

Anhang zu §§ 631–651: Der VOB/B-Bauvertrag

Literatur: Lehrbücher und Kommentare: *Englert/Grauvogl/Maurer*, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 3. Auflage 2004; *Englert/Motzke/Katzenbach*, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil C (VOB/C), Verdingungsordnung für Bauleistungen, 2003; *Erman*, Handkommentar zum BGB, 10. Auflage 2000; *Eschenbruch*, Recht der Projektsteuerung, 2. Auflage 2002; *Ganten/Jagenburg/Motzke*, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 1997; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, 10. Auflage 2003; *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, 10. Auflage 2003; *Ingenstau/Korbion*, VOB – Teile A und B, Kommentar, 15. Auflage 2004; *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 2003; *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1: Einheitspreisvertrag, 4. Auflage 2000; *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2: Pauschalvertrag einschließlich Schlüsselfertigbau, 3. Auflage 2000; *Kapellmann/Vygen*, Jahrbuch Baurecht 2004, Ausgabe 2004; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, Handbuch des privaten Baurechts, 2. Auflage 1997; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht; *Kniffka/Koebke*, Compendium des Baurechts, 2. Auflage 2004; *Leinemann*, VOB/B, Kommentar, 2002; *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, 2004; *Nicklisch/Weick*, Kommentar zur VOB, Teil B, 3. Auflage 2001; *Schmalz*, Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, 4. Auflage 1980; *Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt*, AGB-Gesetz, Kommentar, 9. Auflage 2001; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 3. Auflage 1997; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB – Grundwissen, 4. Auflage 2004; *Vygen/Schubert/Lang*, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 4. Auflage 2002; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 10. Auflage 2002; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, Kommentar, 4. Auflage 1999.

Aufsätze: *Acker/Roskosny*, Die Abnahme beim gekündigten Bauvertrag und deren Auswirkungen auf die Verjährung, BauR 2003, 1279; *Englert*, Die Zuständigkeitsfälle des § 18 Nr. 1 VOB Teil B, BauR 1995, 774; *Frikell*, Mögliche Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Rechtsprechung zur „VOB als Ganzes“, BauR 2002, 671; *Hoff*, Zum Verbot der isolierten Inhaltskontrolle der VOB/B, BauR 2001, 162; *Hoff*, Die VOB/B 2002 und das AGB-Gesetz – Der Anfang vom Ende der Privilegierung, BauR 2001, 1654; *Jagenburg*, Anerkannte Regeln der Technik auf dem Prüfstand des Gewährleistungsrechts, in: Jahrbuch Baurecht 2000, S. 200; *Joussen*, Die Privilegierung der VOB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 1759; *Kiesel*, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NJW 2000, 1673; *Kirberger*, Die Beschleunigungsregelungen unter rechtsdogmatischem und praxisbezogenem Blickwinkel, BauR 2001, 492; *Kleine-Möller*, Die Haftung des Auftraggebers gegenüber einem behinderten Nachfolgeunternehmer, NZBau 2000, 401; *Kniffka*, Anspruch und Wirklichkeit des Bauprozesses, NZBau 2000, 2; *Kniffka*, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die Neuregelung des Bauvertragsrechts und seine Folgen, ZfBR 2000, 227; *Kniffka*, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrags, in: Jahrbuch Baurecht 2000, S. 1; *Konopka/Acker*, Schuldrechtsmodernisierung: Anwendungsbereich des § 651 BGB im Bau- und Anlagenbauvertrag, BauR 2004, 251; *Kraus/Sienz*, Der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA): Bremse der VOB/B?, BauR 2000, 631; *Lenkeit*, Das modernisierte Verjährungsrecht, BauR 2002, 384; *Leupertz*, Zur Rechtsnatur der VOB: Die Bestimmungen der VOB/B „als Ganzes“ sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Jahrbuch Baurecht 2004, S. 43; *Leupertz*, Im Verbraucherschutzwahn, BrBp 2004, 266; *Leupertz*, Sind die Architekten noch zu retten?, BrBp 2003, 212; *Markus*, Ansprüche des Auftragnehmers nach wirksamer Zuschlagerteilung bei unklarer Leistungsbeschreibung des Auftraggebers, in: Jahrbuch Baurecht 2004, S. 1; *Merkens*, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen: Praktische Möglichkeiten und Notwendigkeiten zur Realisierung von Forderungen aus Bauverträgen?, BauR 2001, 515; *Motzke*, Abschlagszahlung, Abnahme und Gutachterverfahren nach dem Beschleunigungsgesetz, NZBau 2000, 489; *Pauly*, Die Privilegierung der VOB/B nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MDR 2003, 124; *Pauly*, Zur Frage der Berechnung des Minderungsbetrages und des Minderwertes bei Bauvertrag am Beispiel von Schallschutzmängeln, BauR 2002, 1321; *Peters*, Der Deutsche Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA) – Motor oder Bremse der VOB?, in: Jahrbuch Baurecht 2000, S. 52; *Peters*, Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht, NZBau 2002, 113; *Peters*, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NZBau 2000, 169; *Preussner*, Die VOB ist tot!, BauR 2002, 1602; *von Rintelen*, Abschlagszahlung und Werklohn, in: Jahrbuch Baurecht 2001, S. 25; *Rodemann*, § 632a BGB – Regelungsbedarf für Unternehmer, BauR 2002, 863; *Schudnagies*, Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform, NJW 2002, 396; *Schwanzit*, Die Abnahme beim Bauvertrag, BrBp 2003, 180; *Schwenker/Heinze*, Die VOB/B 2002, BauR 2002, 1143; *Siegburg*, Zum AGB-Charakter der VOB/B und der Privilegierung durch das AGB-Gesetz, BauR 1993, 9; *Siens*, Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BauR 2002, 181; *Stumpe*, Zur Neuregelung des § 651 BGB und den Auswirkungen auf das Bauvertragsrecht, BrBp 2004, 224; *Teichmann*, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Werkvertragsrecht, JuS 2002, 417; *Thode*, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme – Teil 1, NZBau 2002, 297; *Thode*, Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme – Teil 2, NZBau 2002, 360; *Tomic*, § 13 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B – eine tickende Zeitbombe?, BauR 2001, 14; *Voppel*, Die AGB-rechtliche Bewertung der VOB/B nach dem neuen Schuldrecht, NZBau 2003, 6; *Voppel*, Abschlagszahlungen im Baurecht, BrBp 2004, 93; *Vorwerk*, Kaufrecht und Werklieferungsvertrag, BauR 2002, 165; *Vorwerk*, Mängelhaftung des Werkunternehmers und Rechte des Bestellers nach neuem Recht, BauR 2003, 1; *Weyer*, Die Privilegierung der VOB/B: Eine – nur vorerst? – entschärfte Zeitbombe, BauR 2002, 857.

A. Vorbemerkung	1	II. Vertragsinhalt/Leistungsumfang	17
B. Allgemeines	2	1. Das Bausoll	17
I. Rechtsnatur des Bauvertrags	2	2. Einseitige Leistungsbestimmung – § 1 Nr. 3	
II. Zustandekommen des Bauvertrags	3	und 4 VOB/B	20
III. Beteiligte/Unternehmereinsatzformen	4	a) Grundsatz	20
C. Die VOB/B	7	b) Änderung des Bauentwurfs – § 1 Nr. 3	
I. Entstehung und Rechtsnatur	7	VOB/B	21
II. Einbeziehung	10	c) Notwendige Zusatzleistungen – § 1 Nr. 4	
III. Inhaltskontrolle und Privilegierung	11	VOB/B	24
D. Besonderheiten des VOB/B-Bauvertrags	15	III. Vergütung – § 2 VOB/B	27
I. Vorbemerkung	15	1. Grundlagen	27

2. Einheitspreisvertrag – § 2 Nr. 2 VOB/B	29	c) Prüffähige Schlussrechnung	58
3. Pauschalpreisvertrag	30	8. Verjährung	61
4. Stundenlohnvertrag – §§ 2 Nr. 10, 15 VOB/B	32	9. Exkurs: Abschlagsforderungen	62
5. Darlegungs- und Beweislast	35	IV. Abrechnung/Zahlung – § 16 VOB/B	68
6. Nachträge – § 2 Nr. 5 bis 8 VOB/B	38	V. Ausführung	73
a) BGB-Werkvertrag	38	1. Kooperationspflichten	73
b) VOB/B-Vertrag	39	2. Vertragspflichten des Auftragnehmers	74
aa) Allgemeines	39	a) Hinweis- und Beratungspflicht	74
bb) Mengenmehrungen/Mengenminderung – § 2 Nr. 3 und 7 VOB/B	40	b) Sonstige Vertragspflichten des Auftragnehmers	76
cc) Änderungen des Bauentwurfs/Zusatzleistungen – § 2 Nr. 5, 6 und 7 VOB/B	44	c) Mitwirkungspflichten des Auftraggebers ..	77
dd) Nicht bestellte Leistungen – § 2 Nr. 8 VOB/B	47	d) Ausführungsfristen – § 5 VOB/B	79
7. Fälligkeit	49	VI. Behinderung	81
a) Abnahme – § 640 BGB; § 12 VOB/B	49	VII. Kündigung – §§ 8 und 9 VOB/B	87
b) Fälligkeit ohne Abnahme	53	VIII. Mängelrechte	91
		IX. Sicherheiten	98
		X. Streitigkeiten	100

A. Vorbemerkung

- 1 Die durch das Zustandekommen eines Bauvertrags zwischen den Baubeteiligten geschaffene Interessenlage spiegelt sich in den Bestimmungen des BGB nur in sehr beschränktem Umfang wider. Das hängt zuvorderst damit zusammen, dass es sich bei einem Bauwerk in aller Regel um ein aus zahlreichen Einzelleistungen bestehendes Unikat handelt, dessen Herstellung im Rahmen eines oft komplexen Baugeschehens in weit höherem Maße eine Koordination der Vertragsleistungen und die Kooperation der Vertragsparteien¹ erfordert, als dies bei typischen Werk- und erst recht bei Kaufverträgen der Fall ist. Deshalb erbringen Baugewerbe und Bauwirtschaft ihre Bauleistungen üblicherweise auf der Grundlage der **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B (VOB/B)**. Deren 18 Paragraphen enthalten über den Regelungsgehalt der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften hinaus Vorgaben für die praxis- und interessengerechte Abwicklung eines Bauvertrags, die z.T. auch ohne wirksame Vereinbarung der VOB/B entsprechend für den BGB-Bauvertrag gelten (siehe Rn 16). Auf dieser Grundlage hat sich das Bauvertragsrecht zu einer eigenständigen Rechtsmaterie mit einer kaum noch überschaubaren Fülle von Spezialliteratur² und einer umfangreichen, durch die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH (Bausenat) dominierten Kasuistik entwickelt. Die folgenden Ausführungen beinhalten keine weitere Kommentierung VOB/B. Sie beschränken sich vielmehr auf eine knappe Erörterung der wesentlichen Rechtsgrundlagen und die Darstellung der für die Praxis wichtigsten Abweichungen vom allgemeinen BGB-Werkvertragsrecht.

B. Allgemeines

I. Rechtsnatur des Bauvertrags

- 2 Der Bauvertrag ist auf die Herbeiführung eines Werkerfolges gerichtet und deshalb grundsätzlich **Werkvertrag** i.S.d. §§ 631 ff. BGB.³ Den **Werklieferungsvertrag** i.S.d. § 651 BGB a.F. gibt es durch die Neufassung der Vorschrift mit Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hingegen nicht mehr. Stattdessen findet jetzt **Kaufrecht** auf alle Verträge Anwendung, die die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender **beweglicher Sachen** zum Gegenstand haben. Die damit vom Gesetzgeber beabsichtigte Anpassung des Schuldrechts an die **Verbrauchsgüterkaufrichtlinie** hat möglicherweise gravierende Auswirkungen auf die Abwicklung vieler Bauverträge. Denn nach herkömmlichem sachenrechtlichem Begriffsverständnis sind die nur zu vorübergehenden Zwecken auf fremdem Grundstück errichteten Bauwerke gem. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB keine Bestandteile des Grundstückes, sondern bewegliche Sachen im obigen Sinne. Das könnte bedeuten, dass künftig alle Arbeiten an Gebäuden, die beispielsweise in Ausübung eines Pacht- oder Erbbaurechts auf fremdem Boden errichtet werden, nach Kaufrecht beurteilt werden müssen. Weil sich das Baugeschehen mit den auf ein punktuelltes Austauschgeschäft gerichteten Bestimmungen des Kaufvertragsrechts nach allgemeiner Auffassung indes nicht befriedigend

1 Grundlegend zur Kooperationspflicht der Bauvertragsparteien: BGH BauR 2000, 409.

2 Wichtige VOB/B-Kommentare sind: *Ingenstau/Korbion*, VOB – Teile A und B, Kommentar, 15. Aufl. 2004; *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, 2003; *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, 10. Aufl. 2003; *Ganten/Jagenbuck/Motzke*, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil B, 1997. Weitere Literatur zum Bauvertragsrecht: *Kniffka/Koebke*,

Kompendium des Baurechts, 2. Aufl. 2004; *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, 2004; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 10. Aufl. 2002; *Korbion/Hochstein/Keldungs*, VOB-Vertrag, 8. Aufl. 2002; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB – Grundwissen, 4. Aufl. 2004; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 3. Aufl. 1997; *Kleine-Möller/Merl/Oelmaier*, Handbuch des privaten Baurechts, 2. Aufl. 1997.

3 BGH NJW 1983, 261.

regeln lässt, wird in der baurechtlichen Literatur eine andere, zur Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts führende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „bewegliche Sache“ in § 651 BGB geführt,⁴ die bisher allerdings noch nicht zu dogmatisch abgesicherten Lösungen geführt hat.⁵

II. Zustandekommen des Bauvertrags

Der Bauvertrag kommt – vorbehaltlich der **Bauvergabe** durch öffentliche Auftraggeber im Rahmen der speziellen Vergabebestimmungen der **VOB/A** (siehe Anhang „Vergaberecht“) – nach allgemeinen Grundsätzen gem. §§ 145 ff. BGB durch Angebot und Annahme zustande. Die Schwierigkeit für die Bauvertragsparteien besteht darin, die oft umfangreichen und komplexen vertraglichen Bauleistungen (das so genannte „**Bausoll**“) ausreichend präzise zu bestimmen und festzulegen. Das geschieht zumeist durch die Erstellung eines **Leistungsverzeichnisses**, in dem die für die Verwirklichung des Bauerfolges erforderlichen Arbeiten nach Leistungspositionen aufgeschlüsselt erfasst sind. Auf dieser Grundlage gibt der Auftragnehmer sein Vertragsangebot ab, indem er das Leistungsverzeichnis mit seinen Angebotspreisen versieht und dem Auftraggeber übergibt. Der entscheidet dann darüber, ob er das Angebot annimmt, was er dem Auftragnehmer gegenüber zumindest konkludent – etwa durch die unmissverständliche Aufforderung, mit den angebotenen Arbeiten zu beginnen – mitteilen muss (§ 130 Abs. 1 BGB). In der Praxis wird das Bauvertragsrecht durch eine Vielzahl von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** dominiert,⁶ die allerdings wirksam in den Vertrag einbezogen sein müssen (§ 305 BGB) und dann der Inhaltskontrolle nach Maßgabe der §§ 307 ff. BGB unterliegen.

III. Beteiligte/Unternehmereinsatzformen

Die Komplexität vieler Bauvorhaben führt dazu, dass außer dem Bauherrn und seinem unmittelbaren Bauvertragspartner oft weitere Bauschaffende in unterschiedlichen Vertragsbeziehungen an der Erreichung des gewünschten Bauerfolges beteiligt sind. So werden auf Auftraggeberseite im Rahmen der Bauplanung und Bauüberwachung häufig **Architekten und andere Sonderfachleute** (z.B. Tragwerksplaner, Lüftungs- und Klimatechniker, Bodengutachter, Vermessungsingenieure), bei großen Bauvorhaben zunehmend auch **Projektsteuerer bzw. Projektmanager** eingeschaltet, die den Bauherrn noch weiter gehend von Planungs- und Koordinierungsaufgaben entlasten sollen.⁷

Auch auf Auftragnehmerseite ist eine starke Aufsplitterung der Bauaufgaben fast schon die Regel. Das hat damit zu tun, dass viele Auftraggeber die Planung und Koordination mehrerer für die Fertigstellung eines Bauvorhabens erforderlicher Gewerke nicht selbst übernehmen und die Bauabwicklung gleichwohl in einer Hand, nämlich der ihres Vertragspartners, wissen wollen. Weil dessen Gewerbebetrieb allerdings oft nicht darauf eingerichtet ist, alle notwendigen Werkleistungen selbst auszuführen, muss er seinerseits weitere Bauhandwerker einschalten. Daraus entstehen nicht selten mehrstufige Vertragsbeziehungen mit z.T. erheblichen Risiken für die Baubeteiligten.

Die in der Praxis wichtigsten **Unternehmereinsatzformen** sind:

- Der vom Bauherrn mit einem oder mehreren Gewerken beauftragte **Hauptunternehmer** überlässt die Ausführung eines Teils der Leistungen kraft eigenständiger vertraglicher Vereinbarung nachgeordneten **Subunternehmern**, die ihrerseits in keiner vertraglichen Beziehung zum Bauherrn stehen.
- Der **Generalunternehmer** unterscheidet sich vom Hauptunternehmer dadurch, dass er sämtliche zur Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Bauleistungen übernommen hat, diese selbst aber nur z.T. ausführt und im Übrigen Subunternehmern überlässt.
- Auch der **Generalübernehmer** hat sich gegenüber dem Bauherrn zur Herstellung des gesamten Bauwerks verpflichtet, lässt aber sämtliche Bauleistungen von Subunternehmern ausführen. In der Praxis treten insbesondere Wohnungsunternehmen und Anlagegesellschaften als Generalübernehmer auf.
- Von **Totalunternehmer** und **Totalübernehmer** spricht man, wenn zu den Bauleistungen auch noch die für die Realisierung des Bauvorhabens erforderlichen Planungsleistungen übernommen werden.
- Vor allem für große Bauvorhaben mit unterschiedlichen Spezialisierungsanforderungen an die ausführenden Unternehmen ist es üblich, dass sich mehrere Unternehmen zu einer Arbeitsgemeinschaft (**ARGE**) zusammenschließen. Das geschieht meistens in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft, die nach der neueren Rechtsprechung des BGH teilrechts- und parteifähig ist.⁸ Die ARGE schließt den Bauvertrag mit dem Auftraggeber und regelt im Innenverhältnis die Modalitäten der Auftragsausführung. Siehe im Einzelnen den Anhang „Recht der ARGE“.

4 Vgl. *Thode*, NZBau 2002, 360, 361; *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 8.4.2004, § 651 BGB Rn 10 ff.; *Vorwerk*, BauR 2002, 165; *Sienz*, BauR 2002, 181, 190; *Konopka/Acker*, BauR 2004, 251; *Stumpe*, BrBp 2004, 223.

5 Vgl. *Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 8.4.2004, § 651 BGB Rn 15.

6 Vgl. *Glatzel/Hofmann/Frikell*, Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, S. 15 ff.

7 Im Einzelnen zu den Aufgaben des Projektsteuerers: *Eschenbruch*, Recht der Projektsteuerung, Rn 5 ff.

8 BGH NJW 2001, 1056; BGH NJW 2002, 1207.

- Der **Baubetreuer** verpflichtet sich, auf dem Grundstück des Bauherrn für dessen Rechnung ein Bauvorhaben auszuführen. Davon zu unterscheiden ist
- der **Bauträger**, der es übernimmt, auf einem eigenen oder von ihm noch zu erwerbenden Grundstück ein Bauwerk für fremde Rechnung zu errichten. Der Bauträger schließt die Bauverträge mit den ausführenden Bauhandwerkern in der Regel im eigenen Namen und verpflichtet sich, das Eigentum an dem fertig bebauten Grundstück auf den Erwerber zu übertragen. Auf den Bauträgervertrag findet nach ganz h.M. Werkvertragsrecht Anwendung.⁹ Darüber hinaus sind die Bestimmungen der **Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)** zu beachten.

C. Die VOB/B

I. Entstehung und Rechtsnatur

- 7 Die VOB/B wird vom **Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen – DVA** (bis 2000: Deutscher Verdingungsausschuss für Bauleistungen) erstellt und herausgebracht, dessen derzeit 51 ordentliche und zehn außerordentliche Mitglieder (Anlage gem. § 3 Abs. 2 der Satzung; Stand: Oktober 2001) in etwa gleichem Maße durch oberste Bundes- oder Landesbehörden die Auftraggeberseite (§ 3 Abs. 1 Hs. 1 der Satzung) sowie durch bundesweit tätige Spitzenverbände der Bauwirtschaft die Auftragnehmerseite (§ 3 Abs. 1 Hs. 2 der Satzung) repräsentieren. Der mit der VOB/B befasste Hauptausschuss des DVA ist satzungsgemäß paritätisch mit ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite besetzt (§ 16 Abs. 1 S. 2; Abs. 2 S. 3 der Satzung). Das gilt im Ergebnis auch für den zur Umsetzung der Arbeitsergebnisse des „Hauptausschusses VOB/B“ berufenen (§ 14 Abs. 1 der Satzung) Vorstand des DVA (§ 13 der Satzung).¹⁰
- 8 Die Erstfassung der VOB – damals schon in drei Teilen A, B und C – wurde am 6.5.1926 vom Reichsverdingungsausschuss (RVA) mit dem ausdrücklichen Ziel beschlossen, für die Vergebung von Leistungen und Lieferungen einheitliche Grundsätze für Reich und Länder zu schaffen. Dieser Ursprung als „öffentliche Verdingungsordnung“ wird von heutigen Gegnern der VOB/B zuweilen gegen ihre Bedeutung für das private Baurecht ins Feld geführt. Dabei ist die VOB/B von Anfang an als **Standard für alle Bauverträge** verstanden und verwendet worden.¹¹ An dieser Ausrichtung hat auch der an die Stelle des RVA getretene DVA bei der Weiterentwicklung der Regelungen im Sinne einer einheitlichen Gestaltung des Bauvertragswesens stets festgehalten.¹² Deshalb ist die VOB/B mit Recht als „**fertig bereit liegende Vertragsordnung für das Baugewerbe**“¹³ und als „**Sonderrecht der Bauwirtschaft**“¹⁴ bezeichnet worden. Die VOB/B wurde in der Vergangenheit vielfach novelliert und überarbeitet, zuletzt 2002 zum Zwecke der Anpassung an das Schuldrechtmodernisierungsgesetz mit zahlreichen Änderungen auch in wichtigen Kernparagrafen. Für Altverträge sind indes auch die Fassungen von 1992, 1996, 1998 und 2000 noch von praktischer Relevanz.¹⁵
- 9 Die **VOB/B** hat weder Rechtsnormcharakter,¹⁶ noch ist sie Handelsbrauch.¹⁷ Ihre Bestimmungen sind nach ganz h.M. vielmehr **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB,¹⁸ ebenso im Übrigen auch die Abrechnungsregelungen der in der **VOB/C** niedergelegten **Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)**,¹⁹ die über § 1 Nr. 1 S. 2 VOB/B als Vertragsbestandteil gelten, wenn die VOB/B wirksam vereinbart ist. Daraus folgt, dass die VOB/B grundsätzlich den AGB-rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen nach Maßgabe der §§ 305 ff. BGB unterliegt.

II. Einbeziehung

- 10 Weil die VOB/B weder Rechtsnormqualität hat noch Gewohnheitsrecht darstellt, muss sie für jeden Vertrag gesondert vereinbart werden.²⁰ Das setzt einen Einbeziehungsakt i.S.d. § 305 BGB voraus, der gem. § 310 BGB gegenüber den im Baugewerbe tätigen Unternehmern und der öffentlichen Hand formlos, auch konkludent erfolgen kann.²¹ Anders liegen die Dinge beim privaten Auftraggeber, der vom Verwender gem. § 305 Abs. 2 BGB

⁹ BGH NJW 1991, 342.

¹⁰ Zu den Einzelheiten der Historie und der Organisationsstruktur des DVA: *Peters*, Jahrbuch Baurecht 2000, S. 52 ff.

¹¹ *Nicklisch/Weick*, Einl. Rn 25; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 2.

¹² *Nicklisch/Weick*, Einl. Rn 26; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 2.

¹³ *Locher*, Das private Baurecht, 6. Aufl. 1996, Rn 67.

¹⁴ *Schmalz*, Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers, Rn 127.

¹⁵ Zu den Änderungen im Einzelnen: Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 10 ff.

¹⁶ BGH BauR 1997, 1027.

¹⁷ Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 40 m.w.N.

¹⁸ St. Rspr., vgl. BGH BauR 1983, 161; 1987, 438; 1987, 702, 703; 1997, 1027; 1999, 1290; ebenso: Ingestau/Korbion/Vygen, Einl. Rn 38; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 44; *Riedl*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Teil B, § 10 Rn 53 und § 1 Rn 9 f.; *Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 3. Teil Rn 13 ff.; *Hensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anhang zu §§ 9 bis 11 AGBG Rn 900; *Wolf/Horn/Lindacher*, AGBG, § 1 Rn 6 und § 23 Rn 240; a.A. *Leupertz*, in: Jahrbuch Baurecht 2004, S. 45 ff.; *Siegburg*, BauR 1993, 9 ff.; *Jagenburg*, BauR Sonderheft 1977, 3 ff.

¹⁹ BGH NJW-RR 2004, 1248 = NZBau 2004, 500; OLG Celle BauR 2003, 1040.

²⁰ Ingestau/Korbion/Vygen, Einl. Rn 38.

²¹ Vgl. BGH WM 1991, 459; BGH ZIP 1992, 404.

ausdrücklich auf die beabsichtigte Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hingewiesen werden und spätestens bei Vertragsschluss die Möglichkeit erhalten muss, in zumutbarer Weise vom Inhalt des Regelwerks Kenntnis zu nehmen. In der Praxis wird man deshalb von dem an der Vereinbarung der VOB/B interessierten Auftragnehmer jedenfalls bei schriftlichem Vertragsschluss regelmäßig verlangen müssen, dass er dem privaten Auftraggeber mit seinem Angebot den vollständigen VOB/B-Text übermittelt.²² Die Realität sieht anders aus. Bei weitem nicht jeder Bauhandwerker, der die VOB/B zur Vertragsgrundlage machen will, fügt seinem Angebot den vollständigen VOB/B-Text bei. Vielmehr bleibt es auch gegenüber privaten Auftraggebern regelmäßig bei einem Hinweis auf die Geltung der VOB/B, dem bestenfalls die – wegen § 309 Nr. 12 BGB (früher: § 11 Nr. 15 AGBG) freilich unwirksame – Klausel hinzugesetzt wird, dass der Auftraggeber bestätigt, den VOB/B-Text erhalten zu haben.

III. Inhaltskontrolle und Privilegierung

Die Bestimmungen der VOB/B unterliegen als Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich der **isolierten Inhaltskontrolle** nach Maßgabe der §§ 307 ff. BGB. Hiervon ausgenommen sind gem. § 308 Nr. 5 BGB und § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB die Regelungen in § 12 Nr. 5 VOB/B (**Abnahmefiktion**) und § 13 Nr. 4 VOB/B (**Verjähierung der Mängelrechte**), sofern die VOB/B **als Ganzes** vereinbart ist. Bis zur Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes enthielt § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG fast wortgleich eine entsprechende Vorschrift.

Der BGH hat indes in ständiger Rechtsprechung stets die weiter gehende Auffassung vertreten, dass die Bestimmungen der VOB/B einen im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen enthalten und deshalb insgesamt einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen sind, solange die Vertragsparteien nicht durch abweichende vertragliche Vereinbarungen in den **Kernbereich** des Regelwerks eingreifen.²³ Dem ist die ganz h.M. in der Literatur – wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen – gefolgt.²⁴ Die Voraussetzungen für diese **Gesamprivilegierung** hat der BGH zuletzt allerdings durch Urteil vom 22.1.2004 unter Aufgabe seiner bisherigen Kernbereichsrechtsprechung erheblich dahin verschärft, dass nun **jede inhaltliche Abweichung** von der VOB/B als eine Störung des von ihr beabsichtigten Interessenausgleichs zu bewerten ist und zu einer isolierten Inhaltskontrolle aller VOB/B-Bestimmungen führt.²⁵

In der Literatur ist die zuvor fast eingeschlafene Kritik an der Privilegierungsrechtsprechung des BGH im Zusammenhang mit der Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes neu und heftiger denn je entbrannt.²⁶ Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber eine Gesamprivilegierung der VOB/B in Kenntnis der dies befürwortenden Rechtsprechung des BGH nicht in den neu geschaffenen Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB verankert, sondern lediglich die unmittelbar nur die Bestimmungen in §§ 12 Nr. 5 und 13 Nr. 4 VOB/B privilegierende Regelung in § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG übernommen hat.²⁷ Daran anknüpfend ist zudem die durch §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB prolongierte Anknüpfung der (Teil-)Privilegierung an die Vereinbarung der VOB/B als Ganzes in die Diskussion geraten, die ihren Ausgangspunkt in verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine „dynamische“ **Verweisung** auf solche Fassungen der VOB/B hat, die erst nach Verabschiedung der gesetzlichen Regelung beschlossen worden sind,²⁸ derzeit also die VOB/B 2002.

Der BGH hat diesen grundsätzlichen Bedenken in dem bereits erwähnten Urteil vom 22.1.2004²⁹ in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung eine Absage erteilt. Allerdings ist die Entscheidung zum alten Recht ergangen und der BGH hat ausdrücklich offen gelassen, ob die von ihm selbst entwickelten Privilegierungsgrundsätze auch auf Fälle unter Geltung des Gesetzes zu Modernisierung des Schuldrechts anwendbar sind.³⁰ Hintergrund für diesen „Vorbehalt“ dürften jüngst in den Mittelpunkt der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung gelangte Überlegungen sein, die Privilegierung der VOB/B mit Blick auf die auch national bindenden Vorgaben der EG-Richtlinie

22 Ingenstau/Korbion/Vygen, Einl. Rn 38; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 86.

23 Grundlegend BGH BauR 1983, 161, 163; vgl. auch BGH BauR 2003, 380; 1991, 210.

24 Ingenstau/Korbion/Locher, Teil B, Anh. 1, Rn 51 f.; Riedl, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Teil B, § 1 Rn 10; Nicklisch/Weick, Rn 57; Vygen, Bauvertragsrecht, Rn 140; Korbion/Hochstein/Keldungs, Rn 78; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn 1018; Pauly, MDR 2003, 124, 125; Weyer, BauR 2002, 857 ff., 860 f.; Frikell, BauR 2002, 671; Joussem, BauR 2002, 1759 ff., 1764 f.; MüKo/Soergel, § 631 Rn 44; Staudinger/Schlosser, § 23 AGBG Rn 30.

25 BGH BauR 2004, 668 = NZBau 2004, 267.

26 Vgl. Preussner, BauR 2002, 1602 f.; Hoff, BauR 2001, 162 ff., 165 f. und 1654 ff., 1659; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, Einl. Rn 48 f.

27 Hoff, BauR 2001, 1654 ff., 1659; Erman/Schwenker, vor §§ 631–651 Rn 6; Schwenker/Heinze, BauR 2002, 1143 f.; Lenkeit, BauR 2002, 196 ff., 223; Voppel, NZBau 2003, 6 f.; Peters, NZBau 2002, 113 ff.

28 Für eine nur „statische“ Verweisung: Kraus/Sienz, BauR 2000, 631 ff., 636; Lenkeit, BauR 2002, 223; Hoff, BauR 2001, 1656 f.; Schwenker/Heinze, BauR 2002, 1143 ff. Für eine „dynamische“ Verweisung: Tomic, BauR 2001, 14 ff., 22, 28; Pauly, BauR 1996, 335 und MDR 2003, 124 f. Anders außerhalb der Verweisungsproblematik: Joussem, BauR 2002, 1759, 1766; Weyer, BauR 2002, 857 ff., 861.

29 BGH BauR 2004, 668 = NZBau 2004, 267.

30 BGH BauR 2004, 670.

93/13 vom 15.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (**Verbraucherschutzrichtlinie**) bei Verwendung gegenüber **Verbrauchern** zu beenden oder zumindest einzuschränken.³¹

D. Besonderheiten des VOB/B-Bauvertrags

I. Vorbemerkung

- 15** Der Erfolg eines Bauvorhabens hängt entscheidend davon ab, inwieweit es den Baubeteiligten gelingt, ihre vertraglichen Beziehungen sachgerecht zu gestalten und umzusetzen. Was sie hierbei beachten müssen, sagt ihnen das **Bauvertragsrecht**, das allerdings im Gesetz nur unzureichend geregelt ist. Denn die Bestimmungen des insoweit maßgeblichen BGB-Werkvertragsrechts (§§ 631 ff. BGB) sind – vom Gesetzgeber durchaus gewollt³² – nicht auf die Besonderheiten eines auf längere Dauer angelegten, komplexen Baugeschehens und die sich hieraus für die Bauvertragsparteien ergebenden speziellen Bedürfnisse zugeschnitten.³³ Alle Bemühungen, dem Bauvertragsrecht eine taugliche gesetzliche Grundlage zu verschaffen, sind bisher am Gesetzgeber gescheitert. So auch der nur wenige Kernvorschriften umfassende „Ergänzungsentwurf *Kraus/Vygen/Oppler* zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen“³⁴ und der „Baurechtliche Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des Arbeitskreises Schuldrechtsmodernisierungsgesetz des Instituts für Baurecht Freiburg e.V.³⁵ Stattdessen hat der Gesetzgeber punktuell baurechtsbezogene Neuregelungen eingeführt, die allerdings beispielsweise mit den Regelungen in §§ 632a und 641a BGB völlig an den Bedürfnissen der Baupraxis vorbeigehen. Es lässt sich deshalb sagen, dass die VOB/B für das Baurecht die Lücken des Gesetzes in einer Weise schließt, die trotz z.T. berechtigter Bedenken gegen die Gesetzeskonformität einzelner Regelungen³⁶ den besonderen Bedürfnissen der Bauvertragsparteien in adäquater Weise gerecht wird. Sie ist dementsprechend in der Bauwirtschaft und weiten Teilen des Handwerks als Grundlage der betriebsbezogenen Teilnahme am Geschäftsverkehr anerkannt.
- 16** Darüber hinaus kommt zahlreichen Bestimmungen der VOB/B über § 242 BGB eine Art **Ersatzrechtsfunktion** zu. So gilt beispielsweise die sich aus §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB/B ergebende Regelung, wonach der Auftragnehmer bei Einhaltung von Prüfungs- und Hinweispflichten von der Gewährleistungspflicht befreit ist, entsprechend für den BGB-Bauvertrag.³⁷ Aus der sinngemäßen Anwendung des § 1 Nr. 4 VOB/B kann sich ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers für den BGB-Bauvertrag ergeben,³⁸ auf den auch die Grundsätze der Abrechnung von Stundenlohnarbeiten gem. § 15 Nr. 1 VOB/B entsprechend anzuwenden sein dürften.³⁹ Als weitere VOB/B-Bestimmungen mit Ersatzrechtsfunktion kommen in Betracht: § 3 (Ausführungsunterlagen); § 4 (Rechte und Pflichten bei der Bauausführung); § 6 Nr. 2 (Verlängerung von Ausführungsfristen); § 14 (Aufmaß und Abrechnung).⁴⁰ In alledem zeigt sich, welch zentrale Bedeutung die VOB/B für die baurechtliche Praxis hat.

II. Vertragsinhalt/Leistungsumfang

- 17** **1. Das Bausoll.** Beim BGB-Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer gem. § 631 Abs. 1 BGB die Herstellung des versprochenen Werkes, das er dem Besteller gem. § 633 Abs. 1 BGB frei von Sach- und Rechtmängeln verschaffen muss. Das ist beim VOB/B-Bauvertrag nicht anders. Allerdings liegt es in der Natur des Bauens, dass häufig schon die Konkretisierung des Bauzieles eine detaillierte Planung voraussetzt und sich bei Vertragsschluss nur schwer festlegen lässt, welche Bauleistungen im Einzelnen erforderlich sein werden, um das Bauziel – also den geschuldeten Werkerfolg – zu erreichen. Die Parteien müssen sich mithin nicht nur darauf einigen, was ihrer Auffassung nach ein fairer Preis für die verlangte Ware ist, sondern überhaupt erst definieren und bestimmen, wofür genau der Auftragnehmer die vertragliche Vergütung bekommen soll. Das Ergebnis dieser Bemühungen ist das **Bausoll**.

31 Hierzu: *Leupertz*, BrBp 2004, 266 unter Hinweis auf ein im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. erstelltes Rechtsgutachten des Bamberger Universitätsprofessors Dr. *Hans-W. Micklisch* vom 1.4.2004, Text bei IBR-online, Materialien, Stichwort: Gutachten VOB/B vom 1.4.2004.

32 Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/*von Rintelen*, Teil B, Einl. Rn 42 unter Hinweis auf die Motive, Bd. 2, S. 470.

33 Siehe statt vieler: *Vygen*, Bauvertragsrecht, Rn 114.

34 BauR 1999, 964 ff.

35 BauR 2001, Sonderdruck zu Heft 4.

36 Etwa: BGH BauR 1991, 331 zu § 2 Nr. 8 VOB/B; BGH BauR 1994, 617, 618 zu § 13 Nr. 4 VOB/B; BGH BauR 1998, 614 zu § 16 Nr. 3 VOB/B; BGH BauR 1990, 727 zu § 16 Nr. 6 S. 1 VOB/B; *Glatzel/Hofmann/Frikell*, Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz,

S. 52 ff. zu §§ 7, 12 Nr. 5, 13 Nr. 7 und 15 Nr. 3 VOB/B; *MüKo/Thode*, § 284 Rn 80 zu § 16 Nr. 5 Abs. 3, 4 VOB/B; vgl. hierzu auch die Verbesserungsvorschläge des Instituts für Baurecht Freiburg e.V., Empfehlungen an den DVA zur Überarbeitung der VOB/B, BauR 1999, 699 ff.

37 BGH BauR 1987, 86 für die Zeit vor Einführung des SchuldRModG; die Prüfungs- und Hinweispflicht selbst folgt jetzt unmittelbar aus der Herstellungs- bzw. Verschaffungspflicht des Auftragnehmers gem. §§ 631 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB n.F.

38 BGH BauR 1996, 378; *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, Teil B, § 1 Nr. 4 Rn 1.

39 *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, Teil B, § 15 Nr. 1 Rn 1.

40 Vgl. *Vygen*, Bauvertragsrech, Rn 119 f.

Wichtigster Anknüpfungspunkt für die Festlegung des Bausolls ist die **Leistungsbeschreibung** (vgl. § 1 Nr. 1 VOB/B). In der Praxis gebräuchlich sind Leistungsbeschreibungen mit **Leistungsverzeichnis** (vgl. § 9 Nr. 6 bis 9 VOB/A) und solche mit **Leistungsprogramm** (vgl. § 9 Nr. 10 bis 12 VOB/A). Das Leistungsverzeichnis enthält eine Aufgliederung des Bauvorhabens nach Teilleistungen in **Leistungspositionen**, denen die für die Ausführung kalkulierten Mengenansätze (**Massen**) und der vom Auftraggeber für die jeweilige Leistungsposition verlangte Preis zugeordnet sind. Das Leistungsprogramm – auch **funktionale Leistungsbeschreibung** – beinhaltet demgegenüber keine konkreten Leistungsvorgaben, sondern legt nur den Bauerfolg und die an ihn gestellten technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen fest. Es bleibt dann zumeist dem Auftragnehmer überlassen, auf dieser Grundlage das Objekt zu planen und zu bauen.⁴¹

Soweit sich aus anderen Vertragsunterlagen (Verhandlungsprotokolle, Vorbemerkungen zum Vertrag, Pläne, Zeichnungen) Abweichungen von der Leistungsbeschreibung ergeben, müssen eventuelle Widersprüche und Unklarheiten unter nachrangiger Berücksichtigung der **Prioritätenregelung** in § 1 Nr. 2 VOB/B zunächst durch **Auslegung** nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB ausgeräumt werden.⁴² Erst wenn die Auslegung zu keinem klaren Ergebnis führt, wird das Bausoll nach der **Unklarheitenregel** zulasten derjenigen Vertragspartei bestimmt, welche die Leistungsbeschreibung erstellt hat.⁴³

2. Einseitige Leistungsbestimmung – § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B. a) Grundsatz. Es gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts, dass die Vertragsparteien nicht einseitig von den einmal getroffenen vertraglichen Vereinbarungen abweichen dürfen. Hiervon macht die VOB/B mit den Regelungen in § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B zwei wichtige Ausnahmen, die es dem Auftraggeber ermöglichen, den vertraglich festgelegten Leistungsinhalt durch einseitige Erklärung den Bedürfnissen eines geordneten Bauablaufs und der Erreichung des gewünschten Bauerfolgs anzupassen.

b) Änderung des Bauentwurfs – § 1 Nr. 3 VOB/B. Gem. § 1 Nr. 3 VOB/B ist der Auftraggeber berechtigt, **Änderungen des Bauentwurfs** anzuordnen. Er darf die dem Verträge zugrunde gelegten Baupläne, Entwürfe und Zeichnungen nachträglich – nach Vertragsschluss – durch **einseitige Maßnahmen** ändern, solange sich daraus nicht eine völlig andere Leistung oder eine so erhebliche Umgestaltung ergibt, dass sie nach Treu und Glauben dem Auftragnehmer nicht mehr zugemutet werden kann.⁴⁴ Der Auftragnehmer ist verpflichtet, solche einseitigen Vorgaben für die Realisierung des jeweiligen Bauvorhabens umzusetzen und seine Werkleistungen dem geänderten Bauentwurf anzupassen. Allerdings erhält er den hierfür eventuell erforderlichen Mehraufwand gem. § 2 Nr. 5 VOB/B unter den dort genannten Voraussetzungen besonders vergütet (siehe Rn 44 ff.). Beim BGB-Werkvertrag ist das anders: Dort kann eine Änderung des Leistungsumfangs nur mit Zustimmung des Auftragnehmers in Form einer einvernehmlichen Vertragsänderung erfolgen.

Überschreitet der Auftraggeber sein Änderungsrecht, sind seine dahin gehenden Anordnungen für den Auftragnehmer **unverbindlich**. Der Auftragnehmer darf ihre Ausführung verweigern und es bleibt beim ursprünglichen Vertragsinhalt.⁴⁵ Die gegenteilige Auffassung, die dem Auftragnehmer bei unzulässiger Bauentwurfsänderung lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht einräumen will,⁴⁶ überzeugt nicht, weil sie ohne ausreichende dogmatische Grundlage von der Wirksamkeit jeder einseitigen Änderung des vertraglichen Leistungsinhalts ausgeht und dem Auftragnehmer im Ergebnis die **Darlegungs- und Beweislast** für die ihn entlastenden Unzumutbarkeitsgründe auferlegt, die in entsprechender Anwendung der für die einseitige Bestimmung der Leistung gem. § 315 BGB nach h.M. geltenden Grundsätze richtigerweise indes den Auftraggeber treffen muss.⁴⁷

Die unzulässige einseitige Änderungsanordnung stellt in aller Regel keine **(Teil-)Kündigung** des ursprünglichen Bauvertrags dar,⁴⁸ sondern wird zumeist als **Angebot** des Auftraggebers an den Auftragnehmer **auszulegen** sein, einer über das einseitige Änderungsrecht hinausgehenden **einvernehmlichen Vertragsänderung** durch rechtsgeschäftliche Annahme dieses Angebots zuzustimmen. Erst wenn der Auftragnehmer dieses Angebot ablehnt,

41 Vgl. OLG Düsseldorf BauR 2002, 1103.

42 Eingehend zu den im Einzelnen streitigen Auslegungskriterien: *Kapellmann/Messerschmidt*, Teil B, § 2 Rn 90 ff. mit zahlreichen Nachweisen; *Markus*, in: *Jahrbuch Baurecht* 2004, S. 1, 4 ff.; vgl. auch BGH BauR 2002, 935 (Konsoltraggerüst); BGH BauR 1994, 236 (Wasserhaltung II).

43 *Vygen*, *Bauvertragsrecht*, Rn 288; *Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann*, Teil B, § 2 Rn 123; *Riedl*, in: *Heiermann/Riedl/Rusam*, Teil B, § 1 Rn 28; *Markus*, in: *Jahrbuch Baurecht* 2004, S. 17 f.

44 *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, Teil B, § 1 Nr. 3 Rn 9; *Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen*, Teil B, § 1 Rn 82 ff. m.w.N.

45 *Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen*, Teil B, § 1 Rn 92; *Riedl*, in: *Heiermann/Riedl/Rusam*, Teil B, § 1 Rn 35.

46 *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, Teil B, § 1 Nr. 3 Rn 13; ebenso wohl Beck'scher VOB-Kommentar/*Jagenburg*, Teil B, § 1 Rn 66.

47 Zur Beweislast für die „Billigkeit“ gem. § 315 BGB: BGHZ 41, 279; BGHZ 97, 220; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1501; Palandt/*Heinrichs*, § 315 Rn 19.

48 So aber *Ingenstau/Korbion/Keldungs*, Teil B, § 1 Nr. 3 Rn 14.

wird der Auftraggeber darüber entscheiden wollen, ob er den Vertrag (teilweise) kündigt und den Bauvertrag anderweitig vergibt.⁴⁹

- 24 c) Notwendige Zusatzleistungen – § 1 Nr. 4 VOB/B.** Von der einseitigen Änderung des Bauentwurfs zu unterscheiden ist das Recht des Auftraggebers gem. § 1 Nr. 4 VOB/B, auch nicht vereinbarte Leistungen verlangen zu dürfen.⁵⁰ Das setzt allerdings voraus, dass solche **Zusatzleistungen** bei im Übrigen unverändertem Leistungsinhalt zur **Realisierung des Vertragszwecks erforderlich** sind und der Leistungserfolg andernfalls nicht erreicht werden kann.⁵¹ Hinzu kommt, dass der Auftragnehmer zusätzlich verlangte Leistungen nur dann erbringen muss, wenn sein **Gewerbebetrieb hierauf eingerichtet** ist. Der Auftragnehmer muss also grundsätzlich keine gewerfremden Arbeiten erbringen, für deren Ausführung Spezialverfahren erforderlich sind und hinsichtlich deren er nicht über das erforderliche Gerät und die notwendige Erfahrung verfügt.⁵²
- 25** Für zulässige verlangte Zusatzleistungen hat der Auftragnehmer Anspruch auf **besondere Vergütung** nach Maßgabe der Bestimmungen in §§ 2 Nr. 6, 7 VOB/B (siehe Rn 44 ff.). Das gilt natürlich nicht für solche Leistungen, die ohnehin – etwa als Nebenleistung nach den technischen Ausführungsregelungen einschlägiger DIN-Normen – schon nach den ggf. auszulegenden Leistungsbeschreibungen im Ausgangsvertrag geschuldet sind.
- 26** Der Auftraggeber muss die Zusatzleistung vom Auftragnehmer **verlangen**, was eine entsprechende Erklärung voraussetzt, die als empfangsbedürftige Willenserklärung⁵³ zwar keiner Form bedarf, von einem Dritten allerdings nur wirksam im Rahmen einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht abgegeben werden kann.⁵⁴

III. Vergütung – § 2 VOB/B

- 27 1. Grundlagen.** Maßgeblich für den Werklohnanspruch des Bauunternehmers sind in erster Linie die gesetzlichen Bestimmungen des Werkvertragsrechts. Voraussetzung ist danach in jedem Fall eine **rechtsgeschäftliche Vergütungsvereinbarung**, wobei das Gesetz nach dem Regelungsgehalt in §§ 631 Abs. 1, 632 Abs. 1 BGB davon ausgeht, dass der Auftragnehmer für seine Werkleistungen grundsätzlich eine Vergütung erhält. Daraus folgt: Wenn die Vertragsparteien keine **konkrete Vergütungsabrede** i.S.d. § 631 Abs. 1 BGB getroffen haben, muss der Auftragnehmer sonstige Umstände darlegen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass die Herstellung des Werkes **nur gegen eine Vergütung zu erwarten** ist (§ 632 Abs. 1 BGB). Das ist beim echten Bauvertrag in aller Regel der Fall.
- 28** Soweit die Vertragsparteien die Vereinbarung über die Entgeltlichkeit der Werkleistungen nicht auf die Vergütungshöhe erstrecken, greift § 632 Abs. 2 BGB. Danach ist bei dem Bestehen einer **Taxe** diese, sonst die **übliche Vergütung** als vereinbart anzusehen. „Üblich“ in diesem Sinne sind die Preise, die für Bauleistungen gleicher Art und Güte sowie gleichen Umfangs an dem Ort der Leistung nach allgemein anerkannter Auffassung gezahlt werden müssen.⁵⁵ Lassen sich solche Preise nicht feststellen, ist auf die nach den Umständen **angemessene Vergütung** zurückzugreifen.⁵⁶
- 29 2. Einheitspreisvertrag – § 2 Nr. 2 VOB/B.** Die Regelung in § 2 Nr. 2 VOB/B geht davon aus, dass Bauleistungen nach **Einheitspreisen** abgerechnet werden. Beim Einheitspreisvertrag ergibt sich der letztlich geschuldete Vertragspreis (Gesamtpreis) grundsätzlich erst nach der Fertigstellung der Arbeiten aus der Summe der **Positionspreise** des Leistungsverzeichnisses, die sich wiederum aus dem Produkt der Einheitspreise mit den nach Aufmaß tatsächlich angefallenen **Massen (Vordersätze)** errechnen. Gleichwohl ist die Vergütung nach Einheitspreisen eine **vereinbarte Vergütung** i.S.d. § 631 Abs. 1 BGB,⁵⁷ weil schon durch die Festlegung der Einheitspreise im Vertrag verbindlich vorgegeben ist, welche Vergütung nach pflichtgemäßer (§ 14 Nr. 2 VOB/B) Ermittlung der Massen zu zahlen sein wird. Der Vertragspreis ist also **bestimmbar** festgelegt.
- 30 3. Pauschalpreisvertrag.** Beim **Pauschalpreisvertrag** sind nicht die Einheitspreise der einzelnen Teilleistungen für den Vertragspreis maßgebend, sondern die Parteien vereinbaren unabhängig vom Umfang der tatsächlich zu erbringenden Leistungen einen **pauschalierten Gesamtpreis** für die Erreichung des Leistungserfolges oder für Teile hiervon (Teilpauschalvertrag).
- 31** In der Praxis geläufig sind zwei Arten des Pauschalpreisvertrags. Die Vertragsparteien können auf der Grundlage der im Leistungsverzeichnis detailliert niedergelegten Angebotspositionen lediglich einen prozentualen Abschlag

49 Ebenso Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, § 1 Rn 93.

50 Auch insoweit handelt es sich dogmatisch um ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht: BGH BauR 2004, 495, 497.

51 Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, § 1 Rn 105 f.

52 Beck'scher VOB-Kommentar/Jagenburg, Teil B, § 1 Nr. 4 Rn 16; Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 1

Nr. 4 Rn 5; Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Teil B, § 1 Rn 109 f.

53 Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 1 Nr. 4 Rn 4.

54 BGH BauR 2004, 495, 497.

55 BGH NJW 2001, 151.

56 Im Einzelnen: BGH NJW-RR 2000, 1560, 1562.

57 Palandt/Sprau, § 632 Rn 5.

auf den so ermittelten Angebotspreis vornehmen. Dann kommt ein **Detail-Pauschalvertrag** zustande, der sich vom Einheitspreisvertrag in erster Linie dadurch unterscheidet, dass sich positionsbezogene Mengenmehrungen und Mengenminderungen in den durch § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 1, 2 VOB/B weit gezogenen Grenzen nicht auf den Vertragspreis auswirken. Fehlt hingegen ein detailliertes Leistungsverzeichnis und gibt der Auftraggeber stattdessen das Bausoll in Form einer **funktionalen Ausschreibung mit Leistungsprogramm** (siehe Rn 18) vor, so überlässt er damit die Festlegung der für den vereinbarten Pauschalpreis im Einzelnen geschuldeten Werkleistungen dem Auftragnehmer und der pauschal hierfür vereinbarte Vertragspreis steht in keinem unmittelbaren Bezug zu konkreten Leistungspositionen. Das Ergebnis wird gemeinhin als **Global-Pauschalvertrag** bezeichnet.

4. Stundenlohnvertrag – §§ 2 Nr. 10, 15 VOB/B. Die Parteien können im Vertrag festlegen, dass der Auftragnehmer seine Leistungen nach **Zeitaufwand** abrechnen soll. Solche **Stundenlohnverträge** sind in der Baubranche eher die Ausnahme. Sie sind zumeist günstig für den Auftragnehmer, weil sich seine Vergütung nicht nach dem durch Aufmaß feststellbaren Ergebnis seiner Leistungen, sondern nach dem im Einzelfall nur schwer rekapitulierbaren Arbeitsaufwand bemisst. Deshalb enthält § 15 Nr. 4 VOB/B besondere Bestimmungen für die Abrechnung von Stundenlohnarbeiten. 32

Die Abrechnung nach Stundenlohn bedarf im Rahmen des **VOB-Vertrags immer** der besonderen Vereinbarung (vgl. § 2 Nr. 10 VOB/B).⁵⁸ Damit ist aber noch nichts über die **Höhe** der Vergütung gesagt. Nur wenn die Parteien auch den **Stundensatz** und die grundsätzlich ebenfalls zu erstattenden **Materialpreise** festgelegt haben, ist der Vertragspreis bestimmbar und die Vergütung ist vereinbart i.S.d. § 631 Abs. 1 BGB. Fehlen solche Abreden, so schuldet der Auftraggeber die **üblichen Stundensätze** und Materialpreise (§ 15 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B).⁵⁹ 33

Für den **BGB-Werkvertrag** gilt das zwingende Erfordernis einer Stundenlohnabrede i.S.d. § 2 Nr. 10 VOB/B nicht.⁶⁰ Ist es nach den Umständen des Einzelfalles üblich, dass bestimmte Leistungen im Stundenlohn erbracht werden, so darf der Auftragnehmer sie im Rahmen der §§ 631 ff. BGB auch ohne besondere Vereinbarung als **übliche Vergütung** (§ 632 Abs. 2 BGB) abrechnen. 34

5. Darlegungs- und Beweislast. Grundsätzlich muss der Auftragnehmer die für die beanspruchte Vergütung maßgeblichen Tatsachen darlegen und beweisen.⁶¹ Das betrifft nicht nur die Umstände, aus denen sich die **Vergütungspflicht** gem. § 632 Abs. 1 BGB ergeben soll, sondern darüber hinaus auch die **Üblichkeit** des in Ansatz gebrachten Werklohns. Macht er die **vereinbarte Vergütung** gem. § 631 Abs. 1 BGB geltend, muss er im Streitfall die entsprechende **Preisabrede** beweisen. Das gilt auch, wenn er nach **Einheitspreisen** abrechnet und der Auftraggeber die Vereinbarung eines niedrigeren **Pauschalpreises** behauptet.⁶² Weil der Auftragnehmer in diesen nicht seltenen Fällen allerdings einen **Negativbeweis** führen muss, treffen den Auftraggeber nach allgemeinen Grundsätzen erhöhte Anforderungen an die **Darlegung der anderweitigen (Pauschal-)Preisvereinbarung** („qualifizierte Darlegungslast“). Er muss im Einzelnen dartun, wann, wo, mit wem und unter welchen Umständen die Preisabrede getroffen worden sein soll, damit der Auftragnehmer Gelegenheit hat, diesem Vorbringen substantiiert entgegenzutreten und den ihm obliegenden Beweis des Gegenteils zu führen.⁶³ 35

Diese Grundsätze gelten auch für den **VOB-Vertrag**.⁶⁴ § 2 Nr. 2 VOB/B enthält entgegen anderer Auffassung⁶⁵ keine **Beweislastregel**, sondern ergänzt lediglich § 632 Abs. 2 BGB für den VOB-Vertrag dahin, dass die bei Fehlen einer anderweitigen Vergütungsabrede geschuldete **übliche Vergütung** nach Einheitspreisen zu berechnen ist.⁶⁶ Dadurch werden die für den BGB-Vertrag maßgeblichen Grundsätze der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast nicht außer Kraft gesetzt. 36

Wenn der Auftraggeber gegen die Vermutung des § 632 Abs. 1 BGB behauptet, der Auftragnehmer habe **unentgeltlich** arbeiten sollen, trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast.⁶⁷ Ebenso muss er beweisen, dass **nach Vertragsschluss** von den dortigen Vereinbarungen **abweichende Preisabsprachen** getroffen wurden.⁶⁸ 37

6. Nachträge – § 2 Nr. 5 bis 8 VOB/B. a) BGB-Werkvertrag. Die Vorschriften des BGB-Werkvertragsrechts sehen die Möglichkeit einer einseitigen Vertragsänderung nicht vor. Dementsprechend bleibt auch die vertraglich vereinbarte Vergütung grundsätzlich unverändert. Will der Auftragnehmer eine nachträgliche Anpassung seines 38

58 Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 10 Rn 4 f.

59 Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn 1212.

60 Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 10 Rn 5.

61 BGH BauR 1995, 91.

62 BGH NJW 1981, 1442; OLG Hamm NJW-RR 1993, 1490.

63 BGH NJW-RR 1992, 848; OLG Düsseldorf BauR 2000, 269.

64 BGH BauR 1981, 388; BGH BauR 1992, 505; OLG München IBR 2001, 297; OLG Frankfurt IBR 2001, 468; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 132 f.; Beck'scher VOB-Kommentar/Jagenburg,

VOB/B, § 2 Nr. 2 Rn 7 f.; Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 6. Teil Rn 92.

65 Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Rn 20; Vygen, Bauvertragsrecht, Rn 750; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, Handbuch des privaten Baurechts, § 10 Rn 18; Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn 1114.

66 So zutreffend mit eingehender Begründung: Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 131 a.E., 132 f.

67 BGH NJW 1987, 2742.

68 BGH BauR 1995, 92; BGH NJW 1983, 1782.

Werklohns in Form eines **Nachtrages** erreichen, muss er sich mit dem Auftraggeber einigen und einen neuen Vertrag i.S.d. § 631 BGB schließen. Eine einseitig durchsetzbare Preisanpassung kommt sowohl für den Einheitspreisvertrag als auch für den Pauschalvertrag nur unter den Voraussetzungen des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) in Betracht. Es muss also ein objektiv feststellbares Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen, das sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles⁶⁹ für die eine Partei als unerträglich erweist und von ihr bei Vertragsschluss auch nicht vorherzusehen war.⁷⁰ Selbst eine Kostensteigerung von 20% bezogen auf den Vertragspreis reicht hierfür u.U. noch nicht aus.⁷¹

- 39 b) VOB/B-Vertrag. aa) Allgemeines.** Auch beim VOB/B-Vertrag bleibt die für das Bausoll vereinbarte Vergütung unverändert. Eine Preisanpassung ergibt sich nur bei **Abweichungen vom Bausoll** und unter den in § 2 VOB/B genannten Voraussetzungen. Als Anknüpfungspunkte für Preisänderungen kommen in Betracht:
- **Mengenmehrungen/Mengenminderungen**
 - Einheitspreisvertrag: § 2 Nr. 3 VOB/B
 - Pauschalpreisvertrag: § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B i.V.m. § 242 BGB
 - **Selbsteintritt des Auftraggebers**
 - Einheitspreisvertrag: § 2 Nr. 4 VOB/B
 - Pauschalpreisvertrag: §§ 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4, 2 Nr. 4 VOB/B
 - **Änderungen des Bauentwurfs durch den Auftraggeber**
 - Einheitspreisvertrag: § 2 Nr. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 3 VOB/B
 - Pauschalpreisvertrag: §§ 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4, 2 Nr. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 3 VOB/B
 - **Zusatzleistungen durch einseitige Anordnung des Auftraggebers**
 - Einheitspreisvertrag: § 2 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 4 VOB/B
 - Pauschalpreisvertrag: §§ 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4, 2 Nr. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 4 VOB/B
 - **Erbringung nicht bestellter Leistungen**
 - § 2 Nr. 8 VOB/B.
- 40 bb) Mengenmehrungen/Mengenminderung – § 2 Nr. 3 und 7 VOB/B.** Beim **Einheitspreisvertrag** wird der betragsmäßig nicht festgelegte Preis aus der Summe der Einzelpositionspreise gebildet, die sich wiederum aus dem Produkt der Vordersätze mit den vereinbarten Einzelpreisen (EP) ergeben. Ändern sich die Vordersätze einzelner Positionen, weil sich während der Bauausführung nicht einkalkulierte Mengenmehrungen oder Mengenminderungen ergeben, so wirkt sich das auf das von den Parteien verabredete Preisgefüge aus, weil der Auftragnehmer die für das Bauvorhaben insgesamt anfallenden **Baustelleneinrichtungskosten, Baustellengemeinkosten und sonstigen Allgemeinkosten**, dazu **Wagnis und Gewinn**, üblicherweise auf die einzelnen Leistungspositionen verteilt und so in die Einheitspreise einrechnet. Bei veränderten Mengensätzen bedeutet das für den Vertragspreis, dass sich der Auftragnehmer bei Mehrmengen besser stellt, wohingegen er bei kleineren Mengen einen Preisnachteil hinnehmen muss. Dafür gewährt § 2 Nr. 3 VOB/B einen Ausgleich.
- 41** Grundlage für eine Preisänderung bei **Mehrmengen** ist § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Danach kann die benachteiligte Partei (i.d.R. der Auftraggeber) eine **Anpassung der Einheitspreise verlangen**, wenn sich **ohne Eingriff des Auftraggebers** eine Mengenerhöhung von **mehr als 10%** gegenüber den vertraglich angenommenen Vordersätzen ergeben hat. Dann ist nur für die über 110% hinausgehenden Mengen auf Verlangen einer Partei ein **neuer Preis zu vereinbaren**.⁷² Kommt hierüber keine Einigung zustande, muss der neue Preis gerichtlich festgesetzt werden. Maßgebend sind auch dann die für den bisherigen Einheitspreis maßgeblichen **Preisermittlungsgrundlagen**,⁷³ nur der **Umlagemaßstab** für die fixen Baustellenkosten ändert sich.
- 42** Bei feststellbaren **Minderungen** von mehr als 10% der vertraglich kalkulierten Mengen ist auf Verlangen des Auftragnehmers für die betroffene Position ein **völlig neuer Einheitspreis** nach Maßgabe der Regelung in § 2 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/B auf der Grundlage der für den bisherigen Einheitspreis maßgeblichen Preisermittlungsgrundlagen zu bilden.⁷⁴ Das gilt nicht, wenn er schon durch die Erhöhung der Mengen bei anderen Positionen einen angemessenen Ausgleich erhält (§ 2 Nr. 3 Abs. 3 S. 1 VOB/B).
- 43** Der vertraglich vereinbarte **Pauschalpreis** bleibt demgegenüber auch bei Veränderungen der nach dem Vertrag in Ansatz gebrachten Mengen gem. § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 1 VOB/B grundsätzlich unverändert. Eine Anpassung des Vertragspreises findet – im Ausgangspunkt ebenso wie beim BGB-Werkvertrag – gem. § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2 VOB/B nur bei einer **schwerwiegenden Störung der Geschäftsgrundlage** statt. Auch für die Bildung des neuen

69 BGH BauR 1996, 250.

70 Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 7 Rn 24 ff.; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 131 a.E., 179 ff.; Vygen, Bauvertragsrecht, Rn 841.

71 BGH Schäfer/Finnern Z 2.311 Bl. 5; vgl. aber auch BGH VersR 1965, 83 für eine überproportionale Verteuerung

einer Einzelposition mit einer Steigerung des Gesamtpreises um nur 10%.

72 BGH BauR 1987, 217.

73 Vygen, Bauvertragsrecht, Rn 767.

74 Vgl. hierzu im Einzelnen: Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 152 f.

Pauschalpreises ist allerdings gem. § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 2, 3 VOB/B das vertragliche Preisgefüge maßgebend, das sich üblicherweise aus der Ursprungskalkulation des Auftragnehmers ergibt.⁷⁵

cc) Änderungen des Bauentwurfs/Zusatzleistungen – § 2 Nr. 5, 6 und 7 VOB/B. Notwendiges Korrektiv für die dem Auftraggeber durch § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrechte ist die Verpflichtung, die Preisabsprachen mit dem Auftraggeber dem veränderten Bausoll anpassen zu müssen. Für den **Einheitspreisvertrag** ergeben sich die hierfür maßgeblichen Bestimmungen aus § 2 Nr. 5 und 6 VOB/B, die über § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4 VOB/B auch auf den **Pauschalvertrag** Anwendung finden. 44

Nach wirksamer Änderung des Bauentwurfs (§ 1 Nr. 3 VOB/B) oder Erbringung zulässig verlangter Zusatzleistungen (§ 1 Nr. 4 VOB/B) **sollen** die Vertragsparteien möglichst **vor der Ausführung** einen neuen Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten **vereinbaren** (§ 2 Nr. 5 S. 1, 2 VOB/B; § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B). Gleiches gilt, wenn **andere Anordnungen** des Auftraggebers (beispielsweise betreffend die Art der Bauausführung) zur einer Veränderung der Kalkulationsgrundlagen geführt haben (§ 2 Nr. 5 S. 1 VOB/B). Der Anspruch auf Preisanpassung besteht auch dann, wenn die Parteien sich hierüber nicht (rechtzeitig) einigen. Maßgeblich für die Berechnung der neuen Vergütung ist in allen Fällen die **ursprüngliche Preiskalkulation (Auftragskalkulation)**, die fortgeschrieben werden muss.⁷⁶ 45

Eine besondere Vergütung für zusätzlich verlangte Leistungen kann der Auftragnehmer gem. § 2 Nr. 6 Abs. 2 S. 1 VOB/B grundsätzlich nur verlangen, wenn er diesen Anspruch dem Auftraggeber vor Beginn der Ausführung **ankündigt**. Die Ankündigung ist nach h.M. **Anspruchsvoraussetzung**.⁷⁷ Das zwingt in der Praxis oft zu der schwierigen Abgrenzung zwischen Mehraufwendungen für Zusatzleistungen und solchen, die auf eine Änderung des Bauentwurfs oder auf sonstige Anordnungen des Auftraggebers zurückzuführen sind,⁷⁸ für die das Ankündigungserfordernis nicht besteht. 46

dd) Nicht bestellte Leistungen – § 2 Nr. 8 VOB/B. Für Leistungen, die der Auftraggeber nicht bestellt, nicht verlangt und nicht angeordnet hat, erhält der Auftragnehmer keine Vergütung (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 S. 1 VOB/B). Er muss sie vielmehr auf seine Kosten **beseitigen** (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 S. 2 VOB/B). Überdies haftet er auf **Schadenersatz** (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 S. 3 VOB/B). Etwas anderes gilt allerdings gem. § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 1 VOB/B, wenn der Auftraggeber die Leistungen **anerkennt**, was auch konkludent⁷⁹ durch Abnahme oder durch Zahlung eines Abschlags auf die Nachforderung des Auftragnehmers⁸⁰ geschehen kann. 47

Darüber hinaus enthält § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 2 VOB/B eine den Vorschriften zur **Geschäftsführung ohne Auftrag** nachgebildete Regelung, nach der der Auftragnehmer auch für unbestellte Leistungen eine gem. § 2 Nr. 8 Abs. 2 S. 3 VOB/B auf der Grundlage der vertraglichen Preise zu ermittelnde Vergütung erhält, soweit die Leistungen für die (mangelfreie) Erfüllung des Vertrags **notwendig** waren, dem **wirklichen oder mutmaßlichen Willen** des Auftraggebers entsprachen und diesem **unverzüglich angezeigt** wurden. Ohne vorherige Anzeige erhält der Auftragnehmer nach den über § 2 Nr. 8 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich eröffneten Grundsätzen der GoA lediglich **Aufwendungsersatz** gem. §§ 683, 670 BGB, der in der Regel der **üblichen Vergütung** entspricht.⁸¹ 48

7. Fälligkeit. a) Abnahme – § 640 BGB; § 12 VOB/B. Die Vergütung für Bauleistungen wird fällig mit der **Abnahme** des Werkes (§ 641 BGB). Abnahme meint auch im Geltungsbereich der VOB/B „die körperliche Hin- nahme, verbunden mit der Anerkennung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgerechte Leistung“.⁸² Sie kann ebenso wie beim BGB-Werkvertrag **ausdrücklich** (§ 12 Nr. 1, 2 VOB/B) oder **konkludent** (stillschweigend), etwa durch Ingebrauchnahme, erfolgen.⁸³ Insoweit wird auf die Kommentierung zu § 640 BGB verwiesen (siehe § 640 BGB Rn 12 ff.). 49

Für den Bauvertrag hat die in § 12 Nr. 4 VOB/B geregelte **förmliche Abnahme** besondere Bedeutung, weil sie in der Regel eine gemeinsame **Baubegehung** erfordert und zu einer schriftlichen **Protokollierung** des Abnahme- ergebnisses führt (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B). Darüber hinaus bietet sie die Möglichkeit, das für Abrechnungs- und Beweiszwecke wichtige **gemeinsame Aufmaß** (vgl. § 14 Nr. 2 S. 1 VOB/B) zu nehmen. In die Niederschrift sind etwaige **Vorbehalte** wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen (vgl. § 341 Abs. 3 BGB und § 11 Nr. 4 VOB/B), ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers aufzunehmen (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 S. 4 VOB/B), 50

75 Siehe im Einzelnen: Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 7 Rn 29.

76 BGH BauR 1999, 897; 1996, 378.

77 BGH BauR 1996, 542; OLG Düsseldorf BauR 1989, 483, 485; Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 6 Rn 12 f.; Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 198; Riedl, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Teil B, § 2 Rn 130; Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rn 853; a.A. OLG Celle BauR 1982, 381; Beck'scher VOB-Kommentar/Jagenburg, Teil B, § 2 Nr. 6 Rn 67 f.; Nicklisch/Weick, Teil B, § 2 Rn 71; zur Entbehrlichkeit der Ankün-

digung vgl. Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 6 Rn 14 f.

78 Ingenstau/Korbion/Keldungs, Teil B, § 2 Nr. 5 Rn 7 ff.

79 BGH NZBau 2000, 153.

80 Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 303.

81 BGH BauR 1974, 273.

82 BGHZ 48, 257, 262.

83 Ausführlich: Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 12 Nr. 1 Rn 11 ff.

mit den sich aus § 640 Abs. 2 BGB für die Geltendmachung von Mängelansprüchen ergebenden Konsequenzen. Jede Vertragspartei kann die förmliche Abnahme **verlangen**, jedoch nur, wenn sie im Vertrag vereinbart ist⁸⁴ und nur solange das Gewerk nicht bereits anderweitig abgenommen wurde,⁸⁵ worin in der Regel zugleich ein **Verzicht** auf die vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme zu sehen sein wird.⁸⁶ Erscheint der Auftragnehmer zum vereinbarten oder mit ausreichender Frist rechtzeitig angekündigten Abnahmetermin nicht, kann die förmliche Abnahme in seiner Abwesenheit erfolgen (§ 12 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B).

- 51** Von der stillschweigenden Abnahme zu unterscheiden ist die **fiktive Abnahme** gem. § 12 Nr. 5 VOB/B, die im Geltungsbereich der VOB/B abweichend von den Bestimmungen in § 640 Abs. 1 S. 3 BGB (siehe § 640 BGB Rn 27 ff.) und § 641a Abs. 1 BGB in zwei Varianten erfolgen kann: Die Leistung gilt als abgenommen
- mit Ablauf von zwölf Tagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung, § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B oder
 - nach Ablauf von sechs Tagen nach Inbenutzungnahme, wenn nichts anderes vereinbart ist, § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B.

Die fiktive Abnahme kommt nur in Betracht, wenn die Werkleistungen **abnahmereif** sind, d.h., sie müssen frei von wesentlichen Mängeln sein (vgl. § 12 Nr. 3 VOB/B, § 640 Abs. 1 S. 2 BGB).⁸⁷

- 52** § 12 Nr. 2 VOB/B bestimmt, dass **in sich abgeschlossene Teile der Leistung** (vgl. § 632a S. 1 BGB) auf Verlangen einer Vertragspartei gesondert abzunehmen sind. Von dieser rechtsgeschäftlichen Abnahme mit allen Abnahmewirkungen zu unterscheiden ist die so genannte „**technische (Teil-)Abnahme**“ i.S.d. § 4 Nr. 10 VOB/B, die lediglich der technischen Überprüfung der Leistung und damit der Vorbereitung der späteren rechtsgeschäftlichen Abnahme des Gesamtwerkes dient.⁸⁸

- 53 b) Fälligkeit ohne Abnahme.** Die Wirkungen der Abnahme und damit u.a. die Fälligkeit des Werklohnanspruchs treten auch dann ein, wenn der Auftraggeber die Abnahme grundlos endgültig **verweigert**.⁸⁹ Unter welchen Umständen die Abnahmeverweigerung unberechtigt ist, ergibt sich für den BGB-Werkvertrag aus § 640 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach darf die Abnahme nicht wegen **unwesentlicher Mängel** verweigert werden. In § 12 Nr. 3 VOB/B heißt es demgegenüber, dass die Abnahme der Werkleistung nur wegen **wesentlicher Mängel** verweigert werden darf. Der Regelungsgehalt beider Vorschriften ist dennoch der gleiche.⁹⁰ Insbesondere trägt der Auftragnehmer auch im Rahmen eines VOB/B-Vertragsverhältnisses die Beweislast dafür, dass die Leistung ohne wesentliche Mängel ist.⁹¹

- 54** Wenn der Auftraggeber wegen tatsächlich vorhandener Mängel zu Recht **Schadensersatz statt der Leistung** gem. §§ 634 Nr. 4, 281 BGB oder **Minderung** gem. §§ 634 Nr. 3, 638 BGB geltend macht, erlischt sein **Nacherfüllungsanspruch**. Das bedeutet in rechtlicher Konsequenz, dass der Werklohnanspruch des Auftragnehmers trotz u.U. berechtigter Abnahmeverweigerung fällig wird.⁹² Gleiches gilt nach h.M. im Ergebnis bei wirksamer Kündigung des Werkvertrags gem. § 649 BGB.⁹³ Soweit der BGH den Auftraggeber – mit Recht – auch nach vorzeitiger Beendigung des Vertrags für **verpflichtet** erachtet, die bis dahin fertig gestellten Werkleistungen **abzunehmen**,⁹⁴ folgt daraus entgegen anderer Auffassung⁹⁵ nicht, dass die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs auch in diesen Fällen an die Abnahme geknüpft ist.

- 55** Des Weiteren wird der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers auch ohne Abnahme fällig, wenn er eine **Fertigstellungsbescheinigung** vorlegt (§ 641a BGB).⁹⁶

- 56** Von praktischer Relevanz für den Eintritt der Fälligkeit ist, dass der Auftraggeber gem. §§ 293, 295 BGB in **Annahmeverzug** gerät, wenn er die Abnahme wegen unstreitiger (wesentlicher) Mängel verweigert und gleichwohl eine vom Unternehmer angebotene taugliche Nachbesserung nicht annimmt. Dann kann der Auftragnehmer entsprechend § 322 Abs. 2 BGB auf **Leistung nach Empfang der Gegenleistung** klagen.⁹⁷ So muss auch titulierte

84 Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 12 Nr. 4 Rn 4.

85 Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 12 Nr. 4 Rn 5.

86 Vgl. BGH BauR 1977, 344; OLG Stuttgart BauR 1974, 344; BGH BauR 1979, 56 – für gleichzeitigen Verzicht auf einen vertraglichen Schriftformvorbehalt.

87 Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 12 Nr. 3 Rn 1 m.w.N.; Palandt/Sprau, § 640 Rn 8; Schwanz, BrBp 2003, 180, 181; a.A. Peters, NZBau 2000, 171.

88 BGH BauR 1975, 423.

89 OLG Düsseldorf OLGR 1994, 75.

90 Kapellmann/Messerschmidt/Havers, Teil B, § 12 Rn 76 m.w.N.; Leupertz/Merkens, Handbuch Bauprozess, § 9 Rn 48; zweifelnd Werner/Pastor, Der Bauprozess, Rn 1366 f.

91 BGH BauR 1992, 627; Kapellmann/Messerschmidt/Havers, Teil B, § 12 Rn 76; Ingenstau/Korbion/Oppler,

Teil B, § 12 Nr. 3 Rn 5; a.A. Vygen, Bauvertragsrecht nach VOB – Grundwissen, S. 67.

92 BGH BauR 2003, 88; BGH BauR 2000, 98.

93 H.M.; zuletzt: OLG Hamm BauR 2003, 1746; zutreffend Schmitz, IBR 2004, 53; a.A. Schwanz, BrBp 2003, 180, 183; Acker/Roskosny, BauR 2003, 1279.

94 BGH BauR 2003, 689.

95 Acker/Roskosny, BauR 2003, 1279, 1281 f.

96 Die für eine erleichterte Abwicklung des Werkvertragsverhältnisses konzipierte Regelung geht völlig an den Bedürfnissen der Baupraxis vorbei und ist deshalb weitgehend ohne Bedeutung geblieben. Im 21. Zivilsenat des OLG Düsseldorf hat es in den vergangenen zwei Jahren keinen einzigen Fall gegeben, in dem eine Fertigstellungsbescheinigung eine Rolle gespielt hat.

97 BGH NJW 2002, 1262.

werden. Der Auftragnehmer kann dann seinen Vergütungsanspruch vollstrecken, ohne zuvor seine Gegenleistung (Nacherfüllung) erbringen zu müssen, §§ 323 Abs. 3, 274 Abs. 2 BGB.⁹⁸ Allerdings sollte er wegen § 756 ZPO mit einem entsprechenden Feststellungsantrag auch den Annahmeverzug schon im Erkenntnisverfahren titulieren lassen.

Für die Abwicklung von Bauverträgen bedeutsam ist die Regelung in § 641 Abs. 2 BGB. Danach wird der Vergütungsanspruch des **Subunternehmers** gegen den Hauptunternehmer/Generalunternehmer ohne Abnahme fällig, soweit dieser vom Bauherrn für die nämlichen Werkleistungen eine Vergütung erhalten hat. Hat der Hauptunternehmer dem Bauherrn wegen eventueller Mängel des Werkes **Sicherheit** leisten müssen, so kann der Subunternehmer nur dann Zahlung vor Abnahme verlangen, wenn er dem Hauptunternehmer seinerseits Sicherheit in entsprechender Höhe leistet. 57

c) Prüffähige Schlussrechnung. Beim VOB/B-Werkvertrag ist die Fälligkeit der Vergütung nicht nur an die Abnahme geknüpft. Vielmehr muss gem. §§ 14 Nr. 1 S. 1, 16 Nr. 3 VOB/B die Erteilung einer **prüffähigen Schlussrechnung** hinzukommen,⁹⁹ wobei die Fälligkeit erst nach Ablauf einer Prüffrist von zwei Monaten oder frühestens mit vorherigem Zugang einer Mitteilung des Auftraggebers über das Prüfergebnis eintritt. Im Rahmen eines **BGB-Werkvertrags** ist die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung nach h.M. hingegen keine Fälligkeitsvoraussetzung.¹⁰⁰ 58

Die Schlussrechnung i.S.d. § 16 Nr. 3 VOB/B muss nicht als solche bezeichnet sein. Sie muss aber erkennen lassen, dass der Auftragnehmer seine Leistungen endgültig und abschließend abrechnen will. Sonst handelt es sich ggf. um eine **Abschlags- oder Teilschlussrechnung**. Die Anforderungen an die **Prüfbarkeit** ergeben sich weitgehend unmittelbar aus § 14 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B.¹⁰¹ Allerdings wird der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers auch ohne die Erteilung einer in diesem Sinne prüfbaren Schlussrechnung fällig, wenn den berechtigigten **Kontroll- und Informationsinteressen** des Auftraggebers anderweitig Genüge getan ist und sich der Einwand mangelnder Prüfbarkeit als **rechtsmissbräuchlich** und mit den Grundsätzen von **Treu und Glauben** nicht vereinbar erweist. Die hierfür maßgeblichen Grundsätze hat der BGH in einer wichtigen Entscheidung vom 27.11.2003 zusammengefasst und ausgebaut.¹⁰² 59

Für den **Stundenlohnvertrag** ergeben sich aus § 15 VOB/B – auch abseits der Fälligkeitsproblematik – weitere Anforderungen an die Erfassung und Abrechnung des Zeitaufwands, insbesondere betreffend die Anfertigung, Vorlage und Rückgabe von **Stundenlohnzetteln** (auch: Rapportzettel, Tagesberichte etc.). 60

8. Verjährung. Für Vergütungsansprüche des Auftragnehmers gilt die **regelmäßige Verjährungsfrist** von drei Jahren (§ 195 BGB). Die Frist beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Ende des Jahres, in dem der **Anspruch entstanden** ist und der Auftragnehmer von den seine Forderung begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Entstanden ist der Anspruch, wenn er **fällig** ist, beim BGB-Werkvertrag also regelmäßig mit **Abnahme** (siehe Rn 49 ff.), wohingegen beim **VOB-Vertrag** die Einreichung einer prüffähigen Rechnung und der Ablauf der Prüffrist bzw. die vorzeitige Mitteilung des Prüfergebnisses hinzukommen müssen. Das gilt auch, wenn das Vertragsverhältnis vorzeitig beendet worden ist.¹⁰³ 61

9. Exkurs: Abschlagsforderungen. Beim Werkvertrag erhält der vorleistungspflichtige Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung erst, wenn er die vertragliche geschuldete Leistung vollständig erbracht hat (§§ 633 Abs. 1, 641 BGB). Er muss also die oft erheblichen Kosten vieler Bauvorhaben **vorfinanzieren**; überdies trägt er das nicht unerhebliche Risiko einer Insolvenz seines Auftraggebers. Letzteres kann er durch Inanspruchnahme der Rechte aus §§ 648, 648a BGB absichern; **liquide Mittel** erhält er jedoch nur durch die Geltendmachung von **Voraus- oder Abschlagszahlungen**. 62

Die hierfür in § 632a BGB geschaffene Regelung geht an diesen Bedürfnissen des Baugewerbes vorbei, weil Abschlagszahlungen gem. § 632a BGB außer für eigens angefertigte Stoffe und Bauteile nur für **in sich abgeschlossene Teile des Werkes** verlangt werden können. Die maßgeblichen Kriterien für eine zweckentsprechende **Auslegung** dieses unbestimmten Rechtsbegriffs sind bisher nicht geklärt; eine obergerichtliche Rechtsprechung hierzu existiert noch nicht. Um der gesetzlich intendierten Liquiditätssicherung zugunsten des Auftragnehmers überhaupt Geltung zu verschaffen, wird der Begriff im Ergebnis jedenfalls großzügiger auszulegen sein als im 63

98 BGH BauR 2002, 266; vgl. auch OLG Köln JurBüro 1989, 873.

99 Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, Teil B, § 16 Rn 192.

100 BGH BauR 1981, 199; OLG Frankfurt NJW-RR 2000, 755; Kapellmann/Messerschmidt, Teil B, § 16 Rn 192;

a.A. OLG Frankfurt BauR 1997, 856; zum Meinungsstand vgl. *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rn 1370 m.w.N.

101 Im Einzelnen hierzu: Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, Teil B, § 14 Rn 12 ff.

102 BGH BauR 2004, 316, 319.

103 BGH BauR 2000, 589.

Rahmen der §§ 12 Nr. 2, 16 Nr. 4 VOB/B,¹⁰⁴ wonach nur eine **für sich genommen funktionsfähige Teilleistung** als in sich abgeschlossen gilt.¹⁰⁵ Solche Teilleistungen kommen am Bau fast nicht vor.¹⁰⁶ Deshalb wird man es für § 632a BGB als ausreichend erachten können, wenn die Teilleistung zumindest **selbständig nutzbar und wertbar** ist oder wenn es sich um eine Leistung handelt, die im Geschäftsverkehr auch **selbständig beauftragt** wird. Maßgebend kann auch sein, ob die noch fehlenden Restleistungen **ohne weiteres gesondert vergeben** werden könnten.¹⁰⁷ Ob hingegen eine Leistung schon dann in sich abgeschlossen im obigen Sinne ist, wenn sie einer Position des Leistungsverzeichnisses entspricht,¹⁰⁸ erscheint fraglich.

- 64** Für den **VOB/B-Bauvertrag** bestimmt § 16 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/B, dass der Auftragnehmer für nachgewiesene Teilleistungen einen Abschlag auf den Vertragspreis verlangen kann, und zwar in voller Höhe des Wertes dieser Leistungen einschließlich Umsatzsteuer. Der – wichtige – Unterschied zum BGB-Werkvertrag besteht darin, dass es sich dabei nicht um in sich abgeschlossene Teilleistungen handeln muss. Sie müssen jedoch hier wie dort **vertragsgemäß** erbracht sein. Vertragsgemäß in diesem Sinne heißt nicht **mangelfrei**.¹⁰⁹ Jedenfalls das Vorhandensein von **nur unwesentlichen Mängeln** dürfte dem Anspruch auf Abschlagszahlung nicht entgegenstehen.¹¹⁰ Allerdings steht dem Auftraggeber wegen solcher Mängel ein **Leistungsverweigerungsrecht** mindestens in Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten (§ 641 Abs. 3 BGB) zu, das er der Abschlagsforderung entgegenhalten kann.¹¹¹
- 65** Der Auftragnehmer muss die Abschlagsforderung **verlangen** (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/B) und **prüfbar abrechnen** (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B). Dann muss der Auftragnehmer innerhalb von 18 Werktagen zahlen (§ 16 Nr. 3 VOB/B), für eigens angefertigte oder (nur) angelieferte und bereitgestellte Bauteile und Baustoffe jedoch nur gegen Übereignung oder Sicherheitsleistung (§ 16 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/B).
- 66** Wenn der Auftraggeber auf berechnete Abschlagsforderungen nicht zahlt, darf der Auftragnehmer nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist die **Arbeiten einstellen** (§ 16 Nr. 5 Abs. 3, 5 VOB/B) und, wenn der Auftraggeber den so entstandenen Zahlungsverzug zu vertreten hat, den Vertrag gem. § 9 Nr. 1b VOB/B mit den sich aus § 9 Nr. 3 VOB/B ergebenden Folgen **kündigen**. Dieses Recht dürfte dem Auftragnehmer auch im Rahmen eines **BGB-Werkvertrags** jedenfalls dann zustehen, wenn der Auftraggeber gem. § 286 BGB mit der Bezahlung der Abschlagsforderung in Verzug geraten ist.¹¹²
- 67** § 16 Nr. 1 VOB/B hält trotz des Verzichts auf das nach § 632a BGB vorgesehene Abgeschlossenheitserfordernis und der gegenüber § 632a BGB verringerten Sicherungspflichten nach allgemeiner Auffassung einer isolierten Inhaltskontrolle stand.¹¹³

IV. Abrechnung/Zahlung – § 16 VOB/B

- 68** Die VOB/B enthält in § 16 abweichend vom BGB-Werkvertragsrecht ein straffes **Abrechnungssystem**, wodurch möglichst rasch eine endgültige Auseinandersetzung der Vertragsparteien erreicht werden soll. Aus den für die Schlusszahlung und ihre Wirkungen maßgeblichen Bestimmungen in § 16 Nr. 3 Abs. 2 bis 6 VOB/B folgt, dass der Auftragnehmer mit **Nachforderungen** weitgehend **ausgeschlossen** ist, wenn er die Schlusszahlung des Auftraggebers vorbehaltlos annimmt. Die dortigen Regelungen stellen eine wesentliche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild dar und halten deshalb einer **isolierten Inhaltskontrolle** nach Maßgabe des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand.¹¹⁴
- 69** **Voraussetzung** für die Ausschlusswirkung der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung ist zunächst, dass der Auftraggeber auf die **Schlussrechnung** – auch die nicht prüffähige¹¹⁵ oder gem. § 14 Nr. 4 VOB/B von ihm selbst erstellte¹¹⁶ – eine **Schlusszahlung** geleistet hat, die nicht der Rechnungssumme entsprechen muss. Entscheidend ist vielmehr, dass die Zahlung nach den Umständen als **endgültige und abschließende Leistung** auf den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers anzusehen ist. Eine – zwingend **schriftliche**¹¹⁷ – **Erklärung** des Auftraggebers, mit der er nach Prüfung der Rechnung unter Hinweis auf bereits geleistete Zahlungen **weitere Zahlungen ablehnt**, steht der Schlusszahlung gleich (§ 16 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B).
- 70** Die Ausschlusswirkung greift nur ein, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer **schriftlich** über die Schlusszahlung **unterrichtet** und auf die Ausschlusswirkung **hingewiesen** hat (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B). Die Schriftform

104 Ebenso: *Motzke*, NZBau 2000, 489; *Voppel*, BrBp 2004, 93, 94; a.A. *Kiesel*, NJW 2000, 1673, 1675.

105 Vgl. *Ingenstau/Korbion/Oppler*, Teil B, § 12 Nr. 2 Rn 6 f.

106 Vgl. *Merkens*, BauR 2001, 515, 517.

107 So zutreffend *Voppel*, BrBp 2004, 93, 94; vgl. auch *Palandt/Sprau*, § 632a Rn 5.

108 So *Rodemann*, BauR 2002, 863, 864 f.

109 So aber *Kirberger*, BauR 2001, 492, 499; *Kiesel*, NJW 2000, 1673, 1675.

110 *Motzke*, NZBau 2000, 489; *Voppel*, BrBp 2004, 93, 94; *Kniffka*, ZfBR 2000, 227, 238; *Palandt/Sprau*, § 632a Rn 5.

111 *Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt*, Teil B, § 16 Rn 108.

112 Zum Ganzen: *Ingenstau/Korbion/Vygen*, Teil B, § 9 Nr. 1 Rn 48 f.

113 Vgl. nur *Ingenstau/Korbion/Locher*, Teil B, § 16 Nr. 1 Rn 3; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, Rn 1237 m.w.N.

114 BGH BauR 1998, 614.

115 BGH BauR 1987, 329, 331; OLG Frankfurt BauR 1988, 615, 616.

116 *Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt*, Teil B, § 16 Rn 213.

117 BGH BauR 1999, 944.

ist **zwingend**,¹¹⁸ ob Unterrichtung und Hinweis in einem **einheitlichen Schreiben** enthalten sein müssen, ist streitig.¹¹⁹ Jedenfalls müssen beide Erklärungselemente dem Auftragnehmer nachweisbar zugehen.¹²⁰

Der Auftragnehmer muss die Schlusszahlung **vorbehaltlos angenommen** haben. Um der Ausschlusswirkung zu entgehen, ist ein eventueller Vorbehalt binnen **24 Werktagen** nach Zugang der Schlusszahlungserklärungen des Auftraggebers gem. § 16 Nr. 3 Abs. 2 und 3 VOB/B zu erklären. Innerhalb von weiteren 24 Werktagen muss der Auftragnehmer dann eine prüfbare Schlussrechnung über die vorbehaltenen Forderungen einreichen oder diese schriftlich eingehend **begründen** (§ 16 Nr. 3 Abs. 5 S. 2 VOB/B).

Durch die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung wird der Auftragnehmer mit **sämtlichen Nachforderungen** für Werkleistungen aus dem zugrunde liegenden Bauvertrag ausgeschlossen, auch wenn sie nicht in der Schlussrechnung enthalten waren.¹²¹ Vom Ausschluss umfasst sind alle Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche sowie Ansprüche aus Verzug und Behinderung,¹²² des Weiteren alle früher gestellten, jedoch zum Zeitpunkt der Schlusszahlungsannahme noch **unerledigten Ansprüche**, soweit der Auftragnehmer sie sich nicht nochmals ausdrücklich vorbehält (§ 16 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B).

V. Ausführung

1. Kooperationspflichten. Die aufgrund der Vielzahl von planerischen und technischen Unwägbarkeiten oft komplizierte Durchführung eines Bauvertrags erfordert Flexibilität und **Kooperation**. Das hat der BGH gerade in den letzten Jahren immer wieder betont.¹²³ Wichtiger Bestandteil dieser Kooperationsverpflichtung sind die Vorschriften der VOB/B zur **gemeinsamen Ermittlung des Bautenstandes**. So müssen Auftraggeber und Auftragnehmer den **Zustand von Teilen der Leistung** auf Verlangen schon während der Bauausführung gemeinsam feststellen, wenn die betroffenen Bauteile durch den Baufortschritt der weiteren Prüfung und Feststellung entzogen werden (§ 4 Nr. 10 VOB/B). Daran anknüpfend regelt § 14 Nr. 2 VOB/B, dass die für die **Abrechnung** notwendigen Feststellungen dem Fortgang der Werkleistungen entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen sind, was der Auftragnehmer bei nachträglich schwer feststellbaren Leistungen (rechtzeitig) beantragen kann. Und schließlich mündet die Pflicht zur abrechnungsbezogenen Zusammenarbeit in der durch § 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B manifestierten Vorgabe, das Ergebnis einer möglichst **förmlichen Abnahme** in **gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederlegen** zu sollen. Darüber hinaus finden sich auch in vielen DIN-Normen ähnliche Regelungen zur Kooperationsverpflichtung der Baubeteiligten.¹²⁴

2. Vertragspflichten des Auftragnehmers. a) Hinweis- und Beratungspflicht. Der Auftragnehmer muss die ihm übertragenen Werkleistungen grundsätzlich so herstellen, wie sie der Auftraggeber geplant und ausgeschrieben hat. Und er muss etwaigen (nachträglichen) Anordnungen des Auftraggebers zur Bauausführung gem. § 1 Nr. 3 VOB/B und § 4 Nr. 1 VOB/B Folge leisten. In der Baupraxis kann allerdings der regelmäßig mit Spezialwissen ausgestattete Werkunternehmer zumeist besser beurteilen, ob der beabsichtigte Bauerfolg mit den Vorgaben des Auftraggebers mangelfrei zu erreichen ist. Deshalb muss er gem. § 4 Nr. 3 VOB/B etwaige Bedenken gegen die geplante Bauausführung oder gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer (Vor-)Unternehmer rechtzeitig geltend machen (vgl. auch § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B für besondere Anordnungen) und er muss sie dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Arbeiten – **schriftlich anzeigen**. Versäumt er dies oder nimmt er seine **Beratungs- und Hinweispflicht** nicht ausreichend wahr,¹²⁵ so hat das schwerwiegende Folgen. Dann nämlich muss er gem. § 13 Nr. 3 VOB/B selbst für solche **Mängel seines Werkes eintreten**, die nicht auf eine in seine Verantwortung fallende unfachmännische Ausführung der Werkleistungen, sondern auf die planerischen und ausführungstechnischen Vorgaben des Auftraggebers oder auf die Beschaffenheit der von ihm bereitgestellten Baustoffe und Bauteile zurückzuführen sind, wozu grundsätzlich auch der Baugrund¹²⁶ und die Vorleistungen anderer Unternehmer gehören.

Die Hinweispflicht gem. § 4 Nr. 3 VOB/B ist vertragliche **Hauptpflicht**.¹²⁷ Sie gilt entsprechend auch für den **BGB-Werkvertrag**, allerdings ohne die Verpflichtung, die Bedenken **schriftlich** mitteilen zu müssen.¹²⁸

118 BGH NJW 1999, 944.

119 Für die Einheitlichkeit: BGH BauR 1999, 396, 397; OLG Dresden BauR 2000, 279; a.A.: OLG Köln BauR 1994, 634, 635; Ingenstau/Korbion/Locher, Teil B, § 16 Nr. 3 Rn 94.

120 Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, Teil B, § 16 Rn 216.

121 Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, Teil B, § 16 Rn 222.

122 Kapellmann/Messerschmidt/Messerschmidt, Teil B, § 16 Rn 222.

123 Grundlegend für die „Kooperationsrechtsprechung“: BGH BauR 2000, 409.

124 Vgl. hierzu *Englert/Motzke/Katzenbach*, Beck'scher VOB-Kommentar Teil C (VOB/C), Verdingungsordnung für Bauleistungen, 2003.

125 Eingehend zu den in Rechtsprechung und Literatur in vielen Einzelheiten umstrittenen Hinweispflichten des Auftragnehmers: Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 4 Nr. 3.

126 Zum so genannten „Baugrundrisiko“ vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, Teil B, § 2 Rn 41 ff. und § 6 Rn 19.

127 Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 4 Nr. 3 Rn 4.

128 BGH Schäfer/Finner/Hochstein Z. 2.400, Bl. 31; Ingenstau/Korbion/Oppler, Teil B, § 4 Nr. 3 Rn 3.

- 76 b) Sonstige Vertragspflichten des Auftragnehmers.** Der Auftragnehmer hat die Werkleistungen gem. § 4 Nr. 2 VOB/B in **eigener Verantwortung** vertragsgerecht nach den **anerkannten Regeln der Technik** und unter Berücksichtigung der **gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen** auszuführen, und zwar auch, soweit er den Anordnungen des Auftraggebers Folge zu leisten hat (§ 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B). Er darf sie nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers einem **Nachunternehmer** überlassen, es sei denn, sein Betrieb ist auf die verlangten Leistungen erkennbar nicht eingerichtet (§ 4 Nr. 8 VOB/B). Darüber hinaus werden ihm gem. § 4 Nr. 5 VOB/B **Erhaltungs- und Schutzpflichten** an den von ihm bereits erbrachten Leistungen und den vom Auftraggeber bereitgestellten Baustoffen und Bauteilen abverlangt. Die Verletzung solcher Vertragspflichten berechtigt den Auftraggeber ggf. zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund.¹²⁹ Darüber hinaus haftet der Auftragnehmer u.U. gem. § 280 Abs. 1 auf Schadensersatz.¹³⁰
- 77 c) Mitwirkungspflichten des Auftraggebers.** Für den BGB-Werkvertrag ergibt sich aus § 642 BGB, dass der Auftraggeber bei der Herstellung des Werkes mitwirken muss. Diese allgemeine **Mitwirkungspflicht** hat für die vertragsgerechte und reibungslose Abwicklung des oft komplizierten Baugeschehens große Bedeutung und ist in zahlreichen Bestimmungen der VOB/B konkretisiert. Die wichtigsten Aspekte der vertraglichen Mitwirkungsobliegenheiten¹³¹ des Auftraggebers sind:
- Die Bereitstellung des **Baugrundstücks in baureifem Zustand**. Denn auch der Baugrund ist Baustoff i.S.d. § 13 Nr. 3 VOB/B (vgl. auch § 645 BGB);¹³²
 - die Herbeiführung der für die Realisierung des Bauvorhabens erforderlichen **öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse** (§ 4 Nr. 1 S. 2 VOB/B);
 - die rechtzeitige Übergabe der **Ausführungsunterlagen**, namentlich Pläne und Zeichnungen (§ 3 Nr. 1 VOB/B);
 - das **Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlagen** (§ 3 Nr. 2 VOB/B);
 - die **Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle** (§ 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B);
 - die – insbesondere zeitliche (Bauzeitenplan) – **Koordinierung** der verschiedenen Gewerke (§ 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B);
 - die – grundsätzlich allerdings kostenpflichtige – **Überlassung** notwendiger Lager und Arbeitsplätze auf der Baustelle sowie der vorhandenen Anschlüsse für Wasser und Energie zur (Mit-)Benutzung (§ 4 Nr. 4 VOB/B).
- 78** Kommt der Auftraggeber seinen Mitwirkungspflichten nicht oder nicht ausreichend nach, kann der Auftragnehmer den Bauvertrag gem. § 9 Nr. 1a) VOB/B **kündigen** (vgl. § 643 BGB), wenn er die Behinderung angezeigt hat (vgl. § 6 Nr. 1 VOB/B) und der Auftraggeber in Annahmeverzug geraten ist. Darüber hinaus hat er unter den Voraussetzungen des § 642 BGB einen Anspruch auf angemessene Entschädigung (§ 9 Nr. 3 S. 2 VOB/B).
- 79 d) Ausführungsfristen – § 5 VOB/B.** Das BGB-Werkvertragsrecht enthält keine speziellen Vorschriften zur Bauzeit. Dabei hat die Einhaltung des von den Parteien bei Vertragsschluss regelmäßig vorausgesetzten Zeitplans oft große Bedeutung für die auskömmliche Realisierung des jeweiligen Bauvorhabens. Dem trägt § 5 VOB/B Rechnung, wonach die **Ausführung** des Werkes innerhalb der vertraglich festgelegten Fristen zu beginnen, zu fördern und zu vollenden ist. Das setzt allerdings voraus, dass es sich um **verbindliche Vertragsfristen** handelt,¹³³ was ggf. durch Auslegung zu ermitteln ist. Sind die Fristen hingegen in einem **Bauzeitenplan** enthalten, muss die Verbindlichkeit ausdrücklich vereinbart sein (§ 5 Nr. 1 VOB/B). Verbindliche Ausführungsfristen können betreffen:
- den Ausführungsbeginn, der andernfalls zwölf Werktage nach Aufforderung zu erfolgen hat (§ 5 Nr. 2 VOB/B);
 - Zwischentermine und Einzelfristen;
 - die Fertigstellungsfrist oder die Bauzeit;
 - den Fertigstellungstermin.
- 80** Die **Rechtfolgen** der Fristversäumung durch den Auftragnehmer ergeben sich aus § 5 Nr. 4 VOB/B. Danach kann der Auftraggeber **Schadensersatz** gem. § 6 Nr. 6 VOB/B beanspruchen (siehe Rn 84 ff.) oder dem Auftragnehmer eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist **den Auftrag entziehe** (§ 8 Nr. 3 VOB/B). Nach der Entziehung des Auftrages schuldet der Auftragnehmer ggf. Schadensersatz nach Maßgabe der Bestimmungen in § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Auftragnehmer sich in **Verzug** befindet, was bei der Versäumung von Vertragsfristen wegen

129 BGH BauR 2000, 409.

130 Kapellmann/Messerschmidt/*Merkens*, Teil B, § 4 Rn 129, 206.131 Kapellmann/Messerschmidt/*von Rintelen*, Teil B, § 9 Rn 10 f.132 Ganz h.M., vgl. BGH NJW 2000, 1336; zum Meinungsstand: *Englert/Grauwogl/Maurer*, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, Rn 900 m.w.N.133 Siehe hierzu Ingenstau/Korbion/*Döring*, Teil B, § 5 Nr. 1 bis 3 Rn 2 ff.

§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorbehaltlich fehlenden Verschuldens regelmäßig der Fall sein dürfte. Schließlich kommt unter den Voraussetzungen des § 11 VOB/B bzw. der §§ 339 ff. BGB die Geltendmachung einer **Vertragsstrafe** in Betracht.¹³⁴

VI. Behinderung

Gegenstück zu der vom Auftragnehmer zu verantwortenden Bauverzögerung ist seine **Behinderung** durch solche Umstände, die ihre Ursache im Risikobereich des Auftraggebers haben, oft (aber nicht notwendig) in Form eines Verstoßes gegen die ihm obliegenden **Mitwirkungspflichten**. Als Behinderungstatbestände kommen beispielsweise in Betracht:

- mangelhafte Leistungen eines Vorunternehmers, auf denen die Werkleistungen des Auftragnehmers aufbauen;
- verspätete Lieferung von Bauplänen;
- mangelhafte Koordination des Bauablaufs;
- behördlich angeordneter Baustopp;
- Streik und Aussperrung (§ 6 Nr. 2 Abs. 1b) VOB/B),

nicht aber **Witterungseinflüsse** während der Ausführungszeit, wenn mit ihnen schon bei Abgabe des Angebots gerechnet werden musste (§ 6 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B).

Wenn sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert glaubt, muss er dies dem Auftraggeber **unverzüglich schriftlich anzeigen** (§ 6 Nr. 1 S. 1 VOB/B). Andernfalls hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn aufgrund von ihm nachzuweisender Umstände davon auszugehen ist, dass dem Auftraggeber die behindernde Tatsache **und** die sich daraus für die Bauausführung ergebenden Folgen bekannt waren (§ 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B).¹³⁵

Wegen einer Behinderung aus dem Verantwortungs- und Risikobereich des Auftraggebers kann der Auftragnehmer gem. § 6 Nr. 2 Abs. 1a) VOB/B – verschuldensunabhängig¹³⁶ – eine angemessene **Verlängerung der Ausführungsfristen** verlangen. Darüber hinaus hat der Auftraggeber gem. § 2 Nr. 5, 6 oder 7 VOB/B etwaige **Mehrkosten** zu erstatten, wenn die Bauablaufstörung auf eine anordnungsbedingte Veränderung des Bausolls zurückzuführen ist (siehe Rn 38 ff.). Dazu gehören nach zutreffender Auffassung auch solche Mehraufwendungen, die durch **Beschleunigungsanordnungen** des Auftraggebers entstanden sind.¹³⁷

Nach § 6 Nr. 6 VOB/B hat der Auftragnehmer Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Behinderung **nachweislich entstandenen Schadens**, wenn der Auftraggeber die hindernden Umstände zu **vertreten** hat. **Entgangenen Gewinn** erhält er jedoch nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit erstattet (§ 6 Nr. 6 Hs. 2 VOB/B). Der Schaden ist **konkret** nach der Differenzmethode zu berechnen, kann aber gem. § 287 ZPO geschätzt werden.¹³⁸

§ 6 Nr. 6 VOB/B findet nach der Rechtsprechung des BGH keine Anwendung, wenn die Behinderung durch verspätete oder mangelnde **Vorunternehmerleistungen** entstanden ist. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Vorunternehmer nicht Erfüllungshilfe des Auftraggebers sei und dieser deshalb nicht für dessen vorwerfbares Fehlverhalten einzustehen habe.¹³⁹ Die dadurch entstandene Haftungslücke hat der BGH durch Gewährung eines verschuldensunabhängigen **Entschädigungsanspruches aus § 642 BGB** zu schließen versucht,¹⁴⁰ freilich mit dem nicht ganz befriedigenden Ergebnis, dass der Auftragnehmer selbst bei grober Fahrlässigkeit keinen Ersatz für Wagnis und entgangenen Gewinn erhält.¹⁴¹ Der Rückgriff auf § 642 BGB erscheint im Übrigen dogmatisch bedenklich, weil § 6 Nr. 6 VOB/B eine abschließende Regelung für die Haftung der Bauvertragsparteien bei hindernden Umständen enthält, die für einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch keinen Raum lässt.¹⁴²

Die Folgen einer längeren **Unterbrechung der Bauausführung** sind in § 6 Nr. 5 bis 7 VOB/B geregelt. Dann sind – sofern der Auftragnehmer die Unterbrechung nicht zu vertreten hat¹⁴³ – die bereits ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und der Auftragnehmer erhält überdies die darüber hinaus bereits entstandenen Kosten erstattet, soweit diese nicht bereits in den Vertragspreisen für die erbrachten Leistungen enthalten

134 Im Einzelnen: *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, § 25 Rn 1 ff.

135 Zur Entbehrlichkeit der Anzeige: BGH NZBau 2002, 383; BGH NJW 2000, 1336.

136 Ingenstau/Korbion/Döring, Teil B, § 2 Rn 6.

137 *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB – Grundwissen, S. 154; a.A. *Thode*, ZfBR 2004, 214 ff.

138 Siehe hierzu OLG Düsseldorf BauR 2003, 892, das behinderungsbedingte Gerätemehrkosten auf der Grundlage der Baugeräteliste geschätzt hat; zu den Einzelheiten der

Schadensberechnung vgl. auch *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, § 24 Rn 92 ff.

139 BGH BauR 2000, 722; 1985, 561; a.A.: Ingenstau/Korbion/Döring, Teil B, § 6 Nr. 6 Rn 6; *Vygen*, Bauvertragsrecht nach VOB – Grundwissen, S. 155.

140 BGH BauR 2000, 722.

141 Ingenstau/Korbion/Döring, Teil B, § 6 Nr. 6 Rn 3.

142 Ebenso: Ingenstau/Korbion/Döring, Teil B, § 6 Nr. 6 Rn 2 ff.; *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, § 24 Rn 91.

143 *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, § 24 Rn 107.

sind (§ 6 Nr. 5 VOB/B). Dauert die Unterbrechung länger als drei Monate, so kann jede Partei den Vertrag schriftlich kündigen und der Vertrag ist nach Maßgabe der Bestimmungen in § 6 Nr. 5, 6 VOB/B abzurechnen.

VII. Kündigung – §§ 8 und 9 VOB/B

- 87** Der Auftraggeber darf auch im Rahmen eines VOB/B-Bauvertrags jederzeit **frei kündigen** (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B). Die **Abrechnung** des vorzeitig beendeten Vertrags hat dann gem. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B nach den für § 649 BGB maßgeblichen Grundsätzen zu erfolgen. Das bedeutet, dass beim **Einheitspreisvertrag** die tatsächlich erbrachten Massen und Mengen den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses zuzuordnen und mit den hierfür vereinbarten Einheitspreisen zu multiplizieren sind. Gleiches gilt im Ausgangspunkt für den **Detail-Pauschalvertrag**, allerdings mit der Maßgabe, dass der üblicherweise in die Pauschale eingerechnete Nachlass prozentual vom Einheitspreis abzuziehen ist. Indes: Soweit Massenmehrungen oder -minderungen entstanden sind, würde diese Abrechnungsweise zu einer wegen § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 1 VOB/B unzulässigen Veränderung des vertraglichen Preisgefüges führen. Deshalb muss der Auftragnehmer in diesen Fällen die erbrachte Teilleistung auf der Grundlage des um den Nachlass bereits gekürzten Vertragspreises „bewerten“.¹⁴⁴ Beim **Global-Pauschalvertrag** lässt sich eine positionsbezogene Abrechnung nicht bewerkstelligen. Dann bleibt dem Auftragnehmer nichts anderes übrig, als nachträglich zum Zwecke der Abrechnung **Leistungspositionen** zu bilden und seine für die Preisbildung maßgebliche **Kalkulation** offen zu legen.
- 88** Der Auftragnehmer muss die beanspruchte Vergütung gem. § 14 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOB/B **prüfbar abrechnen**, was mit Rücksicht auf die durch § 649 BGB vorgegebene Unterscheidung zwingend eine Aufgliederung nach erbrachten und nicht erbrachten Leistungen voraussetzt.
- 89** **Darlegungs- und beweispflichtig** für den Leistungsstand und die anzusetzenden Vertragspreise ist nach allgemeinen Grundsätzen der Auftragnehmer. Im Prozess muss er darüber hinaus auch zu den ersparten Aufwendungen und dem anderweitigen Erwerb nachvollziehbar vortragen, sonst ist seine Klage unschlüssig (**Erstdarlegungslast**). Entgegen weit verbreiteter Auffassung ist die Offenlegung der Kalkulation hierfür nicht zwingend geboten.¹⁴⁵ Der Auftragnehmer muss allerdings so viel über die nur ihm bekannten **kalkulatorischen Grundlagen** mitteilen, dass der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, im Sinne einer sachgerechten Rechtswahrung zu höheren Einsparungen oder weiter gehendem Erwerb vorzutragen, wofür der Auftraggeber **darlegungs- und beweispflichtig** ist.¹⁴⁶
- 90** Die VOB/B räumt den Vertragsparteien über die Kündigungstatbestände nach BGB-Werkvertragsrecht hinaus (§§ 643, 648a Abs. 5, 650 BGB; allgemein aus wichtigem Grund) Möglichkeiten ein, sich durch **außerordentliche Kündigung** vorzeitig vom Vertrag zu lösen:
- für beide Vertragsparteien:
 - § 6 Nr. 7 VOB/B: Unterbrechung länger als drei Monate
 - für den Auftraggeber:
 - § 8 Nr. 2 VOB/B: Insolvenz des Auftragnehmers
 - § 8 Nr. 3 VOB/B: Ablauf Nachfrist für Nachbesserung (§ 4 Nr. 7 VOB/B) und Mitwirkung (§ 8 Nr. 3 VOB/B)
 - § 8 Nr. 4 VOB/B: unzulässige Wettbewerbsbeschränkung
 - für den Auftragnehmer:
 - § 9 Nr. 1 Buchst. a) VOB/B: Annahmeverzug mit Mitwirkung
 - § 9 Nr. 1 Buchst. b) VOB/B: Zahlungsverzug.

VIII. Mängelrechte

- 91** Der gem. § 13 Nr. 1 VOB/B maßgebliche **Mangelbegriff** entspricht inhaltlich dem des BGB-Werkvertrags in § 633 Abs. 2 BGB.¹⁴⁷ Lediglich klarstellend ist in § 13 Nr. 1 VOB/B ausdrücklich niedergelegt, dass die Werkleistung den **anerkannten Regeln der Technik** entsprechen muss.
- 92** Für den **VOB-Vertrag** ergeben sich die Sachmängelrechte des Auftraggebers aus § 4 Nr. 7 und § 13 VOB/B.
- 93** Treten **vor der Abnahme** („während der Ausführung“) Mängel auf, kann der Auftraggeber gem. § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B vom Auftragnehmer sofort Beseitigung verlangen und ihm nach ergebnislosem Ablauf einer angemessenen Nachbesserungsfrist mit Kündigungsandrohung gem. §§ 4 Nr. 7 S. 3, 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B den **Auftrag entziehen** (kündigen). Danach kann er die ausstehenden Werkleistungen anderweitig auf Kosten des Auftragnehmers ausführen lassen und etwaige Mehraufwendungen erstattet verlangen (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 1 VOB/B). Hat er an der Ausführung des Gewerkes kündigungsbedingt kein Interesse mehr, steht ihm wahlweise auch **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** zu (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 VOB/B).

144 Im Einzelnen mit Berechnungsbeispiel: *Leupertz/ Merkens*, Handbuch Bauprozess, § 10 Rn 13.

145 *Kniffka*, in: Jahrbuch Baurecht 2002, S. 10 bis 12.

146 BGH NJW-RR 2001, 385; BGH NJW 1996, 1282.

147 Ingenstau/Korbion/Wirth, Teil B, § 13 Nr. 1 Rn 168.

Für die Zeit **nach der Abnahme** hat der Auftraggeber gem. § 13 VOB/B folgende Sachmängelrechte:

94

- **Nachbesserung** gem. § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B;
- **Ersatzvornahme** nach Ablauf einer angemessenen Nachbesserungsfrist gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B;
- **Minderung** gem. § 13 Nr. 6 VOB/B, aber nur wenn die Mängelbeseitigung unmöglich oder dem Auftraggeber unzumutbar ist oder wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verweigert, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert;
- **kleiner Schadensersatz** („an der baulichen Anlage“) gem. § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 1 VOB/B, wenn ein wesentlicher, die Gebrauchsfähigkeit erheblich einschränkender Mangel vorliegt und der Mangel auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist;
- **großer Schadensersatz** gem. § 13 Nr. 7 Abs. 3 S. 2 VOB/B wegen weiter gehender Schäden,
 - wenn der Mangel auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit oder einem Verstoß gegen die anerkannte Technik beruht;
 - wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht;
 - soweit der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.

Die **Verjährung** der Mängelrechte ist **abweichend** von den Vorschriften in § 634a BGB in § 13 Nr. 4 VOB/B geregelt. Das ist AGB-rechtlich unbedenklich, wenn die **VOB/B als Ganzes**, also ohne jede Änderung,¹⁴⁸ vereinbart ist (vgl. § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB). Die **Regelverjährungsfrist** beträgt gem. § 13 Nr. 4 Abs. 1, 2 VOB/B

95

- **vier Jahre** bei Arbeiten an einem **Bauwerk**;
- **zwei Jahre**
 - bei Arbeiten an einem **Grundstück**;
 - für vom **Feuer berührte Teile von Feuerungsanlagen**;
 - für **maschinelle und elektrotechnische/elektronische Anlagen** oder Teile davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen;
- **ein Jahr** für **feuerberührte und abgasgedämmte Industrielle Feuerungsanlagen**.

§ 13 Nr. 4 Abs. 1 S. 1 VOB/B räumt den Vertragsparteien ausdrücklich und vorrangig¹⁴⁹ die Möglichkeit ein, andere Verjährungsfristen zu vereinbaren. Davon wird in der Praxis regelmäßig Gebrauch gemacht, ohne dass dadurch die Einbeziehung der VOB/B als Ganzes berührt ist.

Der Lauf der Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung, für in sich abgeschlossene Teilleistungen mit der Teilabnahme (§ 13 Nr. 4 Abs. 3 VOB/B). Hinsichtlich der **Hemmung** und des **Neubeginns** der Verjährungsfrist bleibt es bei den allgemeinen Regeln des BGB.

96

Von großer praktischer Bedeutung ist die **quasi verjährungsunterbrechende Wirkung des Mängelbeseitigungsverlangens** des Auftraggebers gem. § 13 Nr. 5 S. 2 VOB/B. Danach verjährt der Anspruch auf Beseitigung von **gerügten Mängeln** in zwei Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, allerdings nicht vor Ablauf der Regelverjährungsfrist nach § 13 VOB/B Nr. 4 (oder der vereinbarten Frist). Voraussetzung hierfür ist ein **schriftliches Mängelbeseitigungsverlangen** des Auftraggebers, in dem die Mängel hinreichend **konkret** i.S.d. **Symptomrechtsprechung** des BGH¹⁵⁰ bezeichnet sein müssen. Stellen sich weitere Mängel heraus, muss der Auftraggeber, um die Verjährungsunterbrechung herbeizuführen, nochmals den Auftragnehmer schriftlich zur Mängelbeseitigung auffordern.¹⁵¹ Nur die **erste** schriftliche Mängelbeseitigungsaufforderung hat verjährungsunterbrechende Wirkung.¹⁵² Das schriftliche Mängelbeseitigungsverlangen verlängert die Verjährung aller Ansprüche aus § 13 VOB/B wegen der **gerügten** Mängel. Über den Wortlaut hinaus gilt dies auch für die Verjährung darauf begründeter Kostenvorschuss- und Kostenerstattungsansprüche sowie der Schadensersatzansprüche.¹⁵³

97

148 BGH BauR 2004, 668.

149 Ingenstau/Korbion/Wirth, Teil B, § 13 Nr. 4 Rn 71 ff.

150 BGH BauR 2002, 613; BGH BauR 2000, 261.

151 BGH BauR 1990, 723; Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, § 13 VOB/B Rn 195 ff.

152 BGH NJW-RR 1990, 1240 = BauR 1990, 723; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1028; Riedl, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Teil B, § 13 Rn 129.

153 Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, Teil B, § 13 Rn 201; Ingenstau/Korbion/Wirth, § 13 VOB/B Rn 400.

IX. Sicherheiten

- 98** Für vertraglich zugunsten des Auftraggebers **vereinbarte Sicherheiten** betreffend die Vertragserfüllung und die Mangelfreiheit des Werkes enthält § 17 VOB/B besondere Regelungen. Danach kann der Auftragnehmer vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen nach seiner Wahl¹⁵⁴ (§ 17 Nr. 3 VOB/B) Sicherheit durch **Einbehalt oder Hinterlegung von Geld** sowie durch **Bürgschaft** leisten (§ 17 Nr. 2 VOB/B), die allerdings seit Einführung der VOB/B 2002 nicht mehr zur Zahlung auf erstes Anfordern gestellt sein darf (§ 17 Nr. 4 S. 3 VOB/B). Bei formularmäßigen Vereinbarungen von Sicherheiten durch **Bürgschaft auf erstes Anfordern** ist die Sicherungsabrede nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ohnehin nichtig.¹⁵⁵ Handelt es sich dabei um eine **Vertragserfüllungsbürgschaft**, ist der nunmehr lückenhafte Vertrag ergänzend dahin auszulegen, dass der Auftragnehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet. Das gilt allerdings nur für „Altverträge“, die vor dem Bekanntwerden der diese Rechtsprechung einleitenden Ausgangsentscheidung des BGH vom 4.7.2002¹⁵⁶ geschlossen wurden, und nicht für **Gewährleistungsbürgschaften**. In § 17 Nr. 8 VOB/B ist geregelt, wann nicht verwertete Bürgschaften spätestens zurückgegeben werden müssen.
- 99** Gem. § 17 Nr. 7 VOB/B hat der Auftragnehmer die Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Erfüllt er diese Verpflichtung nicht, darf der Auftraggeber einen Betrag in Höhe der vereinbarten Sicherheit vom Werklohn einbehalten. Er muss diesen Betrag dann aber – wie **jeden Einbehalt** – gem. § 17 Nr. 5 VOB/B auf ein **Sperrkonto** einzahlen, über das nur beide Parteien gemeinsam verfügen können. Geschieht das nicht, so kann der Auftragnehmer nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist die Auszahlung des einbehaltenen Betrages verlangen und er braucht keine weitere Sicherheit mehr zu leisten (§ 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B).¹⁵⁷ Das gilt auch für Einbehalte von **Abschlagsforderungen**, die 10% des jeweils fälligen Betrages nicht übersteigen dürfen (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B).

X. Streitigkeiten

- 100** Für VOB-Bauverträge enthält § 18 Abs. 1 VOB/B eine die allgemeinen Vorschriften der ZPO ergänzende Sonderregelung, nach der sich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 38 ZPO und vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen der **Gerichtsstand** für Streitigkeiten aus dem Vertrag **immer** „nach dem **Sitz** der für die Prozessvertretung des Auftraggebers **zuständigen Stelle**“ richtet. Das betrifft nach zutreffender Auffassung über den Wortlaut hinaus („zuständige Stelle“) nicht nur die öffentliche Hand, sondern auch den **privaten Auftraggeber**.¹⁵⁸
- 101** Für **Streitigkeiten über Verträge mit Behörden** enthält § 18 Nr. 2 VOB/B eine Sonderregelung, die dem Auftragnehmer **fakultativ** die Möglichkeit eröffnet, die unmittelbar vorgesetzte Stelle seines Vertragspartners anzurufen. Die Praxis macht hiervon in der nicht ganz unbegründeten Besorgnis kaum Gebrauch, gem. § 18 Nr. 2 S. 3 VOB/B u.U. an eine „behördenintern abgestimmte“ Entscheidung der vorgesetzten Stelle gebunden zu sein.

154 Zur Geltendmachung des Austauschrechts bei Gegenansprüchen des Auftraggebers gegen den Anspruch auf Auszahlung eines Bareinbehaltes: *Leupertz/Merkens*, Handbuch Bauprozess, § 23 Rn 29 ff.

155 Für die Vertragserfüllungsbürgschaft: BGH BauR 2002, 1533; 2004, 500; für die Gewährleistungsbürgschaft: BGH BauR 2002, 463 und 1392.

156 BGH BauR 2002, 1533.

157 Kapellmann/Messerschmidt/*Thierau*, Teil B, § 17 Rn 214; Ingestau/Korbion/*Joussen*, Teil B, § 17 Nr. 6 Rn 167.

158 Kapellmann/Messerschmidt/*Merkens*, Teil B, § 18 Rn 2; OLG Stuttgart BauR 1999, 683; OLG Frankfurt NJW-RR 1999, 604; a.A.: *Brandenburg*, BauR 1997, 1071; *Heiermann*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Teil B, § 18 Rn 1; *Englert*, BauR 1995, 774.