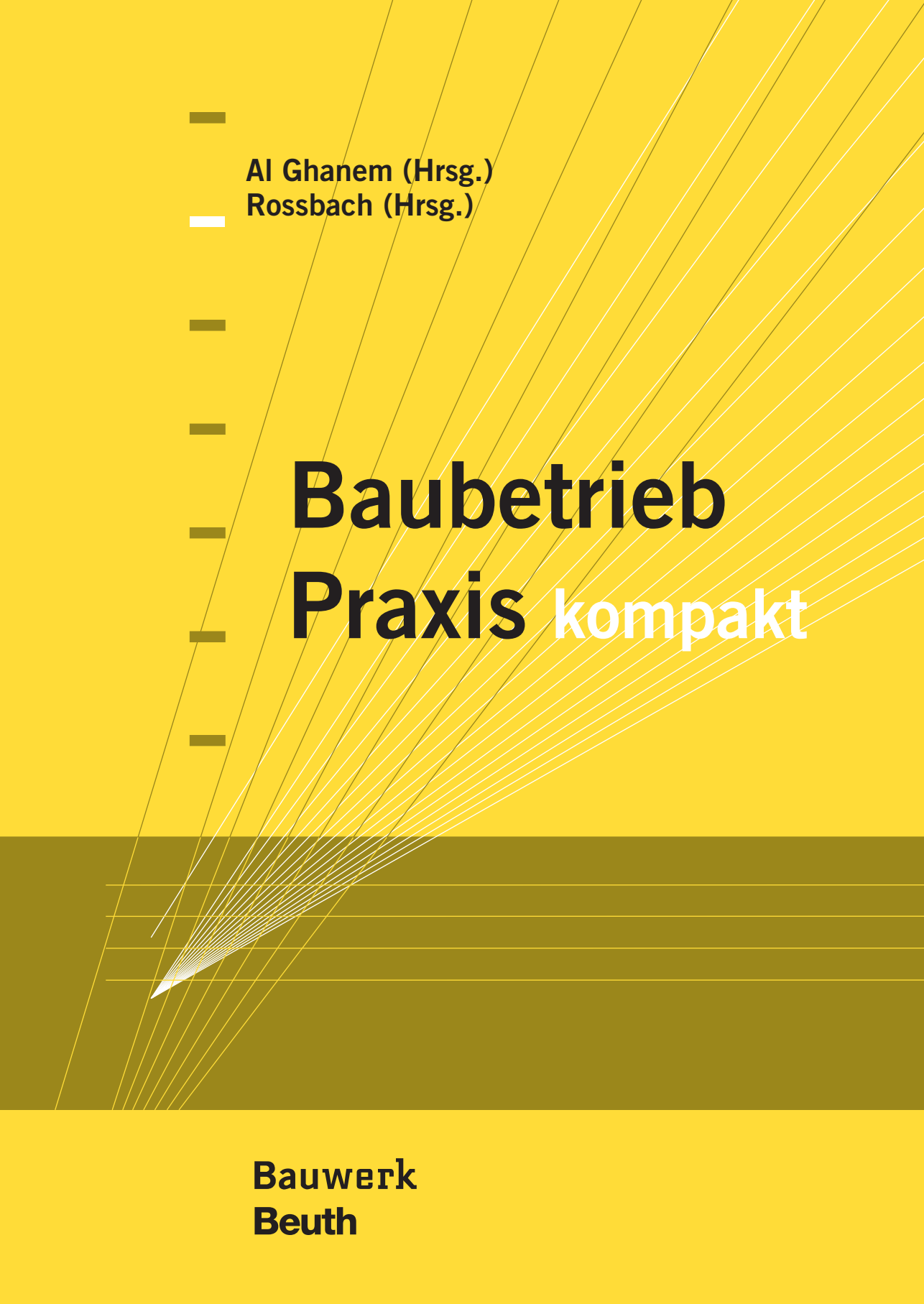




Al Ghanem (Hrsg.)
Rossbach (Hrsg.)

Baubetrieb Praxis kompakt

**Bauwerk
Beuth**

Baubetrieb

Praxis kompakt

Herausgegeben von:

Prof. Dr.-Ing. Yaroob Al Ghanem

Prof. Dipl.-Ing. Jörg Roszbach

Mit Beiträgen von:

Prof. Dr.-Ing. Yaroob Al Ghanem • Prof. Dr.-Ing. Peter Böttcher

Prof. Dipl.-Ing. Thomas Clausen • Prof. Dr.-Ing. Dieter Fellmann

Prof. Dr.-Ing. Dieter Glaner • Prof. Dr.-Ing. Klaus Holschemacher

Dr. jur. Stephan Kraatz • Prof. Dr.-Ing. Georg Maybaum

Dr.-Ing. Dipl.-Wirt.-Ing. Jens Otto • Prof. Dr.-Ing. Uta Pottgiesser

Prof. Dr.-Ing. Bernd Reichelt • Prof. Dipl.-Ing. Jörg Roszbach

Prof. Dr.-Ing. Rainer Schach • Prof. Dr.-Ing. Bernd Schweibenz

Dr. Christoph Seebo • Prof. Dr.-Ing. Karsten Urban

Dipl.- Ing. Peter Wentland

Beuth Verlag GmbH • Berlin • Wien • Zürich

Bauwerk

**© 2015 Beuth Verlag GmbH
Berlin · Wien · Zürich**

Am DIN-Platz
Burggrafenstraße 6
10787 Berlin

Telefon: +49 30 2601-0
Telefax: +49 30 2601-1260
Internet: www.beuth.de
E-Mail: kundenservice@beuth.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechts ist ohne schriftliche Zustimmung
des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronische Systeme.

Die im Werk enthaltenen Inhalte wurden vom Verfasser und Verlag sorgfältig erarbeitet und
geprüft. Eine Gewährleistung für die Richtigkeit des Inhalts wird gleichwohl nicht übernommen.
Der Verlag haftet nur für Schäden, die auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit seitens des Verlages
zurückzuführen sind. Im Übrigen ist die Haftung ausgeschlossen.

Druck und Bindung:
Zakład Graficzny Colonel S.A., Kraków

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier nach DIN EN ISO 9706.

ISBN 978-3-410-21725-1

Autorenverzeichnis

Herausgeber und Autoren

Prof. Dr.-Ing. Yaroob Al Ghanem ist Professor für das Lehrgebiet Bauproduktionstechnik an der HTWK Leipzig und zertifizierter Gutachter für Schäden am Bau.

Prof. Dipl.-Ing. Jörg Rossbach hat eine Professur für Baubetriebswesen und Bauwirtschaft, ist Mitglied der Studienkommission Bauingenieurwesen und Beauftragter für Öffentlichkeitsarbeit an der HTWK Leipzig.

Autoren

Prof. Dr.-Ing. Peter Böttcher lehrt Baubetrieb und Baumanagement an der Fakultät für Architektur und Bauingenieurwesen an der htw saar. Seine Arbeitsschwerpunkte sind 3D-Produktions- und Logistikkonzepte, Wirtschaftlichkeit und Methoden der Datenerfassung (baubetrieb.htwsaar.de).

Prof. Dipl.-Ing. Thomas Clausen lehrt an der Hochschule München an der Fakultät Bauingenieurwesen die Bereiche Baubetriebsplanung und Projektentwicklung. Er ist Geschäftsführer der PMS Service GmbH und Sachverständiger für Baupreisermittlung und Abrechnung im Hoch- und Ingenieurbau.

Prof. Dr.-Ing. Dieter Fellmann lehrt Baubetriebswesen und Bauwirtschaft an der HTWK Leipzig

Prof. Dr.-Ing. Dieter Glaner lehrt an der Hochschule Wismar an der Fakultät für Ingenieurwissenschaften im Bereich Bauingenieurwesen die Grundlagen des Baurecht und der Bauwirtschaft. Er ist Gesellschafter in der STADT+HAUS Architekten und Ingenieure GmbH & Co KG, Wismar.

Prof. Dr.-Ing. Klaus Holschemacher ist Dekan der Fakultät Bauwesen und Leiter des Instituts für Betonbau (IfB) an der HTWK Leipzig sowie Ehrendoktor der SWSU Kursk (Russland). Er ist Autor und Herausgeber zahlreicher Fachpublikationen wie z.B. der Holschemacher-Tafeln für Bauingenieure und Architekten.

Dr. jur. Stephan Kraatz, Partner der Anwaltssozietät CMS Hasche Sigle Büro Leipzig.

Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind privates Baurecht, Architekten- und Ingenieurvertragsrecht sowie gewerbliches Mietrecht.

Prof. Dr.-Ing. Georg Maybaum lehrt an der HAWK Hochschule Hildesheim/ Holzminden/ Göttingen an der Fakultät Bauen und Erhalten die Fächer Geotechnik, Bodenmechanik und Grundbau. Er ist von der Ing.-Kammer Niedersachsen öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Baugrunduntersuchungen, Erd- und Grundbau.

Dr.-Ing. Dipl.-Wirt.-Ing. Jens Otto ist tätig bei der Ed. Züblin AG und u. a. Lehrbeauftragter im Fachgebiet Baubetriebswesen an der TU Dresden

Prof. Dr.-Ing. Uta Pottgiesser ist Dekanin an der Hochschule Ostwestfalen-Lippe Fachbereich Architektur und Innenarchitektur und freischaffende Architektin mit Architekturbüro in Berlin.

Prof. Dr.-Ing. Bernd Reichelt lehrt im Bereich Baubetrieb an der HTWK Leipzig Projektmanagement mit den verknüpften Gebieten Projektsteuerung, Bauvertragsgestaltung, Schlüsselfertiges Bauen, Kommunikation, Präsentation.

Prof. Dr.-Ing. Rainer Schach ist Institutsdirektor und Inhaber der Professur für Baubetriebswesen an der Fakultät Bauingenieurwesen der TU Dresden.

Prof. Dr.-Ing. Bernd Schweibenz lehrt an der Fachhochschule Potsdam im Fachbereich Bauingenieurwesen die Fachgebiete Baubetrieb und Baumanagement. Er ist Geschäftsführer der PMS Services GmbH.

Dr. Christoph Seebo ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, insbesondere für die Fachgebiete Vergaberecht/ Vergaben nach der VOF, Privates Baurecht, Architektenrecht, Allgemeines Zivilrecht und Partner bei Seufert Rechtsanwälte, Leipzig.

Prof. Dr.-Ing. Karsten Urban lehrt an der HTW Dresden im Diplomstudiengang Bauingenieurwesen die Fächer Baubetrieb, Bauprojektmanagement und Privates Baurecht.

Dipl.-Ing. Peter Wentland ist bei der Berufsgenossenschaft der Bauwirtschaft in der Abteilung Prävention als Leiter der Region Brandenburg/Sachsen-Anhalt tätig. An der Fachhochschule Bielefeld Campus Minden und an der Hochschule Ostwestfalen-Lippe ist er Lehrbeauftragter für Arbeitssicherheit.

Vorwort

Die Baubetriebslehre vermittelt das Wissen für den Einsatz auf Baustellen. Sie beinhaltet die Fertigungstechnik, die Ablaufplanung, die Baustelleneinrichtungsplanung, die Kosten- und Leistungsrechnung, das Baurecht und das Bauvertragsrecht. Auch Ausschreibung und Vergabe sowie die Angebotskalkulation in der Vorvertragsphase, aber auch das operative Controlling in der Ausführungsphase sind überaus wichtige Bestandteile baubetrieblicher Kenntnisse. Nicht zu vergessen sind notwendige Kompetenzen im Bereich der Arbeitssicherheit, des Ausbaus und des Umganges mit den am Bau Beteiligten.

Im vorliegenden Werk „Baubetrieb Praxis kompakt“ wurde auf diese Inhalte in den einzelnen Kapiteln Bezug genommen. Für die Mitarbeit an diesem Buch konnten Professoren von neun Hochschulen, ein Mitarbeiter der Berufsgenossenschaft Bau und ein Jurist einer namhaften Anwaltskanzlei gewonnen werden, die sich mit Ihren Kenntnissen und Erfahrungen eingebracht haben. Allen Autoren sei an dieser Stelle für Ihr Engagement gedankt. Ein besonderer Dank gilt auch dem BeuthVerlag in Berlin, insbesondere Frau Norma Müller, für ihre Mithilfe, ihre Impulse und für ihre Geduld mit den Autoren und Herausgebern.

Das Buch wendet sich sowohl an Studierende des Faches Bauingenieurwesen, Wirtschaftsingenieurwesen und Architektur, wie auch an Ingenieure, die bereits in der Berufspraxis stehen. Den einen soll es Hilfestellung bei dem Erwerb der notwendigen berufsqualifizierenden Kenntnisse sein, für die anderen soll es ein Nachschlagewerk darstellen, auf das sie im Bedarfsfall zurückgreifen können. Zahlenbeispiele sollen das Verständnis erleichtern.

Leipzig, August 2015

Prof. Jörg Rossbach

Prof. Yaarob Al Ghanem

(Leerseite)

Gesamtinhaltsverzeichnis

1	Privates Baurecht.....	1.1
2	Bauherr öffentliche Hand	2.1
3	Ausschreibungen und Vergabe von Bauleistungen	3.1
4	Mengenermittlung und Abrechnung	4.1
5	Baukalkulation.....	5.1
6	Baustellencontrolling.....	6.1
7	Ablaufplanung / Terminplanung.....	7.1
8	Arbeitssicherheit.....	8.1
9	Baustelleneinrichtung.....	9.1
10	Schalung und Rüstung	10.1
11	Baugrubensicherung.....	11.1
12	Massivbau.....	12.1
13	Innenausbau / Raumbildender Ausbau	13.1
14	Temporäre Unternehmenszusammenschlüsse.....	14.1
15	Soziale Kompetenzen in der Bauwirtschaft	15.1
16	Verzeichnisse	16.1

(Leerseite)

1 Privates Baurecht

Dr. Stephan Kraatz

Inhaltsverzeichnis

A	Begriffsdefinierung und Abgrenzung	1.3
1.1	Privates Baurecht/Öffentliches Baurecht	1.3
1.2	Bedeutung des Privaten Baurechts	1.4
1.3	Bau-/Werkvertrag und ähnliche Vertragstypen	1.5
1.3.1	Der Bauvertrag als Werkvertrag	1.5
1.3.2	Angrenzende Vertragstypen	1.8
1.3.3	Architekten- und Planerverträge	1.9
1.3.4	Auslandsbau	1.11
1.3.5	ÖPP/PPP	1.12
1.3.6	Vergaberecht	1.13
B	Bauvertragsrecht nach BGB und VOB Teil B	1.15
1.4	Grenzen der Vertragsfreiheit	1.15
1.4.1	Vertragsschluss	1.15
1.4.2	Form des Bauvertrages	1.16
1.4.3	Gesetzliche Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit	1.17
1.4.4	Inhaltskontrolle von Verträgen	1.19
1.5	Wechselseitige Vertragspflichten	1.21
1.5.1	Pflichten des Auftragnehmers	1.21
1.5.2	Pflichten des Auftraggebers/Bestellers	1.22
1.6	Bedeutung der Abnahme	1.25
1.7	Gewährleistungsrechte nach BGB und VOB/B	1.28
1.7.1	Mängelrechte nach BGB	1.28
1.7.2	Mängelrechte nach VOB/B	1.29
1.7.3	Verjährung von Mängelansprüchen	1.31
1.7.4	Verjährung der Mängelansprüche nach VOB/B	1.32
1.8	Recht zur Kündigung	1.32
1.8.1	Kündigungsrechte des Auftraggebers	1.32
1.8.2	Kündigungsrechte des Auftragnehmers	1.34
1.9	Sicherheiten	1.35
1.9.1	Die Bauhandwerkersicherungshypothek gem. § 648 BGB	1.35
1.9.2	Die Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB	1.36
1.9.3	Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)	1.37
1.9.4	Sicherheiten nach § 17 VOB/B	1.38
C	Exkurs: Gestörter Bauablauf	1.40
1.10	Bauablaufstörungen	1.40
1.10.1	Definition	1.40
1.10.2	Unterschiedliche Ursachen für Störungen/Verzögerungen	1.40
1.11	Anspruch auf Bauzeitverlängerung	1.41

1.12	Anspruch auf Schadensersatz.....	1.41
1.12.1	Dokumentation der Bauablaufverzögerung.....	1.41
1.12.2	Anzeige der Behinderung	1.42
1.12.3	Hindernde vom Auftraggeber zu vertretende Umstände	1.43
1.12.4	Kausalität zwischen Behinderung und Schaden	1.44
1.13	Anspruch auf Vergütungsanpassung.....	1.44
1.13.1	Anspruchsvoraussetzungen gem. § 2 Abs. 5 VOB/B	1.44
1.13.2	Exkurs: Vergütung von Beschleunigungsmaßnahmen	1.45
1.14	Anspruch auf Entschädigung	1.46
1.14.1	Allgemeine Ausführungen	1.46
1.14.2	Erforderliche Handlungen für die Werkherstellung	1.46
1.14.3	Annahmeverzug	1.47
1.14.4	Bedeutung des Entschädigungsanspruchs	1.47
1.15	Verhältnis der Ansprüche untereinander – Übersicht und Bewertung	1.47
1.16	Berechnung der unterschiedlichen Ansprüche	1.48
1.16.1	Berechnung des Verzögerungsschadens gem. § 6 Abs. 6 VOB/B	1.48
1.16.2	Berechnung des Vergütungsanspruchs gem. § 2 Abs. 5 VOB/B	1.51
1.16.3	Berechnung des Entschädigungsanspruchs gem. § 642 BGB	1.51
1.17	Ansprüche bei verzögertem Vergabeverfahren und überholten Ausführungsfristen	1.52
D	Ausblick: Quo vadis Privates Baurecht?.....	1.55

A Begriffsdefinierung und Abgrenzung

1.1 Privates Baurecht/Öffentliches Baurecht

Unter dem Begriff „Baurecht“ werden diejenigen Rechtsvorschriften verstanden, die sich auf die Planung und Ordnung der Bebauung und die Rechtsverhältnisse der an der Errichtung eines Bauwerks Beteiligten beziehen. Das Baurecht umfasst somit das „Öffentliche Baurecht“ ebenso wie das „Private Baurecht“. Grundsätzliches Unterscheidungsmerkmal ist das Subordinationsverhältnis im Öffentlichen Baurecht zum Verhältnis gleichgeordneter Rechtssubjekte im Privaten Baurecht.

So dient das Öffentliche Baurecht dem Interessenausgleich zwischen der durch Artikel 14 Grundgesetz (GG) geschützten Baufreiheit des (einzelnen) Grundstückseigentümers und dem oft anders gelagerten Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst sinnvollen Nutzung des im Bundesgebiet nur beschränkt vorhandenen Baulandes. Ein solcher Interessenausgleich setzt zwingend eine gesetzliche Regelung des Bauens voraus, da eine unbeschränkte Baufreiheit nicht nur zu einer Verknappung des Baulandes, sondern auch zu unerträglichen Missständen führen würde. Um den Interessenausgleich gewährleisten zu können, bedient sich die öffentliche Hand etwa des Bauplanungs- wie des Bauordnungsrechts. Bauplanungsrechtliche Normen regeln die Vorbereitung und Leitung der baulichen und sonstigen Nutzung der Grundstücke durch Pläne (Bauleitplanung), welche die Rechtsqualität des Bodens festlegen. Synonyme für Bauplanungsrecht sind der Bebauungs- oder der Flächennutzungsplan. Das Bauordnungsrecht befasst sich mit den baulich technischen Anforderungen an ein konkretes Bauvorhaben und regelt primär die Abwehr von Gefahren, die von der Errichtung, dem Bestand wie der Nutzung einer baulichen Anlage typischerweise ausgehen.

Privates Baurecht meint die Gesamtheit der Normen, welche die Rechtsbeziehungen der an der Planung und Durchführung eines Bauwerks Beteiligten untereinander und mit Dritten regeln. Von Privatem Baurecht werden also sämtliche Vorschriften umfasst, die im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben relevant werden können, wobei die am Bau Beteiligten als gleichberechtigte Rechtssubjekte nebeneinanderstehen. Anders als beim Öffentlichen Baurecht geben im Privaten Baurecht die gesetzlichen Regelungen nur den Rahmen vor. Den am Bau Beteiligten steht es im Rahmen ihrer Privatautonomie frei, abweichende Regelungen durch eine vertragliche Einigung zu treffen. Dass hierbei auch öffentliche Auftraggeber, öffentliche Körperschaften, Anstalten oder Behörden Partner eines privatrechtlichen Bauvertrages sein können, liegt daran, dass der Staat in diesem Fall nicht hoheitlich, sondern ausschließlich fiskalisch und damit privatrechtlich als Vertragspartner tätig wird. Denn das unmittelbare Vertragsziel ist in einem solchen Fall die Errichtung des Bauwerks selbst, somit die privatrechtliche Werkleistung, auch wenn der dahinterstehende Zweck der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben (etwa dem Bau einer Schule oder eines Krankenhauses) dienen mag.

Das Private Baurecht regelt demnach die rechtlichen Beziehungen zwischen einem privaten Auftraggeber und seinem Architekten, einem Sonderfachmann (wie etwa einem Statiker), einem Bauingenieur, einem Bauunternehmer oder sonstigen mit der Bauausführung ganz oder teilweise in bautechnischer, wirtschaftlicher oder sonstiger Hinsicht befassten Person oder Unternehmen. Ebenfalls zum Privaten Baurecht werden die Rechtsbeziehungen des Bauherrn zu Dritten und Nachbarn wie die Rechtsverhältnisse zwischen mehreren Beteiligten gezählt, die sich etwa zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammengeschlossen haben.

Für die Abgrenzung lediglich von untergeordneter Bedeutung sind sogenannte gemischte Verträge, deren Abschluss im öffentlichen Interesse und in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt, die in ihrer Abwicklung jedoch zumindest teilweise privatrechtlich ausgestaltet sind. So erfolgt der Vertragsschluss mit dem Prüflingenieur für Baustatik im öffentlichen Interesse, um die bei der Baugenehmigungsbehörde als Anlage zum Baugesuch eingereichten Pläne im

Hinblick auf statische Sicherheit zu überprüfen. Die Bezahlung durch den Bauantragsteller erfolgt allerdings auf privatrechtlicher Basis nach Maßgabe einer festen Gebührenordnung; auch die Haftung des Prüfstatikers oder gegen ihn gerichtete Gewährleistungsansprüche richten sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB).

1.2 Bedeutung des Privaten Baurechts

Die Bedeutung des Privaten Baurechts bemisst sich maßgeblich nach den wirtschaftlichen Parametern des Bausektors und dem Umfang an Rechtsstreitigkeiten innerhalb der Baubranche.

Traditionell nimmt die deutsche Bauwirtschaft bezogen auf den gesamten Wirtschaftsmarkt eine starke Stellung ein. So betrug die Anzahl der Beschäftigten im Bauhauptgewerbe (das vorwiegend Roh- und Tiefbauleistungen erbringt) im Jahr 2013 ca. 756.000, das Baugewerbe insgesamt beschäftigte 2013 etwa 2,45 Mio. Erwerbstätige. Ca. 75.000 Unternehmen sind im Bauhauptgewerbe tätig, wobei das Baugewerbe (auf gleichem Niveau wie der gesamte Fahrzeugbau) die höchste Bruttowertschöpfung im Inland erbringt. Rund 10 % des deutschen Bruttoinlandsprodukts werden für Baumaßnahmen verwendet, was für 2013 etwa 280 Mrd. Euro bedeutet. Der Umsatz im Bauhauptgewerbe betrug im Jahr 2013 ca. 95 Mrd. Euro.¹ Die Komplexität von Bauvorhaben erfordert präzise rechtliche Grundlagen, um den verschiedenen vertraglichen Beziehungen der am Bau Beteiligten Rechnung zu tragen. Nicht nur bei Großbauvorhaben, die in der Regel durch den Zusammenschluss mehrerer Bauunternehmen in einer ARGE erbracht werden, sind rechtlich bedeutsame Abstimmungsprozesse erforderlich, auch bei kleineren Vorhaben bedarf es der Zusammenführung verschiedener Gewerke, denen jeweils unterschiedliche Verträge zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien zugrunde liegen.

Die Vielzahl der am Bau Beteiligten, die wirtschaftliche Bedeutung eines Bauvorhabens sowie die damit verbundenen Anforderungen an Qualität, Preis und Zeit sind die verantwortlichen Faktoren für die hohe Anzahl an Rechtsstreitigkeiten in dieser Branche. Auseinandersetzungen über eine Mängelhaftung vor und nach der Abnahme, über die Interpretation des geschuldeten Bausolls und Leistungsmodifikationen, über Behinderungen und Bauablaufstörungen sowie Differenzen bei Aufmaß, Abrechnung und Zahlung sowie strittige Rechtsfragen zu Sicherheiten und Vertragsstrafen stellen den maßgeblichen Inhalt streitiger Auseinandersetzungen dar. Um den Anforderungen an die Materie gerecht zu werden, wurden in Landgerichtsbezirken großer Städte Zivilkammern eingerichtet, die sich ausschließlich mit Bau- und Architektenstreitigkeiten beschäftigen. Die Anwaltschaft hat sich durch die Einführung einer Fachanwaltschaft „Bau- und Architektenrecht“ spezialisiert. Schließlich wurde ein Deutscher Gerichtstag implementiert, in dem turnusmäßig Vertreter aus Justiz, Anwaltschaft, Verbänden wie den Unternehmen selbst u. a. Möglichkeiten diskutieren, Streitigkeiten vor Gericht effektiver (kürzer und preiswerter) gestalten zu können, darüber hinaus Alternativen außergerichtlicher Streitbeilegungen gesucht werden.²

1 Angaben des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V., www.bauindustrie.de; Stand 01/2015

2 3. Deutscher Baugerichtstag, Arbeitskreis VII (www.baugerichtstag.de)

1.3 Bau-/Werkvertrag und ähnliche Vertragstypen

1.3.1 Der Bauvertrag als Werkvertrag

1.3.1.1 Gesetzliche Grundlagen

Nach allgemeinem Verständnis regelt der Bauvertrag das rechtliche Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, das den Auftragnehmer zur Ausführung vertraglich definierter Leistungen verpflichtet, durch die eine mit dem Baugrundstück verbundene bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Obwohl der Begriff des Bauvertrages geläufig ist, existiert ein spezielles Gesetzbuch für das Private Baurecht nicht. Der Bauvertrag gehört zu dem in den §§ 631–651 BGB normierten Vertragstyp des Werkvertrages. Danach schuldet der Auftragnehmer dem Auftraggeber das vereinbarte Ergebnis der Bauarbeiten als Erfolg, was mit der Interessenlage im Bauvertrag identisch ist, wonach der Auftraggeber vom Auftragnehmer eine erfolgreiche Wertschöpfung verlangen kann. Der Hinweis auf den Werkvertragscharakter und seine gesetzlichen Grundlagen ist deshalb von Bedeutung, da ein aus 23 Paragraphen bestehendes Gesetz (§ 651 BGB findet auf den Bauvertrag keine Anwendung) nicht ausreichend erscheint, um der bei einem oft aus mehreren Parteien bestehenden Bauvertragsverhältnis innewohnenden Komplexität Rechnung zu tragen, weshalb seit Jahren aus dem Bereich der Richterschaft, Bauanwälten wie Bauunternehmen gleichermaßen gefordert wird, das Bauvertragsrecht insgesamt eigenständig zu regeln. Solange eine solche gesetzliche Normierung nicht erfolgt, wird auf Rechtsquellen zurückgegriffen, die sich (im Falle der VOB Teil B bereits wenige Jahre) nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) herausgebildet haben bzw. – dem Regelungsbedarf entsprechend – in jüngerer Zeit verabschiedet wurden.

Von maßgeblicher Bedeutung sind hier die Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), die ihre Rechtswirkungen nicht unmittelbar in formellem Sinne als Gesetz oder Rechtsverordnung, sondern unmittelbar über Vertragsrecht entfalten. Während Teil A der VOB den Ablauf eines Vergabeverfahrens regelt und Teil C aus einer Vielzahl von Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen besteht, stellt Teil B reines Vertragsrecht dar. Sie wird nur dann zur Grundlage des Vertrages, wenn die Parteien dies vereinbaren, wobei die Vereinbarung keiner Form bedarf; ein Bezug oder allgemeiner Hinweis auf die VOB/B reicht in der Regel aus. Ihre Anwendung wird Unternehmen, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen empfohlen, wobei die VOB/B nicht zur Anwendung gegenüber Verbrauchern vorgesehen ist. Die VOB/B gibt eine Vertragsordnung vor, die zur inhaltlichen Ausgestaltung des Bauvertrages dient. Rechtlich haben die Vertragsbedingungen die Qualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, weil sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Über §§ 307 ff. BGB unterliegen sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle des Gesetzes, wobei das Normgefüge der VOB/B der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann Stand hält, sofern die VOB/B „als Ganzes“ vereinbart wurde. Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Regelungen der VOB/B dann einer gesetzlichen Überprüfung zugänglich sind, wenn nach dem Parteiwillen im Vertrag und bei vereinbarter VOB/B inhaltliche Abweichungen hiervon vorgenommen wurden.

Nachdem die VOB/B lediglich die Ordnung zur Gestaltung eines Bauvertrages vorgibt, kann sie auf das Vertragsverhältnis mit Architekten, Fachplanern, Projektsteuerern und Baurägern keine Anwendung finden. Auch bei mit diesen geschlossenen Verträgen handelt es sich regelmäßig um Werkverträge im Sinne der §§ 631 ff. BGB. Die Grundlage für die Abrechnung für von Architekten und Planern erbrachte Leistungen bildet die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). Das Recht der Bauräger regelt die Makler- und Baurägerver-

ordnung (MaBV). Die Baustellenverordnung (BaustellV) dient der Sicherheit und dem Gesundheitsschutz auf Baustellen.

Das ursprünglich aus dem Jahr 1909 stammende Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) hat in jüngerer Zeit eine „Renaissance“ erlebt, als auf Gesetzesesebene dem Sicherungsinteresse der Auftragnehmer Rechnung getragen wird, die dem Bauherrn seitens Dritter (Banken) bereitgestellten Baugelder für erbrachte Bauleistungen auch tatsächlich zu erhalten. Das BauFordSiG ist zuletzt 2009 grundlegend reformiert worden.

Festzuhalten bleibt, dass es trotz der erheblichen wirtschaftlichen wie rechtlichen Bedeutung des Baurechts nur wenige Normen mit Gesetzescharakter gibt, die auf Bauvorhaben zugeschnittene Bestimmungen enthalten, was zum einen die Bedeutung der VOB wie den Umstand erklärt, dass zu kaum einem anderen Gebiet des Zivilrechts eine so umfassende Rechtsprechung existiert.

1.3.1.2 Besondere Arten von Bauverträgen

Das Grundmuster für den Generalunternehmer-, den Generalübernehmer- oder den Nachunternehmervertrag bildet der sogenannte „*Standard-VOB-Vertrag*“. Er eignet sich für die Beauftragung von Bauleistungen im Wege der Einzelvergabe. Wenn auch nicht zwingend, so doch die Regel, dass Einzelvergaben mit einem geringeren Auftragsvolumen verbunden sind, als es etwa beim Generalunternehmer- oder Generalübernehmervertrag der Fall ist. Verwender dieses Vertragsmusters kann sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber sein. Da im Gewerbebau aufgrund der Marktverhältnisse der Vertragstext zumeist durch den Auftraggeber vorgegeben wird, ist dieser dann auch Verwender der VOB/B.

Der Wunsch nach umfassender Kosten- und Terminsicherheit sowie Konzentration der Bauabwicklung auf einen oder wenige Vertragspartner führt auf Seiten des Auftraggebers dazu, das Bauprojekt durch die Beauftragung eines *Generalunternehmers* zu realisieren. Der Auftraggeber ist damit in der Lage, sämtliche Leistungen aus einer Hand abzurufen, gleichzeitig können beim Generalunternehmer die Planungs- und Ausführungsleistungen gebündelt werden, indem dieser etwa auch die Ausführungsplanung übernimmt. Der schlüsselfertige Bau mit einem Generalunternehmer zeichnet sich dadurch aus, dass der Auftraggeber einen Vertrag mit einem Vertragspartner abschließt, der das ganze Objekt schlüsselfertig erstellt, und dem Vertragsabschluss ein feststehender Pauschalpreis zugrunde liegt. Innerhalb des Typus des Generalunternehmervertrages wird unterschieden zwischen dem Detail- und dem Globalpauschalvertrag. Beim Detailpauschalvertrag sind die Leistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses detailliert nach Ausführungsart und Umfang beschrieben, so dass für die Preisbildung in der Regel nur noch die erforderlichen Massen ermittelt werden müssen. Dagegen ist beim Globalpauschalvertrag auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung das jeweilige Leistungsziel abstrakt beschrieben, was bedeutet, dass der Generalunternehmer die konkrete Leistungsverpflichtung selbst ermitteln muss. Klassisches Konfliktfeld beim Generalunternehmervertrag ist die Definition des Leistungssolls, welches der Generalunternehmer typischerweise durch eine enge Auslegung der Leistungsbeschreibung definiert, das Interesse des Auftraggebers allerdings dahin geht, dass sämtliche für die schlüsselfertige Erstellung des Bauvorhabens erforderlichen Leistungen vom Generalunternehmer ohne zusätzliche Vergütung erbracht werden, auch wenn diese nicht im Einzelnen benannt oder aus den Vertragsbestandteilen entnommen werden können.

Der *Generalübernehmervertrag* stellt eine weitere Form des Pauschalpreisvertrages dar. Vom Generalunternehmer unterscheidet sich der Generalübernehmer hauptsächlich dadurch, dass durch ihn selbst keine Bauleistungen erbracht werden, weshalb der Generalübernehmervertrag als atypische Unternehmereinsatzform der Bauwirtschaft bezeichnet wird. Der Generalübernehmer sieht sich in der Vertragskette „Auftraggeber (Bauherr) – Hauptunternehmer – Nach-

unternehmer“ als Koordinator des Baugeschehens auf Seiten des Bauherren und übernimmt im Verhältnis zu den Auftragnehmern, zu denen etwa auch der Generalunternehmer gehört, die Rolle des Auftraggebers, ohne selbst Bauherr zu sein. Wie der Generalunternehmer ist der Generalübernehmer für die von ihm geschuldeten Leistungen (Bau- ggf. Planungsleistungen) alleiniger Vertragspartner des Bauherrn, dem gegenüber er für die vollständige, funktionsgerechte und mangelfreie Errichtung des Bauvorhabens nach Werkvertragsrecht verantwortlich ist. Allerdings gehen die vertraglichen Verpflichtungen und Rechte des Generalübernehmers weiter als die des Generalunternehmers: Es ist eine typische Gestaltung des Generalübernehmervertrages, dass dieser die komplette Ausführungsplanung (Leistungsphase 5 gem. § 34 HOAI) und gegebenenfalls die Vorplanung, Entwurfs- und Genehmigungsplanung gemäß Leistungsphasen 2 bis 4, § 34 HOAI, erbringt. Terminologisch wird deshalb für den Begriff des Generalübernehmers synonym der Begriff des Totalunternehmers gebraucht. Da sich die VOB/B nur auf Bauleistungen im Sinne des § 1 VOB/A bezieht, kann sie nicht pauschal in den Generalübernehmervertrag mit einbezogen werden, wenn dieser auch selbständige Architekten- und Ingenieurleistungen erfasst.

Der *Subunternehmervertrag* regelt die Rechtsverhältnisse zwischen Haupt- und Nachunternehmer, was – bildhaft betrachtet – dazu führt, dass es zu einer „Subunternehmer-Kette“ kommen kann, wenn dem jeweiligen Subunternehmer weitere Subunternehmer nachgeschaltet sind. Vorrangiges Interesse des Haupt- oder Generalunternehmers wird es sein, die Vertragsbedingungen mit seinem Bauherrn (Auftraggeber) an seine Subunternehmer durchzustellen. Hierbei hat er darauf zu achten, dass mehrfach durchgestellte Klauseln, die im Generalunternehmervertrag individualvertragsrechtlich wirksam sein können, zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Generalunternehmers werden, mit der Folge, dass sie einer Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB Stand halten müssen, um Wirksamkeit gegenüber seinen Subunternehmern entfalten zu können.

Das Dilemma, dass der Auftraggeber ein qualitativ hochwertiges Gebäude zu einem möglichst geringen Preis erwerben und der Auftragnehmer mit einem möglichst geringen Aufwand seinen Gewinn maximieren möchte, hat dazu geführt, dass seit Mitte der 90er Jahre nach neuen Vertragsformen gesucht wird. Die herkömmlichen Vertragsarten liefern keinen Anreiz für den Auftragnehmer, die Baukosten zu reduzieren. Vielmehr bedarf es Anreizmechanismen, die den Auftragnehmer motivieren, vertraglich fixierte Ziele wie Bausumme oder Bauzeit zu unterschreiten, was sich in einer zusätzlichen Vergütung für ihn niederschlagen soll. Das ursprünglich aus den USA stammende *GMP-Vertragsmodell* (GMP steht für Guaranteed Maximum Price) stellt einen innovativen Vertragstypus dar, um vorbeschriebene Konfliktsituationen zu entschärfen. Die Besonderheit beim GMP-Vertrag besteht in der Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, partnerschaftlich gleichberechtigt durch optimale Verwirklichung der Bauaufgabe an der Erreichung des gemeinsamen Ziels zusammenzuarbeiten. Hierfür sollen die Vergabe und die Abrechnung von Nachunternehmerleistungen, die nach den herkömmlichen Vertragsarten für den Auftraggeber eine „Black-Box“ darstellen, transparent werden. Der Generalunternehmer wird für ihn niederschlagen „gläsern“, man spricht vom Prinzip der „openbooks“. Die Kostentransparenz sowie den Idealfall gemeinsamer Auswahl der Nachunternehmer und Prüfung der Nachunternehmerleistungen erfordert von beiden Vertragsparteien ein Höchstmaß an kooperativem Verhalten. Der Erfolg eines solchen Partnering-Modells ist abhängig davon, ob der Auftraggeber zur optimalen Wahrnehmung seiner Mitwirkungspflichten eine qualifizierte Projektleitung einsetzt und ob durch die frühzeitige Einbindung des Bauunternehmers in die Planungsphase Baukosten eingespart bzw. beim Einkauf der Nachunternehmerleistungen Einsparpotenziale ausgeschöpft werden können.

Gerade bei der Realisierung von Großprojekten ist die Bauarbeitsgemeinschaft (ARGE) häufigste Kooperationsform. Es handelt sich hierbei um einen vorübergehenden Zusammen-

schluss von zwei oder mehr rechtlich selbständigen Unternehmen mit dem Ziel, auf der Basis eines gemeinsamen Angebots ein größeres Bauvorhaben in arbeitsteiliger Art und Weise abzuwickeln. Die ARGE stellt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den §§ 705 ff. BGB dar, die eine eigene Rechtspersönlichkeit im Außenverhältnis hat. Im *ARGE-Vertrag* werden Rechte und Pflichten der beteiligten Gesellschafter geregelt. Diese verpflichten sich hierin, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Beiträge, insbesondere Lieferungen und Leistungen, vertragsgerecht zu erbringen. Besondere Formen der ARGE sind die Dach- und Los-ARGE. Im Unterschied zur normalen ARGE sind deren Gesellschafter Vertragspartner der Dach-ARGE, werden also von dieser mit der Leistungserbringung beauftragt. Der Dach-ARGE kommt dann die Koordination der Planung- und Gesamtbauleistung zu, ohne selbst Bauleistungen zu erbringen. Bei der Los-ARGE haben zwei oder mehrere Gesellschafter einer Dach-ARGE ein Leistungssegment zu erbringen, wobei diese Gesellschafter dann quasi als Nachunternehmer der Dach-ARGE fungieren.

1.3.2 Angrenzende Vertragstypen

1.3.2.1 Anlagenbauvertrag

Aufgrund seines Mischcharakters kann der Anlagenbauvertrag nicht eindeutig dem Werkvertragsrecht zugeordnet werden. Beim Anlagenbauvertrag erstreckt sich die Leistung darauf, eine – oft maßgeschneiderte – Sache zu entwickeln, sie beim jeweiligen Vertragspartner zusammenzusetzen, diesem das Eigentum an der Sache zu verschaffen und – soweit vereinbart – Wartungsarbeiten zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Anlage zu übernehmen. Dem Anlagenbauvertrag wohnen somit Bestandteile des Kauf-, Werk- bzw. Dienstvertragsrechts inne. Bei Großanlagen überwiegen die baurechtlichen Komponenten, da es maßgeblich um die Errichtung eines Bauwerks bzw. dessen Umgestaltung geht. In diesen Fällen findet Werkvertragsrecht gem. §§ 631 ff. BGB Anwendung. Im internationalen bzw. grenzüberschreitenden Anlagenbau wird auf FIDIC-Standardbedingungen oder andere international gültige Klauselwerke zurückgegriffen.³

1.3.2.2 Bauträgervertrag

Bei diesem Vertrag verpflichtet sich der Bauträger zur Bauerrichtung und Verschaffung lastenfreien Eigentums, als Gegenleistung steht ihm eine einheitliche Vergütung zu. Dieser Vertragstypus besteht aus werkvertraglichen (Planung, Bauaufsicht und Bauerrichtung) und kaufrechtlichen Elementen sowie – sofern Beratungs- und Betreuungsleistungen geschuldet sind – aus Elementen des Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrechts. Im Hinblick auf die – wirtschaftlich dominierende – Bauverpflichtung ist eine Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zum Werkvertrag sachgerecht, zumal das Vertragsverhältnis durch eine für den Werkvertrag typische Interessenlage geprägt wird. Die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) regelt als Kernstück die Sicherungspflichten des Bauträgers gegenüber dem Auftraggeber (Erwerber). Besondere Sicherungspflichten obliegen dem Bauträger danach für Vermögenswerte, die er zur Durchführung des Auftrages erlangt. Diese dürfen vom Bauträger erst dann entgegengenommen werden, wenn zum einen formelle Voraussetzungen (etwa Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf Eigentumsübertragung, die Freistellung des Vertragsobjektes von Grundpfandrechten oder die Erteilung einer Baugenehmigung) vorliegen, zum anderen der Bauträger Anspruch auf die Zuwendung von Vermögenswerten nur bauabschnittsweise hat. Allgemein wird der Bauträgervertrag als ein aus unterschiedlichen Typen zusammengesetzter Kombinationsvertrag verstanden.

3 FIDIC = Fédération Internationale des Ingenieurs-Conseils (Internationale Vereinigung beratender Ingenieure)

1.3.2.3 Fertighausvertrag

Auf den Fertighausvertrag finden die Vorschriften des allgemeinen Werkvertragsrechts Anwendung. Üblicherweise gehört das Grundstück, auf dem das Fertighaus errichtet werden soll, dem Bauherrn (= Eigentümer) und der Fertighausunternehmer steht dem Bauherrn als einziger Vertragspartner gegenüber. Er schuldet dem Bauherrn die Anfertigung und Errichtung des Fertighauses. Sofern sich die Verpflichtung des Fertighausherstellers ausschließlich auf die Lieferung von Bau- und Fertigteilen erstreckt und der Erwerber das Fertighaus selbst oder mit Hilfe Dritter selbst errichtet, liegt ein sogenannter Fertighauslieferungsvertrag vor, auf den Kaufrecht anwendbar ist. Von einem Bausatzvertrag wird gesprochen, wenn der Vertrag die Verpflichtung zur Lieferung genormter Bauteile, die Erstellung von Bauplänen und Zeichnungen sowie die Verpflichtung zur Bauleitung und Bauüberwachung enthält. Ein solcher gemischter Vertrag ist durch kauf-, werk- und dienstvertragliche Bestandteile gekennzeichnet.

1.3.2.4 Gerüstgestellungsvertrag

Mit dem Gerüstgestellungsvertrag (oder Gerüstbauvertrag) übernimmt der Gerüstbauer die entgeltliche Verpflichtung, mit eigenem Material ein Gerüst aufzustellen, es seinem Vertragspartner (Bauherrn oder Bauunternehmer) zum Gebrauch zu überlassen und nach erfolgtem Gebrauch wieder abzubauen. Gerüste sind Hilfsmittel, die nach ihrem Einsatz wieder entfernt werden und nicht werterhöhend in das Grundstück eingehen. Sich aus dem Gerüstgestellungsvertrag ergebende Rechte und Pflichten werden deshalb nach Miet- und nicht nach Werkvertragsrecht beurteilt. Anders liegt der Fall, wenn Gerüstgestellungen von einem bauausführenden Unternehmen erbracht werden müssen, um die nach dem Werkvertrag geschuldete Leistung erfüllen zu können. Aufbau, Umbau und Vorhaltung sowie der Abbau des Gerüsts sind in diesem Fall keine eigenständigen vertraglichen Leistungen, sondern Nebenleistungen zur vom Bauunternehmer geschuldeten Hauptleistung, mit der sie das rechtliche Schicksal teilen. Auf einen solchen unselbständigen Gerüstvertrag ist Werkvertragsrecht anzuwenden; im Falle der vereinbarten VOB Teil B sind die Gerüstbauleistungen mit dem vereinbarten Gesamtwerklohn abgegolten.

1.3.2.5 Vertrag zur Überlassung von Baugeräten

Zur Realisierung der geschuldeten Bauleistung benötigt der Auftragnehmer unterschiedliche Baugeräte wie Kräne, Aufzüge, Förderbänder u. a. Sofern er diese Geräte nicht besitzt, muss er sich diese von Dritten beschaffen, in der Regel durch entgeltliche Überlassung mit oder ohne Bedienpersonal. Bei einer entgeltlichen Überlassung ohne Bedienpersonal ist der Vertrag nach Mietrecht zu beurteilen. Wird Bedienpersonal zur Verfügung gestellt, hängt der Vertragscharakter davon ab, welche Leistung den Schwerpunkt des Vertrages bildet. Wird etwa ein Kranführer beigestellt, so wird von einem kombinierten Miet- und Dienstverschaffungsvertrag gesprochen. Grundsätzlich stellt die Geräteüberlassung im eigentlichen Sinn keine Bauleistung dar, weil der Geräteunternehmer weder ein bestimmtes Werk noch einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet.

1.3.3 Architekten- und Planerverträge

1.3.3.1 Architektenvertrag/Statikervertrag

Nachdem das Vertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einen speziellen Architektenvertrag nicht kennt, war dessen Rechtsnatur lange streitig. Schließlich umfasst das Leistungsbild eines Architekten nicht nur Planungsaufgaben, sondern etwa auch die Grundlagenermittlung (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 HOAI), mithin eine Leistung, in der der Architekt weniger einen Erfolg als vielmehr seinen zeitlichen Einsatz schuldet, was primär dem Charakter eines Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrags als dem eines Werkvertrags entspricht. Soll der Architektenver-

trag sämtliche Leistungen gemäß den in der HOAI beschriebenen Leistungsbildern (sogenannte Vollarchitektur) erfassen, ist er nach einer grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴ als Werkvertrag zu charakterisieren, weil der vom Architekten entworfene und gefertigte Bauplan für sich genommen ein Werk im Sinne des § 631 BGB darstellt. In ihm verkörpert sich die geistige Arbeit eines Architekten, die auch dann nicht zurücktritt, wenn der Architekt zugleich seinen Plan ausführt und die dafür erforderlichen Arbeiten leitet oder überwacht. Bei einer beauftragten Vollarchitektur erbringt der Architekt (und analog der Statiker/Tragwerksplaner) als wichtigste Vertragssäulen Planungstätigkeiten, die Objektüberwachung/Dokumentation sowie die Objektbetreuung. Der Erfolg der geschuldeten Leistung ist insbesondere das „mangelfreie Entstehenlassen“ eines Bauwerkes⁵, wobei die mangelfreie Errichtung selbst wiederum in den Pflichtenkatalog des Bauunternehmers fällt.

In Ermangelung gesetzlicher Vorgaben sind die Parteien eines Architekten-/Statikervertrages bei der Gestaltung des Vertrages frei; der Inhalt des Vertrages wird durch den Willen der Parteien bestimmt. Alleine das die HOAI vorgebende Preisrecht setzt dem Parteiwillen Grenzen: wDanach soll der Bauherr vor überhöhten Honoraren ebenso geschützt wie dem Architekten/Statiker unter Vermeidung eines ruinösen Preiswettbewerbs eine auskömmliche und kostendeckende Vergütung gesichert werden. Auch wenn die HOAI detaillierte Regelungen für die Abrechnung von Architekten- und Ingenieurleistungen enthält, so statuiert sie doch keine vertraglichen Leistungspflichten, sondern stellt „lediglich“ eine Honorarordnung (Preisrecht) dar. Welche Leistungen der Architekt zu erbringen hat, bestimmt sich ausschließlich aus dem Architektenvertrag selbst; die HOAI enthält keine normativen, sondern lediglich beschreibende Leistungsbilder. Außer für die Planung von Gebäuden und Innenräumen gibt die HOAI preisrechtrelevante Leistungsbilder für die Bauleitplanung, Landschaftsplanung, Freianlagen, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen sowie Tragwerksplanung und Leistungen der technischen Ausrüstung vor. Aufgrund der mit ihrer Verbindlichkeit einhergehenden Rigidität wird diskutiert, ob die HOAI mit europäischem Gemeinschaftsrecht, hier insbesondere der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEU-Vertrag (vormals Art. 49 f. EG-Vertrag)) vereinbar ist.

1. Generalplanervertrag

Wie für den Architekten und die sonstigen Fachplaner enthält das BGB keine speziellen Regelungen für den Generalplaner bereit. Abweichend zum Architekten und Fachplaner wird der Generalplanervertrag in der HOAI allerdings nicht definiert. Der Begriff des Generalplaners ist der zunehmenden wirtschaftlichen Globalisierung geschuldet, wonach international agierende Investoren und Projektentwickler auf dem Markt tätig sind. Der Trend zur zunehmenden Rationalisierung des Baugeschehens erfordert neue Organisationsformen, wie die des Generalplaners. Auf ihn trifft die Definition zu, wonach er als Planer verstanden wird, dem der Auftraggeber alle oder zumindest den wesentlichen Teil der für eine Baumaßnahme erforderlichen Leistungen hinsichtlich Planung, Koordinierung, Organisation, Beratung und Überwachung mit der Maßgabe überträgt, dass dieser berechtigt ist, Leistungen durch Subplaner erbringen zu lassen. Dieses umfassende Leistungsbild wird dabei so verstanden, dass es sich weniger auf die Person des Generalplaners, als vielmehr auf dessen Aufgabe bezieht, ein in der Regel großvolumiges Bauvorhaben projektumfassend zu planen und errichten zu lassen. Von einem Generalplaner werden hierbei Ideen, Ziele und Projektstrukturen erwartet, die strengen Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen der Investoren ebenso Rechnung tragen wie die Beachtung technischer Erfordernisse.

4 BGH NJW 1960, S. 431; BauR 2000, S. 128; BauR 2004, S. 1640

5 BGH BauR 2004, S. 1640

2. Projektsteuerungsvertrag

Auch für diesen Vertragstypus gibt es kein gesetzliches Leitbild. Projektsteuerungsverträge enthalten sowohl dienst- als auch werkvertragliche Elemente. Auf diese ist Werkvertragsrecht anwendbar, wenn der Projektsteuerer durch seine vertragliche Leistung einen Erfolg im Sinne des § 631 BGB schuldet. Das heißt, wenn die erfolgsorientierten Aufgaben in einer den Vertrag prägenden Weise überwiegen. Ein solcher Fall liegt in der Regel vor, weil die Leistungen auf einen Erfolg, nämlich die Verwirklichung des Projekts mit bestimmten Qualitäten zu kalkulierenden Kosten bei einem festgelegten Termin ausgerichtet sind. Der Projektsteuerer wird bevorzugt bei der Realisierung von Großprojekten eingesetzt, die in ihrer Umsetzung komplex sind und deshalb nach einer Vereinfachung der Strukturen verlangen, um beherrschbar zu bleiben. Durch den Projektsteuerer sollen die (oft erheblichen) Kosten- und Terminrisiken bewältigt werden, indem Ablauf- und Entscheidungsstrukturen systematisiert werden. Dem Projektsteuerer kommt dabei die Funktion einer übergeordneten Projektleitung, eines Projektmanagements oder auch eines Projektcontrollings zu; in Vertretung des Bauherrn ist der Projektsteuerer für das „Funktionieren“ der Großbaustelle verantwortlich. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, bedienter sich regelmäßiger nachgeschalteter General- oder Fachplaner.

1.3.4 Auslandsbau

Die Erweiterung der Europäischen Union auf 28 Staaten, das Bedürfnis der Entwicklungs- und Schwellenländer, Infrastrukturprojekte voranzubringen, sowie die durch Erdöl- und Erdgaseinnahmen finanzierten Prestigebauprojekte in der Golfregion haben dazu geführt, dass dem Auslandsbau (wie ohnehin beim Großanlagenbau) eine immer wichtigere Bedeutung für die nationalen mittelständischen Bauunternehmen zukommt. So konnte die deutsche Bauindustrie im Jahr 2012 mit einer internationalen Bauleistung von rund 32 Mrd. Euro einen neuen Rekordwert verzeichnen.⁶

Traditionell ist der Auslandsbau angelsächsisch geprägt, sind doch die Entwicklungs- und Schwellenländer in britischen Kolonialzeiten entsprechend beeinflusst worden. Diese Prägung bezieht sich nicht alleine auf die Sprache, sondern auch auf die Strukturen und die Rechtsgestaltung von Verträgen. Typischerweise werden für Projekte im Auslandsbau durch (oft staatliche) Geldgeber und Garanten/Bürgen die Vertragsbedingungen vorgegeben, was dazu führt, dass Individualverträge hinter internationale Standardverträge zurücktreten. Verbreitet sind etwa die ICE Conditions of Contract and Forms of Tender, Agreement and Bonds for Use in Connection with Works of Civil Engineering Construction (abgekürzt: ICE Conditions of Contract) sowie die JCT Standard Form of Building Contract (abgekürzt: JCT Building Contract). Beide Vertragsbedingungen sind für Building Works formuliert.

Daneben – und von maßgebender Bedeutung – stehen die FIDIC-Standardverträge, die wegen ihrer Bezeichnung Red Book, Yellow Book, Silver Book und Green Book auch FIDIC Rainbow genannt werden. Ihren nach Farben ausgerichteten Namen verdanken diese Standardbedingungen dem roten Einband des ersten FIDIC-Buches „Red Book“; später erarbeitete Bedingungen für andere Anwendungsbereiche wurden wegen der Einheitlichkeit ebenfalls Farben zugewiesen.

- Das „Red Book“ ist für Bau- oder Ingenieurprojekte gedacht, bei denen die Planungsleistung durch den Auftraggeber oder einen Planer erbracht wird, der Engineer das Vorhaben betreut, die Werkleistung überwacht und die Zahlung bei Einheitspreisverträgen auf der Basis von Mengenbestätigungen bzw. bei Pauschalpreisverträgen auf der Grundlage von

6 Angaben des Geschäftsbereiches Auslandsbau im Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, http://www.bauindustrie.de/media/uploads/this_10_2013_auslandsbau.pdf

Zahlungsplänen nach Baufortschritt freigibt. Danach ist das „Red Book“ durch eine auftraggeberseitige Planung und die Abwicklung des Vertrages durch die Tätigkeit des Engineers gekennzeichnet.

- Das „Yellow Book“ wird bei Anlagenprojekten herangezogen, bei denen der Auftragnehmer neben der Ausführung die Planung schuldet. Im Yellow Book werden Vertragsregeln standardisiert, die den Auftragnehmer zur schlüsselfertigen Erstellung im Regelfall gegen Zahlung eines Pauschalpreises verpflichten. Wie beim Red Book erfolgen die Vertragsabwicklung, die Überwachung des Baugeschehens und die Freigabe von Zahlungen durch den Engineer.
- Das „Silver Book“ regelt Bedingungen für die schlüsselfertige Erstellung von Energie- oder Produktionsanlagen, Fabriken oder sonstigen Infrastruktureinrichtungen, wobei es entscheidend auf die Preissicherheit und den Fertigstellungstermin ankommt.
- Das „Green Book“ soll gemäß den Empfehlungen im Vorwort auf solche Projekte mit internationalem Bezug angewendet werden, die ein Volumen von 500.000,00 US-Dollar nicht überschreiten und deren Ausführungszeit nicht länger als sechs Monate beträgt.

Nachdem die FIDIC-Standardverträge strukturell wie rechtlich angelsächsisch geprägt sind, bietet es sich zur Vermeidung von Auslegungsproblemen an, dass der internationale Bauvertrag, in dem die FIDIC-Musterbedingungen zur Erlangung ihrer Wirksamkeit ausdrücklich eingebunden sein müssen, englischem Recht oder wenigstens dem Recht des Baustellenlandes unterliegen. Sicherlich liegt es im Interesse jedes im internationalen Baugeschäft tätigen nationalen Unternehmens, anstelle der jeweiligen nationalen Gerichtsbarkeit ein Schiedsverfahren zu vereinbaren, das den sprachlichen, strukturellen und rechtlichen Besonderheiten der FIDIC-Vertragswerke Rechnung trägt.

1.3.5 ÖPP/PPP

Unter der englischsprachigen Bezeichnung Public Private Partnership (PPP) oder Öffentlichen Privaten Partnerschaft (ÖPP) versteht man grundsätzlich die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private, die die Verantwortung dafür übernehmen, dass die mit dieser Aufgabe verbundenen Leistungen finanziert und zur Verfügung gestellt werden. Bei einem typischen PPP-Modell wird ein Unternehmen gegründet, welches ein Wirtschaftsgut erstellt und zur Betreuung anschließend eine entsprechende Dienstleistung erbringt. Das Unternehmen ist ganz oder teilweise auch für die Finanzierung des Wirtschaftsguts verantwortlich.

Da wesentlicher Bestandteil eines PPP-Vertragsmodells die Erstellung und Unterhaltung eines großvolumigen Bauprojekts (zumeist eines Infrastrukturprojektes wie einer Straße, einer Sportstätte, einer Schule oder auch einer Justizvollzugsanstalt) ist, sind Vertragspartner der öffentlichen Hand (meist) von mittelständischen Baukonzernen gegründete Projektgesellschaften, was die Zuordnung zum Privaten Baurecht erklärt. Mit der Bezeichnung „Öffentliche Private Partnerschaft“ ist keine klare Vertragsstruktur festgelegt. Vielmehr haben sich unterschiedliche Modelle entwickelt, um den Anforderungen an die Erstellung, Finanzierung und Unterhaltung des jeweiligen Wirtschaftsguts gerecht zu werden. Betreiber-, Betriebsüberlassungs-, Pacht-, Management- oder Kooperationsmodelle sind die in der Praxis häufigsten PPP-Strukturen.

Das typisch projektfinanzierte Konstrukt eines ÖPP/PPP-Projektes ist dadurch gekennzeichnet, dass die eigens für das Projekt gegründete Gesellschaft einen PPP-Vertrag mit der ausschreibenden Stelle der öffentlichen Hand, einen Finanzierungsvertrag mit dem Kapitalgeber, einen Bauvertrag mit den das Wirtschaftsgut erstellenden Bauunternehmen oder Lieferanten, einen Betriebs- und Unterhaltungsvertrag mit dem Betreiber sowie – bei Bedarf – weitere Dienstleistungsverträge abschließt. Von besonderer Bedeutung in dieser Struktur ist dabei der eigentliche PPP- oder Projektrahmenvertrag zwischen der Projektgesellschaft und der öffent-

lichen Hand, da dieser den Zweck und die Ziele des gesamten Projekts definiert und somit als Klammer (äußerer Rahmen) für die übrigen Rechtsverhältnisse fungiert.

Gemeinhin werden die Vorteile eines PPP-Modells in der verbesserten Finanzplanung (durch die sogenannte Lebenszyklusbetrachtung), einer Unterhaltung nach Plan (durch exakte Definierung von Erhaltungs- und Erneuerungsmaßnahmen), einer optimierten Vergabe (durch Risikoverlagerung von der öffentlichen Hand auf den privaten Investor), Zeitvorteilen (die Errichtung des Wirtschaftsguts ist nur sekundär von der öffentlichen Haushaltsplanung abhängig), dem Preis-Leistungs-Verhältnis (Effizienzgewinne durch Lebenszyklusansatz und strenge Risikobeurteilung) sowie in der Innovation gesehen, wonach bei einem PPP-Modell die zu erbringende Leistung nur funktional beschrieben ist, was beim privaten Betreiber das Innovationspotenzial fördert, um das Wirtschaftsgut wirtschaftlich erstellen und betreiben zu können. Zu den Nachteilen von PPP-Modellen zählen die erhöhten Kosten der Kreditaufnahmen durch den privaten Investor (mit entsprechender Umlage auf die Projektgesamtkosten), die Übernahme arbeitsvertraglicher Bedingungen (Thematik § 613 a BGB im Falle eines Betriebsübergangs), die Förderung falscher Projekte sowie die Ausschreibung von PPP-Projekten als zu langsam und zu teuer.

Für den Bausektor erschließt sich mit ÖPP/PPP-Strukturen ein weiterer Markt, um über die Projekterstellungsverpflichtung Bauverträge zu generieren. Allerdings setzen die Betreibungs- und Unterhaltsverpflichtung wie die (Vor-)Finanzierung des Projekts Grenzen für die Auswahl derjenigen Baukonzerne, die sich über das Merkmal der Geeignetheit als Vertragspartner der öffentlichen Hand anbieten.

1.3.6 Vergaberecht

Da das Vergaberecht nicht nur das Verfahren regelt, welches der öffentliche Auftraggeber bis zum Vertragsschluss durchführt, sondern auch – im engeren Sinn – das Prozedere des Vertragsschlusses selbst festlegt, ist das Vergaberecht (auch) dem Privaten Baurecht zuzuordnen. Grundsätzlich ist die Vergabe öffentlicher Aufträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), dort in §§ 97 ff. GWB, geregelt.

Zur Harmonisierung des gemeinsamen europäischen Binnenmarktes wie einer europaweiten Gleichbehandlung der Bieter gibt das europäische Recht vor, dass Verträge, mit denen die öffentliche Hand (unter anderem) Bauleistungen beschafft und die oberhalb vorgegebener Schwellenwerte liegen, europaweit ausgeschrieben werden müssen. Nur durch eine europaweite Ausschreibung ist ein europäischer Wettbewerb möglich und ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Der Schwellenwert für Bauaufträge liegt derzeit (Stand Januar 2015) bei EUR 5.186.000 netto. Bei Aufträgen in geringerer Höhe besteht keine Pflicht zur europaweiten Ausschreibung mit der Folge, dass der Rechtsschutz eines erfolglosen Bieters eingeschränkt ist. Anwendbare Rechtsvorschriften oberhalb der Schwellenwerte sind das primäre Europarecht wie etwa die in Artikel 34 AEU-Vertrag (vormals Art. 28 EG-Vertrag) statuierte Freiheit des Warenverkehrs, die in Artikel 49 AEU-Vertrag (vormals Art. 43 EG-Vertrag) statuierte Freizügigkeit der Niederlassung bzw. die in Artikel 56 AEU-Vertrag (vormals Art. 49 EG-Vertrag) statuierte Freiheit des Dienstleistungsverkehrs oder das in Artikel 18 AEU-Vertrag (vormals Art. 12 EG-Vertrag) enthaltene Diskriminierungsverbot.

Einer unmittelbaren Umsetzung in nationales Recht bedarf es bei der Anwendung primären Europarechts nicht. Sekundäres Europarecht (etwa EG-Richtlinien) bedürfen hingegen einer Transformierung in nationales Recht, was bezogen auf das Vergaberecht bedeutet, dass die Verpflichtung zur EG-Richtlinien-konformen Auslegung nationalen Rechts besteht. So enthält etwa die Vergabekoordinierungsrichtlinie Regeln für öffentliche Bauaufträge, öffentliche Lieferaufträge und öffentliche Dienstleistungsaufträge. Die Rechtsmittelrichtlinie gibt Eckpfeiler für einen effektiven Rechtsschutz vor. Die Umsetzung in nationales Recht findet sich

im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), welches im vierten Teil das Vergaberechtsregime beinhaltet. Darunter stehen die Vergabeverordnung (VgV) und die Sektorenverordnung als Rechtsverordnung. Auf der untersten Stufe der anwendbaren Rechtsvorschriften findet sich die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), bei Bauaufträgen also die VOB Teil A (Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen).

Maßgeblich ist demnach, ob der Gesamtbauauftragswert oberhalb des durch EG-Richtlinien vorgegebenen Schwellenwerts liegt und ob es sich gem. § 98 GWB um einen öffentlichen Auftraggeber handelt. Hierbei ist zu beachten, dass auch juristische Personen des Privatrechts zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sein können, wenn die Voraussetzungen von § 98 GWB erfüllt sind. Teilnehmer bzw. Bieter in einem Vergabeverfahren genießen einen effektiven Rechtsschutz; gem. § 102 GWB unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch Vergabekammern. Jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, ist befugt, vor der jeweils zuständigen Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren zu beantragen. Ein solcher Antrag ist bei der Vergabekammer schriftlich einzureichen und unverzüglich zu begründen (§ 108 Abs. 1 GWB). Der Antrag ist allerdings unzulässig, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt, gegenüber dem Auftraggeber aber nicht unverzüglich⁷ gerügt hat (§ 107 Abs. 3 S. 1 GWB). Diese Rügeobliegenheit wie die strengen Formvorschriften gewährleisten ein beschleunigtes Rechtsschutzverfahren. Der öffentliche Auftraggeber ist gehindert, den Zuschlag zu erteilen, wenn ihn die Vergabekammer in Textform über den Antrag auf Nachprüfung der Vergabe informiert hat. Nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen kann die Vergabekammer dem Auftraggeber auf dessen Antrag hin gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen nach beantragter Nachprüfung zu erteilen, wenn bei Berücksichtigung möglicherweise geschädigter Interessen das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer verzögerten Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung überwiegt (§ 115 Abs. 2 GWB).

7 Der EuGH hat jedoch entschieden, dass das Tatbestandsmerkmal der "Unverzüglichkeit" der Rüge – als grundsätzlich zwingende Voraussetzung eines Nachprüfungsverfahrens – gegen die Rechtsmittelrichtlinie und damit gegen europäisches Recht verstößt (vgl. EuGH NZBau 2010, S. 183). Seit diesem Urteil wird in der deutschen Rechtsprechung die Anwendbarkeit der Rügeobliegenheit bis zu einer europarechtskonformen Neuregelung (mit einer konkret in Tagen bemessenen Frist) streitig diskutiert (vgl. zuletzt VK Südbayern ZfBR 2014, S. 806 = IBR 2015, S. 26)

B Bauvertragsrecht nach BGB und VOB Teil B

1.4 Grenzen der Vertragsfreiheit

1.4.1 Vertragsschluss

Gemäß § 311 BGB ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Parteien erforderlich, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Somit begründet der Abschluss des Bauvertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ein Vertragsverhältnis, das die rechtliche Grundlage für die wechselseitigen Rechte und Pflichten bildet. Für das Zustandekommen eines Bauvertrages kennen die §§ 631 ff. BGB keine Besonderheiten. Wie bei jedem anderen schuldrechtlichen Vertrag setzt der Vertragsschluss mindestens zwei kongruente Willenserklärungen voraus. Der Bauvertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande, wobei es keine Rolle spielt, ob die Bauleistung von einem privaten oder einem öffentlichen Auftraggeber beauftragt wird und ein förmliches Vergabeverfahren nach VOB/A vorgeschaltet ist. Denn der das förmliche Vergabeverfahren beendende Zuschlag ist nichts anderes als die Annahme des Bieterangebotes im Sinne der §§ 145 ff. BGB.

Die Feststellung der tatsächlichen Willensübereinstimmung und des Vertragsinhaltes setzt voraus, dass der rechtlich maßgebliche Sinn der beiderseitigen vertragsbegründenden Willenserklärungen ermittelt wird. Bei Unklarheiten sind die Auslegungsregeln gem. §§ 133 ff. BGB heranzuziehen. Nach § 157 BGB sind Verträge und empfangsbedürftige Willenserklärungen so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Der sich daraus ergebende Sinn der vertragsbegründenden Willenserklärungen ist im Falle der Übereinstimmung deckungsgleich mit dem Inhalt des Vertrags als Gesamtheit der beiderseitigen Erklärungen, soweit nicht Regelungslücken nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen sind.

In Bauverträgen sind Widersprüche im Vertragswortlaut aufgrund der Fülle des Regelungsinhalts nicht ungewöhnlich. In den Vertrag einbezogene Unterlagen enthalten oftmals voneinander abweichende technische oder rechtliche Regelungen, die sich gegenseitig ausschließen. Zur Vermeidung von Missverständnissen und hieraus resultierenden Störungen in der späteren Vertragsabwicklung ist es wesentlich, den originären Sinn der getroffenen Vereinbarung durch Auslegung zu ermitteln. Sofern der Vertrag nicht selbst eine Rangfolge hinsichtlich der Vertragsunterlagen vorgibt, ist bei VOB-Verträgen auf § 1 Abs. 2 zurückzugreifen. Danach gilt bei Widersprüchen im Vertrag folgende Rangfolge:

- die Leistungsbeschreibung,
- die Besonderen Vertragsbedingungen,
- etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen,
- etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen,
- die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen,
- die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.

Grundsätzlich gilt, dass die speziellere Regelung vor der allgemeineren und eine zeitlich nachfolgende Regelung vor einer vorangegangenen Priorität hat. Widersprechen sich die individuell sprachlich formulierte Leistungsbeschreibung mit der ebenso individuell vereinbarten Leistungsbeschreibung durch Bauzeichnungen, sind zur Ermittlung des Vertragswillens ebenfalls die allgemeinen Auslegungsgrundsätze heranzuziehen. Grundsätzlich wird nach Bauzeichnungen und nicht nach der allgemeinen Baubeschreibung gebaut. Denn die Leistungsbe-

schreibung dient primär dem Zweck der Preisermittlung, während (insbesondere detaillierte) Bauzeichnungen den Bauleistungsinhalt wiedergeben.

Eine ergänzende Vertragsauslegung ist zulässig, wenn ein gültiger Vertrag durch Angebot und Annahme zustande gekommen ist, seine Auslegung gleichwohl ergibt, dass regelungsbedürftige Punkte im Vertrag selbst tatsächlich nicht vereinbart sind, wobei die Ursache hierfür unbeachtlich ist. Unter Heranziehung der gesetzlichen Vorgabe in § 157 BGB ist zu ermitteln, wie die Vertragsparteien bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen den offengebliebenen Punkt redlicherweise geregelt hätten.⁸ Anhaltspunkt zur Eruierung der Interessenlage bietet im Allgemeinen der Rückgriff auf die Bestimmungen des gesetzlichen Vertragsrechts. Eine ergänzende Vertragsauslegung darf allerdings nicht zu einer inhaltlichen Abänderung des Vertrages führen, da der Vertrag dem tatsächlichen Willen der Parteien entspricht.

Wie in § 311 Abs. 1 BGB normiert, bedarf die Änderung des abgeschlossenen Bauvertrages einer neuerlichen Einigung der Vertragsparteien, sofern nicht der Vertrag selbst oder das Gesetz die Möglichkeit bieten, den Vertragsinhalt auch durch einseitige Parteierklärung zu ändern. Soweit es sich um die Bestimmung der geschuldeten Bauleistung handelt, steht dem Auftraggeber das einseitige Recht zur Vertragsänderung in den Grenzen von Treu und Glauben (Zumutbarkeit), § 242 BGB, zu. Gemäß § 1 Abs. 3 VOB/B bleibt es dem Auftraggeber ausdrücklich vorbehalten, Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen. Der Auftragnehmer hat diese einseitig angeordnete, ursprünglich nicht vereinbarte Leistung auf Verlangen des Auftraggebers auszuführen, sofern sie zur Ausführung der vertraglichen Leistungen erforderlich wird und der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen eingerichtet ist (s. § 1 Abs. 4 VOB/B).

Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers begründet beim VOB-Vertrag die vertragliche Verpflichtung zur nachträglichen Preisvereinbarung gem. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B. Ist die VOB nicht Vertragsbestandteil geworden, ergibt sich eine Verpflichtung der Parteien zur Anpassung des Vertrages an die geänderten Umstände in den Grenzen des § 313 BGB. Danach ist eine Anpassung des Vertrages notwendig, wenn die Geschäftsgrundlage gestört ist.

1.4.2 Form des Bauvertrages

Für die Gültigkeit des Bauvertrages sieht das Gesetz keine bestimmten Formerfordernisse vor. Es reicht demnach aus, wenn sich die Parteien mündlich geeinigt oder ein schriftliches Vertragsangebot mündlich oder durch schlüssiges Verhalten angenommen haben. Nichts anderes gilt für die Änderung oder die Aufhebung des Bauvertrages.

Steht der Abschluss des Bauvertrages jedoch im Zusammenhang mit einem beurkundungsbedürftigen Immobilienkaufvertrag (Stichwort: Kaufvertrag mit Bauverpflichtung), ist zu differenzieren: Allein die wirtschaftliche Verknüpfung eines Kauf- mit einem Werkvertrag macht es nicht erforderlich, das Formerfordernis des § 311 b BGB (Verträge über Grundstücke bedürfen der notariellen Beurkundung) auf den Bauvertrag zu erstrecken. Erst bei einer Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts vom Bauvertrag besteht Anlass zur Funktionswahrung der Beurkundung (Warn- und Schutzfunktion, Gewährfunktion für richtige, vollständige und rechtswirksame Wiedergabe des Parteiwillens, Beweisfunktion), das Formgebot auf den Bauvertrag zu erstrecken. Hierbei reicht es nicht, dass der Bauvertrag Anlass zum Grundstückskauf war oder diesen erst ermöglichen sollte. Die Beurkundungsbedürftigkeit des Bauvertrages erschließt sich vielmehr daraus, dass die Parteien den Grundstückskaufvertrag schließen, um die Ausführung des Bauvertrages zu ermöglichen.⁹ Danach bedürfen Bauverträge, die

8 BGH NJW 1984, S. 1177 f.

9 BGHBauR 2002, S. 1541; BauR 2010, S. 1754

auch nur mittelbar die Veräußerung oder den Erwerb eines Grundstücks bedingen, der notariellen Beurkundung. Entscheidend ist, ob der Zwang zum Kauf der Immobilie durch den Abschluss des Bauvertrages selbst begründet wird. Ist hiernach der Formzwang des Grundstücksgeschäfts für den Gesamtvertrag gegeben, ist es im Übrigen nicht erforderlich, dass an den beiden Vereinbarungen jeweils dieselben Parteien beteiligt sind. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten bietet es sich an, den Bauvertrag notariell beurkunden zu lassen, sobald eine Grundstücksveräußerung oder ein Grundstückserwerb mit dem Bauvertrag im Zusammenhang steht.

Wenngleich das BGB für den Abschluss eines Bauvertrags keine bestimmte Form (mit Ausnahme vorbeschriebener zusammengesetzter Verträge) vorsieht, so können die Vertragsparteien im Rahmen der Vertragsfreiheit durch Vereinbarung gleichwohl bestimmen, eine bestimmte Form zu beachten. Es ist in Bauverträgen die Regel, dass sowohl Abschluss, Änderung wie vertragliche Aufhebung durch die Einhaltung einer Form (Schriftform) erfolgen soll. In gleicher Weise können die Vertragsparteien festlegen, dass bestimmte einseitige Erklärungen (etwa Beauftragung zusätzlicher Leistungen) formbedürftig sind, was insbesondere auch bei einer Vertragskündigung oder der Abnahmeerklärung Sinn macht. Formerfordernisse wie Schriftformklauseln werden in Bauverträgen regelmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, deren Wirksamkeit wiederum von ihrer Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB abhängig ist. So werden Schriftformklauseln in Bauverträgen dann einer Inhaltskontrolle Stand halten und somit wirksam sein, wenn der Vertragspartner des Klauselverwenders nicht unangemessen benachteiligt ist. Das ist dann der Fall, wenn ihm die Berufung auf mündlich getroffene Vereinbarung nicht gänzlich abgeschnitten wird. Klauseln, aus denen sich die Ungültigkeit mündlicher Absprachen ergibt, sind unwirksam, weil dadurch der Grundsatz des Vorranges der individuellen Vertragsabrede vollständig verdrängt würde. Sofern sich die Schriftformklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bauvertrag auf eine reine Beweissicherungsfunktion beschränkt, ist von ihrer grundsätzlichen Wirksamkeit auszugehen; soll die Schriftform Wirksamkeitsvoraussetzung von Vereinbarungen sein, ist die Klausel als solche nur dann wirksam, wenn sie auf den Abschluss des Hauptvertrages beschränkt ist.

Sogenannte Vollständigkeitsklauseln mit dem Erklärungsinhalt, dass außerhalb der Vertragsurkunde weitere Vereinbarungen nicht getroffen sind, stellen keine Schriftformklauseln dar. Sie sind auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich zulässig, sofern der allgemeine vertragsrechtliche Grundsatz wiederholt wird, dass dem Urkundentext die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit innewohnt. Unzulässig wäre die Vollständigkeitsklausel in dem Sinne, dass damit eine unwiderlegbare Vermutung begründet oder eine Fiktion aufgestellt wird.

Festzuhalten bleibt, dass der Abschluss von Bauverträgen grundsätzlich formlos möglich ist, jedoch der Charakter als Langzeitschuldverhältnis und die oft erhebliche wirtschaftliche Bedeutung des Bauvertrages die Einhaltung der Schriftform sinnvoll machen.

1.4.3 Gesetzliche Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit

Die Tatsache, dass sowohl der Auftraggeber wie der Auftragnehmer in ihrer Entscheidung frei sind, einen Vertrag abzuschließen oder nicht, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass vom Auftraggeber wie vom Auftragnehmer normierte Vorgaben einzuhalten sind bzw. das Gesetz aus ordnungspolitischen Gründen Umstände definiert, die den Abschluss eines Vertrages untersagen.

Gemäß § 311 Abs. 2 BGB wird ein entsprechende Pflichten begründendes Schuldverhältnis bereits durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder die Anbahnung eines Vertrages begründet, in dem der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interes-

sen gewährt. Nach dieser Legaldefinition entsteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber, was dem Auftraggeber die Verpflichtung auferlegt, das Vertrauen des (bietenden) Auftragnehmers in das sich anbahnende Vertragsverhältnis nicht zu missbrauchen bzw. dem Auftraggeber auferlegt, sich regelkonform zu verhalten. Kommt es gleichwohl zu einer Vertrauensverletzung, können sich hieraus für den potenziellen Auftraggeber Schadensersatzverpflichtungen ergeben.

Insbesondere im Vergabeverfahren spielt dieses vorvertragliche Vertrauensverhältnis eine maßgebliche Rolle. Sowohl der öffentliche Auftraggeber wie der Private, der sich den Vergabevorschriften der VOB Teil A unterwirft, ist verpflichtet, den Auftrag nach den Bestimmungen der VOB Teil A zu vergeben und die hierzu erlassenen Vergabebestimmungen einzuhalten. Für den öffentlichen Auftraggeber besteht eine Selbstbindung, der er sich auch nicht dadurch entziehen kann, wenn der Abschluss des Bauvertrages und die Bauabwicklung einem privatrechtlich organisierten Auftraggeber übertragen wird. Verstöße gegen die Bestimmungen der VOB/A im Vergabeverfahren können neben dienst- und rechtsaufsichtlichen Maßnahmen Schadensersatzansprüche des Bieters wegen Pflichtverletzung gem. §§ 280, 311, 241 BGB begründen. Die generelle Vertragsabschlussfreiheit findet für den Auftraggeber bei Einhaltung der Vergabevorschriften der VOB/A zur Vermeidung möglicher Schadensersatzansprüche der Bieter ihre Grenzen; es besteht dann ein Abschlusszwang, wenn der (öffentliche) Auftraggeber vorbeschriebene negative Folgen vermeiden will.

Ein weiterer mittelbarer Abschlusszwang für den öffentlichen Auftraggeber ergibt sich aus dem in § 97 Abs. 2 GWB niedergeschriebenen Gebot der Gleichbehandlung bzw. dem hieraus resultierenden Diskriminierungsverbot. Der Zielsetzung europäischen Gemeinschaftsrechts folgend sind Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr zu beseitigen und die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer zu schützen. Übertragen auf das Bauvertragsrecht bedeutet das für den öffentlichen Auftraggeber, dass die Vergabevorschriften der VOB/A zwingend einzuhalten sind mit denen bereits zuvor beschriebenen Konsequenzen, die den Auftraggeber treffen, wenn unter Missachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen wird. Ob aus dieser Sachlage allerdings ein subjektiver Rechtsanspruch des Bieters auf Zuschlagserteilung gegen den öffentlichen Auftraggeber etwa im Vergabenachprüfungsverfahren hergeleitet werden kann, ist fraglich, da ein Auftraggeber grundsätzlich nicht gezwungen werden kann, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen. Gleichwohl wird der Bieter einen solchen Antrag stellen, wenn der Auftraggeber an der Auftragsbeschaffenheit festhält.

Eine weitere (maßgebliche) Einschränkung der Freiheit beim Vertragsschluss ergibt sich aus den gesetzlich normierten Verboten. So bestimmt § 134 BGB, dass ein Rechtsgeschäft dann nichtig ist, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und sich aus dem Gesetz nichts Gegenteiliges ergibt. Es versteht sich von selbst, dass sowohl aus Gründen der Gefahrenabwehr wie zur Einhaltung ordnungspolitischer Maxime diejenigen (Bau-)Verträge nichtig sind, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Hierzu zählt etwa ein unzulässige gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung, ein Bauvertrag, der gegen die guten Sitten verstößt (etwa wegen Wucherpreisen) oder aber gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen wird und dem Auftraggeber der Gesetzesverstoß bekannt ist. Eine Besonderheit stellt der Fall dar, dass der Auftragnehmer vertraglich zur Erbringung von Bauleistungen auf einem Grundstück verpflichtet wird, obwohl die erforderliche öffentliche Baugenehmigung noch nicht vorliegt. Ein solcher Bauvertrag ist privatrechtlich rechtswirksam, verpflichtet den Auftragnehmer gleichwohl nicht, vor Erteilung der Baugenehmigung mit der Ausführungsleistung zu beginnen.

1.4.4 Inhaltskontrolle von Verträgen

Die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit von Bauverträgen bedingt ihre Inhaltskontrolle, um einen drohenden Missbrauch zu verhindern, wenn die Gestaltungsfreiheit aufgrund „überlegener Verhandlungsmacht“ einseitig in Anspruch genommen wird. Es gilt, den grundsätzlich im gesetzlichem Schuldrecht vermuteten Gerechtigkeitsgedanken auch für die Fälle zu bewahren, in dem durch (vorformulierte) Vertragsbedingungen vom gesetzlichen Leitbild abgewichen wird mit dem Ziel, die eigene Vertragsposition zu Lasten des Vertragspartners unangemessen zu stärken. Sofern der Vertrag individuell ausgehandelt wird und sein Inhalt letztlich das Ergebnis individueller Verhandlungen wiedergibt, scheidet eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB (früher im AGB-Gesetz separat normiert) aus. Gleichwohl regeln die Verbote in §§ 134, 138 BGB wie der in § 242 BGB enthaltene Rechtsgedanke, dass Leistungen grundsätzlich nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken sind, den unkontrollierten Gebrauch von Vertragsinhalten, die mit wesentlichen, die Verfassung prägenden Prinzipien nicht vereinbar sind. Dass Gerichte bzw. der Staat allgemein nur in Einzelfällen korrigierend in die ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie eingreifen dürfen, versteht sich hierbei von selbst. Ein staatliches Korrektiv ist nur dort erlaubt, wo es der Gefahrenabwehr dient und ordnungspolitische Ziele verfolgt werden.

Nach alldem hängt eine normierte Inhaltskontrolle von Bauverträgen davon ab, ob die bauvertraglichen Bestimmungen einen sogenannten AGB-Charakter aufweisen, sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB zu qualifizieren sind. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Auf den Inhalt der Regelungen kommt es nicht an, sofern sie nur rechtsgeschäftlicher Art sind, weshalb auch technische Vertragsbedingungen (wie etwa in der VOB Teil C enthalten) Allgemeine Geschäftsbedingungen sein können, sofern sie Inhalt und Umfang der Bauleistungspflicht bestimmen. Das ist etwa bei solchen Regeln der Fall, die zusätzlich zu vergütende, ursprünglich vom Vertrag nicht umfasste Nebenleistungen definieren bzw. Aussagen zum Umfang oder zum Inhalt von Abrechnungen treffen und somit auf die originäre Vertragsgestaltung unmittelbar Einfluss nehmen.

Vorformuliert im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB sind Vertragsbedingungen dann, wenn sie bereits zeitlich vor dem Vertragsschluss zum Zwecke ihrer mehrfachen Verwendung in künftigen Verträgen formuliert sind, wobei es genügt, wenn die Klausel zum Zweck der mehrfachen Verwendung in künftigen Verträgen formuliert ist.¹⁰ Das Kriterium der Vorformulierung entfällt nicht etwa deswegen, wenn die vorbereitete Vertragsbedingung bei ihrer Verwendung im Einzelfall sprachlich abgewandelt wird, da nicht die sprachliche Formulierung, sondern die inhaltliche Identität der für die mehrfache Verwendung vorgesehenen Klausel maßgebend ist. Deshalb liegen in Bauverträgen vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann vor, wenn sie ausfüllungsbedürftige Leerräume enthalten, was dann der Fall ist, wenn unselbständige Ergänzungen (etwa Namen oder die Bezeichnung von Fabrikaten) oder notwendige Klauselergänzungen vorzunehmen sind, wie Beginn und/oder Ende von Vertragsfristen. Nach dieser Definition fallen auch vorformulierte Verhandlungsprotokolle unter Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Sofern (Bau-)Vertragsklauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB zu qualifizieren sind und sie durch Einbeziehung Vertragsbestandteil wurden, unterliegen sie der sogenannten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Danach sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den

Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, was im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränken, dass sie die Erreichung des Vertragszwecks gefährden. In Bauverträgen liegt eine solche ungemessene Benachteiligung zu Lasten des Auftraggebers etwa dann vor, wenn entgegen der gesetzlichen Wertung in § 640 BGB die Werklohnforderung des Auftragnehmers auch dann fällig wird, wenn das erbrachte Werk nicht abnahmereif ist; eine unzulässige Klausel zu Lasten des Auftragnehmers ist für den Fall anzunehmen, wenn durch eine vom Auftraggeber verwendete Klausel die Werklohnfälligkeit – abgekoppelt von der Abnahmereife – auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird.

Die besondere Relevanz dieser Thematik im Zusammenhang mit der Gestaltung von Bauverträgen liegt darin, dass die „Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“, also die VOB Teil B, die rechtliche Qualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB haben. Dass die VOB/B trotz ihrer Einordnung als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB nicht der uneingeschränkten Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegt, ist alleine der Tatsache geschuldet, dass das Gesetz selbst in § 310 Abs. 1 S. 3 BGB Einschränkungen des sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs der gesetzlichen AGB-Bestimmungen vorsieht, was sich unmittelbar auf einzelne Regelungen in der VOB auswirkt.

Voraussetzung dieser Privilegierung ist, dass die VOB/B Vertragsgrundlage wurde. Das ist dann der Fall, wenn die VOB „als Ganzes“ in den Vertrag einbezogen und ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen vereinbart wurde.¹¹ Nach der früheren Rechtsprechung des BGH¹² entfiel die Billigkeitskontrolle einzelner VOB/B-Bestimmungen gem. §§ 307 ff. BGB bei einbezogener VOB „als Ganzes“, weil die VOB/B „einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts abgestimmten, im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen enthält“. Sofern die VOB/B nicht „als Ganzes“ vereinbart ist, entfällt demnach die Privilegierung mit der Konsequenz der Inhaltskontrolle aller Klauseln nach §§ 307 ff. BGB.

Nachdem in Bauverträgen die VOB/B zwar regelmäßig als Bestandteil einbezogen wird, ihre Regelungen durch zusätzliche wie besondere Geschäftsbedingungen jedoch immer mehr aufgeweicht wurden, sah sich der BGH durch ein jüngeres Grundsatzurteil¹³ gezwungen, den Kernbereich der VOB/B zu definieren. Nach dieser Entscheidung soll jede vertragliche Abweichung von der VOB/B dazu führen, dass diese nicht „als Ganzes“ vereinbart ist, wobei es unbeachtlich ist, welches Gewicht der Eingriff hat.

Mit diesem Urteil hat der BGH die generelle Inhaltskontrolle der VOB/B eröffnet, weshalb in der Vertragspraxis besonderes Augenmerk darauf zu richten ist, ob einer Inhaltskontrolle nicht gewachsene Vertragsbestandteile individualvertraglich vereinbart werden sollten, um vor einer Überraschung dergestalt gefeit zu sein, dass in einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen den Vertragsparteien einzelne Klauseln als unwirksam erklärt werden. Haben die Parteien hier keine Vorsorge durch individualvertragliche Regelungen getroffen, müsste auf das gesetzliche Werkvertragsrecht zugegriffen werden, was bekanntlich nur in beschränktem Maße Lösungsansätze bietet.

Es existiert zwischenzeitlich eine umfangreiche Rechtsprechung zu problematischen VOB/B-Klauseln, jeweils abhängig davon, ob der Auftraggeber oder Auftragnehmer der Klauselverwender ist.

11 BGHNJW 1983, S. 816 ff.

12 BGH NJW 1983, S. 816 ff.

13 BGH BauR 2004, S. 668; BauR 2007, S. 1404

1.5 Wechselseitige Vertragspflichten

Die Legaldefinition der vertragstypischen Pflichten beim Bauvertrag findet sich in § 631 BGB. Danach wird der Auftragnehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Gegenstand der vertraglichen Verpflichtung kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

1.5.1 Pflichten des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer verpflichtet sich mit Abschluss des Werkvertrages zur Herstellung des versprochenen Werkes. Der Umfang der übernommenen Pflichten richtet sich nach dem Vertrag. § 633 BGB bestimmt, dass das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln sein muss. Der Auftragnehmer hat einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber/Besteller das vertragsmäßig hergestellte Werk abnimmt, wobei unwesentliche Mängel der Abnahme nicht entgegenstehen. Auch nach der Abnahme ist der Auftragnehmer verpflichtet, vom Besteller gerügte Mängel zu beheben, es sei denn, dass der Besteller eine vorbehaltlose Abnahme trotz Kenntnis der Mängel erklärt hat.

Der vom Auftragnehmer geschuldete Werkerfolg ist Maßstab für die Erfolgshaftung. Der Besteller hat einen Anspruch darauf, dass das nach dem Vertrag geschuldete Werk funktionsfähig und zweckentsprechend errichtet wurde. Solange dieser Erfolg durch den Auftragnehmer nicht herbeigeführt wurde, ist die Herstellungspflicht nicht erfüllt, verbunden mit der Konsequenz, dass dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung als Äquivalent zum Leistungssoll nicht zusteht. Sofern der vertraglich geschuldete Erfolg über das Leistungssoll hinausgeht, sind Zusatzaufträge oder Vereinbarungen über Leistungsänderungen notwendig, die vom Auftragnehmer in den Grenzen von § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B bzw. § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B zu erbringen sind.

Neben der Verpflichtung zur Herstellung des Werkes obliegt dem Auftragnehmer eine Beschaffungspflicht. Sofern der Besteller nicht bereits vor der Ablieferung von Baumaterialien dessen Eigentümer geworden oder aber das Eigentum an der Bauleistung durch Verbindung mit dem Grundstück gem. § 946 BGB auf ihn übergegangen ist, schuldet der Auftragnehmer gegenüber dem Besteller die Verschaffung von Besitz oder Eigentum an körperlichen Werken. Von Relevanz wird die Beschaffungspflicht bei geistigen Werken, denen die Vergegenständlichung fehlt. Für den Architekten besteht demnach nicht nur die Pflicht, Pläne herzustellen, sondern sie auch dem Besteller zu übergeben. Das Urheberrecht verbleibt beim Architekten, es sei denn, die Parteien haben hierzu etwas Abweichendes vereinbart.

Grundsätzlich ist das vom Auftragnehmer geschuldete Leistungssoll in eigener Person zu erbringen. Gerade bei filigranen Bauteilen oder bei Planungsleistungen wird der Besteller darauf Wert legen, dass das geschuldete Werk von demjenigen erbracht wird, der vom Besteller ausgesucht wurde. Hiervon getrennt ist die Frage zu beantworten, wann der Auftragnehmer die Leistungen selbst oder durch einen Mitarbeiter zu erbringen hat oder aber einen Nachunternehmer (Subunternehmer) hiermit beauftragen darf. Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B hat der Auftragnehmer die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Es ist danach seine Sache, die Ausführungen seiner vertraglichen Leistung zu leiten und für Ordnung in seinem Arbeitsbereich zu sorgen. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B bestimmt, dass der Auftragnehmer die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen hat. Allerdings ist es ihm gestattet, mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers die Leistungen an Nachunternehmer zu übertragen, wobei es der Zustimmung bei solchen Leistungen nicht bedarf, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Nach gleicher Vorschrift ist es dem Auftraggeber (Besteller) gestattet, dem Auftragnehmer die Leistungen zu entziehen, wenn der Auftragnehmer

die Leistungen im eigenen Betrieb erbringen konnte und trotz Fristsetzung die Arbeiten nicht selbst aufgenommen hat.

Wann und wo der Auftragnehmer die Leistung zu erbringen hat, ergibt sich regelmäßig aus dem Vertrag. Ist die Ausführungszeit für die Leistung dort weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Besteller die Leistung sofort verlangen, der Auftragnehmer hat sie sofort zu bewirken (§ 271 Abs. 1 BGB). Bedingt durch die Konnexität zwischen Zeit und Geld (Kosten) kommt der Leistungszeit eine immer größere Bedeutung zu, weshalb in Verträgen regelmäßiger Beginn wie der Fertigstellungstermin bestimmt ist. Letzterer wird zumeist für den Fall pönalisiert, wenn der vereinbarte Termin durch den Auftragnehmer schuldhaft nicht eingehalten wurde. Die Bedeutung der Leistungszeit ergibt sich zudem aus dem Umstand, dass Bauleistungen regelmäßig aufeinander aufbauen und ein geordneter Bauablauf nur dann möglich ist, wenn für das nachfolgende Gewerk Baufreiheit besteht.

Neben den Hauptpflichten obliegen dem Auftragnehmer Nebenpflichten, die sich aus dem besonderen Charakter eines Bauvertrages als komplexer Langzeitvertrag¹⁴ ergeben. Die VOB/B definiert an verschiedenen Stellen Pflichten des Auftragnehmers, ohne deren Einhaltung der Leistungserfolg unmöglich, sein Eintritt aber zumindest gefährdet wäre. So obliegen dem Auftragnehmer Prüfungs- und Hinweispflichten. Er hat Bedenken anzumelden, wenn er aufgrund seiner Sachkunde erkennt, dass die vorgesehene Art der Ausführung oder die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe/Bauteile oder aber Leistungen anderer Auftragnehmer ungeeignet sind, um den Werkerfolg insgesamt herbeizuführen (s. § 4 Abs. 3 VOB/B). Gemäß § 3 Abs. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer die ihm vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen auf etwaige Unstimmigkeiten zu überprüfen und den Auftraggeber auf entdeckte oder vermutete Mängel hinzuweisen. Selbstverständlich besteht eine solche Prüfungs- und Hinweispflicht nur in den Grenzen des Fachwissens des jeweiligen Auftragnehmers. Verfügt dieser nicht über das notwendige Fachwissen, obliegt ihm unter Umständen gleichwohl die Pflicht, den Auftraggeber entsprechend zu informieren, um es diesem zu ermöglichen, sich fremder Fachkunde zu bedienen, falls Bedenken hinsichtlich der Art der Ausführung oder daran bestehen, dass das Werk funktionstauglich ist.

Große Bedeutung kommt der Kooperationspflicht des Auftragnehmers (wie des Auftraggebers) zu. Die Dauer eines Bauvorhabens wie dessen wirtschaftliche Bedeutung stellen besondere Anforderungen an das Zusammenwirken der vertraglich gebundenen Parteien. Um den gewünschten Werkerfolg sicherzustellen, obliegen ihnen gegenseitige Informations-, Mitwirkungs- und Verhandlungspflichten.¹⁵ Beide Vertragsparteien sind verpflichtet, das ihnen Zumutbare für den Erfolgseintritt zu unternehmen. Erkennt beispielsweise der Auftragnehmer, dass er an der Ausführung seiner Leistungen behindert ist, muss er dem Auftraggeber durch eine entsprechende Anzeige die Möglichkeit geben, die Behinderung abzustellen oder aber Maßnahmen zu ergreifen, die eine (oft kostspielige) Bauablaufstörung verhindern.

Die Verletzung dem Auftragnehmer obliegender Haupt- wie Nebenpflichten kann Gewährleistungs- und/oder Schadensersatzansprüche auslösen.

1.5.2 Pflichten des Auftraggebers/Bestellers

Die Vergütung des erbrachten Werkes stellt die Hauptpflicht des Auftraggebers dar. Sie entsteht bereits mit Abschluss des Bauvertrages, wobei es einer ausdrücklich oder konkludent getroffenen Vergütungsvereinbarung nicht in jedem Fall bedarf. Erforderlich ist nur eine Einigung über die Herstellung des Werkes. In diesem Fall wird die ergänzende Vereinbarung der Vergütungspflicht durch das gesetzliche Werkvertragsrecht fingiert. Eine Vergütung gilt

¹⁴ BGH NJW2004, S. 2373

¹⁵ BGH NJW 1996, S. 2158; NJW 2009, S. 360

immer dann als „stillschweigend vereinbart“, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Diese gesetzliche Fiktion der Vergütungsvereinbarung gilt dann nicht, wenn die Entgeltlichkeit der Werkleistung von mindestens einer Vertragspartei ausdrücklich ausgeschlossen wurde.

Von der Entstehung des Vergütungsanspruchs zu unterscheiden ist die Fälligkeit der Vergütung. Diese tritt erst dann ein, wenn die hierfür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Bei einem BGB-Bauvertrag reicht für die Fälligkeit die Abnahme des Werkes gem. § 641 Abs. 1 BGB aus. Beim VOB/B-Bauvertrag kommt neben der Abnahme als weiteres Erfordernis die Prüffähigkeit der Schlussrechnung hinzu.

Die Höhe der Vergütung bemisst sich primär nach der vertraglichen Vereinbarung, im Übrigen danach, was „üblicherweise“ für die erbrachte Werkleistung zu bezahlen ist (§ 632 Abs. 2 BGB). In Bauverträgen keine Seltenheit sind zusätzliche Preisabsprachen wie etwa ein Nachlass, Abgebot oder ein Skonto. Bei einem Nachlass und/oder Abgebot reduziert sich die Vergütungshöhe von vornherein; bei einem vereinbarten Skonto wird dem Auftraggeber durch den Auftragnehmer eine Verringerung der zu entrichtenden Vergütung für den Fall in Aussicht gestellt, wenn besondere vertraglich fixierte Bedingungen eintreten (in der Regel dann relevant, wenn der Auftraggeber in Abweichung der Zahlungsziele gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B vorfristig an den Auftragnehmer leistet).

In Anlehnung an § 4 VOB/A sowie § 2 Abs. 2 und Abs. 10 VOB/B bzw. § 15 VOB/B unterscheidet die Vertragspraxis hinsichtlich der vereinbarten Vergütung zwischen einem Einheitspreis-, Pauschal-, Stundenlohn- oder Selbstkostenerstattungsvertrag. Hiernach gilt, dass die Vergütung in der Regel nach Einheitspreisen, und nur bei abweichender Vereinbarung durch eine Pauschale oder auf Stundenlohnbasis erfolgen soll.

Das Wesen des Einheitspreisvertrages besteht darin, dass die Preisvereinbarung nicht die vom Auftragnehmer zu erbringende Gesamtleistung, sondern eine Vielzahl von technisch und wirtschaftlich einheitlichen Teilleistungen im Blick hat. Die Einheitspreise sind hierbei Einzelpreise, die von den Vertragsparteien für die jeweiligen Teilleistungen je Mengeneinheit festgelegt werden. Der Einheitspreisvertrag stellt somit sicher, dass nur die tatsächlich ausgeführte vergütungspflichtige Leistung bezahlt wird. Der Einheitspreisvertrag wird als Normaltyp des Bauvertrages bezeichnet¹⁶, weil er den wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers wie des Auftragnehmers am ehesten gerecht wird.

Der insbesondere bei größeren Bauvorhaben oftmals vereinbarte Pauschalvertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass für eine pauschal umschriebene und durch den vereinbarten Leistungserfolg definierte zusammengefasste Gesamtleistung im Voraus ein bezifferter Geldbetrag als Vergütung festgelegt wird. Die Pauschalierung der Leistung bedeutet rechtlich und wirtschaftlich, dass die Höhe der vereinbarten Vergütung grundsätzlich unabhängig ist von den tatsächlich erbrachten Leistungen, es somit das Risiko beider Vertragsparteien darstellt, dass die tatsächlich zu erbringende Leistung nicht zu ihrem jeweiligen Nachteil von den Vorstellungen bei Vertragsabschluss abweicht.

Beim Stundenlohnvertrag ist die Zeit der maßgebliche Berechnungsfaktor. Dem Wesen eines Stundenlohnvertrages als Selbstkostenerstattungsvertrag entsprechend berechnet sich die Vergütung nach den tatsächlichen Selbstkosten mit einem Zuschlag für Gemeinkosten, Wagnis und Gewinn. In der Praxis ist der Stundenlohnvertrag von nachrangiger Bedeutung, da der aus der Werkleistung resultierende Vergütungsanspruch bei Vertragsabschluss weder bestimmbar noch für den Auftraggeber kalkulierbar ist. Er kommt dann zur Anwendung, wenn Leistungen zu erbringen sind, die im Voraus nur mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand nach

16 OLG Hamm BauR 2002, S. 319 f.

Maß, Zahl und Gewicht beschrieben werden können. Gemäß § 2 Abs. 10 VOB/B werden Stundenlohnarbeiten nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn unter den Voraussetzungen von § 15 VOB/B ausdrücklich vereinbart worden sind.

Der Auftraggeber schuldet dem Auftragnehmer die Werklohnzahlung in Abschlägen und/oder als Schlusszahlung nach Abnahme und – im Falle eines VOB/B-Vertrages – bei prüffähiger Schlussrechnung. Die Modalitäten von Abschlagszahlungen sind gesetzlich in § 632 a BGB bzw. für den VOB/-Vertrag in § 16 Abs. 1 VOB/B geregelt. Gemäß § 16 Abs. 2 VOB/B können nach Vertragsabschluss zusätzlich Vorauszahlungen vereinbart werden, die auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen sind, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt wurden.

Generell gilt, dass alle Zahlungen „aufs Äußerste zu beschleunigen“ sind. § 16 VOB/B sieht ergänzend vor, dass Ansprüche auf Abschlagszahlungen binnen 21 Tagen nach Zugang der Aufstellung und der Anspruch auf Schlusszahlung spätestens innerhalb von 30 Tagen (bei abweichender Vereinbarung innerhalb von höchstens 60 Tagen) nach Zugang der prüffähigen Schlussrechnung fällig werden.

Neben der Vergütung ist die Abnahme der erbrachten Werkleistung eine Hauptpflicht des Auftraggebers. Die Abnahme bedeutet die körperliche Entgegennahme des Werkes verbunden mit der rechtsgeschäftlichen Erklärung, dass der Besteller die Werkleistung als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkennt.¹⁷

Wie dem Auftragnehmer obliegen auch dem Auftraggeber vertragliche Nebenpflichten, deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen kann. Grundsätzlich ist zwischen selbständigen Nebenpflichten mit verbindlichem Charakter und solchen Nebenpflichten des Auftraggebers zu unterscheiden, deren Einhaltung „lediglich“ im Interesse des Auftragnehmers/Bestellers liegt. § 642 BGB formuliert ausdrücklich eine Mitwirkungsverpflichtung des Auftraggebers, die für die Herstellung des Werkes erforderlich ist. Die VOB/B postuliert in den §§ 3 und 4 Mitwirkungshandlungen, deren Unterlassung für den Auftragnehmer zumindest unmittelbar keinen justiziablen Anspruch begründet. Es handelt sich hierbei etwa um die rechtzeitige Übergabe von Bauunterlagen, das Abstecken der Geländegrenzen, das Bereitstellen von Bauzeichnungen, Herbeiführung von Genehmigungen/Erlaubnissen, Feststellung des Zustands von Teilen der Leistung oder dafür Sorge zu tragen, dass die allgemeine Ordnung auf der Baustelle aufrechterhalten bleibt. Eine schadensersatzauslösende Vertragspflichtverletzung kann bei der Verletzung solcher Obliegenheiten dann angenommen werden, wenn sich in der Obliegenheitsverletzung die Gefährdung des gesamten Vertragszwecks realisiert, es beispielsweise durch die verspätete Bereitstellung des Baugrundstücks oder der verspäteten Beibringung von Genehmigungen zu Bauablaufstörungen kommt.

Wie der Auftragnehmer ist auch der Auftraggeber bei der Vertragsdurchführung zur Kooperation verpflichtet. Bei VOB/B-Verträgen ist die Erstellung eines gemeinsamen Aufmaßes gem. § 14 Abs. 2 VOB/B ein Beispiel der vom Auftraggeber geschuldeten Kooperation. Verletzt der Auftraggeber die Verpflichtung, die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen „möglichst gemeinsam vorzunehmen“, und ist ein neues Aufmaß oder eine Überprüfung des von dem Auftragnehmer einseitig genommenen Aufmaßes nicht mehr möglich, soll sich nach geltender Rechtsprechung die Beweislast zu Ungunsten des Auftraggebers umkehren. Dieser hat dann zu beweisen, dass die vom Auftragnehmer angesetzten Massen unzutreffend sind.¹⁸

Ausdruck der Kooperationspflicht sind auch die in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B normierten Vergütungsregelungen für den Fall, dass wonach der Auftragnehmer einen Anspruch auf Mehrvergü-

¹⁷ BGH NJW 1993, S. 1972

¹⁸ BGH NJW 2003, S. 2678; NJW 2009, S. 360

tung hat, da sich durch Anordnungen des Auftraggebers das Leistungssoll ändert bzw. zusätzliche Leistungen gefordert werden. Dem Auftraggeber obliegt hier die Pflicht, mit dem Auftragnehmer über einen neuen Preis zu verhandeln. Lehnt der Auftraggeber eine solche Verhandlung trotz geänderten Leistungssolls grundsätzlich ab, steht dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu.

1.6 Bedeutung der Abnahme

Der Abnahme kommt sowohl im BGB- wie VOB/B-Bauvertrag eine herausragende Bedeutung zu: Sie stellt die Entgegennahme der Werkleistung und ihre Billigung als in der Hauptsache vertragsgerecht dar und hat als Willenserklärung einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Durch das Zusammenfallen des tatsächlichen Verhaltens (Entgegennahme der Leistung) und der sich hieraus ergebenden Erklärung des Auftraggebers, die Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß anzuerkennen, wird gemeinhin vom sogenannten zweigliedrigen Abnahmebegriff gesprochen.¹⁹ Mit der Abnahme der Bauleistung entfällt gem. § 641 BGB die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers. Das Vorhandensein wie das Rügen geringfügiger Mängel schließt die Abnahme grundsätzlich nicht aus, wenn sich die geschuldete Bauleistung zum Zeitpunkt ihrer Entgegennahme in einem Zustand befindet, der eine Anerkennung des Werkes als eine der Hauptsache nach vertragsgemäße Erfüllung rechtfertigt.

Der Auftragnehmer hat einen Anspruch auf eine unbedingte Abnahme, weshalb der Auftraggeber durch eine entsprechende Erklärung unter einer Bedingung nicht von seiner Verpflichtung zur Abnahme der Werkleistung befreit wird. Dem Auftraggeber steht das Recht auf Prüfung der Leistung zu, bevor er die Abnahme erklärt. Nimmt er die Leistung ohne Prüfung und trotz fehlender Prüfungsmöglichkeit ab, wird die Wirksamkeit der Abnahmeerklärung hiervon nicht berührt. Bei Abnahme gerügte Mängel stehen dem Eintritt der Abnahmewirkungen nicht entgegen²⁰; werden vom Auftraggeber bei Inbenutzungnahme der Werkleistung allerdings schwerwiegende Mängel gerügt, so lässt sich hieraus der Schluss auf einen fehlenden Abnahmewillen ziehen, was auch einer stillschweigenden Abnahme entgegensteht.²¹

Die Abnahmeerklärung erfolgt in der Regel durch den Auftraggeber, der sich jedoch durch Dritte vertreten lassen kann. In der Praxis häufig ist die Vertretung des Bauherrn durch einen Architekten. Hier ist zu beachten, dass – entgegen landläufiger Auffassung – mit der üblichen Architektenvollmacht keine Vollmacht zur rechtsgeschäftlichen Abnahme verbunden ist.²² Soweit dem Architekten etwa das Leistungsbild der Objektüberwachung/Bauüberwachung übertragen wurde, ist er zwar zur „Abnahme der Bauleistung“ unter Mitwirkung anderer an der Planung und Objektüberwachung fachlich Berechtigter verpflichtet, was allerdings allein die technische Vorprüfung der Ordnungsgemäßheit der Leistung anbetrifft. Eine Vollmacht für die rechtsgeschäftliche Abnahme ist hiermit nicht verbunden. Hierzu bedarf es einer über die übliche Vollmacht hinausgehenden Ermächtigung durch den Auftraggeber.

Mit einer rechtsgeschäftlichen Abnahme gem. §§ 640 BGB, § 12 VOB/B hat die behördliche Bauabnahme nichts zu tun. Die Überprüfung einer Baubehörde, ob das Bauwerk öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, ist weder Voraussetzung der rechtsgeschäftlichen Abnahme noch hat sie eine vertragliche Abnahmefiktion zur Folge. Insofern sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Eintritt der privatrechtlichen Abnahmewirkung von der baubehördlichen Abnahme abhängig machen wollen.²³

19 BGH NJW 1974, S. 95; NJW 1994, S. 942

20 OLG München IBR 2014, S. 595

21 OLG Hamm BauR 1993, S. 604; OLG München IBR 2013, S. 672

22 OLG Düsseldorf BauR 1997, S. 647

23 BGH NJW 1989, S. 1602

Die Abnahmeerklärung hat folgende wesentliche Auswirkungen auf das zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehende Vertragsverhältnis:

- Bis zur Abnahme konnte der Auftragnehmer sowohl nach BGB wie VOB/B lediglich Abschlagszahlungen verlangen. Mit der Abnahme endet seine Vorleistungspflicht, weshalb er nun Anspruch auf die Gesamtvergütung des erbrachten Werkes hat. Es ist ihm bei Abnahmereife verwehrt, weitere Abschlagszahlungen zu verlangen; vielmehr ist er aufgefordert, zeitnah seine Schlussrechnung zu stellen.
- Mit der Abnahme geht gem. § 644 BGB die Gefahr des Untergangs oder der Verschlechterung der Werkleistung auf den Auftraggeber über, was bedeutet, dass der Auftragnehmer ab diesem Zeitpunkt nicht mehr verpflichtet ist, ein untergegangenes oder verschlechtertes Werk neu zu erstellen. Ausnahmen hierzu sind in § 645 BGB sowie § 7 VOB/B geregelt, die im Falle eines VOB/B-Bauvertrages die Gefahr bei näher definierten Umständen bereits zu einem früheren Zeitpunkt auf den Auftraggeber übertragen.
- Mit der Abnahme endet die Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers mit der Konsequenz, dass dem Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt Gewährleistungsansprüche zustehen. Unerledigte Erfüllungsansprüche, die der Auftraggeber etwa gem. § 4 Abs. 7 VOB/B gegenüber dem Auftragnehmer gerügt hat, bestehen nach der Abnahme als Gewährleistungsansprüche gem. § 13 VOB/B fort.
- Mit der Abnahme beginnen sowohl beim BGB- wie beim VOB/B-Bauvertrag die Gewährleistungsfristen zu laufen. Liegen die Voraussetzungen einer Teilabnahme gem. § 12 Abs. 2 VOB/B vor und wurde eine Teilabnahme durchgeführt, beginnt gem. § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B die Gewährleistungsfrist für in sich abgeschlossene Leistungsteile mit der Teilabnahme.
- Hat der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Abnahme Kenntnis vom Vorliegen eines Mangels, so stehen ihm gem. § 640 Abs. 2 BGB die in § 634 Nr. 1–3 BGB bezeichneten Gewährleistungsrechte nur für den Fall zu, dass sich der Auftraggeber die Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme ausdrücklich vorbehält. Für den VOB/B-Bauvertrag findet sich in § 12 Abs. 5 Nr. 3 eine korrespondierende Vorschrift. Auch Ansprüche aus Vertragsstrafe kann der Auftraggeber nach der Abnahme nur dann geltend machen, wenn er sich diese gem. § 11 Abs. 4 VOB/B bei der Abnahme vorbehalten hat. Zu beachten ist, dass eine fehlende Vorbehaltserklärung verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche des Auftraggebers nicht ausschließt.
- Bis zur Abnahme muss der Auftragnehmer den Beweis dafür erbringen, dass er die von ihm geschuldete Leistung vertragsgemäß erfüllt hat. Mit der Abnahme geht die Beweislast auf den Auftraggeber über, dieser also etwaige Mängel nachweisen muss, wenn er hieraus Gewährleistungsansprüche ableitet. Etwas anderes gilt für den Fall, wenn sich der Auftraggeber die Mängel bei der Abnahme vorbehalten hat. In diesem Fall verbleibt die Beweislast für die mangelfreie Werkerstellung beim Auftragnehmer.

Das BGB wie die VOB/B sehen verschiedene Formen der Abnahme vor. Die ausdrücklich erklärte Abnahme stellt den Urtypus dar; sie ist grundsätzlich formfrei und kann somit durch mündliche Erklärung des Auftraggebers erfolgen, sofern die Parteien nicht eine abweichende Vereinbarung getroffen haben. Verlangt der Auftragnehmer die Abnahme, so ist diese gem. § 12 Abs. 1 VOB/B binnen 12 Werktagen durchzuführen. Die Abnahme kann auch stillschweigend, d. h. durch schlüssiges Verhalten des Auftraggebers erfolgen.

Haben die Parteien die förmliche Abnahme vereinbart, scheidet eine stillschweigende (konkludente) Abnahme aus, wenn die Parteien nicht nachträglich auf die Erfordernisse der förmlichen Abnahme verzichten. Gemäß § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B hat eine förmliche Abnahme

dann stattzufinden, wenn es eine Vertragspartei verlangt; es hat eine Abnahmebegehung stattzufinden, deren Befund in einer gemeinsamen Verhandlung schriftlich niederzulegen ist.

Eine schlüssige Abnahme kommt beispielsweise durch die vorbehaltlose Zahlung des restlichen Werklohns, die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme, die Übernahme des Bauwerks, die rügelose Benutzung des Werkes oder der Bauleistung, die Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes oder auch durch die Veräußerung des Bauwerks in Betracht.²⁴

Vorsicht für den Auftragnehmer ist bei seiner Annahme verbunden, die Ingebrauchnahme des Bauwerks bzw. dessen Nutzung stelle immer eine stillschweigende Abnahme dar. So kommt eine schlüssige Abnahme dann nicht in Betracht, wenn die Nutzung erkennbar nur probeweise oder aus der Zwangslage heraus entsteht, um weitere Verzugs- und Mangelfolgeschäden zu vermeiden (Obliegenheit der Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 BGB).²⁵ Zur Vermeidung von Missverständnissen bietet sich für den Auftragnehmer (auch hier) an, sich den Abnahmewillen des Auftraggebers schriftlich erklären zu lassen.

Sowohl nach BGB- wie nach VOB/B-Bauvertrag kann die Abnahme der Werkleistung nur wegen wesentlicher Mängel verweigert werden. Wann ein Mangel wesentlich oder unwesentlich ist, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus der VOB/B, weshalb bei der Abgrenzung auf unverbindliche Kriterien zurückgegriffen werden muss. So sind die Auswirkung des Mangels auf die Funktionsfähigkeit der Gesamtwerkleistung, das Maß der Beeinträchtigung wie der Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen (Höhe der Mängelbeseitigungskosten) Anhaltspunkte für die Bestimmung der Wesentlichkeit eines Mangels. Als weiteres Kriterium kann unter dem Grundsatz von Treu und Glauben Berücksichtigung finden, ob das Interesse des Auftraggebers mit einer Beseitigung vor Abnahme schützenswerter ist oder aber das Interesse des Auftragnehmers, die für ihn mit einer Abnahme verbundenen positiven Konsequenzen herbeizuführen.

Ebenso unbestimmt wie der Begriff der Wesentlichkeit bei einem Mangel sind die Voraussetzungen, nach denen eine Teilabnahme nach § 641 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 12 Abs. 2 VOB/B möglich sein soll. Es finden sich keine Anhaltspunkte dafür, wann von „abgeschlossenen Teilen einer Leistung“ gesprochen werden kann. Nach einer früheren Entscheidung des BGH²⁶ ist Voraussetzung für eine Teilabnahme, dass die Teilleistung in sich funktionsfähig ist. Hierunter werden offensichtlich solche Leistungsteile verstanden, die selbständig und in ihrer Funktionsfähigkeit von anderen Leistungsteilen unabhängig sind. Als Beispiel sind hier einzelne von mehreren selbständigen Gebäuden genannt; eine Teilabnahme wird dagegen nicht in Betracht kommen für einzelne Bauteile oder Stockwerke eines Gebäudes (schon wegen der gemeinsamen Haustechnik).

Lange Zeit umstritten war die Frage, wie es sich mit einer Abnahme nach Vertragskündigung verhält. Denn schließlich ist die Abnahme auch in diesem Fall Voraussetzung dafür, dass der Werklohn fällig wird. Mit einem Grundsatzurteil hat der BGH klargestellt, dass der Auftraggeber zur Abnahme des bis zur Kündigung erbrachten Leistungsteils verpflichtet ist, sofern die Abnahme nicht wegen wesentlicher Mängel verweigert werden darf.²⁷ Die Abnahmereife der Leistung ist bei einem gekündigten Vertrag nach dem durch die Kündigung reduzierten Leistungsumfang zu beurteilen; sie ist dann vertragsgemäß, wenn sie unter Berücksichtigung ihres notwendigerweise unvollendeten Zustands den Anforderungen des Vertrages genügt. Es handelt sich in diesem Fall nicht um eine Teilabnahme, sondern um einen durch die Kündigung bedingten besonderen Fall der rechtsgeschäftlichen Endabnahme.

24 BGH BauR 1985, S. 200; NJW-RR 1996, S. 883 f.; OLG Hamm BauR 1993, S. 604; BauR 1993, S. 374

25 BGH BauR 1994, S. 242 ff.

26 BGH BauR 1979, S. 159

27 BGH BauR 2003, S. 689; NJW 2006, S. 2475

1.7 Gewährleistungsrechte nach BGB und VOB/B

Wie die Abnahme sind auch die Mängelrechte und daraus resultierenden Ansprüche im Bauvertrag von zentraler Bedeutung, unabhängig davon, ob die Bauvertragsparteien einen reinen BGB-Bauvertrag oder einen Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB/B geschlossen haben.

1.7.1 Mängelrechte nach BGB

Bis zur Abnahme steht dem Auftraggeber gegen den Auftragnehmer ein Anspruch auf Vertragserfüllung gem. §§ 631, 633 Abs. 1 BGB zu. Kommt der Auftragnehmer seiner Verpflichtung nicht nach, kann der Auftraggeber auf Erfüllung klagen oder eine angemessene Frist zur Erfüllung setzen, um nach ergebnislosem Fristablauf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB zu verlangen; er ist alternativ berechtigt, vom Vertrag gem. § 323 BGB zurückzutreten. Streitig ist, ob der Auftraggeber vor der Abnahme auch die Mängelansprüche der §§ 634 ff. BGB geltend machen kann. Der Bundesgerichtshof hat sich hierzu noch nicht positioniert, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass diese Frage noch nicht entschieden sei.²⁸

Eine rechtswirksame Vertragskündigung des Auftraggebers nimmt dem Auftragnehmer nicht sein Recht zur Eigennachbesserung. Im Falle einer außerordentlichen Kündigung wegen Schlechtleistung bzw. Unzuverlässigkeit des Auftragnehmers ist allerdings zu prüfen, ob der Auftragnehmer durch sein vertragswidriges Verhalten sein Recht auf Nacherfüllung verloren hat.

Nach der Abnahme kann der Auftraggeber gem. §§ 634 Nr. 1, 635 BGB Nacherfüllung verlangen, sobald die Leistung mangelhaft ist. Er kann darüber hinaus den Mangel selbst beseitigen und Kostenersatz geltend machen, vom Vertrag zurücktreten oder die Vergütung mindern bzw. Schadensersatz oder Aufwendungsersatz verlangen. Somit stellt das Rechtsinstitut der Abnahme (auch) bei den Gewährleistungsrechten eine maßgebliche Zäsur dar.

Der in § 634 Nr. 1 BGB normierte Nacherfüllungsanspruch tritt nach der Abnahme an die Stelle des Erfüllungsanspruchs. Wie dieser ist er darauf gerichtet, dem Auftraggeber ein mangelfreies Werk zu verschaffen. Im Unterschied zum ursprünglichen Erfüllungsanspruch darf der Auftragnehmer die Nacherfüllung verweigern, wenn diese für ihn mit unverhältnismäßigem Kostenaufwand verbunden ist. Im Gegensatz zum Erfüllungsanspruch ist von weiterer Bedeutung, dass eine Mitverursachung und ein Mitverschulden des Auftraggebers hinsichtlich des Mangels der Werkleistung gegebenenfalls anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist.

Die Nacherfüllung stellt nicht nur ein originäres Gewährleistungsrecht des Auftraggebers, sondern auch ein solches des Auftragnehmers dar. Es muss ihm die Möglichkeit zur fristgerechten Nacherfüllung eingeräumt werden, bevor der Auftraggeber sonstige Mängelansprüche geltend macht oder gar zur Selbstvornahme greift. Es ist somit festzuhalten, dass der Auftragnehmer trotz Abnahme nicht sein Recht zur Mängelbeseitigung verliert. Verweigert der Auftraggeber die Nacherfüllung (Mängelbeseitigung), so verstößt er gegen eine gesetzliche Mitwirkungshandlung, was die Kündigung des Vertrages seitens des Auftragnehmers nach sich ziehen kann (§§ 642, 643 BGB).

Beseitigt der Auftragnehmer binnen der ihm vom Auftraggeber zur Nacherfüllung bestimmten angemessenen Frist den Mangel selbst nicht, ist der Auftraggeber gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB berechtigt, den Mangel im Wege der Selbstvornahme auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen zu lassen. Der Fristsetzung bedarf es dann nicht, wenn der Auftragnehmer die geschuldete Nacherfüllung verweigert, die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder dem Auftraggeber ein Festhalten am Auftragnehmer aus Billigkeitserwägungen nicht zuzumuten ist. Sofern

die Voraussetzungen der Ersatzvornahme vorliegen, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer einen Kostenvorschuss verlangen, über den er nach Durchführung der Arbeiten abzurechnen hat. Das Recht zur Selbstvornahme tritt an die Stelle des Nacherfüllungsanspruchs, also nicht neben dieses. Entscheidet sich der Auftraggeber nach Vorlage der gesetzlichen Voraussetzungen für die Selbstvornahme, entfällt das Recht des Auftragnehmers zur Nacherfüllung. Misslingt die Selbstvornahme, hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Schadensersatz, er kann vom Vertrag zurücktreten oder die Werklohnvergütung des Auftragnehmers mindern, jeweils unter der Voraussetzung, dass er das Fehlschlagen der Selbstvornahme nicht selbst zu vertreten hat.

§ 634 Nr. 3 Alt. 1 BGB regelt die Voraussetzungen, unter denen der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten kann. Der Rücktritt stellt ein einseitiges Gestaltungsrecht dar, wobei sich das synallagmatische Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt. Praktisch bedeutet der Rücktritt, dass die bereits erbrachten wechselseitigen Leistungen zurückzugewähren sind bzw. ein entsprechender Wertersatz zu leisten ist. Tatsächlich ist der Rücktritt in der baurechtlichen Praxis von untergeordneter Bedeutung, da in vielen Fällen eine Rückabwicklung bzw. die Rückgewähr unmöglich ist. Im Wege einer Verrechnung gestaltet sich der Rücktritt dann in seiner tatsächlichen Auswirkung als Vergütungsminderung.

Das Recht zur Minderung selbst ist in § 634 Nr. 3 Alt. 2 BGB geregelt. Voraussetzung für die Minderung ist, dass ein Mangel vorliegt und der Auftragnehmer die Frist zur Nacherfüllung hat verstreichen lassen. In diesem Fall reduziert sich der offene Werklohnanspruch um die Höhe des Minderungsbetrages. Hat der Auftraggeber bereits Vergütung geleistet, steht ihm ein Erstattungsanspruch in Höhe der Wertminderung zu. Die Ermittlung des Minderungsbetrages ist hierbei oftmals problematisch, insbesondere in den Fällen, in denen der Auftragnehmer eine schlüsselfertige Leistung schuldet und lediglich einzelne Bauteile mangelhaft sind.

Schließlich steht dem Auftraggeber gem. § 634 Nr. 4 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz bzw. auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen zu. Hier sind Schäden gemeint, die im Zusammenhang mit einer mangelhaften Bauleistung stehen, also auch sogenannte Mangelfolgeschäden. Mangelbeseitigungskosten kann der Auftraggeber über Schadensersatz nur dann verlangen, wenn dem Auftragnehmer ein Recht auf Nacherfüllung nicht mehr zusteht. Generell setzt die Geltendmachung des Schadensersatzes voraus, dass dem Auftragnehmer zuvor erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde. Bei Schadensersatzansprüchen von Bedeutung ist, dass Schäden, die nicht durch eine Mangelbeseitigung behoben werden können, neben dem Recht auf Nacherfüllung verlangt werden können. Als Beispiele sind hier ein merkantiler Minderwert des Werkes trotz Nacherfüllung, dem Auftraggeber entstandene Gewinnverluste oder ein Verdienstaussfall genannt.

1.7.2 Mängelrechte nach VOB/B

Auch hier wird unterschieden, ob es sich um Ansprüche aus Schlechtleistung bis zur Abnahme oder um solche nach erklärter Abnahme handelt. Gemäß § 4 Abs. 7 VOB/B hat der Auftragnehmer Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder als vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Mangelbeseitigung vor Abnahme nicht nach, ist der Auftraggeber berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels zu setzen und im Falle des fruchtlosen Fristablaufs den Vertrag durch (außerordentliche) Kündigung zu entziehen. Hieraus ergibt sich in der praktischen Handhabung der Umkehrschluss, dass der Auftraggeber vor der Abnahme nicht berechtigt ist, auf Kosten des Auftragnehmers eine Ersatzvornahme durchzuführen, wenn der Ver-

trag nicht zuvor durch Kündigung beendet wurde. Es ist demnach sinnvoll, in Abweichung zu § 4 Abs. 7 VOB/B individuell zu vereinbaren, dass eine Ersatzvornahme auch vor Vertragskündigung möglich sein soll oder die Parteien damit einverstanden sind, dass der Auftraggeber zu Teilkündigungen berechtigt ist, wenn die Parteien im Übrigen am Vertrag festhalten wollen.

Die Mängelansprüche des Auftraggebers nach Abnahme sind in § 13 VOB/B geregelt. Wie beim BGB-Bauvertrag ist die mangelhafte Bauleistung Voraussetzung aller Mängelansprüche. Frei ist die Leistung von Sachmängeln, wenn sie im Zeitpunkt der Abnahme die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Fehlt eine Beschaffenheitsvereinbarung, ist die Werkleistung gleichwohl sachmangelfrei, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann. In Abweichung zum BGB-Bauvertrag wird für die Definition eines Mangels zusätzlich auf anerkannte Regeln der Technik abgestellt.

Welche Mängelansprüche dem Auftraggeber gegen den Auftragnehmer zustehen, ergibt sich aus § 13 Abs. 5–7 VOB/B. Danach kann der Auftraggeber bei einer mangelhaften Bauleistung die Nacherfüllung verlangen, den Mangel selbst auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen, die Vergütung des Auftragnehmers mindern und/oder Schadensersatz verlangen.

Analog zum Werkvertragsrecht des BGB zielt der grundlegende Gewährleistungsanspruch auf Nacherfüllung. Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer in unverjährter Zeit unter Fristsetzung zur Mangelbehebung auffordert. Hierbei reicht es aus, dass der Auftraggeber den Mangel lediglich nach seinen Symptomen beschreibt, wobei sich die Nacherfüllungspflicht des Auftragnehmers dann auf diejenigen Mängel erstreckt, welche die beschriebenen Mangelercheinungen verursacht haben.²⁹ Der Auftraggeber muss sein Beseitigungsverlangen so formulieren, dass dem Auftragnehmer das Verlangen nach Nacherfüllung bewusst wird. Es reicht nicht aus, wenn der Auftraggeber lediglich auf einen Mangel hinweist, vielmehr muss der Hinweis eine Aufforderung zum Tätigwerden beinhalten.³⁰ Über die Art und Weise der Nacherfüllung entscheidet der Auftragnehmer; die Nacherfüllung muss gewährleisten, dass der Mangel vollumfänglich beseitigt und der vertraglich geschuldete Zustand erreicht wird. Hierbei spielt es keine Rolle, ob zur mangelfreien Werkerstellung die Beseitigung der bisherigen Leistung notwendig, der Auftragnehmer somit gezwungen ist, die Leistung erneut zu erbringen. Mit der Nacherfüllung anfallende Kosten verbleiben alleine beim Auftragnehmer, der allerdings nicht mit Kosten solcher Maßnahmen zu belasten ist, die er nach dem Vertrag gar nicht zu erbringen hatte und um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre (Stichwort: „Sowieso-Kosten“).³¹

Gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers im Wege der Ersatzvornahme beseitigen lassen, wenn dieser der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in angemessener Frist nicht nachkommt. Ist die zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist nach objektiven Kriterien zu kurz, wird sie hinfällig und an ihre Stelle tritt eine angemessene (verlängerte) Frist. Der Umfang des Kostenerstattungsanspruchs nach VOB/B korrespondiert mit demjenigen aus § 637 BGB. Auch in diesem Fall steht dem Auftraggeber ein Kostenvorschussanspruch zu, über den nach Durchführung der Ersatzvornahme abzurechnen ist.

Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftrag-

29 BGH BauR 2003, S. 1247; ZfBR 2014, S. 674 (zur sog. Symptomrechtsprechung des BGH)

30 BGH WM 1978, S. 953

31 BGH BauR1984, S. 395; BauR 2010, S. 1583

nehmer verweigert, kann der Auftraggeber gem. § 13 Abs. 6 VOB/B vom Recht der Vergütungsminderung Gebrauch machen. Diese Vorschrift stellt maßgeblich auf den Begriff der Unzumutbarkeit ab und trägt somit dem Grundsatz von Treu und Glauben Rechnung. Wann die Mängelbehebung unzumutbar ist, entscheidet sich nach dem jeweiligen Einzelfall. Grundsätzlich gilt für die Annahme einer Unzumutbarkeit, dass die Durchführung der Mängelbeseitigung solche persönlichen oder wirtschaftlichen Opfer verlangt, die nicht durch einen Schadensersatzanspruch kompensiert werden. Praktisch hat der Begriff der „Unzumutbarkeit“ eine geringe Bedeutung, weil wirtschaftliche wie persönliche Gründe des Auftragnehmers hinter das Interesse des Auftraggebers, eine mangelfreie Leistung zu erlangen, zurückzutreten haben.

Von großer Bedeutung in der baurechtlichen Praxis ist hingegen die Regelung in § 13 Abs. 7 VOB/B. Hieraus ergibt sich, wann dem Auftraggeber Ansprüche aus Schadensersatz zustehen. Danach haftet der Auftragnehmer bei schuldhaft verursachten Mängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit. Er haftet unabhängig von dem betroffenen Rechtsgut für alle Schäden, die auf einen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Mangel zurückzuführen sind. Der sogenannte kleine Schadensersatzanspruch gem. § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B gewährt Ersatz für die nach Mängelbeseitigung oder Minderung verbleibenden Schäden an der baulichen Anlage. Der große Schadensersatz nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 2 VOB/B erstreckt die Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers auf alle darüber hinausgehenden Schäden des Auftraggebers, die adäquat kausal auf die mangelhafte Leistung des Auftragnehmers zurückzuführen sind. Für den Anspruch auf großen Schadensersatz ist weitere Voraussetzung, dass der dem Schaden zugrunde liegende Baumangel entweder auf der Nichteinhaltung der anerkannten Regeln der Technik beruht oder auf dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit oder dass der Schaden durch Versicherung der gesetzlichen Haftpflicht des Auftragnehmers gedeckt ist bzw. hätte gedeckt werden können. Sowohl für den kleinen wie den großen Schadensersatz ist gemein, dass ein wesentlicher, die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Mangel vorliegen muss. Anhaltspunkte sind hier Art und Umfang des Mangels sowie die mit seiner Beseitigung verbundenen Kosten. Die für die Ersatzansprüche erforderliche Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit ist gegeben, wenn das fertig gestellte Werk nicht oder nur eingeschränkt nutzbar ist. Unter den großen Schadensersatzanspruch fallen auch die entfernten und mittelbaren Mangelfolgeschäden.

1.7.3 Verjährung von Mängelansprüchen

Der Erfüllungsanspruch des Auftraggebers nach § 631 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB von drei Jahren. Diese beginnt gem. § 199 BGB mit dem Schluss desjenigen Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Auftraggeber von seinem Anspruch Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis erlangt hätte.

Die Verjährung der Mängelansprüche ist in § 634 a BGB geregelt. Danach verjähren Ansprüche

- bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder an der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, in zwei Jahren,
- bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, in fünf Jahren,
- im Übrigen in der Regelfrist von drei Jahren gem. § 195 BGB.

Sofern die Verjährungsfrist „bei einem Bauwerk“ fünf Jahre beträgt, sind hiervon der Anspruch auf Nacherfüllung, der Anspruch auf Selbstvornahme und auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen sowie auf Schadensersatz umfasst.

Da das Minderungsrecht gem. § 638 BGB als Gestaltungsrecht anzusehen ist, kommt eine Verjährung nicht in Betracht. Die Minderung wie auch der Rücktritt sind danach aber ausgeschlossen, wenn der Erfüllungsanspruch oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Auftragnehmer sich hierauf beruft.

Die Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche des Bauherrn beginnt grundsätzlich mit der Abnahme des Werkes.

1.7.4 Verjährung der Mängelansprüche nach VOB/B

Vor der Abnahme unterliegen die Ansprüche aus § 4 Abs. 6 und 7 VOB/B der allgemeinen Verjährungsfrist nach § 195 BGB, da es sich um Erfüllungsansprüche des Auftraggebers handelt.

Für Gewährleistungsansprüche nach Abnahme ist auf die Regelung in § 13 Abs. 4 VOB/B zu verweisen. Das dort enthaltene dezidierte Verjährungssystem weicht von den Vorschriften des BGB ab. In § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B wird primär auf vertragliche Vereinbarungen abgestellt. Fehlt eine solche Vereinbarung, so betragen Gewährleistungsansprüche für Bauwerke vier Jahre, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen, zwei Jahre. Die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen beträgt ein Jahr.

In Übereinstimmung mit den gesetzlichen Regelungen im BGB beginnt auch nach der VOB/B die Verjährung mit der Abnahme (§ 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B).

1.8 Recht zur Kündigung

1.8.1 Kündigungsrechte des Auftraggebers

Die im Gesetz (BGB) und der VOB/B normierten Kündigungsrechte des Auftraggebers folgen insofern dem gleichen Prinzip, als in beiden Fällen eine sogenannte freie Kündigung ausdrücklich normiert ist, die VOB/B darüber hinaus ein außerordentliches Kündigungsrecht (oder Kündigung aus wichtigem Grund) vorsieht.

Sofern die Vertragsparteien keine besondere Vereinbarung getroffen haben, kann der Auftraggeber gem. § 649 BGB/§ 8 Abs. 1 VOB/B den Bauvertrag jederzeit und aus freien Stücken kündigen. Die Kündigung bedarf keiner Einhaltung einer Frist oder einer besonderen Begründung. Lediglich in § 8 Abs. 5 VOB/B wird als Kündigungsvoraussetzung die Schriftform vorausgesetzt.

Im Falle einer freien Kündigung kann der Auftragnehmer seinen Werklohn in voller Höhe verlangen. Dabei muss er sich anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Im Rahmen des „anderweitigen Erwerbs“ muss sich der Auftragnehmer hierbei sogenannte Füllaufträge anrechnen lassen.³²

Die Ermittlung der ersparten Aufwendungen seitens des Auftragnehmers stellt in der Regel dann ein Problem dar, wenn mit den Ausführungsleistungen bereits begonnen wurde und zwischen den Parteien ein Pauschalpreisvertrag geschlossen wurde. Die Darlegung der „ersparten Aufwendungen“ oder zum „anderweitigen Erwerb“ hat unter Offenlegung der Kalkulation konkret zu erfolgen, ein Rückgriff auf allgemeine betriebswirtschaftliche Kostenkontrollen

32 BGH BauR 1996, S. 382

oder einen branchenüblichen Gewinn ist nicht möglich.³³ Allerdings ist es dem Auftragnehmer alternativ erlaubt, die in § 649 S. 3 BGB enthaltene Fiktion in Anspruch zu nehmen, nach der vermutet wird, dass dem Auftragnehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zustehen.

Zu ersparten Aufwendungen zählen Materialkosten, Baustellengemeinkosten, baustellenbezogene Lohn- und Personalkosten, ein kalkulierter Risikozuschlag sowie Nachunternehmerkosten. In der Regel nicht zu ersparten Aufwendungen zählen allgemeine Geschäftskosten, Baustelleneinrichtungskosten, Baustellenberäumungskosten, objektbezogene Finanzierungskosten sowie ein bewertetes Wagnis.

Naturgemäß spielt die freie Kündigung in der Praxis keine große Rolle, da sie für den Auftraggeber nachteilig ist. Weit häufiger kommt es zu einer außerordentlichen Kündigung bzw. einer Kündigung aus wichtigem Grund.

Im Gesetz enthält § 650 BGB ein besonderes Kündigungsrecht. Danach kann sich der Auftraggeber bei wesentlicher Überschreitung eines Kostenanschlags durch Kündigung vom Auftragnehmer trennen. Wann eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls; entscheidend ist die Überschreitung des Endpreises. Bei einer Kündigung nach § 650 BGB hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil des Werklohns und Ersatz der von der Vergütung nicht umfassten Auslagen gem. § 645 BGB.

Die VOB/B enthält in § 8 Abs. 2 bis 4 drei Tatbestände, die eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen. Danach ist der Auftraggeber zur Kündigung berechtigt, wenn

- der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt und von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wird (§ 8 Abs. 2 VOB/B),
- in den Fällen des § 4 Abs. 7 VOB/B und § 5 Abs. 4 VOB/B die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (§ 8 Abs. 3 VOB/B),
- der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt (§ 8 Abs. 4 VOB/B).

Das wichtigste Kündigungsrecht stellt – schon alleine wegen seiner praktischen Bedeutung – die Vertragsentziehung nach § 8 Abs. 3 VOB/B dar. Danach kann dem Auftragnehmer der Bauvertrag gekündigt werden, wenn er die ihm gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung während der Bauausführung bzw. zur Vertragserfüllung im Falle der Verzögerung der Bauausführung fruchtlos verstreichen lässt. Voraussetzung für eine solche Kündigung ist neben einer mangelhaften Werkausführung bzw. nicht termingerechten Vertragsausführung, dass die dem Auftragnehmer durch den Auftraggeber gesetzte Frist angemessen ist und der Auftragnehmer durch eine eindeutige Erklärung des Auftraggebers darauf hingewiesen wird, dass im Falle des fruchtlosen Fristverstreichens der Vertrag gekündigt wird. Die mit der Vertragskündigung einhergehenden gravierenden Folgen rechtfertigen die formellen Anforderungen an eine vorherige Warnung, so dass dem Auftragnehmer Gelegenheit gegeben wird, die Kündigung durch Gegensteuern zu vermeiden.

Im Falle der Kündigung aus wichtigem Grund beschränkt sich der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Er sieht sich jedoch denjenigen Schadensersatzansprüchen des Auftraggebers gegenüber, die diesem aus dem vertragswidrigen Verhalten des Auftragnehmers entstehen (z. B. kündigungsbedingte Mehrkosten durch Beauftragung eines teureren Ersatzunternehmens).

33 BGH BauR 1996, S. 382; BauR 1996, S. 846

Gemäß § 8 Abs. 6 VOB/B kann der Auftragnehmer nach Kündigung ein gemeinsames Aufmaß sowie die Abnahme der von ihm bis zur Kündigung ausgeführten Leistungen verlangen; er hat sodann unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen.

Die in § 8 VOB/B genannten außerordentlichen Kündigungstatbestände sind nicht abschließend; der Auftraggeber kann auch wegen sonstiger schwerer Vertragsverletzungen den Bauvertrag kündigen.³⁴ So ist eine Kündigung aus wichtigem Grund auch dann zulässig, wenn der Auftragnehmer nachhaltig Kooperationspflichten verletzt und dem Auftraggeber ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann.³⁵ Eine Kündigung aus wichtigem Grund ist ebenfalls zulässig, wenn der Auftragnehmer während der Werkausführung Straftatbestände erfüllt oder schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten begeht (Stichwort: Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz).

1.8.2 Kündigungsrechte des Auftragnehmers

Gemäß § 643 BGB ist der Auftragnehmer berechtigt, den Auftraggeber zur Nachholung der in § 642 BGB normierten Mitwirkungspflicht eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag bei fruchtlosem Fristablauf kündigt. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn der Auftraggeber seine Pflicht nicht bis zum Ablauf der Frist nachholt. Wie an anderer Stelle ausgeführt³⁶, gehören zu den Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers insbesondere die Erbringung der notwendigen Vorarbeiten, die Pflicht zur Koordinierung aller am Bau Beteiligten, das Bereitstellen erforderlicher Pläne sowie Herbeiführung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen und Erlaubnisse. Von Beachtung für den praktischen Umgang mit der sich aus § 643 BGB ergebenden Kündigungsoption ist der Automatismus, wonach der Bauvertrag als aufgehoben gilt, wenn der Auftraggeber die Handlung nicht fristgemäß nachholt; einer weiteren Erklärung des Auftragnehmers bedarf es demnach nicht. Um den Handlungsspielraum des sich vertragskonform verhaltenden Auftragnehmers nicht unangemessen einzuschränken, ist es diesem gestattet, die Kündigungserklärung innerhalb der dem Auftraggeber gesetzten Frist zurückzunehmen.

Für den VOB/B-Bauvertrag sind die Kündigungsmöglichkeiten des Auftragnehmers in § 9 geregelt. Danach ist eine Kündigung möglich, wenn

- der Auftraggeber eine ihm obliegenden Handlung unterlässt und dadurch den Auftragnehmer außer Stande setzt, die Leistung auszuführen,
- der Auftraggeber eine fällige Zahlung nicht leistet oder sonst in Schuldnerverzug gerät.

Gemäß § 9 Abs. 2 VOB/B ist die Kündigung schriftlich zu erklären. Sie ist erst zulässig, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber ohne Erfolg eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung gesetzt und unmissverständlich erklärt hat, nach fruchtlosem Fristablauf den Vertrag zu kündigen.

Wie für den Auftraggeber ist es auch dem Auftragnehmer möglich, außerhalb der in § 9 VOB/B erwähnten Kündigungsrechte den Vertrag nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beenden, insbesondere dann, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis gefährdet und dem Auftragnehmer ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten ist.³⁷ Die Verletzung auftraggeberseitiger Kooperationspflichten oder etwa die Hinzuziehung von Schwarzarbeitern auf

34 OLG Karlsruhe BauR 1987, S. 448

35 OLG Brandenburg BauR 2003, S. 1734

36 Siehe oben S. 21 ff.

37 BGH BauR 2006, S. 1488

die Baustelle durch den Auftraggeber kann eine Kündigung aus wichtigem Grund gleichfalls rechtfertigen.

Anders als § 643 BGB ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung nicht lediglich die Androhung, sondern auch der Kündigungsausspruch mit separatem Schreiben.

Macht der Auftragnehmer von seinem Kündigungsrecht gem. § 9 VOB/B Gebrauch, sind die bisherigen Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen. Darüber hinaus steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB zu; etwaige weitergehende Ansprüche bleiben unberührt (§ 9 Abs. 3 VOB/B).

1.9 Sicherheiten

Die Realisierung von Bauvorhaben stellt – unabhängig von deren Größe und Umfang – aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung sowohl für den Bauherrn/Auftraggeber wie den Auftragnehmer eine nicht zu unterschätzende mentale Belastung dar. Der Bauherr benötigt regelmäßig Drittmittel, um die auf ihn mit Fortschreiten des Bauvorhabens zukommenden Kosten bedienen zu können. Er muss sich zudem auf die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers verlassen können und darauf vertrauen, dass das Bauprojekt etwa wegen einer Insolvenz des Auftragnehmers nicht in der Ausführungsphase „stecken bleibt“.

Auch für den Auftragnehmer stellt sich die Situation nicht komfortabel dar: Er geht mit seinem Arbeitseinsatz wie den zu verbauenden Materialien regelmäßig in Vorlage und muss darauf hoffen, dass sein Auftraggeber an diesen gestellte Rechnungen pünktlich bezahlt. Bedient sich der Auftragnehmer – wie meistens der Fall – eines Nachunternehmers, muss er auf dessen Leistungsfähigkeit vertrauen dürfen. Auch ein Vermögensverfall des Auftraggebers als „worstcase“ ist nicht außerhalb des Erwartbaren.

Dieser besonderen Interessenkonstellation trägt sowohl das Gesetz wie die VOB/B Rechnung, in dem verschiedene Sicherheitsinstitute normiert sind.

1.9.1 Die Bauhandwerkersicherungshypothek gem. § 648 BGB

Nach dieser Vorschrift kann der Auftragnehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teils eines Bauwerkes für seine Forderungen aus dem Vertrag vom Besteller die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück verlangen. Ist das Bauwerk noch nicht vollendet, kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung verlangen.

Ob es sich bei dieser Bauhandwerkersicherungshypothek tatsächlich um ein geeignetes Sicherungsmittel zugunsten des Bauunternehmers handelt, ist umstritten. Schließlich setzt die Einräumung einer Sicherungshypothek voraus, dass nur der Auftragnehmer eines Bauwerks anspruchsberechtigt ist, es eine Forderung aus einem Bauwerksvertrag geben muss, der Pfandgegenstand nur das im Eigentum des Bauherrn stehende Baugrundstück ist und mit den Bauarbeiten bereits begonnen wurde.

In Anbetracht der Tatsache, dass der Bauherr aufgenommenes Geld zugunsten der kreditgebenden Bank regelmäßig über vorrangige Grundpfandrechte absichern muss, führt die nachrangig eingetragene Sicherungshypothek allenfalls zu einer Grundbuchsperrung insoweit, als eine Nachfinanzierung über das Grundstück erschwert wird. Sollten die Grundpfandrechte aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn verwertet werden, wird der Erlös zunächst an die vorrangigen Banken verteilt mit der Konsequenz, dass für den Bauunternehmer kaum etwas verbleibt.

Im Falle einer Insolvenz besteht zugunsten des Insolvenzverwalters die Möglichkeit, die Sicherheit wirksam anzufechten. Wurde die Vormerkung zur Sicherung der Bauhandwerkersicherungshypothek innerhalb des letzten Monats vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im

Grundbuch eingetragen, wird sie mit der Insolvenzverfahrenseröffnung sogar unwirksam. Hieraus resultiert, dass die Sicherungshypothek nach § 648 BGB den ihr ursprünglich zugeordneten Sicherungswert nur dann erfüllt, wenn sie an erster oder zumindest an günstiger Rangstelle eingetragen wird. Nur in diesem Fall wird sie ein Druckmittel zur schnelleren Durchsetzung der Werklohnforderung des Bauunternehmers sein.

Anspruchsberechtigte Bauwerksunternehmer im Sinne des § 648 BGB sind ausschließlich solche, die eine werkvertragliche Bindung im Sinne des § 631 BGB mit dem Bauherrn eingegangen sind. Lieferanten scheiden demnach als Anspruchsberechtigte aus. Bei Architekten ist zu unterscheiden, in welchem vertraglichen Verhältnis sie zum Bauherrn stehen. Obliegt dem Architekt die Vollarchitektur oder solcher Teile, die auf eine werkvertragliche Bindung schließen lassen (wie etwa die Objektüberwachung), steht ihm ein Sicherungsanspruch aus § 648 BGB zu.³⁸ Erbringt der Architekt lediglich Dienstleistungen (er berät etwa bei der Hypothekenbeschaffung oder assistiert bei der Finanzberatung), scheidet ein Sicherungsanspruch nach § 648 BGB aus. Zwischen dem Bauherrn und dem Tragwerksplaner (Statiker) besteht regelmäßig ein Werkvertrag, weshalb die Forderungen des Statikers ebenfalls über § 648 BGB gesichert werden können. Das gilt dann nicht, wenn der Statiker als vom Architekten nachbeauftragter Sonderfachmann auf der Baustelle tätig ist, da er in diesem Fall nicht gegenüber dem Bauherrn, sondern gegenüber dem Architekten verpflichtet ist.

Die Sicherungshypothek nach § 648 BGB kann nur auf dem Baugrundstück des Bauherrn eingetragen werden, nicht auf anderen Grundstücken, auch wenn diese dem Bauherrn gehören. Baugrundstück ist somit nur das Grundstück, für das die Bauleistungen erbracht werden. Zwischen dem Bauherrn und dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer des Baugrundstücks muss demnach eine Identität bestehen.³⁹

Bei der inhaltlichen Gestaltung von Bauverträgen ist für beide Vertragsparteien (wenn auch aus unterschiedlicher Interessenlage) darauf zu achten, dass es sich bei § 648 BGB um dispositives Recht handelt, was bedeutet, dass auf den Anspruch auf eine Sicherungshypothek durch individualvertragliche Absprache verzichtet oder der Anspruch sonst vertraglich ausgeschlossen werden kann.⁴⁰

1.9.2 Die Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB

Auch bedingt durch die nur beschränkte Effektivität der Bauhandwerkersicherungshypothek hat der Gesetzgeber im Jahr 1993 dem Auftragnehmer mit der Bauhandwerkersicherung gem. § 648 a BGB ein weiteres Sicherungsmittel zur Verfügung gestellt. Dessen „Durchschlagskraft“ wurde mit dem Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) im Januar 2009 verstärkt, in dem die Gesetzesnorm zugunsten des Auftragnehmers eine Modifizierung erfuhr.

Gemäß der geltenden Fassung ab 01.01.2009 kann der Auftragnehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon vom Auftraggeber Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen mit 10 % des zu sichernden Vergütungsanspruchs verlangen. Der Sicherungsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der auftraggebende Bauherr Vertragserfüllung verlangen kann oder das Werk bereits abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Bauherr gegen den Anspruch des Auftragnehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sein denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.

38 BGH BauR 1982, S. 79; NJW 1969, S. 419; OLG Naumburg BauR 2006, S. 2089

39 Zur Identität von Besteller und Grundstückseigentümer: OLG Hamm BauR 2007, S. 721; OLG Frankfurt BauR 2008, S. 1158; OLG Dresden IBR 2008, S. 152; OLG Düsseldorf BauR 2012, S. 1240

40 KG Berlin BauR 2010, S. 1099 f.

Wie bei der Bauhandwerkersicherungshypothek gem. § 648 BGB ist Berechtigter für die Sicherheit nach § 648 a Abs. 1 BGB ausschließlich derjenige Auftragnehmer, der aufgrund eines Werkvertrages (für das Bauwerk werterhöhend) tätig wird. Kauf-, Dienst- und/oder Werklieferungsverträge reichen nicht aus, um ein Sicherheitsbedürfnis gem. § 648 a Abs. 1 BGB begründen zu können. Demgemäß fallen auch Architekten, Tragwerksplaner oder sonstige Sonderfachleute unter den Schutzzweck des § 648 a BGB, sofern sie mit dem Auftraggeber in einem werkvertraglichen Verhältnis stehen.

Der verpflichtete Auftraggeber muss – im Gegensatz zur Regelung in § 648 BGB – nicht notwendigerweise Bauherr oder Eigentümer des Baugrundstücks sein. Besteller im Sinne des § 648 a BGB ist derjenige, der den Auftrag erteilt oder sich zivilrechtlich als Auftraggeber behandeln lassen muss. Insofern findet § 648 a BGB auch in einer Auftragnehmerkette Anwendung. Keine Anwendung findet diese Vorschrift, wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine natürliche Person ist und die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses erbracht werden (§ 648 a Abs. 6 BGB).

Fordert der Auftragnehmer den auftraggebenden Besteller schriftlich unter Fristsetzung zur Beibringung einer Sicherheit gem. § 648 a BGB auf, ist diese durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsverprechen eines vom Geltungsbereich des Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers zu leisten. Der verlangende Auftragnehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 % p. a. zu erstatten.

Leistet der Besteller die Sicherheit nicht fristgemäß, so kann der Auftragnehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen. Im Falle der Kündigung ist er berechtigt, unter Anrechnung des Ersparten die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Es steht ihm hierbei frei, diesen Anspruch konkret zu beziffern oder sich der gesetzlichen Fiktion in § 648 a Abs. 5 S. 3 BGB zu bedienen, wonach vermutet wird, dass ihm 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zusteht.

Im Gegensatz zu § 648 BGB handelt es sich bei § 648 a BGB (s. Abs. 7) nicht um dispositives Recht, die Vorschrift kann demnach weder abbedungen noch eine inhaltlich abweichende Vereinbarung hierzu getroffen werden.

Ob § 648 a BGB tatsächlich die ursprünglich zgedachte „Durchschlagskraft“ zukommt, ist fraglich, da auch bei diesem Sicherungsmittel ein effektiver Schutz vor einer Insolvenz des Auftraggebers nicht gewährt wird bzw. dieser nicht selten versucht, eigene Sicherungsansprüche für den Fall an den Auftragnehmer zu richten, wenn dieser von seinem gesetzlich eingeräumten Recht gem. § 648 a BGB Gebrauch macht.

1.9.3 Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)

Das aus 1909 stammende Gesetz wird in der jüngeren Literatur als „neu entdecktes“ Gesetz bezeichnet, nachdem es durch das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) in maßgeblichen Punkten geändert wurde.

Das Bauforderungssicherungsgesetz enthält in § 1 eine allgemeine Sicherungsmaßregel, die ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellt. Indem die Strafvorschrift in § 2 BauFordSiG auf den Schutzzweck der Norm in § 1 Bezug nimmt, wird deren Sicherungsscharakter nochmals hervorgehoben.

Generell ist der Empfänger von Baugeld verpflichtet, dass Baugeld zur Befriedigung solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung oder dem Umbau des Baues aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt sind. Handelt der Empfänger des Baugeldes dieser Verpflichtung vorsätzlich zuwider, so ist er den am Bau beteiligten Unternehmen nach § 823 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet.

Was unter dem Begriff des Baugeldes zu verstehen ist, wurde im modifizierten § 1 Abs. 3 BauFordSiG neu definiert. Baugeld sind demnach Beträge, die zum Zweck der Bestreitung der Kosten eines Baues oder Umbaus in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung eines Eigentums an einem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baus erfolgen soll. Baugeld sind auch Beträge, die der Empfänger von einem Dritten für eine im Zusammenhang mit der Herstellung des Baues oder Umbaus stehende Leistung, die der Empfänger dem Dritten versprochen hat, erhalten hat, wenn an dieser Leistung andere Auftragnehmer aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Kaufvertrages beteiligt waren.

Danach sind von einem Kreditgeber aus Anlass eines Bauvorhabens bereitgestellte Mittel dann Baugeld i. S. d. Gesetzes, wenn sie zur Bestreitung der Baukosten bestimmt sind, die Vereinbarungen im Kreditvertrag also vorsehen, dass der Kredit zweckgebunden für die Bauherstellung gewährt wird. Kosten eines Baues im Sinne dieser Vorschrift sind im Übrigen nicht nur Aufwendungen für die Errichtung eines Neubaus, sondern auch solche für den Um- und Ausbau sowie die Sanierung von Gebäuden.

Die Tatsache, dass alle durch Banken gewährten Baukredite zweckgebunden sind, verschärft die Bedeutung des Bauforderungssicherungsgesetzes.

„Klassischer“ Empfänger von Baugeld ist nicht nur der Bauherr selbst, sondern auch von ihm beauftragte Generalunternehmer, Bauträger, Generalübernehmer wie Fertighaushersteller. Denn auch diese Unternehmen können vom Bauherrn oder unmittelbar vom Kreditinstitut entsprechend dem Baufortschritt Baugeld erhalten, um es an Subunternehmer weiterzureichen. Wer Baugeldempfänger ist, bestimmt alleine die durch den Schutzzweck des Gesetzes gebotene wirtschaftliche Betrachtung.⁴¹ Handelt demnach eine GmbH als Baugeldempfänger entgegen § 1 Abs. 1 BauFordSiG, erstreckt sich die Haftung auf den Geschäftsführer, der sich in seiner Funktion als vertretungsberechtigtes Organ gem. §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 14 StGB strafbar machen kann.

Ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 BauFordSiG i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB muss vorsätzlich erfolgen, ein bedingter Vorsatz reicht aus.⁴²

1.9.4 Sicherheiten nach § 17 VOB/B

Der Zweck einer Sicherheit zugunsten des Auftraggebers dient regelmäßig der Sicherstellung der vertragsgemäßen Bauausführung und der Mängelansprüche. Wie die Parteien ihre Interessen sichern wollen, steht ihnen frei. Ist eine Sicherheitsleistung vereinbart, normiert § 232 BGB die unterschiedlichen Sicherungsarten. § 17 Abs. 2 bis 8 VOB/B regelt bei einem VOB-Bauvertrag die inhaltliche Ausgestaltung einer Sicherheitsleistung. Danach kann – wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart – Sicherheit durch Einbehalt, Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheiten; er kann die eine durch eine andere ersetzen.

Praktische Bedeutung spielt die Sicherheitsleistung dann, wenn sich der Auftraggeber vertraglich vorbehalten hat, von fälligen Abschlagsrechnungen einen Einbehalt in Geld vorzunehmen, um seinen Sicherungsinteressen nach ordnungsgemäßer Vertragserfüllung Rechnung zu tragen. In diesem Fall ist es dem Auftragnehmer erlaubt, den Einbehalt gegen Hingabe einer Sicherheit (regelmäßig einer Vertragserfüllungsbürgschaft) abzulösen. Gleiches gilt nach

41 OLG Celle BauR 2006, S. 685

42 BGHIBR 2002, S. 127

Abnahme bei vereinbartem Gewährleistungseinbehalt, den der Auftragnehmer ebenfalls durch Hingabe einer Sicherheit (hier regelmäßig durch eine Gewährleistungsbürgschaft) ablösen darf. Leistet der Auftraggeber gem. § 16 Abs. 2 VOB/B Vorauszahlungen, so ist hierfür auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Die Vorauszahlungsbürgschaft wird hier das adäquate Sicherheitsinstitut sein.

Bei einer Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, dass der Bürge seine Einstandserklärung unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abgibt, die Bürgschaftserklärung nicht auf bestimmte Zeit begrenzt und nach den Vorgaben des Auftraggebers ausgestellt ist. Es ist dem Auftraggeber allerdings verwehrt, eine Bürgschaft als Sicherheitsleistung zu verlangen, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.

Von praktischer Bedeutung ist die Regelung in § 17 Abs. 6 VOB/B. Ist es dem Auftraggeber vertraglich gestattet, etwa zur Sicherung der Vertragserfüllung oder seiner Gewährleistungsansprüche Vergütungseinbehalte vorzunehmen, so darf er die Zahlung jeweils um höchstens 10 % kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den jeweils einbehaltenen Betrag dem Auftragnehmer mitzuteilen und binnen 18 Werktagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto bei einem (zuvor) vereinbarten Kreditinstitut einzuzahlen. Mit der Einzahlung muss er veranlassen, dass der Auftragnehmer durch das Geldinstitut über die Einzahlung informiert wird. Durch den Verweis auf § 17 Abs. 5 VOB/B wird sichergestellt, dass es sich bei dem Sperrkonto um ein sogenanntes „Und-Konto“ handeln muss, mithin um ein Konto, über das beide Vertragsparteien nur gemeinsam verfügen können. Auch ergibt sich aus dem Verweis, dass auf dem Konto auflaufende Zinsen dem Auftragnehmer zustehen. Zahlt der Auftraggeber (wie in der Praxis infolge der Unkenntnis dieser Regelung häufig vorkommend) den einbehaltenen Betrag nicht rechtzeitig ein, ist der Auftragnehmer berechtigt, ihm hierfür eine angemessene Nachfrist zu setzen. Lässt der Auftraggeber diese Frist fruchtlos verstreichen, ist der Auftragnehmer berechtigt, die sofortige Auszahlung des einbehaltenen Betrages zu verlangen; er braucht in diesem Fall keine Sicherheit mehr zu leisten.

Durch § 17 Abs. 6 VOB/B wird der speziellen Interessenlage Rechnung getragen, dass dem Auftragnehmer bei Erreichen der Voraussetzungen für eine Abschlagszahlung bzw. mit Fertigstellung des Bauvorhabens der vereinbarte Werklohn in voller Höhe (nämlich zu 100 %) zusteht. Darf der Auftraggeber aufgrund individualvertraglicher Regelung gleichwohl einen Einbehalt als Sicherheitsleistung vornehmen, muss der Auftragnehmer vor einem möglichen Vergütungsausfall in Höhe des einbehaltenen Betrages etwa wegen Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers geschützt werden. Es ist daher nur recht und billig, dass der Auftraggeber verpflichtet wird, den Einbehalt auf ein Sperrkonto einzuzahlen und sicherzustellen, dass nur beide Parteien gemeinsam in Form des „Und-Kontos“ hierüber verfügen können. Kommt der Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nach, sind seine Sicherheitsinteressen nicht schützenswert mit der Konsequenz, dass – entgegen der vertraglichen Vereinbarung – der Auftragnehmer keine Sicherheit mehr zu leisten hat.

Von § 17 VOB/B unberührt bleiben grundsätzliche Zurückbehaltungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechte gem. § 273 BGB (Zurückbehaltungsrecht) bzw. § 320 BGB (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) des Auftraggebers.

C Gestörter Bauablauf

1.10 Bauablaufstörungen

Störungen des Bauablaufs oder auch Eingriffe in den Bauablauf gehören zu den Ereignissen am Bau, die für den Auftragnehmer gravierend sind, da sie zu erheblichen Verlusten führen können. Das Verlustrisiko für den Auftragnehmer ist deshalb groß, da die Durchsetzung von bauablaufstörungenbedingten Mehrkosten als Nachtrag oder Schadensersatz in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht schwierig ist. Die Durchsetzung solcher Ansprüche verspricht nur dann Erfolg, wenn aufgrund einer sorgfältigen Sachverhaltsermittlung/Sachverhaltsdokumentation dem „Störfall“ die richtige Anspruchsgrundlage zugeordnet wird.

Von maßgeblicher Bedeutung sind solche Eingriffe in den Bauablauf, die aus der Sphäre des Auftraggebers herrühren. Vom Auftragnehmer verursachte Bauablaufstörungen sind die Ausnahme und führen auf Seiten des Auftraggebers in der Regel zu den bekannten Handlungsmechanismen einer Vertragskündigung aus wichtigem Grund bzw. der Geltendmachung von Vertragsstrafe oder anderer Verzugsschäden.

1.10.1 Definition

Der Begriff der „Bauablaufstörung“ wird durch diejenigen Ereignisse geprägt, die den Vertragsparteien bei Vertragsschluss nicht bekannt waren und eine Abweichung des Ist- vom Sollablauf bedingen. Ursachen für eine Bauablaufstörung können die Verschiebung des Baubeginns, eine Verzögerung, Behinderung oder Unterbrechung sein. In jedem Fall führt eine Bauablaufstörung dazu, dass sich der Ablauf der Baurealisierung anders als ursprünglich geplant und vom Bauunternehmen kalkuliert darstellt.

1.10.2 Unterschiedliche Ursachen für Störungen/Verzögerungen

Bei den Ursachen, die zu Störungen und Behinderungen im Bauablauf führen, ist zwischen innerbetrieblichen und äußeren Einflüssen zu unterscheiden. Innerbetriebliche Störungen, die sich aus der unzureichenden Organisation des Baubetriebes ergeben, liegen im Bereich des Auftragnehmerisikos und können deshalb zu keinem Anspruch des Auftragnehmers wegen verzögerter Ausführung führen. Hier sind fehlendes bzw. zu spät angeliefertes oder ungeeignetes Gerät, unzureichende Arbeitsvorbereitung und Ablaufplanung oder unzureichende Personalplanung als Beispiele genannt. Auch außerbetriebliche Ursachen, die bei Vertragsschluss bekannt waren, begründen regelmäßig keine Ansprüche des Auftragnehmers. Hierzu zählen etwa normale Witterungseinflüsse oder spezielle Standortbedingungen einer Baustelle.

Anders verhält es sich bei außerbetrieblichen Einflüssen, die bei Vertragsschluss nicht bekannt waren bzw. erst im Anschluss auftraten. Es handelt sich demnach um Einflüsse von außen, die nicht in der Sphäre des Auftragnehmers begründet sind. Sie können Ansprüche wegen verzögerter Ausführung nach sich ziehen, da der Auftragnehmer die Bauverzögerungen nicht in seiner Preisermittlung berücksichtigen konnte. Ursachen für eine außerhalb der Sphäre des Auftragnehmers liegende Bauverzögerung sind etwa

- das Fehlen von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen,
- keine, unvollständige oder verspätete Übergabe von Plänen,
- Planänderungen des Auftraggebers,
- keine oder verspätete Bereitstellung eines baureifen Grundstückes,
- die mangelhafte Koordination der Baustelle,
- ein Bau- und/oder Planungsstopp,
- Zusatzaufträge,
- fehlende notwendige Anordnungen zur vertragsgemäßen Ausführung,
- eine Bauzeitverschiebung durch ein Vergabenaachprüfungsverfahren.

In der Regel werden Bauverzögerungen durch Behinderungen oder Unterbrechungen in der Bauausführungsphase verursacht, die dem Bauherrn zuzurechnen sind. Ein Unterfall der Behinderung stellt hierbei die Verletzung einer gebotenen Mitwirkungspflicht des Auftraggebers dar.

Generell gilt: Behinderungen sind Ereignisse, die auf die Ausführungen der Leistung verzögernd einwirken. Es macht keinen Unterschied, ob der Eingriff von „außen“ kommt oder der in Anspruch genommene Auftraggeber die Ursache selbst und unmittelbar hierfür gesetzt hat. Bei Verzögerungen, die der Auftraggeber zu vertreten hat, können dem Auftragnehmer folgende Ansprüche erwachsen:

- Anspruch auf Bauzeitverlängerung,
- Anspruch auf Schadensersatz,
- Anspruch auf Vergütungsanpassung,
- Anspruch auf Entschädigung,
- Recht zur Vertragskündigung.

1.11 Anspruch auf Bauzeitverlängerung

Sofern die VOB/B Vertragsbestandteil wurde, ist in § 6 Abs. 2 VOB/B normiert, in welchen Fällen die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist verlängert wird. Zu achten ist hier auf die Regelung in Absatz 2, wonach Witterungseinflüsse, mit denen während der Ausführungszeit normalerweise gerechnet werden muss, nicht als Behinderung gelten. Gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B wird die Bauzeitverlängerung nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlag für die Wiederaufnahme berechnet.

Können Vertragsfristen aufgrund eines klar abgrenzbaren Behinderungszeitraums fortgeschrieben werden, ist eine gesonderte neue Vereinbarung über die Ausführungsfrist nicht erforderlich. Etwas anderes gilt, wenn der Zeitplan völlig durcheinandergeworfen ist. In diesem Fall fällt die vereinbarte Ausführungsfrist mit der Folge weg, dass die Vertragsparteien neue vertragliche Ausführungsfristen vereinbaren müssen (Stichwort: Kooperationspflicht). Sollte zwischen den Parteien eine Vertragsstrafe bezüglich der Überschreitung der Ausführungszeit vereinbart sein, müsste diese ebenfalls neu vereinbart werden, wenn es der Erstellung eines gesonderten Bauablaufs- und Zeitplanes bedarf. Das gilt auch für die Fälle, in denen sich die Verlängerung der Bauzeit etwa durch Zusatzaufträge, Änderungsleistungen oder Mengenmehrungen nicht exakt bestimmen lässt.

1.12 Anspruch auf Schadensersatz

Die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs wegen verzögerter Bauausführung gem. § 6 Abs. 6 VOB/B gestaltet sich deshalb als schwierig, da der Auftragnehmer verschiedene Anspruchsvoraussetzungen belegen und beweisen muss. Es handelt sich dabei um die Dokumentation des Behinderungszeitraums mit der Folge einer verzögerten Bauausführung, der unverzüglichen Behinderungsanzeige, der Darstellung der vom Auftraggeber zu vertretenden hindernden Umstände sowie der Ermittlung desjenigen Schadens, den der Auftragnehmer durch die Behinderung erlitten hat.

1.12.1 Dokumentation der Bauablaufverzögerung

Die Dokumentation der hindernden Umstände und die daraus resultierenden Folgen aus dem Bauablauf können sich für den Auftragnehmer in der Praxis als Problem darstellen. Aus einer verlängerten Bauzeit kann ebenso wenig zwangsläufig auf eine Behinderung geschlossen werden wie eine tatsächliche Behinderung zwangsläufig zu einer verlängerten Bauzeit führt. In der Rechtsprechung wird deshalb immer wieder darauf hingewiesen, dass zur Darlegung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 6 Abs. 6 VOB/B die Angabe oder die Gegenüberstel-

lung des geplanten und des tatsächlichen Baubeginns nicht ausreicht.⁴³ Notwendig ist vielmehr eine Gegenüberstellung des gesamten geplanten und des tatsächlichen Zeitablaufs (z. B. mittels eines Balkendiagramms). Es muss gewährleistet sein, dass die Soll-Bauabläufe vor der Behinderung mit den Ist-Bauabläufen konkret verglichen werden können. Diese Anforderung macht wiederum eine bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung unumgänglich und indiziert ein gewisses Qualitätsmanagement bei der Behinderungsdokumentation. Die Chancen der erfolgreichen Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs gem. § 6 Abs. 6 VOB/B steigen und fallen mit der Qualität der Bauablaufdokumentation.

Eingriffe in den Bauablauf einer Großbaustelle können völlig andere Konsequenzen für den Auftragnehmer haben als solche bei einem kleineren Bauvorhaben. So ist es dem Auftragnehmer gem. § 6 Abs. 3 VOB/B zuzumuten, möglicherweise Mehrkosten auslösende Behinderungen dadurch zu vermeiden, dass er in gewissem Maße den ursprünglich geplanten Bauablauf umstellt (z. B. Betonierung der Teilfläche B vor der Betonierung der Teilfläche A auf einer Geschossebene). Ein Eingriff in den Bauablauf führt hier nicht zwangsläufig zu einer Bauablaufverzögerung und löst deshalb keine Mehrkosten aus.

Anders würde sich der Sachverhalt darstellen, wenn sich aus der Bauablaufdokumentation ergibt, dass aufgrund verspäteter Übergabe von Ausführungsplänen ein Umstellen des Auftragnehmers beim Bauablauf nicht möglich war und sich auch sonst keine anderen Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät während der Behinderung auf der Baustelle ergaben.

Es bleibt festzuhalten, dass die Chancen einer erfolgreichen Durchsetzung eines Anspruchs auf Schadensersatz abhängig sind von der Qualität der Gegenüberstellung des dokumentierten Ist- vom Sollablaufplan.

1.12.2 Anzeige der Behinderung

Fehlt es an der Offenkundigkeit der Behinderung, muss der Auftraggeber mit ausreichender Klarheit über die Gründe und die Art der Verzögerung sowie deren Auswirkungen auf die Bauzeit informiert werden. Die Rechtsprechung⁴⁴ hat mehrfach darauf hingewiesen, dass eine Behinderungsanzeige gem. § 6 Abs. 1 VOB/B zwingende Anspruchsvoraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 6 VOB/B ist. Schließlich muss dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, für Abhilfe der Behinderung zu sorgen.

Die an eine korrekte Behinderungsanzeige zu stellenden Anforderungen sind vom Auftragnehmer dann erfüllt, wenn er Angaben darüber macht, ob und wann genau bauablaufkonforme Arbeiten nicht wie vorgesehen ausgeführt oder Geräte und Arbeitskräfte in bestimmtem oder bestimmbarem Umfang wegen der Behinderung nicht oder nur mit verminderter Intensität eingesetzt werden können. Der Behinderungsanzeige kommt für den Auftraggeber mithin eine Informations-, Warn- und Schutzfunktion zu.

Fehlt es – wie in der Praxis aufgrund der Hektik des Baugeschehens nicht selten der Fall – an der Behinderungsanzeige, ist vom Auftragnehmer substantiiert vorzutragen, dass die hindernis Umstände für den Auftraggeber offenkundig waren. Hierbei reicht es aus, dass die Offenkundigkeit vom bauaufsichtführenden Architekten oder einem anderen von ihm beauftragten Dritten wahrgenommen werden konnte.

43 BGH BauR 2005, S. 861

44 BGH BauR 2000, S. 722

1.12.3 Hindernde vom Auftraggeber zu vertretende Umstände

Ein „Vertretenmüssen“ im Sinne von § 6 Abs. 6 VOB/B verlangt ein Verschulden. Es reicht für einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nicht aus, wenn die Behinderung der Risikosphäre des Auftraggebers zugerechnet werden kann.

Der Auftraggeber haftet sowohl für eigenes Verschulden (§ 276 BGB) wie für das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB). Ob ein Verschulden des Auftraggebers an der Behinderung vorliegt, muss jeweils im Einzelfall geprüft werden. Als von ihm zu vertretende Bauablaufstörungen kommen

- eine verspätete Planübergabe,
- eine Planungsänderung,
- die verspätete Freigabe der Baustelle

in Betracht. Nicht vom Auftraggeber zu vertretende Behinderungen sind hingegen Einflüsse, die auf höhere Gewalt zurückzuführen sind, wie etwa Hochwasser, eine überflutete Baugrube aufgrund außergewöhnlicher Regenfälle o. Ä.

Da der Auftraggeber in der Regel selten persönlich vor Ort auf der Baustelle anwesend sein wird, ist es für den Auftragnehmer von Interesse, wer im Verhältnis zu ihm Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist. Erfüllungsgehilfe ist sicher der Architekt, Statiker oder Fachplaner, weshalb es der Auftraggeber im Sinne von § 6 Abs. 6 VOB/B zu vertreten hat, wenn Planunterlagen zu spät übergeben werden oder wenn die übergebenden Pläne mangelhaft sind.

Vorunternehmer des Auftragnehmers sind nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung⁴⁵ keine Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers mit der Konsequenz, dass sich der Auftraggeber ein Verschulden des Vorunternehmers im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer nicht als eigenes Verschulden zurechnen lassen muss. Etwas anderes gilt dann, wenn die Vorunternehmerleistung aufgrund mangelhafter Bauablaufkoordination des Architekten oder des Projektsteuerers zu spät fertig gestellt wurde.

Diese (frühere) Rechtsprechung hat einige Kritik auf sich gezogen, da sie die Risikosphäre des Auftraggebers zu Lasten des Auftragnehmers reduziert. Wie soll sich ein Auftragnehmer vor Verzögerungen schützen, die darauf zurückzuführen sind, dass ein Vorunternehmer seine Leistung nicht rechtzeitig oder mangelhaft fertig gestellt hat. Die Gerichtspraxis⁴⁶ wie auch die VOB-Novelle 2006 hat dieser Kritik insofern Rechnung getragen, als dem Nachunternehmer bei Gläubigerverzug statt eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs zumindest ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB zustehen kann. Danach hat der Nachunternehmer zwar keinen Anspruch auf Schadensersatz, jedoch einen solchen auf angemessene Entschädigung, wenn der Auftraggeber durch das Unterlassen einer bei der Herstellung der Bauleistung erforderlichen Mitwirkungshandlung in Annahmeverzug gerät.

Ein Annahmeverzug liegt dann vor, wenn der Auftraggeber seine Leistungen nicht oder nicht rechtzeitig erbringt und im Gegenzug der Auftragnehmer seinerseits leisten darf, zu leisten bereit und im Stande ist und seine Leistung wie geschuldet anbietet. Mit der Novelle der VOB/B 2006 wurde insofern bei § 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B klargestellt, dass dem Auftragnehmer der Anspruch auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB verbleibt, wenn eine entsprechende Behinderungsanzeige erfolgt oder eine Offenkundigkeit der Behinderung vorliegt.

⁴⁵ BGH BauR 2000, S. 722

⁴⁶ OLG Braunschweig BauR 2004, S. 1621

1.12.4 Kausalität zwischen Behinderung und Schaden

Weitere Anspruchsvoraussetzung für § 6 Abs. 6 VOB/B ist, dass die vom Auftraggeber zu vertretende Behinderung beim Auftragnehmer zu einem Schaden geführt hat, die Behinderung für den Schadenseintritt also kausal ist. Eine solche Kausalität ist etwa dann anzunehmen, wenn aufgrund einer verspäteten Planübergabe die vertraglich vereinbarte Ausführungszeit nicht eingehalten werden konnte und deshalb die Baustelleneinrichtung oder Personal vorgehalten werden muss. Problematischer ist der Fall bei Bauzeitverlängerungen, die auf Mengenmehrungen, Zusatzaufträgen oder Änderungsleistungen zurückzuführen sind. Selbst wenn Mengenmehrungen ohne Zusatzaufträge primär Nachträge auf Seiten des Auftragnehmers auslösen, lässt sich erst am Ende der Bauzeit feststellen, inwieweit vom Auftraggeber zusätzlich geforderte Leistungen Einfluss auf den tatsächlichen Bauablauf haben bzw. wie sich zusätzliche Mengen ohne zusätzliche Aufträge konkret auf die Bauzeit auswirken.

Eine Anspruchskonkurrenz zwischen Nachtragsforderungen und Schadensersatzansprüchen wird hierbei verneint: Der Auftragnehmer hat mögliche aus der Verzögerung herrührende Mehrkosten in seine Nachtragsforderung mit einzubeziehen. Es ist ihm verwehrt, alternativ einen Schadensersatzanspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B geltend zu machen. Anders verhält es sich jedoch dann, wenn sich der Auftragnehmer in seiner Nachtragsforderung etwaige Ansprüche auf Schadensersatz wegen verzögerter Bauausführung ausdrücklich vorbehalten hat.

1.13 Anspruch auf Vergütungsanpassung

1.13.1 Anspruchsvoraussetzungen gem. § 2 Abs. 5 VOB/B

Behinderungen bei der Ausführung oder Eingriffe in den Bauablauf durch den Auftraggeber können alternativ zu einem Anspruch auf Schadensersatz eine Anpassung der Vergütung bewirken. Ein zeitlicher Mehraufwand ist für den Auftragnehmer dann gegeben, wenn der Auftraggeber sein ihm vertraglich eingeräumtes Leistungsbestimmungsrecht gem. § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 VOB/B ausübt und der Auftragnehmer verpflichtet wird, die geänderte oder bisher nicht vorgesehene Leistung auszuführen. Verursacht die Realisierung der geänderten oder zusätzlichen Leistung weitere Kosten, weil die Ausführung mit der geänderten oder zusätzlichen Leistung einen höheren Zeitaufwand erfordert als die ursprünglich geschuldete Leistung, wird die Frage relevant, ob der dem Auftragnehmer zustehende vertragliche Vergütungsanspruch gem. § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B die Kosten des erhöhten Zeitaufwandes erfasst oder ob diese Kosten neben der zusätzlichen Vergütung gem. § 6 Abs. 6 VOB/B als Behinderungsschaden geltend gemacht werden können.

Bereits an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, dass ein Anspruch auf Vergütungsanpassung neben (kumulativ) einem Anspruch auf Schadensersatz generell ausscheidet. Gleichwohl kann es für den Auftragnehmer günstiger sein, seinen Anspruch auf Schadensersatz zu verfolgen als die zeitbedingten Mehrkosten über eine Vergütungsanpassung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B geltend zu machen. Der Auftragnehmer muss deshalb zu einem frühen Zeitpunkt entscheiden, welche Ziele mit den alternativen Ansprüchen verfolgt werden bzw. ob der Sachverhalt überhaupt die Grundlage dafür hergibt, alternative Ansprüche zu eröffnen.

Die Abgrenzung zwischen § 2 Abs. 5 VOB/B und § 6 Abs. 6 VOB/B ist auch deshalb von maßgeblicher Bedeutung, weil die Vergütungsanpassung (im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch) kein Verschulden des Auftraggebers voraussetzt. Zwingende Tatbestandsvoraussetzung ist jedoch, dass der Auftraggeber von seinem Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch gemacht hat und somit eine Anordnung im Sinne von § 1 Abs. 3 VOB/B bzw. § 2 Abs. 5 VOB/B vorliegt.

Klassische Anordnungen im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B sind etwa

- sämtliche Anordnungen hinsichtlich der Art und Weise der Bauausführung, die das Bau-Soll verändern,
- Änderung der räumlichen Bedingungen und der Reihenfolge der auszuführenden Arbeiten,
- verzögerte Vorarbeiten durch mangelhafte Koordination des Auftraggebers,
- Planungsänderungen (etwa durch geänderte Detail- oder Werkstattpläne),
- Änderungen aufgrund behördlicher Auflagen,
- Baugrundrisiko des Auftraggebers (aufgrund vorgefundener Bodenklasse müssen die Aus-hubarbeiten geändert werden).

Sofern diese aufgrund des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers ergan-genen Anordnungen auch Einfluss auf die Bauzeit nehmen bzw. die Bauausführung verzö-gern, sind sie als zeitbedingte Mehrkosten in den Nachtrag gem. § 2 Abs. 5 VOB/B mit einzu-rechnen.

1.13.2 Exkurs: Vergütung von Beschleunigungsmaßnahmen

Die praktische Relevanz in der Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen für den Auftragnehmer zeigt sich bei der Vergütung von Beschleunigungsmaßnahmen.

Wenn es grundsätzlich um Beschleunigung geht, verlangt der Auftraggeber unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 VOB/B zusätzliche Maßnahmen vom Auftragnehmer, die dieser jedoch nur dann zu erbringen bereit ist, wenn er hierfür eine gesonderte Vergütung erhält. Denn der Auftragnehmer wird argumentieren, dass Beschleunigungsmaßnahmen nur deshalb erforderlich sind, da von außen in den ursprünglichen Bauablauf eingegriffen wurde und deshalb die Einhaltung der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit gefährdet ist.

In einem solchen Konflikt ist es das Sinnvollste, eine Beschleunigungsvereinbarung zu tref-fen, die den Auftragnehmer verpflichtet, mit einer zu definierenden Mannstärke das Bau-Soll gegen gesonderte Vergütung in einer definierten Zeit fertigzustellen.

Tatsächlich wird es selten zu einer übereinstimmenden Willenserklärung kommen, die ihrer-seits rechtliche Voraussetzung für jede Art einer Beschleunigungsvereinbarung wäre. Ordnet der Auftraggeber Beschleunigungsmaßnahmen an oder verändert er die Bauzeit, ist es für den Auftragnehmer aufgrund der unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen von Bedeutung, ob sein Ziel der Anspruch auf Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B oder auf Anpassung der Vergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B sein soll. Für den Auftragnehmer wäre ein Anspruch auf Vergütungsanpassung praktikabler, da er im Streitfall kein Verschulden des Auftraggebers nachweisen muss. Zudem würde eine Dokumentation der Gegenüberstellung von Soll- und Ist-Bauablauf entfallen und auch eine konkrete Schadensberechnung wäre nicht erforderlich.

Fraglich ist alleine, ob § 2 Abs. 5 VOB/B überhaupt als zusätzlicher Vergütungsanspruch in-frage kommt. Das wäre dann der Fall, wenn die vom Auftraggeber bestimmte Bauzeitverän-derung eine „andere Anordnung“ im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B darstellt. Dieser Punkt wurde in der Vergangenheit ebenso lebhaft wie kontrovers diskutiert. So wurde die Meinung vertreten, dass es sich bei einer Beschleunigungsanordnung oder einer einseitig veränderten Bauzeit nicht um eine „andere Anordnung“ im Sinne von § 2 Abs. 5 VOB/B handelt, da der Auftraggeber rechtswidrig in den Leistungsbereich des Auftragnehmers eingreift. Die Folge eines solchen rechtswidrigen, vertraglich nicht vorgesehenen Eingriffs wäre, dass der Auf-tragnehmer keinen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B, sondern einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 6 Abs. 6 VOB/B verfolgen müsste, somit die komplizierteren Tatbe-standsvoraussetzungen nachzuweisen hätte.

Offensichtlich von dem Gedanken eines interessengerechten Ergebnisses geleitet bejaht die Rechtsprechung⁴⁷ unter Hintanstellung rechtsdogmatischer wie kasuistischer Bedenken gleichwohl einen Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B. Dieses Ergebnis wird damit begründet, dass ein Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 VOB/B erst recht für eine vertragswidrige Anordnung gelten muss, wenn bereits eine vertragsgemäße Anordnung einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung gewährt. Mithin bleibt die Frage offen, ob das dem Auftraggeber zustehende Leistungsbestimmungsrecht generell die Möglichkeit einräumt, rechtmäßige Anordnungen zur Bauzeit zu erteilen. Festzuhalten bleibt, dass eine spätere Veränderung der Bauzeit oder das Verlangen von Beschleunigungsmaßnahmen durch den Auftraggeber Ansprüche des Auftragnehmers auf zusätzliche Vergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B ermöglicht.

Im Zweifel muss und wird der Auftragnehmer individuell entscheiden, welcher Anspruch für ihn der bessere ist und welche Anspruchsverfolgung den größeren Erfolg verspricht.

1.14 Anspruch auf Entschädigung

1.14.1 Allgemeine Ausführungen

§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch bei Gläubigerverzug. Dem Bauvertrag wohnt der Charakter eines Langzeitvertrages inne, der Pflichten und Rechte auf beiden Seiten auslöst. Die Mitwirkungspflicht des Auftraggebers oder Auftragnehmer ist als Gläubigerobliegenheit ausgestaltet. Es geht hierbei um solche Mitwirkungshandlungen, die für die Herstellung des Werkes erforderlich sind. Unterlässt der Hersteller diese Mitwirkung, so kann dem Auftragnehmer über den Anspruch auf Ersatz für Mehraufwendungen gem. § 304 BGB hinaus ein Anspruch auf angemessene Entschädigung zustehen. Die Anknüpfung an die Verletzung von Gläubigerobliegenheiten kann keinen vollständigen Ausgleich für die Nachteile des Auftragnehmers verschaffen, die durch die fehlende Mitwirkung des Auftraggebers entstanden sind. Es handelt sich bei § 642 BGB vielmehr um eine Risikoordnung nach Art einer Gefährdungshaftung, die dem Auftragnehmer nicht den vollen Ausgleich für alle Schäden und auch nicht das Erfüllungsinteresse gewähren soll.

1.14.2 Erforderliche Handlungen für die Werkherstellung

Tatbestandsvoraussetzung bei § 642 BGB ist, dass der Auftraggeber bzw. Besteller eine Handlung unterlässt, die für die Herstellung des Werkes erforderlich ist. Für eine Herstellung des Werkes nicht erforderlich ist die Abnahme oder die Rechnungsprüfung. Auch die Zahlung fälliger Forderungen gehören nicht zu solchen Handlungen, weil der Auftragnehmer das Werk auch ohne Bezahlung herstellen kann (Ausnahme: Zahlungsgeingang aus Abschlussrechnung ist erforderlich, um weiteres Baumaterial kaufen zu können).

Unter erforderlicher Mitwirkungshandlung gehört grundsätzlich das Bereitstellen solcher Unterlagen, die den Auftragnehmer erst in die Lage versetzen zu bauen. Das können die Baugenehmigung, andere öffentlich rechtliche Bauvoraussetzungen, das Bereitstellen des Grundstücks, das Bereitstellen von Arbeitsplatz- oder Lagerflächen und selbstverständlich das Bereitstellen von Ausführungsplänen sein. Grundsätzlich kommt es darauf an, wie die diesbezüglichen Pflichten zwischen den Vertragsparteien verteilt sind.

47 OLG Jena NZBau 2006, S. 510.

1.14.3 Annahmeverzug

Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB setzt zwangsläufig voraus, dass der Auftraggeber durch das Unterlassen der erforderlichen Handlung in Verzug mit der Leistungsannahme gerät. Die Voraussetzungen für einen Annahmeverzug sind grundsätzlich in §§ 293 ff. BGB geregelt. Danach muss der Auftragnehmer die Leistung dem Auftraggeber tatsächlich so anbieten, wie sie zu bewirken ist. Für Bauleistungen bedeutet dies, dass der Bauunternehmer versuchen muss, die jeweilige Bauleistung tatsächlich zu erbringen. Auch hat das Angebot der Leistungserbringung zur rechten Zeit zu erfolgen. Sind im Vertrag Bauzeiten enthalten, so sind diese maßgeblich. Grundsätzlich ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Leistung vertragsgerecht angeboten wird, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu beurteilen.

Wurde zwischen den Parteien die Geltung der VOB/B als Vertragsbestandteil vereinbart, ist weitere Voraussetzung für den Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Behinderung seiner Leistung gem. § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat.

1.14.4 Bedeutung des Entschädigungsanspruchs

Bereits an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, dass der Anspruch auf Entschädigung nach § 642 BGB von einem Schadensersatzanspruch nach § 6 Abs. 6 VOB/B unberührt bleibt. Der Auftragnehmer soll so vor Unbilligkeiten geschützt werden, die ihn beispielsweise dadurch widerfahren, wenn die Durchführung eines Schadensersatzanspruchs deshalb scheitert, da die Behinderung von einem Vorunternehmer veranlasst wurde, der im Sinne von § 278 BGB kein Verrichtungsgehilfe im Verhältnis des Auftraggebers zum Auftragnehmer ist. Wie ausgeführt, muss sich der Auftraggeber ein Verschulden des Vorunternehmers nicht im Verhältnis zum Auftragnehmer zurechnen lassen.

Zusätzlich machen die hohen Anforderungen der Rechtsprechung an einen substantiierten Vortrag zu Grund und Höhe des Schadensersatzanspruchs nach § 6 Abs. 6 VOB/B den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB als Alternative attraktiv, wenn der Auftragnehmer bereit ist, bezüglich der Höhe der Entschädigung im Verhältnis zur Höhe des Schadensersatzanspruchs (zumeist geringfügige) Abstriche zu akzeptieren.

1.15 Verhältnis der Ansprüche untereinander – Übersicht und Bewertung

	VOB § 6 Abs. 6	VOB § 2 Abs. 5	BGB § 642
1. Wesen	Schadensersatzanspruch	Vergütungsanspruch	Entschädigungsanspruch
2. Verschulden	Ja	Nein	Nein
3. Behinderungsanzeige	Ja	Nein	Ja
4. Anordnung des AG	Nein	Ja	Nein
5. Vorherige Anmeldung	Nein	Nein (nicht zwingend)	Nein
6. Berechnung	Differenzberechnung	Kalkulatorisch voraus	Beides
7. Gewinn	Nein (Ausnahme: Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit)	Ja	Nein

Bei der Suche des Auftragnehmers nach der „optimalen Anspruchsgrundlage“ im Falle eines gestörten Bauablaufs spielt § 642 BGB in der Praxis – zu Unrecht – eine noch nachrangige Rolle, da wenig bekannt. Auch der Anspruch auf Bauzeitverlängerung gem. § 6 Abs. 2 VOB/B wird vom Auftraggeber allenfalls ergänzend erhoben, da eine Verlängerung der Bauzeit für sich dem Auftragnehmer noch keinen Schaden ersetzt, den er durch die verzögerte Bauausführung erlitten hat bzw. ihm einen Anspruch auf Vergütungsanpassung ermöglicht.

Es bleibt bei den § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 6 Abs. 6 VOB/B als häufigste Anspruchsgrundlagen des Auftragnehmers im Falle des gestörten Bauablaufs.

Im direkten Verhältnis zueinander stellt § 2 Abs. 5 VOB/B aus nachfolgenden Gründen die wirkungsvollere – da in der Durchsetzung einfachere – Anspruchsgrundlage dar:

- § 2 Abs. 5 VOB/B setzt kein Verschulden des Auftraggebers voraus. Ein Anspruch aus § 6 Abs. 6 VOB/B ist ohne Verschulden des Auftraggebers ausgeschlossen.
- § 2 Abs. 5 VOB/B erfordert keine Behinderungsanzeige gem. § 6 Abs. 1 VOB/B. Auch stellt es keine zwingende Anspruchsvoraussetzung dar, vor der Ausführung einen Mehrkostenanspruch anzumelden. Vielmehr „soll“ die Vereinbarung in zeitlicher Nähe zur Ausführung getroffen werden.
- Bei § 2 Abs. 5 VOB/B sind die entstandenen Mehrkosten aufgrund der eingetretenen Verzögerungen kalkulatorisch zu ermitteln; bei § 6 Abs. 6 VOB/B muss der eingetretene Schaden konkret nachgewiesen werden (Problem: exakte Dokumentation des Bauablaufs).
- Bei § 2 Abs. 5 VOB/B ist der im Preis einkalkulierte Gewinn nicht zu schmälern; ein entgangener Gewinn ist nach § 6 Abs. 6 VOB/B zumindest für den Fall ausgeschlossen, in dem die Behinderung oder Unterbrechung nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig durch den Auftraggeber verursacht wurde, was tatsächlich immer der Fall sein dürfte.

1.16 Berechnung der unterschiedlichen Ansprüche

1.16.1 Berechnung des Verzögerungsschadens gem. § 6 Abs. 6 VOB/B

1.16.1.1 Formen der Schadensberechnung (abstrakt/konkret)

Oftmals erweist es sich als schwierig, den Ansprüchen an den Schadensnachweis bei § 6 Abs. 6 VOB/B genüge zu tun. Ein Problem, welches insbesondere bei Großbauvorhaben auftritt, wenn unstreitig vorliegende Behinderungen des Auftragnehmers durch verstärkten Personal- und Materialeinsatz kompensiert werden, so dass trotz der Behinderung und der daraus resultierenden Bauzeitverschiebung der ursprünglich vereinbarte Fertigstellungstermin eingehalten werden kann.

Zur Schadensnachweisführung wurde ehemals das Äquivalenzkostenverfahren entwickelt, worunter man die Gegenüberstellung des vom Auftragnehmer bei der Kalkulation zugrunde gelegten ungestörten Bauablaufs (Soll 1) mit dem störungsmodifizierten Bauablauf (Soll 2) versteht.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung⁴⁸ ist dieses (abstrakte) Verfahren jedoch unzureichend, da selbst spezielle Verhältnisse auf Großbaustellen es nicht von vornherein unmöglich machen, einen Behinderungsschaden konkret darzulegen. Entscheidend sei, dass im Rahmen der dort üblichen Dokumentation des Bauablaufs in Form von Tagesberichten die Behinderungen und die sich daraus ergebenden Folgen (wie etwa Leerarbeit und Leerkosten) festgehalten werden können. Bei der Äquivalenztheorie handele es sich hingegen um eine verallgemeinernde, vom Einzelfall losgelöste, weitgehend auf fiktiven Elementen beruhende

48 BGH NJW 1986, S. 1684

Berechnungsmethode, die nur bedingt geeignet sei, dem Tatrichter die notwendige Überzeugung von der Existenz eines Schadens zu vermitteln.

Vor dem Erfordernis einer konkreten Schadensnachweisführung lehnt es die Rechtsprechung auch ab, baubetriebliche Gutachten zur Schadensermittlung zu akzeptieren, die Mehrkosten losgelöst vom tatsächlichen Einzelfall fiktiv errechnen. Nur der dem Geschädigten tatsächlich entstandene Schaden ist gem. § 6 Abs. 6 VOB/B zu ersetzen, weshalb der Schaden im Einzelnen dargelegt und unter Beweis gestellt werden muss.⁴⁹

Um die vom BGH entschiedenen Vorgaben der Schadensberechnung tatsächlich umsetzen zu können, ist es dem erkennenden Gericht bei Vorlage entsprechender Anknüpfungstatsachen erlaubt, gem. § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden zu können. Der Auftragnehmer ist durch die Verweisung auf § 287 ZPO davor bewahrt, dass sein etwaig lückenhafter Vortrag zur Schadensberechnung als unschlüssig abgewiesen wird, wenn der Haftungsgrund unstreitig oder bewiesen, ein Schadenseintritt zumindest wahrscheinlich ist und greifbare Anhaltspunkte für eine richterliche Schadensschätzung vorhanden sind. Freilich entbindet die Darlegungserleichterung aus § 287 ZPO den Auftragnehmer nicht von einer baustellenbezogenen Darstellung der Ist- und Sollabläufe, aus der sich die Bauzeitverlängerung ergibt. Zu diesem Zweck kann sich der Auftragnehmer der Hilfe grafischer Darstellungen durch Balken- oder Netzpläne bedienen, die bezüglich ihrer Aussagekraft zu erläutern sind. Sollte diese Form der Dokumentation lückenhaft sein, ist es dem Gericht erlaubt, auf Grundlage der vorgelegten Dokumentation und gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen die Folgen der Bauzeitverlängerung zu schätzen. Gelingt es dem Auftragnehmer im Falle eines gestörten Bauablaufs, durch interne Maßnahmen die verlorene Bauzeit einzuholen und den Terminplan einzuhalten, dann reicht es für den Schadensgrund aus, wenn der Einsatz zusätzlicher Arbeitskräfte, Maschinen und Geräte unter Bezugnahme auf den Baustellenablauf konkret dargelegt wird.

1.16.1.2 Erstattungsfähige Schäden/notwendige Angaben zur Schadenshöhe

Erstattungsfähige Schäden des Auftragnehmers sind hauptsächlich alle Arten von

- Stillstandskosten
- Kosten für Baustellensicherung
- Instandhaltung
- Vorhaltung und Wartung
- nicht abziehbare Geräte
- Wiederanlaufen der Baustelle (Effektivitätsverluste)
- nicht anderweitig einsetzbares Personal
- Schutz der Baustelle
- Mehrkosten wegen verlängerter Bauzeit wie zeitabhängige Gemeinkosten der Baustelle, Vorhaltekosten oder Preiserhöhung bei Subunternehmerleistungen
- zusätzliche allgemeine Geschäftskosten wie Löhne und Gehälter, Lohn- und Materialpreiserhöhungen
- sonstige Nebenkosten wie Sachverständigenkosten oder durch Verzug angefallene Finanzierungskosten.

Der entgangene Gewinn zählt ausdrücklich nicht zu dem ersetzbaren Schaden, es sei denn, der Auftraggeber hat die Baubehinderung vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt.

Unter Beachtung der vom BGH bestätigten Differenztheorie⁵⁰ hat der Auftragnehmer bei der Berechnung des ihm konkret entstandenen Schadens folgende notwendige Angaben zu machen:

– Angaben für Personalkosten

Hat der Auftragnehmer aufgrund der eingetretenen Behinderungen mehr Arbeitsstunden aufwenden müssen als ursprünglich kalkuliert, sind im Hinblick auf die Kosten für diese zusätzlichen Arbeitsstunden die nach seiner Kalkulation für die Durchführung des Bauvorhabens erforderlichen Stundenzahlen zu ermitteln und den tatsächlich angefallenen Stunden gegenüberzustellen. Eine zusätzliche und detaillierte Aufgliederung etwa in einzelne Tage, an denen genau bezeichnete Arbeitskräfte nicht voll beschäftigt waren, soll unter Hinweis auf die Beweiserleichterung gem. § 287 ZPO nicht erforderlich sein.

– Angaben zu Materialkosten

Der Auftragnehmer hat die betreffenden Rechnungen der Baustofflieferanten mit dem betreffenden Lieferdatum zum einen und seine Kalkulationsunterlagen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zum anderen vorzulegen. Die sich hieraus ergebende Differenz ist der Schaden.

– Angaben zu Gerätevorhaltungskosten

Bei der längeren Gerätevorhaltung aufgrund einer eingetretenen Bauzeitverzögerung ist zu ermitteln, ob der Aufwand abstrakt unter Bezugnahme auf die Baugeräteliste (BGL) berechnet werden darf oder ob im Einzelnen darzulegen ist, bis zu welchem Zeitpunkt bei störungsfreiem Ablauf jedes Gerät gebraucht worden wäre, ob und wo es anschließend eingesetzt worden wäre und wie lange es infolge des Stillstandes auf der Baustelle tatsächlich eingesetzt wurde und eingesetzt werden musste und welche Folgen dies für den nachfolgend geplanten Geräteeinsatz hatte.

Hierzu ist festzuhalten, dass ein einfacher Verweis auf die BGL unzureichend ist, die BGL im Rahmen einer Schadensschätzung gem. § 287 ZPO aber als Grundlage herangezogen werden kann, wenn der Auftragnehmer im Übrigen vorträgt, welche Einwirkungen der gestörte Bauablauf auf jedes Gerät hatte. Nicht als Kostenbestandteil aus der BGL können herangezogen werden Kosten für Betriebs- und Schmierstoffe, Reparaturkosten sowie die Sätze für Abschreibung und Verzinsung.

– Angaben zu Allgemeinen Geschäftskosten

Der Auftragnehmer hat einen Anspruch auf Erstattung derjenigen Mehrkosten, die ihm aufgrund einer Behinderung wegen der Erhöhung der Allgemeinen Geschäftskosten (AGK) entstanden sind. Diese hat er im Einzelnen darzulegen und unter Beweis zu stellen. Es ist dem Auftragnehmer verwehrt, ohne derartigen konkreten Schadensnachweis aufgrund verlängerter Bauzeit automatisch auf erhöhte Allgemeine Geschäftskosten zu schließen. Bezogen auf die Steigerung bei Löhnen und Gehältern wie bei Materialpreisen wird sich der Nachweis in der Praxis relativ problemlos führen lassen.

– Gewinn/Ertrag

Aus § 6 Abs. 6 VOB/B ergibt sich, dass entgangener Gewinn bei leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich nicht zu berücksichtigen ist. Zum entgangenen Gewinn gehört beispielsweise der Mietausfall, allerdings nur in Höhe des Rohmietertrages nach Abzug der Kosten für die Finanzierung und weiterer Kosten. Die während des Verzugs anfallenden Finanzierungskosten stellen demnach keinen entgangenen Gewinn dar, sondern sind als – erstattungsfähiger – Verzögerungsschaden zu qualifizieren.

50 BGH BauR 2002, S. 1249; BGH BauR 2005, S. 861

1.16.2 Berechnung des Vergütungsanspruchs gem. § 2 Abs. 5 VOB/B

Im Verhältnis zur Schadensberechnung gem. § 6 Abs. 6 VOB/B ist die Ermittlung des Vergütungsanspruchs gem. § 2 Abs. 5 VOB/B weniger aufwendig, denn bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen ist (lediglich) ein neuer Preis für die in zeitlicher Hinsicht geänderte Leistung unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren. Hierbei ist von Bedeutung, dass bei einer Anpassung der Preis auf Grundlage der ursprünglichen Kalkulation unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu ermitteln ist. Hieraus folgt, dass sich der Auftragnehmer bei der Neuberechnung des Preises an etwaige Vorteile aus seiner ursprünglichen Kalkulation ebenso festhalten lassen muss, wie an Kalkulationsfehlern. Es gilt die Binsenweisheit: Guter Preis bleibt guter Preis; schlechter Preis bleibt schlechter Preis.

Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 5 VOB/B soll die Preisvereinbarung vor der Leistungsausführung getroffen werden. Aufgrund dieser Soll-Vorschrift steht dem Auftragnehmer kein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall zu, falls der Auftraggeber die Leistungsänderung zwar dem Grunde nach akzeptiert, es aber vor der Leistungsausführung zu keiner gemeinsamen Preisvereinbarung der Parteien kommt. In diesem Fall hat der Auftragnehmer nicht das Recht, die Arbeiten hinsichtlich der geänderten oder zusätzlichen Leistungen einzustellen, will er nicht die Vertragskündigung durch den Auftraggeber riskieren. Können sich die Vertragsparteien auch später nicht auf einen neuen Preis einigen, so ist gegebenenfalls eine gerichtliche Preisfestlegung erforderlich.

1.16.3 Berechnung des Entschädigungsanspruchs gem. § 642 BGB

Es wurde ausgeführt, dass § 642 BGB bei Vorlage des Gläubigerverzugs einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch regelt. Unterlässt der Auftraggeber (Besteller) eine Mitwirkungshandlung, so kann dem Auftragnehmer über den Ersatz der Mehraufwendungen gem. § 304 BGB hinaus ein Anspruch auf angemessene Entschädigung gem. § 642 BGB zustehen. Vom Entschädigungsumfang nicht umfasst ist der entgangene Gewinn.

1.16.3.1 Aufwendersatz nach § 304 BGB

Der Anspruch auf Aufwendersatz erfasst die Mehraufwendungen, die für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes angefallen sind. Hat der Auftragnehmer z. B. Personal, Geräte und Materialien zur Baustelle gebracht und muss er verzugsbedingt von der Baustelle abrücken, weil der Auftraggeber die erforderliche Mitwirkung (etwa Bereitstellung des Baufelds) nicht vornimmt, so sind z. B. die Kosten einer erneuten Anfahrt ersatzfähig, da es sich insoweit um Mehrkosten handelt. Ersatzfähig sind die tatsächlichen, nicht kalkulatorisch abgeleiteten Kosten.

1.16.3.2 Entschädigung nach § 642 BGB

Hiernach werden dem Auftragnehmer nicht diejenigen Kosten ersetzt, die deshalb angefallen sind, weil er Leistungen während des Annahmeverzugs des Auftraggebers bereitgehalten hat. Es sind diejenigen Kosten gemeint, die ihm nach Beendigung des Annahmeverzugs anfallen. Dazu zählen z. B. erhöhte Aufwendungen für Stoffe und Personal infolge von Material- und Lohnerhöhungen oder erhöhter Aufwand wegen Verschiebung des Bauvorhabens in eine ungünstigere Jahreszeit (etwa Winterbaumaßnahmen). Verlängern sich die Bauausführungsfristen, sind die dadurch entstandenen Kosten zu erstatten. Hier kommen Mehraufwendungen für Nachunternehmer, erhöhte Gemeinkosten, Vorhaltekosten für Geräte und Stoffe sowie zeitabhängige allgemeine Geschäftskosten in Betracht. Die Mehrkosten werden auf Grundlage der vereinbarten Vergütung, ersatzweise nach der üblichen Vergütung gem. § 632 BGB berechnet. Ist die VOB/B Vertragsgrundlage, sind die zu § 2 Abs. 5 VOB/B entwickelten Grundsätze heranzuziehen.

Die Unterschiede zwischen Entschädigung und Schadensermittlung nach § 6 Abs. 6 VOB/B sind offensichtlich: Über die Grundsätze der Schadensermittlung ist es dem Auftragnehmer möglich, den konkret eingetretenen Schaden in voller Höhe ersetzt zu verlangen. Dieser Schaden ist nicht unbedingt identisch mit der Höhe der Entschädigung auf Grundlage einer Preisermittlung. Das gilt insbesondere dann, wenn es um Vorhaltekosten von Material oder Geräten geht, da der Auftragnehmer hier an seine ursprüngliche Kalkulation gebunden ist. Für § 642 BGB spricht, dass die Entschädigung beinahe sämtliche Mehrkosten umfasst, die auch über § 6 Abs. 6 VOB/B verlangt werden können, ohne dass es jedoch des Verschuldensnachweises bzw. des substantiierten Vortrags zu Grund und Höhe des Schadensersatzanspruches bedarf.

1.17 Ansprüche bei verzögertem Vergabeverfahren und überholten Ausführungsfristen

Bei Vergabe von Bauleistungen ist es keine Seltenheit, dass eine in Vergabeunterlagen festgelegte Bindefrist (§ 10 VOB/A) verlängert werden muss und sich deshalb die Auftragserteilung bzw. der Vertragsschluss verzögert. Ursache der Verzögerung kann beispielsweise eine vorzeitige Ausschreibung oder eine Nichtbeachtung der Ausschreibungsgrundsätze sein. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gibt zusätzlich dem im Ausschreibungsverfahren unterliegenden Bieter die Möglichkeit, den beabsichtigten Zuschlag durch eine Vergabekammer überprüfen zu lassen. Ein solches Nachprüfungsverfahren nimmt (unabhängig vom Erfolg) erhebliche Zeit in Anspruch. Währenddessen darf der Zuschlag nicht erteilt werden mit der Konsequenz, dass die in der öffentlichen Ausschreibung vorgesehenen Ausführungsstermine nicht eingehalten werden können. In der Regel werden die Bieter in diesem Fall zu einer Verlängerung der Bindefrist für ihr Angebot aufgefordert, wobei die Bieter dieser Aufforderung schon deshalb nachkommen, da sie andernfalls aus dem Wettbewerb ausgeschlossen werden, da ihr Angebot erlischt.

Haben die Bieter die Bindefrist verlängert, kann der Zuschlag zu einem Zeitpunkt erteilt werden, an dem die Bautermine nicht mehr eingehalten werden können. Entstehen durch die Verschiebung Mehrkosten, etwa weil sich für den Auftragnehmer infolge der Bauzeitverschiebung die Einkaufspreise für Material (z. B. Stahl, Zement etc.) erhöhen, kann es strittig sein, ob die Mehrkosten vom Auftraggeber zu erstatten sind bzw. ob dem Auftragnehmer ein Vergütungsanpassungsanspruch oder ein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen zusteht.

Weder im BGB noch in der VOB/B finden sich Regelungen über Fristen- und Vergütungsanpassungen für den Fall verzögerter Auftragserteilung. Ein unmittelbarer Anspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B bzw. § 6 Abs. 6 VOB/B scheidet bereits deshalb aus, da in beiden Fällen ein Vertragsschluss vorausgesetzt ist. Ein Rückgriff auf die Regelungen der VOB/B im Wege der Rechtsanalogie ist problematisch, da es sich bei der VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen und nicht um eine gesetzliche Normierung handelt, Rechtsanalogien aber nur bei gesetzlichen Bestimmungen zulässig sind.

Letztlich sind unterschiedlichste Fallgestaltungen denkbar, die jeweils gesondert zu bewerten sind, weshalb sich die Frage nach einer Vergütungs- und/oder Ausführungsfristanpassung nicht generell beantworten lässt. Im Zeitraum 2009/2013 hatte der BGH diverse Male Gelegenheit, zu Ansprüchen von Auftragnehmern wegen verzögerter Vergabe Stellung zu nehmen.⁵¹

51 BGH, Urteil vom 11.05.2009 (Az.: VII ZR 11/08), BauR 2009, S. 1131; Urteil vom 10.09.2009 (Az.: VII ZR 152/08), BauR 2009, S. 1901; Urteil vom 10.09.2009 (Az.: VII ZR 255/08), BauR 2009, S. 1908; Urteil vom 26.11.2009 (Az.: VII ZR 131/08), BauR 2010, S. 455; Urteil vom 22.07.2010 (Az.: VII ZR 129/09), BauR 2010, S. 1929; Urteil vom 22.07.2010 (Az.: VII ZR 213/08), BauR 2010, S. 1921; Urteil vom 08.03.2012 (Az.: VII ZR 202/09), BauR 2012, S. 939; Beschluss vom 10.01.2013 (Az.: VII ZR 37/11), NZBau 2013, S. 190

In der Grundsatzentscheidung des BGH aus Mai 2009 hatte sich das Gericht mit dem Sachverhalt zu beschäftigen, dass die vom Auftraggeber ursprünglich ausgeschriebene Bindefrist wegen eines Vergabenachprüfungsverfahrens mehrfach verlängert werden musste. Letztlich erfolgte der Zuschlag unverändert auf das ursprüngliche Angebot. Der Auftragnehmer bestätigte den Zuschlag bei gleichzeitiger Anfrage nach neuen Ausführungsfristen. Eine Einigung hinsichtlich neuer Fristen erfolgte nicht; wegen zwischenzeitlicher Erhöhung der Stahl- und Zementpreise forderte der Auftragnehmer eine Mehrvergütung, die der Auftraggeber unter Hinweis auf den zustande gekommenen Vertrag ablehnte. Das Bauvorhaben wurde sodann realisiert. Der BGH hatte sich demnach mit der Konstellation zu beschäftigen, dass die Auftragserteilung innerhalb der verlängerten Bindefrist rechtzeitig erfolgte, die ursprünglich im Bauvertrag festgeschriebenen Ausführungsfristen jedoch überholt waren.

In seiner Entscheidung hat das Gericht ausgeführt, dass eine mehrfache Bindefristverlängerung das ursprüngliche Angebot nicht ändert, da Bindefristverlängerungen im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehen müssen. Vertragliche Hauptleistungspflichten sind unabhängig davon wirksam, inwieweit zeitliche Leistungsstörungen eintreten. Allerdings ist das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss auszulegen, da es aufgrund der veränderten Umstände bei den vereinbarten Ausführungsfristen faktisch nicht verbleiben kann. Vielmehr muss die entstandene Vertragslücke bei einer angemessenen Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen nach Treu und Glauben durch eine ergänzende Vertragsauslegung ausgefüllt werden. Das bedeutet für die Bauzeit, dass diese unter sinngemäßer Berücksichtigung der Grundsätze des § 6 Abs. 3 und 4 VOB/B den Umständen des Einzelfalls entsprechend anzupassen ist. Auch die vertragliche Vergütung bedarf in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B einer Anpassung, da keine Veranlassung besteht, das Risiko von Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen während eines Vergabeverfahrens ausschließlich dem Auftragnehmer aufzuerlegen. Die Verzögerung eines Vergabeverfahrens darf nicht zu Lasten des Bieters gehen, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat. Letztlich obliegt es der Kooperationspflicht beider Vertragsparteien, sich auf eine Anpassung der Ausführungszeit wie der Vergütung zu verständigen.

Den anderen vom BGH entschiedenen Fällen lagen folgende Konstellationen zugrunde:

- Zuschlagserteilung innerhalb verlängerter Bindefrist bei unveränderter Ausführungsfrist,
- Zuschlagserteilung innerhalb verlängerter Bindefrist bei Verschiebung der Ausführungsfristen,
- Vereinbarung neuer Ausführungsfristen im Verhandlungsverfahren ohne Einigung auf Festlegung einer Preiserhöhung für Baustahl,
- Zuschlagserteilung innerhalb verlängerter Bindefrist mit nachfolgend neu festgelegten Ausführungsfristen „im technischen Gespräch“,
- Zuschlagserteilung innerhalb verlängerter Bindefrist bei einseitiger Festlegung einer neuen Ausführungsfrist im Auftragschreiben,
- Zuschlagserteilung nach Ablauf der Bindefrist und Vorbehalt des Auftragnehmers bezüglich einer Anpassung der Bauzeit und der (Mehr-)Vergütung im Auftragsbestätigungsschreiben.

Alleine die vom BGH entschiedenen Fälle zeigen die Vielfalt an Sachverhaltsvarianten und das Erfordernis, jeden Fall für sich betrachtet zu beurteilen.

Nachdem der BGH dem Auftragnehmer einen Vergütungsanspruch aufgrund verzögerter Zuschlagserteilung nach Bauzeitverschiebung grundsätzlich zugestanden hat, ist von Interesse, wie sich eine solche Mehrvergütung konkret berechnet. Nach obergerichtlicher Rechtspre-

chung⁵² erstreckt sich der Mehrvergütungsanspruch nicht nur auf die bis zur Zuschlagserteilung eingetretenen Preiserhöhungen, sondern auch auf diejenigen Preissteigerungen, die den Auftragnehmer infolge der eingetretenen Bauzeitverschiebung treffen. Im Wege der Vergütungsanpassung ist der neue Preis auf Grundlage der vorkalkulatorischen Kostenermittlung des Auftragnehmers unter Berücksichtigung der preiserhöhenden Faktoren zu ermitteln. Die Berechnung erfolgt somit auf Grundlage von tatsächlichen Mehrkosten und nicht gemäß der Steigerung des entsprechenden Index. Somit ist sichergestellt, dass die ursprünglich kalkulierten Zuschläge erhalten bleiben und die (tatsächlichen) Mehrkosten durch Vorlage von Lieferantenangeboten aus der Zeit vor Angebotsabgabe und nach Zuschlagserteilung nachgewiesen werden können.

52 OLG Celle, Urteil vom 25.05.2011 (Az.: 14 U 62/08), BauR 2011, S. 1659

D **Ausblick: Quo vadis Privates Baurecht?**

Obiger kurzer Abriss stellt einen Husarenritt durch das Private Baurecht dar. Die notwendigen Abgrenzungen zu anderen Vertragsformen, die unter dem Begriff Privates Baurecht originär verstandenen Vertragsformen sowie die normative Struktur dieser Rechtsmaterie zeigen die Vielfalt und Komplexität, die beim Umgang mit dem Privaten Baurecht zu beachten sind. Es spricht für sich (da es offensichtlich für notwendig erachtet wurde), dass für diesen Teil des Werkvertragsrechts bei einigen Landgerichten nicht nur auf das Bau- und Architektenrecht spezialisierte Zivilkammern, sondern auch seitens der Anwaltschaft durch die zusätzlich erwerbbarer Bezeichnung „Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht“ ein Instrumentarium eingerichtet wurde, um die besondere Spezialisierung nach außen zu dokumentieren. Zu kaum einem anderen Bereich des Zivilrechts (schon gar nicht – wie hier – für einen Teilbereich, der im Bürgerlichen Gesetzbuch gerade einmal in 23 Paragraphen Niederschlag findet) existieren so viele Kommentierungen, Lehrbücher, Monografien oder andere Nachschlagwerke. Zu kaum einer anderen Rechtsmaterie des Zivilrechts finden so viele Symposien oder andere Vortragsveranstaltungen statt wie zum Privaten Baurecht. Die reale Bedeutung des Privaten Baurechts innerhalb der von ökonomischen Vorgaben geprägten Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland ist ganz offensichtlich.

Umso erstaunlicher ist es, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen dieser Interessenlage nicht gerecht werden und auch punktuelle Gesetzesänderungen oder Novellierungen nicht geeignet sind, mit der Thematik Schritt zu halten. Der von Fachleuten aus Rechtsprechung, Rechtsanwaltschaft und Rechtswissenschaft gegründete Arbeitskreis I „Bauvertragsrecht“ als Bestandteil des Deutschen Baugerichtstag e.V. hat sich seit seiner Gründung 2006 zur Aufgabe gemacht, Thesen zu erstellen, die als Leitgedanken für entsprechende gesetzliche Regelungen dienen sollen. Der vom Deutschen Baugerichtstag e.V. ins Leben gerufene Arbeitskreis I ist der Überzeugung, dass die vorhandenen Normierungen nicht ausreichen, um dem tatsächlichen Regelungsbedarf gerecht zu werden. In der Praxis beobachtete und festgestellte unklare Ausschreibungen, intransparente Kalkulations- und Abrechnungspraktiken, der Missbrauch des bauvertraglichen Regelungsgefüges zur Verweigerung fälliger Zahlungen sowie eine auf Konfrontation ausgelegte Vertragsunkultur führt der Arbeitskreis auf die unzureichende Gesetzeslage ebenso wie auf die Tatsache zurück, dass es an notwendigen Regelungen überhaupt fehlt. Auch die Bestimmungen der VOB/B werden nicht als adäquates Leitbild akzeptiert, da es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen ohne verbindliche Regelungsvorgaben handelt. Der jüngeren Rechtsprechung ist zudem zu entnehmen, dass zentrale Regelungen der VOB/B einer gesetzlichen Inhaltskontrolle nicht Stand halten.

Nach alldem ist es erforderlich, den für Bauverträge geltenden Grundprinzipien der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre dadurch Geltung zu verschaffen, dass ein eigenständiges Bauvertragsrecht installiert wird. Der Unterausschuss des Deutschen Baugerichtstag e.V. sieht den dringenden Regelungsbedarf in den Bereichen Sachmängelhaftung, Abnahme, Abschlagszahlungen, Sicherheiten und Kündigung.⁵³

Ob sich das Private Baurecht auf einem guten Weg befindet, hängt demnach entscheidend von der Frage ab, ob der Gesetzgeber den tatsächlichen Bedürfnissen durch die Implementierung verbindlicher gesetzlicher Regelungen Rechnung trägt. Nur so wird gewährleistet sein, dass Bauverträge wie dem Bauvertragscharakter zuzuordnende Verträge interessengerecht in die praktische Abwicklung eines Bauvorhabens umgesetzt werden können.

53 Ausführlich hierzu (inkl. der durch den Arbeitskreis I erarbeiteten Empfehlungen):
www.baugerichtstag.de

(Leerseite)

2 Bauherr öffentliche Hand

Prof. Dr.-Ing. Dieter Fellmann, Dr. iur. Christoph Seebo, LL. M.

Inhaltsverzeichnis

2.1	Begriff der „öffentlichen Hand“	2.3
2.1.1	„Öffentliche Hand“ und „öffentlicher Auftraggeber“	2.3
2.1.2	Öffentlicher Auftraggeber nach GWB und nach Landesrecht	2.3
2.2	Vergabe von Planungsleistungen	2.4
2.2.1	Prüfung des Schwellenwertes	2.4
2.2.2	Anwendung der VOL/A?	2.5
2.2.3	Vergaben oberhalb des Schwellenwertes nach der VOF	2.6
2.2.4	Vergaben oberhalb der Schwellenwerte nach der SektVO	2.10
2.2.5	Vergabe von Planungsleistungen unterhalb der Schwellenwerte	2.10
2.2.6	Planungswettbewerbe	2.11
2.2.7	VOF-Verfahren mit Konzeptidee	2.17
2.3	Träger öffentlicher Baumaßnahmen	2.18
2.3.1	Bauaufgaben des Bundes und RBBau	2.18
2.3.2	Bauaufgaben der Länder	2.19
2.3.3	Bauaufgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände	2.20
2.3.4	Zuwendungsbau	2.20
2.4	Große Baumaßnahmen des Bundes/der Länder	2.21
2.4.1	Begriffsbestimmung	2.21
2.4.2	Bedarfsanmeldung	2.21
2.4.3	Entscheidungsunterlage ES	2.22
2.4.4	Entwurfunterlage - Bau (EW-Bau)	2.24
2.4.5	Ausführungsplanung (AFU-Bau)	2.27
2.4.6	Bauausführung	2.28
2.4.7	Bauübergabe und Bestandsdokumentation	2.28
2.5	Besonderheiten des Zuwendungsbaus	2.29
2.6	Sonderformen der Vergabe – PPP-Modelle	2.31
2.6.1	Grundsätze und Ziele	2.31
2.6.2	Vertragsmodelle	2.33
2.6.3	Ablauf des Beschaffungsprozesses	2.36
2.6.4	Effizienzvorteile der PPP-Realisierung	2.41
2.6.5	Die Rolle der PPP-Beschaffung im Bauparkt	2.42

(Leerseite)

2.1 Begriff der „öffentlichen Hand“

2.1.1 „Öffentliche Hand“ und „öffentlicher Auftraggeber“

Der Begriff der „öffentlichen Hand“ ist vor allem im allgemeinen Sprachgebrauch verbreitet. Er bezeichnet die Gesamtheit des öffentlichen Sektors, d. h. die Gebietskörperschaften wie Bund, Länder, Gemeinden und die sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Eine gesetzliche Definition existierte lange Zeit nicht, findet sich jedoch inzwischen in einigen Bestimmungen des Landes- und auch des Bundesrechts¹.

In den für die öffentliche Vergabe von Bau- oder Planungsaufträgen einschlägigen Regelwerken wird allerdings meist auf die Bezeichnung **öffentlicher Auftraggeber** und nicht auf die „öffentliche Hand“ als *terminus technicus* abgestellt. Dies hat nicht nur Bedeutung für die Nomenklatur, sondern wirkt sich auch praktisch aus: So kann eine Stelle öffentlicher Auftraggeber sein, die nicht unter das übliche Verständnis der öffentlichen Hand fällt. Dies gilt vor allem für so genannte öffentliche Unternehmen, die zwar – etwa als GmbH – in einer Rechtsform des Privatrechts geführt werden, deren Anteile aber der öffentlichen Hand gehören.

In den nachstehenden Ausführungen wird daher im Zusammenhang mit Vergaben der öffentliche Auftraggeber in den Vordergrund gestellt. Im Übrigen verbleibt es jedoch bei der Verwendung des gängigen Begriffs der öffentlichen Hand.

2.1.2 Öffentlicher Auftraggeber nach GWB und nach Landesrecht

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe ist **zweigeteilt** (s. ausführlich *Glaner* in Kapitel 3, Ausschreibungen und Vergabe von Bauleistungen).

Oberhalb bestimmter **Schwellenwerte** (dazu unter 2.2) sind die Leistungen europaweit auszu-schreiben. Maßgeblich sind die Bestimmungen im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie nachgeordnet die der Vergabeverordnung (VgV) und der jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A bzw. VOL/A, jeweils 2. Abschnitt, und VOF).

Unterhalb der Schwellenwerte hat eine nationale Ausschreibung zu erfolgen. Es gelten allerdings keine deutschlandweit einheitlichen, sondern landesrechtliche Vorgaben. Dies bedeutet, dass die Frage, wer als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist, von Bundesland zu Bundesland gesondert bestimmt werden muss.

2.1.2.1 Öffentlicher Auftraggeber nach dem GWB

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bestimmt in § 98, wer für europaweite Vergaben als öffentlicher Auftraggeber gilt:

- **§ 98 Nr. 1: Gebietskörperschaften** (Bund, Länder, Gemeinden, Landkreise) sowie deren Sondervermögen;
- **§ 98 Nr. 2: Juristische Personen des öffentlichen** (Anstalten, Stiftungen) oder **privaten Rechts** (Unternehmen in privater Rechtsform wie AG oder GmbH), die im **Allgemeininteresse** liegende Aufgaben **nichtgewerblicher** Art wahrnehmen **und** von der öffentlichen Hand **beherrscht** werden (z. B. gesetzliche Krankenkassen, Krankenhaus-Betriebs-GmbHs, staatliche Lotteriegesellschaften);
- **§ 98 Nr. 3: Verbände**, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder 2 fallen (z. B. kommunale Zweckverbände, Deutscher Städtetag);
- **§ 98 Nr. 4: Unternehmen**, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs bzw. auf der Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte tätig

1 Etwa in § 2 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes oder in § 45 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes.

sind (sogen. „**Sektorenauftraggeber**“, z. B. Deutsche Bahn AG, städtische Wasserwerke, städtische Verkehrsbetriebe);

- § 98 Nr. 5: **Unternehmen** oder Privatpersonen, die bestimmte Arten von Bauvorhaben realisieren, welche die öffentliche Hand zu **mehr als 50 % finanziert**, z. B. Krankenhausbau, Schulbau privater oder öffentlicher Träger;
- § 98 Nr. 6: **Unternehmen** oder Privatpersonen, die für die öffentliche Hand auf der Grundlage von **Baukonzessionen** tätig sind.

2.1.2.2 Öffentlicher Auftraggeber nach Landesrecht

Die jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge regeln **nicht einheitlich**, wer als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist. So verfügen längst nicht alle Bundesländer überhaupt über Landesvergabegesetze.

Im Freistaat Sachsen legt § 1 des Sächsischen Vergabegesetzes fest, dass lediglich die „klassische“ öffentliche Hand (Land, Landkreise, Gemeinden) und die Empfänger von Zuwendungen öffentlich ausschreiben müssen. Öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform sollen lediglich von ihren öffentlichen Anteilseignern dazu angehalten werden.

Demgegenüber verweist etwa § 2 Abs. 1 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes auf § 98 Nr. 2 GWB und bezieht die dort genannten privatrechtsförmigen Stellen mit ein.

Eine **individuelle Prüfung** ist daher dringend geboten. Vielfach verfügen die Länder über **Auftragsberatungsstellen**, die Auskunft über das anzuwendende Recht und die wichtigsten Grundfragen geben.²

2.2 Vergabe von Planungsleistungen

2.2.1 Prüfung des Schwellenwertes

Auch die Vergabe von Planungsleistungen erfolgt in Abhängigkeit davon, ob das zu erwartende Honorar bestimmte Schwellenwerte überschreitet. Je nach Ergebnis der an dieser Stelle vorzunehmenden **Schätzung** hat die Ausschreibung europaweit oder aber lediglich national zu erfolgen.

Dabei besteht die Besonderheit, dass die landesrechtlichen Bestimmungen häufig die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens unterhalb des EU-Schwellenwerts gar nicht vorsehen, sondern den öffentlichen Auftraggebern einen großen Spielraum eröffnen.

Daher steht bei jeder Ausschreibung und jeder Bewerbung darauf die Frage nach dem Schwellenwert an erster Stelle.

Die Höhe des maßgeblichen Schwellenwertes wird alle zwei Jahre durch eine Verordnung der EU neu festgelegt. Er schwankt für Dienstleistungen um den Wert von 200.000 € netto; seit 2014 liegt er bei 207.000 € (ohne USt.) bzw. 134.000 € für Vergaben des Bundes.

2 Auftragsberatungsstelle Sachsen e. V.; Auftragsberatungsstelle Sachsen-Anhalt etc.

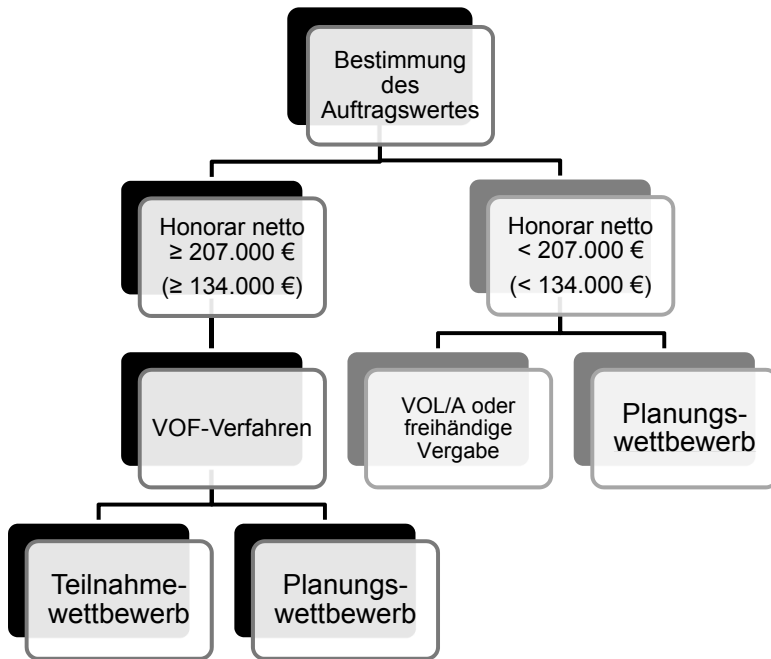


Bild 2.1: Ablaufschema Beauftragung von Planungsleistungen

Als erster Schritt steht bei der Vergabe von Planungsleistungen die Prüfung, ob das Honorar den EU-Schwellenwert überschreitet. Entsprechend gestaltet sich der Ablauf der Beauftragung.

Für die Honorarermittlung gilt:

- Das Honorarvolumen ist in Ansehung der zum Prüfzeitpunkt bekannten Parameter zu schätzen. Optionen oder angedachte Verlängerungen sind einzubeziehen.
- Fachlose sind getrennt zu betrachten, Teillose hingegen zu addieren. Die Splitting von Aufträgen zur Reduzierung der Honorarhöhe ist unzulässig. Sollen verschiedene Fach- oder Teillose von vornherein an einen Auftragnehmer (Generalplaner) gehen, ist vom Gesamthonorar auszugehen.

2.2.2 Anwendung der VOL/A?

Die zweite Weichenstellung bei der Beauftragung von Planungsleistungen betrifft den Inhalt des Auftrags. Hat dieser eine Aufgabe zum Gegenstand, deren Lösung **vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann**, muss die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) angewendet werden. Dies gilt sowohl für europaweite als auch für nationale Vergaben.

Die Abgrenzung ist im **Einzelfall** vorzunehmen und fällt nicht immer leicht. Als vorab eindeutig und erschöpfend zu beschreiben gelten Tätigkeiten, die dem Auftragnehmer keinen Raum mehr für eigene **kreativ-schöpferische Leistungen** lassen. Als Beispiele wären Wasser- oder Bodenanalysen, reine Überwachungsarbeiten oder technische Prüfungen und Inspektionen zu nennen. Ob auch die **isolierte Beauftragung eines Architekten mit der Leistungsphase 8** (Objektüberwachung) darunter fällt, ist **umstritten**. In der Praxis bildet die

Beauftragung von Architekten- oder (Bau-)Ingenieurleistungen nach der VOL/A allerdings die Ausnahme. Da die Wahl der „falschen“ Vergabeordnung bei geförderten Vorhaben durchaus zum **Verlust von Fördermitteln** führen kann, sollte dieser Prüfungsschritt dennoch nicht leichtfertig übergangen werden.

Sollte sich die Vergabe nach den Bestimmungen der VOL/A richten, gelten die an anderer Stelle (*Glaner* in Kapitel 3, Ausschreibungen und Vergabe von Bauleistungen) für Vergaben nach der VOB beschriebenen Grundsätze sinngemäß. Dies gilt vor allem für den **Vorrang der öffentlichen Ausschreibung** vor allen anderen Vergabearten, mit dem damit verbundenen hohen Maß an Formalismus.

2.2.3 Vergaben oberhalb des Schwellenwertes nach der VOF

Liegt das Honorar oberhalb des EU-Schwellenwertes und liegt auch kein Fall vor, in dem die zu lösende Aufgabe vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, ist die Ausschreibung eines Auftrags über Planungsleistungen nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)³ europaweit durchzuführen.

2.2.3.1 Verfahrensarten

Die VOF benennt in § 3 Abs. 1 die Vergabe im Wege des **Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb** als Regeltatbestand. Lediglich in den unter § 3 Abs. 4 abschließend aufgezählten Ausnahmefällen kann auf den öffentlichen Teilnahmewettbewerb verzichtet werden. Für die Praxis spielen diese Fälle kaum eine Rolle, bei der Prüfung ihrer Anwendbarkeit ist Zurückhaltung geboten. Sie werden daher nachfolgend nicht behandelt.

Vergaben im offenen oder nichtoffenen Verfahren (ohne Verhandlungen mit den Bietern) sieht die VOF nicht vor.

Die Vergabe nach der VOF erfolgt daher in **zwei Stufen**: Die erste Stufe ist der öffentliche Teilnahmewettbewerb, dem die öffentliche, europaweite Bekanntmachung vorausgeht. Die zweite Stufe besteht in den Verhandlungen mit den auf der ersten Stufe ausgewählten Bewerbern. Die Verhandlungen münden dann in den Vertragsschluss, der das Verfahren abschließt.

2.2.3.2 Vorbereitung des Verfahrens

Bevor der öffentliche Auftraggeber das Verfahren mit der Absendung der Bekanntmachung in Gang setzt, bedarf es einer Vorbereitungsphase, die meist mehrere Wochen, oft sogar Monate in Anspruch nimmt – oder dies zumindest tun sollte. Die Bedeutung der Vorbereitungsphase kann gar nicht überschätzt werden. Viele rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten bei der Auftragsvergabe und -abwicklung ließen sich vermeiden oder doch minimieren, wenn der Vorab-Projektplanung die Bedeutung zugemessen würde, die ihr objektiv zukommt.

Die folgenden Punkte bedürfen vorab der Klärung:

- der zeitliche Rahmen – Vermeidung von überehrgeizigen Fertigstellungsterminen;
- die zeitliche und inhaltliche Abstimmung mit dem Fördermittelgeber – wann muss welches Planungszwischenziel erreicht sein?

3 Bei Redaktionsschluss galt die VOF vom 18.11.2009, BAnz Nr. 185a. Ob die VOF im Zuge der Umsetzung der zum 17. April neu erlassenen EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU in die VGV integriert wird, ist bei Redaktionsschluss noch offen.

- die Strukturierung der Planungsaufträge – soll der für die Erarbeitung der Fördermittelunterlagen zuständige Planer vorab freihändig beauftragt werden? Soll ein Generalplaner beauftragt⁴ oder sollen einzelne Aufträge nach Fachlosen getrennt vergeben werden?
- die Struktur des Verfahrens selbst – soll auf der zweiten Stufe ein Lösungsvorschlag erarbeitet werden? Stehen hierfür hinreichende finanzielle Mittel und genügend Zeit zur Verfügung?

Die vorstehenden Punkte sind nicht abschließend, verdeutlichen aber den Aufwand, der im Vorfeld der Durchführung eines VOF-Verfahrens mindestens betrieben werden müsste.

2.2.3.3 Erste Stufe: Teilnahmewettbewerb

Auf der ersten Stufe des VOF-Verfahrens wählt der Auftraggeber diejenigen Büros aus, mit denen auf der zweiten Stufe Verhandlungen über die Auftragsvergabe geführt werden sollen. Geprüft wird die **Eignung** der einzelnen Bewerber anhand vorgegebener Kriterien.

Ausgangspunkt des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs ist die Bekanntmachung des Vorhabens. Diese hat, da es sich um eine europaweite Vergabe handelt, im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (TED) zu erfolgen. Im Regelfall ist den Bewerbern ein Zeitfenster von 37 Kalendertagen (bzw. 30 Kalendertagen bei elektronischem Versand) für die Abgabe des Teilnahmeantrags zu gewähren.

Der Teilnahmeantrag wird vom Auftraggeber zunächst in Hinsicht auf die Einhaltung bestimmter formaler Kriterien (fristgerechter Eingang; Vollständigkeit; Unterschrift etc.) sowie das Nichtvorliegen gesetzlicher Ausschlussgründe ausgewertet. Unter den verbleibenden Bewerbern erfolgt die Eignungsprüfung im engeren Sinne.

Bereits die Bekanntmachung muss die maßgeblichen **Eignungskriterien** benennen; ein nachträgliches Hinzufügen oder Weglassen von Kriterien ist nicht möglich. Die Kriterien müssen durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt, dürfen also nicht überzogen sein (hiergegen wird in der Praxis häufig verstoßen). Zu empfehlen ist die klare Unterscheidung zwischen **Mindestanforderungen** und sonstigen Eignungskriterien. Mindestanforderungen haben die Bewerber zwingend zu erfüllen, anderenfalls werden sie vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. In den sonstigen Kriterien führt der Auftraggeber dann, wenn die Anzahl der auf der zweiten Stufe zugelassenen Bewerber begrenzt werden soll⁵, eine **Wertung** durch. Ein transparenter Wertungsprozess erfordert die vorherige Bekanntmachung der Wertungsmatrix – auch wenn die VOF dies nicht ausdrücklich verlangt. Bewährt hat sich die Erstellung eines Formblatts, das die Bewerber verwenden sollen. Diesem sollte ein Muster des Auswertungsbogens beigefügt werden. Beides reduziert den Aufwand auf Bewerber- und Auswerterseite.

Den Abschluss der ersten Stufe bildet die Aufforderung zur Angebotsabgabe an die für die zweite Stufe zugelassenen Bewerber und die gem. § 10 Abs. 5 VOF obligatorische Mitteilung an die übrigen, nicht qualifizierten Wettbewerbsteilnehmer.

2.2.3.4 Zweite Stufe: Auswahl des Auftragnehmers/Verhandlungen

Auch die Durchführung der zweiten Verfahrensstufe erfordert umfangreiche Vorarbeiten auf Seiten des Auftraggebers. So ist sämtlichen auf der zweiten Stufe zugelassenen Bewerbern die **Aufgabenstellung** zuzuleiten, die Grundlage des abzugebenden Angebots und der späteren Verhandlungen ist, § 6 Abs. 1 VOF.

Die Anforderungen an die Aufgabenstellung gibt die VOF nicht im Einzelnen vor. Sie sind abhängig vom konkreten Vorhaben und dem zu vergebenden Auftrag. Anzugeben sind alle

⁴ Zu beachten ist hier, dass die Beauftragung von Generalplanern nach der gesetzlichen Regelung des § 97 Abs. 3 GWB nur dann zulässig ist, wenn der Auftrag dies „erfordert“. In der Praxis wird hiergegen oft verstoßen. Eine enge Abstimmung mit dem Fördermittelgeber ist in jedem Falle ratsam.

⁵ Es sind mindestens drei geeignete Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, § 10 Abs. 4 S. 2 VOF.