

FRANKFURT a. M.
Kettenhofweg 126
60325 Frankfurt a. M.
Tel +49/69/97 58 22-0
Fax +49/69/97 58 22-225/-230
frankfurt@hfk.de

MÜNCHEN
Maximilianstraße 29
80539 München
Tel +49/89/29 19 30-0
Fax +49/89/29 19 30-22
muenchen@hfk.de

HANNOVER
Aegidientorplatz 2 B
30159 Hannover
Tel +49/511/81 12 09-60
Fax +49/511/81 12 09-70
hannover@hfk.de

BERLIN
Knesebeckstraße 1
10623 Berlin
Tel +49/30/31 86 75-0
Fax +49/30/31 86 75-29
berlin@hfk.de

HAMBURG
Am Kaiserkai 10
20457 Hamburg
Tel +49/40/28 80 95-30
Fax +49/40/28 80 95-40
hamburg@hfk.de

DÜSSELDORF
Bleichstraße 8 – 10
40211 Düsseldorf
Tel +49/211/54 21 65-0
Fax +49/211/54 21 65-99
duesseldorf@hfk.de

STUTTGART
Bolzstraße 8
70173 Stuttgart
Tel +49/711/914 359-00
Fax +49/711/914 359-99
stuttgart@hfk.de

WIEN
Singerstraße 20/11
A-1010 Wien
Tel +43/1/89 00 761
Fax +43/1/89 00 761 21
wien@hfk-rechtsanwaelte.at

DIE KANZLEI IM INTERNET: WWW.HFK.DE

PRIVATES BAURECHT – LEITFADEN FÜR DIE PRAXIS

PRIVATES BAURECHT – LEITFADEN FÜR DIE PRAXIS

Privates Baurecht – Leitfaden für die Praxis

Impressum

Privates Baurecht – Leitfaden für die Praxis

Copyright 2013 • Redaktionelle Verantwortung:

HFK RECHTSANWÄLTE LLP

Gestaltung und Satz: appelt mediaservice, Berlin

Druck: FATA MORGANA Verlag, Schwenzer & Partner GbR

Vorwort	10
A. Einführung Werkvertrag/Bauvertrag	13
I. Vertragstypus Bauvertrag	14
II. BGB und VOB/B	14
III. Spannungsverhältnis zwischen Erfolgshaftung/Mängelhaftung/ Leistungsumfang (Bausoll)/Vergütung	15
B. Vertragsschluss	21
I. Allgemeines	22
1. Form	23
2. Leistungssoll	23
3. Abbruch von Vertragsverhandlungen	24
II. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	25
1. Erscheinungsbild von AGB	26
2. Einbeziehung von AGB	26
3. Unwirksamkeit von AGB	27
a) Überraschende und unklare Klauseln	27
b) Intransparente und mehrdeutige Klauseln	28
c) Klauseln, die unangemessen benachteiligen	28
4. Beispiele für wirksame und unwirksame Klauseln	29
a) VOB/B	29
b) Vertragsstrafe	29
c) Sicherheitsleistung	30
d) Funktionsklauseln / Vollständigkeitsklauseln	30
III. Rangfolgefragen	30
1. Allgemeines	30
2. Rangfolgeregelungen	31

IV. Vertretungsmacht	32
1. Allgemeines	32
2. Zurechnung durch gesetzten Rechtsschein	32
3. Bevollmächtigung eines Architekten/„originäre Architektenvollmacht“	33
4. Vertretungsmacht in der Vertragsgestaltung und bei der Vertragsdurchführung	35
C. Schnittstellen	37
I. Erscheinungsformen von Schnittstellen	38
1. Technisch	38
2. Örtlich	39
3. Zeitlich	40
4. Juristisch	40
a) Einzelvertrag	40
b) Vertrag mit einem Generalunternehmer	41
c) Vertrag mit einem Generalübernehmer	42
II. Rechtliche Regelungen zu Schnittstellen	43
1. Regelungen des BGB	43
2. VOB-Regelungen	43
a) Regelungen für den Auftraggeber	44
b) Regelungen für den Auftragnehmer	44
3. Andere Normen	46
III. Vermeidung bzw. Umgang mit Schnittstellen	46
1. Übertragung der Koordination auf einen Generalunternehmer/-übernehmer	47
2. Vertragsgestaltung	48
3. Partnering/Bauteamverfahren	49
D. Vertragsabwicklung	51
I. Terminliche Steuerung des Bauablaufs	52
1. Handlungsmöglichkeiten bei Bauzeitverzögerungen	52
a) Abhilfeverlangen bei absehbarer Terminüberschreitung (§ 5 Abs. 3 VOB/B)	53
b) Nachfrist bei Verzug mit Bauleistungen (§ 5 Abs. 4 VOB/B)	54
c) Sonstige Rechte / Maßnahmen bei Verzögerungen	55

2. Bauzeitnachträge	58
a) Grundlagen	58
aa) Abwehr / Anspruch	58
bb) Vertragsvereinbarung Termine / Bauablauf	59
cc) Störung / Behinderung	59
aaa) Mehrvergütungsanspruch (§ 2 Abs. 5 VOB/B)	59
bbb) Entschädigungsanspruch (§ 642 BGB)	60
ccc) Bauzeitverlängerung (§§ 6 Absätze 2 und 4 VOB/B), Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B)	61
dd) Notwendiger Vortrag / Nachweise	63
aaa) Behinderungsanzeige	64
bbb) Kausalität	65
ccc) Beweislast	65
ee) Dokumentation	66
b) Anspruchsgrundlagen	66
aa) Mehrvergütungsanspruch (§ 2 Abs. 5 VOB/B)	67
bb) Entschädigungsanspruch (§ 642 BGB)	69
cc) Bauzeitverlängerungsanspruch (§§ 6 Abs. 2 und 4 VOB/B)	69
dd) Schadensersatzanspruch (§ 6 Abs. 6 VOB/B)	69
c) Berechnungsgrundlagen	72
aa) Zeit (Bauzeitverlängerung)	72
bb) Kosten	72
aaa) Mehrvergütung (§ 2 Abs. 5 VOB/B)	72
bbb) Entschädigung (§ 642 BGB)	73
ccc) Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B)	74
d) Spezialthemen	75
aa) Puffer	75
bb) Unterdeckung AGK	75
II. Finanzielle Steuerung des Bauablaufes	77
1. Anspruchsgrundlagen für Mehrvergütungsansprüche	78
2. Anspruchsvoraussetzungen	82
a) Änderung oder Erweiterung des von der hauptvertraglichen Vergütung umfassten Leistungsumfanges (Bausoll-Bausist-Abweichung)	82
aa) Bausoll	82

aaa) Erste Stufe (Sondierung aller im Vertrag enthaltenen Leistungen)	85
aaaa) Leistungsbeschreibung	85
bbbb) Leistungsverzeichnis	86
cccc) Funktionale Leistungsbeschreibung	87
dddd) Übrige Vertragsunterlagen	89
bbb) Zweite Stufe (Ermittlung des Bausolls durch Vertragsauslegung)	90
bb) Bauist	92
b) Anordnung	92
aa) Inhalt/Form	93
bb) Vollmacht	94
c) Nachtragskalkulation	95
d) Kalkulatorische Grundlagen	95
e) Fortschreibung der Kalkulation	100
III. Qualitative Steuerung des Bauablaufs	104
1. Mangel	104
a) Begriff	104
b) Besonderheiten	105
2. Pflichten und Rechte vor Abnahme	109
a) Pflichten	109
b) Rechte	109
aa) VOB/B-Bauvertrag	109
bb) BGB-Bauvertrag	114
3. Pflichten und Rechte nach Abnahme	115
a) Auf Seiten des Auftragnehmers	115
aa) Mangelbeseitigung/Nacherfüllung (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B / §§ 633, 634 Nr. 1 i.V. m. § 635 BGB)	115
bb) Weitergehende Pflichten des Auftragnehmers	116
cc) Weitergehende Rechte des Auftragnehmers	117
b) Auf Seiten des Auftraggebers	118
aa) Pflichten des Auftraggebers	118
bb) Rechte des Auftraggebers	119
IV. Abnahme	125
1. Begriff und Wesen der Abnahme	125
2. Arten der Abnahme	127
3. Abnahmeverweigerung	132

4. Abnahme von Teilleistungen	132
5. Einfache Zustandsfeststellung/Technische Zustandsfeststellung (§ 4 Abs. 10 VOB/B)/Beweissicherung	133
E. Sicherheiten	137
I. Vorauszahlungssicherheit	138
II. Vertragserfüllungssicherheit	139
III. Gewährleistungssicherheit	140
IV. Bauhandwerkersicherungshypothek	141
V. Bauhandwerkersicherung	143
F. Versicherungen	145
I. Versicherungsmodell	146
II. Betriebshaftpflichtversicherungen des Bauunternehmers	147
III. Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure	148
IV. Bauherrenhaftpflichtversicherung	150
V. Bauleistungsversicherung	150
VI. Regress	151

Vorwort

Mit dieser Broschüre „Privates Baurecht: Leitfaden für die Praxis“ behandeln wir die in der Baupraxis am häufigsten vorkommenden Fragen rechtlicher Art. In komprimierter Form wird das rechtliche Spannungsverhältnis zwischen Erfolgshaftung und Mängelrecht, zwischen Vergütung und von der Vergütung abgegoltenem Leistungsumfang vor dem Hintergrund des Qualitäts-, Zeit- und Kostendruckes verständlich und für die tägliche Anwendung geeignet aufbereitet.

Schaubilder fördern das Verständnis der rechtlichen Zusammenhänge und die Handhabbarkeit für den Praktiker.

Nach einer Einführung, die das Wesen des Werkvertrages, die Erfolgshaftung, beleuchtet, behandeln wir die typischen Rechtsfragen rund um den Vertragsschluss einschließlich der Schnittstellen und Vertretungsproblematiken. Der Leser erhält Tipps und Hinweise, wie mancher Konflikt von Anfang an verhindert werden kann.

Im Hauptteil der Broschüre beschäftigen wir uns mit den drei großen Themen im Rahmen der Bauabwicklung: Terminsteuerung, Kostensteuerung und Qualitätssteuerung. Auf Grund unserer langjährigen Praxiserfahrung fokussieren wir uns dabei auf die häufigsten Problemfelder und stellen kurz die Rechtslage einschließlich neuester Entwicklungen und darauf aufbauend Handlungsmöglichkeiten dar.

Abgerundet wird unser Leitfaden mit einer Darstellung der Sicherungsmöglichkeiten von Forderungen und Ansprüchen als auch einem Überblick zu versicherungsrechtlichen Aspekten.

Folgende Rechtsanwälte aus unserem Fachteam „Privates Baurecht“ haben an dieser Broschüre als Autoren mitgearbeitet:

Dr. Alexander Arndt
Daniel Dullenkopf
Dr. Peer Feldhahn
Armin Heisiep

Frank Meier
Michael Stemmer
Ernst Wilhelm

Nahezu alle Autoren dieses Leitfadens sind Fachanwälte für Bau- und Architektenrecht und über viele Jahre in Großprojekten bei allen Arten von Bauwerken beratend und forensisch tätig. Entsprechend ist dieser Leitfaden von der praktischen Erfahrung der Autoren maßgeblich geprägt.

HFk Rechtsanwälte sind auf die baubegleitende Rechtsberatung von Großprojekten spezialisiert. In sieben deutschen Standorten beraten wir mit mehr als 65 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in allen Gebieten rund um den Bau – wie Baurecht, Architekten- und Ingenieurrecht, Vergaberecht, Immobilienrecht sowie im allgemeinen Wirtschaftsrecht.

Lernen Sie unsere Kompetenz kennen.

Ernst Wilhelm

A. Einführung Werkvertrag/Bauvertrag

I. Vertragstypus Bauvertrag

Das deutsche Zivilrecht, vornehmlich kodifiziert im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), kennt etliche Vertragstypen, etwa Kauf-, Miete-, Leihe-, Geschäftsbesorgungs-, Dienst- (Arbeits-) oder Werkvertrag.

Beim Werkvertrag schuldet der Auftragnehmer einen bestimmten Erfolg seiner Tätigkeit. Das unterscheidet den Werkvertrag vom reinen Dienst- (Arbeits-) Vertrag, bei dem lediglich die Tätigkeit, aber kein mit der Tätigkeit verbundener Erfolg geschuldet wird.

Der Werkvertrag ist im BGB in einigen wenigen Paragrafen, §§ 631 – 651 BGB, geregelt. Der Anwendungsbereich der werkvertraglichen Vorschriften aus dem BGB ist groß: Er geht vom Schneidern eines Anzuges bis hin zur Errichtung einer großen Anlage, etwa einem Kraftwerk.

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag.

II. BGB und VOB/B

Wegen des weitreichenden Anwendungsbereiches der werkvertraglichen Vorschriften des BGB bestand schon früh nach dem Inkrafttreten des BGB (01.01.1900) das Bedürfnis der Baubranche, über die sehr abstrakt gehaltenen werkvertraglichen Vorschriften des BGB hinaus weitere vereinheitlichte Vorschriften, zugeschnitten auf das bauvertragliche Geschehen anwenden zu können, um die Besonderheiten der bauvertraglichen Abwicklung besser zu erfassen. Es liegt auf der Hand, dass der Herstellungsprozess bei einem Bau wesentlich vielschichtiger und komplizierter ist als etwa bei einem Kleidungsstück durch einen Schneider.

Vor dem Hintergrund dieses Bedürfnisses entstand 1926 die Verdingungsordnung für Bauleistungen, später Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (abgekürzt VOB/B) genannt. Der Rechtsnatur nach handelt es sich um ein vorformuliertes Klauselwerk, um **Allgemeine Geschäftsbedingungen**. Der Deutsche Vergabe- und Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA), der diese VOB/B formuliert hat, setzt und setzt sich bis heute aus Vertretern beider Lager, also Auftraggeber (Bauherren) und Auftragnehmer (Bauunternehmen) zusammen. Dadurch soll die Ausgewogenheit der VOB/B zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerinteressen gewahrt bleiben.

Die VOB/B wurde im Laufe der Zeit immer wieder modifiziert. Die aktuelle VOB/B hat den Stand 2012. Durch die letzte Änderung hat es in puncto Zahlungsverzug eine Anpassung an die im Laufe der Zeit europarechtlich modifizierten BGB-Vorschriften gegeben und zwar dergestalt, dass mit Ablauf von 30 Kalendertagen nach Zugang einer Rechnung „automatisch“ Zahlungsverzug eintritt, ohne dass es einer vorherigen Mahnung – wie bisher – bedarf, § 16 Abs. 5 Ziff. 3 S. 3 VOB/B (2012). Gleichwohl darf ein Auftragnehmer auch nach der neuen VOB/B seine Leistungen wegen Zahlungsverzuges erst dann einstellen, wenn er zuvor dem Auftraggeber eine Nachfrist zur Zahlung mit Androhung der Leistungseinstellung gesetzt hat, § 16 Abs. 5 Ziff. 4 VOB/B (2012).

Trotz immer wieder geäußerter Kritik hat sich die VOB/B im Laufe der fast 90 Jahre ihres Bestehens bewährt. Sie bietet ein praktikables Instrument für die Vertragsabwicklung.

Zur Zeit gibt es eine Arbeitsgruppe beim Bundesministerium der Justiz, die die Aufgabe hat, im Bürgerlichen Gesetzbuch, ergänzend zu den werkvertraglichen Vorschriften, spezielle bauvertragliche Vorschriften zu entwickeln. In dieser Arbeitsgruppe sitzen u.a. Vertreter der Bauverbände, der Architektenkammer und sonstiger Interessensgruppen.

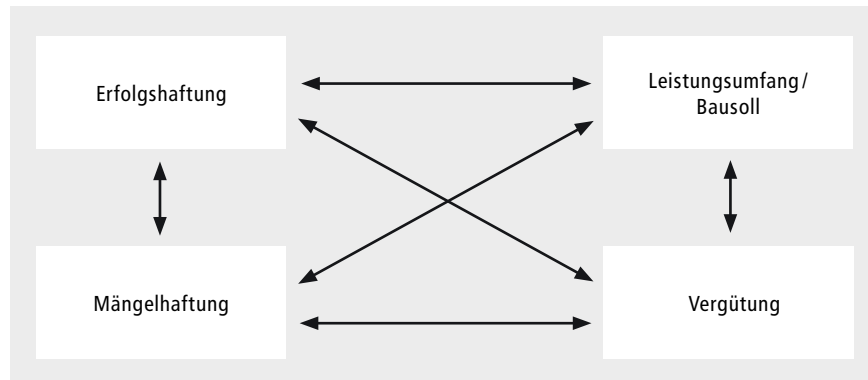
Es zeigt sich, dass vielfach auf der Grundlage der VOB/B-Regelungen versucht wird, ein gesetzliches Bauvertragsrecht zu formulieren. Das lässt den Schluss zu, dass die VOB/B aus den Köpfen der Baujuristen und letztlich aus dem Inhalt eines Bauvertragsrechtes, gleich ob es über Gesetz oder Allgemeine Geschäftsbedingungen gestaltet wird, in der heutigen Praxis nicht mehr wegzudenken ist.

III. Spannungsverhältnis zwischen Erfolgshaftung/Mängelhaftung/Leistungsumfang (Bausoll)/Vergütung

In dem Spannungsverhältnis zwischen Erfolgshaftung/Mängelhaftung/Leistungsumfang/Vergütung bewegen sich die meisten Baustreitigkeiten.

Die **Erfolgshaftung** bestimmt letztlich den geschuldeten Leistungsumfang. Geschuldet ist alles an Leistungen, was zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges notwendig ist. Dieser nach der Erfolgshaftung geschuldete Leistungsumfang ist nicht immer identisch mit dem von der **vereinbarten Vergütung erfassten Leistungsumfang**. Er kann darüber hinausgehen.

So kann es vorkommen, dass ein Auftragnehmer wegen Nichterreichung des **werkvertraglichen Erfolges** in der Mängelhaftung steht, obwohl er alles, so wie im Vertrag vorgegeben, richtig gemacht hat und er trotzdem weiter leisten muss. Gleichwohl kann er unter Umständen aber für diese zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges notwendigen, zusätzlichen Leistungen über die vertraglich vereinbarte Vergütung hinaus noch eine weitere, nachtragsgegenständliche Vergütung verlangen.



Ein bauliches Werk ist also nicht nur dann mangelbehaftet, wenn der Auftragnehmer anders oder schlechter geleistet hat, als vertraglich vereinbart (dazu im Einzelnen nachfolgend unter D.III.1), sondern auch dann, wenn der Erfolg – die Funktion – nicht erreicht wird, obwohl die vertraglich vereinbarten Leistungen ordnungsgemäß umgesetzt wurden. Die Rechtsprechung spricht vom **funktionalen Mangelbegriff** (vgl. hierzu auch unsere Ausführungen unter Ziffer D.III.1.b). So muss ein Dach ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertrag regendicht sein oder ein Keller ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertrag trocken sein usw. Wenn in der vertraglich vereinbarten Beschreibung der auszuführenden Leistungen eine Leistung fehlt, die aber zur Erreichung eines Erfolges (etwa regendichtes Dach) erforderlich ist, schuldet sie der Auftragnehmer gleichermaßen, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Vertrag. Das ist das Wesen und das Besondere an der **werkvertraglichen Erfolgshaftung**.

Dieser werkvertragliche Erfolg ist deshalb nicht immer identisch mit dem vertraglich vereinbarten oder niedergeschriebenen Leistungsinhalt, in der baurechtlichen Alltagssprache auch als **„Bau-Soll“** bezeichnet. Die funktionale Betrachtung löst sich vom konkreten und gegebenenfalls auch detaillierten Leistungsbeschrieb.

Im Streitfall wird das funktional geschuldete „Bau-Soll“ durch Auslegung ermittelt.

Das Gleiche gilt für die damit auf Vergütungsseite korrespondierende (Streit-)Frage, ob solche, im Vertrag nicht beschriebenen, gleichwohl aus funktionaler Sicht zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges notwendigen Leistungen von der hauptvertraglichen Vergütung erfasst sind oder nicht. Auch hier ist wieder durch Auslegung des Vertrages und all seiner Bestandteile einschließlich der Begleitumstände zu ermitteln, was nach objektiven Kriterien unter Berücksichtigung des jeweiligen Empfängerhorizontes von der hauptvertraglich vereinbarten Vergütung an Leistungen erfasst und abgegolten ist und was nicht.

Im Rahmen einer solchen vorzunehmenden Auslegung ist oft entscheidend, ob ein Auftragnehmer bei unklaren oder unvollständigen Leistungsbeschrieben ein damit verbundenes Risiko für die Kalkulation seiner Vergütung übernommen hat oder nicht.

Das ist im Einzelfall schwierig zu bestimmen und zu entscheiden. Als Faustregel kann gelten, dass **bei versteckten oder nicht erkennbaren Risiken**, die aus einer unvollständigen oder sogar falschen Leistungsbeschreibung stammen, der Auftragnehmer nicht das damit verbundene Risiko der Erbringung weiterer, zur Erfolgserreichung notwendiger Leistungen ohne Erhöhung der hauptvertraglichen Vergütung übernommen hat. Gleichwohl gibt es auch hier Ausnahmen, etwa wenn nach Verkehrssitte jedem verständigen Bieter klar sein muss, dass die Nichterwähnung eines bestimmten Details nicht bedeutet, dass es nicht vorhanden ist, so dass er in seiner Preisbildung auf die Nichtexistenz dieses Risikos nicht vertrauen darf, BGH, Urteil vom 22.12.2011 – VII ZR 67/11, NJW 2012, 518 (in dem entschiedenen Fall war eine Bodenbelastung nicht erwähnt; gleichwohl musste nach Verkehrssitte beim Abbruch der Straße mit belastetem Boden gerechnet werden).

Grundsätzlich haftet ein Auftraggeber für die Richtigkeit seiner Detailangaben. Das gilt aber dann nicht, wenn auftragnehmerseits kein **Vertrauen in die Richtigkeit dieser Detailangaben** besteht, etwa weil die Unrichtigkeit erkennbar war oder hätte erkannt werden müssen, etwa aufgrund der spezifischen Bieter-/Auftragnehmersachkunde.

Gleiches gilt, wenn bestimmte Details einer Ausschreibung, die für die Kalkulation der hauptvertraglichen Vergütung durchaus Bedeutung haben, entweder eine auslegungsfähige Bandbreite haben, OLG Brandenburg, Urteil vom 17.01.2002 – 12 U 126/01, IBR 2002, 348, oder erkennbar lediglich als Empfehlung oder vorläufige Angabe ausgewiesen sind, OLG

Köln, Urteil vom 03.03.2000 – 11 U 46/98, IBR 2001, 350; BGH, Beschluss vom 19.05.2011 – VII ZR 36/10, IBR 2011, 567 (betr. „ca.-Maße“). In dem vorzitierten Fall (OLG Köln) ging es um Stahlbewehrung, die in der Ausschreibung gewichtsmäßig nur als geschätzt und vorläufig angegeben war, weil das genaue Ausmaß erst nach Vorlage einer Statik ermittelt werden konnte und diese Statik schuldete der Auftragnehmer nach seinem Leistungsumfang. Das heißt, er konnte das genaue Ausmaß des Stahlverbrauches erst nach Auftragserteilung und Erstellung der Statik ermitteln. Das bedeutet, dass er im Rahmen der Angebotsphase den Preis für Stahl nur schätzen konnte. Das mit dieser Schätzung verbundene Risiko der Abweichung von der nachher tatsächlich durch die Statik ermittelten Menge hat er damit übernommen.

Eine Ausnahme von obiger Risikozuweisung wird nach der Rechtsprechung dann gemacht, wenn falsche oder unvollständige Details, deren Fehlerbehaftung oder Unvollständigkeit nicht erkannt wurde bzw. hätte erkannt werden müssen, erkennbar (für beide Seiten) **Geschäftsgrundlage der Kalkulation der Vergütung** wurden, BGH, Beschluss vom 23.03.2011 – VII ZR 216/08, NJW-RR 2011, 886; BGH, Urteil vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10, BauR 2011, 1646. In solchen Fällen ergibt zwar die Vertragsauslegung, dass der Auftragnehmer zum einen diese Leistung zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges schuldet und zum anderen, dass diese Leistung auch von der hauptvertraglichen Vergütung erfasst und abgegolten ist. Gleichwohl sieht in solchen Grenzfällen der BGH die **Geschäftsgrundlage der Preisbildung** als entfallen an mit der Folge, dass ein Anspruch auf Anpassung des Preises für eben diese jetzt (unerwartet) erforderliche Leistung bestehen soll.

Im Rahmen der Vertragsauslegung spielt weiter eine Rolle, in wessen Risikosphäre die nicht in die hauptvertragliche Vergütung kalkulierte, gleichwohl zur vertraglichen Erfolgshaftung notwendige Leistung fällt.

Dabei ist mit vorschnellen Risikozuweisungen vorsichtig umzugehen: Das echte Baugrundrisiko fällt nicht per se in die Risikosphäre des Auftraggebers. Vielmehr ist auch hier die Gestaltung des Vertrages maßgebend bzw. bei Unklarheiten eine Auslegung vorzunehmen, wer welche oder alle Risiken aus dem Baugrund vergütungsmäßig zu tragen hat, wenn diese Risiken Leistungen nach sich ziehen, die zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges notwendig sind, aber von der Kalkulation der hauptvertraglichen Vergütung nicht erfasst sind oder wurden.

In solchen Grenzfragen sind die Umstände des Einzelfalles maßgebend. Generalisierende Aussagen, Wertungen oder Maßstäbe können nicht gegeben werden.

Im Spannungsverhältnis dieser vier, sich im Anwendungs- und Wirkungsbereich zum Teil überschneidenden Themen Erfolgshaftung/Mängelhaftung/Leistungsumfang (Bausoll)/Vergütung haben die meisten Baustreitigkeiten ihren Ursprung, aber auch zugleich ihre Lösung.

B. Vertragsschluss

Mit dem Vertragsschluss legen die Parteien den Vertragsgegenstand und somit insbesondere auch den **Leistungsumfang** endgültig fest. Damit geht das Angebots- und Verhandlungsstadium in die Phase der Vertragsdurchführung über. Änderungen sind dann nur noch über nachträgliche Ergänzungsvereinbarungen oder z.B. die Anordnungsrechte der VOB/B möglich, beides kann kostspielig sein, weshalb auf den Vertragsschluss größte Sorgfalt verwendet werden sollte.

I. Allgemeines

Der Bauvertrag kommt wie alle Verträge durch **zwei übereinstimmende Willenserklärungen** – Angebot und Annahme – zu Stande. Im Gegensatz zu anderen Vertragstypen wird das Verhandlungsstadium im Bauwesen allerdings regelmäßig dadurch eingeleitet, dass zunächst der Auftraggeber einen oder mehrere Bieter zur Abgabe eines Angebotes auffordert.

Diese Aufforderung ist weder für den Auftraggeber noch den Bieter verbindlich. Erst wenn der Bieter sein Angebot abgegeben hat, ist er daran gebunden. Nach den gesetzlichen Regelungen kann dabei die Bindung der Dauer sehr unterschiedlich lange ausfallen und je nach Schwierigkeit der Materie wenige Tage, aber auch Monate betragen. Werden Angebote nicht „rechtzeitig“ angenommen, so erlöschen sie bzw. die verspätete Annahme stellt ein eigenes Angebot dar. Deshalb ist es dringend zu empfehlen, bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe (oder falls dort nicht bestimmt, eben im Angebot selbst) eine **Bindefrist** zu erklären.

Angebote erlöschen aber auch dann, wenn sie durch Änderungen bei der Annahmeerklärung abgeändert werden. Diese Annahme, die den Antrag erweitert, einschränkt oder inhaltlich abändert, stellt zum einen eine Ablehnung des ursprünglichen Angebotes dar und ist aber auch selbst ein **neues Angebot**. Dieses kann (muss aber nicht) vom ursprünglichen Anbieter angenommen werden. Da der Bieter also nicht mehr an sein Angebot gebunden ist, ist bei Aufträgen, die unbedingt erteilt werden sollen, bei den Formulierungen im Auftrags-/Bestellschreiben Vorsicht geboten.

Idealerweise ist die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes bereits so gestaltet, dass das Angebot einen eindeutigen Inhalt hat und quasi nur noch mit einem „Ja“ angenommen werden muss. Werden trotzdem noch Verhandlungen mit Abänderungen des Angebotes geführt, so kommt der Vertrag mit dem verhandelten oder später erklärten Inhalt zu Stande. Das darüber geführte **Verhandlungsprotokoll** dient insbesondere der Beweis- und Dokumentationsfunktion und sollte vorrangiger Vertragsbestandteil werden.

1. Form

Auch bei der Form unterliegt der Bauvertrag grundsätzlich keinen Besonderheiten. Er kann somit **mündlich** abgeschlossen werden. Lediglich in engen Ausnahmefällen sieht das Gesetz höhere Anforderungen an die Form vor (z.B. eine notarielle Beurkundung bei einer Verbindung der Herstellpflicht mit einer Pflicht zur Übertragung von Grundeigentum – also insbesondere bei Bauträgerverträgen).

Trotz dieses Grundsatzes ist natürlich dringend anzuraten, Verträge schriftlich abzuschließen. Vorsicht ist allerdings auch dann geboten, da die einmal gewählte Schriftform wieder mündlich abbedungen werden kann. Dies gilt ggf. selbst dann, wenn die häufig verwendete Klausel, dass auch Abänderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen, in den Vertragstext aufgenommen wurde.

Dadurch, dass für Bauverträge dem Grundsatz nach keine bestimmte Form vorgesehen ist, können vertragliche Bindungen auch durch **konkludente Handlungen** entstehen. So kann ein Vertragsangebot auch dadurch angenommen werden, dass mit dem Bau begonnen wird bzw. die Leistungen des Auftragnehmers entgegengenommen werden. In diesem Zusammenhang muss besonders auf die Gefährlichkeit des Schriftverkehrs nach geführten Verhandlungen hingewiesen werden. (**Bestätigungs-)Schreiben**, die den Inhalt geführter Verhandlungen zusammenfassen oder wiedergeben sollen, müssen inhaltlich genau überprüft werden. Widerspricht nämlich der Vertragspartner einem solchen Schreiben nicht **unverzüglich**, kommt ein Vertrag mit dem darin behaupteten Inhalt zu Stande. Dies gilt in der Regel selbst dann, wenn bei den Vertragsverhandlungen tatsächlich keine Einigung erzielt wurde und in dem Schreiben das Besprochene nicht gänzlich korrekt wiedergegeben wird. Somit sollten die Parteien sich bei Vertragsverhandlungen stets eine schriftliche Abfassung vorbehalten und Schreiben im Nachgang der Verhandlungen stets widersprechen.

2. Leistungssoll

Das Leistungssoll wird durch die Erklärungen (Angebot, Annahme) der Vertragsparteien beim Vertragsschluss bestimmt. Sind die Erklärungen oder der spätere Vertragstext nicht eindeutig formuliert oder geben das Gewollte nicht wieder, wird der Vertragsschluss hierdurch grundsätzlich nicht berührt. Wie bereits oben erwähnt, ist das Leistungssoll dann durch **Auslegung der gesamten Erklärungen** (Vertragstext und alle Anlagen) zu ermitteln.

Bei der Auslegung des Vertrags ist in erster Linie von dem von den Parteien gewählten **Wortlaut** auszugehen. Dabei ist vor allem der dem Wortlaut zu entnehmende **objektiv erklärte Parteiwillen**, so wie ihn der Vertragspartner verstehen musste/durfte, entscheidend. Gemäß §§ 133, 157 BGB darf sich die Auslegung aber nicht zwanghaft an den Wortlaut klammern, selbst wenn der Wortlaut klar und eindeutig ist. Der Vertrag ist als sinnvolles Ganzes auszulegen und bei der Auslegung eines widersprüchlichen oder lückenhaften Vertragstextes sind die **Gesamtumstände** zu berücksichtigen. Bei Streitigkeiten wird letztlich die Auslegung ein „objektiver Dritter“ (ordentliches Gericht, Schiedsgericht – ggf. mit sachverständiger Hilfe) durchführen. Da deren Auslegungsergebnis kaum vorhergesehen werden kann, ist bei der Vertragsgestaltung größtmögliche Sorgfalt auf einen eindeutigen Leistungsumfang zu legen.

3. Abbruch von Vertragsverhandlungen

Bei Vertragsverhandlungen ist jede Partei darin frei, ob sie letztlich die vertragliche Verbindung eingeht. Grundsätzlich kann jeder jederzeit die Verhandlungen abbrechen, auch wenn die andere Partei bereits erhebliche Aufwendungen für die Verhandlungen (z.B. umfangreiche Kalkulationen und Planungen) getätigt hat. Diese Kosten für die Angebotserstellung und die Verhandlungsphase können in der Regel nicht zurückverlangt werden.

Für den Abbruch von Vertragsverhandlungen können alle „vernünftigen“ Erwägungen ausreichend sein. Dazu gehören z.B. auch ein besseres Angebot oder die Verschlechterung von Geschäftschancen. Die Grenzen, bei der sich eine Partei unredlich verhält und damit Ersatzansprüche entstehen könnten, werden in der Praxis kaum erreicht. Sie können in der Regel nur angenommen werden, wenn eine Partei z.B. ihre Abschlussbereitschaft nur vorge täuscht oder sich bereits umentschieden hat und dies nicht dem Verhandlungspartner mitteilt. Somit kann der Vertragspartei, die im Verhandlungsstadium erhebliche Aufwendungen tätigen muss, nur angeraten werden, auf eine **Vergütungsvereinbarung** hinzuwirken und/oder zumindest ihre Aufwendungen nachvollziehbar zu dokumentieren. Lockere Absichtserklärungen für ein späteres gemeinsames Bauen oder unbestimmte Vorverträge werden zwangsläufig zu einem späteren Streit über den Beginn und das Ende einer Akquisitionsphase führen.

II. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Die Standardisierung und Formalisierung von Vertragswerken sind für regelmäßig am Bau tätige Auftraggeber und Auftragnehmer unverzichtbar. Allerdings geht damit auch zwingend einher, dass die Vertragsparteien dabei vielfach Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) verwenden, auch wenn ihnen dies teilweise nicht immer bewusst ist. Denn AGB sind alle Vertragsbedingungen, die für eine Verwendung in einer Vielzahl von Verträgen **vorformuliert** sind und bei Abschluss eines Vertrages von einer Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei **gestellt** werden. Die VOB/B wurde bereits erwähnt, weitere bekannte Beispiele sind AVB, BVB und ZVB. Darüber hinaus sind auch standardisierte Verhandlungsprotokolle oder Vertragstexte, aber auch Formulierungen, z.B. in Bestellschreiben oder in Anschreiben zur Angebotslegung, AGB in diesem Sinne.

Die Verwendung von AGB birgt das (erhebliche) Risiko, dass diese Regelungen sich nicht nur an den zwingenden gesetzlichen Vorschriften orientieren müssen, sondern dass sie gemäß den §§ 305 ff. BGB einer **inhaltlichen Kontrolle** unterliegen. Vereinfacht gesagt, müssen AGB die vom Gesetz gewollte Ausgewogenheit vertraglicher Beziehungen berücksichtigen, tun sie das nicht, sind sie unwirksam (dazu unten im Einzelnen).

Aus der obenstehenden Definition der AGB lässt sich entnehmen, dass das Gegenstück dazu **individualvertragliche Regelungen** sind. Diese sind gerade nicht für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, sondern sie werden von den Parteien gemeinsam ausgehandelt und damit auch nicht von einer Seite gestellt. Ein **Aushandeln** in diesem Sinne liegt allerdings nur dann vor, wenn die Regelung vorgeschlagen und dem Vertragspartner anschließend ernsthaft zur Disposition gestellt wird. Dazu reicht ein Erklären oder Erörtern bei weitem nicht aus. Der Verwender einer Vertragsklausel wird letztlich darlegen und beweisen müssen, dass es ein echtes Verhandeln über die Klausel gab. Dazu wird es in der Regel auch nicht ausreichend sein, wenn z.B. Vertragswerke elektronisch mit der Möglichkeit zur Änderung an die Gegenseite übersendet werden. Im Streitfall wird der Verwender des Vertragswerkes nämlich explizit nachweisen müssen, dass gerade die Klausel, deren Unwirksamkeit nun die Gegenseite behauptet, ernsthaft zur Disposition stand. Überspitzt gesagt wird dieser Nachweis nur dann gelingen, wenn genau an dieser Klausel auch Veränderungen vorgenommen wurden.

Aufgrund der drohenden Unwirksamkeit von Klauseln und der daraus resultierenden Auswirkungen auf das gesamte Vertragswerk ist bei der Vertragsgestaltung höchste Vorsicht geboten. Entweder sind AGB so zu gestalten, dass sie rechtssicher sind oder es

muss zumindest bereits im Vorfeld eruiert werden, welche Auswirkungen die Unwirksamkeit auf das gesamte Vertragsgefüge hat. Beachtet werden muss dabei auch, dass individuelle Abreden stets uneingeschränkten Vorrang vor AGB genießen. Selbstverständlich kann dieser Grundsatz wiederum nicht durch AGB ausgeschlossen werden.

1. Erscheinungsbild von AGB

Für die Einordnung als AGB kommt es weder auf die Vertragsform, Schriftart oder auf die Verbundenheit mit dem Vertrag an. Gleichgültig ist, ob AGB einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind oder welche Form der Vertrag hat. AGB können auch dann vorliegen, wenn sie handschriftlich verfasst worden sind (z.B. beim Ausfüllen von Verhandlungsprotokollen). Liegt ein Vertrag mit zahlreichen formelhaften Klauseln vor, so spricht der **Anschein** dafür, dass es sich um einen Formularvertrag/AGB handelt, selbst dann, wenn einzelne Felder handschriftlich nachgetragen werden und das Vertragsobjekt selbst betreffende Angaben einzeln ausgehandelt wurden. Woher die Vorformulierung stammt ist unerheblich, so z.B., ob die Regelungen aus einer Formelsammlung oder einem anderen Vertragstext übernommen wurden. Gleichgültig ist auch, wer tatsächlich die Vorformulierung vorgenommen hat. Greift ein Auftraggeber auf Vertragswerke eines Architekten oder Notars zurück, so wird er Verwender der Klauseln und sein Vertragspartner kann sich auf die Unwirksamkeit berufen.

2. Einbeziehung von AGB

AGB werden nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie wirksam einbezogen werden. Anders als bei Verträgen mit Verbrauchern müssen bei Verträgen zwischen Auftragnehmern die AGB dem Vertragsangebot nicht beigefügt sein, sofern dem Auftragnehmer eine zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme ermöglicht wird. Dafür ist z.B. der Hinweis ausreichend, dass die AGB auf Wunsch übersandt werden oder auf einer Homepage einsehbar sind.

Probleme ergeben sich vor allem dann, wenn die beiden Vertragspartner einander **widersprechende AGB** verwenden. Die Rechtsfolgen in dieser Konstellation sind noch immer in Rechtsprechung und Literatur nicht gänzlich geklärt, es droht aber letztlich die Unwirksamkeit der eigenen Regelungen. Kommt es also einer Seite unbedingt auf die Einbeziehung

ihrer AGB an, so sollte sie die AGB ausdrücklich in den Vertrag einbeziehen und zum Vertragsgegenstand machen und die gegenteiligen Regelungen ausdrücklich ausschließen.

3. Unwirksamkeit von AGB

Das Kernstück der AGB-rechtlichen Problematik ist, dass Klauseln unwirksam sind, wenn sie verschiedenen Fallgruppen unterfallen, vom **gesetzlichen Leitbild** erheblich abweichen und dabei den Vertragspartner benachteiligen und schließlich der Vertragspartner sich auf die Unwirksamkeit beruft.

Der Regelungsgehalt einer unwirksamen Klausel kann dann nicht auf ein noch zulässiges Maß reduziert werden. Eine solche Klausel ist insgesamt unwirksam. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn sich die Klausel teilen lässt und ein wirksamer Rest verbleibt, dem noch ein eigenständiger Sinn zukommt. Die Unwirksamkeit einer Klausel wirkt sich nicht auf den Bestand des Vertrags an sich aus. An die Stelle einer unwirksamen Klausel tritt die **gesetzliche Regelung**. Ist eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden, muss durch Auslegung des Vertrags die entstandene Vertragslücke geschlossen werden.

a) Überraschende und unklare Klauseln

Gemäß § 305 c Abs. 1 BGB dürfen AGB nicht überraschend sein. Sie dürfen zum einen nicht so ungewöhnlich sein, dass

- der Vertragspartner nicht mit ihnen zu rechnen braucht (**Überraschungsmoment**),
- sie unvereinbar mit dem Grundgedanken des Vertragsbildes oder der Höhe des Entgeltes sind,
- sie einen Widerspruch zum Verlauf der Vertragsverhandlungen darstellen oder
- sie erhebliche von den „normalen“ gesetzlichen Regelungen, den üblichen Vertragsbedingungen oder vom äußeren Erscheinungsbild des Vertrags abweichen.

Sie stehen dann nämlich in Widerspruch zur Erwartungshaltung des Vertragspartners und würden ihn „übereinnahmen“. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn die Klausel im Vertragstext kaum auffindbar oder „falsch“ eingeordnet wird.

Dem kann bei der Vertragsgestaltung entgegen gewirkt werden. Nicht überraschend ist regelmäßig eine Klausel, die

- drucktechnisch so angeordnet wird, dass eine Kenntnisnahme zu erwarten ist,
- der Vertragspartner kennt oder mit der er rechnen muss.

b) Intransparente und mehrdeutige Klauseln

AGB müssen transparent/verständlich sein. Bereits die **bloße Unverständlichkeit** einer Klausel kann gemäß § 307 BGB zur Unwirksamkeit führen. AGB müssen verständlich und bestimmt formuliert und nicht zur Irreführung geeignet sein. Ein durchschnittlicher Vertragspartner, d. h. ein aufmerksamer und sorgfältiger Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr, muss die Nachteile und Belastungen einer Klausel erkennen können.

Keine Intransparenz liegt vor, wenn eine Bestimmung zwar verständlich formuliert ist aber mehrere Deutungsmöglichkeiten bietet. In diesem Fall bleibt die Klausel wirksam, die Zweifel bei der Auslegung der Klausel gehen aber zu Lasten des Verwenders. Die Übergänge sind dabei fließend, man könnte auch sagen: Führt die **kundenfeindlichste Auslegung nicht** zur Unwirksamkeit, wird die Bestimmung nach der **kundenfreundlichsten Auslegung** angewandt.

c) Klauseln, die unangemessen benachteiligen

AGB dürfen den Vertragspartner nicht unangemessen benachteiligen (§ 307 BGB). Sie dürfen nicht ohne sachlichen Grund von wesentlichen Gedanken des **gesetzlichen Leitbildes** abweichen. Gemäß § 307 Abs. 2 BGB besteht sogar eine Vermutung dafür, dass Bestimmungen den Vertragspartner unangemessen benachteiligen, wenn

- sie mit wesentlichen Gedanken einer gesetzlichen Regelung, von der sie abweichen, nicht zu vereinbaren sind oder
- sie die Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränken, dass der Vertragszweck gefährdet wird.

In §§ 308 u. 309 BGB sind einzelne Unwirksamkeitsgründe aufgeführt. Sie finden zwar gegenüber Auftragnehmern keine Anwendungen, ihnen kann aber hinsichtlich der Prüfung

einer unangemessenen Benachteiligung im Rahmen des § 307 BGB eine Indizwirkung zukommen.

4. Beispiele für wirksame und unwirksame Klauseln

Im Folgenden lediglich ein kurzer Auszug mit eindrücklichen Beispielen für Probleme bei der Verwendung von AGB. Die Rechtsprechung zur (Un-)Wirksamkeit von verschiedenen AGB ist ständig im Fluss und so ist die rechtliche Unterstützung bei der Gestaltung von Musterverträgen oder allgemeinen Bedingung unumgänglich.

a) VOB/B

Gegenüber einem Auftragnehmer kann die VOB/B gemäß § 310 Abs. 1 BGB in den Vertrag einbezogen werden, ohne dass eine Prüfung gemäß § 307 BGB stattfindet, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart wird. Ob die VOB/B noch als Ganzes vereinbart ist, wenn von einzelnen „kann“-Bestimmungen abgewichen wurde, ist umstritten. Regelmäßig wird aber durch Regelungen im übrigen Vertragswerk in grundlegende Bestimmungen der VOB/B eingegriffen. Typisches Beispiel ist die Vereinbarung einer **förmlichen Abnahme**. Diese ist der VOB/B fremd und damit wird grundlegend in sie eingegriffen, was zur Folge hat, dass die gesamte VOB/B sich am AGB-Recht messen lassen muss. Dabei wird von der Rechtsprechung eine Vielzahl an VOB/B-Paragraphen für unwirksam angesehen (z.B. § 16 Abs. 3 (2) VOB/B mit der Ausschlusswirkung bei Schlusszahlungshinweisen).

b) Vertragsstrafe

Problematisch sind Klauseln, die eine Regelung zur Vertragsstrafe enthalten. Sie sind zwar zulässig, können aber je nach inhaltlicher Ausgestaltung unwirksam sein. Unwirksam sind insbesondere Bestimmungen, die keine (oder eine zu hohe) **Obergrenze** enthalten oder die gesamte Vertragsstrafe auch bei nur geringen Verzögerungen verwirken lassen. Unwirksam sind auch **verschuldensunabhängige** Vertragsstrafenklauseln oder Klauseln, die eine **Kumulation** von Vertragsstrafen für nur einen Verstoß enthalten. Bei der Gestaltung von Vertragsstrafen für Zwischentermine muss somit größte Sorgfalt verwendet werden.

c) Sicherheitsleistung

Bestimmungen, die den Inhalt von Sicherheiten regeln, sind unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Sie können bereits gemäß § 138 BGB **sittenwidrig** und aus diesem Grund nichtig sein, wenn die Bestimmungen zur Übersicherung des Gläubigers führen. Zum anderen können sie unwirksam sein, wenn sie die Rechte des Vertragspartners beschneiden. So sind Bestimmungen, die einen Verzicht auf sämtliche Einreden des § 768 BGB vorsehen, bei der Vereinbarung einer Gewährleistungsbürgschaft oder einer selbstschuldnerischen Vertragserfüllungsbürgschaft unwirksam. Ebenso können Regelungen problematisch sein, wenn sie die Ablösemöglichkeiten von Sicherheiten beschränken.

d) Funktionalklauseln / Vollständigkeitsklauseln

Regelungen, die lediglich die Leistung bestimmen sollen oder ausschließlich Preise vereinbaren (regelmäßig die Positionstexte des Leistungsverzeichnisses) können **keine AGB** sein. Es ist auch schwerlich vorstellbar, dass solche Regelungen vom gesetzlichen Leitbild abweichen, da das Gesetz zur konkreten Leistung ja keine Regelungen enthält. Trotzdem ist bei der Gestaltung/Verwendung von Funktionalklauseln Vorsicht geboten. Die Wirksamkeit von sog. „Angstklauseln“, die z.B. dem Auftragnehmer „alles zur Leistungserbringung Erforderliche“ auferlegen, hängt stark von der sonstigen Gestaltung des Vertrages ab (z.B. sind die Klauseln unterschiedlich zu bewerten, je nachdem, ob es sich um einen Pauschal- oder einen reinen Einheitspreisvertrag handelt und je nachdem, wer die Planungsverantwortung trägt).

III. Rangfolgefragen

1. Allgemeines

Bauverträge bestehen regelmäßig aus einer Vielzahl von (Vertrags-) Bestandteilen. Dabei kann es naturgemäß vorkommen, dass sich einzelne Bestimmungen (scheinbar) widersprechen. Durch **Auslegung** des Vertrags ist dann der Vertragsinhalt zu ermitteln, um diese Widersprüche aufzulösen. Hierbei können zumeist folgende Grundsätze herangezogen werden:

- zwingende gesetzliche Regelungen genießen stets Vorrang,
- vorrangig vor anderen Vertragsbestandteilen gelten die Bestimmungen des verhandelten und unterzeichneten Vertragstextes sowie (einbezogener) Verhandlungsprotokolle,
- Individualvereinbarungen gehen AGB vor (§ 305 b BGB),
- speziellere Regelungen gehen den allgemeinen Regelungen vor.

2. Rangfolgeregelungen

Rangfolgeregelungen erleichtern die Arbeit mit dem Vertragstext. Eine solche Rangfolge-Regelung enthält z.B. § 1 Abs. 2 VOB/B. Mit ihnen bestimmen die Parteien, in welcher Reihenfolge die Elemente des Vertragstextes bei der Bestimmung des Vertragsinhalts heranzuziehen sind. Ganz entscheidend ist aber, dass sich eine Rangfolgeproblematik erst ergeben kann, wenn sich zwei Vertragsbestandteile widersprechen. Dies ist regelmäßig zumindest fraglich, wenn ein (nachrangiger) Vertragsbestandteil eine konkrete Vorgabe zum Leistungssoll enthält. Zumeist wird man in dieser Konstellation annehmen müssen, dass schon gar kein Widerspruch vorhanden ist und es somit auf eine Rangfolgeregelung gar nicht ankommt.

Bei zwei Bestimmungen, die sich einander tatsächlich widersprechen, genießt diejenige den Vorrang, der die Parteien eine **höhere Bedeutung** beigemessen haben. Die nachrangige Klausel wird dadurch entweder nicht zum Vertragsbestandteil oder kann nur ergänzend hinzugezogen werden. Eine Auslegung des Vertrags ist dann nur noch bei **gleichrangigen Vertragsbestandteilen** – und bei echten Widersprüchen – erforderlich.

Mit Rangfolgeregelungen können die Parteien auch bestimmen, ob Zeichnungen Vorrang vor der Leistungsbeschreibung genießen sollen. Ein Grundsatz, wonach die zeichnerische Darstellung Vorrang vor einer Beschreibung genießt, existiert nicht. In § 1 Abs. 2 VOB/B werden Zeichnungen als Teil der Leistungsbeschreibung angesehen und stehen gleichwertig neben der Baubeschreibung und dem Leistungsverzeichnis. Bilden Zeichnungen die Leistung genauer ab als das Leistungsverzeichnis, kann ihnen nach den obigen Grundsätzen ein Vorrang eingeräumt werden. Etwas anderes kann gelten, wenn das Leistungsverzeichnis die Leistung **erschöpfend beschreibt** oder Zeichnungen die Baugegebenheiten nicht zutreffend widerspiegeln. Auch Widersprüche zwischen Zeichnungen können nach den oben genannten Grundsätzen (z.B. Maßstab 1:50 vor Maßstab 1:100) aufgelöst werden.

IV. Vertretungsmacht

1. Allgemeines

Jeder Vertragspartei steht es zu, sich bei allen Rechtsgeschäften durch Dritte vertreten zu lassen. Juristische Personen, wie GmbHs und AGs, werden originär durch ihre Organe (Geschäftsführer, Vorstand usw.) vertreten; Personengesellschaften, wie GbRs, oHGs und KGs, durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter. Zudem können aber auch rechtsgeschäftlich Bevollmächtigte bestellt werden.

Bei der Bauabwicklung kommt es regelmäßig vor, dass der Architekt oder Bauleiter bzw. das Baubüro Ansprechpartner des Auftraggebers sind. Ob und wie weit sie für den Auftraggeber tätig werden dürfen, hängt von ihrer Bevollmächtigung ab.

Der Vertragsschluss durch einen Vertreter setzt eine wirksame Bevollmächtigung und das Handeln des Vertreters im **Namen des Vertretenen** voraus. Die Bevollmächtigung eines rechtsgeschäftlich bestellten Vertreters ist an keine bestimmte Form gebunden. Sowohl die Bevollmächtigung eines Vertreters durch den Auftraggeber als auch die Erklärung des Vertreters, er handele für den Vertretenen, können auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Ausnahmen gelten jedoch für formbedürftige Rechtsgeschäfte, z.B. bei Grundstückskaufverträgen. Fehlt eine wirksame Bevollmächtigung des Vertreters, kann das vorzunehmende Rechtsgeschäft durch den Vertretenen **nachträglich genehmigt** werden.

Muss sich der Auftraggeber das Handeln des Vertreters nicht zurechnen lassen, treffen die Rechtsfolgen den Vertreter, der in den Vertrag anstelle des Auftraggebers eintritt. Tritt der Vertreter **im eigenen Namen** auf, kommt der Vertrag mit ihm zustande. Dieser „Mangel“ kann nachträglich nicht geheilt werden.

2. Zurechnung durch gesetzten Rechtsschein

Von großer Praxisrelevanz in der Bauwirtschaft ist, dass es Fälle geben kann, bei denen sich der Vertretene das Handeln einer Person (die tatsächlich nicht bevollmächtigt ist) nach Rechtsscheingrundsätzen zurechnen lassen muss. Dabei steht die Bindungswirkung einer Vollmacht kraft Rechtsschein der rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht gleich.

Der Vertretene muss sich das Handeln eines Dritten zurechnen lassen, wenn er wissentlich

geschehen lässt, dass der Dritte für ihn als Vertreter auftritt (Duldungsvollmacht) oder es bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können (Anscheinsvollmacht). In beiden Fällen muss aber der Vertragspartner nach Treu und Glauben annehmen dürfen, dass der Vertretene das Handeln des Dritten dulde und billige. Eine Anscheinsvollmacht wird regelmäßig dann angenommen, wenn der Auftraggeber einen mit der Sache befassten und sachkundigen Mitarbeiter oder einen Architekten zu Vertragsverhandlungen entsendet. Der Auftraggeber erweckt dadurch den Anschein, dass er durch einen Bevollmächtigten vertreten werde. Handelt der Mitarbeiter ohne Anweisung aber in Kenntnis des Auftraggebers, so liegt eine Duldungsvollmacht vor. Der Paradefall für das Setzen eines Rechtsscheins, an den der Vertretene gebunden ist, ist z.B. die Anordnung von Leistungsänderungen durch eine nicht bevollmächtigte Person. Die Begleichung der Nachtragsforderung des Auftragnehmers kann dann einen Rechtsschein für eine Bevollmächtigung setzen.

Aber auch bei Vertragsverhandlungen ist regelmäßig Vorsicht geboten: muss der Vertrag nur noch urkundlich fixiert werden, wird dem Auftraggeber das Handeln eines Vertreters, der abweichende Änderungen vornimmt, dann nicht zugerechnet, wenn der Vertretene nur zur Unterzeichnung bevollmächtigt war und der Vertragspartner diesen Umstand kannte oder kennen konnte. Wird dem Auftraggeber aber ein Protokoll dieser Verhandlungen/ des Vertrags übersandt, muss der Auftraggeber unverzüglich widersprechen wenn er erkennt, dass es zu Abänderungen des Vertrages gekommen ist. Tut er dies nicht, stellt sein Schweigen eine nachträgliche konkludente Genehmigung nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens dar.

3. Bevollmächtigung eines Architekten/„originäre Architektenvollmacht“

Das Leistungsbild des Architekten in der HOAI beschreibt auch bestimmte Handlungen, die auch den Auftraggeber binden. Wenn der Auftraggeber den Architekten gerade mit diesen Tätigkeiten betraut, bevollmächtigt er ihn zugleich hierfür („originäre Architektenvollmacht“). Von der originären Architektenvollmacht werden aber keine (oder nur in einem sehr geringem Umfang) rechtsgeschäftliche Handlungen umfasst. Zur Vollmacht gehören u.a.:

- **Technische Abnahme** (nicht aber rechtsgeschäftliche Abnahme),
- Aufnahme eines Aufmaßes,
- Entgegennahme von Erklärungen, Anzeigen etc. Stundenlohnzetteln (nicht aber die Anerkennung von Stundenlohnzetteln),

- **Genehmigung von Ausführungsunterlagen** in technischer Hinsicht (nicht jedoch rechtsgeschäftliche Genehmigung von Ausführungsunterlagen).

Nicht umfasst sind z.B.:

- Vertragsänderungen oder Erweiterungen, wie Vergabe von Zusatzaufträgen oder Änderungsaufträgen, Aufträgen an Sonderfachleute, Vereinbarung der VOB/B,
- Vorbehaltserklärung einer verwirkten Vertragsstrafe,
- Entgegennahme von Behinderungsanzeigen.

Nimmt der Architekt aber in Anwesenheit des Auftraggebers rechtsgeschäftliche Handlungen für den Auftraggeber vor und schreitet der Auftraggeber nicht ein, genehmigt er nicht nur die Handlungen des Architekten, sondern erweckt dadurch auch den Eindruck, dass der Architekt bevollmächtigt sei. Es greifen in diesem Fall wieder die oben erläuterten Grundsätze zur Setzung eines Rechtsscheins.

Der Prüfvermerk auf einer Schlussrechnung stellt in der Regel keine Genehmigung oder Bestätigung gegenüber dem Auftragnehmer dar, sondern nur eine **Wissenserklärung** des Architekten gegenüber dem Auftraggeber.

Dem Auftraggeber steht es natürlich frei, den Architekten oder Dritte zur Vornahme rechtsgeschäftlicher Handlungen zu bevollmächtigen. Hierbei ist folgendes zu beachten:

Regelmäßig wird sich aus den Umständen ergeben, dass der Architekt nicht im eigenen Namen, sondern für den Auftraggeber handeln wird. Bei rechtsgeschäftlichen Handlungen muss der Architekt darauf achten, dass der Wille, für den Auftraggeber tätig zu werden, deutlich zum Ausdruck kommt. Nicht immer kann der Auftragnehmer davon ausgehen, dass der Architekt im Namen des Auftraggebers handeln will. Aus der Angabe der Berufsbezeichnung eines Architekten ohne Vertretungszusatz kann z.B. nicht geschlussfolgert werden, dass der Architekt für einen Dritten tätig werden wollte. Der Architekt kommt auch selbst als Vertragspartner in Betracht, z.B. wenn der Architekt Leistungen beauftragt, die aus seinem Leistungsbereich entstammen (Statik, Beseitigung von Mängeln, die auf Planungs- und/oder Bauaufsichtsfehler zurückzuführen sind).

4. Vertretungsmacht in der Vertragsgestaltung und bei der Vertragsdurchführung

Um Ungewissheit über die Bevollmächtigung zu vermeiden, bietet es sich an, die Bevollmächtigung oder den Ausschluss der Bevollmächtigung vertraglich explizit zu regeln. Allerdings ist trotz solcher Regelungen hinsichtlich der oben beschriebenen Setzung von Rechtsscheinen Vorsicht geboten. Die Grundsätze der Anschein- und Duldungsvollmacht sind natürlich auch dann anwendbar, wenn der handelnden Person im Vertrag ausdrücklich keine Vollmacht verliehen worden ist.

Sollte der Architekt oder ein Dritter rechtsgeschäftliche Handlungen vorgenommen haben ohne dafür bevollmächtigt gewesen zu sein, empfiehlt es sich zudem, mit der Genehmigung **ausdrücklichen klarzustellen**, dass der Architekt nicht berechtigt war und ist, rechtsgeschäftliche Handlungen vorzunehmen und solche Handlungen stets der Zustimmung bedürfen, insbesondere, dass mit der Genehmigung der Handlung keine Billigung des Handelns des Architekten einhergeht.

C. Schnittstellen

Die Durchführung eines Bauvorhabens, sei es bei einfacheren Bauwerken oder komplexen Großprojekten stellt immer eine Aufgabe dar, für deren Erfüllung eine Vielzahl von Personen/ Unternehmen einzubeziehen ist. Nicht abschließend seien hier nur Auftraggeber, Architekten, Auftragnehmer sowie Zulieferer genannt.

Es versteht sich von selbst, dass es zwischen den verschiedenen Baubeteiligten zahlreiche Berührungspunkte gibt. Diese Berührungspunkte werden regelmäßig als „Schnittstellen“ bezeichnet, wobei eine kurze und prägnante Definition des Begriffs aufgrund der Vielfältigkeit solcher Berührungspunkte kaum möglich ist.

Fest steht, dass an Stellen, an denen sich die Pflichtenkreise der Baubeteiligten – juristisch oder tatsächlich – berühren, besonderes Augenmerk auf Kommunikation, Kooperation und Koordination zwischen den Baubeteiligten gelegt werden muss. Denn aufgrund der oftmals zuwider laufenden Interessen der Beteiligten besteht hier ein großes Konfliktpotenzial. Eine interdisziplinäre Zusammenarbeit und ein gut funktionierender Informationsfluss sind daher wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Realisierung eines Projekts.

Im Folgenden werden die häufigsten Erscheinungsformen von Schnittstellen sowie einige (nicht abschließende) Regelungen hierzu dargestellt. Anschließend wird noch aufgezeigt, welche vertragsrechtlichen Möglichkeiten im Hinblick auf den Umgang mit Schnittstellen bestehen.

I. Erscheinungsformen von Schnittstellen

1. Technisch

In technischer Hinsicht werden Schnittstellen am häufigsten zwischen den unterschiedlichen am Bau beteiligten Auftragnehmern entstehen. Dies z.B. immer dann, wenn das Vorgewerk eines Auftragnehmers für die Leistung eines anderen „als Vorarbeit“ erforderlich ist.

Beispielhaft hierfür ist die technische Schnittstelle zwischen Estrich- und Bodenleger zu nennen.

Die technische Schnittstelle besteht hier darin, dass der Bodenleger bei der Erbringung seiner Leistung „Verlegung des Bodenbelags“ auf eine ordnungsgemäße Leistungserbringung

durch den Estrichleger angewiesen ist. Sollte das Vorgewerk Estrich mangelhaft (zu hohe Feuchtigkeit, zu geringer Haftzug, etc.) sein, wird es dem Bodenleger auch bei ordnungsgemäßer Vorbehandlung der Oberfläche meist nicht gelingen, ein mangelfreies Endresultat herzustellen.

Im Verhältnis zum Auftraggeber wird die Mangelhaftigkeit der Vorleistung dabei häufig nicht eingewandt werden können, da der Vorunternehmer – so die Rechtsprechung – gerade kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist.

Der Bodenleger sieht sich hier also einer Situation ausgesetzt, in der die Mangelfreiheit seines Werks nicht nur maßgeblich von seiner eigenen Leistung, sondern auch von derjenigen eines anderen Auftragnehmers abhängt, auf welche er jedoch keinen Einfluss hat. Es versteht sich von selbst, dass ein Zusammenwirken beider Auftragnehmer für die Erreichung des geschuldeten Erfolgs nötig ist.

Ähnlich verhält es sich auch, wenn Leistungen zwar nicht direkt aufeinander aufbauen, aber für eine ordnungsgemäße Funktion ineinander greifen müssen. Gleiches gilt bei den technischen Verflechtungen zwischen der Planung des Architekten und dem ausführenden Auftragnehmer.

Wie zu erkennen ist, können technische Schnittstellen im Baubetrieb in vielerlei Konstellationen auftreten.

2. Örtlich

Auch in örtlicher Hinsicht kommt es – meist zwischen mehreren Auftragnehmern – häufig zu Reibungspunkten.

So passiert es vielfach, dass Auftragnehmer bei der Ausführung ihrer jeweiligen Leistung durch andere Auftragnehmer behindert sind. Dies kann der Fall sein, wenn zwei Gewerke an demselben Ort erbracht werden müssen und sich die Arbeiten hier überschneiden oder der Leistungsort (beispielsweise) schon als Lagerfläche belegt ist.

Auch hier gibt es also Schnittstellen, bei denen eine fehlende/ungenügende Koordination zu teils empfindlichen Störungen im Bauablauf führen kann.

3. Zeitlich

Die zeitlichen Schnittstellen am Bau werden häufig mit den (bereits oben erwähnten) technischen Schnittstellen zusammenhängen.

Es basieren viele Werkleistungen auf der ordnungsgemäßen Erbringung einer Vorleistung durch einen anderen Auftragnehmer. Sollte diese Vorleistung jedoch zu dem als Ausführungsbeginn geplanten Zeitpunkt nicht erbracht sein, kommt es zwangsläufig zu einer zeitlichen Verzögerung des Bauablaufs.

Zeitliche Faktoren spielen darüber hinaus auch bei der Bereitstellung nötiger Baustoffe durch Zulieferer oder der Fertigstellung von Planunterlagen eine Rolle, da sich eine Verzögerung in diesem Fall ebenfalls auf den gesamten terminlichen Bauablauf auswirken kann.

4. Juristisch

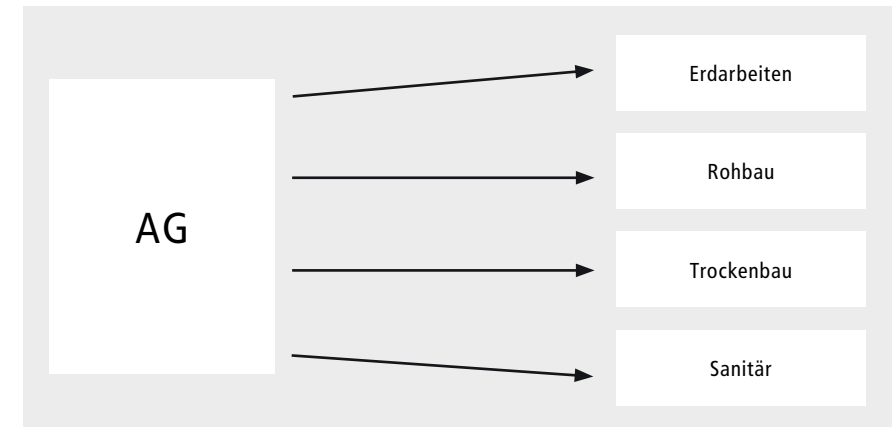
Inwiefern es bei der Realisierung eines Bauvorhabens zu juristischen Schnittstellen kommt, hängt maßgeblich davon ab, wie der Auftraggeber das Vorhaben durchführen möchte. Es stehen ihm hierfür zahlreiche Vertragsarten zur Auswahl, die im Hinblick auf die vertraglichen/juristischen Schnittstellen deutliche Unterschiede aufweisen. Gerade die hier getroffene Wahl hat ganz erheblichen Einfluss auch auf den Umgang mit den technischen, örtlichen und zeitlichen Schnittstellen, da sich hieraus die Koordinations-/Kooperationspflichten der Beteiligten ergeben. Dabei ist keine der Vertragsarten zu bevorzugen. Die Wahl ist vielmehr von zahlreichen Parametern abhängig, wie etwa der Größe des Projekts, der Erfahrung/Sachkunde des Auftraggebers oder seiner Bereitschaft, die Koordination zu übernehmen. Vor- und Nachteile gibt es bei allen Gestaltungen, die Auswahl hängt von den Bedürfnissen des Projekts/der Beteiligten ab.

Hier eine (nicht abschließende) Darstellung gängiger Vertragsarten:

a) Einzelvertrag

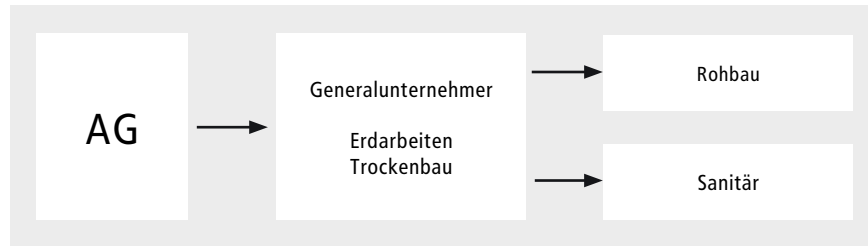
Bei der Einzelvergabe werden alle Leistungen durch den Auftraggeber einzeln beauftragt, er unterhält also eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen mit Planern, Auftragnehmern und Zulieferern. Es obliegt ihm aufgrund der rechtlichen Selbstständigkeit all dieser

Vertragsverhältnisse die maßgebliche Koordination der Auftragnehmer. Es kommen ihm auf der anderen Seite aber auch ganz erhebliche Einflussmöglichkeiten zu. Diese Vertragsform bietet sich für Auftraggeber an, die ausreichend Erfahrung und die nötigen Kapazitäten für die Führung einer Vielzahl von Auftragnehmern haben.



b) Vertrag mit einem Generalunternehmer

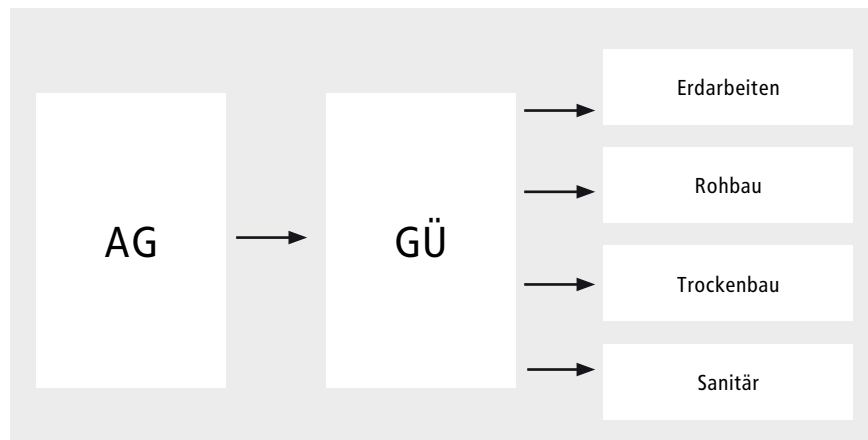
Beim Generalunternehmervertrag schließt der Auftraggeber für die Ausführung nur einen einzigen Vertrag mit dem Generalunternehmer. Die Leistung wird – in der Regel – sowohl vom Generalunternehmer selbst, als auch von dessen Nachunternehmern erfüllt. Zwischen Generalunternehmer und Nachunternehmer besteht dann ein Vertragsverhältnis, auf das der Auftraggeber in der Regel keinen Einfluss hat. Es bleibt ihm dabei aber natürlich unbenommen, sich einen solchen Einfluss im Verhältnis zum Generalunternehmer einräumen zu lassen, so etwa Zustimmung zum Nachunternehmereinsatz oder ähnliches. Im Gegensatz zum Einzelvertrag wird die Koordination hier vom Generalunternehmer übernommen, was beim Auftraggeber aber auch zum Verlust der Einflussmöglichkeit auf das einzelne Gewerk führt, da er mit dem Auftragnehmer des Gewerks keine vertragliche Beziehung mehr hat. Anspruchspartner des Auftraggebers ist hier einzig und allein der Generalunternehmer. Die Aufgabe der Planung fällt jedoch meist nicht in den Pflichtenkreis des Generalunternehmers, sondern wird oft von einem Generalplaner übernommen. Dieser übernimmt dann alle Planungsaufgaben selbst oder vergibt einen Teil hiervon wieder an andere Planer.



c) Vertrag mit einem Generalübernehmer

Vom Generalunternehmer unterscheidet sich der Generalübernehmer nur dadurch, dass dieser keine eigenen Leistungen mehr erbringt, sondern die gesamte Leistung durch Nachunternehmer erfüllen lässt. Dabei kann auch die Weitergabe an einen Generalunternehmer (dann als Nachunternehmer) erfolgen.

Da der Generalübernehmer keine eigenen Leistungen erbringt, sind die Koordinationspflichten hier ausgeprägter als beim Generalunternehmer.



II. Rechtliche Regelungen zu Schnittstellen

Bei der Vielzahl der möglichen Erscheinungsformen von Schnittstellen stellt sich die Frage, welche Regelungen zum Umgang mit Schnittstellen, sowohl auf Auftragnehmer- als auch auf Auftraggeberseite, existieren.

1. Regelungen des BGB

Die gesetzlichen Regelungen vor allem im Hinblick auf die Mitwirkungspflicht des Auftraggebers sind nicht sehr aussagekräftig. § 642 BGB regelt zwar die „**Mitwirkung des Bestellers**“, diese wird aber im Allgemeinen (bei Fehlen anderweitiger Anhaltspunkte) lediglich als Obliegenheit und nicht als Verpflichtung des Auftraggebers gesehen. Zu einer Erfüllung einer Obliegenheit ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, im Falle des Unterlassens wird er sich aber regelmäßig Rechtspositionen „abschneiden“.

Ausdrückliche Pflichten sieht der Wortlaut des § 642 BGB hingegen nicht vor. Die Rechtsprechung hat aus § 642 BGB daher einige, die Baubeteiligten treffende Verpflichtungen hergeleitet.

Für den Auftraggeber wird gerade bei der Beauftragung mehrerer Auftragnehmer eine grundsätzliche Koordinationspflicht angenommen, er hat aber nicht für die mangelfreie Vorleistung von Vorunternehmern einzustehen. Die Vorunternehmer stellen hierbei – so die Rechtsprechung – gerade keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers dar.

Hier trifft vielmehr den einzelnen Auftragnehmer eine Prüfungspflicht für die vorhandenen Vorleistungen, auf denen seine eigene Leistung aufbaut. Diese Pflicht besteht neben der grundsätzlichen Verpflichtung zur Kooperation durch Mitwirkung und Information.

2. VOB-Regelungen

Im Gegensatz zu den vorstehenden Verpflichtungen aus dem BGB, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden, hält die VOB/B für die Beteiligten ausdrückliche Verpflichtungen für den Umgang mit Schnittstellen vor. Diese wurden über den reinen Wortlaut hinaus durch die Rechtsprechung konkretisiert und erweitert.

a) Regelungen für den Auftraggeber

Beim Auftraggeber ist hierzu die zentrale Regelung § 4 VOB/B, welcher für den Auftraggeber zahlreiche Verpflichtungen festhält und ihm als Grundverpflichtung aufgibt, **„das Zusammenwirken der verschiedenen Auftragnehmer zu regeln“** (§ 4 Abs. 1 VOB/B).

Es besteht also eine in der VOB/B festgeschriebene Regelung im Hinblick auf die Koordinationspflicht des Auftraggebers. Diese Verpflichtung endet nicht mit der Überwachung der Baustelle, vielmehr hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass die auf seiner Baustelle tätigen Auftragnehmer bei der Erbringung ihrer Leistung keinen Störungen oder Behinderungen durch andere Auftragnehmer ausgesetzt sind. Er hat hierzu die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, was etwa die Aufstellung von Bauzeitplänen u.Ä. umfasst.

Um einen reibungslosen Bauablauf zu gewährleisten, hat er weiterhin allen Beteiligten geeignete und umsetzbare Vorgaben zu machen.

Klarzustellen ist hierzu noch, dass sich diese Verpflichtung lediglich auf diejenigen Baubeteiligten bezieht, mit denen der Auftraggeber im unmittelbaren Vertragsverhältnis steht. Diese Verpflichtung bezieht sich hingegen nicht auf Nachunternehmer, auf welche er mangels Vertragsverhältnis keinen Einfluss hat.

Eine Pflichtverletzung des Auftraggebers führt in der Regel dazu, dass die Rechtspositionen des Auftraggebers verloren gehen oder eingeschränkt werden. So werden bauseitige Behinderungen etwa zu Bauzeitverlängerungen (§ 6 Abs. 1 VOB/B) führen, was etwa zum Nichteingreifen einer Vertragsstrafe führen kann.

Die Pflichten des Auftraggebers enden jedoch dort, wo die „Eigenkoordination“ des Auftragnehmers beginnt.

b) Regelungen für den Auftragnehmer

Diese „Eigenkoordination“ folgt aus der Eigenverantwortlichkeit des Auftragnehmers gemäß § 4 Abs. 2 VOB/B. So hat der Auftragnehmer seine Leistung eigenverantwortlich und ordnungsgemäß zu erbringen. Diese Verpflichtung umfasst auch, dass die Leistung taugliche Grundlage für eine (mögliche) Nachfolgeleistung ist.

Daneben trifft den Auftragnehmer auch die Verpflichtung, den Auftraggeber darauf hinzuweisen, dass die ausgeschriebene Leistung für die geplanten Folgeleistungen nicht geeignet ist.

Weiterhin besteht für den Auftragnehmer auch die Verpflichtung (§§ 4 Abs. 3; 13 Abs. 3 VOB/B) diejenigen Vorleistungen eingehend zu prüfen, auf denen seine eigene Leistung aufbaut oder gegebenenfalls Erkundigungen hierzu einzuholen. Hierdurch wird sichergestellt, dass sich der Auftragnehmer nicht „blind“ auf die Vorleistung eines anderen Auftragnehmers verlässt. Sollte der Auftragnehmer eine ungeeignete Vorleistung eines anderen Auftragnehmers nicht anzeigen, so gilt seine Leistung als mangelhaft, auch wenn diese aus der mangelhaften Vorleistung resultiert.

Sollte der Auftragnehmer zu dem Ergebnis kommen, dass die Vorleistung eines anderen Auftragnehmers gerade keine geeignete Grundlage für sein eigenes Gewerk ist, so muss er dies dem Auftraggeber mitteilen, um diesem (bzw. dem anderen Auftragnehmer) die Möglichkeit zu geben, die Vorleistung in einen geeigneten Zustand zu versetzen.

Sollte es zu Verzögerungen durch mangelhafte Vorgewerke kommen, ist im Rahmen der Zusammenarbeit an Schnittstellen auch die Pflicht des Auftragnehmers, Behinderungen anzuzeigen (§ 6 Abs. 1 VOB/B), zu nennen. Sollte die Leistungsausführung durch ein fehlendes/fehlerhaftes Vorgewerk behindert sein, muss dem Auftraggeber dies angezeigt werden, um ihm die Möglichkeit zu geben, diese Behinderung – etwa im Rahmen seines Weisungsrechts an den Auftragnehmer – schnellstmöglich zu beseitigen.

Bei Verletzung dieser Pflichten wird sich der Auftragnehmer regelmäßig Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt sehen, da seine eigene Leistung (auch bei mangelhafter Vorleistung) als mangelhaft angesehen wird. Auch Schadensersatzansprüche der Auftragnehmer untereinander sind häufig gegeben.

Die VOB/B sieht also – besonders im Hinblick technische Schnittstellen – vielfältige Verpflichtungen sowohl auf Auftraggeber- als auch Auftragnehmerseite vor, **die bei ordnungsgemäßer Erfüllung** Mängel und Behinderungen beim Bauablauf relativ wirkungsvoll verhindern können.

3. Andere Normen

Neben den gesetzlichen Regelungen und denjenigen in der VOB/B finden sich Vorschriften zum „Miteinander“ an Schnittstellen aber auch an anderer Stelle.

Gerade in den für die jeweiligen Gewerke einschlägigen DIN-Vorschriften finden sich häufig Regelungen hierzu, die meist das Verhältnis zwischen Vor- und Nachfolgeleistung zum Gegenstand haben, so beispielsweise in der DIN 18299 (Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art) und in der DIN 18356 (Parkettarbeiten). Diese sind Bestandteil der VOB/C und somit über § 1 Abs. 1 VOB/B auch Vertragsbestandteil eines VOB-Bauvertrags.

Die DIN 18299 enthält Vorgaben zu dem vom Auftraggeber zu erstellenden Leistungsverzeichnis. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer hierbei über die vom Auftraggeber veranlassten Vorarbeiten sowie die Arbeiten anderer Auftragnehmer zu informieren (0.1.21, 0.1.22). Aber auch über die vom Auftragnehmer zu erbringenden Vorarbeiten (0.2.17). Ebenfalls zu informieren ist über die beabsichtigte Mitbenutzung fremder Arbeitsmittel durch den Auftragnehmer (0.2.7) und die geplante Zusammenarbeit mit anderen Beteiligten beim Einstellen von Anlagenteilen oder der Anlagen-Inbetriebnahme (0.2.18).

Wie bereits durch das obige Beispiel aufgezeigt, entstehen bei Bodenlegearbeiten häufig Überschneidungen zwischen Estrich und Bodenleger. Für das Verlegen von Parkett sieht die DIN 18356 daher etwa Regelungen vor, wie für die Belegreife zu heizen und wie diese zu messen ist (3.1.3). Das Aufheizen sowie das Setzen von Messstellen sind vom Estrichleger durchzuführen. Dem Parkettleger kommt aber im Rahmen der Kooperationspflicht die Verpflichtung zu, dem Auftraggeber anzuzeigen, falls zu wenige Messstellen gesetzt wurden. Zudem hat er für diesen Fall sicherzustellen, dass die vorhandenen Messstellen nicht unnötig „verbraucht“ werden.

III. Vermeidung bzw. Umgang mit Schnittstellen

Durch die an den bestehenden Schnittstellen erforderliche (nicht immer einfache) Zusammenarbeit zweier oder mehrerer Baubeteiligter erweisen sich solche als sehr problemträchtig.

Es stellt sich daher die Frage, wie sich Schnittstellen vermeiden lassen und, da dies – außer in Ausnahmefällen – nie ganz möglich sein wird, wie Problemen an Schnittstellen möglichst entgegengewirkt werden kann.

1. Übertragung der Koordination auf einen Generalunternehmer/-übernehmer

Eine wirkungsvolle Methode Schnittstellen zu vermeiden stellt die (bereits oben dargestellte) Beauftragung eines Generalunternehmers dar. Die Beauftragung eines Generalübernehmers hingegen bewirkt keine Reduzierung, kann aber zu einer Verlagerung der damit zusammenhängenden Pflichten führen.

Bei der Beauftragung eines Generalunternehmers werden bestimmte Leistungen von diesem selbst übernommen, andere an Nachunternehmer weitergegeben. Im Rahmen der von ihm selbst erbrachten Leistungen entfallen also die bestehenden Schnittstellen, da die sich überschneidenden Leistungen „aus einer Hand“ erfüllt werden und die Abstimmung also intern im Unternehmen des Generalunternehmers erfolgt.

Hinsichtlich der fremdvergebenen Gewerke bleiben die Schnittstellen mit den Leistungen des Generalunternehmers jedoch erhalten. Durch die Verpflichtung, das betroffene Bauvorhaben komplett zu erbringen, trifft den Generalunternehmer aber auch die Verpflichtung, die – sonst den Auftraggeber treffenden – Koordinations- und Kooperationspflichten zu erfüllen. Er hat nun also für ein reibungsloses Zusammenspiel zwischen den eigenen Gewerken und den Nachunternehmern sowie gegebenenfalls zwischen den Nachunternehmern untereinander zu sorgen.

Beim Generalübernehmer hingegen entfallen keine Schnittstellen, da dieser alle Leistungen fremd vergibt. Den Generalübernehmer treffen damit alle Verpflichtungen (und Einflussmöglichkeiten), die sonst bei der Einzelvergabe den Auftraggeber treffen. Dies führt bei ihm regelmäßig zu einem hohen Koordinationsaufwand.

Durch beide Vertragsmodelle kann der Auftraggeber also eine Verschiebung seiner die Schnittstellen betreffenden Pflichten erreichen. Als Vertragspartner hat der Auftraggeber nur noch den Generalunternehmer/-übernehmer, der ihm gegenüber für die vertragsgemäße Leistung voll einzustehen hat und folglich auch ein hinreichendes Schnittstellenmanagement betreiben muss. Aus dieser vertraglichen Verpflichtung wird für Generalunternehmer/-

übernehmer (von der Rechtsprechung) darüber hinaus eine umfassende Prüf- und Überwachungspflicht hinsichtlich der Nachunternehmerleistungen gefordert.

Der Auftraggeber muss sich aber darüber im Klaren sein, dass er mit den Koordinations-/Kooperationspflichten auch seine Einflussmöglichkeiten in einem gewissen Rahmen abgibt. Die sorgfältige Auswahl seines Vertragspartners ist für den Auftraggeber deshalb von enormer Wichtigkeit.

2. Vertragsgestaltung

Eines der wohl wichtigsten Instrumente, um Schnittstellenprobleme im Vorhinein zu vermeiden bzw. deren schnelle und sachgerechte Lösung sicherzustellen, ist eine an dieses Bedürfnis angepasste Vertragsgestaltung.

Um Streitpotenzial möglichst auszuräumen, ist die präzise Beschreibung der geschuldeten Leistung unerlässlich. Ein missverständliches oder nur vage umschriebenes Leistungsoll bietet (nicht nur an Schnittstellen) ein enormes Streitpotenzial. Einem Vertragsschluss sollte daher eine möglichst genaue Bestimmung der zu erbringenden Leistung zugrunde liegen, dies sowohl im Hinblick auf Umfang, Qualität sowie den zeitlichen Ablauf.

Die Vertragsgestaltung ist auch ein wirkungsvolles Mittel, die bereits gesetzlich bestehenden Verpflichtungen der Baubeteiligten zu konkretisieren und so das vorhandene Streitpotenzial zu minimieren.

So kann es durchaus sinnvoll sein, gesetzlich bestehende Verpflichtungen in den Vertrag aufzunehmen und diese sodann durch eine genaue Definition, welche Handlungen geschuldet sind, auszugestalten.

Eine vertragliche Regelung bietet sich etwa bei der „Eigenkoordination“ aus § 4 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B an, da diese nur relativ allgemein geregelt ist. Aufgenommen werden können hier beispielsweise ausdrückliche Vorgaben zu den Prüfungspflichten hinsichtlich vorhandener Vorleistungen, wie anzuwendende Prüfverfahren, zu erreichende Messwerte und Ähnliches.

Durch die genaue Festlegung der vertraglichen Pflichten können so zeitliche Störungen genauso verhindert werden, wie Streitigkeiten zwischen Vor- und Nachunternehmer darüber, wer welche Pflichten/Leistungen zu erfüllen hat.

3. Partnering/Bauteamverfahren

Schnittstellen entstehen immer dort, wo mehrere Baubeteiligte „aufeinander treffen“. Die zielführende Behandlung von Schnittstellen erleichtert sich also dann deutlich, wenn aus einem „Gegeneinander“ der Beteiligten ein „Miteinander“ wird.

Partnering beschreibt den Ansatz, Bauvorhaben nicht mehr (wie lange üblich) unter ständiger gegenseitiger Konfrontation abzuwickeln, sondern dies im Rahmen eines partnerschaftlichen Zusammenwirkens zu tun. Dabei soll die gesamte Ausführung eines Bauprojekts darauf gerichtet werden, durch partnerschaftliches Verhalten Konflikte und Störungen zu verhindern. Bereits entstandene Konflikte sollen durch eine Zusammenarbeit auf Augenhöhe schnell und effizient gelöst werden, wobei eine möglichst für alle Seiten zufriedenstellende Lösung angestrebt wird.

Als Unterfall des Partnering kann das sogenannte Bauteamverfahren gesehen werden. Dabei liegt das Hauptaugenmerk auf einer noch intensiveren Koordination und Kooperation. Dies soll über eine enge und intensive Kommunikation zwischen Auftraggebern, Planern und Auftragnehmern, etwa im Rahmen regelmäßiger Sitzungen, Workshops etc. erreicht werden

Vor dem doch erheblichen Zeitaufwand, den eine solche Zusammenarbeit benötigt, stellt sich jedoch die Frage, ob sich durch die anderen Möglichkeiten der Bündelung von Leistungen (z.B. Generalunternehmer) nicht ähnliche, weniger zeitintensive Ergebnisse erreichen lassen. Zumindest aus Sicht des Auftraggebers wird sich aufgrund der durch die zeitintensive Zusammenarbeit entstehenden Mehrkosten wohl eher eine Vergabe an einen Generalunternehmer/-übernehmer anbieten.

Derartige Ansätze zu einem partnerschaftlichen Zusammenwirken im Baubetrieb sind mit Sicherheit wünschenswert. Das Gelingen eines solchen Ansatzes wird aber (wie der Erfolg jedes Projekts) von den Beteiligten abhängen, denen bei mangelnder Bereitschaft hierzu eine partnerschaftliche Verhaltensweise – auch vertraglich – nur schwer „vorzuschreiben“ sein wird.

D. Vertragsabwicklung

Im Rahmen der Vertragsabwicklung von Bauvorhaben werden nachfolgend – strukturiert nach den in der Baupraxis zu bewältigenden Themenkomplexen – zunächst die terminliche Steuerung des Bauablaufs, D.I., anschließend die finanzielle Steuerung des Bauablaufs, D.II., und ferner die qualitative Steuerung des Bauablaufs, D.III., erläutert und zuletzt behandeln wir die Abnahme der Vertragsleistungen, D.IV.

I. Terminliche Steuerung des Bauablaufs

1. Handlungsmöglichkeiten bei Bauzeitverzögerungen

Die verspätete Fertigstellung des beauftragten Bauwerks führt nicht selten zu erheblichen Vermögensschäden beim Auftraggeber (Mietausfälle, Vertragsrücktritte von bereits gebundenen Mietern, Mehrkosten der längeren Zwischenfinanzierung etc.) einerseits sowie zu gravierenden Mehrkosten bei dem Auftragnehmer andererseits (z.B. Längervorhaltung der Baustelleneinrichtung, erhöhte Baustellengemeinkosten u.a. durch längeren Einsatz der Bauleiter). Die terminliche Steuerung des Bauablaufs ist deshalb zumeist von zentraler Bedeutung für die wirtschaftliche Umsetzung des Bauvorhabens.

Hierbei ist zunächst zu beachten, dass die Möglichkeiten der Terminsteuerung mit der vertraglichen Vereinbarung von verbindlichen Vertragsterminen stehen und fallen. **Zwischentermine** gelten allerdings nur dann als verbindliche Vertragstermine, wenn dies im Bauvertrag jeweils ausdrücklich vereinbart ist (§ 5 Abs. 1 VOB/B). Ist dagegen nur ein Gesamtfertigstellungstermin vereinbart, so werden die Bauleistungen insgesamt auch erst zu diesem Termin fällig. Nach Vertragsabschluss übergebene einseitige Rahmen- oder Detailterminpläne ändern hieran nichts. Der Auftraggeber kann vor Ablauf des Gesamtfertigstellungstermins keinerlei Beschleunigungsmaßnahmen veranlassen, sofern man nicht in § 1 Abs. 3 VOB/B das Recht zu bauzeitlichen Beschleunigungsanordnungen (gegen entsprechende Mehrvergütung) erblickt. Dies ist allerdings in der Fachliteratur umstritten. Andererseits kann der Auftragnehmer bei Abweichungen des Ist-Bauablaufs von erst nach Vertragsschluss übergebenen Terminplänen keine Mehrkosten geltend machen, wenn der vertragliche Fertigstellungstermin oder vertragliche Zwischentermine insgesamt nicht überschritten werden.

Noch größere Terminunsicherheiten können entstehen, wenn der gesamte Zeitplan der

Baumaßnahme durch vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände vollständig umgeworfen wird. In einem solchen (Ausnahme-)Fall werden **alle Vertragstermine hinfällig**, BGH, Urteil vom 14.01.1999 – VII ZR 73/98, BauR 1999, 645. Für den geschuldeten Fertigstellungstermin kommt es nunmehr allein darauf an, in welcher Zeit nach dem laut Vertrag vorausgesetzten verbleibenden Bauablauf die Fertigstellung möglich ist. Der Auftragnehmer hat die Fertigstellung in „angemessener Zeit“ zu Ende zu führen. Eine terminliche Steuerung ist in einem derartigen fristenlosen Zustand des Bauvorhabens allerdings nur schwer möglich.

a) Abhilfeverlangen bei absehbarer Terminüberschreitung (§ 5 Abs. 3 VOB/B)

Wenn die vom Auftragnehmer eingesetzten Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass eine Überschreitung des vertraglichen Gesamtfertigstellungstermins oder von vertraglichen Zwischenterminen absehbar ist (§ 5 Abs. 3 VOB/B), muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen. In diesem Fall kann der Auftraggeber den Auftragnehmer auch schon vor Erreichen des vertraglichen Zwischen- oder Endtermins – also **vor Fälligkeit der jeweiligen Teilbauleistung** oder der Gesamtbauleistung – zur Abhilfe auffordern. Allerdings sind die Voraussetzungen für ein zulässiges Abhilfeverlangen hoch. In der Fachliteratur wird teilweise sogar gefordert, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen muss, dass der Auftragnehmer die Fertigstellung der (Teil-)Leistung bis zu dem vertraglichen Zwischen- bzw. Endtermin nicht mehr erreichen kann. Das Abhilfeverlangen greift also nur in Ausnahmefällen. Ein unberechtigtes Abhilfeverlangen vor Fälligkeit kann der Auftragnehmer zurückweisen. Einem berechtigten Abhilfeverlangen muss der Auftragnehmer unverzüglich nachkommen und die erforderlichen Maßnahmen (Verstärkung der Mannstärke, des Arbeitsgeräts etc.) treffen.

Kommt der Auftragnehmer einem berechtigten Abhilfeverlangen nicht unverzüglich – also ohne schuldhaftes Zögern – nach, so kann der Auftraggeber gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B dem Auftragnehmer eine **angemessene Frist** zur Vertragserfüllung setzen, verbunden mit einer **Kündigungsandrohung** bei fruchtlosem Ablauf der Frist. Zu der praktisch nur selten möglichen Teilkündigung des Bauvertrages siehe nachfolgend Seite 47. Alternativ zu der häufig nicht gewollten Vertragskündigung kann der Auftraggeber Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B verlangen. Eine Beauftragung von Drittfirmen im Wege der **Ersatzvornahme** auf Kosten des Auftragnehmers kommt vor Fälligkeit der betroffenen (Teil-)Leistungen nicht in Betracht.

b) Nachfrist bei Verzug mit Bauleistungen (§ 5 Abs. 4 VOB/B)

Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung oder gerät er mit der Fertigstellung in Verzug, so kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer gemäß § 5 Abs. 4 VOB/B wiederum eine **angemessene Nachfrist** zur Vertragserfüllung setzen, verbunden mit einer **Kündigungsandrohung** bei fruchtlosem Fristablauf. Trotz der fehlenden Erwähnung in § 5 Abs. 4 VOB/B soll die Möglichkeit der Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung nach Ansicht in der Fachliteratur auch bei einem Verzug im Hinblick auf vertragliche **Zwischentermine** bestehen. Zudem kommt eine Fristsetzung mit Kündigungsandrohung im Ausnahmefall schon vor Verstreichen vertraglicher (Zwischen-)Termine in Betracht, wenn der Auftragnehmer auf eine berechnete Abhilfeaufforderung nicht unverzüglich reagiert (siehe oben D.I.1.a).

Allerdings liegt der für die Nachfristsetzung regelmäßig erforderliche **Verzug** des Auftragnehmers nur dann vor, wenn er die Fristüberschreitung verschuldet hat (Beweislast liegt beim Auftragnehmer). Insbesondere scheidet ein Verzug des Auftragnehmers aus, wenn **Behinderungen** (siehe unten D.I.2. a) cc) ccc)) zu einer Verschiebung des Bauablaufs geführt haben und die Ausführungsfristen hierdurch gemäß § 6 Absätze 2 und 4 VOB/B entsprechend verlängert worden sind. Bei Behinderungen kommt ein Verzug auch dann nicht in Betracht, wenn der Auftragnehmer entgegen § 6 Abs. 1 VOB/B keine unverzügliche schriftliche **Behinderungsanzeige** (siehe unten Seite D.I.2. a) dd) aaa)) übermittelt hat.

Sofern ein Verzug des Auftragnehmers gegenüber den vertraglichen (Zwischen-)Terminen vorliegt, muss die einzuräumende **Nachfrist angemessen** ausgestaltet sein. Dem Auftragnehmer muss deshalb diejenige Zeit zur Verfügung gestellt werden, die ein leistungsfähiges Bauunternehmen zur Fertigstellung der ausstehenden (Teil-)Leistungen bei sofortiger und zügiger Fortsetzung der Arbeiten noch benötigt. Dies können bezogen auf den Fertigstellungstermin im Einzelfall auch mehrere Monate oder länger sein. Nicht selten versucht der Auftraggeber deshalb über kurze Erklärungs-, Beginn- oder Wiederaufnahmefristen den dem Auftragnehmer zur Verfügung stehenden Zeitraum abzukürzen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch aktuell entschieden, dass eine vorzeitige außerordentliche Vertragsbeendigung nur dann in Betracht kommt, wenn sicher feststeht, dass der Auftragnehmer die fällige (Teil-) Leistung nicht innerhalb der angemessenen Nachfrist erbringen wird. Bloße Zweifel hieran – z.B. aufgrund von verstrichenen Erklärungs-, Beginn- oder Wiederaufnahmefristen – reichen nicht aus, BGH, Urteil vom 14.06.2012 – VII ZR 148/10, ZfBR 2012, 653.

Eine unzulässige oder verfrühte **außerordentliche Kündigung** des Bauvertrages durch den Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B stellt eine gravierende Vertragsverletzung dar, die den Auftragnehmer seinerseits zu einer fristlosen Kündigung des Bauvertrages berechtigt. Entstehende **Kündigungsfolgeschäden** (z.B. entgangener Gewinn) sind in diesem Fall vom Auftraggeber zu ersetzen.

Im Einzelfall kann eine unzulässige oder verfrühte außerordentliche Kündigung des Auftraggebers auch als **freie Kündigung** gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B interpretiert werden mit der Folge, dass der Auftragnehmer für die noch nicht erbrachten Leistungen die vertragliche Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen kann. Nach der gesetzlichen Vermutung – die von beiden Seiten im konkreten Fall widerlegt werden kann – beläuft sich die entsprechende Vergütung auf 5 % des auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Vergütungsanteils.

Eine **Teilkündigung** des Bauvertrages ist praktisch kaum möglich, da sich diese nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B auf eine „in sich abgeschlossene Teilleistung“ beziehen muss, BGH, Urteil vom 20.08.2009 – VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736. Einzelne Teile eines Rohbaus, z.B. eine Betondecke oder ein Stockwerk, sind hiernach keine in sich abgeschlossenen Teilleistungen. Vielmehr ist eine Teilkündigung einzelner Leistungsteile innerhalb eines Gewerks generell ausgeschlossen. Etwas anderes kann nur bei klarer räumlicher (z.B. Fassade an verschiedenen Gebäuden) oder zeitlicher Trennung gelten.

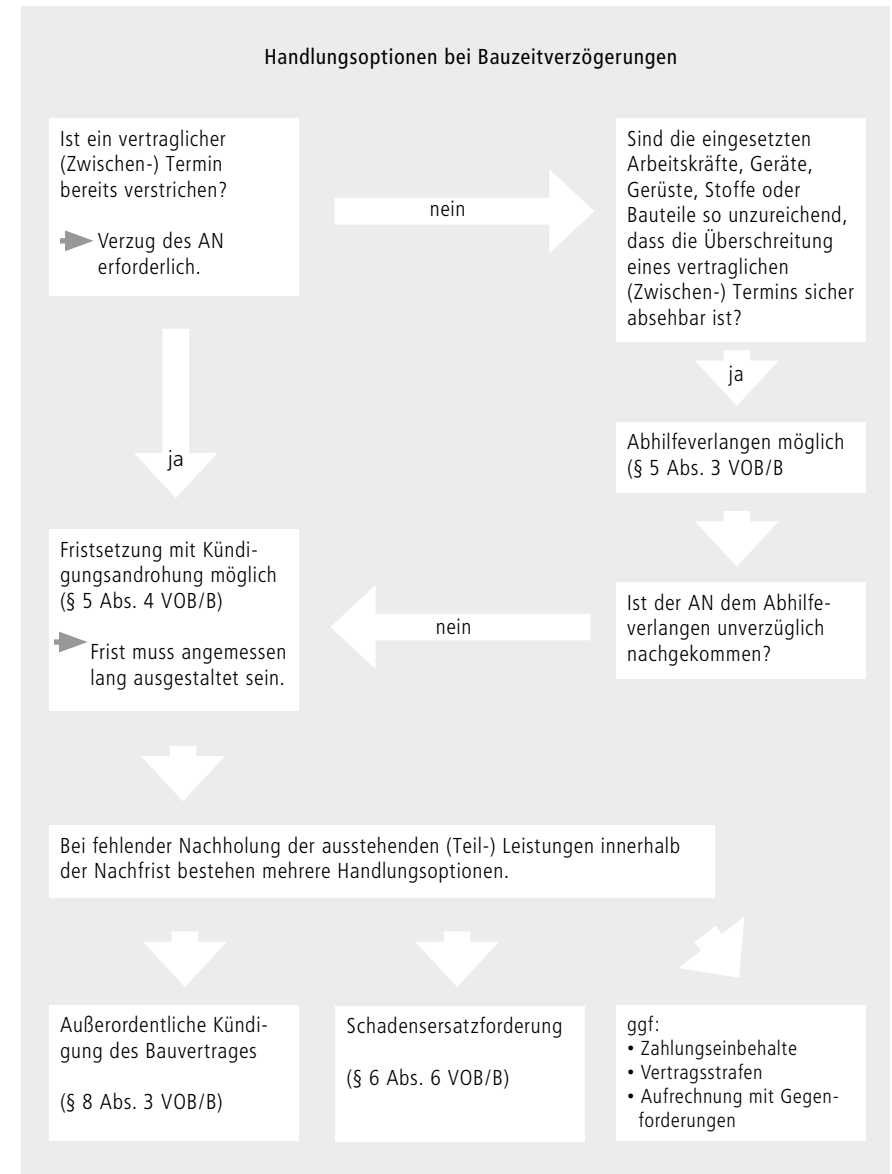
Statt einer Kündigung – oder im Ausnahmefall Teilkündigung – kann der Auftraggeber bei Verzug des Auftragnehmers am Bauvertrag festhalten und **Schadensersatz** nach § 6 Abs. 6 VOB/B verlangen (z.B. Erstattung längerer Zwischenfinanzierungskosten). **Ersatzvornahmen** durch Drittunternehmen auf Kosten des Auftragnehmers kommen dagegen während der Bauausführung nicht in Betracht, da die VOB/B hierfür stets eine (Teil-)Kündigung des Bauvertrages als vorgeschaltete Voraussetzung vorsieht (vgl. § 5 Abs. 4 iVm § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B).

c) Sonstige Rechte/Maßnahmen bei Verzögerungen

Sofern im Bauvertrag **Vertragsstrafen** wirksam vereinbart sind, wird der Auftraggeber diese bei einem Verzug des Auftragnehmers von den Abschlagsrechnungen in Abzug bringen. Weitere Rechnungskürzungen können aus der **Aufrechnung mit Gegenforde-**

rungen (Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B) folgen. Daneben können im Einzelfall vorläufige **Zahlungseinbehalte wegen Mängeln** berechtigt sein („doppelter Druckzuschlag“ nach § 641 Abs. 3 BGB).

Demgegenüber übermitteln Auftragnehmer in der Praxis zur Vermeidung der Verzugsfolgen häufig **Behinderungsanzeigen** und dokumentieren ihre Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft, um eine vorzeitige außerordentliche Kündigung des Bauvertrages vor Ablauf einer angemessenen Nachfrist von vornherein auszuschließen. Im Übrigen sind Kürzungen von Abschlagsrechnungen für den Auftraggeber nicht ohne Risiko, da der Auftragnehmer bei unberechtigten Rechnungskürzungen seinerseits eine angemessene Nachfrist für den vollständigen Ausgleich der Rechnung setzen kann. Bei fruchtlosem Ablauf dieser Nachfrist hat der Auftragnehmer gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 5 VOB/B das Recht zur **Einstellung der Arbeiten**, also ein **Leistungsverweigerungsrecht**, sowie unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B sogar ein Recht zur **außerordentlichen Kündigung** des Bauvertrages wegen Zahlungsverzuges, sofern es sich nicht nur um unwesentliche Rechnungskürzungen handelt.



2. Bauzeitnachträge

Neben den Handlungsmöglichkeiten bei Bauzeitverzögerungen spielen Bauzeitnachträge des Auftragnehmers in der Praxis eine große Rolle, da diese nicht selten zu einer massiven Erhöhung der Gesamtbaukosten führen. Häufig macht der Auftragnehmer neben dem reinen Bauzeitverlängerungsanspruch (siehe unten D.I.2. b)) auch erhebliche Mehrvergütungs-, Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche geltend. Obwohl Bauzeitnachträge damit zugleich die finanzielle Steuerung des Bauablaufs betreffen, behandeln wir sie wegen ihres Bezuges auf den terminlichen Bauablauf an dieser Stelle.

a) Grundlagen

Ungeachtet der jeweils unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen, je nachdem, ob eine Bauzeitverlängerung oder zusätzlich Mehrvergütung, Entschädigung oder Schadensersatz geltend gemacht wird, unterliegen Bauzeitnachträge wesentlichen gleichlautenden Anforderungen, die deshalb zunächst gemeinsam dargestellt werden.

aa) Abwehr / Anspruch

Bei Bauzeitnachträgen handelt es sich stets um Ansprüche, die ebenso wie technische Nachtragsforderungen vom Auftragnehmer geltend gemacht sowie ggf. in die (Abschlags- und)Schlussrechnung eingestellt und andererseits vom Auftraggeber ggf. zurückgewiesen werden. Ebenso wie bei technischen Nachtragsforderungen kann eine pauschale Zurückweisung eines Bauzeitnachtrages durch den Auftraggeber nach Treu und Glauben ein **Leistungsverweigerungsrecht** des Auftragnehmers, also die Berechtigung zur **Einstellung der betroffenen Arbeiten** bewirken, wenn sich der Nachtrag jedenfalls teilweise als begründet erweist. Gleiches gilt, wenn nach Einstellung der Nachtragsforderung in Abschlagsrechnungen keine vollständigen Zahlungen geleistet werden (siehe oben D.I.1. b)). Allerdings sind Leistungseinstellungen durch den Auftragnehmer nur ultima ratio und mit hohen Risiken verbunden, da der Auftraggeber sämtliche durch eine unberechtigte Leistungseinstellung entstehende Schäden vom Auftragnehmer erstattet verlangen kann.

bb) Vertragsvereinbarung Termine / Bauablauf

Der primäre Ansatzpunkt für die Geltendmachung bzw. Abwehr von Bauzeitnachträgen liegt zunächst in der Vereinbarung von verbindlichen **Vertragsterminen** (einschließlich Zwischenterminen). Siehe hierzu die obigen Ausführungen unter D.I.1. Der durch die verbindlichen Vertragstermine definierte **Soll-Bauablauf** bildet den Maßstab, bei dessen Überschreitung Bauzeitnachträge des Auftragnehmers in Betracht kommen oder – bei fehlenden kausalen Störungen bzw. Baubehinderungen – vom Auftraggeber abgewehrt werden können. Einseitige nach Vertragsschluss übergebene Terminpläne sind für den vertraglichen Soll-Bauablauf nicht relevant. Sind Vertragstermine nicht vereinbart oder (ausnahmsweise) aufgrund gravierender Störungen des Bauablaufs **alle Vertragstermine** hinfällig geworden, sind Bauzeitnachträge schwer durchsetzbar. Der einzige verbleibende Maßstab für den Soll-Bauablauf ist dann nämlich die äußerst unpräzise Vorgabe, die Fertigstellung des Bauvorhabens „in angemessener Zeit“ zu Ende zu führen (siehe oben D.I.1.).

cc) Störung / Behinderung

Sämtliche Bauzeitnachträge haben zur Voraussetzung, dass eine Überschreitung des Soll-Bauablaufs als solche nicht ausreicht, um Ansprüche des Auftragnehmers zu begründen, sondern vielmehr eine Störung oder Behinderung vorliegen muss.

aaa) Mehrvergütungsanspruch (§ 2 Abs. 5 VOB/B)

Dies gilt zunächst für den Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B (zu den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen siehe unten D.I.2 b) aa)). Nach seinem Wortlaut setzt der Mehrvergütungsanspruch zwar ausschließlich eine Änderung des Bauentwurfs im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B oder eine andere Anordnung des Auftraggebers voraus, durch die die Preisgrundlagen für die im Vertrag vorgesehene Leistung geändert wird. Nicht selten knüpft ein Auftragnehmer einen Bauzeitnachtrag gestützt auf § 2 Abs. 5 VOB/B deshalb ohne weiteren Vortrag an vom Auftraggeber vorgegebene neue Ausführungstermine (z. B. im Rahmen einer Baubesprechung) an. Allerdings ist schon fraglich, ob das nach wie vor strittige Anordnungsrecht des Auftraggebers zur Bauzeit überhaupt einen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B begründen kann oder „lediglich“ eine Entschädigung gemäß § 642 BGB bzw. Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B in Betracht kommt, vgl. OLG Hamm, Urteil vom 17.04.2005 – 21 U 133/04, BauR 2005, 1480.

Unabhängig hiervon setzt ein Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B immer voraus, dass die Anordnung ihren Ausgangspunkt in dem **Verantwortungsbereich des Auftraggebers** hat, BGH, Urteil vom 27.06.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561. Die bloße Anordnung von Terminverschiebungen reicht also nicht aus. Vielmehr kann ein Mehrvergütungsanspruch nur dann entstehen, wenn die Anordnung auf einer **Störung des Bauablaufs** aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers beruht.

Eine anschauliche Grafik der Voraussetzungen eines Mehrvergütungsanspruchs gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B findet sich nachfolgend auf Seite 68.

bbb) Entschädigungsanspruch (§ 642 BGB)

Auch der bei Bauzeitnachträgen häufig herangezogene Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB setzt eine aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers resultierende **Störung des Bauablaufs** voraus. Dabei muss die Störung nach dem Gesetzeswortlaut hier darin bestehen, dass der Auftraggeber eine für die Herstellung des Bauwerks erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt und hierdurch in Annahmeverzug gerät. Häufig vorkommende Praxisbeispiele sind verspätete **Planlieferungen**, verspätete **Planfreigaben** oder verspätete **Vorunternehmerleistungen**. Ferner können z.B. verspätete **Baufeldübergaben**, vom Auftraggeber beizubringende **Genehmigungen**, verspätete Entscheidungen bei **Bemusterungen**, verspätete Entscheidungen über **Bedenkenhinweise** oder verspätete **Anordnungen von Leistungsänderungen** bzw. zusätzlichen Leistungen eine unterlassene Mitwirkungshandlung im Sinne von § 642 BGB darstellen.

Eine nachtragsrelevante Störung für den Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB setzt neben der unterlassenen Mitwirkungshandlung zusätzlich voraus, dass der Auftraggeber hierdurch in **Annahmeverzug** gerät. Dabei ist zunächst von Bedeutung, dass der Annahmeverzug nach den gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 293 ff. BGB) **kein Verschulden** des Auftraggebers voraussetzt. Erforderlich ist allerdings ein „tatsächliches Angebot“ der Bauleistungen durch den Auftragnehmer (§ 294 BGB): Hierfür muss der Auftragnehmer während der gesamten Dauer des geltend gemachten Annahmeverzuges seine Bauleistungen so anbieten, wie er sie nach dem Bauvertrag zu bewirken hat – also jeden Arbeitstag (!) mit der erforderlichen Mannstärke und dem erforderlichen Baustellengerät auf der Baustelle erscheinen. Hieran scheitern Bauzeitnachträge nach § 642 BGB in der Praxis häufig. Ein weiterer Streitpunkt ist, dass der Auftraggeber ungeeignete Bauleistungen zurückweisen kann, ohne

in Annahmeverzug zu geraten, wobei beide Parteien jeweils das Risiko ihrer Einschätzung tragen, vgl. Kniffka u.a., ibr-online-Kommentar, § 642 BGB Rn. 26.

Herabgesetzte Anforderungen an den Annahmeverzug gelten dagegen z.B. dann, wenn der Auftragnehmer seine Bauleistungen wegen verspäteter **Vorunternehmerleistungen** nicht erbringen kann. In diesem Fall genügt gemäß § 295 BGB ein „wörtliches Angebot“ der Bauleistungen von dem Auftragnehmer, das z.B. in der (protokollierten) Baubesprechung erklärt werden kann, BGH, Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 440/01, BauR 2003, 531.

ccc) Bauzeitverlängerung (§§ 6 Absätze 2 und 4 VOB/B), Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B)

Der „klassische“ Bauzeitnachtrag des Bauzeitverlängerungsanspruchs gemäß §§ 6 Absätze 2 und 4 und der Schadensersatzanspruch gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B (zu den unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen siehe unten D.I.2. b) setzen jeweils eine **Behinderung** des Bauablaufs voraus, die in § 6 Abs. 2 VOB/B im Einzelnen definiert ist. Wichtig ist, dass nur Störungen bei der Bauausführung eine Behinderung begründen können. Die in der Baupraxis häufig auf verspätete **Planlieferungen** gestützten Bauzeitnachträge sind deshalb unbegründet, sofern sich die verspäteten Pläne nicht im Rahmen der Bauausführung ausgewirkt haben – z.B., weil der Auftragnehmer nach dem erreichten Bautenstand ohnehin nicht in der Lage gewesen wäre, mit den Bauleistungen in dem betroffenen Bereich zu beginnen (erforderliche Bestell- und Lieferzeiten für die Baumaterialien sind allerdings zu berücksichtigen). Keinesfalls kann der Auftragnehmer deshalb den Zeitraum der Überschreitung eines vertraglichen Planliefertermins ohne weiteres als Behinderungszeitraum geltend machen.

Nach § 6 Abs. 2 VOB/B werden die Ausführungsfristen ausschließlich verlängert, soweit die **Behinderung** verursacht ist

- durch einen Umstand aus dem **Risikobereich des Auftraggebers**,
- durch Streik etc. im Betrieb des Auftragnehmers oder einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb,
- durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände.

Der in Punkt 2 genannte Behinderungsumstand eines Streiks im Betrieb des Auftragnehmers oder eines Nachunternehmers (strittig: Zulieferer) kommt in der Praxis nur selten vor. Gleiches

gilt für Punkt 3, da unter den Begriff der höheren Gewalt oder für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände begrifflich nur elementare Naturereignisse (z.B. orkanartiger Sturm, außergewöhnliches Hochwasser) oder absolut nicht vorsehbare Handlungen Dritter (z.B. politische Unruhen) fallen.

Praxisrelevant ist Punkt 1 des die Bauausführung behindernden Umstandes aus dem **Risikobereich des Auftraggebers**. Beispiele hierfür können sein (im Einzelfall ist immer der konkrete Bauvertrag entscheidend!):

- verspätete vom Auftraggeber beizubringende **Genehmigungen**,
- bei Vertragsschluss nicht erkennbare Hindernisse auf dem Baugrundstück des Auftraggebers einschließlich des **Baugrundes** (vgl. Bodengutachten),
- verspätete **Baufeldübergaben**,
- **Witterungseinflüsse** (hier gelten jedoch die Einschränkungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B, siehe nachfolgend Seite 63),
- verspätete **Planlieferungen**,
- verspätete **Planfreigaben**
- **behördliche Anordnungen**,
- verspätete Entscheidungen des Auftraggebers, die nach dem erreichten Bautenstand umgehend zur Fortführung der Bauleistungen erforderlich sind, z.B.
 - **Bemusterungen**,
 - Entscheidungen über **Bedenkenhinweise**,
 - **Anordnungen von Leistungsänderungen** bzw. zusätzlichen Leistungen,
- verspätete **Vorunternehmerleistungen** (diese führen zu einer Bauzeitverlängerung, begründen aber keine Schadensersatzforderung des Auftragnehmers, da die Vorunternehmer keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers sind und der Auftraggeber deren Verspätung deshalb nicht gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B „zu vertreten“ hat. Allerdings kommt bei verspäteten Vorunternehmerleistungen ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB (siehe unten D.1.2 b) bb)) in Betracht).

Im konkreten Fall ist allerdings immer zu beachten, dass der Maßstab für die **Abgrenzung der Risikobereiche** des Auftraggebers und des Auftragnehmers ausschließlich aus den getroffenen Vereinbarungen des geschlossenen Bauvertrages einschließlich aller Vertragsbestandteile folgt. So begründen z.B. behördliche Anordnungen während der

Bauausführung keine Behinderung, sofern sich der Auftragnehmer im Bauvertrag zur Erfüllung von nachvertraglichen behördlichen Auflagen verpflichtet hat. Ebenso scheiden z.B. verspätete Planlieferungen als Behinderung aus, wenn die Planung im Bauvertrag auf den Auftragnehmer übertragen wurde. Es gibt keine generellen Grundsätze wie etwa die immer wieder aufgestellte pauschale, aber vom Bundesgerichtshof mehrfach zurückgewiesene Behauptung, der Auftraggeber trage generell das „Baugrundrisiko“, BGH, Urteil vom 20.08.2009 – VII ZR 205/07, BauR 2009, 1724.

Bei Schlechtwettertagen ist zu beachten, dass **Witterungseinflüsse**, mit denen bei Abgabe des Angebots bzw. bei Vertragsschluss gerechnet werden musste, nicht als Behinderung gelten (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B). Sofern der Bauvertrag keine abweichende Regelung enthält, können deshalb nur ganz außergewöhnliche Witterungsbedingungen (z.B. „20-jahres-Winter“) eine Behinderung begründen. Ansonsten stellen harte, aber nicht außergewöhnliche Schlechtwettertage (z.B. Sturm im Herbst / Schnee, Frost und Eis im Winter) keine Behinderung dar. Etwas anderes gilt nur dann, wenn im Rahmen der vertraglichen Bauzeit nicht mit den Witterungsbedingungen gerechnet werden musste (z.B. die Bauausführung „rutscht“ in den Winter aufgrund verspäteter Vorunternehmerleistungen).

Eine anschauliche Grafik der Voraussetzungen einer Bauzeitverlängerung bzw. Schadensersatz gemäß § 6 Absätze 2, 4 und 6 VOB/B findet sich nachfolgend auf Seite 71).

dd) Notwendiger Vortrag / Nachweise

Die Geltendmachung bzw. Abwehr von Bauzeitnachträgen gehört zu den schwierigsten Themen im Rahmen der Bauabwicklung. Denn zur Ermittlung bzw. Entkräftung der geltend gemachten Bauzeitverlängerung sowie der Mehrvergütungs-, Entschädigungs- oder Schadensersatzforderungen, müssen zumeist der gesamte Bauablauf oder zumindest wesentliche Teilbereiche aufgearbeitet werden, um den störungsbedingten **Ist-Bauablauf** dem störungsfreien vertraglichen **Soll-Bauablauf** gegenüberzustellen. Die Aufarbeitung wird noch um ein Vielfaches aufwendiger, wenn sie erst nachträglich nach Beendigung der strittigen Störung/Behinderung oder sogar erst nach Fertigstellung des Bauvorhabens insgesamt erfolgt. Generell gilt: Die Anforderungen der Rechtsprechung an einen formgerechten und schlüssigen Bauzeitennachtrag sind sehr hoch, aber nicht unerfüllbar.

aaa) Behinderungsanzeige

Bis auf den Mehrvergütungsanspruch (§ 2 Abs. 5 VOB/B) setzen alle Bauzeitnachträge – also der Bauzeitverlängerungsanspruch (§ 6 Absätze 2 u. 4 VOB/B), der Entschädigungsanspruch (§ 6 Absatz 6 Satz 2 VOB/B, § 642 BGB) und der Schadensersatzanspruch (§ 6 Abs. 6 VOB/B) – eine unverzügliche schriftliche **Behinderungsanzeige** gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B voraus. Unverzüglich bedeutet, dass der Auftragnehmer ohne schuldhaftes Zögern nach Kenntniserlangung von der Störung/Behinderung innerhalb weniger Arbeitstage eine schriftliche Behinderungsanzeige an den Auftraggeber übermitteln muss. Richtiger Adressat der Behinderungsanzeige ist ausschließlich der Auftraggeber selbst oder die (im Bauvertrag genannten) **bevollmächtigten** Personen.

Für den notwendigen **Inhalt der Behinderungsanzeige** gelten nach der Rechtsprechung hohe Anforderungen: Der Auftragnehmer hat in der Behinderungsanzeige genau anzugeben, ob und wann welche konkreten Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können. Denn die Behinderungsanzeige dient dem Schutz des Auftraggebers. Der Auftraggeber soll über die Störung informiert, gewarnt und ihm soll die Möglichkeit eröffnet werden, Behinderungen abzustellen. Zugleich soll der Auftraggeber durch die Behinderungsanzeige vor unberechtigten Bauzeitnachträgen geschützt werden. Die rechtzeitige und inhaltlich konkrete Behinderungsanzeige erlaubt ihm nämlich, Beweise für eine in Wahrheit nicht oder nicht in dem geltend gemachten Umfang bestehende Behinderung zu sichern (BGH, Urteil vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722).

Die in der Baupraxis häufig nur wenige Zeilen langen Behinderungsschreiben, in denen pauschal auf „die Verschiebung der Ausführungsfristen“ durch eine auftraggeberseitige Störung verwiesen wird, genügen deshalb nicht den inhaltlichen Anforderungen an eine formell korrekte Behinderungsanzeige. Eine inhaltlich unzureichende Behinderungsanzeige gilt rechtlich als nicht erfolgt.

Fehlt eine unverzügliche schriftliche und den inhaltlichen Anforderungen genügende Behinderungsanzeige, so kommt ein Bauzeitverlängerungsanspruch bzw. ein Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nur in Betracht, wenn die Behinderungsumstände und ihre hindernde Wirkung für den Auftraggeber **offenkundig** waren. Dies ist z.B. bei verspäteten **Planlieferungen** nicht der Fall, wenn der Auftraggeber

keine Kenntnis davon hat, dass wegen Bestellvorlaufzeiten etc. umgehend mit der Ausführungsvorbereitung des betroffenen Baubereichs begonnen werden muss.

Bei fehlender Behinderungsanzeige und fehlender Offenkundigkeit scheiden jegliche Bauzeitnachträge – mit Ausnahme eines Mehrvergütungsanspruchs (§ 2 Abs. 5 VOB/B) – aus. Sofern die Überschreitung der Vertragsfristen dennoch auf einer Störung bzw. Behinderung aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers beruht, kann der Auftraggeber andererseits ebenfalls keine Ansprüche gegen den Auftragnehmer geltend machen.

bbb) Kausalität

Alle Bauzeitnachträge setzen voraus, dass die Störung bzw. Behinderung die Bauausführung unterbrochen oder beeinträchtigt hat und hierdurch ursächlich (= kausal) für eine Verzögerung des (Gesamt-)Bauablaufs geworden ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn die betroffenen Arbeiten auf dem **„kritischen Weg“** liegen – also die Verzögerung der betroffenen Arbeiten ohne weiteres zu einer Verzögerung des (Gesamt-)Bauablaufs führt. Ein Beispiel ist die verspätete Herstellung der Bodenplatte, auf der die weiteren Geschosse aufbauen. Nicht auf dem kritischen Weg liegt dagegen z.B. die Einbringung der Türen und Fenster, wenn die Innenausbauten gleichwohl parallel vorgenommen werden können. Streitig ist die Behandlung von **„Puffern“** im vertraglichen Bauablaufplan (siehe D.I.2. d) aa)).

ccc) Beweislast

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trägt der Auftragnehmer die uneingeschränkte Darlegungs- und Beweislast (§ 286 ZPO) für die Darstellung, ob und inwieweit eine Störung aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers vorliegt und diese zu einer **Behinderung** des Bauablaufs geführt hat, BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, BauR 2005, 857. Hierzu muss der Auftragnehmer im Rahmen einer bauablaufbezogenen Darstellung vortragen, aufgrund welcher Störung welche vorgesehenen Arbeiten nicht durchgeführt werden konnten und wie sich die Störungen konkret auf der Baustelle ausgewirkt haben = „gestörter **Ist-Bauablauf**“ (BGH, a.a.O.). Abstrakte **Balkenpläne** reichen nicht aus, BGH, Urteil vom 21.03.2002 – VII ZR 224/00, BauR 2002, 1249. Allerdings kann sich der Auftragnehmer der Hilfe grafischer Darstellungen durch Balken- oder Netzpläne bedienen und diese konkret erläutern, BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 861.

Die vorstehenden hohen Darlegungsanforderungen des Auftragnehmers gelten nicht nur im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B, sondern bei allen Bauzeitnachträgen, vgl. KG, Urteil vom 19.04.2011 – 21 U 55/07, IBR 2012, 75 für § 642 BGB.

Die durch die Behinderung verursachten **Schäden** sowie die **Folgeauswirkungen** auf Anschlussgewerke bzw. die Gesamtbauzeit unterliegen dagegen der erleichterten Beurteilung des § 287 ZPO und können deshalb vom Gericht jeweils geschätzt werden, BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 225/03, BauR 2005, 857. Deshalb ist bei überlagernden Störungen aus dem Verantwortungsbereich beider Parteien auch eine Schätzung möglich, inwieweit ein Verhalten des Auftragnehmers einerseits und des Auftraggebers andererseits den auf eine Bauzeitverzögerung zurückzuführenden Schaden verursacht hat.

ee) Dokumentation

Soweit der Auftragnehmer mangels ausreichender **Dokumentation** der Störungen und der sich hieraus ergebenden Verzögerungen nicht zu einer konkreten Darstellung der Behinderungen des Bauablaufs in der Lage ist, geht dies grundsätzlich nicht zu Lasten des Auftraggebers, BGH, 21.03.2002 – VII ZR 224/00, BauR 2002, 1249. Aus der Sicht des Auftragnehmers ist deshalb eine genaue baubegleitende Aufarbeitung und Dokumentation der Störungen und der hierdurch verursachten Behinderungen nach Umfang (betroffene Gewerke/Baubereiche etc.) und Dauer erforderlich. Eine nachträgliche Aufarbeitung ist insbesondere bei Großbaustellen nur schwer möglich.

b) Anspruchsgrundlagen

Wie oben dargestellt, setzen alle Bauzeitnachträge eine Störung bzw. Behinderung des Bauablaufs voraus. Die jeweiligen Voraussetzungen an eine Störung bzw. Behinderung wurden soeben erörtert – insbesondere die hohen Anforderungen an die Darlegung der Kausalität der Störung bzw. Baubehinderung für die Auswirkungen auf den Bauablauf (D.I.2 a) dd) ccc)). Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der rechtlichen Anspruchsgrundlagen für Bauzeitnachträge lauten im Überblick wie folgt:

aa) Mehrvergütungsanspruch (§ 2 Abs. 5 VOB/B)

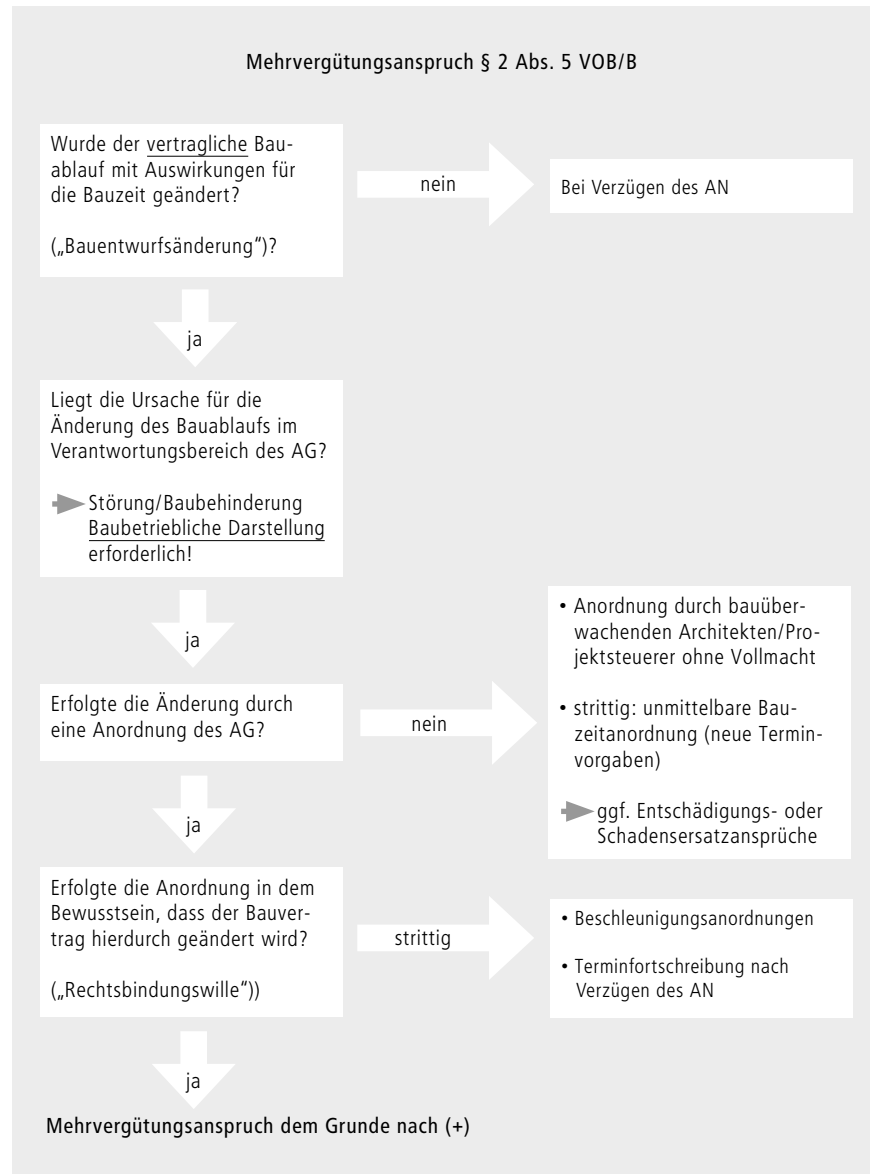
Ein Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B setzt eine **Änderung des Bauentwurfs** durch eine Anordnung des Auftraggebers nach § 1 Abs. 3 VOB/B voraus. Die Anordnung muss zudem ihre Ursache im Verantwortungsbereich des Auftraggebers haben (siehe hierzu oben D.I.2. a) ccc)). Neben der somit vom Auftragnehmer stets darzulegenden Ursache im Verantwortungsbereich des Auftraggebers müssen folgende Voraussetzungen für einen Mehrvergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B gegeben sein:

Die bauentwurfsändernde **Anordnung** muss von einem (im Bauvertrag genannten) **bevollmächtigten** Vertreter des Auftraggebers erklärt worden sein.

Eine bauentwurfsändernde Anordnung setzt einen entsprechenden **Rechtsbindungswillen** des Auftraggebers voraus, Kniffka u.a., ibr-online-Kommentar, § 631 BGB Rn. 459 ff. Der Auftraggeber muss die Vertragsänderung also auch gewollt, zumindest aber billigend in Kauf genommen haben. Dies ist bei Beschleunigungsanordnungen oder Terminfortschreibungen des Auftraggebers nach Verzügen des Auftragnehmers fraglich.

Strittig ist zudem, ob **vertragswidrige Anordnungen** des Auftraggebers (nach Auffassung einiger Autoren sollen hierzu auch **bauzeitändernde Anordnungen** gehören) einen Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B begründen können oder „lediglich“ Entschädigung gemäß § 642 BGB bzw. Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 VOB/B in Betracht kommt, vgl. OLG Hamm, Urteil vom 17.04.2005 – 21 U 133/04, BauR 2005, 1480.

Hinsichtlich der Auswirkungen der Anordnung auf die Bauzeit ist eine genaue bauablaufbezogene Darstellung erforderlich.

**bb) Entschädigungsanspruch (§ 642 BGB)**

Wie ausgeführt setzt der Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB voraus, dass der Auftraggeber durch das Unterlassen einer zur Herstellung des Bauwerks erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug gerät, siehe oben D.I.2 a) aa). Daneben ist nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B eine unverzügliche schriftliche Behinderungsanzeige des Auftragnehmers oder Offenkundigkeit der hindernden Umstände und ihrer hindernden Wirkung erforderlich (siehe oben D.I.2 a) dd)).

Bezüglich der Auswirkungen der ausstehenden Mitwirkungshandlung auf die Bauzeit ist eine genaue bauablaufbezogene Darstellung erforderlich (siehe oben D.I.2. a) dd) ccc)).

Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, ist bei der **Entschädigungshöhe** zumindest nicht unumstritten, dass die Entschädigung nicht durch die Dauer des Annahmeverzuges begrenzt wird, so u.a. Halfmeier/Leupertz, in Prütting/Wegen/Weinreich, 7. Aufl., § 642 BGB Rn.6; a. A. Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804 (1812 f.), OLG Jena, Urteil vom 10.10.2005 – 8 U 849/04, IBR 2005, 658 und OLG Brandenburg, Urteil vom 30.11.2011 – 4 U 144/07, IBR 2012, 381.

cc) Bauzeitverlängerungsanspruch (§§ 6 Abs. 2 und 4 VOB/B)

Der Bauzeitverlängerungsanspruch gemäß §§ 6 Abs. 2 und 4 VOB/B setzt das Vorliegen einer Baubehinderung und einer unverzüglichen schriftlichen Behinderungsanzeige voraus, welche nur bei Offenkundigkeit entbehrlich ist.

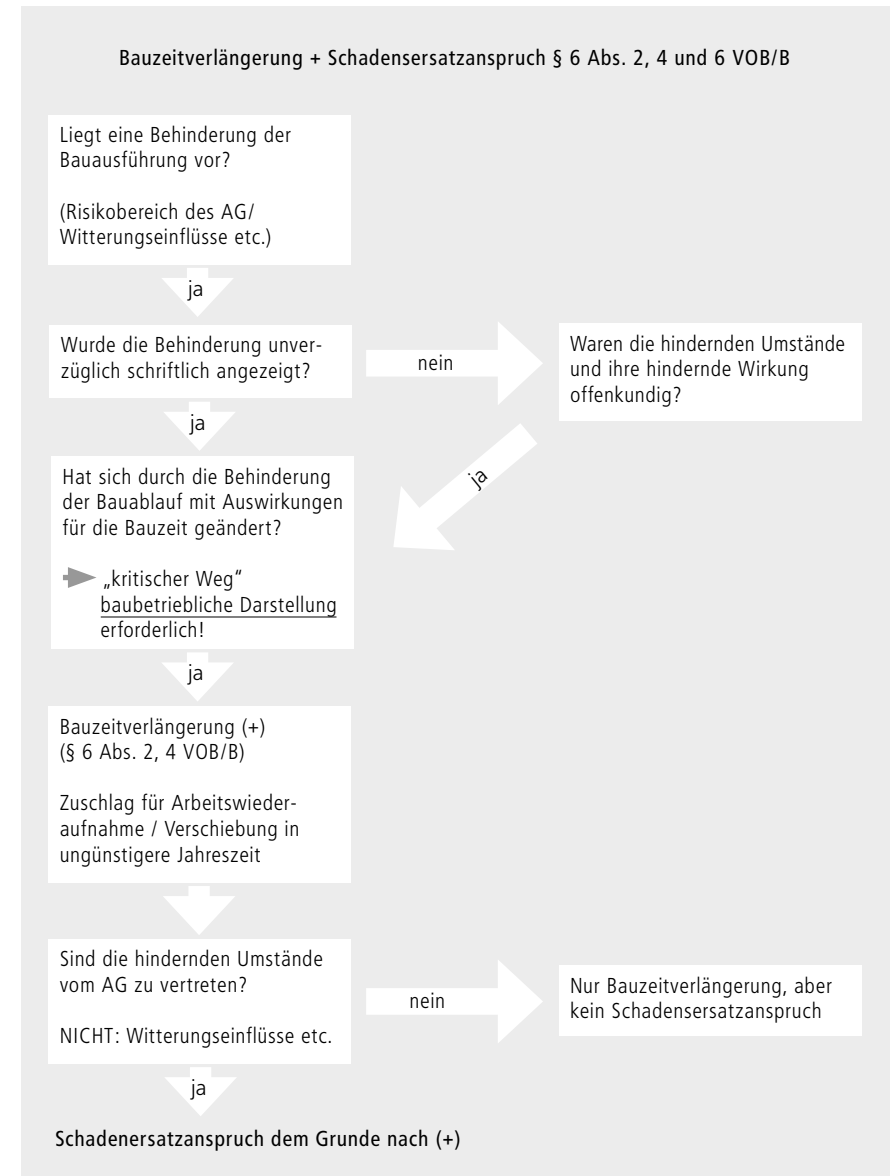
Die Auswirkungen einer Behinderung auf die Bauzeit müssen detailliert bauablaufbezogen dargestellt werden.

dd) Schadensersatzanspruch (§ 6 Abs. 6 VOB/B)

Gleiches gilt für den Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B, welcher ebenfalls das Vorliegen einer Baubehinderung (siehe Seiten 61 ff.) und einer unverzüglichen schriftlichen Behinderungsanzeige einschließlich der detailliert darzulegenden Auswirkungen auf den Bauablauf voraussetzt.

Zusätzliche Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers ist ferner, dass der Auftraggeber die hindernden Umstände **zu vertreten** hat. Hierfür ist ein **Verschulden** – also mindestens einfache Fahrlässigkeit – des Auftraggebers oder der von ihm eingesetzten Erfüllungsgehilfen (z.B. des Objektplaners) erforderlich (§§ 276, 278 BGB). Demgegenüber kann sich der Auftragnehmer nicht auf eine mangelhafte **Bauüberwachung** berufen.

Ebenfalls nicht vom Auftraggeber zu vertreten sind störende **Witterungseinflüsse**, BGH, Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 141/03, BauR 2005, 857. Selbst wenn diese im Einzelfall eine bauzeitverlängernde Behinderung begründen (D.I.2. a) cc), scheidet ein Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B wegen störenden Witterungseinflüssen stets aus.



c) Berechnungsgrundlagen

Sofern die vorstehenden Tatbestandsvoraussetzungen für einen Bauzeitnachtrag im Einzelnen dargelegt und nachgewiesen sind, lauten die Berechnungsgrundlagen für den jeweiligen **Anspruchsinhalt** im Überblick wie folgt:

aa) Zeit (Bauzeitverlängerung)

Die Dauer der Bauzeitverlängerung bemisst sich gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B nach der Dauer der Behinderung – richtigerweise den hindernden Auswirkungen auf den Bauablauf – mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die Verschiebung in eine ungünstige Jahreszeit. Bei einer Verschiebung der Arbeiten in eine ungünstige Jahreszeit („Rutschen“ in den Winter) gelten die bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbaren Schlechtwettertage allerdings ohnehin als neue Behinderung und verlängern die Bauzeit erneut.

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass sich die Bauzeit bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nicht automatisch verlängert, sondern nur einen entsprechenden Anspruch des Auftragnehmers begründet. Der Bundesgerichtshof tendiert allerdings im Hinblick auf den Wortlaut des § 6 Abs. 2 VOB/B zu einer automatischen Bauzeitverlängerung vgl. BGH, Urteil vom 08.03.2012 – VII ZR 118/10, BauR 2012, 949.

bb) Kosten

Für die Berechnung der Mehrvergütung, Entschädigung und Schadensersatz gelten im Rahmen der Bauzeitnachträge jeweils folgende Grundlagen:

aaa) Mehrvergütung (§ 2 Abs. 5 VOB/B)

Gemäß dem Wortlaut des § 2 Abs. 5 VOB/B ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der „Mehr- und Minderkosten“ zu vereinbaren. Nach der Rechtsprechung wird die Mehrvergütung (bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen) folgendermaßen berechnet:

Direkte Kosten (= Einzelkosten der Teilleistung (EKT): Lohn-, Material- und Gerätekosten, Schalung und Rüstung, Nachunternehmerkosten): Die Vertragskalkulation wird anhand der Mengenabweichung / Bauzeitverlängerung fortgeschrieben. Die angefallenen

Ist-Material- bzw. Ist-Nachunternehmerkosten sind unerheblich (vgl. Ingenstau/Korbion, 17. Aufl., § 2 Abs. 5 VOB/B Rn. 34). Allerdings muss der Auftragnehmer die abgerechneten Positionen tatsächlich in dem abgerechneten Umfang eingesetzt haben.

Baustellengemeinkosten (BGK): Die Fortschreibung der zeit- und mengenabhängigen Kosten wird wie bei den direkten Kosten (EKT) vorgenommen. Die Fixkosten (z.B. Auf- und Abbau) bleiben jedoch unberührt.

Allgemeine Geschäftskosten (AGK): Hier ist umstritten, ob eine Fortschreibung der mit der Bauzeit regelmäßig nicht im unmittelbaren Zusammenhang stehenden Kosten (z.B. allgemeine Niederlassungsgehälter, Mietkosten der Niederlassungen) wegen der umsatzbezogenen Kalkulation erfolgt (siehe unten D.I.2 d) bb)).

Wagnis und Gewinn: Diese werden gemäß der Vertragskalkulation fortgeschrieben. Die **Umsatzsteuer** ist ggf. hinzuzurechnen.

Mehrvergütungsforderungen nach § 2 Abs. 5 VOB/B sind bei Bauzeitnachträgen daher insbesondere relevant, wenn die tatsächlichen Schäden des Auftragnehmers – wie häufig – schwer nachweisbar sind, andererseits aber eine auskömmliche Vertragskalkulation vorliegt.

bbb) Entschädigung (§ 642 BGB)

Die Höhe der Entschädigung bemisst sich nach dem Wortlaut in § 642 Abs. 2 BGB einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach den ersparten Aufwendungen des Auftragnehmers infolge des Annahmeverzugs oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft.

Die Entschädigungsberechnung erfolgt daher auf der Basis der vertraglichen Vergütung unter Heranziehung der zugrunde liegenden Preisermittlungsgrundlagen. Die soeben bei § 2 Abs. 5 VOB/B genannten Grundsätze zur Fortschreibung der **Einzelkosten der Teilleistung (EKT)**, der **Baustellengemeinkosten (BGK)** und der **Allgemeinen Geschäftskosten (AGK)** sind deshalb weitgehend heranzuziehen (Kniffka u.a., ibr-online-Kommentar, § 642 BGB Rn. 56).

Wagnis und Gewinn sind jedoch herauszurechnen BGH, Urteil. vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722.

Fraglich ist die Berücksichtigung **tatsächlicher Kosten**, wenn diese höher liegen als die aus der vertraglichen Vergütung abgeleiteten Beträge (vgl. Roskosny/Bolz, BauR 2006, 1804 (1814)).

Bei den **ersparten Aufwendungen** ist die tatsächliche Ersparnis maßgeblich. Das Gesetz kennt keine Bezugnahme auf eine aus der Kalkulation abgeleitete Ersparnis, Kniffka u.a., Ibr-online-Kommentar, § 642 BGB Rn. 59; a. A. Boldt, BauR 2006, 185.

Die **Umsatzsteuer** ist ggf. hinzuzurechnen, da die Entschädigung ein Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG darstellt, BGH, Urteil vom 24.01.2008 – VII ZR 280/05, BauR 2008, 821.

ccc) Schadensersatz (§ 6 Abs. 6 VOB/B)

Nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B besteht bei Vorliegen der oben beschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen ein Anspruch auf Ersatz des tatsächlich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Hieraus folgt:

Direkte Kosten (Einzelkosten der Teilleistung (EKT)): Z.B. tatsächlich entstandene Stillstandskosten (hier gilt eine Rentabilitätsvermutung für Personal und Gerät) sowie erhöhte Lohn-, Material- oder Nachunternehmerkosten innerhalb der verlängerten Bauzeit sind in Höhe des tatsächlich entstandenen und nachzuweisenden Umfangs zu ersetzen.

Baustellengemeinkosten (BGK): Sofern mengen- oder zeitabhängige Mehrkosten tatsächlich entstehen und nachgewiesen sind (z.B. länger andauernder Einsatz des Bauleiters), erfolgt die Kostenermittlung in der Regel auf der Basis der Vertragskalkulation.

Allgemeine Geschäftskosten (AGK): Ob die Erstattung eines Deckungsfehlbetrages trotz des fehlenden unmittelbaren Bezuges der Allgemeinen Geschäftskosten zur Baustelle verlangt werden kann, ist strittig, siehe unten D.I.2.d) bb).

Wagnis und Gewinn: Eine Erstattung kommt nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit in Betracht (dann aber abstrakte Schadensberechnung gemäß § 252 BGB).

Die **Umsatzsteuer** kann in keinem Fall angesetzt werden, da dem Schadensersatzanspruch keine steuerbaren Leistungen zugrunde liegen, BGH, Urteil vom 24.01.2008 – VII ZR 280/05, BauR 2008, 821.

Im Ergebnis sind Schadensersatzforderungen gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B bei Bauzeitnachträgen daher insbesondere bei einer Unterdeckung der Vertragspreise oder bei leicht nachweisbaren Großschäden (z.B. längere Mietkosten für aufwendige Schalung) von Bedeutung.

d) Spezialthemen

aa) Puffer

Im vertraglichen Bauzeitenplan sind nicht selten „**Puffer**“ vorgesehen, um die Risiken bei einer zeitlichen Verzögerung von auf dem „**kritischen Weg**“ liegenden Bauarbeiten (siehe oben D.I.2 a) dd) bbb)) zu reduzieren, weil evtl. sonst der Fertigstellungstermin in Gefahr gerät. Kalkuliert der Auftragnehmer solche „Puffer“ ein, so ist in der Fachliteratur streitig, ob diese „Puffer“ dem Auftragnehmer oder dem Auftraggeber zustehen und somit vom Auftraggeber z.B. zur Kompensation eventueller Behinderungen nutzbar sind. In der Rechtsprechung wird vertreten, dass im vertraglichen Bauzeitenplan des Auftragnehmers vorgesehene „Puffer“ zunächst vom Auftragnehmer für eigene Verzögerungen aufgebraucht werden können. Erst im Anschluss dürfe der Auftraggeber den verbleibenden Zeitpuffer zur Kompensation für von ihm verursachte Bauablaufstörungen verwenden, OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.07.2011 – U (Kart) 11/11, BauR 2011, 1862. Eine abschließende Klärung dieser Rechtsfrage durch den Bundesgerichtshof steht noch aus.

bb) Unterdeckung AGK

Bei den **Allgemeinen Geschäftskosten (AGK)** ist umstritten, ob eine Fortschreibung im Rahmen der Bauzeitnachträge erfolgt. Denn es handelt sich hierbei um allgemeine Kosten des Geschäftsbetriebes des Auftragnehmers, die nicht unmittelbar auf das Bauvorhaben bezogen sind.

Im Rahmen des **Mehrvergütungsanspruchs** (§ 2 Abs. 5 VOB/B) bzw. der **Entschädigungsberechnung** (§ 642 BGB) wird dennoch zum Teil vertreten, dass eine Fortschreibung der AGK erfolgen soll. Es sei nämlich kein Wertungsunterschied, ob die in den AGK enthaltenen Personal- und Sachkosten eigens für den konkreten Auftrag aufgewendet worden sind – dann wären sie aber zweifellos fortzuschreiben – oder ob der Auftragnehmer seine Kapazitäten mit entsprechenden Aufwendungen generell vorhält, so OLG München, Urteil vom 09.11.1990 – 23 U 4090/90, BauR 1992, 74. Der Bundesgerichtshof hat diese Streitfrage bisher ebenfalls noch nicht entschieden.

Beim Thema „Unterdeckung AGK“ tritt das Problem zwischen tatsächlicher Kostenentstehung (zum Teil zeitabhängig) und umsatzbezogener Ausweisung der Kosten in der Kalkulation offen zu Tage: In der Praxis werden AGK als prozentualer Faktor auf die Herstellkosten

(Einzelkosten der Teilleistungen und Baustellengemeinkosten) ohne Aufspaltung nach zeitabhängigen oder umsatzabhängigen Kostenbestandteilen beaufschlagt. Das bedeutet, dass nach der Kalkulation mit jedem Euro Mehr- oder Minderumsatz entsprechend eine Erhöhung oder Reduzierung der AGK-Deckung einhergeht, ohne dass in Bezug auf AGK ein tatsächlich entstandener Mehraufwand oder eine tatsächlich erzielte Ersparnis nachzuweisen wäre. Das ist auch die gängige Abrechnungspraxis bei Sachnachträgen: AGK werden mit dem kalkulierten Prozentfaktor auf die Mehrkosten beaufschlagt. Soweit die AGK in der Urkalkulation rein umsatzbezogen ausgewiesen sind, wird es schwer sein, bei zeitlichen Verlängerungen der Baumaßnahme einen Ausgleich für die aufgrund des geringeren Umsatzes im Vertragszeitraum, zumindest von dieser Baustelle nicht voll gedeckten, zeitabhängigen Kostenbestandteile der AGK, zu erhalten. Bei rein umsatzbezogener Ausweisung der AGK in der Urkalkulation erscheint es weiter fraglich, ob durch die zeitliche Verschiebung der Bezahlung der Gemeinkosten überhaupt ein endgültiger Schaden entstanden bzw. ein vielleicht entstandener Schaden nicht durch die zeitlich versetzte Zahlung der Gemeinkosten wieder kompensiert wird.

Andererseits sind in dem Behinderungszeitraum Gemeinkosten tatsächlich angefallen, die sich aufgrund der Behinderung als nutzlose Vorhaltung, bezogen auf die konkrete Baustelle, erwiesen haben.

Der Bundesgerichtshof wird die Streitfrage irgendwann zu klären haben.

Die Berechnung der Höhe einer Unterdeckung aufgrund im Leistungszeitraum des Vertrages nicht erzielter voller Deckung der Gemeinkosten bereitet ebenfalls noch Schwierigkeiten. Auf Sachnachträge beaufschlagte Allgemeine Geschäftskosten müssen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung berücksichtigt werden. Es hat sich bis jetzt noch kein einheitlicher baubetrieblicher Berechnungsansatz durchgesetzt.

Im Rahmen des **Schadensersatzanspruchs** (§ 6 Abs. 6 VOB/B) hat der Bundesgerichtshof in einer – wenngleich älteren – Entscheidung geurteilt, dass höhere AGK nur dann erstattungsfähig sind, wenn der Auftragnehmer nachweist, dass tatsächlich konkrete erhöhte Allgemeinkosten aufgrund der Bauzeitverlängerung entstanden sind, BGH, Urteil vom 15.01.1976 – VII ZR 52/74, BauR 1976, 128.

II. Finanzielle Steuerung des Bauablaufes

Ein Bauvorhaben ist ein dynamischer Prozess. Regelmäßig wird ein Bauvorhaben sowohl in zeitlicher als auch in bautechnischer Hinsicht nicht plangemäß ausgeführt. Das hat zum Teil seine Ursache in äußeren Umständen, die von den am Bau beteiligten Parteien nicht beeinflussbar sind (z. B. nicht vorhersehbare Baugrundabweichungen), aber auch im Verhalten der Parteien selbst. So kommt es regelmäßig vor, dass der Auftraggeber seine Vorstellung im Hinblick auf die Ausgestaltung des Bauwerkes ändert, Planungsfehler oder Planungslücken oder ähnliche Ereignisse auftreten, die eine Änderung des ursprünglich vereinbarten Leistungsumfanges erforderlich machen.

Dies hat meist bautechnische als auch bauzeitliche Auswirkungen, was wiederum Auswirkungen auf die vom Auftragnehmer kalkulierten Kosten haben kann. Die bautechnischen Auswirkungen können zu zusätzlichen Leistungen (= Leistungen, die nach dem ursprünglichen Vertrag nicht geschuldet sind) oder zu Leistungsänderungen (= Leistungen, die zwar gemäß dem ursprünglichen Vertrag geschuldet sind, aber modifiziert ausgeführt werden) führen. Solche zusätzlichen und geänderten Leistungen werden (unjuristisch) als technische Nachträge bezeichnet.

Die bauzeitlichen Auswirkungen können zu angepassten Ausführungsfristen führen, was im Einzelnen bereits oben unter D.I. erörtert wurde. Nachfolgend sollen lediglich die rechtlichen Grundlagen der technischen Nachträge erörtert werden.

Da die meisten Bauvorhaben sowohl in zeitlicher als auch monetärer Hinsicht budgetiert sind (sowohl auf Auftraggeber- als auch Auftragnehmerseite), ist ein effizientes Nachtrags- bzw. das Nachtragsabwehrmanagement erforderlich. Ausgangspunkt bei der Prüfung, ob ein Mehrvergütungsanspruch besteht, ist immer, ob die erbrachte Leistung schon nach dem ursprünglich vereinbarten Vertrag geschuldet war oder ob es sich im Verhältnis dazu um eine zwar im Kern bereits ausgeschriebene Leistung, deren Ausführung modifiziert wird oder es sich gar um eine Leistung handelt, die im ursprünglichen Vertrag gar nicht beschrieben und damit auch nicht geschuldet war. Dies wird oft vereinfacht als Bausoll-Bauist-Abweichung bezeichnet.

Ausgangspunkt der Beurteilung ist damit regelmäßig die Auslegung des Vertrages. Die Frage, ob eine Bausoll-Bauist-Abweichung vorliegt, ist im Kern eine Rechtsfrage.

Das Nachtrags- bzw. Nachtragsabwehrmanagement geht aber viel weiter. Es geht nicht nur darum, beim Einsetzen eines Streites der Parteien über den Inhalt der ursprünglichen Vereinbarung und einer etwaig davon abweichenden Ausführung Argumente für oder dagegen zu finden, sondern Nachtragspotenziale, die im Vertrag angelehnt sind, bereits frühzeitig zu erkennen und pro aktiv im Vorfeld dafür Lösungen zu finden. Nachfolgend soll aber nicht besprochen werden, wie Nachträge effektiv abgewehrt bzw. durchgesetzt werden können, sondern die Grundlagen für Nachtragsansprüche in formeller als auch materieller Hinsicht skizziert werden. Ein effektives Nachtrags- bzw. Nachtragsabwehrmanagement richtet sich immer nach dem Einzelfall des jeweiligen Bauvorhabens und des zugrundeliegenden Vertrages. Dafür gibt es kein „Schema F“. Rechtliche Ausgangspunkte sind aber die jeweiligen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Anspruchs auf Preisanpassung bei geänderten Leistungen bzw. auf eine besondere Vergütung bei zusätzlichen Leistungen.

1. Anspruchsgrundlagen für Mehrvergütungsansprüche

Soweit im Vertrag nicht speziell geregelt, sind in der VOB/B die Instrumentarien enthalten, um den dynamischen Anforderungen eines Bauvorhabens begegnen zu können. Es wird dem Auftraggeber ein **einseitiges Leistungsbestimmungsrecht** zur Anordnung von geänderten Leistungen (§ 1 Abs. 3 VOB/B) und soweit zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich, zur Anordnung von zusätzlichen Leistungen (§ 1 Abs. 4 VOB/B) eingeräumt.

Dazu korrespondierend sind die Vergütungsfolgen bei Anordnung einer geänderten bzw. zusätzlichen Leistung in §§ 2 Abs. 5 und 2 Abs. 6 VOB/B geregelt. Danach ist die Vergütung für geänderte Leistungen und zusätzliche Leistungen aus der **Auftrags- bzw. Angebotskalkulation** des Auftragnehmers zu ermitteln, BGH, Urteil vom 25.01.1996 – VII ZR 233/94, NJW 1996, 1280. Dies ist, obwohl es sich explizit nur für zusätzliche Leistungen gemäß dem Wortlaut des § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B ergibt, allgemeine Meinung. Die Art und Weise der Berechnung hingegen wird mittlerweile sehr differenziert gesehen, vgl. unsere Ausführungen unten D.II.2. c).

Das Recht des Auftraggebers zur einseitigen Änderung bzw. Erweiterung der geschuldeten Leistung und die daraus automatisch gemäß VOB/B eintretenden Vergütungsfolgen gelten sowohl für Einheitspreis- als auch für Pauschalverträge (vgl. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B).

Für den Einheitspreisvertrag, der als Grundform des VOB/B-Bauvertrages in § 2 Abs. 2 VOB/B geregelt ist, sieht die VOB/B darüber hinaus bei erheblichen Massenüberschreitungen bzw.

Massenunterschreitungen eine Vergütungsanpassung vor. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 VOB/B ist auf Verlangen bei einer 10%igen Überschreitung oder einer 10%igen Unterschreitung des im Vertrag angegebenen Mengenansatzes der vereinbarte Preis anzupassen. Die Preisanpassung ist ebenfalls aus der Auftrags- bzw. Angebotskalkulation zu entwickeln.

Die zu einer Preisanpassung führenden Mengenabweichungen werden allgemein ebenfalls als Nachtrag bezeichnet.

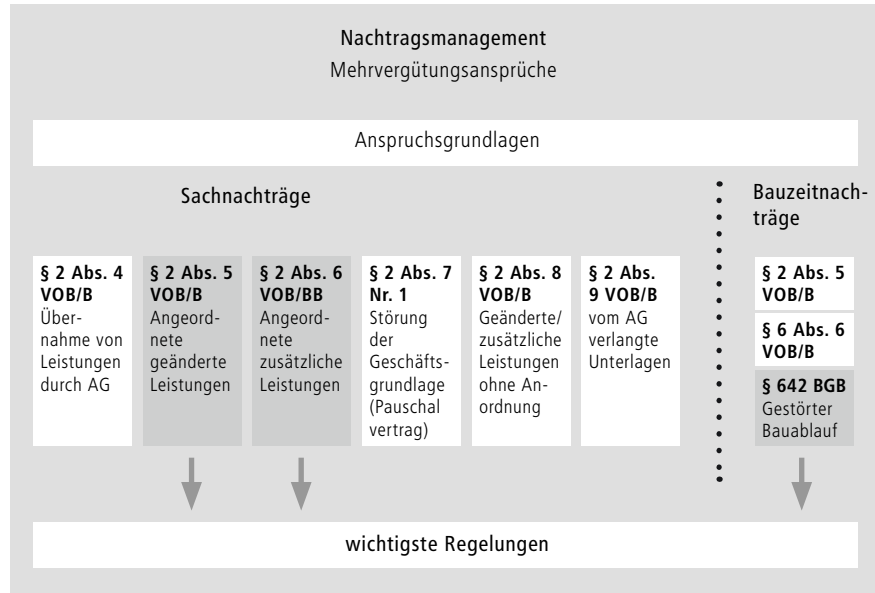
Da der Preisanpassungsanspruch gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B nicht an eine inhaltliche Änderung des sogenannten Bausolls anknüpft, sondern lediglich an eine Mengenänderung bei inhaltlich gleichbleibender Leistung möchten wir aufgrund der hier nur komprimierten Darstellung zu den technischen Nachträgen und deren Rechtsfolgen auf eine nähere Erörterung verzichten. Zu beachten ist lediglich, dass § 2 Abs. 3 VOB/B bei einer qualifizierten Mengenunter- bzw. Überschreitung nur Anwendung findet, wenn sich die Massenmehring bzw. Massenminderung aus den Umständen selbst ergibt und nicht auf eine Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Ordnet der Auftraggeber zum Beispiel an, eine Baugrube, die im ursprünglichen Vertrag mit einer Grundfläche von 20 m x 30 m beschrieben ist, nunmehr mit einer Grundfläche von 20 m x 40 m auszuführen, richtet sich die Rechtsfolge (hinsichtlich der sich notwendigerweise ergebenden Massenmehring) nicht nach § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern wegen der inhaltlichen Änderung des Bauentwurfes nach § 2 Abs. 5 VOB/B.

Die §§ 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B erfordern jeweils eine **Anordnung** des Auftraggebers zur Ausführung einer geänderten bzw. zusätzlichen Leistung. Es ist demnach jeweils eine vorausgehende Willenserklärung des Auftraggebers dahingehend erforderlich, dass eine vom Vertrag abweichende bzw. überhaupt nicht vorgesehene Leistung zur Ausführung kommt.

Soweit eine entsprechende Anordnung nicht vorliegt, besteht auch grundsätzlich kein Vergütungsanspruch des Auftragnehmers, selbst wenn er de facto eine geänderte oder zusätzliche Leistung ausgeführt hat.

Soweit aber die Leistung für die Erfüllung des Vertrages notwendig war, soll der Auftragnehmer unter den weiteren Voraussetzungen des § 2 Abs. 8 Nr. 2 bzw. § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B eine Vergütung, die entsprechend der „Vergütungsarithmetik“ der §§ 2 Abs. 5 bzw. 2 Abs. 6 VOB/B zu entwickeln ist, erhalten.

Die Mehrvergütungsansprüche gemäß VOB/B – unter Ausklammerung der Preisanpassungsansprüche bei qualifizierten Mehr- bzw. Mindermengen im Rahmen eines Einheitspreisvertrages gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B – gliedern sich in der Übersicht wie folgt:



Die werkvertraglichen Regelungen des BGB kennen ein einseitiges Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers nicht. § 315 BGB sieht zwar vor, dass bei einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht dieses unter dem Vorbehalt des billigen Ermessens steht, gewährt aber nicht per se das Recht, vereinbarte Leistungen einseitig abzuändern. Ein solches Recht muss explizit vereinbart werden.

Die Regelungen der VOB/B zur Leistungsänderung und zur Anordnung von zusätzlichen Leistungen weichen damit von den allgemeinen Grundsätzen, wonach eine Änderung eines einmal geschlossenen Vertrages nur durch übereinstimmende Willenserklärung der Vertragspartner erfolgen kann, ab.

Soweit keine Anordnung vorliegt, aber gleichwohl Leistungen vom Auftragnehmer ausgeführt wurden, die zur Erfüllung des Vertrages notwendig waren und dem mutmaßlichen Willen des

Auftraggebers entsprechen, kann sich ein Vergütungsanspruch des Auftragnehmers gemäß § 2 Abs. 8 VOB/B ergeben.

Neben den oben dargestellten Ansprüchen auf Preisanpassung bzw. zusätzliche Vergütung kann sich ein Anspruch auf **Preisanpassung** bei Änderungen des geschuldeten Vertragsolls auch gemäß den Grundsätzen des **Wegfalls der Geschäftsgrundlagen** gemäß § 313 Abs. 1 BGB ergeben. Dies hat der BGH jüngst im Rahmen eines Revisionsurteils, BGH, Urteil vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10, NJW 2011, 3287, entschieden.

Die erforderlichen Tatbestandsmerkmale für einen Vergütungsanspruch nach den §§ 2 Abs. 5, 2 Abs. 6 und 2 Abs. 8 Nr. 2 und Nr. 3 VOB/B sehen in der Übersicht wie folgt aus:

	§ 2 Abs. 5	§ 2 Abs. 6	§ 2 Abs. 8 Nr. 2	§ 2 Abs. 8 Nr. 3
Bausoll – Bauist-Abweichung	✓	✓	✓	✓
Anordnung des AG	✓	✓		
Leistung notwendig			✓	
Leistung interessengemäß und entsprechend dem mutmaßlichen Willen des AG				✓
Ankündigung der Mehrvergütung		✓	✓	

Soweit der Auftraggeber eine zusätzliche Leistung nach § 1 Abs. 4 VOB/B anordnet, fordert § 2 Abs. 6 VOB/B als korrespondierende Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch neben der Bausoll-Bauist-Abweichung und der Anordnung des Auftraggebers eine **Mehrkostenanzeige** des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber vor Ausführung der Leistung. Die Anzeige der Mehrkosten ist konstitutives Tatbestandsmerkmal. Wird der Mehrvergütungsanspruch durch den Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung gegenüber dem Auftraggeber nicht angezeigt, besteht in der Regel kein Vergütungsanspruch, BGH, Urteil vom 08.11.2001 – VII ZR 111/00, IBR 2002, 59. Eine Ausnahme davon ist lediglich

gegeben, wenn dem Auftraggeber klar sein muss, dass die Anordnung einer zusätzlichen Leistung auch zu einem zusätzlichen Vergütungsanspruch führt, dieser also offenkundig ist, BGH, Urteil vom 23.05.1996 – VII ZR 245/94, IBR 1996, 313.

§ 2 Abs. 5 VOB/B fordert eine entsprechende Mehrkostenanzeige vor Ausführung der Leistung nicht. Viele Auftragnehmer zeigen die Mehrkosten dennoch an, weil oftmals zwischen einer geänderten und einer zusätzlichen Leistung und damit dem Erfordernis einer Mehrvergütungsanzeige ggf. nicht unterschieden werden kann. Regelmäßig ist es nur eine Frage der Abstraktion, ob man eine Leistung als geänderte oder als zusätzliche Leistung definiert.

Nachfolgend möchten wir die grundlegenden Tatbestandsmerkmale der in der Tabelle dargestellten „Nachtrags“-Vergütungsanspruch und anschließend deren Rechtsfolgen erörtern. Das ist die Bausoll-Bauist-Abweichung, die allen Mehrvergütungsansprüchen gemein ist und die im Rahmen der §§ 2 Abs. 5 und 2 Abs. 6 VOB/B erforderliche Anordnung des Auftraggebers.

2. Anspruchsvoraussetzungen

a) Änderung oder Erweiterung des von der hauptvertraglichen Vergütung umfassten Leistungsumfanges (Bausoll-Bausist-Abweichung)

Sämtliche Mehrvergütungsansprüche für geänderte bzw. zusätzliche Leistungen setzen voraus, dass der ursprünglich vertraglich vereinbarte Leistungsumfang entweder abgeändert oder erweitert wurde, also eine sogenannte **Bausoll-Bauist-Abweichung** vorliegt.

aa) Bausoll

Ausgangspunkt bei der Prüfung, ob ein vergütungsfähiger Nachtrag vorliegt, ist immer das nach dem ursprünglichen Vertrag vereinbarte Bausoll. Dieses richtet sich nach dem geschlossenen Vertrag. In § 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B ist dementsprechend geregelt, dass sich die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt.

Korrespondierend dazu regelt § 2 Abs. 1 VOB/B, dass durch die vereinbarten Preise alle Leistungen abgegolten sind, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen

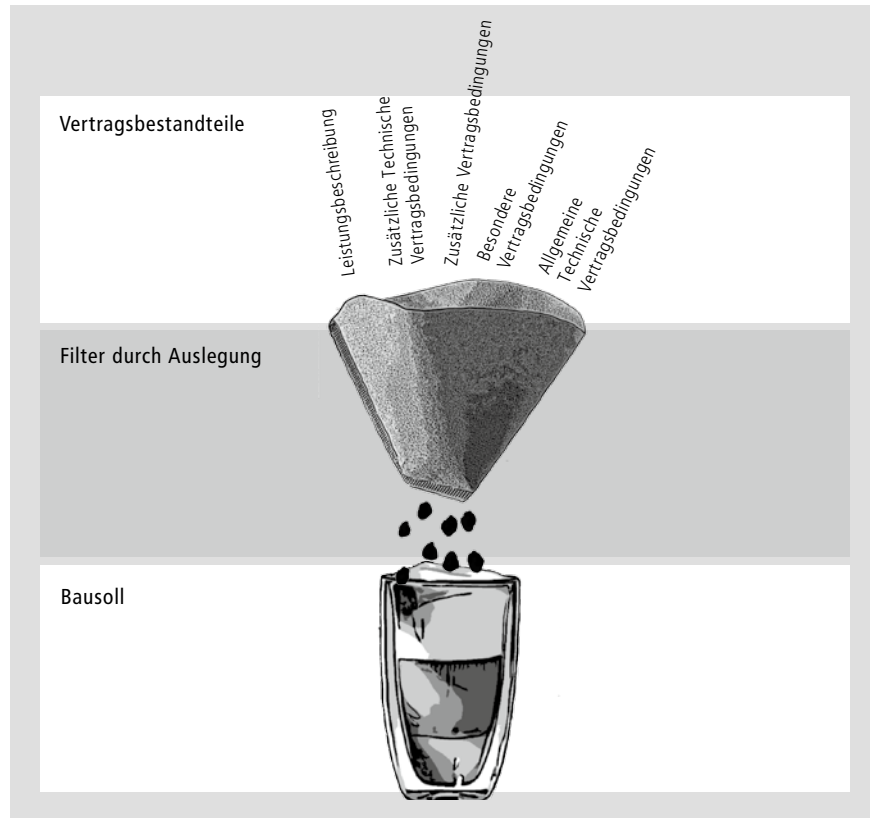
Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören.

Vereinfacht gesagt: Sämtliche Leistungen, die in dem Bauvertrag und den darin vereinbarten Vertragsbestandteilen geregelt sind, sind vom Auftragnehmer geschuldet und von der vereinbarten Vergütung umfasst.

Im Umkehrschluss bedeutet dies aber nicht, dass die Leistungen, die im Vertrag nicht bzw. nicht in der Art beschrieben sind, wie sie ausgeführt werden sollen, vom Auftragnehmer grundsätzlich nicht ohne zusätzliche Vergütung geschuldet sind. Gerade bei funktional beschriebenen Leistungsverpflichtungen kommt es nicht darauf an, dass der Auftragnehmer den Umfang der übernommenen Verpflichtungen genau kennt oder zuverlässig ermitteln kann, BGH, Urteil vom 23.01.1997 – VII ZR 65/96, IBR 1997, 181.

Regelmäßig ist die Leistung im Vertrag und seinen Bestandteilen nicht eindeutig, lückenhaft und/oder in den unterschiedlichen Vertragsbestandteilen widersprüchlich beschrieben. Das Bausoll, als Grundlage für die Beurteilung, ob die später ausgeführte Leistung eine zusätzliche bzw. geänderte Leistung darstellt, ist deshalb durch **Auslegung** zu ermitteln.

Die Ermittlung des Bausolls kann man sich vorstellen wie Kaffee kochen. In den Kaffeefilter werden sämtliche Vertragsbestandteile gemäß § 2 Abs. 1 VOB/B hineingegeben. Durch den Filter werden mittels Auslegung die schließlich geschuldeten Leistungen ermittelt.



Die Bausollermittlung erfolgt somit zweistufig.

- Erste Stufe: Sondierung aller im Vertrag enthaltenen Leistungen
 Zweite Stufe: Daraus Ermittlung des Bausolls durch Vertragsauslegung

aaa) Erste Stufe (Sondierung aller im Vertrag enthaltenen Leistungen)

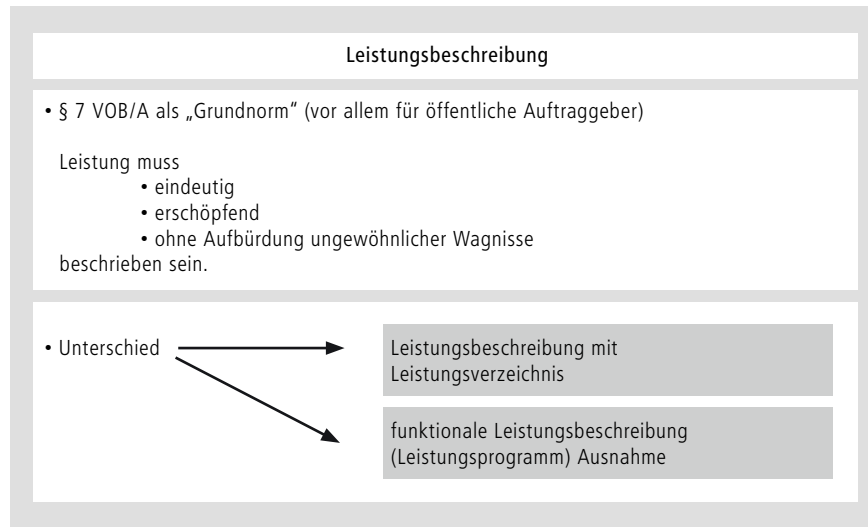
Aus der Gesamtheit aller Vertragsbestandteile sind die geschuldeten Leistungen zu sondieren. Dementsprechend regelt § 2 Abs. 1. VOB/B, dass von der vereinbarten Vergütung alle Leistungen umfasst sind, die nach der Leistungsbeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Zusätzlichen technischen Vertragsbedingungen, den Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören. Dazu im Einzelnen:

aaaa) Leistungsbeschreibung

Erforderlicher Inhalt und Umfang der Leistungsbeschreibung ergeben sich aus § 7 VOB/A. Gemäß § 7 VOB/A, der sich an den öffentlichen Auftraggeber wendet, aber auch zur Auslegung bei der Vergabe privater Aufträge herangezogen werden kann, BGH, Urteil vom 05.12.2002 – VII ZR 342/01, NJW 2003, 743, muss die Leistung eindeutig, erschöpfend und ohne Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse beschrieben sein. Die Leistungsbeschreibung soll vollständig, klar und eindeutig sein. Die Schnittstelle zwischen Vergaberecht (kein ungewöhnliches Wagnis) und Privatrecht (transparente Risikoübertragung zulässig und rechtsbeständig) ist bis heute richterlich nicht geklärt: Soweit das vergaberechtliche Verbot der unzulässigen Wagnisübertragung dahingehend verstanden wird, dass damit jede Risikoübertragung, die kostenmäßig nicht exakt kalkuliert werden kann, gemeint ist, geht dies sicherlich zu weit. Denn es ist ja gerade das Wesen eines Wagnisses oder eines Risikos, dass die damit verbundenen Kosten im Voraus nicht exakt eingeschätzt werden können. Die unternehmerische Freiheit impliziert die Übernahme von Risiken, BGH, Urteil vom 27.06.1996 – VII ZR 59/95, BauR 1997, 126ff. (128).

Entscheidend für die vergaberechtliche Zulässigkeit wird sein die Transparenz der Beschreibung des Risikos in den Ausschreibungsunterlagen einhergehend mit der Verkehrssitte bzw. Branchenüblichkeit, wobei unter anderem ein Maßstab sein kann, ob das zu übernehmende Risiko fachlich in das Gewerk des Bieters/Auftragnehmers fällt und von ihm im Eintrittsfall beherrscht oder gesteuert werden kann.

§ 7 VOB/A unterscheidet zwischen der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (§ 7 Abs. 9-12 VOB/A) und zwischen der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (§ 7 Abs. 13-15 VOB/A), die gemeinhin auch als Funktionale Leistungsbeschreibung bezeichnet wird, vgl. dazu die nachfolgende Abbildung:



bbbb) Leistungsverzeichnis

Beim Einheitspreisvertrag und beim Detailpauschalvertrag ergibt sich die geschuldete Leistung (= Bausoll) vornehmlich aus dem Leistungsverzeichnis.

Im Leistungsverzeichnis wird verbal im Einzelnen die auszuführende Leistung nach dem planerischen Willen des Auftraggebers ausgeschrieben und vom Bieter bepreist. Abweichungen und Ergänzungen können sich aus den anderen Vertragsunterlagen, vor allem aus den in Bezug genommenen Plänen ergeben. Welche Leistung dann geschuldet ist, muss durch Auslegung ermittelt werden (siehe dazu unten D.II. a) aa) bbb)).

cccc) Funktionale Leistungsbeschreibung

Im Gegensatz zu einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis wird bei einer „echten“ Funktionalen Leistungsbeschreibung lediglich das Leistungsziel mit den insoweit für die Kalkulation erforderlichen Parametern, die bei der Ausführung einzuhalten sind, beschrieben. Symptomatisch für die Funktionale Leistungsbeschreibung ist der große Spielraum der Bewerber bei der Gestaltung der Angebote. Dieser folgt daraus, dass der Auftraggeber nur den angestrebten Nutzungszweck des Bauwerkes und die von ihm vorgesehenen Anforderungen an das Bauwerk definiert und im Übrigen die technische, wirtschaftliche, gestalterische und funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe allein dem Auftragnehmer übertragen wird.

Durch die „echte“ Funktionale Leistungsbeschreibung wird dem Auftragnehmer neben der Leistungsverantwortung auch die Planungsverantwortung übertragen, BGH, Urteil vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, IBR 2008, 311.

Die Funktionale Leistungsbeschreibung mündet in der Regel in die Abgabe eines Pauschalangebotes auf das lediglich mit Mindestanforderungen definierte Leistungsziel. Ein entsprechender geschlossener Pauschalvertrag wird heute nahezu einheitlich als Global-Pauschalvertrag bezeichnet, weil durch die Pauschalierung nicht nur das Massenrisiko, sondern auch grundsätzlich das Vergütungsrisiko abgegolten wird, OLG Brandenburg, Urteil vom 25.01.2012 – 4 U 7/10, NJW-RR 2012, 655.

Davon abzugrenzen ist der bereits erwähnte Detail-Pauschalvertrag, bei dem vom Auftraggeber nicht nur die Mindestanforderungen des Bauwerkes vorgegeben werden, sondern die Ausführung der Leistung im Einzelnen, regelmäßig über ein detailliertes Leistungsverzeichnis, beschrieben wird.

Im Gegensatz zu einem „echten“ Global-Pauschalvertrag, wo sämtliche zur Erreichung der Funktionalität geschuldete Leistungen vom Auftragnehmer zu erbringen und diese von der vereinbarten Vergütung abgegolten sind, schuldet der Auftragnehmer bei einem Detailpauschalvertrag für die vereinbarte Vergütung nur die Leistungen, die beschrieben und im Ergebnis einer etwaiger Auslegung auszuführen sind, OLG Düsseldorf, Urteil vom 01.07.1997 – 21 U 232/96, BauR 1997, 1051.

Von der „echten“ Funktionalen Leistungsbeschreibung ist die sogenannte gemischte oder aufgesetzte Funktionalität zu unterscheiden. Es liegt in diesen Fällen zwar eine detaillierte Leistungsbeschreibung vor. Dem Auftragnehmer wird aber über eine vertragliche Regelung auferlegt, sämtliche Leistungen, die zur Erreichung der Funktionalität erforderlich sind, zu erbringen, auch wenn diese nicht beschrieben sind, BGH, Urteil vom 23.01.1997 – VII ZR 65/96, IBR 1997, 181. Eine entsprechende Klausel, auch Komplettheitsklausel genannt, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam, OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.09.2003 – 23 U 204/02, IBR 2004, 61. Der Vergütung steht bei Abgabe des Angebotes kein klar definiertes Leistungssoll gegenüber. Dies kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer nicht über eine Allgemeine Geschäftsbedingung auferlegen, OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.09.2003 – 23 U 204/02, IBR 2004, 61.

Aber auch bei einer individualvertraglich vereinbarten aufgesetzten Funktionalität schuldet der Auftragnehmer für die vereinbarte Vergütung nicht grenzenlos alle Leistungen, die zur Herstellung eines funktionalen Werkes erforderlich sind, sondern soweit die Leistungsbeschreibung lückenhaft ist, nur die zusätzlichen Leistungen, die bei Angebotsabgabe erkennbar waren.

Problematisch wird es bei falschen Detailangaben in einer ansonsten funktional gehaltenen Ausschreibung: In diesen Fällen kommt es immer auf die besonderen Umstände des Einzelfalles an, ob der Auftragnehmer bei Kalkulation seines Preises auf die Richtigkeit dieser Angabe vertrauen durfte oder nicht.

Selbstverständlich ist es einem Auftragnehmer nicht verwehrt, Risiken zu übernehmen. Die Risikoübernahme ist ein Wesensmerkmal des unternehmerischen Wirkens. Die bewusste Risikoübernahme als Kernbereich der Privatautonomie im wirtschaftlichen Handeln soll auch nicht durch das Vergaberecht eingeschränkt werden. Insoweit verstößt nicht jede zulässige Risikoübertragung gegen das vergaberechtliche Gebot, dem Bieter keine ungewöhnlichen Wagnisse aufzuerlegen.

Entscheidend für die Vertragsgestaltung und bei Streit über den Leistungsinhalt im Rahmen einer späteren Auslegung ist die offene und transparente Beschreibung eines vom Auftragnehmer zu übernehmenden Risikos. Wenn ein Risiko offen und transparent beschrieben ist, wird es später auch keinen Streit über diesbezügliche Kosten geben. Der

in der Praxis anzutreffende Streit entzündet sich immer an den versteckten oder unklaren Risikozuweisungen, die jede Vertragsseite anders (zum jeweiligen Vorteil) interpretiert.

So wurde es z.B. nicht als unbillig gewertet, wenn ein Auftragnehmer im Rahmen der Kalkulation des Vertragspreises mangels verlässlicher Statik nur die ungefähren Massen/Gewichte an Stahl kalkulieren kann, wenn er auf die damit verbundenen Risiken in der Ausschreibung hingewiesen wurde, OLG Köln, Urteil vom 03.03.2000 – 11 U 46/98; BGH, Beschluss vom 22.03.2001 – VII ZR 165/00 IBR 2001, 350. Ähnliches gilt für offene Risikobeschreibungen und Risikozuweisungen aus dem Baugrund oder im Hinblick auf Art und Umfang von Gründungsverfahren im Tiefbau. Nicht jede offene Risikobeschreibung bedingt Angebote, die über den Schätzkosten liegen; gerade wenn das unternehmerische Know-How angesprochen wird, kann es auch in Bezug auf offene Risiken einen spürbaren Preiswettbewerb geben.

Bei den gemischt detailliert/funktionalen Ausschreibungen ist in den letzten Jahren eine Tendenz des Bundesgerichtshofes festzustellen, dass den detaillierten Angaben Vorrang vor den inhaltlich weitergehenden funktionalen Angaben eingeräumt wird. Dies mit der Folge, dass diese Detailangaben den Leistungsumfang, der durch die hauptvertragliche Vergütung abgegolten ist, begrenzen bzw. abschließend konkretisieren, BGH, Urteil vom 13.03.2008 – VII ZR 194/06, NJW 2008, 2106. Selbst wenn eine Auslegung der Vertragsunterlagen zum Ergebnis führt, dass der Auftragnehmer aufgrund einer Funktionalbeschreibung alles schuldet, was zur Erreichung des werkvertraglichen Erfolges notwendig wird, kann im Ausnahmefall ein mitgegebenes Detail oder eine mitgegebene Detailangabe, wenn der Auftragnehmer auf die Richtigkeit vertraut hat und auch vertrauen durfte, Geschäftsgrundlage der Preisvereinbarung werden, vgl. hierzu unsere Ausführungen unten D.II.2. d).

dddd) Übrige Vertragsunterlagen

Neben der Leistungsbeschreibung sind zur Bestimmung des geschuldeten Bausolls aber auch alle übrigen Vertragsbestandteile, die Angaben zur auszuführenden Leistung beinhalten, hinzuzuziehen.

Konsequenz aus der allumfassenden Zugrundelegung aller Vertragsbestandteile ist aber nahezu immer, dass die Leistung teilweise unklar, lückenhaft und/oder widersprüchlich beschrieben ist. Hier setzt die zweite Stufe der Bausollermittlung an.

bbb) Zweite Stufe (Ermittlung des Bausolls durch Vertragsauslegung)

Sind einzelne Leistungen in den Vertragsbestandteilen lückenhaft, unklar oder gar widersprüchlich beschrieben, ist die geschuldete Leistung (= Bausoll) durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Beruht der Vertragsabschluss auf einem Vergabeverfahren der VOB/A ist die Ausschreibung mit dem Inhalt der Auslegung zugrunde zu legen, wie ihn der Empfängerkreis verstehen muss. Grundlage der Auslegung ist der objektive Empfängerhorizont dieser potentiellen Bieter. Dabei gibt es selbst bei Vereinbarung einer Rangreihenfolge kein unbeschränktes Primat einzelner Vertragsbestandteile. Vielmehr sind sowohl der Vertrag als auch speziell die Leistungsbeschreibung immer als **sinnvolles Ganzes** auszulegen, BGH, Urteil vom 11.03.1999 – VII ZR 179/98, IBR 1999, 300, wobei die Umstände des Einzelfalles (Fachkunde des Bieters etc.) mit heranzuziehen sind. Erkennbar lückenhafte Leistungsverzeichnisse oder Baubeschreibungen sind nicht einfach hinzunehmen. Vielmehr hat der Bieter in dem Fall erweiterte Erkundigungspflichten. Kalkulationsirrtümer gehen prinzipiell zu Lasten des Bieters und späteren Auftragnehmers.

Da der Vertrag und sämtliche die Leistungsbeschreibung bildenden Unterlagen als sinnvolles Ganzes auszulegen sind, gelten alte Stigmen als überholt, etwa, dass der Positionstext eines LVs im Falle von Widersprüchen immer den Plänen vorgehe oder umgekehrt, dass Detailpläne immer dem Wortbeschrieb einer Leistung vorgehen. Das im Rahmen der Auslegung des Vertrages und der Leistungsbeschreibung als „sinnvolles Ganzes“ mitunter nachrangige Vertragsunterlagen entgegen der vertraglich vereinbarten Rangreihenfolge der Unterlagen entscheidend werden können, wollen wir an dem nachfolgenden Beispiel verdeutlichen:

Ein Bauvorhaben, bestehend aus mehreren Bauteilen, sollte ursprünglich an einen Generalunternehmer beauftragt werden. Während der Vergabe des Auftrages entschied sich der Auftraggeber dazu, einzelne Verträge über die jeweiligen Bauteile an unterschiedliche Auftragnehmer zu vergeben. Ein Auftragnehmer wurde mit den Rohbauarbeiten (= ANRohbau) und ein anderer mit den Ausbaugewerken (= ANAusbau) beauftragt. Zur Abgrenzung der Leistungen wurde nachträglich eine Schnittstellenliste erstellt, die im Rahmen der Verträge allerdings in untergeordneter Rangfolge vereinbart wurde. Nach der Schnittstellenliste sind Stemm- und Schlitzarbeiten vom ANRohbau zu erbringen. Im vorrangigen Leistungsverzeichnis des ANAusbau war die Ausführung von Stemm- und Schlitzarbeiten als Leistung des ANAusbau beschrieben. Der Auftraggeber verlangt daher vom ANAusbau die Erbringung der Stemm- und Schlitzarbeiten ohne zusätzliche Vergütung.

Obwohl hier gemäß dem vorrangigen Leistungsverzeichnis der ANAusbau Stemm- und Schlitzarbeiten zu erbringen hat, ergibt die Auslegung, dass diese Arbeiten vom ANAusbau nicht geschuldet sind. Die Regelungen in der Schnittstellenliste, wonach die Leistungen vom ANRohbau zu erbringen sind, gehen, obwohl sie in der vertraglichen Rang- und Reihenfolgenregelung nachrangig sind, den Regelungen im Leistungsverzeichnis vor. Die Schnittstellenliste wurde gerade deshalb erstellt, um die Leistungen zwischen ANAusbau und ANRohbau nach Umstellung der Vergabe von Generalunternehmervergabe auf Einzelgewerkvergabe klar abzugrenzen. Der Auftragnehmer Ausbau durfte sich daher darauf verlassen, dass diese Leistungen von ihm nicht zu erbringen sind, obwohl in seinem Leistungsverzeichnis die Stemm- und Schlitzarbeiten ihm obliegen.

Anhand dieses Beispiels wird sehr anschaulich verdeutlicht, dass im Bauvertrag vereinbarte Rangfolgenregelungen der einzelnen Vertragsbestandteile, wie sie auch in § 1 Abs. 2 VOB/B enthalten sind, letztendlich bei unklaren oder widersprüchlichen Leistungsdefinitionen obsolet sein können.

Auf vertraglich vereinbarte Rangfolgenregelungen kommt es nur dann an, wenn durch Vertragsauslegung das Leistungssoll nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann. Solche Fälle kommen in der Praxis selten vor, vgl. dazu auch Quack in IBR 2003, 117.

Sollte jedoch einmal eine zweifelsfreie Auslegung des Bausolls nicht möglich sein, bestimmt sich die geschuldete Leistung nach der vereinbarten Rangfolgenregelung. Sind mehrere Unterlagen auf einer Rangstufe angeordnet und bestehen dort Widersprüche innerhalb der Vertragsunterlagen wird der Widerspruch zugunsten der spezielleren Regelung gelöst, BGH, Urteil vom 05.12.2002 – VII ZR 342/01, NJW 2003, 326.

Verbleiben trotz Auslegung und Anwendung etwaiger Rangfolgenregelungen Unklarheiten, Widersprüche oder Lücken in der Leistungsbeschreibung und sind diese schon im Rahmen der Angebotserstellung erkennbar, ist vom Auftragnehmer unbedingt zu beachten, dass er dies vor Angebotsabgabe aufklären muss. Er muss den Auftraggeber fragen, wie die Leistung auszuführen ist und darf nicht einfach das für ihn günstigste annehmen. Er handelt ansonsten „frivol“ und übernimmt das Kalkulationsrisiko.

In der Übersicht:

Unvollständige oder widersprüchliche Leistungsbeschreibung
<ul style="list-style-type: none"> keine Unvollständigkeit oder Widersprüchlichkeit, wenn durch Auslegung aller Bestandteile des Vertrages als „sinnvolles Ganzes“ Leistungsinhalt bestimmt oder bestimmbar
<ul style="list-style-type: none"> kein Widerspruch, wenn vereinbarte Rangfolge anwendbar
<ul style="list-style-type: none"> bei Widerspruch innerhalb einer Rangstufe (z.B. Text und Plan der Leistungsbeschreibung) Lösung nach Spezialität
<ul style="list-style-type: none"> bei Erkennbarkeit der Unvollständigkeit oder Widersprüchlichkeit muss Auftragnehmer vor Angebotsabgabe aufklären: denn er trägt das Kalkulationsrisiko
<ul style="list-style-type: none"> bei fehlender Erkennbarkeit während der Angebotsphase: Nachtragsforderungen

bb) Bauist

Weicht die auszuführende Leistung von dem nach den zuvor skizzierten Grundlagen ermittelten Bausolls ab, liegt eine grundsätzlich vergütungsfähige Nachtragsleistung vor. Liegen auch die übrigen anspruchsbegründenden Voraussetzungen der jeweiligen Anknüpfungsregelung vor, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Mehrvergütung.

b) Anordnung

Gemäß § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B ist es erforderlich, dass die Abweichung des Bauist vom Bausoll auf einer Anordnung des Auftraggebers oder einer von ihm dazu bevollmächtigten Person beruht.

aa) Inhalt / Form

Eine Anordnung ist eine einseitige Willenserklärung des Auftraggebers oder seines dazu berechtigten Vertreters, die auf die Erbringung einer vom Vertrag nicht oder nicht in der Art und Weise vorgesehenen Leistung gerichtet ist. In Abgrenzung zu einem bloßen Wunsch des Auftraggebers ist unter Anordnung eine die eindeutige Befolgung durch den Auftragnehmer heischende Aufforderung des Auftraggebers, eine Baumaßnahme in bestimmter Weise auszuführen, zu verstehen, OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.06.1995, – 21 U 219/94, BauR 1996, 115. Dem Auftragnehmer gegenüber muss eindeutig zum Ausdruck kommen, dass es sich hier um eine verpflichtende Vertragserklärung handelt, BGH, Urteil vom 09.04.1992, – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349. Es muss sich mithin um klar und deutlich verständliche – unter Umständen auch stillschweigende – Weisungen handeln und nicht nur um Wünsche des Auftraggebers, deren Befolgung durch den Auftragnehmer nicht zwingend erwartet wird oder den Auftragnehmer lediglich zu einer Überprüfung seiner Verfahrensweise veranlassen sollen, BGH, a.a.O.

Da eine Anordnung eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist, sind die für die Wirksamkeit einer Willenserklärung geltenden Regelungen, insbesondere auch das Vertretungsrecht, Kniffka/Jansen/von Rintelen, ibr-online-Kommentar, § 164 ff. BGB, anwendbar, BGH, Urteil vom 27.11.2003, – VII ZR 346/01, BauR 2004, 495.

Ein Element einer wirksamen Willenserklärung ist das Erklärungsbewusstsein. Fehlt dem Auftraggeber das Bewusstsein, eine geänderte oder zusätzliche Leistung zu verlangen, liegt auch keine wirksame Anordnung vor. Es fehlt daher von vornherein an einer Willenserklärung und damit auch an einer Anordnung, wenn der Auftraggeber erkennbar keine Kenntnis von den veränderten Umständen hat, Kniffka, u.a. Bauvertragsrecht 2011, § 631, Rn 872. Andererseits kann aber auch schlüssiges Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein wirksam sein, BGH, Urteil vom 02.11.1989, – IX ZR 197/88, NJW 1990, 454.

Es ist daher grundsätzlich im Einzelfall zu prüfen, inwieweit aus dem Verhalten des Auftraggebers der Wille entnommen werden kann, die Änderungen der Bauabstände nicht nur hinzunehmen, sondern auch als Änderung des Vertrages anzuordnen. Ohne hierauf an dieser Stelle vertiefend einzugehen, wird deutlich, dass es unerlässlich ist, dass der Auftragnehmer bei einer angenommenen Bausoll-Bauist-Abweichung den Auftraggeber vor Ausführung der Leistung darüber informiert und eine Anordnung zur Ausführung der Leistung einfordert.

In der Praxis ist häufig anzutreffen, dass der Auftraggeber, nachdem ihn der Auftragnehmer auf eine vermeintlich zusätzliche bzw. geänderte Leistung hinweist und um Anordnung der Ausführung bittet, zwar die Ausführung der Leistung ausdrücklich verlangt, aber gleichzeitig darauf hinweist, dass nach seiner Ansicht eine vertraglich geschuldete Leistung vorliegt.

Der Auftraggeber dokumentiert, dass nach seiner Auffassung keine leistungsändernde oder erweiternde Anordnung gegeben ist, was gleichzeitig ein expliziter Hinweis auf ein fehlendes Erklärungsbewusstsein zur Ergänzung bzw. Erweiterung des Vertrages ist. Gleichwohl dürfte hier eine wirksame Anordnung vorliegen, wenn durch die Anordnung tatsächlich das Bausoll abgeändert bzw. erweitert wird und sich der Auftraggeber dem durch seine Erklärung bewusst verschließt oder eine falsche Rechtsauffassung hat, BGH, Urteil vom 09.04.1992 – VII ZR 129/91, IBR 1992, 349.

Eine Anordnung zur Änderung bzw. Erweiterung des geschuldeten Bausolls kann ausdrücklich, aber auch konkludent erfolgen. So kann eine entsprechende Anordnung in der Vorlage veränderter Planung (geänderte und vom Vertrag abweichenden Entwurfsplanung, Detailplanung oder Ausführungsplanung) liegen, BGH, Urteil vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, IBR 2007, 565.

Der Auftraggeber hat allerdings ggf. durch die Vorlage der Planung nicht das notwendige Erklärungsbewusstsein, dass in der von ihm vorgelegten Planung tatsächlich Abweichungen zu der Vertragsplanung gegeben sind.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass bei Planänderungen durch die vom Auftraggeber beauftragten Planer regelmäßig die Befugnis fehlt, entsprechende Vertragsänderungen vorzunehmen. Dazu gleich im Folgenden.

bb) Vollmacht

Die Anordnung muss vom Auftraggeber oder seines dazu berechtigten Vertreters erfolgen, BGH, Urteil vom 27.11.2003 – VII ZR 346/01, NJW-RR 2004, 449. Eine Schriftform ist dafür nicht erforderlich, sollte aber zu Zwecken der Dokumentation vom Auftragnehmer jedenfalls eingefordert werden.

Da auf Großbaustellen vom Auftraggeber eine Vielzahl von Planern, Projektsteuerern etc. eingesetzt wird, entbrennt oft Streit darüber, wer überhaupt Leistungsänderungen bzw. Erweiterungen anordnen darf. Grundsätzlich gilt: Dies darf nur der Auftraggeber oder ein vom ihm dazu explizit bevollmächtigter Vertreter. Wir verweisen auf unsere Ausführungen unter B.IV.2.

c) Nachtragskalkulation

Soweit dem Auftragnehmer dem Grunde nach ein Preisanpassungsanspruch zusteht, ist der Anspruch der Höhe nach aus der Auftragskalkulation abzuleiten. Dieses Preisfortschreibungsdogma wird derzeit in der Literatur zunehmend kritisch gesehen.

Zur Zeit findet eine Diskussion darüber statt, wie die Nachtragspreise – selbst wenn diese aus der Auftragskalkulation zu ermitteln sind – konkret fortzuschreiben sind (Überblick: Althaus, BauR 2012, 359 ff., vgl. unsere Ausführungen hierzu unter Ziffer D.II.2. e)).

d) Kalkulatorische Grundlagen

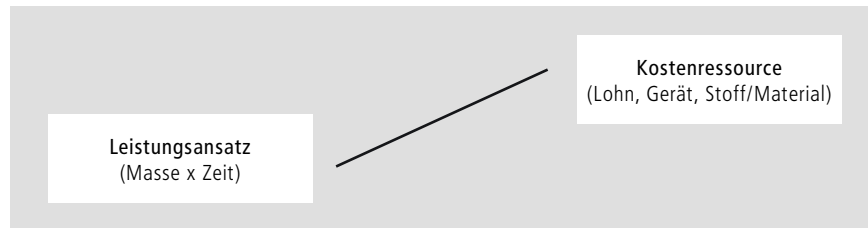
Die Kalkulation des Preises ist Sache des Auftragnehmers, BGH, Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 82/08, NJW 2010, 519 (verschobener Zuschlag III). Die Kalkulation wird nicht Vertragsgrundlage, BGH, Urteil vom 10.09.2009 – VII ZR 152/08, NJW 2010, 522 (verschobener Zuschlag II). In Ausnahmefällen kann die Kalkulation eines Preises Geschäftsgrundlage der beiderseitigen Preisvereinbarung sein, insbesondere dann, wenn beide Seiten des Bauvertrages von dem Eintritt oder Nichteintritt gewisser Umstände beim Beschrieb der Leistung als auch in der Kalkulation der Kosten dieser Leistung ausgegangen sind, BGH, Urteil vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10, IBR 2011, 503.

Einzelkosten (der) Teilleistungen (EKT):

Der am deutschen Markt anbietende Auftragnehmer ist in der Kalkulation bestimmter Kosten nicht völlig frei. So hat er bei den Lohnkosten aufgrund tarifvertraglicher Absprachen einen Mindestlohn oder auch Durchschnittslohn zu beachten. Dazu gehört auch das Verbot der Schwarzarbeit sowie des Lohndumpings.

Es gibt verschiedene Kostenressourcen, etwa Lohn, Gerät, Material usw.

Die Spreu vom Weizen im unternehmerischen Preiswettbewerb trennt sich in der Praxis bei den Ressourcen, speziell beim Leistungsansatz in der Kalkulation des Preises für Teilleistungen im direkten Herstellprozess.



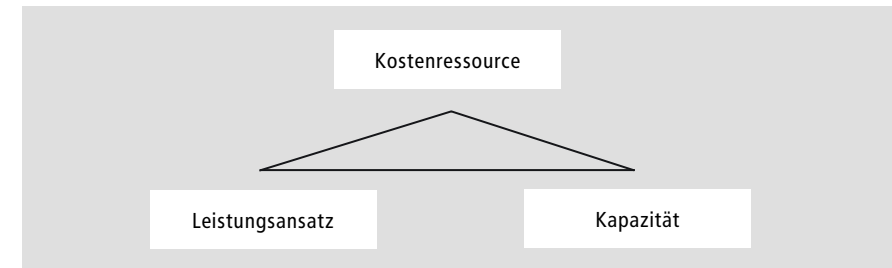
Der Leistungsansatz stellt die prognostische Einschätzung (anhand von Erfahrungswerten etc.) des Auftragnehmers dar, wie lange er zur Erbringung einer bestimmten Teilleistung, etwa Aushub einer bestimmten Menge, benötigt. Zeit ist Geld. Je schneller er mit einer Teilleistung fertig ist, umso weniger Kosten fallen an, etwa Lohnstunden oder Gerätestunden.

Die baubetriebliche Terminologie unterscheidet zwischen Aufwandswert und Leistungswert: Der Aufwandswert ist die gesamte zeitliche Dauer der Ausführung, der gesamte zeitliche Aufwand (etwa 100 Stunden für 1.000 m³ Aushub). Der Leistungswert ist der Zeiteinsatz pro Abrechnungseinheit, beispielsweise 0,1 Stunden für 1 m³ Aushub, (gleich 6 min für 1 m³ Aushub (10 m³ in 1 h), um beim obigen Beispiel zu bleiben).

Dieser Leistungsansatz ist in der Regel bei den Einzelkosten Teilleistungen die entscheidende Stellschraube im Wettbewerb, nachdem die Kostengruppen Lohn, Gerät oder Stoffe relativ wenige Möglichkeiten der abweichenden oder differierenden Bepreisung geben. Werden die Zeiteinsätze mit den direkten Kosten, etwa Mittellohn für einen gewerblichen Arbeitnehmer oder Gerätestunde für ein bestimmtes Baugerät multipliziert, ergeben sich die Gesamtkosten für die direkten Herstellfaktoren (Mann, Gerät, Stoffe).

Bei Pauschalpreisverträgen ist die richtige Ermittlung der Massen ein weiteres Kalkulationsrisiko. Werden die Massen bzw. die Stückzahlen der zu erbringenden Leistungen zu gering und damit falsch bewertet, schlägt sich das bei einer Pauschale im übernommenen Massenrisiko zu Lasten des Auftragnehmers nieder, das heißt, sein Pauschalpreis ist in diesem Punkt nicht mehr auskömmlich. Es liegt eine Unterkalkulation vor.

Bei einer bauzeitlichen Betrachtung kommt noch eine dritte Komponente hinzu, die Kapazität:



Während oben (Schaubild 6) nur der zeitliche Gesamtaufwand für die Erbringung der Leistung als der entscheidende wertbildende Faktor behandelt wurde, spielt für die Bemessung der Ausführungsdauer (wie viele Tage/Wochen etc. braucht der Auftragnehmer zur Erbringung dieser Leistung) der der Kalkulation zu Grunde gelegte Kapazitätsansatz eine Rolle: Es macht einen Unterschied, ob eine Leistung, für die 100 Stunden benötigt werden (gesamter zeitlicher Aufwand) von einem Arbeitnehmer (bei einer 40 Stunden Woche dann 2 1/2 Wochen gesamte Ausführungszeit) oder von fünf Arbeitnehmern gleichzeitig (bei unterstellter 40 Stunden Arbeitswoche, dann insgesamt 1/2 Woche Ausführungszeit) erbracht werden. Bei der Ermittlung der durch eine Behinderung verlängerten Ausführungszeit spielt die Kapazität eine entscheidende Rolle: Vor allen Dingen ist hier der Abgleich zwischen kalkulierter und tatsächlicher Kapazität vor Ort auf der Baustelle zur Vermeidung überhöhter Forderungen notwendig.

BGK (Baustellengemeinkosten)

Bei den Baustellengemeinkosten handelt es sich um weitere spezifische Kosten der Baustellen, allerdings nicht für eine einzelne Teilleistung, sondern um Gemeinkosten für die gesamte Baustelle. Baustellengemeinkosten werden daher auch als indirekte oder projektbezogene Herstellkosten bezeichnet.

Die Gemeinkosten der Baustelle setzen sich im engeren Sinne zusammen aus den Kosten der Bauleitung (Bauleiter und Poliere), im weiteren Sinne aus der Baustelleneinrichtung (Container, Ausstattung etc.), soweit die Baustelleneinrichtung nicht in separaten Positionen abgefragt und ausgepreist wird.

Die Baustellengemeinkosten im engeren Sinne (also im Wesentlichen nur Bauleitungspersonal) können aufwandsbezogen berechnet und in der Kalkulation ausgewiesen werden oder als vorausbestimmter Zuschlag (ohne jeden konkreten Nachweis) den Einzelkosten der Teilleistungen (EKT's) beaufschlagt werden. BGK's werden als vorausbestimmter Zuschlag dann ohne großen Ermittlungsaufwand den direkten Herstellkosten beaufschlagt, wenn es sich um gleichartige, immer wiederkehrende Baustellen mit ungefähr gleichbleibendem Bauleitungsaufwand handelt, etwa Grabenaushub, Rohrverlegung etc.

Bei größeren Baustellen und vor allen Dingen individualisierten Bauvorhaben werden die Baustellengemeinkosten aufwandsbezogen, d.h. konkret für die bevorstehende Bauaufgabe, berechnet, beispielsweise vier Bauleiter für x Monate und sechs Poliere für y Monate. Die konkreten Kosten werden in der Entstehung ähnlich ermittelt wie die direkten Kosten der Einzelleistung, also Zeitanatz als ein Faktor wird mit dem Kostenansatz (Kosten eines Bauleiters pro Monat oder Kosten eines Poliers pro Monat) multipliziert. Die daraus entstehende Gesamtsumme wird in der Regel, wenn nicht gesondert in einer Position ausgepreist, auf die Einzelkosten der Teilleistungen, auf die direkten Herstellkosten, prozentual, entweder gleichmäßig, also linear, mit einem festen Prozentsatz, oder prozentual verschieden hoch auf einzelne Positionen der Einzelkosten der Teilleistungen, umgelegt. Das bedeutet, dass die Ausweisung dieser Kosten in der Urkalkulation des Hauptauftrages (als prozentuale Umlage oder Zuschlag auf die EKT's) keine Rückschlüsse auf die zu Grunde gelegten Ansätze für die Entstehung der Kosten zulässt.

AGK (Allgemeine Geschäftskosten)

Bei den Allgemeinen Geschäftskosten handelt es sich um baustellenunabhängige Gemeinkosten, die in einem Betrieb anfallen. Dies sind etwa Kosten der Zentrale, Kosten der Geschäftsführung, Vorstände, Stabsabteilungen, Rechtsabteilung etc. einschließlich Gebäude, Fuhrpark usw.

Es handelt sich hierbei um Kosten, die in einem Betrieb unabhängig von einer konkreten Baustelle anfallen, gleichwohl für die Abwicklung einer Baustelle bzw. des gesamten unternehmerischen Betriebes und Geschäftes notwendig sind.

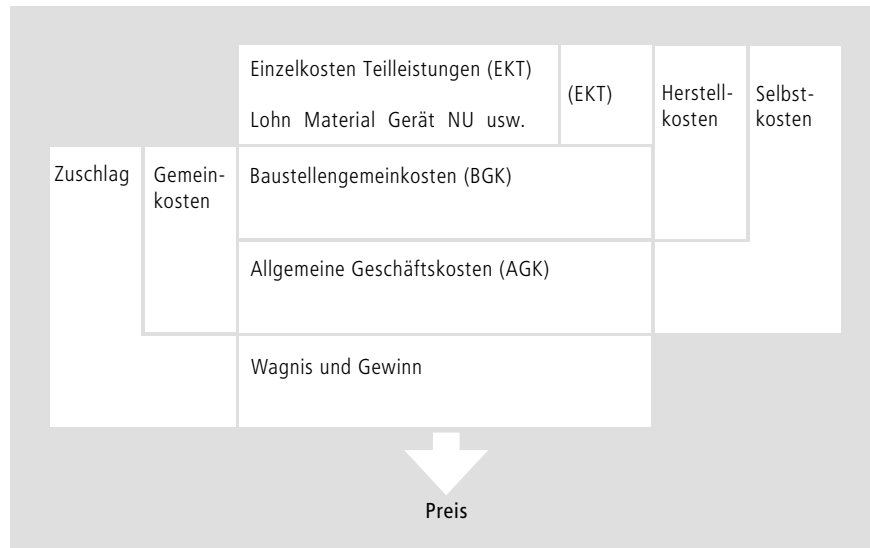
Diese Kosten werden am Jahresende für das abgelaufene Jahr konkret ermittelt, zusammengefasst und dem für das Folgejahr durch bereits hereingeholte Aufträge prognostizierbaren Umsatz (der Baustellen) als einheitlicher prozentualer Satz den direkten und indirekten Herstellkosten einer jeden Baustelle beaufschlagt.

Auch wenn diese Kosten in der Entstehung überwiegend zeitabhängig sind, sind sie in ihrer Ausweisung im Rahmen der Kalkulation ausschließlich an den Umsatz als prozentualer Zuschlag angehängen. Das hat zur Folge, dass bei jedem Euro Mehr- oder Minderumsatz gleichzeitig auch eine entsprechend dem prozentualen Zuschlag einhergehende Erhöhung oder Verminderung der Deckungsbeiträge für die Allgemeinen Geschäftskosten einher geht.

W&G (Wagnis und Gewinn)

Der Gewinn ist der offen ausgewiesene, in der Kalkulation von der Baustelle losgelöster, Gewinnzuschlag, der als prozentualer Zuschlag auf die Gesamtsumme von EKT's, BGK's und AGK's beaufschlagt wird.

Wagnis ist gleichfalls ein auf die Selbstkosten (EKT's, BGK und AGK) beaufschlagter in der Regel linear gleichbleibender prozentualer Zuschlag für die projektspezifischen Risiken, die der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Kalkulation des Angebotspreises noch nicht einschätzen kann, deren Eintritt aber möglich erscheint. Es handelt sich um eine unternehmerische Vorsorge zur Kompensation der Kosten aus solchen Risiken, die er nach Vertrag oder nach der Verkehrssitte zu tragen hat. Treten diese Risiken im Zuge der Ausführung nicht ein, verwandelt sich der Wagniszuschlag in einen Gewinn. Deshalb werden Wagnis und Gewinn zusammen als ein einheitlicher Zuschlag ausgewiesen bzw. sind bei der Preisfortschreibung aufgrund von Nachträgen in der Übernahme als Zuschlag in der Behandlung gleich. Der Übersichtlichkeit halber wird nachfolgendes, gängiges Schaubild zur Verdeutlichung abgebildet:



e) Fortschreibung der Kalkulation

Die regelmäßig nach den zuvor dargestellten Grundsätzen aufgestellte Kalkulation ist im Nachtragsfalle (nach bisher noch herrschender Auffassung) bei einem VOB/B-Bauvertrag fortzuschreiben. Wie dies im Einzelnen zu erfolgen hat, wird derzeit diskutiert. Im Kern geht es bei der Diskussion um die Frage, ob ein Auftragnehmer in der Ausführung geänderter oder zusätzlicher Leistungen an seinem kalkulierten Preis festgehalten werden kann oder ob ihm Korrekturen erlaubt werden, etwa durch Rückgriff auf ortsübliche Preise oder durch Darstellung der tatsächlichen Kosten. Die Faustformel „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ soll nicht mehr unbegrenzt Anwendung finden. Begründet wird dies mit der bei einem VOB/B-Vertrag für den Auftraggeber eingeräumten Befugnis, auf Grundlage eines schlechten (und damit für ihn günstigen) Preises weitere Leistungen zur Ausführung anzuordnen. Auf der anderen Seite wird eingewandt, dass der Auftragnehmer, der den Auftrag durch Ansatz unangemessener Preise erlangt, und damit die seriös und auskömmlich bietenden Mitbewerber verdrängt hat, sich nicht durch Nachträge wirtschaftlich soll erholen können. Er müsse deshalb an seinem Vertragspreisniveau festgehalten werden.

Ansonsten würde der „Dopingsünder“, der durch bewusste Unterkalkulation den seriös bietenden Mitbieter im Wettbewerb verdrängt hat, auf dem Nachtragswege durch die Möglichkeit der Anpassung der Preise an das auskömmliche Niveau im Nachhinein mit der „Goldmedaille“ belohnt, Quack in Festschrift für Kraus, 211 ff. (217).

Der Einwand von Quack ist nicht von der Hand zu weisen. Rechtspolitisch kann es nicht wünschenswert sein, wenn ein Preiswettbewerb, der die Unauskömmlichkeit der hauptvertraglichen Vergütungsabrede zur Folge hat, über das Nachtragswesen auszugleichen versucht wird.

Zwischen diesen beiden Positionen gibt es noch weitere Ansätze, etwa den, die in der Kalkulation steckenden Gewinn- oder Verlustbeträge, bezogen auf die Ausführung des Hauptvertrages, nicht prozentual fortzuschreiben (als Vertragspreisniveaufaktor), sondern als absolute Beträge bei der Nachtragskalkulation zu berücksichtigen, entweder als Aufschlag oder als Abzug.

Der deutsche Baugerichtstag hat 2012 in Hamm eine Empfehlung ausgesprochen, wonach Nachträge der Höhe nach nach den tatsächlichen Kosten zu bemessen seien, wobei eine widerlegbare Vermutung dafür spräche, dass die kalkulierten Kosten den tatsächlichen Kosten entsprächen. Offen bleibt, wer wofür die Beweislast trägt: Im Ergebnis muss es dabei bleiben, dass ein Auftragnehmer voll für die Höhe seines Mehrkostenanspruches beweisbelastet bleibt. Ferner ist auch hier Missbrauch möglich, nämlich, wenn der Auftragnehmer aus Eigeninteresse heraus die gut kalkulierten Preise als den tatsächlichen Kosten entsprechend stehen lässt, während er die unterkalkulierten Preise durch Nachweis der tatsächlichen Kosten zu verbessern sucht.

Die Rechtsprechung hat sich bisher noch nicht eindeutig zur aktuellen Diskussion positioniert. Der BGH hat ab 2008 als frivol erkannte Kalkulationsansätze als sittenwidrig und damit nichtig bewertet, soweit es um die Abrechnung (erkannter) Mehrmengen nach § 2 Abs. 3 VOB/B ging, BGH, Urteil vom 18.12.2008 – VII ZR 201/06, NJW 2009, 835. Obgleich der jeweilige einzelne Sachverhalt entscheidend ist, kann als ungefähre Faustregel prognostiziert werden, dass ab dem 8 bis 10fach übersteigerten Einheitspreis dieser bei der Abrechnung von Mehrmengen für die ab 110 % anfallenden Massen als sittenwidrig und damit nichtig gelten dürfte.

Die Instanzrechtsprechung (Oberlandesgerichte) verlangt in den letzten Jahren zunehmend den Nachweis tatsächlich entstandenen Mehraufwandes als Grundlage einer Nachtragsberechnung, OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.05.2007 – 19 U 127/06, IBR 2008, 1054; OLG Dresden, Urteil vom 06.01.2012 – 1 U 13/10, IBR 2012, 380. Eine Nachtragsberechnung allein aufgrund der Fortschreibung kalkulativer Werte aus der Urkalkulation ohne Bezug zu einem tatsächlich entstandenen und im Streitfall nachweisbaren Mehraufwand dürfte gerichtlich nicht mehr durchsetzbar sein, KG, Urteil vom 19.04.2011 – 21 U 55/07, IBR 2012, 75.

Das Thema ist nicht allein von der Jurisprudenz lösbar: Grundsätzlich prüfen die Juristen nicht den Preis. Der Preis ist ein Ergebnis des Marktes, des Wechselspiels von Angebot und Nachfrage. Die Zivilgerichte greifen nur dann in Preise ein, wenn diese in rechtlich zu missbilligender Weise zustande gekommen sind, etwa durch Ausnutzung der Unerfahrenheit des anderen, durch Wucher oder auch durch Verstoß gegen gesetzliche Verbote, § 138 BGB. Weiter werden Preisnebenabreden rechtlich geprüft, etwa Absprachen zu Skonti, Fälligkeiten etc. So hat die Rechtsprechung bis heute eine hauptvertragliche Preisabsprache im Bauvertrag nicht in Abrede gestellt. Bei Nachtragspreisen werden zurzeit nur die „Spitzen“ von der Rechtsprechung kassiert, etwa bei von vornherein spekulativer Preisbildung im Hinblick auf erkannte Mehrmengen beim Einheitspreisvertrag. Ansonsten ist es für den Juristen schwer, hier einen tauglichen und vor allen Dingen allgemeingültigen Weg vorzugeben, denn es gibt aufgrund des Wettbewerbes, des freien Handels, keinen „richtigen“ Preis. Vielmehr ist es gerade Wesen des Wettbewerbes, dass verschiedene Preise herauskommen, je nach Leistungsfähigkeit und sonstigen Möglichkeiten des anbietenden Auftragnehmers. Das gilt vor allen Dingen für die Leistungs- bzw. Aufwandswerte.

Im Ergebnis wird es daher einen Korridor der Preisbildung geben, der rechtlich nicht angegangen werden kann und soll, weil innerhalb der Ergebnisbreite des Wettbewerbes liegend. Hier handelt es sich um einen der rechtlichen Überprüfung in weiten Teilen entzogenen unternehmerischen Bereich der im Wettbewerb zustande gekommenen Preisbildung.

In diesem Bereich ist allenfalls eine Einzelfallrechtsprechung unter Billigkeitsgesichtspunkten denkbar, die dann aber nicht verallgemeinert werden kann und sollte.

Da die Praxis aber verlässliche rechtliche Rahmenbedingungen verlangt, spricht einiges dafür, es bei dem alten System der Fortschreibung der Preise im Nachtragswesen auf der Grundlage des Preisniveaus des Hauptvertrages zu belassen. Der Auftraggeber steht bei überzogenen

Nachtragspreisen nicht schutzlos da, wenn er eine Fehlkalkulation in der hauptvertraglichen Preisbildung beweisen kann und infolge dessen ein Teil des nachtragsgegenständlichen Mehraufwandes ursächlich nicht auf eine Anordnung des Auftraggebers zurückzuführen ist, sondern auf die allein vom Auftragnehmer zu verantwortende Fehlkalkulation.

Der Auftragnehmer steht nicht schutzlos da, wenn er nachweisen kann, dass eine Leistungserweiterung in Fortschreibung für ihn ungünstiger Preise zur Erreichung des hauptvertraglichen Werkerfolges nicht erforderlich ist.

Aufgrund der in den letzten Jahren ergangenen Urteile der Instanzrechtsprechung, die zunehmend in Richtung Nachweis der tatsächlich angefallenen Kosten tendieren, sollte ein Auftragnehmer, zumindest bei bauzeitlichen Nachträgen, den tatsächlich durch eine Behinderung entstandenen (zeitlichen) Mehraufwand konkret nachweisen und nicht ausschließlich (fiktiv) aus den Aufwands-/Leistungswerten der Einzelkosten der Teilleistungen in der Urkalkulation ableiten. In Abgrenzung zur Fehlkalkulation müssen aus der Urkalkulation herangezogene Aufwands-/Leistungswerte im Streitfall einer Plausibilisierung im Hinblick auf Machbarkeit standhalten. Unauskömmliche Fehlkalkulationen dürfen nicht über Nachträge kompensiert werden. Spekulative Preisbildungen zu Lasten des Auftraggebers sollen bei Nachträgen nicht zu Lasten des Auftraggebers fortgeschrieben werden können.

Bei der Abrechnung von Mengenmehrungen, § 2 Abs. 3 VOB/B, auf Grundlage spekulativer Preisbildung hat der BGH mit Urteil vom 18.12.2008, – VII ZR 201/06, IBR 2009, 128, bereits Grenzen gesetzt.

Im Ergebnis wird der BGH, sollte er Gelegenheit erhalten, grundsätzliche Leitlinien zur Nachtragsberechnung vorgeben (müssen).

III. Qualitative Steuerung des Bauablaufs

1. Mangel

a) Begriff

Das BGB beschreibt in § 634 Abs. 2 und die VOB/B in § 13 Abs. 1, wann das Werk frei von Sachmängeln ist. Der **Mangelbegriff** ist dabei nach dem Wortlaut der genannten Vorschriften ein dreistufiger. Ein Mangel liegt vor

- bei Fehlen der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik (1. Stufe) oder
- falls die Beschaffenheit nicht näher vereinbart ist, bei fehlender Eignung der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung des Werkes (2. Stufe) oder
- falls sich die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht ermitteln lässt, bei fehlender Eignung der gewöhnlichen (üblichen) Verwendung des Werkes (3. Stufe).

Die **vertraglich vereinbarte Beschaffenheit** (das „Beschaffenheitssoll“) ist im Zweifelsfall durch Auslegung des Vertrags oder der sonstigen Vereinbarungen der Parteien zu ermitteln. Gegebenenfalls ergibt sich die vereinbarte Beschaffenheit auch durch schlüssiges Verhalten, etwa wenn ein bestimmter Ausstattungsstandard gewünscht wird (Luxuswohnungen, behindertengerechte Wohnung o.ä.). Der Auftragnehmer schuldet jedenfalls ein funktionstaugliches, zweckentsprechendes Werk, BGH, Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 147/04, BauR 2006, 375. Eine Beschaffenheit kann beispielsweise auch durch eine Bemusterung und die darauf folgende Entscheidung des Auftraggebers erfolgen. § 13 Abs. 2 VOB/B bestimmt dazu, dass bei Leistungen nach Probe grundsätzlich die Eigenschaften der Probe als vereinbarte Beschaffenheit gelten.

Die **anerkannten Regeln der Technik** sind zwar nur in der 1. Stufe genannt, doch ist das Werk auch mangelhaft, wenn es zwar der vertraglichen bzw. üblichen Verwendung entspricht, jedoch von den anerkannten Regeln der Technik abweicht. Anerkannte Regeln der Technik sind solche technischen Normen, die in der Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt sind und sich in der (Bau-)Praxis bewährt haben (Heiermann, Franke, Knipp, Baubegleitende Rechtsberatung, 3. Teil IV. 3.). Hierzu zählen insbesondere die **DIN-Vorschriften** und vergleichbare Vorschriften. Beim VOB/B-Vertrag wird die Einhaltung der DIN-Vorschriften über die Einbeziehung der VOB/C gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B betreffend

die Art und den Umfang der Leistung ausdrücklich sichergestellt. Zu beachten ist aber, dass diese Vorschriften nicht notwendiger Weise die anerkannten Regeln der Technik widerspiegeln, etwa dann, wenn die (DIN-)Vorschriften überholungsbedürftig und veraltet sind. Die DIN-Vorschriften stellen insoweit lediglich eine widerlegbare Vermutung dar, dass bei deren Einhaltung das Werk den anerkannten Regeln der Technik entspricht, OLG Hamm, Urteil vom 13.04.1994, – 12 U 171/93, BauR 1994, 767.

Noch deutlicher wird diese Problematik bei den **ab dem 01.07.2012** geltenden **Eurocodes** (**Beachte:** Teilweise länderbezogene **Übergangsfristen** bis zum 31.12.2013 geplant). Dabei handelt es sich um private technische Normen mit Empfehlungscharakter, die die einheitliche Planung, Bemessung und Ausführung von Bauwerken in Europa ermöglichen sollen. Die Eurocodes lösen die bisherigen DIN-Vorschriften – soweit einschlägig – ab. Aus der Umstellung erwächst die Problematik, dass gegebenenfalls Anpassungsbedarf in Planung und Ausführung Mehrkosten entsteht, wenn beispielsweise aufgrund der in den Eurocodes normierten und deshalb einzuhaltenden Anforderungen das Bauwerk anderenfalls bei Abnahme (!) nicht mangelfrei wäre.

Um sich bei der Frage nach der Mangelhaftigkeit nicht auf die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder auf die übliche Verwendung des Werks verlassen bzw. darüber streiten zu müssen, ist den Parteien zu empfehlen, die **Beschaffenheit** des herzustellenden Werks ausdrücklich und klar sowie nachweisbar (schriftlich oder unter Zeugen) zu vereinbaren.

b) Besonderheiten

In der Baupraxis hat sich neben dem zuvor beschriebenen Mangelbegriff eine Vielzahl von Begrifflichkeiten herausgebildet, die Mängel bzw. Mangelercheinungen charakterisieren, jedoch keine eigenständigen Mangelbegriffe im juristischen Sinn darstellen.

- Der **wesentliche Mangel** spielt im Rahmen der Abnahme eine entscheidende Rolle. Sowohl beim BGB-Bauvertrag als auch beim VOB-Bauvertrag ist der Auftraggeber zur Abnahme der auftragnehmerseits erbrachten Werkleistung(en) verpflichtet, es sei denn, wesentliche Mängeln stehen der Anerkennung und Billigung des Werkes als vertragsgemäß entgegen (§ 640 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 12 Abs. 3 VOB/B).

Im BGB und der VOB wird dieser Begriff deckungsgleich verwandt. Der Auftraggeber kann sich nicht auf eine fehlerhafte Abnahme berufen (= Abnahmeverweigerung),

„wenn der behauptete Mangel nach seiner Art, seinem Umfang und vor allem nach seinen Auswirkungen derart unbedeutend ist, dass das Interesse des Bestellers an einer Beseitigung vor Abnahme nicht schützenswert ist und sich seine Verweigerung deshalb als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt“, BGH, Urteil vom 25.01.1996 – VII ZR 26/95, BauR 1996, 390.

Dies hängt allein von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab. Insbesondere die Höhe der Mangelbeseitigungskosten und das Maß der Gebrauchstauglichkeitsbeeinträchtigung, aber auch die subjektiven Vorstellungen der Parteien können dabei eine Rolle spielen, vorausgesetzt letztere wurden bei Vertragsschluss hinreichend deutlich gemacht.

Beispiele für wesentliche Mängel:

1. Fehlende Übergabe von Revisionsplänen obwohl vertraglich vereinbart sowie unzureichendes Bodengefälle in zahlreichen Bädern des Gebäudes außerhalb des eigentlichen Duschbereiches, OLG Hamm, Urteil vom 17.06.2008 – 19 U 152/04, BauR 2009, 1600
2. Sicherungsrelevante Mängel wie z.B. eine fehlende Absturzsicherung auch bei geringen Beseitigungskosten von ca. EUR 2.000,- bei Auftragssumme von EUR 1,5 Mio., OLG Hamm, Urteil vom 26.11.2003 – 12 U 112/02, BauR 2005, 731

Beispiele für unwesentliche Mängel:

1. Mängel mit Gesamtbeseitigungsaufwand von DM 500,00 oder DM 30.000,00 bei Gesamtauftragsvolumen von DM 60.000,00 oder DM 6,0 Mio., OLG Hamm, OLG Hamm, Beschluss vom 04.04.1990 – 12 W 18/89, NJW-RR 1990, 917, 918; OLG Dresden, Urteil vom 18.02.1999 – 7 U 2222/98, IBR 2001, 358
2. Vier ganz oder teilweise abgerutschte Dachziegel bei Werkleistung Dachdeckung, OLG Hamm, OLG Hamm, Beschluss vom 04.04.1990 – 12 W 18/89, NJW-RR 1990, 917, 918

Die Beispiele zeigen: letztendlich kommt es auf die Bewertung des Einzelfalles an.

- Eine **Vielzahl von Mängeln** ist in ihrer Gesamtheit (ausnahmsweise) als wesentlich anzusehen, wenn jeder Mangel für sich allein zwar unerheblich, dem Auftraggeber

die Vielzahl von Mängeln in ihrer Gesamtheit aber nicht mehr zuzumuten ist. Auch in diesem Fall handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, bei der neben der Anzahl der Mängel vor allem die Höhe der Mangelbeseitigungskosten und der Umfang der Gebrauchstauglichkeitsbeeinträchtigung eine maßgebliche Rolle spielen.

- **Funktionaler Mangelbegriff** (von der Rechtsprechung entwickelt): Danach entspricht das Werk zwar der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und es liegt auch sonst kein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik vor, gleichwohl ist die Funktion des Werkes aufgrund von z. T. außerhalb des Einflussbereiches des Auftragnehmers liegenden Umständen nicht eingetreten. Ob ein solcher Fall gegeben ist, kann nicht im Sinne einer Definition dargestellt werden, sondern beurteilt sich nach dem jeweiligen Einzelfall. Im Fall des „funktionalen Mangels“ kann der Auftragnehmer dennoch im Rahmen der Erfolgshaftung zur Erbringung weiterer Leistungen verpflichtet sein, bis der funktional geschuldete Erfolg eintritt. Dabei entstehende Sowie-so-Kosten hat der Auftraggeber grundsätzlich zu vergüten, denn diese Kosten wären ihm auch bei von Anfang an mangelfreier Erfüllung entstanden. Freilich wird häufig streitig sein, ob es sich tatsächlich um Sowie-so-Kosten handelt. Erkennt der Auftragnehmer, dass das herzustellende Werk seine Funktionalität nicht erreichen wird oder sonstwie mangelbehaftet ist, hat er den Auftraggeber hierauf hinzuweisen. Er muss den Auftraggeber auf seine **Bedenken** und die möglichen Folgen **hinweisen**, und zwar

- zur richtigen Zeit, d.h. unverzüglich und so rechtzeitig, dass der Auftraggeber noch umdisponieren kann,
- mit dem richtigen Inhalt, d.h. der Auftragnehmer hat seine Bedenken zu begründen und zu erläutern,
- in der richtigen Form, d.h. möglichst schriftlich, jedenfalls sollte auf eine spätere Nachweisbarkeit geachtet werden, und
- an den richtigen Adressaten, d.h. möglichst direkt gegenüber dem Auftraggeber oder seinem Bevollmächtigten (das ist beim beauftragten Architekten regelmäßig der Fall).

Etwaige Anordnungen des Auftraggebers oder dessen Sachkunde entlasten den Auftragnehmer grundsätzlich nicht. Für den VOB/B-Vertrag ist die Bedenken- und Hinweispflicht in § 4 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich normiert. Diese Pflicht gilt jedoch auch im

BGB-Vertrag. Die Bedenken- und Hinweispflicht betrifft auch Vorunternehmerleistungen, auf denen die Leistungen des Auftragnehmers aufbauen. Hat der Auftragnehmer die oben genannten Voraussetzungen alle befolgt, besteht für ihn keine Mängelhaftung, wenn der Auftraggeber dennoch auf die ursprüngliche Art der Ausführung besteht.

- **Optischer Mangel oder unerheblicher Mangel:** Um es gleich vorwegzunehmen – den „optischen“ Mangel gibt es nicht. Jede Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit oder eine fehlende Eignung ist ein Mangel, gleich ob sie auf technische oder auf optische Beeinträchtigungen o. a. zurückzuführen ist. Die Problematik, die sich hinter dem Begriff des optischen Mangels versteckt, ist die Frage der Verhältnismäßigkeit bzw. vielmehr der Unverhältnismäßigkeit der Mangelbeseitigung/Nacherfüllung. Ist die Funktionstauglichkeit des herzustellenden Werks gegeben und liegen „nur“ optische Beeinträchtigungen vor, kann sich der Auftragnehmer gegebenenfalls darauf berufen, nicht nachbessern zu müssen, weil eine Nacherfüllung für ihn einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde. Ob dem so ist, beurteilt sich nach dem konkreten Einzelfall. Dann bleiben dem Auftraggeber die Mängelrechte der Minderung etc.
- **Hinnehmbarer Mangel:** Hier gilt das zum optischen Mangel Ausgeführte.
- **Versteckte oder verdeckte Mängel** sind dem Werkvertragsrecht unbekannt. Ausgangspunkt dieses Rechtsirrtums ist die von der Rechtsprechung aus der Arglisthaftung des Auftragnehmers abgeleitete Rechtsfigur des sog. **„Organisationsverschuldens“**. Soweit ein Auftragnehmer einen ihm bekannten Mangel arglistig verschweigt, kann dies zu einer zeitlich über die Gewährleistungszeit hinausgehenden Haftung für Mängel führen. Dies ist auch im Gesetz verankert (jetzt § 634a Abs. 3 BGB). Die Rechtsprechung hat es dem arglistigen Verschweigen gleichgestellt, wenn ein Auftragnehmer sich derart schlecht organisiert, dass ihm solche Mängel überhaupt nicht bekannt werden können, er diese mithin auch nicht arglistig verschweigen kann. Derjenige Auftragnehmer, der sich schuldhaft unwissend hält, wird somit dem arglistig handelnden Auftragnehmer gleichgestellt. Ob es sich bei dem betreffenden Mangel um einen „*versteckten Mangel*“ handelt, ist aus rechtlicher Sicht somit völlig unbedeutend, auch wenn dies zumeist aus tatsächlichen Gründen zutreffen wird, denn offensichtliche Mängel wären ja in aller Regel rechtzeitig entdeckt worden. Ob die Haftungsfigur des „Organisationsverschuldens“ in Frage kommt, ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen.

2. Pflichten und Rechte vor Abnahme

a) Pflichten

Nach BGB und VOB/B schuldet der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Abnahme eine mangelfreie und vertragsgemäße Werkleistung. Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer deshalb auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen.

b) Rechte

Die Pflicht zur Herstellung des versprochenen Werks gibt dem Auftragnehmer zugleich das Recht zur Erfüllung dieser Vereinbarung. Bis zum Zeitpunkt der Abnahme hat er deshalb das Recht, Fehler zu korrigieren, nachzubessern etc. Er darf deshalb auch selbst entscheiden, ob er etwaige Fehler nachbessert oder das Werk neu erstellt. Grenzen sind hier nur durch eine etwaige Unverhältnismäßigkeit oder beispielsweise die Unmöglichkeit der Nachbesserung gegeben, die nach dem konkreten Einzelfall zu beurteilen ist (siehe unten). Grundsätzlich hat der Auftraggeber keinen Anspruch auf die Art, wie der Auftragnehmer den Mangel nachbessert. Das allein ist Sache des Auftragnehmers.

aa) VOB/B-Bauvertrag

Beim **VOB/B-Vertrag** steht dem Auftraggeber eine Fülle von werkvertraglich normierten Rechten zu:

- Der Auftraggeber hat das Recht auf Mangelbeseitigung auch vor der Abnahme. Zunächst hat er hierzu nach § 4 Abs. 7 VOB/B das Recht, den Auftragnehmer **aufzufordern**, den **Mangel am Werk zu beseitigen**. Denn Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hierfür bedarf es weder einer Fristsetzung, noch eines Verschuldens des Auftragnehmers.
- Kommt der Auftragnehmer seiner 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**, § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B.

Exkurs: Anforderungen an Mängelrüge und Frist zur Mangelbeseitigung

Von einer ordnungsgemäßen **Mängelrüge** ist in der Regel auszugehen, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer vor Ablauf der Verjährungsfrist eindeutig und konkret auffordert, einen bestimmten Mangel zu beseitigen. Hierfür sollten das äußere Erscheinungsbild und die Lage des Mangels auftraggeberseits so präzise wie möglich beschrieben werden. Der Auftragnehmer muss in der Mängelrüge erkennen können, was ihm vorgehalten und welche Abhilfe von ihm erwartet wird BGH, Urteil vom 12.06.1980 – VII ZR 270/79, BauR 1980, 574.

Dabei genügt es, wenn der Auftraggeber das äußere Erscheinungsbild des Mangels (Symptom) hinlänglich deutlich beschreibt (**Symptomrechtsprechung** des BGH, Urteil vom 28.10.1999 – VII ZR 115/97, BauR 1999, 899). Exakte Mangelursache muss der Auftraggeber nicht kennen oder ermitteln. Vielmehr ist ausreichend, dass der Mangel erkennbar auf eine etwaige im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers liegende mangelhafte Werkleistung zurückzuführen ist, BGH, Urteil vom 04.07.1996 – VII ZR 125/95, BauR 1997, 133; BGH, Urteil vom 06.12.2001 – VII ZR 241/00, BauR 2002, 613, 617.

Beispiel: Der Auftraggeber rügt die unzureichende Beheizbarkeit der Wohnung. Damit hat dieser zugleich alle vertragswidrigen Eigenschaften beanstandet, die ihre Ursache in der mangelnden Erwärmung haben, BGH, Urteil vom 24.04.1997 – VII ZR 110/96, BauR 1997, 638.

Neben der Mängelrüge ist für die Entstehung von Mängelrechten des Auftraggebers entscheidend, dass dem Auftragnehmer eine **angemessene Frist zur Mangelbeseitigung** gesetzt wurde. Diese Fristsetzung muss nicht zwingend mit der Mängelrüge verbunden, sondern kann auch noch nachgeholt werden.

Wann eine gesetzte Frist als angemessen angesehen werden kann, bestimmt sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles. Maßgeblich ist, wie viel Zeit der Auftragnehmer unter Berücksichtigung von Vorbereitungsmaßnahmen, Erschwernissen (Wetter) und etwaigen Behinderungen aus Sicht eines objektiven Dritten zur Nacherfüllung/Mangelbeseitigung benötigen wird. Aspekte wie technische Anforderungen an die Mangelbeseitigung,

Dringlichkeit, vereinbarte Fertigstellungstermine, etwaige Auswirkungen auf Folgegewerke u.v.m. spielen hierbei eine wichtige Rolle.

Eine pauschalierte Regelfrist von zwei Wochen bis 1 Monat gibt es nicht. Was oftmals übersehen wird: Auch eine zu kurze Frist setzt üblicherweise eine angemessene Frist in Gang. Auch die (oft reflexhafte) Zurückweisung einer Frist als unangemessen erlaubt dem Auftragnehmer somit nicht, bei berechtigten Mängelrügen untätig zu bleiben. Dann droht er mit der Mängelbeseitigung in Verzug zu geraten.

Ausnahmsweise kann das Setzen einer angemessenen Frist durch den Auftraggeber entbehrlich sein, wenn sie sich als bloße „Förmelei“ darstellen würde. Hauptfall ist, dass der Auftragnehmer die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert. Andere Fallgruppen sind, dass die Nacherfüllung/Mangelbeseitigung für den Auftraggeber unzumutbar ist oder besondere Umstände vorliegen, welche die sofortige Geltendmachung aller weitergehenden Mängelrechte durch den Auftraggeber rechtfertigen.

Beispiele für eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung:

1. Der Auftragnehmer bestreitet den Mangel oder seine Haftung nachhaltig, OLG Hamm, Urteil vom 13.02.2007 – 21 U 69/06, BauR 2007, 1423; BGH, Urteil vom 09.07.2002 – X ZR 242/99, NJW RR 2002, 1533, 1534
2. Der Auftragnehmer wendet mit Klageerwiderung Verjährung ein, BGH, Urteil vom 05.12.2002 – VII ZR 360/01, BauR 2003, 386
3. Der Auftragnehmer lehnt die Nacherfüllung zu Unrecht als unverhältnismäßig ab, OLG Hamm, Urteil vom 13.02.2007 – 21 U 69/06, BauR 2007, 1423.

Beispiel für die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung/Mangelbeseitigung:

Der Auftraggeber erleidet einen endgültigen Vertrauensverlust in die Leistungsfähigkeit oder Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers, BGH, Urteil vom 07.03.2002 – VII ZR 12/01, NZBau 2002, 327, z.B. bei besonderer Unzuverlässigkeit oder (mehreren) fehlgeschlagenen Mangelbeseitigungsversuchen. **NICHT:** Im Falle der Insolvenz!

Sowohl die **Aufforderung** zur Mangelbeseitigung als auch die **Erklärung**, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag entziehen wird, wenn die gesetzte Frist fruchtlos verstreicht, müssen so unmissverständlich formuliert sein, dass der Auftragnehmer sie versteht und die drohenden Folgen bei Nichteinhaltung der Frist erkennen kann. Dem Auftragnehmer muss klar sein, dass der Auftraggeber eine Nachbesserung nach Fristablauf nicht mehr billigt. Den Mangel selbst muss der Auftraggeber nur seinem Symptom nach beschreiben. Etwaige technische Ursachen o.a. hat er nicht anzugeben.

- Läuft die gesetzte Frist ab, ohne dass der Auftragnehmer den Mangel beseitigt hat, kann der Auftraggeber den **Vertrag** gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B **kündigen (Entziehung des Auftrags)**. Die Entziehung des Auftrags kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden. Gem. § 8 Abs. 5 VOB/B muss die Kündigung bzw. die Auftragsentziehung schriftlich erfolgen. Eine mündlich erklärte Kündigung/Auftragsentziehung ist unwirksam.

Liegen die **Voraussetzungen** für eine Auftragsentziehung bzw. Kündigung **nicht** vor, etwa weil der Auftraggeber die Kündigung/Auftragsentziehung nicht angedroht oder dem Auftragnehmer nicht zugleich eine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat, und erklärt der Auftraggeber dennoch die Kündigung des Vertrages bzw. die Auftragsentziehung, so stellt dies keine außerordentliche Kündigung des Vertrages nach § 8 Abs. 3 VOB/B dar. Die Erklärung des Auftraggebers wird in solchen Fällen regelmäßig **als sogenannte „freie“ Kündigung auszulegen** sein, mit der vollen Vergütungsfolge nach § 8 Abs. 1 VOB/B. In einem solchen Fall kann der Auftraggeber auch nicht die Kosten einer anschließenden Ersatzvornahme oder Schadensersatz gegenüber dem Auftragnehmer geltend machen.

- Nach der (wirksamen) Kündigung/der (wirksamen) Entziehung des Auftrags kann der Auftraggeber den Weg der **Ersatzvornahme** beschreiten. Er ist berechtigt, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung auf Kosten des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. Der Auftraggeber kann deshalb alle mit der Ersatzvornahme einhergehenden Kosten gegenüber dem Auftragnehmer geltend machen. Die Kosten der Beauftragung des Dritten können dabei auch (deutlich) höher liegen als die mit dem Auftragnehmer vereinbarten Vertragspreise. Davon ist in der Regel sogar auszugehen. Denn der Auftraggeber ist – trotz Beachtung seiner ihm obliegenden Schadensminderungspflicht – nicht gehalten, den billigsten Drittunternehmer zu

beauftragen; er darf die „sicherste“ Variante wählen.

Durch die Ersatzvornahme wird der Mangel beseitigt. Da eine streitige Auseinandersetzung um die Kosten und die Kostentragungspflicht in der Regel zu erwarten ist, sollten hierfür Beweise gesichert werden. Dies geschieht üblicherweise durch die Einholung eines Privatgutachtens. Dieses Privatgutachten dient in einem etwaigen späteren Rechtsstreit einem möglichen Gerichtssachverständigen als Grundlage für die von ihm heranzuziehenden Tatsachen. Das Mangelbild kann aber beispielsweise auch „nur“ fotografiert oder sonst wie festgehalten werden.

- Dem Auftraggeber steht ferner ein **Vorschussanspruch** für die voraussichtlichen Kosten der Ersatzvornahme gegen den Auftragnehmer zu.
- Seine Ansprüche auf **Ersatz des etwaigen Schadens**, der ihm durch die nicht vorgenommene Mangelbeseitigung des Auftragnehmers entsteht, bleiben auch bei der Durchführung einer Ersatzvornahme bestehen, § 8 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B. Solche Schäden können beispielsweise Mietausfälle wegen nicht rechtzeitiger Fertigstellung und Übergabe sein.
- Nach der Kündigung des Bauvertrages/Entziehung des Auftrags ist der Auftraggeber gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 VOB/B 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. Ob dieses Recht in der Praxis eine große Rolle spielt, mag dahinstehen. Regelmäßig wird dem Auftraggeber daran gelegen sein, das Bauwerk fertigstellen zu lassen, um es zu nutzen, zu veräußern o. ä.
- 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**, § 8 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B. Bei den vom Auftraggeber weiterverwendeten Geräten, Stoffen etc. muss es sich jedoch um solche handeln, die im Eigentum des Auftragnehmers stehen. Vorsicht ist daher geboten, wenn Dritte, beispielsweise Subunternehmer des Auftragnehmers, Waren anliefern und auf der Baustelle lagern. Diese stehen auch nach einer Auftragsentziehung nach wie vor im Eigentum des Dritten. Eine Weiterverwendung durch den Auftraggeber wäre ein Fall

der verbotenen Eigenmacht, durch die sich der Auftraggeber schadensersatzpflichtig gegenüber dem Dritten machen würde.

- Hat der Auftragnehmer den Mangel zu vertreten, so hat er auch den darüber hinaus gehenden mangelbedingten **Schaden** (= Mangelfolgeschaden) **zu ersetzen**, § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B. Voraussetzung dieses Anspruchs ist mithin ein Verschulden des Auftragnehmers am Bestehen des Mangels. Ein solches Verschulden ist dem Auftragnehmer auch zuzurechnen, wenn sein Erfüllungsgehilfe den Mangel verschuldet hat, §§ 278, 276 BGB.

Der Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers ist nicht eingeschränkt. Ersetzt werden deshalb grundsätzlich alle Mangel- und Mangelfolgeschäden und sonstigen Schäden, die auf die Mangelhaftigkeit der Sache kausal zurückzuführen sind oder in direktem Zusammenhang mit dem Mangel stehen, wie etwa Sachverständigenkosten.

bb) BGB-Bauvertrag

Welche Rechte dem Auftraggeber während der Bauausführung, d.h. **vor der Abnahme** zustehen, ist umstritten und durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt.

Stellt ein Auftraggeber schon **während der Bauausführung** und somit vor der Abnahme einen **Mangel** an dem Werk des Auftragnehmers fest, liegt der Wunsch des Auftraggebers nach schnellstmöglicher Mangelbeseitigung auf der Hand. Insbesondere der Rückgriff auf das Recht zur Selbstvornahme mag für den Auftraggeber verlockend sein. Beim **BGB-Vertrag** ist dieser Wunsch aber nicht problemlos durchzusetzen. Eine dem § 4 Abs. 7 VOB/B entsprechende Regelung ist dem BGB fremd. Mit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 wurde auch der § 634 BGB geändert. Nach § 634 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. konnte der Auftraggeber bereits vor der Abnahme Mängelrechte geltend machen. Dieses Recht sieht der § 634 BGB n.F. nicht mehr – zumindest nicht ausdrücklich – vor. Für den Auftraggeber stellt sich hierbei die Frage, ob er auch vor der Abnahme bereits auf die werkvertraglichen Mängelrechte der §§ 634 ff. BGB zurückgreifen kann.

Der BGH musste hierüber seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 und der damit einhergehenden Änderung des § 634 BGB noch nicht abschließend entscheiden. Vielmehr wurde die Beantwortung der Frage durch den BGH explizit offen gelassen, zuletzt BGH, Urteil vom 24.02.2011 – VII ZR 61/10, BauR 2011, 1032. In der obergerichtlichen Rechtsprechung musste

diese Fragestellung soweit ersichtlich bisher wohl erst ein einziges Mal behandelt werden. Das OLG Koblenz hat im Jahr 2007 geurteilt, dass dem Auftraggeber erst nach der Fertigstellung des Gesamtwerkes die werkvertraglichen Mängelgewährleistungsansprüche zustehen. So müsse der Auftragnehmer dem Auftraggeber das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln verschaffen. Diese Hauptleistungspflicht zielt auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ab. Es sei daher nicht mit dem geltenden Recht vereinbar, dem Auftraggeber das Recht zuzubilligen, wegen Mängeln, die vor endgültiger Fertigstellung und Gefahrübergang auftreten, bereits die werkvertraglichen Gewährleistungsrechte auszuüben, vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 18.10.2007 – 5 U 521/07, ZfBR 2008, 48. In der Literatur werden verschiedene Ansichten vertreten, so dass auch hier keine einhellige Meinung besteht.

Sofern dem Auftraggeber die Rechte aus den §§ 634 ff BGB verwehrt sein sollen, können allerdings Rücktritts-, Kündigungs- und Schadensersatzansprüche des Auftraggebers in Betracht zu ziehen sein. Der Auftraggeber könnte danach beispielsweise von seinem Zurückbehaltungsrecht nach § 273 bzw. § 320 BGB Gebrauch machen und die Vergütung ganz oder teilweise verweigern, wenn das geschuldete Werk mangelhaft ist. Zu denken ist auch an einen Rücktritt vom Vertrag (§ 323 BGB) oder etwa eine fristlose Kündigung, wenn der Auftragnehmer keine entsprechenden Mängelbeseitigungsarbeiten vornimmt. Sofern dem Auftraggeber durch die unzureichenden Leistungen des Auftragnehmers in solchen Fällen Schäden entstehen, kann er diese nach den §§ 280 ff. BGB ersetzt verlangen. Die Möglichkeit, im Wege der Ersatzvornahme vorzugehen und die Kosten hierfür vom Auftragnehmer ersetzt zu verlangen, gibt es beim BGB-Vertrag grundsätzlich nicht.

3. Pflichten und Rechte nach Abnahme

Mit Abnahme der Bauleistung erlischt der primäre vertragliche Erfüllungsanspruch des Auftraggebers. Es beginnt das Stadium der Abrechnung und Gewährleistung.

a) Auf Seiten des Auftragnehmers

aa) Mangelbeseitigung/Nacherfüllung

(§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B / §§ 633, 634 Nr. 1 i.V. m. § 635 BGB)

Zeigt der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Mangelhaftigkeit der Werkleistung und dies zu Beweis Zwecken bestenfalls schriftlich unter Aufforderung zur Mangelbeseitigung inner-

halb einer bestimmten Frist an, hat der Auftragnehmer die **Pflicht**, aber auch das **Recht** zur **Mangelbeseitigung/Nacherfüllung** (Im Folgenden: Mangelbeseitigung).

Die Mangelbeseitigung beinhaltet sämtliche zum Zwecke der Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten (§ 635 Abs. 2 BGB) sowie alle Arbeiten, die notwendig werden, um nach durchgeführter Mängelbeseitigung den zuvor bestehenden Zustand wiederherzustellen, BGH, Urteil vom 07.11.1985 – VII ZR 270/81, BGHZ 96, 221.

Dem Auftragnehmer steht ein Wahlrecht zu, ob er Nacherfüllung durch **Nachbesserung** oder **Neuherstellung** leistet.

Wählt der Auftragnehmer die **Neuherstellung** des Werkes, ist er berechtigt, vom Auftraggeber Rückgewähr des mangelbehafteten Werkes nach den Rücktrittsvorschriften des BGB zu verlangen. Kann der Auftragnehmer nichts herausgeben, haftet er dem Auftraggeber auf Wertersatz. Ist die Mangelhaftigkeit der Werkleistung nicht oder nur durch unverhältnismäßig hohe Kosten zu beseitigen, kann der Auftragnehmer die **Mangelbeseitigung verweigern**, § 635 Abs. 3 BGB/§ 13 Abs. 6 VOB/B. Gleiches gilt, soweit der mit der Mangelbeseitigung beabsichtigte Erfolg unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe der dafür aufzuwendenden finanziellen Mittel steht, BGH, Urteil vom 24.04.1997 – VII ZR 110/96, BauR 1997, 638; BGH, Urteil vom 23.03.1995 – VII ZR 228/93, BauR 1995, 546. In der Praxis wird eine solche **Unverhältnismäßigkeit** nur selten anzunehmen sein. Das Interesse des Auftraggebers an einer Mangelbeseitigung muss hierfür nach objektiven Maßstäben gering sein. Hiervon ist beispielsweise bei Schönheitsfehlern, welche im Rahmen der Mangelbeseitigung eine gänzliche Neuherstellung bedingen würden, auszugehen. Die Beseitigung spürbarer Beeinträchtigungen der Gebrauchstauglichkeit wird zu keiner Zeit unverhältnismäßig sein.

bb) Weitergehende Pflichten des Auftragnehmers

- **Aufklärungs- und Beratungspflicht:** Beabsichtigt der Auftragnehmer **neuartige Bauweisen und Baustoffe** zu verwenden, hat er den Auftraggeber über die Ausführung und Abweichung von den anerkannten Regeln der Technik aufzuklären, auf etwaig bestehende Risiken hinzuweisen und das Einverständnis des Auftraggebers

einzuholen, BGH, Urteil vom 09.07.1987 – VII ZR 208/86, BauR 1987, 681 ff.; OLG Zweibrücken, Urteil vom 13.10.1997 – 7 U 26/97, BauR 2000, 147.

- **Schutzpflicht:** Bei drohenden Schäden an anderen Bauteilen und/oder Einrichtungen des Bauwerks z.B. durch Staubeinwirkung(en) oder eindringenden Regen, hat der Auftragnehmer sämtliche notwendigen und erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Der Auftraggeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, eigene Schutzvorkehrungen zu treffen, es sei denn, er kann unmittelbar drohende Schäden durch eigenes Eingreifen abwenden (= **Schadensminderungspflicht** des Auftraggebers nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB).

cc) Weitergehende Rechte des Auftragnehmers

- **Kostenerstattung bei unbegründeter Mangelbeseitigungsaufforderung**

Üblicherweise wird der Auftragnehmer sowohl das Vorhandensein als auch seine Verantwortlichkeit für auftraggeberseits gerügte Mängel vor Ort überprüfen wollen, ehe er mit den Mangelbeseitigungsarbeiten beginnt.

Hierdurch werden ihm Aufwendungen (Reisekosten, Lohnkosten, Gerätekosten etc.) entstehen, für die er lediglich im Falle einer unbegründeten Mangelbeseitigungsaufforderung und nur höchst ausnahmsweise Ersatz verlangen kann (Schadensersatz wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht), sollte der Auftraggeber den Auftragnehmer in eklatanter Weise willkürlich mit unbegründeten Mängelrügen konfrontiert haben, OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.1998 – 22 U 148/98, BauR 1999, 919, 920). Anderenfalls würde die Symptomrechtsprechung des BGH (siehe oben) unterlaufen, nach der der Auftraggeber lediglich Mangelerscheinungen darzulegen und zu beweisen, jedoch keine Mangelursachen zu erforschen hat.

Weist der Auftragnehmer den Auftraggeber vor Inaugenscheinnahme der gerügten Mängel darauf hin, dass bei Feststellung der Mangelfreiheit seines Gewerkes Aufwendungen zu erstatten sind und macht er sein Tätigwerden erkennbar hiervon abhängig, schließen die Parteien einen selbstständigen, aufschiebend bedingten Vertrag über die Durchführung von Schadensbeseitigungsarbeiten, sofern der Auftraggeber die Inaugenscheinnahme durch den Auftragnehmer – z.B. auch durch schlüssiges Verhalten – in Anspruch nimmt.

Stellt sich im Ortstermin heraus, dass das Gewerk des Auftragnehmers mangelfrei oder der Auftragnehmer nicht für den Mangel verantwortlich ist, hat der Auftraggeber eine übliche Vergütung zu bezahlen, OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.05.2003 – 17 U 193/02, BauR 2003, 1241; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.06.2007 – 21 U 164/06, BauR 2007, 1902.

b) Auf Seiten des Auftraggebers

aa) Pflichten des Auftraggebers

- **Mitwirkungspflicht:** Der Auftraggeber hat zudem dafür Sorge zu tragen, dass dem Auftragnehmer zum Zwecke der Mangelbeseitigung Zugang zum Bauwerk bzw. zum nachzubessernden Bauteil gewährt wird.

Diese Verpflichtung trifft den Auftraggeber auch dann, wenn das Bauwerk veräußert oder vermietet wurde. Verstößt der Auftraggeber gegen diese Mitwirkungspflicht (z.B. Baustellenverbot), hat dies noch keine Verwirkung des Nacherfüllungsanspruchs zur Folge, sondern begründet nach fruchtlosem Verstreichen einer durch den Auftragnehmer gesetzten Frist Annahmeverzug des Auftraggebers.

- **Kostentragungspflicht** (= Zuschusszahlung/Anspruchsreduzierung): Etwaige Vorteile, die dem Auftraggeber aus der Fehlleistung des Auftragnehmers entstanden sind, müssen mit den ihn hieraus treffenden Nachteilen ausgeglichen werden. Der Geschädigte darf durch die Mangelhaftigkeit der Werkleistung nicht besser gestellt sein, als er ohne das schädigende Ereignis gestanden hätte, BGH, Urteil vom 17.05.1983 – VII ZR 169/82, BauR 1984, 510. Aus diesem Grund hat eine sog. **Vorteilsausgleichung** zu erfolgen:

Sowieso-Kosten sind diejenigen Kosten, um die die Bauausführung für den Auftraggeber bei ordnungsgemäßer Planung/Ausführung von Anfang an teurer geworden wäre, BGH, Urteil vom 18.1.1990 – VII ZR 171/88, BauR 1990, 84 und BauR 1990, 360. Daher bedarf die Feststellung von Sowieso-Kosten stets einer genauen Analyse des vertraglich geschuldeten Bausolls.

Ausnahme: Es handelt sich um eine funktionale oder globale Leistungsbeschreibung oder der Auftragnehmer hat das Leistungsverzeichnis selbst formuliert, OLG Hamm, Urteil vom 25.09.2003 – 21 U 8/03, BauR 2004, 868.

Außerdem kann eine weitere Zuschusszahlung/Anspruchsreduzierung wegen **Mitverschuldens (§ 254 Abs. 1 BGB)** des Auftraggebers in Betracht kommen. Für das Verschulden eines Architekten als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) hat der Auftraggeber ebenfalls einzustehen.

Des Weiteren ist eine Zuschusszahlung/Anspruchsreduzierung anzunehmen, wenn der Auftraggeber durch die Mangelbeseitigung quasi eine neuwertige Leistung erhält (**sog. Abzug „neu für alt“**). Für die Geltendmachung eines Abzuges „neu für alt“ kommt es entscheidend darauf an, ob dem Auftraggeber durch die Mangelbeseitigung ein messbarer Vermögensvorteil entsteht. Davon kann üblicherweise auszugehen sein, wenn die neue Sache eine merklich längere Lebensdauer hat als die alte.

Achtung: Zu keiner Zeit darf der Auftragnehmer Nacherfüllungsleistungen von der vorherigen Zuzahlung seines Auftraggebers abhängig machen. Insoweit wird er auf einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 711 ZPO analog) verwiesen, BGH, Urteil vom 22.03.1984 – VII ZR 50/82, BauR 1984, 395.

bb) Rechte des Auftraggebers

Für den Fall mangelhafter Auftragnehmerleistungen stehen dem Auftraggeber sämtliche Gewährleistungsrechte aus §§ 634 ff. BGB und § 13 VOB/B zu, vorausgesetzt der Auftragnehmer wurde innerhalb einer angemessenen Frist zur Mangelbeseitigung aufgefordert.

Liegen die Voraussetzungen einer ordnungsgemäße Mängelrüge unter Setzung einer angemessenen Frist zur Mangelbeseitigung (siehe oben) vor, steht dem Auftraggeber der bereits skizzierte **Anspruch auf Mangelbeseitigung** §§ 633, 634 Nr. 1 i. V. m. § 635 BGB; § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B zu.

Ist die **Frist fruchtlos verstrichen**, ist der Auftraggeber berechtigt, die Erfüllung durch den Auftragnehmer abzulehnen und stattdessen die nachfolgend aufgeführten **weitergehenden Mängelrechte** geltend zu machen. Gleiches gilt, sofern die vom Auftragnehmer gewählte **Art der Nacherfüllung** von vornherein **ungeeignet** ist, einen Mangel nachhaltig zu beseitigen, BGH, Urteil vom 29.06.06 – VII ZR 274/04, IBR 2006, 487. Vorschlägen, die für einen nach Mangelbeseitigung etwaig verbleibenden Minderwert einen finanziellen Ausgleich vorsehen, muss der Auftraggeber in diesem Fall nicht zustimmen.

- **Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB**

Bis zur Beseitigung der auftraggeberseits gerügten Mängel durch den Auftragnehmer kann der Auftraggeber seine Leistung verweigern und einen Teil der geschuldeten Vergütung zurückbehalten BGH, Urteil vom 22.02.1971 – VII ZR 243/69, NJW 1971, 838.

Die Ausübung eines solchen Leistungsverweigerungsrechtes verhindert die Fälligkeit des Werklohnanspruchs und besteht grundsätzlich in einer die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten übersteigenden Höhe (= Druckzuschlag) gem. § 641 Abs. 3 BGB. Mit Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes am 01.01.2009 wurde § 641 Abs. 3 BGB dahingehend neu gefasst, als dass künftig lediglich eine angemessene Höhe der Vergütung einbehalten werden kann. Als angemessen bezeichnet das BGB „in der Regel das Doppelte“ der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten.

Bestreitet der Auftragnehmer die auftraggeberseits geschätzte Höhe der Mangelbeseitigungskosten trägt dieser die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der einbehaltene Betrag unbillig hoch ist, BGH, Urteil vom 06.12.2007 – VII ZR 125/06, BauR 2008, 510. Ein etwaiger Sicherheitseinbehalt steht der Geltendmachung des Druckzuschlages gemäß § 641 Abs. 3 BGB grundsätzlich nicht entgegen, BGH, Urteil vom 08.07.1982 – VII ZR 96/81, NJW 1982, 2494, kann aber bei der Bemessung der Höhe des Leistungsverweigerungsrechtes eine Rolle spielen.

- **Selbstvornahme/Ersatzvornahme (§§ 633, 634 Nr. 2 i.V.m. 637 Abs. 1 BGB / § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B)**

Der Auftraggeber kann auch hier den Mangel selbst oder durch ein Drittunternehmen beseitigen lassen und Kostenerstattung vom Auftragnehmer verlangen. Erstattungsfähig sind nur diejenigen Kosten, welche notwendig sind, um eine nachhaltige Beseitigung des Mangels zu erreichen. Von den Kosten nicht umfasst ist die Umsatzsteuer, da der gewerbliche Auftraggeber in der Regel vorsteuerabzugsberechtigt ist.

Bei Durchführung der Ersatzvornahme durch einen Drittunternehmer sind eigene Kosten und eigener Aufwand des Auftraggebers (z.B. Zeitaufwand, Porto- und Telefonkosten, Prüfung der Abrechnung) nicht erstattungsfähig.

- **Kostenvorschussanspruch (§ 637 Abs. 3 BGB / § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B)**

Vor Durchführung von Mangelbeseitigungsarbeiten hat der Auftraggeber außerdem die Möglichkeit vom Auftragnehmer einen **Vorschuss** (§ 637 Abs. 3 BGB / § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B) für die voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung zu verlangen, BGH, Urteil vom 25.09.2008 – VII ZR 204/07. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass der vom Auftragnehmer erhaltene Vorschuss nicht ausreicht, kann der Auftraggeber Nachforderungen stellen, OLG München, Urteil vom 26.01.1994 – 27 U 513/93, NJW-RR 1994, 785.

Im Übrigen ist über den Kostenvorschuss binnen einer angemessenen Frist abzurechnen. Versäumt der Auftraggeber diese Abrechnung oder wird der Vorschuss zweckwidrig und/oder nur teilweise verbraucht, besteht eine Pflicht zur Rückzahlung, BGH, Urteil vom 05.04.1984 – VII ZR 167/83, BauR 1984, 406.

- **Minderung (§§ 633, 634 Nr. 3 i.V.m. § 638 BGB / § 13 Abs. 6 VOB/B)**

Übt der Auftraggeber sein Selbst-/ oder Ersatzvornahmerecht nicht aus, kann er alternativ den Werklohn mindern. Dieses Recht zur **Minderung** steht dem Auftraggeber nach **BGB** bereits dann zu, wenn er den Auftragnehmer erfolglos unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung aufgefordert hat. Nach **VOB/B** kann der Auftraggeber den Werklohn wegen Mängeln – ohne eine Frist zur Mangelbeseitigung – regelmäßig nur dann mindern, wenn die Nacherfüllung für den Auftraggeber **unzumutbar** ist, der Auftragnehmer die Mangelbeseitigung wegen **Unmöglichkeit** oder eines **unverhältnismäßig hohen Aufwands verweigert**.

Für die **Berechnung der Minderung** kommt es sowohl nach BGB und VOB/B auf den „Zeitpunkt des Vertragsschlusses“ (§ 638 Abs. 3 Satz 2 BGB) an. Die Vergütung ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert des Werks in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Dabei ist die Höhe der Minderung den (geschätzten) Kosten einer etwaigen Mangelbeseitigung zuzüglich eines merkantilen und/oder technischen Minderwerts gleichzusetzen, BGH, Urteil vom 17.12.1996 – X ZR 76/94, NJW-RR 1997, 688.

Wurde die Nacherfüllung durch den Auftragnehmer wegen Unverhältnismäßigkeit ver-

weigert, ist seine Leistung als wertlos anzusehen. Der Minderwert bemisst sich nach der Differenz zwischen erbrachter und geschuldeter Leistung, BGH, Urteil vom 09.01.2003 – VII ZR 181/00, IBR 2003, 187. Der Auftraggeber kann die bereits gezahlte Vergütung zurückverlangen und im Übrigen auch hier Sowieso-Kosten, einen Abzug „neu für alt“ und/oder ein Mitverschulden des Auftraggebers der Werklohnforderung entgegenhalten.

- **Rücktritt** (§§ 633, 634 Nr. 3 i.V.m. §§ 323 Abs. 1 BGB, 326 Abs. 5 BGB)

Beim **BGB-Bauvertrag** steht dem Auftraggeber ein Rücktrittsrecht als einseitiges Gestaltungsrecht zu.

Der Rücktritt wandelt das bisherige Vertragsverhältnis in ein **Rückgewähr- und Abwicklungsverhältnis** um, die bisherigen Leistungsansprüche und Leistungspflichten erlöschen (§ 346 Abs. 1 ff. BGB). Bei Bauleistungen ist die Rückgewähr eines Bauwerkes oder eines Teils davon gem. § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB üblicherweise ausgeschlossen, da die Werkleistung beim Rückbau regelmäßig zerstört oder anderweitig unbrauchbar wird. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall gem. § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten, wobei gem. § 346 Abs. 2 Satz 2 BGB bei der Berechnung dieses Wertansatzes grundsätzlich im Vertrag bestimmte Gegenleistungen der Wertminderung zugrunde zu legen ist.

Das Rücktrittsrecht des Auftragnehmers ist ausgeschlossen, wenn der gerügte Mangel **unerheblich** oder wenn der Auftraggeber für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, **allein oder weit überwiegend verantwortlich** ist (§ 323 Abs. 5 und 6 BGB).

Die **VOB/B** sieht einen Rücktritt vom Bauvertrag nicht vor. Die Effekte eines Rücktritts können im Wege der Minderung bzw. über einen Schadensersatzanspruch erreicht werden, so dass für einen Rücktritt auch kein praktisches Bedürfnis besteht.

- **Schadensersatz** (§§ 633, 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 ff BGB / § 13 Abs. 7 VOB/B)

Hat der Auftragnehmer den gerügten Mangel am Werk zu vertreten, so kann der Auftraggeber über § 634 Nr. 4 BGB neben Rücktritt oder Minderung Schadensersatz verlangen. Hierbei wird zwischen Schadensersatz statt der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) und Schadensersatz neben der Leistung (§§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB) unterschieden.

Beim **Schadensersatzanspruch statt der Leistung** kann der Auftraggeber zwischen dem „kleinen“ und dem „großen“ Schadensersatz wählen.

Bei dem sog. **„kleinen Schadensersatzanspruch“** behält der Auftraggeber die mangelhafte Leistung. Ersetzt werden ihm lediglich die tatsächlichen oder fiktiven Mängelbeseitigungskosten sowie der eingetretene technische und/oder merkantile Minderwert.

Beim **„großen Schadensersatzanspruch“** (Schadensersatz statt der ganzen Leistung) ist der Auftraggeber nicht gewillt, die Bauleistung zu behalten. Der Auftraggeber kann die Rückzahlung des gesamten Werklohns sowie Ersatz von Mehrkosten verlangen, sollte der Mangel **erheblich** sein. Für den großen Schadensersatz entscheidet sich der Auftraggeber üblicherweise dann, wenn das Werk wertlos bzw. unbrauchbar geworden ist.

Beim sog. **„Schadensersatz neben der Leistung“** werden sämtliche Folgeschäden am Bauwerk und solche (Mangelfolge-)Schäden ersetzt, die nicht mehr im unmittelbaren, engen Zusammenhang mit dem Mangel eingetreten sind (z.B. Verdienstausschlag, Rechtsanwaltskosten, Gutachterkosten und Hotelkosten, BGH, Urteil vom 16.03.1990 – VII ZR 461/98, BauR 2000, 1190).

Eine Fristsetzung ist für die Geltendmachung dieses Schadensersatzanspruchs nicht erforderlich. Das Vertreten-Müssen des Auftragnehmers wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet, so dass sich dieser entsprechend entlasten muss.

Der Schadensersatzanspruch nach **VOB/B** (§ 13 Abs. 7 VOB/B) steht dem Auftraggeber **neben** dem Recht auf Nachbesserung, Kostenerstattung oder Minderung zu.

Beachte: Wurde ein offenkundiger Mangel bei Abnahme nicht „vorbehalten“, verliert der Auftraggeber lediglich seine Rechte auf Mängelbeseitigung bzw. Minderung, nicht sein Recht, Schadensersatz geltend zu machen.

Nach § 13 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B haftet der Auftragnehmer uneingeschränkt für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit und ansonsten für sämtliche Schäden, die er vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat, also Mangel- und Mangelfolgeschäden.

Daneben haftet der Auftragnehmer nach **§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B** für alle selbst verschuldeten Schäden „an der baulichen Anlage“, vorausgesetzt, es liegt ein wesentlicher Mangel vor, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, sog. **„kleiner Schadensersatz“**, d.h. der Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach Vertrag vorausgesetzten Gebrauch muss erheblich aufgehoben oder gemindert sein, BGH, Urteil vom 14.01.1971 – VII ZR 3/69, BauR 1971, 124. Der Auftragnehmer hat in einem solchen Fall die Wahl, ob er lediglich den mangelbedingten Minderwert des Bauwerks oder ob er die voraussichtlichen Nacherfüllungskosten ersetzt verlangen will.

Darüber hinausgehende entferntere Mangelfolgeschäden (sog. **„großer Schadensersatz“**) werden gem. **§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B** ersetzt, sofern ein Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik, ein Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder der Schaden durch eine Haftpflichtversicherung oder (tarifmäßige) Prämie gedeckt ist (z.B. Kosten einer Ersatzwohnung während der Mängelbeseitigung, Sachverständigenkosten, Nutzungsausfall, merkantiler Minderwert).

IV. Abnahme

1. Begriff und Wesen der Abnahme

Hat der Auftragnehmer die vertraglich vereinbarten Leistungen im Wesentlichen erbracht, ist der Auftraggeber verpflichtet, die Leistung abzunehmen. Es handelt sich um eine vertragliche Hauptpflicht des Auftraggebers. Abnahme ist die Entgegennahme der fertiggestellten Leistung durch den Auftraggeber und dessen Anerkennung, dass die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht erbracht worden ist. Die Abnahme ist das wichtigste Drehkreuz des Werkvertrages. Wird es durchschritten, hat dies folgende Rechtswirkungen:

- Ende des Erfüllungsstadiums

Mit der Abnahme ist das Erfüllungsstadium abgeschlossen. Eine Kündigung des Vertrags ist nicht mehr möglich. Der Auftraggeber kann nach Abnahme nur noch Gewährleistungsrechte geltend machen.

Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Abschlagszahlung mehr. Er muss und darf die Schlussrechnung legen, BGH, Urteil vom 20.08.2009, – VII ZR 205/07, NJW 2010, 227.

- Gefahrübergang auf den Auftraggeber

Die Gefahrtragung für das hergestellte Werk geht von dem Auftragnehmer auf den Auftraggeber über. Vor Abnahme der Leistung hat der Auftragnehmer bei zufälliger Beschädigung (z.B. Graffiti, Unwetter, Vandalismus) die Leistung grundsätzlich nochmals zu erbringen oder wieder instand zu setzen, ohne einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung zu haben. Nach der Abnahme haftet der Auftraggeber grundsätzlich nur noch für Mängel. Verlangt der Auftraggeber eine Instandsetzung wegen zufälliger Beschädigung des Werks, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf gesonderte Vergütung.

- Umkehr der Beweislast

Bis zur Abnahme trifft den Auftragnehmer für die vertragsgemäße Ausführung seiner Leistung ohne Mängel die Beweislast, BGH, Urteil vom 04.06.1973, – VII ZR 112/71,

NJW 1973, 1792. Nach der Abnahme hat der Auftraggeber die behaupteten Mängel zu beweisen. Eine Ausnahme besteht für solche Mängel, die der Auftraggeber sich bei der Abnahme vorbehalten hat. Hier bleibt die Beweislast für die mangelfreie Ausführung auch nach der Abnahme beim Auftragnehmer, BGH, Urteil vom 24.10.1996, – VII ZR 98/94, NJW-RR 1997, 129.

- Verlust des Mängelbeseitigungs- und Minderungsrechts bei nicht vorbehaltenen Mängeln

Der Auftraggeber verliert seinen Anspruch auf Nachbesserung/Minderung wegen Mängeln, die ihm bei der Abnahme bekannt waren, wenn er sich die Rechte für diese Mängel nicht vorbehalten hat.

Im Streitfall hat der Auftragnehmer zu beweisen, dass der Auftraggeber im Zeitpunkt der Abnahme den Mangel kannte. Es genügt nicht, dass der Auftraggeber den Mangel bei Abnahme hätte kennen müssen. Vielmehr ist positives Wissen des Auftraggebers erforderlich. Das Argument, der Mangel sei so klar und gravierend in Erscheinung getreten, dass er nicht hätte übersehen werden können, hilft daher nur dann, wenn auch zu beweisen ist, dass der Auftraggeber ihn auch bei der konkreten Abnahmebegehung hätte wahrnehmen müssen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Auftraggeber keine Pflicht zur gründlichen Untersuchung trifft.

Unberührt bleibt auch bei unterlassenem Vorbehalt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz.

- Vorbehalt der Vertragsstrafe

Sofern sich der Auftraggeber bei der Abnahme nicht seinen Vertragsstrafenanspruch vorbehält, verliert er diesen.

- Fälligkeit der Vergütung

Mit der Abnahme wird die Vergütung fällig. Beim VOB-Vertrag ist es eine weitere Voraussetzung der Fälligkeit, dass der Auftragnehmer eine prüffähige Schlussrechnung legt.

- Beginn des Laufs der Verjährungsfrist für Mängelansprüche

Mit der Abnahme beginnt der Lauf der Verjährungsfristen für die Mängelansprüche des Auftraggebers.

2. Arten der Abnahme

Ein Werk ist dann **abnahmefähig**, wenn es im ohne wesentliche Mängel fertiggestellt ist. Geringfügige Restarbeiten stehen der Abnahme nicht entgegen. Die Leistung muss aber ungehindert in den bestimmungsgemäßen Gebrauch genommen werden können.

Im Wesentlichen werden drei Abnahmearten unterschieden:

- Ausdrückliche Abnahme

Die ausdrückliche Abnahme kann formlos erfolgen oder an besondere Formalitäten gebunden sein.

Wesentlich für die ausdrückliche **formlose Abnahme** ist die Erklärung des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, dass er das Werk abnimmt. Einer besonderen Form bedarf es hierfür nicht. Auch die Benutzung des Begriffes Abnahme ist nicht notwendig. Es genügt, dass die Billigung des Werks als vertragsgerecht zum Ausdruck kommt. Die formlose Abnahme ist der im BGB für den Werkvertrag vorgesehene Regelfall.

In der Bauvertragspraxis ist jedoch die **förmliche Abnahme** der Regelfall. Eine solche förmliche Abnahme ist eine ausdrückliche Abnahme, bei der bestimmte, vertraglich vereinbarte Formerfordernisse zu beachten sind.

Im VOB-Vertrag ist eine förmliche Abnahme dann durchzuführen, wenn eine Vertragspartei sie verlangt, vgl. § 12 Abs. 4 VOB/B. Regelmäßig ist die förmliche Abnahme auch bei Bauverträgen ohne Einbeziehung der VOB/B vorgesehen. Sie muss dann aber tatsächlich im Bauvertrag ausdrücklich vereinbart sein.

Die VOB/B enthält weitere Regelungen zur Abwicklung der Abnahme. Diese werden vertraglich regelmäßig abgeändert oder ergänzt. Was zählt, ist das vertraglich bestimmte

Procedere. Ist im Vertrag ausschließlich bestimmt, dass die Abnahme förmlich zu erfolgen hat, ohne dass zur Durchführung weitere Bestimmungen getroffen worden sind, so bedeutet dies, dass die Abnahmeerklärung schriftlich erfolgen muss.

Nach § 12 Abs. 1 VOB/B ist die förmliche Abnahme innerhalb einer Frist von 12 Werktagen nach dem Verlangen einer der Vertragsparteien durchzuführen. Der Termin für die Abnahme soll möglichst durch die Parteien einvernehmlich festgelegt werden. Kommt eine Einigung über den Abnahmetermin nicht zustande, ist der Auftraggeber berechtigt, den Abnahmetermin einseitig festzulegen. Er muss lediglich mit genügender Frist dazu laden und hat dann das Ergebnis der Abnahme dem Auftragnehmer mitzuteilen. Bestimmt der Auftraggeber keinen Termin zur förmlichen Abnahme, so kann der Auftragnehmer den Auftraggeber mahnen und wenn dies keinen Erfolg hat, eine Frist zur Abnahme setzen. Nach fruchtlosem Fristablauf gerät der Auftraggeber in Verzug und die Abnahmewirkungen treten gem. § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB ein (vgl. hierzu unten „Fiktive Abnahme“).

Der Befund der gemeinsamen Begehung soll nach § 12 Abs. 4 VOB/B in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niedergelegt werden, d.h. es soll ein **Abnahmeprotokoll** gefertigt werden. Nähere Bestimmungen trifft die VOB/B zur Gestaltung dieses Dokuments nicht. Selbst wenn bei der Gestaltung des Bauvertrages solche Bestimmungen versäumt worden sein sollten, ist es empfehlenswert folgende Punkte aufzunehmen:

- Datum und Ort der Abnahme
- Teilnehmer der Abnahme
- Konkrete Bezeichnung der Mängel
- Vorbehalte des Auftraggebers wegen Vertragsstrafe
- Die Erklärung des Auftraggebers, ob er das Werk abnimmt oder die Abnahme verweigert
- Einwendungen des Auftragnehmers
- Unterschrift des Auftraggebers und Auftragnehmers

Eine einmal erklärte Abnahme – ob formlos oder förmlich – kann weder zurückgenommen noch angefochten werden, selbst wenn der Auftraggeber später der Ansicht ist, er habe sich über die Ordnungsgemäßheit des Werkes bei der Abnahme geirrt.

- Fiktive Abnahme

Grundsätzlich erfolgt die Abnahme durch den Auftraggeber. Die für die Parteien günstigen Abnahmewirkungen sollen nach den Vorschriften des BGB und den Regelungen der VOB/B jedoch unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne die Mitwirkung des Auftraggebers eintreten können, wenn dieser seiner Pflicht zur Abnahme unberechtigterweise nicht nachkommt. Die Abnahmeerklärung des Auftraggebers wird in diesem Fall fingiert, d. h. die Abnahmewirkungen treten unabhängig vom tatsächlichen Willen des Auftraggebers ein.

Gem. **§ 12 Abs. 5 VOB/B** gibt es zwei Möglichkeiten der fiktiven Abnahme. Voraussetzungen für beide Alternativen sind, dass die fertiggestellte Leistung ohne wesentliche Mängel ist, keine der Parteien zuvor die förmliche Abnahme verlangt und der Auftragnehmer die Abnahme auch nicht verweigert hat. § 12 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B verlangen darüber hinaus jeweils unterschiedliche zusätzliche Voraussetzungen.

Zusätzliche Voraussetzungen gem. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B sind, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Fertigstellung des Gewerks angezeigt hat und eine Frist von 12 Werktagen verstrichen ist. Eine solche Fertigstellungsmitteilung kann bereits in der Übersendung der Schlussrechnung gesehen werden, BGH, Urteil vom 20.04.1989, – VII ZR 334/87, NJW-RR 1989, 979.

Zusätzliche Voraussetzungen gem. § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B sind die Inbenutzungnahme der Werkleistung und der Ablauf einer Frist von 6 Werktagen.

Beispiele für fiktive Abnahmen:

- Eröffnung eines Ladenlokals
- Freigabe einer Straße/Brücke für den Verkehr
- Gegenüber einem Subunternehmer kann eine Inbenutzungnahme durch den Generalunternehmer darin gesehen werden, dass der Generalunternehmer die Werkleistung dem Bauherrn zur Nutzung überlässt und der Bauherr sie nutzt.

Mit der fiktiven Abnahme können sich für den Auftraggeber negative Rechtsfolgen wie der **Verlust von Nachbesserungs- und Minderungsansprüchen** ergeben, wenn

diese für bekannte Mängel nicht vorbehalten wurden. Denn auch hier gilt wie bei der ausdrücklichen Abnahme, dass der Vorbehalt im Zeitpunkt der Abnahme erklärt werden muss. Erklärt der Auftraggeber binnen der 6- bzw. 12-tägigen Frist Vorbehalte zu bekannten Mängeln oder einer verwirkten Vertragsstrafe, treten die Abnahmewirkungen zwar ein, allerdings ohne den oben beschriebenen Rechtsverlust. Zu einer fiktiven Abnahme kommt es jedoch nicht, wenn der Auftraggeber binnen der 6- bzw. 12-tägigen Frist die Abnahme verlangt.

- In BGB-Verträgen liegt eine fiktive Abnahme gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB vor, wenn das Gewerk abnahmereif ist, der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist gesetzt hat und der Auftraggeber die Abnahme unberechtigt nicht vornimmt.
- Abnahme durch schlüssiges Verhalten

Die Rechtswirkungen der Abnahme können auch durch eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten erzielt werden (sog. konkludente oder stillschweigende Abnahme). Wie bei der ausdrücklichen Abnahme ist bei der Abnahme durch schlüssiges Verhalten erforderlich, dass der Auftraggeber die Leistung entgegennimmt und anerkennt. Sie unterscheidet sich gegenüber der ausdrücklichen Abnahme dadurch, dass der Auftraggeber die Abnahme nicht ausdrücklich erklärt, sondern nur durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass er die Leistung des Auftragnehmers als im wesentlichen vertragsgemäß erachtet.

Voraussetzungen für die Abnahme durch schlüssiges Verhalten sind:

- Abnahmefähigkeit
- Keine vorherige Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber
- Kein vertraglicher Abschluss der schlüssigen Abnahme
- Schlüssiges Verhalten des Auftraggebers, dass er die Leistung des Auftragnehmers als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt

Bei folgenden Beispielen ist eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten angenommen worden:

- Vorbehaltlose Zahlung
- Vorbehaltlose Geltendmachung von Mängelansprüchen

- Auszahlung des Sicherheitsbetrages

Während bei der fiktiven Abnahme kein Abnahmewille vorliegt, muss bei der stillschweigenden Abnahme ein Abnahmewille festgestellt werden. Aus diesem Grund kommt es bei einer stillschweigenden Abnahme unmittelbar zu einem Rechtsverlust, wenn der Auftraggeber sich im Zeitpunkt der stillschweigenden Abnahme die Rechte wegen der ihm bekannten Mängel nicht vorbehält, BGH, Urteil vom 25.02.2010, – VII ZR 64/09, NZBau 2010, 318. Auch der Vorbehalt eines Vertragsstrafenanspruchs muss zu diesem Zeitpunkt erklärt werden. Dagegen sind bei der fiktiven Abnahme die Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder verwirkter Vertragsstrafenansprüche innerhalb der 6- bzw. 12-tägigen Frist zu erklären.

Ist eine spezielle Abnahmeform, wie z.B. die förmliche Abnahme vereinbart, kann dadurch die **Abnahme durch schlüssiges Verhalten ausgeschlossen** sein. Allerdings kann in dem Verhalten des Auftraggebers ein Verzicht auf die Durchführung einer vertraglich vorgesehenen förmlichen Abnahme gesehen werden. In dem Verhalten des Auftraggebers muss sowohl der Verzicht auf die Durchführung einer vertraglich vorgesehenen förmlichen Abnahme als auch die stillschweigende Abnahme zu erkennen sein, BGH, Urteil vom 21.04.1977, VII ZR 108/76, BauR 1977, 344.

Folgende Beispiele:

- Der Auftraggeber fordert nach Übersendung der Schlussrechnung durch den Auftragnehmer mehrere Monate nicht die Durchführung einer förmlichen Abnahme.
- Der Auftraggeber erkennt die ihm zugesandte Schlussrechnung an und bezahlt sie.
- Der Auftraggeber bezahlt nach Teilnahme an der öffentlich-rechtlichen Abnahme vereinbarungsgemäß den wesentlichen Teil der Vergütung.
- Der Auftraggeber schweigt auf die Rechnung und auf die Mahnung des Auftragnehmers, rügt aber weder angebliche Mängel noch drängt er auf eine förmliche Abnahme, OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.09.2003, – 17 U 234/02, NZBau 2004, 331.

Allerdings wurde in folgenden Fällen kein Verzicht auf die Durchführung der förmlichen Abnahme und die gleichzeitige Abnahme durch schlüssiges Verhalten gesehen:

- Der Auftraggeber verweigert die förmliche Abnahme wegen Mängeln, OLG Hamm, Urteil vom 12.12.2006, – 26 U 49/04, BauR 2007, 1617.
- Der Auftraggeber rügt Mängel, die zur Verneinung der Abnahmereife führen, wenn ihr Vorliegen unterstellt wird, OLG Brandenburg, Urteil vom 16.02.2005, – 4 U 129/04, BauR 2005, 1067.

3. Abnahmeverweigerung

Der Auftraggeber kann die Abnahme verweigern, solange **wesentliche Mängel** der vertraglich geschuldeten Bauleistung vorliegen (§ 640 BGB; § 12 Abs. 3 VOB/B). Ist die Abnahmeverweigerung berechtigt, treten keine Abnahmewirkungen ein. Ist dagegen die Abnahmeverweigerung unberechtigt, liegen also keine wesentlichen Mängel vor, können die Abnahmewirkungen eintreten, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber zuvor eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat (§ 640 Abs. 1 Satz 3 BGB). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Leistung tatsächlich abnahmereif ist.

4. Abnahme von Teilleistungen

Beim BGB-Vertrag hat der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Abnahme einer Teilleistung. Beim VOB/B-Vertrag hingegen ist gem. § 12 Abs. 2 VOB/B ein in sich abgeschlossener Teil der vertraglich vereinbarten Leistung besonders abzunehmen, wenn der Auftragnehmer dies verlangt. Allerdings ist dieser Anspruch auf Teilabnahme in der Regel vertraglich ausgeschlossen. Zudem sind die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an die Annahme einer in sich abgeschlossenen Teilleistung nach § 12 Abs. 2 VOB/B stellt, streng. Einzelne Leistungsteile innerhalb eines Gewerks können grundsätzlich nicht als abgeschlossen angesehen werden. Für Abgeschlossenheit spricht hingegen eine klar räumliche oder zeitliche Trennung der Leistungsteile innerhalb eines Gewerks, z.B. wenn die Leistungsteile an verschiedenen Bauwerken zu erbringen sind.

Beispiel für die Abnahme von Teilleistungen:

- Eine fertiggestellte Spundwand, wenn sie die Lasten aus der Umgebung aufnimmt, denn die Lastaufnahme stellt den eigentlichen Zweck der Leistung dar.
- Einbau einer Heizungsanlage, auch wenn der Auftragnehmer noch weitere Installationsarbeiten zu erbringen hat.

Keine abnahmefähige Teilleistung liegt hingegen bei der Fertigstellung einzelner Stockwerke vor. Da die rechtsgeschäftliche Teilabnahme die oben beschriebenen Rechtswirkungen hat, müssen auch hier bekannte Mängel vorbehalten werden.

5. Einfache Zustandsfeststellung/Technische Zustandsfeststellung (§ 4 Abs. 10 VOB/B)/Beweissicherung

Bauen ist ein dynamischer Prozess. Erbrachte Leistungen sind häufig der späteren Inaugenscheinnahme entzogen. Es gehört zur Sorgfaltspflicht in eigenen Angelegenheiten, in jeder Bauphase geeignete Maßnahmen der Dokumentation und Beweissicherung vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen.

- Mit Hilfe einer einfachen **Zustandsfeststellung** kann jede Partei bereits in einem frühen Stadium einer möglichen Auseinandersetzung Beweismittel sichern.

Der notwendige Umfang wird in erster Linie durch das Mangelbild bestimmt. So lassen sich Beweise für rein mechanische Beschädigungen in der Regel durch einfache Fotografien sichern. Komplizierter ist es, insbesondere im Fall von aufeinander aufbauenden Gewerken, mögliche Mangelursachen voneinander abzugrenzen, so dass hier nicht nur vorab eine Beweissicherung zu erfolgen hat, sondern im Regelfall auch während der Ersatzvornahme eine begleitende gutachterliche Tätigkeit zur Beweissicherung notwendig sein wird. Viel zu selten wird hierbei von der Möglichkeit von Videoaufnahmen Gebrauch gemacht.

Bei Rechtsstreitigkeiten kommt es oft erst lange nach der eigentlichen Ersatzvornahme zu einer Auseinandersetzung über die Kosten einer Ersatzvornahme und damit über das Vorhandensein der Mängel selbst. Dabei wird in Bauprozessen in der Regel sämtlicher

Tatsachenvortrag bestritten, sodass zu jedem einzelnen Mangel vorgetragen und Beweis angeboten werden muss. Aus diesem Grund ist darauf zu achten, dass dokumentarisches Material (Fotos, Videos) später eindeutig nach Zeit, Ort, Mangel und Ersteller zugeordnet werden können. Der Ersteller sollte anhand seiner Angaben diese Fakten notfalls glaubhaft bezeugen können.

- Eine weitere Möglichkeit der Zustandsfeststellung ist die gemeinsame **technische Zustandsfeststellung** gem. § 4 Abs. 10 VOB/B. Im Gegensatz zur vorbeschriebenen einfachen Zustandsfeststellung müssen hier beide Parteien mitwirken. Sie dient ausschließlich der technischen Prüfung und Feststellung des Zustands eines (unselbstständigen) Leistungsteils, um diese Feststellung späterem Streit zu entziehen. Die technische Zustandsfeststellung ist keine rechtsgeschäftliche (Teil-)Abnahme. Beispiel: Prüfung von Betondecke, die mit Estrich beschichtet werden soll.

Wird im Rahmen der technischen Zustandsfeststellung ein Mangel festgestellt, muss der Auftragnehmer diesen gem. § 4 Abs. 7 VOB/B beseitigen. Wird hingegen bei der technischen Teilabnahme die ordnungsgemäße Herstellung der Teilleistung festgestellt und beruft sich der Auftraggeber danach auf einen Mangel an diesem zuvor als mangelfrei bezeichneten Teilgewerk, so muss er diesen u. U. beweisen, auch wenn das Gewerk noch nicht abgenommen ist.

- Das **selbstständige Beweisverfahren** nach § 485 ff. ZPO ist das vom Gesetz vorgesehene Verfahren zur Sicherung von Beweisen. Allerdings scheidet das Verfahren in der Praxis regelmäßig aus, da erst nach Monaten der gerichtlich bestellte Sachverständige vor Ort Feststellungen trifft. Lediglich dann, wenn die Mängelbeseitigung nicht sofort erfolgen muss, kommt daher ein selbstständiges Beweisverfahren in Frage. Sein Vorteil ist die durch ein staatliches Verfahren gewährleistete Rechtssicherheit und Verbindlichkeit und bei Auftragsketten insbesondere auch die Möglichkeit der Einbeziehung Dritter (z.B. NachAuftragnehmer) durch Streitverkündung.
- Übliches Mittel der Beweissicherung ist daher die Einholung eines **Privatgutachtens**. Hierbei ist zu beachten, dass Privatgutachten in einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung nicht als Sachverständigenbeweis verwertet werden können.

Privatgutachten sind gleichwohl nicht wertlos, insbesondere wenn sie sorgfältig und ziel führend erstellt werden. Seine Feststellungen sollen die Grundlage einer Begutachtung durch den gerichtlichen Sachverständigen sein. Er muss den Sachverhalt daher so festhalten und aufbereiten, dass der gerichtliche Sachverständige auf dieser Grundlage seine eigenen Wertungen vornehmen kann. Ziel ist daher ein objektives Bild des Sachverhaltes. Nicht dienlich sind Gutachten, die lediglich „Ergebnisse“ mitteilen, ohne es zu ermöglichen, Gedankengänge nachzuvollziehen und zu überprüfen.

E. Sicherheiten

Sicherheiten haben den Zweck, den Auftraggeber oder Auftragnehmer vor Rechtsnachteilen zu schützen, z.B. im Hinblick auf eine geleistete Vorauszahlung, eine fristgerechte und ordnungsgemäße Vertragserfüllung oder eine Sicherung des Vergütungsanspruches. Die Sicherheiten für den Auftraggeber müssen dabei in jedem Vertrag **vereinbart** werden; allein z.B. die Einbeziehung der VOB/B ersetzt die erforderliche Abrede nicht. Für den Auftragnehmer gelten per Gesetz die Möglichkeiten der Bauhandwerkersicherung (§§ 648, 648a BGB).

Wenn Sicherheit zu leisten ist, einigen sich die Parteien vielfach auf eine bestimmte **Art** der Sicherheitsleistung (z.B. **Bürgschaft, Bareinbehalt**). Sofern eine Vereinbarung fehlt, gelten hilfsweise §§ 232 ff. BGB (Hinterlegung, Pfandrecht, Hypothek, ggf. Bürgschaft) und im Falle des VOB/B-Werkvertrages § 17 VOB/B (Sicherheitsleistung), unter denen der Auftragnehmer ein Wahl- und Austauschrecht hinsichtlich der verschiedenen Sicherheitsleistungen hat.

I. Vorauszahlungssicherheit

Vorauszahlung ist eine Zahlung, die atypischerweise vor dem eigentlichen Arbeitsbeginn erfolgt, ohne dass der Auftragnehmer bisher Werkleistungen erbracht hat. **Vorauszahlungen** kommen in Betracht z.B. für die **Anschaffung von Baustoffen** oder im Falle erheblicher Vorbereitungskosten. Eine Vorauszahlung muss ausdrücklich vereinbart werden. Der Auftraggeber kann im Gegenzug eine Sicherheit, etwa in Form einer Bürgschaft, verlangen (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B).

Die Vorauszahlungsbürgschaft sichert den Anspruch des Auftraggebers ab, bei Scheitern der Vertragsdurchführung – etwa aufgrund Kündigung oder Insolvenz des Auftragnehmers – seine Vorauszahlung zurückzuerhalten. Die Vorauszahlungsbürgschaft **sichert** grundsätzlich (nur) die **Vorauszahlung**, d.h. keine Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche. Angesichts des hohen Sicherheitsbedürfnisses des Auftraggebers kann eine privilegierte **Bürgschaft auf erstes Anfordern** vereinbart werden, OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16.01.2008 – 23 U 51/07, IBR 2008, 438: Auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Höhe nach sollte die Bürgschaft die Vorauszahlung, zzgl. sonstiger Kosten, abdecken.

Die Rückgabe hat nach **Tilgung** der Vorauszahlung durch entsprechende Leistungen („bis zur Tilgung der Vorauszahlung durch Anrechnung auf fällige Zahlungen“) zu erfolgen. Die Vorauszahlung z.B. für die Anschaffung von Baustoffen ist auf die nächstfällige

Zahlung anzurechnen (§ 16 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B). Ist allerdings eine Vorauszahlung für die Beschaffenheit von vorgefertigten Fenstern erbracht worden, so kann diese nicht auf eine Abschlagszahlung für den erfolgten Einbau von Türen angerechnet werden. Im streitigen Fall muss im Zuge einer vorzunehmenden **Gesamtabrechnung** geprüft werden, ob (noch) eine Überzahlung im Verhältnis zum Leistungsstand festgestellt werden kann BGH, Urteil vom 04.11.1999, – IX ZR 320/98, NZBau 2000, 76).

II. Vertragserfüllungssicherheit

Die Vertragserfüllungssicherheit (auch Ausführungssicherheit genannt) ist von der Gewährleistungssicherheit zu unterscheiden. Sie muss vereinbart werden und wird der Höhe nach üblicherweise auf **10 %** der Auftragssumme begrenzt. Die neueste Rechtsprechung zur AGB-Gültigkeit bestätigt weiterhin eine formularmäßige Zulässigkeit in Höhe von „10 % der Auftragssumme“, BGH, Urteil vom 09.12.2012 – VII ZR 7/10, IBR 2011, 139, nicht hingegen überhöhte Sicherheiten von „15 % des Netto-Pauschalpreises“, OLG München, Urteil vom 10.04.2012 – 9 U 5645/10, IBR 2012, 584 oder „25 % der Auftragssumme“, „20 % Einbehalt“, „10 % Vertragserfüllungsbürgschaft zzgl. 10 % Einbehalt von Abschlagszahlungen“. Eine solche Höhe muss individuell vereinbart werden.

Eine Vertragserfüllungssicherheit **sichert** die **fristgerechte** und **ordnungsgemäße Erfüllung** der Leistungen des Auftragnehmers bis zur Abnahme, d.h. fristgerechte Erfüllung (Verzug, Vertragsstrafe), vollständige und ordnungsgemäße Herstellung des Bauwerks, Ansprüche aus der Beseitigung von während der Ausführung bereits erkannter Mängel bzw. anlässlich der Abnahme vorbehaltenen Mängelansprüche. **Nicht** gesichert werden Rückzahlungsansprüche aufgrund Überzahlung des Auftragnehmers oder Ansprüche, denen der Auftraggeber bei Nichtzahlung des Mindestentgeltes oder der Beiträge zur Urlaubskasse durch den Auftragnehmer ausgesetzt wird (AEntG) oder bei Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge (SGB IV), was jedoch vereinbart werden kann.

Eine privilegierte Form der Vertragserfüllungsbürgschaft „auf erstes Anfordern“ kann individuell vereinbart werden. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers ist dies unwirksam.

Im Verhältnis **Bareinbehalt** und **Vertragserfüllungsbürgschaft** gilt Folgendes:

Sind keine konkreten Abreden zur Sicherheitsleistung Bareinbehalt oder Vertragserfüllungsbürgschaft getroffen worden, so ist eine Vertragserfüllungssicherheit durch Bürgschaft oder Hinterlegung **binnen 18 Werktagen** nach **Vertragsabschluss** zu leisten, ansonsten ist der Auftraggeber zum **Bareinbehalt** von Abschlagszahlungen berechtigt. Dabei kann er schon gegenüber der 1. Abschlagsrechnung den gesamten Einbehalt geltend machen. In diesem Fall hat er den Bareinbehalt dem Auftragnehmer mitzuteilen und innerhalb von 18 Werktagen auf ein **Sperrkonto** einzuzahlen. Überreicht der Auftragnehmer zur Ablösung des Einbehalts (Austauschrecht) eine Vertragserfüllungsbürgschaft, so gilt grundsätzlich, dass der Auftraggeber den Sicherheitseinbehalt freizugeben hat.

III. Gewährleistungssicherheit

Eine Gewährleistungssicherheit (auch Mängelsicherheit) muss im Vertrag **vereinbart** werden und wird der Höhe nach regelmäßig auf „**5 %**“ der „Brutto- oder Nettoabrechnungssumme“ begrenzt. Die neueste Rechtsprechung zur AGB-Gültigkeit von Gewährleistungssicherheiten bestätigt diese Höhe, wonach bereits „8 %“ in der Zwischenphase zwischen Abnahme und Empfang der Schlusszahlung formularmäßig als unwirksam erachtet werden, LG Wiesbaden, Urteil vom 25.01.2012 – 5 O 72/10, IBR 2012, 392.

Gewährleistungssicherheiten **sichern** alle während der Gewährleistungsfrist (d.h. ab Abnahme) auftretenden **Mängelansprüche**. Diese umfassen die Ansprüche des Auftraggebers aus § 13 VOB/B bzw. §§ 634 ff. BGB, insbesondere Ansprüche auf Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung, Kostenerstattung nach Ersatzvornahmen, Minderungen nach § 13 Abs. 6 VOB/B, Schadensersatz nach § 13 Abs. 7 VOB/B. **Nicht** automatisch umfasst werden Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung, Mängelansprüche, die im Rahmen der Abnahme festgestellt und vorbehalten wurden (Vertragserfüllungsbürgschaft), Mängelbeseitigungsansprüche aus § 4 Nr. 7 VOB/B oder Überzahlungs- bzw. Rückgriffsansprüche, etwa wegen Nichtzahlung des Mindestentgeltes nach AEntG, was jedoch – ebenso wie bei der Vertragserfüllungssicherheit – vereinbart werden kann.

Vom Auftraggeber zu beachten ist das **so. Austauschrecht** des Auftragnehmers, wonach dieser grundsätzlich die Möglichkeit haben soll, die Sicherheit durch eine andere (etwa Bankbürgschaft) zu ersetzen oder die Einzahlung auf ein Sperrkonto (über das er gemeinsam

mit dem Auftraggeber verfügen könnte) zu verlangen. Im Einzelfall kann das Austauschrecht individuell beschränkt werden. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist diese Beschränkung sorgfältig zu prüfen, um dem Auftragnehmer nicht unangemessen das Insolvenzrisiko des Auftraggebers aufzubürden.

Nach der **neuesten Rechtsprechung** zur AGB-Gültigkeit ist neben der Bürgschaft auf erstes Anfordern auch eine „**Gewährleistungsgarantie** in Höhe von 10 % (...) gemäß beiliegendem Muster“ (dort: „**auf erste schriftliche Anforderung**“) unwirksam, LG München I, Urteil vom 02.03.2011 – 3 O 9706/10, IBR 2011, 1206. Als unwirksam gelten auch AGB-Sicherungsklauseln ohne Abgabe zur Sicherungshöhe, KG, Beschluss vom 11.01.2010 – 27 U 70/09, IBR 2010, 622, oder die Ablösung eines Einbehalts „ausschließlich durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern“ oder eine „Ablösung frühestens nach **5 Monaten nach Abnahme**“ (sog. versteckte Stundung). Unwirksam sind „**zinslose**“ **Einbehalte**, da nach § 641 Abs. 4 BGB (Zinspflicht) der Auftraggeber einen Werklohn von der Abnahme an zu verzinsen hat.

Sofern die Einzahlung auf ein Sperrkonto unterlassen wird, kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Frist zur Einzahlung des Bareinbehalts setzen. Kommt der Auftraggeber dieser Aufforderung nicht nach und zahlt er auch nach einer Nachfrist nicht, so verliert er den Anspruch auf eine Sicherheitsleistung und muss den Betrag auszahlen.

IV. Bauhandwerkersicherungshypothek

Die Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB) ist eine gesetzliche Sicherungsmöglichkeit für die **Vergütung** des Auftragnehmers, die unabhängig von einer Vereinbarung sowohl für den BGB- wie für den VOB-Bauvertrag gilt. Der Auftragnehmer kann hierfür durch **Einsichtnahme in das Grundbuch** leicht feststellen, ob „sein Bauwerk“ auf dem Grundstück seines Auftraggebers steht, was für diese Sicherheit notwendig ist.

Der Auftragnehmer eines Bauwerks kann in diesem Fall für seine Vergütungsforderungen die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück verlangen. Grundgedanke ist, dass der Auftragnehmer durch seine Leistung eine **Wertsteigerung** des Grundstückes bewirkt hat. Dieser „Mehrwert“ soll ihm als „Sicherheit“ für seinen Vergütungsanspruch erhalten bleiben. Geschützt ist der klassische Auftragnehmer einschließlich der Auftragnehmer

von Teilleistungen wie Verputzer, Schreiner, Maler, Fliesenleger, Installateur, Schlosser, Glaser, aber auch Architekt, Statiker, Baubetreuer. Nicht erfasst ist der Baustoffhändler, Lieferant, Subunternehmer oder Abbruchunternehmer (streitig).

Voraussetzung ist, dass mit den **Bauarbeiten begonnen** wurde und keine anderweitige Sicherheit (z.B. § 648a BGB) gegeben ist. Erforderlich ist nicht, dass bereits eine Abnahme oder eine Fälligkeit des Werklohns gegeben ist. Gleichwohl muss der Auftragnehmer seine Forderung, insbesondere in Höhe der zu besichernden Forderung, darlegen und glaubhaft machen können, wofür die Vorlage von nachvollziehbaren Abrechnungsunterlagen unentbehrlich ist. Gesichert wird die mit den bisher erbrachten Leistungen entstandene Werklohnforderung, nicht zukünftige Forderungen bzw. Vergütungsansprüche für noch zu erbringende Bauleistungen.

§ 648 BGB kann **individualvertraglich abbedungen** werden. Ein Ausschluss in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird allerdings für unzulässig erachtet.

Mängel werden berücksichtigt. Denn soweit und solange das Werk mangelhaft ist, kann keine Sicherungshypothek verlangt werden. Eine Sicherungshypothek steht nur in Höhe der mangelfreien Leistung zu. Soweit das Werk nicht „mangelfrei“ ist, kann das Gericht **Mängel** in Höhe des einfachen Wertes und insofern etwaige Mängelansprüche des Auftraggebers berücksichtigen, d.h. Erfüllung, Nacherfüllung, Vorschuss, Minderung Schadensersatz. Dann ist (nur) ein verbleibender Mindestwert in Höhe der „mangelfreien“ Bauleistung zu **schätzen** und dem sicherungsfähigen Anspruch zugrunde zu legen, OLG Celle, Urteil vom 22.05.2001 – 16 U 70/01, BauR2001, 1623.

Der Auftragnehmer kann beantragen, per **einstweilige Verfügung** eine Vormerkung in das Grundbuch eintragen zu lassen (sog. Überraschungseffekt). Der Auftraggeber, der mit einer Eintragung einer Vormerkung „rechnet“, kann eine sog. **Schutzschrift** bei Gericht hinterlegen, insbesondere wenn ihm die Eintragung einer Vormerkung einen erheblichen Nachteil zufügen würde, weil z.B. die Verkaufsverhandlungen anstehen oder für weitere Baumaßnahmen auf dem Grundstück (Nach-)Finanzierungen benötigt werden.

V. Bauhandwerkersicherung

Für seine **Vergütung** kann der Auftragnehmer alternativ Sicherheit nach § 648a BGB (Bauhandwerkersicherung) verlangen, und zwar ab Abschluss des Werkvertrages bis zur vollständigen Befriedigung seiner Vergütungsforderung. Im Falle der **Insolvenz** seines Auftraggebers ist seine Vergütung dann gesichert.

Anspruchsteller kann neben dem klassischen Auftragnehmer auch der Architekt, Bauingenieur oder Sonderfachmann sein. Nicht erfasst wird der Lieferant (Kaufverträge), Bauträger oder das Abbruchunternehmen. Öffentliche Auftraggeber, bei denen „kein Insolvenzrisiko“ gesehen wird, bzw. private Auftraggebern von Einfamilienhäusern („lebenslängliche Haftung des Bestellers“) sind von der Verpflichtung ausgenommen.

Eine Sicherheit kann auch noch nach Abnahme oder nach Kündigung verlangt werden. Die Geltendmachung erfolgt durch ein **Anspruchsschreiben** an den Auftraggeber, in dem die Höhe der beanspruchten Sicherheit und eine **angemessene Frist (ca. 7 – 10 Tage)** anzugeben ist.

Zur **Berechnung**: Auszugehen ist von der vereinbarten Vergütung, zzgl. berechtigter Nachträge (Änderungs- und Zusatzleistungen), abzüglich bereits gezahlter Teile der Vergütung (Abschlagszahlungen), abzüglich eines etwaig auf einem Sperrkonto eingezahlten Bareinbehaltes (streitig) sowie abzüglich aufgerechneter Gegenansprüche des Auftraggebers, wenn unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Mängel werden bei der Höhe nicht berücksichtigt, solange und soweit der Auftragnehmer noch beseitigungsberechtigt und -bereit ist. Ist die seitens des Auftragnehmers beanspruchte Sicherheit zweifelhaft oder überhöht, hat der Auftraggeber jedenfalls in Höhe des berechtigten Betrages eine Sicherheit zu stellen.

Die **Kosten** der Sicherheitsleistung trägt im Verhältnis zum Sicherungsgeber der Auftraggeber. Er hat diesbezüglich jedoch einen Anspruch auf Erstattung gegenüber dem Auftragnehmer „bis zu einem Höchstsatz von 2 vom Hundert für das Jahr“, d.h. maximal 2 %.

Eine **unzureichende Sicherheitsleistung** ist z.B. eine befristete Bürgschaft. Im Falle unzureichender oder fehlender Sicherheitsleistung hat der Auftragnehmer zwei Handlungsmöglichkeiten: Entweder **Weiterarbeiten** und auf Erfüllung seines Anspruches klagen oder die **Arbeiten einstellen** oder **außerordentlich kündigen** (§ 648a Abs. 5 BGB).

F. Versicherungen

Ausreichender und auf die konkreten Anforderungen des Bauvorhabens zugeschnittener Versicherungsschutz erlangt zunehmende Bedeutung. Diese Entwicklung hat nun auch den Gesetzgeber erreicht, im Zuge der Überlegungen zur verpflichtenden Besicherung der Auftragnehmerleistungen wird alternativ auch eine Absicherung durch gleichwertige Versicherungsprodukte diskutiert. Die Vertragspraxis setzt den Aspekt des ausreichenden Versicherungsschutzes allerdings nach wie vor oft noch sehr stiefmütterlich um. Erst im Schadenfall entsteht häufig die notwendige Sensibilität, mit teilweise ernüchternden Erkenntnissen, denn vorhandene Deckungslücken im Versicherungsschutz lassen sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr schließen.

Zu den wesentlichen Bauversicherungen gehören die Betriebshaftpflichtversicherung des ausführenden Auftragnehmers, die Berufshaftpflichtversicherung des planenden bzw. überwachenden Architekten/Ingenieurs, die Bauherrenhaftpflichtversicherung sowie unter Umständen eine Produkthaftpflichtversicherung, wenn der Bauunternehmer selbst hergestellte Produkte (z.B. Beton) verbaut. Im Sachversicherungsbereich sind wesentlich die Bauleistungsversicherung (früher Bauwesenversicherung), die Montageversicherung, sowie die diversen Sachversicherungen für Baugeräte, Kraftfahrzeuge, etc.

Das Erfüllungsrisiko des Bauunternehmers kann für bestimmte Hochbauprojekte inzwischen ebenfalls über einen Versicherungsanbieter abgedeckt werden.

I. Versicherungsmodell

Bauunternehmer, Planer und Produzent unterhalten gewöhnlich (Pflicht ist der Abschluss nur für die Architekten und Ingenieure) eine Haftpflichtversicherung als sogenannte Jahresversicherung. Unter dieser sind die Standardrisiken resultierend aus den einzelnen Projekten versichert, die Jahresprämie bestimmt sich regelmäßig nach dem mit diesen Projekten erwirtschafteten Umsatz. Machen besondere Risiken eine Ergänzung des Deckungsumfangs notwendig, können sowohl ausführendes Unternehmen als auch der Planer eine sogenannte Objektdeckung abschließen, die dann in wirtschaftlicher Weise nur für dieses eine Projekt zu einer Prämienmehrbelastung führt.

Bei den Sachversicherungen muss unterschieden werden:

Die Bauleistungsversicherung zielt – unabhängig davon, ob sie der Auftraggeber auf der Grundlage der ABN oder der Bauunternehmer auf der Grundlage der ABU abschließt – auf die Versicherung des gesamten Bauobjektes von Ausführungsbeginn bis Abnahme/Fertigstellung ab. Die Montageversicherung erfasst vornehmlich die Herstellung der Anlagen und Gebäudeautomation. Bauleistungs- und Montageversicherung werden bei Eindeckung durch den Auftraggeber dann auch häufig in einer Police kombiniert. Dem gegenüber erfassen die Baugeräteversicherung, die Kfz-Sachversicherungen etc. immer nur die konkreten Gegenstände, die der Versicherungsnehmer zur Versicherung angemeldet hat.

Diverse Einzelversicherungen erweisen sich insbesondere bei größeren und Großprojekten als nicht unproblematisch. Bereits die Verpflichtung auf den ausreichenden Versicherungsschutz und später die Überwachung, dass dieser auch tatsächlich abgeschlossen wurde, beinhaltet für den Auftraggeber einen erheblichen Aufwand. Das Risiko sogenannter versicherungsfreier Zeiträume aufgrund Nichtzahlung der fälligen Prämie durch einen der beteiligten Versicherten kann der Auftraggeber auf diesem Weg nicht ausschließen. Schließlich muss im Schadenfall davon ausgegangen werden, dass alle beteiligten Versicherer auch wegen möglicher Rückgriffsansprüche den Schaden durch einen eigenen Sachverständigen untersuchen und gegebenenfalls geeigneten Beweis sichern lassen wollen. Das kann die Schadenbeseitigung und damit die Fortsetzung der Baumaßnahme unter Umständen erheblich beeinträchtigen. Vor diesem Hintergrund setzten sich für größere und insbesondere Großprojekte zunehmend sogenannte Multi-Risk-Policen durch. Der Auftraggeber versichert dabei sämtliche Haftpflicht- und Sachrisiken mit Ausnahme der Betriebsmittel (Baugeräte, Kfz., etc.) der Bauausführenden. Alle Planer und Ausführenden (auch Nachunternehmer) genießen als „Mitversicherte“ Versicherungsschutz, der Regress sollte weitgehend ausgeschlossen sein. Der Auftraggeber zahlt die Prämie und legt diese auf die an Planung und Ausführung Beteiligten um.

II. Betriebshaftpflichtversicherungen des Bauunternehmers

Wie in allen Haftpflichtversicherung gilt auch in der Betriebshaftpflichtversicherung des Bauunternehmers das sogenannte Spezialitätsprinzip. Versichert sind danach nur solche Schäden, die aus der versicherten Tätigkeit resultieren können. Erweitert demgegenüber z.B. ein Rohbauunternehmer seine Tätigkeit nunmehr auch auf Spezialtiefbau, passt jedoch seinen Versicherungsschutz nicht entsprechend an, so sind Schadenfälle aus Spezialtiefbauarbeiten grundsätzlich nicht versichert.

Die Haftpflichtversicherung sichert generell nicht das Erfüllungsrisiko ab. Das Erfüllungsrisiko wird im Versicherungsrecht eigenständig definiert, sodass die aus dem Werkvertragsrecht bekannte Abgrenzung von Mangel und Mangelfolgeschaden nicht immer weiter hilft. Zum Erfüllungsrisiko zählen die Aufwendungen, die der Auftragnehmer tätigen muss, damit der Auftraggeber sein unmittelbares Leistungsinteresse erstmalig mangelfrei hergestellt bekommt. Hat beispielsweise ein Auftragnehmer die komplette Kellererstellung im Auftrag und kommt es ausschließlich durch eine einzige mangelhaft hergestellte Fuge zu Durchfeuchtungen mit der Folge, dass auch der von diesem Auftragnehmer hergestellte Estrich, die Fliesen und die Wandbeläge aufwändig saniert werden müssen, bleibt versicherungsrechtlich ausschließlich das Erfüllungsrisiko betroffen. Denn erst mit Abschluss der Sanierung hat dieser Auftragnehmer den Keller als das von Anbeginn unmittelbare Leistungsinteresse seines Auftraggebers herzustellen vermocht. Käme es demgegenüber durch die Durchfeuchtungen auch zu Schäden an eingelagertem Inventar, wäre insoweit die Betriebshaftpflichtversicherung eintrittspflichtig, weil dieses Inventar nicht mehr vom unmittelbaren Leistungsinteresse umfasst wäre.

Von erheblicher Bedeutung erweist sich die Aufnahme einer sogenannten Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel. Der nicht selten die Kosten für die eigentliche Mängelbeseitigung erheblich übersteigende Aufwand für das Zugänglichmachen und Wiederverschließen unterfällt zunächst dem nicht versicherten Erfüllungsrisiko. Ausgerichtet auf das Bedürfnis der Bauwirtschaft werden diese Kosten, nicht jedoch die eigentliche Mängelbeseitigung selbst, über die Mängelbeseitigungsnebenkostenklausel abgesichert.

Vornehmlich im Ausbau und Handwerk spielen Bearbeitungsschäden eine wichtige Rolle. Dieser für die Versicherungswirtschaft in der Summe der Einzelfälle erhebliche Schadenfaktor führt im Einzelfall immer wieder zu Streit zwischen dem Auftragnehmer und dem Versicherer, die Kasuistik ist umfangreich, eine Bewertung nur im Einzelfall möglich.

III. Berufshaftpflichtversicherung der Architekten und Ingenieure

Auch hier gilt das Spezialitätsprinzip. Wer beispielsweise als Architekt einen Generalplanerauftrag mit der Verpflichtung auch auf die Fachplanungsleistungen für Tragwerk und Haustechnik übernimmt, wird regelmäßig seinen Versicherungsschutz entsprechend zu erweitern haben.

Das Erfüllungsrisiko schlägt beim Planer nicht in gleicher Weise wie beim BauAuftragnehmer durch. Der Planer schuldet als unmittelbares Leistungsinteresse „nur“ den mangelfreien Plan oder die mangelfreie Überwachungsleistung. Demgegenüber ist der im Bauwerk verkörperte Mangel auch aus versicherungsrechtlicher Sichtweise Folgeschaden und mithin versichert. Zudem deckt die Berufshaftpflichtversicherung auch Vermögensschäden ab, sodass ein mangelfreies und werthaltiges Werk insoweit nicht zunächst bestanden haben muss. Die Kosten für die Neuplanung im Zuge der Sanierung eines im Bauwerk verkörperten Mangels bleiben jedoch Erfüllungsrisiko auch wenn sie ein Dritter erbringt, denn insoweit vermag erst die mangelfreie Ersatzvornahmeplanung das unmittelbare Leistungsinteresse des Auftraggebers zu befriedigen.

Die Risikoausschlüsse für Vermögensschäden aufgrund von Zeit – und / oder Kostenüberschreitungen sind in der Diskussion. Jeder Planer, der insoweit gegenüber seinem Auftraggeber Verpflichtungen einzugehen gedenkt, sollte vorab seinen diesbezüglichen Versicherungsschutz mit dem Versicherer überprüfen und gegebenenfalls erweitern.

Die Mindestversicherungssummen, die die Pflichtversicherung für die Architekten und Ingenieure fordert, reichen oft nicht aus. Der Architekt muss sich hier vor Augen halten, dass ihn im Zuge der Realisierung auch umfangreiche Verkehrssicherungspflichten treffen können.

Zunehmende Bedeutung gewinnt der Risikoausschluss für den Fall der Verletzung von Urheberrechten. Viele Maßnahmen im Bestand tangieren urheberrechtlich geschützte Bauwerksteile. Ein Baustopp aufgrund einer einstweiligen Verfügung des Urhebers oder seiner Rechtsnachfolger kann einen erheblichen Schaden verursachen.

Desweiteren hat der Risikoausschluss für Fälle der sogenannten bewussten Pflichtwidrigkeit dauerhaft Bedeutung. Immer wenn – vereinfacht – (vornehmlich) der Architekt Grundlagewissen quasi sträflich außer Acht lässt, wird ihm der Versicherer den Deckungsschutz mit Erfolg versagen können. Paradebeispiele sind hier das Bauen ohne Baugenehmigung, die Bescheinigung von nicht erreichten Bauzuständen ohne Besichtigung vor Ort und auch das Nichterscheinen auf der Baustelle im Zuge der übernommenen Verpflichtung zur Bauüberwachung.

IV. Bauherrenhaftpflichtversicherung

Die Bauherrenhaftpflichtversicherung verursacht mit Abstand das geringste Prämienaufkommen, ist aber gleichwohl Pflicht für jeden Auftraggeber. Auch wenn der Auftraggeber die zunächst ihn voll treffende Verkehrssicherungspflicht weitgehend auf den Architekten und die Auftragnehmer delegiert, verbleiben bei ihm Kontroll- und Überwachungspflichten. Zudem trifft den Auftraggeber die zunehmend im Fokus stehende verschuldensunabhängige Haftung aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog gegenüber den Grundstücksnachbarn, ein Damoklesschwert vor allem immer dann, wenn das für einen Rückgriff notwendige Verschulden eines Ausführenden nicht bewiesen werden kann.

V. Bauleistungsversicherung

Gemäß § 644 BGB und lediglich geringfügig modifiziert durch § 7 VOB/B trägt der ausführende Auftragnehmer bis zur Abnahme das Risiko der Beschädigung oder Zerstörung der Bauleistung. Aufgrund der in vielen Fällen vom einzelnen Auftragnehmer nicht zu bewältigenden Kosten im Schadenfall hat auch der Auftraggeber ein ureigenes Interesse an der Absicherung dieser Gefahr.

Voraussetzung für die Eintrittspflicht des Bauleistungsversicherers ist das Vorliegen eines Sachschadens. Hier macht die Abgrenzung zum nicht versicherten Baumangel nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten. Zu Gunsten des Versicherungsnehmers gilt, dass die Bauleistungsversicherung das Bauwerk in allen Stadien seiner Entstehung schützt. Auch Teilleistungen unterfallen folglich dem Versicherungsschutz, wenn sie nachträglich und von außen negativ beeinträchtigt werden. Eine Substanzschädigung ist nicht zwingend erforderlich, sodass z.B. „Kleckerschäden“ dem Versicherungsschutz unterfallen.

In quasi subjektiver Hinsicht sind von Versicherungsschutz ausgeschlossen bzw. in der Deckungsverpflichtung quotal gekürzt (Aufgabe des sogenannten „Alles- oder Nichts-Prinzips“) solche Sachschäden, die der Versicherungsnehmer bzw. seine Repräsentanten aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht vorhergesehen haben.

Wer Repräsentant ist, sollte im Versicherungsvertrag geregelt sein. Fehlt eine solche Regelung, so kommt als Repräsentant nur derjenige in Frage, der vor Ort mit gleicher Entscheidungsbefugnis wie der Versicherungsnehmer selbst agieren konnte. Bei größeren Vorhaben ist dies regelmäßig nur der Projektleiter, sodass auch ein „Verschulden“ des Bauleiters in grob fahrlässiger Weise hier nicht zum Ausschluss der Deckung führen würde.

Die Bauleistungsversicherung zielt auf den Ersatz der für die Wiederherstellung notwendigen Kosten. Vermögensschäden deckt sie nicht ab. Die Kosten des Baustillstandes können also nur durch zusätzlichen Abschluss einer sogenannten Bauleistungs-Betriebsunterbrechungsversicherung bis zu einer bestimmten Höhe abgesichert werden.

Im Standard beschränkt sich der Versicherungsschutz der Bauleistungs- und auch der Montageversicherung zeitlich auf solche Schäden, die vor Abnahme sowohl verursacht als auch aufgetreten sind. Mit einer ausreichenden Nachhaftungsregelung können und sollten all die Schäden abgesichert werden, die sich erst nach Abnahme zeigen.

VI. Regress

Gemäß § 86 Abs. 1 VVG gehen Ersatzansprüche des Versicherten auf den Versicherer über, soweit letzterer den Schaden des Versicherten ersetzt hat. Regelmäßig reguliert zunächst der Sachversicherer, am Bau also vornehmlich der Bauleistungsversicherer, und nimmt dann bei dem oder den Verursachern Rückgriff, wenn der Rückgriff nicht infolge Mitversicherung ausgeschlossen ist.

§ 426 Abs. 1 und 2 BGB betrifft den Ausgleichsanspruch eines Gesamtschuldners. Dieser Anspruch hat im Haftpflichtbereich erhebliche Relevanz, wobei er selbstverständlich nicht voraussetzt, dass der mit dem Ausgleichsanspruch belastete Gesamtschuldner insoweit Deckungsschutz unter seiner Versicherung genießt (Trennungsprinzip).