

Einführung

Die nachfolgenden Erläuterungen behandeln ausgewählte zentrale Themenbereiche des Privaten Baurechts. Sie ersetzen keinesfalls die rechtliche Beratung. Die Textausgabe enthält eine Sammlung praxisrelevanter Bestimmungen, um den alltäglichen Umgang mit dem Privaten Baurecht zu erleichtern. Die Herausgeber übernehmen keine Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Bestimmungen bzw. Ausführungen.

1. Bausoll und Werklohn

§ 631 BGB bestimmt für den Werkvertrag, dass der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet ist, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung. §§ 1 und 2 VOB/B konkretisieren sehr detailliert, welche Leistungen der Auftragnehmer zu erbringen hat und welche Vergütung er erhält:

Das **Bausoll**, also der geschuldete Leistungsinhalt, ergibt sich aus der vertraglichen Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer (§ 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B). Damit ist nicht nur der eigentliche Vertragstext gemeint, sondern sämtliche Vertragsbestandteile, namentlich also:

- die Leistungsbeschreibung, bestehend aus Baubeschreibung, sog. Vorbemerkungen, Leistungsverzeichnis, Zeichnungen, Modellen, Gutachten etc.
- etwaige Besondere und/oder Zusätzliche Vertragsbedingungen
- die Regelungen der VOB/B
- die VOB/C (Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen)

Widersprüche zwischen den Festlegungen verschiedener Vertragsbestandteile treten häufig auf. Für diese Fälle legt § 1 Nr. 2 VOB/B eine Rangfolge fest. Nicht ausdrücklich geregelt ist, wie mit Widersprüchen innerhalb der Leistungsbeschreibung umzugehen ist. Hier hat grundsätzlich die speziellere Regelung Vorrang, in der Regel also das Leistungsverzeichnis vor der Baubeschreibung. Bei Widersprüchen zwischen Zeichnungen und textlichen Beschreibungen ist eine generelle Rangfolge nicht geklärt. Hier wird es meist darauf ankommen, ob ein detailliertes Leistungsverzeichnis oder nur eine allgemeine Beschreibung vorliegt.

Die **Vergütung** richtet sich nach dem Vertragstyp. Folgende Verträge sind üblich:

- Einheitspreisvertrag
- Pauschalvertrag: Detailpauschal-, Globalpauschalvertrag, auch Garantierter-Maximalpreis-(GMP-)Vertrag
- Stundenlohnvertrag
- Selbstkostenerstattungsvertrag

Möglich sind auch diverse Mischformen. Haupttypen sind der Einheitspreisvertrag, der Detailpauschalvertrag und der Globalpauschalvertrag.

Den **Einheitspreisvertrag** charakterisiert ein detailliertes Leistungsverzeichnis mit Einzelpositionen und festen Einheitspreisen. Der Gesamtpreis bleibt vorläufig, er ändert sich, soweit die tatsächlich ausgeführten Mengen von den Mengen im Leistungsverzeichnis abweichen. Der Einheitspreisvertrag ist in der VOB/B der Prototyp (§ 2 Nr. 2 VOB/B).

Mit dem **Pauschalvertrag** wird ein Gesamtpreis verbindlich festgelegt. Dem kann eine detaillierte Leistungsbeschreibung zugrunde liegen, z.B. auch als Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen. Bei einem solchen Detailpauschalvertrag übernimmt der Auftragnehmer grundsätzlich das Mengenrisiko. Im Globalpauschalvertrag dagegen wird das Leistungssoll nur allgemein, erfolgsbezogen beschrieben. Hier trägt der Auftragnehmer das Risiko einer Änderung der Mengen und der vorausgesetzten Leistungsinhalte.

Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie ausdrücklich vereinbart sind, und zwar vor Ausführung der betreffenden Leistungen (§ 2 Nr. 10 VOB/B). Mit der Stundenlohnvereinbarung muss zwingend festgelegt sein, welche Leistungen welchen Umfangs auf diese Weise abgegolten werden sollen. Ferner sollte ein Stundensatz vereinbart werden. Die Vereinbarung muss nicht, sollte aber zu Beweis Zwecken schriftlich fixiert sein. Zusätzlich müssen die Arbeiten vor ihrem Beginn noch einmal angezeigt werden (§ 15 Nr. 3 S. 1 VOB/B), andernfalls kann nur gem. § 15 Nr. 5 VOB/B abgerechnet werden. Ist über die Höhe der Vergütung keine Vereinbarung getroffen - wohl aber über den Umfang der Leistungen - so erhält der Auftragnehmer den ortsüblichen, ggf. einen kalkulatorisch zu ermittelnden Stundenlohn (§ 15 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B).

2. Mengenänderungen und Nachträge

Mengenänderungen wirken sich beim Einheitspreisvertrag naturgemäß auf den Gesamtpreis aus. Darüber hinaus kann eine der Parteien eine Anpassung der Einzelpreise verlangen, und zwar bei Abweichungen um mehr als 10% von der vertraglich vorgesehenen Menge (§ 2 Nr. 3 VOB/B). Dann ist der jeweilige Einheitspreis nach Maßgabe der Auftragskalkulation anzupassen. Bei entsprechenden Mehrmengen ist für die Menge über 110% ein neuer Preis, bei einer Mengenunterschreitung von mehr als 10% für die gesamte Leistung ein neuer Preis zu vereinbaren.

Beim **Pauschalvertrag** findet wegen **Mengenänderungen** grundsätzlich keine Preis-anpassung statt, es sei denn, ein Festhalten an der Pauschalsumme ist unzumutbar (§ 2 Nr. 7 VOB/B). Die Rechtsprechung setzt hierfür je nach Einzelfall eine Abweichung von mindestens 18 – 25% voraus, diese jedoch bezogen auf die Gesamtsumme, nicht lediglich auf eine Position oder ein Gewerk.

Leistungsänderungen können insbesondere durch:

- nachträgliche Planungsänderungen gem. § 1 Nr. 3 VOB/B
- anderweitige Anordnungen des Auftraggebers (z.B. zur Art und Weise der Ausführung, Qualitätsänderungen etc.)
- behördliche Anordnungen (werden dem Auftraggeber zugerechnet)

bewirkt werden. Berührt die Änderung die Preisgrundlagen, so haben beide Parteien Anspruch auf Anpassung der Vergütung (§ 2 Nr. 5 VOB/B). Dagegen sind lediglich leistungs-konkretisierende Anordnungen (§ 4 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B) keine Änderungen und bedingen somit keinen Mehrvergütungsanspruch. Hier kommt es entscheidend auf die Bestimmung der ursprünglich vertraglich geschuldeten Leistung an, was häufig auslegungsbedürftig und höchst strittig ist.

Zusätzliche Leistungen, die zur vertragsgerechten Leistungserbringung erforderlich werden, kann der Auftraggeber verlangen, wenn der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen eingerichtet ist (§ 1 Nr. 4 S. 1 VOB/B). Der Auftragnehmer hat dann Anspruch auf zusätzliche Vergütung (§ 2 Nr. 6 VOB/B). Voraussetzung hierfür ist in der Regel, dass er dem Auftraggeber diesen Anspruch vor Ausführung der Leistungen ankündigt.

Die Parteien sollen, müssen aber nicht vor Ausführung der geänderten oder zusätzlichen Arbeiten i.S.v. § 2 Nr. 5, 6 VOB/B eine entsprechende Vergütungsvereinbarung, also den sog. Nachtrag, treffen. Der Auftragnehmer hat hierzu ein prüffähiges Nachtragsangebot auf Basis seiner Kalkulation vorzulegen. Er ist in der Regel verpflichtet, die Leistungen auch dann auszuführen, wenn keine Einigung zustande gekommen ist. Etwas anderes gilt u. U., wenn der Auftraggeber Nachtragsverhandlungen kategorisch ablehnt.

Der Auftragnehmer ist bei der Ermittlung veränderter oder zusätzlicher Preise an seine **Auftragskalkulation** gebunden, i.d.R. auch bei einem ursprünglichen Kalkulationsirrtum und auch bei gravierenden Mengenabweichungen, etwa von mehreren 100 %.

Zusätzliche Leistungen, die nicht zur Erreichung des werkvertraglich geschuldeten Erfolgs erforderlich sind, sondern darüber hinausgehen, werden nicht nach § 2 Nr. 6 VOB/B vergütet, sondern bedürfen einer gesonderten Vertragsvereinbarung (§ 1 Nr. 4 S. 2 VOB/B). Hier ist der Auftragnehmer nicht an seine Preiskalkulation aus dem Ursprungsvertrag gebunden.

Leistungen ohne Auftrag oder eigenmächtige Leistungsänderungen des Auftragnehmers liegen nicht nur vor, wenn der Auftragnehmer tatsächlich eigenmächtig vorgeht, sondern häufig auch dann, wenn ein nicht zur Auftragserteilung bevollmächtigter Architekt Entsprechendes angeordnet hat. Solche Leistungen werden gem. § 2 Nr. 8 VOB/B nur ausnahmsweise vergütet.

3. Vertragsfristen

Bei der Realisierung von Bauvorhaben ist der Zeitfaktor von wesentlicher Bedeutung. Um einen **verbindlichen Zeitrahmen** für die Ausführung der Leistungen festzulegen, können die Vertragsparteien vertraglich verbindliche Termine vereinbaren, mit denen festgelegt wird, wann der Auftragnehmer mit den Leistungen zu beginnen und zu welchem Zeitpunkt er seine Leistungen fertigzustellen hat (§ 5 Nr. 1 VOB/B). Darüber hinaus können Termine vereinbart werden, zu denen der Auftragnehmer bestimmte Teilleistungen erbringen muss (sog. Zwischentermine).

Während in § 5 VOB/B eine detaillierte Regelung der Ausführungsfristen und Folgen von deren Überschreitung vorgenommen wird, enthalten die BGB-Vorschriften solche detaillierten Regelungen nicht.

Mit der **Vereinbarung von Vertragsterminen** hat der Auftraggeber einen Anspruch gegenüber dem Auftragnehmer auf Einhaltung der festgelegten Termine. Überschreitet der Auftragnehmer die vereinbarten Ausführungsfristen, so stehen dem Auftraggeber beim VOB-Vertrag unter den Voraussetzungen des § 5 Nr. 4 VOB/B Schadensersatzansprüche und ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Beim BGB-Vertrag kommen ebenfalls Schadensersatzansprüche und das Rücktrittsrecht in Betracht.

Zu beachten ist, dass nicht jeder Termin, der in den Vertragsunterlagen aufgeführt ist, ohne Weiteres einen Vertragstermin darstellt. So sind Termine, die lediglich in einem Bauzeitenplan enthalten sind, noch keine Vertragstermine (§ 5 Nr. 1 VOB/B). Verbindliche Vertragstermine sind nur Termine, die eindeutig im Vertrag als solche festgelegt sind. Die Parteien haben also die Vertragstermine ausdrücklich als solche zu **kennzeichnen**. Des Weiteren ist darauf zu achten, dass die Vertragstermine genau bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sind. Zusätze wie „ca.“, „etwa“ usw. lassen offen, zu welchem Zeitpunkt die Leistungen genau zu erbringen sind und lassen die Vereinbarung ins Leere gehen. Ist ein Termin nach dem Kalender bestimmt (z. B. Ende Februar) oder bestimmbar (z. B. 12 Monate nach Baubeginn), so gerät der Auftragnehmer ohne weiteres in Verzug, wenn er seine Leistungen an diesem Termin nicht vollendet hat. Ist ein Termin hingegen nicht kalendermäßig bestimmt, so bedarf es nach Ablauf der Frist einer Mahnung, um den Auftragnehmer in Verzug zu setzen. Der Lauf einer vertraglichen Ausführungsfrist berechnet sich grundsätzlich nach §§ 187 ff. BGB.

Die Parteien können auch noch nach Vertragsabschluss verbindliche Vertragstermine vereinbaren oder die vereinbarten **Vertragstermine ändern**.

Unter Umständen können Vertragstermine hinfällig werden, wenn der Bauablauf nachhaltig geändert oder gestört wird.

Vereinbaren die Parteien keine wirksamen Vertragstermine, so bedeutet dies nicht, dass der Auftragnehmer zeitlich nicht gebunden ist. Die Leistungen sind generell in angemessener Zeit zügig durchzuführen und zu beenden. Was als angemessen gilt, hängt vom Einzelfall ab. Beim VOB/B-Vertrag hat der Auftragnehmer außerdem innerhalb von 12 Tagen nach Aufforderung des Auftraggebers mit den Arbeiten zu beginnen (§ 5 Nr. 2 VOB/B). Auch beim BGB-Vertrag hat der Auftragnehmer im Zweifel alsbald nach Vertragsabschluss zu beginnen.

4. Vertragsstrafe

Die Parteien können für den Fall, dass der Auftragnehmer seine vertraglichen Pflichten nicht oder nicht gehörig erfüllt, eine Vertragsstrafe vereinbaren. Insbesondere können die Parteien die Nichteinhaltung der verbindlichen Ausführungsfristen, aber auch z. B. nicht genehmigten Nachunternehmereinsatz usw. unter Vertragsstrafe stellen. Diese besteht zumeist darin, dass der Auftragnehmer einen bestimmten Geldbetrag an den Auftraggeber zu zahlen hat. Die Vertragsstrafe kann sowohl für die Nichteinhaltung des vereinbarten Endtermins als auch für einzelne Zwischentermine vereinbart werden.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichteinhaltung verbindlicher Ausführungsfristen ist für den Auftraggeber in zweierlei Hinsicht von Vorteil. Zum einen wird mit der Vertragsstrafe auf den Auftragnehmer Druck ausgeübt, die vereinbarten Vertragstermine einzuhalten. Zum anderen hat der Auftraggeber für den Fall, dass der Auftragnehmer die Fristen dennoch überschreitet, einen Anspruch in Höhe der vereinbarten Vertragsstrafensumme, ohne dass er einen Schaden nachzuweisen und zu berechnen hat.

Die **einschlägigen Regelungen** zur Vertragsstrafe finden sich in §§ 339 bis 345 BGB. Darüber hinaus gelten beim VOB/B-Vertrag die in § 11 VOB/B enthaltenen Ergänzungen.

Voraussetzung für die Vertragsstrafe ist deren wirksame vertragliche Vereinbarung. Die Vertragsstrafe kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Hierbei sind allerdings strenge Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten. So muss z. B. die Höhe der Gesamtvertragsstrafe (höchstens 5% der Auftragssumme) und ggf. der Tagessatz begrenzt werden.

Die Vertragsstrafe wird **fällig**, wenn der Auftragnehmer schuldhaft die vereinbarten Fristen überschreitet. Um die Vertragsstrafe geltend machen zu können, muss der Auftraggeber bei der Abnahme der Leistungen einen entsprechenden Vorbehalt erklären.

Vereinbaren die Parteien während des Bauablaufs neue Termine, so hat der Auftraggeber darauf zu achten, dass die neuen Vertragstermine ebenfalls ausdrücklich unter Vertragsstrafe gestellt werden.

Ist der Bauablauf durch Umstände aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers so erheblich gestört, dass eine durchgreifende Neuordnung der Termine nötig wird, so kann die ursprüngliche Vertragsstrafenvereinbarung hinfällig werden.

5. Behinderung / Unterbrechung

Wird der Auftragnehmer bei der Ausführung der Leistungen behindert oder die Ausführung unterbrochen, so hat er beim VOB/B-Vertrag unter den Voraussetzungen des § 6 Nr. 1 und 2 VOB/B einen Anspruch auf **Verlängerung der Ausführungsfristen**. Bei der Verlängerung der Ausführungsfristen nach § 6 Nr. 4 VOB/B wird beispielsweise auch die Auswirkung einer Verschiebung in eine vertraglich ursprünglich nicht vorgesehene ungünstige Jahreszeit berücksichtigt.

Daneben stehen unter den Voraussetzungen des § 6 Nr. 6 VOB/B sowohl dem Auftragnehmer als auch dem Auftraggeber Schadensersatzansprüche zu, sofern die Behinderung/Unterbrechung vom Auftraggeber bzw. die Verzögerung vom Auftragnehmer zu vertreten ist.

Ferner eröffnet § 642 BGB dem Auftragnehmer – auch im VOB-Vertrag (§ 6 Nr. 6 Satz 2) – einen Anspruch auf Entschädigung.

Für den Fall einer Unterbrechung der Leistung sind in § 6 Nr. 5 und Nr. 7 VOB/B gesonderte Abrechnungs- und Kündigungsregelungen enthalten.

6. Kündigung

Infolge der sich negativ entwickelnden Wirtschaftsfaktoren gewinnen die Regelungen zur Kündigung von Bauverträgen in der Praxis zunehmend an Bedeutung, sei es dadurch, dass der Bauvertrag seitens des Auftraggebers wegen Insolvenz, Verzuges oder Mängeln oder seitens des Auftragnehmers wegen Zahlungsverzugs des Auftraggebers bzw. nicht rechtzeitiger Stellung von Sicherheiten gekündigt wird.

Beim **VOB/B-Vertrag** bestehen die nachfolgenden Kündigungsrechte:

Der **Auftraggeber** kann den Vertrag

- freihändig gem. § 8 Nr. 1 VOB/B
- wegen Verzuges, Mängeln oder unerlaubtem Nachunternehmereinsatz gem. § 8 Nr. 3 VOB/B außerordentlich,
- wegen Insolvenz des Auftragnehmers gem. § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B außerordentlich und

- bei wettbewerbswidrigen Abreden gem. § 8 Nr. 4 VOB/B außerordentlich kündigen.

Der **Auftragnehmer** kann den Vertrag wegen

- Zahlungsverzuges des Auftraggebers gem. § 9 VOB/B
- Verzuges mit Mitwirkungshandlungen des AG gem. § 9 VOB/B und
- nicht erbrachter Sicherheitsleistung gem. § 648 a Abs. 5 i.V.m. § 643 BGB

außerordentlich kündigen.

Daneben steht sowohl dem Auftraggeber als auch dem Auftragnehmer für den Fall von Unterbrechung ein Kündigungsrecht gem. § 6 Nr. 7 VOB/B zu.

Beim **BGB-Vertrag** ergeben sich insbesondere folgende Kündigungsmöglichkeiten:

Der **Auftraggeber** kann den Vertrag

- jederzeit gem. § 649 BGB ordentlich,
- bei Überschreitung des Kostenvoranschlages gem. § 650 BGB außerordentlich und
- nach allgemeinen Grundsätzen auch aus sonstigem wichtigen Grund außerordentlich

kündigen. Ferner kann er

- wegen Mängeln gem. § 634 Nr. 3 BGB vom Vertrag zurücktreten.

Der **Auftragnehmer** kann den Vertrag

- bei unterlassener Mitwirkung durch den Auftraggeber gem. §§ 642, 643 BGB und
- bei Nichterbringung von Sicherheitsleistung gem. § 648 a Abs. 5 i.V.m. § 643 BGB außerordentlich kündigen.

Daneben stehen beiden Vertragsparteien ggf. weitere vertraglich vereinbarte Kündigungsrechte zu.

Der Auftraggeber kann also gem. § 649 BGB, § 8 Nr. 1 VOB/B grundsätzlich jederzeit ohne besonderen Grund kündigen (sog. **freihändige Kündigung**), während der Auftragnehmer nur mit besonderem Kündigungsrecht zur Kündigung berechtigt ist.

Bei der freien/ordentlichen Kündigung durch den Auftraggeber hat dieser grundsätzlich die gesamte **Vergütung** auch der nicht erbrachten Leistungen zu zahlen, allerdings abzüglich ersparter Aufwendungen und sog. anderweitigen Erwerbs (§ 649 Abs. 2 BGB, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B). Bei der außerordentlichen Kündigung des Auftraggebers wird grundsätzlich nur die erbrachte Leistung vergütet, darüber hinaus stehen dem Auftraggeber weitere Ansprüche zu (z. B. § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B.) Kündigt der Auftragnehmer, so stehen ihm neben der Vergütung der erbrachten Leistungen Entschädigungsansprüche zu (§§ 643, 645 Abs. 1 BGB, § 9 Nr. 3 VOB/B).

Erklärt der Auftraggeber die **außerordentliche Kündigung, ohne** dass tatsächlich ein **Kündigungsgrund** vorliegt, so ist die Kündigung nicht unwirksam, sondern wird als freie Kündigung behandelt, mit den entsprechend ungünstigeren Vergütungsfolgen für den Auftraggeber.

Der Auftragnehmer hat nach Kündigung Anspruch auf ein **gemeinsames Aufmaß** der bis dahin erbrachten Leistungen. Er kann ferner die **Abnahme** verlangen, wenn die übrigen Voraussetzungen hierfür vorliegen (siehe dazu 7. Abnahme). Beides ist in § 8 Nr. 6 VOB/B geregelt, gilt aber ebenso für den BGB-Vertrag.

Nach neuester Rechtsprechung ist die Abnahme auch beim gekündigten Vertrag Voraussetzung für die **Fälligkeit der Vergütung**. Das Abnahmeverlangen ist damit noch wichtiger für den Auftragnehmer als bisher.

7. Abnahme

Die Abnahme, die mit § 12 VOB/B geregelt wird, ist die **Entgegennahme** der Werkleistung verbunden mit der **Anerkennung** des Werkes als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung. Bedingung der Abnahme ist somit die Vollendung der Werkleistung ohne wesentliche Mängel, also die **„Fertigstellung“** im Sinne des § 12 Nr. 1 VOB/B. Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht kein Recht zur Abnahmeverweigerung.

Die Abnahme ist eine Zäsur in der Abwicklung des Bauvertrages. In rechtlicher Hinsicht hat sie nachfolgende Auswirkungen:

- Der Auftragnehmer hat seinen Vertrag erfüllt, seine **Vorleistungspflicht** ist damit abgeschlossen.
- Die Abnahme führt zur **Beweislastumkehr**. Das bedeutet, dass nach der Abnahme der Auftraggeber darlegen und ggf. auch beweisen muss, dass das hergestellte Werk einen Mangel aufweist. Dagegen trifft die Nachweispflicht der Mängelfreiheit der Werkleistung bis zur Abnahme den Auftragnehmer.
- Die Abnahme führt zum **Gefahrübergang**. Der Auftraggeber trägt ab dann das Risiko für den Verlust oder die Verschlechterung des Werkes.
- Die Abnahme ist gemäß § 16 Nr. 3 VOB/B grundsätzlich eine Anspruchsvoraussetzung für die **Fälligkeit der Schlussrechnungsforderung**, es sei denn, der Auftraggeber verweigert grundlos die Abnahmeerklärung.
- Schließlich wird mit der Abnahme der Lauf der **Verjährungsfrist** für Mängelansprüche in Gang gesetzt. Diese Frist bestimmt sich nach § 13 Nr. 4 VOB/B, es sei denn, die Vertragsparteien haben eine davon abweichende Regelung getroffen.

Die **vorbehaltlose Abnahme** der Werkleistung führt zum Ausschluss von Mängelbeseitigungsansprüchen gem. § 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B hinsichtlich bekannter Mängel und von Ansprüchen auf Zahlung einer Vertragsstrafe nach § 11 Nr. 4 VOB/B, sofern sich der Auftraggeber diese Rechte nicht bei der Abnahme ausdrücklich vorbehält. Schadensersatzansprüche des § 13 Nr. 7 VOB/B werden hiervon hingegen nicht berührt.

Arten der Abnahme: In Abhängigkeit von den zwischen den Vertragsparteien getroffenen Regelungen können als Formen der Abnahme folgende Varianten zur Anwendung kommen:

- Die **ausdrücklich erklärte Abnahme**. Praktische Bedeutung hat hier die förmliche Abnahme, die in § 12 Nr. 4 VOB/B geregelt ist und mit der Erstellung eines Abnahmeprotokolls durchgeführt wird. Daneben gibt es noch die formlose Abnahmeerklärung, die in der Baupraxis jedoch nur untergeordnete Relevanz hat.

- Die **konkludente Abnahme**, also die kommentarlose Billigung der Werkleistung, wie sie sich beispielsweise in der rügelosen Ingebrauchnahme des Werkes oder der Zahlung des vollständigen Werklohns manifestiert. Ist nach dem Bauvertrag die förmliche Abnahme des § 12 Nr. 4 VOB/B vereinbart worden, so kann sich der Auftragnehmer jedoch nicht auf die konkludente Abnahme stützen.
- Die **Formen der fiktiven Abnahme** im Sinne des § 12 Nr. 5 VOB/B. Gem. Abs. 1 tritt die Abnahme durch Fertigstellungsmitteilung und Ablauf von 12 Werktagen ein. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Fertigstellungsanzeige nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung auch in der Übersendung der Schlussrechnung zu sehen ist. Daneben tritt die Abnahmewirkung durch Ingebrauchnahme und den Ablauf von 6 Werktagen ein. Voraussetzung der fiktiven Abnahme ist für beide der dargestellten Varianten, dass keine Vertragspartei die Abnahme zuvor verlangt hat und die förmliche Abnahme des § 12 Nr. 4 VOB/B nicht vertraglich vereinbart wurde.

Mit § 12 Nr. 2 VOB/B ist auch **die Teilabnahme** für in sich abgeschlossene Teilleistungen einer baulichen Anlage vorgesehen. Eine Teilleistung in diesem Sinne liegt dann vor, wenn sie selbständig und für sich allein funktionsfähig ist. Die Teilabnahme kann ausdrücklich, stillschweigend, aber auch konkludent erklärt werden.

Die Abnahme beim **BGB-Vertrag** ist in §§ 640 f. BGB geregelt.

8. Mängelansprüche

Die Mängelansprüche werden in § 4 Nr. 7 und § 13 VOB/B geregelt. Danach hat der Auftragnehmer sein Werk nicht nur so zu erstellen, dass es zum Zeitpunkt der Fertigstellung und Abnahme den vertraglichen Anforderungen entspricht, er ist darüber hinaus auch verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist angezeigten Mängel, die auf seine vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen.

Ausgangspunkt ist **der Mangel**. Ein solcher liegt vor bei:

- Fehlen der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder
- einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik oder,

- falls die Beschaffenheit nicht näher vereinbart ist, bei fehlender Eignung der nach dem Vertrag vorausgesetzten oder der gewöhnlichen Verwendung des Werkes.

Mängelansprüche **nach der Abnahme** setzen gem. § 13 Nr. 5 VOB/B eine schriftliche Mängelrüge voraus. Dabei genügt es, wenn der Auftraggeber die Mangelerscheinung (sog. Symptome) beschreibt, der Mangel selbst, d. h. die Ursachen dieser Symptome braucht er nicht zu kennen und zu bezeichnen.

Treten Mängel bereits **während der Bauausführung** auf, so ist der Auftragnehmer gem. § 4 Nr. 7 S. 1 VOB/B sofort zur Nachbesserung verpflichtet, jederzeit und auch ohne Anforderung des Auftraggebers. Selbstverständlich empfiehlt sich dennoch immer eine schriftliche Mängelrüge mit Fristsetzung.

Der Auftragnehmer ist grundsätzlich berechtigt, Mängel selbst zu beseitigen und die Art und Weise der Mängelbeseitigung selbst zu bestimmen (**Eigennachbesserungsrecht**).

Lässt der Auftragnehmer eine ihm gesetzte angemessene Frist verstreichen, so ist der Auftraggeber im Falle des § 13 Nr. 5 VOB/B unmittelbar berechtigt, die Nachbesserung selbst bzw. durch einen Dritten auf Kosten des Auftragnehmers zu veranlassen (sog. **Selbstvornahme**).

Gleiches gilt bei versäumter Mängelbeseitigungsfrist in der Ausführungsphase, also im Falle des § 4 Nr. 7 S. 3 VOB/B. Hier setzt die Selbstvornahme jedoch außerdem die **Kündigung** gem. §§ 4 Nr. 7 S. 3, 8 Nr. 3 VOB/B voraus. Soll nicht der ganze Vertrag, sondern nur die betreffende Leistung gekündigt werden, so ist zu beachten, dass gem. § 8 Nr. 3 Abs. 1 S. 2 VOB/B Teilkündigungen nur zulässig sind, wenn sie einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung umfassen. Was unter diesen Begriff fällt, ist mitunter schwierig zu bestimmen.

Neben der Nachbesserung bzw. den Kosten für die Selbstvornahme schuldet der Auftragnehmer ggf. **Schadensersatz** nach Maßgabe der §§ 4 Nr. 7 S. 2, 8 Nr. 3 Abs. 2 S. 2 bzw. 13 Nr. 7 VOB/B.

Die **Verjährungsfrist** für Mängelansprüche nach Abnahme beträgt gem. § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B bei Bauwerken vier Jahre, für bestimmte andere Leistungen sind kürzere Verjährungsfristen geregelt.

Beim **BGB-Vertrag** sind die Mängelansprüche in den §§ 633 ff. BGB geregelt. Hier beträgt die Verjährungsfrist gem. § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB fünf Jahre.

9. Abrechnung

Beim VOB/B-Vertrag ist Voraussetzung für die **Fälligkeit** der Vergütung eine prüfbare Abrechnung gem. § 14 Nr. 1 VOB/B.

Um die Anforderungen an die **Prüffähigkeit** einer Rechnung zu erfüllen, hat sich der Aufbau einer Rechnung zum einen an den in den Vertragsbestandteilen hierzu enthaltenen Regelungen zu orientieren. So muss z. B. die Rechnung bei einem Einheitspreisvertrag nach § 14 Nr. 1 S. 2 VOB/B die Positionsziffern und die Reihenfolge der Positionen des zugrunde liegenden Leistungsverzeichnisses aufweisen. Zum anderen sind gem. § 14 Nr. 1 S. 3 VOB/B Art und Umfang der erbrachten Leistungen durch Mengenerhebungen, Zeichnungen und ähnliches nachzuweisen. Ein Nachweis erfolgt i.d.R. durch Aufmaß. Ein Aufmaß ist nach Möglichkeit von Auftragnehmer und Auftraggeber gemeinsam und für beide Seiten verbindlich zu erstellen. Ein einseitig erstelltes Aufmaß gewährleistet aber ebenso die Prüffähigkeit der Rechnung.

Die Prüffähigkeit ist kein Selbstzweck. Maßstab ist vielmehr die Wahrung der Prüfungs- und Kontrollinteressen des Auftraggebers. Wie detailliert eine Rechnung aufzustellen und einschließlich der beigefügten Unterlagen zu erläutern ist, bestimmt sich daher nach den Kenntnissen des Auftraggebers.

Abschlagsrechnungen haben vorläufigen Charakter. Sie können vom Auftragnehmer nur bis zur Fertigstellung aller vertraglich geschuldeten Leistungen gestellt werden. Nach Fertigstellung ist gem. § 14 Nr. 3 VOB/B eine Schlussrechnung zu legen.

Durch die **Schlussrechnung** erfolgt eine endgültige und abschließende Abrechnung. In eine Schlussrechnung sind daher alle im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben entstandenen Ansprüche – insbesondere auch Nachtragsforderungen – aufzunehmen. Für in sich abgeschlossene Teile der geschuldeten Bauleistung, die eigenständig und funktionell selbstständig sind, kann der Auftragnehmer eine Teilschlussrechnung legen. Legt der Auftragnehmer innerhalb der Frist des § 14 Nr. 3 VOB/B keine prüfbare Rechnung vor, besteht gem. § 14 Nr. 4 VOB/B für den Auftraggeber die Möglichkeit, nach Ablauf einer

angemessenen Nachfrist die Schlussrechnung auf Kosten des Auftraggebers selbst aufzustellen.

Der Auftraggeber hat die **Prüffristen** zu beachten: Abschlagsrechnungen sind binnen 18 Werktagen (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B) und Schlussrechnungen binnen 2 Monaten zu prüfen (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B).

Dem Auftragnehmer ist das **Prüfergebnis** mitzuteilen. Bei Abschlagsrechnungen stellt das Prüfergebnis grundsätzlich kein Anerkenntnis der abgerechneten Forderung dar. Die Mitteilung des Prüfergebnisses einer Schlussrechnung kann hingegen ein sog. deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellen. Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis führt zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Auftraggebers, der dann darlegen und beweisen muss, dass die Forderung nicht berechtigt ist.

Die **Fälligkeit der Abschlagszahlungen** setzt nach der VOB/B voraus:

- vertragsgemäß erbrachte Teilleistungen und
- eine prüfbare Abrechnung dieser Leistungen und
- Ablauf von 18 Werktagen nach Zugang der Rechnung beim Auftraggeber.

Das BGB räumt dem Auftragnehmer in § 632a BGB einen Anspruch auf Abschlagszahlungen ein, allerdings im Unterschied zur VOB/B nur für in sich abgeschlossene Teile des Werkes.

Die **Schlusszahlung** ist grundsätzlich **fällig** bei:

- Abnahme bzw. Teilabnahme der Leistungen und
- Vorliegen einer prüfbaren Schluss- bzw. Teilschlussrechnung und
- Ablauf von 2 Monaten nach Zugang der Rechnung beim Auftraggeber.

10. Zahlung

Nach § 16 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B sind alle Zahlungen aufs Äußerste zu beschleunigen. **Zinsen** in Höhe der Zinssätze des § 288 BGB (5 %-Punkte über dem Basiszinssatz) kann der Auftragnehmer verlangen, wenn der Auftraggeber nach Eintritt der Fälligkeit keine Zahlung leistet und auch eine ihm gesetzte, angemessene Nachfrist fruchtlos verstreichen

lässt (§ 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B). Es bleibt dem Auftragnehmer freigestellt, einen höheren Verzugsschaden nachzuweisen.

Bei Abschlagsrechnungen hat der Auftragnehmer zusätzlich ein **Leistungsverweigerungsrecht** nach Ankündigung und fruchtlosem Ablauf der Nachfrist. Voraussetzung für die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechtes ist allerdings, dass der Auftraggeber keine Gegenforderungen, etwa Zurückbehaltungsrechte wegen Mängeln der erbrachten Werkleistung, geltend machen kann.

Ist im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung bereits ein **unbestrittenes Guthaben** festgestellt, so ist zumindest dieses bis zum Ablauf der zweimonatigen Prüffrist auszuführen. Erfolgt die Zahlung nicht fristgemäß, so kann der Auftragnehmer auf diesen Betrag gem. § 16 Nr. 5 Abs. 4 VOB/B unmittelbar, d. h. ohne Nachfristsetzung oder Mahnung, Verzugszinsen beanspruchen. Verzögert sich die Schlussrechnungsprüfung aus Gründen, die der Auftraggeber nicht zu verantworten hat, so kann dies die Fälligkeit hinausschieben. Dann ist ein etwaiges unbestrittenes Guthaben jedoch sofort auszuführen, als weiterer Abschlag.

Der Auftraggeber hat durch die Abgabe einer sog. **Schlusszahlungserklärung** gem. § 16 Nr. 3 VOB/B die Möglichkeit, die Geltendmachung weiterer Nachforderungen auszuschließen. Voraussetzungen hierfür sind:

- der Zugang einer prüffähigen Schlussrechnung des Auftragnehmers beim Auftraggeber,
- die schriftliche Unterrichtung des Auftragnehmers über die Schlusszahlung und ihre Ausschlusswirkung, § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B, und
- Verstreichenlassen der 24-tägigen Frist für einen entsprechenden Vorbehalt des Auftragnehmers oder der weiteren 24-tägigen Frist für die nähere Begründung des Vorbehalts gem. § 16 Nr. 3 Abs. 5 VOB/B.

Das BGB regelt für den Werkvertrag keine besonderen Zahlungsmodalitäten. Für Zinsansprüche gelten hier die allgemeinen Vorschriften des BGB. Sie finden dagegen beim VOB-Vertrag wegen der dortigen Spezialregeln keine Anwendung.

11. Sicherheiten

Der Auftraggeber hat ein Interesse an der Sicherung seines Anspruchs auf ordnungsgemäße Herstellung des Bauwerkes. Der Auftragnehmer hat ein Interesse an der Sicherung seines Vergütungsanspruches. Man unterscheidet:

- vertragliche Sicherheiten und
- gesetzliche Sicherheiten.

Vertragliche Sicherheitsleistungen zugunsten des Auftraggebers regelt die VOB/B in § 17. Sie setzt eine ausdrückliche vertragliche Regelung der Parteien über die Leistung einer Sicherheit und deren Höhe voraus. Die bloße Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag genügt für die Vereinbarung von Sicherheiten nicht. § 17 VOB/B sieht als Sicherungsarten vor:

- die Bürgschaft eines Kreditinstitutes oder Kreditversicherers der Europäischen Gemeinschaft,
- die Hinterlegung von Geld und
- den Bareinbehalt.

Größte Bedeutung kommt der Sicherung durch **Bürgschaft** zu, § 17 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B. Eine Bürgschaft ist die Erklärung eines Dritten, beim Ausbleiben der Leistung für eine fremde Schuld einzustehen. Das Werkvertragsrecht unterscheidet insbesondere

- Vertragserfüllungsbürgschaften und
- Mängelbürgschaften (vgl. § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B).

Eine **Vertragserfüllungsbürgschaft** sichert i. d. R. die vertragsgemäße vollständige Leistung. Eine **Mängelbürgschaft** sichert i. d. R. die Mängelansprüche des Auftraggebers nach der Abnahme. Der genaue Umfang der gesicherten Rechte ist durch Vereinbarung festzulegen, die Vertragspartner sind nicht auf die vorgenannten Bürgschaftstypen festgelegt.

Bürgschaften auf erstes Anfordern – bei denen der Bürge bei Inanspruchnahme zu zahlen verpflichtet ist, ohne Einwendungen geltend machen zu können – sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam (§ 17 Nr. 4 S. 3 VOB/B).

Nach § 17 Nr. 5 VOB/B kann Sicherheit durch **Hinterlegung von Geld** geleistet werden. Unter Hinterlegung versteht die VOB/B, abweichend vom BGB, die Einzahlung des Betrages auf ein Sperrkonto bei einem zuvor vereinbarten Geldinstitut, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können.

Ist nichts anderes vereinbart, hat der Auftragnehmer die Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsschluss zu leisten. Andernfalls kann der Auftraggeber die Sicherheit in voller Höhe vom Guthaben, etwa der ersten fälligen Abschlagszahlung, einbehalten.

Die Parteien können auch einen der Höhe nach zu bestimmenden **Bareinbehalt** vereinbaren. Nach § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B darf der Auftraggeber seine Zahlungen um höchstens 10% kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Der Einbehalt ist binnen 18 Werktagen auf ein Sperrkonto bei dem vertraglich vereinbarten Geldinstitut einzuzahlen. Zahlt der Auftraggeber den Betrag nicht rechtzeitig ein, kann ihm der Auftragnehmer hierfür eine angemessene Nachfrist setzen. Leistet der Auftraggeber auch dann keine Zahlung, verliert er das Recht auf die Stellung einer Sicherheit vollständig.

In der bauvertraglichen Praxis stehen die Sicherheiten des Auftraggebers im Vordergrund. Die **gesetzlichen Sicherungsrechte** versuchen daher die Sicherung **des Auftragnehmers** zu gewährleisten. Die wichtigsten Ansprüche sind:

- die Sicherungshypothek des Bauunternehmers gem. § 648 BGB,
- die Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB.

Der Auftragnehmer kann die Eintragung einer **Bauhandwerkersicherungshypothek** auf dem zu bebauenden Grundstück gem. § 648 BGB verlangen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Bauherr und Auftraggeber auch Eigentümer des betroffenen Grundstücks ist, was in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann.

Alternativ kann der Auftragnehmer eine sog. **Bauhandwerkersicherung** bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs gem. § 648 a BGB verlangen (i. d. R. in Form einer Bürgschaft). Er hat keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Sicherheit, aber folgende Rechte, wenn der Auftraggeber der Aufforderung innerhalb einer ihm gesetzten, angemessenen Frist nicht nachkommt:

- Der Auftragnehmer kann die Arbeiten einstellen, wenn er den Auftraggeber zuvor auf sein Leistungsverweigerungsrecht hingewiesen hat.
- Kommt der Auftraggeber auch innerhalb einer ihm gesetzten Nachfrist der Aufforderung des Auftragnehmers nicht nach, gilt der Vertrag von Gesetzes wegen als aufgehoben, ohne dass es einer Kündigung des Auftragnehmers bedarf. Er sollte daher sorgfältig abwägen, ob er durch eine solche Nachfristsetzung die Vertragsaufhebung herbeiführen will. In diesem Fall hat er Anspruch auf Vergütung der bereits erbrachten Leistungen und auf Schadensersatz.

Die Regelungen des § 648 a BGB sind zwingend, abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.