

## Highlights aus dem Baurecht

### 1.) Das geschuldete Bau-Soll

#### a) Überblick

Die Ermittlung des Bau-Solls, mithin die Feststellung, welche Leistungen von dem Auftragnehmer vertraglich geschuldet werden und umgekehrt von dem Auftraggeber verlangt werden können, haben eine erhebliche Bedeutung für das gesamte Bauvertragsrecht.

Viele Auseinandersetzungen und Rechtstreitigkeiten basieren darauf, dass entweder das Bau-Soll nicht klar definiert worden ist oder aber die Vertragspartner unterschiedliche Auffassungen vertreten, welche Leistungen zu erbringen sind.

Bereits im Vorfeld des Vertragsabschlusses muss daher höchste Priorität darauf gesetzt werden, dass klare, eindeutige und unmissverständliche Regelungen im Vertrag getroffen werden.

Die Auseinandersetzungen betreffen sowohl

- Nachträge,
- Mängel,
- Behinderungen und
- vertragliche Regelungen wie Vertragsstrafe u.a.

In § 7 VOB/A heißt es:

„Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen

müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können.... Dem Auftragnehmer darf kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann.“

Zwar gilt diese Regelung grundsätzlich für die öffentliche Vergabe; gleichwohl hat die Vorschrift auch bei nicht-öffentlichen Verträgen insofern Bedeutung, als sie allgemein-methodische Hinweise zur sachgerechten Ausschreibung enthält und damit gleichzeitig als Auslegungshilfe auch bei anderen Verträgen heranzuziehen ist

Ingenstau/Korbion/ Kratzenberg, VOB/A, § 7, Randziffer 2.

Unabhängig von dieser Regelung wird das Bau-Soll durch die Gesamtheit aller zum Vertragsinhalt gewordenen Unterlagen bestimmt, wobei es grundsätzlich zunächst einmal keine Wertigkeit einzelner Regelungen gegenüber den anderen gibt, solange sich die einzelnen Vertragsbestandteile nicht widersprechen.

In § 1 VOB/B gibt es eine Regelung, wonach die auszuführende Leistung nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt wird, wobei die VOB/C ebenfalls Vertragsbestandteil ist. Auch wird dort eine Rangfolge in § 1 Abs. 2 VOB/B zu Grunde gelegt.

## **b) Vollmachten**

Auch das Thema der Vollmachten sollte im Vertrag von vornherein geregelt werden.

Exemplarisch ist der Architekt nicht bevollmächtigt, umfangreiche Zusatzaufträge zu vergeben oder den Vertrag in wesentlichen Punkten zu ändern. Er darf insbesondere nicht ohne Weiteres die rechtsgeschäftliche

Abnahme für den Bauherrn erklären, Rechnungen anerkennen oder zum Nachteil des Bauherrn Vergleiche schließen, auf Gewährleistungsansprüche verzichten oder auch Vertragstermine oder sonstige Vertragsbestimmungen einseitig ändern zu Lasten des Auftraggebers

BGH, IBR 2002, 549.

Gegebenenfalls kann der Architekt oder Projektsteuerer anderenfalls auch in Haftung genommen werden gemäß § 179 BGB.

Denkbar sind dann noch Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aber unter den Gesichtspunkten der Anscheins- oder Duldungsvollmacht zu Gunsten des Auftragnehmers.

Die gleiche Problematik stellt sich auch bei der Errichtung von Bauvorhaben für die öffentliche Hand. Dort sind die Vertretungsverhältnisse nach der Gemeindeordnung des jeweiligen Landes zu berücksichtigen.

Gemäß § 9 b Abs. 1 Satz 1 WEG vertritt der Hausverwalter die Wohnungseigentümergeinschaft. Diese Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unbeschränkt gemäß § 9 b Abs. 1 Satz 3 WEG. Mithin muss sich der Unternehmer nur die Verwalterbestellung nachweisen lassen. Der Verwalter ist daher auch der richtige Adressat für Bedenkenhinweise an die WEG

OLG München, IBR 2024, 338 und  
Vogel, Praxishinweis zu IBR 2024, 338.

## **2.) Prüfbare Schlussrechnung beim BGB- und VOB-Werkvertrag**

In § 14 VOB/B ist geregelt, dass der Auftragnehmer seine Leistungen prüfbar abzurechnen hat.

In § 650 g Abs. 4 BGB wird auch beim BGB-Werkvertrag eine prüffähige Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung neben der Abnahme verlangt. Die 3-jährige Verjährungsfrist beginnt mithin am 31.12. des Jahres, in dem die Abnahme erklärt und eine prüfbare Schlussrechnung vorgelegt worden ist.

### **3.) Kündigungsrechte**

In § 8 VOB/B ist die Kündigung durch den Auftraggeber und in § 9 VOB/B die Kündigung durch den Auftragnehmer geregelt.

Während der Auftragnehmer nur aus wichtigem Grund den Vertrag kündigen darf, kann der Auftraggeber sowohl ordentlich als auch aus wichtigem Grund kündigen.

Wird eine ordentliche Kündigung ohne wichtigen Grund ausgesprochen, steht dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B. Mithin erhält der Auftragnehmer auch für die nicht erbrachten Leistungen zumindest den entgangenen Gewinn. Demgegenüber kann der Auftragnehmer bei einer Kündigung aus wichtigem Grund nur die tatsächlich erbrachten Leistungen abrechnen ohne entgangenen Gewinn und insbesondere kann der Auftraggeber die Mehrkosten dem Auftragnehmer gegenüber geltend machen, die ihm durch die Fertigstellung nach der Kündigung durch Drittunternehmer entstehen.

Auch im BGB ist eine Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 648 a BGB geregelt. In § 648 a Abs. 5 BGB ist normiert, dass in den Fällen einer Kündigung aus wichtigem Grund der Unternehmer nur berechtigt ist die Vergütung zu verlangen, die auf den bis zur Kündigung erbrachten Teil des Werks entfällt mithin ohne entgangenen Gewinn. Auch die Berechtigung,

Schadensersatz zu verlangen, wird durch die Kündigung nicht ausgeschlossen gemäß § 648 a Abs. 6 BGB.

Die Kündigung muss gemäß § 650 h BGB und § 8 Abs. 6 VOB/B schriftlich erfolgen.

Die Kündigung sollte stets nur das allerletzte Mittel für Auftraggeber und/oder Auftragnehmer sein, um das Vertragsverhältnis zu beenden, da die Risiken für beide Parteien extrem hoch sind. Alternativ könnte auch über einen Aufhebungsvertrag verhandelt werden.

#### **4.) Mangelfreie Fertigstellung und Abnahme**

##### **a) Mangelfreie Fertigstellung**

Die von dem Auftragnehmer auszuführenden Arbeiten müssen im Zeitpunkt der Abnahme mangelfrei sein. Die Voraussetzungen sind in den §§ 633 BGB, 13 VOB/B aufgeführt.

Danach hat der Auftragnehmer seine Leistungen zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Dies ist der Fall, wenn die Leistung die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht oder wenn die Leistung sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.

Auch bei einem BGB-Werkvertrag sind die anerkannten Regeln der Technik einzuhalten

Eine Änderung der anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme muss vom Auftragnehmer berücksichtigt werden. Ändern sich diese während der Ausführung muss ein Bedenkenhinweis erteilt werden

BGH, IBR 2018, 67, 68 und  
ausführlich Michaelis in Festschrift für Ulrich Locher,  
Seiten 337 bis 345.

## **b) Abnahme**

Diese ist sowohl bei einem BGB-Vertrag gemäß § 640 BGB als auch bei einem VOB-Vertrag gemäß § 12 VOB/B eine Hauptpflicht des Auftraggebers, auf die gesondert geklagt werden kann

BGH, Baurecht 1996, 386.

Definiert wird die Abnahme als die Entgegennahme der Werkleistung und ihre Billigung als in der Hauptsache vertragsgerecht

BGHZ 48, 257, 262.

Die Konsequenzen der Abnahme sind u.a.

- Beweislastumkehr,
- Fälligkeit des Werklohns,
- Beginn der Gewährleistung und
- Gefahrenübergang.

Die Abnahme darf nur wegen wesentlicher Mängel verweigert werden gemäß § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 12 Abs. 3 VOB/B.

Ob ein Mangel wesentlich ist oder nicht hängt auch davon ab, ob die Funktionsfähigkeit der Bauleistung beeinträchtigt wurde

OLG Hamm, Baurecht 2005, 731 ff.

Wegen eines unverhältnismäßig hohen Aufwandes kann die Beseitigung des Mangels verweigert werden gemäß § 13 Abs. 6 VOB/B, § 635 Abs. 3 BGB.

Dieser Einwand wird restriktiv gehandhabt

BGH, IBR 2014, 177.

Auch die fehlende Übergabe vertraglich vereinbarter, für den sach- und fachgerechten Betrieb einer Anlage oder eines Gebäudes erforderlicher Unterlagen, kann einen wesentlichen Mangel darstellen und zur Verweigerung der Abnahme führen

OLG Stuttgart, IBR 2010, 443.

Wenn eine förmliche Abnahme durchgeführt wird, ist auf den Inhalt des Abnahmeprotokolls großes Augenmerk zu legen. Es sollten die richtigen Vertragspartner aufgeführt werden und/oder die Bevollmächtigten.

Sofern eine Vertragsstrafe wirksam vereinbart worden ist, muss diese vorbehalten werden bei der Abnahme gemäß § 11 Abs. 4 VOB/B.

Wird im Abnahmeprotokoll exemplarisch eine andere Verjährungsfrist aufgeführt als im Bauvertrag vereinbart, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um eine einvernehmliche Verkürzung bzw. Verlängerung der Gewährleistungsfrist gehandelt hat oder ob ein unbeachtliches Redaktionsversehen vorliegt

BGH, IBR 2019, 62 und

OLG Düsseldorf, IBR 2017, 193.

Eine Teilabnahme kann nur für in sich abgeschlossene Teile verlangt werden.

Abnahmefiktionen sind exemplarisch in § 12 Abs. 5 VOB/B benannt.

Eine Abnahmefiktion ist auch in § 640 Abs. 2 geregelt.

## **5.) Einstellung der Arbeiten bei Streitigkeiten**

### **a) Grundsatz**

Generell ist es für einen Auftragnehmer riskant, wenn er die Arbeiten einstellt. Der Auftragnehmer ist grundsätzlich vorleistungspflichtig

Bolz, Anmerkung zu Kammergericht, IBR 2017, 421.

Stellt der Auftragnehmer die Arbeiten ohne wichtigen Grund ein, riskiert er, dass der Auftraggeber ihm den Werkvertrag aus wichtigem Grund kündigt.

In diesem Falle verstößt der Auftragnehmer gegen seine Verpflichtung, die Baumaßnahme zu fördern. Führt er trotz der Aufforderung, die Arbeiten wieder aufzunehmen, die Arbeiten dann nicht fort, ist der Auftraggeber zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt

OLG Hamburg, Baurecht 2024, 1392 ff.

Umgekehrt ist es auch für den Auftraggeber gefährlich, wenn er eine Arbeitseinstellung des Auftragnehmers „provoziert“. Wenn die Arbeitseinstellung zu Recht erfolgt ist, der Auftraggeber gleichwohl das Werkvertragsverhältnis kündigt, liegt kein wichtiger Grund zur Kündigung vor und es erfolgt lediglich eine ordentliche Kündigung mit den negativen Konsequenzen für den Auftraggeber.

### **b) Arbeitseinstellung gemäß § 18 Abs. 5 VOB/B**

Dieser Paragraph lautet:



„Streitfälle berechtigen den Auftragnehmer nicht, die Arbeiten einzustellen.“

Daraus folgt, dass die Regelung für die Fälle gilt, in denen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer Streit besteht

Cordes in Jagenburg/Baldringer/Haupt, Praxiskommentar  
Teile A und B § 18 VOB/B Rz. 64.

Gesetzliche oder vertragliche Leistungsverweigerungsrechte des Auftragnehmers werden von § 18 Abs. 5 VOB/B nicht berührt.

### **c) Leistungsverweigerungsrechte**

In verschiedenen Regelungen sowohl der VOB/B als auch des BGB werden Leistungsverweigerungsrechte benannt.

Exemplarisch kann auf folgende Regelungen verwiesen werden.

- Bauhandwerkersicherung gemäß § 650 f BGB,
- Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB,
- Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB,
- Einstellung der Arbeiten bei nicht fristgerechter Zahlung gemäß § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B,
- Kündigung gemäß § 9 VOB/B.

Beauftragt der Auftraggeber einen Nachtrag dem Grunde nach und ist lediglich die Höhe streitig, darf der Auftragnehmer die Arbeiten nicht einstellen, sondern allenfalls in den Fällen, wenn der Auftraggeber grundlos die Nachtragsbeauftragung endgültig und kategorisch verweigert

BGH, IBR 2004, 486;  
OLG Hamm, IBR 2023, 280;

instruktiv Eufinger und Jahn „Das Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bei Nachträgen“, Baurecht 2024, 1263 ff.

Aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers folgt der Grundsatz „Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit“

Kammergericht, IBR 2017, 421.

Bei Abschlagszahlungen gilt die Regelung in § 16 Abs. 5 Nr. 4 VOB/B, die eine besondere Ausprägung des Zurückbehaltungsrechts darstellt. Das Recht zur Arbeitseinstellung setzt zunächst einen Zahlungsverzug des Auftraggebers voraus und es muss eine angemessene Frist zur Zahlung gesetzt worden sein. Das Risiko ist auch hier für den Auftragnehmer hoch. Liegen beispielsweise berechtigte Mängelinwendungen vor, bezüglich derer der Auftraggeber von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages/Zurückbehaltungsrechts Gebrauch macht, stellt sich schon die Frage, ob überhaupt eine fällige Abschlagsforderung besteht

OLG Köln, Baurecht 2017, 741.

Auch kann häufig Streitig sein, ob die Abschlagsrechnung der Höhe nach berechtigt ist oder gegebenenfalls zu hoch.

Ergänzend ist anzumerken, dass Abschlagszahlungen kein Anerkenntnis des Auftraggebers darstellen

OLG Bamberg, IBR 2021, 16;

OLG Dresden, IBR 2014, 132.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Auftragnehmer, der die Abschlagszahlung nicht in der vollen Höhe verlangen kann, die Arbeiten nicht einstellen darf

OLG Stuttgart, IBR 2020, 634.

#### **d) Bedenkenhinweise und Leistungsverweigerungsrecht**

Der Bedenkenhinweis ist in § 4 Abs. 3 in Verbindung mit § 13 Abs. 3 VOB/B geregelt, gilt jedoch auch bei einem BGB-Werkvertrag. Um in den Genuss eines Haftungsausschlusses gemäß § 13 Abs. 3 VOB/B zu gelangen, muss der Bedenkenhinweis zur rechten Zeit, in der gebotenen Form, in der gebotenen Klarheit und gegenüber dem richtigen Adressaten nachweisbar erfolgen, damit der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen

OLG Hamburg, IBR 2019, 7;  
BGH, Baurecht 2008, 344.

Dabei muss der Bedenkenhinweis inhaltlich so richtig und erschöpfend dargestellt sein, dass der Auftraggeber sehenden Auges erkennt, worum es sich dabei handelt und welche Konsequenzen dies hat

OLG Zweibrücken, IBR 2018, 259;  
OLG Düsseldorf, IBR 2018, 251.

Überspitzt wurde dies dahingehend formuliert, dass der Auftragnehmer seinen Auftraggeber wie ein 90-jähriges Mütterlein behandeln soll, die von nichts eine Ahnung hat und weder hören noch sehen kann und jedem misstraut, der behauptet Bauunternehmer zu sein und daher jedes nur erdenkliche Problem aus dem Risikobereich des Auftraggebers diesem im Wege eines Bedenkenhinweises angezeigt werden sollte

Hammacher, Anmerkung zu OLG Schleswig, IBR 2018, 615.

Dem Auftragnehmer steht im Einzelfall ein Leistungsverweigerungsrecht dann zu, wenn die weitere Durchführung der Bauarbeiten eine Gefahr für Leib und Leben beinhaltet, der Auftraggeber gleichwohl trotz erteiltem Bedenkenhinweis hierauf besteht

OLG Karlsruhe, Baurecht 2005, 729, 731.

In einem Fall hat ein Auftragnehmer nach Auftragserteilung den Auftraggeber darauf hingewiesen, dass die beauftragte Art der Ausführung sowohl den anerkannten Regeln der Technik nicht entspreche, als auch konkrete erhebliche Schäden zu befürchten seien. Er wies darauf hin, dass er die Arbeiten unter Ausschluss der Gewährleistung ausführen könne. Dies erkannte der Auftraggeber nicht an. Daraufhin verweigerte der Auftragnehmer die Ausführung. Der Auftraggeber erklärte die Kündigung aus wichtigem Grund. In diesem Falle hat das Oberlandesgericht Dresden festgestellt, dass der Auftragnehmer nicht in Verzug geraten ist, wenn er einer Weisung des Auftraggebers nicht folgt, weil dieser seine geltend gemachten Bedenken treuwidrig nicht berücksichtigt, da die Freistellung von der Gewährleistung nicht akzeptiert wird

OLG Dresden, IBR 2022, 504;

OLG Düsseldorf, NZBau 2018, 607;

BGH, IBR 2024, 226.

Dabei trägt der Auftragnehmer das Prognoserisiko, ob sein Bedenkenhinweis tatsächlich richtig ist.

Eine Zustimmung des Auftraggebers zu einer hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleibenden Ausführung erfolgt nur nach ausführlicher Aufklärung, weil der Bauunternehmer im Zeitpunkt der Abnahme eine Ausführung der Werkleistung nach den anerkannten Regeln der Technik schuldet

OLG Köln, Baurecht 2024, 659;

OLG Köln, IBR 2023, 616.

Aufgrund der Warnfunktion des Bedenkenhinweises müssen die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret dargelegt werden, damit dem Besteller die Tragweite der

Nichtbefolgung klar wird. Allgemeine und vage Hinweise genügen nicht. Auch gegenüber professionellen Auftraggebern besteht eine Bedenkenhinweispflicht

OLG Düsseldorf, Baurecht 2023, 1125 und  
IBR 2023, 121.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass sich Inhalt und Umfang der Hinweispflicht am Schutzbedürfnis des Auftraggebers orientieren. Darf der Auftragnehmer sicher davon ausgehen, dass dem Auftraggeber bestimmte Risiken aufgrund seiner Sachkunde positiv bekannt sind, muss er danach dem Auftraggeber ohne besonderen Anlass keine gesonderten Informationen zukommen lassen

OLG München, IBR 2024, 123.

Allerdings ist diese Rechtsprechung restriktiv anzuwenden.

Hat der Auftragnehmer schriftlich Bedenken gegen die Ausführung der Leistung gegenüber dem Auftraggeber geltend gemacht, scheidet ein Leistungsverweigerungsrecht – außer in den Fällen, in denen eine konkrete Gefahr für Leib und Leben besteht – aus, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer ausdrücklich angewiesen hat, mit den Arbeiten zu beginnen und der Auftraggeber dadurch das Risiko einer mangelhaften Ausführung übernommen hat

BGH, IBR 2024, 226.

#### **e) Bauhandwerkersicherheit gemäß § 650 f BGB**

Die Bauhandwerkersicherheit stellt für den Auftragnehmer das schärfste und effektivste Druckmittel dar gegenüber dem Auftraggeber, wenn dieser keine Zahlungen leistet oder Mängel behauptet.

Leistet der Auftraggeber die Bauhandwerkersicherheit nicht innerhalb einer Frist von z.B. 14 Tagen kann der Auftragnehmer die Arbeiten

- sofort einstellen,
- den Vertrag kündigen und
- die Sicherheit einklagen.

Ein Ausschluss der Berechtigung zur Forderung einer Bauhandwerkersicherheit besteht nur in den Fällen des § 650 f Abs. 6 BGB. Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen den Auftrag erteilt oder es sich bei dem Auftraggeber um einen Verbraucher handelt und es sich um einen Verbraucherbauvertrag gemäß § 650 i BGB oder um einen Bauträgervertrag gemäß § 650 u BGB handelt. Da ein Verbraucherbauvertrag nur vorliegt, wenn alle Gewerke in einer Hand liegen, können mithin in den übrigen Fällen die Auftragnehmer bei Einzelgewerkevergabe auch bei einem Verbraucher eine Bauhandwerkersicherheit verlangen.

Es muss allerdings ein Bauvertrag gemäß § 650 a BGB vorliegen. Dies kann bei kleineren Arbeiten streitig sein

Bauvertrag bejahend bei umfangreichen Malerarbeiten und Reparaturen am Untergrund exemplarisch  
OLG Karlsruhe, IBR 2022, 338.

Ein Verbraucherbauvertrag im Sinne von § 650 i BGB liegt nicht vor, wenn eine Einzelgewerkevergabe erfolgt

BGH, Baurecht 2023, 1243 ff. und  
BGH, Baurecht 2024, 264, 266.

Die Verjährung des Anspruchs auf Stellung einer Sicherheit gemäß § 650 f BGB beginnt mit Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, mithin

mit dem Verlangen der Sicherheit und nicht bereits mit Abschluss des Bauvertrages

OLG Köln, IBR 2020, 402.

Der Anspruch auf Bauhandwerkersicherheit stellt eine „Wunderwaffe ohne Verfallsdatum“ dar

Rodemann, Praxishinweis zu BGH, IBR 2021, 296.

Begründet wird dies damit, dass es sich um einen sogenannten verhaltenen Anspruch handelt

BGH, IBR 2021, 296.

Kann der Auftragnehmer aufgrund steuerrechtlicher Vorschriften nur Nettobeträge verlangen, umfasst der Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit nicht die vom Auftraggeber noch nicht geleistete Umsatzsteuer

OLG Oldenburg, IBR 2020, 590.

Schließlich kann die Bauhandwerkersicherheit auch noch nach Abnahme und Kündigung verlangt werden

BGH, IBR 2004, 201 und

BGH, IBR 2004, 246.

Auch ein Planer/Architekt kann die Bauhandwerkersicherheit verlangen

OLG Celle, IBR 2022, 348.

Wenn eine Bauhandwerkersicherheit in Form einer Bürgschaft gestellt wird, darf diese nicht befristet sein.

Ein Auftraggeber, der sich um die Beibringung einer ordnungsgemäßen, unbefristeten Bürgschaft bemüht, die Frist jedoch verstreichen lässt, erhält nach Ablauf der angemessenen Frist keine zweite Chance

OLG München, IBR 2022, 458.

Eine Befristung entspricht nicht den Anforderungen einer Bauhandwerkersicherheit und kann daher vom Auftragnehmer zurückgewiesen werden

BGH, IBR 2004, 618.

## **6.) Ausführungsfristen und Vertragsstrafe**

### **a) Ausführungsfristen**

In § 5 VOB/B ist geregelt, dass die Ausführung nach den verbindlichen Fristen (Vertragsfristen) zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden ist. In einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist. Ist für den Beginn der Ausführung keine Frist vereinbart, so hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussichtlichen Beginn zu erteilen. Der Auftragnehmer hat innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung zu beginnen. Der Beginn der Ausführung ist dem Auftraggeber anzuzeigen. Weiter ist in § 5 Abs. 4 VOB/B geregelt, dass in dem Falle, dass der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung verzögert oder mit der Vollendung in Verzug gerät, der Auftraggeber ihm nach entsprechenden Fristsetzungen den Vertrag kündigen oder bei Aufrechterhaltung des Vertrages Schadensersatz verlangen kann.

Im Zusammenhang mit Behinderungen wird in § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B geregelt, dass Ausführungsfristen verlängert werden, soweit die Behinderung verursacht worden ist aus dem Risikobereich des Auftraggebers durch Streik u.a. oder



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

Wichtig ist, dass Fristen im Vertrag möglichst klar und eindeutig geregelt werden.

Begriffe wie „voraussichtlich“ oder „ca.-Termine“ sind grundsätzlich keine Vertragstermine

OLG Hamburg, Baurecht 2023, 1947;

OLG Hamm, IBR 2023, 391.

Da es sich bei der Vereinbarung verbindlicher Vertragsfristen um eine vertragliche Vereinbarung mit übereinstimmenden Willenserklärungen handelt stellt eine einseitige Festlegung einer Leistungszeit durch den Auftraggeber eine hinreichende Fristbestimmung dar. Fehlt es an wirksam vereinbarten Fristen wie z.B. bei Begriffen „im Laufe des Monats“, „Mitte des Jahres“ oder „etwa“ ist es häufig schwierig, den Zeitpunkt der Fälligkeit der Fertigstellung exakt zu bestimmen. In diesen Fällen ist für eine Inverzugsetzung des Auftragnehmers stets eine Mahnung durch den Auftraggeber erforderlich

Plücker, Praxishinweis zu OLG Hamm, IBR 2023, 391.

Eine Kündigung eines Bauvertrages aus wichtigem Grund gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B kann dann nicht auf einen Verzug mit der Vollendung der Ausführung gestützt werden, wenn der ursprünglich verbindliche Fertigstellungstermin z.B. wegen erheblicher Verzögerungen des Baubeginns obsolet geworden und ein neuer Fertigstellungstermin nicht vereinbart worden ist

OLG Naumburg, IBR 2022, 395.

Werden die Vertragsfristen hinfällig, ist mithin für die Kündigung aus wichtigem Grund und die Aufforderung zur Fertigstellung oder Darlegung einer

angemessenen Bauzeit, die Setzung einer angemessenen Nachfrist sowie die Kündigungsandrohung entscheidend

Jürgens, Anmerkung zu OLG Naumburg, IBR 2022, 395.

Vertragsfristen können nicht nur bei Abschluss des Bauvertrags, sondern auch während der Bauausführung vereinbart werden. Exemplarisch kann durch eine Terminplanfortschreibung einvernehmlich eine neue Vertragsfrist vereinbart werden

Kammergericht, IBR 2024, 166.

## **b) Die Vertragsstrafe**

Ohne die wirksame Regelung im Vertrag kann eine Vertragsstrafe vom Auftraggeber nicht verlangt werden.

Die Vertragsstrafe ist in den §§ 339 ff. BGB, 11 VOB/B geregelt.

Die Vertragsstrafe kann nicht nur für den Fall der Überschreitung von Vertragsfristen vereinbart werden, sondern auch für alle möglichen Fälle der Nichteinhaltung vertraglicher Leistungspflichten.

Aufgrund der Akzessorietät der Vertragsstrafe kann diese ohne gesonderte vertragliche Regelung nicht an Subunternehmer durchgereicht werden, sofern diese für die Verwirkung verantwortlich sind

BGH, Baurecht 1998, 330.

Allerdings kann in diesen Fällen die Vertragsstrafe als Verzugsschaden gegenüber dem Subunternehmer durchgesetzt werden

BGH, Baurecht 2000, 1050.

Gemäß §§ 11 Abs. 1 VOB/B, 340 Abs. 2 BGB kann neben dem Anspruch aus der Vertragsstrafe ein weiterer Schaden zusätzlich geltend gemacht werden.

Bezüglich der Höhe der Vertragsstrafe ist anzumerken, dass eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) unwirksam ist, wenn als Bezugsgröße für die maximal 5 % der Auftragssumme und nicht die Abrechnungssumme zugrunde gelegt werden.

Begründet wird dies von dem BGH damit, dass sich an dem „Verdienst des Auftragnehmers orientiert wird, der typischerweise durch den Verlust von über 5 % der Abrechnungssumme/Vergütungssumme in vielen Fällen nicht nur seinen Gewinn verliert, sondern einen spürbaren Verlust erleidet. Dem entspricht es, dass für einen möglichen Schaden des Auftraggebers, den die Vertragsstrafe widerzuspiegeln hat, nicht die vor Ausführung des Auftrags vereinbarte, sondern die an den Auftragnehmer tatsächlich zu zahlende Vergütung bestimmend ist“

BGH, Baurecht 2024, 1039, 1044 und IBR 2024, 227.

Zwar wurde diese Grundsatzentscheidung für einen Einheitspreisvertrag getroffen, dürfte jedoch auch für einen Detailpauschalvertrag gelten, wobei dies noch nicht entschieden ist.

Der Tagessatz dürfte mit 0,2 % pro Werktag zu bemessen sein.

Grundsätzlich muss gemäß § 11 Abs. 4 VOB/B die Vertragsstrafe bei der Abnahme vorbehalten werden.

## **7.) Mitwirkungspflichten des Auftraggebers und des Auftragnehmers**

Einen Unterfall der Behinderung stellt die Verletzung einer Mitwirkungspflicht durch den Auftraggeber dar. In diesem Falle stehen dem Auftragnehmer Ansprüche gemäß §§ 642, 643 BGB zu

Leupertz, Baurecht 2010, 1999.

Der Auftragnehmer kann eine angemessene Entschädigung verlangen und/oder nach Fristsetzung und entsprechender Erklärung gemäß § 643 BGB den Vertrag kündigen. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht des Auftraggebers gemäß § 642 BGB stellt nur eine Gläubigerobliegenheit dar

Leupertz, Baurecht 2014, 382, 386.

Wenn eine Mitwirkungspflicht darüber hinaus auch als Vertragspflicht des Auftraggebers angesehen wird, können auch Schadensersatzansprüche über §§ 280 ff. BGB entstehen.

Bei der Übernahme einer Vertragspflicht durch den Auftraggeber über die Zahlung des Werklohns und die Abnahme hinaus können vom Auftragnehmer auch Ansprüche unter Verzugsgesichtspunkten gemäß §§ 286 f. geltend gemacht werden und Forderungen aus Annahmeverzug gemäß §§ 293 ff. BGB.

Die Bereitstellung eines bestimmten Wetters ist keine Mitwirkungshandlung des Auftraggebers

OLG Brandenburg, IBR 2013, 668.

In der sogenannten „Wetterentscheidung“ hat der BGH klargestellt, dass es keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB ist, während der Dauer der Ausführung außergewöhnlich ungünstige Witterungsverhältnisse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren

BGH, Baurecht 2017, 1361 ff. = IBR 2017, 302.

Hinsichtlich verlängerter Ausführungsfristen gilt für den VOB-Vertrag § 6 Abs. 2 VOB/B.

Treten Verzögerungen aus der Sphäre des Auftraggebers ein, können dem Auftragnehmer Ansprüche zustehen auf

- Bauzeitverlängerung,
- Schadensersatz
- Vergütungsanpassung und auch
- Kündigungsrechte z.B. § 6 Abs. 7 VOB/B.

Bezüglich möglicher Ansprüche durch Verzögerungen in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, hat der BGH folgendes entschieden:

- Der Bauvertrag kommt mit dem Zuschlagsschreiben zunächst zu den Bedingungen unverändert zu Stande, die Gegenstand der Ausschreibungsunterlagen und des Angebots des Bieters waren selbst dann, wenn die im Vertrag vorgesehene Ausführungsfrist durch den verspäteten Zuschlag obsolet geworden ist

BGH, Baurecht 2009, 1131;

BGH, Baurecht 2010, 1929.

- Allerdings ist die Leistungszeit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch entsprechend in § 2 Abs. 5 VOB/B anzupassen

BGH, Baurecht 2010, 1929.

Weitere Mitwirkungspflichten des Auftraggebers ergeben sich exemplarisch aus den §§ 3 und 4 VOB/B. So sind die für die Ausführung notwendigen Unterlagen dem Auftragnehmer rechtzeitig und unentgeltlich zu übergeben.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der

verschiedenen Unternehmer zu regeln sowie die erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen einzuholen. Auch das Überwachungsrecht und Befugnis Anordnungen zu treffen sind in § 4 VOB/B geregelt.

Auf der anderen Seite finden sich auch Verpflichtungen des Auftragnehmers exemplarisch in § 4 Abs. 2 VOB/B, wonach der Auftragnehmer die Leistungen unter eigener Verantwortung auszuführen hat entsprechend den anerkannten Regeln der Technik und der Einhaltung der gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen. Auch ist der Auftragnehmer gemäß § 4 Abs. 5 VOB/B verpflichtet, die Leistungen bis zur Abnahme vor Beschädigungen und Diebstahl zu schützen. Auf Verlangen des Auftraggebers hat er die Baumaßnahme auch vor Winterschäden und Grundwasser zu schützen gegen eine entsprechende Vergütung gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B, sofern keine unentgeltlichen Nebenleistungen vorliegen. Weiter muss der Auftragnehmer Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, auf eigene Kosten ersetzen gemäß § 4 Abs. 7 VOB/B. Gemäß § 4 Abs. 8 VOB/B ist der Auftragnehmer grundsätzlich verpflichtet, die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen und darf auch nur Nachunternehmer mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers beauftragen.