

Recht für Bauleiter – Modul 1 des Lehrganges "Zertifizierter Bauleiter"

Leipzig

12.01.2026 - 14.01.2026

Referenten: **RA Herbert Mackenschins**
Bauindustrieverband Ost e. V.

RA Dr. jur. Tilo Pfau
Rechtsanwälte Pfau & Kollegen

Leitung: **Anja Feldmann**
Bauakademie Sachsen
Heiterblickstraße 35, 04347 Leipzig
Tel.: 0341 24557-0
Fax: 0341 24557-11
E-Mail: leipzig@bauakademie-sachsen.de

Zertifizierter Bauleiter

Modul Recht
12.01.2026 – 14.01.2026

Rechtsanwälte Pfau & Kollegen

Rechtsanwalt Dr. Tilo Pfau

Rudolf-Breitscheid-Str. 15, 09112 Chemnitz

Tel.: +49371355950

Fax: +49371355950

tilopfau@pfau-und-kollegen.de

Abschnitt I.

Grundlagen des Vertragswesens - Einleitung

Mögliche Schrift- bzw. Textformvorschriften

§ 650 h BGB (Schriftform bei Kündigung Bauvertrag)

§ 650 b Abs. 2 BGB (Textform bei Anordnung der Leistungserbringung)

§ 650g Abs. 1 BGB, § 648a abs. 4 BGB (Zustands- bzw. Leistungsfeststellung)

§ 4 Abs. 3 Satz 1 VOB/B (schriftliche Bedenkenanmeldung)

§ 4 Abs. 8 Satz 2 VOB/B (schriftliche Zustimmung zum Subunternehmereinsatz)

§ 4 Abs. 10 VOB/B (schriftliche Zustandsfeststellung)

§ 6 Abs. 1 VOB/B (schriftliche Behinderungsanzeige)

§ 8 Abs. 5 VOB/B (Schriftform Kündigung AG)

§ 9 Abs. 2 VOB/B (Schriftform Kündigung AN)

§ 12 Abs. 4 VOB/B (schriftliche Niederlegung förmliche Abnahme)

§ 13 Abs. 5 VOB/B (schriftliche Mängelbeseitigungsaufforderung)

§ 17 Abs. 4 VOB/B (schriftliche Bürgschaftserklärung)

Prozessuale Grundlagen

vs.

Worauf muss man in der Praxis achten!

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

1. Allgemeine Grundsätze im Zivilprozessrecht:

- Parteibeibringungsgrundsatz
- Beweislastverteilung

2. Kostenverteilung:

- Verteilung der Kosten nach Gewinn- bzw. Verlustquote

Prozessuale Grundlagen

Auftragnehmer ist für alles vortrags- und beweisbelastet

Wer Werklohn fordert, muss beweisen, dass er ihn vereinbart und verdient hat!

1. Ein Anspruch auf ortsüblichen und angemessenen Werklohn setzt voraus, dass keine Vereinbarung zur Höhe der Vergütung getroffen worden ist. Für diese Voraussetzung ist der Unternehmer darlegungs- und beweisbelastet.
2. **Behauptet der Besteller, er habe sich mit dem Unternehmer auf die Höhe des Werklohns geeinigt, muss er nachvollziehbar und widerspruchsfrei darlegen, mit welchem genauen Inhalt, wann, wo, mit wem und unter welchen Umständen die von ihm behauptete Preisvereinbarung getroffen worden ist.**
3. **Ebenso liegt es, wenn der Unternehmer die Vereinbarung einer Vergütung behauptet, der Besteller aber geltend macht, es sei ein niedrigerer Werklohn vereinbart worden.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2022 - 22 U 118/22

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast - Vertrag

Beispielfall:

- AG beauftragt AN mit Beschichtungsarbeiten einer Hafenkrananlage
- AN hat Angebot ausgereicht und kalkuliert in seinem Angebot ca. 3000 qm und bietet zum Einheitspreis von 22,00 EUR an (Angebotspreis: 66.000 EUR)
- AG erteilt Auftrag

- Tatsächliche Fläche ca. 5500 qm groß – daher Nachtrag/Abrechnung von 114.000 EUR (48000 EUR mehr)
- AG bezahlt 66.000 EUR
- im Gerichtsverfahren erklärt AG, dass er die Leistung zum Pauschalpreis beauftragt hat

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast - Vertrag

Beweislast für die Vertragsart

Wendet der Auftraggeber gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers ein, die Parteien hätten einen Pauschalpreisvertrag geschlossen, **trägt der Auftragnehmer die Beweislast für das Vorliegen eines Einheitspreisvertrags.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.02.2008 - 12 U 104/07

Architekt muss Umfang seines Auftrages beweisen!

Verlangt der Architekt oder Ingenieur ein nach den Mindestsätzen berechnetes Honorar, obliegt es ihm, darzulegen und gegebenenfalls nachzuweisen, dass er mit den von ihm nach den Mindestsätzen abgerechneten Leistungen beauftragt worden ist (Fortführung von BGH, Urteil vom 04.10.1979 - VII ZR 319/78, BauR 1980, 84 = NJW 1980, 122).

BGH, Urteil vom 14.05.2020 - VII ZR 205/19

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast – Vertrag

1. Ein Anspruch auf ortsüblichen und angemessenen Werklohn setzt voraus, dass **keine Vereinbarung zur Höhe der Vergütung** getroffen worden ist. **Für diese Voraussetzung ist der Unternehmer darlegungs- und beweisbelastet.**
2. Behauptet der Besteller, er habe sich mit dem Unternehmer auf die Höhe des Werklohns geeinigt, muss nachvollziehbar und widerspruchsfrei darlegen, mit welchem genauen Inhalt, wann, wo, mit wem und unter welchen Umständen die von ihm behauptete Preisvereinbarung getroffen worden ist.
3. Ebenso liegt es, wenn der Unternehmer die Vereinbarung einer Vergütung behauptet, der Besteller aber geltend macht, er sei ein niedrigerer Werklohn vereinbart worden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2022 - 22 U 118/22

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast – erbrachte Leistung

Beweislast für Aufmaß

Mangels "Beweissicherung" durch ein gemeinsames Aufmaß trägt der Unternehmer das **Risiko, dass er die tatsächlich erbrachten Leistungen nicht mehr in vollem Umfange darlegen und beweisen kann**. Denn es ist zulässig, dass der Auftraggeber alle nicht anerkannten Aufmaße einfach bestreitet.

OLG Naumburg, Urteil vom 30.11.2007 - 1 U 18/07

AG verhindert gemeinsames Aufmaß: Dann trägt er Beweislast für Mengen!

1. Der **Auftragnehmer hat** jedenfalls dann einen **Anspruch auf ein gemeinsames Aufmaß**, wenn er berechtigt ist, die Abnahme zu verlangen.
2. **Bleibt der Auftraggeber dem Termin zum gemeinsamen Aufmaß fern und ist ein neues Aufmaß oder eine Überprüfung** des einseitig genommenen Aufmaßes **nicht mehr möglich, hat er im Prozess des Auftragnehmers auf Zahlung des Werklohnes vorzutragen und zu beweisen, welche Massen zutreffend oder dass die vom Auftragnehmer angesetzten Massen unzutreffend sind**.

BGH, Urteil vom 22.05.2003 - VII ZR 143/02

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast – erbrachte Leistung

Auftraggeber ist an bestätigtes Aufmaß nicht gebunden!

Der Auftraggeber ist **nicht daran gehindert**, die vom Auftragnehmer **einseitig ermittelten Massen im Prozess zu bestreiten**, auch wenn er zuvor die in der Schlussrechnung abgerechneten Massen durch einen Prüfvermerk bestätigt hat. Allerdings trägt er dann die Beweislast dafür, welche Massen zutreffen.

OLG Dresden, Urteil vom 24.10.2018 - 1 U 601/17; BGH, Beschluss vom 22.05.2019 – VII ZR 241/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Auftraggeber muss kein "Gegenaufmaß" vorlegen!

Fehlt es an einem gemeinsamen Aufmaß, hat der Auftragnehmer vorzutragen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die in der Rechnung geltend gemachten Leistungen tatsächlich erbracht worden sind. In einem solchen Fall genügt ein einfaches Bestreiten der Richtigkeit des Aufmaßes durch den Auftraggeber.

OLG Bamberg, Beschluss vom 17.05.2016 - 4 U 196/15

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast – Nachtragsforderung

Nachtragsforderung wird durch vorbehaltlose Bezahlung nicht anerkannt!

1. Die vorbehaltlose Bezahlung einer (Abschlags-)Rechnung über eine zusätzliche Leistung enthält keine Aussage des Auftraggebers, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.
2. Abschlagszahlungen sind Anzahlungen in Bezug auf den Vergütungsanspruch für das Gesamtwerk. Nach Beendigung des Vertrags hat der Auftragnehmer seine Leistungen endgültig abzurechnen. Diese Verpflichtung folgt aus der Abrede über die vorläufigen Zahlungen und besteht unabhängig davon, ob sie im Vertrag ausdrücklich geregelt ist.

OLG Dresden, Urteil vom 11.01.2012 - 13 U 1004/11; BGH, Beschluss vom 21.11.2013 - VII ZR 209/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Einleitung – Prozessuale Grundlagen

Beweislast – Abnahme

Auftragnehmer trägt Beweislast vor Abnahme!

1. **Der Auftragnehmer trägt vor Abnahme seiner Werkleistung die Beweislast für deren Mangelfreiheit.**
2. **Auch hinsichtlich der Mängel, deretwegen der Auftraggeber bei der Abnahme einen Vorbehalt erklärt, bleibt die Beweislast beim Auftragnehmer.**
3. Die Beweislast kehrt sich nicht allein deshalb um, weil der Auftraggeber die Mängel der Werkleistung im Wege der Ersatzvornahme hat beseitigen lassen.

BGH, Urteil vom 23.10.2008 - VII ZR 64/07

Fazit - Handlungsempfehlung

1.

Anweisungen auf der Baustelle oder in Bauberatungen in einem kurzen Schreiben bestätigen

Empfänger: direkter Auftraggeber (nicht Anweisender – allenfalls in CC)

Beispiel

„nehme ich Bezug auf unsere Beratung/Telefonat vom mit und bestätige gern Ihre Festlegung zur Veränderung des Terrassenbelages von Betonsteinen zu Terrassenfliesen. Wir führen die Arbeiten gern aus. Aufgrund der Veränderung des Belages muss der Preis angepasst werden. Ein entsprechendes Nachtragsangebot wird zeitnah übersandt.“

2.

Kritische Aufmaße – AG einladen oder beweiskräftige Dokumentation

Erforderlicher Inhalt von Schreiben

oder

die „Kunst“ ein Schreiben zu verfassen

Einleitung

Sachverhalt:

- **Förmliche Abnahmeprotokoll am 02.12.2020**

- **Schreiben vom 17.12.2020:**

„**Bauvorhaben** **Bürogebäude / Werkhalle**

Hier: **Mangelanzeige vor Abnahme gem. VOB § 4.7**

Sehr geehrte Damen und Herren,

entsprechend dem zwischen uns und Ihnen abgeschlossenen Werkvertrag führten Sie am o. g. Bauvorhaben das Gewerk Tiefbauarbeiten aus.

...

Somit sind die ausgeführten Leistungen mangelhaft und damit vertragswidrig.

Wir fordern Sie hiermit mit Hinweis auf die VOB/B § 4.7 bis zum

Freitag, den 18.12.2020, 12.00 Uhr

zur Stellungnahme auf.“

erforderlicher Inhalt von Schreiben

Kündigung muss nicht als Kündigung bezeichnet werden!

1. Damit eine Erklärung als Kündigung zu verstehen ist, ist es **nicht notwendig**, dass das **Wort Kündigung ausdrücklich gebraucht wird**.
2. Die (schriftliche) Erklärung des Auftraggebers, die Arbeiten seien von einem Dritten übernommen worden und der Auftragnehmer solle sein Material von der Baustelle abholen, ist als Kündigung des Vertrags zu verstehen.
OLG München, Beschluss vom 07.10.2019 - 28 U 442/19 Bau; BGH, Beschluss vom 23.09.2020 - VII ZR 251/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

erforderlicher Inhalt von Schreiben

Wie sind Bedenken anzumelden?

Ein Bedenkenhinweis, der zur Enthftung eines Unternehmers wegen einer nicht ordnungsgemäßen Vorleistung eines anderen Unternehmers führen soll, hat zur rechten Zeit, in der gebotenen Form und Klarheit und an den richtigen Adressaten zu erfolgen.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 15.11.2017 - 1 U 11/17

Ein mündlicher Bedenkenhinweis genügt auch im VOB-Vertrag, wenn er eindeutig, d. h. inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist. Entscheidend ist, dass eine ausreichende Warnung erfolgt.

Bedenkenhinweis im Baustellenprotokoll ist Urkundsbeweis.

OLG Jena, Urteil vom 09.01.2020 - 8 U 176/19

erforderlicher Inhalt von Schreiben

Abschlagsrechnung kann Schlussrechnung sein!

1. Eine **Rechnung ist eine Schlussrechnung**, wenn sie **aus Sicht des Auftraggebers abschließenden Charakter** hat, d. h. wenn sich aus ihr ergibt, dass sämtliche Bauleistungen abgerechnet werden sollen.
2. **Auch wenn eine Forderungsaufstellung als Abschlagsrechnung überschrieben ist, kann es sich um eine Schlussrechnung handeln.**
3. Geringfügige Restleistungen (hier: Abtransport der zu entsorgenden Baumaterialien) stehen der Erstellung der Schlussrechnung nicht entgegen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 11.05.2017 - 4 U 1307/16; BGH, Beschluss vom 24.07.2019 - VII ZR 134/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

erforderlicher Inhalt von Schreiben

Aufforderung zur "kurzfristigen Fertigstellung" ist keine ausreichende Fristsetzung!

1. Überschreitet der Auftragnehmer die als angemessen anzusehende Fertigstellungsfrist, setzt ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich voraus, dass zusätzlich eine vom Auftraggeber gesetzte angemessene Frist zur (Nach-)Erfüllung abgelaufen ist.

2. Eine **wirksame Fristsetzung erfordert in der Regel entweder die Angabe einer bestimmten Zeitspanne oder eines bestimmten Termins**, innerhalb dessen oder bis zu dem die Leistung zu erbringen ist. Ob auch das Verlangen, die geschuldete Leistung zu erbringen oder Mängel umgehend bzw. unverzüglich zu beheben, genügt, ist eine Frage des Einzelfalls (hier verneint).

3. Die **Aufforderung an den Auftragnehmer, innerhalb einer Frist mit bestimmten (Nach-)Erfüllungsarbeiten zu beginnen**, stellt **keine ordnungsgemäße Fristsetzung** dar.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2017 - 21 U 4/17; BGH, Beschluss vom 15.04.2020 - VII ZR 149/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

erforderlicher Inhalt von Schreiben

Mahnung in Versform

"Das Mahnen, Herr, ist eine schwere Kunst!
Sie werden`s oft am eigenen Leib verspüren.
Man will das Geld, doch will man auch die Gunst
des werten Kunden nicht verlieren.

Allein der Stand der Kasse zwingt uns doch,
ein kurz` Gesuch bei Ihnen einzureichen:
Sie möchten uns, wenn möglich heute noch,
die unten aufgeführte Schuld begleichen.,,

Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 17.2.1982, Az. 2/22 O 495/81

erforderlicher Inhalt von Schreiben

*"Doch muss der Gläubiger dem Schuldner sagen,
das Ausbleiben der Leistung werde Folgen haben.
Das geschah hier! Trotz vordergründiger Heiterkeit
fehlt dem Schreiben nicht die nötige Ernstlichkeit.*

*Denn der Beklagte konnte dem Schreiben entnehmen,
er müsse sich endlich zur Zahlung bequemen,
der Kläger sei - nach so langer Zeit -
zu weiterem Warten nicht mehr bereit.*

*Folglich kann der Kläger Zinsen verlangen,
die mit den Zugang des Briefs zu laufen anfangen.
Der Zinsausspruch im Tenor ist also richtig.
Dies darzulegen erschien der Kammer wichtig."*

Landgericht Frankfurt am Main, Urteil vom 17.2.1982, Az. 2/22 O 495/81

Abschnitt II.

Grundlagen, Vertragsschluss, Vertragsinhalt, Vertragsbeendigung

Teil A

Grundlagen des privaten Baurecht

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

1. Bauvertrag (Werkvertrag)

Gesetzliche Regelung im BGB

Bisher (§§ 631 – 651) – 24 Paragraphen

Ab 01.01.2018 (§§ 631 – 650v) – 45 Paragraphen

Untertitel 1 – Werkvertragsrecht, § 631 BGB

Kapitel 1 – Allgemeine Vorschriften, § 631 BGB

(2) *Gegenstand des Werkvertrages* kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung *herbeizuführender Erfolg* sein.

Kapitel 2 – Bauvertrag, § 650 a BGB

(1) Ein *Bauvertrag* ist ein Vertrag über die *Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, eine Außenanlage oder eines Teils davon*.

Kapitel 3 – Verbraucherbauvertrag, § 650 i BGB

(1) *Verbraucherbauverträge* sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum *Bau eines neuen Gebäudes* oder zu *erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude* verpflichtet wird.

Untertitel 2 – Architektenvertrag und Ingenieurvertrag, § 650 p BGB

Untertitel 3 – Bauträgervertrag, § 650 u BGB

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

2. Bauspezifische Regelungen – VOB Teile A/B/C

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitetes und fortgeschriebenes dreiteiliges Regelwerk für die Vergabe von Bauaufträgen samt Vertragsbedingungen.

Achtung: VOB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen

Daher ist die VOB nur gültig, wenn sie in den Vertrag wirksam einbezogen wurde

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

§ 305 BGB Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

§ 310 BGB Anwendungsbereich

*(1) § 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 9 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nummer 1, 2 bis 9 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung **ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen** ist, in Bezug auf eine **Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.***

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

Beispiele für die Vernichtung der VOB als Ganzes:

- **Festlegung der förmlichen Abnahme**

KG, Urteil vom 10.01.2017, 21 U 14/16

- **förmliche Abnahme ab einer Auftragssumme von 10.000 Euro**

OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2020 - 4 U 1282/17

- **Ausschluss der Abnahmefiktionen**

OLG Brandenburg, Urteil vom 24.04.2008/, 12 U 189/07

- **Zahlung von Abschlagsrechnung in Höhe von 90 %**

BGH, Urteil vom 19.01.2023 - VII ZR 34/20

- **Preisklauseln – Einheitspreise bleiben gleich (auch bei Mengenänderung)**

Umstritten:

- **Verlängerung der Gewährleistungsfristen**

Beispiel Deutsche Bahn

§ 8 Abnahme

- 8.1 Die Leistung wird förmlich abgenommen; der Auftragnehmer hat die Abnahme, ggf. auch Teilabnahme (VOB/B § 12 Abs. 2), rechtzeitig schriftlich zu beantragen; VOB/B § 12 Abs. 5 gilt nicht.
- 8.2 Der Auftragnehmer hat bei der Abnahme mitzuwirken und die erforderlichen Arbeitskräfte und Messgeräte zu stellen.

Quelle: Bauvertrag (Stand: 29.04.2024)

„Dabei entfällt die Privilegierung gemäß § 310 Abs. 1 S. 3 BGB bereits bei geringen inhaltlichen Abweichungen vom Text der VOB/B (vgl. BGH a.a.O.).

So verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Beklagte weicht in ihren zusätzlichen Vertragsbedingungen von der VOB/B ab. Ziff. 14 sieht in Modifikation zu § 12 VOB/B eine zwingende förmliche Abnahme vor, Ziff. 23.3. anders als § 17 Abs. 4 bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft den Verzicht auf die Einreden des § 770 BGB.“
KG, Urteil vom 10.01.2017, 21 U 14/16

Beispiel Deutsche Bahn

16.1.11 Vertragliches Anordnungsrecht

Der AG ist jederzeit berechtigt, Änderungen der Bauzeit und / oder Verschiebungen von Vertragsterminen als "andere Anordnungen" vorzunehmen. Der AN hat die daraus resultierenden Änderungen / Verschiebungen mittels eines Bauablaufplans darzustellen und die Änderungen / Verschiebungen unverzüglich umzusetzen. Gegebenenfalls hieraus für den AN resultierende Vergütungsansprüche richten sich nach § 2 Abs. 5 VOB/B.

Quelle: besondere Vertragsbedingungen (Stand: 29.04.2024)

§ 1 VOB/B Art und Umfang der Leistung

(3) Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.

(4) Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

Ausschluss der §§ 650b, 650c BGB ist unwirksam!

1. Die konkurrierenden Regelungen in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B gehen den §§ 650b, 650c BGB nicht vor, da die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wurde.
2. **§ 1 Abs. 3 und 4 VOB/B sind bei der isolierten Inhaltskontrolle wegen des Abweichens vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.** Aus diesem Grund ist der Ausschluss der §§ 650b, 650c BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam.

LG Hechingen, Urteil vom 02.11.2021 - 2 O 305/21 (nicht rechtskräftig)

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen



§ 4 Abs. 7 VOB/B ist unwirksam: Keine Kündigung wegen Mängeln vor Abnahme!

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. **Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.**

BGH, Urteil vom 19.01.2023 - VII ZR 34/20

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

Beschluss zur VOB/B, 18.01.2018

Der Hauptausschuss Allgemeines (HAA) hat, wie vom DVA-Vorstand ersucht, die VOB/B vor dem Hintergrund des am 01.01.2018 in Kraft getretenen gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auf Aktualisierungsbedarf geprüft. Der HAA fasst mehrheitlich den Beschluss, die VOB/B zunächst unverändert zu lassen.

Dem Beschluss liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet.

Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten.

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

3. Exkurs „Allgemeine Regeln der Technik“

„Die anerkannten Regeln der Technik sind nicht ausschließlich in förmlich veröffentlichten Vorschriften niedergelegt. Solche Bestimmungen sind nicht selten durch den neuesten Stand der Technik überholt.“

BGH, Urteil vom 19.01.1995 - VII ZR 131/93

BGH, Urteil vom 21.11.2013 - VII ZR 275/12

Wann ist eine technische Regel allgemein anerkannt?

1. Eine **technische Regel ist allgemein anerkannt**, wenn sie der **Richtigkeitsüberzeugung der technischen Fachleute im Sinne einer allgemeinen wissenschaftlichen Anerkennung entspricht und darüber hinaus in der Praxis erprobt und bewährt ist**; auf beiden Stufen muss die **technische Regel der überwiegenden Ansicht (Mehrheit) der technischen Fachleute entsprechen**.

2. Diese Feststellung bedingt eine Auswertung des jeweiligen Meinungsstands, während die Bewertung einer bestimmten Art der Bauausführung allein durch den beauftragten Gerichtssachverständigen unter Bezugnahme auf lediglich zwei Werke der Fachliteratur nicht ausreicht.

OLG Rostock, Beschluss vom 23.09.2020 - 4 U 86/19

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

4. Exkurs „DIN“

Abrechnungsregeln der VOB/C: AGB!

1. Die **Abrechnungsregelungen der VOB/C**: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen sind **Allgemeine Geschäftsbedingungen**.
2. Bei der Auslegung der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen kommt der Verkehrssitte maßgebliche Bedeutung zu, wenn Wortlaut und Sinn der Regelung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Kommentierungen der VOB/C sind grundsätzlich keine geeignete Hilfe zu deren Auslegung.

BGH, Urteil vom 17.06.2004 - VII ZR 75/03

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen



5. Exkurs „HOAI“

Rechtscharakter der HOAI

Die HOAI enthält nur Gebührentatbestände - Leistungspflicht und Haftung regelt der Vertrag

Was ein Architekt oder Ingenieur vertraglich schuldet, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel also aus dem Recht des Werkvertrages.

Die HOAI enthält keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen. Die in der HOAI geregelten "Leistungsbilder" sind Gebührentatbestände für die Berechnung des Honorars der Höhe nach.*)

BGH, Urteil vom 24.10.1996 - VII ZR 283/95

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen

5. Exkurs „HOAI 2021“

Einleitung:

HOAI vs. EuGH - EuGH beerdigt HOAI! Aber nicht vollständig ...

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, 2 g und 3 Richtlinie 2006/123/EG verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.

EuGH, Urteil vom 04.07.2019 - Rs. C-377/17

Neufassung der HOAI

Geltung per 01.01.2021

Für Verträge ab 01.01.2021

Achtung: Belehrungspflicht für Verbraucher

A. Grundlagen

I. Gesetze und Normen - Fazit

Die VOB muss einzelvertraglich vereinbart werden.

Hierbei reicht unter Vollkaufleuten eine Einbeziehung der VOB durch den Hinweis in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus.

Bei Privatleuten bzw. im Baubereich nicht bewanderten Vertragspartnern muss derjenige, der die VOB wirksam einbeziehen will, dem anderen Partner die VOB zur Kenntnis geben. Ein bloßer Hinweis auf die VOB genügt nicht.

Ist die VOB vereinbart, so geht sie dem Recht des BGB als Spezialregelung vor, die §§ 631 ff BGB werden durch die Spezialregelung VOB/B ergänzt.

Die wesentlichen Unterschiede der VOB im Gegensatz zum BGB sind:

- Die VOB bezieht sich ausschließlich auf Bauarbeiten; das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arbeiten, die auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges gerichtet sind, z.B. auch der Bau eines Schiffes.**
- Es existieren unterschiedliche Fristen für die Verjährung der Gewährleistungsansprüche (VOB = 4 Jahre, BGB = 5 Jahre).**
- Die VOB enthält strenge Formvorschriften, bei deren Verletzung der Bauunternehmer, möglicherweise Ansprüche verliert (vgl. § 2, 6, 8 VOB).**

A. Grundlagen

II. Werkvertragsarten

Vertragsart wird bestimmt durch die Art der Abrechnung der geschuldeten Leistung

Einheitspreisvertrag

Abrechnung nach Mengenansatz (Aufmaß) und Einheitspreis

Pauschalpreisvertrag

Abrechnung nach festem Preis (Mengenrisiko bei Vertragsparteien)

Globalpauschalvertrag

Detailpauschalvertrag

A. Grundlagen

II. Werkvertragsarten

Vertragsart wird bestimmt durch die Art der Abrechnung der geschuldeten Leistung:

Einheitspreisvertrag

Abrechnung nach Mengenansatz (Aufmaß) und Einheitspreis

Beispiele für Leistungsverzeichnisse bzw. EP-Verträge:

OZ	Leistungsbeschreibung	Menge ME	Einheitspreis in EUR	Gesamtbetrag in EUR
2.1.180.	Verwahrung-Verfüllung nicht mehr genutzter Schächte und Bauwerke nach Wahl des AN, geeignete lagenweise Verdichtung auf mind. 100% Proctordichte, auf Sohle Schacht, Lieferung Kies gesondert.	8,000 m3

A. Grundlagen

II. Werkvertragsarten



Pauschalpreisvertrag

Abrechnung nach festem Preis (Mengenrisiko bei Vertragsparteien)

Detailpauschalvertrag

Ausgangspunkt:

- detailliertes Angebot
- Angebot wird pauschaliert

Globalpauschalvertrag

„alle Leistungen und Lieferungen, die zur funktionsgerechten, technisch einwandfreien, termingerechten Ausführung erforderlich sind, auch wenn sie in den Vertragsunterlagen nicht ausdrücklich erwähnt sind“

Teil B

Vertragsschluss

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen

§ 145 Bindung an den Antrag

Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

§ 146 Erlöschen des Antrags

Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird.

§ 147 Annahmefrist

(1) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers oder einer sonstigen technischen Einrichtung von Person zu Person gemachten Antrag.

(2) Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen

§ 150 BGB

(1) Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag.

(2) Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag.

§ 157 Auslegung von Verträgen

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen

1. Vertragsschluss

Vertrag kommt ausschließlich durch
Angebot
und
vorbehaltlose Annahme zustande.

2. Formerfordernisse

keine Formerfordernisse (mündlich, schriftlich, konkludent)

(konkludentes Handeln dann gegeben, wenn eine Handlung eine Willenserklärung impliziert)

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen

3. Erforderlicher Inhalt der Einigung

Grundsätzlich:

erforderliche **Einigung über Leistung und Gegenleistung**

Ausnahme Werkvertrag:

§ 632 Vergütung

(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Daher: erforderliche Einigung über Leistung ausreichend
(dann ortsüblicher Preis)

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen - Praxisfälle

Wer schweigt, stimmt nicht zu!

1. Wurde ein Angebot durch schlüssiges Verhalten angenommen, stellt die anschließende Auftragsbestätigung, in der vom Angebot abgewichen wird, ein Angebot auf Abänderung des bereits geschlossenen Vertrags dar.
2. Das Schweigen eines Verbrauchers bedeutet keine Zustimmung, auch wenn er vom Vertragspartner zum Widerspruch aufgefordert wird.

OLG Stuttgart, Urteil vom 11.07.2019 - 13 U 230/18; BGH, Beschluss vom 25.03.2020 - VII ZR 184/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen - Praxisfälle

Nimmt der Auftraggeber das Angebot des Auftragnehmers auf Abschluss eines Bauvertrages **mit der Maßgabe an**, dass eine **neue Bauzeit festgelegt** wird, **gilt das als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrag auf Abschluss des Vertrages mit im Übrigen unveränderten Bedingungen**. Dieser Antrag kann dadurch angenommen werden, dass der Auftragnehmer mit dem Auftraggeber einen auf die neue Bauzeit abgestimmten Bauzeitenplan vereinbart.

BGH, Urteil vom 24.02.2005 - VII ZR 141/03

Eine **Einschränkung des Leistungsumfangs im Angebotsschreiben** des Unternehmers wird **hinfällig**, wenn der **Besteller** in seinem Auftragsschreiben **den Leistungsumfang erweitert** und der **Unternehmer widerspruchslos mit der Ausführung der Leistung beginnt**.

OLG München, Beschluss vom 02.10.2018 - 18 U 4070/17; BGH, Beschluss vom 03.04.2019 - VII ZR 222/18 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

B. Vertragsschluss

I. Grundlagen - Praxisfälle

Fazit – Nachtragswesen

Diskussionen über den Vertragsinhalt sind nicht 100%ig vorhersagbar. Allerdings besteht jedenfalls im VOB-Vertrag der Grundsatz

„Leistungssicherheit geht vor Vertragssicherheit“

Dadurch werden viele Problempunkte auf einen späteren Zeitpunkt verlagert.

Empfehlung - Vorbehalt erklären + in Abrechnung mit aufnehmen:

„wir nehmen Bezug auf die bisher geführte Diskussion im Hinblick auf die geltend gemachte Mehrvergütung/Nachtragsleistung. Wir werden entsprechend Ihrer Weisung die Leistung selbstverständlich ausführen.

Wir weisen aber daraufhin, dass wir an unserer Nachtragsforderung festhalten und auf die Bezahlung der Nachtragsforderung bestehen.“

B. Vertragsschluss

II. Vollmacht



§ 164 Wirkung der Erklärung des Vertreters

(1) Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll.

§ 167 Erteilung der Vollmacht

(1) Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

(2) Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht.

B. Vertragsschluss

II. Vollmacht

§ 177 Vertragsschluss durch Vertreter ohne Vertretungsmacht

(1) Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab.

(2) Fordert der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

B. Vertragsschluss

II. Vollmacht

1. Voraussetzung für Vertragsschluss mit Vollmacht

Abgabe einer eigenen Willenserklärung (Angebot oder Annahme)

- in fremden Namen
- innerhalb der erteilten Vollmacht

Vertragsschluss **mit wirksamer Vollmacht:** Vertrag wirksam

Vertragsschluss **ohne wirksame Vollmacht:** Vertrag schwebend unwirksam

- bei Genehmigung des Vertretenen: Vertrag wirksam
- bei Verweigerung der Genehmigung: kein Vertragsschluss

B. Vertragsschluss

II. Vollmacht

4. Vollmacht des Architekten bzw. Bauleiters

Der Architekt ist lediglich technischer Vertreter des Bauherren.

Zulässige Rechtshandlungen

- kleine notwendige Zusatzaufträge vergeben
- Stundenzettel entgegennehmen
- Bedenkenanmeldungen entgegennehmen
- Aufmaß durchführen

Unzulässige Rechtshandlungen

- Abnahmen durchführen
- Rechnungen anerkennen
- Wesentliche Änderungsanordnungen treffen

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Einleitung

Nicht belehrter Verbraucher bekommt das Dach kostenlos neu eingedeckt!

1. Ein Verbraucherbauvertrag liegt nur vor, wenn erhebliche Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude vorgenommen werden. Weder die Instandsetzung oder Renovierung ohne erhebliche Umbauarbeiten noch die vollständige Neueindeckung eines Dachs fallen hierunter.

...

3. **Wird der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt, schuldet er keinen Wertersatz, wenn er den Vertrag widerruft und eine Rückgewähr der Leistung nicht möglich ist.**

4. Dachziegel sind wesentliche Bestandteile eines Gebäudes und somit wesentliche Grundstücksbestandteile. Mit der Verlegung geht das Eigentum an den Dachziegeln auf den Grundstückseigentümer über.

OLG München, Beschluss vom 19.04.2021 - 28 U 7274/20 Bau

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Einleitung

Baustellen-Nachträge über zusätzliche Leistungen kann ein Verbraucher-Bauherr widerrufen!

1. **Nachtragsvereinbarungen über zusätzliche Leistungen** des Unternehmers sind - anders als einseitige Änderungsanordnungen des Bestellers gem. § 650b Abs. 2 BGB - rechtlich selbstständige Werkverträge, weil sie - wie der Hauptvertrag - durch Angebot und Annahme zu Stande gekommen sind. Sie **können daher unter den Voraussetzungen der §§ 312b, 312g BGB selbstständig widerrufen werden.**

2. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB kommt es für das Widerrufsrecht nur darauf an, dass der Vertragsschluss außerhalb von Geschäftsräumen erfolgt ist. Auf eine konkrete Überraschung oder Überrumpelung kommt es nicht an. Es ist auch nicht erforderlich, dass die Überrumpelungssituation im konkreten Fall kausal zum Vertragsschluss durch den Verbraucher geführt hat (Anschluss an OLG Celle, IBR 2022, 238).

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.04.2023 - 8 U 17/23

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Einleitung

Nicht über Widerrufsrecht unterrichtet: Keine Vergütung trotz erbrachter Leistung!

Art. 14 Abs. 4 a i) und Art. 14 Abs. 5 Richtlinie 2011/83/EU sind dahin auszulegen, dass sie einen **Verbraucher von jeder Verpflichtung zur Vergütung der Leistungen befreien**, die in Erfüllung eines außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags erbracht wurden, **wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht nach Erfüllung dieses Vertrags ausgeübt hat.**

EuGH, Urteil vom 17.05.2023 - Rs. C-97/22

Handwerkerverträge an der Haustür - Widerrufsrecht beachten

Vereinbart war die Reinigung und Versiegelung von Dachpfannen und Pflastersteinen sowie die Sanierung von Holz zu einem Preis von 21.000 Euro. Nachdem die Arbeiten teilweise erbracht waren, hatte der Kunde seine Vertragserklärung widerrufen und seine Anzahlung von 12.500 Euro zurückgefordert. Der Handwerker hat dem einen vermeintlichen Anspruch für erbrachte Leistungen in Höhe von 8.050 Euro entgegeng gehalten.

Das Landgericht Bückeburg hatte dem Kunden in erster Instanz recht gegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung des Handwerkers hat der Senat jetzt mit Beschluss vom 26. April 2022 zurückgewiesen (Az. 6 U 6/22).

Quelle: IBR Nachrichten vom 04.05.2022

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Einleitung

Verbraucherschutz - Keine Widerrufsbelehrung: Kein Wertersatz!

1. Ein Vertrag über die Herstellung und Lieferung einer an ein bestehendes Haus angepassten Aufzugsanlage ist ein Werkvertrag.
2. Dem Unternehmer steht nach wirksamem Widerruf des Werkvertrags kein Wertersatzanspruch für bis zum Widerruf erbrachte Leistungen zu, wenn er den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nicht unterrichtet hat.

BGH, Urteil vom 30.08.2018 - VII ZR 243/17

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Einleitung

Architektenvertrag ist kein Bauvertrag: Privater Bauherr kann widerrufen!

1. Architektenverträge sind keine "Verträge über den Bau von Gebäuden oder erhebliche Umbaumaßnahmen" i.S.v. § 312 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Sie unterfallen den Vorschriften über den Verbraucherwiderruf in §§ 312b ff. BGB.
2. Ein Verbraucher kann den Architektenvertrag widerrufen, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit der Parteien außerhalb der Geschäftsräume des Architekten geschlossen wurde. Hierfür genügt es, dass nur der Verbraucher unter diesen Umständen ein bindendes Angebot abgab.

OLG Köln, Beschluss vom 23.03.2017 - 16 U 153/16

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Einleitung



Verbraucherschutz ist nicht verhandelbar!

1. Ein in der Wohnung eines Verbrauchers geschlossener Werkvertrag über den Ausbau einer alten und den Einbau einer neuen Treppe kann vom Verbraucher ohne Begründung widerrufen werden, er ist hierüber entsprechend zu informieren und erhält hierfür ausreichend Bedenkzeit.
2. Das **Widerrufsrecht besteht auch, wenn die Veranlassung zum Vertragsschluss vom Verbraucher ausging.**
3. **Wird der Verbraucher nicht belehrt, beträgt die Widerrufsfrist ein Jahr.**
4. Auf die gesetzlichen Verbraucherschutzrechte kann der Verbraucher nicht wirksam verzichten.

OLG München, Beschluss vom 24.03.2021 - 28 U 7186/20 Bau

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

1. Begriff „Verbraucher“

Bisher § 13 BGB:

„Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der **weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit** zugerechnet werden kann“

Neuer Verbraucherbegriff, § 13 BGB:

„Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die **überwiegend** weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz



Freiberufler baut Wohn- und Geschäftshaus: Verbraucher- oder Unternehmerhandeln?

1. Das Handeln als Unternehmer folgt nicht allein daraus, dass der Auftraggeber bei Vertragsschluss eine selbstständige berufliche Tätigkeit als Architekt ausgeübt hat.
2. Eine Vermutung dafür, dass alle Rechtsgeschäfte eines Freiberuflers "im Zweifel" seinem geschäftlichen Bereich zuzuordnen sind, besteht nicht.
3. Die **Verbrauchereigenschaft** eines Auftraggebers ist bei einem Vertrag, der sowohl privaten als unternehmerischen Zwecken dient, **dann zu verneinen, wenn der unternehmerische Zweck überwiegt.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2021 - 5 U 268/20

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

2. Verträge außerhalb von Geschäftsräumen, 312b BGB

Folgende Konstellationen für Werkunternehmer:

Abs. 1 Nr. 1 BGB - gleichzeitige körperliche Anwesenheit von Unternehmer und Verbraucher;
- an einem Ort, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist

oder

Abs. 1 Nr. 3 BGB - **Verbraucher wird außerhalb von Geschäftsräumen** des Unternehmers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers **persönlich und individuell angesprochen**
- **Vertrag wird** unmittelbar danach **in den Geschäftsräumen oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen**

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

3. Ausnahmen

Folgende Ausnahmen für Werkunternehmer:

§ 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB

Verträge, bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn aufzusuchen, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen

(Rückausnahme: gilt nicht für weitere Leistungen oder Lieferungen, die bei Reparatur oder Instandhaltung nicht unbedingt benötigt wurden)

Durch die Änderungen des BGB per 01.01.2018 ist für Neubauten und erhebliche Umbauten der neue Verbraucherbaupvertrag (§ 650i BGB) geschaffen.

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

4. Pflichten gegenüber Verbraucher/ Verbraucherrechte

Widerrufsrecht des Verbrauchers

Verbraucher hat Widerrufsrecht – mündlicher Widerruf reicht aus

Frist 14 Tage ab Vertragsschluss

Voraussetzung

Verbraucher muss über Widerrufsrecht und auch ein Nichtbestehen des Widerrufsrechtes belehrt werden

Folgen der Nichtbelehrung

Widerrufsrecht 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss

Achtung: Gilt auch bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz

Kapitel 2 – Bauvertrag, § 650 a BGB

(1) Ein *Bauvertrag* ist ein Vertrag über die *Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, eine Außenanlage oder eines Teils davon.*

Wertersatz bei Bauverträgen

§ 357a BGB Wertersatz als Rechtsfolge des Widerrufs von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen

(2) *Der Verbraucher hat Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachten Dienstleistungen, für die der Vertrag die Zahlung eines Preises vorsieht, oder die bis zum Widerruf erfolgte Lieferung von Wasser, Gas oder Strom in nicht bestimmten Mengen oder nicht begrenztem Volumen oder von Fernwärme zu leisten, wenn*

- 1. der Verbraucher von dem Unternehmer ausdrücklich verlangt hat, dass mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen werden soll,*
- 2. bei einem außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag der Verbraucher das Verlangen nach Nummer 1 auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt hat und*
- 3. der Unternehmer den Verbraucher nach Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 und 3 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche ordnungsgemäß informiert hat.*

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz – Verbraucherbauvertrag

Kapitel 3 – Verbraucherbauvertrag, § 650 i BGB

*(1) Verbraucherbauverträge sind Verträge, durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum **Bau eines neuen Gebäudes** oder zu **erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude** verpflichtet wird.*

Wertersatz bei Verbraucherbauverträgen

§ 357e BGB Rechtsfolge des Widerrufs bei Verbraucherbauverträgen

Ist die Rückgewähr der bis zum Widerruf erbrachten Leistungen ihrer Natur nach ausgeschlossen, schuldet der Verbraucher dem Unternehmer Wertersatz. Bei der Berechnung des Wertersatzes ist die vereinbarte Vergütung zugrunde zu legen.

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz – Verbraucherbauvertrag



Kein Verbraucherbauvertrag bei Einzelgewerkvergabe!

1. Bei einem im Wege der Einzelvergabe abgeschlossenen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über einzelne Bauleistungen des Innenausbaus handelt es sich nicht um einen Verbraucherbauvertrag.
2. Der Begriff der erheblichen Umbaumaßnahmen i.S.d. § 650i Abs. 1 BGB ist hierbei eng auszulegen.

KG, Urteil vom 16.11.2021 - 21 U 41/21

B. Vertragsschluss

III. Sonderfall Verbraucherschutz – Verbraucherbauvertrag

Jede Vertragsperson ist ohne Ansehen der Situation und ohne Ansehung der Person als Verbraucher anzusehen – daher Widerrufsbelehrung ausreichen

die 2-wöchige Widerrufsfrist ist in Anbetracht der häufig weitaus längeren Anlaufzeiten bis zur Ausführung eher unbeachtlich

Teil C

Vertragsinhalt

Geschuldete Leistung vs. Nachtrag erkennen

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen BGB

§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur *Herstellung des versprochenen Werkes*, der Besteller zur *Entrichtung der vereinbarten Vergütung* verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

§ 650a Bauvertrag

(1) Ein Bauvertrag ist ein *Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon*. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen VOB/B



§ 1 VOB/B Art und Umfang der Leistung

(1) Die auszuführende Leistung wird *nach Art und Umfang durch den Vertrag* bestimmt.

§ 3 VOB/B Ausführungsunterlagen

- (1) Die für die Ausführung *nötigen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben.*
- (2) Das Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlagen, ebenso der Grenzen des Geländes, das dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt wird, und das Schaffen der notwendigen Höhenfestpunkte in unmittelbarer Nähe der baulichen Anlagen sind Sache des Auftraggebers.

§ 4 VOB/B Ausführung

...

(2) 1. Der Auftragnehmer hat die *Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen.* Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen zu beachten.

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen



BGB-Vertrag, § 631 BGB

- Keine besonderen Regelungen
- Vertragsinhalt wird durch Auslegung ermittelt

VOB-Vertrag, § 1 VOB/B

§ 1 Art und Umfang der Leistung

(1) Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt.

- Keine besonderen Regelungen
- Vertragsinhalt wird durch Auslegung ermittelt

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen - Risikoverteilung

Risikoverteilung (wird durch Vertragsauslegung ermittelt)

Ausgangspunkt (klassische Risikoverteilung im VOB/B-Vertrag)

- Ausführung der Bauleistung – Auftragnehmer (§ 4 Abs. 2 VOB/B)
- Planung der Bauleistung – Auftraggeber (§ 3 Abs. 1 VOB/B)

Erfüllung des Werkvertrages

§ 13 VOB/B Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine **Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln** zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die **vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht**.

Auftragnehmer: Herstellung des versprochenen Werkes
- **vergütungstechnischer** Erfüllungsbegriff
- **gewährleistungstechnischer** Erfüllungsbegriff

Auftraggeber: Bezahlung des Werklohnes

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen - Risikoverteilung

Im Werkvertrag schuldet der Auftragnehmer immer ein funktionstaugliches Werk

Auch nach der Änderung des § 633 BGB n.F. durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts **entspricht ein Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist.**

BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05

Die **Herstellungspflicht** des Werkunternehmers **beschränkt sich nicht auf die Einhaltung der vereinbarten Ausführungsart**, wenn diese nicht zu einer zweckentsprechenden und funktionstauglichen Werkleistung führt. Die Leistungsvereinbarung der Parteien **wird überlagert von der Herstellungspflicht**, die dahin geht, **ein nach den Vertragsumständen zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk zu erbringen.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.03.2013 - 23 U 87/12

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen - Risikoverteilung

Ausgangsfall – geschuldete Leistung

2015: Planung, Angebot und Vertrag für Einfamilienhaus
(Planung und Angebot nach gültigen Regeln –
daher: Energieeinsparverordnung (EnEV) - Stand 2015)
Ausführungsbeginn

2016: Änderung Eenergieeinsparverordnung (EnEV) per 01.01.2016

Fertigstellung des Einfamilienhauses Mitte 2016

Fragen:

Was ist durch den Vertrag geschuldet – EnEV 2015 oder EnEV 2016?

C. Vertragsinhalt – gesetzliche Vorgaben

I. Grundlagen - Risikoverteilung

„Zeitpunkt - Allgemeine Regeln der Technik“

1. Der **Auftragnehmer schuldet** gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B 2006 grundsätzlich die **Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme**. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.

2. a) In einem solchen Fall hat der **Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren**, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

b) Der **Auftraggeber** hat sodann im Regelfall **zwei Optionen: Der Auftraggeber kann zum einen die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen** mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. **Der Auftragnehmer kann**, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, **im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen**. Der **Auftraggeber kann** zum anderen **von einer Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen**.

Vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Auslegungsgrundsätze

BGB-Vertrag

- Keine besonderen Regelungen
- Vertragsinhalt wird durch Auslegung ermittelt

VOB-Vertrag, § 1

- Grundsatz: Vertragsinhalt durch Auslegung
- bei Widersprüchen
 - Leistungsbeschreibung
 - Besondere Vertragsbestimmungen
 - Zusätzliche Vertragsbestimmungen
 - Zusätzliche Technische Vertragsbestimmungen
 - Allgemeine Technische Vertragsbedingungen
 - Allgemeine Vertragsbedingungen

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle



Angaben „ohne Gewähr“

Ein Bauunternehmer darf sich auf Boden- und Wasserverhältnisse, die in der Ausschreibung aufgeführt sind, dann nicht verlassen, wenn die Vorgaben der Bodenklassen "ohne Gewähr" für deren tatsächliches Vorliegen erfolgt sind. Erschwernisse durch andere Baugrundverhältnisse als vorgestellt, hat deshalb der Auftragnehmer zu tragen.

OLG Celle, Urteil vom 14.11.1996, 14 U 81/94

Leistungsverzeichnis mit „Ca.-Maße“

Dem Auftragnehmer steht kein Anspruch auf zusätzliche Vergütung wegen Maßabweichungen zu, wenn die vertraglichen Angaben auf "ca.-Maßen" beruhen und er gewerkespezifisch (hier: Fensterbau) mit den auf der Baustelle vorgefundenen Maßabweichungen rechnen musste.

OLG Oldenburg, Urteil vom 16.02.2010 - 12 U 18/07

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Ausgangsfall - Auslegung im Vertrag

Ausbau Straße (Ortsdurchfahrt Gemeindegebiet bzw. Kreisstraße)

LV enthält sinngemäß folgende Formulierung:

„teerhaltige Asphaltenschicht und darunter liegender Boden lösen, wird Eigentum des AN, Weiterverwenden durch AN“

keine Angaben zu Kontamination

Feststellung während Ausführung:

- Kontamination des Bodens – Deponierung erforderlich

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Auslegung im Vertrag

1. Grundsätzlich ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, ihm mögliche und zumutbare Angaben zur **Kontamination** eines zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens **zu machen**. Ein **Unterlassen** solcher Angaben kann die **Auslegung** des Vertrags dahin rechtfertigen, **eine Bodenkontamination liege nicht vor**.

2. Ein **ausdrücklicher Hinweis** auf die Kontaminierung des zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens ist **nicht notwendig**, wenn diese sich **aus den Umständen klar und eindeutig** ergibt, weil der im Leistungsverzeichnis beschriebene Boden **regelmäßig kontaminiert** ist (hier: Boden unterhalb einer teerhaltigen Asphaltsschicht).

BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 67/11

Sachverhalt:

- *Ausbau Ortsdurchfahrt Gemeindegebiet*
- *Kläger ist beauftragt, teerhaltige Asphaltsschicht und darunter liegender Boden zu entfernen*
- *LV sieht vor, Boden lösen und von K weiterverwenden – keine Angaben zu Kontamination*
- *Analyse ergab LAGA Z 1.1*
- *Folge: Deponierung, Kosten 100.000 EUR*

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Auslegung im Vertrag

Der öffentliche Auftraggeber hat in der Leistungsbeschreibung eine **Schadstoffbelastung** auszuhebenden und zu entfernenden Bodens **nach den Erfordernissen des Einzelfalls anzugeben**. Sind **erforderliche Angaben zu Bodenkontaminationen nicht vorhanden**, kann der Bieter daraus **den Schluss ziehen**, dass ein **schadstofffreier Boden** auszuheben und zu entfernen ist (Anschluss an BGH, Urteil vom 22.12.2011 - VII ZR 67/11, IBR 2012, 65).
BGH, Urteil vom 21.03.2013 - VII ZR 122/11

Sachverhalt:

- *Ausbau Kreisstraße*
- *Kläger ist beauftragt, teerhaltige Asphaltenschicht und darunter liegender Boden zu entfernen*
- *LV sieht vor, Boden lösen und von K weiterverwenden – keine Angaben zu Kontamination*
- *Aushubmaterial hat Chloridbelastung*
- *Folge: Deponierung, Kosten 180.000 EUR*

DIN 18299, 0

„In der Leistungsbeschreibung sind nach den Erfordernissen des Einzelfalls ... anzugeben“

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Auslegung im Vertrag - Leistungsverzeichnis lückenhaft: Keine Kalkulation "ins Blaue" hinein!

1. Die ausdrückliche Angabe einer Bodenkontamination in den Vergabeunterlagen ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn sich aus den gesamten Vertragsumständen klar ergibt, dass eine derartige Belastung vorliegt.
2. Ein **Bieter darf bei einem erkennbar lückenhaften Leistungsverzeichnis nicht einfach von einer ihm günstigen Preisermittlungsgrundlage ausgehen**, sondern muss sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots zu klären versuchen.

OLG Naumburg, Urteil vom 27.06.2019 - 2 U 11/18

Auftragnehmer darf nicht von unbelastetem Baugrund ausgehen!

Der Auftragnehmer darf nicht von einem unbelasteten Baugrund ausgehen, wenn aus dem der Ausschreibung beigefügten Baugrundgutachten hervorgeht, dass mit Kontaminationen gerechnet werden muss.

OLG Naumburg, Urteil vom 18.07.2019 - 8 U 21/17

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Auslegungsgrundsätze - Sonderproblem

Nach gefestigter Rechtsprechung des Senats darf der Auftragnehmer ein erkennbar lückenhaftes Leistungsverzeichnis nicht einfach hinnehmen, sondern muß sich daraus ergebende Zweifelsfragen vor Abgabe seines Angebots klären (vgl. Senat, NJW 1966, 498; VOB/B Nr. 6 = Schäfer-Finnern Z 2.311 Bl. 31 (36); WM 1975, 233 (234); vgl. auch Ingenstau-Korbion, 10. Aufl., A § 9 Rdnr. 5 m. w. Nachw.). **Ähnlich ist es, wenn sich für ihn aus dem Leistungsverzeichnis und den ihm überlassenen Unterlagen die Bauausführung in bestimmter Weise nicht mit hinreichender Klarheit ergibt (hier der mögliche Anteil von Großflächenschalung), er darauf aber bei der Kalkulation maßgebend abstellen will** (vgl. auch Senat, Schäfer-Finnern Z 2.311 Bl. 5 (7); ferner Senat, BauR 1979, 154 (155); VOB/B Nr. 96 = BauR 1978, 222 (224)). Auch dann muß er versuchen, insoweit aufkommende Zweifel vor Abgabe des Angebots auszuräumen, wenn sich das mit zumutbarem Aufwand machen läßt.

BGH, Urteil vom 25.06.1987 - VII ZR 107/86

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Funktionale Leistungsbeschreibung: Keine Mehrvergütung für aufwändigere Ausführung!

1. Ist die Leistung funktional beschrieben, legt der Auftragnehmer fest, mit welchen Maßnahmen er den funktionalen Leistungserfolg erreicht.
2. Entscheidet sich der Auftragnehmer unter mehreren Ausführungsmöglichkeiten für die aufwändigere Variante, kann er für die hiermit verbundenen Mehrkosten keine zusätzliche Vergütung geltend machen.

OLG Dresden, Urteil vom 31.08.2011 - 1 U 1682/10

C. Vertragsinhalt

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Kommt der Auftragnehmer der **Anordnung einer ihm zumutbaren Beschleunigung** nach und führt er die angeordneten Maßnahmen durch, hat er **Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B**. Danach sind die Mehrkosten zu ersetzen, die adäquat-kausal auf eine konkrete Anordnung zurückgehen.

Den **Bauablauf entscheidend beeinflussende unvorhersehbare Mehrmengen**, die eine Preis-anpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B begründen, können eine **Verlängerung der Ausführungsfristen** nach sich ziehen.

Dasselbe gilt auch für **Änderungen des Bauentwurfs**, weil die Ausübung des Eingriffsrechts des Auftraggebers seinem Risikobereich zuzuordnen ist. In diesem Fall ist **der neue Preis nach § 2 Nr. 5 VOB/B unter Berücksichtigung der (bauzeitabhängigen) Mehr- oder Minderkosten** zu vereinbaren.

OLG Dresden, Urteil vom 09.01.2013 - 1 U 1554/09; BGH, Beschluss vom 23.04.2015 - VII ZR 54/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

Verlangen einer mangelhaften Leistung

Lassen die Ausschreibungsunterlagen die Abgabe eines Angebotes zu, so wird ein Bieter hieran nicht dadurch gehindert, dass die ausgeschriebene Leistung nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen mag.

OLG Dresden, Beschluss vom 17.05.2011, WVerg 3/11

Wer plant haftet!

1. Die Planung der Bauleistungen obliegt im VOB-Vertrag grundsätzlich dem Auftraggeber. Schlägt der Auftragnehmer die Ausführung einer geänderten Leistung vor, muss er die hierzu erforderlichen Planungsleistungen erbringen.
2. Den mit der Bauüberwachung beauftragten Bauleiter des Auftraggebers treffen keine Prüf- und Hinweispflichten in Bezug auf die Planung des Auftragnehmers.

OLG Brandenburg, Urteil vom 14.08.2013 - 4 U 191/11

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle

"Untergeschobene" Änderungen sind unbeachtlich!

1. Die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebots seinen davon abweichenden Vertragswillen in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 22.07.2010 - VII ZR 129/09, BauR 2010, 1929 Rz. 26 = NZBau 2010, 628 = IBRRS 2010, 3365).
2. Diese Anforderungen können im Einzelfall nicht gewahrt sein, wenn der Empfänger eines schriftlichen Angebots anstelle des ursprünglichen Textes die von ihm vorgenommenen wesentlichen Änderungen mit gleichem Schriftbild so in den Vertragstext einfügt, dass diese nur äußerst schwer erkennbar sind, und in einem Begleitschreiben der Eindruck erweckt wird, er habe das Angebot unverändert angenommen.

BGH, Urteil vom 14.05.2014 - VII ZR 334/12

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Vertragsauslegung - Praxisfälle



Funktionale Leistungsbeschreibung: Keine Mehrvergütung für aufwändigere Ausführung!

1. Ist die Leistung funktional beschrieben, legt der Auftragnehmer fest, mit welchen Maßnahmen er den funktionalen Leistungserfolg erreicht.
2. Entscheidet sich der Auftragnehmer unter mehreren Ausführungsmöglichkeiten für die aufwändigere Variante, kann er für die hiermit verbundenen Mehrkosten keine zusätzliche Vergütung geltend machen.

OLG Dresden, Urteil vom 31.08.2011 - 1 U 1682/10

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Auslegungsgrundsätze – Vertragsbestandteile als sinnvolles Ganzes

Im Fall von **Widersprüchen zwischen dem Inhalt der Baubeschreibung und den Ansichtszeichnungen** kommt der **Baubeschreibung kein Vorrang gegenüber den Plänen** zu, weil alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung als gleichrangig anzusehen sind. Für die Bestimmung des Leistungsumfangs ist vielmehr die **konkretere Darstellung maßgeblich**.

OLG Bremen, Urteil vom 30.12.2010 - 1 U 51/08

1. Es existiert **kein Grundsatz** des Inhalts, dass **bei Widersprüchen zwischen Plänen und Leistungsverzeichnis stets die Pläne vorrangig** sind.
2. Im Fall eines Widerspruchs zwischen Plänen und Leistungsverzeichnis ist der vom Auftragnehmer geschuldete Leistungsumfang vielmehr durch eine **Auslegung der gesamten Vertragsunterlagen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte** zu ermitteln.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.11.2011 - 21 U 9/11

C. Vertragsinhalt – vertragliche Vorgaben

II. Auslegungsgrundsätze – Vertragsbestandteile als sinnvolles Ganzes



Auslegung der Leistungsbeschreibung als sinnvolles Ganzes

Ein Bauvertrag ist als sinnvolles Ganzes auszulegen. Grundsätzlich ist auch bei einem Bauvertrag, der nicht nach VOB/A ausgeschrieben worden ist, davon auszugehen, daß der Anbieter eine Leistung widerspruchsfrei anbieten will. **Bei Unklarheiten** über nicht von vornherein in Übereinstimmung zu bringende Vertragserklärungen **hat sich die Auslegung zunächst an demjenigen Teil zu orientieren, der die Leistung konkret beschreibt.**

BGH, Urteil vom 05.12.2002 - VII ZR 342/01

Für die Abgrenzung, welche Leistungen von der vertraglich vereinbarten Vergütung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Diese ist **im Zusammenhang des gesamten Vertragswerks auszulegen**. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart, gehören hierzu auch die Allgemeinen Technischen Bestimmungen für Bauleistungen, VOB/C (Ergänzung von BGH, Urteil vom 28. Februar 2002 - VII ZR 376/00, IBR 2002, 231 = BauR 2002, 935 = ZfBR 2002, 482 = NZBau 2002, 324).

BGH, Urteil vom 27.07.2006 - VII ZR 202/04

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Planfreigabe vs. Änderungsanordnung

Einzelproblem:

Ist die Freigabe des AG einer vom AN vorgelegten (veränderten) Ausführungs- bzw. Werkstattplanung eine Vertragsänderung bzw. Anordnung einer geänderten Leistung?

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Planfreigabe vs. Änderungsanordnung

Planfreigabe ist keine Änderungsanordnung!

1. Eine Anordnung des Auftraggebers i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B ist eine eindeutige, die vertragliche Leistungspflicht des Auftragnehmers ändernde oder erweiternde Erklärung des Auftraggebers. Diese muss als eine auf den Vertrag bezogene und diesen abändernde Erklärung für den Auftragnehmer verpflichtend sein.
2. Die Freigabe von Plänen, die der Auftragnehmer im Rahmen der ihm übertragenen Leistungspflichten zu erstellen hat, stellt keine Anordnung des Auftraggebers dar, wenn der Auftragnehmer abweichend vom vertraglichen Leistungsoll darin eine andere Ausführung als geschuldet eingetragen hat.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.10.2014 - 12 U 110/14; BGH, Beschluss vom 13.07.2016 - VII ZR 274/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ausführungsplanung weicht von Vertragsplänen ab: Planfreigabe ist keine Änderungsanordnung!

In der Freizeichnung einer von der ursprünglichen Planung abweichenden auftragnehmerseitigen Ausführungsplanung kann jedenfalls dann keine Anordnung im Sinne des § 2 Nr. 5 VOB/B gesehen werden, wenn der Auftraggeber nicht mit dem Bewusstsein gehandelt hat, eine kostenpflichtige Abweichung vom Inhalt des ursprünglichen Bauvertrags zu verlangen.

OLG Dresden, Urteil vom 31.08.2011 - 1 U 1682/10

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Planfreigabe vs. Änderungsanordnung

7.2 Soweit nichts anderes vereinbart, dürfen der Ausführung nur Unterlagen zugrunde gelegt werden, die vom Auftraggeber als zur Ausführung bestimmt gekennzeichnet sind.

Der Auftragnehmer ist für die Richtigkeit der von ihm erstellten Pläne und Unterlagen verantwortlich. Die Genehmigung von auftragnehmerseitig erstellten Plänen durch den Auftraggeber schränkt die Verantwortlichkeit des Auftragnehmers dem Grunde nach nicht ein.

Quelle: Zusätzliche Vertragsbedingungen (Ausgabe 2019)

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Pläne als Anweisung

Einzelproblem:

Ist die Übergabe eines geänderten Ausführungsplanes durch den AG eine Anordnung einer geänderten Leistung?

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Pläne als Anweisung

Änderung des Bauentwurfs durch Übergabe von Schal- und Bewehrungsplänen!

Übergibt der Auftraggeber dem Auftragnehmer Schal- und Bewehrungspläne, in denen abweichend von einer zuvor getroffenen Vereinbarung die Erstellung der Decke in Ortbeton statt als Fertigteildecke vorgesehen ist, liegt darin eine Änderung des Bauentwurfs.

*KG, Urteil vom 21.04.2016 - 27 U 81/15; BGH, Beschluss vom 25.04.2018 - VII ZR 119/16
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)*

Versus

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Pläne als Anweisung

Übergabe geänderter Pläne = Änderung des Bauentwurfs?

Die Anordnung einer Änderung des Bauentwurfs kann in der Übergabe geänderter Pläne liegen.

Es ist nicht notwendig, dass der Auftraggeber dabei den Willen hat, das beschriebene Leistungssoll zu ändern. Er kann auch davon ausgehen, die geforderte Ausführung gehöre zur vertraglichen Leistung und sei mit den vereinbarten Preisen abgegolten.

Notwendig ist jedoch, dass der Auftragnehmer die Erklärung oder das Verhalten des Auftraggebers als **Änderungsanordnung auffassen darf**. Der Auftragnehmer muss annehmen dürfen, dass dem Auftraggeber bewusst ist, dass er etwas anderes will als ursprünglich vereinbart.

OLG Schleswig, Urteil vom 09.12.2022 - 1 U 29/21; BGH, Beschluss vom 25.10.2023 - VII ZR 247/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Vertragsinhalt

II. Auslegungsgrundsätze

Pläne als Anweisung

Empfehlung:

1. *„nehme ich Bezug auf den uns nunmehr übergebenen Plan vom (Planstand) und
halten fest, dass hierin eine Änderung der Leistungen
.....
enthalten ist.
Wir führen die Arbeiten gern aus. Aufgrund dieser Veränderung muss der Preis angepasst werden. Ein
entsprechendes Nachtragsangebot wird zeitnah übersandt.“*

oder

2. *Nachfragen*

und/oder

3. *soweit erforderlich - Bedenkenanmeldung*

Teil D

Kündigung

D. Kündigung

I. Form/Frist

§ 650h BGB Schriftform der Kündigung

Die Kündigung des Bauvertrags bedarf der schriftlichen Form.

§ 8 VOB/B Kündigung durch den Auftraggeber

(6) Die Kündigung ist schriftlich zu erklären.

Jede Art der Kündigung bedarf der Schriftform, § 126 BGB (Urkunde mit Unterschrift)

D. Kündigung

I. Form/Frist

§ 648a BGB Kündigung aus wichtigem Grund

(3) § 314 Absatz 2 und 3 gilt entsprechend.

§ 314 BGB Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund

(2) Besteht der wichtige Grund in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag, ist die Kündigung erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig. Für die Entbehrlichkeit der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und für die Entbehrlichkeit einer Abmahnung findet § 323 Absatz 2 Nummer 1 und 2 entsprechende Anwendung. Die Bestimmung einer Frist zur Abhilfe und eine Abmahnung sind auch entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Kündigung rechtfertigen.

(3) Der Berechtigte kann nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat.

Fazit:

- Abmahnung/Nachfrist erforderlich***
- zeitnah nach Kenntnis von Kündigungsgrund kündigen***

D. Kündigungsmöglichkeiten

II. Auftraggeber



1. BGB-Vertrag

Ordentliche Kündigung, § 648 BGB

jederzeit und ohne Begründung möglich.

Folge:

Begrenzung der geschuldeten Leistung

Kündigungsabrechnung

1. erbrachte Werkleistungen
2. nicht erbrachte Werkleistungen abzüglich ersparter Aufwendungen

D. Kündigungsmöglichkeiten

II. Auftraggeber

außerordentliche Kündigung, §648a BGB

- Kündigung, wenn „*dem kündigendem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beidseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werkes nicht zugemutet werden kann*“
- Teilkündigung möglich
- Abmahnung und Kündigungsfrist (§ 648a Abs. 3, § 314 Abs. 2 und 3 BGB) beachten

D. Kündigungsmöglichkeiten

II. Auftraggeber

2. VOB-Vertrag

Ordentliche Kündigung, § 8 Abs. 1 VOB/B

Identisch zu BGB-Vertrag

außerordentliche Kündigung

- Kündigung bei Insolvenz des AN, § 8 Abs. 2 VOB/B
- Kündigung bei Vertragsverletzungen, § 4 Abs. 7 iVm. § 8 Abs. 3 VOB/B, § 4 Abs. 8 iVm. § 8 Abs. 3 VOB/B, § 5 Abs. 4 iVm. § 8 Abs. 3 VOB/B
- Kündigung bei dauernder Behinderung, § 6 Abs. 7 VOB/B

D. Kündigungsmöglichkeiten

II. Auftraggeber - Praxisproblem

Bauvorhaben „Ausbau einer Straßenbahnlinie“

Hauptauftragnehmerin für die Werkleistung – Beklagte

Subunternehmer der Beklagten – Klägerin

Auftrag von Beklagte an Klägerin: 2004

Auftragssumme: 3.031.527,96 EUR netto

Beauftragte Leistung:

„Rückenstütze aus Beton B25 nach Zeichnung herstellen“ + „Unterbeton B25 liefern und nach Zeichnung herstellen“

(neuer Bezeichnung: C 20/25)

Mängelablauf

03.08.2006 – Mängelrüge Betonqualität mit Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

11.08.2006

11.08.2006 – letzte Nachfristsetzung mit **Kündigungsandrohung** bis 18.08.2006

18.08.2006 – AN hat Mängel nicht beseitigt - **Kündigung**

D. Kündigungsmöglichkeiten

II. Auftraggeber - Praxisproblem

Kündigung nach § 4 Abs. 7 VOB/B: Schon der kleinste Mangel reicht!

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand.

Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 19.01.2023 - VII ZR 34/20

D. Kündigungsmöglichkeiten

III. Auftragnehmer

1. BGB-Vertrag

Ordentliche Kündigung

Nicht möglich

außerordentliche Kündigung

Identisch wie AG, § 648a BGB

2. VOB-Vertrag

Ordentliche Kündigung

Nicht möglich

außerordentliche Kündigung

Kündigung bei Annahmeverzug des AG, § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B

Kündigung bei Zahlungsverzug, § 9 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B

Kündigung bei dauernder Behinderung, § 6 Abs. 7 VOB/B

D. Kündigungsmöglichkeiten

IV. Verhaltensweise bei Kündigung

1. Leistungsfeststellung bzw. Aufmaß, § 648a Abs. 4 BGB

Leistungsfeststellung auf Verlangen des Unternehmers oder des Auftraggebers:

Form: gemeinsame Feststellung mit Angabe des Tages und von beiden Vertragsparteien unterschrieben

Verfahren:

- Fristsetzung durch AN oder gemeinsamer Termin
- Ziel: gemeinsame Feststellung
- bleibt AG fern: einseitige Feststellung

Wirkung: bleibt (unentschuldigt) Partei fern, trifft sie die Beweislast für den Leistungsstand

D. Kündigungsmöglichkeiten

III. Verhaltensweise bei Kündigung

2. Abnahme

Kündigung: Werklohnforderung grundsätzlich erst mit Abnahme fällig! (Rechtsprechungsänderung!)

Nach Kündigung eines Bauvertrages wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung, vgl. Senat, Urteil vom 09.10.1986 - VII ZR 249/85, *ibr-online*).

BGH, Urteil vom 11.05.2006 - VII ZR 146/04

3. Abrechnung

D. Kündigungsmöglichkeiten

III. Verhaltensweise bei Kündigung

Praxishilfe

*Sehr geehrte Damen und Herren,
wir haben Ihre Kündigung vom erhalten.*

Wir fordern Sie hiermit auf, eine gemeinsame Leistungsfeststellung/Aufmaß sowie die Abnahme der bisher erbrachten Leistungen mit uns durchzuführen. Als Termin für die Durchführung der gemeinsamen Feststellung bzw. der Abnahme schlagen wir

..... (Termin) vor Ort

vor. Sollten wir nichts von Ihnen hören, gehen wir davon aus, dass Sie zu diesem Termin anwesend sein werden, um die gemeinsamen Feststellungen zu treffen. Sollte Ihnen wider Erwarten dieser Termin nicht möglich sein teilen Sie uns dies bitte unter Angabe von Gründen unverzüglich mit. Für diesen Fall schlagen wir als Alternativtermin den vor.

Abschnitt III.

Vergütung, Nachträge und Abnahme

Teil A

Vergütungsregelung

A. Vergütungsregelung

I. BGB-Vertrag



Abschlagsrechnungen, § 632a Abs. 1 BGB

Der *Unternehmer kann* von dem Besteller eine *Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen*. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern.

...

Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche *Stoffe oder Bauteile*, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem *Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird*.

jederzeit in Höhe des Wertes der vom Unternehmer erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistung, § 632 a Abs. 1 Satz 1 BGB

für gelieferte Stoffe oder Bauteile, bei Übereignung oder Sicherheitsleistung, § 632 a Abs. 1 Satz 6 BGB

Gilt nicht für MABV

Bei Verbraucherverträgen über Errichtung eines Hauses ist Sicherheit zu leisten, § 632 a Abs. 3 BGB

A. Vergütungsregelung

I. BGB-Vertrag

2. Schlussrechnung – beim Bauvertrag, § 650g Abs. 3 BGB

Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

- 1. der **Besteller das Werk abgenommen** hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist und*
- 2. **der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung** erteilt hat.*

Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist.

Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

A. Vergütungsregelung

I. BGB-Vertrag



Vollständige Arbeitsberichte sind bares Geld wert - seit 2018 auch im BGB-Werkvertrag!

1. Eine prüfbare Schlussrechnung nach § 650g Abs. 4 Nr. 2 BGB erfordert aussagekräftige Stundenlohnzettel bzw. Arbeitsberichte.
2. Arbeitsberichte müssen für den jeweiligen Auftraggeber eine Nachvollziehung der Leistungen ermöglichen.

LG Konstanz, Urteil vom 19.02.2020 - 3 O 138/19

Die **Unterschrift** des Bauleiters des AG **unter Regieberichten** bedeutet regelmäßig kein Anerkenntnis, daß die Arbeiten nach Stundenlohn zu vergüten sind.

Mit der Unterschrift erkennt der dazu Berechtigte nur an, **daß die beschriebenen Leistungen nach Art und Umfang erbracht worden sind.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 08.08.1997 - 6 U 351/96; BGH, Beschluß vom 08.07.1999 - VII ZR 381/97 (Revision nicht angenommen)

A. Vergütungsregelung

I. BGB-Vertrag

3. Fälligkeit

BGB kennt keine Fälligkeitsfristen, außer die Abnahmevoraussetzung für Schlussrechnung

Ausnahme Bauvertrag: prüffähige Schlussrechnung (30 Tage Prüffrist)

Sonderproblem: Durchgriffsfälligkeit, § 641 Abs. 2 BGB

4. Verzug

durch Mahnung, § 286 Abs. 1 BGB

Ohne Mahnung,

Leistung nach dem Kalender bestimmt, § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Schuldner die Leistung endgültig und ernsthaft verweigert, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB

30 Tage nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung, § 286 Abs. 3 BGB (Achtung: besondere Voraussetzung bei Verbraucher)

A. Vergütungsregelung

I. BGB-Vertrag – typischer Fehler 1

Keine Abschlagsforderungen nach Schlussrechnungsreife!

1. Das Recht des Auftragnehmers, Abschlagsforderungen zu erheben, erlischt, wenn die Abnahme erfolgt ist, die Leistung des Auftragnehmers fertig gestellt ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat.

2. Daran ändert nichts, dass eine Klage auf Abschlagszahlung bereits erhoben worden ist. Diese Klage kann, auf eine Schlussrechnung gestützt, fortgeführt werden.

BGH, Urteil vom 20.08.2009 - VII ZR 205/07

Achtung - gilt auch im VOB-Vertrag

A. Vergütungsansprüche

Praxishilfe – typischer Fehler 2

Sachverhalt

Gesamtabnahme: 06.09.2022

Schlussrechnung: 30.09.2022

Mail AG: 24.10.2022

„Sehr geehrter Herr,

wir haben die Kopie ihrer Schlussrechnung vom 14.10.22 am 17.10.22 erhalten.

Da noch nicht alle zur Abnahme festgestellten Restleistungen erledigt sind, schicken wir die Rechnung an Sie zurück mit Bitte um zeitnahe Ausführung aller offenen Restleistungen.

@..... : Bitte Originalrechnung an die Firma zurückschicken.

Vor Einreichen der Schlussrechnung bitte gemeinsam das Aufmaß abstimmen.

Mit freundlichen Grüßen“

A. Vergütungsregelung

I. BGB-Vertrag - Typische Fehler 2

Erste prüfbare Schlussrechnung bestimmt den Fälligkeitszeitpunkt!

1. Die erstmalige Erteilung einer objektiv prüfbaren Schlussrechnung ist maßgeblich für den Beginn der Prüfungsfrist und für die Fälligkeit. **Einwendungen und Änderungswünsche des Auftraggebers, auch wenn der Auftragnehmer diesen durch Erstellung einer neuen Rechnung nachkommt, lassen die einmal eingetretene Fälligkeit und den Verjährungsbeginn unberührt.**

2. Der Anwendungsbereich des Verfahrens nach § 18 Abs. 2 Satz 1 VOB/B ist bei Verträgen mit juristischen Personen des Privatrechts, auch wenn diese vergaberechtlich öffentliche Auftraggeber sein sollten, nicht eröffnet. Ein unzulässiger Antrag nach § 18 Abs. 2 Satz 1 VOB/B hemmt die Verjährung nicht.

LG Koblenz, Urteil vom 25.07.2016 - 4 O 283/15

Schlussrechnung: Fällig bleibt fällig! (nicht im Script)

Ist eine Werklohnforderung des Auftragnehmers fällig geworden, weil der Auftraggeber innerhalb einer Frist von zwei Monaten keine Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung erhoben hat, kann die Vorlage weiterer, nicht prüfbarer Schlussrechnungen an der bereits eingetretenen Fälligkeit der Werklohnforderung nichts ändern. Es findet eine Sachprüfung statt, ob die Forderung berechtigt ist.

BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 41/10

A. Vergütungsansprüche

II. VOB - Vertrag

1. Abschlagsrechnung, § 16 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B

Jederzeit – in möglichst kurzen Zeitabständen

Nach Wert der jeweils nachgewiesenen Leistung

Material bzw. angefertigten und bereitgestellten Bauteilen nur, bei Eigentumsübertragung oder Sicherheitsleistung

2. Schlussrechnung, § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B

Prüfbare Schlussrechnung, § 14 Abs. 1 VOB/B

Abnahme

A. Vergütungsansprüche

II. VOB - Vertrag

3. Fälligkeitsfristen für Abschlagsrechnung

Binnen 21 Tagen nach Zugang

4. Prüf- und Fälligkeitsfristen für die Schlussrechnung

Prüffrist = Fälligkeitsfrist, § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B:

Prüfung innerhalb von 30 Tagen ab Zugang der Schlussrechnung

Verlängerung der Frist auf maximal 60 Tage, wenn

durch besondere Natur oder Merkmale sachlich gerechtfertigt
ausdrücklich vereinbart

5. Verzug, § 16 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B

Grundsatz:

Nachfristsetzung nach Fälligkeit

Auffangtatbestand:

§ 30 bzw. 60 Tage nach Zugang, wenn AN vertragsgemäß erfüllt hat und Entgelt
nicht rechtzeitig erhalten

(es sei denn – AG hat Verzug nicht zu vertreten)

A. Vergütungsansprüche

II. VOB - Vertrag

6. Erstellung der Schlussrechnung durch AG, § 14 VOB/B

Frist zur Erstellung der prüfbaren Schlussrechnung für AN

Bei Ausführungsfrist von max. 3 Monaten – 12 Werktage nach Fertigstellung

Je weitere 3 Monate – 6 Werktage mehr

Voraussetzungen für die Erstellung durch AG

Fristablauf

Nachfrist (angemessene Fristsetzung nach Ablauf der obigen Frist)

Keine prüfbare Schlussrechnung

Wirkung

Verjährungsbeginn

Evtl. Fristbeginn vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung

A. Vergütungsansprüche Praxishilfe - Leistungsfeststellung



*Sehr geehrte Damen und Herren,
wir haben zwischenzeitlich bei dem oben näher bezeichneten Bauvorhaben folgende Leistungen*

.....

.....

ausgeführt.

Da diese Leistungen durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden, liegt es im gemeinsamen Interesse, dass der Umfang der Leistung (Aufmaß) gemeinsam festgestellt wird. Als Termin für die Durchführung der gemeinsamen Feststellung schlagen wir

..... (Termin) vor Ort

vor. Sollten wir nichts von Ihnen hören, gehen wir davon aus, dass Sie zu diesem Termin anwesend sein werden, um die gemeinsamen Feststellungen zu treffen. Sollte Ihnen wider Erwarten dieser Termin nicht möglich sein teilen Sie uns dies bitte unter Angabe von Gründen unverzüglich mit. Für diesen Fall schlagen wir als Alternativtermin den vor.

Teil B

Abrechnung gekündigter Vertrag

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

I. Ordentlich gekündigter Vertrag

1. Abrechnung ordentlich gekündigter EP-Vertrag

Erbrachte Werkleistungen

Normale Abrechnung nach Aufmaß

Gekündigter Teil – Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen

1. Alternative - § 8 Abs. 1 VOB/B, § 649 Abs. 3 BGB = 5 % pauschaliert
2. Alternative - § 8 Abs. 1 VOB/B = konkrete Darlegung

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

I. Ordentlich gekündigter Vertrag

Beispielabrechnung – an einer EP-Position:

Angebot: 100 cbm * 824,00 €/cbm = 82.400,00 € netto (Erdarbeiten)

Kalkulation:

Material: 130,00€ Maschine: 80,00€ Lohn: 350,00€
AGK: 49,44€ BGK: 151,60€ Wagnis/Gewinn: 32,96€

Leistung bei Kündigung = 50 cbm

1. Erbrachte Leistung

50cbm * 824,00 €/cbm = 41.200,00 € zzgl. MwSt.

2. Gekündigte Leistung

49,44€ AGK + 32,96€ Wagnis/Gewinn, daher:

1. Alternative: 50cbm * 82,40€/cbm = 4.120,00 €

2. Alternative: 82.400,00 € / 41.200,00€ = 41.200,00€*0,05 = 2.060,00 €

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

I. Ordentlich gekündigter Vertrag

2. Abrechnung ordentlich gekündigter Pauschalvertrag

Erbrachte Werkleistungen

Ermittlung der erbrachten Werkleistung – regelmäßig mittels Aufmaß

Verhältnis zwischen erbrachter Menge und geschuldeter Menge bilden

Verhältnis zum Pauschalpreis bilden (Pauschalnachlass)

Gekündigter Teil – Werklohn abzüglich ersparter Aufwendungen

1. Alternative - § 8 Abs. 1 VOB/B, § 649 Abs. 3 BGB = 5 % pauschaliert

2. Alternative - § 8 Abs. 1 VOB/B = konkrete Darlegung

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

I. Ordentlich gekündigter Vertrag

Beispielabrechnung – an einer Pauschal-Position:

Angebot: 100 cbm * 824,00 €/cbm = 82.400 € netto (Erdarbeiten)

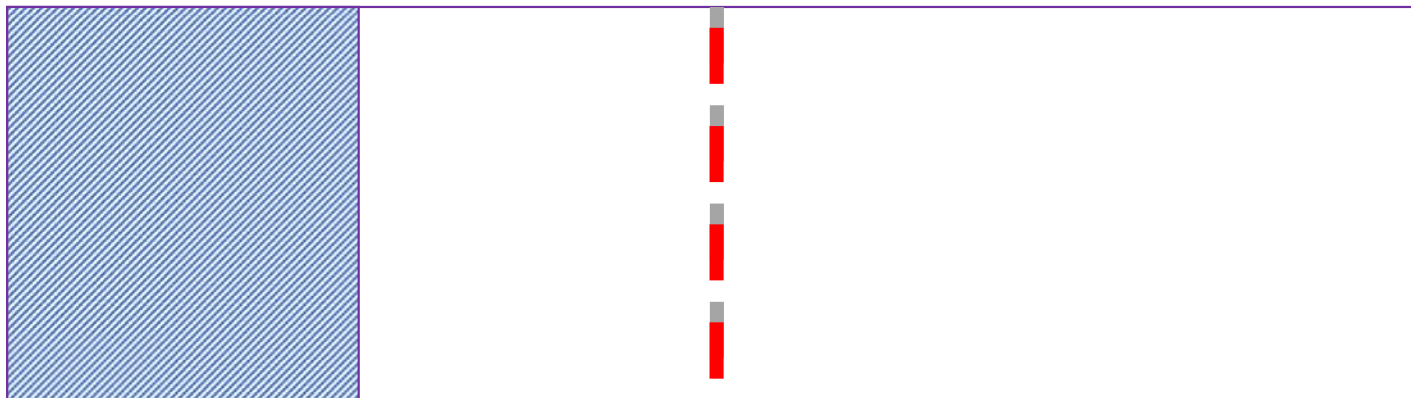
Tatsächliche Menge: **200 cbm**

Kalkulation:

Material: 130,00€	Maschine: 80,00	Lohn: 350,00€
AGK: 49,44€	BGK: 151,60€	Wagnis/Gewinn: 32,96€

Leistung bei Kündigung = 50 cbm

(Ausgehend von geschuldeter Menge daher $\frac{1}{4}$ - 25 % der Leistung)



B. Abrechnung gekündigter Vertrag

I. Ordentlich gekündigter Vertrag

1. Erbrachte Leistung

Daher $25\text{cbm} * 824,00 \text{ €/cbm} = 20.600,00 \text{ € zzgl. MwSt.}$

2. Gekündigte Leistung

49,44€ AGK + 32,96€ Wagnis/Gewinn, daher:

1. Alternative: $75\text{cbm} * 82,40\text{€/cbm} = 6.180,00 \text{ €}$
(Achtung: Verlust mindert Gewinn)

2. Alternative: $82.400,00\text{€} ./ 20.600,00\text{€} = 61.800,00\text{€} * 0,05 = 3.090,00 \text{ €}$

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

II. außerordentlich gekündigter Vertrag

1. Abrechnung gekündigter EP-Vertrag

Erbrachte Werkleistungen

Normale Abrechnung nach Aufmaß

2. Abrechnung gekündigter Pauschalvertrag

Erbrachte Werkleistungen

Ermittlung der erbrachten Werkleistung – regelmäßig mittels Aufmaß

Verhältnis zwischen erbrachter Menge und geschuldeter Menge bilden

Verhältnis zum Pauschalpreis bilden (Pauschalnachlass)

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

III. Praxisfälle

Kündigung: Werklohnforderung grundsätzlich erst mit Abnahme fällig! (Rechtsprechungsänderung!)

Nach Kündigung eines Bauvertrages wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung, vgl. Senat, Urteil vom 09.10.1986 - VII ZR 249/85, ibr-online).

BGH, Urteil vom 11.05.2006 - VII ZR 146/04

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

III. Praxisfälle

Ausnahme - Abrechnungsverhältnis

Restwerklohn wird nach Kündigung auch ohne Abnahme fällig!

Die Kündigung lässt die bis dahin fällig gewordenen und nicht erfüllten Leistungspflichten unberührt. Der Besteller kann deshalb auch die Beseitigung von Mängeln am bis zur Kündigung hergestellten Werk verlangen und Mängelrechte geltend machen, ohne dass es dafür der vorherigen Abnahme bedarf. Macht er Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB geltend, entsteht ohne Weiteres ein Abrechnungsverhältnis.

OLG Naumburg, Urteil vom 10.10.2013 - 1 U 96/12

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

III. Praxisfälle

Wie muss der Unternehmer nach "freier" Kündigung des Werkvertrags abrechnen?

Die Bemessung der nach § 649 Satz 2 BGB zu zahlenden Vergütung orientiert sich nicht an den vereinbarten Zahlungsmodalitäten, wie etwa Ratenzahlungen. Maßgebend ist der Betrag, der dem auf die erbrachten Leistungen entfallenden Teil der vereinbarten Vergütung entspricht.

BGH, Urteil vom 27.01.2011 - VII ZR 133/10

Kündigungsabrechnung: Keine Umsatzsteuer auf "Vergütung" für nicht erbrachte Leistungen!

1. Die gemäß § 649 Satz 2 BGB oder § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B nach freier Kündigung eines Bauvertrags zu zahlende Vergütung ist nur Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG und damit Bemessungsgrundlage für den gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbaren Umsatz, als sie auf schon erbrachte Leistungsteile entfällt.
2. Der auf die nicht erbrachten Leistungen entfallende Vergütungsanteil hat Entschädigungscharakter und scheidet als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer aus.

BGH, Urteil vom 22.11.2007 - VII ZR 83/05

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

III. Praxisfälle

Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags: Prüfbar?

Nennt der Auftragnehmer bei der Abrechnung eines gekündigten Pauschalpreisvertrags für die nicht erbrachten Leistungen nur pauschale Beträge, ohne darzulegen, wie die Preise ermittelt worden sind und ohne seine Kalkulation offen zu legen, ist die Abrechnung nicht prüfbar.

OLG Celle, Urteil vom 07.02.2006 - 14 U 108/05

Nachlaß auch bei Kündigung?

Rechnet der Unternehmer einen Einheitspreisvertrag nach Kündigung durch den Auftraggeber ab, muß er auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen den bei Vertragsschluß vereinbarten prozentualen Nachlaß gewähren. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich die abgerechneten gegenüber den kalkulierten Massen erheblich verringert haben.

OLG Celle, Urteil vom 22.06.1994 - 6 U 212/93

B. Abrechnung gekündigter Vertrag

III. Sonderfall – Mehrwertsteuer auf gekündigten Teil



Kündigungsabrechnung: Keine Umsatzsteuer auf "Vergütung" für nicht erbrachte Leistungen!

1. Die gemäß § 649 Satz 2 BGB oder § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B nach freier Kündigung eines Bauvertrags zu zahlende Vergütung ist nur Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG und damit Bemessungsgrundlage für den gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbaren Umsatz, als sie auf schon erbrachte Leistungsteile entfällt.
2. Der auf die nicht erbrachten Leistungen entfallende Vergütungsanteil hat Entschädigungscharakter und scheidet als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer aus.

BGH, Urteil vom 22.11.2007 - VII ZR 83/05

EuGH, Urteil vom 28.11.2024 - Rs. C-622/23



EuGH: Kündigungsvergütung ist umsatzsteuerpflichtig!

Art. 2 Abs. 1 c Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem ist dahin auszulegen, dass der Betrag, der vertraglich geschuldet wird, weil der Besteller einen wirksam geschlossenen Bauvertrag über die Erbringung dieser mehrwertsteuerpflichtigen Leistung - deren Ausführung der Unternehmer begonnen hatte und zu deren Fertigstellung er bereit war -, beendet hat, als Entgelt für eine Dienstleistung anzusehen ist.

EuGH, Urteil vom 28.11.2024 - Rs. C-622/23

Umsatzsteuer auf Kündigungsvergütung

Beansprucht ein Werkunternehmer die "große" Kündigungsvergütung und stellt seine Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer in Rechnung, ist dies in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit angesichts des Urteils des EuGH vom 28.11.2024 (IBR 2025, 60) nicht zu beanstanden.

KG, Beschluss vom 13.05.2025 - 21 U 8/25

Empfehlung:

Künftig mit dieser Begründung auch brutto abrechnen (auch auf die Gefahr, dass dies im Prozess kostenpflichtig abgewiesen wird)

Teil C

Nachträge im Einheitspreisvertrag

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

I. BGB-Vertrag - Mehrmengen

1. Vergütung bei Mehrmengen

BGB kennt keine Regelung

Vordersätze "explodieren": Unternehmer erhält keine Mehrvergütung!

1. Kommt es im Rahmen der Ausführung gegenüber den im Vertrag angenommenen Massen zu erheblichen Mehrmengen, darf der Unternehmer nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass der Besteller mit der Erbringung der Mehrarbeiten einverstanden ist.

2. Führt der Unternehmer solche Leistungen ohne Einverständnis des Bestellers aus, kann er hierfür lediglich nach den Massen im Bauvertrag eine Vergütung verlangen. Darüber hinaus steht dem Unternehmer weder ein vertraglicher Vergütungsanspruch noch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu.

OLG Celle, Urteil vom 09.08.2012 - 16 U 197/11

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

II. BGB-Vertrag – geänderte Leistungen

2. Vergütung bei notwendiger Leistungsänderungen bzw. Zusatzleistungen

Änderungswunsch des AG über notwendige Änderungsleistung (Änderung für Werkerfolg notwendig), § 650b Abs. 1 Nr. 2 BGB

AN macht Angebot über Mehrvergütung

- sofern die Planungsvoraussetzungen vorliegen (liegt die Änderung in der Planungsverantwortung des AG, muss dieser dem AN dafür die Planung übermitteln – andernfalls Leistungsverweigerungsrecht)

Einigungsversuch über Angebot

30 Tage ab Zugang des Änderungsbegehrens

Nach Ablauf dieser Frist wird das Scheitern fingiert

Recht auf Anordnung der Änderung

Achtung: muss in Textform erfolgen

Unternehmer muss Änderung ausführen

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

II. BGB-Vertrag – geänderte Leistungen

3. Vergütung bei nicht notwendigen Leistungsänderungen bzw. Zusatzleistungen

Änderungswunsch des AG über nicht notwendige Änderungsleistung (Änderung des vereinbarten Werkerfolges), § 650b Abs. 1 Nr. 1 BGB

AN macht Angebot über Mehrvergütung (Pflicht des AN)

außer gewünschte Änderungsleistung ist Unzumutbar

sofern die Planungsvoraussetzungen vorliegen (liegt die Änderung in der Planungsverantwortung des AG, muss dieser dem AN dafür die Planung übermitteln – andernfalls Leistungsverweigerungsrecht)

Einigungsversuch über Angebot

30 Tage ab Zugang des Änderungsbegehrens

Nach Ablauf dieser Frist wird das Scheitern fingiert

Recht auf Anordnung der Änderung

Achtung: muss in Textform erfolgen

Unternehmer muss Änderung ausführen

Ausnahme: Änderungsleistung ist unzumutbar

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

II. BGB-Vertrag – geänderte Leistungen

4. Vergütung bei Leistungsänderungen bzw. Zusatzleistungen

Vergütungsvereinbarung

kommt eine Einigung nach § 650 Abs. 1 BGB zustande, gilt das Vereinbarte (damit können auch keine Mehrkosten nachgeschoben werden)

Vergütungsanpassung bei Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB

Wahlrecht des Unternehmers (jeweils nur für die Anordnung insgesamt)

- (Variante 1) Vergütung soll sich primär an den **tatsächlichen Mehrkosten** orientieren, § 650c Abs. 1 BGB
- (Variante 2) AN darf auf vereinbarungsgemäß hinterlegte Urkalkulation zurückgreifen (Vermutung, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung gemäß § 650c Abs. 1 entspricht), § 650c Abs. 2 BGB
- AN darf für Abschlagsrechnungen entweder nach Variante 1 oder Variante 2 zu 100 % abrechnen oder **80 % der Vergütung gemäß Angebot ansetzen** (Achtung: kein Anspruch – gilt nur, sofern kein Vereinbarung und keine gerichtliche Entscheidung), § 650c Abs. 3)

I. BGB-Vertrag – geändert/zusätzlich Leistungen

80%-Regelung gilt auch im VOB/B-Vertrag!

1. Auch im VOB-Vertrag kann der Auftragnehmer bei der Berechnung von geschuldeten Abschlagszahlungen 80% der Nachtragsvergütung ansetzen und im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend machen. **Das gilt selbst dann, wenn die VOB/B "als Ganzes" vereinbart ist.**

...

4. Der Auftraggeber kann im einstweiligen Verfügungsverfahren feststellen lassen, dass der Auftragnehmer vorläufig nicht berechtigt ist, Abschlagszahlungen i.H.v. 80% des Betrags aus einem Nachtragsangebot geltend zu machen.

5. Der Auftragnehmer muss in einem einstweiligen Verfügungsverfahren seinen Anspruch auf geänderte oder zusätzliche Vergütung darlegen und glaubhaft machen, wozu bei einem Anspruch auf zusätzliche Vergütung aus § 2 Abs. 6 VOB/B gehört, dass er dem Auftraggeber den Anspruch vor der Ausführung angekündigt hat.

KG, Urteil vom 02.11.2021 - 27 U 120/21

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minderungen

Mengenmehrung/Mengenminderung, § 2 Abs. 3 Nr. 2 + Nr. 3 VOB/B

Voraussetzung

Änderung der Mengen über +/- **10 %** zur ausgeschriebenen Leistung

Ohne Anordnung des Auftraggebers

Folge

Anpassung des Einheitspreises

auf Verlangen des AG oder des AN

Ausnahme

Bei Unterschreitung nur, wenn kein anderweitiger Ausgleich

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

- nicht anwendbar bei Eingriff des AG -

Keine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B bei Eingriff des Auftraggebers!

Eine Anpassung der vereinbarten Vergütung nach § 2 Nr. 3 VOB/B kommt **nur in Betracht**, wenn es **ohne Eingriff in den ursprünglichen Leistungsbestand** zu einer reinen Mengenänderung bei den Vordersätzen der bei Vertragsschluss festgelegten Leistungen kommt (im Anschluss an BGH, IBR 2004, 124).

BGH, Urteil vom 26.04.2018 - VII ZR 82/17

1. Die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B **findet nur Anwendung**, wenn die **Mengenänderung "willkürlich"** ist, das heißt auf unzutreffenden Vordersätzen beruht und nicht auf einen "Eingriff" des Auftraggebers zurückzuführen ist.
2. Verlangt der Auftraggeber die Ausführung von Mehrmengen, handelt es sich um eine Änderung des Bauentwurfs, so dass die Ermittlung des neuen Einheitspreises nach § 2 Abs. 5 VOB/B richtet.
3. Bei der Neufestsetzung des Einheitspreises sind nur die Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen, die durch die Leistungsänderung entstehen, also adäquat-kausal darauf zurückgehen.

OLG Dresden, Beschluss vom 10.04.2019, 22 U 1647/18; BGH, Beschluss vom 02.12.2020 - VII ZR 150/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Mindermengen

- nicht anwendbar bei Eingriff des AG -

Verzicht auf Ausführung von LV-Position: Keine Mindermenge, sondern freie Kündigung!

Die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B ist nur auf die Fälle anwendbar, in denen sich das Risiko einer Fehleinschätzung verwirklicht, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden, als sie im Vordersatz Eingang gefunden haben. Dementsprechend ist **§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B nicht anwendbar, wenn sich die Mengen durch Anordnungen des Auftraggebers ändern oder dieser einen Teil der Leistung kündigt.**

Verzichtet der Auftraggeber vollständig auf die Ausführung bestimmter Positionen des Leistungsverzeichnisses, handelt es sich nicht um eine "Mengenreduzierung auf Null", sondern um eine freie Teilkündigung.

OLG Celle, Beschluss vom 08.10.2020 - 16 U 34/20; BGH, Beschluss vom 12.01.2022 - VII ZR 240/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Ausführungsverzicht ist keine Mengenminderung!

Ordnet der Auftraggeber nachträglich den Wegfall einzelner Leistungen eines Einheitspreisvertrages an und kommen diese Leistungen dann letztlich einvernehmlich nicht zur Ausführung, liegt kein der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung i.S. des § 2 VOB/B entsprechender Sachverhalt vor. Für die Abrechnung der nicht unter § 2 VOB/B fallenden Nullpositionen kommt dann nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B bzw. § 648 BGB (analog) in Betracht (Anschluss an OLG München, IBR 2019, 307), sofern sich die Parteien nicht anderweitig geeinigt haben.

OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024 - 12 U 95/22

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minderungen

- nicht anzeigepflichtig -

Mehrmengen müssen nicht angezeigt werden!

1. Sehen sowohl das Angebot des Auftragnehmers als auch der schriftliche Vertrag eine Abrechnung nach Aufmaß vor, obliegt es dem Auftraggeber darzulegen und zu beweisen, wann und mit wem abweichend vom Vertrag ein Pauschalpreis vereinbart worden ist.
2. Kommt es ohne Anordnungen des Auftraggebers zu Mehrmengen in einzelnen Positionen eines detaillierten Leistungsverzeichnisses, **setzt der Anspruch auf Vergütung dieser Mehrmengen nicht voraus, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber den Anspruch vor Ausführung der Leistung angekündigt hat.**

OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2015 - 6 U 19/14; BGH, Beschluss vom 21.09.2016 - VII ZR 83/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Mengenüberschreitungen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B müssen nicht angezeigt werden!

Bei Mengenüberschreitungen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B besteht keine Ankündigungs- oder Hinweispflicht des Auftragnehmers.

OLG Jena, Urteil vom 28.05.2003 - 7 U 1205/02; BGH, Beschluss vom 13.01.2005 - VII ZR 243/03 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minderungen

2. Preisbildung: neue Rechtslage

Sachverhalt Bundesgerichtshof:

- Auftrag zu Abbrucharbeiten unter Eibeziehung der VOB/B
- LV-Text „Entsorgung von Bauschutt“ 1 to 462 €/to
- angefallene Menge 83,92 to

Parteien vereinbaren Verladekosten mit 40 € und Zuschläge auf die Fremdkosten von 20%
Streit besteht über Fremdkosten

Kalkulation		Tatsächlicher Aufwand	
Eigene Verladekosten	40,00 €	Eigene Verladekosten	40,00 €
Fremdkosten (Entsorgung)	292,00 €	Fremdkosten (Entsorgung)	92,00 €
<u>20% Zuschläge auf Fremdk.</u>	<u>58,40 €</u>	<u>20% Zuschläge auf Fremdk.</u>	<u>18,40 €</u>
Summe	390,40 €	Summe	150,40 €

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

Ausgangspunkt – Wortlaut der VOB/B

§ 2 Abs. 2 VOB/B

„Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet...“

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

„... neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren“

Ausgangspunkt – Wortlaut BGB

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

Ausgangspunkt – Kalkulationsvarianten

Ortsüblicher Preis / Marktpreis

Preis, der für diese Leistung an diesem Ort üblicherweise berechnet werden darf

Fortgeschriebene Angebotskalkulation

Fortschreibung auf Basis der Angebots-/Urkalkulationselemente

„Guter Preis bleibt guter Preis – Schlechter Preis bleibt schlechter Preis“

Tatsächlicher Preis

Fortschreibung anhand der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten

Kalkulationsvereinbarung

AGB-Klauseln (beispielhaft)

„Bei Mehrmengen bleibt der vereinbarte Einheitspreis gleich“

„Bei Mehr- und Minder Mengen bleibt der vereinbarte Einheitspreis gleich“

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

Bisherige Rechtslage – „**Guter Preis bleibt guter Preis und Schlechter Preis bleibt schlechter Preis**“

Bei erheblicher Überschreitung der vertraglich vereinbarten Massen muss der Einheitspreis auf der Grundlage der Kalkulation des Auftragnehmers neu bestimmt werden.

OLG Koblenz, Urteil vom 15.12.2011 - 5 U 934/11; BGH, Beschluss vom 10.04.2014 - VII ZR 6/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Nachtrag im VOB-Vertrag: Sehr schlechter Preis bleibt sehr schlechter Preis!

Nach ganz herrschender Meinung können aber **bei der Berechnung des Nachtragspreises weder Kalkulationsfehler noch spekulativ untersetzte Preise eliminiert oder auch nur abgemildert werden**, vielmehr sind diese Preise voll einzustellen

OLG Dresden, Urteil vom 29.01.2015 - 10 U 476/12; BGH, Beschluss vom 13.09.2017 - VII ZR 38/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

Mehrmenge mindert den Preis

Bisher gängige Berechnungsweise – VHB-Bund

Ortbeton EP: 145,00 €/cbm

Ortbetonwände beauftragt:	150,00 m ³	
ausgeführt (>110 % der beauftragten Menge):		200,00 m ³
Mehrmengen über 110 % [200,00 ./. (150,00 + 10 %)]:		35,00 m ³
bisheriger Einheitspreis [EPalt]:		145,00 €/m ³
neuer Einheitspreis [EPneu] für die über 110 % hinausgehende Menge:		
[EPneu] = [EPalt] ./. anteilige BGK ²⁾		
[EPneu] = 145,00 €/m ³ ./. 7,11 €/m ³ =		137,89 €/m ³

VHB 2017 (Stand 2019), Leitfaden zur Vergütung bei Nachträgen (Formularsammlung 510), S. 16:

„Die BGK sind abzuziehen, vorausgesetzt, sie verändern sich aufgrund der Mehrmengen nicht. Die AGK sind nicht abzuziehen, wenn der AN anhand seiner Kalkulation nachweist, dass sie in Bezug auf die erbrachte Jahresleistung bzw. den Umsatz ermittelt worden sind. ...

W+G sind in voller Höhe auch für die Mehrmenge zu berücksichtigen ...“

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minderungen

Mindermenge erhöht den Preis

Bisher gängige Berechnungsweise – VHB-Bund

Ortbeton EP: 145,00 €/cbm

Unterschreitung des Mengenansatzes

Ortbetonwände beauftragt:	150,00 m ³	
ausgeführt (<90 % der beauftragten Menge):		80,00 m ³
Minderungen:		70,00 m ³
bisheriger Einheitspreis [EPalt]:		145,00 €/m ³
Neuer Gesamtbetrag für die tatsächlich ausgeführte Menge:		
ausgeführte Menge x EPalt (80 m ³ x 145,00 €/m ³) =		11.600,00 €
BGK für die nicht ausgeführte Menge (70 m ³ x 7,11 €/m ³) =		497,70 €
AGK für die nicht ausgeführte Menge (70 m ³ x 9,76 €/m ³) =		683,20 €
Unternehmensbezogenes Wagnis + Gewinn für die nicht ausgeführte Menge (70 m ³ x 3,05 €/m ³) ¹⁾ =		213,50 €
	Gesamtbetrag =	12.994,40 €
Neuer Einheitspreis [EPneu] für die tatsächlich ausgeführte Menge:		
Gesamtbetrag ./.. tatsächlich ausgeführte Menge		
12.994,40 € ./.. 80,00 m ³ =	[EPneu]	162,43 €/m ³

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

bei fehlender Kalkulationsvereinbarung

1. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen vorzunehmen ist, wenn **eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zu Stande kommt**, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt.
2. **Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke**, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die **unvorhergesehene Veränderung** der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang **keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung** erfahren soll.
3. Die im Rahmen der **ergänzenden Vertragsauslegung** vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass - wenn nichts anderes vereinbart ist - für die **Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge** maßgeblich sind.
BGH, Urteil vom 08.08.2019 - VII ZR 34/18

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minderungen

Bisherige Berechnungsweise vs. Neue Berechnungsweise

		aR	nR
Material (Fremdkosten (Entsorgung))	292,00€	292,00€	92,00€
Lohn (eigene Verladekosten)	40,00€	40,00€	40,00€
Maschine (20% Zuschläge auf Fremdkosten)	58,40€	58,40€	18,40€
AGK	10,00€	10,00€	10,00€
BGK	10,00€	0,00€	0,00€
W/G	10,00€	10,00€	10,00€
	420,40€	410,40€	170,40€

83,92to * 420,40 = 35.279,97€ (ohne § 2 Abs. 3 VOB/B)

1. Preisbildung: 1,1to	*420,40 €/to =	462,44€	462,44€
2. Preisbildung: 82,82to	(*410,40 €/to) =	33.989,33€	(*170,40€/to) 14.112,53€
		34.451,77€	14.574,97€

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Mindermengen

Praxisfälle

Wegfall einer Leistungsposition

Auf Anweisung des Auftraggebers

Abrechnung erfolgt nach den Regeln einer freien Auftraggeberkündigung

Ohne Anweisung des Auftraggebers

Keine Anwendung von § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B auf "Nullpositionen"!

Der Auftragnehmer kann für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) keine Vergütung nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B verlangen. Der Anspruch auf Vergütung sog. Nullpositionen ergibt sich vielmehr aus der entsprechenden Anwendung von § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B bzw. § 649 Satz 1 BGB (Abrechnung nach freier Kündigung). Allerdings kommt eine Ausgleichsberechnung entsprechend § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B in Betracht.

OLG Frankfurt, Urteil vom 05.09.2011 - 17 U 14/11

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB – Mehr-/Minder Mengen

Nullpositionen

Nullpositionen

1. In ergänzender Auslegung eines VOB/B-Einheitspreisvertrags kann der Auftragnehmer eine Vergütung für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) nach Maßgabe des § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B verlangen, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vertragsklausel erfassten Äquivalenzstörung vorliegt.
2. In der Ausgleichsberechnung nach § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B sind auch Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen zu berücksichtigen.

BGH, Urteil vom 26.01.2012 - VII ZR 19/11

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB-Vertrag – Sonderfall: sittenwidrige Einheitspreise

Ausgangspunkt:

Ausschreibungsfehler darf der Bieter ausnutzen!

1. Gewinnt ein Bieter den Eindruck, dass dem Auftraggeber bei der Abfassung eines umfangreichen Leistungsverzeichnisses ein (Mess-)Fehler unterlaufen ist, hat er die Möglichkeit, über eine Bieterfrage oder eine Rüge auf den Fehler hinzuweisen.

2. **Der Bieter kann bei Annahme eines Messfehlers in den Flächenmaßen den möglichen Fehler aber auch für sich behalten und ein auf dem angenommenen Messfehler begründetes besonders günstiges Angebot abgeben.**

3. Der Bieter ist jedoch bei (vermeintlichen) Fehlern in der Ausschreibung nicht dazu berechtigt, den Inhalt der Angebotsunterlagen eigenmächtig abzuändern.

VK Lüneburg, Beschluss vom 23.07.2018 - VgK-27/2018

Bieter muss nicht auf Mängel in der Ausschreibung hinweisen!

Ein Bieter muss nur dann auf Mängel der Ausschreibungsunterlagen hinweisen, wenn er die Ungeeignetheit der Ausschreibung vor Vertragsabschluss positiv erkennt bzw. etwaige Unstimmigkeiten und Lücken des Leistungsverzeichnisses klar auf der Hand liegen.

OLG Naumburg, Urteil vom 18.08.2017 - 7 U 17/17; BGH, Beschluss vom 21.02.2018 - VII ZR 240/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB-Vertrag – Sonderfall: sittenwidrige Einheitspreise

Spekulationsangebot ist nicht zuschlagsfähig!

Ein Angebot, das so spekulativ ausgestaltet ist, dass dem Auftraggeber bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht gänzlich fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen, ist nicht zuschlagsfähig.

BGH, Urteil vom 19.06.2018 - X ZR 100/16

Wo verläuft die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Spekulation?

1. Ist die Preisgestaltung eines Angebots spekulativ, kann es ausgeschlossen werden, wenn dem Auftraggeber infolgedessen bei Eintritt bestimmter, zumindest nicht ganz fernliegender Umstände erhebliche Übervorteilungen drohen und damit das Ziel verfehlt wird, im Wettbewerb das günstigste Angebot hervorzubringen.

2. Solange durch die spekulative Preisgestaltung jedoch kein Automatismus entsteht, der bei bestimmten nicht gänzlich fernliegenden Umständen dazu führt, dass der Auftraggeber übervorteilt werden kann, kann das Angebot trotz der spekulativen Preisangabe nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV ausgeschlossen werden.

VK Südbayern, Beschluss vom 27.10.2021 - 3194.Z3-3_01-21-24

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB-Vertrag – Sonderfall: sittenwidrige Einheitspreise

Sittenwidrige Einheitspreise

Ausgangspunkt:

Angebotsspekulation durch den Bieter

Ein um das 894-fache über dem üblichen Einheitspreis liegender Preis führt zu der Vermutung einer Sittenwidrigkeit der Preisbildung bei anfallenden Mehrmengen, die vom Auftragnehmer widerlegt werden kann. Ein nichtiger Preis wird durch den ortsüblichen Einheitspreis analog § 632 Abs. 2 BGB ersetzt.

BGH, Urteil vom 08.12.2008, VII ZR 201/06

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

III. VOB-Vertrag – Sonderfall: sittenwidrige Einheitspreise

1. Steht die nach § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B zu bestimmende **Vergütung für Mehrmengen oder geänderte Leistungen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung**, kann die dieser Preisbildung zugrunde liegende **Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig** sein.
2. Beträgt die nach § 2 Nr. 3 oder Nr. 5 VOB/B zu bestimmende Vergütung das 22-fache des üblichen Preises, kann ein auffälliges Missverhältnis vorliegen. Ein **auffälliges Missverhältnis ist nur dann wucherähnlich**, wenn der **aufgrund dieses auffälligen Missverhältnisses über das übliche Maß hinausgehende Preisanteil sowohl absolut gesehen als auch im Vergleich zur Gesamtauftragssumme in einer Weise erheblich ist**, dass dies von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden kann. Unter diesen Voraussetzungen besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.
3. Hat der **Auftragnehmer diese Vermutung durch den Nachweis entkräftet, ihm sei bei der Preisbildung zu seinen Gunsten ein Berechnungsfehler unterlaufen, so verstößt es gegen Treu und Glauben und stellt eine unzulässige Rechtsausübung** dar, wenn er den hierauf beruhenden, in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung stehenden Preis für Mehrmengen oder geänderte Leistungen verlangt.
BGH, Urteil vom 14.03.2013 - VII ZR 116/12

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

§ 1 Abs. 3 VOB/B

„Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.“

§ 1 Abs. 4 VOB/B

*„Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung **erforderlich** werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist.“*

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

Sonderproblem – Art und Weise der Anordnung

Empfehlung - § 650b Abs. 2 BGB

„Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen ...“

- Recht auf Anordnung der Änderung
 - **Achtung: muss in Textform erfolgen**

VOB/B trifft keine Regelung über die Form = es gilt BGB

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

Sonderproblem – Art und Weise der Anordnung

Anordnung nach § 1 Abs. 3 VOB/B muss in Textform erfolgen!

Auch im VOB/B-Vertrag bedarf die Anordnung des Auftraggebers zur Ausführung einer geänderten Leistung der Textform, wenn es sich bei dem geschlossenen Vertrag um einen Bauvertrag i.S.v. § 650a BGB handelt.

OLG Schleswig, Beschluss vom 12.12.2022 - 1 U 54/22; BGH, Beschluss vom 21.08.2024 - VII ZR 5/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung

Änderungsleistung, § 2 Abs. 5 VOB/B

Voraussetzung für Vergütungsanspruch

Änderungen können einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung auslösen, wenn eine im Vertrag bereits **geschuldete Leistung** geändert wird (ohne dass die Änderung eine völlig andersartige Leistung auslöst)

auf **Anordnung** des Auftraggebers
Mehr- oder Minderkosten entstehen.

Zusatzleistung, § 2 Abs. 6 VOB/B

Voraussetzung sind:

zusätzliche Leistung

Forderung des Auftraggebers

Ankündigung der Vergütungspflicht.

Beachte:

Abgrenzung zu neuem Vertrag

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung

Abgrenzung

Fahrrinne soll tiefer ausgehoben werden:

Geänderte, keine zusätzliche Leistung!

1. Gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B besteht ein Anspruch auf Mehrvergütung, wenn "durch eine Änderung des Bauentwurfs oder eine Anordnung des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden". Wenn sich die Qualität von Nassbaggerarbeiten aufgrund einer Nachtragsanordnung ändert (hier: statt punktueller Eintreibungs-baggerung mit einem Stelzenbagger nunmehr Flächenbaggerung mit einem Eimerkettenbagger), handelt es sich um eine solche Nachtragsanordnung.

2. Zur Abgrenzung von § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B ("zusätzliche Leistung"): **§ 2 Abs. 6 VOB/B betrifft den Fall, dass eine neue, vom bisherigen Vertrag noch gar nicht umfasste Leistung verlangt wird. § 2 Abs. 5 VOB/B betrifft hingegen den Fall, dass eine vom Vertrag vorgesehene Leistung nur anders ausgeführt werden soll.**

OLG Schleswig, Urteil vom 17.12.2020 - 7 U 21/18

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

VOB/B nicht "als Ganzes" vereinbart: Ausschluss der §§ 650b, 650c BGB ist unwirksam! - Wiederholung

1. Die konkurrierenden Regelungen in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B gehen den Vorschriften der §§ 650b, 650c BGB nicht vor, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart wird.
2. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B sind bei der isolierten Inhaltskontrolle wegen des Abweichens vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unwirksam. Aus diesem Grund ist der Ausschluss der §§ 650b, 650c BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers unwirksam.

LG Hechingen, Urteil vom 02.11.2021 - 2 O 305/21

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte Leistung - Praxishilfe



*Sehr geehrte Damen und Herren,
nehme ich Bezug auf unsere Beratung/Telefonat vom mit und bestätige gern Ihre Festlegung
zur geänderten Ausführung folgender Leistungen*

.....
.....

*Wir führen die Arbeiten gern aus. Aufgrund der Veränderung des Belages muss der Preis angepasst werden. Ein
entsprechendes Nachtragsangebot wird zeitnah übersandt.*

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Zusätzliche Leistung - Praxishilfe

*Sehr geehrte Damen und Herren,
nehme ich Bezug auf unsere Beratung/Telefonat vom mit und bestätige gern Ihre Festlegung
zur Ausführung folgender Leistungen*

.....

.....

*Wir führen die Arbeiten gern aus. Die Leistungen sind im Leistungsumfang des Vertrages nicht enthalten,
weshalb hierfür ein gesonderter Vergütungsanspruch entsteht. Ein entsprechendes Nachtragsangebot wird
zeitnah übersandt.“*

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

1. Nachtragsberechnung – Welche Position ist Grundlage für den Nachtrag?

Änderungsleistung im VOB-Vertrag: Wie wird der neue Preis berechnet?

1. Gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die Berechnung des neuen Preises im Wege einer **Fortschreibung der dem Vertrag zu Grunde liegenden Kalkulation** des Auftragnehmers (und nicht anhand tatsächlicher oder üblicher Kosten) zu erfolgen hat, ist das Gericht daran gebunden.
2. Die Ermittlung der Vergütung für eine geänderte Leistung erfolgt in diesem Fall in der Weise, dass - soweit wie möglich - an die Kostenelemente der Auftragskalkulation angeknüpft wird. **Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf die Auftragskalkulation der geänderten Position.**

BGH, Urteil vom 14.03.2013 - VII ZR 142/12

Neuausbau

Asphalttragschicht

Dicke 18 cm/Körnung CS 0/32

5 EUR/qm

Deckenerneuerung

Asphalttragschicht

Dicke 8 cm/Körnung CS 0/32

11 EUR/qm

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

1. Nachtragsberechnung – Welche Position ist Grundlage für den Nachtrag?

Neuausbau

Asphalttragschicht

Dicke 18 cm/Körnung CS 0/32

5 EUR/qm

Deckenerneuerung

Asphalttragschicht

Dicke 8 cm/Körnung CS 0/32

11 EUR/qm

	Neuausbau	Deckenerneuerung	
Material	1,00€	6,00€	13,50€
Lohn	1,00€	2,00€	1,00€
Maschine	1,00€	1,00€	1,00€
AGK	1,00€	1,00€	1,00€
BGK	0,50€	0,50€	0,50€
W/G	<u>0,50€</u>	<u>0,50€</u>	<u>0,50€</u>
	5,00€	11,00€	17,50€

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – Wie wird kalkuliert?

Ausgangspunkt – Kalkulationsvarianten

(der Vertrag entscheidet)

- Ortsüblicher Preis

Preis, der für diese Leistung an diesem Ort üblicherweise berechnet werden darf

- Fortgeschriebene Angebotskalkulation

Fortschreibung auf Basis der Angebots-/Urkalkulationselemente

„Guter Preis bleibt guter Preis – Schlechter Preis bleibt schlechter Preis“

- Tatsächlicher Preis

Fortschreibung anhand der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten

- Kalkulationsvereinbarung

AGB-Klauseln (beispielhaft)

„Bei Mehrmengen bleibt der vereinbarte Einheitspreis gleich“

„Bei Mehr- und Mindermengen bleibt der vereinbarte Einheitspreis gleich“

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – Wie wird kalkuliert?

Ausgangspunkt – Wortlaut der VOB/B

§ 2 Abs. 2 VOB/B

„Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet...“

§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

„... neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren“

§ 2 Abs. 5 VOB/B

„... neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren“

§ 2 Abs. 6 VOB/B

„... Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung“

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – Wie wird kalkuliert?

Bisherige Rechtslage

Bei der Vereinbarung eines **"neuen Preises"** unter **Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten** im Sinne von § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B 1996 handelt es sich lediglich um eine Sollbestimmung und nicht um eine Anspruchsvoraussetzung.

Grundlage für die Festlegung des neuen Preises **ist stets der zuvor vereinbarte Preis**. Diesem werden **die vorkalkulierten bzw. im Voraus zu kalkulierenden Mehrkosten im Zeitpunkt der Kalkulation des Nachtragsangebotes nach erfolgter Bauentwurfsänderung hinzugerechnet**. Dies erfordert die Vorlage der ursprünglichen Angebotskalkulation. Fehlt diese, ist vom Auftragnehmer nachträglich eine plausible Kalkulation für die vereinbarten Vertragspreise zu erstellen und der neuen Kalkulation für den geforderten Nachtragspreis gegenüberzustellen. Andernfalls ist ein geltend gemachter Mehrvergütungsanspruch bei Nachträgen un schlüssig und die Klage nicht nur als derzeit, sondern als endgültig unbegründet abzuweisen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2013 - 22 U 21/13

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – neue Rechtslage

Achtung – neue Rechtsprechungsentwicklung

Bedeutung der Urkalkulation nach dem Ende der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung?

1. **Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs** aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die **tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten**, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.
2. Die **Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel** bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrags tatsächlich entstanden wären.
3. Allerdings dient die Kalkulation dazu, die Kosten anzugeben, die dem Unternehmer durch die Vertragsdurchführung entstehen. Daraus folgt: Soweit die Kalkulation, auf die sich ein Unternehmer in einem Rechtsstreit bezieht, unstreitig bleibt, ist die von ihm auf dieser Grundlage errechnete Mehrvergütung im Zweifel auf Grundlage seiner tatsächlichen Mehrkosten ermittelt und also maßgeblich nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.

KG, Urteil vom 27.08.2019 - 21 U 160/18 (nicht rechtskräftig)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – neue Rechtslage

Zusätzliche Leistungen werden nach tatsächlich erforderlichen Kosten vergütet!

Im VOB/B-Vertrag sind für die Bemessung eines neuen Einheitspreises bei geänderten und zusätzlichen Leistungen i.S.v. § 2 Abs. 5, 6 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2023 - 22 U 98/23

Auch Nachträge wegen zusätzlicher Leistungen werden nach tatsächlichen Kosten vergütet!

Der vom BGH mit Urteil vom 08.08.2019 (IBR 2019, 536) aufgestellte Grundsatz, dass für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind, findet auch bei der Ermittlung des neuen Einheitspreises von zusätzlichen Leistungen gem. § 2 Abs. 6 VOB/B Anwendung.

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.04.2020 - 11 U 153/18

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – neue Rechtslage

Änderungsleistung führt zu Gerätestillstand: Wie wird die Mehrvergütungshöhe berechnet?

1. Haben die Parteien über die **Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen**, deren Ermittlung oder einzelne Preiselemente keine Einigung getroffen, ist die **Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Mehr- und Minderkosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn** zu ermitteln (Anschluss an BGH, IBR 2019, 536).

Zu den Mehr- und Minderkosten einer geänderten oder zusätzlichen Leistung gehören auch die **Kosten eines Stillstands von Baugeräten**, die zur Ausführung anderer Leistungspositionen (Follegewerke) benötigt werden, wenn sich diese aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung zeitlich verschieben.

OLG Köln, Urteil vom 03.02.2021 - 11 U 136/18

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – neue Rechtslage

Achtung!

Bund ist Auftraggeber: Keine Nachtragskalkulation auf Grundlage tatsächlicher Kosten!

Im Rahmen der Vergütungsanpassung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kommt den vorkalkulatorischen Kostenansätzen des Auftragnehmers insoweit indizielle Bedeutung zu, als sich hieraus Anhaltspunkte für die vom Gericht vorzunehmende ergänzende Vertragsauslegung ableiten lassen. **Wenn die Parteien in ihrem Vertragswerk für eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungen Preise vereinbart haben, spricht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie sich an diesen Preisabreden orientiert hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall von vorneherein bedacht hätten.** Maßgeblich ist dabei, was die Vertragsparteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten. Die kalkulierten Kosten sind ein Hilfsmittel für die Ermittlung des "neuen Preises".

OLG Schleswig, Urteil vom 17.12.2020 - 7 U 21/18; BGH, Beschluss vom 23.02.2022 - VII ZR 117/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

C. Nachträge im Einheitspreisvertrag

IV. Geänderte/zusätzliche Leistung - Anordnungsrecht

2. Nachtragsberechnung – neue Rechtslage

(398) Werden durch Nachträge vertragliche Preise geändert oder neue Preise vereinbart, ist von der Preisermittlung des Auftragnehmers (Urkalkulation) für die vertragliche Leistung auszugehen.

Ist diese Preisermittlung nicht sachgerecht oder für den Auftraggeber nicht nachvollziehbar, so sind die Ansätze auf der Grundlage der Vertragspreise besonders sorgfältig zu prüfen.

Der Auftraggeber darf zur Vereinbarung neuer Preise oder zur Prüfung sonstiger vertraglicher Ansprüche die Preisermittlung (Urkalkulation) öffnen und einsehen. Die Preisermittlung wird danach wieder verschlossen. Sie wird nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückgegeben.

Alternativ dazu ist die Bemessung des neuen Einheitspreises auf Basis der tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge möglich. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich anzuwenden, wenn sich die Vertragspartner nicht auf eine Preisbildung geeinigt haben bzw. einigen können.

Achtung: Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes (VHB 2017 – Stand 2023)
keine Änderung in Nachtragskalkulation

Sonderfälle und häufige Fehler

I. Sonderproblem

Reichweite der Anordnungsrechtes

I. Reichweite des Anordnungsrechtes

Nachtrag oder eigenständiger Vertrag?

1. Schließen die Parteien eines Rohbauvertrages während der Bauarbeiten eine Zusatzvereinbarung über die Aufstockung des Gebäudes um ein Dachgeschoss, so handelt es sich nicht mehr nur um eine Nachtragsvereinbarung. Es liegen zwei selbständige Verträge vor.
2. Die Abnahme ist in jedem Vertragsverhältnis gesondert zu erklären. Die Abnahme in einem Vertragsverhältnis kann nicht im Hinblick auf Mängel im anderen Vertragsverhältnis verweigert werden.

BGH, Urteil vom 13.12.2001 - VII ZR 28/00

II. Sonderproblem

Umfang der Nachtragsvereinbarung

IV. Bauzeitverschiebungen

§ 2 Abs. 5 VOB/B ist nicht der Stern am Himmel eines Bauzeitnachtrags

1. Ein Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 5 VOB/B umfasst auch solche Mehrkosten, die sich aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen wie etwa Gerätestillstand von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen resultieren.
2. Im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs auf zeitabhängige Mehrkosten ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die die Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht.
3. **Der Auftraggeber als Empfänger eines Nachtragsangebots darf grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftragnehmer alle mit der Durchführung der Nachtragsarbeiten verbundenen Kosten in sein Nachtragsangebot einkalkuliert hat.**

OLG Frankfurt, Urteil vom 09.03.2023 - 15 U 295/21; BGH, Beschluss vom 02.08.2023 - VII ZR 65/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

II. Reichweite der Nachtragsvereinbarung

Nachtragsvereinbarungen sind abschließend: Kein Nachtrag zum Nachtrag!

Nachtragsvereinbarungen sind abschließende Regelungen. Der Auftragnehmer muss deshalb bei Leistungsnachträgen auch die bauzeitabhängigen Mehrkosten in sein Nachtragsangebot aufnehmen oder zumindest deutlich machen, dass diese Kosten darin nicht enthalten sind. Andernfalls ist er mit der Geltendmachung bauzeitabhängiger Mehrkosten ausgeschlossen.

OLG München, Urteil vom 26.06.2012 - 9 U 3604/11 Bau; BGH, Beschluss vom 05.06.2014 - VII ZR 212/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

II. Reichweite der Nachtragsvereinbarung

Nachtragsvergütung aus § 2 Abs. 5, 6 VOB/B umfasst auch bauzeitbedingte Folgekosten!

Eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen, wie etwa Gerätestillstand, von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gem. § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B.

BGH, Beschluss vom 23.03.2022 - VII ZR 191/21

III. Sonderproblem

Leistungsverweigerung bei fehlender Nachtragsbestätigung?

III. Leistungseinstellung

Nachtragsforderung streitig: Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit!

Aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers im Bauvertrag folgt der Grundsatz "**Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit**". Der Unternehmer darf seine Leistung deshalb nicht allein aus dem Grund verweigern, dass ihm der Besteller einen umstrittenen Nachtrag nicht zubilligt. Ein Grund zur Leistungsverweigerung entsteht erst dann, wenn der Besteller in Verzug mit der Zahlung tatsächlich fälliger Abschlagszahlungen gerät, die allerdings auch für die Ausführung umstrittener Nachträge begründet werden können.

KG, Urteil vom 13.06.2017 - 21 U 24/15

III. Leistungseinstellung

Arbeitseinstellung um Nachtrag durchzusetzen: Verletzung der Kooperationspflicht!

1. Die **unberechtigte Einstellung der Arbeiten zur Durchsetzung eines Nachtrags** und das Unterbleiben einer Fortsetzung binnen einer angemessenen Frist können als **schwerwiegende Verletzung der bauvertraglichen Kooperationspflicht** einen wichtigen Grund zur Kündigung des Bauvertrags darstellen.
2. Die Einstellung der Arbeiten ist jedenfalls dann unberechtigt, wenn die Nachtragsforderung dem Grunde nach unberechtigt ist, wenn der Auftragnehmer die Nachtragsforderung dem Auftraggeber nicht prüfbar dargelegt hat, wenn die dem Auftraggeber zuzugestehende Prüfungsfrist noch nicht verstrichen ist und soweit sich die Einstellung der Arbeiten auf die nach dem ursprünglichen Vertrag geschuldete Bauleistung bezieht, wenn diese von der Äußerung nicht betroffen und unabhängig von dieser Ausführung ist.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.09.2011 - 1 U 154/10

III. Leistungseinstellung

Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei Nichtannahme des Nachtragsangebots?

1. Ein Zurückbehaltungsrecht des Auftragnehmers kommt im Hinblick auf die eindeutige Verhaltensregelung in § 18 Nr. 4 VOB/B nur ganz ausnahmsweise in Betracht.
2. **Die tatsächliche Unsicherheit über eine außergerichtliche Einigung mit dem Auftraggeber über Grund und Höhe eines Mehrvergütungsanspruchs rechtfertigt keine Einstellung der Arbeit.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 19.10.2005 - 4 U 151/04

III. Leistungseinstellung

Androhung eines Baustopps: Widerrechtliche Drohung?

1. **Droht der Bauunternehmer für den Fall, dass eine Nachtragsvereinbarung nicht zustande kommt, die Einstellung der Arbeiten an, kann darin eine widerrechtliche Drohung liegen.**
2. Ist eine Nachtragsvereinbarung derart zustande gekommen, kann der Auftraggeber im Wege des Schadensersatzes aus c.i.c. (Verschulden bei Vertragsschluss) Befreiung von der Verbindlichkeit, gegebenenfalls Rückforderung einer darauf geleisteten Zahlung verlangen.
3. Ein solcher Schadensersatzanspruch ist nicht dem Einwand des Mitverschuldens ausgesetzt.

BGH, Urteil vom 13.09.2001 - VII ZR 415/99

III. Leistungseinstellung

Nachtragsvergütung endgültig abgelehnt: Auftragnehmer darf Leistung verweigern!

Der Auftragnehmer ist zur Verweigerung einer nach § 1 Nr. 4 VOB/B angeordneten Leistung berechtigt, wenn der Auftraggeber deren Vergütung endgültig verweigert.

BGH, Urteil vom 24.06.2004 - VII ZR 271/01

Streit über Nachträge: Kann der Auftragnehmer die Leistung verweigern?

1. Streitigkeiten über Nachtragsforderungen berechtigen den Auftragnehmer zwar grundsätzlich nicht dazu, die weitere Leistung zu verweigern. Ausnahmsweise steht ihm aber ein Leistungsverweigerungsrecht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu, wenn entweder die Leistungsaufnahme oder die Leistungsfortführung bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls für ihn unzumutbar ist.

2. Die Leistungsfortführung ist für den Auftragnehmer unzumutbar, wenn der Auftraggeber endgültig nicht dazu bereit ist, eine zusätzliche Leistung zu vergüten, und die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nicht nur unerheblich abweicht.

OLG Koblenz, Urteil vom 06.11.2014 - 6 U 245/14

Absicherung der Vorleistungspflicht

Bauhandwerkersicherheit, § 650f BGB

§ 650f BGB Bauhandwerkersicherung

(1) Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10 Prozent des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Satz 1 gilt in demselben Umfang auch für Ansprüche, die an die Stelle der Vergütung treten. Der Anspruch des Unternehmers auf Sicherheit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Besteller Erfüllung verlangen kann oder das Werk abgenommen hat. Ansprüche, mit denen der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Vergütung aufrechnen kann, bleiben bei der Berechnung der Vergütung unberücksichtigt, es sei denn, sie sind unstreitig oder rechtskräftig festgestellt. Die Sicherheit ist auch dann als ausreichend anzusehen, wenn sich der Sicherungsgeber das Recht vorbehält, sein Versprechen im Falle einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers mit Wirkung für Vergütungsansprüche aus Bauleistungen zu widerrufen, die der Unternehmer bei Zugang der Widerrufserklärung noch nicht erbracht hat.

...

(3) Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 Prozent für das Jahr zu erstatten. Dies gilt nicht, soweit eine Sicherheit wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

§ 650f Bauhandwerkersicherung

(5) Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung der Sicherheit nach Absatz 1 bestimmt, so kann der Unternehmer die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen.

(6) Die Absätze 1 bis 5 finden keine Anwendung, wenn der Besteller

1. eine juristische Person der öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist

2. Verbraucher ist und es sich um einen Verbraucherbauvertrag nach § 650i oder einen Bauträgervertrag nach § 650u handelt.

...

(7) Eine von den Absätzen 1 bis 5 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

Scharf, schärfer, Bauhandwerkersicherheit!

1. Das Sicherungsverlangen ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Dass mit dem Sicherungsverlangen nicht zugleich die Kostenübernahme angeboten wird, ist ebenso unschädlich wie der Umstand, dass die Art der Sicherheit offengelassen wird.
2. Ein überhöhtes Sicherheitsverlangen begründet nicht dessen Unwirksamkeit. Vielmehr ist es dann grundsätzlich am Besteller, eine angemessene Sicherheit zu leisten.
3. Im Regelfall ist eine Frist zur Sicherheitsleistung von sieben bis 10 Kalendertagen als angemessen anzusehen. Eine unangemessen kurze Fristsetzung führt nicht zur Unwirksamkeit des Sicherungsverlangens, sondern setzt eine angemessene Frist in Gang.
4. **Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zu Grunde liegen.**

OLG Köln, Beschluss vom 08.05.2023 - 17 U 70/22; BGH, Beschluss vom 24.04.2024 - VII ZR 110/23 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Nachtrag strittig: AN muss für § 650f-Sicherheit Grund beweisen und Höhe schlüssig darlegen!

1. Das Gericht muss für den Anspruch auf Stellung einer Sicherheit gem. § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. feststellen, ob der Rechtsgrund für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B gegeben ist, ob also insbesondere wirksame Anordnungen des Auftraggebers i.S.v. § 1 Abs. 3 oder 4 Satz 1 VOB/B vorliegen. Dagegen reicht hinsichtlich der Höhe des Vergütungsanspruchs ein schlüssiger Vortrag des Auftragnehmers aus (Fortführung von BGH, IBR 2014, 345).

2. Ein Vortrag im Zivilprozess ist nicht allein deshalb schlüssig, weil er substantiiert ist oder plausibel erscheint. Schlüssig ist ein Vortrag, wenn er geeignet ist, die begehrte Rechtsfolge zu rechtfertigen.

BGH, Urteil vom 20.10.2022 - VII ZR 154/21

IV. Sonderproblem
Aktuelle Preissteigerung
von Baumaterial

VS.

Ich kann doch nichts dafür, dass die Preise steigen

1. Ausgangspunkt

Klassische Situation

- Geschlossener Vertrag mit AG und damit Preisvereinbarung
- Mit Lieferanten gibt es keinen Vertrag und damit keine Preisvereinbarung
(weil Lieferanten nur Tagespreise vereinbaren)
- Aktuell extrem hohe Preissteigerung bei Baumaterial

1. Ausgangspunkt

Betreff: *WG: Mehrkostenanzeige für alle Bauvorhaben*

Sehr geehrte Damen und Herren,

auf Grund des Ukraine-Konflikts und der damit verbundenen unaufhaltsam steigenden Energiekosten sind bekanntermaßen auch die Preise für Dieselkraftstoff gerade in den letzten zwei Wochen dramatisch angestiegen, mittlerweile um mehr als 50 %. Es zeichnen sich zudem bereits Lieferengpässe beim Dieselkraftstoff ab. Wir können deshalb die bisherigen Lieferströme, Materialverfügbarkeiten und Entsorgungsleistungen bis auf Weiteres nicht mehr zu den vereinbarten Konditionen gewährleisten.

Wir müssen Ihnen daher leider mitteilen, dass alle Verträge und Angebote mit Wirkung ab 14.03.2022 ihre Gültigkeit verlieren.

...

Daraus resultierend berechnen wir ab 14.03.2022 eine Mehrkostenpauschale in Höhe von 20 % auf die vereinbarten Einheitspreise. ... Der Dieselkostenanteil für Transporte und Produktion beträgt 33 % und stellt eine feste Größe dar. ... Die Mehrkostenpauschale in Höhe von 20% gilt bis auf Weiteres und wird bei schwankenden Kraftstoffpreisen angepasst.

Hiermit berufen wir uns dazu neben dem Wegfall der Geschäftsgrundlage auch auf die ADSp Ziffer 12.2 welche besagt, dass Leistungshindernisse, die nicht dem Risikobereich einer Vertragspartei zuzurechnen sind, die Vertragsparteien für die Dauer der Störung und den Umfang ihrer Wirkung von den Leistungspflichten befreit. Als solche Leistungshindernisse gelten höhere Gewalt, Unruhen, kriegerische oder terroristische Akte, was der Ukraine-Konflikt ohne Zweifel ist.

Quelle: Mail eines Baustofflieferanten vom **11.03.2022**

1. Ausgangspunkt

*„Im BMI-Erlass Lieferengpässe und Stoffpreisänderungen diverser Baustoffe“ vom 21.05.21 wird darauf verwiesen, dass sich der **Auftragnehmer in sehr seltenen Einzelfällen auf die „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) berufen kann.***

Sofern die Störung der Geschäftsgrundlage greift, wäre eine Vertragsanpassung die Folge. Voraussetzung des §313 BGB ist dabei:

- *eine schwerwiegende Veränderung der äußeren Umstände*
- *die Parteien hätten den Vertrag, in Kenntnis der geänderten Umstände, nicht oder nicht so geschlossen*
- *Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für eine Partei **Dabei ist zu berücksichtigen, in wessen Risikobereich die Veränderung fällt.***

Quelle: Schreiben des SIB Sachsen, NL Chemnitz, vom 06.09.2021

1. Ausgangspunkt

Grundsatz:

Prinzip der Vertragstreue

*„Verträge sind einzuhalten“
(pacta sunt servanda)*

Ausnahme:

§ 313 BGB Störung der Geschäftsgrundlage

*(1) Haben sich **Umstände, die zur Grundlage des Vertrags** geworden sind, **nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert** und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so **kann Anpassung des Vertrags verlangt werden**, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

2. Unveränderter Vertrag

Stahlpreiserhöhung: Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage!

Der Auftragnehmer kann einen Anspruch auf Anpassung der Preise aufgrund der Stahlpreiserhöhung auf dem Weltmarkt nicht auf § 313 Abs. 1 BGB n.F. (Störung der Geschäftsgrundlage) stützen.

*OLG Hamburg, Urteil vom 28.12.2005 - 14 U 124/05; BGH, Beschluss vom 23.11.2006 - VII ZR 55/06
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)*

Daher:

Für bestehende Verträge regelmäßig keine Anpassungsmöglichkeit

Preisbindung mit Lieferanten oder Subunternehmer vereinbaren (sofern möglich)

2. Unveränderter Vertrag

Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Situation für Vertragsanpassung erforderlich

1. Im Fall von Betriebsbeschränkungen, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beruhen, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB in Betracht (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 232, 178 = IMR 2022, 66 = NJW 2022, 1370).

2. Bei der Prüfung des normativen Tatbestandsmerkmals des § 313 Abs. 1 BGB ist entscheidend, ob die Folgen der Störung der Geschäftsgrundlage den Mieter so erheblich belasten, dass ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für ihn zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt. **Um dies beurteilen zu können, ist eine Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Situation des Mieters erforderlich.**

BGH, Urteil vom 23.11.2022 - XII ZR 96/21

3. Mehrmengen/Geänderter Vertrag

1. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen vorzunehmen ist, wenn **eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zu Stande kommt**, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt.

...

3. Die im Rahmen der **ergänzenden Vertragsauslegung** vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass - wenn nichts anderes vereinbart ist - für die **Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge** maßgeblich sind.

BGH, Urteil vom 08.08.2019 - VII ZR 34/18

1. **Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruchs** aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die **tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten**, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.

KG, Urteil vom 27.08.2019 - 21 U 160/18 (nicht rechtskräftig)

3. Mehrmengen/Geänderter Vertrag

Aber:

Nachtragsvereinbarungen

- kommt eine **Einigung** zustande, gilt das Vereinbarte (damit können auch **keine Mehrkosten** nachgeschoben werden)

Empfehlung:

Für Materialien, welche sofort bestellt werden können:

- ***Nachtragsangebote mit kurzer Bindefrist***

Für Materialien, welche nicht sofort bestellt werden können:

- ***Nachtragsvereinbarung verhindern***

- ***gar kein Nachtragsangebot***

- ***Nachtragsangebot mit dem Hinweis – Materialpreise sind nur Orientierungsgrößen, es zählt***

tagesaktuelle Preis des Einbaus

V. Sonderproblem **Behinderungen**

(oder Dinge die nur schwer durchsetzbar sind)

I. Ausgangspunkt

Klassische Situation

- **Gewerk Starkstromanlagen**
- **Vertrag ist geschlossen**
- **Enthaltene Leistungszeit: 19.06.2018 – 10.01.2019**
- **Anfang 07/2018 erstmalig Behinderungsanzeige durch AN – fehlende Ausführungsplanung**
- **23.08.2018 Übergabe eines Bauablaufplanes mit Leistungszeit ab 28.08.2018**
 - **Leistungen nur in Teilbereichen**
 - **wesentliche Leistungen erst im Jahr 2019**
 - **Abnahme 17.09.2019**
- **31.01.2019 neuer Bauzeitenplan**
 - **Abnahme 29.10.2019**
- **11/2019 Abnahme**

Reaktion AN:

- **Insgesamt 5 Behinderungsanzeige**
- **mit Schlussrechnung**
 - **Nachträge (ca. 180.000 EUR)**
 - **wegen gestiegener Tariflöhne (ca. 12.000 EUR)**
 - **für Personal und Baucontainer im Zusammenhang mit der Bauzeitverlängerung (ca. 45.000 EUR)**

Sonderproblem
**Bauzeitverlängerungen durch Behinderungen und
Nachtragsleistung**

§ 6 Abs. 2 VOB/B

1. Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:

a) durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers,

b) durch Streik oder eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussperrung im Betrieb des Auftragnehmers oder in einem unmittelbar für ihn arbeitenden Betrieb,

c) durch höhere Gewalt oder andere für den Auftragnehmer unabwendbare Umstände.

2. Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden musste, gelten nicht als Behinderung.

1. Kommt der Auftragnehmer der **Anordnung einer ihm zumutbaren Beschleunigung** nach und führt er die angeordneten Maßnahmen durch, hat er **Anspruch auf Mehrvergütung nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B**. Danach sind die Mehrkosten zu ersetzen, die adäquat-kausal auf eine konkrete Anordnung zurückgehen.
2. Den **Bauablauf entscheidend beeinflussende unvorhersehbare Mehrmengen**, die eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B begründen, können eine **Verlängerung der Ausführungsfristen** nach sich ziehen.
3. Dasselbe gilt auch für **Änderungen des Bauentwurfs**, weil die Ausübung des Eingriffsrechts des Auftraggebers seinem Risikobereich zuzuordnen ist. In diesem Fall ist **der neue Preis nach § 2 Nr. 5 VOB/B unter Berücksichtigung der (bauzeitabhängigen) Mehr- oder Minderkosten** zu vereinbaren.
OLG Dresden, Urteil vom 09.01.2013 - 1 U 1554/09; BGH, Beschluss vom 23.04.2015 - VII ZR 54/13 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Nachtragsvereinbarungen sind abschließend: Kein Nachtrag zum Nachtrag!

Nachtragsvereinbarungen sind abschließende Regelungen. Der Auftragnehmer muss deshalb bei Leistungsnachträgen auch die bauzeitabhängigen Mehrkosten in sein Nachtragsangebot aufnehmen oder zumindest deutlich machen, dass diese Kosten darin nicht enthalten sind. Andernfalls ist er mit der Geltendmachung bauzeitabhängiger Mehrkosten ausgeschlossen.

OLG München, Urteil vom 26.06.2012 - 9 U 3604/11 Bau; BGH, Beschluss vom 05.06.2014 - VII ZR 212/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Nachtragsvergütung aus § 2 Abs. 5, 6 VOB/B umfasst auch bauzeitbedingte Folgekosten!

Eine zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B kann auch aus mittelbaren bauzeitlichen Auswirkungen, wie etwa Gerätestillstand, von - unmittelbar Änderungen des Bauentwurfs betreffenden - Anordnungen gem. § 1 Abs. 3 VOB/B resultieren. Entsprechendes gilt für einen Anspruch auf zusätzliche Vergütung nach § 2 Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 4 VOB/B.

BGH, Beschluss vom 23.03.2022 - VII ZR 191/21

Behinderungsnachträge/Behinderungsschaden

I. Ausgangspunkt - Mögliche Anspruchsgrundlagen

- § 642 BGB Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

- § 2 Abs. 5 VOB/B Vergütung

Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

- § 6 Abs. 6 VOB/B Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Absatz 1 Satz 2 gegeben ist.

1. Lösungsmöglichkeit nicht beginnende Baustelle, § 642 BGB

- § 642 BGB Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

Entschädigung ist kein Schadensersatz!

1. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung **Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.**
2. Mehrkosten **wie gestiegene Lohn- und Materialkosten**, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch **nach § 642 BGB nicht erfasst.**
3. Bei dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB handelt es sich um einen **verschuldensunabhängigen Anspruch** eigener Art, auf den die Vorschriften zur Berechnung des Schadensersatzes (§§ 249 ff. BGB) nicht anwendbar sind.

BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17

1. Lösungsmöglichkeit nicht beginnende Baustelle, § 642 BGB

Auch Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten werden entschädigt!

Die **Höhe eines Entschädigungsanspruchs** aus § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich nach der Höhe der vereinbarten Vergütung und **umfasst auch** die in dieser Vergütung **enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten**.

BGH, Urteil vom 26.10.2017 - VII ZR 16/17

Jeder anderweitige Erwerb ist auf die Entschädigung anzurechnen!

Das Kriterium des anderweitigen Erwerbs ist im Rahmen von § 642 Abs. 2 BGB eigenständig und nicht in Anlehnung an § 648 Satz 2 BGB auszulegen. Ob die anderweitige Einsatzmöglichkeit auf einem sog. "echten Füllauftrag" beruht, also auf einem Auftrag, der nur wegen des Annahmeverzugs angenommen und ausgeführt werden kann, ist ohne Bedeutung.

BGH, Urteil vom 30.01.2020 - VII ZR 33/19

1. Lösungsmöglichkeit nicht beginnende Baustelle, § 642 BGB

Verzögerungsentschädigung aus § 642 BGB: Bauablaufbezogene Darstellung erforderlich!?

Zum Nachweis einer Verzögerungsentschädigung aus § 642 BGB genügt es nicht, die Verzögerung und die Stillstandszeit für Mannschaft und Gerät und die Vorhaltekosten darzustellen. **Vielmehr muss vorgetragen werden, welche Differenz sich bei einem Vergleich zwischen einem ungestörten und dem verzögerten Bauablauf ergibt. Dafür bedarf es einer konkreten bauablaufbezogenen Darstellung.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 20.07.2023 - 10 U 14/23

Gutachterkosten für Bauzeitennachtrag: Keine Erstattung nach BGB und VOB/B!

1. Die Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftragnehmer nach einer Bauverzögerung zur Ermittlung der Mehrvergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B erstellen lässt, können weder als Teil der Mehrkosten noch als Anspruch auf Entschädigung gem. § 642 BGB geltend gemacht werden.

2. Die nicht rechtzeitige Bereitstellung des Baugrundstücks durch den Auftraggeber stellt ohne anderweitige Vereinbarung der Parteien lediglich eine Obliegenheitsverletzung dar. **Daher kann darauf kein die Privatgutachterkosten umfassender Schadensersatzanspruch gestützt werden.**

OLG Dresden, Urteil vom 25.03.2022 - 22 U 547/15; BGH, Beschluss vom 18.01.2023 - VII ZR 96/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

1. Lösungsmöglichkeit nicht beginnende Baustelle, § 642 BGB

Aktuelle Entscheidung des BGH

Entschädigung aus § 642 BGB gefordert: Was muss der Auftragnehmer darlegen?

§ 642 BGB regelt einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch des Auftragnehmers, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlässt, die bei der Herstellung des Werks erforderlich ist, und der Auftraggeber hierdurch in Annahmeverzug gerät.

...

1. Der Auftragnehmer trägt die Darlegungslast für die Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB. Hierzu gehört auch die Dauer des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung.

2. Ferner hat der Auftragnehmer jedenfalls darzulegen, inwieweit er während der Dauer des Annahmeverzugs Leistungen nicht zu der nach dem Vertrag vorgesehenen Zeit ausführen konnte und deshalb Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, vergeblich bereitgehalten hat.

BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24

1. Lösungsmöglichkeit nicht beginnende Baustelle, § 642 BGB

Konkret bauablaufbezogene Darstellung auch bei Entschädigung - aber wie?

1. Ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB ist konkret bauablaufbezogen darzulegen.
2. Bei der konkret bauablaufbezogenen Darstellung sind die tatsächlichen und geplanten Abläufe gegenüberzustellen und wie die Arbeitskräfte eingesetzt werden sollten.
3. **Es ist jede Veränderung vom ursprünglichen bis zum letzten endgültigen Ablaufplan zu betrachten und auszuwerten.**
4. **Jede konkrete Behinderung bzw. zeitliche Veränderung ist separat im Hinblick auf die Ursache und die jeweils konkreten Auswirkungen zu beurteilen und darzulegen. Der jeweils gewonnene Ist-Plan ist als neuer Soll-Plan für die Betrachtung der nächsten Veränderungen zugrunde zu legen.**

LG Frankfurt/Main, Urteil vom 20.12.2024 - 2-31 O 156/24 (nicht rechtskräftig)

1. Lösungsmöglichkeit nicht beginnende Baustelle, § 642 BGB

Empfehlung Dokumentation mit folgendem zwingendem Inhalt

1. Leistung muss angeboten werden und verfügbar sein
2. Dokumentation des Stillstandes
 - Grund der Behinderung
 - Voraussichtliche Dauer
 - Darstellung welches Produktionsmittel (Personal, Maschine usw.) bereitgehalten werden
 - Idealerweise noch klären, ob Möglichkeit anderweitiger Einsatz
3. Abgrenzung zu Bauzeitverlängerung aus Nachträgen

2. Lösungsmöglichkeit angeordnete Verzögerungen

- § 2 Abs. 5 VOB/B Vergütung

*Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder **andere Anordnungen des Auftraggebers** die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.*

Sachnachtrag "erschlägt" Bauzeitennachtrag!

1. Der **Auftraggeber** als Empfänger eines Nachtragsangebots wegen geänderter oder zusätzlicher Leistungen **darf davon ausgehen**, dass der Auftragnehmer **alle** mit der Durchführung der Nachtragsarbeiten verbundenen Kosten - also auch solche wegen nachtragsbedingter Verzögerungen - in sein Nachtragsangebot einkalkuliert hat.
2. **Nimmt der Auftraggeber das Nachtragsangebot des Auftragnehmers an, sind damit auch sämtliche Ansprüche wegen Bauablaufstörungen abgegolten.** Das gilt nicht, wenn der Auftragnehmer einen entsprechenden **Vorbehalt** erklärt hat.

OLG München, Urteil vom 26.09.2017 - 28 U 2834/09; BGH, Beschluss vom 15.01.2020 - VII ZR 249/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

2. Lösungsmöglichkeit

Anweisung zu verzögerter Leistung = Bauzeitennachtrag?

Verzugsmittelung ist "andere Anordnung"!

Die Verzugsmittelung des Auftraggebers zur verzögerten Leistungsausführung kann eine "andere Anordnung" i.S.v. § 2 Abs. 5 VOB/B darstellen und einen Anspruch des Auftragnehmers auf Mehrvergütung begründen.
OLG Brandenburg, Urteil vom 25.06.2020, 12 U 59/19

Mitteilung über Auftraggeberverzug löst Bauzeitennachtrag aus!

Zeigt der Besteller dem Unternehmer die Umstände an, die seinen Annahmeverzug begründen, so liegt in einer solchen Verzugsmittelung in aller Regel eine Leistungsänderung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B, so dass dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch nach dieser Vorschrift zustehen kann.
3. In diesem Fall besteht der Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B neben demjenigen aus § 642 BGB. Im Unterschied zu § 642 BGB gewährt er auch eine Mehrvergütung für annahmeverzugsbedingte Kostensteigerungen.

KG, Urteil vom 29.01.2019 - 21 U 122/18

2. Lösungsmöglichkeit

Anweisung zu verzögerter Leistung = Bauzeitennachtrag?

Voraussetzung ist aber eine rechtsgeschäftliche Anweisung

„Ein Mehrvergütungsanspruch ergibt sich mangels Anordnung der Beklagten auch nicht aus § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B. *Allein der Umstand, dass eine Störung des Vertrags wegen einer witterungsbedingten Behinderung vorliegt, kann nicht als Anordnung gewertet werden und daher nicht zu Ansprüchen nach § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B führen* (vgl. Kniffka/Jansen/von Rintelen, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 631 Rn. 941; Messerschmidt/Voit/Voit, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 2 VOB/B Rn. 17; Thode, ZfBR 2004, 214, 225).“

BGH, Urteil vom 20.04.2017 - VII ZR 194/13

2. Lösungsmöglichkeit

Anweisung zu verzögerter Leistung = Bauzeitennachtrag?

Aktuelle Entscheidung des BGH

Übergabe angepasster Bauablaufpläne ist keine Bauzeitanordnung!

1. Eine Anordnung i. S. des § 2 Abs. 5 VOB/B erfordert eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Auftraggebers, mit der einseitig eine Änderung der Vertragspflichten des Auftragnehmers herbeigeführt werden soll (Fortführung von BGH, IBR 1992, 349).

2. Ob ein Verhalten oder eine Erklärung des Auftraggebers als Anordnung i. S. des § 2 Abs. 5 VOB/B auszulegen ist, beurteilt sich nach §§ 133, 157 BGB. Liegt eine Störung des Vertrags aufgrund einer Behinderung vor, die faktisch zu einer Bauzeitverzögerung führt, und teilt der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Behinderungstatbestand und die hieraus resultierende Konsequenz mit, dass die Leistungen derzeit nicht erbracht werden können, liegt nach diesem Maßstab keine Anordnung i. S. des § 2 Abs. 5 VOB/B vor. Auch die Übermittlung von Bauablaufplänen stellt keine Anordnung des Auftraggebers i. S. des § 2 Abs. 5 VOB/B dar, wenn mit ihnen lediglich auf behinderungsbedingte Störungen des Vertrags reagiert wird. Dies gilt auch, wenn darin im Hinblick auf die Behinderungen und die deshalb gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B verlängerten Ausführungsfristen zeitliche Konkretisierungen erfolgen.

BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

- § 6 Abs. 6 VOB/B Behinderung und Unterbrechung der Ausführung

*Sind die **hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten**, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des **nachweislich entstandenen Schadens**, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Absatz 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Absatz 1 Satz 2 gegeben ist.*

„Das bedeutet jedoch nicht, daß allein die Darlegung einer verzögerten Lieferung freigegebener Pläne genügt. Vielmehr ist in der Regel eine **konkrete bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderungen unumgänglich**. Diese muß auch diejenigen unstreitigen Umstände berücksichtigen, die gegen eine Behinderung sprechen, wie z.B. die Lieferung von Vorabzügen, nach denen tatsächlich zu den vorgesehenen Zeiten gearbeitet worden ist, oder **die wahrgenommene Möglichkeit, einzelne Bauabschnitte vorzuziehen**.“

BGH, Urteil vom 21.03.2002 - VII ZR 224/00

„Gerade auf Großbaustellen kommt hinzu, daß dort **häufig noch andere Einsatzmöglichkeiten für Personal und Gerät bestehen**, weshalb nicht jede Behinderung zwangsläufig zu entsprechenden Produktionseinbußen führen muss.“

BGH, Urteil vom 20. Februar 1986 - VII ZR 286/84

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

Hauptproblem – Dokumentation = baubetriebliches Gutachten

Umstellung des Bauablaufs möglich: Fehlende Vorleistung ist keine Behinderung!

1. Der Auftragnehmer muss erst mit der Ausführung beginnen, wenn sämtliche Voraussetzungen für die von ihm zu erbringende Leistung vorliegen, insbesondere erforderliche Vorleistungen. Liegt eine Behinderung des Ausführungsbeginns i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B vor, gerät der Auftragnehmer nicht mit dem Beginn der Ausführung in Verzug.

2. Der Auftragnehmer ist nicht behindert, wenn er vom Bauablauf her auch anders vorgehen kann, als vom Auftraggeber vorgegeben.

OLG Hamburg, Urteil vom 23.02.2023 - 4 U 54/22

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

Hauptproblem – Dokumentation = baubetriebliches Gutachten

Keine bauablaufbezogene Darstellung vorgelegt: Kein Schadensersatz wegen Bauablaufstörung!

1. Macht der Auftragnehmer Schadensersatz wegen einer Bauablaufstörung geltend, hat er schlüssig darzulegen, dass er durch eine Pflichtverletzung des Auftraggebers behindert worden ist.

2. **Es ist grundsätzlich nicht ausreichend, eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen.** Der Auftragnehmer muss vielmehr substantiiert zu den dadurch entstandenen Behinderungen seiner Leistung vortragen. Dazu ist **in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung der jeweiligen Behinderung unumgänglich.**

OLG Bamberg, Beschluss vom 27.04.2022 - 1 U 302/21; BGH, Beschluss vom 16.11.2022 - VII ZR 112/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

Hauptproblem – Dokumentation = baubetriebliches Gutachten

Notwendige Privatgutachterkosten für Bauzeitennachtrag sind erstattungsfähig!

Die Kosten eines Privatgutachtens zur Ermittlung der wegen einer Bauverzögerung entstehenden Mehrvergütung können als Kosten des Rechtsstreits erstattungsfähig sein, wenn das Gutachten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig ist.

OLG Dresden, Urteil vom 25.03.2022 - 22 U 547/15; BGH, Beschluss vom 18.01.2023 - VII ZR 96/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

Hauptproblem – Dokumentation = baubetriebliches Gutachten

Aktuelle Entscheidung des BGH

Die konkrete bauablaufbezogene Darstellung ist und bleibt ein Muss!

Der Auftragnehmer muss eine Behinderung, aus der er Schadensersatzansprüche ableitet, möglichst konkret darlegen. Es reicht grundsätzlich nicht aus, eine oder mehrere Pflichtverletzungen vorzutragen. Vielmehr hat der Auftragnehmer substantiiert zu den dadurch entstandenen Behinderungen seiner Leistung vorzutragen. Dazu ist in der Regel eine konkrete, bauablaufbezogene Darstellung notwendig (Bestätigung u. a. von BGH, IBR 2002, 354).

BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

Hauptproblem – Dokumentation = baubetriebliches Gutachten

Empfehlung Dokumentation mit folgendem zwingenden Inhalt

1. Dokumentation des Stillstandes

- **Grund der Behinderung**
- **Voraussichtliche Dauer**
- **Darstellung welches Produktionsmittel (Personal, Maschine usw.) bereitgehalten werden**
- **Idealerweise noch klären, ob Möglichkeit anderweitiger Einsatz**

2. Abgrenzung zu Bauzeitverlängerung aus Nachträgen

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

weiteres Problem - Verschulden

Vorunternehmer in Verzug: Kein Nachtrag für höhere Lohn- und Materialkosten!

1. Das Unterlassen eines Leistungsabrufs ist keine leistungsändernde Anordnung des Auftraggebers, sondern allenfalls eine vertragswidrige Behinderung der Ausführung. Auch die Mitteilung an den Auftragnehmer, es lägen veränderte (Bau-)Umstände vor, stellt keine vertragsändernde Anordnung dar.

2. Der Vorunternehmer ist kein Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer. **Der Auftraggeber muss sich deshalb eine schuldhafte Leistungsverzögerung des Vorunternehmers nicht zurechnen lassen.**

3. Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB umfasst nicht die Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung (Anschluss an BGH, IBR 2017, 664).

OLG Hamburg, Urteil vom 27.11.2020 - 8 U 7/20; BGH, Beschluss vom 27.10.2021 - VII ZR 11/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

weiteres Probleme - Verschulden

Aktuelle Entscheidung des BGH

Kein Schadensersatz wegen Behinderungen durch Vorunternehmer!

1. Der Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B setzt voraus, dass die Bauzeitverzögerung adäquat-kausal durch hindernde Umstände verursacht worden ist, die auf der Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Auftraggeber beruhen. **Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers, die nicht auf einer Pflichtverletzung beruhen, genügen nicht als Voraussetzung dieses Anspruchs (Bestätigung u. a. von BGH, IBR 2006, 84).**

2. Die nicht rechtzeitige Zurverfügungstellung von Vorleistungen anderer Unternehmer stellt selbst dann keine Pflichtverletzung des Auftraggebers dar, wenn die Ursache hierfür die nicht rechtzeitige Übergabe von Ausführungsplänen an die Vorunternehmer war.

BGH, Urteil vom 19.09.2024 - VII ZR 10/24

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

weitere Probleme – Höhe des Behinderungsschadens

Schadensersatz wegen Behinderung: Lohnkosten werden erstattet, nicht Stundensätze!

1. Können die Mitarbeiter des Auftragnehmers aufgrund einer vom Auftraggeber zu vertretenden Behinderung nicht auf der Baustelle arbeiten, kann der Auftragnehmer den Schaden erstattet verlangen, der konkret auf die Behinderung zurückgeht.
2. Stellt der Auftragnehmer seine Mitarbeiter aufgrund der Behinderung unter Fortzahlung des Arbeitslohns frei, stellen die aufgewendeten Lohnkosten und nicht die üblichen Stundensätze/Einheitspreise den zu erstattenden Schaden dar.

OLG Celle, Urteil vom 04.03.2020 - 7 U 334/18; BGH, Beschluss vom 04.11.2020 - VII ZR 45/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

3. Lösungsmöglichkeit

Baubehinderung, § 6 Abs. 6 VOB/B

weitere Probleme – Behinderungsanzeige

Behinderungsanzeige: Welche Anforderungen sind an sie zu stellen und wann ist sie entbehrlich?

1. Der AN hat in der Behinderungsanzeige anzugeben, ob und wann seine Arbeiten, die nach dem Bauablauf nunmehr ausgeführt werden müssten, nicht oder nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können.
2. Die Behinderungsanzeige dient der Information des AG über die Störung. Er soll gewarnt und es soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Behinderung abzustellen.

BGH, Urteil vom 21.10.1999 - VII ZR 185/98

Behinderungsanzeige ist zu begründen!

1. Eine unvollständige Ausführungsplanung kann die nicht fristgerechte Leistung nicht rechtfertigen, wenn nicht ersichtlich ist, was an der Ausführungsplanung fehlt und warum dies zu einer Verzögerung führt. Der Auftragnehmer muss Angaben dazu machen, bis wann der Auftraggeber die Ausführungsplanung vorlegen musste und wie sich eine verspätete Planvorlage auf die Leistungserbringung konkret ausgewirkt hat.
2. Der Auftraggeber ist nicht dazu verpflichtet, den Auftragnehmer zur Fertigstellung der Leistung aufzufordern. Vielmehr hat der Auftragnehmer seinen Verzug zu beenden und die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich anzubieten.

OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2021 - 13 U 1583/18; BGH, Beschluss vom 05.07.2023 - VII ZR 823/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

	Behinderung/Bauzeitverlängerung durch Nachtrag § 2 Abs. 3 VOB/B § 2 Abs. 5 VOB/B § 2 Abs. 6 VOB/B	Mitwirkungspflicht des AG § 642 BGB	Behinderung § 6 Abs. 6 VOB/B
Voraussetzung: Anweisung des AG	NEIN (§ 2 Abs. 3 VOB/B) JA (§ 2 Abs. 5 VOB/B + § 2 Abs. 6 VOB/B)	NEIN (keine Voraussetzung, aber möglich (Bsp. Anweisung späterer Beginn))	NEIN (keine Voraussetzung, aber möglich (Bsp. Anweisung späterer Beginn))
Verschulden AG erforderlich	NEIN	NEIN	JA
Behinderungsanzeige erforderlich	NEIN	NEIN (aber Leistung muss angeboten werden)	JA (§ 6 Abs. 1 VOB/B)
Umfang	Bauzeitbedingte Mehrkosten der Nachtragsleistung	Entschädigung (reiner Stillstand – keine Mehrkosten)	Schaden (auch Mehrkosten)

Teil D

Nachträge im Pauschalpreisvertrag

D. Nachträge beim Pauschalpreisvertrag

I. VOB – Pauschalpreisvertrag

Grundlagen

§ 2 Abs. 7 VOB/B

- 1. Ist als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart, so bleibt die Vergütung unverändert. Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 313 BGB), so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu gewähren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.*
- 2. Die Regelungen der Absatz 4, 5 und 6 gelten auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme.*

D. Nachträge beim Pauschalpreisvertrag

I. VOB – Pauschalpreisvertrag

Grundlagen

Grundsatz

Mengenrisiko verbleibt bei den Vertragspartnern

Ausnahme – bei Abweichung ohne Eingriff

erhebliches Abweichen der ausgeführten Leistung von der vertraglich geschuldeten Leistung

Ausnahme – bei Abweichung mit Eingriff

es gelten die Regelungen für Leistungsänderungen bzw. zusätzliche Leistungen

D. Nachträge beim Pauschalpreisvertrag

I. VOB – Pauschalpreisvertrag

Praxisfälle



Baugrund ist anders als beschrieben: Auftragnehmer erhält Mehrvergütung!

1. Der Auftragnehmer darf sich auf die Angaben in einem vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Bodengutachten grundsätzlich verlassen.
2. Wird der Auftragnehmer auf der Grundlage eines vom Auftraggeber erstellten Leistungsverzeichnisses mit der Ausführung von Bohrarbeiten beauftragt, fallen nicht erkennbare Erschwernisse in die Risikosphäre des Auftraggebers. Der damit verbundene Mehraufwand ist zusätzlich zu vergüten. Das gilt auch dann, wenn die Parteien als Vergütung einen Pauschalpreis vereinbart haben.

OLG Celle, Urteil vom 09.08.2012 - 5 U 34/12; BGH, Beschluss vom 06.03.2014 - VII ZR 255/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

D. Nachträge beim Pauschalpreisvertrag

I. VOB – Pauschalpreisvertrag

Praxisfälle

Pauschalpreis auf Basis der Entwurfsplanung

1. Der Umfang des Pauschalpreisrisikos bestimmt sich nicht nach § 2 Nr. 7 VOB/B, wenn die Parteien konkret etwas anderes vereinbart haben (hier: Komplettheitsfunktion der Entwurfsplanung).
2. Die Beweislast für Mehrleistungen gegenüber den Entwurfsplänen trägt der Auftragnehmer, für Minderleistungen der Auftraggeber.

OLG Köln, Urteil vom 06.05.2009 - 11 U 79/08; BGH, Beschluss vom 10.09.2009 - VII ZR 100/09 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

D. Nachträge beim Pauschalpreisvertrag

I. VOB – Pauschalpreisvertrag

Praxisfälle

Ist der Pauschalpreis bei Mengenabweichungen von Einzelpositionen anzupassen?

Bei einem Pauschalpreisvertrag fallen Mehr- und Mindermengen erst bei einer Obergrenze von 20% gegenüber dem Gesamtpreispauschalbetrag ins Gewicht; auf die Mengenabweichung zur Einzelposition kommt es nicht an.

OLG Naumburg, Urteil vom 05.05.2006 - 10 U 2/06

D. Nachträge beim Pauschalpreisvertrag

I. VOB – Pauschalpreisvertrag

Praxisfälle

Pauschalpreisrisiko und Verwirkung

1. Ein Festhalten am vereinbarten Pauschalpreis ist regelmäßig zumutbar, soweit Leistungsminderungen unterhalb von 20% der Auftragssumme bleiben.
2. Fordert ein - nicht öffentlicher - im Immobiliensektor tätiger Auftraggeber mehr als ein Jahr nach vollständiger und vorbehaltloser Zahlung des Pauschalpreises eine anteilige Rückzahlung wegen Mengenunterschreitungen, so kann dieser Rückzahlungsanspruch verwirkt sein.

OLG Bamberg, Urteil vom 19.01.2005 - 3 U 53/04

Teil E

Schlusszahlungsvorbehalt

E. Schlusszahlungsvorbehalt

§ 16 Abs. 3 VOB/B

2. Die *vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen* aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

...

5. Ein *Vorbehalt ist innerhalb von 28 Tagen nach Zugang der Mitteilung* nach den Nummern 2 und 3 über die Schlusszahlung zu erklären. Er wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von *weiteren 28 Tagen* – beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 28 Tage – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.

E. Schlusszahlungsvorbehalt

Schlusszahlungsvorbehalt, § 16 Abs. 3 Nr. 5 VOB/B

Fristen:

Vorbehalt

- 28 Tage ab Zugang der Schlusszahlungsbelehrung

Vorbehaltsbegründung

- weitere 28 Tage, beginnend ab Ablauf der Vorbehaltsfrist

E. Schlusszahlungsvorbehalt

Praxishilfe - Formulierungsvorschlag

*Sehr geehrte Damen und Herren,
mit Schreiben vom haben wir einen Vorbehalt gegen die von Ihnen geleistete Schlusszahlung geltend gemacht.*

Diesen Vorbehalt dürfen wir wie folgt begründen:

(1. Alternative) zur Begründung verweisen wir auf die Ihnen vorliegende prüffähige Schlussrechnung

(2. Alternative) im Einzelnen möchten wir unseren Vorbehalt gegen die von Ihnen vorgenommene Kürzung wie folgt begründen:

.....
.....

Unsere gesamte ausstehende Forderung bitten wir, bis zum zu bezahlen.

F. Schlusszahlungsvorbehalt

Vorbehaltsbelehrung, § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B

1. Der Auftraggeber (AG) kann die Schlusszahlungseinrede gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nur erheben, wenn den Auftragnehmer (AN) nicht nur auf die Vorbehaltsfrist von 24 Werktagen, sondern auch auf die Begründungsfrist von weiteren 24 Werktagen nach Ablauf der Vorbehaltsfrist hingewiesen hat.
2. Ein **Hinweis auf die Ausschlusswirkung ist falsch und damit unwirksam**, wenn der AG auf eine Vorbehaltsfrist von **24 Tagen statt** - wie richtig - von **24 Werktagen** hinweist und den Beginn der Vorbehaltsfrist nicht angibt.
3. Ob die Unvollständigkeit bzw. Fehlerhaftigkeit des Hinweises kausal dafür ist, dass der AN den Vorbehalt nicht erklärt, spielt keine Rolle.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.10.2008 - 7 U 254/07

E. Schlusszahlungsvorbehalt

VOB/B-Inhaltskontrolle: Die Dämme sind gebrochen!

Die Schlusszahlungsregelung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 2 - 5 VOB/B ist, wenn die VOB/B vom Auftraggeber gestellt ist und - auch nur geringfügige - Abweichungen vereinbart sind, unwirksam.

BGH, Urteil vom 10.05.2007 - VII ZR 226/05

Abschnitt III.

Abnahme, Bedenken, Gewährleistung

Teil A

Abnahme

A. Abnahme - Einleitung

§ 640 BGB Abnahme

(1) Der **Besteller ist verpflichtet**, das vertragsmäßig hergestellte **Werk abzunehmen**, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. **Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.**

§ 641 Fälligkeit der Vergütung

(1) Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. **Ist das Werk in Teilen abzunehmen** und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.

§ 12 VOB/B

(1) **Verlangt der Auftragnehmer** nach der Fertigstellung - gegebenenfalls auch vor Ablauf der vereinbarten Ausführungsfrist - **die Abnahme der Leistung**, so hat sie der Auftraggeber binnen 12 Werktagen durchzuführen; eine andere Frist kann vereinbart werden.

(2) Auf Verlangen sind **in sich abgeschlossene Teile der Leistung** besonders abzunehmen.

A. Abnahme - Begriff

I. Grundlage

Abnahme ist das

rechtsgeschäftliche Übernehmen des Werkes durch den Auftraggeber.

Sonderfall:

Technische Abnahme

Teilabnahme

Wichtigkeit der Abnahme:

Beweislast

Gefahrübergang

Gewährleistungszeit

A. Abnahme

I. BGB-Vertrag

Abnahme ist das rechtsgeschäftliche Übernehmen des Werkes durch den Auftraggeber.

2. Formen der Abnahme

Förmliche Abnahme

- auf Verlangen einer der Vertragsparteien

Konkludente Abnahme

- AG gibt durch sein Verhalten seinen Abnahmewillen bekannt

Fiktive (fingierte) Abnahme, § 640 Abs. 2 BGB

Abnahme, wenn AG innerhalb Frist nicht abnimmt oder Abnahme verweigert (unter Angabe mindestens eines Mangel)

A. Abnahme

I. BGB-Vertrag

Praxishilfe – Formulierungsvorschlag fingierte Abnahme

*Sehr geehrte Damen und Herren,
hiermit möchten wir Ihnen mitteilen, dass die von uns auszuführenden Leistungen für das oben näher bezeichnete Bauvorhaben fertig gestellt worden sind.*

*Wir bitten Sie deshalb, die Abnahme bis zum
.....
durchzuführen.*

(Ergänzung für Verbraucher:

Wir weisen darauf hin, dass die Abnahmewirkungen eintreten, sofern Sie nicht innerhalb der Frist die Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels verweigern.)

A. Abnahme

I. BGB-Vertrag

Nach 8 bis 10 Monaten gilt die Leistung als abgenommen!

Wird das Bauvorhaben über mehrere (hier: 8 bis 10) Monate hinweg ohne Mängelrüge in Gebrauch genommen, kann von einer (konkludenten) Abnahme der Leistung ausgegangen werden. Das gilt auch im Fall der Vermietung.
OLG Köln, Urteil vom 24.07.2015 - 19 U 129/14

Heizungsanlage wird erst nach einer Heizperiode schlüssig abgenommen!

1. In der Trocknung des Estrichs mittels der eingebauten Heizanlage liegt nicht die Erklärung, dass die Heizanlage als vertragsmäßig akzeptiert wird.
2. Die Abnahme einer Heizanlage durch schlüssiges Verhalten kommt erst nach einer Heizperiode in Betracht.
3. Aus einem tatsächlichen Verhalten könne nur dann Rückschlüsse auf ein rechtsgeschäftliches Verhalten gezogen werden, wenn die Leistung als vertragsmäßig erkannt wurde. Das setzt voraus, dass der Auftraggeber hierzu tatsächlich in der Lage war.

OLG München, Beschluss vom 16.10.2019, 28 U 1733/19 Bau

A. Abnahme

I. BGB-Vertrag

Wann wird eine Planerleistung schlüssig abgenommen?

Eine konkludente Abnahme kommt in Betracht, wenn das Werk nach den Vorstellungen des Auftraggebers im Wesentlichen mangelfrei fertig gestellt ist und der Auftragnehmer das Verhalten des Auftraggebers als Billigung seiner erbrachten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht verstehen darf.

BGH, Urteil vom 20.02.2014 - VII ZR 26/12

Sechs Monate nach Fertigstellung und Bezug gilt die Architektenleistung als abgenommen!

Die konkludente Abnahme einer Architektenleistung kann darin liegen, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung, Bezug des fertig gestellten Bauwerks und Ablauf einer Prüfungsfrist von sechs Monaten keine Mängel der Architektenleistungen rügt (Fortführung von BGH, IBR 2010, 279).

BGH, Urteil vom 26.09.2013 - VII ZR 220/12

A. Abnahme

II. VOB-Vertrag

Abnahme ist das rechtsgeschäftliche Übernehmen des Werkes durch den Auftraggeber.

Formen der Abnahme, § 12 VOB/B

Förmliche Abnahme

- auf Verlangen einer der Vertragsparteien

Abnahme durch Ingebrauchnahme

- 6 Werkstage nach Ingebrauchnahme

Fiktive Abnahme

- 12 Werkstage nach schriftlicher Fertigstellungsmitteilung

Konkludente Abnahme

A. Abnahme

II. VOB-Vertrag vs. fiktive Abnahme BGB

Förmliche Abnahme vereinbart: Fiktive und konkludente Abnahme ausgeschlossen!

1. **Mit der Vereinbarung einer förmlichen Abnahme gem. § 12 Abs. 3 VOB/B sind die Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 VOB/B und die Abnahme durch schlüssiges Verhalten (konkludente Abnahme) ausgeschlossen.**

2. Bei der förmlichen Abnahme handelt es sich um eine - vereinbarte - empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine berechtigte Verweigerung der Abnahme durch den Auftraggeber kommt nur wegen wesentlicher Mängel in Betracht. Der Auftragnehmer wird hierdurch nicht unangemessen benachteiligt.

OLG München, Beschluss vom 08.03.2022 - 28 U 9184/21 Bau; BGH, Beschluss vom 05.10.2022 - VII ZR 83/22 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

A. Abnahme

II. VOB-Vertrag

Praxishilfe - Fertigstellungsanzeige

*Sehr geehrte Damen und Herren,
hiermit möchten wir Ihnen mitteilen, dass die von uns auszuführenden Leistungen für das oben näher
bezeichnete Bauvorhaben fertig gestellt worden sind.*

Oder

*Wir freuen uns Ihnen mitteilen zu können, dass die von uns auszuführenden Leistungen für das oben näher
bezeichnete Bauvorhaben fertig gestellt worden sind.*

Verhaltensweise bei Verweigerung der Abnahme

A. Abnahme

Verhaltensweise bei Verweigerung der Abnahme

Sofern die **Abnahme verweigert** wird:

1. Zustandsfeststellung, § 650g Abs. 1 - 3 BGB

Zustandsfeststellung auf Verlangen des Unternehmers im Falle der Verweigerung der Abnahme:

Form: gemeinsame Feststellung mit Angabe des Tages und von beiden Vertragsparteien unterschrieben

Verfahren:

- Fristsetzung durch AN oder gemeinsamer Termin
- Ziel: gemeinsame Feststellung
- bleibt AG fern: einseitige Feststellung

Wirkung: fehlt in Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel, wird vermutet, dass dieser nach Zustandsfeststellung entstanden

2. weiter Abnahme versuchen/ notfalls. gerichtliche Schritte

A. Abnahme

Verhaltensweise bei Verweigerung der Abnahme

*Sehr geehrte Damen und Herren,
wir haben zwischenzeitlich bei dem oben näher bezeichneten Bauvorhaben folgende Leistungen*

.....
.....

ausgeführt.

Nachdem Sie die Abnahme verweigern, bitten wir Sie, eine Zustandsfeststellung der Leistung (inklusive Aufmaß) gemeinsam durchzuführen. Als Termin für die Durchführung der gemeinsamen Feststellung schlagen wir

..... (Termin) vor Ort

vor. Sollten wir nichts von Ihnen hören, gehen wir davon aus, dass Sie zu diesem Termin anwesend sein werden, um die gemeinsamen Feststellungen zu treffen. Sollte Ihnen wider Erwarten dieser Termin nicht möglich sein teilen Sie uns dies bitte unter Angabe von Gründen unverzüglich mit. Für diesen Fall schlagen wir als Alternativtermin den vor.

Rechtsfolgen einer vorbehaltlosen Abnahme **Verlust aller Rechte?**

A. Abnahme

Rechtsfolgen einer vorbehaltlosen Abnahme

1. Vorbehaltlose Abnahme = Verlust der Mängelrechte?

Grundsatz:

Die Abnahme des Werks ohne Mängelvorbehalt schließt nur die in § 640 Abs. 3 BGB genannten Rechte, dagegen **nicht die Ansprüche des Werkbestellers auf Schadensersatz wegen ihm entstandener Mangel- oder Mangelfolgeschäden aus.**

OLG Köln, Beschluss vom 01.12.2021 - 16 U 115/21

Aber:

Nimmt der Auftraggeber die Leistung rügelos ab, verliert er seine Mängelansprüche nur dann, wenn ihm der **Mangel bei der Abnahme positiv bekannt** ist. Es reicht nicht aus, dass der Mangel erkennbar war.

OLG Schleswig, Urteil vom 18.08.2017 - 1 U 11/16; BGH, Beschluss vom 05.06.2018 - VII ZR 200/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Sonstige Einzelprobleme

A. Abnahme

Sonstige Einzelprobleme

Förmliche Abnahme = Was passiert, wenn Unterschrift fehlt?

Die Unterschrift beider Vertragsparteien ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer förmlichen Abnahme.

OLG Hamburg, Urteil vom 30.10.2009 - 9 U 144/00; BGH, Beschluss vom 24.11.2011 - VII ZR 188/09
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Teil B

Bedenkenanmeldung

Einleitung

§ 4 Nr. 3 VOB/B

Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung (auch wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren), gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so **hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich** - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - **schriftlich** mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.

Einleitung

(Wiederholung)

„Zeitpunkt - Allgemeine Regeln der Technik“

1. Der **Auftragnehmer** schuldet gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B 2006 grundsätzlich die **Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme**. Dies gilt auch bei einer **Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik** zwischen Vertragsschluss und Abnahme.

2. a) In einem solchen Fall hat der **Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren**, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

b) Der **Auftraggeber** hat sodann im Regelfall **zwei Optionen**: Der **Auftraggeber kann zum einen die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen** mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. **Der Auftragnehmer kann**, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, **im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen**. Der **Auftraggeber kann zum anderen von einer Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens absehen**.

Vgl. BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14

Bedenkenanmeldung

Ausgangspunkt: Nicht funktionstaugliches Werk ist mangelhaft!

Auch nach der Änderung des § 633 BGB n.F. durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts entspricht ein Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn es nicht die vereinbarte Funktionstauglichkeit aufweist.

BGH, Urteil vom 08.11.2007 - VII ZR 183/05

Ausnahme – ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung

Bedenkenanmeldung

Wann sind Bedenkenanmeldungen erforderlich:

- Bedenken gegen die vorgesehenen Art der Ausführung
- Bedenken gegen die vom AG gelieferten Stoffe oder Bauteile
- Bedenken gegen Vorleistungen anderer Unternehmen
- Bedenken wegen der Sicherung gegen Unfallgefahren

Form und Inhalt der Bedenkenanmeldung, § 4 Abs. 3 VOB/B

- Schriftlich (Achtung: im BGB reicht mündlich)
- Erläuterung des Fehlers
- Erläuterung der möglichen Folgen

Bedenkenanmeldung

Praxishilfe - Formulierungsvorschlag

*Sehr geehrte Damen und Herren,
wir möchten hiermit Bedenken gegen*

– *(die vorgesehene Ausführungsart/die Güte der von Ihnen gelieferten Stoffe oder Bauteile/die Leistungen anderer Unternehmer)*

anmelden. Zur Begründung möchten wir im Einzelnen Folgendes darlegen:

.....
.....

(ausführliche Begründung)

Wir bitten Sie, möglichst umgehend, um eine nach Möglichkeit schriftliche Stellungnahme zu den von uns dargelegten Bedenken. Da wir vermeiden möchten, dass eine Verzögerung in der Ausführung der Bauleistung entsteht, bitten wir Sie bis zum um Ihre Stellungnahme.

Sollten Sie sich nicht innerhalb der Frist zu der Bedenkenanmeldung äußern, zeigen wir an, dass wir mit der weiteren Ausführung der diesbezüglichen Leistungen behindert sind.

Bedenkenanmeldung Praxishilfe – Formulierungsvorschlag bei (mündlicher) Ablehnung

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir nehmen Bezug auf unsere Besprechung vom mit und dürfen Ihnen der guten Ordnung halber bestätigen, dass Sie unsere Bedenken nicht teilen und die Ausführung der Leistung entsprechend den vertraglichen Regelungen wünschen.

Wir werden die Leistungen gemäß Ihren Anweisungen im Vertrag bzw. in den weiteren Vertragsbestandteilen trotz unserer Bedenken ausführen und möchten nochmals darauf hinweisen, dass die vorgesehene(n)

– (Ausführungsart/Güte der von Ihnen gelieferten Stoffe oder Bauteile/Leistungen anderer Unternehmen)

entsprechend unserer Bedenkenanmeldung ggf. zu später auftretenden Mängeln und Schäden führen kann/können und lehnen schon jetzt jegliche Haftung ab.

Bedenkenanmeldung

Pflicht zur Bedenkenanmeldung

Auch wenn der Bauherr fachkundig ist oder sich die Fachkunde von Mitarbeitern/Beauftragten zurechnen lassen muss, entfällt die Prüfungs- und Hinweispflicht nicht.

BGH, Urteil vom 18.01.2001 - VII ZR 457/98

Wem gegenüber sind Bedenken anzumelden

Hat der Unternehmer Bedenken gegen die geplante Ausführung, muß er diese schriftlich dem Bauherrn mitteilen, wenn der Architekt den Fehler zu verantworten hat oder wenn sich der Architekt den Einwänden verschließt und auf der Ausführung besteht.

BGH, Urteil vom 19.12.1996 - VII ZR 309/95

Bedenkenanmeldung

Bedenken sind an den Auftraggeber zu richten!

2. Hat der Auftraggeber einen **bauleitenden Architekten** eingesetzt, kann der **Bedenkenhinweis auch diesem erteilt werden**. Das **gilt jedoch nicht, wenn er Bedenken gegen Anordnungen oder Planungen des Architekten selbst hat oder wenn der Architekt sich der Bedenkenanmeldung verschließt**.
3. Diese **Grundsätze gelten auch für** einen vom Bauherrn eingesetzten, bei ihm selbst **angestellten Bauleiter**.
4. Dem Auftraggeber muss die Tragweite der Nichtbefolgung der geäußerten Bedenken klar werden. Die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Bauausführung müssen konkret dargelegt werden.
5. **Der bloße Hinweis des Auftragnehmers auf eine mangelhafte Ausführung von Vorleistungen genügt als Bedenkenhinweis deshalb nicht.**

OLG Schleswig, Urteil vom 24.05.2019 - 1 U 71/18; BGH, Beschluss vom 27.05.2020 - VII ZR 126/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Bedenkenanmeldung (Wiederholung)

Ein mündlicher Bedenkenhinweis genügt auch im VOB-Vertrag, wenn er eindeutig, d. h. inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist. Entscheidend ist, dass eine ausreichende Warnung erfolgt.

Bedenkenhinweis im Baustellenprotokoll ist Urkundsbeweis.

OLG Jena, Urteil vom 09.01.2020 - 8 U 176/19

1. Seiner **Bedenkenhinweispflicht** kommt der Auftragnehmer nur nach, **wenn er die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret darlegt, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung hinreichend verdeutlicht wird.**
2. Der Bedenkenhinweis hat zwar nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich zu erfolgen. Das bedeutet aber nicht, dass ein mündlicher Hinweis unerheblich ist. Vielmehr reicht ein mündlicher Hinweis aus, wenn dieser eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist.

OLG Brandenburg, Urteil vom 29.07.2021 - 12 U 230/20

Bedenkenanmeldung

Bedenkenhinweis

- ...
2. **Auch gegenüber professionellen Bestellern besteht eine Bedenkenhinweispflicht.** Ein zur Haftungsbefreiung führender Bedenkenhinweis setzt voraus, dass der Besteller ausreichend gewarnt wird; **die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben müssen konkret dargelegt werden**, damit dem Besteller die Tragweite der Nichtbefolgung klar wird.
 3. **Wenn der Besteller auf einen Bedenkenhinweis reagiert, hat der Unternehmer auch die neue Anweisung des Bestellers zu prüfen und - wenn die als Reaktion auf einen ersten Bedenkenhinweis erfolgte Anweisung ebenfalls keine mangelfreie Herstellung ermöglicht - einen weiteren Bedenkenhinweis zu erteilen.**
 4. Die Bedenkenanzeige geht nicht dem Besteller zu, wenn der sie empfangende, zur Abnahme befugte Bauleiter selbst für den Mangel verantwortlich ist oder sich den Bedenken verschließt; in einem derartigen Fall ist der **Besteller selbst zu unterrichten.**
 5. Ein Mitverschuldensabzug für Planungsfehler des Bestellers wird durch einen unterbliebenen ordnungsgemäßen Bedenkenhinweis nicht ausgeschlossen.
OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.12.2022, I-22 U 113/22

Teil C

Gewährleistung

Gewährleistung

I. Mangelbegriff

§ 633 BGB Sach- und Rechtsmängel

(2) Das Werk ist *frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat.*

§ 13 VOB/B Mängelansprüche

(1) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. *Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht.*

Gewährleistung

I. Mangelbegriff

Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die **vereinbarte Beschaffenheit** hat
Ergänzung VOB/B: anerkannte Regeln der Technik

Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

- Wenn sie sich für die nach dem Vertrag **vorausgesetzte Verwendung** eignet, sonst
- Wenn sie sich für die **gewöhnliche Verwendung** eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann

Gewährleistung

I. Mängelbegriff - Praxis

Mängelbegriff – BGB-Vertrag

In der Regel **verpflichtet sich der Unternehmer** stillschweigend **zur Beachtung der anerkannten Regeln der Technik**.

Die **anerkannten Regeln der Technik** werden **nicht allein durch die DIN-Normen** festgelegt. Denn hierbei handelt es sich lediglich um private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter, welche hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleiben oder im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens sogar noch darüber hinausgehen können.

Auch bei einer Abweichung von DIN-Normen kann deren bezweckter Erfolg erreicht werden.

OLG Celle, Urteil vom 02.11.2011 - 14 U 52/11

Gewährleistung

I. Mängelbegriff – Praxis (Wiederholung)

„Zeitpunkt - Allgemeine Regeln der Technik“

1. Der **Auftragnehmer** schuldet gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B 2006 grundsätzlich die **Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme**. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.

2. a) In einem solchen Fall hat der **Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren**, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

b) Der Auftraggeber hat sodann im Regelfall zwei Optionen: Der **Auftraggeber kann** zum einen die **Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen** mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen. Der Auftragnehmer kann, soweit hierfür nicht von der Vergütungsvereinbarung erfasste Leistungen erforderlich werden, im Regelfall eine Vergütungsanpassung nach § 1 Nr. 3 oder 4, § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B (2006) verlangen. Der **Auftraggeber kann** zum anderen von einer **Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik** und damit von einer etwaigen Verteuerung des Bauvorhabens **absehen**.

BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14

Gewährleistung

I. Mängelbegriff - Praxis

Funktionstaugliches Werk

Die Werkleistung des Unternehmers kann auch dann mangelhaft sein, wenn sie den anerkannten Regeln der Technik entspricht, aber nicht funktionstauglich ist.

OLG Hamm, Urteil vom 27.09.2012 - 17 U 170/11

Auch der funktionale Mangelbegriff hat seine Grenzen!

1. Der Auftragnehmer darf bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung grundsätzlich von "normalen" (Betriebs-)Umständen ausgehen. Deshalb ist eine Krananlage, die bei starkem Nebel und hoher Luftfeuchtigkeit nicht funktioniert, nicht mangelhaft, wenn der Auftragnehmer mit diesen Umgebungsbedingungen nicht rechnen musste.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.11.2019 - 10 U 330/19

Gewährleistung

I. Mängelbegriff - Praxis

Mangel oder Verschleiß?

Gewährleistungsansprüche setzen voraus, dass der Fehler zum Zeitpunkt der Abnahme vorhanden ist. Entsteht der Fehler erst später, haftet der Unternehmer nur, wenn er eine Haltbarkeitsgarantie übernommen hat oder wenn der Fehler bei Abnahme bereits im Keim vorhanden war.

OLG Köln, Urteil vom 23.10.2001 - 3 U 21/01

Bei einer offenporigen Lasur von Fenstern ist Wetterbeständigkeit nicht geschuldet.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.09.1991 - 21 U 26/91

Gewährleistung

I. Mängel VS. Verschulden

Mängelhaftung setzt kein Verschulden voraus!

1. AKR-geschädigte Betonfahrbahnen weisen eine geringere Haltbarkeit und Nutzungsdauer auf als nicht AKR-geschädigte Betonfahrbahnen. Folgen sind höhere Betriebs- und/oder Instandsetzungskosten. Dadurch ist der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch gemindert.
2. Ein Mangel ist auch ohne Verschulden des Auftragnehmers vertragswidrig und löst damit ohne Rücksicht auf Erkennbarkeit der Mangelursache grundsätzlich Gewährleistungsansprüche aus.

KG, Beschluss vom 28.09.2021 - 27 U 12/21

Gewährleistung

I. Mängel VS. Verschulden

Mängelhaftung ist verschuldensunabhängig!

1. Der Auftragnehmer ist dafür verantwortlich, dass das Werk nicht mit Fehlern behaftet ist, die seine Tauglichkeit aufheben oder mindern.
2. Inwieweit ein Mangel des Werks vorliegt, hängt nicht davon ab, ob der Auftragnehmer aufgrund der ihm zugänglichen fachlichen Informationen darauf vertrauen konnte, dass die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit durch seine Leistung erfüllt wird. Die davon abweichende Leistung ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht.
3. Wird der Auftragnehmer mit dem Bau eines Autobahnabschnitts beauftragt, schuldet er die Errichtung eines rissfreien Gewerks, das ein jahrelanges sanierungsfreies, problemloses Befahren der beauftragten Streckenabschnitte ermöglicht.

OLG München, Urteil vom 27.02.2018 - 9 U 3595/16 Bau

Gewährleistung

I. Mängelbegriff - Praxis

1. Dem Auftraggeber steht ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund wegen positiver Vertragsverletzung zu, wenn der Auftragnehmer im Rahmen der technischen Bearbeitung von vertraglichen Vorgaben abweicht.
2. Ein Vertragspartner, der erklärt, sich an vertragliche Leistungsverpflichtungen nicht halten zu wollen, sondern diese nach eigener Vorstellung durch eine andere Leistung zu ersetzen beabsichtigt, ist für einen Auftraggeber nicht akzeptabel.

OLG Celle, Urteil vom 16.12.2004 - 5 U 71/04

Gewährleistung

I. Mängelbegriff - Praxis

1. **Weicht der Auftragnehmer von den vereinbarten planerischen Vorgaben ab, ist die Leistung auch dann mangelhaft, wenn keine Wert- oder Tauglichkeitsminderung vorliegt. Allein aufgrund der Beschaffenheitsabweichung liegt ein Mangel vor.**
2. **Der Auftraggeber kann trotz einer bestehenden Abweichung zwischen erbrachter und geschuldeter Leistung keine Mängelrechte geltend machen, wenn die vom Auftragnehmer gewählte Ausführung aus fachlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, sie weder optische noch bautechnische Nachteile hat und es dem Auftraggeber erkennbar nicht auf eine bestimmte, sondern lediglich auf eine geeignete Ausführung-art ankommt.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.07.2012 - 21 U 150/09

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Grundsätze

1. Einleitung

Beseitigt der Auftraggeber behauptete Mängel, ohne dem Auftragnehmer zuvor eine hinreichende Möglichkeit zur Nacherfüllung zu geben, ist er mit Gewährleistungs- bzw. Ersatzansprüchen aus allen dafür in Betracht kommenden Rechtsgründen ausgeschlossen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.2013 - 22 U 81/13

Verhindert der Auftraggeber noch während einer gesetzten Nacherfüllungsfrist durch teilweise Ersatzvornahme die vollständige Durchführung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer, hat er insoweit keinen Anspruch auf Ersatz seiner Mängelbeseitigungskosten.

OLG Naumburg, Urteil vom 15.11.2011 - 1 U 51/11

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Grundsätze

2. Allgemeines Recht des AG - Zurückbehaltungsrecht

§§ 641 Abs. 3 BGB

*„Kann der Besteller die Beseitigung eines Mangels verlangen, so kann er nach der Fälligkeit die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; angemessen ist **in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten.**“*

Voraussetzungen:

Mangel

Umfang

Geldeinbehalt

2-facher Betrag der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Zurückbehaltungsrecht - Einzelproblem

Wer die Arbeiten einstellt, spielt mit dem Feuer!

- 1. Wird der Auftragnehmer** durch Umstände aus der Risikosphäre des Auftraggebers **in der Ausführung eines Teils seiner Leistung** behindert, berechtigt ihn das **nicht** dazu, seine **Arbeiten insgesamt einzustellen**.
- 2. Stellt der Auftragnehmer seine Arbeiten auf unbestimmte Zeit ein**, weil der Auftraggeber ein Nachtragsangebot nicht angenommen hat, **kann der Auftraggeber den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen**, wenn die Nachtragsforderung unberechtigt ist.

OLG Dresden, Urteil vom 27.09.2016 - 6 U 564/16; BGH, Beschluss vom 16.05.2018 - VII ZR 260/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Zurückbehaltungsrecht - Einzelproblem

Mängelbeseitigung wird nicht ermöglicht: Druckzuschlag entfällt!

Nach Eintritt des Annahmeverzugs mit der Nachbesserung kann der Besteller nach wie vor ein Zurückbehaltungsrecht nach § 641 Abs. 3 BGB geltend machen, allerdings beschränkt auf die Höhe der Mängelbeseitigungskosten.

OLG Schleswig, Urteil vom 10.12.2021 - 1 U 64/20

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Zurückbehaltungsrecht - Lösungsempfehlung

1. Leistungseinstellung wegen Zahlungsverzug

- nur im Ausnahmefall
- nur bei eindeutigen Sachverhalten

2. Verlangen einer Bauhandwerkersicherheit (§ 650 f BGB) prüfen

- Vorzugsvariante

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Grundsätze

3. Mängelrüge

Inhalt der Mängelrüge

Darstellung des äußeren Erscheinungsbildes der Mängel (Symptomrechtsprechung)

Bezeichnung der Örtlichkeit

Empfehlung: Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

Form der Mängelrüge

Grundsatz: mündliche Mängelrüge ausreichend

Empfehlung: schriftliche Mängelrüge

Häufige Fehler

Fristsetzung (gar keine Fristsetzung/ Aufforderung zur Anerkennung der Mängel/ Einladung zum Ortstermin zur Abklärung der Mängel)

Mängelbeseitigungsmaßnahme vorgeschrieben

Mängelbeschreibung (Örtlichkeit und Erscheinungsbild) zu unbestimmt

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Grundsätze

4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei Erfüllungsverweigerung durch AN

Erfordernis:

nachhaltige endgültige Verweigerung der Nacherfüllung

Strenge Anforderungen

nicht ohne weiteres ausreichend

- prozessuales Bestreiten

- nur teilweises Angebot einer Mängelbeseitigung

bei unaufschiebbaren Maßnahmen (besondere Dringlichkeit)

Nacherfüllung fehlgeschlagen

Nacherfüllung unzumutbar

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Praxishilfe - Mängelbeseitigungsaufforderung

*Sehr geehrte Damen und Herren,
bei einer Begehung haben wir festgestellt, dass zwischenzeitlich folgende Mängel aufgetreten sind:*

... (äußere Erscheinung des Mangels (Symptom) beschreiben, Örtlichkeit benennen, technische Ursachen müssen nicht genannt werden)

Wir fordern Sie hiermit auf, diese Mängel bis spätestens

...

zu beseitigen und uns über die erfolgte Mängelbeseitigung schriftlich zu informieren.

Sollte Ihrem Haus eine Mängelbeseitigung innerhalb dieser Frist nicht möglich sein, bitten wir um unverzügliche Mitteilung, warum die Frist nicht einhaltbar ist und innerhalb welcher Frist die Mängel beseitigt werden.

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

5. Praxisfälle

Welche Anforderungen gelten für die Darlegung von Mängeln?

Da der Auftraggeber sich auf die Beschreibung der Symptome der gerügten Mängel beschränken kann und zu deren Ursachen nichts vorzutragen braucht, muß er erst recht nicht irgendwelche außerhalb des Mangels liegende Ursachen ausschließen.

BGH, Urteil vom 14.01.1999 - VII ZR 185/97

Allein in dem prozessualen Bestreiten eines Mangels durch den Unternehmer ist keine endgültige Nacherfüllungsverweigerung zu sehen.

OLG Hamm, Urteil vom 28.02.2013, 21 U 86/12

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Frist zur Mängelbeseitigung ist Vornahmefrist, keine Beginnfrist!

Bei der **Frist zur Beseitigung des Mangels** handelt es sich **nicht** um eine **Beginnfrist**, sondern um eine **Vornahmefrist**. Folglich ist eine angemessene Frist erfolglos abgelaufen, wenn der Mangel bis zum Ablauf der Frist nicht vollständig beseitigt worden ist.

OLG Oldenburg, Urteil vom 14.05.2021 - 2 U 122/20

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

1. Der Auftraggeber kann gemäß § 4 Nr. 7 Satz 1 (jetzt § 4 Abs. 7 Satz 1) VOB/B vor der Abnahme verlangen, dass bereits vorhandene Mängel beseitigt werden und das Werk vertragsgerecht hergestellt wird.

Er kann jedoch, wie nach der Abnahme, **keine bestimmte Art der Mängelbeseitigung oder vertragsgerechten Herstellung verlangen, wenn der Vertrag auch auf andere Weise erfüllt werden kann.**

Neuherstellung kann der Auftraggeber **nur dann** fordern, wenn die **vertragsgerechte Erfüllung auf andere Weise nicht möglich ist** (im Anschluss an BGH, IBR 2011, 398).

2. **Der sachkundig beratene Auftraggeber kann regelmäßig die Fremdnach-besserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind.** Der Auftragnehmer hat die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.

BGH, Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 119/10

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Bestimmtheit der Mängelbeseitigungsaufforderung

Dem Auftraggeber steht kein Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung von Mängeln zu, wenn es an einer ordnungsgemäßen Fristsetzung zur Nacherfüllung fehlt. Ein Schreiben des Auftraggebers, worin beanstandet wird, dass "einige Türen" klemmen bzw. nicht schließen und dass "einige Drückergarnituren" klemmen, ist keine ordnungsgemäße Aufforderung zur Mängelbeseitigung, weil dem Schreiben nicht zu entnehmen ist, auf welche vom Auftragnehmer gelieferten Türen sich das Nachbesserungsverlangen erstrecken soll.

OLG Köln, Urteil vom 12.03.2013 - 3 U 5/12

Gewährleistung

II. Gewährleistungsansprüche

Schriftform der Mängelrüge

Eine Mängelrüge per E-Mail erfüllt nicht das Schriftformerfordernis des § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, sofern nicht eine qualifizierte elektronische Signatur vorliegt. Mit einer E-Mail kann deshalb die Verjährungsfrist für Mängel nicht wirksam verlängert werden.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.04.2012 - 4 U 269/11

Wie lang muss eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung sein?

Die Frist zur Nacherfüllung muss angemessen sein. Angemessen ist die Frist, wenn der Unternehmer die Mängel unter größten Anstrengungen fristgemäß beseitigen könnte. Maßgeblich sind hierbei sämtliche Umstände des Einzelfalls.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.05.2016 - 21 U 180/15

Gewährleistung

III. Gewährleistungsansprüche

BGB-Vertrag

1. BGB-Vertrag vor Abnahme

keine Ansprüche vorgesehen

Anspruch auf Vertragserfüllung hat Vorrang

Daher: Fristsetzung zur Vertragserfüllung
Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung

Gewährleistung

III. Gewährleistungsansprüche

BGB-Vertrag

Bauvertrag nach BGB: Keine Mängelrechte vor Abnahme!

Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.

BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 301/13

Die Interessen des Bestellers sind durch die ihm vor der Abnahme aufgrund des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: etwa - Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB,

- Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB,

- Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, § 280 Abs. 2, § 286 BGB,

bei Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag

- Rücktritt nach § 323 BGB oder

- Kündigung aus wichtigem Grund, § 314 BGB (§ 684a BGB)

Gewährleistung

III. Gewährleistungsansprüche

BGB-Vertrag

2. BGB-Vertrag nach Abnahme

Nacherfüllung, §§ 634 Nr. 1, 635 BGB

Selbstvornahme, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB

Daher: Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

Folge: AN kann nach seiner Wahl Mängel beseitigen oder Werk neu herstellen, § 635 Abs. 1 (inkl. Tragung der erforderlichen Aufwendungen)

Ausnahme: unverhältnismäßige Mängelbeseitigung

Gewährleistung

III. Gewährleistungsansprüche

BGB-Vertrag

2. BGB-Vertrag nach Abnahme

Rücktritt, §§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB

Minderung, §§ 634 Nr. 3, 638 BGB

Schadensersatz §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283, 311a BGB

Daher: - Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

Gewährleistung

III. Gewährleistungsansprüche

VOB-Vertrag

1. VOB-Vertrag vor Abnahme

Nacherfüllung, § 4 Abs. 7 VOB/B

Ersatzvornahme, § 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Satz 1 VOB/B

Schadensersatz, § 4 Abs. 7, 8 Abs. 3 Nr. 1, 2 Satz 2 VOB/B

Gewährleistung

III. Gewährleistungsansprüche

VOB-Vertrag



2. VOB-Vertrag nach Abnahme

Nacherfüllung, § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B

Ersatzvornahme, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B

Minderung, § 13 Abs. 6 VOB/B

Schadensersatz, § 13 Abs. 7 VOB/B

Mängel vor Abnahme: Keine Kündigung, kein Ersatz der Mängelbeseitigungskosten!

Auch bei Verzug des Auftragnehmers mit der Mängelbeseitigung kann der Auftraggeber im VOB-Vertrag vor Abnahme den Ersatz von Fremdnachbesserungskosten erst verlangen, wenn er zuvor nach vergeblicher Fristsetzung zur Mängelbeseitigung mit Kündigungsandrohung dem Auftragnehmer den Auftrag entzogen hat.

Die Mängelrechte des Auftraggebers wegen Mängeln vor Abnahme sind im VOB-Vertrag in § 4 Abs. 7 VOB/B abschließend geregelt.

OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.01.2017 - 4 U 4/15

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche Einzelheiten

1. Nacherfüllung BGB-Vertrag und VOB-Vertrag

Grundsätzlich

Eigennachbesserungsrecht AN

AN hat Wahl bezüglich Art und Weise der Mängelbeseitigung

Ausnahme: Ersichtlich untaugliche Nachbesserung oder Mängelbeseitigung nur auf eine bestimmte Art möglich

Voraussetzung

Nacherfüllung muss möglich sein

Nacherfüllung ist nicht unverhältnismäßig

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche Einzelheiten

Wie weit kann der Auftragnehmer die Art der Nachbesserung bestimmen?

1. **Grundsätzlich bestimmt der Auftragnehmer, wie nachzubessern ist.**
2. Der **Auftragnehmer ist zu einer bestimmten Nachbesserung verpflichtet**, wenn durch diese der **Mangel nachhaltig beseitigt und der vertraglich geschuldete Zustand erreicht** werden kann.

BGH, Urteil vom 24.04.1997 - VII ZR 110/96

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche Einzelheiten

Wiederholung

1. Der **Auftraggeber kann** gemäß § 4 Nr. 7 Satz 1 (jetzt § 4 Abs. 7 Satz 1) VOB/B vor der Abnahme **verlangen**, dass bereits vorhandene Mängel beseitigt werden und das Werk vertragsgerecht hergestellt wird.

Er kann jedoch, wie nach der Abnahme, **keine bestimmte Art der Mängelbeseitigung oder vertragsgerechten Herstellung verlangen, wenn der Vertrag auch auf andere Weise erfüllt werden kann.**

Neuherstellung kann der Auftraggeber **nur dann** fordern, wenn die **vertragsgerechte Erfüllung auf andere Weise nicht möglich ist** (im Anschluss an BGH, IBR 2011, 398).

....

BGH, Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 119/10

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche Einzelheiten

Über eine Mängelbeseitigung nach Fristablauf entscheidet allein der Auftraggeber!

1. **Befindet sich der Auftragnehmer in Verzug** und lässt eine Frist zur Nachbesserung fruchtlos verstreichen, so ist die **Mängelbeseitigung nur noch mit Zustimmung des Auftraggebers möglich.**
2. **Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer** nach Fristablauf ohne Einigung oder Zustimmung des Auftraggebers **lassen das Recht des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung nicht wieder aufleben.**
3. Lässt sich der Auftraggeber nach Fristablauf auf eine **Mängelbeseitigung** durch den Auftragnehmer ein **und schlägt diese fehl, muss er dem Auftragnehmer nochmals eine Frist zur Mängelbeseitigung setzen.**

OLG Karlsruhe, Urteil vom 29.11.2013 - 13 U 80/12; BGH, Beschluss vom 26.03.2015 - VII ZR 15/14 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gewährleistung

VI. Selbstvornahme/Kostenvorschuss – Einzelheiten

1. Kostenvorschuss/Ersatzvornahme BGB-Vertrag

- **Voraussetzung**
 - Frist zur Mängelbeseitigung, § 635, 637 Abs. 1 BGB

2. Kostenvorschuss/Ersatzvornahme VOB-Vertrag

- **Voraussetzung vor Abnahme**
 - Frist zur Mängelbeseitigung, § 4 Abs. 7 S. 1, 3 VOB/B (Verzug)
 - Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B
 - Kündigung, § 8 Abs. 3 VOB/B
- **Voraussetzung nach Abnahme**
 - Frist zur Mängelbeseitigung, § 13 Abs. 5 Nr. 1, 2 VOB/B

Gewährleistung

VI. Selbstvornahme/Kostenvorschuss – Einzelheiten

Kosten der Ersatzvornahme: Auftragnehmer trägt im VOB-Vertrag das Prognoserisiko!

1. Der Auftraggeber kann **Erstattung der Fremdnachbesserungskosten** verlangen, **die er als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr im Zeitpunkt der Beauftragung des Dritten für angemessen halten durfte.**
2. Hat sich der Auftraggeber dabei sachverständig beraten lassen, kann er regelmäßig die Fremdnachbesserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung zur Mängelbeseitigung entstanden sind.

OLG Oldenburg, Urteil vom 04.08.2015 - 2 U 15/15

Gewährleistung

VI. Selbstvornahme/Kostenvorschuss – Einzelheiten

Wiederholung

Der sachkundig beratene Auftraggeber kann regelmäßig die Fremdnach-besserungskosten verlangen, die ihm aufgrund dieser Beratung entstanden sind. Der Auftragnehmer hat die Kosten selbst dann zu erstatten, wenn sich die zur Mängelbeseitigung ergriffenen Maßnahmen im Nachhinein als nicht erforderlich erweisen.

BGH, Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 119/10

Gewährleistung

VI. Selbstvornahme/Kostenvorschuss – Einzelheiten

Mängelbeseitigungsaufwand erforderlich? Auftragnehmer trägt das Prognoserisiko!

1. Weist die Leistung Mängel auf und hat der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert, kann der Auftraggeber die Mängel beseitigen lassen und vom Auftragnehmer Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen.
2. Hinsichtlich der Erforderlichkeit von Mängelbeseitigungsmaßnahmen ist auf den Aufwand und die Kosten abzustellen, die der Auftraggeber bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte und konnte.
3. **Das mit dieser Beurteilung verbundene Einschätzungs- und Prognoserisiko trägt der Auftragnehmer. Insbesondere trägt er das Risiko, dass im Rahmen der vom Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen ergriffen werden, die sich bei einer nachträglichen Bewertung als nicht erforderlich erweisen.**

OLG Dresden, Urteil vom 07.05.2015 - 10 U 1506/12; BGH, Beschluss vom 14.12.2017 - VII ZR 117/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Einzelproblem

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

Gewährleistung

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

1. Der Besteller eines Werks das Recht, einen Werkmangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen, wenn er dem Unternehmer zuvor eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat und diese erfolglos abgelaufen ist.
2. Der Unternehmer kann die Nacherfüllung verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. **Unverhältnismäßigkeit in diesem Sinn ist in aller Regel nur dann anzunehmen, wenn einem objektiv geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.**
3. Hat der Besteller objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann ihm der Unternehmer regelmäßig die Nachbesserung wegen hoher Kosten der Mängelbeseitigung nicht verweigern.
4. Die von einem Besteller vorformulierte Klausel, wonach die Gewährleistungsfrist für Mängel fünf statt zwei Jahre beträgt, benachteiligt den Unternehmer nicht unangemessen, wenn ein Werk herzustellen ist, bei dem Mängel häufig vorkommen und erfahrungsgemäß oft erst später als fünf Jahre nach der Abnahme auftreten.

OLG Jena, Urteil vom 11.07.2023 - 7 U 328/20

Gewährleistung

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

Fassade trotz Mängeln funktionstauglich: Neuerrichtung unverhältnismäßig!

1. Auch wenn die Leistung des Auftragnehmers nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht, kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.
2. Eine **Unverhältnismäßigkeit ist in der Regel nur dann anzunehmen**, wenn einem **objektiv geringen Interesse des Auftraggebers an einer vollständig mangelfreien Leistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht**.
3. Ist die Leistung uneingeschränkt funktionstauglich und würde die Mängelbeseitigung einen Abriss und eine Neuerrichtung erfordern, besteht regelmäßig kein nachvollziehbares Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Vertragsleistung.

OLG Koblenz, Urteil vom 24.06.2021 - 2 U 391/19; BGH, Beschluss vom 10.08.2022 - VII ZR 632/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gewährleistung Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

Mängelbeseitigung kann nicht wegen hoher Kosten verweigert werden!

Hat der Auftraggeber objektiv ein berechtigtes Interesse an einer ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrags, kann der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung nicht wegen hoher Kosten verweigern.

OLG Celle, Urteil vom 31.08.2017 - 13 U 154/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgenommen)

Gewährleistung

Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

Unverhältnismäßigkeit: Welche Rolle spielt das Verschulden?

Ein zu Lasten des Ersatzpflichtigen zu berücksichtigender Umstand ist das Maß seines Verschuldens. Bei vorsätzlichen Vertragsverletzungen oder sonstigem schweren Verschulden können dem Schädiger auch unverhältnismäßige Aufwendungen zuzumuten sein.

BGH, Urteil vom 27.11.2009 - LwZR 11/09

Nachbesserung oder Minderung? Welche Rolle spielt das Verschulden?

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Unternehmer zu Recht den Einwand des unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungsaufwands erhoben hat, ist der Grad des Verschuldens des Unternehmers an der Entstehung des Mangels in die Gesamtabwägung einzubeziehen.

2. Der Verschuldensgrad ist jedoch nicht das alleinige Kriterium in der Gesamtabwägung. Daher kann es im Einzelfall möglich sein, dem Unternehmer die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes selbst dann zu gestatten, wenn er den Mangel vorsätzlich herbeigeführt hat.

BGH, Beschluss vom 16.04.2009 - VII ZR 177/07

Gewährleistung Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung

Wann sind bei optischen Mängeln die Beseitigungskosten unverhältnismäßig hoch?

Dem Bauherrn steht wegen Unverhältnismäßigkeit des Nachbesserungsaufwandes kein Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung zu, wenn eine Hoffflächenpflasterung aus Betonsteinen zwar Farbabweichungen außerhalb der Toleranz aufweist, aber die Funktion der Fläche nicht beeinträchtigt wird und der optische Mangel nur durch eine vollständige Neuverlegung behoben werden könnte.

OLG Celle, Urteil vom 18.07.2002 - 22 U 197/01

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche Einzelheiten

4. Minderung/Rücktritt bei BGB-Vertrag

Voraussetzung Minderung

Frist zur Mängelbeseitigung (Verzug)

Erklärung gegenüber AN

Voraussetzung Rücktritt

Frist zur Mängelbeseitigung (Verzug)

nicht bei unerheblichen Mängeln

Erklärung gegenüber AN

Umfang

Geldanspruch inklusive Nutzungen und Zinsen

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche Einzelheiten

5. Minderung bei VOB-Vertrag

Voraussetzung Minderung

Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung für AG

Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung

Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung für AN und Verweigerung durch AN
und

Erklärung gegenüber jeweiligen Vertragspartner

Umfang

Geldanspruch inklusive Nutzungen und Zinsen

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche

Einzelheiten

6. Schadensersatz BGB-Vertrag

Voraussetzung

- Frist zur Mängelbeseitigung (Verzug)
- Verschulden des AN
- Kausalität

Umfang

- Mangelfolgeschäden, § 280 I BGB
- Schadensersatz statt der Leistung, § 281 BGB
 - Kleiner Schadensersatz
 - Großer Schadensersatz

Gewährleistung

VI. Gewährleistungsansprüche

Einzelheiten

7. Schadensersatz VOB-Vertrag

Voraussetzung vor Abnahme

Frist zur Mängelbeseitigung (Verzug)

Verschulden

Kündigung

Kausalität

Voraussetzung nach Abnahme

Frist zur Mängelbeseitigung (Verzug)

Verschulden

Kausalität

Neue Entwicklung zum Umfang des Schadensersatzes

Gewährleistung

Schadensersatz – neue Rechtsprechung

I. Ausgangspunkt - Schadensersatz wegen Mängeln muss nicht für Mängelbeseitigung verwendet werden!

Der Anspruch nach § 635 BGB ist auf den zur Mängelbeseitigung notwendigen Betrag gerichtet. Der Besteller kann auch dann nicht auf den Ersatz der objektiven Minderung des Verkehrswerts des Werks verwiesen werden, wenn diese erheblich geringer ist als die Kosten der Mängelbeseitigung.*)

BGH, Urteil vom 10.03.2005 - VII ZR 321/03

1. Der Auftraggeber hat auch dann einen Anspruch auf Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen, wenn der Mangel zwar nicht beseitigt, jedoch dessen Beseitigung noch möglich ist.
2. Der Mangel selbst ist der Schaden. Der Auftraggeber kann deshalb verlangen, dass dieser Schaden mit dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Geldbetrag abgegolten wird. Unerheblich ist, ob er den zur Verfügung gestellten Betrag zur Mängelbeseitigung verwendet.

OLG Köln, Urteil vom 10.11.2016 - 7 U 97/15

Gewährleistung Schadensersatz – neue Rechtsprechung

II. Schluss mit fiktiven Mängelbeseitigungskosten

1. Der Besteller, der das **Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt**, kann im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gegen den Unternehmer gem. § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB seinen **Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen** (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung).
2. Der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, kann den Schaden in der Weise bemessen, dass er im Wege einer **Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel** ermittelt. Hat der Besteller die durch das Werk geschaffene oder bearbeitete Sache veräußert, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen wurde, kann er den Schaden nach dem **konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache** bemessen.

BGH, Urteil vom 22.02.2018, VII ZR 46/17

Gewährleistung Schadensersatz – neue Rechtsprechung

III. Fazit

Besteller hat Entscheidungsfreiheit

- er belässt das Bauwerk so
- er hat Mängel beseitigt

Verhältnis AG zu Besteller

- ohne Beseitigung des Mangels

Schaden wird entweder aus Vermögensbilanz der Differenz zwischen hypothetischen Wert der Sache ohne Mängel und dem tatsächlichen Wert oder aus Mindererlös bei Veräußerung der Sachen ermittelt

- mit Beseitigung des Mangels

Schaden wird nach konkreten Kosten ermittelt
entweder Schaden nach Mängelbeseitigung
oder Kostenvorschuss

Gewährleistung Typische Einzelprobleme

Gewährleistung bei fehlerhaften Material

Gewährleistung

Einzelproblem - Fehlerhaftes Material

Ein- und Ausbaurkosten bei mangelhaften Material

Bisheriges Recht

1. **§ 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist richtlinienkonform dahin auszulegen**, dass die Nacherfüllungsvariante "**Lieferung einer mangelfreien Sache**" **neben dem Ausbau und Abtransport der mangelhaften Kaufsache auch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache erfasst** (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 16.06.2011 - Rs. C-65/09 und C-87/09, IBR 2011, 400; Senatsurteil vom 21.12.2011 - VIII ZR 70/08, IBR 2012, 201).

2. Diese richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB ist auf den Verbrauchsgüterkauf (BGB § 474) beschränkt und erstreckt sich **nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern**.

BGH, Urteil vom 17.10.2012 - VIII ZR 226/11

Gewährleistung Einzelproblem - Fehlerhaftes Material

Werkvertragsrecht - Ein- und Ausbaukosten bei mangelhaften Material

§ 439 Abs. 3 BGB n.F.

*„Hat der Käufer die **mangelhafte Sache** gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, ist der **Verkäufer** im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die **erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.**“*

Gewährleistung Einzelproblem - Fehlerhaftes Material

Aufwendungsersatz schon im Vorfertigungsstadium

Der Anwendungsbereich des Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 439 Abs. 3 BGB ist unter dem Gesichtspunkt des Einbaus der mangelhaften Kaufsache in eine andere Sache auch dann eröffnet, wenn sich ein Sachmangel der Kaufsache bereits im Rahmen eines – ihrer Art und ihrem Verwendungszweck entsprechenden – Vorfertigungsprozesses zeigt und es deshalb nicht mehr zum Abschluss des Einbauvorganges kommt.

BGH, Urteil vom 21.06.2023, VIII ZR 105/200

Gewährleistung Einzelproblem - Fehlerhaftes Material

Rückgriff des Verkäufers, § 445a BGB

Verkäufer darf von Lieferanten Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er an seinen Käufer hatte, wenn der Mangel schon bei Lieferanten (bei Gefahrübergang) vorlag

Einer separaten Fristsetzung zur Mängelbeseitigung bedarf es nicht, wenn der Verkäufer die Sache schon zurücknehmen oder den Kaufpreis mindern musste

Achtung: Verjährungsfrist 2 Jahre ab Ablieferung

(aber: Verjährung ist im Ablauf dahingehend gehemmt, dass Verjährung frühestens 2 Monate nach Erfüllung der Käuferansprüche (längsten ab 5 Jahre ab Lieferung) eintritt)

Gewährleistung

Typische Einzelprobleme

Sonderproblem - Handelskauf

Gewährleistung

Einzelproblem - Handelskauf

Handelskauf

Bei einem Handelsgeschäft muss der Käufer die Ware unverzüglich nach Lieferung untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige machen.

Andernfalls gilt die Lieferung als genehmigt.

OLG Naumburg, Urteil vom 13.10.1994, 2 U 173/93

1. Bei einem Handelskauf (hier: Lieferung von Betonfertigteilen) muss der Käufer die gelieferten Waren gemäß § 377 HGB unverzüglich untersuchen, was auch bei Sukzessivlieferungen grundsätzlich eine zumindest stichprobenweise Untersuchung jeder Lieferung beinhaltet, und einen Mangel unverzüglich anzeigen.
2. Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt und der Käufer muss trotz etwaiger Mängel die vereinbarte Vergütung zahlen, es sei denn, es handelt sich um einen Mangel, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

OLG Brandenburg, Urteil vom 22.02.2012 - 4 U 69/11

Gewährleistung Einzelproblem - Handelskauf

Lieferung und Montage von Umluftkühlsystem: Mängel sind unverzüglich zu rügen!

1. Ein Vertrag über Lieferung und Montage eines speziellen Umluftkühlsystems für eine Lackiererei unterliegt dem Kaufrecht.
2. Rügt der Käufer Mängel nicht nach der ersten Inbetriebnahme der Anlage, verliert er seine Mängelrechte.
3. Eine vor Inbetriebnahme ausgesprochene Rüge ist unwirksam.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 06.11.2012 - 21 U 75/11

Gewährleistung **Typische Einzelprobleme**

Einwendungen gegen Mängelansprüche **Haftungsbeteiligung des AG**

Gewährleistung

Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG

Wann muss sich ein Auftraggeber an den Mängelbeseitigungskosten beteiligen?

Eine Beteiligung des Auftraggebers an den Mängelbeseitigungskosten kann unter folgenden Gesichtspunkten in Betracht kommen:

- **Sowiesokosten:** Wäre das Werk nur bei Ausführung einer vergütungspflichtigen Nachtragsleistung mängelfrei geworden und wird diese nunmehr im Rahmen der Mängelbeseitigung nachgeholt, muss der Auftraggeber die Kosten, die sowieso angefallen wären, tragen.
- **Mitverschulden:** Beruht der Mangel auf einem dem Auftraggeber zuzurechnenden Planungsfehler, muss der Auftraggeber die Sanierungskosten tragen oder sich daran beteiligen.
- **Vorteilsausgleich (Abzug Neu für Alt):** Zeigt sich der Mangel verhältnismäßig spät, musste der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen und führt die Mängelbeseitigung zu einer deutlich verlängerten Nutzungsdauer, kann dieser Vorteil zur Anrechnung kommen.

BGH, Urteil vom 13.09.2001 - VII ZR 392/00

Gewährleistung

Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG

Mitverschulden

Mitverschulden und Vorteilsausgleich reduzieren die Haftung für Baumängel!

1. Das bauausführende Unternehmen kann sich auf ein Mitverschulden des Auftraggebers berufen, wenn die mangelhafte Bauausführung auf vom Auftraggeber überlassene fehlerhafte Pläne zurückgeht.
2. Die Quote des Mitverschuldens kann auf bis zu 100% ansteigen, wenn das Unternehmen den Planungsmangel nicht erkennen konnte.
3. Eine Vorteilsausgleichung des durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entstehenden Vorteils hat nur dann zu erfolgen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste.

OLG Jena, Urteil vom 17.02.2022 - 8 U 1133/20

Gewährleistung

Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG

Sowiesokosten

Vereinbarte Abdichtungsmethode ungeeignet: Leistung mangelhaft, aber Sowiesokosten!

1. Die Abdichtung eines Kellers mit Zementinjektion ist mangelhaft, wenn diese Abdichtungsmethode zwar vertraglich vereinbart, aber aufgrund der konkreten Zusammensetzung des Erdreichs generell ungeeignet ist.
2. Es liegt kein Mangel des Werks vor, wenn dem Auftraggeber die Funktionseinschränkung der vereinbarten Ausführungsart bekannt ist und er sich in Kenntnis der Funktionseinschränkung eigenverantwortlich für diese Ausführung entschieden hat. Voraussetzung ist allerdings, dass der Auftragnehmer seiner Bedenkenhinweispflicht genügt hat.
3. Haben die Parteien eine bestimmte Ausführungsart zum Vertragsgegenstand gemacht, sind die höheren Kosten einer anderen Ausführungsart, die zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs erforderlich ist, anrechnungsfähige Sowiesokosten.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.03.2019 - 23 U 90/18; BGH, Beschluss vom 06.11.2019 - VII ZR 84/19 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gewährleistung

Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG

Abzug „Neu für Alt“

Mangelhafte Werkleistung über längeren Zeitraum genutzt: Abzug "neu für alt"!

1. Ein Abzug "neu für alt" kommt in Betracht, wenn sich der Mangel verhältnismäßig spät auf das Bauwerk auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste.
2. Bei der Ermittlung der Höhe des Abzugs "neu für alt" ist die normative Lebensdauer des mangelfreien Werks zur tatsächlichen Nutzungsdauer des mangelhaften Werks ins Verhältnis zu setzen.
3. Bei einem mangelhaften Flachdach mit einer normativen Lebensdauer von 30 Jahren ist nach dessen 10-jähriger uneingeschränkter Nutzung ein Abzug "neu für alt" in Höhe von einem Drittel vorzunehmen.

OLG Naumburg, Urteil vom 19.02.2015 - 2 U 49/13

Gewährleistung Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG **Abzug „Neu für Alt“**

Mängelbeseitigung verzögert: Kein Vorteilsausgleich!

Ein Vorteilsausgleich kommt nicht in Betracht, wenn die Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste. Der Auftragnehmer darf dadurch, dass der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren.

OLG München, Beschluss vom 01.09.2020 - 28 U 1686/20 Bau

Gewährleistung Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG **Abzug „Neu für Alt“**

Mängelbeseitigung hinausgezögert: Kein Abzug "Neu für Alt"!

Eine Anrechnung "Neu für Alt" erfolgt nicht, wenn die Vorteile lediglich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste.
*KG, Urteil vom 18.01.2022 - 21 U 1005/20; BGH, Beschluss vom 17.01.2024 - VII ZR 38/22
(Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)*

Gewährleistung Einzelproblem – Haftungsbeteiligung des AG **Wann ist der Zuschuss zu leisten?**

Verlangt der Auftraggeber nach Abnahme der Leistung die Beseitigung eines Mangels und muss er sich an deren Kosten beteiligen, **kann der nachbesserungsbereite Auftragnehmer vorweg weder Zahlung noch Zusage eines Kostenzuschusses verlangen**, sondern lediglich Sicherheitsleistung in angemessener Höhe.

OLG München, Urteil vom 27.02.2018 - 9 U 3595/16 Bau

Verfolgt der Auftraggeber zunächst den Nacherfüllungsanspruch, kann es dem Auftragnehmer nicht zugemutet werden, ohne Absicherung in Vorleistung zu gehen. Der Auftraggeber muss eine Sicherheit stellen, wenn der Auftragnehmer dies verlangt und den voraussichtlichen Instandsetzungsaufwand sowie die geltend gemachte Mitverursachungsquote substantiiert darlegen und gegebenenfalls sachverständig untermauern.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.06.2012 - 23 U 167/11; BGH, Beschluss vom 23.01.2014 - VII ZR 199/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

Gewährleistung

Typische Einzelprobleme

Umgang mit Bürgschaften

Gewährleistung

Exkurs: Umgang mit Bürgschaften

Grundsätze:

1. Bürgschaft ist streng akzessorisch

alle Einwendungen des Unternehmers darf auch der Bürge vollumfänglich geltend machen

2. Umfang der Haftung ergibt sich aus der **eigentlichen Bürgschaftsurkunde**

§ 17 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B – „sofern Rechnung ohne Umsatzsteuer
Umsatzsteuer bei ... Sicherheitseinbehalt unberücksichtigt“ gemäß § 13b UStG ...

Achtung: Vertragserweiterung

3. Inanspruchnahme

alle Anforderungen für Geldanspruch müssen erfüllt sein

4. Rückgabe der Bürgschaft

Achtung: § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B „*nicht verwertete Sicherheit ... nach Ablauf von 2 Jahren*
zurückzugeben“ (es sei denn, es ist anderer Rückgabezeitraum vereinbart)

Verjährung Anspruch gegen Bürgen: 3 Jahre

Gewährleistung

Exkurs: Umgang mit Bürgschaften

Verzicht auf förmliche Abnahme: Kein Anspruch aus Gewährleistungsbürgschaft!

Verzichten Auftraggeber und Auftragnehmer auf die vertraglich vereinbarte förmliche Abnahme, wird hierdurch die Bürgin, die in der Gewährleistungsbürgschaft auf den Bauvertrag und damit auf die förmliche Abnahme Bezug nimmt, im Sinne des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB benachteiligt, weshalb sie aus der Gewährleistungsbürgschaft nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.

OLG Celle, Beschluss vom 24.05.2007 - 13 U 223/06; OLG Celle, Beschluss vom 05.07.2007 - 13 U 223/06

Gewährleistung

Exkurs: Umgang mit Bürgschaften

Bürgschaftsumfang ergibt sich aus Bürgschaftsvertrag/Bürgschaftsurkunde

Eine **Bürgschaft**, die für Werklohnforderungen aus einem Bauvertrag übernommen worden ist, **erstreckt sich gemäß § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB** auch dann **nicht auf Entgeltforderungen aus später vom Auftraggeber verlangten Auftragsweiterungen nach § 1 Nr. 3, § 1 Nr. 4 Satz 1 oder § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B**, wenn für den Bürgen bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags erkennbar war, dass der Bauvertrag der VOB/B unterliegt.*)

BGH, Urteil vom 15.12.2009 - XI ZR 107/08

Gewährleistung

Exkurs: Umgang mit Bürgschaften

Bürgschaftsforderung wird regelmäßig mit Hauptforderung fällig!

Die Forderung aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft wird grundsätzlich mit der Fälligkeit der Hauptschuld fällig; einer Leistungsaufforderung des Gläubigers und der Vorlage von die Hauptschuld belegenden Unterlagen bedarf es dazu nicht (im Anschluss an BGH, IBR 2008, 266).

BGH, Urteil vom 10.02.2011 - VII ZR 53/10

Mängelansprüche verjährt: Auftraggeber darf Mängelbürgschaft nicht (mehr) zurückhalten!

§ 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B 2002 ist dahingehend auszulegen, dass der Auftraggeber eine als Sicherheit für Mängelansprüche erhaltene Bürgschaft nach Ablauf der zweijährigen Sicherungszeit nicht (mehr) zurückhalten darf, wenn diese Mängelansprüche verjährt sind und der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt.*)

BGH, Urteil vom 09.07.2015 - VII ZR 5/15

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit



www.bauakademie-sachsen.de

Standorte Bauakademie Sachsen

BAUTZEN

Edisonstr. 4
02625 Bautzen
Tel.: 03591-37 42-0
Fax: 03591-37 42-31

DRESDEN

Neuländer Str. 29
01129 Dresden
Tel.: 0351-7957497-13
Fax: 0351-7957497-19

GLAUCHAU

Lungwitzer Str. 52
08371 Glauchau
Tel.: 03763-50 05-0
Fax: 03763-50 05-21

HOLLEBEN

Südstr. 4a
06179 Teutschenthal
Tel.: 0345-6134-501
Fax: 0345-6134-555

LEIPZIG

Heiterblickstr. 35
04347 Leipzig
Tel.: 0341-245 57-0
Fax: 0341-245 57-11

MAGDEBURG

Lorenzweg 56
39128 Magdeburg
Tel.: 0391-289 65-36
Fax: 0391-289 65-30