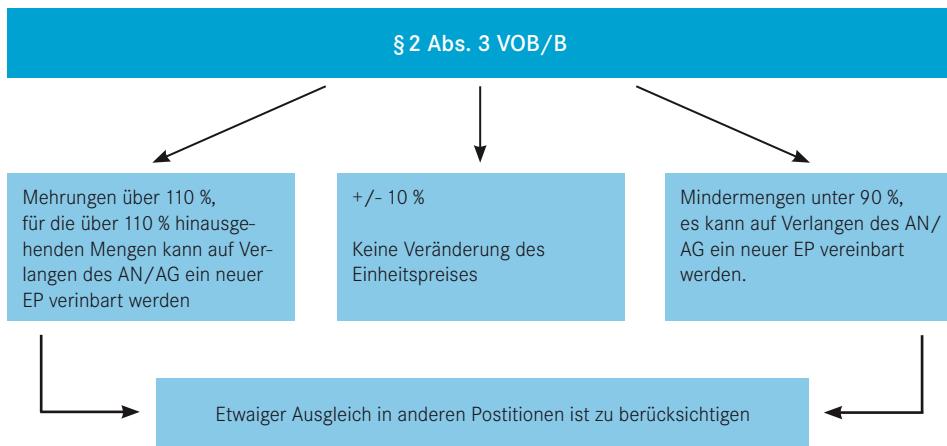
### **Unterschreitungen über 10% (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B)**

In § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist der Fall geregelt, dass sich die im Leistungsverzeichnis für die einzelnen Positionen benannten Mengen um 10% reduzieren, d.h. dass anstelle der im Vertrag festgelegten Massen nur Massen von weniger als 90% tatsächlich ausgeführt werden. Regelmäßig führt die Mengenunterschreitung zu einer Erhöhung des Einheitspreises der ausgeführten Leistung. Der Hintergrund ist darin zu sehen, dass die Geschäftskosten natürlich auf die im Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Mengen umgelegt werden. Durch eine geringere Leistungsmenge können zudem auch die Materialkosten steigen.

Sofern kein Ausgleich auf einem anderen Weg möglich ist (z.B. durch die Erhöhung anderer Ordnungspositionen, d.h. Mehrmengen, oder aber in Form von Nachträgen, die letztlich die durch die Mengenunterschreitung der einzelnen Positionen entstandene fehlende Umlage der Gemeinkosten auffangen), ist wie nachstehend abzurechnen. Das heißt, es ist jeweilig zu überprüfen, im Falle der Mengenunterschreitung, ob hier nicht eine Kompensation durch andere Positionen vorhanden ist.

Die bei der Abrechnung zugrunde zu legenden Berechnungsfaktoren sind folgende:

- Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten, der allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge (keine abschließende Aufzählung). Allgemeine Geschäftskosten sind solche, die durch den Betrieb des einzelnen Unternehmens entstehen. Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sind solche, die durch die Gesamtheit des Bauvorhabens entstehen (nicht nur die einzelne Position), z.B. Gerätekosten, Betriebsstoffe, Transportkosten, Baustelleneinrichtung etc.).
- Es muss die Ursprungskalkulation des ursprünglichen Einheitspreises in Einzelbestandteilen offen gelegt werden. Da die Baustellengemeinkosten das gesamte Bauvorhaben betreffen, muss auch dargelegt werden, wie die einzelnen Kosten verteilt sind. Etwaige höhere Materialkosten durch geringere Abnahmemengen müssten durch Belege unterersetzt werden. Gegebenenfalls kommt hier nach § 287 ZPO eine Schätzung durch ein etwaig erkennendes Gericht in Betracht. Zu beachten ist jedoch, dass hier nur die Höhe geschätzt wird. Der Anspruch muss dem Grunde nach dargestellt sein.



### Vorläufigkeitsklausel

Es kann auch eine Vorläufigkeitsklausel individualvertraglich vereinbart werden. Dies würde bei einem Einheitspreisvertrag bedeuten, dass die im Vertrag benannten Mengen und Massen nur vorläufig sind, so dass § 2 Abs. 3 VOB/B möglicherweise nicht oder sehr eingeschränkt anwendbar ist. Sofern hierbei umfassende Leistungen nicht ausgeführt würden, würde dies auch keine Teilkündigung darstellen.

### Wirksamer Formularausschluss von Preisanpassungen bei Mengenänderungen im Einheitspreisvertrag

In einer Vielzahl von Verträgen finden sich Klauseln, die als Allgemeine Geschäftsbedingungen Preisanpassungen und Mengenänderungen einschränken oder ausschließen sollen. Nachstehend werden zwei wichtige Entscheidungen benannt, wobei zu beachten ist, dass es sich in beiden Fällen um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Individualvertraglich kann alles bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und des gesetzlichen Verbotes (§ 134 BGB) vereinbart werden.

Die nachstehend benannte Klausel ist nach einer Entscheidung des BGH (NJW 1993, 2738) auch als eine Allgemeine Geschäftsbedingung wirksam:

»Die Einheitspreise sind Festpreise für die Dauer der Bauzeit und behalten auch dann ihre Gültigkeit, wenn Massenänderungen im Sinne VOB/B § 2 Punkt 3 eintreten.«

In der Literatur wird unter Berücksichtigung der mit der Schuldrechtsänderung gem. § 307 BGB eingetretenen Änderung der Rechtslage darauf abgestellt, dass die Klausel sowohl Herauf- als auch Herabsetzungen von Einheitspreisen gleichermaßen betrifft. Folgerichtig ist die Klausel wirksam.

Klauseln demgegenüber, wonach die vereinbarten Festpreise jegliche Nachforderung unabhängig von Art und Grund ausschließen, sind im Falle einer Allgemeinen Geschäftsbedingung unwirksam (BGH, BauR 1997, 1036).

### **Nicht beauftragte Alternativ-/Eventualposition im Einheitspreisvertrag**

Bei nicht beauftragten Alternativ- oder Eventualpositionen ist zu beachten, dass diese bei der Bemessung etwaiger allgemeiner Geschäftskosten und sonstiger Kosten gem. § 2 Abs. 3 VOB/B außen vor bleiben (Ausnahme: sie werden ausgeführt), da gerade im Zeitpunkt des Vertragschlusses unklar ist, ob sie überhaupt zur Ausführung gelangen.

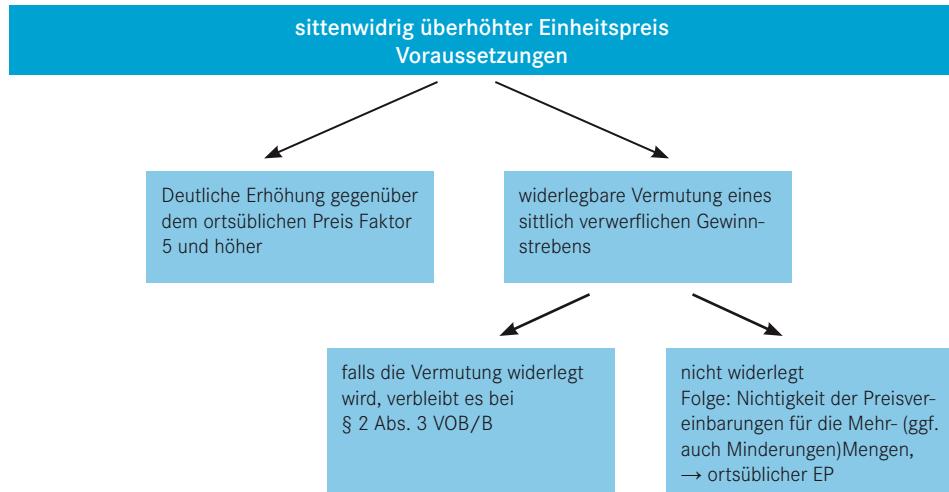
### **Sittenwidrig überhöhter Einheitspreis**

Eine Ausnahme von dem Grundsatz »guter Preis bleibt guter Preis« und »schlechter Preis bleibt schlechter Preis« und damit dem Grundsatz »pacta sunt servanda« (Verträge sind einzuhalten) ist gegeben, wenn ein sittenwidrig überhöhter Einheitspreis von einem Auftragnehmer angeboten wird und dieser zugleich damit rechnet, dass es zu einer Mengenüberschreitung von mehr als 110% kommt. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Ausgangspunkt war eine Entscheidung des BGH (BGH, Urteil vom 18.12.2008 - VII ZR 201 /06), wonach in der Position Betonstahl / Stahlmatten nur 300 kg ausgeschrieben waren. Hierfür hat ein Auftragnehmer ein EP in Höhe von 2.210,00 DM/kg Kilogramm angesetzt. Abgerechnet wurden dann 1.731 kg. Als EP für die 110 % übersteigenden Mehrmengen hat der Auftragnehmer dann 2.045,00 DM/kg angeboten. Zu berücksichtigen ist, dass der übliche Durchschnittspreis zu diesem Zeitpunkt 2,47 DM/kg betrug. Folgerichtig ergab sich ein Überhöhungsfaktor von 800. Hier ist der BGH zu der Auffassung gelangt, dass in dem entschiedenen Fall ein auffälliges »wucherähnliches Missverhältnis zur Bauleistung« bestand und damit die zu Grunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und nichtig ist. Voraussetzung für diese Nichtigkeit ist zum einen, dass ein außerordentliches Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung besteht, was durch die Überhöhung des Einheitspreises gegenüber dem ortsüblichen Preis ab einem bestimmten Faktor der Überhöhung gegeben sein kann und zum anderen ein Preisanpassungsverlangen wegen der Mehrmengen erfolgt. Hieraus zieht der BGH den Schluss, dass eine widerlegbare Vermutung dahingehend besteht, dass der Auftragnehmer gerade in dieser Position, die er erheblich gegenüber dem Marktpreis erhöht hat, auf eine Massenmehrung hofft. Das heißt Ausgangspunkt ist, dass es sich häufig um Positionen handelt, in denen eine sehr geringe Menge vom Auftraggeber angeboten wurde, die deutlich zu gering bemessen ist. Wenn ein Auftragnehmer bei dieser Position einen exorbitant hohen Einheitspreis einträgt, führt dies häufig nicht zu einer spürbaren Erhöhung der Gesamtauftragssumme, da vom Auftraggeber eine zu geringe Menge oder eben nur eine geringe Menge als eingeschätzte Größe angegeben wird. Sittenwidrig ist hierbei die Spekulation des Auftragnehmers auf erhöhte Massen hinsichtlich der Position mit dem überhöhten Einheitspreis. Die Vermutung kann nach dem Beschluss des BGH vom 25.03.2010 nur durch Angaben zur Preisermittlung widerlegt werden, aus denen zu entnehmen ist, dass ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben nicht gegeben, sondern ausgeschlossen ist. Der BGH-Entscheidung vom 18.12.2008, BGH, VII ZR 201 /06 lag eine Erhöhung um einen Faktor von 800 zu Grunde. Nach einer Entscheidung des OLG München (Urteil vom 20.07.2010, BauR 2011, 684-693) reicht bereits ein Faktor von 6,87, nach einer Entscheidung des OLG Nürnberg (Urteil vom 08.03.2010 BauR, 2010, 1638), reicht ein Faktor von 8, um von einer Sittenwidrigkeit auszugehen, wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind. Hierzu werden in den nächsten Jahren sicherlich weitere Entscheidungen ergehen. Bei einer Erhöhung ab einem Faktor von 5 spricht einiges dafür, dass ein etwaig erken-

nendes Gericht von einer Sittenwidrigkeit ausgeht, die eine Vermutung der Spekulation beinhaltet. Wie bereits dargelegt, muss nach der BGH-Entscheidung (Beschluss vom 25.03.2010) die Vermutung der Sittenwidrigkeit widerlegt werden, in dem Angaben zur Preisbildung dargestellt werden, die den Schluss auf ein »sittlich verwerfliches Gewinnstreben ausschließen«. Hierzu hat das OLG München in seinem Urteil vom 20.07.2010, BauR 2011, 684-693 im Falle von Bodenverbesserungsmaßnahmen ausgeführt, dass kalkulatorische Gründe ausreichen können. Begründet wurde die Erhöhung durch die Gefahr der Vertragsstrafe, das Risiko durch Witterungsbedingungen sowie schlechte Bodenverhältnisse beim Nachbargrundstück. Nicht geeignet sind Argumentationen des Auftragnehmers, wonach

- man erst durch den Beitrag der überhöhten Position aus der Verlustzone gelangt,
- sich der Kalkulator keine Gedanken über die Preisgestaltung gemacht haben soll,
- die Position nur unwesentlich ins Gewicht fallen soll.

Nach der Entscheidung des BGH vom 18.12.2008 (BGH, VII ZR 201/06) erfolgt im Falle der Sittenwidrigkeit die Reduzierung auf den ortsüblichen Preis analog § 632 Abs. 2 BGB. In dem vom BGH entschiedenen Fall bedeutet dies, dass hinsichtlich der Mehrmengen der ortsübliche Preis angesetzt worden ist. Zu beachten ist, dass der BGH in dieser Entscheidung nicht damit befasst war, die Frage zu klären, ob der Einheitspreis bezogen auf die ausgeschriebene Menge (300 kg) ebenfalls sittenwidrig ist, da die Parteien hierüber nicht streitig verhandelt haben.



## 2.4 Nebenleistungen/Besondere Leistungen

Auch bei einem Einheitspreisvertrag ist zwischen Nebenleistungen und Besonderen Leistungen zu unterscheiden. Die Definitionen finden sich letztlich in der VOB/C, und zwar in der DIN 18.299, Ziffer 4.1 und 4.2. Hiernach gilt Folgendes:

- Die Nebenleistungen sind gem. der DIN 18.299, Ziffer 4.1, Leistungen, die auch ohne Erwähnung im Vertrag zur vertraglichen Leistung gehören, d.h. sie sind ohne Anspruch auf Mehrvergütung in den Einheitspreisen bereits erfasst.

- Nebenleistungen sind jedoch dann über den Einheitspreis hinaus zu vergüten, wenn sie in einer separaten Einheitspreisposition ausgeschrieben und auch verpreist worden sind.
- Besondere Leistungen gehören nur dann zu vertraglichen Leistungen und sind nur dann im Einheitspreis umfasst, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders erwähnt sind (DIN 18.299, Ziffer 4.2).

Welche Leistungen letztlich zu den Nebenleistungen und welche Leistungen zu den Besonderen Leistungen zählen, ist in den einzelnen DIN-Normen der VOB Teil C geregelt, und zwar jeweils unter Ziffer 4.1 (Nebenleistungen) und unter Ziffer 4.2 (Besondere Leistungen) nach Gewerken geordnet.

Die Vertragsgrundlagen sind jedoch immer daraufhin zu überprüfen, inwieweit Besondere Leistungen in der Leistungsbeschreibung oder sonstigen Beschreibungen und Vertragsbestandteilen als umfasst gelten. Dann müssen sie gegebenenfalls von den einzelnen Einheitspreispositionen nicht mehr separat aufgeführt werden. Insoweit bietet es sich an, die Vertragsunterlagen genauestens zu überprüfen.

## 2.5 Leistungsänderungen gem. § 2 Abs. 5 VOB/B

### Voraussetzungen

Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B ist Voraussetzung für eine Leistungsänderung:

- eine Änderung des Bauentwurfs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers
- eine dadurch bedingte Leistungsänderung und Änderung der Grundlagen des Preises.

Vor Ausführung soll nach Möglichkeit ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten vereinbart werden.

### Soll-Vorschrift

Die Verwendung des Begriffs »Soll« in § 2 Abs. 5 VOB/B macht deutlich, dass auch ohne vorherige Ankündigung der Mehr-/Minderkosten und ohne Vereinbarung des geänderten Preises vor Ausführung die Rechte auch nach der Ausführung geltend gemacht werden können. Die schriftliche Ankündigung unter Anzeige der Mehrkosten und Offenlegung der Mehrkosten sollte hier doch schon deswegen erfolgen, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 2 Abs. 6 VOB/B zu vermeiden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in einer Vielzahl von Fällen die Abgrenzung zwischen § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B nicht zweifelsfrei ist. Sollte entgegen der Annahme des Auftragnehmers ein Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B vorliegen, müssen auch die Voraussetzungen, d.h. die Mehrkostenanzeige vor Ausführung, vorliegen, um die Ansprüche zu sichern.

### Darlegungs- und Beweislast

Derjenige (damit ist der Auftraggeber oder der Auftragnehmer gemeint), der sich auf eine Änderung beruft, trägt auch die Darlegungs- und Beweislast. Beruft sich der Auftragnehmer auf Mehrkosten, so trägt er die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass tatsächlich eine Anordnung des Auftraggebers vorliegt und diese zu Mehrkosten geführt hat. Beruft sich demgegenüber der Auftraggeber auf Minderkosten, so trägt er für diese Behauptung die Darlegungs- und Beweislast. Die Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast trägt, ist entscheidend, da zum Einen die darlegungs- und beweispflichtige Partei im Prozessfalle die Auslagenüberschüsse für Sach-verständige

leisten muss. Des Weiteren verliert diejenige Partei die Position, gegebenenfalls auch den Prozess, die die zu beweisenden Tatsachen nicht bewiesen hat. Bleibt unklar, welche der beiden Behauptungen des Auftraggebers bzw. des Auftragnehmers richtig ist und sind auch beide gleich wahrscheinlich, verliert die Partei, die die Darlegungs- und Beweislast trägt.

## **Leistungsänderung**

Eine Leistungsänderung ist gegeben, wenn eine im Vertrag erfasste Leistung in anderer technischer oder qualitativer Form ausgeführt werden soll. Dies ist beispielsweise dann gegeben, wenn statt der ursprünglich auszuführenden einfacheren Farbe eine sehr hochwertige teure Farbe ausgeführt werden soll. Auf die nachstehenden Beispiele wird verwiesen.

## **Anordnung des Auftraggebers**

Die Leistungsänderung muss die Ursache in der Sphäre des Auftraggebers haben. Der klassischste Fall der Leistungsänderung ist die Planungsänderung. Es kann jedoch auch eine Anordnung zur Änderung der Ausführungsfrist erfolgen bzw. Änderungen des Leistungsverzeichnisses der Leistungsbeschreibung.

## **Ermittlung der Mehr- und Minderkosten**

Entscheidend ist die Kalkulation des Auftragnehmers der im Vertrag zugrunde liegenden Leistung. Es bleibt bei dem Grundsatz »Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis«.

Zur Abrechnung ist die Offenlegung der Kalkulation erforderlich. Bei Einheitspreisverträgen müssen der von der Änderung betroffene Einheitspreis oder die von der Änderung betroffenen Einheitspreise herangezogen und für die geändert ausgeführten Leistungen entsprechend neu ermittelt werden.

## **Beispiele**

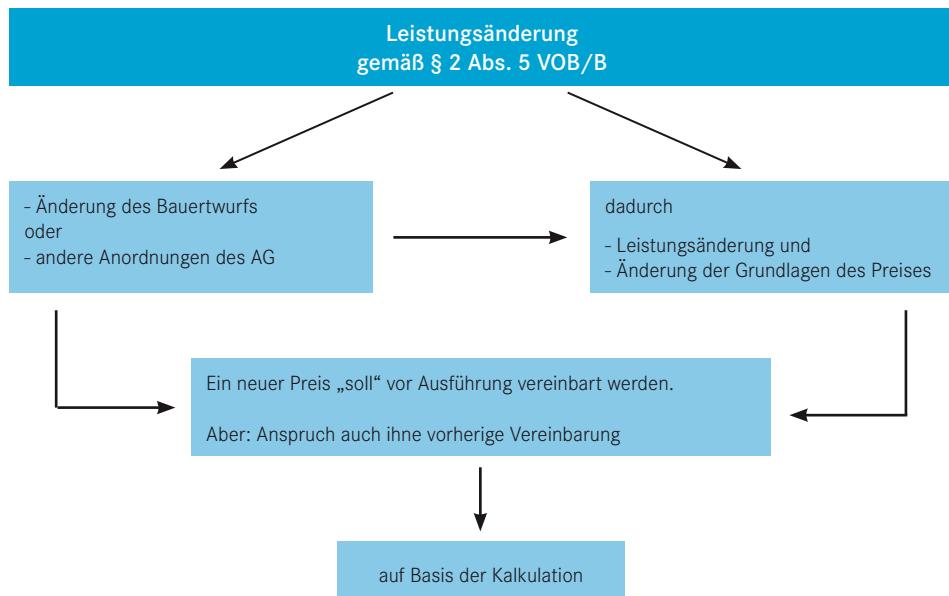
Nachstehend werden zur besseren Verdeutlichung unterschiedliche Beispiele für Leistungsänderungen benannt:

- Bei einer Änderung der im Vertrag vorgesehenen Sickerschicht zu einer Ausführung eines Feinplanums liegt eine Leistungsänderung vor.
- Auch im Fall einer nachträglich angeordneten Handverfugung von Straßenpflaster ist von einer zusätzlichen Vergütung auszugehen (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 1326). In dem vorbenannten Fall war die Verfugung von Straßenpflaster mit einer Fugenbreite von 15 mm (Basalt-Lava-Platten) ausgeschrieben. Diese Verfugung ist nach den anerkannten Regeln der Technik sowohl durch Einschlämmen als auch durch Handverfugen möglich. Aus dem Leistungsverzeichnis ergab sich keine bestimmte Art und Weise der Ausführung, so dass es bei dem Wahlrecht des Auftragnehmers verblieben ist. Im Rahmen der Bauausführung wurde dann die Handverfugung durch den Auftraggeber angeordnet, die nachvollziehbarer Weise zu Mehrkosten geführt hat. Es lag ein Fall der Leistungsänderung vor.
- Einen anderen Fall hat der BGH (BGH, BauR 2002, 1394–1396) zur Auslegung des Leistungsverzeichnisses eines Einheitspreisvertrages über Trocken- und Nassbaggerarbeiten entschieden. Dieser Entscheidung lagen eine Baubeschreibung, Übersichtspläne und Querprofile zugrunde, aus denen sich in bestimmten Bereichen für einen verständigen Bieter ergab, dass Nassbaggerarbeiten durchzuführen waren. Die Frage, inwieweit Trocken- oder Nassbagger-

arbeiten von den Einheitspreisen umfasst sind, ergab sich aus dem Leistungsverzeichnis nicht. Eine Unterscheidung oder Differenzierung lag nicht vor. Der BGH hat aus der vorzi- tierten Baubeschreibung und den übrigen Vertragsunterlagen gefolgert, dass für die einzelnen Bieter klar war, dass auch Nassbaggerarbeiten in bestimmten Bereichen auszuführen sind. Folgerichtig sind etwaige durchzuführende Nassbaggerarbeiten in den einzelnen vereinbarten Einheitspreisen umfasst, unabhängig davon, ob zwischen Trockenbaggerarbeiten und Nass- baggerarbeiten in den Einheitspreisen unterschieden worden ist und auch unabhängig davon, dass unterschiedliche DIN-Normen (DIN 18.300 Erdarbeiten/DIN 18.311 Nassbaggerarbeiten) heranzuziehen sind. Es lag damit kein Fall der Leistungsänderung vor.

- Des Weiteren können auch erschwerende Ausführungsbedingungen eine vergütungspflichtige Leistungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B darstellen, wenn mit ihnen nach der gebotenen Vertragsauslegung nicht zu rechnen war. Hierzu gehört beispielsweise auch ein außergewöhnlich unebener Betonuntergrund (Fahrbahnerneuerung auf einer Brücke/OLG Köln, BauR 2004, 135).
- Wenn in einer funktional geschalteten Leistungsbeschreibung bei einer ausgeschriebenen Schmutzwasserkanalisation der Baugrund mit den Bodenklassen 3–5 angegeben wird, muss der Unternehmer auch mit dem Vorhandensein einer so genannten Tonlinse (270 m lange und mehrere Meter dicke wasserundurchlässige, tonige Schlufschicht) rechnen. Eine Zusatzvergü- tung wurde folgerichtig wegen der Wasserhaltung durch Minifilter im vorliegenden Fall ver- neint (OLG Celle, IBR 2002, 656).
- Wird für das Verfüllen von so genannten Bodennägeln ein Mehrfaches an Verfüllmaterial als in der Ausschreibung vorgesehen benötigt, weil das Verfüllmaterial in unerwartet große Klüfte abfließt, liegt keine Leistungsänderung vor, sondern eine Mengenmehrung gem. § 2 Abs. 3 VOB/B. Hiervon ist zumindest dann auszugehen, wenn nach dem Bodengutachten mit Klüf- ten zu rechnen ist (OLG Stuttgart, IBR 2002, 3).
- Verlangt der Auftraggeber anstelle der im Vertrag vorgesehenen Leistung eine andere (im ent- schiedenen Fall soll der Erdaushub bei Eignung zur Recyclinganlage transportiert und abge- kippt und später dann einer Gemeinde für ein Bauvorhaben zur Verfügung gestellt werden – für einen Teil der Leistung ist damit eine Änderung eingetreten), kann der Auftragnehmer den Mehraufwand nach § 2 Abs. 5 VOB/B geltend machen (OLG Saarbrücken, BauR 2001, 297).
- Wenn in der Leistungsbeschreibung die zu verwendende Farbe lediglich als »Farbton nach Wahl des Auftraggebers« beschrieben wird, darf der Bieter davon ausgehen, dass nur Stan- dardfarben von inländischen bzw. europäischen Herstellern anzubieten sind. Verlangt der Auf- traggeber später Sonderfarben, die regelmäßig deutlich teurer sind, liegt eine Leistungsände- rung vor (OLG Köln, BauR 1998, 1096–1098).
- Auch dann, wenn in der Leistungsbeschreibung aufgeführt wird: »Wassererhaltungsmaßnah- men nach Wahl des Auftragnehmers«, sind hiervon (vorbehaltlich anderer Festlegungen) nicht alle denkbaren Formen der Wasserhaltung inbegriffen. Sofern Leistungen ausgeführt werden müssen, die nach der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung aller Vertrags- grundlagen völlig ungewöhnlich sind und von niemandem zu erwarten waren, kann eine Lei- stungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegen (OLG Celle, IBR 1998, 468).

- Erhöhen sich die Deponiekosten der auftraggebenden Gemeinde, handelt es sich hierbei nicht um eine Leistungsänderung, weil eine Anordnung nicht gegeben ist (OLG Stuttgart, BauR 1997, 855).
- Eine Mehrvergütung kann nicht wegen des Antreffens anderer Bodenverhältnisse geltend gemacht werden, wenn sich aus den Vertragsgrundlagen gar keine Angabe zu den Bodenverhältnissen ergibt (OLG Celle, IBR 1997, 280).
- Ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B liegt demgegenüber vor, wenn die beauftragende Straßenverkehrsbehörde eine vom ursprünglich im Vertrag vorgesehenen Leistungsumfang abweichende Verkehrsleitung anordnet und dadurch Mehrmengen bei verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses entstehen (OLG Düsseldorf, BauR 1996, 267–270).
- Im Leistungsverzeichnis war u.a. die Verlegung von Fugenband vorgeschrieben. Wenn entgegen dieser Festlegung (Stand 1975) wegen Änderungen der Herstellervorgaben durch den Auftraggeber eine andere Ausführung angeordnet wird, liegt eine Leistungsänderung vor, bei der sich sowohl Minderkosten (im entschiedenen Fall Wegfall des Fugenvergusses) als auch Mehrkosten (Herstellung der Anschlüsse mittels schmelzbarer Fugenbänder) ergeben können.
- Nach der Entscheidung des OLG Brandenburg (BauR 2009, 821 ff.) kann sich ein Anspruch auf der Basis von § 2 Abs. 5 VOB/B ergeben, wenn sich »die Bauumstände gegenüber den ausgeschriebenen Gegebenheiten der Baustelle ändern«. Das ist nach dieser Entscheidung beispielsweise dann gegeben, »wenn in der Ausschreibung für die erforderlichen Schwertransporte ein bestimmter Transportweg gemäß der DIN 18299 vorgegeben wird, der dann jedoch nach Vertragsabschluss für den Schwerlastverkehr gesperrt wird« (BGH, BauR 2009, 821 ff.).



## 2.6 Zusätzliche Leistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B

### Voraussetzungen

Für die Geltendmachung von Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B müssen folgende Voraussetzungen eingehalten werden:

- Es muss sich um eine vertraglich nicht vorgesehene Leistung handeln (Abgrenzung zu § 2 Abs. 5 VOB/B).
- Diese im Vertrag nicht vorgesehene Leistung muss auf Verlangen des Auftraggebers ausgeführt werden.
- Der Auftragnehmer muss eine schriftliche Mehrkostenanzeige vor Ausführung an den Auftraggeber richten.

### Im Vertrag nicht vorgesehene Leistung

Bei der Wortwahl »im Vertrag nicht vorgesehene Leistung« geht es nicht um ein vereinbartes Wahlschuldverhältnis. Im Falle eines davon abzugrenzenden Wahlschuldverhältnisses wäre es so, dass bei Vertragsabschluss mehrere Varianten der Ausführung für bestimmte Positionen vereinbart worden sind, zwischen denen der Auftraggeber auch nach Abschluss des Vertrages noch wählen kann. Ebenso sind hiervon Alternativpositionen abzugrenzen, die letztlich nur eine Variante betreffen.

Es geht folgerichtig um eine Leistung, die bislang nicht vertragsgegenständlich war. Dies betrifft gegebenenfalls auch Leistungserweiterungen, wie z.B. im Falle der Errichtung eines Gerüstes oberhalb von 2 m. Dies folgt daraus, dass nach der DIN 18.338 Gerüste nur bis zu einer Höhe von 2 m als Nebenleistung und damit als einzukalkulieren gelten.

### Auf Verlangen des Auftraggebers

Auch bei der Geltendmachung von Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B ist Grundlage, dass eine Anordnung oder Planungsänderung oder ein sonstiges Verlangen des Auftraggebers vorliegt, das die Ausführung der Zusatzleistung nach sich zieht.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass ein Architekt eine Zusatzleistung nur dann beauftragen darf, wenn er hierzu ausdrücklich bevollmächtigt ist. Die Frage der Vertretungsmacht sollte hier nicht nur nachgefragt, sondern auch durch Vorlage einer Vollmacht abgefragt werden. Im anderen Fall droht gegebenenfalls der Anspruchsverlust.

### Mehrkostenankündigung vor Ausführung

Weitere Voraussetzung für die Geltendmachung von Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B ist die Mehrkostenankündigung. Hierbei handelt es sich um eine so genannte echte Anspruchs-voraussetzung. Sollte sie nicht eingehalten werden, droht grundsätzlich der Anspruchsverlust. In diesem Fall kommt dann allenfalls noch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) in Betracht. Hierzu gibt es letztlich nur eine Ausnahme, und zwar dann, wenn für den Auftraggeber nach den Umständen des Einzelfalls klar erkennbar ist, dass diese Zusatzleistung nur gegen Vergütung ausgeführt wird (BGH, BauR 1996, 542). Wie bereits vorstehend ausgeführt, bestehen häufiger Abgrenzungsschwierigkeiten, ob § 2 Abs. 6 VOB/B (Zusatzleistung) oder aber § 2 Abs. 5 VOB/B (Leistungsänderung) einschlägig sind. Um sich des Problems rechtlich abschließend zu entledigen, sollte in jedem Fall unabhängig davon, ob es sich um eine Leistungsänderung oder aber um

eine Zusatzleistung aus Sicht des Auftragnehmers handelt, eine Mehrkostenanzeige vor Ausführung an den Auftraggeber gerichtet werden.

Es ist zwar für die Mehrkostenanzeige die Schriftform nicht vorgesehen. Aus Beweiszwecken sollte diese Mehrkostenanmeldung aber zwingend schriftlich erfolgen, und zwar vor Beginn der Ausführung. In anderen Fällen muss man damit rechnen, dass sich dann der Auftraggeber möglicherweise nicht mehr daran erinnern kann, dass er mündlich darauf hingewiesen worden ist, dass Mehrkosten entstehen werden.

### Berechnung der zusätzlichen Vergütung

Der Grundsatz der Berechnung der zusätzlichen Vergütung im Falle einer Zusatzleistung ist in § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B geregelt. Ausgangspunkt sind die Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung sowie die besonderen Kosten der geforderten Leistung. Auch hier ist die Kalkulation – jedoch in anderer Form als bei § 2 Abs. 5 VOB/B – offen zu legen. Entscheidend ist hier das Preisgefüge der Kalkulation. Da im Falle einer Zusatzleistung gem. § 2 Abs. 6 VOB/B die Leistung zuvor im Vertrag nicht umfasst war, kann regelmäßig die zugrunde liegende Position nicht offen gelegt werden.

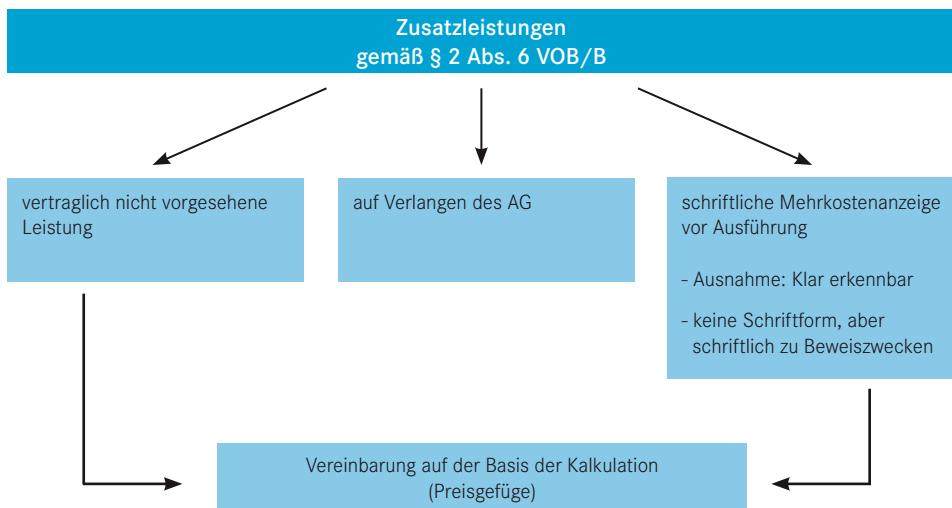
Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn ursprünglich beispielsweise nur im Erdgeschoss Heizungen erstellt werden sollten und dann später auch in weiteren Geschossen. In diesem Fall würde auch eine Zusatzleistung vorliegen, und hier könnte auf der Basis der Ursprungposition die Kalkulation offen gelegt werden.

### Beispiele

Auch die nachstehenden Beispiele dienen nur dazu, zu verdeutlichen, nach welchen juristischen Prinzipien überprüft wird, ob es sich um eine Zusatzleistung handelt oder nicht:

- Ein Fall der Zusatzleistung liegt vor, wenn die Leistungsbeschreibung hinsichtlich einer Stahlkonstruktion nur die Ummantelung der zu montierenden Träger vorsieht und dann während der Ausführung durch den Auftraggeber auch die Ummantelung der bereits vorhandenen verschweißten Binder und montierten Träger verlangt wird (Ingenstau/Korbion, 16. Auflage, § 2 Abs. 6 Rn. 3).
- Ein weiterer Fall der Zusatzleistung liegt dann vor, wenn entgegen der DIN 18.299, Ziffer 0.1.40, in der Leistungsbeschreibung keine Erschwernisse hinsichtlich von Versorgungsleitungen angegeben wurden und somit der Auftragnehmer auch nicht damit rechnen musste. Werden in der Folgezeit Versorgungsleitungen vorgefunden, liegt ein Fall der Zusatzleistung vor (Ingenstau/Korbion, 16. Auflage, § 2 Abs. 6 Rn. 3).
- Wenn nach dem Leistungsverzeichnis die Sicherung des Baustellenbereichs durch Aufstellen und Umsetzen der erforderlichen Verkehrszeichen geschuldet ist, ist die später notwendige Regelung durch zwei Warnposten nicht Gegenstand der Beauftragung und damit eine Zusatzleistung (OLG Zweibrücken, BauR 2002, 972, 973).
- Der mit einem Abbruch einer Brücke beauftragte Unternehmer muss auch ohne ausdrückliche Festlegung im Vertrag nicht davon ausgehen, dass ein vereinbarter Einheitspreis auch die Kosten für eine Trennung und Entsorgung einer verlorenen Holzschalung, die in den Verdrängungskörpern im Brückenüberbau vorhanden ist, beinhalten soll (OLG Zweibrücken, IBR 2000, 416 (streitig, ob es sich um einen Fall nach § 2 Abs. 5 VOB/B oder § 2 Abs. 6 VOB/B handelt)).

- Das Umsetzen einer Baustelleneinrichtung ist dann eine vergütungsfähige Nebenleistung, wenn das Umsetzen auf einer Anordnung des Auftraggebers beruht und damit bei Vertragschluss grundsätzlich nicht zu rechnen war (OLG Frankfurt, BauR 1999, 43-47).
- Wenn auf der Basis einer nachträglichen Anordnung über eine Terrassenverlegung während der Bauausführung in ganz erheblichem Umfang die Beseitigung und das Abtransportieren von Gebüsch und Gestrüpp erforderlich wird, liegt ein Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B vor (OLG Frankfurt, BauR 1999, 43-47).
- Sofern das Baugrundgutachten konkrete Risiken benennt, wie z.B. einen ungenauen Schichtenverlauf der Erdoberfläche und ein daraus entstehendes Grundwasserrisiko, darf bei Vertragsabschluss nicht davon ausgegangen werden, dass sich dieses Risiko nicht realisiert (z.B. Wassereinbrüche infolge hoher Bodendurchlässigkeit). Eine nachtragsfähige Leistung liegt damit nicht vor (OLG Koblenz, IBR 2003, 181).



## 2.7 Gegenüberstellung der Leistungsänderung und zusätzlicher Leistungen

| Unterschiede zwischen § 2 Abs. 5 VOB/B und § 2 Abs. 6 VOB/B                            |   |
|--|---|
| § 2 Abs. 5 VOB/B   | § 2 Abs. 6 VOB/B  |
| Leistungsänderung: eine im Vertrag vorgesehene Leistung soll anders ausgeführt werden. | Zusatzeleistung: Eine nicht im Vertrag vorgesehene Leistung soll ausgeführt werden. |
| Änderung des Bautentwurfs oder sonstige Anordnung des Auftraggebers                    | Auf Verlangen des Auftraggebers   |
| Preisvereinbarung soll vor Ausführung getroffen werden, was jedoch nicht zwingend ist. | Mehrkostenhinweis vor Ausführung als echte Anspruchsvoraussetzung                   |

## 3 Der Pauschalpreisvertrag

### 3.1 Allgemeines

Eine vereinbarte Pauschale ist immer ein Festpreis. Bei einem Pauschalpreisvertrag werden Mengen und Massen sowie der Leistungsumfang je nach Vertragsart und Vertragsbestandteilen pauschaliert.

Es ist bei einem Pauschalpreisvertrag danach zu unterscheiden, ob es sich um einen Detail-Pauschalpreisvertrag (detaillierte Leistungsbeschreibung), einen Global-Pauschalpreisvertrag (funktionale Beschreibung) oder um so genannte Mischformen (im Wesentlichen detaillierte Beschreibung bzw. teilweise funktionale Beschreibung einzelner Positionen und Gewerke) handelt.

Das Bausoll ist für die Frage der Auslegung des Leistungsumfangs anhand der Vertragsgrundlagen zu ermitteln. Hierzu gehören beispielsweise je nach Vertrag und Einbeziehung:

- Leistungsverzeichnis
- Leistungsbeschreibung
- Raumbuch
- Entwurfs-, Genehmigungsplanung
- Ausführungszeichnungen/Ausführungsplanung
- Besondere Vertragsbedingungen
- Zusätzliche Vertragsbedingungen
- Besondere/Zusätzliche technische Vertragsbedingungen
- gegebenenfalls auch DIN-Normen
- der Vertragstext als solcher.

Zu beachten ist die Rang- und Reihenfolge der Vertragsgrundlagen, insbesondere bei dem Vorhandensein von Widersprüchen, die in der Praxis sehr häufig vorkommen. Wenn Widersprüche vorkommen, muss der wirkliche Parteiwillen ermittelt werden und zwar für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Ausgangspunkt ist zunächst, inwieweit die Parteien eine Rang- und Reihenfolge bestimmt haben. Sollte dies nicht der Fall sein, kann auf die Reihenfolge des § 1 Abs. 2 VOB/B abgestellt werden. Wenn die Parteien ein bestimmtes Rangverhältnis abgestimmt haben, lässt sich daraus entnehmen, dass nicht allein auf eine in den Ausführungszeichen »dargestellte Möglichkeit« abgestellt werden kann (OLG Oldenburg, BauR 2011, 530 ff.), insbesondere dann nicht, wenn die Baubeschreibung, die eine Ausführung vorsieht, im Vortrag vor diesen Ausführungszeichen benannt ist (OLG Oldenburg, BauR 2011, 350 ff.).

Das Baugrundrisiko trägt grundsätzlich der Auftraggeber. Es wird jedoch häufig in der Baupraxis zumindest partiell vollständig auf den Auftragnehmer übertragen. Sofern Grundlage des Vertrages ein Baugrundgutachten ist, ist dieses regelmäßig Gegenstand der Risikoübernahme, wenn die dort beschriebenen Leistungen vertragsgegenständlich sein sollen. Insbesondere dann, wenn bereits im Leistungsverzeichnis auf denkbare Erschwernisse hingewiesen wird, kann sich der Auftragnehmer bei Auftreten dieser Erschwernisse nicht darauf berufen, dass dies von seinem Pauschalangebot nicht umfasst sein soll. Es liegt vielmehr ein Fall erkennbar unvollständiger Erkenntnisse über den Baugrund vor, der dann auch von einem etwaigen Pauschalangebot des Auftragnehmers umfasst ist (OLG München, BauR 2009, 1156 ff.). Nichts anderes gilt bei erkenn-

barer Unvollständigkeit der Angaben im Bodengutachten oder unklaren und lückenhaften Beschreibungen der Baugrundverhältnisse, da der Auftragnehmer in diesem Fall nicht darauf vertrauen konnte (OLG Rostock, BauR 2009, 1599 ff.).

Insbesondere ist der Auftragnehmer auch verpflichtet, die Ausschreibungsunterlagen sorgfältig zu lesen. Dies gilt auch für die Leistungsbeschreibung. Er hat hier alle zu kalkulierenden Positionen zu berücksichtigen. Ein mit der Komplettanierung beauftragter Generalunternehmer muss auch davon ausgehen, dass er alle für die ordnungsgemäße Abwicklung des Bauvertrages erforderlichen Leistungen schuldet. Er kann sich nicht darauf zurückziehen, dass er die Einzelbestandteile der Vertragsunterlagen so verstanden hatte, als sei er nur für Einzelbestandteile beauftragt. Er muss das Gesamtkonzept berücksichtigen (OLG Koblenz, BauR 2011, 527 ff.). Häufig wird in der Praxis als Ausgangspunkt zunächst ein Leistungsverzeichnis erstellt und zur Grundlage der Verhandlungen gemacht. Wenn dann jedoch in der Folgezeit die Leistung vor Vertragsabschluss funktional beschrieben wird, können die ursprünglichen Vertragsunterlagen, wie z. B. das Leistungsverzeichnis zur Auslegung nicht mehr herangezogen werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sie zur Vertragsgrundlage gemacht wurden (OLG Düsseldorf, BauR 2010, 88 ff.)

## 3.2 Detail-Pauschalpreisvertrag

Bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag ist der Umfang der geschuldeten Leistung detailliert in den Vertragsgrundlagen (z.B. Leistungsverzeichnis, Leistungsbeschreibung, Raumbuch, Pläne etc.) benannt und gerade nicht pauschaliert. Pauschaliert sind die Mengen und Massen für die beschriebenen Leistungen. Für den Wegfall von Leistungen gilt § 2 Abs. 5 VOB/B (Minderleistungen). Bei Mehrleistungen durch eine Leistungsänderung gilt § 2 Abs. 5 VOB/B. Für Zusatzleistungen findet § 2 Abs. 6 VOB/B Anwendung.

Zu beachten ist, dass bei erkennbar vorläufigen oder aber unvollständigen Leistungsbeschreibungen und Vertragsbestandteilen (bei erkennbar bewusster Risikoübertragung) eine weitgehende Risikoübernahme durch den Auftraggeber erfolgt, da er letztlich wissentlich das Risiko der fehlenden Vollständigkeit übernimmt. Der Leistungsumfang richtet sich damit nach dem vertraglich vereinbarten Leistungsziel (funktionsfähiges Gewerk bzw. Gebäude). Dies wird in der Praxis häufig übersehen.

## 3.3 Global-Pauschalpreisvertrag

Grundlage eines Global-Pauschalpreisvertrages ist, dass der Leistungsumfang und das Leistungsziel nur funktional beschrieben sind und eine detaillierte Beschreibung weitestgehend fehlt. Mengen und Massen werden regelmäßig nicht benannt. Ebenso wenig werden die einzelnen auszuführenden Leistungsschritte nicht detailliert, sondern sehr global, d.h. allgemein, beschrieben. Es findet eine weitgehende (extreme) Risikoverlagerung hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit der Vertragsbestandteile (Ermittlungen/Leistungsbeschreibung, Pläne etc.) statt.

Bei einem Global-Pauschalpreisvertrag werden weitergehende Risiken übernommen als bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag. Umso lückenhafter und unvollständiger die Leistungsbeschreibung auch hier, umso höher und extremer die Risikoübernahme.

## 3.4 Mischformen

Häufig finden sich Mischformen, d.h. der Vertrag ist im Wesentlichen mehr oder weniger detailliert beschrieben. Teile sind funktional beschrieben. Die Frage, inwieweit dann Nachträge auf welcher Basis mit welcher Begründung gestellt werden können, hängt davon ab, ob sie den detailliert beschriebenen Bereich oder eine global beschriebene Leistung betreffen. Hier ist für die einzelnen betroffenen Bereiche dann jeweils eine Differenzierung notwendig, insbesondere für die Frage, auf welcher Basis Nachtragsleistungen bzw. Leistungsänderungen geltend gemacht werden können.

## 3.5 Schlüsselfertigkeitsklauseln

### Definition des Begriffs »schlüsselfertig«

Nach ständiger Rechtsprechung bedeutet die vertragliche Vereinbarung, wonach ein Objekt schlüsselfertig zu erstellen ist, Folgendes:

- Umfasst sind alle Leistungen, die für die Erreichung des Vertragszweckes nach den anerkannten Regeln der Technik erforderlich und vorhersehbar sind (BGH, BauR 1984, 61, 63).
- Ein Objekt ist damit schlüsselfertig, wenn es nach fachlicher Meinung (technische Sicht) komplett und funktionsfähig ist.

### Sinn und Zweck der Klausel

Ohne Risikoverlagerung (in der Praxis extrem selten) würde der Auftraggeber das Risiko der Vollständigkeit seiner Leistungsbeschreibung und Vertragsgrundlagen tragen. Sinn und Zweck der Schlüsselfertigkeitsklausel oder vergleichbarer Klauseln ist damit die Risikoübertragung auf den Auftragnehmer. Eine Risikoübertragung erfolgt beispielsweise durch:

- Funktionalbeschreibung (Global-Pauschalpreisvertrag oder Teil-Funktionalbeschreibung)
- Schlüsselfertigkeitsklauseln
- Komplettheitsklauseln (so genannte Vollständigkeitsklauseln).

## 3.6 Komplettheitsklauseln/Vollständigkeitsklauseln/ Frage der Wirksamkeit

### Wortlaut

In Generalunternehmerverträgen finden sich in Pauschalpreisverträgen häufig so genannte Komplettheitsklauseln/Vollständigkeitsklauseln. Sie haben häufig folgenden Wortlaut:

»Der AN erkennt an, dass in dem Pauschalpreisvertrag auch alle Arbeiten enthalten sind, die nicht ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung benannt sind, allerdings dem Richtmaß der Baukunst entsprechen und sich während der Bauzeit als notwendig erweisen, damit das Bauwerk vollständig nach den anerkannten Regeln der Baukunst fertig gestellt werden kann.«

»Mit dem Pauschalpreis sind alle Leistungen und Lieferungen abgegolten, die für eine vollständige, vertragsgemäße, funktionsgerechte und gebrauchsfähige Erstellung des Bauvorhabens nach dem Grundsatz der anerkannten Regeln der Baukunst erforderlich sind, und zwar unab-

*hängig davon, ob die Leistungen und Lieferungen in den Vertragsgrundlagen der Parteien nicht oder nicht näher beschrieben sind.«*

#### **Individualvertragliche Vereinbarung**

Komplettheitsklauseln können individualvertraglich, d.h. im Einzelfall und nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen, unproblematisch vereinbart werden.

#### **Frage der Wirksamkeit**

Werden demgegenüber Komplettheitsklauseln nicht individualvertraglich, sondern als Allgemeine Geschäftsbedingung vorgegeben, gilt Folgendes:

Die vorstehend zuerst benannte Klausel hat das OLG München (OLG München, BauR 1990, 776) für unwirksam erachtet. Demgegenüber ging das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, BauR 1996, 396) von der Wirksamkeit aus.

Richtigerweise muss für die Beantwortung der Frage der Wirksamkeit einer Komplettheitsklausel als Allgemeine Geschäftsbedingung darauf abgestellt werden, ob es sich um einen Global-Pauschalpreisvertrag oder um einen Detail-Pauschalpreisvertrag handelt. Bei einem Global-Pauschalpreisvertrag ist sie jedenfalls dann zulässig, wenn der Auftragnehmer wegen der funktionalen/globalen, und damit erkennbar lückenhaften Leistungsbeschreibung die damit bedingten Risiken bewusst übernimmt (streitig). Bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag werden Vollständigkeitsklauseln regelmäßig als Allgemeine Geschäftsbedingungen für unwirksam erachtet.

#### **Abgrenzung**

Von der Frage der Unwirksamkeit einer Komplettheitsklausel abzugrenzen sind bewusst übernommene Risiken durch eine erkennbar unvollständige Leistungsbeschreibung, d.h. die Unwirksamkeit der Klausel führt nicht dazu, dass bewusst durch die Leistungsbeschreibung, das Leistungsverzeichnis oder sonstige Vertragsunterlagen übernommene Risiken ebenfalls unwirksam sind. Bewusst übernommene Risiken durch ein vertragsgegenständliches Baugrundgutachten, die unabhängig von der Vollständigkeitsklausel zu sehen sind, bleiben erhalten. Selbst wenn eine Komplettheitsklausel wirksam ist, ist zu berücksichtigen, dass die dezidierten Festlegungen in den Vertragsbestandteilen, d.h. die einzelnen detaillierten Vereinbarungen, vorgehen.

## **3.7 § 2 Abs. 7 VOB/B**

§ 2 Abs. 7 VOB/B regelt den Fall der Änderung der Vergütung bei einem Pauschalpreisvertrag. Es werden folgende Fälle geregelt:

- Wird eine Pauschalsumme vereinbart, bleibt grundsätzlich die Vergütung unverändert (§ 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B).
- Weicht die ausgeführte Leistung gravierend von der vertraglich vorgesehenen Leistung ab, so dass der Bestand der Pauschalsumme nicht mehr zumutbar ist (§ 313 BGB), kann auf Verlangen unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten ein Ausgleich gewährt werden (§ 2 Abs. 7 Nr. 1 S. 2 VOB/B). Dies betrifft den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (erhebliche Abweichungen notwendig).

- § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B bleiben von den vorstehend benannten beiden Varianten unberührt (§ 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B), d.h. Zusatzleistungen und Leistungsänderungen sind nach § 2 Abs. 5, 6 VOB/B abzurechnen.
- Ebenso wird gem. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B klargestellt, dass der Fall der Teilkündigung in § 2 Abs. 4 VOB/B auch für den Pauschalpreisvertrag gilt.
- § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B gilt gem. § 2 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B (früher § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B) auch für vereinbarte Teilpauschalen bei einem Einheitspreisvertrag.

## 3.8 Leistungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B

### Voraussetzungen

Auch bei einem Pauschalpreisvertrag ist für eine Leistungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B Folgendes Voraussetzung:

- Es muss eine Änderung des Bauentwurfs oder eine sonstige Anordnung des Auftraggebers die Grundlage sein.
- Diese Anordnung oder Änderung des Bauentwurfs muss die Grundlage des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert haben.
- Es soll vor Ausführung ein neuer Preis unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten vereinbart werden.

### Soll-Vorschrift

Wie bereits im Rahmen des Einheitspreisvertrages dargestellt, handelt es sich bei § 2 Abs. 5 VOB/B um eine Soll-Vorschrift, d.h. wenn vor Ausführung kein neuer Preis vereinbart wird, ändert dies nichts an der Möglichkeit, Mehr- und Minderkosten geltend zu machen. Es bedarf anders als bei § 2 Abs. 6 VOB/B keiner Mehrkostenanzeige.

Um Abgrenzungsschwierigkeiten und damit Rechtsunsicherheiten vorzubeugen, sollte im Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B – wie bereits dargelegt – schriftlich auf entsprechende Mehrkosten hingewiesen werden.

### Änderung des Bauentwurfs oder sonstige Anordnungen des Auftraggebers

Die Voraussetzungen für § 2 Abs. 5 VOB/B sind, dass eine Änderung des Bauentwurfs erfolgt oder aber eine Anordnung des Auftraggebers gleich welcher Art Grundlage der Leistungsänderung ist. Dies können beispielsweise sein:

- Planungsänderungen
- vorgegebene Ausführungsänderungen
- Einflussnahme des Auftraggebers auf das Wahlrecht des Auftragnehmers hinsichtlich unterschiedlicher Ausführungsmöglichkeiten (kann auch ein Fall des § 2 Abs. 6 VOB/B sein).

Eine Anordnung kann ausdrücklich, stillschweigend oder aber auch konkludent erfolgen, zum Beispiel:

- Bloße Erschwernisse, die völlig ohne Einflussnahme des Auftraggebers eintreten, stellen keine Leistungsänderung dar, wie z.B. eine erschwerete Ausführung infolge einer Bodenbeschaffenheit (vgl. Ingenstau/Korbion, 16. Auflage, § 2 Abs. 5 Rn. 11).

- Wird demgegenüber eine bestimmte Bodenklasse, die ausgeschrieben ist, nicht angetroffen, kann ein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegen (vgl. Ingenstau/Korbion, 16. Auflage, § 2 Abs. 5 Rn. 11).

#### **Ermittlung der Mehr- und Minderkosten**

Auch bei einem Pauschalpreisvertrag ist die Kalkulation offen zu legen. Das ist regelmäßig schwieriger als bei einem Einheitspreisvertrag, da die Einzelheiten der Kalkulation regelmäßig nicht vertragsgegenständlich sind. Letztlich muss die betroffene Einzelposition unter Darlegung der einzelnen Preisansätze offen gelegt werden. Es muss dann die ursprüngliche Ausführung der tatsächlichen Ausführung wirtschaftlich unter Benennung der einzelnen Preisansätze gegenübergestellt werden. Dies sollte im eigenen Interesse sehr detailliert erfolgen. Auch hier gilt der Grundsatz »Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis«.

#### **Beispiele**

Nachstehend wiederum zur Verdeutlichung einige Beispiele, unter welchen Voraussetzungen Leistungsänderungen bei einem Pauschalpreisvertrag gem. § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegen oder aber auch nicht:

- Kein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B liegt vor, wenn der Auftragnehmer annimmt, den Erdstoff der Klasse 3 als Kies oder Füllkies verkaufen zu können (OLG Düsseldorf, BauR 1991, 337).
- Ebenfalls kein Fall des § 2 Abs. 5 VOB/B ist gegeben, wenn eine ausgeschriebene Bodenklasse nicht durchgängig vorgefunden wurde und sich dies letztlich aus dem Baugrundgutachten ergibt, auf das im Leistungsverzeichnis Bezug genommen worden ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Auftragnehmer die Möglichkeit der Einsichtnahme hatte und hiervon keinen Gebrauch gemacht hat (OLG Düsseldorf, BauR 1991, 743; NJW-RR 1999, 1466).

## **3.9 Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B**

#### **Voraussetzungen**

Auch bei einem Pauschalpreisvertrag kann über § 2 Abs. 7 VOB/B in Verbindung mit § 2 Abs. 6 VOB/B eine vergütungspflichtige Zusatzleistung vorgegeben sein. Voraussetzung ist Folgendes:

- Es muss sich um eine nach dem Vertrag nicht vorgesehene Leistung handeln (Abgrenzung § 2 Abs. 5 VOB/B).
- Die Ausführung muss auf Verlangen des Auftraggebers erfolgen.
- Es muss eine schriftliche Mehrkostenanzeige vor Ausführung erfolgen.
- Es kann sich dabei auch um besondere Leistungen entsprechend dem Abschnitt 4.2 der einzelnen DIN-Normen handeln.

#### **Mehrkostenhinweis vor Ausführung**

Wie bereits dargelegt, ist die Mehrkostenankündigung gem. § 2 Abs. 6 VOB/B eine echte Anspruchsvoraussetzung, ohne deren Einhaltung der Anspruchsverlust droht. Dies gilt auch für den Pauschalpreis. Hierzu hat der BGH eine Ausnahme entschieden. Diese gilt dann, wenn für den Auftraggeber nach den Umständen des Einzelfalls klar erkennbar ist, dass die Zusatzleistung nur gegen Vergütung ausgeführt wird (BGH, Baur 1996, 542). Schriftform ist auch im Rahmen des Pauschalpreisvertrages ausweislich des § 2 Abs. 6 VOB/B nicht erforderlich. Insoweit ver-

weise ich auf die Ausführungen zum Einheitspreisvertrag. Auch hier gilt, es sollte zu Beweiszwecken auf jeden Fall die schriftliche Anzeige erfolgen.

### Auf Verlangen des Auftraggebers

Wie bereits dargestellt, muss die Anordnung/Planungsänderung oder ein sonstiges Verhalten des Auftraggebers vorliegen. Eine entsprechende Anordnung/Planungsänderung oder ein sonstiges Verhalten des Architekten reicht grundsätzlich nicht aus, da er regelmäßig nicht zum Abschluss von Rechtsgeschäften bevollmächtigt ist. Auch hier gilt, es sollte die Vollmacht eingefordert werden.

### Abrechnung

Nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B bestimmt sich die Vergütung nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie soll nach Möglichkeit vor Ausführung vereinbart werden.

### Beispiele

- War ein Werkunternehmer damit beauftragt, auf Dächern liegende Wellasbestzementplatten abzutragen, zu übernehmen und abzutransportieren sowie eine vorschriftsmäßige Entsorgung des anfallenden Bauschutts über eine Deponie sicherzustellen, und wurde hierfür ein Festpreis vereinbart, kann eine Zusatzvergütung nur dann verlangt werden, wenn ihm nachträglich aufgegeben wird, auch unbeschädigt abgetragene Asbestplatten (die zunächst wieder verwendet werden sollten) über eine Deponie zu entsorgen (OLG Oldenburg, BauR 1993, 228).
- Wurde der Auftragnehmer zunächst mit der Lieferung und Ausführung von drei Stahlträgern mit einem Gesamtgewicht von 3.651,40 kg zu einem Preis von EUR 14.520,00 beauftragt und sollten dann durch eine spätere Planungsänderung bedingt statt dessen sechs Stahlträger mit einem Gesamtgewicht von 14.673,96 kg eingebaut werden, wobei dann jedoch die Stahlträger bauseits geliefert werden sollten, ist dieser Fall nach dem OLG Düsseldorf (BauR 1995, 712) wie folgt zu entscheiden:

Hinsichtlich der ursprünglich zu liefernden Stahlmenge liegt ein Fall der Kündigung gem. § 2 Abs. 4, § 8 Abs. 1 VOB/B vor, so dass dem Auftragnehmer die ursprünglich vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zusteht. Hinsichtlich der in der Folgezeit dann zu montierenden Stahlträger liegt eine Zusatzleistung gem. § 2 Abs. 6 VOB/B vor.

- Bohrungen zur Befestigung von Konsolen und Halterungen für Heizungsanlagen, die ein Heizungsinstallateur ausführt, fallen gem. Ziffer 4.2.5 der DIN 18.380 unter die Besonderen Leistungen. Wenn nach den übrigen Vertragsgrundlagen unklar bleibt, ob diese vertragsgegenständlich sein sollen, sind diese gem. § 2 Abs. 6 VOB/B zu vergüten.

Eine Zusatzleistung liegt auch vor, wenn in dem Vertrag klar definiert ist, welche Heizkörper wie zu befestigen sind und später dann weitere hierfür (für die ursprüngliche Ausführung) nicht notwendige Bohrungen erbracht werden sollen (OLG Düsseldorf, BauR 1999, 412).

- Einer Entscheidung des OLG Koblenz (IBR 2003, 181) lag folgender kurz skizzierter Sachverhalt zugrunde:

Der Auftragnehmer wurde mit der Trockenlegung und Trockenhaltung einer Pressstrecke eines Vorflutkanals beauftragt. Unklar waren Anzahl, Abstand, Größe und Tiefe der Brunnen. Diese waren vom Auftragnehmer selbst zu wählen. Die vorliegende Leistungsbeschreibung barg damit

erhebliche Risiken, wobei das OLG Koblenz festgehalten hat, dass es keinen Rechtsgrundsatz dahingehend gibt, dass ein Auftragnehmer riskante Leistungen nicht übernehmen könne.

In dem vorliegenden Fall hat das Bodengutachten auf konkrete Risiken hingewiesen (unge- nauer Schichtenverlauf der Erdoberfläche und deshalb bestehendes Grundwasserrisiko). Folge- richtig durfte der Auftragnehmer nicht davon ausgehen, dass sich dieses Risiko nicht verwirkli- chen würde (Wassereinbrüche infolge hoher Bodendurchlässigkeit) (OLG Koblenz, IBR 2003, 181).

## 4 Stundenlohnvertrag/Stundenlohnarbeiten

### 4.1 Allgemeines

Stundenlohnvereinbarungen werden zunächst in § 2 Abs. 2 VOB/B erwähnt. Die Voraussetzun- gen dem Grunde nach werden dann in § 2 Abs. 10 VOB/B benannt, der wiederum hinsichtlich der Höhe auf § 15 VOB/B verweist. Die Einzelheiten der Stundenlohnvereinbarung und Abrechnung sind dann in § 15 VOB/B aufgeführt.

Reine Stundenlohnverträge sind in der Praxis sehr selten und werden eher bei Bauleistungen mit überschaubarem Umfang vereinbart, wenn der Materialanteil zum Stundenaufwand zurück- tritt bzw. in klassischen Bauverträgen kleineren Umfangs mit Privatleuten. Stundenlohnvereinba- rungen für einzelne Leistungen eines Gesamtauftrages kommen in der Praxis demgegenüber häu- figer vor. Regelmäßig wird bereits im Verhandlungsprotokoll bzw. im Vertrag ein Stundenlohn für unterschiedliche Mitarbeiter (Polier, Facharbeiter, Hilfsarbeiter) vereinbart. Der Hintergrund dieser Stundenlohnvereinbarung für die klassische Baupraxis ist darin zu sehen, dass es bisweilen Arbeiten überschaubaren Umfangs gibt, in denen nahezu nur Lohnleistungen eine Rolle spie- len. Letztlich dient dies der Vereinfachung.

In § 2 Abs. 10 VOB/B ist die Frage von Ansprüchen bei Stundenlohnarbeiten dem Grunde nach geregelt. § 15 VOB/B betrifft die Frage der Höhe und der Art und Weise der Abrechnung.

### 4.2 Ausdrückliche Vereinbarung gem. § 2 Abs. 10 VOB/B

Nach § 2 Abs. 10 VOB/B werden Stundenlohnarbeiten nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.

Eine ausdrückliche Vereinbarung ist erforderlich, anderenfalls besteht kein Vergütungsan- spruch nach § 2 Abs. 10 VOB/B. Stillschweigende bzw. konkordante Absprachen reichen grund- sätzlich nicht aus, das reine Hinnehmen bzw. Dulden der Arbeiten ebenso wenig.

Ohne eine ausdrückliche Vereinbarung besteht kein Anspruch auf Vergütung dieser Arbeiten auf der Basis eines Stundenlohns. Wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 10 VOB/B nicht ein- gehalten sind, kommt es damit nicht mehr auf die weiteren Voraussetzungen des § 15 VOB/B (zur Höhe) an.

Es besteht in diesem Fall kein Anspruch auf Ausgleich von Stundenlohnarbeiten. Sofern es sich um Zusatzleistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B) oder aber Leistungsänderungen (§ 2 Abs. 5 VOB/B) handelt, wäre in diesem Fall auf der Basis des § 2 Abs. 5, 6 VOB/B abzurechnen, anderenfalls besteht kein Anspruch.

## 4.3 Vereinbarung und Abrechnung der Höhe nach (§ 15 VOB/B)

### Ausdrückliche Vereinbarung zur Höhe (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B)

§ 15 Abs. 1 VOB/B regelt den Fall, dass eine ausdrückliche Vereinbarung zu den Stundenlohnsätzen der Höhe nach getroffen wurde. In diesem Fall ist dann auf der Basis dieser Stundenlohnsätze abzurechnen.

Zu beachten ist, dass gem. § 2 Abs. 10 VOB/B eine ausdrückliche Vereinbarung vor Ausführung der Stundenlohnarbeiten dem Grunde nach Voraussetzung ist.

Der Auftragnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Vereinbarung der einzelnen Stundenlohnsätze. Diese sollten damit auch schriftlich fixiert werden, nach Möglichkeit sollten die Stundenlohnsätze bereits in den Grundvertrag für den Fall der Ausführung von Stundenlohnarbeiten aufgenommen werden.

### Abrechnung ohne vereinbarte Stundenlöhne der Höhe nach (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B)

Wenn Stundenlohnarbeiten zwar dem Grunde nach gem. § 2 Abs. 10 VOB/B vereinbart wurden, jedoch vereinbarte Stundenlohnsätze gem. § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B fehlen, kommt § 15 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B zur Anwendung.

Vorrangig gilt die ortsübliche Vergütung. Diese Regelung entspricht dem § 632 Abs. 2 BGB. Anzusetzen sind die ortsüblichen Sätze, wie sie für das betroffene Gewerk an dem Bauort und zum Zeitpunkt der Ausführung üblicherweise gezahlt werden. Lassen sich keine ortsüblichen Vergütungen ermitteln, erfolgt die Abrechnung wie folgt: Zunächst sind nur die tatsächlich vom Auftragnehmer verauslagten Beträge zu ermitteln.

Hierzu gehören:

- Lohn- und Gehaltskosten der Baustelle
- Lohn- und Gehaltsnebenkosten der Baustelle
- Stoffkosten der Baustelle
- Kosten der Einrichtungen
- Geräte, Maschinen und maschinelle Anlagen der Baustelle
- Fach-, Fuhr- und Ladekosten
- Sozialkassenbeiträge und Sonderkosten.

Sobald der tatsächliche Aufwand feststeht, werden angemessene Zuschläge für Gemeinkosten und Gewinn einschließlich etwaigem Unternehmerwagnis zzgl. der Umsatzsteuer beaufschlagt (Grundsätze der rationalen und wirtschaftlichen Betriebsführung/objektive Betrachtung nach allgemein gültigen Maßstäben, Erfahrenssätzen und Durchschnittswerten). Die Summe der beiden vorgenannten Ansätze bildet dann den Stundenlohnansatz.

### Vergütung für eine Aufsichtsperson

§ 15 Abs. 2 VOB/B regelt den Fall, dass der Auftraggeber verlangt bzw. beauftragt, dass die Stundenlohnarbeiten durch einen Polier oder eine andere Aufsichtsperson beaufsichtigt werden oder aber eine Aufsicht nach den allgemeinen Unfallverhütungsvorschriften notwendig ist.

In diesem Fall ermittelt sich die Vergütung entsprechend § 15 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 VOB/B.

### Anzeigepflicht/Abrechnung

§ 15 Abs. 1 und 2 VOB/B regelt die Höhe der Vergütung. In § 15 Abs. 3–5 VOB/B ist die Nachweisführung, u.a. die Abrechnung, geregelt.

- Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber den Beginn der Stundenlohnarbeiten anzeigen.
- Stundenlohnabrechnungen sind spätestens nach Abschluss und mindestens alle vier Wochen einzureichen.
- Die Abrechnung erfolgt dann entsprechend § 16 VOB/B. Im eigenen Interesse des Auftragnehmers sollten Stundenlohnarbeiten sehr zeitnah abgerechnet werden.
- Wenn mangels rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel Zweifel an der Höhe bestehen, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer verlangen, dass für die nachweisbar ausgeführten Leistungen entsprechend § 15 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B eine Vergütung vereinbart wird.

### Nachweisführung

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, Stundenlohnzettel zu erstellen, aus denen sich dezidiert die geleisteten Arbeitsstunden, Stoffe, Geräte etc. entnehmen lassen.

Es ist auch dezidiert anzugeben, welche Leistungen in welchem Bereich ausgeführt wurden, und zwar so detailliert, dass ein Sachverständiger allein auf der Basis der Stundenlohnzettel den Umfang prüfen könnte.

Der Auftraggeber hat die Stundenzettel binnen 6 Werktagen gegebenenfalls unter Benennung von Vorbehalten an den Auftragnehmer zurückzureichen. Bei Fristverstreichen gelten die Stundenzettel als anerkannt. Das Anerkenntnis beschränkt sich jedoch auf die rein tatsächlichen Angaben. Dem Auftraggeber sind jedoch alle übrigen Einwendungen nicht verwehrt (z.B. Erforderlichkeit, Notwendigkeit etc.). Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, etwaig überzahlte Stundenlöhne zurückzufordern. Er muss in diesem Fall jedoch beweisen, dass die berechneten und von ihm bereits beglichenen Stunden nicht geleistet worden sind (Schleswig-Holsteinisches OLG, BauR 2011, 1661 f.).

## 4.4 Rechtsprechung

### BGH-Urteil vom 24.07.2003 (NZBau 2004, 31ff.)

Der BGH hat mit Urteil vom 24.07.2003 (NZBau 2004, 31ff.) unterschiedliche Grundsätze zu Stundenlohnarbeiten festgehalten:

- Enthält der Vertrag keine Vereinbarung über die Vergütung von Stundenlohnarbeiten, dann können die für eine nachträgliche konkludente Stundenlohnvereinbarung erforderlichen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen in der Regel nicht allein aus der Unterzeichnung von Stundenlohnachweisen durch den Bauleiter hergeleitet werden.
- Eine nachträgliche Stundenlohnvereinbarung erfordert eine entsprechende Vollmacht desjenigen, der die Stundenlohnachweise unterzeichnet.
- Die Ermächtigung eines Bauleiters oder Architekten, Stundenlohnachweise abzuzeichnen, ist keine Vollmacht zum Abschluss einer Stundenlohnvereinbarung.
- Die reine Abzeichnung von Stundenlohnzetteln/-berichten ohne zugrunde liegende Stundenlohnvereinbarung führt nicht zu einem konkludenten Abschluss einer Vereinbarung. Die Abzeichnung bestätigt nur Art und Umfang der erbrachten Leistungen (vgl. auch BGH,

BauR 1994, 760). Weitere Voraussetzung neben der Abzeichnung im vorbenannten Fall ist, dass sich aus den besonderen Umständen des Falles ergibt, dass eine Stundenlohnvereinbarung abgeschlossen werden sollte. Insbesondere gibt es keine dahingehende Vermutung, dass ein Architekt die Vollmacht zur Abänderung eines Bauvertrages oder der Vereinbarung von Stundenlohnarbeiten hat (Ausnahme: Anscheins- und Duldungsvollmacht).

#### **BGH-Urteil vom 28.05.2009 (BauR 2009, 1291 ff.)**

- Der Auftragnehmer muss grundsätzlich nur darlegen, wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen angefallen sind.
- Die Vereinbarung einer Stundenlohnvergütung bedeutet, dass der Auftragnehmer nach Treu und Glauben als vertragliche Nebenpflicht eine wirtschaftliche Betriebsführung schuldet. Dies führt jedoch nicht unmittelbar zu einer Reduzierung der Vergütung. Vielmehr muss der Auftraggeber hier einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB darlegen und beweisen.
- Die Darlegungs- und Beweislast und die inhaltliche Richtigkeit der Rechnung trägt der Auftragnehmer auch dann, wenn seine Rechnung prüffähig ist.

#### **Urteil des OLG München vom 01.02.2000 (Revision vom BGH nicht angenommen/IBR 2000, 240)**

Für die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten muss der Unternehmer entsprechend der Entscheidung des OLG München (IBR 2000, 240) folgendes darlegen und beweisen:

- dass die abgerechneten Leistungen nicht vom ursprünglichen Einheits- oder Pauschalpreis erfasst sind
- dass die Zusatzleistungen und ausdrücklichen Stundenlohnarbeiten vor Beginn der Arbeiten beauftragt wurden und
- dass der Auftrag von einem bevollmächtigten Vertreter des Auftragnehmers erteilt wurde.

#### **Urteil des OLG Hamm vom 25.10.2000 (BauR 2002, 319)**

Das OLG Hamm hat in seiner Entscheidung vom 25.10.2000 (BauR 2002, 319) Folgendes festgehalten:

- Mit der Gegenzeichnung von Stundenlohnzetteln erkennt der Auftraggeber nicht an, dass mit den aufgeführten Stunden und Materialien die objektiv erforderlichen Leistungen an seinem Bauvorhaben vom Auftragnehmer ausgeführt worden sind.
- Der Auftragnehmer muss deshalb auch bei einem Stundenlohnvertrag darlegen und beweisen, dass die von ihm aufgewandten und berechneten Stunden zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung erforderlich waren und eine angemessene Vergütung für den erbrachten Leistungserfolg darstellen.

#### **Urteil des OLG Celle vom 03.04.2003 (NZBau 2004, 41)**

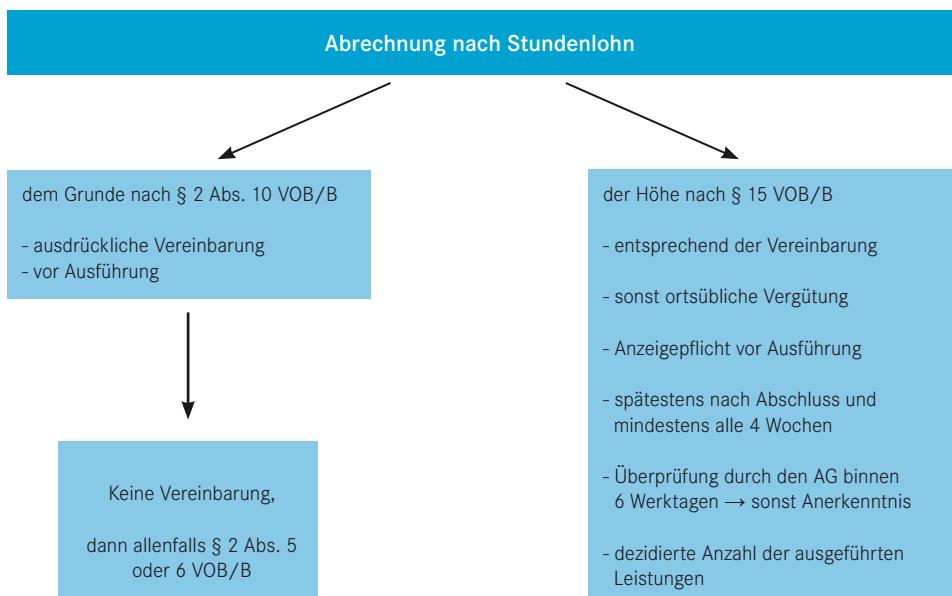
Das OLG Celle (NZBau 2004, 41) geht demgegenüber davon aus, dass die vorbehaltlose Unterschrift des Auftraggebers unter den vom Auftragnehmer vorgelegten Stundenzetteln, die die ausgeführten Arbeiten nach Art und Umfang detailliert beschreiben, die angefallenen Stunden nach Datum und Person ausweisen sowie die verbrauchten Materialien im Einzelnen auflisten, eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Auftraggebers hinsichtlich der Erforder-

lichkeit der abgerechneten Stunden und Materialien zur Folge hat. Diese Entscheidung entspricht letztendlich auch der bisherigen BGH-Rechtsprechung.

## 4.5 Zusammenfassung

Es lässt sich damit für eine Stundenlohnvereinbarung bzw. einen Stundenlohnvertrag Folgendes festhalten:

- Es sollte immer darauf geachtet werden, dass für etwaig durchzuführende Stundenlohnarbeiten eine schriftliche Regelung getroffen wird.
- Für den Fall, dass zu einem späteren Zeitpunkt Stundenlohnarbeiten anfallen, sollten die Stundenansätze bereits im Vertrag bzw. Verhandlungsprotokoll vereinbart werden.
- Es ist jedoch zu beachten, dass diese Festlegung im Vertrag nicht dazu führt, dass später Leistungen auf der Basis dieser lediglich vorsorglich benannten Stundensätze abgerechnet werden können. Grundvoraussetzung ist nach § 2 Abs. 10 VOB/B, dass auch eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen wird.
- Die durchgeführten Arbeiten sollten dezidiert beschrieben werden, und zwar in einer Form, dass später ein Dritter (Sachverständiger) hinsichtlich Art und Umfang sowie Erforderlichkeit überprüfen kann, obwohl er das Bauvorhaben und die ausgeführten Leistungen nicht gesehen hat.
- Es sollte darauf geachtet werden, dass ein bevollmächtigter Vertreter die Stundenlohnarbeiten abzeichnet.



## 5 Selbstkostenerstattungsvertrag

Auch der Selbstkostenerstattungsvertrag ist in § 2 Abs. 2 VOB/B benannt. Insoweit verweise ich auf die vorstehenden Ausführungen zur Einleitung, da der Selbstkostenerstattungsvertrag nicht praxisrelevant ist.



---

# Teil III Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bauvertrag

## 1 Allgemeines

Um unbillige Benachteiligungen des anderen Vertragspartners durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (im Folgenden AGB) auszuschließen, sind die inhaltlichen Grenzen zulässiger Klauseln gesetzlich festgelegt. Bis zum 31.12.2001 waren die relevanten Regelungen in dem AGB-Gesetz, welches im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung in das BGB integriert wurde, enthalten. Inhaltlich im Wesentlichen unverändert gelten seit dem 01.01.2002 die §§ 305ff. BGB.

## 2 Begriff und Voraussetzungen von AGB

AGB sind Vertragsbedingungen, die

- für eine Vielzahl von Verträgen
- vorformuliert sind und
- durch den Verwender einseitig gestellt werden.

### Vielzahl von Verträgen

Die Klausel muss für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sein. Vielzahl bedeutet, dass der Text für mindestens drei Verträge vorgesehen ist. Das ist der Fall, wenn der Verwender den Text selbst mehrfach verwenden will oder der Verwender einen Text (auch nur einmal) benutzt, den ein Dritter zur mehrmaligen Verwendung entworfen hat (z.B. Muster aus Formularbüchern, Mustersammlung des Architekten, VOB/B) (BGH, BauR 2006, 106, 107; BGH, BauR 2004, 488).

Es genügt bereits die Verwendungsabsicht. Der Anschein dieser Absicht besteht nach neuester BGH-Rechtsprechung (BGH, BauR 2006, 106, 107; BGH, Baur 2004, 488–494) bereits dann, wenn die Klauseln formelhaften Charakter haben und nicht auf ein konkretes Bauvorhaben zugeschnitten sind.

Die mehrfache Verwendung der Klauseln muss auch auf den Abschluss mehrerer Verträge abzielen. Die mehrfache Verwendung gegenüber mehreren Bietern einer Ausschreibung reicht nicht, da hier nur ein Vertrag beabsichtigt ist. Die Vertragspartner der Verträge müssen jedoch nicht notwendig verschieden sein.

### Vorformuliert

Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie zur mehrfachen Verwendung in irgendeiner Form »gespeichert« sind.

Dazu reicht es aus, dass der Verwender die Klauseln zur mehrfachen Verwendung lediglich im Gedächtnis hat und dann handschriftlich in den Vertrag einfügt (BGH, NJW 1999, 2180).

### Einseitig gestellt

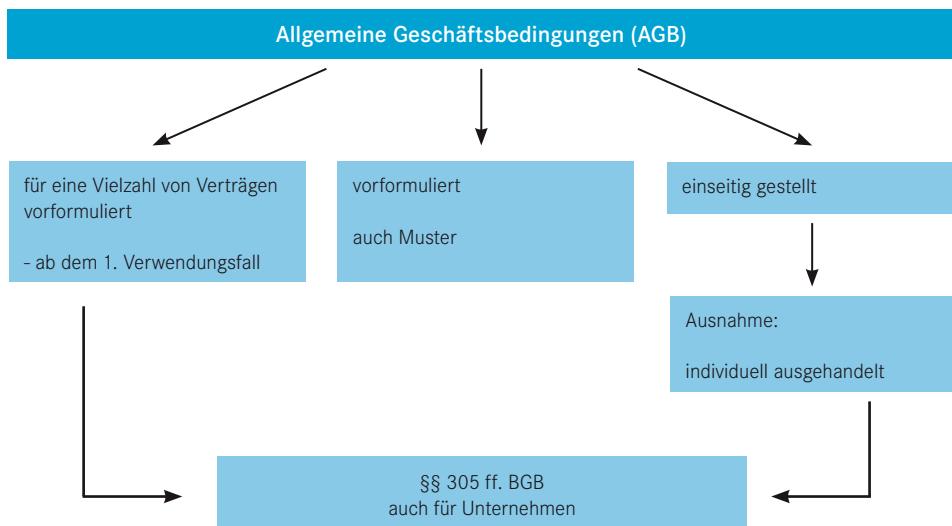
Einseitig gestellt sind Klauseln, wenn ein Vertragspartner deren Einbeziehung verlangt. Unerheblich sind daher:

- Lücken, wenn diese für den Regelungsgehalt der Klauseln kaum Bedeutung haben (Ergänzung lediglich von Namen, Daten etc.)
- Einräumung von Alternativen
- Möglichkeiten vorgesehener Streichungen.

### Ausnahmen

Eine AGB liegt nicht vor, wenn die Klausel individuell ausgehandelt wurde. Dazu muss der Klauselverwender die Klausel ausdrücklich und tatsächlich zur Disposition stellen, und zwar hinsichtlich des gesetzesfremden Kerngehalts, wobei das BGB der Maßstab ist.

Wenn eine Klausel die Voraussetzungen einer AGB erfüllt, dann unterliegt sie – abweichend von dem sonst im Zivilrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit – der Inhaltskontrolle.



## 3 VOB/B als AGB

### 3.1 Verwendung von AGB gegenüber Verbrauchern

Das FoSiG hebt die Privilegierung der VOB/B gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Verbraucherverträge auf, so dass hier künftig eine uneingeschränkte Inhaltskontrolle stattfindet. Für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen oder mit der öffentlichen Hand wird die Privilegierung der VOB/B durch das FoSiG hingegen gesetzlich festgeschrieben. Betroffen sind die § 308 Nr. 5, 309 Nr. 8b ff. und § 310 Abs. 1 BGB. Diese Privilegierung gilt aber nur, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Abweichung vereinbart wird.

## 3.2 Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern

Die gesetzlichen Regelungen zu AGB dienen zwar vorrangig dem Schutz der Verbraucher, jedoch finden sie grundsätzlich auch Anwendung bei der Verwendung von AGB gegenüber Unternehmern. Der BGH hat zuletzt in seiner Entscheidung vom 27.11.2003 (BGH, BauR 2004, 488–494) betont, dass sich auch große Bauunternehmen auf den Schutz der AGB-Regeln im Gesetz berufen können.

Allerdings ist bei der Verwendung gegenüber Unternehmern die Inhaltskontrolle der AGB eingeschränkt.

Bei der Verwendung gegenüber Unternehmern findet eine Inhaltskontrolle nach der Maßgabe statt, ob eine Klausel den Vertragspartnern des Verwenders unter Berücksichtigung der Gewohnheiten des Handelsverkehrs unangemessen benachteiligt (§§ 307, 310 Abs. 1 BGB). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn

- von wesentlichen gesetzlichen Grundgedanken (nach OLG München, NJW-RR 1989, 276 sogar von einer »Verkehrssitte«) abgewichen wird oder
- im Vertrag immanente wesentliche Rechte oder Pflichten grundlegend eingeschränkt werden.

Eine der gesetzlichen Regelung (insbesondere dem BGB) entsprechende Klausel kann jedoch nie unangemessen sein.

Inhaltlich kontrollfrei sind unmittelbar preis- und leistungsbestimmende Klauseln (§ 307 Abs. 3 BGB), denn das Gesetz dient nicht dazu, eine Preiskontrolle vorzunehmen.

## 3.3 Folgen der Unwirksamkeit einer Klausel

Die Unwirksamkeit einer Klausel hat zur Folge:

- Die Klausel entfällt ganz. Eine Reduktion auf das zulässige Maß scheidet grundsätzlich aus (von dieser Regelung ist der BGH zu Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern sowie zur Vertragsstrafenhöhe abgewichen, dazu mehr im Folgenden).
- Es gilt insoweit die gesetzliche Regelung. Auch wenn die Parteien z.B. im Übrigen die VOB/B vereinbart haben, tritt nicht die VOB/B, sondern die gesetzliche Regelung des BGB an die Stelle der unwirksamen Klausel.
- Nur wenn keine gesetzliche Ersatzregelung besteht und die ersatzlose Streichung auch nicht zu einer interessengerechten Lösung führt, ist eine ergänzende Vertragsauslegung möglich.
- Der Vertrag bleibt grundsätzlich im Übrigen wirksam.

## 3.4 Rechtsprechung zu ausgewählten typischen Klauseln

### Freizeichnungsklauseln für eigene Planungsfehler

Unwirksam ist die Abwälzung eigener Planungsfehler, z.B.:

»Bedenken gegen Pläne und Leistungsbeschreibungen sind vor Vertragsschluss mitzuteilen. Nach Vertragsschluss mitgeteilte Bedenken aufgrund dieser Unterlagen berechtigen den AN nicht, andere Preise oder zusätzliche Leistungen in Rechnung zu stellen.«

(OLG München, BauR 1986, 579).

Unwirksam ist ebenfalls die Beschränkung der Gewährleistungspflicht des Unternehmers gegenüber dem Auftraggeber auf den Umfang:

»... indem der von Dritten, insbesondere den Bauhandwerkern, Ersatz oder Erfüllung von Gewährleistungsansprüchen verlangen kann.«

(BGH, BauR 1987, 552–554).

### Bestätigungsvereinbarungen

Unwirksam sind auch Klauseln, die durch eine Bestätigung zur Beweislastumkehr und damit letztlich ebenso zu einer Risikoverlagerung führen, z.B.:

»Der AN bestätigt, dass ihm die örtlichen Verhältnisse bekannt sind.«

(OLG Frankfurt, NJW-RR 1986, 245)

»Der AN bestätigt, dass ihm vor Vertragsschluss das Leistungsverzeichnis und sämtliche Pläne vorlagen und er ausreichend Zeit hatte, diese zu prüfen.«

### Komplettheitsklauseln/Vollständigkeitsklauseln

Häufig finden sich vor allem in Generalunternehmerverträgen so genannte Komplettheits- oder Vollständigkeitsklauseln, z.B.:

»Der AN erkennt an, dass in dem Pauschalpreisvertrag auch alle Arbeiten enthalten sind, die nicht ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung benannt sind, jedoch dem Richtmaß der Baukunst entsprechen und sich während der Bauzeit als notwendig erweisen, damit das Werk vollständig nach den anerkannten Regeln der Baukunst fertig gestellt werden kann.«

»Mit dem Pauschalpreis sind alle Leistungen und Lieferungen abgegolten, die für eine vollständige vertragsgemäße funktionsgerechte und gebrauchsfähige Erstellung des Bauvorhabens nach dem Grundsatz der anerkannten Regeln der Baukunst erforderlich sind, und zwar unabhängig davon, ob die Leistungen und Lieferungen in den Vertragsgrundlagen nicht oder nicht näher beschrieben sind.«

Diese Klauseln sind in einem Detail-Pauschalpreisvertrag regelmäßig unwirksam, weil sie im Widerspruch zu der detaillierten Leistungsbeschreibung stehen und daher auch überraschend sind (§ 305c Abs. 1 BGB).

(OLG München, BauR 1990, 776)

In Global-Pauschalpreisverträgen sind sie jedenfalls dann zulässig, wenn der Auftragnehmer wegen der funktionalen/globalen und damit erkennbar lückenhaften Leistungsbeschreibung die damit verbundenen Risiken bewusst übernimmt (streitig).

Grundsätzlich sind allerdings die zwei unterschiedlichen Möglichkeiten zur Übernahme des Vollständigkeitsrisikos durch funktionale, von vornherein lückenhafte Leistungsbeschreibung oder durch ausdrückliche Komplettheitsklausel voneinander zu unterscheiden. Daher bleibt selbst im Falle einer unwirksamen Komplettheitsklausel die bewusste Risikoübernahme durch funktionale Leistungsbeschreibungen bestehen. Umgekehrt gilt allerdings, dass selbst bei Wirksamkeit der Komplettheitsklausel die dezidierten Feststellungen in den Vertragsbestandteilen, d.h. die einzelnen detaillierten Vereinbarungen, als Individualregelungen vorgehen.

### **Schriftform bei Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen**

Unwirksam sind Klauseln, die jegliche Ansprüche wegen Leistungsänderung oder zusätzlichen Leistungen von der Schriftform abhängig machen, z.B.:

»Nachforderungen sind ausgeschlossen, wenn sie nicht auf schriftlichen Zusatz- und Nachtragsaufträgen beruhen.«

(BGH, NJW 2004, 502).

»Zusätzliche Leistungen werden nur nach schriftlich erteiltem Auftrag bezahlt.«

(OLG Düsseldorf, BauR 2005, 94).

### **Behinderungen**

Unwirksam sind auch Klauseln des Auftraggebers, die Ansprüche für die vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung abschneiden, z.B.:

»Vorhaltungs- und Stilllegungskosten der Baustelleneinrichtung und des Maschinenparks gleich welchen Grundes werden nicht gesondert vergütet.«

(OLG München, BauR 1987, 554)

### **Kündigung/Kündigungsvorbehalte**

Unwirksam sind Klauseln, wonach der Auftraggeber grundlos kündigen kann, ohne dass dem Auftragnehmer seine Ansprüche nach § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB zustehen, z.B.:

»Kündigt der AG ohne besonderen Grund, so erfolgt die Abrechnung nach § 6 Abs. 5 VOB/B, weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen.«

(BGH, BauR 1985, 77).

»Die Streichung oder anderweitige Vergabe von vertragsgegenständlichen Leistungen reduziert die Vergütung um den entsprechend vertraglich vorgesehenen Teil; weitere Ansprüche sind ausgeschlossen.«

(OLG München, BB 1984, 1.387).

### **Vertragsstrafenansprüche**

Genaue Anforderungen/Grenzen hat die Rechtsprechung bei Vertragsstrafenvorbehalten wie folgt aufgestellt:

- Insgesamt kann maximal 5 % der Auftragssumme als Vertragsstrafe geltend gemacht werden. Zu beachten ist jedoch, dass eine Sonderregelung gilt für Verträge, die bis zum 30.06.2003 geschlossen worden sind. Bei diesen Verträgen sind bei einer Auftragshöhe von maximal DM 13.000.000,00 bzw. EUR 6.500.000,00 übergangsweise noch 10 % zulässig. Für Verträge ab dem 30.06.2003, damit ab Bekanntwerden der zugrunde liegenden BGH-Entscheidung (BGH, BauR 2003, 870-877), können nur noch 5 % vereinbart werden.
- Nach einer Entscheidung des BGH vom 06.12.2007 (BGH-Baurecht 2008, 508 bis 509) kann pro Werktag 0,3% vereinbart werden. Nach vorausgegangenen bestätigten Entscheidungen ging man pro Arbeitstag von 0,3% und pro Werktag von 0,2% aus.
- Sie darf nicht verschuldensunabhängig vereinbart sein. Für eine wirksame Vereinbarung reicht jedoch eine Inbezugnahme und ergänzende Geltung des § 11 Abs. 2 VOB/B aus (BGH, BauR 2002, 1086-1088).
- Eine Vertragsstrafenklause ist unwirksam, wenn sie keine zeitliche Beschränkung für den Vertragsstrafenvorbehalt enthält (OLG Düsseldorf, BauR 2001, 1461-1464).
- Die Festlegung einer kumulativ zu berechnenden Vertragsstrafe von 0,3% der Bruttoauftragssumme für jeden Werktag ist unwirksam (OLG Nürnberg, BauR 2010, 1591 - 1594).
- Auch die nachstehend benannte Klausel ist nach dem BGH (BGH, BauR 2008, 508 - 509) unwirksam.  
*„Die Frist gilt als verbindlich und verlängert sich auch nicht durch witterungsbedingte Beeinträchtigungen. Bei Überschreitung der Ausführungsfrist hat der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe von 0,3% der Auftragssumme pro Werktag des Verzuges zu zahlen, höchstens jedoch 10% der Schlussrechnungssumme.“*

### **Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern**

Die Rechtsprechung hat folgende Grundsätze aufgestellt:

- Die Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern ist wegen der Gefahr missbräuchlicher Inanspruchnahme und des erheblichen Liquiditätsentzugs beim Auftragnehmer unwirksam. Auch der Bürge kann sich auf diese Unwirksamkeit berufen (BGH, BauR 2004, 500-501).
- Auch hier ist zu beachten, dass für Verträge vor dem 01.01.2003 aus Vertrauensschutzgründen eine Sonderregelung gilt. Der BGH hat aus den benannten Vertrauensschutzgründen die Möglichkeit einer ergänzenden geltungserhaltenden Vertragsauslegung dahingehend entschieden, dass für Vertragserfüllungsbürgschaften auf erstes Anfordern, die vor dem 01.01.2003 vereinbart worden sind, gilt, dass eine einfache selbstschuldnerische Bürgschaft geschuldet ist und diese Bürgschaft auch nur in dieser Form in Anspruch genommen werden kann.
- Das gilt auch bei einem öffentlichen Auftraggeber (OLG Hamm, BauR 2003, 1720-1723; BGH, BauR 2005, 539-542).
- Die Sicherheitenklause, wonach eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen ist, ist auch in dem Fall unwirksam, wenn der Auftragnehmer die Möglichkeit der Hinterlegung hat (BGH, BauR 2008, 995 - 996).

### Sicherheitenabrede mit Verzicht auf Einrede nach § 768 BGB

- Die Verpflichtungen des Auftragnehmers, eine Bürgschaft unter Verzicht des Bürgen auf die Einrede des § 768 BGB zu stellen, ist unwirksam (BGH, BauR 2009, 809 - 812).
- Dies gilt sowohl für die Vertragserfüllungsbürgschaft als auch für die Gewährleistungsbürgschaft (BGH, BauR 2009, 809 - 812, BGH, BauR 2009, 1742 - 1747).
- Eine Gewährleistungssicherheit, die entweder bar zu erfolgen hat oder durch eine Bürgschaft nach § 768 BGB abgelöst werden kann, ist insgesamt unwirksam, da es sich um eine untrennbare Einheit handelt (BGH, BauR 2009, 1742 - 1747).

### Gewährleistungseinbehalt und -bürgschaft

Die Rechtsprechung (BGH, BauR 2002, 1392, 1393; BGH, BauR 1997, 829-831; BGH, ZfBR 2002, 677-678) hat folgende Grundsätze aufgestellt:

- Ist von Anfang an ein Bareinbehalt vereinbart, muss der Auftragnehmer einen angemessenen Ausgleich erhalten.
- Ein Ablösungsrecht durch Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern ist allein – im Gegensatz zu einer einfachen, selbstschuldnerischen Bürgschaft – kein angemessener Ausgleich.
- Eine geltungserhaltende Vertragsauslegung scheidet hier aus. Auch hier kann der Bürge seiner Inanspruchnahme die Unwirksamkeit entgegen halten. Gleches gilt auch für einen öffentlichen Auftraggeber, selbst dann, wenn er den Sicherheitseinbehalt auf ein eigenes Verwahrkonto nimmt (§ 17 Abs. 6 Nr. 4 VOB/B).
- Dies gilt auch dann, wenn neben dem Bareinbehalt und der Ablösemöglichkeit durch Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern eine Hinterlegungsmöglichkeit vorgesehen ist.
- Ebenso ist eine Klausel unwirksam, wonach Gewährleistungsansprüche bis zur vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung des Auftraggebers in Höhe von 10% der Auftragssumme gesichert sein sollen (BGH, BauR 2011, 1324 - 1328).

### Abnahme

Unwirksam ist eine Klausel, wonach der Auftraggeber seine Pflicht zur unverzüglichen Abnahme unangemessen lange und nicht hinreichend bestimmt hinausschiebt bzw. von Dritten abhängig macht, z.B.:

»Der AG (GU) kann die Abnahme der Leistungen (des NU) bis zur Abnahme durch den Bauherrn zurückstellen.«

(OLG München, BB 1984, 1388).

### Umlageklausel für Baunebenkosten

Oft enthalten Bauverträge Klauseln über prozentuale Abzüge für vom Auftraggeber zu stellenden Baustrom, Wasser, Versicherung und/oder Schuttberäumung. Dabei ist umstritten, ob diese Klauseln noch der Inhaltskontrolle entzogene, unmittelbar preis- und leistungsbestimmende Klauseln darstellen oder der Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabreden sind.

Der BGH (BGH, NZBau 2000, 466-467) hat dabei insbesondere folgende Fälle entschieden:

- Wirksam ist die Umlage grundsätzlich hinsichtlich der Bauversicherung.
- Unwirksam ist die Klausel zur Umlage pauschaler Bauschuttberäumung (OLG Rostock, BauR 2010, 1079).
- Nicht entschieden ist jedoch die Umlage von Baustrom und Bauwasser. Hier spricht einiges dafür, dass diese ebenso wie die Bauleistungsversicherung nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, jedenfalls so lange der Auftragnehmer Baustrom bzw. Bauwasser auch nutzt, d.h. ein Leistungsaustausch insoweit nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

### **Gewährleistungsfristen**

Unwirksam sind Klauseln des Auftraggebers (GU), wonach die Gewährleistungsfristen gegenüber dem Auftragnehmer (NU) von Dritten abhängen und dadurch völlig unbestimmt sind, z.B.:

»*Die Gewährleistungsansprüche enden keinesfalls vor abschließender Regelung der Gewährleistungsansprüche des Bauherrn aus den Leistungen des AN.*«

(OLG München, BB 1984, 1388).

»*Die Gewährleistung beginnt mit der Abnahme durch den Bauherrn. Sie endet zwei Monate nach Ablauf der mit dem Bauherrn vereinbarten Gewährleistungsfrist.*«

(BGH, BauR 2001, 621–622).

### **Mängel-Rügefristen**

Unwirksam ist eine Klausel, wonach »... bei Abnahme erkennbare Mängel innerhalb von zwei Wochen nach Abnahme und versteckte Mängel innerhalb von zwei Wochen nach Erkennbarkeit gerügt werden müssen ...«, da es im Bauwesen bei der Abwicklung der Gewährleistung grundsätzlich kein herausgehobenes Beschleunigungsinteresse gibt, das derart kurze Fristen rechtfertigt.

(BGH, IBR 2005, 142)

### **Ausschluss von Zurückbehaltungsrechten**

Eine Klausel des Auftragnehmers in AGB, die ein Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers generell ausschließt, ist unwirksam. Beispiel:

»*Die Geltendmachung von Aufrechnungen mit nicht rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen sowie von Zurückbehaltungsrechten ist ausgeschlossen.*«

(BGH, BauR 2005, 1010–1012).

---

# Teil IV Kündigung des Bauvertrages

## 1 Einführung

Die VOB/B unterscheidet zwischen Kündigungsmöglichkeiten des Auftragnehmers (§ 9 VOB/B, § 6 Abs.7 VOB/B sowie § 648a BGB, der auch für die VOB/B gilt) und Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers, die in § 8 VOB/B geregelt sind. Darüber hinaus sind auch die Rechtsfolgen der Kündigung unterschiedlich. Es ist zwischen einer einfachen Kündigung und einer Kündigung aus wichtigem Grund zu unterscheiden. Bei einer Kündigung aus wichtigem Grund können weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden.

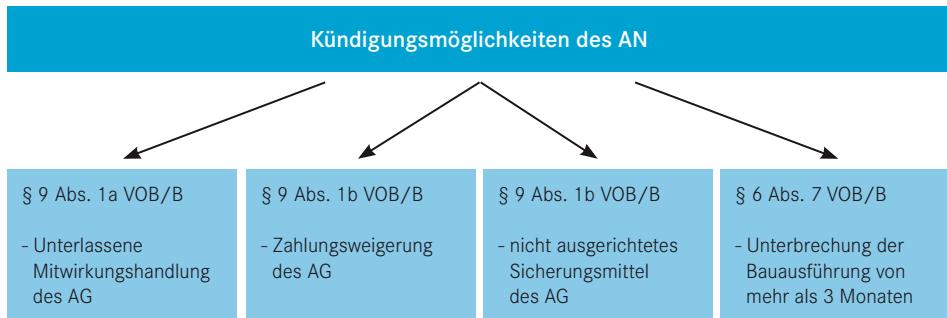
Die folgenden Ausführungen gelten sowohl für die Kündigung eines Einheitspreisvertrages als auch für die eines Pauschalpreisvertrages. Unterschiede ergeben sich lediglich hinsichtlich der Voraussetzungen, die an eine ordnungsgemäße Abrechnung zwischen den Parteien nach einer erfolgten Kündigung gestellt werden. Diese Problematik wird daher am Ende dieses Kapitels dargestellt.

## 2 Kündigung durch den Auftragnehmer

### 2.1 Einführung

Dem Auftragnehmer stehen je nach Fallgestaltung unterschiedliche Kündigungsgründe zur Verfügung. Im Einzelnen sind es folgende:

- Gemäß § 9 Abs. 1a VOB/B kann der Auftragnehmer den Vertrag kündigen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt und der Auftragnehmer deswegen außer Stande gesetzt wird, die Leistung auszuführen.
- Darüber hinaus kann der Auftragnehmer gem. § 9 Abs. 1b VOB/B den Vertrag dann kündigen, wenn der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht geleistet hat oder auf andere Art und Weise in Schuldnerverzug gerät.
- Darüber hinaus besteht gem. § 648a BGB die Möglichkeit, nach der erfolglosen Einforderung des Sicherungsmittel den Vertrag zu kündigen. In diesem Fall endet der Vertrag mit Ablauf dieser gesetzten Frist unter Kündigungsandrohung.
- Schließlich besteht für beide Vertragsparteien gem. § 6 Abs. 7 VOB/B die Möglichkeit, den Vertrag schriftlich zu kündigen, wenn eine Unterbrechung der Bauausführung eintritt, die länger als drei Monate dauert.



## 2.2 § 9 VOB/B

### § 9 Abs. 1a VOB/B

Nach § 9 Abs. 1a VOB/B kann der Auftragnehmer den Vertrag kündigen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt und dadurch den Auftragnehmer außer Stande setzt, die Leistung auszuführen. Es handelt sich um einen Fall des Annahmeverzugs gemäß § 293 BGB. Eine Mitwirkungspflicht des Auftraggebers kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- Pflicht zur Bereitstellung des Baugrundstücks
- gegebenenfalls alle Leistungen von Vorunternehmern, wenn die Beendigung dieser Leistung Voraussetzung für den Beginn der Leistungen des Nachunternehmers ist (BGH, BauR 2000, 722)
- gegebenenfalls die vertraglich vereinbarte Aufstellung eines Gerüstes, sofern sich hierzu der Auftraggeber verpflichtet hat
- gegebenenfalls die Übergabe von entsprechenden Plänen, Zeichnungen, Ausführungsunterlagen, Genehmigungsunterlagen (§ 3 Abs. 1 VOB/B)
- das Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlage gem. § 3 Abs. 2 VOB/B
- Feststellung des Zustandes der Straßen-, Geländeoberfläche, der Vorfluter und Vorflutleitungen, der baulichen Anlagen im Baubereich gem. § 3 Abs. 4 VOB/B
- Zur-Verfügungstellen von Lager- und Arbeitsplätzen und Anschlüssen gem. § 4 Abs. 4 VOB/B.

Voraussetzung ist jedoch, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlung unterlassen hat.

Darüber hinaus muss der Auftraggeber durch diese Unterlassung den Auftragnehmer außer Stande gesetzt haben, die ihm obliegende Leistung zu erbringen.

### § 9 Abs. 1 b VOB/B

§ 9 Abs. 1 b VOB/B geht davon aus, dass der Auftragnehmer dann kündigen kann, wenn der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht leistet oder auf andere Weise in Schuldnerverzug gerät.

Voraussetzung ist damit, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen für eine Abschlagszahlung oder aber die Schlusszahlung vorliegen, wobei im letztgenannten Fall sicherlich eine Kündigung keinen Sinn ergibt.

Es ist darauf zu achten, dass dem Auftraggeber nach Ablauf der Zahlungsfrist für die Abschlagsrechnung eine Frist zur Zahlung gesetzt wird. Dieser Fristablauf sollte abgewartet werden. Des Weiteren ist zwingend zu berücksichtigen, dass dem Auftraggeber im Falle von Mängeln ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der dreifachen Mangelbeseitigungskosten zusteht. Für den Fall, dass Mängel vorliegen, die dazu führen, dass sie bei Berücksichtigung des dreifachen Druckzuschlages die Abschlagssumme erreichen oder übersteigen, sollte unter gar keinen Umständen gekündigt werden. In diesem Fall läge eine vertragswidrige Einstellung vor, so dass Schadensersatzansprüche des Auftraggebers die Folge wären. Im Übrigen könnte er in diesem Fall auch den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen.

## 2.3 § 648a BGB

Nach § 648a BGB besteht die Möglichkeit, ein Sicherungsmittel für die Vorleistungen unter den dort im Detail geregelten Voraussetzungen einzuverlangen. Wird dieses Sicherungsmittel im Rahmen der ersten angemessenen gesetzten Frist nicht durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer ausgereicht, steht dem Auftragnehmer nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht (Baueinstellung) zu, sondern er kann den Vertrag auch kündigen oder den Sicherungsanspruch einklagen.

Gemäß § 648a Abs. 5 Satz 4 BGB wird widerlegbar vermutet, dass der entstandene Schaden mindestens 5% der Vergütung beträgt. Es steht dem Auftragnehmer frei, einen höheren Schaden nachzuweisen.

## 2.4 § 6 Abs. 7 VOB/B

Schließlich kommt auch eine unterbrechungsbedingte Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B in Betracht. Festzuhalten bleibt jedoch, dass dieses Recht sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber zusteht. Voraussetzung ist, dass eine Unterbrechung länger als drei Monate andauert. Dabei ist es letztlich völlig unerheblich, aus welcher Risikosphäre der Grund bzw. die Ursache für die Unterbrechung herrührt. Die Kündigung nach § 6 Abs. 7 VOB/B kann selbst die Vertragspartei erklären, aus deren Risikobereich die Ursache herrührt (BGH, BauR 2006, 371). Die Abrechnung ist dann gem. § 6 Abs. 5 und § 6 Abs. 6 VOB/B vorzunehmen, d.h. es sind die ausgeführten Leistungen entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen abzusetzen und gegebenenfalls auch die Kosten zu ersetzen, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen der nicht ausgeführten Leistung enthalten sind. Wenn der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten hat, kann er auch die Kosten für die Baustellenberäumung gem. § 6 Abs. 7 VOB/B geltend machen.

## 3 Kündigung durch den Auftraggeber

### 3.1 Einführung

Zunächst wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen zu den Kündigungsmöglichkeiten des Auftragnehmers verwiesen. Der Auftraggeber kann ebenfalls – wie bereits dargelegt – nach § 6 Abs. 7 VOB/B unter den dort im Einzelnen dargestellten Voraussetzungen kündigen.

Darüber hinaus sind die Kündigungsmöglichkeiten des Auftraggebers in § 8 VOB/B geregelt.

- Anders als der Auftragnehmer kann der Auftraggeber gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B den Vertrag zu jedem Zeitpunkt bis zur Vollendung der Leistung kündigen, d.h. er braucht keinen besonderen Grund.
- Der Auftraggeber kann jedoch gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B und § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B auch aus wichtigem Grund kündigen:
  - wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt (§ 8 Abs. 2 Abs. 1 VOB/B);
  - wenn das Insolvenzverfahren vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger über das Vermögen des Auftragnehmers beantragt wurde (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B)
  - im Fall des § 4 Abs. 7 VOB/B, wenn der Auftragnehmer unter Kündigungsandrohung vor Abnahme zur Mängelbeseitigung aufgefordert wurde und der Auftraggeber die Kündigung ausspricht, weil der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nachkommt (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B)
  - im Fall des § 5 Abs. 4 VOB/B, wenn die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist und die Kündigung erfolgt (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B).

### 3.2 Einfache Kündigung durch den Auftraggeber

Wie bereits dargelegt, kann der Auftraggeber grundlos zu jedem Zeitpunkt den Vertrag gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B kündigen.

Die Folge ist jedoch, dass dem Auftragnehmer dann die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zusteht. Der Auftragnehmer ist insoweit jedoch gehalten, Ersatzaufträge zu bekommen. Eine Kündigung nach § 8 Abs. 1 VOB/B wird folgerichtig gegebenenfalls extrem teuer.

Wie bei allen Kündigungen, die auch in der Folgezeit dargestellt werden, ist gem. § 8 Abs. 5 VOB/B Voraussetzung, dass die Kündigung schriftlich erfolgt.

Zu beachten sind des Weiteren § 8 Abs. 6 und Abs. 7 VOB/B, wonach der Auftragnehmer unmittelbar nach der Kündigung zur Beweissicherung auch ein gemeinsames Aufmaß und die Abnahme seiner Leistungen verlangen kann. Eine Vertragsstrafe kann nur bis zum Zeitpunkt der Kündigung beansprucht werden. Dem Auftraggeber steht es jedoch frei, für den Fall einer Kündigung aus wichtigem Grund Schadensersatz geltend zu machen, so dass etwaige Verzugsschäden auch darüber ersatzfähig wären.

### 3.3 Kündigung gem. § 8 Abs. 2 VOB/B

In den bereits dargestellten Fällen, in denen entweder der Auftragnehmer

- seine Zahlungen einstellt oder aber
- entweder von einem anderen Gläubiger oder dem Auftraggeber das Insolvenzverfahren für den Auftragnehmer beantragt wird,

kann der Vertrag ebenfalls schriftlich gekündigt werden. Die Abrechnung erfolgt in diesem Fall nach § 6 Abs. 5 VOB/B und damit in der vorstehend bereits dargestellten Form. Zusätzlich kann dann der Auftraggeber noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung des nicht ausgeführten Teils beanspruchen.

### 3.4 Kündigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B

Schließlich kann der Auftraggeber den Vertrag auch dann kündigen, wenn

- die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B vorliegen (Mangelbeseitigungsaufforderung unter Kündigungsandrohung vor Abnahme), die auch schon eingehend dargestellt worden sind oder aber
- ein Fall des § 5 Abs. 4 VOB/B vorliegt.

In diesem Fall kann dann der Auftraggeber die ausstehenden Leistungen durch ein Drittunternehmen ausführen lassen und den entstandenen Schaden an den Auftragnehmer weiterberechnen.

Baustelleneinrichtungen des Auftragnehmers können unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B gegen eine angemessene Vergütung in Anspruch genommen werden. Mehrkosten durch die Beauftragung des Drittunternehmens sind binnen 12 Werktagen nach Abrechnung durch den Dritten an den gekündigten Auftragnehmer zu übersenden.

## 4 Abrechnung nach Kündigung

### 4.1 Abrechnungsverhältnis

Durch die Kündigung wird das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis in ein gegenseitiges Abrechnungsverhältnis umgewandelt.

Dadurch wird dem Auftragnehmer die Möglichkeit eingeräumt, Vergütungsansprüche für die bis zur Kündigung durch ihn erbrachten Leistungen gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen. In Abhängigkeit vom Kündigungsgrund kann der Auftragnehmer darüber hinaus berechtigt sein, Ansprüche auf Vergütung auch für die noch nicht erbrachten Leistungen abzüglich der durch die Kündigung ersparten Aufwendungen geltend zu machen.

Das ist der Fall, wenn es sich z.B. um eine »einfache« Kündigung des Auftraggebers handelt, d.h. eine Kündigung ohne wichtigen Grund.

Dem Auftraggeber dagegen stehen ebenfalls abhängig vom Kündigungsgrund Ansprüche gegen den Auftragnehmer zu. Hierbei handelt es sich um die bereits dargestellten Ansprüche auf Ersatz entstandener Mehrkosten oder weitergehende Schadensersatzansprüche, wenn eine Kün-

digung aus wichtigem Grund vorliegt. Hierauf wird daher im Folgenden nicht noch einmal eingegangen.

Die sich (aufgrund einer Kündigung) gegenüber stehenden Ansprüche beider Parteien werden nicht miteinander verrechnet. Die Ansprüche stehen sich lediglich als selbständige Forderungen aufrechenbar gegenüber (BGH, NZBau 2005, 582–584). Dies ist bei der Abrechnung zu berücksichtigen.

### 4.2 Abrechnung

Im Rahmen der Abrechnung ist zu berücksichtigen, dass die Schlussrechnung des Auftragnehmers stets prüffähig sein muss. Innerhalb der Schlussrechnung hat der Auftragnehmer sauber zwischen der Abrechnung der erbrachten Leistung und denjenigen Ansprüchen zu differenzieren, die ihm als Auftragnehmer infolge der Kündigung gegenüber dem Auftraggeber zustehen. Hier von sind jedoch zwei Ausnahmen zu beachten:

- Eine Trennung zwischen den eben benannten Ansprüchen ist nur bis zum Zeitpunkt der Abnahme erforderlich. Nach der Abnahme durch den Auftraggeber hat der Auftragnehmer lediglich das erstellte Werk und damit die hierfür erbrachten Leistungen abzurechnen.
- Eine Trennung der Ansprüche entfällt auch dann, wenn der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Kündigung nur geringfügige Restleistungen noch nicht erbracht hat (BGH, NJW 1999, 1264). Sozusagen im Umkehrschluss gilt dies dann auch, wenn der Auftragnehmer bis zur Kündigung nur geringfügige Leistungen gegenüber dem Auftraggeber erbracht hat (BGH, NZBau 2005, 147–148).

Die Abrechnung der durch den Auftragnehmer erbrachten Leistungen richtet sich nach den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen bzw. nach den Regelungen gem. §§ 2, 14 und 16 VOB/B.

Für die Abrechnung der zum Zeitpunkt der Kündigung noch nicht erbrachten Leistungen sind im Falle der einfachen Kündigung § 649 S. 2 BGB oder § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B heranzuziehen. Bei den sich daraus ergebenden Ansprüchen ist jedoch zu berücksichtigen, dass sowohl § 649 S. 2 BGB als auch § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B insoweit eine eindeutige Regelung enthalten, die besagt, dass sich der Auftragnehmer dasjenige anrechnen lassen muss, was er sich infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Von Bedeutung ist insoweit, dass grundsätzlich der Auftragnehmer darzulegen hat, welche Kosten er erspart hat und welchen anderweitigen möglichen Erwerb er sich anrechnen lassen muss (BGH, NJW 1996, 1282–1283).

Bereits aus dem oben Dargestellten ergibt sich, dass die Abrechnung nach Kündigung mit Schwierigkeiten verbunden ist. Dies hat auch der BGH gerade für die Fälle von gekündigten Pauschalpreisen erkannt und daher Grundsätze der Abrechnung entwickelt, die ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Parteien schaffen sollen. Dadurch soll ausgeschlossen werden, dass eine der Parteien aufgrund der Kündigung Vorteile zu Lasten der anderen Partei erhält. Einer der wichtigsten Grundsätze ist insoweit, dass dem Auftragnehmer bei der Abrechnung keine Vorteile, die sich aus dem geschlossenen Vertrag mit dem Auftraggeber ergeben, genommen werden dürfen.

fen. Andererseits darf der Auftragnehmer keinen Vorteil daraus ziehen, dass ein für ihn eigentlich ungünstiger Vertrag gekündigt wurde (BGH, BauR 1996, 382, 383).

Bei einer Kündigung des Auftraggebers wird gem. § 649 S. 3 BGB vermutet, dass dem Auftragnehmer 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen. Diese Regelung ist durch das FoSiG am 01.01.2009 in Kraft getreten.

### 4.3 Abrechnung der Vergütung für erbrachte Leistungen

Ein Anspruch des Auftragnehmers auf die Vergütung für die durch ihn erbrachten Leistungen besteht immer. Den Nachweis für die erbrachten Leistungen hat jedoch der Auftragnehmer zu erbringen. Um diese Pflicht erfüllen zu können, ist es daher stets erforderlich, dass durch die Parteien ein gemeinsames Aufmaß erstellt wird, in dem die erbrachten Leistungen des Auftragnehmers enthalten sind.

Die Vergütung der erbrachten Leistungen richtet sich nach der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation. Insoweit gilt auch hier der Grundsatz »Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis«.

Insoweit sind bei einem Einheitspreisvertrag die im erstellten Aufmaß enthaltenen erbrachten Leistungen des Auftragnehmers nach den vertraglich vereinbarten Einheitspreisen abzurechnen.

Beim Pauschalpreisvertrag, bei welchem wiederum die Unterscheidung zwischen Detail- und Globalpauschalpreisvertrag zu beachten ist, fehlen Einheitspreise. Die Abrechnung muss daher auf andere Art und Weise erfolgen. Notwendig hierfür ist es, dass der Auftragnehmer eine schlüssige Kalkulation vorweist (BGH, BauR 1999, 644). Diese Kalkulation kann durch den Auftragnehmer auch nachträglich erstellt werden (BGH, BauR 2006, 1753–1755). Da bei einem Pauschalpreisvertrag Mengen und Massen pauschaliert sind, stellt sich die Abrechnung als sehr schwierig dar. Die Fälle der gekündigten Pauschalpreisverträge sind daher seit mehr als einem Jahrzehnt Gegenstand unterschiedlichster BGH-Entscheidungen.

Bloße Pauschaliertungen sind insoweit aber unzulässig. Daher ist es nicht möglich, dass die erbrachten Leistungen lediglich ins Verhältnis zu der Gesamtleistung gebracht werden und dass in Höhe dieses Prozentsatzes eine Pauschalvergütung für die erbrachten Leistungen gegenüber dem Auftraggeber geltend gemacht wird (BGH, NJW 1995, 2712, 2713).

Für die Abrechnung der bereits erbrachten Leistungen hat daher der Auftragnehmer diese und die dafür anzusetzende Vergütung darzulegen und von den nicht ausgeführten Leistungen abzugrenzen. Daneben hat der Auftragnehmer das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vertraglich vereinbarten Gesamtleistung und das Verhältnis des Preisansatzes für die Teilleistungen zum vertraglich vereinbarten Pauschalpreis aufzuzeigen (BGH, NJW 1995, 2712, 2713).

Wie bereits erwähnt, besteht das Problem bei einem Pauschalpreisvertrag darin, dass Mengen und Massen pauschaliert werden. Selbst wenn daher ein Leistungsverzeichnis mit Mengen und Massen vorläge, ist zu berücksichtigen, dass die dort angegebenen Mengen nicht mit der Realität übereinstimmen müssen. Dies bedeutet, dass in der Praxis die tatsächlich auszuführenden Leistungen (nach Aufmaß) von den nicht mehr ausgeführten Leistungen abgegrenzt werden müssen, damit für jede einzelne Position das wertmäßige Verhältnis ermittelt werden kann.

Bei einem Detailpauschalpreisvertrag hat es der BGH als zulässig erachtet, dass der Auftragnehmer zur Ermittlung der Preise für die Einzelleistungen das Leistungsverzeichnis als Anhaltpunkt für die Bewertung der ausgeführten Leistungen heranziehen kann (BGH, NJW 1996, 3270).

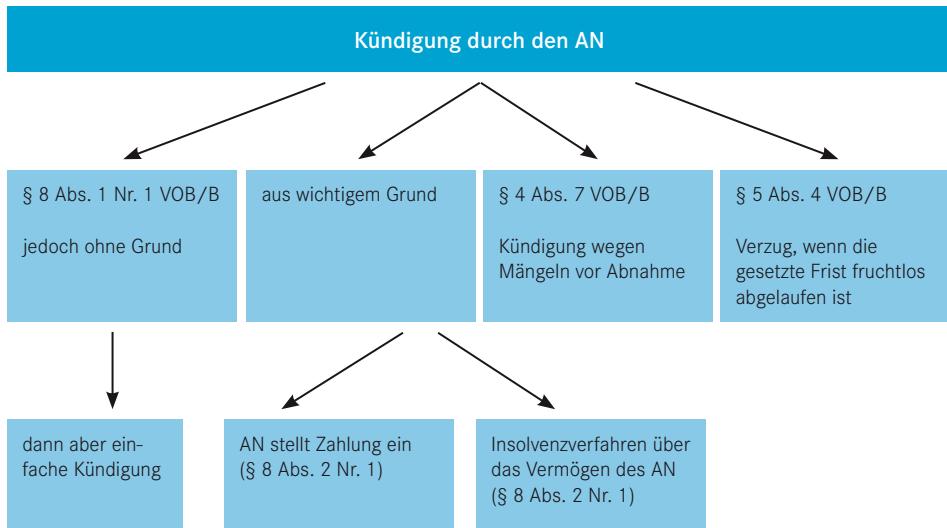
Noch schwieriger ist die Abrechnung bei einem Globalpauschalpreisvertrag. Im Normalfall liegt bei einem solchen Vertrag kein Leistungsverzeichnis, sondern nur ein funktionales Leistungsprogramm, eine so genannte Baubeschreibung, vor. Folglich sind weder Einzelleistungen noch Einheitspreise festgehalten, mit deren Hilfe der Auftragnehmer seine Abrechnung darlegen kann. Auch ist es dem Auftragnehmer untersagt, der Abrechnung Zahlungspläne o.Ä. zugrunde zu legen (BGH, NJW 1997, 733). Grund hierfür ist, dass die Verknüpfung von Teilleistungen mit Abschlagszahlungen nicht zwingend besagt, dass die Vertragsparteien die einzelnen Teilleistungen tatsächlich mit den ihnen zugeordneten Abschlagszahlungen bewertet haben. Daher ist der Auftragnehmer bei einem vereinbarten Globalpauschalpreisvertrag verpflichtet, unter Offenlegung seiner Kalkulation darzustellen, mit welchen Preisen er die erbrachte Leistung kalkuliert hat (BGH, NJW 1997, 733).

An diese Darstellung wurden durch die Gerichte teilweise kaum noch zu erfüllende Anforderungen gestellt. Dieser Tendenz ist der BGH in den vergangenen Jahren entgegengetreten (BGH, NZBau 2006, 637). Insoweit hat er entschieden, dass bei der Prüfung der Ansprüche des Auftragnehmers nach Kündigung eines Globalpauschalpreisvertrages bei der Ermittlung des dem Auftragnehmer zustehenden Werklohns auch der § 287 ZPO angewendet werden kann, sofern der Anspruch dem Grunde nach substantiiert dargelegt wurde. Dies hat zur Folge, dass das mit der Sache befasste Gericht auch in dem Fall, dass die vom Auftragnehmer angegebenen Kalkulationsansätze falsch oder zu hoch sind, die dem Auftragnehmer zustehende Vergütung nach § 287 ZPO schätzen kann. Dies ist zumindest dann der Fall, wenn der Auftragnehmer ein Aufmaß vorlegt und seine Kalkulation offen gelegt hat. Dann sind diese Angaben durch einen Sachverständigen überprüfbar und ausreichende Grundlage für eine Schätzung nach § 287 ZPO. Dies stellt eine wesentliche Erleichterung für den Auftragnehmer dar, seine im Rahmen des Globalpauschalpreisvertrages erbrachten Leistungen gegenüber dem Auftraggeber geltend machen zu können.

### 4.4 Abrechnung der Vergütung für die noch nicht erbrachten Leistungen

Wenn es sich um eine »einfache« Kündigung des Auftraggebers nach § 8 Abs. 1 VOB/B handelt, hat der Auftragnehmer auch gegenüber dem Auftraggeber einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Vergütung für die noch nicht erbrachten Leistungen. Jedoch ist der Auftragnehmer verpflichtet, dem Auftraggeber nachzuweisen, welche Kosten er erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebs erwirbt. Hierfür muss wiederum die Kalkulation des Auftragnehmers herangezogen werden. Kann der Auftragnehmer einen nachvollziehbaren Nachweis vorlegen, kommt es zu einer Umkehrung der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Auftraggebers.

Beispielhaft für ersparte Aufwendungen sollen vorwiegend genannt werden: eingesparte allgemeine Geschäftskosten, Baustellenkosten, Personalkosten, Kosten für Material und Gerät. Zu den ersparten Aufwendungen können jedoch auch zählen: Kosten für Nachunternehmer und auf das Projekt bezogene Finanzierungskosten.





---

# Teil V Abnahme

## 1 Allgemeines

Es sind zunächst drei unterschiedliche Abnahmebegriffe zu unterscheiden:

- behördliche Abnahme
- technische Abnahme
- rechtsgeschäftliche Abnahme.

Entscheidend und nachstehend dargestellt wird die rechtsgeschäftliche Abnahme, die auch in § 12 VOB/B bzw. § 640 BGB geregelt ist.

Eine technische Abnahme ist beispielsweise inhaltlich in § 4 Abs. 10 VOB/B benannt. Diese hat mit der rechtsgeschäftlichen Abnahme nichts zu tun. Es wird nur ein technischer Befund festgestellt. Bei der behördlichen Abnahme handelt es sich beispielsweise um so genannte öffentliche Rohbau- bzw. Gebrauchsabnahmen. Auch diese sind völlig losgelöst von der rechtsgeschäftlichen Abnahme und führen auch nicht zur rechtsgeschäftlichen Abnahme.

Bei der Abnahme handelt es sich um eine vertragliche Hauptpflicht des Auftraggebers, die gegebenenfalls auch klageweise durch den Auftragnehmer geltend gemacht werden kann. Regelmäßig ist jedoch eine separate Klage auf Abnahme nicht sinnvoll.

Zunächst kann der Auftragnehmer gem. § 12 Abs. 1 VOB/B ein Abnahmeverlangen stellen, soweit die Leistung von ihm fertig gestellt wurde. Unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 VOB/B kann auch eine Teilabnahme beansprucht werden. Wurde eine förmliche Abnahme vereinbart, sind die Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 VOB/B einzuhalten. Sofern keine förmliche Abnahme vereinbart wurde und auch kein Abnahmeverlangen vorliegt, sondern nur eine Fertigstellungsanzeige, kommt eine Abnahme unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 5 VOB/B in Betracht (fiktive Abnahme). Über diese in § 12 Abs. 5 VOB/B benannten Abnahmefiktionen hinaus vertritt die herrschende Meinung in der Literatur, dass die beiden Abnahmefiktionen des BGB (§ 640 I Satz 3 BGB sowie § 641a BGB) ebenfalls auf einen VOB/B-Vertrag anwendbar sind (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB/B-Kommentar, 15. Auflage, § 12 Rn. 23 VOB/B; Kniffka, ZfBR 2000, 227ff.).

Die Abnahme bedeutet die Annahme des Werkes durch den Auftraggeber als im Wesentlichen vertragsgemäß. Sofern wesentliche Mängel vorliegen oder aber das Werk nicht im Wesentlichen fertig gestellt ist, kann er die Abnahme nach § 12 Abs. 3 VOB/B verweigern.

## 2 Abnahmearten

Es ist zunächst zwischen einer Teilabnahme (§ 12 Abs. 2 VOB/B) und einer Gesamtabnahme zu unterscheiden, des Weiteren zwischen einer ausdrücklichen, konkludenten, förmlichen und fiktiven Abnahme, die insgesamt in § 12 VOB/B geregelt sind. Eine vereinbarte ausdrückliche oder vereinbarte bzw. verlangte förmliche Abnahme schließt grundsätzlich eine fiktive Abnahme gem. § 12 Abs. 5 VOB/B aus.

### 2.1 Abnahmeverlangen des Auftragnehmers (§ 12 Abs. 1 VOB/B)

Eine Abnahme gem. § 12 Abs. 1 VOB/B setzt ein Abnahmeverlangen des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber (nicht dem Architekten) voraus. Im Falle des berechtigten Abnahmeverlangens hat der Auftraggeber binnen 12 Werktagen nach Zugang der Erklärung die Leistungen abzunehmen.

Das Abnahmeverlangen ist grundsätzlich formlos, damit auch mündlich möglich. Es sollte zwingend davon abgesehen werden, formlos die Abnahme zu verlangen. Es sollte in jedem Fall immer ein schriftliches Abnahmeverlangen aus Beweisgründen erfolgen, da der Auftragnehmer in diesem Fall beweispflichtig ist.

§ 12 Abs. 1 VOB/B geht von einer Gesamtabnahme aus. Der Fall der Teilabnahme ist in § 12 Abs. 2 VOB/B geregelt.

Die Abnahme durch den Auftraggeber kann sowohl ausdrücklich (schriftlich/mündlich), aber auch konkludent erfolgen. Eine konkludente Abnahme (schlüssiges Verhalten, das auf eine Abnahme hindeutet) liegt nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen vor und kann beispielsweise in einer vorbehaltlosen Schlusszahlung nach Abnahmeverlangen oder in dem vorbehaltlosen Einzug in das Objekt gesehen werden.

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Umstände oder Ausführungen des Auftraggebers einer Abnahmeverklärung entgegenstehen (z.B. ausdrückliche Abnahmeverweigerung, Rügen von wesentlichen Mängeln etc.).

In dem Abnahmeverlangen des Auftragnehmers sollte eine Frist zur Abnahme durch den Auftraggeber gesetzt werden und bei fruchtlosem Ablauf dieser Frist ggf. noch eine Nachfrist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB die Abnahme fingiert wird, wenn der Auftragnehmer berechtigt die Abnahme (Fertigstellung der Leistung ohne wesentlichen Mangel) verlangt und der Auftraggeber diese unberechtigt verweigert. Diese in § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB geregelte Abnahmefiktion ist nicht zu verwechseln mit § 12 Abs. 5 VOB/B und § 641a BGB.

Wenn die vorbenannten gesetzten Fristen fruchtlos verstrichen sind und das Abnahmeverlangen des Auftragnehmers berechtigt war, gerät der Auftraggeber in Annahmeverzug (so genannter Gläubigerverzug). Der Gläubigerverzug hat folgende Rechtsfolgen:

- Die Gefahr für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung des Bauwerkes trägt mit Eintritt des Annahmeverzuges gem. § 644 Abs. 1 BGB der Auftraggeber. Der Auftragnehmer haftet nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gem. § 300 BGB.
- Gemäß § 304 BGB kann der Auftragnehmer den Ersatz von Mehraufwendungen beanspruchen, die ihm durch Maßnahmen entstehen, die durch Erhaltungsmaßnahmen der unberechtigt vom Auftraggeber nicht abgenommenen Leistung entstehen. Dies betrifft beispielsweise

die Fälle des § 4 Abs. 5 VOB/B, d.h. ist der Auftragnehmer wegen der unberechtigten Abnahmeverweigerung des Auftraggebers gehalten, die Leistung z.B. vor Winterschäden zu schützen, kann er diese Kosten gegenüber dem Auftraggeber geltend machen.

Der Auftraggeber gerät zudem bereits nach Ablauf der Frist von 12 Werktagen (§ 12 Abs. 1 VOB/B) in Schuldnerverzug, so dass er dann auch einen etwaigen Verzugsschaden des Auftragnehmers ersetzen muss.

Im Falle einer unberechtigten Abnahmeverweigerung besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, den Auftraggeber auf Abnahme zu verklagen. Eine isolierte Abnahmeklage ist jedoch nicht sinnvoll. In diesem Fall sollte Zahlungsklage erhoben werden.

## 2.2 Teilabnahme (§ 12 Abs. 2 VOB/B)

Gemäß § 12 Abs. 2 VOB/B ist eine Teilabnahme nur auf Verlangen vorgesehen und auch nur für in sich abgeschlossene Leistungen.

Grundsätzlich kommt eine Teilabnahme nur bei einer erklärten (ausdrücklichen/konkludenten) Abnahme in Betracht und nicht im Falle der fiktiven Abnahme. Demgegenüber vertritt Ingenstau/Korbion, VOB/B-Kommentar, 16. Auflage, § 12 Abs. 2 Rn. 4, die Auffassung, dass die Teilabnahme auch im Fall des § 12 Abs. 5 II VOB/B als fiktive Abnahme in Betracht kommt. Jagenburg im Beck'schen VOB/B-Kommentar, § 12 Abs. 2 Rn. 10, geht sogar davon aus, dass alle Fälle des § 12 Abs. 5 VOB/B auf den Fall der Teilabnahme anwendbar sind. Die Teilabnahme stellt in der Praxis jedoch die Ausnahme dar.

Eine Teilabnahme kann auch nur für in sich abgeschlossene Leistungen verlangt werden. Eine in sich abgeschlossene Teilleistung liegt nur dann vor, wenn sie selbständig funktionsfähig und gebrauchsfähig ist, so dass eine Teilabnahme nur in eng umgrenzten Fällen in Betracht kommt.

Im Falle einer rechtsgeschäftlichen Teilabnahme treten die Abnahmewirkungen für den in sich abgeschlossenen Teil mit der Abnahmeverklärung ein (z.B. Beginn der Gewährleistungsfrist/Gefahrübergang etc.).

## 2.3 Förmliche Abnahme (§ 12 Abs. 4 VOB/B)

Regelmäßig vereinbaren die Parteien in der Baupraxis eine förmliche Abnahme gem. § 12 Abs. 4 VOB/B, die auch unabhängig von einer Vereinbarung auf Verlangen des Auftragnehmers durchzuführen ist. Eine vereinbarte förmliche Abnahme schließt grundsätzlich eine fiktive Abnahme gem. § 12 Abs. 5 VOB/B aus. Eine Ausnahme ist beispielsweise dann gegeben, wenn trotz der Vereinbarung bzw. trotz eines zunächst geäußerten Verlangens nach einer förmlichen Abnahme der Auftragnehmer davon wieder Abstand nimmt.

Grundsätzlich kann ein Verlangen formlos, damit auch mündlich, gestellt werden. Aus Beweisgründen sollte jedoch die förmliche Abnahme immer schriftlich verlangt werden.

Die förmliche Abnahme geht von einer empfangsbedürftigen Willenserklärung aus, und damit grundsätzlich auch von der Anwesenheit beider Parteien. In § 12 Abs. 4 II VOB/B ist eine Ausnahme dahingehend festgelegt, dass die förmliche Abnahme auch in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden kann, wenn dieser trotz einer angemessenen Frist nicht erscheint. Diese Ausnahme ist jedoch nicht praxisrelevant.

In die gemeinsame Niederschrift sollten konkrete Mängelrügen (Ort, Lage, äußeres Erscheinungsbild) aufgenommen werden. Etwaige Vorbehalte beider Seiten sollten erklärt werden, d.h. eine aus Sicht des Auftragnehmers unberechtigte Mängelrüge sollte mit einem Widerspruch gekennzeichnet werden. Ein etwaiger Vertragsstrafenvorbehalt ist zwingend in die Niederschrift aufzunehmen.

Beiden Parteien steht es auch frei, auf eigene Kosten einen entsprechenden Sachverständigen hinzuzuziehen. Die Hinzuziehung bietet sich regelmäßig zumindest für den Auftraggeber an, wenn dieser nicht über eine entsprechende Sachkunde verfügt. Im Einzelfall kann es auch angezeigt sein, dass der Auftragnehmer einen entsprechend fachkundigen Sachverständigen hinzuzieht, wenn zu erwarten ist, dass eine Vielzahl von möglicherweise auch unberechtigten Mängelrügen durch den Auftraggeber erhoben werden soll und insbesondere auch dann, wenn zu erwarten ist, dass der Auftraggeber unberechtigt die Abnahme verweigern will.

## 2.4 Fiktive Abnahme (§ 12 Abs. 5 VOB/B)

§ 12 Abs. 5 VOB/B regelt zwei Fälle der fiktiven Abnahme (§ 12 Abs. 5 I und II VOB/B). Bei einer fiktiven Abnahme handelt es sich nicht um eine stillschweigende Abnahme. Eine fiktive Abnahme tritt vielmehr unter den näher dargelegten Voraussetzungen des § 12 Abs. 5 VOB/B, unabhängig von einem erklärten oder möglichen Willen des Auftraggebers, ein. § 12 Abs. 5 VOB/B ist dann ausgeschlossen, wenn die Parteien eine förmliche Abnahme vereinbart haben. Es sollte auch darauf geachtet werden, dass eine förmliche Abnahme vereinbart wird, da zu berücksichtigen ist, dass nach § 12 Abs. 5 III VOB/B etwaige Vorbehalte zu dem Zeitpunkt geltend gemacht werden müssen, in dem die Abnahmewirkung als eingetreten gilt, so dass im Fall einer fiktiven Abnahme damit zu rechnen ist, dass in erheblichem Umfang Vorbehalte abgeschnitten würden (z.B. Vertragsstrafenvorbehalt, Vorbehalte für erkannte Mängel – § 640 II BGB).

Beide Varianten des § 12 Abs. 5 I und II VOB/B gehen davon aus, dass keine Abnahme verlangt wurde. Sofern eine Abnahme von einer der Parteien verlangt wurde, scheidet damit die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 5 VOB/B von vornherein aus.

Sofern keine Abnahme verlangt wurde, gilt die Leistung 12 Werkstage nach Zugang einer schriftlichen Mitteilung über die Fertigstellung als abgenommen (§ 12 Abs. 5 I VOB/B).

Wird keine Abnahme beansprucht und die Leistung in Benutzung genommen, ohne dass etwas anderes vereinbart wurde (z.B. förmliche Abnahme), gilt die Abnahme nach dem Ablauf von 6 Werktagen, errechnet ab der Inbenutzungnahme, als erfolgt. Die Inbenutzungnahme von Teilen der Anlage zur Weiterführung der Arbeiten wird nie als Abnahme gewertet.

## 2.5 Abnahmefiktion gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB

§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB wurde ebenfalls durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführt, da im BGB eine gesetzliche Regelung zur Abnahmefiktion fehlte. Im Wege der Rechtsfortbildung hat zwar die Rechtsprechung Grundsätze zur Abnahmefiktion entwickelt, diese waren jedoch – wie dargestellt – gesetzlich nicht normiert.

Nach § 640 Abs. 1 Satz3 BGB steht es nunmehr der Abnahme gleich, wenn der Auftraggeber das Werk nicht innerhalb einer vom Auftragnehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

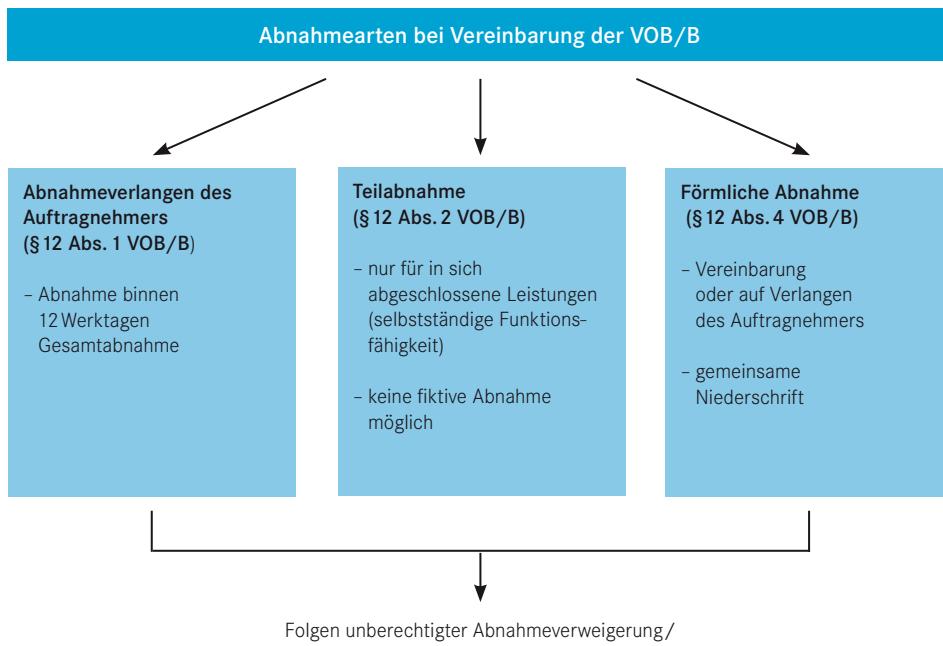
Voraussetzung ist also eine Aufforderung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber zur Abnahme. Es muss eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt werden.

Der Auftraggeber muss des Weiteren zur Abnahme verpflichtet sein. Das ist der Fall, wenn das Werk zumindest ohne wesentlichen Mangel fertig gestellt wurde.

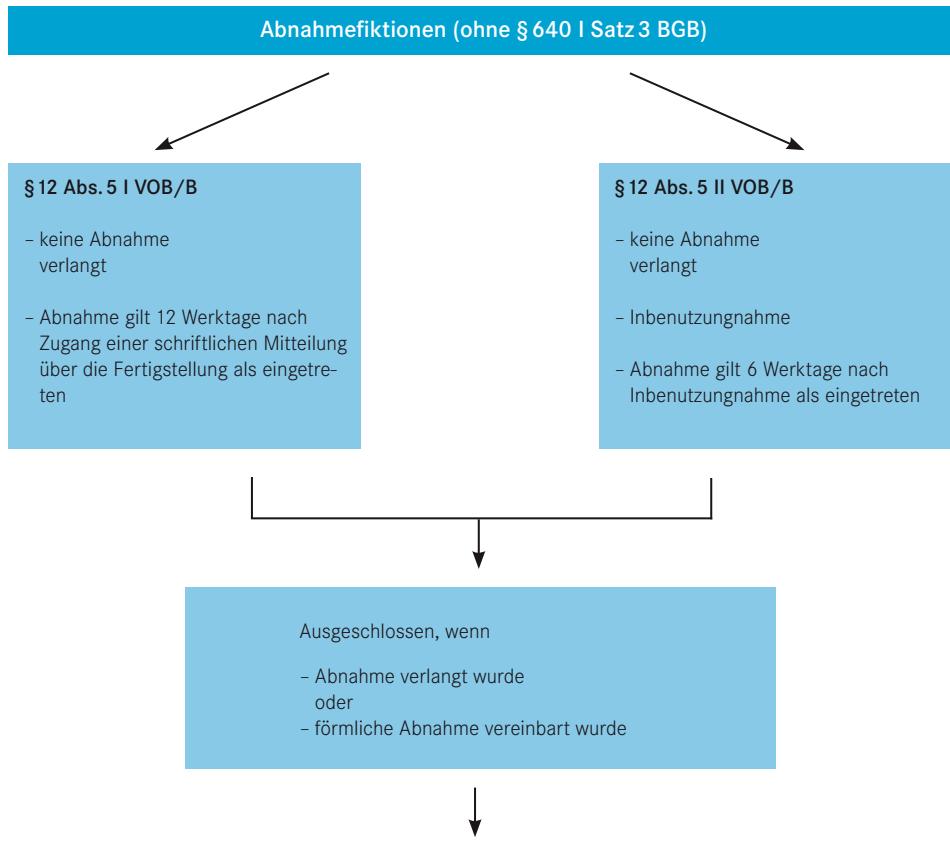
Es handelt sich deshalb auch um einen Fall der fiktiven Abnahme. Er ist jedoch nicht mit § 12 Abs. 5 VOB/B zu verwechseln. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass in dem Fall des § 12 Abs. 5 VOB/B die Abnahme angenommen wird. Soweit also hiernach die Abnahmefiktion eingetreten ist, wird nicht mehr überprüft, ob die Leistung abnahmefähig war.

Anders ist dies bei § 640 Abs. 1 Satz3 BGB. In diesem Fall ist auch bei einem Prozess zu überprüfen, ob die Voraussetzungen, d. h. die Abnahmefähigkeit, vorlagen.

### 3 Zusammenfassung



1. Gefahrübergang auf den Auftraggeber für zufälligen Untergang/Verschlechterung (Annahmeverzug § 644 BGB)  
Auftragnehmer haftet nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 304 BGB)
2. Ersatz von Erhaltungsmaßnahmen (§ 304 BGB)
3. außerdem grundsätzlich Schuldnerverzug des Auftraggebers



### Abnahmefiktion gemäß § 640 I Satz 3 BGB



Die Abnahme durch Auftraggeber wird nicht innerhalb einer dazu gesetzten angemessenen Frist erklärt.

Voraussetzung ist jedoch, dass das Werk ohne einen wesentlichen Mangel erstellt wurde.



Im Prozess wird die Frage der Abnahmefähigkeit anders als bei den oben dargestellten Abnahmefiktionen (§12 Abs. 5 I und II VOB/B und § 641a BGB) bei § 640 I Satz 3 BGB überprüft.

Gemäß §12 Abs. 6 VOB/B geht spätestens mit der Abnahme die Gefahr auf den Auftraggeber über, sofern er sie nicht ohnehin bereits nach § 7 VOB/B trägt.



---

# Teil VI Gefahrübergang/Gefahrtragung

## 1 Gefahrübergang

Die Gefahr geht – wie dargestellt – gemäß § 12 Abs. 6 VOB/B spätestens mit Abnahme auf den Auftraggeber über. Zu diesem Zeitpunkt trägt der Auftraggeber spätestens vorbehaltlich der Regelung des § 7 VOB/B sowie § 645 BGB analog die Gefahr für den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung.

## 2 Gefahrtragung

### 2.1 Allgemeines

Zu beachten ist, dass es erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Gefahrtragung bei einem VOB/B-Vertrag und einem BGB-Vertrag gibt.

Für beide Verträge gilt gleichermaßen, dass die Gefahrtragungsregelungen (§ 12 Abs. 6 VOB/B bzw. § 644 BGB) nur die Vergütungsgefahr regeln.

Unterschiede bestehen jedoch bei der Reichweite der Gefahrtragung. § 7 VOB/B privilegiert den Auftragnehmer in den dort dezidiert benannten Fällen. Dies hat den Hintergrund, dass im Bauvertragsrecht häufig sehr große Volumen verbaut werden.

### 2.2 BGB-Vertrag

Das BGB regelt die Gefahrtragung in den § 644 BGB und § 645 BGB.

#### § 644 BGB

§ 644 BGB geht davon aus, dass der Unternehmer bis zur Abnahme die Gefahr auch für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung des Werkes trägt.

Eine Ausnahme ist lediglich in § 644 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt, wonach der Auftragnehmer dann nicht die Gefahr für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung trägt, wenn es sich um einen von dem Auftraggeber gelieferten Stoff handelt.

#### § 645 BGB

Weitere Ausnahmen zu der grundsätzlichen Gefahrtragung durch den Auftragnehmer für den zufälligen Untergang und die zufällige Verschlechterung sind im § 645 BGB geregelt.

Hiernach ist der Auftragnehmer dann nicht verantwortlich, wenn der Untergang, die Verschlechterung oder die Nichtausführbarkeit darauf zurückzuführen ist, dass ein Mangel des von dem Auftraggeber gelieferten Stoffes ursächlich war. Der Auftragnehmer darf in diesem Fall jedoch keine weiteren Ursachen gesetzt haben. In diesem Fall kann der Auftragnehmer für den untergegangenen Teil den entsprechenden Teil der vereinbarten Vergütung beanspruchen. Dies bedeutet letztlich, dass dann, wenn der untergegangene Teil erneut erstellt wird, die »zweifache Erstellung« vergütet wird.

## 2.3 VOB/B-Vertrag

Neben den vorbenannten Ausnahmen von der grundsätzlichen Gefahrtragung des Auftragnehmers bis zur Abnahme, die auch im Falle eines VOB/B-Vertrages gelten, normiert § 7 VOB/B zugunsten des Auftragnehmers weitere Ausnahmen von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Gefahrtragung bis zur Abnahme.

Festzuhalten bleibt damit zunächst, dass auch bei einem VOB/B-Vertrag die in § 644 Abs. 1 BGB und in § 645 BGB geregelten Ausnahmen gelten.

Darüber hinaus trägt der Auftragnehmer auch dann vor Abnahme nicht die Gefahr, wenn der teilweise oder völlige Untergang bzw. die Verschlechterung der Leistung durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere vom Auftragnehmer unabwendbare Umstände eingetreten ist.

Höhere Gewalt ist beispielsweise dann anzunehmen, wenn ein so genanntes Jahrhunderthochwasser oder ein Jahrhundertregen eintritt. Normale, ggf. auch drastische Witterungsverhältnisse, die vom § 6 Abs. 2 II VOB/B erfasst werden, reichen nicht aus.

Die Tatbestandsmerkmale Krieg und Aufruhr in § 7 VOB/B sind eindeutig und bedürfen keiner weiteren Erläuterung.

Sonstige unabwendbare Umstände in § 7 VOB/B hat der BGH in dem sehr bekannten Schürmann-Verfahren (BGH, BauR 1997, 1019 sowie BGH, BauR 1997, 1021) dahingehend umschrieben, dass sie derart unvorseebar sind, dass sie oder ihre Auswirkungen trotz Anwendung wirtschaftlich erträglicher Mittel durch die äußerste nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder in ihren Wirkungen bis auf ein verträgliches Maß unschädlich gemacht werden können. Dies bedeutet, dass erhebliche Anforderungen an die Voraussetzung gestellt werden.

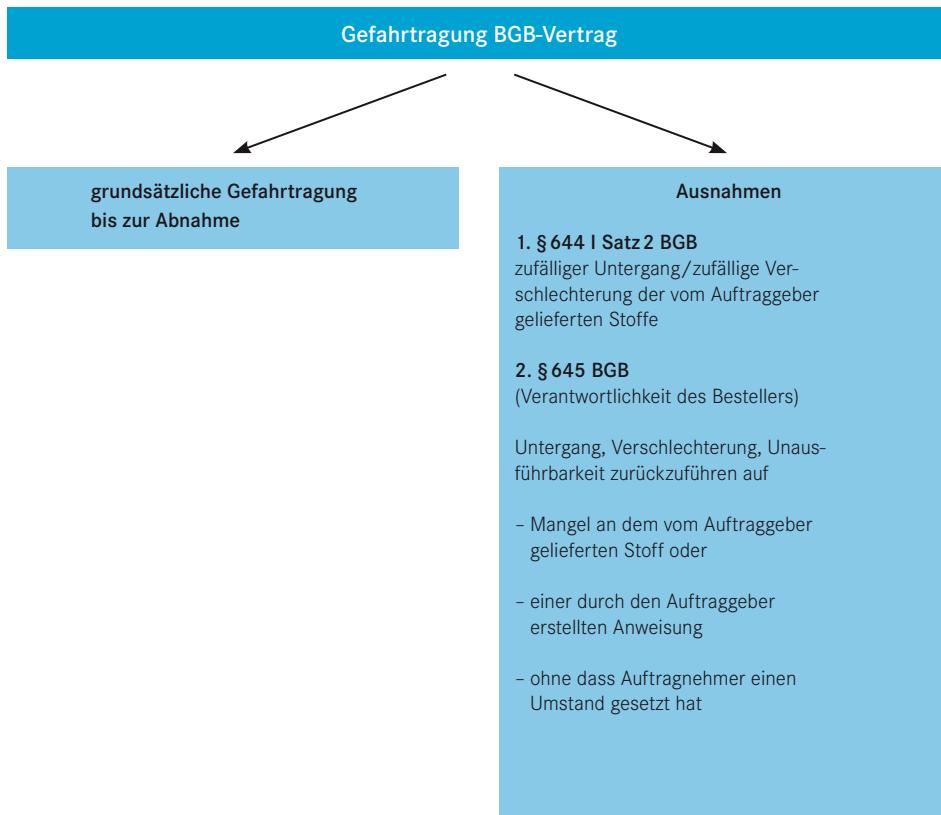
In diesen Fällen hat der Auftragnehmer Anspruch auf Vergütung auf die von ihm zunächst erbrachten und dann untergegangenen Leistungen gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B. Demgegenüber hat er keinen Anspruch auf Ersatz von Schäden, die darüber hinausgehen (§ 7 Abs. 1 VOB/B).

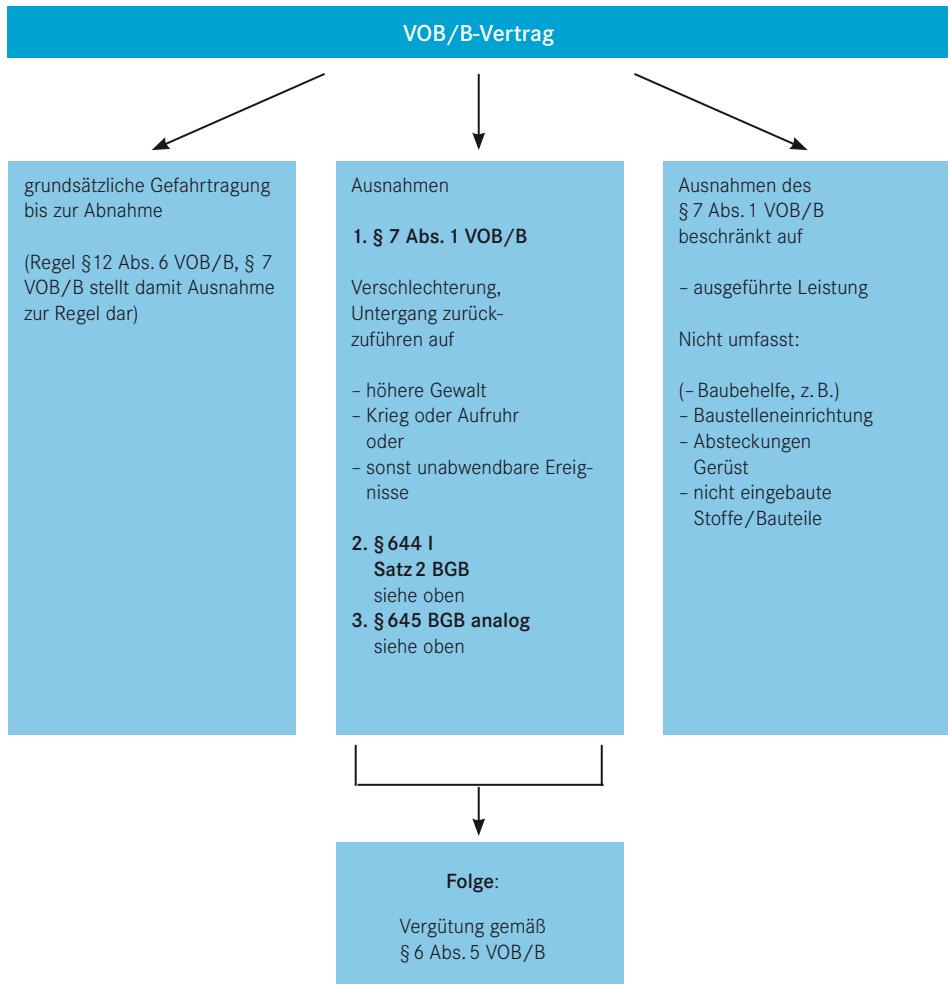
In § 7 Abs. 2 und 3 VOB/B ist geregelt, welche Leistungen unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 VOB/B vergütungspflichtig sein können.

Nach § 7 Abs. 2 VOB/B gehören alle ganz oder teilweise ausgeführten Leistungen dazu, die mit der baulichen Anlage verbunden sind oder in ihre Substanz eingegangene Leistungen. Unerheblich ist dagegen der Fertigstellungsgrad.

Demgegenüber ergibt sich aus § 7 Abs. 3 VOB/B, dass noch nicht eingebaute Stoffe oder Bauteile, die Baustelleneinrichtung sowie Absteckungen, Baubehelfe oder Gerüste nicht vergütet werden. Für diese Bereiche trägt der Auftragnehmer unabhängig vom § 7 VOB/B die Gefahr. Zur Absicherung dieser Gefahrtragung wird regelmäßig eine Bauwesenversicherung abgeschlossen.

### 3 Zusammenfassung





---

# Teil VII Haftung gemäß § 10 VOB/B

## 1 Allgemeines

§ 10 Abs. 1 VOB/B regelt die Haftung der Bauvertragsparteien untereinander. Demgegenüber betrifft § 10 Abs. 2–6 VOB/B den Haftungsausgleich im Innenverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber im Falle der Inanspruchnahme einer der beiden Vertragspartner durch einen Dritten. Zu beachten ist jedoch, dass die Ansprüche des Dritten gegenüber dem Auftraggeber bzw. dem Auftragnehmer nicht eingeschränkt werden. Es geht um eine rein interne Haftungsverteilung zwischen beiden Bauvertragsparteien (Auftraggeber/Auftragnehmer).

## 2 § 10 Abs. 1 VOB/B

§ 10 Abs. 1 VOB/B regelt die subjektiven Haftungsvoraussetzungen. Dies bedeutet, dass allein das Vorliegen der Voraussetzung des § 10 Abs. 1 VOB/B nicht zu einer Haftung führt. Ausgangspunkt ist, dass eine vertragliche oder gesetzliche Haftung eingetreten ist (objektive Tatbestandsmerkmale). Hinzutreten muss dann das in § 10 Abs. 1 VOB/B benannte Verschulden. Ferner wird klarstellend festgehalten, dass das Verschulden der Vertreter oder Erfüllungsgehilfen, was auch in den §§ 276, 278 BGB geregelt ist, wie eigenes Verschulden angesehen wird.

## 3 § 10 Abs. 2 VOB/B

§ 10 Abs. 2 VOB/B regelt den Fall, dass einem Dritten wegen der Bauleistung oder Maßnahmen im Zusammenhang mit der Bauleistung ein Schaden entstanden ist, für den er aufgrund einer gesetzlichen Haftpflichtbestimmung sowohl den Auftraggeber als auch den Auftragnehmer in Anspruch nehmen kann. Dies betrifft insbesondere die unerlaubte Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB und damit die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung des Eigentums, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder eines sonstigen Rechtes. Hierzu gehören auch Verkehrssicherungspflichten, die Pflicht zur Einhaltung der UVV sowie der anerkannten Regeln der Technik. In Betracht kommt auch die Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Zu den hier maßgeblichen Schutzgesetzen gehören insbesondere auch die §§ 907, 909 BGB, d.h. unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück bzw. Besitzstörungen oder Störungen des Eigentums gemäß § 1004 BGB.

Wesentlich für den Baubereich sind auch die §§ 836–838 BGB. Hiernach haftet ein Grundstücksbesitzer für die schuldhafte Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder einer Sache, die durch den Einsturz eines Gebäudes oder aber die fehlerhafte Errichtung oder mangelnde Unterhaltung entstanden ist.

Eine Haftung nach § 10 Abs. 2 VOB/B setzt voraus, dass es sich um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch handelt.

Nach § 10 Abs. 2 I Satz 2 haftet der Auftraggeber allein, wenn die Schädigung auf eine seiner Anordnungen zurückzuführen ist und der Auftragnehmer gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B auf die Gefahren hingewiesen hat.

Der Auftragnehmer haftet jedoch dann nach § 10 Abs. 2 II VOB/B allein, wenn der Schaden durch eine gesetzliche Haftpflicht abgedeckt ist oder er sich zu hinnehmbaren Konditionen hätte versichern können. Diese Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass in der Bauindustrie regelmäßig zur Abwendung theoretisch sehr hoher Schadensersatzrisiken Haftpflichtversicherungen abgeschlossen werden.

## 4 § 10 Abs. 3 VOB/B

Unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3 VOB/B haftet der Auftragnehmer im Innenverhältnis zum Auftraggeber dem Dritten gegenüber allein. Zu beachten ist auch hier, dass es sich um eine rein interne Haftungsverteilung handelt. Soweit dem Dritten gegenüber dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber Ansprüche zustehen, kann er wahlweise den einen oder anderen in Anspruch nehmen.

§ 10 Abs. 3 VOB/B setzt voraus, dass die Schadensgrundlage ein unbefugtes Betreten oder die Beschädigung eines angrenzenden Grundstückes ist, d.h. es sind von vornherein nur die unmittelbar angrenzenden Nachbargrundstücke umfasst.

Die Schädigung muss des Weiteren durch eine Entnahme oder Auflagerung von Boden entstanden sein oder dadurch, dass Gegenstände außerhalb der vom Auftraggeber angewiesenen Flächen gelagert werden oder aber Folge einer eigenmächtigen Versperrung von Wegen oder Wasserläufen sind.

## 5 § 10 Abs. 4 VOB/B

§ 10 Abs. 4 VOB/B betrifft die Verletzung von gewerblichen Schutzrechten. Auch hier erfolgt eine interne Haftungsverteilung auf den Auftragnehmer, wenn dieser selbst die Verwendung des Schutzrechtes angeboten hat oder aber zwar die Verwendung durch den Auftraggeber vorgeschrieben wurde, dieser jedoch auf das Schutzrecht verwiesen hat. Zu den umfassten Schutzrechten gehören beispielsweise:

- Urheberrechtsgesetz/Gesetz über Urheberrecht
- Markengesetz
- Geschmacksmustergesetz
- Patentgesetz
- Gebrauchsmustergesetz.

Auch hier ist zu beachten, dass es sich um ein Schutzrecht eines Dritten handeln muss, also nicht des Auftraggebers.

## 6 § 10 Abs. 5 VOB/B

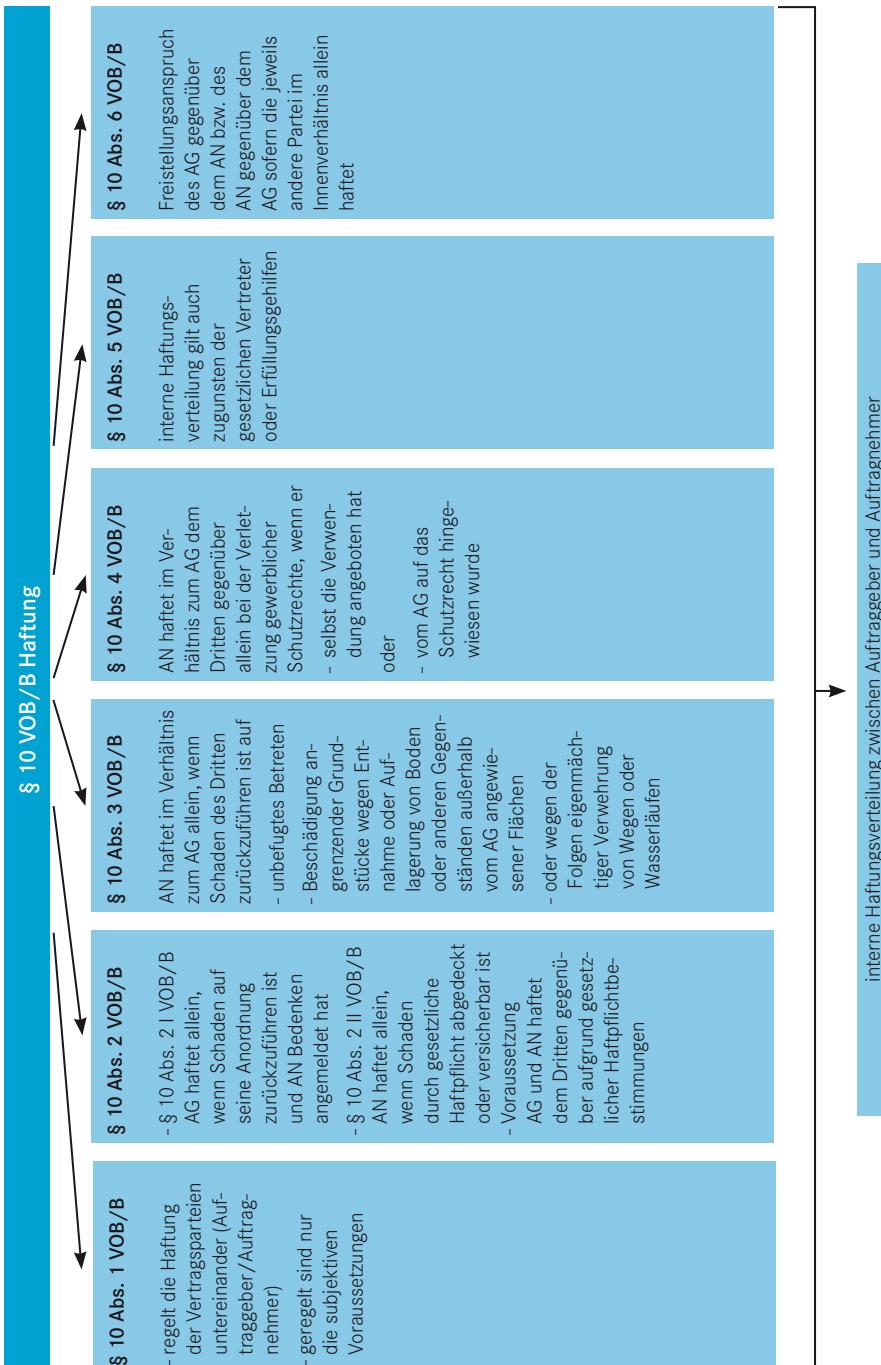
§ 10 Abs. 5 VOB/B regelt lediglich, dass eine Haftungsbefreiung auch zugunsten der gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen anzuwenden ist, es sei denn, sie haben vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt.

## 7 § 10 Abs. 6 VOB/B

§ 10 Abs. 6 VOB/B regelt einen Freistellungsanspruch. Dies bedeutet, dass dann, wenn beispielsweise der Auftragnehmer im Innenverhältnis den Schaden allein trägt, der Auftraggeber vom Auftragnehmer verlangen kann, dass dieser ihn von etwaigen Ansprüchen des Dritten freistellt. Ein Freistellungsanspruch ist auch justizierbar.

Umgekehrt hat der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber einen Freistellungsanspruch, wenn der Auftraggeber nach § 10 Abs. 2, 3 und 4 VOB/B im Innenverhältnis den Schaden allein trägt.

## 8 Zusammenfassung



# Teil VIII Gewährleistung nach der VOB/B

## 1 Einführung

Die VOB/B unterscheidet zwischen Ansprüchen vor Abnahme (§ 4 Abs. 7 VOB/B) und nach Abnahme (§ 13 Abs. 5–7 VOB/B). Bei einem Anspruch gem. § 4 Abs. 7 VOB/B handelt es sich um einen Erfüllungsanspruch, wo hingegen es sich bei Ansprüchen gem. § 13 Abs. 5–7 VOB/B um Gewährleistungsansprüche handelt. Die Ansprüche vor und nach Abnahme unterscheiden sich zum einen in den zugrunde liegenden Voraussetzungen, den Rechtsfolgen als auch hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast.

## 2 Vorliegen eines Mangels

### 2.1 Mangelbegriff (§ 13 Abs. 1 VOB/B)

Ein Mangel ist nach § 13 Abs. 1 VOB/B gegeben:

- wenn die vereinbarte Beschaffenheit nicht gegeben ist
- bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik.

#### 2.1.1 Vertraglich vereinbarte Beschaffenheit

Ausgangspunkt für § 13 Abs. 1 VOB/B ist 2002 die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit, die sich aus dem geschlossenen Vertrag einschließlich seiner Anlagen und den während der Bauausführung getroffenen Abstimmungen ergibt. Die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit betrifft nicht nur die Materialwahl und etwaige Produktvorgaben, sondern auch den vereinbarten, nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendungszweck und die technische Beschaffenheit.

#### 2.1.2 Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik

Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik vorliegt. Bei dem Begriff »anerkannte Regeln der Technik« handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der auch der technischen Fortentwicklung unterworfen ist.

Eine technisch anerkannte Regel liegt vor, wenn sie in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt ist, fest steht sowie durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrungen als technisch geeignet, angemessen und notwendig anerkannt ist (vgl. RG 44, 76, *Ingenstau/Korbion*, VOB/B-Kommentar, 16. Auflage, § 4 Abs. 2 VOB/B Rn. 48).

Eine schriftliche Fixierung ist nicht erforderlich. Ausreichend ist, dass sich die technische Regel nach Entwicklung und dem Stand der jeweiligen wissenschaftlichen Erkenntnisse als richtig erwiesen hat.

Die in § 1 Abs. 1 VOB/B und § 2 Abs. 1 VOB/B benannten technischen Vertragsbedingungen (VOB/C) stellen lediglich einen Unterfall der anerkannten Regeln der Technik dar. Es ist insoweit zu berücksichtigen, dass auch schriftlich fixierte DIN-Normen überholt sein können und damit

allein die Einhaltung der DIN-Normen grundsätzlich nicht ausreicht (z.B. veraltete DIN 4109, Fassung 1962, bis zur Fassung 1989: vgl. BGH, BauR 2009, 1288 ff; OLG Köln, BauR 1981, 475; OLG Hamm, BauR 1989, 735; BGH, BauR 1995, 230). DIN-Normen können insbesondere dann überholt sein, wenn in der Praxis neue, technisch geeignete und anerkannte Bauweisen bzw. Baustoffe angewendet werden (BGH, Baur 1984, 401).

Zu den technisch anerkannten Regeln gehören beispielsweise:

- DIN-Normen des Deutschen Instituts für Normung e.V.
- Bestimmungen des Verbandes Deutscher Elektrotechniker (VDE-Vorschriften)
- Richtlinien des Vereins Deutscher Ingenieure (VDI)
- Bestimmungen des Deutschen Vereins der Gas- und Wasserfachmänner
- Europäische Normen (EN)
- Festlegungen des Deutschen Aufzugsausschusses (DAA)
- TA Luft
- Vorschriften der Berufsgenossenschaften
- gesetzliche oder behördliche Bestimmungen z.B. Energiesparverordnung/Bundesemissionsschutzgesetz/Störfallverordnung/Gefahrstoffverordnung/Wasserhaushaltsgesetz/Druckbehälterverordnung/Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften/Vorschriften der Landesbauordnungen/Schallschutzbestimmungen).

Gemäß der ausdrücklichen Festlegung in § 4 Abs. 2 VOB/B ist die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik nicht erst zur Abnahme geschuldet, sondern während der gesamten Zeit der Bauausführung zu beachten.

Nach § 13 Abs. 2 VOB/B gelten die Eigenschaften einer Probe als zugesichert, soweit nicht die Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind. Dies betrifft auch Proben, die erst nach Vertragsschluss als solche anerkannt sind.

## 2.2 Haftungsbefreiung nach § 13 Abs. 3 VOB/B

### 2.2.1 Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 VOB/B

Der Auftragnehmer ist von der Gewährleistung für einen vorhandenen Mangel frei, wenn er zurückzuführen ist:

- auf die Leistungsbeschreibung des Auftraggebers oder
- auf Anordnungen des Auftraggebers
- auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder
- auf die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers

und der Auftragnehmer die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel gegenüber dem Auftraggeber erklärt hat (§ 13 Abs. 3 VOB/B).

§ 13 Abs. 3 VOB/B ermöglicht damit eine Haftungsbefreiung in den Fällen, in denen die Ausführung zwar mangelhaft ist, die Mängelhaftigkeit jedoch ihre Ursache in der Sphäre des Auftraggebers hat. Die Haftungsbefreiung wird jedoch durch die erforderliche Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B begrenzt.

### 2.2.2 Mangel der Leistungsbeschreibung

Die zugrunde liegende mangelhafte Leistungsbeschreibung, nach der auch die Bauausführung erfolgte, muss durch den Auftraggeber oder seine Erfüllungsgehilfen erstellt worden sein. Wenn demgegenüber das Leistungsverzeichnis oder die zugrunde liegenden Bauunterlagen durch den Auftragnehmer selbst erstellt wurden, scheidet eine Haftungsfreistellung nach § 13 Abs. 3 VOB/B aus.

### 2.2.3 Mangel durch Anordnung des Auftraggebers

Ebenso kommt eine Haftungsfreistellung nach § 13 Abs. 3 VOB/B in Betracht, wenn der Mangel auf eine Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Dies betrifft insbesondere die planerische Vorgabe einer bestimmten Art und Weise der Ausführung, aber auch die Fälle, in denen der Auftraggeber bestimmte, genau und konkret bezeichnete Materialien vorgibt, ohne dass dem Auftragnehmer eine Auswahlmöglichkeit bleibt.

### 2.2.4 Durch vom Auftraggeber gelieferte Stoffe oder Bauteile entstandener Mangel

Ferner kommt eine Haftungsfreistellung gem. § 13 Abs. 3 VOB/B in Betracht, wenn die durch den Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile für den Mangel ursächlich sind. Auch hier ist wie bei jeder der fünf Fallgruppen zu berücksichtigen, dass der Auftragnehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B nachgekommen sein muss, d.h. er muss die gelieferten Stoffe oder Bauteile zumindest genau in Augenschein nehmen und ggf. auch nachmessen sowie auf vorhandene Mängel untersuchen.

### 2.2.5 Durch vom Auftraggeber vorgeschriebene Stoffe oder Bauteile entstandener Mangel

Diese Fallgruppe entspricht der vorstehend benannten Fallgruppe. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass in diesem Fall die Stoffe oder Bauteile durch den Auftraggeber nicht geliefert, sondern dezidiert vorgeschrieben werden. Insoweit ist erforderlich, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer letztlich keine Wahl im Hinblick auf die zu verwendenden Stoffe oder Bauteile lässt, sondern konkret z.B. ein bestimmtes Produkt eines bestimmten Herstellers vorgibt (vgl. BGH, BauR 1984, 510; OLG Zweibrücken, BauR 1992, 770; OLG Saarbrücken, BauR 1970, 109, 110).

Es reicht nicht aus, dass der Auftraggeber sich lediglich mit bestimmten zu verwendenden Stoffen oder Bauteilen einverstanden erklärt. Es ist vielmehr eine dezidierte Vorgabe durch den Auftraggeber erforderlich. Insbesondere führt auch nicht jegliche Anordnung des Auftraggebers unter diesem Blickwinkel zu einer umfassenden Haftungsfreistellung des Auftragnehmers.

### 2.2.6 Durch die Vorleistung eines anderen Unternehmens entstandener Mangel

Soweit der Mangel durch eine Eigenleistung des Auftraggebers oder einen Vorunternehmer verursacht wird, kommt eine Haftungsfreistellung in Betracht. Etwaige Bedenken bei einer mangel-

haften Vorleistung eines anderen Unternehmens oder einer Eigenleistung des Auftraggebers (OLG München, NJW-RR 1987, 854) sind dem Auftraggeber ebenfalls mitzuteilen. Die Prüfungs- und Hinweispflichten in Bezug auf vorausgegangene Leistungen sind jedoch deutlich eingeschränkter als im Hinblick auf die selbst durch den Auftragnehmer durchzuführenden Leistungen.

## 2.2.7 Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B

### Bestehen und Umfang der Prüfungs- und Hinweispflicht

Die Verpflichtung zur Prüfung und Bedenkenanmeldung gilt nicht nur für § 4 Abs. 7 VOB/B und § 13 Abs. 5–7 VOB/B, sondern entsprechend auch für die Anwendung des BGB (BGH, BauR 1987, 79; BGH, BauR 1987, 86; OLG Düsseldorf, BauR 1994, 762).

Die Einschränkung, wonach eine Haftungsfreistellung nach § 13 Abs. 3 VOB/B nur dann eingreift, wenn der Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B genügt wurde, setzt voraus, dass eine Prüfungs- und Hinweispflicht besteht. Grundsätzlich ist der Auftragnehmer immer verpflichtet, auch in den in § 13 Abs. 3 VOB/B genannten 5 Varianten die Unterlagen bzw. Anordnungen sowie Stoffe und Bauteile zu überprüfen. Die festgelegte Verpflichtung des Auftragnehmers wird jedoch durch den Leistungsinhalt der von ihm auszuführenden Bauleistungen begrenzt (BGH, BauR 1987, 79). Dies bedeutet, dass die Prüfungs- und Hinweispflichten gerade bei etwaigen Mängeln der Leistungen von eingeschalteten Vorunternehmern geringer einzustufen sind.

Die Prüfungs- und Hinweispflicht stellt eine Hauptverpflichtung dar, die Basis für spezielle Prüfungs- und Bedenkenanmeldungen des Auftragnehmers ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich insbesondere in den DIN-Normen der VOB/C bereits festgelegte Prüf- und Hinweispflichten für die einzelnen Gewerke finden.

Der Umfang der Prüfungs- und Hinweispflichten lässt sich nicht allgemein bestimmen, sondern ist immer eine Frage des Einzelfalls. Der Umfang richtet sich zunächst nach dem von dem Auftragnehmer zu erwartenden Fachwissen und ist umso weitgehender, wenn der Auftraggeber lediglich ein bautechnischer Laie ist. Wenn demgegenüber der Auftraggeber selbst über erhebliches Fachwissen verfügt oder aber entsprechend fachkundige Erfüllungsgehilfen (Architekten, Sonderfachmann oder Bauleiter) hinzuzieht, reduziert sich der Umfang der Prüfungs- und Hinweispflicht (BGH, BauR 1977, 420). Grundlegend ist damit das beim Auftragnehmer im jeweiligen Einzelfall vorauszusetzende Wissen, Inhalt, Art und Umfang der Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers, das vorhandene Fachwissen des Auftraggebers oder der von ihm eingeschalteten Erfüllungsgehilfen. Die Frage des Umfangs ist damit immer eine Frage des Einzelfalls (OLG Saarbrücken, BauR 1970, 107, 110; OLG Karlsruhe, BauR 1988, 598). Eine Hinweispflicht kann damit im Einzelfall auch entfallen.

### Hinweispflicht

Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 3 VOB/B sind die Bedenken grundsätzlich schriftlich an den Auftraggeber zu richten. Nicht ausreichend für eine vollständige Haftungsfreistellung sind Hinweise an den Architekten oder Planer des Auftraggebers, wenn sich dieser den Bedenken des Auftragnehmers verschließt. In diesen Fällen ist zwingend der Auftraggeber auf die bestehenden Bedenken hinzuweisen. Die Haftungsfreistellung kann jedoch auch dann eingreifen, wenn dem Auftrag-

geber die vorhandenen Bedenken in ausreichender und angemessener Form mündlich dargelegt werden.

Angesichts der Beweislast, auf die nachfolgend noch eingegangen wird, sollten jedoch Bedenken zwangsläufig schriftlich erfolgen. Es ist dem Auftraggeber dezidiert darzulegen, welche Bedenken gegen die von ihm angeordnete Bauausführung oder aber beigestellten oder gewünschten Stoffe und Bauteile bestehen. Es müssen auch die insoweit bestehenden Gefahren eingehend dargelegt werden.

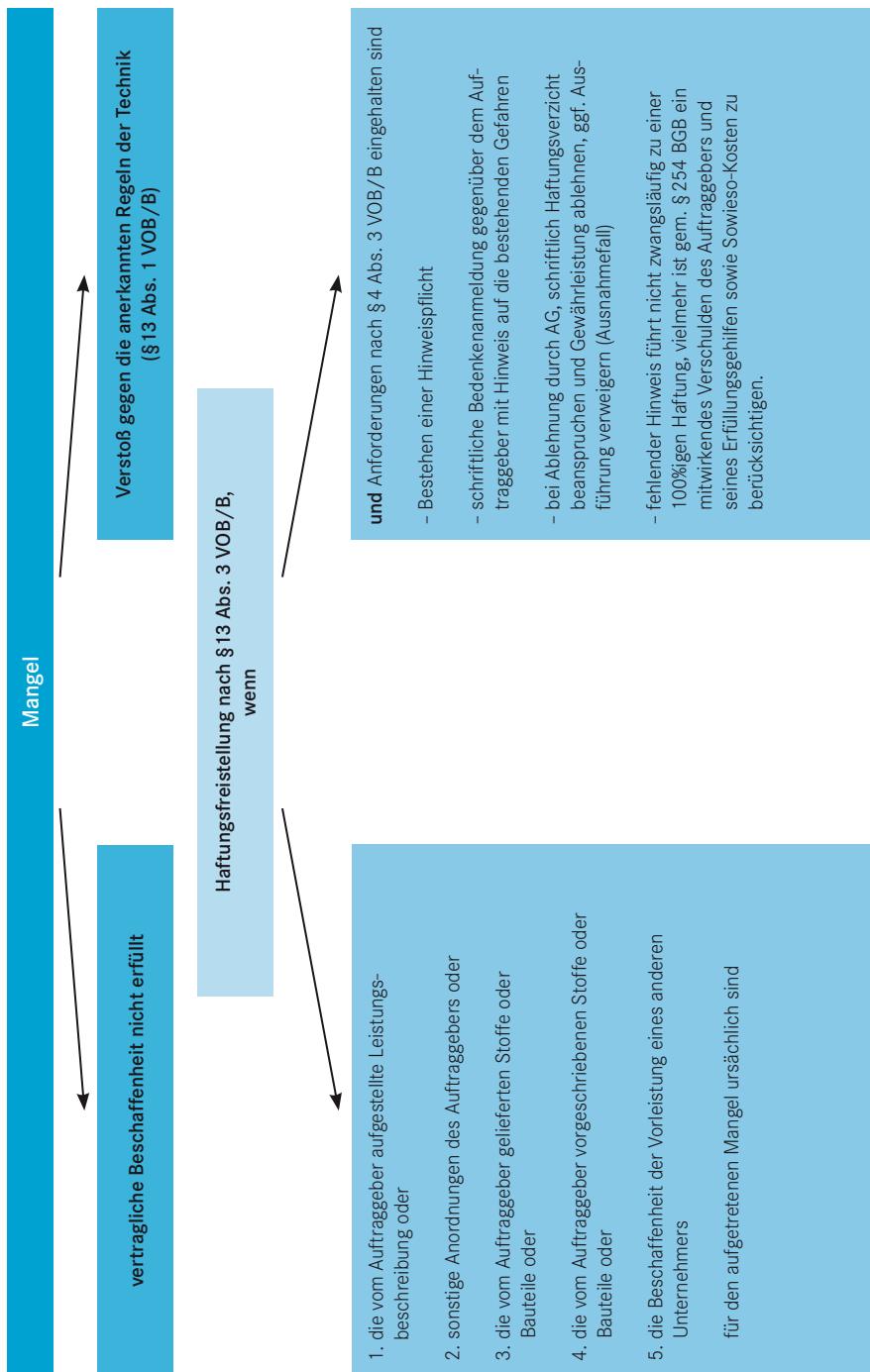
Soweit sich der Auftraggeber den Bedenken verschließt, sollte schriftlich klargestellt werden, dass jegliche Gewährleistung für den insoweit zugrunde liegenden Teil der Ausführung abgelehnt wird. Es sollte auch hierbei noch einmal auf die vorhandenen Gefahren und Bedenken eingehend hingewiesen werden. Die Bedenken sollen nach § 4 Abs. 3 VOB/B vor Ausführung dargelegt werden.

Soweit grundsätzlich eine Verpflichtung zur Bedenkenanmeldung bestand und der Auftragnehmer dieser nicht nachgekommen ist, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass die Mängelbeseitigung zu 100% durch den Auftragnehmer zu verantworten ist. Ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB sowie Sowieso-Kosten sind gegebenenfalls zu berücksichtigen. Hierauf wird im Folgenden noch eingegangen.

## 2.2.8 Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Prüf- und Hinweispflicht bestand, trägt der Auftraggeber. Für die Einhaltung der Prüfungs- und Hinweispflicht trägt demgegenüber der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast.

## 2.3 Zusammenfassung



### 3 § 4 Abs. 6 VOB/B

§ 4 Abs. 6 VOB/B betrifft den Fall, dass durch den Auftragnehmer ungeeignete Stoffe oder Bauteile auf die Baustelle verbracht werden. Insoweit steht es dem Auftraggeber zu, die Entfernung zu beanspruchen und diese gegebenenfalls im Wege der Selbsthilfe durchzuführen. Da dieser Fall wenig praxisrelevant ist, erfolgt keine weitere Darstellung.

### 4 Mängelbeseitigungsansprüche vor Abnahme gem. § 4 Abs. 7 VOB/B

#### 4.1 Einführung

Nach § 4 Abs. 7 VOB/B steht dem Auftraggeber zunächst ein originärer Erfüllungsanspruch auf Mängelbeseitigung zu. Dies folgt daraus, dass § 4 Abs. 7 VOB/B den Zeitraum bis zur Abnahme betrifft, mithin den Zeitraum vor vollständiger Herstellung des Werkes. Die Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B enden grundsätzlich mit abnahmereifer Fertigstellung der Leistung, sofern zur Abnahme aufgefordert wurde. Dies gilt auch für den Fall der unberechtigten Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber, wobei hierbei von der Kommentarliteratur insbesondere vertreten wird, dass dann zumindest der Zeitraum gem. § 12 Abs. 1 VOB/B ab Abnahmeverlangen heranzuziehen ist. Diese Frage spielt in der Praxis jedoch eine untergeordnete Rolle.

Ein Mängelbeseitigungsanspruch ist jedoch dann nicht gegeben, wenn der Auftragnehmer sich zu Recht darauf stützt, dass die Mängelbeseitigung unmöglich oder aber unverhältnismäßig ist. Insoweit wird man die Voraussetzungen des § 13 Abs. 6 VOB/B hier heranziehen müssen.

Auch für den Fall, dass die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer nach entsprechender Fristsetzung erfolgt, steht dem Auftraggeber gem. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B ein Schadensersatzanspruch zu.

Sofern die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer nicht ordnungsgemäß oder nur mit einer gravierenden Verzögerung erfolgt, steht dem Auftraggeber die Möglichkeit offen, eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung unter Kündigungsandrohung zu setzen. Nach Ablauf dieser Frist kann er den Vertrag kündigen und die Mängelbeseitigung im Wege der Ersatzvornahme durchführen. Darüber hinaus kann er Ersatz des entstandenen Schadens geltend machen sowie Geräte, Gerüste und Baustoffe gegen angemessene Vergütung heranziehen. Die ihm entstandenen Kosten sind binnen 12 Werktagen nach Inrechnungstellung gegenüber dem Auftragnehmer geltend zu machen.

Sofern für den Auftraggeber die Mängelbeseitigung bzw. Auftragsdurchführung nicht mehr von Interesse ist und dies auf Gründen beruht, die zur Entziehung des Auftrages geführt haben, kann er auch auf die weitere Ausführung verzichten und statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen.

## 4.2 Der Mängelbeseitigungsanspruch gem. § 4 Abs. 7 VOB/B

Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei dem Mängelbeseitigungsanspruch nach § 4 Abs. 7 VOB/B um einen originären Erfüllungsanspruch des Auftraggebers. Bereits vor Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung steht dem Auftraggeber damit ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 320 BGB zu, so dass er entsprechende Einbehalte von den Abschlagsrechnungen (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B) tätigen kann. Das Zurückbehaltungsrecht besteht nach einhelliger Rechtsprechung zumindest in dreifacher Höhe.

Neben einem Anspruch auf Mängelbeseitigung steht dem Auftraggeber gem. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B ein Schadensersatzanspruch zu. Dies betrifft sämtliche adäquat kausalen Schäden des Auftraggebers, die sich auf die vertragswidrige mängelhafte Erstellung der Leistung zurückführen lassen, auch etwaige Verzugsansprüche. Insoweit geht § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B dem § 6 Abs. 6 VOB/B vor. Die in den §§ 6 Abs. 6, 13 Abs. 7 Satz 2 VOB/B normierte Haftungsbegrenzung greift nicht ein. Grundsätzlich ist jeder adäquat kausale Schaden ersatzfähig. § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B geht in seinem Haftungsumfang damit weit über die Schadensersatzansprüche nach Abnahme der Leistungen hinaus. Ein etwaig entstandener Schaden ist auch unabhängig davon zu ersetzen, ob die Mängelbeseitigung durch den Nachunternehmer erfolgt oder nicht erfolgt.

Soweit die Mängelbeseitigung einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt oder aber unmöglich ist, kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verweigern. Der BGH (abgedruckt BauR 1973, 112) hat zur Frage der »unverhältnismäßigen Aufwendungen« wörtlich ausgeführt:

*»Unverhältnismäßig sind die Aufwendungen für die Beseitigung eines Werkmangels dann, wenn der damit in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht. In einem solchen Fall würde es Treu und Glauben (§ 242 BGB) widersprechen, wenn der Besteller diese Aufwendungen dem Unternehmer anlasten könnte. Das wäre für den Unternehmer nicht zumutbar.«*

(vgl. auch BGH, BauR 1995, 540, 541; BGH, BauR 1996, 858; BGH, BauR 1997, 638; OLG Düsseldorf, BauR 1998, 126, 127; OLG Hamm, BauR 1993, 729, 731; OLG Celle, BauR 1998, 401).

An die Unverhältnismäßigkeit sind damit weit reichende Anforderungen zu stellen. Diese liegen nur im Einzelfall vor, d.h. wenn die Mängelbeseitigung zu erheblichen, völlig unzumutbaren Kosten führt und in keinem Verhältnis zu dem Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Leistung steht.

Bei einem Mängelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers sind eventuelle Sowieso-Kosten bzw. auch ein Mitverschulden gem. § 254 BGB zu berücksichtigen, worauf nachstehend noch eingegangen wird.

## 4.3 Sonstige Ansprüche des Auftraggebers nach § 4 Abs. 7 VOB/B

### 4.3.1 Anspruchsvoraussetzungen

#### Vorliegen eines Mangels vor Abnahme

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 7 VOB/B ist, dass ein Mangel vor Abnahme vorliegt. Eine Kündigungsandrohung und nachfolgende Auftragsentziehung mit den sich aus § 4 Abs. 7 Satz 2 b) ergebenden Rechtsfolgen tritt zudem nur dann ein, wenn sich der Auftragnehmer nicht zu Recht auf unverhältnismäßige Aufwendungen oder aber Unmöglichkeit der Beseitigung bezieht. Zu den Voraussetzungen der Annahme eines Mangels wird auf die vorstehenden Ausführungen in Abschnitt 2 verwiesen.

#### Setzung einer angemessenen Frist

Des Weiteren ist erforderlich, dass eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt wird. Sofern eine unangemessen kurze Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt wird, bedeutet dies nicht automatisch, dass die Fristsetzung unwirksam ist. Es wird vielmehr durch die Mangelbeseitigungsaufforderung eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Sofern jedoch der Auftragsentzug erfolgt oder die Ersatzvornahme vor Ablauf einer angemessenen Frist eingeleitet wird, sind diese Kosten grundsätzlich nicht ersatzfähig. Hinsichtlich eines etwaigen Schadens des Auftraggebers ist folgerichtig auch nicht jeder adäquat kausale Schaden im Zusammenhang mit der vertragswidrigen Leistung ersatzfähig. Es hat vielmehr eine Differenzierung zu erfolgen.

#### Kündigungsandrohung sowie Kündigung

Weitere Voraussetzung ist, dass eine Kündigungsandrohung erfolgt ist und nach Ablauf zwingend auch die Kündigung ausgesprochen wird. Insoweit kann eine Teilkündigung erfolgen. Es ist jedoch zwingend zu berücksichtigen, dass § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B auf § 8 Abs. 3 VOB/B verweist, so dass gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B im Falle einer Teilkündigung ausschließlich **in sich abgeschlossene Leistungen** gekündigt werden können. Dieser Umstand wird in der Praxis häufig übersehen. Es erfolgt häufig nur eine Kündigung für die Leistungen der Mangelbeseitigung, die letztlich ins Leere geht und auch nicht als Vertragskündigung gewertet werden kann, da regelmäßig in diesen Fällen der Auftragnehmer die noch ausstehenden Leistungen noch ausführt. Dies führt zu einem Anspruchsverlust.

In sich abgeschlossene Leistungen sind nur anzunehmen, wenn diese Teile von der Gesamtleistung funktionell trennbar und unabhängig von den übrigen Leistungen selbstständig gebrauchsfähig sind (vgl. *Ingenstau/Korbion*, 16. Auflage, § 12 Abs. 2 VOB/B, Rn. 6). Diese Voraussetzung ist insbesondere gegeben, wenn ein gesamtes Gewerk gekündigt wird. Sie ist jedoch nicht gegeben, wenn lediglich bestimmte Bereiche der Bauleistung, z.B. einzelne Decken, Wände oder Stockwerke, gekündigt werden. Eine Teilkündigung, die keinen in sich abgeschlossenen Teil der Gesamtleistung betrifft, führt dazu, dass etwaige Ersatzvornahmekosten nicht geltend gemacht werden können (Anspruchsverlust).

Dasselbe gilt für den Fall, dass keine Kündigung ausgesprochen wird oder aber eine Kündigungsandrohung nicht erfolgt ist.

Ausnahmsweise sind die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B auch dann erfüllt, wenn eine an sich unzulässige Teilkündigung vorliegt oder keine Kündigung vorliegt, jedoch der Auftragnehmer deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass keine Mängelbeseitigung erfolgt (BGH, NZBau 2000, 421 ff.; BGH, BauR 2009, 99 ff.).

### 4.3.2 Rechtsfolgen

#### Ansprüche nach § 4 Abs. 7 VOB/B

Sofern die vorstehend benannten Voraussetzungen eingehalten sind und eine ganz oder teilweise (in sich abgeschlossene Leistung) Kündigung erfolgt ist, stehen grundsätzlich zwei Wege offen:

- Soweit im Ausnahmefall für die weitere Ausführung des Vertrages aus Gründen, die zu der Entziehung des Auftrages geführt haben, aus Sicht des Auftraggebers kein Interesse mehr besteht, kann er auf die weitere Ausführung verzichten. Der Schadensersatzanspruch bleibt bestehen.
- Der Auftraggeber kann die Ersatzvornahme durchführen. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch bleibt bestehen (z.B. Verzugsschaden). Des Weiteren kann er nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B die Geräte, Gerüste sowie auf der Baustelle vorhandene Einrichtung und angelieferte Stoffe gegen angemessene Vergütung in Anspruch nehmen. Über die entstandenen Mehrkosten ist binnen 12 Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten dem Auftragnehmer eine Aufstellung zuzusenden.

#### Verzicht auf die weitere Ausführung

Die vertragswidrige Leistung und die fehlende Mängelbeseitigung müssen zu einem Wegfall des Interesses des Auftraggebers an der weiteren Fortführung geführt haben (Ausnahmefall).

#### Ersatzvornahmemehrkosten und Ersatzvornahmekosten

Zunächst sind im Falle der Durchführung der Ersatzvornahme die Ersatzvornahmemehrkosten und die für die Mängelbeseitigung, mithin die Ersatzvornahme (keine Mängelbeseitigungskosten), entstandenen Kosten ersatzfähig.

Die Ersatzvornahmemehrkosten ermitteln sich dahingehend, dass gegenüber gestellt werden muss, welcher Vergütungsanspruch bis zur vollständigen Durchführung dem Auftragnehmer zugestanden hätte und welcher (regelmäßig höhere) Betrag für die Durchführung der Ersatzvornahme aufgewendet worden ist. Die Differenz bildet die Ersatzvornahmemehrkosten.

#### Schadensersatzanspruch

Hierneben steht dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch hinsichtlich aller adäquat kausal auf die vertragswidrige Leistung zurückzuführenden Schäden zu. Insoweit sind die Haftungsbegrenzungen des § 6 Abs. 6 VOB/B und § 13 Abs. 7 VOB/B nicht einschlägig.

Ein Schaden kann insbesondere in einem eingetretenen Verzug bestehen. Demgegenüber sind auch Sachverständigenkosten zur Feststellung des Anspruchs dem Grunde und der Höhe nach ersatzfähig.

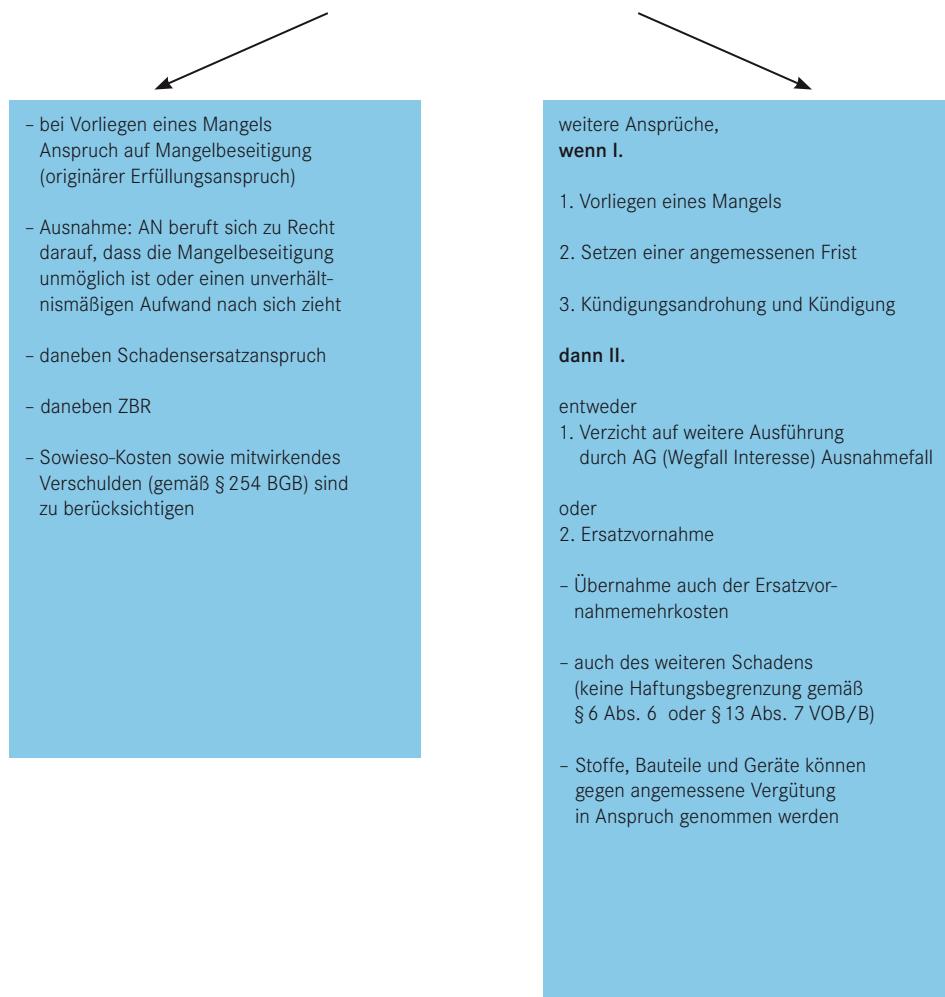
#### Zurückbehaltungsrecht

Für Verträge bis zum 31.12.2008 kann von den Abschlagszahlungen ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der dreifachen Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht werden. Für Verträge ab

dem 01.01.2009 nach dem Forderungssicherungsgesetz nur noch ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe der zweifachen Mängelbeseitigungskosten.

## 4.4 Zusammenfassung

### § 4 Abs. 7 VOB/B



## 5 Gewährleistungsansprüche nach § 13 Abs. 5–7 VOB/B

### 5.1 Einführung

§ 13 Abs. 5–7 VOB/B betrifft den Zeitraum nach der Abnahme der Bauleistungen. Vorrangig steht dem Auftraggeber gem. § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B ein Nachbesserungsanspruch zu, dem ein Nachbesserungsrecht des Auftragnehmers gegenübersteht. Dieses Nachbesserungsrecht des Auftragnehmers geht jedoch unter, wenn er innerhalb einer gesetzten angemessenen Frist seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nicht nachkommt und die Voraussetzungen für eine Minderung gem. § 13 Abs. 6 VOB/B nicht vorliegen.

Sofern die Voraussetzungen für eine Minderung gem. § 13 Abs. 6 VOB/B vorliegen und der Auftragnehmer sich darauf beruft (unverhältnismäßiger Aufwand/Unmöglichkeit), ist der Auftraggeber auf einen Minderungsanspruch verwiesen.

Kommt der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung innerhalb der gesetzten angemessenen Frist nicht nach, steht dem Auftraggeber ein Selbsthilferecht zu, d.h. er kann auf Kosten des Auftragnehmers die Mängelbeseitigung in Eigenregie durchführen und die entstandenen Kosten dem Auftragnehmer in Rechnung stellen. Des Weiteren steht ihm insoweit ein Kostenvorschussanspruch gegenüber dem Auftragnehmer noch vor Durchführung der Mängelbeseitigung in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu. Über einen geltend gemachten und in Anspruch genommenen Kostenvorschuss ist nach Durchführung der Mängelbeseitigung eine Abrechnung entsprechend § 14 Abs. 1 VOB/B gegenüber dem Nachunternehmer zu legen.

Neben den vorgenannten Ansprüchen des Auftraggebers auf Nachbesserung, Ersatz der Mängelbeseitigungskosten und Kostenvorschussanspruch besteht unter den besonderen, abschließend in § 13 Abs. 7 VOB/B benannten Voraussetzungen ein zusätzlicher Schadensersatzanspruch.

### 5.2 Ansprüche nach § 13 Abs. 5 VOB/B

Nach § 13 Abs. 5 VOB/B steht dem Auftraggeber, wie bereits dargelegt, vorrangig ein Nachbesserungsanspruch zu, sofern nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen einer Minderung gem. § 13 Abs. 6 VOB/B gegeben sind und der Auftragnehmer sich hierauf beruft. Soweit der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nicht nachkommt, stehen dem Auftraggeber ein Selbsthilferecht auf Kosten des Auftragnehmers sowie ein Kostenvorschussanspruch für die Ersatzvornahmleistungen zu. Voraussetzung hierfür ist, dass der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nicht nachkommt.

#### 5.2.1 Mängelbeseitigungsaufforderung

Der Auftraggeber ist gehalten, den Auftragnehmer konkret unter Benennung der vorhandenen Mängel zur Mängelbeseitigung aufzufordern. Hierfür ist Voraussetzung, dass er den Mangel nach seinem äußeren Erscheinungsbild (Symptom) so präzise unter Angabe der örtlichen Lage beschreibt, dass für den Auftragnehmer ohne Weiteres klar erkennbar ist, welcher Mangel gerügt wird. Demgegenüber ist es nicht erforderlich, die Ursachen für den aufgetretenen Mangel zu

benennen. Das Mangelsymptom sollte möglichst präzise dargelegt werden, wobei keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden dürfen. Die präzise Darstellung hat jedoch Auswirkungen auf den Umfang des Laufs der Regelfrist gem. § 13 Abs. 4 und Abs. 5 VOB/B. Dies resultiert daraus, dass sowohl die Regelfrist als auch der Umfang des Mangelbeseitigungsanspruchs sich nicht nur auf die aufgetretenen Symptome, sondern auf die zugrunde liegenden Ursachen beziehen. Wenn beispielsweise bei einem Dach in unterschiedlichen Lagen Undichtigkeiten gerügt werden und die Ursache der vorhandenen Undichtigkeiten nicht nur die Bereiche betrifft, wo ein Feuchtigkeitseinbruch vorliegt, betrifft dies die gesamten den Mangelerscheinungen (Feuchtigkeitsstellen) zugrunde liegenden Ursachen.

Dem Auftragnehmer ist eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung zu setzen. Eine angemessene Frist ist insoweit der erforderliche Zeitraum, den ein ordnungsgemäßer Auftragnehmer benötigt, um den gerügten Mangel zu beseitigen, wobei insoweit der Auftragnehmer verpflichtet ist, unverzüglich die Mangelbeseitigung in Angriff zu nehmen.

Die Schriftform der Mangelbeseitigungsaufforderung ist zwar nicht zwingend erforderlich. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast trifft, so dass letztlich in jedem Fall sichergestellt werden muss, dass die Mangelbeseitigungsaufforderung schriftlich erfolgt, schon zu Beweiszwecken. Unabhängig davon beginnt die Regelfrist des § 13 Abs. 5 VOB/B nur im Falle einer schriftlichen Aufforderung zu laufen, was in verjährungs-technischer Hinsicht von erheblicher Bedeutung ist.

Sofern der Auftraggeber ohne vorherige Mangelbeseitigungsaufforderung unter Setzung einer angemessenen Frist die Ersatzvornahme durchführt, steht ihm kein Anspruch auf Ersatz der Kosten zu (Rechtsverlust). Etwas anderes gilt nur dann, wenn in eng umgrenzten Ausnahmefällen eine schriftliche Mangelbeseitigungsaufforderung unter Fristsetzung eine bloße Förmlelei wäre. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer zweifelsfrei und ernstlich sowie endgültig klarstellt, dass er einer Aufforderung zur Mangelbeseitigung nicht nachkommen wird (BGH, BauR 1983, 258; BGH, NZBau 2000, 421 f.).

Ein weiterer Ausnahmefall wurde durch das OLG Düsseldorf (abgedruckt BauR 1996, 260) dahingehend entschieden, dass eine Aufforderung zur Mangelbeseitigung dann nicht notwendig sei, wenn sich der Auftragnehmer als völlig unzuverlässig und ungeeignet erwiesen hat, was sich durch das Vorhandensein äußerst gravierender Mängel belegen ließ, zu deren Beseitigung der Auftragnehmer offenkundig und zweifelsfrei nicht in der Lage sei.

Dieser Fall wird äußerst selten vorkommen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass für das Vorliegen der Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig ist. Der Nachweis lässt sich regelmäßig nur äußerst schwierig führen.

Eine weitere Ausnahme besteht dann, wenn Gefahr in Verzug ist (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 477). Dieser Ausnahmefall ist nur dann gegeben, wenn außergewöhnliche Umstände bei objektiver Betrachtung den Auftraggeber zur Eile zwingen. Dieser Ausnahmefall ist eng auszulegen.

Zu beachten ist jedoch die Entscheidung des BGH vom 22.01.2004 (abgedruckt in BauR 2004, 668), wonach nunmehr jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führt, dass sie nicht mehr als Ganzes vereinbart ist und damit der Inhaltskontrolle nicht mehr entzogen ist. In diesem Fall kann – sofern der Auftraggeber die Einbeziehung der VOB/B verlangt hat – nicht ausgeschlossen werden, dass § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B für unwirksam erachtet wird. § 13 Abs. 5

Nr. 1 Satz 2 VOB/B sieht bei Anwendbarkeit der VOB/B vor, dass eine schriftliche Mängelanzeige zu einer so genannten Quasiverjährungsunterbrechung führt.

### 5.2.2 Selbsthilferecht des Auftraggebers gem. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

Sofern die vorstehend benannten Voraussetzungen nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B vorliegen, steht dem Auftraggeber ein Selbsthilferecht zu, d.h. er kann auf Kosten des Auftragnehmers die Mängel beseitigen. Er kann zudem vor Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten einen Kostenvorschussanspruch in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten geltend machen, der prozessual einklagbar ist. Die klageweise Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs ist jedoch regelmäßig aus Zeitgründen nicht sinnvoll. Die Geltendmachung eines Kostenvorschussanspruchs bietet sich jedoch insbesondere im Falle der Inanspruchnahme einer Gewährleistungsbürgschaft an.

Ersatzfähig sind insoweit die Kosten, die für die Mängelbeseitigung notwendig und erforderlich waren, wobei an die Notwendigkeit und Erforderlichkeit keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Der Auftraggeber ist zwar grundsätzlich zur Schadensminderung verpflichtet. Dies bedeutet jedoch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ein Auftragnehmer, der sich der Mängelbeseitigung entzieht, nicht schutzwürdig ist, dass der Auftraggeber nicht gehalten ist, den billigsten Anbieter heranzuziehen.

Auch für die Nachbesserung erforderliche Planungskosten oder Sachverständigenkosten sind ersatzfähig.

Zu den Besonderheiten im Falle des Vorliegens von Sowieso-Kosten sowie eines mitwirkenden Verschuldens des Auftraggebers wird auf die nachstehenden Ausführungen verwiesen.

### 5.3 Minderungsanspruch gem. § 13 Abs. 6 VOB/B

Nach § 13 Abs. 6 VOB/B gilt Folgendes: Der Auftraggeber kann keine Mängelbeseitigung beanspruchen, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder aber einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert und aus diesem Grund vom Auftragnehmer verweigert wird. In diesem Fall ist der Auftraggeber auf eine Minderung verwiesen und kann, sofern die zusätzlichen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 VOB/B vorliegen, auch Schadensersatz geltend machen.

Unabhängig davon steht dem Auftraggeber wiederum ein Minderungsanspruch zu, wenn die Beseitigung des Mangels für ihn unzumutbar ist. Eine Mängelbeseitigung ist dem Auftraggeber unzumutbar, wenn nicht vorhersehbar ist, ob die Mängelbeseitigung überhaupt möglich ist oder aber sie zu erheblichen persönlichen oder wirtschaftlichen Nachteilen zu Lasten des Auftraggebers führt.

## 5.4 Zusätzlicher Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 VOB/B

### 5.4.1 Einführung

§ 13 Abs. 7 VOB/B regelt die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs:

- Dabei haftet der Auftragnehmer nach § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B generell bei schuldhaft verursachten Mängeln, die zu einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit führen.
- Weiter haftet der Auftragnehmer bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln grundsätzlich für alle Schäden unabhängig von der Wesentlichkeit des Mangels oder der Gebrauchseinschränkung.
- Bei allen übrigen Schäden unterscheidet die VOB/B in § 13 Abs. 7 zwischen dem so genannten kleinen und großen Schadensersatz.

Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B (kleiner Schadensersatzanspruch) ist im Falle des Vorliegens eines wesentlichen Mangels, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist, auch der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient.

Demgegenüber erfasst § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2a) bis c) VOB/B den großen Schadensersatzanspruch. Dies betrifft die über die reine Nachbesserung hinausgehenden Schäden.

Grundsätzlich sind damit nicht die reinen Mangelbeseitigungskosten erfasst. Diese werden von § 13 Abs. 5 VOB/B umfasst. Eine Ausnahme ist jedoch dann gegeben, wenn ein Ausschluss des Nachbesserungsrechts gem. § 640 Abs. 2 BGB (vorbehaltlose Abnahme in Kenntnis eines Mangels) oder aber die Voraussetzungen des § 13 Abs. 6 VOB/B vorliegen.

Ansprüche nach § 13 Nr. 7 VOB/B können zudem auch dann bestehen, wenn keine Mangelbeseitigungsaufforderung unter Fristsetzung gesetzt wurde, und zwar dann, wenn sich der entstandene Schaden durch die Mangelbeseitigung nicht »beseitigen« ließe (z.B. Mietausfall).

Ungeachtet dessen sollte zur Rechtswahrung immer eine entsprechende schriftliche Mangelbeseitigungsaufforderung unter den vorgenannten Prämissen erfolgen, da der Auftraggeber für einen nach Abnahme entstandenen Mangel die Darlegungs- und Beweislast trägt.

### 5.4.2 Kleiner Schadensersatzanspruch (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B)

§ 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B regelt den kleinen Schadensersatzanspruch für den Fall, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Ersatzfähig ist nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B nur der Schaden an der baulichen Anlage, nicht der darüber hinaus möglicherweise entstandene Schaden. Dieser ist nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 1, 2, 3 S. 2 VOB/B ersatzfähig.

#### Wesentlicher Mangel

Ein Schadensersatzanspruch setzt zunächst voraus, dass es sich um einen wesentlichen Mangel handelt. Für das Vorliegen eines wesentlichen Mangels sind sowohl objektive (allgemeine Verkehrsauflösung) als auch subjektive (Sicht des Auftraggebers) Kriterien zu berücksichtigen. Grundvoraussetzung für einen wesentlichen Mangel ist, dass der vorhandene Mangel nach der

Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des Vertragszweckes als bedeutende empfindliche Abweichung angesehen wird. Hinzukommen muss in subjektiver Sicht das spezielle Interesse des Auftraggebers an einer ordnungsgemäßen Leistung, wobei der von ihm verfolgte Nutzungs- und Verwendungszweck entscheidend ist (OLG Stuttgart, BauR 1979, 432). Ein wesentlicher Mangel liegt z.B. dann sicher vor, wenn auf der Basis einer nicht ausreichenden Festigkeit des Mauermörtels eine hinreichende Standsicherheit des Gebäudes nicht gewährleistet ist (BGH, MDR 1977, 715, 716). Demgegenüber stellt das Verlegen von Platten mit geringfügigen farbigen Abweichungen regelmäßig nur einen unwesentlichen Mangel dar, der keinen Schadensersatzanspruch auslöst (BGH, BauR 1970, 237). Letztlich ist für die Annahme eines wesentlichen Mangels immer der Einzelfall, insbesondere Art und Umfang des Mangels und die Frage der Zumutbarkeit für den Auftraggeber, entscheidend.

### **Erhebliche Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit**

Diese Voraussetzung richtet sich nach § 13 Abs. 1 VOB/B, so dass auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wird.

### **Verschulden des Auftragnehmers oder seiner Erfüllungsgehilfen**

Ein Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 VOB/B setzt ferner ein Verschulden des Auftragnehmers im Sinne eines Vertretenmüssens voraus.

#### **Beweislast**

Nach Abnahme, mithin auch für die Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 1, 2, 3 VOB/B, trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast. Sofern der Mangel sowie die Haftungsvoraussetzungen dem Grunde nach gem. § 13 Abs. 7 VOB/B festgestellt sind und der Schaden nachgewiesen wurde, kann sich der Auftragnehmer nicht pauschal darauf berufen, dass die in Ansatz gebrachten Kosten zu hoch bemessen seien und sich der Schaden mit einem geringeren Aufwand hätte beseitigen lassen. Der Auftragnehmer trägt vielmehr für die Verletzung der letztlich behaupteten Schadensminderungspflicht des Auftraggebers die Darlegungs- und Beweislast und muss daher dezidiert nachweisen, dass und warum die Kosten zu hoch bemessen sind.

#### **Umfang der Schadensersatzpflicht**

Nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B ist grundsätzlich nur ein Schaden an der baulichen Anlage, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient, ersatzfähig. Weitergehende Ansprüche sind nur dann nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B ersatzfähig, wenn die zusätzlichen, in § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 VOB/B genannten Voraussetzungen vorliegen.

Zunächst sind Substanz- oder Funktionsschäden an der baulichen Anlage zu ersetzen. Dies betrifft beispielsweise den Fall, dass es durch das Herabfallen unsachgemäß montierter Jalousien zu Beschädigungen des Fensterrahmens kommt (BGHZ 62, 295 f.).

Der eigentliche Mangel betrifft die fehlerhaft montierte Jalousie. Der darüber hinaus entstandene Schaden an dem Fenster ist letztlich ein Folgeschaden der fehlerhaften Ausführung und kann über § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B zu ersetzen sein. Ein weiteres Beispiel ist die Schwammbildung, bedingt durch eine fehlerhafte Drainage (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage, Rn. 1730) oder aber Gebäudeisse infolge fehlerhafter Erdarbeiten oder entstandener Feuchtigkeitsschäden (OLG Koblenz, NJW-RR 1988, 532, 533).

Zu ersetzen sind des Weiteren durch die mangelhafte Leistung am Bauwerk selbst aufgetretene Folgen, wie beispielsweise die Herabsetzung des Nutzungs- oder Verkehrswertes, der Einnahmeverlust wegen entgangener Nutzung der baulichen Anlage, Mehraufwendungen wegen der Mängel, wie beispielsweise erhöhte Stromkosten für die Anlage sowie zur Schadensminderung aufgewendete Kosten (BGH, BauR 1992, 505).

Ersatzfähig sind gegebenenfalls auch die reinen Mangelbeseitigungskosten, wenn der Nachbesserungsanspruch gem. § 640 Abs. 2 BGB (vorbehaltlose Abnahme trotz Kenntnis des Mangels) ausgeschlossen ist oder aber die Voraussetzungen einer Minderung gem. § 13 Abs. 6 VOB/B vorliegen.

Der Schadensersatz kann auch in den Kosten einer Neuherstellung bestehen, wenn es wegen des Mangels zu einem Abriss, Abtransport sowie zu einer Entfernung der Bauteile kommt.

Ebenso sind Gutachterkosten dann ersatzfähig, wenn sie dazu dienen, die vorhandenen Schäden an der baulichen Anlage festzustellen (BGH, BauR 1985, 83; OLG Köln, NJW-RR 1995, 211; OLG Düsseldorf, BauR 1996, 129).

Demgegenüber sind die Kosten der Unterbringung eines Mieters in einem Hotel nicht über § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B ersatzfähig. Diese können nur unter den besonderen weiteren Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2a bis c VOB/B geltend gemacht werden, da dieser Schadensposten nicht an der baulichen Anlage entstanden ist.

### 5.4.3 Großer Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B

Die Geltendmachung des weiteren Schadens über den in § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B benannten Schaden an der baulichen Anlage hinaus ist nur unter den besonderen zusätzlichen Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 sowie Nr. 1 und 2 VOB/B möglich. Der Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B ist dem Umfang nach nicht begrenzt. Es ist grundsätzlich jeder adäquat kausal auf die mangelhafte Leistung zurückzuführende Schaden ersatzfähig.

#### Anspruchsvoraussetzungen

Grundvoraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B ist, dass zunächst die Voraussetzungen des § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B vorliegen, d.h. es muss ein wesentlicher Mangel vorliegen, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Der Unterschied zu § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B besteht jedoch darin, dass sich der Schaden nicht auf die bauliche Anlage beziehen muss. Weitere Voraussetzung ist:

- Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik oder
- Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder
- versicherte oder versicherbare Leistung.

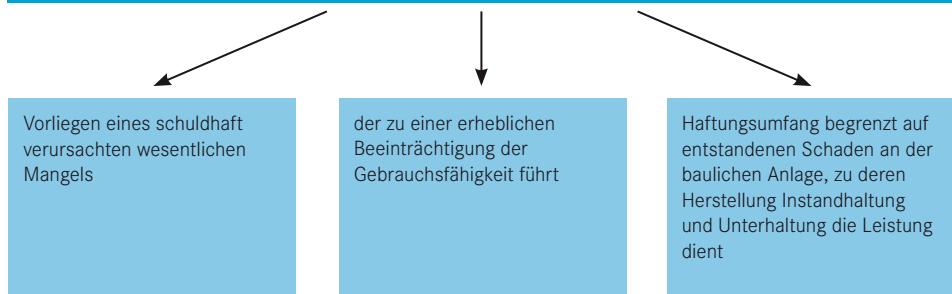
#### Schadensumfang

Zu ersetzen ist der adäquat kausal auf die mangelhafte Leistung zurückführbare Schaden.

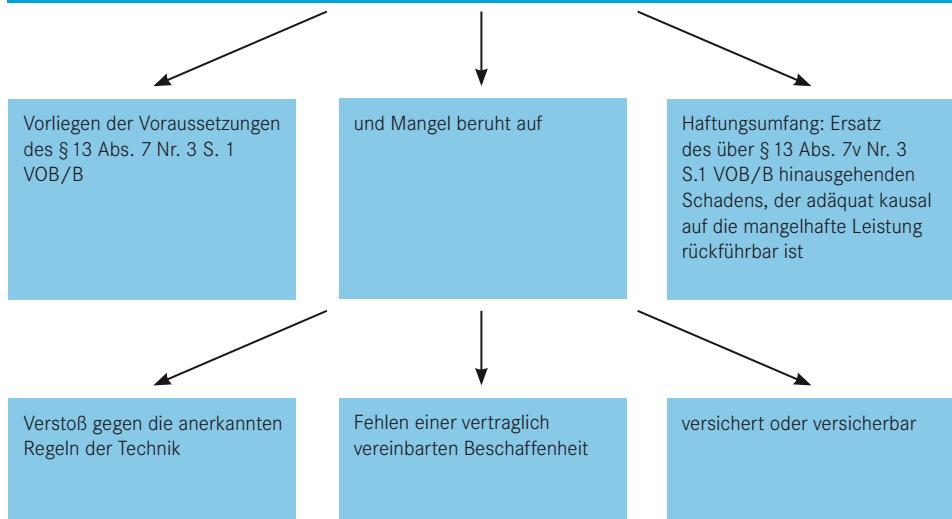
Gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 5 VOB/B kann der Umfang der Schadensersatzverpflichtung eingeschränkt oder aber erweitert werden.

#### 5.4.4 Zusammenfassung

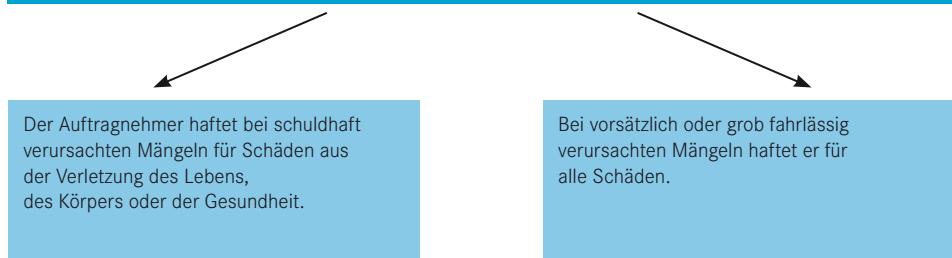
##### Schadensersatzanspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B (kleiner Schadensersatzanspruch)



##### Schadensersatzanspruch gemäß § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B (großer Schadensersatzanspruch)



##### Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 1 und 2 VOB/B



## 6 Vorteilsausgleichung und Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Auftraggebers gem. § 254 BGB

Bei der Bemessung eines Kostenvorschussanspruchs sowie eines Schadensersatzanspruchs des Auftraggebers ist gegebenenfalls eine Vorteilsausgleichung (Sowieso-Kosten, Abzug Neu für Alt, sonstige Vorteilsausgleichung) sowie ein Mitverschulden des Auftraggebers (§ 254 BGB) in seiner Person oder aber in Person seiner Erfüllungsgehilfen zu berücksichtigen. Insoweit sind die Ansprüche in Höhe des Vorteiles oder des Mitverschuldens zu kürzen. Ferner steht dem Auftragnehmer dann, wenn den Auftraggeber ein Mitverschulden trifft oder eine Vorteilsausgleichung zu erfolgen hat, ein Kostenzuschuss zu den Mängelbeseitigungskosten zu, der gegebenenfalls durch Sicherungsmittel des Auftraggebers abzusichern ist.

### 6.1 Sowieso-Kosten

Ein Kostenvorschussanspruch des Auftraggebers bzw. ein Schadensersatzanspruch ist um Sowieso-Kosten zu reduzieren. Mit dem Begriff Sowieso-Kosten werden die Kosten bezeichnet, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre (BGH, BauR 1984, 510; BGH, BauR 1990, 360, 361; BGH, BauR 1993, 722; BGH, BauR 1994, 776; OLG Düsseldorf, BauR 1993, 241; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 23, 24; OLG Düsseldorf, BauR 1996, 396, 398; OLG Karlsruhe, BauR 1999, 1032). Den so genannten Sowieso-Kosten liegen Bauleistungen zugrunde, deren Kosten der Auftraggeber dann, wenn der Auftragnehmer die Leistung von vornherein ordnungsgemäß ausgeführt hätte, ohnehin tragen müssen, d.h. wenn diese Leistungen, die zu einer ordnungsgemäßen Leistung erforderlich waren, von dem Auftragnehmer nach dem zugrunde liegenden Vertrag nicht geschuldet waren (Zusatzausleistungen).

Die Fallgruppen der Sowieso-Kosten betreffen insbesondere die Fälle, in denen der Auftragnehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nicht nachgekommen ist und es deswegen gem. § 13 Abs. 3 VOB/B nicht zu einer Haftungsfreistellung kommt, d.h. der Auftraggeber bzw. die Erfüllungsgehilfen haben eine Art und Weise der Bauausführung vorgegeben, der der Auftragnehmer nachgekommen ist, die jedoch fehlerhaft ist. Wenn eine von vornherein mangelfreie Bauausführung teurer gewesen wäre und diese Kosten vom Auftraggeber zu erstatten gewesen wären (Zusatzausleistung) als die tatsächlich vertraglich vereinbarte fehlerhafte Ausführung, liegen Sowieso-Kosten vor.

Die Berücksichtigung von Sowieso-Kosten bei einem Pauschalvertrag ist nicht umstritten. Im Falle eines Globalpauschalvertrages (reine Funktionalbeschreibung) scheidet regelmäßig die Annahme von Sowieso-Kosten aus, da es dann an einer dezidierten fehlerhaften Vorgabe häufig fehlen wird. Anders ist die Sachlage bei einem Detailpauschalpreisvertrag zu beurteilen. Wenn sich aus den zugrunde liegenden Unterlagen eines Detailpauschalvertrages eine bestimmte vorgegebene Art und Weise der Ausführung ergibt, die vom Auftragnehmer durchgeführt wird, können Sowieso-Kosten in Betracht kommen. Der BGH hat in einem Fall, in dem ausdrücklich eine bestimmte Soll-Beschaffenheit zwischen den Parteien vereinbart wurde, d.h. die Sanierung von Mehrfamilienhäusern in einer klar definierten, vertraglich festgelegten Bauweise, Sowieso-Kosten angenommen, da die vertraglich vorgegebene Ausführung den anerkannten Regeln der Technik gem. der DIN 4109 und DIN 4102 nicht genügte, jedoch eine von vornherein auch im Sinne

der DIN 4109 und DIN 4102 fehlerfreie Ausführung teurer gewesen wäre. Diese Kosten hätte der Auftraggeber aufwenden müssen, wenn der Auftragnehmer seiner Prüf- und Hinweispflicht gem. § 4 Abs. 3 VOB/B nachgekommen wäre, d.h. es hätte ein vergütungsfähiger Nachtrag vorgelegen (BGH, BauR 1984, 401, 402). Das OLG Celle (abgedruckt BauR 1998, 801) hat entsprechend entschieden, im Falle einer fehlerhaften, den anstehenden Wasserverhältnissen nicht entsprechenden Kellerabdichtung, die dezidiert und detailliert durch den Auftraggeber (bzw. Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers) vorgegeben war.

Die Berechnung der Höhe der Sowieso-Kosten erfolgt wie folgt: Abzustellen ist auf den Preisstandard im Zeitpunkt der Errichtung des Bauwerkes. Es ist dann der vertraglich vereinbarte Preis, der die fehlerhafte Vorgabe beinhaltet, dem Preis gegenüber zu stellen, der sich ergeben hätte, wenn eine ordnungsgemäße Vorgabe erfolgt wäre. Die Differenz beziffert die Sowieso-Kosten. Etwaige Preissteigerungen im Zeitraum zwischen der Erstellung und dem Auftreten des Mangels betreffen den Auftragnehmer (BGH, BauR 1993, 722).

## 6.2 So genannter »Abzug Neu für Alt«

Ebenso stellt der so genannte »Abzug Neu für Alt« einen Unterfall der Vorteilsausgleichung dar. Dieser zwar häufig benannte Fall ist jedoch nur sehr selten einschlägig. Er kommt dem Grundsatz nach dann in Betracht, wenn die Mängelbeseitigung zu einer deutlich längeren Lebensdauer des sanierten Bauteils führt. Dies ist beispielsweise anzunehmen, wenn die Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden an einem Dach dazu führt, dass eine vollständige Neueindeckung des Daches erforderlich ist und von den vereinbarten 10 Jahren Gewährleistungszeit bereits 9 Jahre verstrichen sind.

Ein »Abzug Neu für Alt« scheidet jedoch aus, wenn die Verlängerung der Lebensdauer darauf zurückzuführen ist, dass der Auftragnehmer seiner Mängelbeseitigungsverpflichtung nicht rechtzeitig oder erst Jahre später nachgekommen ist.

In Ansatz zu bringen sind insoweit die sich für die längere Lebensdauer anteilig ergebenden Kosten.

## 6.3 Sonstige Vorteilsausgleichung

Als Position einer Vorteilsausgleichung kommen unter Umständen auch durch die Schädigung ersparte Steuern (OLG Düsseldorf, BauR 1996, 396, 398) sowie ersparte Baudarlehenszinsen (BGH, BauR 1983, 465) in Betracht.

## 6.4 Berücksichtigung eines Mitverschuldens und Schadensminderungspflicht des Auftraggebers gemäß § 254 BGB

Der Auftraggeber ist entsprechend der ihm obliegenden Schadensminderungspflicht gehalten, drohenden Schäden entgegenzuwirken und entsprechend rechtzeitig geeignete Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen, um die Folgen etwaiger Schäden einzugrenzen (BGHZ 4, 170, 174).

Des Weiteren hat er für die in § 13 Abs. 3 VOB/B benannten Verpflichtungen einzustehen, wenn diese zu Fehlern des Bauwerks führen. § 254 BGB findet mithin letztlich nur dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen für eine vollständige Haftungsfreistellung des Auftragnehmers mangels ausreichender Bedenkenanmeldung gemäß § 4 Abs. 3 VOB/B nicht eingreifen. Dies bedeutet gleichwohl nicht, dass der Auftragnehmer die vorhandenen Mängel allein zu verantworten hat. Vielmehr haftet der Auftraggeber (§§ 278 BGB, 254 BGB) für eigene und auch für die Fehler seiner Erfüllungsgehilfen. Dies betrifft letztlich die fünf in § 13 Abs. 3 VOB/B benannten Unterfallgruppen. Die Höhe der Quote gemäß § 254 BGB ist eine Frage des Einzelfalls.

## 6.5 Berücksichtigung einer Vorteilsausgleichung und eines mitwirkenden Verschuldens

Hinsichtlich geltend gemachter Kostenvorschuss- und Schadensersatzansprüche sowie Ersatzvornahmeansprüchen des Auftraggebers sind etwaige Sowieso-Kosten, Abzüge Neu für Alt oder sonstige Vorteilsausgleichung sowie ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB anspruchsmindernd (Herabsetzung des Anspruchs um den in Ansatz zu bringenden Betrag) zu berücksichtigen.

In dem Fall, in dem der Auftragnehmer grundsätzlich bereit ist, die Mängelbeseitigung durchzuführen, steht ihm im Wege von Vorteilsausgleichung bzw. eines Mitverschuldens des Auftraggebers gemäß § 254 BGB ein Zuschussanspruch zu, d.h. er ist nur Zug um Zug gegen Gewährung des Zuschussanspruchs zur Mängelbeseitigung verpflichtet. Da eine Zug-um-Zug-Ausführung letztlich nicht praktikabel ist, steht ihm auch ein Anspruch auf Besicherung seines Zuschussanspruchs zu.

# 7 Verjährung

Für die Verjährung, d.h. die Frage der Hemmung bzw. des Neubeginns (früher Unterbrechung), ist das neue Schuldrecht zu beachten, das seit dem 01.01.2002 anzuwenden ist. Die nachstehenden Ausführungen berücksichtigen das neue Schuldrecht sowie die geltenden Übergangsregelungen.

## 7.1 Verjährungsfrist gem. § 13 Abs. 4 VOB/B sowie abweichende vertragliche Vereinbarung

§ 13 Abs. 4 VOB/B geht von einer Gewährleistungszeit von nunmehr 4 Jahren aus, wobei die Möglichkeit der Vereinbarung einer hiervon abweichenden Verjährungsfrist ausdrücklich vorgesehen ist. Regelmäßig wird in der Praxis die auch in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB für Bauwerke vorgesehene Verjährungsfrist von 5 Jahren vereinbart. Häufig wird auch eine abgestufte Verjährungsfrist ver-

einbart (z.B. 6 Monate für sich bewegende Bauteile, Leuchtmittel, Verschleißteile, aber auch 10 Jahre für das Dach).

Liegt keine abweichende Vereinbarung vor, gelten im Einzelnen folgende Gewährleistungsfristen:

| Position  | § 13 Abs. 4 VOB/B 2012   |
|---|--|
| Bauwerke ohne abweichende Vereinbarung  | 4 Jahre  |
| Holzerkrankungen  | 4 Jahre  |
| Andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht und die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen  | 2 Jahre  |
| für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen  | 1 Jahr   |
| für die Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat und dem Auftragnehmer die Wartung nicht übertragen wurde | 2 Jahre<br>(Gilt auch, wenn allgemein eine abweichende Verjährungsfrist vereinbart wird (Ausnahme: Es wurde auch zu den wartungsbedürftigen Anlagen ausdrücklich diese abweichende, d. h. längere Verjährungsfrist vereinbart, was in § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B ausdrücklich vorgesehen ist) |

Die Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme bzw. mit Eintritt der Abnahmefiktion. Soweit die Abnahme beispielsweise am 16.03.2004 erfolgte und die Verjährungsfrist 5 Jahre beträgt, läuft die Verjährungsfrist am 16.03.2009 aus. Es ist mithin, soweit keine Hemmungstatbestände eingreifen und die Regelfrist des § 13 Abs. 4 VOB/B nicht zusätzlich in Lauf gesetzt wird, das Fristende wie folgt zu berechnen:

Das Fristende entspricht zahlenmäßig dem Tag, an dem die Abnahme stattgefunden hat (bzw. die Abnahmefiktion) nach Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist.

Wurde also die Abnahme am 12.04.2002 durchgeführt und beträgt die Gewährleistungszeit 5 Jahre, läuft die Verjährungsfrist am 12.04.2007 ab. Haben die Parteien demgegenüber bei diesem Beispielfall eine Gewährleistungszeit von 5 Jahren und 2 Monaten vereinbart, läuft die Frist am 12.06.2007 ab.

Für das Fristende gilt § 193 BGB, so dass dann, wenn das Fristende auf einen Sonntag, Samstag oder Feiertag fällt, der nächste Werktag heranzuziehen ist.

## 7.2 Regelfrist gem. § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 i.V.m. § 13 Abs. 4 VOB/B

Nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B setzt eine schriftliche Mängelrüge die Regelfrist des § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B, berechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens, in Lauf. Die Regelfrist beträgt 2 Jahre, läuft jedoch nicht vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist ab (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B). Hiermit sollte sichergestellt werden, dass für den Fall, dass eine abweichende Verjährungsfrist vereinbart wird, was der Regel entspricht, die Festlegung in § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B nicht dazu führt, dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist eintritt. Wenn die Parteien also eine Verjährungsfrist von 5 Jahren vereinbart haben und die

Abnahme am 02.01.2002 und eine schriftliche Mängelanzeige am 15.03.2003 erfolgte, verbleibt es bei dem Ablauf der Verjährungsfrist am 02.01.2007.

Demgegenüber kann sich durch eine schriftliche Mängelanzeige die Gewährleistungszeit um 2 Jahre verlängern. Das ist beispielsweise der Fall, wenn dem Auftragnehmer am letzten Tag der Frist eine schriftliche Mängelanzeige zugeht. In diesem Fall verlängert sich die Verjährungsfrist für die angezeigten Mängel um 2 Jahre. Wenn die Parteien eine Gewährleistungszeit von 5 Jahren vereinbart haben und die Abnahme am 02.01.2002 erfolgte, läuft grundsätzlich die Verjährungsfrist am 02.01.2007 ab. Sollte dem Auftragnehmer jedoch am 02.01.2007 (Tag des Zugangs) eine Mängelanzeige zugehen, liefe hinsichtlich der insoweit von der Mängelanzeige umfassten Mängel (Symptomtheorie) die Gewährleistungszeit am 02.01.2009 ab.

Da die Regelfrist nur mit einer **schriftlichen** Mängelanzeige unter Fristsetzung in Lauf gesetzt wird, sollte zwingend darauf geachtet werden, dass Mängelanzeigen immer schriftlich erfolgen. Ebenso sollte insbesondere dann, wenn die schriftliche Mängelanzeige kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist gestellt wird, sichergestellt sein, dass man den Zugang nachweisen kann.

Die Regelfrist beginnt nur einmal zu laufen. Eine weitere schriftliche Mängelanzeige hat diese Wirkung nicht mehr.

Es verbleibt insbesondere auch dann bei einer Regelfrist von 2 Jahren, wenn die Parteien eine längere Verjährungsfrist vereinbart haben (z.B. 5 Jahre). Für den Fall, dass die Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer durchgeführt wird, beginnt nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung die Regelfrist erneut zu laufen.

Der Lauf der Regelfrist betrifft nur die in der Mängelanzeige benannten Mängel. Aus diesem Grund ist die dezidierte, sehr konkrete Beschreibung des Mangelsymptoms von erheblicher Bedeutung.

Zu beachten ist, dass dann, wenn ein Anerkenntnis abgegeben wird, die vereinbarte Gewährleistungsfrist, z. B. fünf Jahre, erneut beginnt.

### 7.3 Hemmungstatbestände

Soweit ein Hemmungstatbestand eingreift, wird die Verjährung gehemmt. Dies bedeutet, dass der Zeitraum, der der Hemmung unterliegt, nicht als Ablauf der Verjährungsfrist gilt. Die Verjährungsfrist verlängert sich vielmehr um den »gehemmten Zeitraum«.

Hemmungstatbestände sind insbesondere:

- Erhebung der Klage auf Leistung oder auf Feststellung des Anspruchs (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB)
- die Zustellung des Mahnbescheids im Mahnverfahren (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB)
- die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozess (§ 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB)
- die Zustellung der Streitverkündung (§ 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB)
- die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB)
- der Beginn eines vereinbarten Begutachtungsverfahrens oder die Beauftragung des Gutachters in dem Verfahren nach § 641a BGB, soweit das BGB vereinbart wurde (§ 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB)
- die Anmeldung des Anspruchs im Insolvenzverfahren (§ 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB)

- der Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB)
- Schweben von Vergleichsverhandlungen (§ 203 BGB).

In § 204 BGB ist zwar sowohl für den Mahnbescheid, die Streitverkündung als auch für die Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens der Begriff »Zustellung« verwendet worden, so dass nach dem Wortlaut erst die Zustellung an den Anspruchsgegner den Hemmungstatbestand auslöst. Da der Anspruchsteller auf den Zeitpunkt der Zustellung keinen Einfluss hat, geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Tag der Einreichung (Zugang bei Gericht) entscheidend ist, wenn die Zustellung »demnächst« erfolgt.

Durch das Inkrafttreten des neuen Schuldrechts hat der Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens keine unterbrechende Wirkung mehr (Neubeginn der Verjährungsfrist), sondern nur noch eine hemmende Wirkung. Die Verjährungsvorschriften wurden insgesamt gravierend geändert. Ein Neubeginn der Verjährung (früher Unterbrechung der Verjährung) tritt nur noch ein,

- wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder
- eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird (§ 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Neu eingeführt wurde § 203 BGB, wonach Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände zu einer Hemmung der Verjährung führen, und zwar bis zu dem Zeitpunkt, in dem der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt in diesem Fall frühestens 3 Monate nach dem Ende der Verhandlungen ein (§ 203 BGB). Mit der 3-Monats-Regelung soll dem Anspruchsteller auch dann noch die Möglichkeit der rechtzeitigen Geltendmachung eingeräumt werden, wenn die Verhandlungen kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist geführt werden. Insbesondere soll auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Ende der Verhandlungen sich nicht in jedem Fall zweifelsfrei feststellen lässt, sondern möglicherweise auch konkludent erfolgt.

Die Hemmung für die nach § 204 BGB umfassten Fälle endet 6 Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder einer anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Dieser Umstand ist zwingend bei selbständigen Beweisverfahren, aber auch bei Klageverfahren zu berücksichtigen, wenn eine Streitverkündung an einen Nachunternehmer ausgelöst wurde und sich das Verfahren möglicherweise sehr lange hingezogen hat, so dass ohne den Eintritt des Hemmungstatbestandes bereits Verjährung eingetreten wäre. Es besteht daher eine Verpflichtung, spätestens 6 Monate nach Abschluss des Verfahrens in verjährungshemmender Weise die Ansprüche geltend zu machen. Dieser Umstand wird häufig übersehen.

## 7.4 Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung

Nach § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung und Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts dann nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Dies betrifft für den Baubereich insbesondere die Fälle, in denen zwar rechtzeitig eine Frist zur Mängelbeseitigungs-aufforderung gesetzt wurde, der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung trotz Verpflichtung nicht durchgeführt hat und mangels weiterer Maßnahmen des Auftraggebers an sich Verjährung eingetreten ist. Liegt dem Auftraggeber in diesem Fall noch beispielsweise eine Gewährleistungsbürgschaft oder ein Bareinbehalt des Auftragnehmers vor, steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Aufrechnungsrecht unter Berücksichtigung der Mängelbeseitigungskosten zu.

## 7.5 Arglist

Ferner ist seit 2002 die Verjährungsfrist für den Fall des arglistigen Verschweigens des Mangels gravierend verkürzt worden. Nach der alten Gesetzeslage betrug die Verjährungsfrist 30 Jahre. Nach § 634a Abs. 3 BGB verjähren die Ansprüche des Auftraggebers gegen den Unternehmer im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels in der nunmehr regelmäßigen Verjährungsfrist. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB nur noch 3 Jahre. Es liegt mithin eine erhebliche Verkürzung vor. Die Verjährung tritt jedoch nach § 634a Abs. 3 Satz 2 BGB nicht vor dem Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist (z.B. 5 Jahre) ein. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt gem. § 195 BGB des Weiteren erst mit dem Schluss des Jahres, in dem

- der Anspruch entstanden ist und
- der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Die Verjährungsfrist beginnt mithin grundsätzlich nicht ohne Kenntnis von den die Arglist begründenden Umständen und beträgt dann ab Schluss des Jahres, in dem die Kenntnis erlangt worden ist, 3 Jahre. Um die Verjährungsfrist nicht auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben, sind in § 195 Abs. 3 BGB Höchstfristen normiert worden. Unabhängig von der Frage der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis verjähren Ansprüche in 10 Jahren von ihrer Entstehung an (nicht Jahresende) und unabhängig von ihrer Entstehung, Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis spätestens in 30 Jahren von der Begehung der Handlung oder Pflichtverletzung (nicht Jahresende) an. Nach § 199 Abs. 4 BGB verjähren andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche spätestens 10 Jahre von ihrer Entstehung an, wobei es hierbei nicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis ankommt (nicht Jahresende).

Ansprüche im Falle der Arglist verjähren damit regelmäßig erst nach 10 Jahren, wenn nicht zuvor Kenntnis erlangt wird oder aber grob fahrlässige Unkenntnis vorliegt.



---

# Teil IX Vertragliche und gesetzliche Sicherheiten im Baurecht

## 1 Allgemeines

Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung der wesentlichen Sicherheiten im Baubereich. Eine Absicherung für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners ist sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer von Bedeutung.

Die Werklohnansprüche des Auftragnehmers können insbesondere abgesichert werden durch

- Zahlungsgarantien/Zahlungsbürgschaften
- Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Auftraggebers gem. § 648 BGB (wenig praxisrelevant)
- Absicherungen gem. § 648 a BGB
- Verpfändung von Kontoguthaben (wenig praxisrelevant).

Die wesentlichen Sicherheiten für den Auftraggeber sind:

- Vorauszahlungsbürgschaft
- Vertragserfüllungssicherheit
- Gewährleistungssicherheit.

## 2 Sicherheiten für den Auftragnehmer

### 2.1 Einführung

1993 wurde § 648 a BGB in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt, da die bisherigen Regelungen (§ 648 BGB/Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Auftraggebers) und die Möglichkeit der Vereinbarung von Zahlungsbürgschaften dem Sicherungsinteresse der Auftragnehmer nicht genügten.

Zwar bestand auch zuvor die Möglichkeit, gem. § 648 BGB eine Sicherungshypothek auf dem Grundstück des Auftraggebers eintragen zu lassen. Häufig ist der Auftraggeber jedoch nicht Eigentümer des Grundstücks, so dass die Eintragung einer Sicherungshypothek scheiterte. Unabhängig davon sind die zu bebauenden Grundstücke regelmäßig sehr hoch mit Grundpfandrechten belastet, so dass eine dann nachrangig einzutragende Sicherungshypothek gem. § 648 BGB im Insolvenzfall nicht werthaltig ist. Die Übergabe von Zahlungsbürgschaften bzw. Zahlungsgarantien durch den Auftraggeber sind von entsprechenden Vereinbarungen zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber abhängig. Da insoweit kein Rechtsanspruch des Auftragnehmers auf Übergabe einer Zahlungssicherheit bestand, wurden diese häufig in nicht ausreichendem Umfang und in zu geringer Höhe vereinbart. Hierbei ist insbesondere von Bedeutung, dass der wirtschaftlich stärkere Auftraggeber regelmäßig wegen der damit verbundenen Kosten und

Einschränkungen seiner Liquidität kein Interesse an der Übergabe entsprechender Sicherheiten hatte.

Folgerichtig wurde § 648 a BGB eingeführt, der dem Auftragnehmer das Recht einräumt, in Höhe der voraussichtlichen Vergütungssumme ein Sicherungsmittel einzufordern, wobei gem. § 648 a Abs. 7 BGB die Regelung nicht abbedingbar ist. Entgegenstehende Vereinbarungen sind von Gesetzes wegen unwirksam. Hierdurch wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Regelung nicht ins Leere läuft, da ohne die Unwirksamkeitsregelung entgegenstehender Vereinbarungen gem. § 648a Abs. 7 BGB die Auftraggeber ihre wirtschaftliche Position zur Abbedingung eingesetzt hätten.

Es ist jedoch zu beachten, dass nach § 648a BGB die Sicherheiten nur Werklohnansprüche des Auftragnehmers absichern, nicht indessen etwaige Schadensersatzansprüche z.B. gem. § 6 Abs. 6 VOB/B.

§ 648 a BGB gewährt zudem einen Anspruch in Höhe der voraussichtlichen Vergütungssumme. Dem gegenüber kommt die Eintragung einer Sicherungshypothek gem. § 648a BGB nur für bereits entstandene Forderungen in Betracht, d.h. erst dann, wenn die Leistungen ausgeführt sind.

Darüber hinaus ermöglicht § 648 BGB keinen Schutz für die Nachunternehmer, da § 648 BGB voraussetzt, dass der Vertragspartner Eigentümer ist. Demzufolge hat ein Nachunternehmer dann regelmäßig keinen Anspruch, wenn der Eigentümer nur Vertragspartner des Generalunternehmers ist.

## 2.2 § 648a BGB

### 2.2.1 Einführung

§ 648 a) BGB wurde durch das Forderungssicherungsgesetz zum 01.01.2009 gravierend geändert. Neben einigen Klarstellungen, wonach der Werkunternehmer auch nach der Abnahme das Recht hat, eine Sicherheit für noch nicht gezahlte Vergütungen zu verlangen, wenn der Besteller nach ((?)) Mängelbeseitigung fordert, was letztlich der ständigen BGH-Rechtsprechung vor der Änderung entspricht, können auch Gegenansprüche des Bestellers auf Erfüllung oder Mängelbeseitigung dem Anspruch auf Sicherheiten nicht entgegengehalten werden. Der Auftraggeber muss künftig auch dann Sicherheit leisten, wenn der Auftragnehmer mangelhaft gearbeitet hat. Er kann zwar durch Aufrechnung mit möglichen Schadensersatzansprüchen den Vergütungsanspruch reduzieren, dies wirkt sich auf die Höhe des Sicherungsanspruchs aber nur aus, wenn der Gegenanspruch unstrittig oder rechtskräftig festgestellt ist. Der Anspruch auf die Sicherheitsleistung ist des Weiteren auch einklagbar. Nach einer gesetzten angemessen Frist zur Übergabe eines Sicherungsmittels gem. § 648 a) BGB hat der Werkunternehmer nun die Wahl, ob er bei Nichterfüllung des Sicherungsanspruchs klagt oder den Vertrag nach Fristsetzung kündigt. Das bisherige Erfordernis der Kündigungsandrohung entfällt.

Von § 648 a BGB abweichende Vereinbarungen sind gem. § 648 a Abs. 7 BGB unwirksam. Hierdurch soll verhindert werden, dass der regelmäßig wirtschaftlich stärkere Auftraggeber die Möglichkeit hat, dem Auftragnehmer sein Insolvenzrisiko aufzubürden, da er ohne die Unwirksamkeitsregelung des § 648 a Abs. 7 BGB regelmäßig den Auftragnehmer ansonsten dazu zwingen würde, diese Regelung abzubedingen. Diese Möglichkeit wollte ihm der Gesetzgeber neh-

men, da anderenfalls ein Schutz des Auftragnehmers im Falle der Insolvenz des Auftraggebers nicht gewährleistet wäre.

### 2.2.2 Anspruchsberechtigte gem. § 648 a Abs. 1 BGB

Nach dem Wortlaut des § 648 a Abs. 1 BGB sind Unternehmer eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon anspruchsberechtigt. Schon aus dem Wortlaut folgt, dass nicht nur der klassische Bauhandwerker, sondern darüber hinaus alle Unternehmer anspruchsberechtigt sind, die auf der Grundlage eines Werkvertrags mit dem Auftraggeber »Bauleistungen« erbringen. Bloße Vorbereitungsmaßnahmen oder nur die Lieferung von Baumaterialien reichen demgegenüber nicht aus. Geschützt sind damit insbesondere:

- der Haupt- und Generalunternehmer
- der Nachunternehmer
- Architekten, Statiker und sonstige Sonderfachleute.

Es kommt also nicht darauf an, ob es rein »tatsächliche« Bauleistungen sind. Ausreichend ist auch, dass sich eine geistige Leistung in dem zu errichtenden Bauwerk verkörpert. Demzufolge sind Architekten, Statiker und Sonderfachleute auch dann anspruchsberechtigt, wenn sie nur die Planung erbringen. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn beispielsweise der Architekt eine Vergütung für Nebenleistungen beansprucht, d.h. für die Finanzierungsberatung oder Geldbeschaffung (OLG München, NJW 1973, 289), da sich diese Leistung nicht wie beispielsweise die Planung im Bauwerk verkörpert.

- Sachverständige, soweit sie Sanierungsgutachten erstellen und damit also nur im Ausnahmefall.

Zu den Außenanlagen gehören insbesondere grundstücksbezogene Arbeiten wie Erd-, Pflanz-, Rasen-, Saatarbeiten, landschaftsgärtnerische Entwässerungsarbeiten und vegetationstechnische Arbeiten durch Unternehmen des Garten-, Landschafts- und Sportplatzbaus (*Palandt-Sprau*, BGB-Kommentar 65. Auflage, § 648 a BGB Rn. 7). Inwieweit ein Gerüstbauer zu dem geschützten Personenkreis des § 648 a Abs. 1 BGB gehört, ist in der Kommentarliteratur umstritten. Das OLG Köln (abgedruckt in: BauR 2000, 1874) vertritt jedoch mit guten Argumenten, dass auch der Gerüstbauer zum geschützten Personenkreis gehört.

### 2.2.3 Höhe der Sicherheitsleistung

Der Auftragnehmer kann Sicherheit bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem nachträglichen Zusatzauftrag ergibt, beanspruchen sowie für Nebenforderungen. Die Nebenforderungen sind mit 10% des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen (§ 648 a Abs. 1 Satz 1, 2 BGB).

#### Voraussichtlicher Vergütungsanspruch

Der voraussichtliche Vergütungsanspruch ermittelt sich zunächst nach der vertraglichen Vergütungsabrede. Soweit eine Pauschale vereinbart worden ist, besteht der zu sichernde Anspruch in Höhe der vereinbarten Pauschale.

Der voraussichtliche Vergütungsanspruch kann sich auch durch Nachträge erhöhen.

Beispiel:

|                                  |            |                     |
|----------------------------------|------------|---------------------|
| vereinbarte Pauschalsumme brutto | EUR        | 2.000.000,00        |
| Nachträge brutto                 | EUR        | 250.000,00          |
| zu sichernder Vergütungsanspruch |            |                     |
| mithin brutto                    | <b>EUR</b> | <b>2.250.000,00</b> |

Soweit die Parteien eine Abrechnung auf der Basis von Einheitspreisen vereinbart haben, ist für die Vertragssumme die Summe anzusetzen, die sich grundsätzlich als voraussichtliche Vergütungssumme aus dem Vertrag zzgl. etwaiger Nachtragsforderungen ergibt.

Beispiel:

|                                    |            |                     |
|------------------------------------|------------|---------------------|
| voraussichtliche Einheitspreisumme |            |                     |
| gemäß Vertrag brutto               | EUR        | 1.000.000,00        |
| Nachträge brutto                   | EUR        | 500.000,00          |
| zu sichernde Vergütungssumme       |            |                     |
| mithin brutto                      | <b>EUR</b> | <b>1.500.000,00</b> |

Soweit Leistungen des Vertrags einvernehmlich reduziert werden, reduziert sich in gleicher Höhe auch das Sicherungsbedürfnis. Sicherungsfähig sind auch bereits erbrachte Bauleistungen (OLG Karlsruhe, BauR 1996, 556; LG Bonn, BauR 1997, 857; OLG Bremen, OLGR Bremen 2000, 26).

### Nebenforderungen

Über die voraussichtliche Vergütungssumme hinaus können für etwaige Nebenforderungen 10% des zu sichernden Vergütungsanspruchs zusätzlich in Ansatz gebracht werden. Nebenforderungen sind beispielsweise mögliche Verzugszinsen.

Beispiel:

|                                  |            |                     |
|----------------------------------|------------|---------------------|
| vereinbarte Pauschalsumme brutto | EUR        | 2.000.000,00        |
| 10% Nebenforderungen brutto      | EUR        | 200.000,00          |
| zu sichernde Gesamtsumme brutto  | <b>EUR</b> | <b>2.200.000,00</b> |

### Ermittlung des Sicherungsbedürfnisses

Bei der Bemessung der Höhe einer etwaigen Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB sind etwaige geleistete Zahlungen abzusetzen. Ebenso sind andere vorhandene Sicherungsmittel zu berücksichtigen, z.B. eine eingetragene Sicherungshypothek gem. § 648 BGB, eine vorhandene Zahlungsbürgschaft oder entsprechende Bankgarantien. Für den Fall der Eintragung einer Sicherungshypothek ist in § 648 a Abs. 4 BGB ausdrücklich geregelt, dass, soweit eine Absicherung durch eine Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB vorliegt, keine Sicherheit nach § 648a BGB beansprucht werden kann.

Beispiel:

|                                   |     |                   |
|-----------------------------------|-----|-------------------|
| vereinbarte Pauschalsumme brutto  | EUR | 2.000.000,00      |
| zzgl. 10% Nebenforderungen brutto | EUR | 200.000,00        |
| Gesamtsumme brutto                | EUR | 2.200.000,00      |
| geleistete Zahlungen brutto       | EUR | 1.200.000,00      |
| Zwischensumme brutto              | EUR | 1.000.000,00      |
| eingetragene Sicherungshypothek   | EUR | 500.000,00        |
| vorhandene Zahlungsbürgschaft     | EUR | 300.000,00        |
| verbleibendes Sicherungsbedürfnis | EUR | <b>200.000,00</b> |

In dem vorliegenden Beispielsfall kann daher nach § 648 a BGB nur noch ein Sicherungsmittel in Höhe von EUR 200.000,00 beansprucht werden.

### Behandlung von streitigen Nachträgen

Auch für streitige Nachträge, d.h. solche, die durch den Auftraggeber nicht oder der Höhe nach nicht bestätigt worden sind, kann ein Sicherungsmittel gem. § 648 a BGB grundsätzlich eingefordert werden. Es ist jedoch Folgendes zu berücksichtigen:

Sofern ein Sicherungsmittel gem. § 648 a BGB für Nachträge eingefordert wird, die unberechtigt sind, führt die Verweigerung des Auftraggebers zur Stellung einer Sicherheit nach § 648 a BGB für die streitigen Nachträge nicht zu einem Zurückbehaltungsrecht.

Beispiel:

|  |     |                     |
|--|-----|---------------------|
| vereinbarte Pauschalsumme brutto                         | EUR | 2.000.000,00        |
| zzgl. 10% Nebenforderungen brutto                        | EUR | 200.000,00          |
| Zwischensumme  | EUR | 2.200.000,00        |
| streitige Nachträge                                      | EUR | 500.000,00          |
| eingefordertes Sicherungsmittel                          | EUR | 2.700.000,00        |
| durch den Auftraggeber herausgereichtes Sicherungsmittel | EUR | <b>2.200.000,00</b> |

Wenn in dem vorstehenden Beispielfall durch den Auftraggeber ein Sicherungsmittel in Höhe von EUR 2.200.000,00 gestellt wird und die darüber hinaus beanspruchte Absicherung Nachträge betrifft, die unberechtigt sind, führt die geringe Stellung der Sicherheit nicht zu einem Zurückbehaltungsrecht des Auftragnehmers. Stellt der Auftragnehmer im Falle von unberechtigten Nachträgen seine Tätigkeit gleichwohl ein, liegt eine positive Vertragsverletzung vor. Der Auftraggeber wäre zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt. Sind die streitigen Nachträge indessen berechtigt, führt die Nichtausreichung einer Sicherheit zu einem Zurückbehaltungsrecht des Auftragnehmers.

Es ist daher im Einzelfall hinsichtlich der streitigen Nachträge genau zu überprüfen, ob und in welcher Höhe die beanspruchten Nachtragsforderungen berechtigt sind.

## Sicherbare Ansprüche

Zu beachten ist, dass gem. § 648 a Abs. 1 BGB nur Vergütungsansprüche abgesichert werden können. Demgegenüber können keine Schadensersatzansprüche abgesichert werden. Insbesondere können damit auch keine Schadensersatzansprüche auf der Basis eines Schadensersatzanspruches gem. § 6 Abs. 6 VOB/B abgesichert werden.

### 2.2.4 Angemessene Frist

Dem Auftraggeber muss eine angemessene Frist gesetzt werden. Welche Frist angemessen ist, richtet sich nach dem Einzelfall, wobei es darauf ankommt, wie lange in dem konkreten Fall ein Auftraggeber in normalen finanziellen Verhältnissen für eine zügige Beschaffung der Sicherheit benötigt. Es sollte keinesfalls eine Frist unter sieben Tagen gesetzt werden. Auch eine Frist von sieben Tagen kann im Einzelfall unter Berücksichtigung der Dauer der Beantragung eines entsprechenden Sicherungsmittels gem. § 648 a BGB unangemessen kurz sein. Nach Möglichkeit sollten zumindest 10–14 Tage als Frist gesetzt werden. Der Auftraggeber muss jedoch beachten, dass auch Entscheidungen vorliegen, wonach eine Frist von sieben Tagen ausreichen soll.

### 2.2.5 Sicherungsmittel

Als Sicherungsmittel kommen sowohl die in § 648a Abs. 2 BGB benannten als auch die in §§ 232ff. BGB geregelten Sicherheiten in Betracht.

Gemäß § 648a Abs. 2 BGB kann die Sicherheit durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Es kann mithin eine Zahlungsgarantie eines entsprechenden Bankinstituts oder Versicherers vorgelegt werden oder aber eine Sicherungsbürgschaft.

Das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer darf gem. § 648 a Abs. 2 Satz 2 BGB Zahlungen an den Auftragnehmer nur leisten, soweit der Auftraggeber den Vergütungsanspruch des Unternehmers anerkennt oder durch vorläufig vollstreckbares Urteil zur Zahlung der Vergütung verurteilt worden ist und die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Zwangsvollstreckung begonnen werden darf.

Des Weiteren können die in den §§ 232ff. BGB geregelten Sicherheiten gestellt werden. Diese sind jedoch wenig praxisrelevant. In der Praxis kommt lediglich § 238 BGB vor, d.h. die Eintragung einer Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuld. Gemäß § 238 Abs. 1 BGB ist diese Sicherheitsleistung jedoch nur dann geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Ort der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschuld oder Rentenschulden angelegt werden darf. Die Voraussetzungen sind in § 1807 Abs. 1, 2 BGB geregelt. Danach wird durch Landesgesetze bestimmt, bis zu welcher prozentualen Höhe Grundstücke als Sicherheit herangezogen werden können. Die Prozentsätze sind unterschiedlich und reichen bis zu 60%. Hiermit soll sichergestellt werden, dass nicht für ein bereits völlig überlastetes Grundstück ein Sicherungsmittel gem. § 238 BGB herangezogen wird.

## 2.2.6 Kein Ausschluss gem. § 648 a Abs. 6 BGB

§ 648 a BGB findet jedoch dann keine Anwendung, wenn der Auftraggeber

- eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist oder
- ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder
- eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzierungsmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer.

Grund für die Ausnahme einer juristischen Person des öffentlichen Rechts bzw. öffentlich-rechtlichen Sondervermögens ist, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass hier kein Insolvenzrisiko gegeben ist.

Bei der zweiten Fallgruppe, d.h. bei einer Privatperson, die letztlich ein Einfamilienhaus erstellen lässt, greift diese Begründung nicht ein. Dennoch hat sich der Gesetzgeber für diese Regelung und für diese Ausnahme entschieden, so dass unter diesen Voraussetzungen der Auftragnehmer das Insolvenzrisiko trägt. In diesen Fällen sollte dafür Sorge getragen werden, dass vertraglich zwingend eine entsprechende Zahlungsbürgschaft vereinbart wird.

## 2.2.7 Unwirksamkeit von entgegenstehenden Vereinbarungen

Zum Schutz des Auftragnehmers ist in § 648a Abs. 7 BGB vorgesehen, dass abweichende Vereinbarungen von § 648 a BGB unwirksam sind, d.h. es ist nicht möglich, § 648 a BGB zum Nachteil des Auftragnehmers abzubedingen oder einzuschränken.

Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 648a Abs. 7 BGB dem Umstand Rechnung getragen, dass der wirtschaftlich stärkere Auftraggeber ansonsten die Auftragsvergabe von der Abbedingung des § 648 a BGB abhängig machen würde oder könnte.

## 2.2.8 Rechtsfolgen einer nicht rechtzeitig oder nicht gestellten Sicherheit

Wird das eingeforderte Sicherungsmittel nicht innerhalb der gesetzten Frist durch den Auftragnehmer an den Auftragnehmer ausgereicht, kann der Auftragnehmer nach seiner Wahl seine Leistung verweigern, das heißt ihm steht ein Zurückbehaltungsrecht zu, bis das Sicherungsmittel gestellt wird oder aber er kündigt den Vertrag. Der Vertrag ist entsprechend § 648 a Abs. 5 BGB abzurechnen. Insoweit wurde in § 648 a Abs. 5 Satz 4 BGB eine Vermutungsregelung durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingefügt. Insoweit wird vermutet, dass ein Schaden in Höhe von 5 % der Vergütung eingetreten ist. Der Auftragnehmer kann jedoch einen entsprechend höheren Schaden nachweisen und geltend machen. § 648a Abs. 5 BGB dient lediglich der Vereinfachung der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen des Auftragnehmers.

## 2.2.9 Avalkosten

Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber die ihm entstehenden Kosten für die Sicherheitsleistung (so genannte Avalkosten), maximal jedoch 2 % p.a., zu erstatten. Der Auftraggeber ist insoweit verpflichtet, die entstandenen Kosten nachzuweisen. Der Auftragnehmer muss jedoch dann

die Kosten nicht ersetzen, wenn sich der Auftraggeber mit der Zahlung in Verzug befindet und sich die von ihm geltend gemachten Einwendungen als unbegründet erweisen.

Beispiel:

|   |     |              |
|---|-----|--------------|
| berechtigte Forderung des Auftragnehmers brutto | EUR | 1.000.000,00 |
| Sicherungsmittel gem. § 648 a BGB               | EUR | 1.000.000,00 |
| Fälligkeit der Forderung des Auftragnehmers     |     | 01.01.2004   |
| der Auftraggeber erhebt jedoch unberechtigte    |     | 01.01.2006   |
| Einwendungen und zahlt erst am                  |     |              |
| die berechtigte Forderung.                      |     |              |

Für den Zeitraum vom 01.01.2004 bis zum 01.01.2006 sind damit durch den Auftragnehmer keine Kosten des Sicherungsmittels zu erstatten. Diese trägt der Auftraggeber für diesen Zeitraum selbst.

### 2.2.10 Anwendbarkeit des § 648 a BGB nach Abnahme

Die Anwendbarkeit des § 648 a BGB nach Abnahme ist nunmehr durch die Neufassung ausdrücklich geregelt. Hierbei werden auch solche Ansprüche einbezogen, die an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten. Gegenansprüche des Bestellers auf Erfüllung oder Mängelbeseitigung können dem Anspruch auf Sicherheit nicht entgegengehalten werden. Der Auftraggeber muss künftig auch dann Sicherheit leisten, wenn der Auftragnehmer mangelhaft gearbeitet hat. Er kann zwar durch Aufrechnung mit möglichen Schadensersatzansprüchen den Vergütungsanspruch reduzieren, dies wirkt sich auf die Höhe des Sicherungsanspruchs aber nur aus, wenn der Gegenanspruch unstreitig oder rechtskräftig festgestellt ist.

### 2.2.11 Zusammenfassung

| § 648 a BGB |   | Keine Abbedingung/<br>Einschränkung  |
|-------------|---|--|
| →           | Sicherungsumfang  | Kein Ausschluss gem.<br>§ 648 a Abs. 6 BGB   |
| →           | Setzen einer angemessenen Frist sowie Ankündigung der Einstellung | Sicherungsmittel   |
| →           | Anspruchsberechtigt   | <p>Abweichende Vereinbarungen zu § 648 a BGB sind unwirksam (§ 648 a Abs. 7 BGB)</p> <p>Kein Sicherungsmittel kann eingefordert werden, wenn der AG:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- eine juristische Person des öffentlichen Rechts</li> <li><b>oder</b></li> <li>- ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist oder</li> <li>- eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lässt; dies gilt nicht bei Betreuung des Bauvorhabens durch einen zur Verfügung über die Finanzmittel des Bestellers ermächtigten Baubetreuer</li> </ul> |

Rechtsfolge eines nicht gestellten Sicherungsmittels ist ein Zurückbehaltungsrecht des Auftragnehmers. Des Weiteren kann er unmittelbar nach Fristablauf den Vertrag auch kündigen. Der Anspruch auf Übergabe eines Sicherungsmittels ist einklagbar.

## 2.3 Eintragung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB

### Einführung

Wie bereits dargelegt, greift § 648 BGB nur dann ein, wenn der Vertragspartner und Auftraggeber Eigentümer ist. Die Nachunternehmer eines Generalunternehmers können daher regelmäßig keine Sicherungshypothek gem. § 648 BGB eintragen lassen. Auch dem Generalunternehmer steht dieses Sicherungsmittel dann nicht zur Verfügung, wenn er nicht mit dem Eigentümer den Vertrag geschlossen hat.

Dessen ungeachtet sind die Grundstücke regelmäßig sehr hoch belastet, so dass eine nachrangig eingetragene Sicherungshypothek im Insolvenzfall ohnehin nicht werthaltig wäre.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass anders als bei § 648a BGB nicht voraussichtliche Vergütungsansprüche Grundlage der Eintragung einer Sicherungshypothek sein können. Eine Sicherungshypothek kann vielmehr nur für bereits geleistete Arbeiten beansprucht werden.

### Anspruchsberechtigte gem. § 648 Abs. 1 BGB

Anspruchsberechtigt sind Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes. Grundvoraussetzung ist jedoch, dass der Vertragspartner des Auftragnehmers der Eigentümer ist. Nicht geschützt sind damit Subunternehmer oder bloße Lieferanten.

Soweit die Verträge mit dem Eigentümer abgeschlossen wurden, entsprechen sie dem geschützten Personenkreis des § 648a BGB, d.h. auch ein Architekt sowie Sonderfachleute können die Eintragung einer Sicherungshypothek beanspruchen.

### Pfandgegenstand

Pfandgegenstand ist ausschließlich das Baugrundstück des Auftraggebers, und zwar das gesamte Grundstück, wie es im Grundbuch ausgewiesen ist, nicht nur der zu bebauende Teil des Grundstücks (OLG Hamm, BauR 2000, 1527).

Es kann demgegenüber kein anderes Grundstück des Auftraggebers belastet werden, das nicht bebaut werden sollte.

### Sicherbare Ansprüche

Abgesichert werden können die Ansprüche gem. § 648 BGB, soweit sie aus dem abgeschlossenen Vertrag herrühren. Hierzu gehören auch die Kosten der Erwirkung der Hypothek und der Vormerkung, auch ein eventueller Schadensersatzanspruch aus dem Vertrag (BGH, NJW 1988, 255). Entscheidend für die Höhe ist der jeweilige Baufortschritt. Nach Abschluss der Arbeiten können sämtliche berechtigte Vergütungsforderungen in Ansatz gebracht werden.

### Eintragung einer Sicherungshypothek

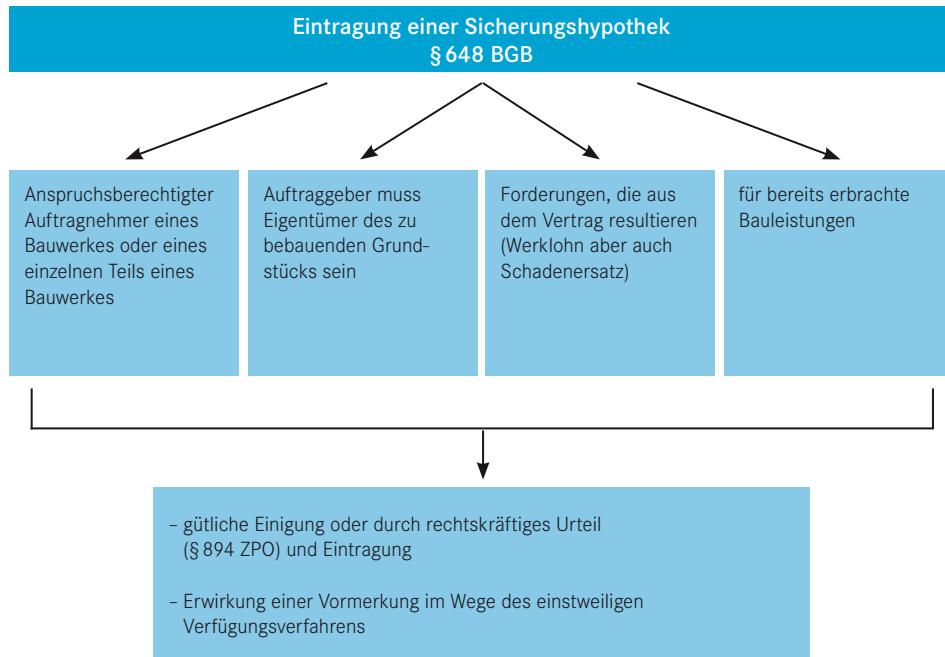
Die Eintragung und Bestellung einer Sicherungshypothek erfolgt entweder im Wege einer dinglichen Einigung oder durch rechtskräftiges Urteil gem. § 894 ZPO sowie Eintragung nach § 873 BGB.

Da es regelmäßig zu lange dauern würde, zunächst ein rechtskräftiges Urteil zu erstreiten, besteht auch die Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung aufgrund einer Einstweiligen Verfügung. Der Auftragnehmer kann dann im Rahmen des Einstweiligen Verfügungsverfahrens durch Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung einschließlich der notwendigen Abrechnungsunter-

lagen sowie der Eidesstattlichen Versicherung (Glaubhaftmachung) die Eintragung einer Vormerkung beanspruchen.

Zu beachten ist, dass eine Sicherungshypothek ein akzessorisches Sicherungsmittel ist, d.h. unabhängig von der Höhe der eingetragenen Sicherungshypothek besteht sie immer nur in Höhe der Forderungen des Auftragnehmers.

### Zusammenfassung



## 2.4 Zahlungsbürgschaften

### Erforderliche Vereinbarung

Für die Beanspruchung einer Zahlungsbürgschaft von dem Auftraggeber ist eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien erforderlich. Diese findet sich häufig in den zugrunde liegenden Werkverträgen. In der Regel wird eine Zahlungsbürgschaft in Höhe von 10% der vereinbarten Vergütungssumme festgelegt.

Der Vorteil gegenüber einem Sicherungsmittel gem. § 648a BGB besteht darin, dass für die Inanspruchnahme regelmäßig kein anerkannter Anspruch oder aber ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil vorliegen muss.

Des Weiteren kann der Umfang einer Zahlungsbürgschaft, sofern dies ausdrücklich festgehalten ist, auch Schadensersatzansprüche umfassen.

## Sicherungsumfang

Der Sicherungsumfang ergibt sich aus dem Wortlaut der Bürgschaft und ist daher einzelfallabhängig. Regelmäßig finden sich Klauseln, wonach nur die aus dem Vertrag hervorgehende Vergütungssumme abgesichert ist. Dies bedeutet, dass etwaige Nachträge durch die Bürgschaft nicht abgesichert werden. Hierfür muss dann gegebenenfalls ein weiteres Sicherungsmittel, z.B. § 648a BGB, beansprucht werden.

Soweit z.B. nur die ursprünglich vereinbarte Pauschalsumme abgesichert ist, ist auch bei Leistungsänderungen möglicherweise die geänderte Leistung nicht mehr abgesichert. Dies ist anhand des Wortlauts zu ermitteln und zwingend zu beachten, damit eine wirksame Insolvenzabsicherung erfolgt. Die Einschränkungen der ausgereichten Bürgschaften, d.h. der Sicherungsumfang, werden häufig übersehen.

# 3 Sicherheiten für den Auftraggeber

## 3.1 Einführung

Die VOB/B sieht in § 17 VOB/B grundsätzlich zwei Sicherheiten zugunsten des Auftraggebers vor:

- Vertragserfüllungssicherheit
- Gewährleistungssicherheit

Es ist jedoch eine entsprechende Vereinbarung dazu erforderlich, dass eine Sicherheitsleistung durch den Auftragnehmer zu stellen ist. Soweit nur die VOB/B vereinbart ist und nicht separat auch Sicherheitsleistungen für die Vertragserfüllung bzw. für die Gewährleistung vereinbart wurden, ist keine Sicherheitsleistung durch den Auftragnehmer geschuldet. Das BGB sieht keine Sicherheitsleistung vor. Dennoch kann auch bei einem BGB-Vertrag eine Sicherheitsleistung entsprechend § 17 VOB/B vereinbart werden.

Sofern der Auftraggeber Vorauszahlungen leistet, werden diese regelmäßig durch Vorauszahlungsbürgschaften abgesichert.

## 3.2 Vorauszahlungsbürgschaft

### § 16 Abs. 2 VOB/B

Aus § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B folgt bereits, dass Vorauszahlungen zu vereinbaren sind. Dies kann sowohl vor als auch nach Vertragsschluss erfolgen. In § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B ist zudem geregelt, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber hierfür auf Verlangen eine ausreichende Sicherheit zu leisten hat. Ferner sind Vorauszahlungen, sofern nichts anderes vereinbart wurde, mit 3% über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.

Da Vorauszahlungen häufig vor Vertragsschluss vereinbart werden und dann auch bei der Höhe der Angebotssumme berücksichtigt worden sind, sollte in knapper Form festgehalten werden, dass eine Verzinsung nicht erfolgt, sondern bei der Angebotssumme bereits berücksichtigt wurde.

Vorauszahlungen sind zudem gem. § 16 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B grundsätzlich auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt wurden.

Es bedarf daher zwingend einer Vereinbarung darüber, dass Vorauszahlungen zu leisten sind.

### **Zu beachtende Punkte**

Es ist zu beachten, dass sich in den Bauverträgen für vereinbarte Vorauszahlungen häufig Klauseln finden, wonach der Auftragnehmer entsprechende Vorauszahlungsbürgschaften an den Auftraggeber auszureichen hat. Es sollte insoweit zwingend festgelegt werden, wann die Vorauszahlungsbürgschaften zurückzureichen sind. Zwar entfällt – wegen der Akzessorität der Bürgschaften – der Bürgschaftszweck, sobald die Vorauszahlungen aufgebraucht wurden. Häufig verwenden Auftraggeber jedoch entgegenstehende Klauseln, wonach Vorauszahlungsbürgschaften erst im Zeitpunkt der Abnahme zurückgegeben oder aber an die Übergabe anderer Bürgschaften gekoppelt sind.

Hierauf sollte zwingend geachtet werden, da unabhängig von der Frage der Werthaltigkeit einer Vorauszahlungsbürgschaft der eigene Avalrahmen eingeschränkt wird.

## **3.3 Vertragserfüllungssicherheit**

### **3.3.1 Einführung**

Wie bereits dargelegt, ist eine Vertragserfüllungssicherheit gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B ausdrücklich zu vereinbaren. Dies gilt auch für eine Gewährleistungssicherheit.

Dem Auftragnehmer obliegt gem. § 17 Nr. 3 VOB/B die Wahl zwischen den in § 17 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 VOB/B benannten Sicherheitsmitteln. Er kann auch eine gewährte Sicherheit jederzeit durch eine andere ersetzen.

Wird die Sicherheitsleistung durch Bürgschaft geleistet, muss gem. § 17 Abs. 4 VOB/B ein tauglicher Bürge, der zudem auf die Einrede der Vorausklage verzichten muss, die Bürgschaftserklärung abgeben. Die Bürgschaft darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt sein.

Wird keine andere Sicherheit durch den Auftragnehmer gestellt, so kann der Auftraggeber von den Abschlagszahlungen Teilbeträge bis zu 10 % einbehalten.

Der Auftragnehmer hat eine von ihm zu leistende Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsschluss an den Auftraggeber auszureichen.

Das BGB sieht keine Sicherheitsleistung vor, und zwar weder für die Vertragserfüllung noch für die Gewährleistung. Dennoch kann analog § 17 VOB/B eine Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung oder aber Gewährleistung vereinbart werden.

### **Vertragliche Vereinbarung erforderlich**

Eine Sicherheitsleistung des Auftragnehmers setzt zwingend eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung mit dem Auftraggeber voraus. Es besteht kein Handelsbrauch im Baubereich dahingehend, dass eine Vertragserfüllungssicherheit zu übergeben ist.

### 3.3.2 Arten der Sicherheitsleistung nach Wahl des Auftragnehmers

Gemäß § 17 Abs. 3 VOB/B obliegt dem Auftragnehmer die Wahl unter den unterschiedlichen Arten der Sicherheit. Er kann die Sicherheit jederzeit durch eine andere ersetzen. Die Vertragsparteien können die zu stellenden Sicherheiten, d.h. welche Sicherheiten gestellt werden können, grundsätzlich auch vereinbaren. Zu den Grenzen wird im Folgenden noch ausgeführt.

Zunächst können gem. § 17 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B die in den §§ 232 bis 240 BGB geregelten Sicherheiten übergeben werden, die in der Praxis jedoch nicht herangezogen werden. Darüber hinaus ist in § 17 Abs. 2 VOB/B vorgesehen, dass ein Einbehalt erfolgt, eine Hinterlegung von Geld oder aber die Sicherheit durch eine Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet wird.

#### Einbehalt von Geld

Sofern die Parteien eine Sicherheitsleistung vereinbart haben und der Auftragnehmer keine andere Sicherheit leistet, kann der Auftraggeber von den Abschlagsrechnungen des Auftragnehmers einen Einbehalt für die Sicherheitsleistung tätigen. Hierbei kann er gem. § 17 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B die Abschlagsrechnungen um max. 10% kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist.

In § 17 Abs. 6 ist ausdrücklich klargestellt, dass bei Stellung einer Rechnung ohne Umsatzsteuer gem. § 13b UStG der Sicherheitseinbehalt auch nur aus dem Nettobetrag zu berechnen ist.

#### Bürgschaft

Der Auftragnehmer kann auch eine Bürgschaft eines Kreditversicherers oder eines Kreditinstituts leisten. Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat und die Bürgschaftserklärung schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage durch den Bürgen abgegeben worden ist. Sie darf des Weiteren nicht auf bestimmte Zeit begrenzt sein (§ 17 Nr. 4 VOB/B). In § 17 Abs. 4 VOB/B ist normiert, wonach der Auftraggeber keine Bürgschaft auf erstes Anfordern beanspruchen darf. Festzuhalten bleibt jedoch, dass individualvertraglich auch weiterhin eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart werden kann. Es bestehen in diesem Fall jedoch erhebliche Zweifel daran, dass dann noch die VOB/B im Ganzen vereinbart ist. Die Anfügung an § 17 Abs. 4 VOB/B trägt dem Umstand der BGH-Rechtsprechung Rechnung, wonach die standardisierte Verwendung von Sicherheitsklauseln, die nur einen Bareinbehalt vorsehen, der durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, für unwirksam hält.

In § 17 Abs. 2 VOB/B sind die Anforderungen festgelegt, die an das Kreditinstitut oder den Kreditversicherer zu stellen sind. Hiernach ist ein Kreditversicherer bzw. ein Kreditinstitut geeignet, wenn es

- in der europäischen Gemeinschaft oder
- in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum oder
- in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen

zugelassen ist.

Zu beachten ist, dass eine standardisiert verwendete Klausel eines Auftraggebers, wonach eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen ist, sowohl bei privaten als auch bei öffentlichen Auftraggebern AGB-widrig und damit nichtig ist (BGH BauR 2002, 935, BGH BauR 2004, 1143).

Es ist jedoch insoweit zu berücksichtigen, dass der BGH mit Urteil vom 04.07.2002 (BGH, BauR 2002, 1533; bestätigt durch BGH, BauR 2004, 1143) entschieden hat, dass dies nur für Verträge gilt, die nach Bekanntwerden seiner Entscheidung vom 18.04.2002 (BGH, BauR 2002, 935) abgeschlossen wurden (spätestens bis zum 31.12.2002). Für die bis zu diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge hat er eine Übergangsregelung dahingehend festgelegt, dass keine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen ist, sondern eine einfache selbstschuldnerische Bürgschaft, und hat letztlich die für AGB-widrig erachtete Klausel im Wege der geltungserhaltenden Reduktion dahingehend ausgelegt, dass eine einfache Vertragserfüllungsbürgschaft geschuldet ist. Es ist damit zwischen Altklauseln (bis 31.12.2002) und Neuklauseln (ab 01.01.2003) zu differenzieren. Für Altklauseln gilt die vorbenannte Übergangsregelung. Für Neuklauseln gilt, dass die Vertragserfüllungssicherheit vollständig entfällt.

### **Hinterlegung von Geld/Einzahlung auf ein Sperrkonto**

Der Auftragnehmer kann auch die Einzahlung auf ein Sperrkonto beanspruchen. Wenn er von dieser Wahlmöglichkeit von vornherein Gebrauch macht, ist der Auftraggeber gehalten, die von den Abschlagsrechnungen gekürzten Sicherheitsbeträge binnen 18 Werktagen auf ein Sperrkonto bei einem vereinbarten Geldinstitut einzuzahlen.

Ferner muss er veranlassen, dass der Auftragnehmer von der Einzahlung des Sicherheitsbetrages durch die Bank benachrichtigt wird (§ 17 Abs. 5, 6 VOB/B).

Sofern der Auftragnehmer erst zu einem späteren Zeitpunkt von dieser Wahlmöglichkeit Gebrauch macht, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unter Fristsetzung zur Einzahlung auf ein vereinbartes Sperrkonto aufzufordern.

Über das Sperrkonto dürfen beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Die VOB/B hat dabei durch die Ergänzung »Und-Konto« klargestellt, dass die Kontoeröffnung allein durch den Auftraggeber und lediglich die Regelung im Innenverhältnis, dass ein Zugriff nur gemeinsam erfolgen kann, nicht ausreicht. Hintergrund ist hier, dass ein solches Konto sonst oft nicht insolvenzfest wäre. Es muss sich daher um ein echtes »Und-Konto« handeln.

Sofern der Auftraggeber dann den einbehaltenden Betrag trotz einer angemessenen Nachfrist nicht einzahlt, verliert er jedes Recht auf eine Sicherheitsleistung.

Zu beachten ist, dass öffentliche Auftraggeber den einbehaltenden Betrag unverzinst auf ein Verwahrgeldkonto einzahlen können.

Sofern es sich um kleinere oder kurzfristige Aufträge handelt, besteht nach § 17 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B die Möglichkeit, den Betrag erst bei der Schlusszahlung auf ein Sperrkonto einzuzahlen. Hierbei handelt es sich um eng umgrenzte Ausnahmefälle.

### **3.3.3 Beschränkung der Austauschmöglichkeit**

Aus § 17 Abs. 2 VOB/B lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass die Parteien die Sicherheitsleistungen einvernehmlich beschränken können.

Wie bereits dargelegt, ist eine Klausel, wonach nur ein Bareinbehalt durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, durch den BGH für unwirksam erklärt worden (BGH, BauR 2008, 995 ff.; BGH, BauR 2002, 935, BGH, BauR 2004, 1143). Das gilt auch für den Fall, dass neben dem Bareinbehalt sowie der Ablösemöglichkeit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern noch eine Hinterlegungsmöglichkeit besteht (BGH, BauR 2008, 995 ff.). Ebenso ist eine Klausel unwirksam, wonach der Werkunternehmer einen Sicherheitseinbehalt nur gegen die Stellung einer Bürgschaft unter Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB ablösen kann (BGH, BauR 2009, 1742). Etwas anderes würde nur gelten, wenn in der Vertragsklausel der Verzicht auf § 768 BGB nicht enthalten ist, sondern in einem lediglich zusätzlich zum Vertrag gehörenden Muster. In diesem Fall wäre eine einfache Vertragserfüllungsbürgschaft geschuldet (BGH, BauR 2009, 809 ff.).

Dasselbe gilt auch für Gewährleistungssicherheiten, worauf im Folgenden noch eingegangen wird.

#### 3.3.4 Besonderheiten beim Austausch

Sofern der Auftragnehmer zur Ablösung eines Bareinbehaltes eine Bankbürgschaft an den Auftraggeber ausgereicht hat, darf dieser von der Bankbürgschaft erst Gebrauch machen, sobald er den Sicherheitseinbehalt an den Auftragnehmer ausgekehrt hat. Etwas anderes gilt dann, wenn der Auftraggeber auf der Basis von Gegenforderungen gar keinen Sicherheitseinbehalt mehr tätigen konnte.

Sofern dem Auftraggeber im Zeitpunkt des Erhalts der als Austauschsicherheit angebotenen Bürgschaft bereits eine aufrechenbare oder verrechenbare Gegenforderung oder ein Zurückbehaltungsrecht zustand, bleibt ihm dies an dem einbehaltenen Betrag trotz der nunmehr überreichten Bürgschaft erhalten.

Soweit der Auftragneber trotz einer gesetzten angemessenen Nachfrist grundlos den durch den Auftragnehmer beanspruchten Austausch der Sicherheit ablehnt, verliert der Auftragneber den Anspruch auf Sicherheitsleistung. Dies betrifft beispielsweise die Fälle, in denen die Auszahlung eines Bareinbehaltes durch Übergabe einer Bankbürgschaft beansprucht wird.

#### 3.3.5 Zweck und Höhe der Sicherheitsleistung

Die Höhe einer Vertragserfüllungsbürgschaft wird regelmäßig mit 10% der voraussichtlichen Vergütungssumme vertraglich vereinbart.

Vom Haftungsumfang der Vertragserfüllungssicherheiten umfasst sind insbesondere folgende Ansprüche:

- Ansprüche auf eine fristgerechte Erfüllung, also auch Verzugsansprüche (§ 6 Abs. 6 VOB/B, § 8 Abs. 3 VOB/B in Verbindung mit § 5 Abs. 4 VOB/B, § 286 BGB). Dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung und damit den Verlust geleisteter Vorauszahlungen umfasst, hat der BGH mit Urteil vom 17.12.1987 entschieden (BGH, BauR 1988, S. 220ff.).
- Ansprüche des Auftraggebers auf der Basis einer nicht ordnungsgemäßen Leistung im Ausführungsstadium, d.h., bis zur Abnahme, insbesondere auch die sich im Falle einer Vertragskündigung ergebenen Schadensersatzansprüche sowie Ersatzvornahmemehrkosten gemäß

§ 8 Abs.3 VOB/B. Dies betrifft zudem Ansprüche nach § 10 Abs.1 VOB/B und § 10 Abs.6 VOB/B (OLG Düsseldorf, BauR 1998, 553).

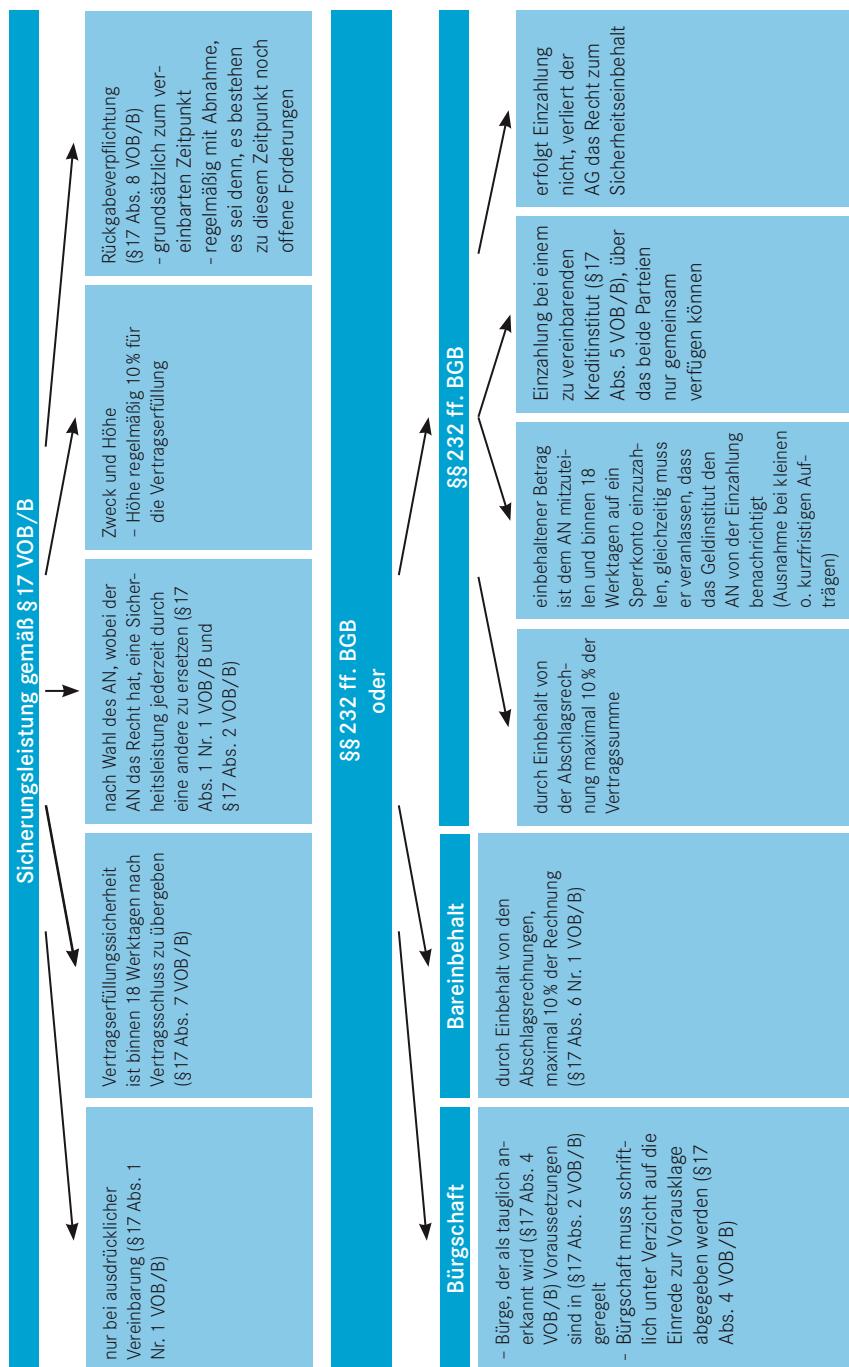
- Gewährleistungsansprüche werden nur eingeschränkt erfasst, und zwar nur für die Bereiche bis zur Abnahme. Demgegenüber vertritt das OLG Karlsruhe (abgedruckt in NJW-RR 1998, 533) den Standpunkt, die Erfüllungsbürgschaft umfasse nicht die Gewährleistungsansprüche, sondern werde mit Abnahme des Werks gegenstandslos.

### 3.3.6 Rückgabe der Sicherheit

Die Rückgabe der Sicherheit ist in § 17 Abs.8 Nr.1 VOB/B geregelt und erfolgt damit grundsätzlich entsprechend der Vereinbarung.

Eine Vertragserfüllungsbürgschaft ist anders als eine Gewährleistungsbürgschaft nicht mit Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugeben, sondern zum vereinbarten Zeitpunkt spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche, es sei denn, dass zu diesem Zeitpunkt noch Vertragserfüllungsansprüche bestehen. In diesem Fall kann dann ein entsprechender Teil der Vertragserfüllungsbürgschaft zurückbehalten werden.

### 3.3.7 Zusammenfassung



## 3.4 Gewährleistungssicherheit

### 3.4.1 Einführung

Zur Gewährleistungssicherheit gelten die vorstehenden Ausführungen zur Vertragserfüllungssicherheit im Hinblick auf die erforderliche Vereinbarung, Arten der Sicherheitsleistungen und das Recht des Auftragnehmers zum Austausch der Sicherheiten analog. Es wird daher zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Auch bei einer Gewährleistungssicherheit gilt, dass ohne Vereinbarung keine Sicherheit einbehalten werden darf.

### 3.4.2 Höhe der Gewährleistungssicherheit

Regelmäßig wird eine Gewährleistungssicherheit in Höhe von 5% der Schlussabrechnungssumme vereinbart. Auch wenn bislang höchststrichterlich die Frage einer standardisiert verwendeten Klausel zur Höhe einer Gewährleistungssicherheit noch nicht überprüft worden ist, sollte nach Möglichkeit kein höherer Sicherheitseinbehalt als 5% der Schlussabrechnungssumme vereinbart werden, da andernfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass eine derartige standardisiert verwendete Klausel als AGB-widrig betrachtet wird.

### 3.4.3 Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern

Gemäß § 17 Abs. 4 VOB/B kann der Auftraggeber keine Bürgschaft auf erstes Anfordern beanspruchen. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um ein gesetzliches Verbot, da die VOB/B kein Gesetz ist. Dies bedeutet, dass grundsätzlich individualvertraglich eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart werden kann. In diesem Fall bestehen jedoch erhebliche Zweifel daran, dass die VOB/B noch im Ganzen vereinbart wurde.

Zu der Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ist jedoch folgendes zu beachten: Eine standardisiert verwendete Klausel, wonach ein Bareinbehalt nur durch Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl bei privaten als auch bei öffentlichen Auftraggebern AGB-widrig und damit unwirksam (BGH, BauR 2008, 995 ff.; BGH, BauR 2005, 539, BGH, NZBau 2001, 679; BGH, BauR 2000, 1052; BGH, NJW 1997, 2598; OLG Karlsruhe, BauR 1989, 203; OLG München, BauR 1995, 859, 860; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1994, 1363; OLG Düsseldorf, WM 1994, 788; OLG München, BauR 1992, 234; OLG Hamm, BauR 1988, 731). Dies gilt auch dann, wenn der Bareinbehalt neben einer Bürgschaft auf erstes Anfordern auch durch Hinterlegung geleistet werden kann (BGH, BauR 2008, 995 ff.). Ebenso ist eine Sicherheitenklausel unwirksam, wenn der Sicherheitseinbehalt nur durch eine Bürgschaft abgelöst werden kann, in der der Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB vorgesehen ist (BGH, BauR 2009, 1742 ff.). Dies führt dazu, dass dann kein Sicherheitseinbehalt mehr geschuldet ist. Etwas ausgereichte Bürgschaften sind an den Auftragnehmer zurück zu reichen. Ein Bareinbehalt ist an den Auftragnehmer auszukehren. Auch kommt nach ständiger Rechtsprechung insoweit keine Übergangsregelung/geltungserhaltende Reduktion für Altfälle in Betracht.

### 3.4.4 Umfang der Haftung

Erfasst sind zunächst alle primären und sekundären Gewährleistungsrechte des Auftraggebers:

- Eine Gewährleistungsbürgschaft umfasst bei einem VOB/B-Vertrag sämtliche Ansprüche aus § 13 VOB/B. Unabhängig davon, ob es sich um Mängel handelt, die bereits vor Abnahme gerügt und aufgetreten sind oder erst während der Gewährleistungszeit (BGH, BauR 1998, 332ff.). Ebenso ist ein Kostenvorschussanspruch von der Gewährleistungsbürgschaft umfasst.
- Abgesichert durch eine Gewährleistungsbürgschaft werden auch Ansprüche des Auftraggebers auf Restfertigstellung der Leistungen nach Abnahme.

Demgegenüber nicht erfasst werden insbesondere:

- Schadensersatzansprüche, die ihre Ursache nicht in Gewährleistungsschäden haben, sondern auf einer positiven Vertragsverletzung beruhen.
- Nicht umfasst wird insbesondere auch eine etwaige Überzahlung des Auftragnehmers (OLG Celle, BauR 1997, 1057).

### 3.4.5 Rückgabe

§ 17 Abs. 8 VOB/B sieht vor, dass die Gewährleistungssicherheit 2 Jahre nach Abnahme herausgegeben wird, sofern nichts anderes vereinbart ist. Da regelmäßig eine Gewährleistungszeit von 5 Jahren vereinbart wird, sollte darauf geachtet werden, dass auch hinsichtlich der Gewährleistungssicherheit festgelegt wird, dass diese für die Dauer der Gewährleistungszeit beim Auftraggeber verbleibt. Die Gewährleistungssicherheit ist damit, sofern nichts anderes vereinbart ist, nach dem Ablauf von 2 Jahren ab Abnahme bzw. bei andersartiger Vereinbarung spätestens mit Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugeben. Wenn zu diesem Zeitpunkt Ansprüche des Auftraggebers, die vom Sicherungsumfang der Gewährleistungsbürgschaft bzw. der Sicherheitsleistung umfasst sind, noch nicht erfüllt sind, darf der Auftraggeber einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurück behalten (§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B). Der insoweit zurück behaltene Teil ist dann wiederum fällig, sobald die nicht erfüllten Ansprüche erledigt sind. Der zurückhaltbare Teil ermittelt sich wie folgt:

Im Falle des Vorhandenseins von Mängeln kann der Auftraggeber unter Berücksichtigung des Druckzuschlages (dreifacher Zuschlag) einen Betrag für Nachbesserungskosten zurück behalten.

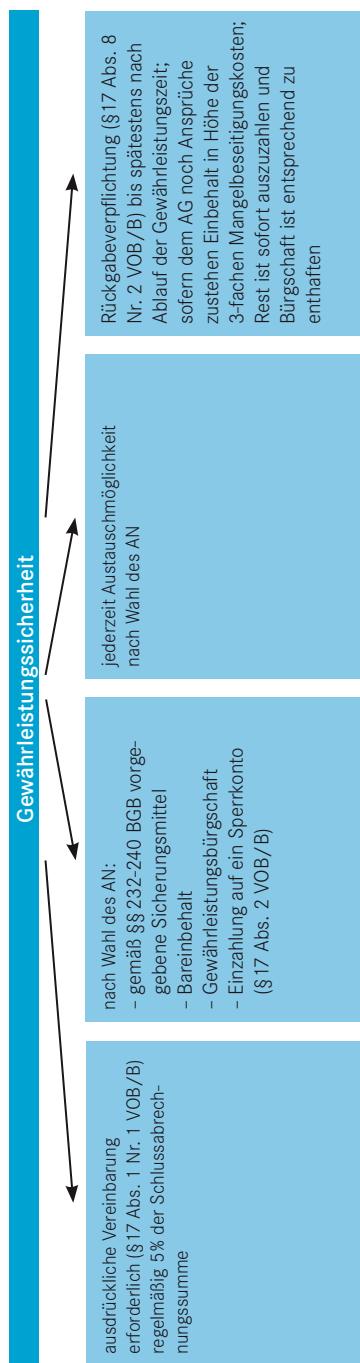
Beispiel:

|  |     |           |
|--|-----|-----------|
| Bareinbehalt                                 | EUR | 25.000,00 |
| Mangelbeseitigungskosten einfach             | EUR | 5.000,00  |
| unter Berücksichtigung eines dreifachen      |     |           |
| Druckzuschlages                              | EUR | 15.000,00 |
| sofort auszuzahlender Betrag                 | EUR | 10.000,00 |
| nach Erledigung der Gewährleistungsansprüche |     |           |
| zu zahlender Betrag                          | EUR | 15.000,00 |

Sofern eine Gewährleistungsbürgschaft übergeben wurde, kann im vorgenannten Beispiel zwar nicht die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde vor Mängelbeseitigung beansprucht werden. Es kann jedoch eine Teilhaftung begehrts und ggf. auch klageweise durchgesetzt werden.

In diesem Zusammenhang sollte beachtet werden, dass häufig, z.B. für das Gewerk Dach, eine 10-jährige Gewährleistungszeit vereinbart wird und für die übrigen Gewerke eine gestaffelte Gewährleistungszeit bis zu 5 Jahren. Nach Möglichkeit sollte bereits bei der Vereinbarung der Gewährleistungssicherheit dann eine sukzessive Freigabe vereinbart werden, d.h., nach dem Ablauf von 5 Jahren sollte eine Teilhaftung schon vertraglich vereinbart werden, damit hier ein unnötiges Streitpotenzial beseitigt wird.

### 3.4.6 Zusammenfassung



# Teil X Der gestörte Bauablauf

## 1 Einleitung

### 1.1 Allgemeines

Der »gestörte Bauablauf« ist der schwierigste Bereich des zivilen Baurechts, da häufig eine **Vielzahl von sich überlagernden Störungen vorliegt**, die zudem häufig aus **unterschiedlichen Sphären** stammen (Auftraggeber, Auftragnehmer oder Dritter) und die die unterschiedlichsten Auswirkungen in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht auf den Bauablauf nach sich ziehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Darstellung nach den Anspruchsgrundlagen getrennt werden muss und häufig sehr viele unterschiedliche Störungen die Bauzeitverlängerung herbeigeführt haben.

Der gestörte Bauablauf betrifft sowohl den Einheitspreisvertrag als auch den Pauschalpreisvertrag, letztlich jede Form denkbarer Vertragskonstellationen.

Das Streitpotenzial in diesem Bereich hat sich in den letzten Jahren von Jahr zu Jahr erhöht, bedingt dadurch, dass die Bauzeiten (und damit einkalkulierte Pufferzeiten) immer geringer geworden sind und zugleich auch die Renditen/Margen sich deutlich reduziert haben. Die Baugeschwindigkeit, die mittlerweile regelmäßige Baupraxis ist, korrespondiert nicht mehr mit technisch notwendigen Gegebenheiten.

Während Störungen des Bauablaufs durch Nachträge relativ einfach darstellbar und auf der Basis der Kalkulation zu ermitteln sind, sind Ansprüche auf der Basis von so genannten Behinderungen (§ 6 VOB/B) sehr schwierig darzustellen. Auch bei einer Vielzahl von Behinderungen (auch bei mehreren 100 Behinderungen) muss eine konkrete Darstellung des Schadens dem Grunde und der Höhe nach erfolgen, woran es in vielen Fällen fehlt. Folgerichtig müssen zwei oberste Prämisse eingehalten werden:

- Alle Voraussetzungen für einen gestörten Bauablauf müssen unter Einschluss der dazugehörigen **Dokumentationen und Beweise** sorgsam aufgesetzt und umgesetzt werden.
- Bei auftretenden Störungen des Bauablaufs sollte auf der Basis der **Kooperationsverpflichtung** beider Bauvertragsparteien versucht werden, die wirtschaftlichen (häufig bauzeitverlängernden) Einflüsse möglichst zu minimieren, damit ein erhebliches Streitpotenzial vermieden werden kann (oberste Prämisse).

Der Begriff der Störung des Bauablaufs wird in der Folgezeit unabhängig von der Anspruchsgrundlage und unabhängig von dem Verursacher verwendet.

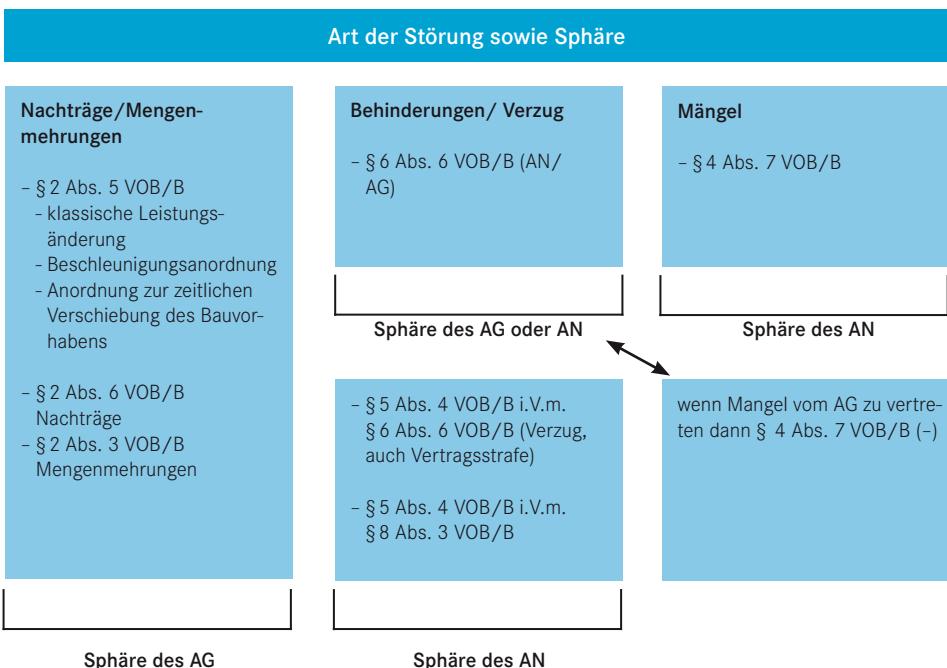
## 1.2 Störungen/Behinderungen des Bauablaufs

Es ist zwischen der Art der Störung, der jeweils verursachenden Sphäre und den einzelnen Rechtsfolgen zu unterscheiden:

Störungen können völlig unterschiedliche Ursachen haben, so dass auch nach der Art der Störung zu unterscheiden ist. Es können beispielsweise folgende Störungen vorliegen:

- Leistungsmehrungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B
- Leistungsänderungen gem. § 2 Abs. 5 VOB/B
- Zusatzleistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B
- Behinderungen gem. § 6 Abs. 6 VOB/B
- Verzugsansprüche gem. § 5 Abs. 4 VOB/B
- Mängelansprüche vor Abnahme gem. § 4 Abs. 7 VOB/B.

Die **Art der Störung** entscheidet letztlich über die **Rechtsfolgen**, d.h. in welcher Art und Weise Ansprüche geltend gemacht werden können. Des Weiteren ist zu unterscheiden, aus welcher Sphäre die Störung stammt, d.h. wer (ob Auftraggeber oder Auftragnehmer) Ansprüche gegen den jeweils anderen Vertragspartner geltend machen kann:



### Rechtsfolgen

Je nach dem, welche Störungsart vorliegt, sind auch die Rechtsfolgen zu differenzieren. Folge einer Störung kann ein Vergütungsanspruch oder ein Schadensersatzanspruch sein.

Sofern ein Vergütungsanspruch besteht, ist dieser auf der Basis der vertraglichen und kalkulatorischen Grundlagen zu ermitteln.

Demgegenüber muss ein Schadensersatzanspruch ausnahmslos konkret ermittelt werden, d.h. die gesamten Auswirkungen der einzelnen Störung auf den Bauablauf müssen konkret dargestellt werden (Anspruch dem Grunde nach), um dann in der Folgezeit den Anspruch ebenfalls konkret hinsichtlich der Höhe, d.h. des tatsächlich eingetretenen Schadens, zu ermitteln. Hinsichtlich der Höhe des Anspruches kommt jedoch bei ausreichend konkreter Darlegung eine Schätzung gem. § 287 ZPO durch das Gericht in Betracht. Zur Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:

| Vergütungsansprüche  | Schadensersatzansprüche   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>■ § 2 Abs. 3 VOB/B</li> <li>■ § 2 Abs. 5 VOB/B</li> <li>■ § 2 Abs. 6 VOB/B</li> </ul> <p>Der Vergütungsanspruch ist auf der Basis der vertraglichen und kalkulatorischen Unterlagen zu ermitteln.</p> | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ § 6 Abs. 6 VOB/B</li> <li>■ § 4 Abs. 7 VOB/B<br/>(nur bezogen auf zeitliche und damit »störende« Auswirkung der Mängel auf den Bauablauf)</li> <li>■ § 5 Abs. 4 VOB/B</li> </ul> <p>Schadensersatzansprüche sind konkret auf der Basis der Auswirkungen auf den Bauablauf zu ermitteln; konkrete Darlegung dem Grunde und der Höhe nach.</p> |

## 2 Ansprüche des Auftragnehmers

### 2.1 Problematik und Schwierigkeit des gestörten Bauablaufs

Die Problematik und Schwierigkeit der Darstellung und Geltendmachung von Ansprüchen auf der Basis eines gestörten Bauablaufs basiert insbesondere auf Folgendem:

- Vielzahl der sich teilweise überlagernden Störungen
- unterschiedliche Sphären, aus denen die einzelnen Störungen herrühren, z.B. Auftraggeber, Auftragnehmer, Dritte
- unterschiedliche Anspruchsgrundlagen, die wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen (Vergütungsansprüche/Schadensersatzansprüche) und Voraussetzungen separat dargestellt und geltend gemacht werden müssen
- häufiger Einwand, die Störung habe sich nicht ausgewirkt, da man an anderer Stelle hätte weiterarbeiten können oder wegen selbst verursachter Störungen und Verzögerungen gar nicht hätte weiterbauen können
- konkrete Darstellung der Behinderungen mit dem konkreten zugrunde liegenden Sachverhalt und den konkreten Auswirkungen auf den Bauablauf
- Schaden kann zu völlig unterschiedlichen Zeiten eintreten, z.B. Bauzeitverlängerung, Produktivitätsminderungen, mehr Personal zu bestimmten Zeitpunkten, mehr Stunden zu bestimmten Gewerken
- die Darstellung bei Großbauvorhaben ist oft sehr schwierig, weil 35 bis 36 Gewerke auf der Baustelle tätig sind; darüber hinaus sind häufig unterschiedliche Bauabschnitte und Bauteile (in sich geschlossene Bauvorhaben) Gegenstand des Vertrages.

## 2.2 Ansprüche des Auftragnehmers auf der Basis von Nachträgen/Mengenmehrungen

### Mengenmehrungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B

§ 2 Abs. 3 VOB/B findet nur auf Einheitspreisverträge Anwendung. Relevant für den gestörten Bauablauf ist letztlich nur die Variante, in der Mengenmehrungen oberhalb 10% der im Vertrag benannten Menge eintreten. Gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B sind Mengenmehrungen und -minderungen bis zu 10% nicht vergütungsrelevant.

Demgegenüber führen Mengenmehrungen oberhalb 10% gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B dazu, dass auf Verlangen einer Vertragspartei (Auftragnehmer oder Auftraggeber) ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten vereinbart werden kann.

Für den gestörten Bauablauf kommt letztlich nur die Variante in Betracht, dass die Mengenmehrung oberhalb 10% dazu führt, dass der Bauablauf in zeitlicher Hinsicht gestört wird, d.h. z.B. eine Bauzeitverlängerung eintritt.

In diesen Fällen ist gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ein neuer Einheitspreis für die über 10% (110%) hinausgehende Menge zu vereinbaren. In diesem neuen Einheitspreis sind dann selbstverständlich auch etwaige Kosten auf der Basis von Bauzeitverlängerungen, d.h. Auswirkungen auf den Bauablauf, zu erfassen und auf der Basis der Kalkulation nachzuweisen.

Da es wegen Mengenmehrungen zu einer Bauzeitverlängerung kommen kann, sollte der Auftragnehmer in diesem Fall den Auftraggeber hierüber informieren/in Kenntnis setzen, um etwaigen Verzugsfolgen/Vertragsstrafenforderungen entgegen zu wirken. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass letztendlich auch eine Mengenmehrung eine Behinderung darstellen kann.

### Nachträge/Leistungsänderungen

Der Fall der Nachträge bzw. Leistungsänderungen betrifft sowohl den Einheitspreisvertrag als auch über § 2 Abs. 7 VOB/B den Pauschalpreisvertrag.

In beiden Fällen (§ 2 Abs. 5 VOB/B, § 2 Abs. 6 VOB/B) sind die Nachträge unter Einschluss der wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Nachträge auf den Bauablauf einzureichen, d.h. wenn eine Bauzeitverlängerung Folge der Nachtragsleistung ist, ist diese auch einzurechnen. Auch Nachträge können sich behindernd auf den Bauablauf auswirken und sollten folgerichtig schriftlich dem Bauherrn angezeigt werden.

Zu den Einzelheiten, unter welchen Voraussetzungen Nachträge (Leistungsänderung oder Zusatzleistungen) geltend gemacht werden können, wird auf die Ausführungen zu § 2 Abs. 5, 6 VOB/B verwiesen.

Auch hier sollte ein schriftlicher Hinweis auf die eintretende Bauzeitverlängerung des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber erfolgen.

## 2.3 Beschleunigungsanordnung/Anordnung in zeitlicher Hinsicht gem. § 2 Abs. 5 VOB/B

### Beschleunigungsanordnung

Auch die Beschleunigungsanordnung ist ein Fall einer Anordnung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B. Sie liegt vor, wenn der Auftraggeber auf der Basis eingetretener Behinderungen, die aus seiner Sphäre oder aus der Sphäre eines Dritten stammen, den Auftragnehmer auffordert, die entstan-

dene Zeitverzögerung ganz oder zumindest teilweise wieder aufzuholen. Grundlage dieser Beschleunigungsanordnung ist das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B.

Sofern der Auftraggeber ausdrücklich Beschleunigungsmaßnahmen anordnet, ist Anspruchsgrundlage für etwaige Mehrkosten des Auftragnehmers § 2 Abs. 5 VOB/B (vgl. OLG Köln, VersR 2001, 1158 = BauR 2001, 682; Brandenburgisches OLG, BauR 2003, 1738–1740).

Zu beachten ist, dass es sich dann um einen Vergütungsanspruch handelt, der umsatzsteuerpflichtig ist.

Grundlage eines vertraglichen Vergütungsanspruchs bei einer Beschleunigungsvergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B muss sein, dass der Auftraggeber in Kenntnis seiner eigenen gesetzten Behinderungen eine vergütungspflichtige Beschleunigung anordnet.

Bei der Vereinbarung einer Beschleunigungsvergütung sollten zumindest die Preise und die Eckdaten der zusätzlich auszuführenden Leistungen detailliert abgestimmt werden, um Streitpotenzial zwischen den Parteien zu vermeiden. Es sollte auch festgehalten werden – vorausgesetzt, dass keine weiteren Störungen auftreten – bis zu welchem Zeitpunkt die dann zu beschleunigende Leistung fertig zu stellen ist. Es sollten folgerichtig Fertigstellungsfristen vereinbart werden. Da es sich bei der Beschleunigungsanordnung um einen klassischen Fall nach § 2 Abs. 5 VOB/B handelt, kann die vereinbarte Beschleunigungsvergütung im Rahmen von Abschlagszahlungen gemäß § 16 VOB/B geltend gemacht werden (OLG Köln, BauR 2006, 1143–1147). Die Leistungsänderung besteht in diesem Fall darin, dass Grundlage des Vertrages und der Kalkulation eine bestimmte Bauzeit ist und damit auch ein bestimmter technologischer Ablauf. Wenn durch äußere Umstände dieser Bauablauf gestört wird, ist die regelmäßige Folge u.a. die Bauzeitverlängerung. Diese Bauzeitverlängerung soll – wie bereits dargestellt – durch eine Beschleunigungsanordnung zumindest weitestgehend oder vollständig ausgeglichen werden.

Von den Fällen der Beschleunigungsanordnung, die in der Praxis selten sind, sind die Fälle abzugrenzen, in denen aus Sicht des Auftraggebers ein Verzug eingetreten ist und er den Auftragnehmer auch mit der Begründung des aus seiner Sicht eingetretenen Verzugs zur Beschleunigung auffordert. Dies kann beispielsweise nach § 5 Nr. 3 VOB/B der Fall sein, wenn er den Auftragnehmer auffordert, die Baustelle mit ausreichend Personal zu besetzen. In diesen Fällen ist nicht von einer Beschleunigungsanordnung, sondern von einem Verzugsschreiben und einer Mahnung auszugehen (OLG Schleswig, IBR 2007, 359).

### Anordnung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B in zeitlicher Hinsicht

Auch die vom Auftraggeber verlangte Verschiebung des Ausführungszeitraums kann eine Anordnung im Sinne des § 2 Abs. 5 VOB/B sein. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn ursprünglich das Bauvorhaben Anfang April beginnen und die Bauzeit 12 Monate betragen sollte. Wird der Ausführungsbeginn von Anfang April auf Anfang November gelegt, dann wird die Bauzeit in die Winterzeit verschoben. Die Verschiebung der Bauzeit in die Winterzeit ist auch der klassischste Fall der Anordnung im Hinblick auf den Ausführungszeitraum durch den Auftraggeber. Auch hier ist zu beachten, dass die Fälle, in denen von außen oder auch möglicherweise aus der Sphäre des Auftraggebers hindernde Umstände eintreten, die dazu führen, dass das Bauvorhaben anstelle von Anfang April erst Anfang November begonnen werden kann, keine Anordnung darstellen. Hier ist jeweilig zu prüfen, ob hier tatsächlich eine Anordnung des Auftraggebers vorliegt.

In diesen Fällen werden häufig Störungen, insbesondere auch Behinderungen, herangezogen, und es wird dann der Versuch unternommen, ohne Anordnung einen Anspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B zu konstruieren. Dieser Versuch schlägt regelmäßig fehl, da dann, wenn § 6 Abs. 6 VOB/B einschlägig ist und damit ein Schadensersatzanspruch die einzige denkbare Grundlage ist, auch auf dieser Basis abgerechnet werden muss. Durch die Verschiebung des Ausführungsbeginns bzw. des Ausführungszeitraums, ob nun zu Anfang oder während des Bauvorhabens in die Winterzeit, können erhebliche Mehrkosten entstehen, die die Ausführung deutlich verteuern können. Das Gleiche kann für die eingesetzten Materialien (z.B. Warmbeton/Baustellenbeheizung) entstehen.

Wenn der Auftraggeber bedingt durch Planungsänderungen ausdrücklich einen späteren Baubeginn als den vereinbarten anordnet, dann ist § 2 Abs. 5 VOB/B gegeben (OLG Düsseldorf, BauR 1995, 706–708). Wenn bedingt durch Planungsänderungen wiederum der Auftragnehmer seine Leistungen zunächst nicht beginnen kann, ohne dass eine Anordnung des Auftraggebers erfolgt, dann ist ein Teil des § 6 Abs. 6 VOB/B gegeben, soweit die Voraussetzungen erfüllt sind.

## 2.4 Ansprüche wegen Behinderungen gem. § 6 VOB/B

### 2.4.1 Voraussetzungen

#### Behinderungsanzeige/Offenkundigkeit

§ 6 Abs. 1 VOB/B geht von der Schriftform aus. Da die Schriftform lediglich Beweiszwecken dient, ist eine mündliche Behinderungsanzeige nicht von vornherein wirkungslos und unwirksam. Ein Teil der Rechtsprechung und Kommentarliteratur entnimmt aus dem Umkehrschluss des § 125 Satz 2 BGB zu Recht, dass auch eine mündliche Anzeige ausreicht, um im Einzelfall die Voraussetzungen zu erfüllen (BGH, WM 1985, 949–950); *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB/B, § 6 VOB/B, Rn. 7).

Des Weiteren müssen Behinderungsanzeigen stets unverzüglich im Sinne des § 121 BGB, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, erfolgen. Verspätete Behinderungsanzeigen wirken grundsätzlich zu Lasten des Auftragnehmers. Inhaltlich muss eine Behinderungsanzeige folgenden Anforderungen genügen:

Eine Behinderungsanzeige muss stets Informations-, Schutz- und Warnfunktionen erfüllen. Dies bedeutet, dass in der Behinderungsanzeige alle Tatsachen benannt werden müssen, damit es dem Auftraggeber möglich ist, mit hinreichender Klarheit die Gründe der angezeigten Behinderung zu verstehen, und sie soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, Abhilfe zu schaffen (BGH, BauR 2000, 722–725; KG, IGR 2005, 470). Da § 6 VOB/B jede Art von Behinderung oder Unterbrechung eines Bauablaufs betrifft, sind sowohl rechtliche als auch rein tatsächliche Behinderungen (oder Unterbrechungstatbestände) dem Auftraggeber anzuzeigen. Dies betrifft nach ständiger BGH-Rechtsprechung sowohl den Schuldnerverzug, Annahmeverzug als auch die positive Vertragsverletzung (BGH, BauR 1974, 208; KG, IGR 2005, 470). Selbst ein rechtlich zulässiges Handeln des Auftraggebers kann behindernd auf den Bauablauf einwirken. Dazu zählt insbesondere auch die Beauftragung von Nachträgen (§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B), da dem Auftraggeber

die Rechte nach § 1 Abs. 3, 4 VOB/B zustehen (Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/B, § 6 VOB/B, Rn. 10)

§ 6 Abs. 1 VOB/B gilt insbesondere auch ohne ausdrückliche Erwähnung für den Fall der Unterbrechung.

Grundsätzlich ist die Anzeige an den Auftraggeber zu richten. Ausnahmsweise kann die Anzeige gegenüber dem Architekten ausreichen, es sei denn, die Behinderungsanzeige richtet sich gerade gegen Behinderungen, die durch den Architekten gesetzt wurden oder dieser verschließt sich den Darlegungen des Auftragnehmers.

Diese strengen Anforderungen an eine Behinderungsanzeige gelten dann nicht, wenn dem Auftraggeber die Behinderung offenkundig ist. Offenkundigkeit für den Auftraggeber liegt dann vor, wenn er über die behindernden Tatsachen unterrichtet ist oder diese für ihn ohne Weiteres wahrnehmbar sind (vgl. Ingenstau/Korbion, 16. Auflage, § 6 Abs. 1 Rn. 11). Dies ist jedoch ein geregelter Ausnahmefall. Selbst dann, wenn der Anspruchsteller annimmt, hier läge ein Fall der Offenkundigkeit vor, sollte zur Beweissicherung und auch unter Berücksichtigung der Darlegungs- und Beweislast des Anspruchstellers immer eine schriftliche Behinderungsanzeige erfolgen, damit eine gerichtliche Durchsetzung nicht von der Frage abhängt, ob die hindernden Tatsachen dem Anspruchsgegner offenkundig bekannt waren. Hier ist neben der Frage der Darlegungs- und Beweislast auch die Prozessdauer zu berücksichtigen. In Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast muss der Anspruchsteller immer die für seinen Anspruch notwendigen Voraussetzungen nicht nur darlegen, sondern auch beweisen. Wenn eine Beweisaufnahme dazu führt, dass die Beweise vom Anspruchsteller und Anspruchsgegner zu einem non liquet führen (nicht bewiesen), dann führt dies dazu, dass der Darlegungs- und Beweispflichtige die Position verliert.

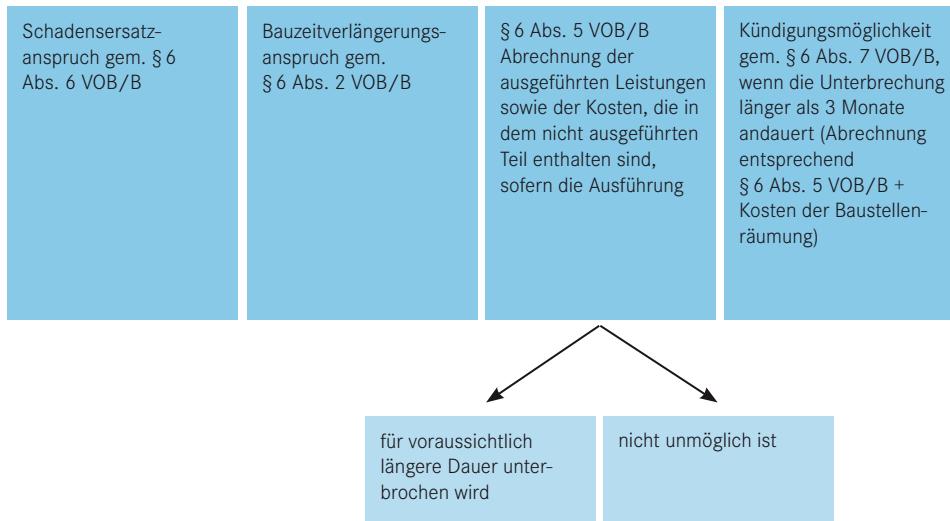
## Behinderungen

Des Weiteren können gem. § 6 Abs. 2 VOB/B die nachfolgend beschriebenen Behinderungen eintreten, wobei zu beachten ist, dass im Falle der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ein Verschulden des Auftraggebers hinzukommen muss, worauf im Folgenden eingegangen wird.

- Behinderungen können durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers eintreten.
- Des Weiteren sind sie möglich durch Streik oder durch eine von der Berufsvertretung der Auftraggeber angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für diesen arbeitenden Betrieb.
- Letztendlich können Behinderungen auch durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände (z.B. Naturereignisse wie Erdbeben, Blitzschlag, Überschwemmungen, Fluten, Orkane, aber auch Brandstiftung, Explosionen, mutwillige Sachbeschädigungen) auftreten (vgl. insoweit Ingenstau/Korbion, 16. Auflage, § 6 Abs. 2 Rn. 19). Insoweit enthält auch § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B eine Sonderregelung für Witterungseinflüsse, wonach sich »normale Witterungseinflüsse« nicht bauzeitverlängernd auswirken. Diese sind von vornherein durch den Auftragnehmer einzukalkulieren.

### 2.4.2 Rechtsfolgen

Die aufgrund einer Behinderung möglichen Rechtsfolgen sind in der folgenden Übersicht dargestellt:

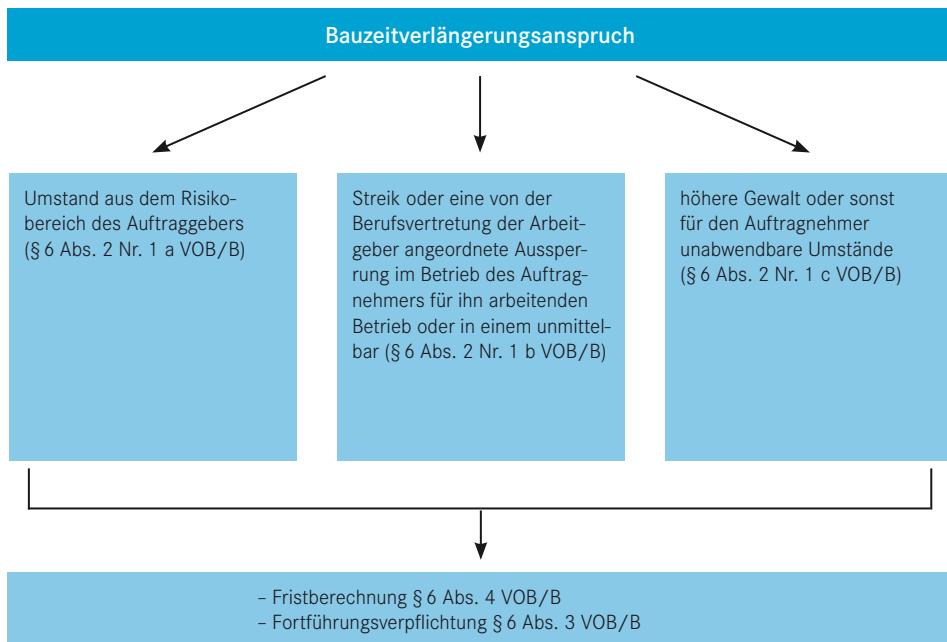


### 2.4.3 Bauzeitverlängerungsanspruch/Fortführungsverpflichtung

#### Voraussetzungen

In § 6 Abs. 2 VOB/B ist der Anspruch auf Bauzeitverlängerung zu Gunsten des Auftragnehmers geregelt, dem gegenüber in § 6 Abs. 3 VOB/B die Fortführungsverpflichtung des Auftragnehmers, sofern Behinderungen eingetreten sind.

Da die Ausführung eines Bauvorhabens regelmäßig im Freien stattfindet, geht § 2 Abs. 2 VOB/B davon aus, dass die Witterungsverhältnisse, mit denen im Zeitpunkt der Kalkulation zu rechnen war, sich nicht bauzeitverlängernd auswirken können. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn durch Behinderungen das Bauvorhaben insgesamt in eine ungünstigere Jahreszeit verschoben wird. In § 6 Abs. 4 VOB/B ist die Art und Weise der Fristberechnung geregelt, wobei auch eine Wiederanlaufzeit einzelfallabhängig zu berücksichtigen ist, da nicht zwangsläufig davon ausgegangen werden kann, dass unmittelbar nach Wegfall der Behinderung oder Unterbrechung am nächsten Tag die Arbeiten wieder aufgenommen werden. Regelmäßig ist es so, dass ein Auftragnehmer seine Mitarbeiter dann auf anderen Baustellen einsetzen wird. Ein Bauzeitverlängerungsanspruch setzt anders als ein Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B kein Verschulden voraus, d. h. es kann der Fall eintreten, dass zwar ein Bauzeitverlängerungsanspruch um mehrere Monate besteht, aber kein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Auftraggeber, da es an einem Verschulden fehlt. Wenn die Bauzeitverlängerung jedoch berechtigt war, kann der Auftraggeber insoweit keinen Verzugsanspruch bzw. Vertragsstrafenanspruch geltend machen. Gegebenenfalls kommt in diesen Fällen auch ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht.



### Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers (§ 6 Abs. 2 Nr. 1a VOB/B)

§ 6 Abs. 2 Nr. 1a VOB/B betrifft den Fall, dass ein Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers die Behinderung verursacht hat. Es bedarf auch insoweit keines Verschuldens. Dies können z.B. folgende Fälle sein:

- wenn der Auftraggeber seine Mitwirkungspflichten verletzt
- wenn der Auftraggeber Eingriffsrechte (z.B. Nachtragsbeauftragung) ausübt
- wenn Vorunternehmerleistungen nicht rechtzeitig erbracht werden.

Für den Fall, dass ein Vorunternehmer seine Leistung nicht rechtzeitig erbringt, stammt diese Ursache zwar aus der Sphäre des Auftraggebers. Es liegt jedoch kein Verschulden vor, da ein Vorunternehmer grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachunternehmer ist (BGH, NJW 2000, 1336–1337; BGH, NJW 1985, 2475) (In diesen Fällen kommt ein Anspruch nach § 642 BGB in Betracht.). Da § 6 Nr. 2 Abs. 1a VOB/B jedoch kein Verschulden voraussetzt, ist ein Bauzeitverlängerungsanspruch gegeben.

### Behinderung durch Streik oder angeordnete Aussperrung

Nach § 6 Abs. 2 Nr. 1b VOB/B kommt auch dann eine Bauzeitverlängerung in Betracht, wenn sie ihre Ursache in einem Streik oder einer von der Berufsvertretung der Arbeitgeber (nicht des Auftraggebers) angeordneten Aussperrung in dem Betrieb des Auftragnehmers oder einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb hat. Die rechtlichen Definitionen des Streiks und der Aussperrung ergeben sich letztlich von selbst und sollen hier nicht weiter dargestellt werden. Wichtig ist, dass nicht nur die Fälle einschlägig sind, in denen der Betrieb des Auftragnehmers betrof-

fen ist, sondern auch diejenigen Firmen, die unmittelbar für ihn arbeiten. Das ist beispielsweise der Nachunternehmer. Für Zuliefererbetriebe gilt dies nicht automatisch. Hier ist insoweit zu überprüfen, ob mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand auch ein anderer Zulieferer (z.B. Materiallieferant) herangezogen werden kann (Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 6 Abs. 2, Rn. 13).

### **Höhere Gewalt/andere unabwendbare Umstände**

In § 6 Abs. 2 Nr. 1c VOB/B ist schließlich der Fall der Bauzeitverlängerung geregelt, der durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände eintritt. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, NJW-RR 1988, 986) ist von höherer Gewalt dann auszugehen, wenn ein unvorhersehbares, außergewöhnliches Ereignis von außen auf das Unternehmen des Auftragnehmers einwirkt, dass dieser selbst bei äußerster Sorgfalt ohne Gefährdung seines wirtschaftlichen Erfolges nicht abwenden kann, und von dem Auftragnehmer angesichts des äußerst seltenen Auftretens nicht in Kauf zu nehmen ist. Zu beachten ist, dass von höherer Gewalt immer nur dann gesprochen werden kann, wenn dieses Ereignis von außen einwirkt. Sobald ein eigenes Verschulden vorliegt, folgt daraus, dass es sich nicht um höhere Gewalt handeln kann. Fälle höherer Gewalt sind klassisch einschneidende Naturereignisse, wie Erdbeben, Orkan, Hurrikan, extreme Überschwemmungen, Überflutungen sowie Blitzschlag. Ein derartiger unabwendbarer Umstand kann beispielsweise vorliegen, wenn:

- eine unvorhergesehene Materialknappheit eintritt, weswegen das Bauvorhaben nicht fortgesetzt werden kann
- ein extremes Unwetter auftritt, mit dem der Auftragnehmer nicht rechnen musste (BGH, BauR 1973, 317)
- ein ungewöhnlich schwerer Sturm auftritt
- eine lang andauernde und nicht zu erwartende Vereisung von Gewässern eintritt, so sie für die Bauausführung wichtig sind
- ein extremes Hochwasser oder aber auch Sturmfluten herrschen, so sie in dem Zeitraum der Ausführung nicht zu erwarten waren.

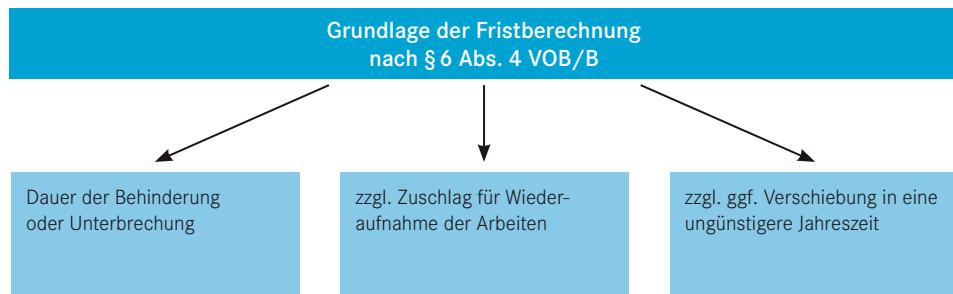
### **Normale Witterungseinflüsse gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B**

Normale übliche Witterungseinflüsse sind vom Auftragnehmer in die Kalkulation und bei der Vereinbarung und Erstellung des Bauablaufs mit einzukalkulieren. Das bedeutet, dass der Auftragnehmer bei seiner Kalkulation und bei Vertragsabschluss die üblichen Schlechtwettertage mit einkalkulieren muss und dass sich diese nie bauzeitverlängernd auswirken. Diese Regelung hat ihren Ursprung darin, dass es nicht 365 Tage im Jahr ein für die Bauausführung perfektes Wetter gibt. Die übliche Anzahl von Schlechtwettertagen ist damit nichts unvorhersehbares, sondern die Normalität. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass nur solche Witterungseinflüsse sich bauzeitverlängernd auswirken können, die unerwartet und außergewöhnlich sind. Wenn in einem bestimmten Monat in dem bestimmten Gebiet 5 bis 7 Schlechtwettertage normal sind und plötzlich 20 Schlechtwettertage (ermittelt nach den Witterungsverhältnissen der letzten 10 Jahre) vorliegen, dann sind außergewöhnliche Witterungsverhältnisse gegeben.

Zur Vereinfachung und zur Schaffung von Rechtsklarheit sollten die Parteien im Falle von Bauleistungen, die in extremem Maße (z.B. Tiefbauarbeiten) von den Witterungsverhältnissen abhängen, die einzukalkulierende Zahl von Schlechtwettertagen im Vertrag festlegen und auch die Rechtslagen im Falle der Überschreitung.

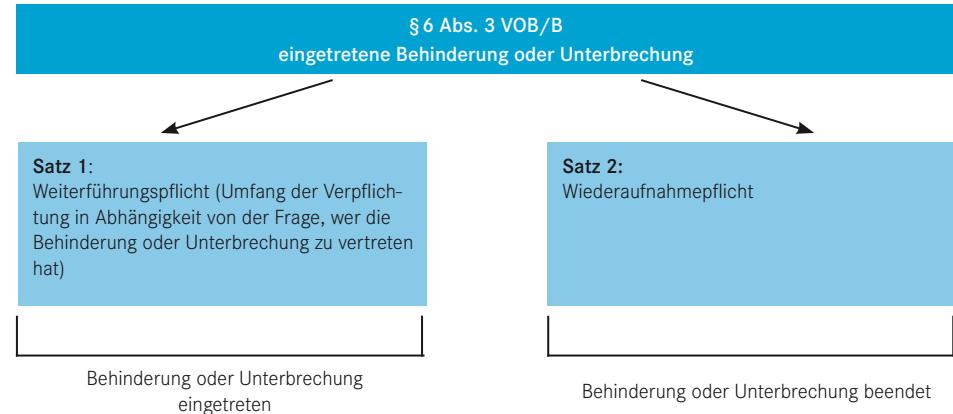
### Fristberechnung der Fristverlängerung gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B

§ 6 Abs. 4 VOB/B gibt drei Merkmale für die Berechnung der Fristverlängerung vor. Ausgangspunkt ist zunächst die Dauer der Behinderung oder Unterbrechung, die darüber Aufschluss gibt, auf welchen Umfang sich die Fristverlängerung erstreckt. Hier ist ein Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten vorzunehmen. Sofern tatsächlich eine Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit durch die Behinderung oder Unterbrechung erfolgt ist, ist auch hierfür ein Zuschlag vorzunehmen. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen.



### Weiterführungsverpflichtung/Wiederaufnahmeverpflichtung nach § 6 Abs. 3 VOB/B

§ 6 Abs. 3 S. 1 VOB/B regelt die Weiterführungsverpflichtung, wobei Satz 1 davon ausgeht, dass der Auftragnehmer alles zu tun hat, um eine Fortführung, d.h. Weiterführung zu ermöglichen. Demgegenüber regelt Satz 2 die Wiederaufnahmeverpflichtung nach Beendigung der Behinderung. Zur besseren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:

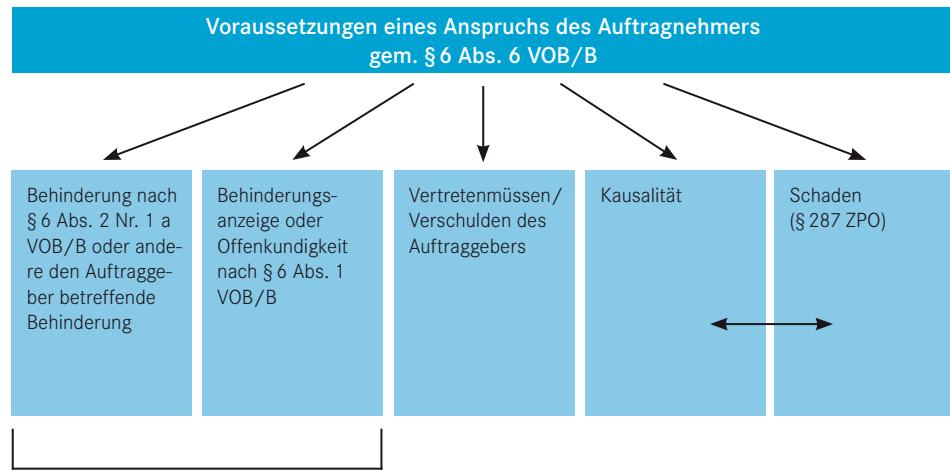


#### 2.4.4 Schadensersatzanspruch gem. § 6 Abs. 6 VOB/B

##### Voraussetzungen allgemein

Der Schadensersatzanspruch ist demgegenüber in § 6 Abs. 6 VOB/B geregelt. Danach müssen folgende Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch vorliegen:

Die Behinderung muss aus dem Risikobereich des Auftraggebers stammen. Des Weiteren muss der Auftraggeber diese zu vertreten haben. Durch den Auftragnehmer muss eine Behinderungsanzeige erfolgt sein oder für den Auftraggeber war die Behinderung offenkundig. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, den Anspruch dem Grunde nach darzustellen und den entstandenen Schaden unter Beifügung entsprechender Belege darzulegen.



Darstellung der Auswirkungen auf den Bauablauf und Kausalität zum Schaden

##### Vom Auftraggeber zu vertretende Behinderungen

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B ist des Weiteren ein Verschulden. Hierbei kann es sich sowohl um ein eigenes Verschulden des Auftraggebers gemäß § 276 BGB handeln oder um ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB, das ihm zugerechnet wird. Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sind beispielsweise die von ihm eingeschalteten Architekten, Sonderfachleute und Projektsteuerer.

Der Auftraggeber hat eine Vielzahl von Behinderungen zu vertreten:

- das Fehlen von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen
- unzureichende, unvollständige, fehlende oder verspätete Übergabe von notwendigen Plänen (Ausführungspläne, Montagepläne, Detailpläne etc.)
- Planänderungen
- fehlende oder verspätete Bereitstellung eines Grundstücks
- einen Baustopp (z.B. durch Nachbareinsprüche bedingt)
- fehlende oder verspätete beschaffte Nachtragsbaugenehmigung
- fehlende oder verspätete Erfüllung von Mitwirkungspflichten
- Zusatzaufträge.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Vorunternehmer keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sind, so dass das Verschulden der Vorunternehmer dem Auftraggeber im Verhältnis zum Nachunternehmer nicht zugerechnet wird. Insoweit gelten jedoch die folgenden Ausnahmen:

Eine Zurechnung kann erfolgen, soweit ein zusätzliches Koordinierungsverschulden des Auftraggebers oder eine vereinbarte Mitwirkungsverpflichtung von diesem vorliegt. Des Weiteren können schuldhafte Pflichtverletzungen des Architekten, das Einstehenwollen des Auftraggebers für die Erbringung der mangelfreien und rechtzeitigen Vorleistung sowie die Verpflichtung des Auftraggebers, die Vorleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen, zu einer Zurechnung führen.

Gegebenenfalls besteht aber auch ein Anspruch nach § 642 BGB; dieser gilt nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B auch für den VOB-Vertrag, sofern eine Behinderungsanzeige oder Offenkundigkeit vorliegt (entspricht bisheriger BGH-Rechtsprechung).

### Darstellung der Behinderungen

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die anspruchsbegründenden Tatsachen substantiiert vorzutragen und dabei konkret auf den Bauablauf bezogen die einzelne Pflichtverletzung und die daraus resultierende Behinderung darzulegen und nach den Grundsätzen des § 286 ZPO nachzuweisen (vgl. BGH, BauR 2005, 857; BGH, BauR 2005, 861).

Hier ist zu berücksichtigen, dass im juristischen Bereich zwischen dem Anspruch dem Grunde nach (haftungsbegründende Kausalität) und der Höhe nach (haftungsausfüllende Kausalität) unterschieden wird. Im Bereich der haftungsbegründenden Kausalität ist der Auftragnehmer nach ständiger Rechtsprechung gemäß § 286 ZPO gehalten, alle anspruchsbegründenden Tatsachen so substantiiert und so auf den Bauablauf bezogen vorzutragen, dass die einzelne Pflichtverletzung, die daraus resultierende Behinderung und die damit im Zusammenhang stehende Störung auf den Bauablauf unter Einschluss ihrer Folgen dargelegt wird (BGH, BauR 2005, 857; BGH, BauR 2005, 861; BGH, NJW 2000, 1336).

Er kann sich insoweit hinsichtlich der haftungsbegründenden Kausalität (Anspruch dem Grunde nach) nicht auf § 287 ZPO stützen. § 287 ZPO betrifft ausnahmslos den Anspruch der Höhe nach.

Darüber hinaus er ist damit gehalten, die Behinderung konkret darzulegen, zu beweisen sowie die konkrete Auswirkung der Behinderung auf den Bauablauf darzustellen. Insbesondere ist auch die Dauer der Behinderung darzulegen und zu beweisen. Bei einem Bauzeitverlängerungsanspruch bedeutet dies, dass dezidiert anhand der Behinderungen nachzuweisen ist, warum welche Behinderung zu welcher Verzögerung geführt hat und wie die Gesamtheit der Verzögerungen zu der geltend gemachten Bauzeitverlängerung und den damit in Zusammenhang stehenden Kosten steht.

Insbesondere entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass auch die Verhältnisse von Großbaustellen es gerade nicht unmöglich machen, einen etwaigen Behinderungsschaden konkret darzulegen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gerade bei Großbauvorhaben eine deutlich weitgehende Dokumentation erfolgt als im Rahmen kleinerer Bauvorhaben. Es besteht nach der Rechtsprechung insbesondere auch die Möglichkeit, neben den Behinderungsanzeigen in Tagesberichten die einzelnen Auswirkungen (Leerarbeit, Leerkosten) darzustellen und baubegleitend

zu erfassen (BGH, BauR 2005, 857; BGH, BauR 2005, 861). Diese sehr strikte Darstellung der Rechtsprechung beruht insbesondere auch darauf, dass der Anspruchsteller seinen Schaden beweisen und dass ein Schaden immer konkret ermittelt werden muss und nie abstrakt dargestellt und beansprucht werden kann. Zudem wird sich gerade auch bei Großbaustellen nicht jede Behinderung negativ auf den Bauablauf auswirken (z.B. Bauzeitverlängerung, Produktivitätseinbußen), da hier häufig für das eingesetzte Personal oder für die eingesetzten Geräte andere Einsatzmöglichkeiten bestehen (OLG Oldenburg, IBR 2001, 418). Es muss damit ein detaillierter Soll-Ist-Vergleich dargestellt werden. Dies kann anhand des vereinbarten Bauablaufplans und der vereinbarten Vertragsdaten erfolgen. Die einzelnen Behinderungen und Unterbrechungen müssen dann darauf aufbauen und bauablaufbezogen dargestellt werden, d. h. es muss konkret dargelegt werden, welche Auswirkungen die Behinderungen z.B. für die Nachfolgegewerke oder aber für das betroffene Gewerk (z.B. Rohbau) haben.

### **Schadensersatz**

§ 6 Abs. 6 VOB/B gewährt beim Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf den nachweislich entstandenen Schaden. Er normiert jedoch zugleich eine Haftungsbegrenzung, wonach der entgangene Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit geltend gemacht werden kann. Zudem wird geregelt, dass § 642 BGB unberührt bleibt.

Ein Schaden im Sinne des § 6 Abs. 6 VOB/B ist jeder Vermögensnachteil, der adäquat kausal durch die eingetretenen Behinderungen oder Unterbrechungen entstanden ist (BGH, NJW-RR 2000, 684). Für die Feststellung wiederum, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, ist die Differenzhypothese heranzuziehen, d. h. es ist der Zustand zu betrachten, wie die Vermögenslage des Anspruchstellers ohne die hindernden Umstände ausgesehen hätte und wie sie bedingt durch die hindernden Umstände ausgesehen hat. Zur Darstellung muss hier letztlich ein Soll-Ist-Vergleich auf der Basis der kalkulierten Kosten im Verhältnis zu den tatsächlich entstandenen Kosten erfolgen (OLG Hamm, BauR 2004, 1304). Die Darlegungs- und Beweislast trägt für die Anspruchsvoraussetzungen mit Ausnahme der Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB der Anspruchsteller.

Da es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt, kann keine Mehrwertsteuer/Umsatzsteuer geltend gemacht werden. Es kann nur der konkrete Schaden (kein hypothetischer Schaden) geltend gemacht werden. Der konkrete Schaden ist entsprechend darzulegen und auch durch Belege zu unterstellen. Entgangener Gewinn wird nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ersetzt (§ 6 Abs. 6 VOB/B). Denkbare störungsbedingte Schadenspositionen sind:

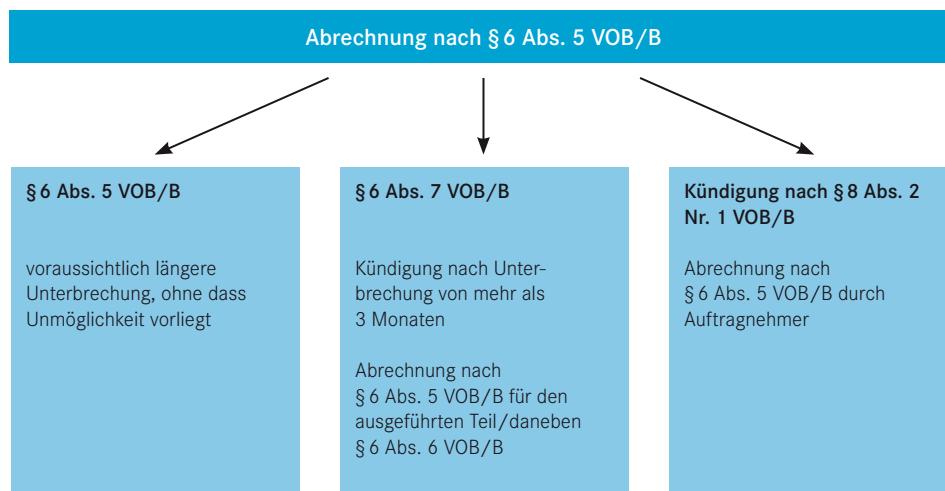
- zusätzliche allgemeine Geschäftskosten, Wagnis, Gewinn, Löhne, Gehälter, Lohn- und Materialpreisseigerungen
- Bauzeitverlängerungskosten wie beispielsweise zeitabhängige Gemeinkosten, Vorhaltekosten für Geräte, Baustellenunterkünfte, Schalung, Maschinen, Preiserhöhungen bei Nachunternehmerleistungen und sonstiger Mehraufwand
- Stillstandskosten wie z.B. Wartung von Geräten, Vorhaltekosten, Instandhaltung, Baustellensicherung, An- und Abtransport von Geräten, Wiedereinrichtung der Baustelle, Personalkosten
- sonstige Kosten, z.B. Hinzuziehung eines entsprechenden Sachverständigen.

Im Bereich der Schadenshöhe ist § 287 ZPO als Beweiserleichterung anwendbar (BGH, NJW 1970, 1411; OLG Düsseldorf, BauR 1988, 487-491). Voraussetzung ist, dass das Gericht Anknüpfungssachen hat, d. h. es muss davon auszugehen sein, dass auf jeden Fall ein Schaden entstanden ist, dass jedoch nicht abschließend fest steht, in welcher Größenordnung dieser entstanden ist, dass man aber aus Sicht des Gerichts schon feststellen kann, dass ein Mindestschaden entstanden sein muss, den das Gericht dann auch nach § 287 ZPO als Grundlage heranziehen kann.

§ 287 ZPO findet auch dann Anwendung, wenn die Verzögerungssachen sowohl vom Auftragnehmer als auch vom Auftraggeber zu vertreten sind und die unterschiedlichen Verursachungsbeiträge zu berücksichtigen sind. Auch in diesem Fall kann der Verursachungsbeitrag nach § 287 ZPO geschätzt werden (BGH, BauR 1993, 600-604).

## 2.5 Abrechnung gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B

Sofern die Bauausführung für eine voraussichtlich längere Dauer unterbrochen wird, ohne dass ein Fall der Unmöglichkeit vorliegt, erfolgt die Abrechnung gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B. Danach sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und darüber hinaus auch die Kosten zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind. Darüber hinaus findet er auch dann Anwendung für die Fälle der Abrechnung nach § 6 Abs. 7 VOB/B und für den Fall der Kündigung nach § 8 Abs. 2 VOB/B, wobei § 8 Abs. 2 VOB/B den Fall betrifft, dass der Auftraggeber den Vertrag gekündigt hat, weil der Auftragnehmer seine Zahlungen eingestellt hat oder der Auftraggeber, der Auftragnehmer oder der Gläubiger das Insolvenzverfahren gemäß den §§ 14, 15 InsO oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt hat, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird. Zur Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



Es muss folgerichtig für eine unmittelbare Anwendung des § 6 Abs. 5 VOB/B der Fall vorliegen, dass eine Unterbrechung für eine voraussichtlich längere Dauer gegeben ist. Ein ausdrücklicher Zeitraum ist in § 6 Abs. 5 VOB/B nicht benannt. Aus § 6 Abs. 7 VOB/B kann der Rückschluss gezogen werden, dass spätestens mit dem Ablauf von drei Monaten von einer voraussichtlich längeren Dauer gesprochen werden kann, da in diesem Fall nach § 6 Abs. 7 VOB/B sogar die Kündigung des Vertrages ausgesprochen werden kann. Eine Mindestdauer ist jedoch weder höchstensrichterlich festgelegt, noch einhellige Literaturmeinung.

Die Leistung darf nicht unmöglich sein. Hierbei ist sowohl die objektive (für jedermann unmöglich) als auch die subjektive Unmöglichkeit (für den Auftragnehmer) umfasst.

Abzurechnen ist auf der Basis der Vertragspreise. Darüber hinaus erfolgt eine Kostenvergütung für die Kosten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden, aber nicht in den Vertragspreisen der bereits ausgeführten Leistungen enthalten sind, sondern in den Vertragspreisen der noch auszuführenden Leistungen.

### 2.6 Kündigung und Abrechnung gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B

Nach § 6 Abs. 7 VOB/B kann jede der Vertragsparteien den Vertrag kündigen, sofern eine Unterbrechung länger als drei Monate andauert. Die Kündigung muss nach § 6 Abs. 7 Satz 1 VOB/B zwingend schriftlich erfolgen. Die Abrechnung erfolgt dann nach § 6 Abs. 5 VOB/B für die bereits ausgeführten Leistungen und nach § 6 Abs. 6 VOB/B im Falle eines etwaigen Schadensersatzes. Sofern die Kündigung vom Auftragnehmer ausgesprochen wird und er die Unterbrechung nicht zu vertreten hat, sind darüber hinaus auch die Kosten der Baustellenräumung zu vergüten; Ausnahme: diese sind bereits in den Vertragspreisen für die ausgeführten Leistungen enthalten, die nach § 6 Abs. 5 VOB/B dem Auftraggeber in diesem Fall in Rechnung gestellt werden können.

§ 6 Abs. 7 VOB/B ist damit ein Sonderkündigungsrecht für beide Parteien, wobei sich die Frist, d. h. der Ablauf von mindestens drei Monaten, anhand der §§ 186ff. BGB ermittelt. Grundsätzlich ist für die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 7 VOB/B Voraussetzung, dass die Unterbrechung bereits mindestens drei Monate angedauert hat. Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn absolut sicher fest steht, dass die Unterbrechung mindestens drei Monate andauern wird. In diesem Fall kann auch zu einem früheren Zeitpunkt, d. h. kurze Zeit nach Beginn der Unterbrechung, der Vertrag gekündigt werden (BGH, BauR 2004, 1285).

Zu beachten ist, dass § 8 Abs. 1 bis Abs. 4 VOB/B sowie § 9 VOB/B durch § 6 Abs. 7 VOB/B nicht ausgeschlossen werden. Insoweit liegt keine Spezialvorschrift vor. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass es für die Frage der Kündigungsmöglichkeit nach § 6 Abs. 7 VOB/B nicht darauf ankommt, aus welchem Risikobereich die Ursache für die Unterbrechung der Bauausführung stammt und wer diese Unterbrechung zu vertreten hat. Auch diejenige Vertragspartei, die die Unterbrechung zu vertreten hat, kann nach § 6 Abs. 7 VOB/B den Vertrag kündigen (BGH, BauR 2006, 371–374; BGH, BauR 2004, 1285–1288). Die Kündigung ist jedoch dann auf der Basis des Grundsatzes von Treu und Glauben ausgeschlossen, wenn der Kündigende letztlich nur die Rechte des Vertragspartners vereiteln will. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Auftragnehmer die Leistungen zu Recht deswegen einstellt, weil der Auftraggeber berechtigte Zahlungen nicht leistet.

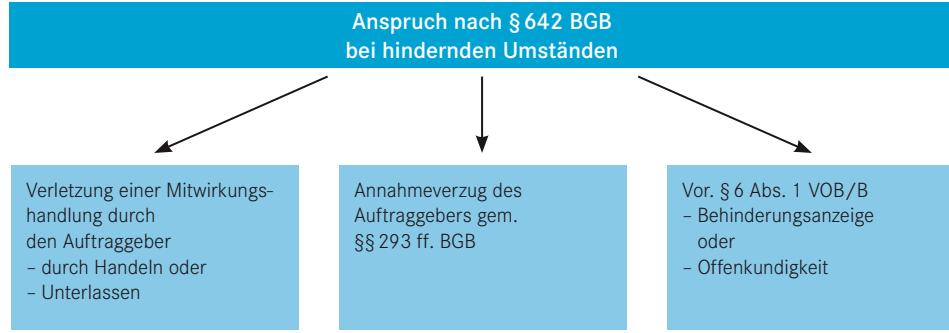
Voraussetzung für die Fälligkeit ist neben der Kündigung eine prüfbare Abrechnung nach § 14 VOB/B, wobei die Prüffrist nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B gilt (BGH, BauR 1987, 95).

Die Abrechnung erfolgt dann, wie bereits dargelegt, für die bereits ausgeführten Leistungen gemäß § 6 Abs. 5 VOB/B und hinsichtlich eines etwaigen Schadensersatzes nach § 6 Abs. 6 VOB/B.

## 2.7 Ansprüche gemäß § 642 BGB

§ 642 BGB ist neben § 6 Abs. 6 VOB/B anwendbar. Anders als der Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B setzt ein Anspruch nach § 642 BGB kein Verschulden voraus. Dies ist auch der Hintergrund der zahlreichen Entscheidungen, die zu der Frage ergangen sind, ob § 642 BGB (vor Inkrafttreten der VOB/B 2006) neben § 6 Abs. 6 VOB/B Anwendung findet. Hintergrund ist, dass es eine Vielzahl von Behinderungen gibt, die zwar aus der Sphäre des Auftraggebers stammen, aber von diesem nicht zu vertreten sind, z.B. die verspätete Herstellung der Vorunternehmerleistung.

§ 642 BGB setzt voraus, dass eine Mitwirkungshandlung verletzt oder unterlassen wurde und sich der Auftraggeber in Annahmeverzug befindet. Wie in § 6 Abs. 6 VOB/B geregelt, muss eine Behinderungsanzeige oder aber Offenkundigkeit nach § 6 Abs. 1 VOB/B gegeben sein. Zur näheren Verdeutlichung soll die nachstehende Übersicht dienen:



Nach § 642 BGB steht dem Auftragnehmer, soweit die Voraussetzungen eingehalten sind, eine angemessene Entschädigung zu. Die Entschädigung besteht für die Dauer des Annahmeverzugs durch den Auftraggeber, wobei auch hier gilt, dass weder Wagnis noch Gewinn Gegenstand sein können (BGH, Baur 2000, 722). Die Entschädigung ermittelt sich, wie bereits dargelegt, nach der Dauer des Verzugs und nach der Höhe der Vergütung und ist ebenfalls einzelfallabhängig. Die Ermittlung erfolgt auf der Basis der Urkalkulation des Auftragnehmers. Auch hier muss der Auftragnehmer letztlich darstellen, wie sich die Mitwirkungspflichtverletzung des Auftraggebers auf den Bauablauf ausgewirkt hat und auf dieser Basis dann die Höhe der Entschädigung ermitteln. Zu beachten ist insoweit auch § 304 BGB, wonach Mehraufwendungen erstattungsfähig sind, die auf den Annahmeverzug zurückzuführen sind. Auch hier ist § 287 ZPO für die Höhe des Entschädigungsanspruchs anwendbar.

## 3 Ansprüche des Auftraggebers

### 3.1 Allgemeines

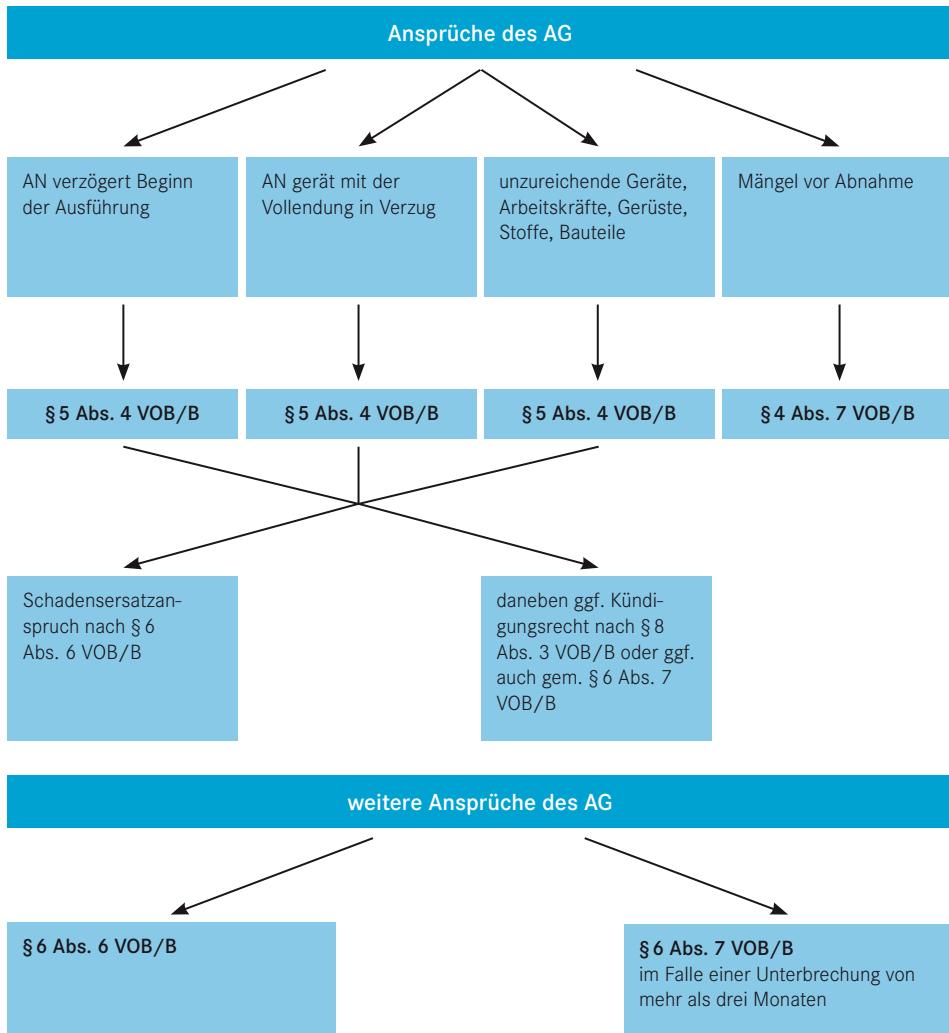
Für die VOB/B gelten bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Leistungspflichten des Auftragnehmers insbesondere folgende Regelungen:

- § 5 Abs. 4 VOB/B
- § 6 Abs. 6 VOB/B
- § 8 Abs. 3 VOB/B
- § 4 Abs. 7 VOB/B.

Ansprüche des Auftraggebers bestehen den gesetzlichen Regelungen folgend dann, wenn der Auftragnehmer den Beginn der Bauausführung verzögert oder eine Vertragsfrist aus § 5 Abs. 1 VOB/B nicht einhält. Das Gleiche gilt, wenn der Auftragnehmer mit der Vollendung, also dem vereinbarten Fertigstellungstermin, in Verzug gerät. Des Weiteren sind die Fälle zu beachten, in denen der Auftragnehmer trotz Aufforderung des Auftraggebers nur in unzureichendem Umfang Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile vorhält; letztendlich auch dann, wenn er Verzögerungen bzw. negative Auswirkungen auf den Bauablauf wegen Mängeln vor Abnahme zu vertreten hat.

### 3.2 Übersichtsdarstellung der Ansprüche des Auftraggebers

In der folgenden Übersicht werden die dem Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer zustehenden Ansprüche dargestellt:



### 3.3 Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ansprüchen nach § 5 Abs. 4 VOB/B

#### Fallgruppen

Insoweit kennt § 5 Abs. 4 VOB/B drei Fallgruppen. Die Erste betrifft den Fall, dass der Auftragnehmer den Beginn der Ausführungen verzögert, die Zweite, dass der Auftragnehmer die Vollendung der Ausführung verzögert. Die dritte Fallgruppe betrifft letztendlich den Fall, wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile des Auftragnehmers so unreichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können.

#### Vertragsfristen

Grundlage für die Frage, inwieweit der Beginn oder die Vollendung verzögert wird, ist die Frage, inwieweit die Parteien Vertragsfristen, d.h. verbindliche Fristen (auch Zwischentermine) nach § 5 Abs. 1 VOB/B vereinbart haben. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die in einem Bauzeitenplan angegebenen Einzeltermine ohne ausdrückliche Vereinbarung keine Vertragsfristen im Sinne von § 5 Abs. 1 VOB/B sind. Sofern die Parteien keinen Termin für den Baubeginn vereinbart haben, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber auf Verlangen gem. § 5 Abs. 2 VOB/B Auskunft über den voraussichtlichen Beginn zu erteilen. Der Auftragnehmer hat grundsätzlich in diesem Fall binnen 12 Werktagen nach Aufforderung zu beginnen. Der Beginn ist dem Auftraggeber anzuseigen.

#### Schadensersatz bei Aufrechterhaltung des Vertrages

Ein Schadensersatzanspruch bemisst sich im Falle eines Anspruchs nach § 5 Abs. 4 VOB/B grundsätzlich nach § 6 Abs. 6 VOB/B, d.h. ein entgangener Gewinn kann nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit geltend gemacht werden. Denkbar ist auch, dass ein pauschalierter Schadensersatzanspruch, d.h. eine Vertragsstrafe, vereinbart worden ist. Solange der Anspruch innerhalb des Umfangs der vereinbarten Vertragsstrafe verbleibt, bedarf es keiner dezidierten Darstellung eines etwaig tatsächlich/konkret eingetretenen Schadens. Sofern aber Ansprüche oberhalb der Vertragsstrafe geltend gemacht werden sollen, muss der gesamte Schaden dementsprechend dargestellt und bewiesen werden. Sollte der Auftragnehmer dagegen behaupten, dass er seine Bauleistung rechtzeitig hergestellt hat, ist er auch dafür beweispflichtig.

#### Kündigung

Bei einem Anspruch gem. § 5 Abs. 4 VOB/B kann auch eine Kündigung ausgesprochen werden. Voraussetzung hier ist jedoch, dass eine angemessene Nachfrist unter Kündigungsandrohung erfolgt. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist kann der Vertrag dann gekündigt werden. Solange keine Kündigung erfolgt, bleibt der Vertrag aufrecht erhalten. Die Kündigung kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B beschränkt werden. Der Auftraggeber kann dann ein Drittunternehmen beauftragen und den dadurch bedingt entstehenden Schaden gegenüber dem Auftragnehmer geltend machen. Der Anspruch auf Ersatz des weiteren Schadens, d.h. des Schadens außerhalb der Beauftragung des Drittunternehmens, bleibt insoweit aufrecht erhalten. Sofern der Auftraggeber jedoch aus Gründen, die zur Entziehung des Auftrages geführt haben, kein Interesse mehr an der Ausführung hat, kann er auch nach der Kündigung auf die weitere Ausführung verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Für die Weiterführung kann der Auftraggeber Geräte, Gerüste sowie weitere auf der Baustelle vorhan-

dene Einrichtungen oder angelieferte Stoffe und Bauteile gegen angemessene Vergütung in Anspruch nehmen. Hat der Auftraggeber ein Drittunternehmen beauftragt, so ist er verpflichtet, spätestens binnen 12 Werktagen nach erfolgter Abrechnung mit diesem Drittunternehmen dem gekündigten Auftragnehmer eine Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten oder weitere Ansprüche zuzusenden.

Darüber hinaus kommt eine Kündigung gem. § 6 Abs. 7 VOB/B dann in Betracht, wenn die Unterbrechung länger als drei Monate andauert.

## 3.4 § 4 Abs. 7 VOB/B

### § 4 Abs. 7 VOB/B allgemein

Aufgrund der in § 4 Abs. 7 VOB/B enthaltenen Regelungen hat der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer bei Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig anzusehen sind, einen Anspruch auf Mängelbeseitigung, einen so genannten originären Erfüllungsanspruch. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Auftragnehmer sich zu Recht darauf beruft, dass die Mängelbeseitigung unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand nach sich zieht.

Neben dem soeben benannten Anspruch auf Mängelbeseitigung und der sich daraus ergebenden Pflicht des Auftragnehmers zur Beseitigung und mangelfreien Herstellung ist der Auftragnehmer des Weiteren verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der dem Auftraggeber durch die vertragswidrige oder mangelhafte Leistung entstanden ist. Im Rahmen des Schadensersatzanspruchs sind jedoch mögliche »Sowieso-Kosten« sowie ein mitwirkendes Verschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB zu beachten. Neben den beiden soeben benannten Ansprüchen besteht auch ein Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers. Kommt der Auftragnehmer seinen sich aus § 4 Abs. 7 VOB/B ergebenden Verpflichtungen nicht nach, so stehen dem Auftraggeber weitergehende Rechte zu.

Voraussetzung hierfür ist jedoch, wie bei den bereits vorher genannten Ansprüchen, dass ein Mangel in der Leistung des Auftragnehmers vorliegt. Zusätzlich hierzu ist es erforderlich, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine angemessene Frist setzt. Inwieweit die Beseitigungsfrist angemessen ist, richtet sich nach Art und Umfang des Mangels, der beseitigt werden soll. Ausschlaggebend hierfür ist die bei objektiver Betrachtung im Einzelfall notwendige Zeit, damit der Auftragnehmer den durch den Auftraggeber beanstandeten Mangel beseitigen kann. In diesem Zusammenhang muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer erklären, dass er ihm im Falle eines Verstreichens der gesetzten Frist den Auftrag entziehen werde. Sollte der Auftragnehmer die ihm gesetzte Frist nicht beachten oder beachtlich überschreiten, steht dem Auftraggeber das Recht zu, den Vertrag zu kündigen. Die Kündigung ist gem. § 8 Abs. 5 VOB/B stets schriftlich zu erklären. Beauftragt der Auftraggeber anschließend einen Dritten mit der Vornahme der Mängelbeseitigung, kann er die entstandenen Ersatzvornahmemehrkosten gegenüber dem gekündigten Auftragnehmer geltend machen. Des Weiteren ist es dem Auftraggeber möglich, auch einen weiteren Schaden geltend zu machen. Eine Haftungsbegrenzung, wie sie in § 6 Abs. 6 oder § 13 Abs. 7 VOB/B enthalten ist, greift in diesen Fällen nicht. Des Weiteren hat der Auftraggeber im

Rahmen der Ersatzvornahme einen Anspruch gegenüber dem Auftragnehmer, Stoffe, Bauteile und Geräte gegen eine angemessene Vergütung weiter zu nutzen.

## 3.5 Anspruch nach § 6 Abs. 7 VOB/B

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich auf die bereits erfolgte Darstellung zu § 6 Abs. 7 VOB/B.

## 3.6 Anspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B

Wie bereits dargelegt, kann sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber einen Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B verfolgen. Im Gegensatz zu Ansprüchen des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B müssen nicht die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 VOB/B vorliegen (Beckscher VOB/B-Kommentar, § 6 Abs. 6, Rn. 64). Dies folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut. Auch § 6 Abs. 2 bis 4 VOB/B richten sich hinsichtlich der Geltendmachung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs naturgemäß ausnahmslos an den Auftragnehmer.

Die in § 6 Abs. 6 VOB/B dahingehend vorgesehene Haftungsbegrenzung, dass entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu erstatten ist, beruht darauf, dass eine Risikominimierung für die Vertragsbeteiligten erfolgen soll, da bei Bauaufträgen von erheblichen Risiken auch im Bereich des entgangenen Gewinns ausgegangen werden muss.

§ 6 Abs. 6 VOB/B findet insbesondere auch dann Anwendung, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 VOB/B vorliegen und der Auftraggeber nicht von seinem Recht zur Kündigung Gebrauch gemacht hat.

Es müssen Umstände vorliegen, die zu einer Verzögerung geführt haben und vom Auftragnehmer zu vertreten sind. Auch hier gilt, dass der Auftragnehmer sowohl für eigenes Verschulden nach § 276 BGB als auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB haftet.

Zur Ermittlung des Schadens und zur Anwendbarkeit des § 287 ZPO ergeben sich keine Besonderheiten. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen.

Nach § 6 Abs. 6 VOB/B ist jeglicher Schaden, der adäquat kausal auf die hindernden Umstände zurückzuführen ist, zu ersetzen, solange es sich nicht um entgangenen Gewinn handelt. Dieser ist nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu ersetzen.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn gleichzeitig die Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B vorliegen, auf die der Auftraggeber dann seine Ansprüche stützen könnte, da § 4 Abs. 7 VOB/B keine Haftungsbegrenzung vorsieht. Nach § 4 Abs. 7 VOB/B ist jeder adäquat kausale Schaden, sofern er auf die Mängel rückführbar ist, zu ersetzen. Auch Mängel können selbstverständlich hindernde Umstände sein.

Als Schadensersatzpositionen kommen beispielsweise folgende in Betracht:

- Personalkosten, wenn beispielsweise das Bauvorhaben nicht rechtzeitig in Betrieb genommen werden kann und das Personal vorgehalten wird
- Schäden am Bauwerk
- Anwaltskosten
- zusätzliche Kosten der Architekten, Ingenieure oder Sonderfachleute.

## Quellenverzeichnis

Baurecht (BauR) – Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht. Neuwied: Luchterhand Verlag. ISSN: 0340-7489

BB – Der Betriebsberater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft. Frankfurt a. M.: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH. ISSN: 0340-7918

BGB1 – Bundesgesetzblatt. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH. ISSN: 0341-1095

BGHZ – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. Köln: Carl Heymanns Verlag

IBR – Immobilien- und Baurecht. Mannheim: ID Verlags GmbH. ISSN: 0941-5750

Locher, Horst; Vygen, Klaus (Hrsg.); Ingenstau, Heinz; Korbion, Hermann: VOB Teile A und B, Kommentar. 17., überarb. Aufl. München/Unterschleißheim: Werner, Wolters Kluwer 2010

Ganten, Hans; Jagenburg, Walter; Motzke, Gerd (Hrsg.): Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar, Teil B: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B. Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen. 2. Aufl. München: Verlag C. H. Beck. 2008

MDR – Monatsschrift für deutsches Recht. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG. ISSN: 0340-1812

NJW – Neue Juristische Wochenztschrift. München: Verlag C. H. Beck. ISSN: 0341-1915

NJW-RR – Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht. München: C. H. Beck. ISSN: 0179-4043

NZBau – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht. München: C. H. Beck. ISSN: 1439-6351

RGSt – Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen – Vollständige Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) von 1880 bis 1944. DVD-ROM. Berlin. Walter de Gruyter. 2005. ISBN 978-3-89949-243-9

VersR – Versicherungsrecht. Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft. ISSN: 0342-2429

Werner, Ulrich; Pastor, Walter: Der Bauprozess. Prozessuale und materielle Probleme des zivilen Bauprozesses. 13., neu bearb. u. stark erw. Aufl. München/Unterschleißheim: Werner, Wolters Kluwer 2011

WM – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen. Frankfurt a. M.: Herausgebergemeinschaft Wertpapier-Mitteilungen; Keppler, Lehmann GmbH & Co. KG. ISSN: 0342-6971; 0342-698X

---

## Stichwortverzeichnis

### A

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| Abnahmefiktion                  | 73f, 76 ff, 74, 110                         |
| Abnahmeverlangen                | 73f, 77, 95                                 |
| Abzug Neu für Alt               | 107f  |
| Allgemeine Geschäftsbedingungen | 30f, 44, 55 ff                              |
| Alternativpositionen            | 38  |
| Anerkannte Regeln der Technik   | 89  |
| Angemessene Frist               | 15f, 18, 22, 77, 95, 97, 101, 120, 123, 157 |
| Anspruchsberechtigte            | 117, 124 f                                  |
| Anzeigepflicht                  | 50, 52                                      |
| Arglist                         | 113   |
| Aufrechnung                     | 62, 111, 113, 116, 122                      |
| Austauschmöglichkeiten          | 129, 136                                    |
| Avalkosten                      | 121, 126                                    |

### B

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| Baugrundrisiko                  | 41   |
| Bauzeitverlängerungsanspruch    | 144 f, 149, 158                                    |
| Behinderungen                   | 59, 137 ff, 153                                    |
| Beschleunigungsanordnung        | 138, 140 f   |
| Besondere Leistungen            | 17, 33 f, 46                                       |
| Bestätigungsklauseln            | 58   |
| Beweislast                      | 28, 34 f, 49, 51, 58, 70, 89, 93, 101 ff, 143, 150 |
| Bürgschaft                      | 25, 60 f, 126 ff                                   |
| Bürgschaft auf erstes Anfordern | 128 ff, 133  |

### D

|                            |         |
|----------------------------|---------|
| Detailpauschalpreisvertrag | 70, 107 |
|----------------------------|---------|

### E

|                           |  |
|---------------------------|--|
| Einbehalt von Geld        | 128, 132, 136                                |
| Einheitspreisvertrag      | 27 ff, 45 ff, 63, 69, 137, 140               |
| Einzahlung auf Sperrkonto | 25, 129, 132, 136                            |
| Erfüllungsgehilfe         | 19, 83, 85, 87 f, 92, 104, 107 f, 145, 148 f |
| Ersatzvornahmekosten      | 97 f   |
| Ersatzvornahmemehrkosten  | 98 f, 130, 157                               |
| Eventualpositionen        | 32   |

### F

|                   |             |
|-------------------|-------------|
| Fiktive Abnahme   | 73 ff       |
| Förmliche Abnahme | 19 f, 72 ff |

**G**

|                               |                                  |
|-------------------------------|----------------------------------|
| Gebrauchsfähigkeit            | 21, 103 ff                       |
| Gefahrtragung                 | 81 ff                            |
| Gefahrübergang                | 75, 77, 81 ff                    |
| Generalunternehmervertrag     | 43, 58                           |
| Gesamtannahme                 | 74, 77                           |
| Gestörter Bauablauf           | 137 ff                           |
| Gewährleistung                | 58, 61 f, 75, 89 ff, 126, 130 ff |
| Gewährleistungsbürgschaft     | 61, 102, 113, 134 ff             |
| Gewährleistungseinbehalt      | 61                               |
| Gewährleistungsfristen        | 62, 75, 110 f, 131, 134          |
| Gewährleistungssicherheit     | 61, 115, 126 f, 130, 133 ff      |
| Globalpauschalpreisvertrag    | 69 f, 107                        |
| Großer Schadensersatzanspruch | 105 f                            |

**H**

|                       |                        |
|-----------------------|------------------------|
| Haftung               | 18, 21, 83 ff, 94, 154 |
| Haftungsbefreiung     | 87, 90 f, 93           |
| Haftungsumfang        | 96, 106, 130           |
| Hemmung               | 26, 109, 111 f         |
| Hemmungstatbestände   | 110 f                  |
| Hinterlegung von Geld | 25, 60 f, 128 ff       |
| Hinweispflicht        | 90 ff, 107 f           |

**I**

|                  |                     |
|------------------|---------------------|
| Inhaltskontrolle | 27, 56 f, 61 f, 101 |
|------------------|---------------------|

**K**

|                                   |                                 |
|-----------------------------------|---------------------------------|
| Kleiner Schadensersatzanspruch    | 103, 106                        |
| Komplettheitsklausel              | 43 f, 58 f                      |
| Kündigung durch den Auftraggeber  | 17, 66 f                        |
| Kündigung durch den Auftragnehmer | 18, 63 f                        |
| Kündigungsandrohung               | 63, 66 ff, 95, 97, 99, 116, 156 |

**L**

|                   |                                  |
|-------------------|----------------------------------|
| Leistungsänderung | 28 f, 34 ff, 59, 126, 138, 140 f |
|-------------------|----------------------------------|

**M**

|                                  |                        |
|----------------------------------|------------------------|
| Mangel der Leistungsbeschreibung | 91                     |
| Mangelbegriff                    | 89                     |
| Mangelbeseitigungsansprüche      | 95 f, 101              |
| Mängelansprüche                  | 20 f, 24, 26, 131, 138 |
| Mängelrüge                       | 76, 110                |

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| Mehrkosten                      | 14 f, 18, 34 ff, 45 f, 67, 98 f, 130, 141 f, 157 |
| Mehrkostenankündigung           | 38, 46   |
| Mehrkostenanzeige               | 34, 38 ff, 45 f                                  |
| Mengenänderungen                | 28 f, 31   |
| Mengenmehrung                   | 30, 36, 138, 140                                 |
| Mengenüberschreitung            | 29, 32   |
| Minderkosten                    | 11 f, 29, 34 f, 37, 44 f, 140                    |
| Minderungsanspruch              | 100, 102   |
| Mitverschulden                  | 96, 107 f  |
| <b>N</b>                        |  |
| Nachweisführung                 | 50   |
| Nebenleistungen                 | 33 f, 38, 40, 117                                |
| <b>O</b>                        |  |
| Offenkundigkeit                 | 16, 142 f, 148 f, 153                            |
| <b>P</b>                        |  |
| Pauschalpreisvertrag            | 27 f, 41 ff, 58 f, 63, 69 f, 107, 137, 140       |
| Pfandgegenstand                 | 124  |
| <b>R</b>                        |  |
| Rückgabe der Sicherheit         | 131  |
| <b>S</b>                        |  |
| Schadensersatzanspruch          | 96 ff, 120 ff, 130, 134, 138 ff, 148 ff          |
| Schadensminderungspflicht       | 104, 109   |
| Schlüsselfertigkeitsklausel     | 43   |
| Schriftform                     | 39 f, 46, 59, 101, 142                           |
| Selbsthilferecht                | 100, 102   |
| Selbstkostenerstattungsvertrag  | 27, 53   |
| Sicherheiten des Auftraggebers  | 126 ff   |
| Sicherheiten des Auftragnehmers | 113 ff   |
| Sicherungsbedürfnis             | 118 f  |
| Sicherungshypothek              | 115 ff, 124 f                                    |
| Sicherungsmittel                | 63 ff, 107, 116, 118 ff, 136                     |
| Sicherungsumfang                | 123, 126, 134                                    |
| Sowieso-Kosten                  | 93 f, 96, 99, 102, 107 ff, 157                   |
| Störungen                       | 85, 137 ff                                       |
| Stundenlöhne                    | 49 f   |
| Stundenlohnvertrag              | 27, 48, 50 f                                     |

**T**

Teilabnahme 21, 24, 73 ff, 77

**U**

Umfang der Schadensersatzpflicht 104  
 Umlageklausel 61  
 Ursprungskalkulation 30

**V**

Verjährung 26, 109 ff  
 Verjährungsfristen 20 f, 109 ff  
 Vertraglich vereinbarte Beschaffenheit 21, 29, 31, 42, 64, 69 f, 89, 105 ff, 130, 135  
 Vertragsbedingungen 11 ff, 28, 41, 55, 89  
 Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern 57, 60 f, 129 ff  
 Vertragserfüllungssicherheit 115, 126 ff  
 Vertragsfristen 15, 156  
 Vertragsstrafenansprüche 59, 144  
 Vollständigkeitsklausel 43 f, 58  
 Vorauszahlungsbürgschaft 115, 126 f  
 Vorläufigkeitsklausel 31  
 Vorteilsausgleichung 107 ff

**W**

Wesentlicher Mangel 19, 21, 103 ff

**Z**

Zurückbehaltungsrecht 62, 65, 96, 98 f, 113, 119, 121, 125, 130, 157



## Der gestörte Bauablauf

### Verantwortlichkeiten, Ansprüche und Rechtsfolgen nach VOB/B

Katrin Rohr-Suchalla

2008, 160 S., 21 Abb. und Tabellen, gebunden

ISBN 978-3-8167-7566-9 | Fraunhofer IRB Verlag

Der »gestörte Bauablauf« ist der schwierigste Bereich des zivilen Baurechts. Häufig hat man es mit mehreren, sich überlagernden Störungen zu tun verursacht von Auftraggeber, Auftragnehmer oder sogar Dritten und sie haben in zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht die unterschiedlichsten Auswirkungen auf den Bauablauf. Praxisorientiert erläutert die Autorin, welche Arten von Bauablaufstörungen es gibt, wie sie in der VOB/B behandelt werden und welche Ansprüche sich für Auftraggeber und -nehmer daraus ergeben. Das Buch bietet so Rechtsicherheit für alle Baubeteiligten im Umgang mit diesen klassischen Problemen des Baualltags.



## Risse in Beton und Mauerwerk

### Ursachen, Sanierung, Rechtsfragen

Heinz Meichsner, Katrin Rohr-Suchalla

2., überarb. u. erw. Aufl.

2011, 317 S., zahlr., meist farb. Abb., Tab., gebunden

ISBN 978-3-8167-8239-1 | Fraunhofer IRB Verlag

Die verschiedenen Ursachen der Rissentstehung, die unterschiedlichen Schadensbilder, Möglichkeiten der Rissvermeidung sowie die Verfahren der Rissanierung werden beschrieben. Ein Abschnitt befasst sich mit den rechtlichen Problemen wie Haftungs- und Gewährleistungsfragen. Das Buch bietet eine umfassende Darstellung der Rissproblematik im Massivbau und hilft bei der schadenfreien Planung und Ausführung und der Versachlichung in Streitfragen.



## VOB/B-Bauvertragsabwicklung

### anhand von Musterformularen

Ein Leitfaden für öffentliche und gewerbliche Auftraggeber. Mit neuer VOB/B

Rolf Theiß

2., aktual. Aufl.

2011, 268 S., 80 Bau-Musterformulare, gebunden, mit CD-ROM

ISBN 978-3-8167-8531-6 | Fraunhofer IRB Verlag

Die in der vorliegenden 2. Auflage erweiterte Musterformularsammlung ist ein Leitfaden der die praktische Abwicklung eines Bauvorhabens deutlich erleichtert. Entsprechend dem Ablauf eines Bauprojekts sind die Musterformulare nach 17 Praxisschwerpunkten strukturiert, die typische Abwicklungsschwerpunkte und Konfliktsituationen während eines Bauablaufs behandeln und zu lösen helfen.

Katrin Rohr-Suchalla

## **VOB/B – Basiswissen für Baufachleute**

2., überarbeitete und aktualisierte Auflage

Die VOB/B ist die wichtigste Vertragsgrundlage für das gesamte Baugeschehen und regelt alle rechtlichen Dinge zwischen den Baubeteiligten. Wie sie in der Praxis umgesetzt und interpretiert wird, und was der Baupraktiker im Umgang mit ihr wissen und beachten sollte, hat die Autorin in diesem Buch zusammengestellt. Kurz und präzise erläutert sie alle Elemente des Bauvertrages nach VOB/B von den Vertragsarten über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bis hin zu Abnahme, Gewährleistung, Kündigung und Haftung. Sie zeigt Stolperstellen auf und gibt wertvolle Hinweise für eine rechtssichere Vertragsgestaltung und einen reibungslosen Bauablauf.



**Rechtsanwältin Dr. Katrin Rohr-Suchalla** ist Partnerin bei der bundesweit und international tätigen Wirtschaftskanzlei CMS Hasche Sigle mit Schwerpunkt im Bereich des Bau- und Immobilienrechts. Ein wesentlicher Teil ihrer Tätigkeit umfasst die ständige baubegleitende Beratung von Großbauvorhaben sowie die Betreuung von Prozessen und Schiedsverfahren. Sie ist von Stuttgart aus bundesweit beratend tätig.

