

AnwaltFormulare

Siebert/Eichberger (Hrsg.)



# AnwaltFormulare Bau- und Architektenrecht

Prozess- und Vertragsformulare  
mit Erläuterungen

4. Auflage



Deutscher AnwaltVerlag

**Siebert/Eichberger**

AnwaltFormulare Bau- und Architektenrecht



AnwaltFormulare

# **AnwaltFormulare** **Bau- und** **Architektenrecht**

Prozess- und Vertragsformulare  
mit Erläuterungen

---

**4. Auflage 2024**

Von

Rechtsanwalt

**Dr. Bernd Siebert,**

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,

Hannover

und

Rechtsanwalt **Dr. Tassilo Eichberger,** München



Deutscher**Anwalt**Verlag

## Vorwort

Das Bau- und Architektenrecht ist inzwischen nahezu eine eigenständige Disziplin. Einige Juristen befassen sich damit gern und viel, sehr viele aber nur mit zurückhaltender Neigung. Dieses Buch ist für beide Gruppen gleichermaßen eine wertvolle Unterstützung.

Die ersten Auflagen wurden freundlich aufgenommen, dafür – und für Hinweise – danken wir allen Lesern. Die Reform des Bauvertragsrechts und die HOAI Stand 2021 sowie die stetige Entwicklung der Rechtsprechung machten eine Überarbeitung und Aktualisierung erforderlich.

Das Buch ist nach wie vor in zwei Hauptteile gegliedert. Einerseits enthält es Prozessformulare zu den wesentlichen Baustreitigkeiten mit ausführlicher Darstellung auch der Zwangsvollstreckung, andererseits enthält es Vertragsformulare zum Architektenrecht, Bauvertragsrecht und Bauträgerrecht – ebenso enthalten sind Ausführungen zum Thema Gesamtschuld sowie in den Vertragsformularen zum Generalplanervertrag, der in der Praxis eine zunehmend dominantere Rolle spielt, aufgenommen. Vorangestellte Darstellungen der rechtlichen Grundlagen mit weiterführenden Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur ergänzen die Formulare. Hierdurch ist eine schnelle Einordnung der für einen Prozess oder einen Vertrag bedeutsamen Rechtsfragen möglich. Das erleichtert den Einstieg und gibt dem Leser einen Überblick. Gerade damit wendet sich das Buch auch an junge Rechtsanwälte und an Rechtsanwälte, die nicht regelmäßig mit Bausachen befasst sind.

Der Hinweis sei gestattet, dass die Formulare selbstverständlich aufgrund der Tatsache, dass sie „vorformuliert“ sind, im Zweifelsfall als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB angesehen werden könnten; die Autoren und Herausgeber können die fortlaufende und eigenverantwortliche Prüfung dieses Aspekts über die in den Formularen befindlichen Anmerkungen hinaus ebenso wenig wie die konkrete Prüfung des zu bearbeitenden Einzelfalls leisten.

Unser Dank richtet sich an alle Autoren, die es neben ihrer beruflichen Beanspruchung auf sich genommen haben, für dieses Buch einen Beitrag zu leisten. Ein herzlicher Dank geht auch an Frau *Stefanie Lorsch* vom Deutschen Anwaltverlag, die uns engagiert und immer freundlich betreut hat.

Die VOB sowie die HOAI sind jeweils in neuester Fassung berücksichtigt, ebenso Rechtsprechung und Literatur bis zum. 1.9.2023.

Für Anregungen, Hinweise und Kritik sind Herausgeber, Autoren und Verlag jederzeit weiterhin dankbar.

Hannover und München im Oktober 2023

*Dr. Bernd Siebert*  
*Dr. Tassilo Eichberger*



## Autorenverzeichnis

*Volker Bock*

Rechtsanwalt, Dresden

*Prof. Dr. Christian Döring*

Rechtsanwalt, Stuttgart

*Dr. Tassilo Eichberger*

Rechtsanwalt, München

*Dr. Andreas Fink*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Köln

*Prof. Dr. Peter Fischer*

Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Oldenburg

*Prof. Dr. Bastian Fuchs, LL.M.*

Rechtsanwalt, Attorney-at-Law, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München

*Prof. Dr. Winfried Grieger*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Essen

*Dr. Angelika Krug, LL.M.*

Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht, Frankfurt am Main

*Dr. Mario Leggio*

Rechtsanwalt, Stuttgart

*Dr. Christoph Lichtenberg*

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Frankfurt am Main

*Alexander Madorski*

Richter am OLG, Braunschweig

*Ursula von Minckwitz*

Rechtsanwältin, München, Frankfurt

*Prof. Dr. Bernhard Rauch*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Regensburg

*Philipp Schlemmer*

Rechtsanwalt, München

*Dr. Mark Seibel*

Vizepräsident des Landgerichts Siegen



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	5
Autorenverzeichnis . . . . .	7
Musterverzeichnis . . . . .	13
Literaturverzeichnis . . . . .	19
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	21
<b>Teil 1: Prozessformulare . . . . .</b>	<b>23</b>
<b>§ 1 Vergütungsrecht . . . . .</b>	<b>23</b>
A. Rechtliche Grundlagen . . . . .	27
B. Muster . . . . .	89
<b>§ 2 Sachmangelrecht/Mangelprozess . . . . .</b>	<b>169</b>
A. Rechtliche Grundlagen . . . . .	170
B. Muster . . . . .	190
<b>§ 3 Verzögerung/Behinderung/Vertragsstrafe . . . . .</b>	<b>231</b>
A. Rechtliche Grundlagen . . . . .	235
B. Muster . . . . .	285
<b>§ 4 Sicherheiten am Bau . . . . .</b>	<b>339</b>
A. Einleitung . . . . .	342
B. Gesetzliches Instrument der Forderungssicherung: Bauhandwerker- sicherungshypothek nach § 650e BGB . . . . .	345
C. Muster: Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 650e BGB . . . . .	356
D. Gesetzliches Instrument der Forderungssicherung: Bauhandwerker- sicherung nach § 650f BGB (§ 648a BGB a.F.) . . . . .	368
E. Muster: Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB . . . . .	380
F. Prozessrechtliches Instrument der „Forderungssicherung“: Erleichterte einstweilige Verfügung nach § 650d BGB . . . . .	385
G. Muster: Erleichterte einstweilige Verfügung nach § 650d BGB . . . . .	389
H. Vertragliche Instrumente der Forderungssicherung . . . . .	393
I. Muster: Vertragliche Sicherheitsleistungen . . . . .	413
<b>§ 5 Architektenrecht . . . . .</b>	<b>435</b>
A. Rechtliche Grundlagen zum Honorarrecht . . . . .	436
B. Muster . . . . .	460
C. Rechtliche Grundlagen der Haftung des Architekten . . . . .	472
D. Muster . . . . .	486
<b>§ 6 Bauträgerrecht und Verbraucherbauprojekt . . . . .</b>	<b>493</b>
A. Rechtliche Grundlagen . . . . .	495
B. Muster . . . . .	502
<b>§ 7 Baustofflieferung . . . . .</b>	<b>519</b>
A. Einleitung . . . . .	520
B. Kaufvertrag . . . . .	521

C. Werklieferungsvertrag . . . . .	537
D. Werkvertrag . . . . .	539
E. Produkthaftung . . . . .	539
F. Beraterhaftung . . . . .	543
G. Muster . . . . .	545
<b>§ 8 Baunachbarrecht . . . . .</b>	<b>577</b>
A. Einleitung . . . . .	579
B. Das Nachbargrundstück als Fokus der rechtlichen Betrachtung . . . . .	579
C. Rechte und Schranken des Eigentumsrechts – Anspruch des Eigentümers auf Duldung einer Baumaßnahme . . . . .	579
D. Ansprüche des tangierten Nachbarn . . . . .	593
E. Muster . . . . .	595
<b>§ 9 Prozessuales . . . . .</b>	<b>615</b>
A. Wohnungseigentümergeinschaft im Bauprozess . . . . .	617
B. Beteiligung Dritter am Bauprozess: Nebenintervention und Streitverkündung . . . . .	638
C. Berufung . . . . .	661
<b>§ 10 Selbstständiges Beweisverfahren . . . . .</b>	<b>681</b>
A. Rechtliche Grundlagen . . . . .	682
B. Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens . . . . .	682
C. Verfahren . . . . .	684
D. Einzelprobleme des Verfahrens . . . . .	691
E. Selbstständiges Beweisverfahren in der Praxis . . . . .	695
F. Muster . . . . .	697
<b>§ 11 Zwangsvollstreckung . . . . .</b>	<b>713</b>
A. Einleitung . . . . .	715
B. Rechtliche Grundlagen . . . . .	715
C. Muster . . . . .	749
<b>§ 12 Schiedsverfahren/Schlichtung . . . . .</b>	<b>787</b>
A. Schiedsverfahren . . . . .	788
B. Schlichtung . . . . .	802
C. Mediation . . . . .	812
<b>§ 13 Gesamtschuldverhältnisse . . . . .</b>	<b>815</b>
A. Rechtliche Grundlagen . . . . .	815
B. Muster . . . . .	822
<b>Teil 2: Vertragsformulare . . . . .</b>	<b>833</b>
<b>§ 14 Bauvertrag . . . . .</b>	<b>833</b>
A. Einführung . . . . .	835
B. Muster: Standard-Bauvertrag . . . . .	839
C. Muster: Verbraucherbauvertrag . . . . .	853
D. Muster: VOB-Vertrag . . . . .	866

E. Muster: Generalunternehmervertrag . . . . .	879
F. Muster: Subunternehmervertrag . . . . .	903
G. Muster: Generalübernehmervertrag . . . . .	919
<b>§ 15 Architektenvertrag . . . . .</b>	<b>949</b>
A. Einführung . . . . .	949
B. Muster: Architektenvertrag . . . . .	953
C. Muster: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Architektenleistungen . .	962
D. Muster: Ingenieurvertrag – Tragwerksplanung . . . . .	969
E. Muster: Ingenieurvertrag – Technische Ausrüstung . . . . .	978
F. Muster: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Ingenieurleistungen (AVB/Ing) . . . . .	988
<b>§ 16 Bauträgervertrag . . . . .</b>	<b>997</b>
A. Einführung . . . . .	999
B. Muster . . . . .	1001
Stichwortverzeichnis . . . . .	1039
Benutzerhinweise für den Download . . . . .	1055



# Musterverzeichnis

## § 1 Vergütungsrecht

1.1	Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung konkreter Maßnahmen . . . . .	89
1.2	Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung eines konkreten Ziels . . . . .	91
1.3	Werklohnklage bei fehlender Vergütungsvereinbarung . . . . .	92
1.4	Werklohnklage bei Einheitspreisen . . . . .	95
1.5	Werklohnklage bei Detailpauschale . . . . .	100
1.6	Werklohnklage bei Globalpauschale . . . . .	104
1.7	Werklohnklage bei Stundenlohnvereinbarung . . . . .	109
1.8	Nachtrag wegen Überschreitung des Mengenansatzes . . . . .	115
1.9	Nachtrag bei Mengenunterschreitung . . . . .	116
1.10	Nachtrag wegen Mengenänderung im BGB-Vertrag . . . . .	117
1.11	Nachtrag wegen geänderter Leistung . . . . .	118
1.12	Nachtrag wegen zusätzlicher Leistung . . . . .	119
1.13	Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „alten“ BGB-Vertrag . . .	120
1.14	Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „neuen“ BGB-Vertrag . . .	121
1.15	Einstweilige Verfügung zur Durchsetzung eines Nachtragsanspruchs im „neuen“ BGB-Bauvertrag . . . . .	122
1.16	Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B. . . . .	125
1.17	Nachtrag aus Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	126
1.18	Anspruch wegen entfallener Leistungen . . . . .	128
1.19	Entschädigung nach § 642 BGB. . . . .	128
1.20	Werklohnklage bei gekündigtem Einheitspreisvertrag. . . . .	133
1.21	Werklohnklage bei gekündigtem Detailpauschalvertrag. . . . .	139
1.22	Werklohnklage bei gekündigtem Globalpauschalvertrag . . . . .	146
1.23	Schadensersatzklage wegen falscher Verwendung von Baugeld . . . . .	154
1.24	Schlussrechnungsreife beim VOB-Vertrag . . . . .	158
1.25	Schlussrechnungsreife beim BGB-Vertrag . . . . .	159
1.26	Schlussrechnungsreife beim BGB-Vertrag . . . . .	159
1.27	Fehlende Prüffähigkeit . . . . .	160
1.28	Fehlende Abnahme . . . . .	160
1.29	Schlusszahlungseinrede, § 16 Abs. 2, 3 VOB/B . . . . .	161
1.30	Pauschalpreiseinrede . . . . .	161
1.31	Gewährleistungseinbehalt . . . . .	162
1.32	Skontoabzug. . . . .	162
1.33	Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln . . . . .	163
1.34	Aufrechnung mit Kostenvorschussanspruch . . . . .	164
1.35	Einrede der Verjährung im VOB-Vertrag. . . . .	165
1.36	Einrede der Verjährung im BGB-Vertrag. . . . .	165
1.37	Einrede der Verjährung im „neuen“ BGB-Bauvertrag. . . . .	166

**§ 2 Sachmangelrecht/Mangelprozess**

2.1	Klage Nacherfüllung, Kostenvorschuss, durchgeführte Selbstvornahme, Schadensersatz jeweils im BGB-Vertrag . . . . .	192
2.2	Klageerwiderung . . . . .	209
2.3	Klage gegen mehrere Verantwortliche – Gesamtschuldnerschaft. . . . .	219
2.4	Klage bei Gesamtschuldnerausgleich . . . . .	226

**§ 3 Verzögerung/Behinderung/Vertragsstrafe**

3.1	Vertragsfristvereinbarung im Bauvertrag (AG-freundlich): Im Verhandlungsprotokoll oder den Besonderen Vertragsbedingungen . . . . .	286
3.2	Schreiben des Auftraggebers . . . . .	287
3.3	Schreiben des Auftragnehmers . . . . .	288
3.4	Durch einseitige Bestimmung des Auftraggebers gem. § 315 BGB . . . . .	288
3.5	Inverzugsetzung bei Anfangstermin. . . . .	289
3.6	Inverzugsetzung bei Zwischentermin . . . . .	290
3.7	Inverzugsetzung bei Zwischentermin mit Mängelbeseitigung . . . . .	290
3.8	Inverzugsetzung bei Fertigstellungstermin . . . . .	291
3.9	Abruf der Leistungen durch den Auftraggeber nach § 5 Abs. 2 VOB/B. . . . .	292
3.10	Mitteilung des voraussichtlichen Leistungsbeginns . . . . .	292
3.11	Abhilfeverlangen nach § 5 Abs. 3 VOB/B . . . . .	293
3.12	Inverzugsetzung betreffend den Ausführungsbeginn gem. § 5 Abs. 2 VOB/B . . . . .	293
3.13	Inverzugsetzung betreffend den Ausführungsbeginn gem. § 5 Abs. 1 VOB/B . . . . .	294
3.14	Inverzugsetzung betreffend Zwischenfristen . . . . .	295
3.15	Inverzugsetzung betreffend Endtermin . . . . .	295
3.16	Inverzugsetzung bei unzureichendem Einsatz von Arbeitsmitteln und Versäumnis der Förderungspflicht gem. § 5 Abs. 3 VOB/B . . . . .	296
3.17	Kündigung nach § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B. . . . .	296
3.18	Aufforderung zur Auskunft über den geplanten Einsatz . . . . .	297
3.19	Beschleunigungsaufforderung gegen Vergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B. . . . .	297
3.20	Beschleunigungsaufforderung als Schadensminderung gem. § 6 Abs. 3 VOB/B, die zusätzlich zu vergüten ist . . . . .	298
3.21	Aufforderung zur Vorlage eines angepassten Terminplans . . . . .	298
3.22	Bestimmung neuer Vertragstermine durch AG ohne Anerkennung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs des AN . . . . .	299
3.23	Bestimmung neuer Vertragstermine durch AG mit Anerkennung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs des AN . . . . .	300
3.24	Vereinbarung im Vertrag . . . . .	300
3.25	Vereinbarung als Zusatzvereinbarung nach Vertragsabschluss . . . . .	301
3.26	Vereinbarung als Zusatzvereinbarung nach Vertragsabschluss . . . . .	301
3.27	Inannahmeverzugsetzung gem. §§ 293, 295 BGB . . . . .	302
3.28	Behinderungsanzeige für Mitwirkungsverzug . . . . .	303
3.29	Anmeldung Mehrkosten gem. § 642 BGB oder/und § 304 BGB . . . . .	303
3.30	Behinderungsanzeige . . . . .	306
3.31	Mehrkostenanmeldung infolge von Behinderungen . . . . .	307
3.32	Verlangen auf Anpassung der Vertragstermine. . . . .	308
3.33	Bestätigung der Vertragsfristverlängerung . . . . .	308

3.34	Abmeldung der Behinderung . . . . .	309
3.35	Zurückweisung der Behinderung . . . . .	309
3.36	Aufforderung zur Bestätigung der Einhaltung der Vertragstermine . . . . .	310
3.37	Vereinbarung einer Vertragsstrafe . . . . .	312
3.38	Kündigung des Auftraggebers gem. § 6 Abs. 7 VOB/B. . . . .	313
3.39	Kündigung des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 7 VOB/B. . . . .	314
3.40	Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz bzw. Vertragsstrafe wegen Verzögerung der Leistungserbringung . . . . .	315
3.41	Klageerwidern . . . . .	320
3.42	Klage des Auftragnehmers auf Schadensersatz wegen Behinderung. . . . .	327
3.43	Klageerwidern . . . . .	331
3.44	Klage des Auftragnehmers auf Entschädigung wegen Behinderung bzw. Vergütungszahlung nach Vertragsbeendigung infolge fehlender notwendiger Mitwirkungshandlung des Auftraggebers. . . . .	332
3.45	Klageerwidern . . . . .	337

**§ 4 Sicherheiten am Bau**

4.1	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormer- kung zur Sicherung des Anspruchs auf eine Bauhandwerkersicherungshypo- thek, §§ 650e, 883, 885 BGB; §§ 935 ff. ZPO . . . . .	356
4.2	Antrag auf Eintragung einer Vormerkung nach Erlangung eines Vollstreckungs- titels im einstweiligen Rechtsschutz . . . . .	361
4.3	Antrag auf Zustellung der einstweiligen Verfügung . . . . .	362
4.4	Klage auf Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach Erlangung der Vormerkung . . . . .	362
4.5	Schutzschrift gegen eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormer- kung . . . . .	366
4.6	Verlangen einer Sicherheit nach § 650f BGB . . . . .	380
4.7	Bürgschaft nach § 650f BGB . . . . .	381
4.8	Klage auf Stellung einer Sicherheit gem. § 650f BGB . . . . .	383
4.9	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung der Ausführ- ung einer geänderten Leistung (Anordnungsrecht des Bestellers), § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 650d BGB; §§ 935 ff. ZPO . . . . .	389
4.10	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Zahlung von 80 % der in einem Angebot nach § 650b Abs. 1 S. 2 BGB genannten Mehrvergütung. . . . .	391
4.11	Qualifizierte Sicherungsabrede für eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu- gunsten des Bestellers/Auftraggebers (beim BGB- oder VOB/B-Vertrag). . . . .	414
4.12	Qualifizierte Sicherungsabrede für eine Mängelbürgschaft zugunsten des Bestellers/Auftraggebers (beim BGB- oder VOB/B-Vertrag). . . . .	417
4.13	Qualifizierte Sicherungsabrede für eine Zahlungsbürgschaft zugunsten des Unternehmers/Auftragnehmers (beim BGB- oder VOB/B-Vertrag) . . . . .	419
4.14	Vertragserfüllungsbürgschaft. . . . .	420
4.15	Bürgschaft für Mängelansprüche (Gewährleistungsbürgschaft) . . . . .	422
4.16	Vorauszahlungsbürgschaft . . . . .	424
4.17	Zahlungsbürgschaft. . . . .	425

4.18	Nachfristsetzung des Unternehmers an den Besteller zur Einzahlung eines Geldeinbehalts auf ein gemeinsames Sperrkonto . . . . .	426
4.19	Klage auf Auszahlung des Einbehalts und Rückgabe der Bürgschaft (wg. Verbot der Doppelsicherung) . . . . .	427
4.20	Inanspruchnahme einer Zahlungsbürgschaft zugunsten des Auftragnehmers (Kläger) gegenüber Bürgen (Beklagte zu 2.) verbunden mit Klage gegenüber dem Hauptschuldner (Auftraggeber – Beklagte zu 1.). . . . .	430
<b>§ 5</b>	<b>Architektenrecht</b>	
5.1	Honorarklage des Architekten . . . . .	461
5.2	Klageerwiderung zur Honorarklage des Architekten . . . . .	467
5.3	Klage auf Schadensersatz . . . . .	487
5.4	Einreden/Einwendungen . . . . .	491
<b>§ 6</b>	<b>Bauträgerrecht und Verbraucherbaupvertrag</b>	
6.1	Klage des Bauträgers auf Zahlung einer rückständigen Kaufpreistrate. . . . .	502
6.2	Klage des Erwerbers auf Übertragung von Wohnungseigentum aufgrund der Tilgung des Kaufpreises durch Zahlung, Minderung und Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Verzugs . . . . .	506
6.3	Klage der Wohnungseigentümergeinschaft auf Aufwendungsersatz und Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum. . . . .	511
6.4	Klage des Verwalters eines sanierten Altbaus auf Vorschuss wegen Mängeln an der Altbausubstanz des Gemeinschaftseigentums . . . . .	515
<b>§ 7</b>	<b>Baustofflieferung</b>	
7.1	Klage Rücktritt vom Kaufvertrag, Verbrauchsgüterkauf . . . . .	546
7.2	Klage auf Nacherfüllung / Ersatzlieferung . . . . .	551
7.3	Klage auf Regress . . . . .	555
7.4	Klage auf Schadensersatz bei Werklieferungsvertrag . . . . .	559
7.5	Klage wegen Produkthaftung . . . . .	565
7.6	Klage wegen Beraterhaftung. . . . .	571
<b>§ 8</b>	<b>Baunachbarrecht</b>	
8.1	„Antrag auf Wiederherstellung der für ein Nachbargrundstück erforderlichen Stütze, falls eine Vertiefung erfolgt ist“ . . . . .	596
8.2	„Antrag auf Unterlassung einer das Nachbargrundstück beeinträchtigenden Vertiefung“ – im einstweiligen Rechtsschutz und im Hauptsacheverfahren. . . . .	600
8.3	Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen . . . . .	604
8.4	Vertrag bei Baunachbarrechtsverhältnis. . . . .	607
8.5	Vertrag über die Einwilligung zur Inanspruchnahme eines Grundstücks . . . . .	609
8.6	Vertrag über die Einwilligung zur Einbringung von Unterfangungskörpern . . . . .	611
8.7	Vertrag zur Gestattung der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund . . . . .	612
<b>§ 9</b>	<b>Prozessuales</b>	
9.1	Klage der Wohnungseigentümergeinschaft wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums auf kleinen Schadensersatz und/oder Minderung . . . . .	622
9.2	Klage der Wohnungseigentümergeinschaft auf Kostenvorschuss/Kostenersatzung das Gemeinschaftseigentum betreffend . . . . .	627

9.3	Klage eines einzelnen Wohnungseigentümers, der wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums den Anspruch auf kleinen Schadensersatz oder Minderung geltend macht . . . . .	630
9.4	Klage eines einzelnen Eigentümers auf Erfüllung, Vorschuss oder Kostenerstattung wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums . . . . .	632
9.5	Klage eines einzelnen Wohnungseigentümers auf großen Schadensersatz oder Rückgewähr des Kaufpreises wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums . . .	635
9.6	Streitverkündung des verklagten Bauunternehmers an Subunternehmer. . . . .	646
9.7	Streitverkündung des verklagten Bauunternehmers an Architekten . . . . .	651
9.8	Streitverkündung des klagenden Bauherrn an Architekten . . . . .	652
9.9	Beitritt des Subunternehmers, der den beklagten Hauptunternehmer (Generalunternehmer) unterstützt . . . . .	654
9.10	Beitritt des Subunternehmers, der den klagenden Hauptunternehmer (Generalunternehmer) unterstützt . . . . .	658
9.11	Beitritt des Architekten, der den beklagten Unternehmer unterstützt . . . . .	659
9.12	Berufungseinlegung . . . . .	661
9.13	Berufungsbegründung . . . . .	663
9.14	Aufrechnung in der Berufungsinstanz . . . . .	675
9.15	Anschlussberufung . . . . .	677
<b>§ 10</b>	<b>Selbstständiges Beweisverfahren</b>	
10.1	Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens . . . . .	697
10.2	Antragserwiderung . . . . .	701
10.3	Gegenantrag im selbstständigen Beweisverfahren . . . . .	702
10.4	Beschluss des Gerichts . . . . .	703
10.5	Sofortige Beschwerde des Antragstellers . . . . .	705
10.6	Gegenvorstellung der Antragsgegnerin . . . . .	706
10.7	Streitverkündung . . . . .	707
10.8	Ablehnung des Sachverständigen . . . . .	708
10.9	Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen. . . . .	709
10.10	Antrag auf Klageerhebung im selbstständigen Beweisverfahren und Kostenantrag der Gegenseite gem. § 494a ZPO . . . . .	710
10.11	Erwiderung auf Antrag gem. § 494a ZPO . . . . .	711
<b>§ 11</b>	<b>Zwangsvollstreckung</b>	
11.1	Kombinierter Antrag nach § 887 Abs. 1, Abs. 2 ZPO . . . . .	774
11.2	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek, §§ 650e, 883, 885 BGB, §§ 935 ff. ZPO . . . . .	777
11.3	Vollstreckungserinnerung . . . . .	780
11.4	Vollstreckungsabwehrklage . . . . .	783
<b>§ 12</b>	<b>Schiedsverfahren/Schlichtung</b>	
12.1	Schiedsgerichtsvereinbarung. . . . .	798
12.2	Schiedsgericht mit drei Schiedsrichtern . . . . .	799
12.3	Einmannschiedsgericht – Schiedsrichter ist in der Schiedsvereinbarung benannt . . . . .	800

12.4	Einmannschiedsgericht – ohne bisherige Benennung . . . . .	800
12.5	Schriftsatz an ein Dreierschiedsgericht wegen Ablehnung eines Schiedsrichters. . . . .	800
12.6	Antrag auf Durchführung eines Beweisverfahrens, wenn es vereinbart worden ist. . . . .	801
12.7	Antrag auf Anordnung einer vorläufigen Maßnahme . . . . .	801
12.8	Möglichkeit zur Einbeziehung Dritter . . . . .	801
12.9	Schlichtungsvertrag (mit der Möglichkeit der Einbeziehung Dritter) . . . . .	810
12.10	Schlichtungsklausel. . . . .	811
12.11	Antrag auf Einleitung einer Schlichtung . . . . .	811
12.12	Einleitung eines Beweisverfahrens, wenn hierfür auch der Schlichter vereinbarungsgemäß zuständig ist . . . . .	812
12.13	Mediationsvertrag. . . . .	813
<b>§ 13</b>	<b>Gesamtschuldverhältnisse</b>	
13.1	Klage des Bestellers gegen mehrere Gesamtschuldner . . . . .	822
13.2	Klage auf Gesamtschuldnerausgleich. . . . .	825
13.3	Klage auf Freistellung . . . . .	828
<b>§ 14</b>	<b>Bauvertrag</b>	
14.1	Standard-Bauvertrag . . . . .	839
14.2	Verbraucherbauvertrag . . . . .	853
14.3	VOB-Vertrag . . . . .	866
14.4	Generalunternehmervertrag . . . . .	879
14.5	Subunternehmervertrag. . . . .	903
14.6	Generalübernehmervertrag. . . . .	919
<b>§ 15</b>	<b>Architektenvertrag</b>	
15.1	Architektenvertrag . . . . .	953
15.2	Allgemeine Vertragsbestimmungen für Architektenleistungen . . . . .	962
15.3	Ingenieurvertrag – Tragwerksplanung . . . . .	969
15.4	Ingenieurvertrag – Technische Ausrüstung. . . . .	978
15.5	Allgemeine Vertragsbestimmungen für Ingenieurleistungen (AVB/Ing). . . . .	988
<b>§ 16</b>	<b>Bauträgervertrag</b>	
16.1	Kaufvertrag über zu errichtendes Wohnungs-/Teileigentum . . . . .	1001
16.2	Kaufvertrag über zu sanierendes Wohnungs-/Teileigentum. . . . .	1023

## Literaturverzeichnis

- Anders/Gehle*, Zivilprozessordnung: ZPO, 81. Auflage 2023
- Bärmann*, Wohnungseigentumsgesetz, 15. Auflage 2023
- Basty*, Der Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, *Hau/Poseck* (Hrsg.), 63. Edition, Stand 1.8.2022 (zit.: BeckOK-BGB/*Bearbeiter*)
- Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar, Teil B und Teil C, 3. Auflage 2019 bzw. 4. Auflage 2021 (zit. Beck'scher VOB-Kommentar/*Bearbeiter*)
- Blank*, Bauträgervertrag, 6. Auflage 2023
- Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage 2021
- Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VOB Teil A, 3. Auflage 2019
- Dammert/Lenkeit/Oberhauser/Pause/Stretz*, Das neue Bauvertragsrecht, 2017
- Englert/Franke/Grieger*, Streitlösung ohne Gericht – Schlichtung, Schiedsverfahren und Mediation in Bausachen, 2006
- Englert/Grauvogl/Maurer*, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 5. Auflage 2016
- Englert/Motzke/Wirth*, Baukommentar, 2. Auflage 2009
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 17. Aufl. 2023
- Fink*, Das selbstständige Beweisverfahren in Bausachen, 2005
- Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens*, VOB-Kommentar, 7. Auflage 2020
- Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 82. Auflage 2023
- Grziwotz/Koebler*, Handbuch Bauträgerrecht, 2. Auflage 2022
- Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar VOB, 14. Auflage 2017
- Ingenstau/Korbion/Leupertz/von Wietersheim*, VOB Teile A und B, Kommentar, 22. Auflage 2023 (zit. Ingenstau/Korbion/*Bearbeiter*)
- Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, Kommentar, 8. Auflage 2022
- Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Band 1 und 2, 7. Auflage 2017 bzw. 6. Auflage 2017
- Kleine-Möller/Merl/Glöckner*, Handbuch des privaten Baurechts, 6. Auflage 2019
- Kniffka/Jurgeleit*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 29.5.2023 (zit. Kniffka, ibr-online)
- Kniffka/Jurgeleit*, Bauvertragsrecht, 4. Auflage 2022
- Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher*, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020
- Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, Kommentar, 9. Auflage 2016
- Leinemann*, VOB/B-Kommentar, 7. Auflage 2019
- Frenz/Hertel/Limmer*, Würzburger Notarhandbuch, 6. Auflage 2021

- Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 15. Auflage 2021
- Löffelmann/Baldringer/Keldungs*, Architektenrecht, 7. Auflage 2020
- Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung: MaBV, 10. Auflage 2019
- Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022
- Motzke/Bauer/Seewald*, Prozesse in Bausachen, 3. Auflage 2018
- Münchener-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 9. Auflage 2022 ff.  
(zit. MüKo/Bearbeiter)
- Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 20. Auflage 2023
- Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB Teil B, Kommentar, 5. Auflage 2019
- Niederführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten*, WEG – Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht, 13. Auflage 2020
- Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar, 18. Auflage 2023
- Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020
- Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 7. Auflage 2005
- Seibel*, Der Stand der Technik im Umweltrecht, 2003
- Seibel*, Baumängel und anerkannte Regeln der Technik, 2009
- Seibel*, Beck'scher Kompakt-Kommentar Selbständiges Beweisverfahren, 2013
- Seibel u.a.*, Zwangsvollstreckungsrecht aktuell, 2. Auflage 2013 + 3. Auflage 2016 + 4. Auflage 2020
- Soergel/Siebert*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 13. Auflage 1999–2012
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2019
- Staudt/Seibel*, Handbuch für den Bausachverständigen, 4. Auflage 2018
- Staudt/Seibel* (urspr. Hrsg., sodann: *Seibel/Zöller*, aktuell: *Zöller/Boldt*), Baurechtliche und -technische Themensammlung, Grundwerk: 2011
- Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 23. Auflage 2015
- Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, 44. Auflage 2023
- Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, Kommentar, 13. Auflage 2022
- Ulrich*, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2. Auflage 2008
- Weise/Barbers*, Sicherheit im Baurecht, 1999
- Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 18. Auflage 2023
- Wirth*, Darmstädter Baurechtshandbuch, 2. Auflage 2005
- Zöller*, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, 34. Auflage 2022

## Abkürzungsverzeichnis

A.A.	andere Auffassung/Ansicht
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
AT	Arbeitstag
b.b.	bereits benannt
BaustellV	Baustellenverordnung
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
d.h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung e.V.
einschl.	einschließlich
ETB	einheitliche technische Baubestimmungen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FoSiG	Forderungssicherungsgesetz
gem.	gemäß
GRW 1995	Grundsätze und Richtlinien für Wettbewerbe
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
i.d.R.	in der Regel
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne der/s
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Lit.	Literatur
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MaBV	Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Anlageberater, Bauträger und Baubetreuer
mit Anm.	mit Anmerkung
mit Nachw.	mit Nachweisen
MRVG	Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
o.Ä.	oder Ähnliches

## Abkürzungsverzeichnis

o.g.	oben genannt
öbuv	öffentlich bestellter und vereidigter
OLG	Oberlandesgericht
p.a.	pro anno
RAW	Regeln für Architekturwettbewerbe
Rspr.	Rechtsprechung
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SEA	Schadensersatzanspruch
SOBau	Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten
sog.	sogenannte/r/s
u.U.	unter Umständen
VdE	Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik e.V.
VdI	Verein Deutscher Ingenieure e.V.
VOB/B	Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
WT	Werktag
Ziff.	Ziffer

## Teil 1: Prozessformulare

### § 1 Vergütungsrecht

Dr. Christoph Lichtenberg

#### Inhalt

Inhalt	Rdn		Rdn
<b>A. Rechtliche Grundlagen</b> . . . . .	1		
I. Vergütungs- und vergütungs- ähnliche Ansprüche . . . . .	1	bb) Vereinbarung über ohnehin geschuldete Leistungen . . . . .	105
1. Vertragliche Ansprüche . . . . .	2	3. Vergütung für entfallene Leistungen . . . . .	108
a) Vergütung ohne (wirksame) Vereinbarung . . . . .	7	4. Vergütungsähnliche An- sprüche . . . . .	110
b) Einheitspreisvertrag . . . . .	9	a) Ansprüche aus Geschäfts- führung ohne Auftrag . . . . .	111
c) Pauschalvertrag . . . . .	11	b) Ansprüche wegen unterlas- sener Mitwirkung . . . . .	117
d) Stundenlohnvereinbarung . . . . .	18	aa) Anspruchsvoraussetzun- gen . . . . .	120
e) Selbstkostenerstattungs- vertrag . . . . .	23	bb) Entschädigung . . . . .	126
2. Nachtragsansprüche . . . . .	25	cc) Aufwendungsersatz für das Angebot . . . . .	133
a) Vergütungsnachträge im VOB-Vertrag . . . . .	28	dd) Darlegungs- und Beweis- last . . . . .	135
aa) Mengenänderungen . . . . .	29	c) Bereicherungsansprüche . . . . .	138
bb) Angeordnete geänderte/ zu- sätzliche Leistungen . . . . .	42	II. Fälligkeit der Ansprüche des Werkunternehmers . . . . .	143
cc) Nicht angeordnete Leis- tungsänderungen . . . . .	52	1. Abschlagszahlungen . . . . .	144
dd) Zusätzlich verlangte Zeichnungen etc. . . . .	55	a) Im VOB-Vertrag . . . . .	146
ee) Beschleunigungsnach- träge . . . . .	59	b) Im BGB-Vertrag . . . . .	153
ff) Darlegungs- und Beweis- last . . . . .	71	c) Wegfall des Rechts auf Abschlagszahlung . . . . .	156
b) Nachträge im BGB-Bau- vertrag . . . . .	75	2. Schlusszahlung . . . . .	158
aa) Mengenänderungen . . . . .	77	a) Abnahme bzw. Eintritt der Abnahmewirkungen . . . . .	159
bb) Leistungsänderungen auf Veranlassung des Auf- traggebers . . . . .	80	aa) (Rechtsgeschäftliche) Abnahme . . . . .	161
cc) Eigenmächtige Leis- tungsänderungen . . . . .	92	bb) Abnahmefiktionen . . . . .	169
dd) Beschleunigungsvergü- tung . . . . .	97	cc) Anderweitige Beendi- gung des Erfüllungs- stadiums . . . . .	173
ee) Darlegungs- und Beweis- last . . . . .	100	dd) Durchgriffsfähigkeit . . . . .	175
c) Nachtragsvereinbarungen . . . . .	101	ee) Besonderheiten der VOB-Regelung . . . . .	179
aa) Bestimmungen zu Leis- tung und Vergütung; Abgeltung . . . . .	102	ff) Darlegungs- und Beweis- last . . . . .	188
		b) Weitere Fälligkeitsvorausset- zungen im VOB-Vertrag . . . . .	189

c) Weitere Fälligkeitsvoraussetzungen im BGB-Bauvertrag . . . . .	195	6. Mängelansprüche . . . . .	293
III. Baugeld und seine Verwendung . . . . .	200	7. Sonstige Gegenansprüche . . . . .	295
1. Baugeld . . . . .	201	8. Verjährung . . . . .	296
2. Baugeldempfänger . . . . .	202	a) Im VOB-Vertrag . . . . .	300
3. Verwendung des Baugelds . . . . .	203	b) Im BGB-Vertrag . . . . .	306
4. Schadensersatzansprüche . . . . .	207	<b>B. Muster</b> . . . . .	307
a) Anspruchsgegner . . . . .	208	I. Muster: Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung . . . . .	307
b) Vorsatz . . . . .	210	1. Alternative: Vereinbarung konkreter Maßnahmen . . . . .	307
c) Schaden . . . . .	211	a) Muster: Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung konkreter Maßnahmen . . . . .	307
d) Darlegungs- und Beweislast . . . . .	213	b) Anmerkungen . . . . .	308
IV. Verzug und Verzinsung . . . . .	215	2. Alternative: Vereinbarung eines konkreten Ziels . . . . .	312
1. Im VOB-Vertrag . . . . .	216	a) Muster: Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung eines konkreten Ziels . . . . .	312
2. Im BGB-Vertrag . . . . .	220	b) Anmerkungen . . . . .	313
V. Abrechnung des gekündigten Bauvertrags . . . . .	224	II. Muster: Werklohnklage mit Varianten . . . . .	317
1. Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	226	1. Werkvertrag ohne Vergütungsvereinbarung . . . . .	317
2. Abrechnung der erbrachten Leistungen . . . . .	228	a) Muster: Werklohnklage bei fehlender Vergütungsvereinbarung . . . . .	317
a) Einheitspreisvertrag . . . . .	232	b) Anmerkungen . . . . .	318
b) Pauschalvertrag . . . . .	234	2. Einheitspreisvertrag . . . . .	324
aa) Detail-Pauschalvertrag . . . . .	235	a) Muster: Werklohnklage bei Einheitspreisen . . . . .	324
bb) Global-Pauschalvertrag . . . . .	236	b) Anmerkungen . . . . .	325
3. Abrechnung der nicht erbrachten Leistungen . . . . .	243	3. Detailpauschalvertrag . . . . .	332
a) Grundsatz . . . . .	246	a) Muster: Werklohnklage bei Detailpauschale . . . . .	332
b) Gesetzliche Vermutung(en) . . . . .	249	b) Anmerkungen . . . . .	333
c) Konkreter Vortrag . . . . .	253	4. Globalpauschalvertrag . . . . .	340
aa) Ersparte Aufwendungen . . . . .	254	a) Muster: Werklohnklage bei Globalpauschale . . . . .	340
bb) Anderweitiger Erwerb . . . . .	257	b) Anmerkungen . . . . .	341
cc) Darlegungs- und Beweislast . . . . .	259	5. Stundenlohnvereinbarung/-vertrag . . . . .	348
d) Umsatzsteuer . . . . .	261	a) Muster: Werklohnklage bei Stundenlohnvereinbarung . . . . .	348
e) Aufbau der Abrechnung . . . . .	262	b) Anmerkungen . . . . .	349
VI. Verteidigungsmöglichkeiten des Auftraggebers . . . . .	264	6. Checkliste: Werklohnklage . . . . .	356
1. Eintritt der Schlussrechnungsreife . . . . .	265	III. Textbausteine für Nachtragsforderungen . . . . .	357
2. Einwände gegen die Fälligkeit . . . . .	269	1. Mengenänderungen . . . . .	358
a) Mangelnde Prüffähigkeit . . . . .	270		
b) Fehlende Abnahme . . . . .	274		
3. Schlusszahlungseinrede . . . . .	275		
4. Pauschalpreiseinrede . . . . .	279		
5. Einbehalte und Abzüge . . . . .	282		
a) Gewährleistungseinbehalt . . . . .	283		
aa) Im VOB-Vertrag . . . . .	284		
bb) Im BGB-Vertrag . . . . .	288		
b) Skontoabzug . . . . .	290		

- a) Überschreitung des Mengenansatzes, § 2 Abs. 3 Nr. 2  
VOB/B . . . . . 358
  - aa) Muster: Nachtrag wegen Überschreitung des Mengenansatzes . . . . . 358
  - bb) Anmerkungen . . . . . 359
- b) Unterschreitung des Mengenansatzes, § 2 Abs. 3 Nr. 3  
VOB/B . . . . . 362
  - aa) Muster: Nachtrag bei Mengenunterschreitung . . . . . 362
  - bb) Anmerkungen . . . . . 363
- c) Extreme Mengenänderung im BGB-Vertrag . . . . . 366
  - aa) Muster: Nachtrag wegen Mengenänderung im BGB-Vertrag . . . . . 366
  - bb) Anmerkung . . . . . 367
- 2. Vom Auftraggeber veranlasste Leistungsänderungen . . . . . 368
  - a) Geänderte Leistungen, § 2 Abs. 5 VOB/B . . . . . 368
    - aa) Muster: Nachtrag wegen geänderter Leistung . . . 368
    - bb) Anmerkungen . . . . . 369
  - b) Zusätzliche Leistungen, § 2 Abs. 6 VOB/B . . . . . 373
    - aa) Muster: Nachtrag wegen zusätzlicher Leistung . . 373
    - bb) Anmerkungen . . . . . 374
  - c) Angeordnete Leistungsänderungen im „alten“ BGB-Vertrag . . . . . 379
    - aa) Muster: Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „alten“ BGB-Vertrag . . . . . 379
    - bb) Anmerkungen . . . . . 380
  - d) Angeordnete Leistungsänderungen im „neuen“ BGB-Vertrag . . . . . 384
    - aa) Muster: Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „neuen“ BGB-Vertrag . . . . . 384
    - bb) Anmerkungen . . . . . 385
  - e) Einstweilige Verfügung zur Durchsetzung eines Nachtragsanspruchs im „neuen“ BGB-Bauvertrag . . . . . 388
    - aa) Muster einstweilige Verfügung zur Durchsetzung eines Nachtragsanspruchs im „neuen“ BGB-Bauvertrag . . . . . 388
    - bb) Anmerkungen . . . . . 389
- 3. Nicht angeordnete/eigenmächtige Leistungsänderungen . . . . . 392
  - a) Im VOB-Vertrag, § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B . . . . . 392
    - aa) Muster: Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B . . . . . 392
    - bb) Anmerkungen . . . . . 393
  - b) Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B . . . . . 396
    - aa) Muster: Nachtrag aus Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . . 396
    - bb) Anmerkungen . . . . . 397
- 4. Entfallene Leistungen . . . . . 401
  - a) Muster: Anspruch wegen entfallener Leistungen . . . . . 401
  - b) Anmerkungen . . . . . 402
- 5. Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB . . . . . 404
  - a) Muster: Entschädigung nach § 642 BGB . . . . . 404
  - b) Anmerkungen . . . . . 405
- 6. Checklisten: Nachtragsforderungen . . . . . 410
  - a) Checkliste: VOB-Vertrag . . 410
  - b) Checkliste: BGB-Vertrag bis 31.12.2017 . . . . . 411
  - c) Checkliste: BGB-Vertrag ab dem 1.1.2018 . . . . . 412
  - d) Checkliste: Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB . . 413
- IV. Gekündigter Werkvertrag . . . . . 414
  - 1. Gekündigter VOB-Einheitspreisvertrag . . . . . 414
    - a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Einheitspreisvertrag . . . . . 414
    - b) Anmerkungen . . . . . 415
  - 2. Gekündigter Detailpauschalvertrag . . . . . 424
    - a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Detailpauschalvertrag . . . . . 424
    - b) Anmerkungen . . . . . 425
  - 3. Gekündigter Globalpauschalvertrag . . . . . 434

a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Globalpauschalvertrag . . . . .	434	b) Anmerkung . . . . .	469
b) Anmerkungen . . . . .	435	4. Pauschalpreiseinrede . . . . .	470
4. Checkliste: Gekündigter Werkvertrag . . . . .	444	a) Muster: Pauschalpreiseinrede . . . . .	470
V. Baugeld . . . . .	445	b) Anmerkung . . . . .	471
1. Muster: Schadensersatzklage wegen fälscher Verwendung von Baugeld . . . . .	445	5. Einbehalte und Abzüge . . . . .	472
2. Anmerkungen . . . . .	446	a) Gewährleistungseinbehalt . . . . .	472
VI. Textbausteine für Einwendungen . . . . .	455	aa) Muster: Gewährleistungseinbehalt . . . . .	472
1. Eintritt der Schlussrechnungsreife . . . . .	456	bb) Anmerkung . . . . .	473
a) VOB-Vertrag . . . . .	456	b) Skontoabzug . . . . .	474
aa) Muster: Schlussrechnungsreife beim VOB-Vertrag . . . . .	456	aa) Muster: Skontoabzug . . . . .	474
bb) Anmerkungen . . . . .	457	bb) Anmerkungen . . . . .	475
b) BGB-Vertrag bis 31.12.2017 . . . . .	459	6. Mängelansprüche . . . . .	477
aa) Muster: Schlussrechnungsreife beim „alten“ BGB-Vertrag . . . . .	459	a) Leistungsverweigerungsrecht . . . . .	477
bb) Anmerkung . . . . .	460	aa) Muster: Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln . . . . .	477
c) BGB-Vertrag ab dem 1.1.2018 . . . . .	461	bb) Anmerkungen . . . . .	478
aa) Muster: Schlussrechnungsreife beim „neuen“ BGB-Vertrag . . . . .	461	b) Aufrechnung mit Kostenvorschussanspruch . . . . .	480
bb) Anmerkung . . . . .	462	aa) Muster: Aufrechnung mit Kostenvorschussanspruch . . . . .	480
2. Einwände gegen die Fälligkeit der Rechnung . . . . .	463	bb) Anmerkung . . . . .	481
a) Mangelnde Prüffähigkeit der Rechnung . . . . .	463	7. Verjährung . . . . .	482
aa) Muster: Fehlende Prüffähigkeit . . . . .	463	a) VOB-Vertrag . . . . .	482
bb) Anmerkungen . . . . .	464	aa) Muster: Einrede der Verjährung im VOB-Vertrag . . . . .	482
b) Fehlende Abnahme . . . . .	466	bb) Anmerkung . . . . .	483
aa) Muster: Fehlende Abnahme . . . . .	466	b) BGB-Vertrag bis zum 31.12.2017 . . . . .	485
bb) Anmerkung . . . . .	467	aa) Muster: Einrede der Verjährung im „alten“ BGB-Vertrag . . . . .	485
3. Schlusszahlungseinrede (nur VOB) . . . . .	468	bb) Anmerkung . . . . .	486
a) Muster: Schlusszahlungseinrede, § 16 Abs. 2, 3 VOB/B . . . . .	468	c) BGB-Bauvertrag ab dem 1.1.2018 . . . . .	487
		aa) Muster: Einrede der Verjährung im „neuen“ BGB-Bauvertrag . . . . .	487
		bb) Anmerkung . . . . .	488
		8. Checkliste: Einwendungen . . . . .	489

**Literatur:**

*Boldt*, Bauverzögerungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers: Ist § 6 Nr.6 VOB/B bedeutungslos?, *BauR* 2006, 185; *Breyer/Bohn*, § 641 Abs.2 BGB – Durchgriffsfälligkeit oder Durchgriffszahlungspflicht?, *BauR* 2004, 1066; *Drittler*, Freie

Kündigung: Ersparte Kosten sind grundsätzlich als tatsächliche Kosten abzuziehen, BauR 2006, 1215; *Franz*, Nachtragskalkulation in Zukunft – Das Ende der Preisfortschreibung!?, BauR 2012, 380; *Fuchs*, Der Dreiklang aus Werkerfolg, Leistungsbeschreibung und Mehrvergütungsanspruch, BauR 2009, 404; *Gartz*, Die neuen Baugeldempfänger des BauFordSiG, NZBau 2009, 630; *Illies*, BauFordSiG; Verunsicherung statt Sicherung, BauR 2013, 1342; *Hofmann*, VOB-Fassung 1996: Die rätselhafte Änderung des § 2 Nr. 8 VOB/B, BauR 1996, 640; *Kniffka*, Ist die VOB/B eine sichere Grundlage für Nachträge?, BauR 2012, 411; *ders.*, Abnahme und Abnahmewirkungen nach der Kündigung des Bauvertrages, ZfBR 1998, 113; *Kölbl*, Generalunternehmer in der Falle? Praktische Auswirkungen der Änderungen des Baugeldbegriffs, NZBau 2010, 220 ff.; *Leidig*, Volle Kraft zurück? – Die neuerliche Änderung des Bauforderungssicherungsgesetzes, NJW 2009, 2919; *Leupertz*, Der Anspruch des Unternehmers auf Bezahlung unbestellter Bauleistungen beim BGB-Bauvertrag, BauR 2005, 775; *Lichtenberg*, Zur Berücksichtigung einer Unterdeckung bei der Abrechnung nach freier (Teil-) Kündigung, BauR 2014, 615; *Markus*, § 649 S. 2 BGB: Die Anrechnung der tatsächlich ersparten Aufwendungen auf die kalkulierten Kosten, NZBau 2005, 417; *Oberhauser*, Preisfortschreibung als „Vergütungsmodell“ für geänderte und zusätzlich Leistungen – sieht das die VOB/B wirklich vor?, BauR 2011, 1547; *Quack*, Theorien zur Rechtsnatur von § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B und Ihre Auswirkungen auf die Nachtragsproblematik, ZfBR 2004, 107; *Roskosny/Bolz*, Die Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs aus § 642 BGB und seine Berechnung, BauR 2006, 1804; *Stammkötter*, Bauforderungssicherungsgesetz – Aktueller Stand, Nachunternehmer und Treuhand, BauR 2009, 1521; *Thode*, Nachträge wegen gestörten Bauablaufs im VOB/B-Vertrag, ZfBR 2004, 214.; *ders.*, Änderungsbefugnis des Bauherrn in § 1 Nr. 3 VOB/B, BauR 2008, 155; *Zanner*, Kann der AG durch Anordnung gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B nicht nur Leistungsinhalte sondern auch die Bauzeit einseitig ändern?, BauR 2006, 177; *Zanner/Keller*, Das einseitige Anordnungsrecht des Auftraggebers zu Bauzeit und Bauablauf und seine Vergütungsfolgen, NZBau 2004, 353.

## A. Rechtliche Grundlagen

### I. Vergütungs- und vergütungsähnliche Ansprüche

Für die Vergütungsansprüche des Werkunternehmers kommen verschiedene Grundlagen 1 in Frage, die zur besseren Übersicht wie folgt gruppiert werden:

- Vertragliche Ansprüche (was nicht ganz korrekt ist, da auch die Nachtragsansprüche aus den vertraglichen Vereinbarungen resultieren)
- Nachtragsansprüche
- Vergütungsähnliche Ansprüche

## 1. Vertragliche Ansprüche

- 2 Grundlage aller Vergütungsansprüche, die wir hier als „vertragliche Ansprüche“ bezeichnen, ist ein wirksamer Werkvertrag, also ein Vertrag, der insbesondere dadurch gekennzeichnet ist, dass der Unternehmer dem Besteller die Herstellung eines bestimmten Werkes verspricht (§ 631 BGB). Im Fall des Bauvertrages geht es um die Herstellung einer mit dem Erdboden verbundenen unbeweglichen Sache durch Verwendung von Arbeit und Material.<sup>1</sup>
- 3 Der Werkvertrag kommt (wie jeder andere Vertrag auch) durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande, nämlich Angebot und Annahme. Dies ist auch bei öffentlich-rechtlichen Vergabeverfahren nicht anders, bei welchen lediglich der Zuschlag die Annahme darstellt.<sup>2</sup>
- 4 Beim Bauvertrag ist zu unterscheiden zwischen dem BGB-Werkvertrag und dem VOB-Vertrag, also einem Werkvertrag, bei welchem die Regelungen der VOB/B gelten sollen. Für Verträge, die ab dem 1.1.2018 geschlossen worden sind, gilt ohne Weiteres das gesetzliche Bauvertragsrecht der §§ 650a-650h BGB, sofern es sich um einen Bauvertrag gem. der Definition in § 650a BGB handelt.
- 5 Die Geltung der VOB/B hingegen muss vereinbart werden; einen Brauch oder Gewohnheitsrecht, woraus sich ohne Vereinbarung die Anwendung der VOB/B ergeben sollte, gibt es nicht.<sup>3</sup> Da es sich bei den VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, müssen diese wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein. Ein bloßer Hinweis auf die Geltung der VOB/B reicht jedenfalls gegenüber privaten Bestellern (Verbrauchern) nicht aus, sodass der Unternehmer, welcher die Geltung der VOB/B erreichen möchte, dies im Regelfall nur erreichen kann, wenn er spätestens bei Abschluss des Vertrages einen vollständigen Text der VOB/B überreicht.<sup>4</sup> Die Übersendung des Textes erst mit der Auftragsbestätigung ist also im Regelfall zu spät, da der Vertrag bereits durch das Angebot des Unternehmers und den Auftrag des Bestellers zustande gekommen ist. Dies gilt auch für den Versuch einer „Vereinbarung“ erst in der Auftragsbestätigung gegenüber einem Unternehmer.
- 6 Als Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen die VOB/B grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB. Dies gilt gegenüber einem Verbraucher, der nicht Verwender der VOB/B ist, uneingeschränkt. Sofern kein Verbraucher beteiligt ist, werden die VOB/B durch § 310 Abs. 1 S. 3 BGB insoweit privilegiert, als dass keine Kontrolle der einzelnen Bestimmungen stattfindet, sofern die Geltung ohne inhaltliche Abweichungen vereinbart wird. Da dies nur in den seltensten Fällen vorkommt, hat der Vertragspartner des Verwenders meist die Möglichkeit, die für ihn ungünstigen Regelungen zu überprüfen. Nachdem es inzwischen ein gesetzliches Bauvertragsrecht

1 Vgl. zum Begriff BGH v. 20.5.2003 – X ZR 57/02 – BauR 2003, 1391.

2 H.M., siehe z.B. Beck'scher Vergaberechtskommentar/*Horn/Hofmann*, § 18 VOB/A Rn 3; Kapellmann/Messerschmidt/*Stückler/Mädler*, § 18 VOB/A Rn 1.

3 Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/*von Rintelen*, Einl. VOB/B Rn 47.

4 Vgl. BGH v. 9.11.1989 – VII ZR 16/89 – BauR 1990, 205; BGH v. 10.6.1999 – VII ZR 170/98 – BauR 1999, 1186.

gibt, hat die Inhaltskontrolle noch einmal größere Bedeutung erlangt, insbesondere im Bereich der Vergütung für geänderte und/oder zusätzliche Leistungen.

#### a) Vergütung ohne (wirksame) Vereinbarung

Eine Besonderheit des Werkvertrags ist, dass zu seinen essentialia **nicht** die Vereinbarung über den Preis gehört.<sup>5</sup> Gem. § 632 Abs. 2 BGB gilt bei Fehlen einer Bestimmung über die Höhe der Vergütung die taxmäßige Vergütung (in der Baupraxis fast ausschließlich in Form der HOAI anzutreffen) oder die **übliche Vergütung** als vereinbart. Sofern sich die Parteien einig sind, dass der Unternehmer für den Besteller ein bestimmtes Werk herstellen soll, ist also ein wirksamer Vertrag geschlossen, auch wenn die Vereinbarung über die Vergütung bewusst weglassen oder irrtümlich vergessen wurde.<sup>6</sup> Dies gilt vor allen Dingen auch dann, wenn sich die Vergütungsvereinbarung als unwirksam herausstellen sollte. „Paradebeispiel“ dafür war für Architektenverträge unter der Geltung der HOAI in der bis zum 31.12.2020 geltenden Fassung die Vereinbarung eines Architektenhonorars unterhalb der Mindestsätze ohne einen anerkannten Ausnahmefall.

Die Höhe der üblichen Vergütung beim Bauvertrag korrekt zu bestimmen, ist ausgesprochen schwierig, da sie von zahlreichen Einflüssen abhängt wie z.B. den örtlichen Gegebenheiten oder der wirtschaftlichen Lage.<sup>7</sup> Sie lässt sich (beispielsweise zur Vorbereitung einer Klage) durch Vergleichsangebote abschätzen. Im Rechtsstreit wird das Gericht hierzu im Regelfall jedoch ein Sachverständigengutachten einholen.<sup>8</sup> Beweispflichtig ist im Regelfall der Unternehmer.

#### b) Einheitspreisvertrag

Der Standardtyp<sup>9</sup> des Bauvertrages – gleich ob bei großen Bauvorhaben oder bei kleineren Aufträgen – ist der Einheitspreisvertrag. Für den VOB-Vertrag ergibt sich dies aus § 2 Abs. 2 VOB/B, wonach die Vergütung nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Mengen berechnet wird, sofern keine andere Art der Abrechnung vereinbart ist. Aber auch beim BGB-Vertrag ist dann, wenn das Angebot der Form eines Einheitspreisvertrages folgt (also Einzelleistungen mit Mengenvordersätzen und Einzelpreisen ausweist, aus denen sich der Angebotspreis ergibt) und es an einer anderslautenden Vereinbarung fehlt, von einem Einheitspreisvertrag auszugehen.

Charakteristisch für den Einheitspreisvertrag ist also, dass die nach Fertigstellung der Leistung abzurechnende Vergütung bei Vertragsschluss noch nicht feststeht. **Der Angebotspreis ist lediglich ein vorläufiger Preis**, der sich aus den fest vereinbarten Einheitspreisen und den vor Durchführung der Leistungen geschätzten Massen ergibt. Geschuldet ist jedoch die Vergütung, die sich aus der Multiplikation der tatsächlich erbrachten Mengen mit dem Einheitspreis ergibt.<sup>10</sup> Der endgültige Preis steht erst fest, wenn die

5 Vgl. Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 632 Rn 2 ff.

6 BGH v. 27.11.2003 – VII ZR 53/03 – BauR 2004, 488.

7 Vgl. BGH v. 26.10.2000 – VII ZR 239/98 – BauR 2001, 249.

8 Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 632 Rn 45.

9 So z.B. OLG Hamm v. 25.10.200 – 12 U 32/00 – BauR 2002, 319.

10 Vgl. Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 631 Rn 413.

tatsächlich ausgeführten Massen ermittelt sind. Die Abrechnung des Einheitspreisvertrages erfordert daher regelmäßig ein Aufmaß.<sup>11</sup>

**c) Pauschalvertrag**

- 11** Es steht den Parteien frei, eine andere Grundlage der Vergütung zu vereinbaren. Der häufigste Fall einer anderweitigen Vereinbarung ist der einer Pauschalvergütung, bei welcher der Preis nicht einzelnen Leistungselementen zugeordnet wird. Solange sich also der Leistungsinhalt nicht ändert, ändert sich auch die Vergütung nicht.<sup>12</sup>
- 12** Es gibt verschiedene Formen des Pauschalvertrags. Die beiden wichtigsten sind der Detail-Pauschalvertrag und der Global-Pauschalvertrag.
- 13** Dem **Detail-Pauschalvertrag** liegt regelmäßig ein detailliertes, nicht-funktionales Leistungsverzeichnis zugrunde.<sup>13</sup> Die Pauschalierung erfasst dann diese im Einzelnen beschriebenen Leistungen,<sup>14</sup> wobei jedoch im Unterschied zum Einheitspreisvertrag die Vergütung unabhängig von den tatsächlich ausgeführten Massen ist. Meist kommt es zu einem solchen Vertrag, indem der Auftragnehmer zunächst ein Einheitspreisangebot abgibt und sich die Parteien anschließend auf die Abrechnung eines Pauschalbetrages für diese Leistungen einigen. Grundsätzlich sollte dem eine Überprüfung der Mengen und Massen durch den Auftragnehmer vorausgehen.
- 14** Beim **Global-Pauschalvertrag** schuldet der Auftragnehmer alle Einzelleistungen, die für die Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs erforderlich sind – unabhängig davon, ob diese in der Leistungsbeschreibung gesondert erwähnt sind oder nicht. Dem Global-Pauschalvertrag liegt daher meistens (aber nicht zwingend) eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde.<sup>15</sup> Die wirksame Vereinbarung einer Global-Pauschale setzt im Regelfall voraus, dass der Auftragnehmer noch Einfluss auf die Einzelheiten der Ausführung hat; kennzeichnend für diesen Vertragstyp ist daher, dass ein Teil der Planungsaufgabe vom Auftragnehmer übernommen wird.<sup>16</sup> Ist also vom Auftraggeber – vor allen Dingen durch ein detailliertes Leistungsverzeichnis und/oder durch fertige Ausführungspläne – die Bauleistung schon im Einzelnen bestimmt, ist eher von einem Detail-Pauschalvertrag auszugehen; eine der Global-Pauschalvereinbarung ähnliche Verpflichtung des Auftragnehmers (Komplettheitsklausel) kann dann allenfalls bei einer Individualvereinbarung und nur bei ausreichend deutlicher Formulierung angenommen werden.
- 15** Allen Formen von Pauschalvereinbarungen ist jedoch gemein, dass **der Auftragnehmer das Mengengerisiko übernimmt**.<sup>17</sup> Das heißt: Während beim Einheitspreisvertrag das Risiko der falschen Ermittlung der Massen oder einer Veränderung der Massen aufgrund

11 Vgl. Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 631 Rn 416.

12 BGH v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82 – BauR 1984, 395.

13 Ingenstau/Korbion/Keldungs, § 2 Abs. 7 VOB/B Rn 2.

14 BGH v. 13.2.2008 – VII ZR 194/06 – BauR 2008, 1134.

15 Vgl. Messerschmidt/Voit/Leupertz, I. Teil K Rn 23.

16 Kapellmann/Messerschmidt/Markus, § 2 VOB/B Rn 498.

17 Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/Markus, § 2 VOB/B Rn 477 f.

nicht bekannter Umstände beim Besteller liegt, wird dieses durch die Vereinbarung der Pauschalierung auf den Unternehmen übertragen.

Folglich können im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages Mengenänderungen grundsätzlich nicht zu einer Veränderung des Preises führen, denn gerade dieses Risiko ist durch die Wahl des Vertragstyps beidseitig ausgeschlossen worden.<sup>18</sup> Die Grenze ist jedoch erreicht, wenn sich die tatsächlich ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen so stark abweicht, dass einer der Parteien ein Festhalten an der Pauschale nicht mehr zumutbar ist.<sup>19</sup> Ein solches Missverhältnis führt zu einer Störung der Geschäftsgrundlage, sodass eine Anpassung des Vertrages verlangt werden kann. In § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B ist dies ausdrücklich geregelt; die Regelung verweist auf § 313 BGB, welcher im Rahmen des BGB-Vertrages auch unmittelbar die Anspruchsgrundlage für die Anpassung darstellt. Der neue Preis ist unter Berücksichtigung der Grundlagen der vertraglichen Preise zu bilden. **16**

Unabhängig von der Art des Pauschalvertrages bleibt es auch dabei, dass vom Auftraggeber veranlasste Änderungen zu einer Änderung des Preises führen.<sup>20</sup> Für den VOB-Vertrag folgt dies aus § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B. Für den BGB-Vertrag folgt dies unmittelbar aus dem Konsensprinzip. Näheres dazu unten bei den Erläuterungen zu den angeordneten Vertragsänderungen (siehe Rdn 75 ff.). **17**

#### **d) Stundenlohnvereinbarung**

Eine weitere mögliche Art der Berechnung der Vergütung ist die Abrechnung nach Stundenlohn (erwähnt in § 2 Abs. 2 und 10 sowie in § 15 VOB/B). Abgesehen von geringfügigen Ausbesserungsarbeiten o.Ä. wird man einen reinen Stundenlohnvertrag nur selten antreffen. Üblich ist allerdings, dass größere Bauverträge auch einen Abschnitt für Regiearbeiten enthalten, welche dann im Stundenlohn abgerechnet werden. **18**

Die Abrechnung nach Stundenaufwand muss ausdrücklich vereinbart werden. Dies ist für den VOB-Vertrag in § 2 Abs. 10 VOB/B geregelt; die Vergütung erfordert daher eine gesonderte Beauftragung. Aber auch im BGB-Werkvertrag kann nicht ohne Weiteres eine Abrechnung nach Stundenaufwand angenommen werden. Gemäß dem Charakter des Werkvertrags kommt es dem Besteller regelmäßig darauf an, dass das geschuldete Werk errichtet wird, nicht aber darauf, mit welchem (Zeit-)Aufwand dies verbunden ist. **19**

Bei der Abrechnung von Stundenlohn-Arbeiten sind die Stundenlohnzettel von besonderer Bedeutung, denn diese dienen dem Unternehmer als Nachweis für die erbrachten Arbeitsstunden. Die VOB/B sieht in § 15 Abs. 3 einen konkreten Umgang mit den Stundenlohnzetteln vor: Diese sind dem Besteller regelmäßig (werktätlich oder wöchentlich) zu übergeben und von diesem (im Regelfall gegengezeichnet) zurückzugeben. Hintergrund ist, dass nur so der Besteller Gelegenheit hat, die Richtigkeit der angegebene **20**

<sup>18</sup> Vgl. Messerschmidt/Voit/Leupertz, I. Teil K Rn 18.

<sup>19</sup> Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 631 Rn 441.

<sup>20</sup> BGH v. 12.9.2002 – VII ZR 81/01 – BauR 2002, 1847; OLG Düsseldorf v. 4.6.1991 – 23 U 173/09 – BauR 1991, 774.

nen Stunden zu überprüfen. Hält der Unternehmer diese Vorgehensweise nicht ein, läuft er Gefahr, nicht die geleisteten Stunden vergütet zu erhalten, sondern die Vergütung, welche für die geleisteten Arbeiten angemessen erscheint (§ 15 Abs. 5 VOB/B).

- 21** Eine entsprechende Regelung existiert im BGB-Werkvertrag zwar nicht. Grundsätzlich reicht es daher für den schlüssigen Vortrag des Auftragnehmers auf Basis eine Stundenlohnabrede aus, dass er die Anzahl der geleisteten Stunden mit dem vereinbarten Preis multipliziert. Der Auftraggeber hat dann ggf. nachzuweisen, dass der Auftragnehmer unter Verletzung der Pflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung gearbeitet hat.<sup>21</sup> Dem Auftragnehmer obliegt jedoch die sekundäre Darlegungslast; d.h. er muss zu dem geltend gemachten Stundenaufwand ausreichend konkret vortragen, um dem Auftraggeber die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit zu ermöglichen.<sup>22</sup> Außerdem werden die Parteien in den meisten Fällen eine § 15 VOB/B ähnliche Vereinbarung treffen.
- 22** Mit der Gegenzeichnung der Stundenlohnzettel bestätigt der Auftraggeber – sofern nicht etwas anderes vereinbart ist – lediglich, dass er akzeptiert, dass diese Stunden tatsächlich erbracht worden sind. Ein weitergehendes Anerkenntnis ist dem nicht zu entnehmen, vor allen Dingen nicht die Erklärung, dass die aufgeführten Leistungen nach Stunden bezahlt werden<sup>23</sup> oder dass die angegebene Stundenzahl angemessen ist.<sup>24</sup>

#### **e) Selbstkostenerstattungsvertrag**

- 23** Der Vollständigkeit halber sei noch der Selbstkostenerstattungsvertrag erwähnt. Bei dieser Form der Vergütungsberechnung erhält der Auftragnehmer lediglich die von ihm aufgewendeten und nachgewiesenen Kosten erstattet. Bezüglich „interner“ Kosten (Personaleinsatz, Einsatz eigener Geräte) sind zuvor Verrechnungssätze zu vereinbaren.
- 24** Den reinen Selbstkostenerstattungsvertrag findet man selten. Im Rahmen von Partnering-Modellen trifft man jedoch gelegentlich auf die davon abgeleitete Vereinbarung „cost + fee“. Dabei erhält der Auftragnehmer neben der Selbstkostenerstattung noch eine zuvor vereinbarte Marge darauf.

## **2. Nachtragsansprüche**

- 25** Bei nahezu jedem Bauvorhaben kommt es zu Situationen, die nicht von vorneherein planbar sind. Dies führt nicht nur dazu, dass (wie oben erwähnt, siehe Rdn 9) der Einheitspreisvertrag der Standardtyp ist, sondern auch dazu, dass sogenannte Nachträge zum täglichen Geschäft gehören.
- 26** Der Begriff „Nachtrag“ ist nicht genau definiert und wird auf der Baustelle für jegliche Ansprüche verwendet, die über das ursprünglich Vereinbarte hinausgehen.<sup>25</sup> Dazu wer-

21 Vgl. BGH v. 14.7.2009 – VII ZR 164/07 – BauR 2009, 1162; ebenso BGH v. 1.2.2000 – X ZR 198/97 – VersR 2001, 471.

22 BGH v. 14.7.2009 – VII ZR 164/07 – BauR 2009, 1162.

23 BGH v. 13.5.2004 – VII ZR 301/02 – BauR 2004, 1291.

24 BGH v. 28.9.1970 – VII ZR 228/68 – WM 1970, 1455; OLG Frankfurt v. 14.6.2000 – 23 U 78/99 – BauR 2001, 27.

25 Vgl. Thode, ZfBR 2004, 214.

den also u.a. auch die Kosten, die aus Behinderungen resultieren, Verzugsschäden etc. gezählt. Dies sind jedoch im Grunde Schadensersatzansprüche, während in diesem Kapitel die Vergütungs- und vergütungsähnlichen Ansprüche betrachtet werden.

Solche „Vergütungs-Nachträge“ lassen sich im Wesentlichen einordnen als:

27

- Nachträge aus Mengenänderungen,
- Nachträge infolge vom Auftraggeber veranlasster Änderungen des Leistungsinhalts und
- Nachträge infolge nicht angeordneter Leistungsänderungen.

Einen Sonderfall bildet noch der „Beschleunigungsnachtrag“.

#### a) Vergütungsnachträge im VOB-Vertrag

Die VOB/B enthalten für die meisten Nachtragstatbestände ausdrückliche Regelungen, ohne allerdings den Begriff „Nachtrag“ zu verwenden. Die Regelungen finden sich für

28

- Nachträge aus Mengenänderungen in § 2 Abs. 3 VOB/B;
- Nachträge infolge angeordneter geänderter oder zusätzlicher Leistungen in § 2 Abs. 5, 6 und 7 VOB/B;
- Nachträge infolge nicht angeordneter Leistungsänderungen in § 2 Abs. 8 VOB/B;
- Nachträge im Zusammenhang mit einem Verlangen des Auftraggebers nach Zeichnungen, Berechnung etc. in § 2 Abs. 9 VOB/B.

#### aa) Mengenänderungen

Wie eingangs (siehe Rdn 10) bereits erwähnt, stellen die im Auftrags-Leistungsverzeichnis angegebenen Vordersätze im Rahmen eines Einheitspreisvertrages lediglich eine Schätzung dar; der Abrechnungsbetrag ergibt sich aus den tatsächlich ausgeführten Massen. Grundsätzlich bietet eine Änderung der Massen gegenüber den ausgeschriebenen also keinen Anlass für einen Nachtrag, sondern die Vergütung ändert sich automatisch entsprechend der ausgeführten Menge (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B).

29

Das sieht dann anders aus, wenn sich die Massen gegenüber der Ausschreibung in einem so starken Maße ändern, dass das Kalkulationsgefüge des Unternehmers nicht mehr „passt“. Diese Grenze gibt für den Einheitspreisvertrag § 2 Abs. 3 Nr. 2 und 3 VOB/B vor:<sup>26</sup> **Änderungen von mehr als 10 %** geben den Parteien das Recht, eine Preisanpassung – gemeint ist die Anpassung des jeweiligen Einheitspreises – vorzunehmen. Bei Änderungen in dieser Größenordnung kann es z.B. zu Änderungen in den Einkaufspreisen des Unternehmers kommen, oder aber das Logistik-Konzept muss angepasst werden. In erster Linie geht es jedoch darum, dass die Preisbestandteile, die nicht positionsbezogen sind, aber üblicherweise in Form von Zuschlägen auf die Einheitspreise umgelegt werden (Allgemeine Geschäftskosten, Baustellengemeinkosten, Wagnis und Gewinn)

30

26 Der insoweit § 313 BGB verdrängt; *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rn 563.

auf Basis der ausgeschriebenen Mengen kalkuliert werden, sodass es nun zu Unter- oder Überdeckungen kommen kann.<sup>27</sup>

- 31** Voraussetzungen für den Anspruch auf Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B sind lediglich die tatsächliche, über 10 % hinausgehende Mengenänderung sowie die Geltendmachung des Rechts. Irgendein Mitwirken des Auftraggebers, vor allem eine Anordnung, ist **nicht erforderlich**;<sup>28</sup> im Gegenteil – sofern die Mengenänderung auf einer Anordnung beruht, sind die Regelungen von § 2 Abs. 5, 6 VOB/B anzuwenden. § 2 Abs. 3 VOB/B gelangt daher nur dann zur Anwendung, wenn sich die ausgeführten Mengen infolge der Umstände geändert haben.<sup>29</sup> Soweit es in der Regelung heißt, dass der neue Preis auf Verlangen „zu vereinbaren“ ist, führt dies nicht zu einer weiteren Anspruchsvoraussetzung. Die „Vereinbarung“ ist in der Praxis nicht erforderlich;<sup>30</sup> es handelt sich lediglich um eine ungeschickte Formulierung.
- 32** Ein bestimmter Zeitpunkt für die Geltendmachung der Anpassung, also das „Verlangen“, ist nicht vorgegeben. Begrenzt wird die Möglichkeit nur durch die allgemeinen Grundsätze der Verwirkung; diese setzt aber zumindest die Bezahlung der Vergütung als Umstandsmoment voraus.<sup>31</sup>
- 33** § 2 Abs. 3 VOB/B behandelt dabei die Erhöhung der Massen gegenüber der Ausschreibung und deren Verringerung unterschiedlich:
- 34** Gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist für die 110 % **überschreitenden** Mengen ein **neuer Preis** unter Berücksichtigung der **Mehr- oder Minderkosten** zu bilden. Daraus folgt:
- 35** ■ Es gibt als Folge der Anpassung für die gleiche Leistung **zwei** Preise, nämlich den vertraglichen Preis für die Massen bis 110 % (dieser bleibt unverändert) und den neuen Preis für die darüber hinausgehenden Massen.
- Es sind auch eventuelle **Minderkosten** zu berücksichtigen, z.B. infolge verringerter Einkaufspreise oder die bessere Ausnutzung nicht ausgelasteter Geräte.
- 36** Gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist bei einer **Unterschreitung** der Massen um mehr als 10 % der betroffene Einheitspreis zu **erhöhen**, sofern der Auftragnehmer nicht an anderer Stelle einen **Ausgleich** erhält. Daraus folgt:
- Infolge der Anpassung wird es nur **einen** neuen Preis geben, mit welchem die ausgeführten Massen abgerechnet werden.
- Es findet **lediglich eine Preiserhöhung** zugunsten des Auftragnehmers statt; eine Verringerung kann nicht verlangt werden.
- Es findet eine **Ausgleichsberechnung** statt (die im Grunde erst am Ende der Baumaßnahme möglich ist). Hintergrund ist, dass dem Auftragnehmer aus der Mengenänderung kein Nachteil hinsichtlich seiner Deckungsbeiträge erwachsen soll; wird dies

27 Vgl. Kapellmann/Messerschmitt/Markus, § 2 VOB/B Rn 259 f.; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher/Kniffka, Teil 4 Rn 377 f.

28 OLG Düsseldorf v. 13.3.1990 – 23 U 138/89 – BauR 1991, 219.

29 Absolut herrschende Meinung; z.B. BGH v. 27.11.2003 – VII ZR 346/01 – BauR 2004, 495; siehe auch Kapellmann/Schiffers, Bd. 1, Rn 505 m.w.N.

30 Allgemeine Meinung; so z.B. BGH v. 14.4.2005 – VII ZR 14/04 – BauR 2005, 1152.

31 Vgl. BGH v. 14.4.2005 – VII ZR 14/04 – BauR 2005, 1152; Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 631 Rn 945.

aber auf andere Weise erreicht, soll das nicht den Auftraggeber belasten. Die Ausgleichsberechnung bezieht sich ausschließlich auf das konkrete Bauvorhaben.<sup>32</sup>

Im Übrigen sind in beiden Fällen die durch die Umstände bedingten Auswirkungen sowohl auf die Einzelkosten der Teilleistungen als auch auf die Baustellengemeinkosten, die Allgemeinen Geschäftskosten sowie auf Wagnis und Gewinn<sup>33</sup> zu berücksichtigen. **37**

Für die Ermittlung des neuen Preises war nach der ehemals absolut herrschenden Meinung das Preisgefüge des Vertragspreises zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen war daher auch ein eventueller Kalkulationsfehler des Auftragnehmers fortzuschreiben.<sup>35</sup> Nicht fortzuschreiben waren (und sind) hingegen auch nach der damaligen Auffassung spekulativ extrem überhöhte Einheitspreise. In dieser Situation wird widerleglich<sup>36</sup> vermutet, dass der Auftragnehmer die Besonderheiten des Bauvertrags in verwerflicher Weise ausgenutzt hat.<sup>37</sup> Die Vergütung für die über 110 % hinausgehenden Mengen kann sich dann nach den üblichen Preisen bemessen.<sup>38</sup> Ein Ausgleich über Verluste in anderen Positionen findet in diesen Fällen nicht statt.<sup>39</sup> **38**

In seinem Urt. v. 8.8.2019<sup>40</sup> ist der BGH von diesem Prinzip der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung jedoch abgerückt. § 2 Abs. 3 VOB/B enthält nämlich überhaupt keine Vorgabe dazu, **wie** die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt. Die Regelung gibt nur vor, **dass** bei der Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht einigen, enthält der Vertrag jedoch eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es nach der Überzeugung des BGH 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. Das wird erreicht, wenn für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen i.S.v. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind. **39**

32 Z.B. Beck'scher VOB-Kommentar/*Jansen*, § 2 Abs. 3 VOB/B Rn 54.

33 H.M., siehe z.B. Kapellmann/Messerschmitt/*Kapellmann*, § 2 VOB/B Rn 152; a.A. Beck'scher VOB-Kommentar/*Jansen*, § 2 Abs. 3 VOB/B Rn 47.

34 Vgl. z.B. Ingenstau/Korbion/*Keldungs*, § 2 Abs. 3 VOB/B Rn 17 m.w.N.

35 Zu den Einzelheiten: Kapellmann/Messerschmitt/*Kapellmann*, § 2 VOB/B Rn 163 ff.

36 Widerleglich nur aus der Preisermittlung heraus, BGH v. 25.3.2001 – VII ZR 160/09.

37 BGH v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06 – BauR 2009, 491; vgl. auch Kniffka/Koebler/Jurgeleit/*Sacher/Kniffka*, 5. Teil Rn 91.

38 OLG Jena v. 11.8.2009 – 5 U 899/05 – ZfBR 2009, 820.

39 OLG Dresden v. 11.12.2009 – 4 U 1070/09 – NJW-Spezial 2010, 174.

40 VII ZR 34/18.

- 40 Entsprechend dieser Entscheidung werden die Mehr- und Minderkosten bei nicht angeordneten Mengenänderungen also nach dem Maßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten ermittelt, wenn sich aus den vertraglichen Vereinbarungen im Einzelfall nicht etwas anderes ergibt.
- 41 Was den Pauschalvertrag angeht: Dort ist die Vergütung ohnehin unabhängig von den ausgeführten Mengen und Massen (siehe oben Rdn 11 ff.). § 2 Abs. 3 VOB/B ist daher im Rahmen eines Pauschalvertrags nicht anwendbar<sup>41</sup> und spielt nicht einmal hinsichtlich der Ermittlung des Ausgleichs nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B bzw. nach § 313 BGB eine Rolle.<sup>42</sup>

**bb) Angeordnete geänderte/zusätzliche Leistungen**

- 42 Bei den meisten Bauvorhaben kommt es im Laufe der Arbeiten neben den in § 2 Abs. 3 VOB/B abgehandelten Änderungen der Massen aufgrund der Umstände zu **Änderungen der Leistungsinhalte**. Diese können der Anpassung der Planung an tatsächliche Gegebenheiten dienen, aus der Korrektur von Planungs- oder Ausschreibungsfehlern folgen oder schlicht Änderungswünsche des Bauherrn darstellen.
- 43 Im Rahmen des VOB-Vertrages gibt § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B dem Auftraggeber das Recht, solche Änderungen – in gewissen Grenzen – **einseitig anzuordnen**;<sup>43</sup> der Auftragnehmer ist **verpflichtet**, diesen Anordnungen Folge zu leisten. Die VOB/B trägt damit dem Bedürfnis des Bauherrn Rechnung, auch nach Vertragsschluss und nach Beginn der Arbeiten seine Vorstellungen von dem geschuldeten Werk umzusetzen. Der Ausgleich für den Unternehmer, quasi der „Spiegel“ dieses Anordnungsrechts, ist die in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B geregelte Vergütungsfolge. Gem. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B gilt dies auch im Rahmen eines Pauschalvertrages. Das ist konsequent, da der Auftraggeber durch seine Anordnung in die Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers eingreift. Diese Vorschriften regeln die Rechtsfolgen der Leistungsbestimmung.<sup>44</sup> Üblicherweise werden die geltend gemachten Vergütungsansprüche auf die §§ 2 Abs. 5/6 VOB/B gestützt und so die Rechtsfolgeregelungen als Anspruchsgrundlage behandelt.
- 44 Nach Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts zum 1.1.2018 ist fraglich, ob die Regelungen der VOB/B zu den Anordnungsrechten und der daraus folgenden Vergütungsanpassung noch wirksam sind, soweit diese Vorschriften einer isolierten Prüfung nach den Grundsätzen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegen. Die neuen gesetzlichen Regelungen (siehe dazu Rdn 84 ff.) treffen nämlich sowohl zu den Anordnungsrechten als auch zur Vergütungsanpassung teils grundlegend andere Entscheidungen als die VOB/B. Es gibt somit – nunmehr – ein gesetzliches Leitbild, von welchem die Regelungen der VOB/B (= Allgemeine Geschäftsbedingungen) abweichen, wobei

41 Kapellmann/Messerschmitt/Markus, § 2 VOB/B Rn 266.

42 Nach Kapellmann/Messerschmitt/Markus, § 2 VOB/B Rn 555 ff. ist sogar fraglich, ob dabei tatsächlich auf die Preisermittlungsgrundlagen abzustellen ist.

43 Zur Rechtsnatur s. im Einzelnen: Kapellmann/Messerschmitt/von Rintelen, § 1 VOB/B Rn 53 ff.; Quack, ZfBR 2004, 107.

44 Thode, ZfBR 2004, 214; Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 650b Rn 237.

allerdings zu überlegen ist, ob diese Abweichung zum Nachteil des Vertragspartners des Verwenders ist. Jedenfalls aber kann man sich derzeit – Stand der VOB/B ist unverändert die Fassung von 2016 – nicht auf die Wirksamkeit der VOB/B-Regelungen zu diesem Thema verlassen bzw. man kann diese u.U. angreifen.

Die Anordnung ist für die Anwendung der §§ 2 Abs. 5/6 VOB/B zwingende Voraussetzung;<sup>45</sup> ohne Anordnung kommen nur die Regelungen aus § 2 Abs. 8 VOB/B in Frage. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Anordnung vielleicht konkludent erteilt wurde (siehe Rdn 48).

Gem. § 1 Abs. 3 VOB/B kann der Auftraggeber **Leistungsänderungen** anordnen. Dabei ist äußerst streitig, wie weit das Anordnungsrecht des Auftraggebers geht.<sup>46</sup> Dieser Streit hat seine Ursache im Wesentlichen in unterschiedlichen Auslegungen des Begriffs „*Bauentwurf*“ in § 1 Abs. 3 VOB/B sowie in der Erwähnung „*anderer Anordnungen*“ in § 2 Abs. 5 VOB/B. Im Hinblick auf **Änderungen des Bauinhalts** ist der Streit jedoch irrelevant; von Bedeutung ist er für die Behandlung von **Anordnungen zu den Bauumständen**, insbesondere zur Bauzeit (siehe dazu Rdn 59 ff.).

§ 1 Abs. 4 VOB/B gibt dem Auftraggeber das Recht, **zusätzliche Leistungen** anzuordnen, sofern diese zur Erbringung der vereinbarten Leistung **erforderlich**<sup>47</sup> sind und der Betrieb des Auftragnehmers **darauf eingerichtet**<sup>48</sup> ist. Wünscht der Auftraggeber darüber hinausgehende zusätzliche Leistungen, kann er diese nicht durch Anordnung erzwingen; er muss vielmehr eine (freiwillige) Vereinbarung mit dem Auftragnehmer herbeiführen.<sup>49</sup>

Auf die Anordnung sind die Regelungen über die rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzuwenden.<sup>50</sup> Vor allen Dingen heißt dies:

- Der Auftraggeber kann sich vertreten lassen; die Anordnung durch einen Dritten setzt jedoch rechtsgeschäftliche **Vertretungsmacht** voraus.<sup>51</sup>
- Der Auftraggeber muss mit dem **Willen** handeln, eine Erklärung abzugeben.<sup>52</sup> Dieser Wille muss sich allerdings nur darauf beziehen, dass der Auftraggeber eine „*Befolgung heischende Aufforderung*“<sup>53</sup> an den Auftragnehmer richtet. Er muss sich aber weder bewusst sein, dass er gerade eine Änderung oder Zusatzleistung verlangt, noch

45 Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher/*Kniffka*, Teil 4 Rn 165; Kniffka/Jurjeleit/*von Rintelen*, § 631 Rn 183 ff.

46 Zum Streitstand siehe *Thode*, ZfBR 2004, 214; *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rn 783 ff.

47 Messerschmidt/*Voit/Voit*, § 1 VOB/B Rn 18.

48 Messerschmidt/*Voit/Voit*, § 1 VOB/B Rn 21.

49 Streitig ist die Rechtsfolge für den Fall, dass der Auftragnehmer eine entsprechende „Anordnung“ befolgt, ohne dass eine Vereinbarung über die Vergütung getroffen wurde. Die wohl h.M. geht davon aus, dass sich die Vergütung dann nicht nach § 632 Abs. 2 BGB, sondern nach § 2 Nr. 6 VOB/B richtet; vgl. dazu *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rn 832 f. mit Quellen zum Meinungsstand.

50 *Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen*, § 1 VOB/B Rn 59; Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher/*Kniffka*, Teil 4 Rn 158.

51 BGH v. 27.11.2003 – VII ZR 346/01 – BauR 2004, 495; ausführlich: *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rn 891 ff.

52 Vgl. OLG Düsseldorf v. 4.6.1991 – 23 U 173/09 – BauR 1991, 774.

53 BGH v. 9.4.1992 – VII ZR 129/91 – BauR 1992, 759; *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1 Rn 845 f.

ist sein Wille hinsichtlich der Vergütungsfolge relevant.<sup>54</sup> Entscheidend ist vielmehr **die objektive Folge** der Anordnung.<sup>55</sup>

■ Die Anordnung kann auch **konkudent**<sup>56</sup> oder stillschweigend<sup>57</sup> erfolgen.

- 49 Nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 S. 2 VOB/B ist die geänderte Vergütung „möglichst vor der Ausführung zu vereinbaren“; nach § 2 Abs. 5 VOB/B „*ist ein neuer Preis (...) zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden*“. Während also bei § 2 Abs. 6 VOB/B bereits aus der Formulierung klar wird, dass die Vereinbarung keine Anspruchsvoraussetzung ist, klingt dies bei § 2 Abs. 5 VOB/B zunächst anders.<sup>58</sup> Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung entsteht der Anspruch des Unternehmers jedoch auch in diesem Fall unabhängig von einer solchen Vereinbarung;<sup>59</sup> z.B. also auch dann, wenn die Parteien sich über die Vergütung nicht einigen können oder der Auftraggeber irrig der Meinung ist, lediglich eine nach dem Vertrag bereits geschuldete Leistung zu verlangen. Die in den Regelungen erwähnte Vereinbarung ist also wünschenswert, aber nicht Anspruchsvoraussetzung. Mit anderen Worten: **Aus der Anordnung** einer geänderten oder zusätzlichen Leistung **folgt automatisch das Recht** des Auftragnehmers **auf eine angepasste bzw. zusätzliche Vergütung**.
- 50 Für den Fall der Anordnung zusätzlicher Leistungen (§ 1 Abs. 4 VOB/B) – und nur für diesen, also nicht für die geänderten Leistungen nach den §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 5 VOB/B – regelt § 2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B, dass der Auftragnehmer den Anspruch vor Ausführung der Leistungen **ankündigen muss**. Diese Ankündigungspflicht ist wohl als Anspruchsvoraussetzung gedacht.<sup>60</sup> Von der Rechtsprechung wurden aber eine große Anzahl von Ausnahmefällen entwickelt, wonach dem Auftragnehmer trotz unterlassener Ankündigung die zusätzliche Vergütung zusteht; Hintergrund der Ausnahme sind zusammengefasst Fälle, in denen die Ankündigung überflüssig wäre oder das Versäumnis aufgrund besonderer Umstände entschuldigt ist. Die Zahl der Ausnahmefälle macht die Annahme, dass es sich um eine Anspruchsvoraussetzung handelt, inkonsequent, sodass es richtiger erscheint, das Erfordernis der Ankündigung als **Vertragspflicht** aufzufassen, bei deren Verletzung sind der Auftragnehmer dem Auftraggeber gegenüber **schadensersatzpflichtig** macht.<sup>61</sup>
- 51 In beiden Fällen ist die Rechtsfolge, dass dem Auftragnehmer eine geänderte bzw. zusätzliche Vergütung zusteht, deren Grundlange der vereinbarte Preis sowie die anordnungsbedingten Mehr- und/oder Minderleistungen sind. Ob sich die Höhe des Vergütungsanspruchs für den Nachtrag nach dem kalkulativen Preisniveau des Vertrags, nach

54 Vgl. OLG Düsseldorf v. 29.1.2009 – 23 U 47/08 – IBR 2009, 255; *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 2 Rn 1014 f. und 1088 f.

55 *Kapellmann/Messerschmitt/Markus*, § 2 VOB/B Rn 368.

56 *Kapellmann/Messerschmitt/von Rintelen*, § 2 VOB/B Rn 111; *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rn 861 ff.

57 Ausführlich *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1 Rn 871 ff.

58 Lt. *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rn 941 „graduall unterschiedlich“.

59 BGH v. 27.11.2003 – VII ZR 346/01 – BauR 2004, 495.

60 *Kapellmann/Messerschmitt/von Rintelen*, § 2 VOB/B Rn 385 m.w.N., mit anschließender Kritik.

61 BGH v. 8.11.2001 – VII ZR 111/00 – BauR 2002, 312; *Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen*, § 650c Rn 192; *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1 Rn 942.

den tatsächlichen oder ortsübliche Kosten oder einer Mischung bemisst, ist weiterhin nicht vollständig geklärt;<sup>62</sup> inzwischen geht die Tendenz aber klar dahin, auch § 2 Abs. 5/6 VOB/B so zu verstehen, dass die Preisermittlung für Nachtragsleistungen grundsätzlich nach tatsächlich erforderlichen Kosten zzgl. angemessener Zuschläge zu erfolgen hat. Der über lange Zeit hinweg geltende Grundsatz „Schlechter Preis bleibt schlechter Preis – guter Preis bleibt guter Preis“ erforderte eine ganze Reihe von Ausnahmen wie z.B. für Fälle extrem überhöhter, spekulativer Einheitspreise<sup>63</sup> oder für Fälle, in denen ein Kalkulationsfehler die Fortschreibung unzumutbar macht.<sup>64</sup> Außerdem wirft das Prinzip der „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“ bei genauerer Betrachtung eine Vielzahl kaum lösbarer Probleme auf. Es wurde daher in der Literatur bereits mehr und mehr angegriffen.<sup>65</sup> Vor allem aber geht inzwischen der überwiegende Teil der Rechtsprechung klar in die Richtung, dass nicht nur für die Mengenänderungen nach § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern auch bei angeordneten Leistungsänderungen i.S.v. § 2 Abs. 5/6 VOB/B der neue Preis entsprechend den Regelungen des § 650c BGB zu bilden ist.<sup>66</sup> Die Gegenmeinung lässt sich m.E. nur noch dann vertreten, wenn der jeweilige Vertrag Anhaltspunkte dafür bietet, dass die Parteien eine vorkalkulatorische Preisfortschreibung vereinbaren wollten.

### cc) Nicht angeordnete Leistungsänderungen

Unter Umständen ändert der Auftragnehmer Leistungen gegenüber den vertraglichen Vereinbarungen eigenmächtig, also ohne Anordnung oder Veranlassung des Auftraggebers. Diese Fälle sind in § 2 Abs. 8 VOB/B geregelt. Die Vorschrift folgt dabei der folgenden Systematik:

- Nr. 1 stellt klar, dass **eigenmächtige Änderungen** durch den Auftragnehmer **grundsätzlich nicht zu vergüten** sind; vielmehr hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Beseitigung und ggf. Schadensersatz. 52
- Nach Nr. 2 steht dem Auftragnehmer jedoch eine geänderte oder zusätzliche Vergütung zu, wenn der Auftraggeber die Änderung nachträglich anerkennt oder, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags **notwendig** waren, dem **mutmaßlichen Willen** des Auftraggebers entsprachen und ihm **unverzüglich angezeigt** wurden. Die unverzügliche Anzeige ist **Anspruchsvoraussetzung**.<sup>67</sup> Zu den übrigen Voraussetzungen im Einzelnen unten (siehe Rdn 111 ff.). Wird der Anspruch auf § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B gestützt, bestimmt sich die angemessene Vergütung<sup>68</sup> nach den Grundsätzen von § 2 Abs. 5/6 VOB/B. 53

62 Ausführlich bei Kniffka/Jurgeleit/von Rintelen, § 650c Rn 194 ff.

63 Ausdrücklich entschieden für § 2 Nr. 3 VOB/B: BGH v. 18.12.2008 – VII ZR 201/06 – BauR 2009, 491; wegen der gleichen Grundsätze der Preisbildung aber wohl übertragbar auf § 2 Nr. 5, 6 VOB/B. Vgl. aber auch OLG Köln v. 23.2.2010 – 3 U 33/09 – NJW-Spezial 2010, 268.

64 BGH v. 7.7.1998 – VII ZR 17/97 – BauR 1998, 1089; Kapellmann/Messerschmitt/Markus, § 2 VOB/B Rn 439 ff.

65 Z.B. Kniffka, BauR 2012, 411; Franz, BauR 2012, 380; Oberhauser, BauR 2011, 1547.

66 OLG Düsseldorf v. 19.12.2019 – 5 U 52/19; OLG Frankfurt v. 21.9.2020 – 29 U 171/19; KG v. 27.8.2019 – 21 U 160/18.

67 BGH v. 31.1.1991 – VII ZR 291/88 – BauR 1991, 331.

68 Vgl. OLG Düsseldorf v. 8.9.2000 – 22 U 47/00 – NJW-RR 2001, 14.