

Siebert/Eichberger

AnwaltFormulare Bau- und Architektenrecht

AnwaltFormulare

AnwaltFormulare Bau- und Architektenrecht

**Prozess- und Vertragsformulare
mit Erläuterungen**

3. Auflage 2018

Herausgegeben von
Rechtsanwalt **Dr. Bernd Siebert**,
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht,
Hannover
und
Rechtsanwalt **Dr. Tassilo Eichberger**,
München



Deutscher**Anwalt**Verlag

Zitiervorschlag:

Siebert/Eichberger/Bearbeiter, AnwF Bau- und Architektenrecht, § 1 Rn 1

Hinweis

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Buch enthaltenen Ausführungen.

Anregungen und Kritik zu diesem Werk senden Sie bitte an

kontakt@anwaltverlag.de

Autoren und Verlag freuen sich auf Ihre Rückmeldung.

Copyright 2018 by Deutscher Anwaltverlag, Bonn

Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn

Druck: Hans Soldan GmbH, Essen

Umschlaggestaltung: gentura, Holger Neumann, Bochum

ISBN 978-3-8240-1531-3

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

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. Das seit dem 1.1.2018 geltende neue Werkvertragsrecht mit gravierenden Folgen für das Bauvertragsrecht, aber auch das Architektenrecht und den Verbraucherbauvertrag 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 – in Ergänzung zur Voraufgabe wurden Ausführungen vor allem 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 Zweifelsfalle als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB angesehen werden könnten; die Autoren und Herausgeber können die fortlaufende und eigenverantwortliche Prüfung dieses Aspektes über die in den Formularen befindlichen Anmerkungen hinaus ebenso wenig wie die konkrete Prüfung des zu bearbeitenden Einzelfalles 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 Stöcker-Pritz 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 Juni 2018, zum Teil darüber hinaus.

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

Hannover und München im August 2018

*Dr. Bernd Siebert
Dr. Tassilo Eichberger*

Autorenverzeichnis

Volker Bock

Rechtsanwalt, Dresden

Dr. Gabriele Bruchmann (geb. Ahlers)

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

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. Christoph Lichtenberg

Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Wiesbaden

Ursula von Minckwitz

Rechtsanwältin, München

Prof. Dr. Bernhard Rauch

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Regensburg

Björn Retzlaff

Vors. Richter am KG, Berlin

Dr. Mark Seibel

Vizepräsident des Landgerichts, Siegen

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Autorenverzeichnis	7
Musterverzeichnis	13
Literaturverzeichnis	19
Abkürzungsverzeichnis	21
Teil 1: Prozessformulare	23
§ 1 Vergütungsrecht	23
A. Rechtliche Grundlagen	27
B. Muster	88
§ 2 Sachmangelrecht/Mangelprozess	167
A. Rechtliche Grundlagen	168
B. Muster	187
§ 3 Verzögerung/Behinderung/Vertragsstrafe	227
A. Rechtliche Grundlagen	230
B. Muster	275
§ 4 Sicherheiten am Bau	331
A. Einleitung	334
B. Gesetzliches Instrument der Forderungssicherung: Bauhandwerker- sicherungshypothek nach § 650e BGB	337
C. Muster: Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 650e BGB	348
D. Gesetzliches Instrument der Forderungssicherung: Bauhandwerker- sicherung nach § 650f BGB (§ 648a BGB a.F.)	359
E. Muster: Bauhandwerkersicherung nach § 650f BGB	371
F. Prozessrechtliches Instrument der „Forderungssicherung“: Erleichterte einstweilige Verfügung nach § 650d BGB	376
G. Muster: Erleichterte einstweilige Verfügung nach § 650d BGB	380
H. Vertragliche Instrumente der Forderungssicherung	384
I. Muster: Vertragliche Sicherheitsleistungen	404
§ 5 Architektenrecht	427
A. Rechtliche Grundlagen zum Honorarrecht	428
B. Muster	453
C. Rechtliche Grundlagen der Haftung des Architekten	464
D. Muster	477
§ 6 Bauträgerrecht und Verbraucherbauvertrag	485
A. Rechtliche Grundlagen	487
B. Muster	494
§ 7 Baustofflieferung	511
A. Einleitung	512
B. Kaufvertrag	513

C. Werklieferungsvertrag	524
D. Werkvertrag	526
E. Produkthaftung	526
F. Beraterhaftung	530
G. Muster	532
§ 8 Baunachbarrecht	565
A. Einleitung	567
B. Das Nachbargrundstück als Fokus der rechtlichen Betrachtung	567
C. Rechte und Schranken des Eigentumsrechts – Anspruch des Eigentümers auf Duldung einer Baumaßnahme	567
D. Ansprüche des tangierten Nachbarn	581
E. Muster	583
§ 9 Prozessuales	603
A. Die Wohnungseigentümergeinschaft im Bauprozess	605
B. Die Beteiligung Dritter am Bauprozess: Nebenintervention und Streitverkündung	626
C. Die Berufung	645
§ 10 Selbstständiges Beweisverfahren	663
A. Rechtliche Grundlagen	664
B. Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens	664
C. Verfahren	666
D. Einzelprobleme des Verfahrens	672
E. Selbstständiges Beweisverfahren in der Praxis	675
F. Muster	678
§ 11 Zwangsvollstreckung	693
A. Einleitung	695
B. Rechtliche Grundlagen	696
C. Muster	729
§ 12 Schiedsverfahren/Schlichtung	763
A. Schiedsverfahren	764
B. Schlichtung	778
C. Mediation	787
§ 13 Gesamtschuldverhältnisse	791
A. Rechtliche Grundlagen	791
B. Muster	798
Teil 2: Vertragsformulare	809
§ 14 Bauvertrag	809
A. Einführung	811
B. Muster: Standard-Bauvertrag	814
C. Muster: VOB-Vertrag	828
D. Muster: Generalunternehmervertrag	841

E. Muster: Subunternehmervertrag	863
F. Muster: Generalübernehmervertrag	880
§ 15 Architektenvertrag	909
A. Einführung	909
B. Muster: Architektenvertrag	912
C. Muster: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Architektenleistungen . .	922
D. Muster: Ingenieurvertrag – Tragwerksplanung	929
E. Muster: Ingenieurvertrag – Technische Ausrüstung	938
F. Muster: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Ingenieurleistungen (AVB/Ing)	948
§ 16 Bauträgervertrag	957
A. Einführung	959
B. Muster	961
Stichwortverzeichnis	999
Benutzerhinweise	1017

Musterverzeichnis

§ 1 Vergütungsrecht

1.1	Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung konkreter Maßnahmen	88
1.2	Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung eines konkreten Ziels	89
1.3	Werklohnklage bei fehlender Vergütungsvereinbarung	91
1.4	Werklohnklage bei Einheitspreisen	94
1.5	Werklohnklage bei Detailpauschale	98
1.6	Werklohnklage bei Globalpauschale	103
1.7	Werklohnklage bei Stundenlohnvereinbarung	107
1.8	Nachtrag wegen Überschreitung des Mengenansatzes	113
1.9	Nachtrag bei Mengenunterschreitung	114
1.10	Nachtrag wegen Mengenänderung im BGB-Vertrag	115
1.11	Nachtrag wegen geänderter Leistung	116
1.12	Nachtrag wegen zusätzlicher Leistung	117
1.13	Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „alten“ BGB-Vertrag . . .	118
1.14	Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „neuen“ BGB-Vertrag . . .	119
1.15	Einstweilige Verfügung zur Durchsetzung eines Nachtragsanspruchs im „neuen“ BGB-Bauvertrag	120
1.16	Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B	123
1.17	Nachtrag aus Geschäftsführung ohne Auftrag	124
1.18	Anspruch wegen entfallener Leistungen	126
1.19	Entschädigung nach § 642 BGB	126
1.20	Werklohnklage bei gekündigtem Einheitspreisvertrag	131
1.21	Werklohnklage bei gekündigtem Detailpauschalvertrag	137
1.22	Werklohnklage bei gekündigtem Globalpauschalvertrag	144
1.23	Schadensersatzklage wegen falscher Verwendung von Baugeld	152
1.24	Schlussrechnungsreife beim VOB-Vertrag	156
1.25	Schlussrechnungsreife beim „alten“ BGB-Vertrag	157
1.26	Schlussrechnungsreife beim „neuen“ BGB-Vertrag	157
1.27	Fehlende Prüffähigkeit	158
1.28	Fehlende Abnahme	158
1.29	Schlusszahlungseinrede, § 16 Abs. 2, 3 VOB/B	159
1.30	Pauschalpreiseinrede	159
1.31	Gewährleistungseinbehalt	160
1.32	Skontoabzug	160
1.33	Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln	161
1.34	Aufrechnung mit Kostenvorschussanspruch	162
1.35	Einrede der Verjährung im VOB-Vertrag	163
1.36	Einrede der Verjährung im BGB-Vertrag	163
1.37	Einrede der Verjährung im „neuen“ BGB-Bauvertrag	164

§ 2 Sachmangelrecht/Mangelprozess

2.1	Klage Nacherfüllung, Kostenvorschuss, durchgeführte Selbstvornahme, Schadensersatz jeweils im BGB-Vertrag	188
2.2	Klageerwiderung	205
2.3	Klage gegen mehrere Verantwortliche – Gesamtschuldnerschaft.	216
2.4	Klage bei Gesamtschuldnerausgleich	222

§ 3 Verzögerung/Behinderung/Vertragsstrafe

3.1	Vertragsfristvereinbarung im Bauvertrag (AG-freundlich): Im Verhandlungsprotokoll oder den Besonderen Vertragsbedingungen	277
3.2	Schreiben des Auftraggebers	278
3.3	Schreiben des Auftragnehmers	279
3.4	Durch einseitige Bestimmung des Auftraggebers gem. § 315 BGB	280
3.5	Inverzugsetzung bei Anfangstermin.	281
3.6	Inverzugsetzung bei Zwischentermin	281
3.7	Inverzugsetzung bei Zwischentermin mit Mängelbeseitigung	282
3.8	Inverzugsetzung bei Fertigstellungstermin	282
3.9	Abruf der Leistungen durch den Auftraggeber nach § 5 Abs. 2 VOB/B.	284
3.10	Mitteilung des voraussichtlichen Leistungsbeginns	284
3.11	Abhilfeverlangen nach § 5 Abs. 3 VOB/B	285
3.12	Inverzugsetzung betreffend den Ausführungsbeginn gem. § 5 Abs. 2 VOB/B	285
3.13	Inverzugsetzung betreffend den Ausführungsbeginn gem. § 5 Abs. 1 VOB/B	286
3.14	Inverzugsetzung betreffend Zwischenfristen	286
3.15	Inverzugsetzung betreffend Endtermin	287
3.16	Inverzugsetzung bei unzureichendem Einsatz von Arbeitsmitteln und Versäumnis der Förderungspflicht gem. § 5 Abs. 3 VOB/B	287
3.17	Kündigung nach § 5 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B.	288
3.18	Aufforderung zur Auskunft über den geplanten Einsatz	289
3.19	Beschleunigungsaufforderung gegen Vergütung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B	289
3.20	Beschleunigungsaufforderung als Schadensminderung gem. § 6 Abs. 3 VOB/B, die zusätzlich zu vergüten ist	290
3.21	Aufforderung zur Vorlage eines angepassten Terminplans	290
3.22	Bestimmung neuer Vertragstermine durch AG ohne Anerkennung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs des AN	291
3.23	Bestimmung neuer Vertragstermine durch AG mit Anerkennung eines Bauzeitverlängerungsanspruchs des AN	291
3.24	Vereinbarung im Vertrag	292
3.25	Vereinbarung erfolgsabhängige Beschleunigungsvergütung	292
3.26	Vereinbarung aufwandsbezogene Beschleunigungsvergütung	293
3.27	Inannahmeverzugsetzung gem. §§ 293, 295 BGB	294
3.28	Behinderungsanzeige für Mitwirkungsverzug	294
3.29	Anmeldung Mehrkosten gem. § 642 BGB oder/und § 304 BGB.	295
3.30	Behinderungsanzeige	298
3.31	Mehrkostenanmeldung infolge von Behinderungen	299
3.32	Verlangen auf Anpassung der Vertragstermine.	300
3.33	Bestätigung der Vertragsfristverlängerung	300

3.34	Abmeldung der Behinderung	301
3.35	Zurückweisung der Behinderung	301
3.36	Aufforderung zur Bestätigung der Einhaltung der Vertragstermine	302
3.37	Vereinbarung einer Vertragsstrafe	304
3.38	Kündigung des Auftraggebers gem. § 6 Abs. 7 VOB/B.	305
3.39	Kündigung des Auftragnehmers gem. § 6 Abs. 7 VOB/B.	306
3.40	Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz bzw. Vertragsstrafe wegen Verzögerung der Leistungserbringung	307
3.41	Klageerwiderung	312
3.42	Klage des Auftragnehmers auf Schadensersatz wegen Behinderung.	319
3.43	Klageerwiderung	322
3.44	Klage des Auftragnehmers auf Entschädigung wegen Behinderung bzw. Vergütungszahlung nach Vertragsbeendigung infolge fehlender notwendiger Mitwirkungshandlung des Auftraggebers.	324
3.45	Klageerwiderung	328
§ 4	Sicherheiten am Bau	
4.1	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf eine Bauhandwerkersicherungs- hypothek, §§ 650e, 883, 885 BGB; §§ 935 ff. ZPO	348
4.2	Antrag auf Eintragung einer Vormerkung nach Erlangung eines Vollstreckungs- titels im einstweiligen Rechtsschutz	352
4.3	Antrag auf Zustellung der einstweiligen Verfügung	353
4.4	Klage auf Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach Erlangung der Vormerkung	354
4.5	Schutzschrift gegen eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung	357
4.6	Verlangen einer Sicherheit nach § 650f BGB	371
4.7	Bürgschaft nach § 650f BGB	373
4.8	Klage auf Stellung einer Sicherheit gemäß § 650f BGB	374
4.9	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Durchsetzung der Ausführung einer geänderten Leistung (Anordnungsrecht des Bestellers), § 650b Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 650d BGB; §§ 935 ff. ZPO	380
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.	382
4.11	Qualifizierte Sicherungsabrede für eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu- gunsten des Bestellers/Auftraggebers (beim BGB- oder VOB/B-Vertrag).	404
4.12	Qualifizierte Sicherungsabrede für eine Mängelbürgschaft zugunsten des Bestellers/Auftraggebers (beim BGB- oder VOB/B-Vertrag).	407
4.13	Qualifizierte Sicherungsabrede für eine Zahlungsbürgschaft zugunsten des Unternehmers/Auftragnehmers (beim BGB- oder VOB/B-Vertrag)	410
4.14	Vertragserfüllungsbürgschaft.	411
4.15	Bürgschaft für Mängelansprüche (Gewährleistungsbürgschaft)	413
4.16	Vorauszahlungsbürgschaft	415
4.17	Zahlungsbürgschaft.	416

4.18	Nachfristsetzung des Unternehmers an den Besteller zur Einzahlung eines Geldeinbehalts auf ein gemeinsames Sperrkonto	417
4.19	Klage auf Auszahlung des Einbehalts und Rückgabe der Bürgschaft (wg. Verbot der Doppelsicherung)	418
4.20	Inanspruchnahme einer Zahlungsbürgschaft zugunsten des Auftragnehmers (Kläger) gegenüber Bürgen (Beklagte zu 2.) verbunden mit Klage gegenüber dem Hauptschuldner (Auftraggeber – Beklagte zu 1.).	421
§ 5 Architektenrecht		
5.1	Honorarklage des Architekten	453
5.2	Klageerwiderung zur Honorarklage des Architekten	459
5.3	Klage auf Schadensersatz	478
5.4	Einreden/Einwendungen	482
§ 6 Bauträgerrecht und Verbraucherbauvertrag		
6.1	Klage des Bauträgers auf Zahlung einer rückständigen Kaufpreisrate	494
6.2	Klage des Erwerbers auf Übertragung von Wohnungseigentum aufgrund der Tilgung des Kaufpreises durch Zahlung, Minderung und Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Verzugs	499
6.3	Klage der Wohnungseigentümergeinschaft auf Aufwendungsersatz und Schadensersatz wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum.	504
6.4	Klage des Verwalters eines sanierten Altbaus auf Vorschuss wegen Mängeln an der Altbausubstanz des Gemeinschaftseigentums	508
§ 7 Baustofflieferung		
7.1	Klage Rücktritt vom Kaufvertrag, Verbrauchsgüterkauf	532
7.2	Klage auf Nacherfüllung / Ersatzlieferung	538
7.3	Klage auf Regress	542
7.4	Klage auf Schadensersatz bei Werklieferungsvertrag	546
7.5	Klage wegen Produkthaftung	552
7.6	Klage wegen Beraterhaftung.	558
§ 8 Baunachbarrecht		
8.1	„Antrag auf Wiederherstellung der für ein Nachbargrundstück erforderlichen Stütze, falls eine Vertiefung erfolgt ist“	583
8.2	„Antrag auf Unterlassung einer das Nachbargrundstück beeinträchtigenden Vertiefung“ – im einstweiligen Rechtsschutz und im Hauptsacheverfahren.	588
8.3	Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	591
8.4	Vertrag bei Baunachbarrechtsverhältnis.	595
8.5	Vertrag über die Einwilligung zur Inanspruchnahme eines Grundstücks	597
8.6	Vertrag über die Einwilligung zur Einbringung von Unterfangungskörpern	598
8.7	Vertrag zur Gestattung der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund	600
§ 9 Prozessuales		
9.1	Klage der Wohnungseigentümergeinschaft (alternativ der Verwalterin) wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums wegen originär gemeinschaftsbezogener Rechte auf Schadensersatz und/oder Minderung	608

9.2	Klage der Wohnungseigentümergeinschaft auf Kostenvorschuss/Kosten- erstattung das Gemeinschaftseigentum betreffend	612
9.3	Klage eines einzelnen Wohnungseigentümers, der wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums den Anspruch auf kleinen Schadensersatz oder Minderung geltend macht	616
9.4	Klage eines einzelnen Eigentümers auf Erfüllung, Vorschuss oder Kosten- erstattung wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums	618
9.5	Klage eines einzelnen Wohnungseigentümers auf großen Schadensersatz oder Rückgewähr des Kaufpreises wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums . . .	621
9.6	Klage des einzelnen Wohnungseigentümers wegen Mängeln des Gemein- schaftseigentums, die sich als Mangel auf sein Sondereigentum auswirken . . .	623
9.7	Streitverkündung des verklagten Bauunternehmers an Subunternehmer.	631
9.8	Streitverkündung des verklagten Bauunternehmers an Architekten	636
9.9	Streitverkündung des klagenden Bauherrn an Architekten	637
9.10	Beitritt des Subunternehmers, der den beklagten Hauptunternehmer (Generalunternehmer) unterstützt	639
9.11	Beitritt des Subunternehmers, der den klagenden Hauptunternehmer (Generalunternehmer) unterstützt	643
9.12	Beitritt des Architekten, der den beklagten Unternehmer unterstützt	644
9.13	Berufungseinlegung	646
9.14	Berufungsbegründung	647
9.15	Aufrechnung in der Berufungsinstanz	657
9.16	Anschlussberufung	659
§ 10	Selbstständiges Beweisverfahren	
10.1	Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens	678
10.2	Antragserwiderung	681
10.3	Gegenantrag im selbstständigen Beweisverfahren	683
10.4	Beschluss des Gerichts	684
10.5	Sofortige Beschwerde des Antragstellers.	686
10.6	Gegenvorstellung der Antragsgegnerin	687
10.7	Streitverkündung	688
10.8	Ablehnung des Sachverständigen	689
10.9	Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen.	690
10.10	Antrag auf Klageerhebung im selbstständigen Beweisverfahren und Kostenantrag der Gegenseite gem. § 494a ZPO	691
10.11	Erwiderung auf Antrag gem. § 494a ZPO	692
§ 11	Zwangsvollstreckung	
11.1	Kombinierter Antrag nach § 887 Abs. 1, Abs. 2 ZPO	750
11.2	Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Bauhand- werkersicherungshypothek, §§ 650e, 883, 885 BGB, §§ 935 ff. ZPO	753
11.3	Vollstreckungserinnerung	756
11.4	Vollstreckungsabwehrklage	759

§ 12	Schiedsverfahren/Schlichtung	
12.1	Schiedsgerichtsvereinbarung	773
12.2	Schiedsgericht mit drei Schiedsrichtern	774
12.3	Ein-Mann-Schiedsgericht – Schiedsrichter ist in der Schiedsvereinbarung benannt	775
12.4	Ein-Mann-Schiedsgericht – ohne bisherige Benennung	775
12.5	Schriftsatz an ein Dreier-Schiedsgericht wegen Ablehnung eines Schiedsrichters	775
12.6	Antrag auf Durchführung eines Beweisverfahrens, wenn es vereinbart worden ist.	776
12.7	Antrag auf Anordnung einer vorläufigen Maßnahme	776
12.8	Möglichkeit zur Einbeziehung Dritter	777
12.9	Schlichtungsvertrag (mit der Möglichkeit der Einbeziehung Dritter)	785
12.10	Schlichtungsklausel.	786
12.11	Antrag auf Einleitung einer Schlichtung	787
12.12	Einleitung eines Beweisverfahrens, wenn hierfür auch der Schlichter vereinbarungsgemäß zuständig ist.	787
12.13	Mediationsvertrag.	788
§ 13	Gesamtschuldverhältnisse	
13.1	Klage des Bestellers gegen mehrere Gesamtschuldner	798
13.2	Klage auf Gesamtschuldnerausgleich	801
13.3	Klage auf Freistellung	804
§ 14	Bauvertrag	
14.1	Standard-Bauvertrag	814
14.2	VOB-Vertrag	828
14.3	Generalunternehmervertrag	841
14.4	Subunternehmervertrag.	863
14.5	Generalübernehmervertrag.	880
§ 15	Architektenvertrag	
15.1	Architektenvertrag	912
15.2	Allgemeine Vertragsbestimmungen für Architektenleistungen	922
15.3	Ingenieurvertrag – Tragwerksplanung	929
15.4	Ingenieurvertrag – Technische Ausrüstung	938
15.5	Allgemeine Vertragsbestimmungen für Ingenieurleistungen (AVB/Ing)	948
§ 16	Bauträgervertrag	
16.1	Kaufvertrag über zu errichtendes Wohnungs-/Teileigentum	961
16.2	Kaufvertrag über zu sanierendes Wohnungs-/Teileigentum.	984

Literaturverzeichnis

- Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Auflage 2017
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung: ZPO, 76. Auflage 2018
- Beck'scher Online-Kommentar BGB, *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg.), 45. Edition, Stand 1.11.2017 (zit.: BeckOK-BGB/Bearbeiter)
- Beck'scher VOB- und Vergaberechts-Kommentar, Teil B und Teil C, 3. Auflage 2013 bzw. 3. Auflage 2014 (zit. Beck'scher VOB-Kommentar/Bearbeiter)
- Blank*, Bauträgervertrag, 5. Auflage 2015
- Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage 2018
- Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VOB Teil A, 3. Auflage 2018
- 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, 15. Auflage 2017
- Fink*, Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, 2005
- Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen*, VOB-Kommentar, 6. Auflage 2017
- Grziwotz/Koebke*, Handbuch Bauträgerrecht, 2005
- Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar VOB, 14. Auflage 2017
- Ingenstau/Korbion/Kratzenberg/Leupertz*, VOB Teile A und B, Kommentar, 20. Auflage 2017 (zit. Ingenstau/Korbion/Bearbeiter)
- Kapellmann/Messerschmidt*, VOB Teile A und B, Kommentar, 6. Auflage 2018
- Kapellmann/Schiffers*, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag Band 1 und 2, 7. Auflage 2017 bzw. 6. Auflage 2017
- Kleine-Möller/Merl/Glückner*, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Auflage 2014
- Kniffka*, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: März 2018
- Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014
- Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, Kommentar, 9. Auflage 2016
- Leinemann*, VOB/B-Kommentar, 6. Auflage 2016
- Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 5. Auflage 2017
- Locher/Koebke/Frik*, Kommentar zur HOAI, 13. Auflage 2017
- Löffelmann/Fleischmann*, Architektenrecht, 6. Auflage 2012
- Marcks*, Makler- und Bauträgerverordnung: MaBV, 9. Auflage 2014

- Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018
- Motzke/Bauer/Seewald*, Prozesse in Bausachen, 3. Auflage 2018
- Münchener-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2016 ff. (zit. *MüKo/Bearbeiter*)
- Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 15. Auflage 2018
- Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel*, VOB Teil B, Kommentar, 4. Auflage 2016
- Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG – Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht, 11. Auflage 2015
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, Kommentar, 77. Auflage 2018
- Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar, 13. Auflage 2018
- Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012
- 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
- Soergel/Siebert*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 13. Auflage 1999–2012
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2014
- 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, 39. Auflage 2018
- Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, Kommentar, 12. Auflage 2016
- Ulrich*, Selbständiges Beweisverfahren mit Sachverständigen, 2. Auflage 2008
- Weise/Barbers*, Sicherheit im Baurecht, 1999
- Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 16. Auflage 2018
- Wirth*, Darmstädter Baurechtshandbuch, 2. Auflage 2005
- Zöller*, Zivilprozessordnung: ZPO, Kommentar, 32. Auflage 2018

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

Abkürzungsverzeichnis

MRVG	Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen
o.Ä.	oder Ähnliches
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	Schadenersatzanspruch
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

	Rdn		Rdn
A. Rechtliche Grundlagen	1		
I. Vergütungs- und vergütungs- ähnliche Ansprüche	1	bb) Vereinbarung über ohnehin geschuldete Leistungen	102
1. Vertragliche Ansprüche	2	3. Vergütung für entfallene Leistungen	105
a) Vergütung ohne (wirksame) Vereinbarung	6	4. Vergütungsähnliche An- sprüche	107
b) Einheitspreisvertrag	8	a) Ansprüche aus Geschäfts- führung ohne Auftrag	108
c) Pauschalvertrag	10	b) Ansprüche wegen unter- lassener Mitwirkung	114
d) Stundenlohn-Vereinbarung	17	aa) Anspruchsvoraus- setzungen	117
e) Selbstkostenerstattungs- vertrag	22	bb) Entschädigung	123
2. Nachtragsansprüche	24	cc) Aufwendungsersatz für das Angebot	129
a) Vergütungs-Nachträge im VOB-Vertrag	27	dd) Darlegungs- und Beweis- last	131
aa) Mengenänderungen	28	c) Bereicherungsansprüche	134
bb) Angeordnete geänderte/ zusätzliche Leistun- gen	39	II. Fälligkeit der Ansprüche des Werkunternehmers	139
cc) Nicht angeordnete Leistungsänderungen	49	1. Abschlagszahlungen	140
dd) Zusätzlich verlangte Zeichnungen etc.	52	a) Im VOB-Vertrag	142
ee) Beschleunigungsnach- träge	56	b) Im BGB-Vertrag	149
ff) Darlegungs- und Beweis- last	68	c) Wegfall des Rechts auf Abschlagszahlung	152
b) Nachträge im BGB-Bau- vertrag	72	2. Schlusszahlung	154
aa) Mengenänderungen	74	a) Abnahme bzw. Eintritt der Abnahmewirkungen	155
bb) Leistungsänderungen auf Veranlassung des Auf- traggebers	77	aa) (Rechtsgeschäftliche) Abnahme	157
cc) Eigenmächtige Leis- tungsänderungen	89	bb) Abnahmefiktionen	165
dd) Beschleunigungs- vergütung	94	cc) Anderweitige Been- digung des Erfüllungs- stadiums	169
ee) Darlegungs- und Beweis- last	97	dd) Durchgriffsfälligkeit	171
c) Nachtragsvereinbarungen	98	ee) Besonderheiten der VOB-Regelung	175
aa) Bestimmungen zu Leis- tung und Vergütung; Abgeltung	99	ff) Darlegungs- und Beweis- last	184
		b) Weitere Fälligkeitsvoraus- setzungen im VOB-Ver- trag	185

- c) Weitere Fälligkeitsvoraussetzungen im BGB-Bauvertrag 191
- III. Baugeld und seine Verwendung . . . 196
 - 1. Baugeld 197
 - 2. Baugeldempfänger 198
 - 3. Verwendung des Baugelds 199
 - 4. Schadensersatzansprüche 203
 - a) Anspruchsgegner 204
 - b) Vorsatz 206
 - c) Schaden 207
 - d) Darlegungs- und Beweislast 209
- IV. Verzug und Verzinsung 211
 - 1. Im VOB-Vertrag 212
 - 2. Im BGB-Vertrag 216
- V. Abrechnung des gekündigten Bauvertrags 220
 - 1. Allgemeine Voraussetzungen . . . 222
 - 2. Abrechnung der erbrachten Leistungen 224
 - a) Einheitspreisvertrag 228
 - b) Pauschalvertrag 230
 - aa) Detail-Pauschalvertrag . . 231
 - bb) Global-Pauschalvertrag . . . 232
 - 3. Abrechnung der nicht erbrachten Leistungen 239
 - a) Grundsatz 242
 - b) Gesetzliche Vermutung(en) 245
 - c) Konkreter Vortrag 249
 - aa) Ersparte Aufwendungen 250
 - bb) Anderweitiger Erwerb . . 253
 - cc) Darlegungs- und Beweislast 255
 - d) Umsatzsteuer 257
 - e) Aufbau der Abrechnung . . . 258
- VI. Verteidigungsmöglichkeiten des Auftraggebers 260
 - 1. Eintritt der Schlussrechnungsreife 261
 - 2. Einwände gegen die Fälligkeit . 265
 - a) Mangelnde Prüffähigkeit . . . 266
 - b) Fehlende Abnahme 270
 - 3. Die Schlusszahlungseinrede . . . 271
 - 4. Pauschalpreiseinrede 275
 - 5. Einbehalte und Abzüge 278
 - a) Gewährleistungseinbehalt . . 279
 - aa) Im VOB-Vertrag 280
 - bb) Im BGB-Vertrag 284
 - b) Skontoabzug 286

- 6. Mängelansprüche 289
- 7. Sonstige Gegenansprüche 291
- 8. Verjährung 292
 - a) Im VOB-Vertrag 296
 - b) Im BGB-Vertrag 302
- B. Muster 303**
 - I. Muster: Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung 303
 - 1. Alternative: Vereinbarung konkreter Maßnahmen 303
 - a) Muster: Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung konkreter Maßnahmen 303
 - b) Anmerkungen 304
 - 2. Alternative: Vereinbarung eines konkreten Ziels 308
 - a) Muster: Interims-Vereinbarung für Beschleunigungsvergütung mit Vereinbarung eines konkreten Ziels 308
 - b) Anmerkungen 309
 - II. Muster: Werklohnklage mit Varianten 313
 - 1. Werkvertrag ohne Vergütungsvereinbarung 313
 - a) Muster: Werklohnklage bei fehlender Vergütungsvereinbarung 313
 - b) Anmerkungen 314
 - 2. Einheitspreisvertrag 320
 - a) Muster: Werklohnklage bei Einheitspreisen 320
 - b) Anmerkungen 321
 - 3. Detailpauschalvertrag 328
 - a) Muster: Werklohnklage bei Detailpauschale 328
 - b) Anmerkungen 329
 - 4. Globalpauschalvertrag 336
 - a) Muster: Werklohnklage bei Globalpauschale 336
 - b) Anmerkungen 337
 - 5. Stundenlohnvereinbarung/-vertrag 344
 - a) Muster: Werklohnklage bei Stundenlohnvereinbarung . . 344
 - b) Anmerkungen 345
 - 6. Checkliste: Werklohnklage . . . 352
 - III. Textbausteine für Nachtragsforderungen 353
 - 1. Mengenänderungen 354

a) Überschreitung des Mengenansatzes, § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B	354	aa) Muster: Nachtrag wegen Überschreitung des Mengenansatzes	354	bb) Anmerkungen	355
b) Unterschreitung des Mengenansatzes, § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B	358	aa) Muster: Nachtrag bei Mengenunterschreitung	358	bb) Anmerkungen	359
c) Extreme Mengenänderung im BGB-Vertrag	362	aa) Muster: Nachtrag wegen Mengenänderung im BGB-Vertrag	362	bb) Anmerkung	363
2. Vom Auftraggeber veranlasste Leistungsänderungen	364				
a) Geänderte Leistungen, § 2 Abs. 5 VOB/B	364	aa) Muster: Nachtrag wegen geänderter Leistung	364	bb) Anmerkungen	365
b) Zusätzliche Leistungen, § 2 Abs. 6 VOB/B	369	aa) Muster: Nachtrag wegen zusätzlicher Leistung	369	bb) Anmerkungen	370
c) Angeordnete Leistungsänderungen im „alten“ BGB-Vertrag	375	aa) Muster: Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „alten“ BGB-Vertrag	375	bb) Anmerkungen	376
d) Angeordnete Leistungsänderungen im „neuen“ BGB-Vertrag	380	aa) Muster: Nachtrag wegen angeordneter Leistungsänderung im „neuen“ BGB-Vertrag	380	bb) Anmerkungen	381
e) Einstweilige Verfügung zur Durchsetzung eines Nachtragsanspruchs im „neuen“ BGB-Bauvertrag	384	aa) Muster einstweilige Verfügung zur Durchsetzung eines Nachtragsanspruchs im „neuen“ BGB-Bauvertrag	384	bb) Anmerkungen	385
		3. Nicht angeordnete/eigenmächtige Leistungsänderungen	388		
		a) Im VOB-Vertrag, § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B	388	aa) Muster: Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B	388
		bb) Anmerkungen	389	b) Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B	392
		aa) Muster: Nachtrag aus Geschäftsführung ohne Auftrag	392	bb) Anmerkungen	393
		4. Entfallene Leistungen	397		
		a) Muster: Anspruch wegen entfallener Leistungen	397	b) Anmerkungen	398
		5. Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB	400	a) Muster: Entschädigung nach § 642 BGB	400
		b) Anmerkungen	401	b) Anmerkungen	401
		6. Checklisten: Nachtragsforderungen	406	a) Checkliste: VOB-Vertrag	406
		a) Checkliste: VOB-Vertrag	406	b) Checkliste: BGB-Vertrag bis 31.12.2017	407
		b) Checkliste: BGB-Vertrag bis 31.12.2017	407	c) Checkliste: BGB-Vertrag ab dem 1.1.2018	408
		c) Checkliste: BGB-Vertrag ab dem 1.1.2018	408	d) Checkliste: Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB	409
		d) Checkliste: Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB	409		
		IV. Gekündigter Werkvertrag	410		
		1. Gekündigter VOB-Einheitspreisvertrag	410	a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Einheitspreisvertrag	410
		a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Einheitspreisvertrag	410	b) Anmerkungen	411
		b) Anmerkungen	411	2. Gekündigter Detailpauschalvertrag	420
		2. Gekündigter Detailpauschalvertrag	420	a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Detailpauschalvertrag	420
		a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Detailpauschalvertrag	420	b) Anmerkungen	421
		b) Anmerkungen	421		

3. Gekündigter Globalpauschalvertrag	430	a) Muster: Schlusszahlungseinrede, § 16 Abs. 2, 3 VOB/B	464
a) Muster: Werklohnklage bei gekündigtem Globalpauschalvertrag	430	b) Anmerkung	465
b) Anmerkungen	431	4. Pauschalpreiseinrede	466
4. Checkliste: Gekündigter Werkvertrag	440	a) Muster: Pauschalpreiseinrede	466
V. Baugeld	441	b) Anmerkung	467
1. Muster: Schadensersatzklage wegen falscher Verwendung von Baugeld	441	5. Einbehalte und Abzüge	468
2. Anmerkungen	442	a) Gewährleistungseinbehalt	468
VI. Textbausteine für Einwendungen	451	aa) Muster: Gewährleistungseinbehalt	468
1. Eintritt der Schlussrechnungsreife	452	bb) Anmerkung	469
a) VOB-Vertrag	452	b) Skontoabzug	470
aa) Muster: Schlussrechnungsreife beim VOB-Vertrag	452	aa) Muster: Skontoabzug	470
bb) Anmerkungen	453	bb) Anmerkungen	471
b) BGB-Vertrag bis 31.12.2017	455	6. Mängelansprüche	473
aa) Muster: Schlussrechnungsreife beim „alten“ BGB-Vertrag	455	a) Leistungsverweigerungsrecht	473
bb) Anmerkung	456	aa) Muster: Leistungsverweigerungsrecht wegen Mängeln	473
c) BGB-Vertrag ab dem 1.1.2018	457	bb) Anmerkungen	474
aa) Muster: Schlussrechnungsreife beim „neuen“ BGB-Vertrag	457	b) Aufrechnung mit Kostenvorschussanspruch	476
bb) Anmerkung	458	aa) Muster: Aufrechnung mit Kostenvorschussanspruch	476
2. Einwände gegen die Fälligkeit	459	bb) Anmerkung	477
a) Mangelnde Prüffähigkeit der Rechnung	459	7. Verjährung	478
aa) Muster: Fehlende Prüffähigkeit	459	a) VOB-Vertrag	478
bb) Anmerkungen	460	aa) Muster: Einrede der Verjährung im VOB-Vertrag	478
b) Fehlende Abnahme	462	bb) Anmerkung	479
aa) Muster: Fehlende Abnahme	462	b) BGB-Vertrag bis zum 31.12.2017	481
bb) Anmerkung	463	aa) Muster: Einrede der Verjährung im „alten“ BGB-Vertrag	481
3. Schlusszahlungseinrede (nur VOB)	464	bb) Anmerkung	482
		c) BGB-Bauvertrag ab dem 1.1.2018	483
		aa) Muster: Einrede der Verjährung im „neuen“ BGB-Bauvertrag	483
		bb) Anmerkung	484
		8. Checkliste: Einwendungen	485

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.¹
- 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.²
- 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. Die Geltung der VOB/B muss vereinbart werden; einen Brauch oder Gewohnheitsrecht, woraus sich ohne Vereinbarung die Anwendung der VOB/B ergeben sollte, gibt es nicht.³ 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.⁴ 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.
- 5 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.

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/Diehr/Reidt, § 18 VOB/A Rn 6; Kapellmann/Messerschmidt/Stickler, § 18 VOB/A Rn 7.

3 Vgl. Kapellmann/Messerschmidt/von Rintelen, Einl. VOB/B Rn 38 ff.

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.

a) Vergütung ohne (wirksame) Vereinbarung

Eine Besonderheit des Werkvertrags ist, dass zu seinen essentialia **nicht** die Vereinbarung über den Preis gehört.⁵ Gemäß § 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.⁶ Dies gilt vor allen Dingen auch dann, wenn sich die Vergütungsvereinbarung als unwirksam herausstellen sollte. „Paradebeispiel“ dafür ist die Vereinbarung eines Architektenhonorars unterhalb der Mindestsätze ohne einen Ausnahmefall (§ 7 Abs. 5 HOAI). 6

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.⁷ Sie lässt sich (beispielsweise zur Vorbereitung einer Klage) durch Vergleichsangebote abschätzen. Im Rechtsstreit wird das Gericht hierzu im Regelfall jedoch ein Sachverständigengutachten einholen.⁸ Beweispflichtig ist im Regelfall der Unternehmer. 7

b) Einheitspreisvertrag

Der Standardtyp⁹ 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. 8

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.¹⁰ Der endgültige Preis steht erst fest, wenn die tatsächlich ausgeführten Massen ermittelt sind. Die Abrechnung des Einheitspreisvertrages erfordert daher regelmäßig ein Aufmaß.¹¹ 9

5 Vgl. Palandt/Sprau, § 632 Rn 13 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/von Rintelen, § 632 Rn 24.

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

10 Vgl. Kniffka/Jansen/von Rintelen, § 631 Rn 318.

11 S. z.B. Palandt/Sprau, § 632 Rn 5.

c) Pauschalvertrag

- 10 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.¹²
- 11 Es gibt verschiedene Formen des Pauschalvertrags. Die beiden wichtigsten sind der Detail-Pauschalvertrag und der Global-Pauschalvertrag.
- 12 Dem **Detail-Pauschalvertrag** liegt regelmäßig ein detailliertes, nicht-funktionales Leistungsverzeichnis zugrunde.¹³ Die Pauschalierung erfasst dann diese im Einzelnen beschriebenen Leistungen,¹⁴ 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.
- 13 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.¹⁵ 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.¹⁶ 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.
- 14 Allen Formen von Pauschalvereinbarungen ist jedoch gemein, dass **der Auftragnehmer das Mengenrisiko übernimmt**.¹⁷ Das heißt: Während beim Einheitspreisvertrag das Risiko der falschen Ermittlung der Massen oder einer Veränderung der Massen aufgrund nicht bekannter Umstände beim Besteller liegt, wird dieses durch die Vereinbarung der Pauschalierung auf den Unternehmen übertragen.
- 15 Folglich können im Rahmen eines Pauschalpreisvertrages Mengenänderungen grundsätzlich nicht zu einer Veränderung des Preises führen, denn gerade dieses Risiko ist

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

13 Ingenstau/Korbion/Keldungs, § 2 VOB/B Rn 8.

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/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 246.

17 Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 233.

durch die Wahl des Vertragstyps beidseitig ausgeschlossen worden.¹⁸ 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.¹⁹ 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.

Unabhängig von der Art des Pauschalvertrages bleibt es auch dabei, dass vom Auftraggeber veranlasste Änderungen zu einer Änderung des Preises führen.²⁰ 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 72 ff.).

d) Stundenlohn-Vereinbarung

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.

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.

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 angegebenen 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).

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

19 Kniffka/Jansen/von Rintelen, § 631 Rn 347.

20 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.

- 20** Eine entsprechende Regelung existiert im BGB-Werkvertrag zwar nicht. Grundsätzlich reicht es daher für den schlüssigen Vortrag des Auftragnehmers auf Basis einer 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.²¹ 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.²² Außerdem werden die Parteien in den meisten Fällen eine § 15 VOB/B ähnliche Vereinbarung treffen.
- 21** 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 werden²³ oder dass die angegebene Stundenzahl angemessen ist.²⁴

e) Selbstkostenerstattungsvertrag

- 22** 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.
- 23** 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

- 24** 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 8) der Einheitspreisvertrag der Standardtyp ist, sondern auch dazu, dass sogenannte Nachträge zum täglichen Geschäft gehören.
- 25** Der Begriff „Nachtrag“ ist nicht genau definiert und wird auf der Baustelle für jegliche Ansprüche verwendet, die über das ursprünglich Vereinbarte hinausgehen.²⁵ Dazu werden also u.a. auch die Kosten, die aus Behinderungen resultieren, Verzugschäden etc. gezahlt. Dies sind jedoch im Grunde Schadensersatzansprüche, während in diesem Kapitel die Vergütungs- und vergütungsähnlichen Ansprüche betrachtet werden.

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.

Solche „Vergütungs-Nachträge“ lassen sich im Wesentlichen einordnen als: 26

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

Einen Sonderfall bildet noch der „Beschleunigungsnachtrag“.

a) Vergütungs-Nachträge im VOB-Vertrag

Die VOB/B enthalten für die meisten Nachtragstatbestände ausdrückliche Regelungen, 27
ohne allerdings den Begriff „Nachtrag“ zu verwenden. Die Regelungen finden sich für

- 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 9) 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). 28

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:²⁶ **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) auf Basis der ausgeschriebenen Mengen kalkuliert werden, sodass es nun zu Unter- oder Überdeckungen kommen kann.²⁷ 29

Voraussetzungen für den Anspruch auf Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B sind 30
lediglich die tatsächliche, über 10 % hinausgehende Mengenänderung sowie die Geltendmachung des Rechts. Irgendein Mitwirken des Auftraggebers, vor allem eine Anordnung,

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

²⁷ Vgl. *Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann*, § 2 VOB/B Rn 141; *Kniffka/Koebler/Kniffka*, 5. Teil Rn 55.

ist **nicht erforderlich**;²⁸ 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.²⁹ 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;³⁰ es handelt sich lediglich um eine ungeschickte Formulierung.

- 31** 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.³¹
- 32** § 2 Abs. 3 VOB/B behandelt dabei die Erhöhung der Massen gegenüber der Ausschreibung und deren Verringerung unterschiedlich:
- 33** 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:
- 34** ■ 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.
- 35** 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 aber auf andere Weise erreicht, soll das nicht den Auftraggeber belasten. Die Ausgleichsberechnung bezieht sich ausschließlich auf das konkrete Bauvorhaben.³²

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/Jansen/von Rintelen*, § 631 Rn 823.

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

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 Gewinn³³ zu berücksichtigen. 36

Für die Ermittlung des neuen Preises ist das Preisgefüge des Vertragspreises zu berücksichtigen.³⁴ Von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen ist daher auch ein eventueller Kalkulationsfehler des Auftragnehmers fortzuschreiben.³⁵ Nicht fortzuschreiben sind hingegen nach aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung spekulativ extrem überhöhte Einheitspreise. In dieser Situation wird widerleglich³⁶ vermutet, dass der Auftragnehmer die Besonderheiten des Bauvertrags in verwerflicher Weise ausgenutzt hat.³⁷ Die Vergütung für die über 110 % hinausgehenden Mengen kann sich dann nach den üblichen Preisen bemessen.³⁸ Ein Ausgleich über Verluste in anderen Positionen findet in diesen Fällen nicht statt.³⁹ 37

Was den Pauschalvertrag angeht: Dort ist die Vergütung ohnehin unabhängig von den ausgeführten Mengen und Massen (siehe oben Rdn 10 ff.). § 2 Abs. 3 VOB/B ist daher im Rahmen eines Pauschalvertrags nicht anwendbar⁴⁰ und spielt nicht einmal hinsichtlich der Ermittlung des Ausgleichs nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B bzw. nach § 313 BGB eine Rolle.⁴¹ 38

bb) Angeordnete geänderte/zusätzliche Leistungen

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. 39

Im Rahmen des VOB-Vertrages gibt § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B dem Auftraggeber das Recht, solche Änderungen – in gewissen Grenzen – **einseitig anzuordnen**;⁴² 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 40

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. Kniffka/Koebler/Kniffka, 5. Teil, Rn 91.

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/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 Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 144.

41 Nach Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 288 ist sogar fraglich, ob tatsächlich auf die Preisermittlungsgrundlagen abzustellen ist.

42 Zur Rechtsnatur s. im Einzelnen: Kapellmann/Messerschmitt/von Rintelen, § 2 VOB/B Rn 49; Quack, ZfBR 2004, 107.

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.⁴³ Üblicherweise werden die geltend gemachten Vergütungsansprüche auf die §§ 2 Abs. 5/6 VOB/B gestützt und so die Rechtsfolgeregelungen als Anspruchsgrundlage behandelt.

- 41** Nach Einführung des neuen 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 81 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 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.
- 42** Die Anordnung ist für die Anwendung der §§ 2 Abs. 5/6 VOB/B zwingende Voraussetzung;⁴⁴ 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 45).
- 43** Gem. § 1 Abs. 3 VOB/B kann der Auftraggeber **Leistungsänderungen** anordnen. Dabei ist äußerst streitig, wie weit das Anordnungsrecht des Auftraggebers geht.⁴⁵ 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 56 ff.).
- 44** § 1 Abs. 4 VOB/B gibt dem Auftraggeber das Recht, **zusätzliche Leistungen** anzuordnen, sofern diese zur Erbringung der vereinbarten Leistung **erforderlich**⁴⁶ sind und der Betrieb des Auftragnehmers **darauf eingerichtet**⁴⁷ 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.⁴⁸

43 Thode, ZfBR 2004, 214; Kniffka/Jansen/von Rintelen, § 631 Rn 832.

44 Kniffka/Koebler/Kniffka, 5. Teil, Rn 85; Kniffka, § 631 Rn 438 ff. und Rn 488.

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

46 Messerschmidt/Voit/Voit, § 1 VOB/B Rn 18.

47 Messerschmidt/Voit/Voit, § 1 VOB/B Rn 21.

48 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.

Auf die Anordnung sind die Regelungen über die rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzuwenden.⁴⁹ Vor allen Dingen heißt dies: 45

- Der Auftraggeber kann sich vertreten lassen; die Anordnung durch einen Dritten setzt jedoch rechtsgeschäftliche **Vertretungsmacht** voraus.⁵⁰
- Der Auftraggeber muss mit dem **Willen** handeln, eine Erklärung abzugeben.⁵¹ Dieser Wille muss sich allerdings nur darauf beziehen, dass der Auftraggeber eine „*Befolgung heischende Aufforderung*“⁵² an den Auftragnehmer richtet. Er muss sich aber weder bewusst sein, dass er gerade eine Änderung oder Zusatzleistung verlangt, noch ist sein Wille hinsichtlich der Vergütungsfolge relevant.⁵³ Entscheidend ist vielmehr **die objektive Folge** der Anordnung.
- Die Anordnung kann auch **konkludent**⁵⁴ oder stillschweigend⁵⁵ erfolgen.

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.⁵⁶ Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung entsteht der Anspruch des Unternehmers jedoch auch in diesem Fall unabhängig von einer solchen Vereinbarung;⁵⁷ 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**. 46

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.⁵⁸ 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 47

49 Kapellmann/Messerschmitt/von Rintelen, § 2 VOB/B Rn 49; Kniffka/Koebler/Kniffka, 5. Teil Rn 82.

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

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

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

53 Vgl. OLG Düsseldorf v. 29.1.2009 – 23 U 47/08 – IBR 2009, 255; Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 191; Kapellmann/Schiffers, Bd. 2 Rn 1014 f. und 1088 f.

54 Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 194; Kapellmann/Schiffers, Bd. 1 Rn 861 ff.

55 Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 195; ausführlich Kapellmann/Schiffers, Bd. 1 Rn 871 ff.

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

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

58 Kapellmann/Messerschmitt/Kapellmann, § 2 VOB/B Rn 198 m.w.N., mit anschließender Kritik.