

von Wietersheim (Hrsg.)

Bauvertragsrecht nach BGB und VOB/B

Praxiskommentar
BGB-Werkvertragsrecht,
BGB-Kaufrecht und VOB/B

5. Auflage

E-Book

 Reguvis

Bauvertragsrecht nach BGB und VOB/B

Bauvertragsrecht nach BGB und VOB/B

Praxiskommentar BGB–Werkvertragsrecht, BGB–Kaufrecht und VOB/B

Herausgeber:

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Rechtsanwalt, Berlin

Bearbeiter:

Dr. Thomas Berger, Fachanwalt für Steuerrecht, Bielefeld

Dr. Gert Hällßig, Rechtsanwalt, Leipzig

Ioannis Lazos, Rechtsanwalt, Berlin

Timo May, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und
Vergaberecht, Berlin

Jens Passarge, Rechtsanwalt, Berlin

Dr. Kai H. Warnecke, Präsident Haus & Grund Deutschland e.V., Berlin

Dina Westphal, Rechtsanwältin, Berlin

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Rechtsanwalt, Berlin

5. überarbeitete und aktualisierte Auflage

 Reguvis

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.

Reguvis Fachmedien GmbH
Amsterdamer Str. 192
50735 Köln

www.reguvis.de

Beratung und Bestellung:
Tel.: +49 (0) 221 97668-306
Fax: +49 (0) 221 97668-236
E-Mail: bau-immobilien@reguvis.de

ISBN (Print): 978-3-8462-1375-9
ISBN (E-Book): 978-3-8462-1376-6

© 2023 Reguvis Fachmedien GmbH
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt auch für die fotomechanische Vervielfältigung (Fotokopie/Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Hinsichtlich der in diesem Werk ggf. enthaltenen Texte von Normen weisen wir darauf hin, dass rechtsverbindlich allein die amtlich verkündeten Texte sind.

Herstellung: Günter Fabritius
Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Appel & Klinger Druck und Medien GmbH, Schneckenlohe

Printed in Germany

Vorwort

Die Diskussion „VOB-Vertrag oder BGB-Vertrag“ hat in den letzten Jahren die Veranstaltungen der Baujuristen verlassen und wird in Bauunternehmen und bei Veranstaltungen für Bauunternehmer mit immer neuer Intensität geführt. In manchen Baubranchen hat man sich flächendeckend von der Vereinbarung der VOB/B verabschiedet. Auch die Einführung des gesetzlichen Bauvertrages Anfang 2018 hat diese Diskussion nicht beendet.

Was hat dies für Folgen für den einzelnen Vertrag? Was gilt ohne die VOB/B, was mit? Welche Gestaltungsmöglichkeiten gibt es?

Dieses Buch stellt in nunmehr fünfter Auflage sowohl die baurechtlichen Inhalte des BGB als auch die VOB/B dar. Die Rechtsprechung zur VOB/B hat einige grundlegende Änderungen der Anwendung mit sich gebracht. Das gesetzliche Bauvertragsrecht im BGB hat bei seiner Einführung einige Fragen aufgeworfen, von denen, soweit ersichtlich, nur wenige wirklich eindeutig beantwortet werden können. Es dauert doch länger als erwartet, bis sich Gerichte mit den neuen Themen befassen und sich einheitliche Auffassungen herausbilden.

Diese Darstellung soll den Praktiker bei der sicheren Handhabung beider Regelwerke unterstützen.

Insbesondere die Darstellung der in ihren Auswirkungen oft unterschätzten kaufvertraglichen Regelungen schließt eine Lücke der unternehmerischen Praxis.

Die Autoren des Buches haben aus ihrer Erfahrung heraus die Gestaltungsmöglichkeiten und die Anwendung des privaten Baurechts beschrieben. Über Hinweise und Rückmeldungen jeder Art freuen wir uns, schreiben Sie uns einfach an den Herausgeber ra@vonwietersheim.net.

Berlin, im Mai 2022

Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
---------------	---

Teil 1 BGB

Allgemeines zum Vertragsabschluss und -inhalt 41

A. Der Vertragsabschluss	41
I. Angebot und Annahme	41
1. Willenserklärungen und Zugang	41
2. Deckungsgleichheit	42
3. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	43
II. Vertretung	44
1. Grundsätzliches	44
2. Rechtsscheinvollmachten	45
3. Vollmacht der am Bau Beteiligten	46
4. Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht	46
III. Verschulden bei Vertragsverhandlungen	47
B. Vertragsinhalt	47
I. Vertragsbestandteile	47
II. Vertragsauslegung, Widersprüche, Rangfolge	47
C. Form	50
D. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)	51
I. Definition	51
II. Einbeziehung in den Vertrag	53
III. Vorrang von Individualvereinbarungen	53
IV. Sich widersprechende AGB	53
V. Inhaltskontrolle von AGB und ihre Rechtsfolgen	54
1. Verwendung gegenüber Nichtunternehmern – allgemeine Grundsätze	54
2. Weitergehende Spezialregelungen für Verbraucherverträge	55
3. Verträge mit Unternehmern	55
4. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das AGB-Recht	55

Kaufrecht 57

A. Allgemeine Ausführungen zum Kaufrecht	57
I. Einführung	57
II. Anwendung des Kaufrechts bei Bauverträgen	57
1. § 650 BGB Werklieferungsvertrag; Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte	58
2. Fazit und Auswirkungen	59

Inhaltsverzeichnis

III. Abgrenzung zwischen Kaufrecht und allgemeinen Leistungsstörungen	60
1. Gewährleistungsrecht des Kaufrechts	60
2. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB	61
3. Verzug, § 286 BGB	61
4. Nebenpflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (früher „positive Vertragsverletzung“ – pVV)	62
5. Pflichtverletzungen im vorvertraglichen Raum, § 311 Abs. 2 BGB (früher „Culpa in Contrahendo“ – cic)	62
6. Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB	63
7. Die Corona-Pandemie: Sonderfall hinsichtlich der Geschäftsgrundlage	63
8. Die Russland-Krise: Ein weiterer Sonderfall hinsichtlich der Geschäftsgrundlage ...	65
9. Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: Kein neuer zivilrechtlicher Haftungstatbestand	66
B. Ausführungen zu den einzelnen Vorschriften	67
§ 433 BGB Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag	67
I. Einführung	67
II. Pflichten von Käufer und Verkäufer	68
§ 434 BGB Sachmangel	69
§ 442 BGB Kenntnis des Käufers	69
§ 443 BGB Garantie	70
§ 444 BGB Haftungsausschluss	70
I. Einführung	70
II. Sachmangel, § 434 BGB	71
III. Kenntnis des Käufers, § 442 BGB	71
IV. Garantie, § 443 BGB	72
V. Haftungsausschluss, § 444 BGB	72
§ 435 BGB Rechtsmangel	73
§ 436 BGB Öffentliche Lasten von Grundstücken	74
§ 437 BGB Rechte des Käufers bei Mängeln	74
I. Einführung	75
II. Die Rechte des Käufers im Einzelnen	75
§ 438 BGB Verjährung der Mängelansprüche	77
I. Einführung	78
II. Rechtsmängel	78
III. Bauwerke, Baustoffe, Bauteile	78
IV. Bewegliche Sachen	79
V. Beginn und Lauf der Verjährung	79

§ 439 BGB Nacherfüllung	80
I. Einführung	80
II. Die Nacherfüllung im Einzelnen	81
1. Ausübung des Wahlrechts	81
2. Pflichten des Verkäufers	82
3. Aus- und Einbaukosten	82
4. Ausschluss der Nacherfüllung	83
§ 440 BGB Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz ..	83
I. Einführung	84
II. Rücktritt	84
1. Nachfristsetzung	84
2. Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung	85
III. Schadensersatz	86
1. Mangelschäden	87
2. Mangelfolgeschäden	88
3. Schadensersatz wegen Verzögerung der mangelfreien Leistung	88
IV. Ersatz vergeblicher Aufwendungen	89
§ 441 BGB Minderung	89
I. Einführung	89
II. Die Minderung im Einzelnen	90
§ 445a BGB Rückgriff des Verkäufers	91
§ 445b BGB Verjährung von Rückgriffsansprüchen	92
§ 446 BGB Gefahr- und Lastenübergang	92
§ 447 BGB Gefahrübergang beim Versandungskauf	93
§ 448 BGB Kosten der Übergabe und vergleichbare Kosten	93
I. Gefahr- und Lastenübergang, § 446 BGB	93
II. Versandungskauf, § 447 BGB	94
III. Kosten der Übergabe und vergleichbare Kosten, § 448 BGB	95
§ 449 BGB Eigentumsvorbehalt	95
I. Einführung	96
II. Sonderformen des Eigentumsvorbehalts	96
III. Besonderheiten im Bauvertragsrecht	97
§ 474 BGB Verbrauchsgüterkauf	97
§ 475 BGB Anwendbare Vorschriften	98
I. Einführung	98
II. Der Verbrauchsgüterkauf im Einzelnen	99

§ 475a Verbrauchsgüterkaufvertrag über digitale Produkte	100
§ 475b Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen	100
§ 475c Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente	101
§ 475d Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz	101
§ 475e Sonderbestimmungen für die Verjährung	102
I. Einführung	102
II. Verbrauchsgüterkauf über digitale Produkte, § 475a BGB	102
III. Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen, § 475b BGB	102
IV. Sachmangel einer Ware mit digitalen Elementen bei dauerhafter Bereitstellung der digitalen Elemente, § 475c BGB	103
V. Sonderbestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz, § 475d BGB	103
VI. Sonderbestimmungen für die Verjährung, § 475e BGB	103
§ 476 BGB Abweichende Vereinbarungen	104
§ 477 BGB Beweislastumkehr	104
I. Abweichende Vereinbarungen, § 476 BGB	105
II. Beweislastumkehr, § 477 BGB	105
§ 478 BGB Sonderbestimmungen für den Rückgriff des Unternehmers	106
I. Rückgriff des Unternehmers	106
II. Verjährung von Rückgriffsansprüchen	108
§ 479 BGB Sonderbestimmungen für Garantien	108
I. Sonderbestimmungen für Garantien, § 479 BGB	108
C. Checklisten	110
I. Checkliste 1: Allgemeines Schuldrecht	110
II. Checkliste 2: Gewährleistungsrechte im Schuldrecht	112
Werkvertragsrecht	115
Kapitel 1 Allgemeine Vorschriften	115
§ 631 BGB Vertragstypische Pflichten	115
A. Anwendungsbereich Werkvertragsrecht	115
I. Werkvertrag – Bauvertrag – Verbraucherbaupvertrag	115
II. § 631 BGB und VOB/B	115
III. Werkvertrag: Hauptpflichten der Vertragspartner	116
1. Erbringung Werkleistung	116
a. Allgemeines zur Werkleistung	116
b. Einseitige nachträgliche Änderungen nur ausnahmsweise	117

2.	Zahlung Werklohn	118
a.	Hauptleistungspflicht des Auftraggebers	118
b.	Einheitspreis/Pauschalpreis/Festpreis	119
IV.	Verzug oder mangelhafte Leistung des Auftragnehmers	120
1.	Handlungsmöglichkeiten des Auftraggebers	120
2.	Verzug im Rechtssinn	120
3.	Zurückbehaltungsrecht	122
4.	Verzugsschaden	122
5.	Vertragsstrafe	122
6.	Rücktritt	123
V.	Abgrenzung Dienstvertrag/Arbeitnehmerüberlassung	123
1.	Dienstvertrag	123
2.	Arbeitnehmerüberlassung	124
VI.	Abgrenzung Kaufvertrag	126
VII.	Abgrenzung Mietvertrag	126
B.	Wichtige Regelungen des Werkvertrages, Nebenpflichten	127
I.	Sinnvolle Ergänzungen des Vertrages	127
II.	Fristen, Fälligkeit der Werkleistung	127
1.	Vereinbarung von Terminen	127
2.	Fehlende Vereinbarung von Terminen	127
3.	Vertragsstrafe	127
a.	Vereinbarung der Vertragsstrafe	128
b.	Anfall der Vertragsstrafe	129
c.	Vorbehalt bei der Abnahme	129
4.	Kündigung anstelle des Rücktritts	130
5.	Sicherheiten	130
III.	Nebenpflichten	131
IV.	Unwirksamkeit	132
1.	Verbot der Koppelung von Grundstückskaufverträgen und Architektenverträgen ..	132
2.	Weitere Unwirksamkeitsgründe	132
§ 632 BGB Vergütung	133	
A.	Allgemeines	133
§ 632 BGB und die VOB/B	133	
B.	Vergütungsvereinbarung	133
I.	Notwendigkeit eines wirksamen Vertrages mit Vergütungsvereinbarung	133
II.	Checkliste Vergütungspflicht	135
C.	Pauschalverträge	136
I.	Detailpauschalvertrag	137
II.	Globalpauschalvertrag	137
III.	Grenzen der Pauschalierung	138
D.	Ermittlung der nicht vereinbarten Vergütung	138
I.	Taxmäßige Vergütung	138
II.	Übliche Vergütung	138

Inhaltsverzeichnis

E. Abrechnung erforderlich?	139
F. Freistellungsbescheinigung nach § 48b EstG	142
G. Verjährung	143
I. Dauer und Beginn der Verjährung	143
II. Hemmung und Neubeginn der Verjährung	144
H. Kostenanschlag, Kosten der Angebotserstellung	147
I. Handlungsmöglichkeiten bei Verzug des Auftraggebers	148
I. Überblick	148
II. Ohne Lösung vom Vertrag	148
1. Leistungsverweigerungsrecht nach § 650f BGB	148
2. Leistungsverweigerung nach § 321 BGB	148
3. Verzugschaden nach § 280 Abs. 1, 2 i.V.m. § 286 BGB	149
§ 632a BGB Abschlagszahlungen	149
A. Allgemeines – § 632a BGB und die VOB/B	150
B. Voraussetzungen für Abschlagszahlungen	150
I. Grundsätzliches zum Anspruch des Auftragnehmers	150
II. Wirkung von Abschlagszahlungen	151
III. Ausschluss von Abschlagszahlungen	151
IV. Voraussetzungen für Abschlagszahlungen für erbrachte Leistungen	151
1. Wert der erbrachten Leistungen	151
2. Mängel der Leistung	151
3. Beweislast für Mangelfreiheit	152
4. Prüfbare Abrechnung	152
V. Stoffe und Bauteile	152
1. Angefertigt/Angeliefert	152
2. Eigentumsübertragung	152
3. Sicherheitsleistung	153
VI. Grenzen der Vereinbarung	154
VII. Mit Verbrauchern	154
§ 633 BGB Sach- und Rechtsmangel	154
A. Einstieg ins Gewährleistungsrecht	154
I. § 633 BGB und VOB/B	155
II. Wann ist eine Leistung mangelhaft?	155
1. Zeitpunkt der Prüfung	155
2. Systematik des Gesetzes	155
3. Abweichung vom Vertrag	156
a. Feststellen der geschuldeten Leistung	156
b. Feststellen eines Unterschiedes zwischen geschuldeter und ausgeführter Leistung	157
4. Mangel bei fehlender Vereinbarung	157
5. Bedenkenanmeldung des Auftragnehmers	158
B. Rechtsmangel	159

§ 634 BGB Rechte des Bestellers bei Mängeln	160
A. Allgemeines	160
I. Bedeutung des § 634 BGB	160
II. § 634 BGB und die VOB/B	161
B. Vor- und Nachteile der verschiedenen Mängelansprüche	162
C. Ausübung Wahlrecht	164
D. Mehrere Auftragnehmer als Gesamtschuldner?	164
I. Allgemeines	164
II. Haftung gegenüber dem Bauherrn	165
III. Sonderproblem fehlerhafte Planung	165
IV. Gesamtschuldnerausgleich	166
V. Vorsichtsmaßnahme Streitverkündung	167
VI. Vorsicht bei Vergleichen mit dem Bauherrn	168
§ 634a BGB Verjährung der Mängelansprüche	168
A. Unterschiedliche Verjährungsfristen für verschiedene Leistungen	169
I. Bedeutung des § 634a BGB	169
II. § 634a BGB und die VOB/B	170
B. Arglistiges Verschweigen	170
C. Abweichende Vereinbarungen	170
D. Hemmung und Neubeginn	171
I. Hemmung	171
1. Überblick	171
2. Wichtige Hemmungstatbestände	171
a. Verhandlungen	171
b. Vereinbartes Begutachtungsverfahren	172
c. Schiedsverfahren	172
d. Vereinbarung	172
e. Klage und Mahnbescheid	172
f. Aufrechnung im Prozess	172
g. Streitverkündung	172
h. Selbständiges Beweisverfahren	173
II. Neubeginn	173
§ 635 BGB Nacherfüllung	174
A. Allgemeines	174
I. Bedeutung des § 635 BGB	174
II. § 635 BGB und VOB/B	174
B. Voraussetzung der Nacherfüllung	175
I. Aufforderung durch den Auftraggeber	175
II. Entbehrlichkeit der Aufforderung	175

Inhaltsverzeichnis

III.	Nacherfüllung und Kosten	176
1.	Nacherfüllung	176
2.	Grundsatz der Kostenerstattung	176
3.	Ausnahme	177
C.	Verweigerung der Nacherfüllung	177
D.	Rückgabe des mangelhaften Werkes	178
	§ 636 BGB Besondere Bestimmungen für Rücktritt und Schadensersatz ..	178
A.	Allgemeines	179
I.	Bedeutung des § 636 BGB	179
II.	§ 636 und VOB/B	179
B.	Kündigung statt Rücktritt: Sinnvolle vertragliche Ergänzung	179
C.	Gemeinsame Voraussetzungen	180
I.	Mangel	180
II.	Fristsetzung	180
III.	Mitwirkung des Auftraggebers	181
IV.	Entbehrlichkeit der Fristsetzung	182
D.	Rücktritt	182
I.	Weitere Voraussetzung: Kein unerheblicher Mangel	182
II.	Rechtsfolgen	183
1.	Beendigung des gesamten Vertrages	183
2.	Rückgewähr der Leistungen	183
3.	Wahlrecht erlischt	183
E.	Schadensersatz	184
I.	Weitere Voraussetzungen	184
II.	Rechtsfolgen: Ersatz des Schadens	184
1.	Sog. großer Schadensersatz	184
2.	Sog. kleiner Schadensersatz	184
	§ 637 BGB Selbstvornahme	185
A.	Allgemeines	185
I.	Bedeutung des § 637 BGB	185
II.	§ 637 und VOB/B	185
B.	Voraussetzungen	185
I.	Angemessene Frist	186
II.	Entbehrlichkeit der Frist	186
III.	Ausschluss der Fristsetzung durch Auftraggeber	187
C.	Ersatz von Mängelbeseitigungskosten: Aufwendungsersatz	187
D.	Mangel	187
E.	Vorschuss	188

§ 638 BGB Minderung	188
A. Allgemeines	189
I. Bedeutung des § 638 BGB	189
II. § 638 und VOB/B	189
B. Voraussetzungen	189
C. Durchführung	189
D. Berechnung der Minderung	190
§ 639 BGB Haftungsausschluss	191
A. Allgemeines	191
I. Bedeutung des § 639 BGB	191
II. § 639 BGB und VOB/B	191
B. Vereinbarung des Haftungsausschlusses	191
I. Zulässigkeit, insbesondere bei Verbraucherverträgen	191
1. Ausschluss aller Gewährleistungsansprüche	191
2. Ausschluss einzelner Gewährleistungsansprüche	191
II. Reichweite eines vereinbarten Haftungsausschlusses	193
C. Arglistiges Verschweigen	193
D. Organisatorisches Versagen	193
E. Behauptungen ins Blaue	194
F. Garantie	194
§ 640 BGB Abnahme	194
A. Allgemeines	195
I. Bedeutung des § 640 BGB	195
II. § 640 BGB und VOB/B	195
B. Abnahmeprotokoll	196
C. Voraussetzung für die Abnahme	196
D. Pflicht zur Abnahme	196
E. Durchführung der Abnahme	197
I. Teilabnahmen	197
II. Ausdrücklich	198
III. Konkludent	198
IV. Abnahmefiktion nach § 640 Abs. 2 BGB	199
V. Verweigerung bei wesentlichen Mängeln	201
F. Vollmacht und Haftung	202
G. Rechtsfolgen der Abnahme	202
I. Fälligkeit des Werklohnes und Verjährungsbeginn	202
II. Übergang der Gefahr	203
III. Teilweiser Verlust von bekannten Mängelansprüchen bei unterlassenem Vorbehalt	203
IV. Beweislastumkehr bei Mängeln	203

Inhaltsverzeichnis

V. Beginn der Gewährleistungsfrist	204
VI. Verlust von Vertragsstrafen bei unterlassenem Vorbehalt	204
H. Anfechtung der Abnahmeerklärung	205
§ 641 BGB Fälligkeit der Vergütung	205
A. Allgemeines	205
I. Bedeutung des § 641 BGB	205
II. § 641 BGB und VOB/B	206
B. Rechtsfolgen der Fälligkeit	206
C. Voraussetzungen	206
I. Abnahme	206
II. Kündigung	207
D. Abrechnung erforderlich?	207
E. Subunternehmerverträge	207
I. Sonderregelung des Abs. 2	207
II. Abweichende Vereinbarungen	209
F. Weitere Voraussetzungen für die Fälligkeit	209
G. Druckzuschlag bei Mängeln, Abs. 3	209
H. Beginn der Verzinsung	211
§ 642 BGB Mitwirkung des Bestellers	211
A. Allgemeines	212
I. Bedeutung des § 642 BGB	212
II. § 642 BGB und VOB/B	212
B. Mitwirkungshandlungen	212
C. Verstoß und fehlende Leistungsbereitschaft des Auftragnehmers	213
D. Behinderungsanzeige	213
E. Rechtsfolge	214
I. Bauzeitverlängerung	214
II. Entschädigungsanspruch	215
III. Kündigung nach § 643 BGB	216
§ 643 BGB Kündigung bei unterlassener Mitwirkung	216
A. Allgemeines	216
I. Bedeutung des § 643 BGB	216
II. § 643 BGB und VOB/B	217
B. Voraussetzungen für die Kündigung/Vertragsbeendigung	217
C. Wirkung der Kündigung im Überblick	218
D. Abrechnung des gekündigten Vertrages	219
I. Trennung erbrachter/nicht erbrachter Leistungen	219
II. Abrechnung erbrachter Leistungen	220
III. Abrechnung nicht erbrachter Leistungen	220
§ 644 BGB Gefahrtragung	220

§ 645 BGB Verantwortlichkeit des Bestellers	220
A. Allgemeines	220
I. Bedeutung der §§ 644, 645 BGB	220
II. §§ 644, 645 BGB und VOB/B	221
B. Leistungsgefahr	221
C. Vergütungsgefahr	221
D. Risikotragung des Auftraggebers – insbesondere Baugrundrisiko	223
E. Schadensersatzansprüche	223
F. Abweichende Vereinbarungen	223
§ 646 BGB Vollendung statt Abnahme	224
A. Allgemeines	224
I. Bedeutung des § 646 BGB	224
II. § 646 BGB und VOB/B	224
B. Regelungsinhalt	224
I. Betroffene Leistungen	224
II. Vollendung statt Abnahme	224
§ 647 BGB Unternehmerpfandrecht	224
A. Allgemeines	225
I. Bedeutung des § 647 BGB	225
II. § 647 BGB und VOB/B	225
B. Voraussetzungen für das Pfandrecht	225
C. Ausübung des Pfandrechts	226
§ 648 BGB Kündigungsrecht des Bestellers	226
A. Allgemeines	226
I. Ausnahmecharakter der Vorschrift	226
II. § 648 BGB und VOB/B	227
III. Kündigungserklärung	227
IV. Verhalten nach der Kündigung	228
1. Vorgehensweise des Auftraggebers	228
2. Verhalten des Auftragnehmers	228
V. Geltung bei VOB-Verträgen	229
B. Abrechnung	229
I. Ermittlung der erbrachten und der nicht erbrachten Leistungen	229
II. Erbrachte Leistungen	230
III. Nicht erbrachte Leistungen	231
1. Mengennachweise	231
2. Abrechnung	231
IV. Beweislast	232
C. Mängel	233
D. Abnahme	233
E. Abweichende Vereinbarungen	233

§ 648a BGB Kündigung aus wichtigem Grund	234
A. Allgemeines	234
B. Voraussetzung: Wichtiger Grund	234
C. Kündigung bei Mängeln	235
D. Teilkündigung	235
E. Fristen	235
F. Nach der Kündigung	236
G. Vergütung	236
H. Schadensersatz	236
§ 649 BGB Kostenanschlag	237
A. Allgemeines	237
I. Bedeutung des § 649 BGB	237
II. § 649 BGB und VOB/B	237
B. Kündigungsrecht	237
I. Wesentliche Überschreitung des Kostenanschlags	238
II. Vergütung erbrachter Leistungen	238
III. Vergütung nicht erbrachter Leistungen	238
IV. Schadensersatzansprüche des Auftraggebers	238
C. Anzeige	238
§ 650 BGB Anwendung des Kaufrechts	239
A. Allgemeines	239
I. Unterschiede Kaufrecht/Werkvertragsrecht	239
II. § 650 BGB und VOB/B	240
III. Anwendungsbereich Kaufrecht	240
Kapitel 2 Bauvertrag	241
§ 650a BGB Bauvertrag	241
§ 650b BGB Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers	242
A. Allgemeines	242
B. Welche Änderungen sind erfasst	242
C. Wie wird der Vertrag geändert?	243
I. Vergleich zur VOB/B	243
1. Schritt: Streben nach Einvernehmen	243
2. Schritt: Anordnung	244
D. Was passiert in der Zwischenzeit?	245
E. Vergütung	245

§ 650c BGB Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b	
Absatz 2	245
A. Voraussetzungen für eine Vergütungsanpassung	246
B. Berechnung der Vergütungsanpassung	246
I. Grundsatz: Keine Fortschreibung der Kalkulation	246
II. Keine Vergütung bei planendem Auftragnehmer	247
III. Fortschreibung der Kalkulation	247
IV. Vergütung bei Abschlagszahlungen	248
§ 650d BGB Einstweilige Verfügung	248
A. Besonderheiten der einstweiligen Verfügung	248
B. Kein Verfügungsgrund erforderlich	249
C. Umfang der erreichbaren Regelung	249
D. Hinweis auf Haftungsfalle § 945 ZPO	249
§ 650e BGB Sicherungshypothek des Bauunternehmers	249
A. Allgemeines	250
I. Zur Bauhandwerkersicherung	250
II. § 650e BGB und VOB/B	251
B. Voraussetzungen	251
I. Bauwerkunternehmer	251
II. Baugrundstück	251
III. Auftraggeber als Eigentümer	251
IV. Werklohn für erbrachte Leistungen, Mängel	252
C. Kein Anspruch auf Sicherung	252
D. Durchsetzung	253
I. Eintragung einer Vormerkung durch einstweilige Verfügung	253
1. Vorgehensweise	254
a. Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung	254
b. Vollstreckung	255
2. Schadensersatzrisiko	256
3. Antrag auf Klageerhebung	257
E. Abweichende Vereinbarungen	257
§ 650f BGB Bauhandwerkersicherung	257
A. Allgemeines	258
I. Bedeutung des § 650f BGB	258
II. § 650f BGB und VOB/B	258
B. Der Sicherungsanspruch	259
I. Voraussetzungen für eine Sicherheit	259
1. Wer darf Sicherheit verlangen?	259
2. Zeitpunkt des Sicherheitsverlangens	259
3. Verfahren, Art der Sicherheit	259
4. Höhe der Sicherheit und Mängel	261

Inhaltsverzeichnis

5. Wenn der Auftraggeber keine Sicherheit gibt: Arbeitseinstellung oder Kündigung	261
6. Abrechnung nach Kündigung	262
7. Gesetzliche Ausnahmen: nicht erfasste Auftraggeber	263
8. Vorbehalt des Widerrufs der Sicherheit	264
C. Abweichende Vereinbarungen	264
§ 650g BGB Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme; Schlussrechnung	264
A. Allgemeines	265
B. Zustandsfeststellung bei Abnahmeverweigerung	265
I. Pflicht zur gemeinsamen Zustandsfeststellung	265
II. Verpflichtung des Auftraggebers	265
III. Verlangen des Auftragnehmers	266
IV. Durchführung der Zustandsfeststellung	266
V. Folgen der fehlenden Mitwirkung des Auftraggebers	267
C. Vermutung der Mangelfreiheit	267
D. Prüffähige Abrechnung	268
I. Voraussetzungen für die Fälligkeit	268
II. Anforderungen an die Prüffähigkeit	268
III. Rüge des Auftraggebers	268
1. Anforderungen an eine Rüge	269
2. Unterlassen der Rüge	269
§ 650h BGB Schriftform der Kündigung	269
A. Allgemeines	269
B. Einzuhaltende Form	269
C. Zugang	270
D. Folgen eines Verstoßes	270
Kapitel 3 Verbraucherbaupvertrag	270
§ 650i BGB Verbraucherbaupvertrag	270
A. Allgemeines	270
B. Begriff des Verbraucherbaupvertrages	270
I. Verbraucher	271
II. Betroffene Bauleistungen	271
C. Form des Verbraucherbaupvertrages	271
I. Textform	271
II. Folgen einer falschen Form	272
D. Anwendbarkeit der §§ 650j bis 650n BGB	272

§ 650j BGB Baubeschreibung	272
A. Erforderlichkeit einer Baubeschreibung	272
I. Grundsatz der Erstellung durch Auftragnehmer	272
II. Ausnahme: Verbraucher plant selber	272
B. Inhalt einer Baubeschreibung	272
§ 650k BGB Inhalt des Vertrags	273
A. Einbeziehung von Werbeaussagen	273
I. Vorvertragliche Übergabe einer Baubeschreibung	273
II. Ausnahme der anderweitigen Vereinbarung	273
B. Unklarheitenregelung	273
I. Umstände für die Auslegung	273
II. Zweifel zu Lasten des Auftragnehmers	274
C. Zeitplan	274
§ 650l BGB Widerrufsrecht	274
A. Widerrufsrecht	274
B. Belehrung	274
C. Fristen	275
D. Folgen eines Widerrufs	276
§ 650m BGB Abschlagszahlungen; Absicherung des Vergütungsanspruchs	277
A. Allgemeines	277
B. Beschränkung der Gesamthöhe	277
C. Sicherheit des Auftragnehmers	277
D. Sicherheit des Auftraggebers	278
E. Unwirksamkeit von Vereinbarungen	278
§ 650n BGB Erstellung und Herausgabe von Unterlagen	278
A. Herstellung und Übergabe vor Baubeginn	278
B. Übergabe nach Fertigstellung	279
C. Erweiterung bei Einbeziehung Dritter	279
Kapitel 4 Unabdingbarkeit	279
§ 650o BGB Abweichende Vereinbarungen	279

Teil 2

VOB/B

Einführung in die VOB/B	281
A. Einleitung	281
B. Einbeziehung der VOB/B in einen Bauvertrag	281
C. Die VOB/B als Vertragsbestandteil	282
§ 1 VOB/B Art und Umfang der Leistung	284
A. Einleitung	285
B. Vertragsinhalt (§ 1 Abs. 1 Satz 1)	285
C. Die VOB/C als Vertragsinhalt (§ 1 Abs. 1 S. 2)	287
I. Inhalt	287
1. Aufbau der ATV/DIN	287
a. Abschnitt 0: „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“	287
b. Abschnitt 1: „Geltungsbereich“	287
c. Abschnitt 2: „Stoffe, Bauteile“	287
d. Abschnitt 3: „Ausführung“	287
e. Abschnitt 4: „Nebenleistungen und Besondere Leistungen“	288
f. Abschnitt 5: „Abrechnung“	288
2. DIN 18299	288
3. DIN 18300 bis 18459	288
II. Auswirkungen	288
III. Abweichung vom BGB	289
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	289
V. Isolierte Vereinbarung	289
D. Widersprüche im Vertrag (§ 1 Abs. 2)	289
I. Inhalt	289
II. Auswirkungen	289
1. Widersprüche zwischen verschiedenen Vertragsteilen	290
2. Widersprüche innerhalb eines Vertragsteiles	290
III. Abweichung vom BGB	291
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	291
V. Isolierte Vereinbarung	291
E. Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers (§ 1 Abs. 3)	291
I. Inhalt	291
II. Auswirkungen	291
1. Ausübung der Änderungsanordnung	291
2. Gegenstand und Umfang der Änderungsanordnung	292
3. Rechtsfolgen der Änderungsanordnung	292
III. Abweichung vom BGB	292
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	292
V. Isolierte Vereinbarung	293

F. Nicht vereinbarte, erforderliche Leistungen (§ 1 Abs. 4 S. 1)	293
I. Inhalt	293
II. Auswirkungen	293
III. Abweichung vom BGB	294
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	294
V. Isolierte Vereinbarung	294
G. Andere Leistungen (§ 1 Abs. 4 S. 2)	294
I. Inhalt	294
II. Auswirkungen	294
III. Abweichung vom BGB	295
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	295
V. Isolierte Vereinbarung	295
§ 2 VOB/B Vergütung	295
A. Einleitung	297
B. Die Vergütung des Auftragnehmers	298
I. Inhalt	298
1. Vergütung/Generalklausel (§ 2 Abs. 1 VOB/B)	299
2. Berechnungsart (§ 2 Abs. 2 VOB/B)	299
II. Auswirkungen	299
1. 10 % Abweichung (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B)	300
2. Mehr als 10 % Überschreitung (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B)	300
3. Mehr als 10 % Unterschreitung (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B)	302
III. Abweichung vom BGB	303
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	304
V. Isolierte Vereinbarung	304
C. Weitere Berechnungsarten (§ 2 Abs. 2)	304
I. Inhalt	304
II. Auswirkungen	304
1. Pauschalsumme	304
a. Grundsätzliche Unveränderlichkeit	304
b. Änderungen der Pauschalsumme (§ 2 Abs. 7 Nr. 1 und 2 VOB/B)	304
c. Auswirkungen von bestimmten Mengenabweichungen (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 VOB/B)	306
2. Stundenlohnsätze	306
3. Selbstkosten	306
III. Abweichung vom BGB	307
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	307
V. Isolierte Vereinbarung	307
D. Weitere Vergütungsansprüche des Auftragnehmers	307
I. Inhalt	307
II. Auswirkungen	307
1. Zusätzliche Vergütungsansprüche bei geänderten Leistungen auf Anordnung des Auftraggebers (§ 2 Abs. 5 VOB/B)	308
a. Anordnungen i.S.d. § 1 Abs. 3 VOB/B	308

Inhaltsverzeichnis

b. Andere Anordnungen i.S.d. § 2 Abs. 5 VOB/B	308
c. Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs	309
d. Vereinbarung eines neuen Preises	309
e. Hinweispflicht des Auftragnehmers	310
2. Zusätzliche Vergütungsansprüche bei zusätzlichen Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B)	310
a. Anwendungsbereich	310
b. Voraussetzungen	310
c. Höhe der zusätzlichen Vergütung	311
3. Zusätzliche Vergütung für Leistungen, die der Auftragnehmer eigenmächtig ausführt (§ 2 Abs. 8 Nr. 1 bis 3 VOB/B)	311
a. Vergütung für nachträglich anerkannte Leistungen (§ 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 1 VOB/B)	312
b. Vergütung für Leistungen i.S.d. § 2 Abs. 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B	312
c. Kein Ausschluss der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B)	313
d. Weitere Folgen eigenmächtig abweichender oder ohne Auftrag ausgeführter Leistungen des Auftragnehmers	313
4. Vergütung für Planungsleistungen (§ 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B)	313
5. Vergütung für Prüfungsleistungen (§ 2 Abs. 9 Nr. 2 VOB/B)	314
6. Vom Auftraggeber selbst übernommene Leistungen (§ 2 Abs. 4 VOB/B)	314
III. Abweichung vom BGB	314
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	314
V. Isolierte Vereinbarung	315
§ 3 VOB/B Ausführungsunterlagen	315
A. Allgemeines	316
I. Inhalt und Einordnung der Vorschrift	316
II. Folgen mangelhafter Leistung	316
1. Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen	316
2. Anspruch auf Vorlage einer Sanierungsplanung	320
III. Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Klauseln	320
B. Pflicht des Auftraggebers zur Übergabe der Ausführungsunterlagen (§ 3 Abs. 1 VOB/B)	321
I. Begriff der nötigen Ausführungsunterlagen	321
II. Pflicht zur unentgeltlichen und rechtzeitigen Übergabe	322
III. Inhaltskontrolle des § 3 Abs. 1	323
C. Pflicht des Auftraggebers zum Abstecken der Hauptachsen, Geländegrenzen und Schaffen der Höhenfestpunkte (§ 3 Abs. 2)	323
D. Verbindlichkeit der Ausführungsunterlagen; Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers (§ 3 Abs. 3)	323
I. Verbindlichkeit der Ausführungsunterlagen (Abs. 3 Satz 1)	324
II. Prüf- und Hinweispflicht des Auftragnehmers (Abs. 3 Satz 2)	324
1. Art und Umfang der Prüfpflicht	324
2. Hinweispflicht	325

3.	Folgen erkannter und unerkannter Unstimmigkeiten in den Ausführungsunterlagen	325
4.	Umgang des Auftraggebers mit Hinweisen des Auftragnehmers	326
III.	Inhaltskontrolle des § 3 Abs. 3	327
E.	Gemeinsame Niederschrift über örtliche Gegebenheiten (§ 3 Abs. 4)	327
F.	Pflicht des Auftragnehmers zur Beschaffung und Vorlage von Zeichnungen und Unterlagen (§ 3 Abs. 5)	328
G.	Nutzungsbeschränkung der in Abs. 5 genannten Zeichnungen und Unterlagen (§ 3 Abs. 6)	330
I.	Urheberrechtliche Genehmigung (Abs. 6 Nr. 1)	330
II.	Nutzungsrecht des Auftraggebers an DV-Programmen (Abs. 6 Nr. 2)	331
III.	Nutzungsrecht des Auftragnehmers (Abs. 6 Nr. 3)	331
IV.	Inhaltskontrolle des § 3 Abs. 6	331
§ 4 VOB/B	Ausführung	331
A.	Einleitung	333
B.	Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B	334
I.	§ 4 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B	334
1.	Allgemeine Ordnung auf der Baustelle (§4 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B)	334
2.	Zusammenwirken verschiedener Unternehmer (Koordination)	335
3.	Genehmigungen und Erlaubnisse (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B)	336
II.	Überwachungsrecht des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B	338
1.	Allgemeines Recht zum Zutritt zu Arbeitsplätzen, Recht zur Einsichtnahme in Unterlagen	338
2.	Einschränkung des Überwachungsrechts durch das Recht des Auftragnehmers zur Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse	339
3.	Keine Pflicht zur Ausübung des Überwachungsrechts	339
III.	Anordnungsrecht des Auftraggebers, § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B	340
1.	Begriff	340
2.	Begrenzung: Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leistung und Notwendigkeit zur vertragsgemäßen Ausführung	340
3.	Gefahr im Verzug	341
IV.	Pflicht des Auftragnehmers zur Mitteilung von Bedenken, § 4 Abs. 1 Nr. 4 VOB/B	341
1.	Prüfungs- und Mitteilungspflicht des Auftragnehmers	341
C.	Ausführungsverantwortung des Auftragnehmers, § 4 Abs. 2 VOB/B	342
I.	Allgemeines	342
II.	Vertragsgemäße Ausführung	343
1.	Allgemeines	343
2.	Die anerkannten Regeln der Technik	343
3.	Gesetzliche und behördliche Bestimmungen	344
III.	Pflicht des Auftragnehmers zur Leitung und Ausführung der Leistung, § 4 Abs. 2 Nr. 1 Satz 3 VOB/B	344
IV.	Pflichten gegenüber Arbeitnehmern, Abs. 2 Nr. 2 VOB/B	345

Inhaltsverzeichnis

D.	Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers, § 4 Abs. 3 VOB/B	345
I.	Regelungsinhalt	345
II.	Umfang der Prüfungs- und Anzeigepflicht	346
1.	Begrenzung durch die vertragliche Leistungspflicht	346
2.	Begrenzung durch die nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilende Sachkenntnis des Auftragnehmers	346
3.	Keine Befreiung, wenn Auftraggeber selbst fachkundig ist	347
III.	Die einzelnen Fälle des § 4 Abs. 3 VOB/B	347
1.	Vorgesehene Art der Bauausführung	347
2.	Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe und Bauteile	347
3.	Vorleistungen anderer Unternehmer	348
IV.	Anforderungen an die Hinweispflicht und Rechtsfolgen	349
1.	Inhalt	349
2.	Form	349
3.	Frist	349
4.	Adressat	350
5.	Rechtsfolgen	350
E.	Überlassungspflichten des Auftraggebers, § 4 Abs. 4 VOB/B	350
F.	Schutzpflichten des Auftragnehmers, § 4 Abs. 5 VOB/B	350
G.	Pflicht des Auftragnehmers zur Beseitigung vertragswidriger Stoffe und Bauteile, § 4 Abs. 6 VOB/B	351
H.	Mängelbeseitigungs- und Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers vor der Abnahme (§ 4 Abs. 7)	352
I.	Allgemeines	352
1.	Mängelbeseitigungs- und Schadensersatzansprüche vor der Abnahme	352
2.	Inhalt der Regelung	353
II.	Voraussetzungen des § 4 Abs. 7 VOB/B	355
1.	Mangelhafte Leistung	356
2.	Vertragswidrige Leistung	356
3.	Haftung des Auftragnehmers	356
4.	Mitverursachung durch den Auftraggeber	356
III.	Verpflichtung zur Herstellung einer mangelfreien Leistung (Mängelbeseitigung: § 4 Abs. 7 Satz 1)	357
1.	Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer	357
a.	Inhalt der Mängelbeseitigung	357
b.	Umfang der Mängelbeseitigung	358
c.	Mitwirkungspflichten des Auftraggebers	358
d.	Leistungsverweigerungsrecht des Auftraggebers	359
e.	Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs	359
2.	Mängelbeseitigung durch den Auftraggeber (Ersatz- bzw. Selbstvornahme: §§ 4 Abs. 7 Satz 1 und 3, 8 Abs. 3 VOB/B)	360
a.	Mängelbeseitigungsaufforderung	361
b.	Setzen einer angemessenen Frist	361
c.	Ankündigung des Auftragsentzugs (Ablehnungsandrohung)	363

d. Entbehrlichkeit von Mängelbeseitigungsaufforderung, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung	364
e. Kündigungsrecht des Auftraggebers	365
f. Inhalt der Kündigung	366
3. Schriftform	366
4. Gesamt- oder Teilkündigung	367
5. Kündigungsfolgen	368
6. Selbst- bzw. Ersatzvornahme durch den Auftraggeber	369
7. Schadensersatz bei Verzicht auf die weitere Ausführung (§ 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 VOB/B)	369
IV. Schadensersatzanspruch des Auftraggebers (§ 4 Abs. 7 Satz 2)	370
V. Verpflichtung des Auftragnehmers zur Selbstaussführung, § 4 Abs. 8 VOB/B	371
1. Grundsätzliches	371
2. Ausnahmen	371
3. Vereinbarung der VOB/B mit Nachunternehmern (Abs. 8 Nr. 2)	372
4. Folgen bei Verstoß gegen Abs. 8	372
I. Anzeige- und Ablieferungspflicht von Funden, § 4 Abs. 9 VOB/B	372
J. Zustandsfeststellung, § 4 Abs. 10 VOB/B	373
§ 5 VOB/B Ausführungsfristen	374
A. Einleitung	374
B. Festlegung von Ausführungsfristen	375
I. Einleitung	375
II. Fristenvereinbarung bei Abschluss eines Bauvertrages	375
C. Vertragsfristen (§ 5 Abs. 1)	376
I. Inhalt	376
II. Auswirkungen	376
1. Verbindliche Fristen (§ 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B)	377
2. Bauzeitenplan (§ 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B)	377
III. Abweichung vom BGB	377
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	378
V. Isolierte Vereinbarung	378
D. Fehlende Vereinbarung des Ausführungsbeginns (§ 5 Abs. 2)	378
I. Inhalt	378
II. Auswirkungen	378
1. Handlungsmöglichkeit des Auftraggebers	378
2. Handlungsmöglichkeit des Auftragnehmers	379
III. Abweichung vom BGB	379
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	379
V. Isolierte Vereinbarung	379
E. Folgen unzureichender Maßnahmen, Verzögerung und Verzug betreffend die Ausführungsfristen (§ 5 Abs. 3 und Abs. 4)	380
I. Inhalt	380
1. Verzögerung durch den Auftragnehmer (§ 5 Abs. 4 1. Alt VOB/B)	381

Inhaltsverzeichnis

2. Unzureichende Maßnahmen des Auftragnehmers (§ 5 Abs. 3, Abs. 4 3. Alt VOB/B)	381
3. Verzug mit der Vollendung (§ 5 Abs. 4 2. Alt)	382
II. Auswirkungen	383
1. Schadenersatz	383
2. Kündigung	383
III. Abweichung vom BGB	384
IV. Abweichende Vertragsgestaltung	384
V. Isolierte Vereinbarung	384
§ 6 VOB/B Behinderung und Unterbrechung der Ausführung	385
A. Einleitung	385
B. Behinderung der Ausführung (§ 6 Abs. 1 bis Abs. 4)	387
I. Inhalt	387
1. Anzeigepflicht des Auftragnehmers (§ 6 Abs. 1 VOB/B)	387
2. Behinderungen i.S.d. § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B	390
a. Risikobereich des Auftraggebers (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) VOB/B)	390
b. Streik und Aussperrung (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) VOB/B)	391
c. Höhere Gewalt und unabwendbare Umstände (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c) VOB/B)	391
3. Keine Behinderung (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B)	392
II. Auswirkungen	392
1. Verlängerung der Ausführungsfristen bei Behinderung (§ 6 Abs. 2 VOB/B)	392
2. Berechnung der verlängerten Ausführungsfristen (§ 6 Abs. 4 VOB/B)	393
3. Pflichten des Auftragnehmers bei Behinderungen (§ 6 Abs. 3 VOB/B)	393
III. Abweichungen vom BGB	393
IV. Abweichende Vertragsgestaltungen	393
V. Isolierte Vereinbarung	394
C. Unterbrechung der Ausführung (§ 6 Abs. 5 und Abs. 7)	394
I. Inhalt	394
1. Zwischenzeitliche Abrechnung bei Unterbrechung (§ 6 Abs. 5 VOB/B)	394
a. Voraussetzungen der Abrechnung	394
b. Gegenstand der Abrechnung	395
2. Kündigungsrecht bei Unterbrechung (§ 6 Abs. 7 VOB/B)	395
a. Voraussetzungen der Kündigung	395
b. Ausschluss der Kündigung	395
c. Kündigungserklärung	396
II. Auswirkungen	396
1. Zwischenzeitliche Abrechnung (§ 6 Abs. 5 VOB/B)	396
2. Kündigungsrecht bei Unterbrechung (§ 6 Abs. 7 VOB/B)	396
III. Abweichungen vom BGB	396
IV. Abweichende Vertragsgestaltungen	397
V. Isolierte Vereinbarung	397

D. Schadensersatz (§ 6 Abs. 6)	397
I. Inhalt	397
1. Anspruchsvoraussetzungen	397
a. Hindernde Umstände	397
b. Anzeige/Offenkundigkeit	397
c. Verschulden	398
d. Schaden	398
2. Prozessuales	398
a. Anspruchsberechtigter	398
b. Anspruchsgegner	398
II. Auswirkungen	398
1. Schadensersatz	398
2. Entgangener Gewinn	399
3. Verjährung	399
III. Darlegungs- und Beweislast	399
IV. Abweichungen vom BGB	399
V. Abweichende Vertragsgestaltungen	399
VI. Isolierte Vereinbarung	399
§ 7 VOB/B Verteilung der Gefahr	400
A. Allgemeines	400
I. Bedeutung des § 7 VOB/B	400
II. § 7 VOB/B und § 644 BGB	400
B. § 7 Abs. 1 VOB/B: Vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Beschädigung oder Zerstörung	401
I. Die in § 7 Abs. 1 VOB/B geregelten Risiken	401
1. Höhere Gewalt	401
2. Andere unabwendbare Umstände	402
II. Benachrichtigungspflicht	403
C. § 7 Abs. 2 und 3 VOB/B: Ganz oder teilweise ausgeführte Leistungen	403
D. Rechtsfolgen	404
E. Abweichende Vertragsbedingungen und Praxishinweise für die Bauvertragsparteien	404
§ 8 VOB/B Kündigung durch den Auftraggeber	405
A. Grundsätzliches	406
B. Einzelne Kündigungstatbestände	407
I. Die „freie“ Kündigung (§ 8 Abs. 1)	407
1. Voraussetzungen (Nr. 1)	407
2. Rechtsfolgen (Nr. 2)	408
a. Allgemeines	408
b. Mängelansprüche	408
c. Abzug ersparter Kosten	409
d. Abzug von Ersatzerlösen	410
e. Abzug von böswillig unterlassenen Erlösen	410

Inhaltsverzeichnis

II.	Die insolvenzbedingte Kündigung (§ 8 Abs. 2)	411
1.	Allgemeines	411
2.	Kündigungsgründe (Abs. 2 Nr. 1)	412
a.	Zahlungseinstellung	413
b.	Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens	413
c.	Eröffnung des Insolvenzverfahrens	413
d.	Verfahrenseinstellung mangels Masse	413
3.	Umdeutung in „freie“ Kündigung?	414
4.	Kündigungsempfänger	414
5.	Rechtsfolgen (Nr. 2)	414
a.	Abrechnung der bisherigen Leistungen (Nr. 2 Satz 1)	415
b.	Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Nr. 2 Satz 2)	415
III.	Die verzugsbedingte Kündigung (§ 8 Abs. 3)	417
1.	Voraussetzungen, Kündigungsgründe (Nr. 1)	417
2.	Teilkündigung	418
3.	Entsprechende Anwendung auf anderweitige Vertragsaufhebung und Kündigung aus sonstigen wichtigen Gründen	418
4.	Rechtsfolgen (Nr. 2 bis 4)	419
a.	Ersatzvornahme (Nr. 2 Satz 1)	419
b.	Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Verzicht auf die weitere Ausführung (Nr. 2 Satz 2)	420
5.	Anspruch des Auftraggebers auf Weiternutzung der Geräte und Materialien (Nr. 3)	420
6.	Abrechnung des Auftraggebers nach Ersatzvornahme (Nr. 4)	421
IV.	Kündigung aus vergaberechtlichen Gründen (§ 8 Abs. 4)	422
1.	Allgemeines	422
2.	Kündigung wegen wettbewerbswidriger Absprachen (§ 8 Abs. 4 Nr. 1)	422
3.	Vergaberechtliche Kündigungsgründe (§ 8 Abs. 4 Nr. 2)	422
V.	Kündigung in der Nachunternehmerkette aus vergaberechtlichen Gründen (§ 8 Abs. 5)	424
VI.	Schriftform der Kündigung (§ 8 Abs. 6)	424
VII.	Aufmaß, Abnahme und Abrechnung nach Kündigung (§ 8 Abs. 7)	424
1.	Aufmaß	425
2.	Abnahme	425
3.	Abrechnung	425
VIII.	Vertragsstrafe nach Kündigung (§ 8 Abs. 8)	426
	§ 9 VOB/B Kündigung durch den Auftragnehmer	426
A.	Grundsätzliches	426
B.	Kündigungsgründe (§ 9 Abs. 1)	427
I.	Zwei Kündigungsgründe: Unterschiede	427
II.	Annahmeverzug des Auftraggebers (Abs. 1a)	427
1.	Mitwirkungspflichten des Auftraggebers	428
2.	Unterlassen der Mitwirkungspflicht	430
3.	Ursächlichkeit	430

III. Schuldnerverzug des Auftraggebers (§ 9 Abs. 1 Nr. 2)	431
1. Zahlung	431
2. Fälligkeit	431
3. Verzug	431
C. Weitere formale Voraussetzungen (§ 9 Abs. 2)	432
I. Schriftform	432
II. Angemessene Nachfristsetzung	432
III. Kündigungsandrohung	433
D. Rechtsfolgen der Kündigung (§ 9 Abs. 3)	433
I. Abrechnung bisheriger Leistungen (§ 9 Abs. 3 Satz 1)	433
II. Anspruch auf angemessene Entschädigung (§ 9 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 642 BGB)	434
III. Weitergehende Ansprüche des Auftragnehmers (§ 9 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz)	434
§ 10 VOB/B Haftung der Vertragsparteien	435
A. Überblick	435
B. Prüfungsschema Haftung nach § 10 VOB/B bei Schädigung eines Dritten	438
C. § 10 Abs. 1 VOB/B	438
I. Vertragspflichten	438
II. Verschulden	439
1. Definition	439
a. Vorsatz	439
b. Fahrlässigkeit	439
c. Haftungsmilderung oder -verschärfung	440
2. Eigenes und fremdes Verschulden	440
a. Eigenes Verschulden (§ 276 BGB)	440
b. Fremdes Verschulden gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)	440
D. § 10 Abs. 2 VOB/B	442
I. Haftungstatbestände	442
1. Unerlaubte Handlungen nach §§ 823 ff. BGB	443
2. Insbesondere: Verkehrssicherungspflicht	443
3. § 823 Abs. 2 BGB (Schutzgesetze)	444
a. § 319 StGB Baugefährdung	444
b. § 909 BGB Haftung für Vertiefungen	445
4. § 836 ff. BGB	445
5. § 618 BGB	445
II. Schadensverursachung	445
III. Verschulden	446
IV. Rechtsfolge: Schadensersatzpflicht	446
V. Versicherbarkeit	446
VI. Interner Haftungsausgleich	447
1. Grundsatz: Gesamtschuldnerische Haftung	447
a. Definition Gesamtschuld	447
b. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB	448
c. § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB	448

Inhaltsverzeichnis

d. § 840 Abs. 1 BGB	448
e. Vertragliche Regelungen	448
f. Rechtsfolge der Gesamtschuld: Gesamtschuldnerausgleich	448
2. Ausnahme: Alleinhaltung oder Haftungsbefreiung	449
a. Ausnahme des § 10 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/B – Alleinhaltung des Auftraggebers	450
b. Ausnahme des § 10 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B – Alleinhaltung des Auftragnehmers	450
c. Ausnahme des § 10 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1, letzter Halbsatz VOB/B – Alleinhaltung einer Vertragspartei durch anderslautende vertragliche Vereinbarung	450
E. Ausnahme des § 10 Abs. 3 VOB/B	451
F. Ausnahme des § 10 Abs. 4 VOB/B	451
G. § 10 Abs. 5 VOB/B als ergänzende Regelung zu § 10 Abs. 2, 3 und 4 VOB/B	452
H. § 10 Abs. 6 VOB/B als ergänzende Regelung zu § 10 Abs. 2, 3 und 4 VOB/B	452
I. Freistellungsanspruch	452
II. Anhörungspflicht	452
Anhang I zu § 10 VOB/B: Baustellenverordnung	453
I. Anwendungsbereich	453
II. Pflichten des Bauherrn (§ 2 BaustellV)	453
1. Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze nach § 4 Arbeitsschutzgesetz	453
2. Vorankündigungspflicht	453
3. Bestellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzkoordinators	454
4. Erstellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplans	454
III. Übertragung auf einen Dritten (§ 4 BaustellV)	456
IV. Pflichten des Koordinators (§ 3 Abs. 2 und 3 BaustellV)	457
V. Pflichten der Arbeitgeber (§ 5 BaustellV)	458
VI. Pflichten sonstiger Personen (§ 6 BaustellV)	458
VII. Pflichten der Arbeitnehmer	458
VIII. Verstöße	458
Anhang II zu § 10 VOB/B: § 906 BGB (kein Haftungstatbestand!)	459
§ 906 BGB Zuführung unwägbarer Stoffe	459
§ 11 VOB/B Vertragsstrafe	460
A. Einleitung	461
I. Überblick	461
II. Fallgruppen	461
III. Funktionen der Vertragsstrafe	462
IV. Unterscheidungen	462
B. Prüfungsschema Vertragsstrafe	463
C. Voraussetzungen	463
I. Hauptverbindlichkeit	463
II. Vertragsstrafenversprechen	463
III. Verwirkung	464
1. Definition	464

2. Nichterfüllung	465
3. Nicht gehörige Erfüllung	465
4. Verzug (§ 339 Satz 1 BGB)	465
a. Nichtleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt/Fristüberschreitung	465
b. Verzug bei Bauzeitverzögerungen	465
c. Keine Einreden oder Einwendungen des Schuldners	467
d. Verschulden	467
IV. Verschulden	467
V. Vorbehalt	468
VI. Hinfälligwerden und Ausschluss einer Vertragsstrafe	469
D. Rechtsfolge: Vertragsstrafe	469
I. Berechnung der Vertragsstrafe	469
II. Keine Kumulation von Vertragsstrafen	470
III. Herabsetzen der Vertragsstrafe (§ 343 BGB)	471
IV. Anrechnung auf weitergehenden Schadensersatz (§ 340 Abs. 2 BGB, § 341 Abs. 2 BGB)	471
§ 12 VOB/B Annahme	473
A. Allgemeines	473
I. Rechtsgeschäftliche Abnahme und andere Abnahmeformen	473
II. Abnahmeerklärungen durch den Auftraggeber oder einen Bevollmächtigten	476
III. Beratungspflichten des Architekten/Ingenieurs	477
IV. Heilung mangelnder Bevollmächtigung	477
V. Vertretung öffentlich-rechtlicher Körperschaften	477
B. Abnahmevoraussetzungen	478
I. Allgemeines	478
II. Fertigstellung der Leistung	478
III. Keine wesentlichen Mängel (§ 12 Abs. 3)	478
C. Abnahmeverweigerung	480
D. Vorbehaltserklärungen bei der Abnahme	482
I. Allgemeines	482
II. Vorbehalt bekannter Mängel	482
III. Vorbehalt der Vertragsstrafe	483
E. Abnahmearten	486
I. Allgemeines	486
II. Stillschweigende Abnahme	487
III. Ausdrückliche Abnahme (§ 12 Abs. 1)	488
IV. Förmliche Abnahme (§ 12 Abs. 4)	490
1. Allgemeines	490
2. Abnahmevereinbarung bzw. -verlangen und „vergessene“ Abnahme	491
a. Abnahmeverlangen	491
b. „Vergessene“ Abnahme	494
3. Durchführung der förmlichen Abnahme	495
a. Terminvereinbarung	495
b. Abnahmeverhandlung	496

Inhaltsverzeichnis

c. Abnahmeprotokoll	497
d. Zuziehung von Sachverständigen	498
V. Fiktive Abnahme	498
1. Allgemeines	498
2. Ausschluss der fiktiven Abnahme	499
3. Formen der fiktiven Abnahme	500
4. Schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung	500
5. Ingebrauchnahme der Leistung	503
6. Vorbehaltserklärung (§ 12 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B)	503
VI. Teilabnahme (§ 12 Abs. 2)	504
F. Rechtsfolgen der Abnahme	506
I. Allgemeines	506
II. Umwandlung des Erfüllungs- in das Mängelanspruchsstadium	506
III. Beginn der Verjährungsfrist für die Mängelansprüche	508
IV. Gefahrübergang (Vergütungs- und Leistungsgefahr) auf den Auftraggeber	508
V. Beweislastumkehr für das Vorhandensein von Mängeln	508
VI. Fälligkeit des Vergütungsanspruchs	508
VII. Verlust von Mängelbeseitigungsansprüchen bei bekannten Mängeln und Vertragsstrafeansprüchen bei fehlendem Vorbehalt	509
G. Abnahme nach gekündigtem Bauvertrag	510
H. Anfechtung der Abnahme	510
§ 13 VOB/B Mängelansprüche	511
A. Allgemeines	512
I. Mängelhaftungsrecht nach BGB	513
1. Mängelbegriff	513
2. Mängelansprüche	513
3. Verjährung der Ansprüche	514
II. Mängelhaftungsrecht nach VOB/B vor und nach der Abnahme	516
B. Mängelbegriff (§ 13 Abs. 1)	519
I. Überblick	519
II. Vereinbarte Beschaffenheit und anerkannte Regeln der Technik (§ 13 Abs. 1 Satz 2) ...	520
1. Beschaffenheitsvereinbarung	520
2. Anerkannte Regeln der Technik	521
III. Nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (§ 13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1)	521
IV. Gewöhnliche Verwendung und übliche Beschaffenheit (§ 13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2)	522
C. Leistungen nach Probe (§ 13 Abs. 2)	522
D. Befreiung des Auftragnehmers von der Mängelhaftung (§ 13 Abs. 3)	522
I. Allgemeines	522
II. Anordnungen bzw. Maßnahmen aus der Sphäre des Auftraggebers	523
1. Mangelhafte Leistungsbeschreibung des Auftraggebers	523
2. Anordnungen des Auftraggebers	524
3. Lieferung oder Vorgabe von Stoffen oder Bauteilen	524
4. Vorleistung anderer Unternehmer	525

III.	Prüfungs- und Mitteilungspflicht	525
1.	Prüfungsumfang	525
2.	Hinweispflicht	526
3.	Rechtsfolgen im Falle der Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Prüfungs- und Hinweispflicht	526
E.	Verjährungsfristen für Mängelansprüche	527
I.	Verjährungsfristen gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 1 und 2 VOB/B	527
1.	Bauwerke	528
2.	Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht	528
3.	Feuerberührte Teile von Feuerungsanlagen	529
4.	Maschinelle und elektrotechnische/elektronische Anlagen	529
II.	Andere Verjährungsfristen	530
1.	Vertragliche Vereinbarungen	530
2.	Arglistiges Verschweigen und Vorspiegeln eines Mangels	531
3.	Organisationsmangel	531
III.	Lauf der Verjährungsfristen	531
1.	Beginn der Verjährungsfrist (§ 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B)	532
2.	Neubeginn der Verjährungsfrist durch schriftliche Mängelrüge und Abnahme von Mängelbeseitigungsleistungen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und 3 VOB/B)	532
a.	Neubeginn durch schriftliche Mängelrüge	533
b.	Abnahme von Mängelbeseitigungsleistungen	535
3.	Rechte des Auftraggebers trotz eingetretener Verjährung	535
F.	Mängelbeseitigung	535
I.	Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer (§ 13 Abs. 5 Nr. 1)	537
1.	Schriftliches Mängelbeseitigungsverlangen des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer	537
a.	Aufforderung zur Mängelbeseitigung	537
b.	Benennung der Mängel	538
c.	Schriftform	538
2.	Umfang der Mängelbeseitigung	539
3.	Kosten der Mängelbeseitigung	540
a.	Kostentragung durch den Auftragnehmer	540
b.	Kostenbeteiligung durch den Auftraggeber	540
II.	Mängelbeseitigung (Selbst- bzw. Ersatzvornahme) durch den Auftraggeber auf Kosten des Auftragnehmers (§ 13 Abs. 5 Nr. 2)	541
1.	Voraussetzungen	541
a.	Durchsetzbarer Mängelbeseitigungsanspruch	541
b.	Schriftliche Mängelbeseitigungsaufforderung	541
c.	Setzen einer angemessenen Frist	542
d.	Fruchtloser Fristablauf	542
e.	Entbehrlichkeit der Fristsetzung	542
f.	Rechtsfolgen unterlassener Mängelbeseitigungsaufforderung und Fristsetzung	543

Inhaltsverzeichnis

2.	Kostenerstattung	543
a.	Durchführung der Mängelbeseitigung	543
b.	Umfang des Kostenerstattungsanspruchs	544
c.	Durchsetzung des Kostenerstattungs- und Kostenvorschussanspruchs	544
G.	Minderung des Vergütungsanspruchs (§ 13 Abs. 6)	545
I.	Voraussetzungen	546
1.	Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung für den Auftraggeber	546
2.	Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung	547
3.	Unverhältnismäßig hoher Aufwand und Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Auftragnehmer	547
II.	Durchführung der Minderung	549
III.	Minderungshöhe	549
H.	Schadensersatzanspruch (§ 13 Abs. 7)	550
I.	Allgemeines	550
II.	Schadensersatzanspruch bei Verletzung höchstpersönlicher und anderer Rechtsgüter Dritter (§ 13 Abs. 7 Nr. 1 und 2)	551
III.	Schadensersatzanspruch bei Mängeln an der baulichen Anlage und Mangelfolgeschäden (§ 13 Abs. 7 Nr. 3)	552
1.	Allgemeines	552
2.	„Kleiner Schadensersatzanspruch“ (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B)	552
3.	„Großer Schadensersatzanspruch“ (§ 13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 VOB/B)	553
a.	Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik	554
b.	Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit	554
c.	Versicherte und versicherbare Leistung	554
IV.	Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche (§ 13 Abs. 7)	555
V.	Einschränkungen und Erweiterung der Haftung (§ 13 Abs. 7 Nr. 5)	555
§ 14 VOB/B Abrechnung	556
A.	Allgemeines	556
I.	Abrechnung	556
II.	Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Klauseln	557
B.	Pflicht zur prüfbaren Abrechnung (§ 14 Abs. 1)	558
I.	Pflicht zur Abrechnung	558
II.	„Ohne-Rechnung-Abrede“	560
III.	Umfang der Abrechnungsverpflichtung	563
1.	Abrechnungsverpflichtung	563
2.	Umsatzsteuer	564
a.	Grundsatz	564
b.	Steuerschuldumkehr	565
c.	Bauabzugssteuer	569
d.	Zusammenfassung	572
IV.	Prüfbarkeit der Abrechnung	572
V.	Abrechnung vorzeitig beendeter Verträge	576
1.	Vorzeitig beendeter Einheitspreisvertrag	577

2. Vorzeitig beendeter Pauschalpreisvertrag	577
3. Regelmäßig Abrechnung von „unten nach oben“	579
VI. Inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung	580
VII. Inhaltskontrolle des § 14 Abs. 1	581
C. Zur Abrechnung notwendige Feststellungen (§ 14 Abs. 2)	581
I. Aufmaß	582
II. Berücksichtigung der Abrechnungsbestimmungen	583
III. Schwer bzw. nicht mehr feststellbare Leistungen	583
IV. Inhaltskontrolle des § 14 Abs. 2	585
D. Zeitpunkt zur Einreichung der Schlussrechnung (§ 14 Abs. 3)	585
E. Rechnungslegung durch den Auftraggeber (§ 14 Abs. 4)	586
§ 15 VOB/B Stundenlohnarbeiten	588
A. Allgemeines	589
I. Stundenlohnarbeiten	589
II. Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Klauseln	589
B. Grundlagen der Abrechnung (§ 15 Abs. 1)	591
I. Abrechnung bei bestehender vertraglicher Vereinbarung (Abs. 1 Nr. 1)	591
II. Abrechnung bei fehlender vertraglicher Vereinbarung (Abs. 1 Nr. 2)	593
1. Ortsübliche Vergütung (Abs. 1 Nr. 2 Satz 1)	593
2. Aufwendungen des Auftragnehmers (Abs. 1 Nr. 2 Satz 2)	594
III. Inhaltskontrolle des § 15 Abs. 1	595
C. Vergütung von Aufsichtspersonen (§ 15 Abs. 2)	595
D. Stundenlohnzettel (§ 15 Abs. 3)	595
I. Anzeige des Ausführungsbeginns (Abs. 3 Satz 1)	595
II. Einreichung von Stundenlohnzetteln (Abs. 3 Satz 2)	596
III. Rückgabe der Stundenlohnzettel (Abs. 3 Satz 3)	597
IV. Einwendungen auf Stundenlohnzetteln (Abs. 3 Satz 4)	598
V. Wirkungen der Rückgabe (Abs. 3 Satz 5)	598
VI. Inhaltskontrolle des § 15 Abs. 3	602
E. Stundenlohnrechnungen (§ 15 Abs. 4)	602
F. Abrechnung bei Zweifeln über die Vergütung von Stundenlohnleistungen (§ 15 Abs. 5)	603
§ 16 VOB/B Zahlung	603
A. Allgemeines	605
I. Zahlungsarten nach § 16 VOB/B	605
II. Inhaltskontrolle einzelner VOB/B-Klauseln	606
B. Abschlagszahlungen (§ 16 Abs. 1)	607
I. Anspruch auf Abschlagszahlungen	607
II. Nachweis der Leistungen durch prüfbare Aufstellung	608
III. Abschlagszahlungen für Stoffe und Bauteile	608
1. Sonderanfertigung und Serienanfertigung	608
2. Eigentumsübertragung oder Sicherheitsleistung	610
a. Eigentumsübertragung	610

Inhaltsverzeichnis

b. Sicherheitsleistung	611
c. Rückzahlung der Abschlagszahlung	611
IV. Einbehalt von Gegenforderungen (Abs. 1 Nr. 2)	611
V. Fälligkeit von Abschlagszahlungen (Abs. 1 Nr. 3)	612
1. Zugang der Aufstellung	613
2. Verlängerung der Prüffrist	613
3. Zeitpunkt der Zahlung	614
4. Folgen der Nichtzahlung	615
VI. Bedeutung von Abschlagszahlungen (Abs. 1 Nr. 4)	615
VII. Verjährung von Rückzahlungsansprüchen bei Überzahlungen von Abschlagsrechnungen	616
VIII. Inhaltskontrolle des § 16 Abs. 1	619
C. Vorauszahlungen (§ 16 Abs. 2)	619
I. Vereinbarung von Vorauszahlungen (Abs. 2 Nr. 1)	620
II. Anrechnung auf nächstfällige Zahlungen (Abs. 2 Nr. 2)	623
III. Inhaltskontrolle des § 16 Abs. 2	623
D. Schlusszahlungen (§ 16 Abs. 3)	623
I. Anspruch auf Schlusszahlung (Abs. 3 Nr. 1)	624
1. Abnahme	624
2. Abnahme nach Kündigung?	625
3. Ausnahme: Fälligkeit ohne Abnahme bei „Abrechnungsverhältnis“	625
4. Einreichung einer prüfbaren Schlussrechnung	626
5. Fälligkeit der Schlusszahlung (Abs. 3 Nr. 1 Satz 1)	627
a. Zugang der Schlussrechnung	627
b. Prüffrist	628
c. Verlängerung der Prüffrist von 30 auf 60 Tage	628
d. Weitere Verlängerung der Prüffrist	628
e. Zeitpunkt der Zahlung	629
f. Folgen der Nichtzahlung	630
6. Einwendungen des Auftraggebers gegen die Prüfbarkeit	630
7. Anspruch auf Zahlung des unbestrittenen Guthabens (Abs. 3 Nr. 1 Sätze 3 und 4)	632
8. Weitere Folgen der Schlussrechnungsprüfung durch den Auftraggeber	632
II. Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung (Abs. 3 Nr. 2)	632
1. Umfang der Ausschlusswirkung	633
2. Schlusszahlungserklärung und Hinweis auf die Ausschlusswirkung	634
III. Schlusszahlungen gleichgestellte Fälle (Abs. 3 Nr. 3)	635
IV. Ausschluss früher gestellter, unerledigter Forderungen (Abs. 3 Nr. 4)	636
V. Vorbehalt des Auftragnehmers gegen die Schlusszahlung (Abs. 3 Nr. 5)	636
1. Vorbehaltserklärung (Abs. 3 Nr. 5 Satz 1)	636
2. Vorbehaltsbegründung (Abs. 3 Nr. 5 Satz 2)	637
VI. Richtigstellung wegen Aufmaß-, Rechen- und Übertragungsfehlern (Abs. 3 Nr. 6)	638
VII. Kein Anspruch auf Vergütung von Nachtragsforderungen nach Abnahme	638
VIII. Rückforderung überzahlten Werklohns	639

IX. Verjährung von Rückzahlungsansprüchen bei Überzahlungen von Schlussrechnungen	640
X. Bindungswirkung der Schlussrechnung	641
XI. Inhaltskontrolle (§ 16 Abs. 3)	641
1. § 16 Abs. 3 Nr. 1 – Fälligkeit nach Zugang?	641
2. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B – Fälligkeitsfristen	643
3. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B – Prüfbare Schlussrechnung	643
4. § 16 Abs. 3 Nr. 2 bis 5 VOB/B – Schlusszahlungseinrede	643
E. Teilschlusszahlungen (§ 16 Abs. 4)	644
I. Voraussetzungen der Teilschlusszahlung	644
II. Anspruch auf Teilschlusszahlung	645
III. Inhaltskontrolle des § 16 Abs. 4	645
F. Allgemeine Vorschriften für alle Zahlungsarten (§ 16 Abs. 5)	645
I. Beschleunigungsgebot (Abs. 5 Nr. 1)	645
II. Skonto (Abs. 5 Nr. 2)	645
III. Nichtzahlung bei Fälligkeit (Abs. 5 Nr. 3)	646
1. Zahlungsverzug mit Nachfristsetzung (Abs. 5 Nr. 3 Satz 1)	647
2. Zahlungsverzug ohne Nachfristsetzung (Abs. 5 Nr. 3 Satz 3)	647
a. 30-Tage-Frist	647
b. Fristverlängerung von 30 auf 60 Tage	648
c. weitere Fristverlängerung	649
3. Vom Auftraggeber nicht zu vertretende Ungewissheit über das Bestehen und den Umfang der Werklohnforderung	649
4. Folgen des Zahlungsverzugs (Abs. 5 Nr. 3 Satz 2)	651
5. Verzugszinsen auf Abschlagsrechnungen	651
a. Unabhängigkeit des Zinszahlungsanspruches vom Anspruch auf Abschlagszahlung	651
b. Voraussetzungen des Zinszahlungsanspruches	652
IV. Nichtzahlung des unbestrittenen Guthabens (Abs. 5 Nr. 4)	652
V. Recht auf Einstellung der Arbeiten (Abs. 5 Nr. 4)	653
1. Voraussetzungen für die Einstellung der Arbeiten	653
2. Handlungsmöglichkeiten des Auftraggebers	653
VI. Inhaltskontrolle des § 16 Abs. 5	654
G. Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers (§ 16 Abs. 6)	655
I. Bedeutung und Risiken	655
II. Voraussetzungen der Zahlung (Abs. 6 Satz 1)	656
III. Erklärung des Auftragnehmers (Abs. 6 Satz 2)	657
IV. Kündigung des Vertrages wegen Zahlungseinstellung des Auftragnehmers	657
V. Inhaltskontrolle § 16 Abs. 6	658
§ 17 VOB/B Sicherheitsleistung	659
A. Allgemeines	660
I. Bedeutung des § 17 VOB/B	660
II. § 17 VOB/B und § 632a Abs. 3 BGB	660

Inhaltsverzeichnis

B.	§ 17 Abs. 1 VOB/B: Vereinbarung der Sicherheitsleistung und Einbeziehung der Regelung in den Vertrag	660
C.	§ 17 Abs. 2 und 3 VOB/B: Arten der Sicherheitsleistung und Wahl- und Austauschrecht des Auftragnehmers	661
I.	Arten der Sicherheitsleistung	661
II.	Wahl- und Austauschrecht	661
D.	§ 17 Abs. 4 VOB/B: Sicherheitsleistung durch Bürgschaft	664
I.	Allgemeines	664
II.	Die Anerkennung des Bürgen als tauglich	665
III.	Schriftform	665
IV.	Selbstschuldnerische Bürgschaft	665
V.	Unbefristete Bürgschaft	665
VI.	Verjährung	666
E.	§ 17 Abs. 5 VOB/B: Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld	667
F.	§ 17 Abs. 6 VOB/B: Sicherheitsleistung durch Einbehalt von Zahlungen	667
G.	Höhe der Sicherheit	668
H.	§ 17 Abs. 7 VOB/B: Frist zur Sicherheitsleistung des Auftragnehmers	669
I.	§ 17 Abs. 8 VOB/B: Rückgabe der Sicherheitsleistung	670
	§ 18 VOB/B Streitigkeiten	671
A.	Gerichtsstandsvereinbarungen (Abs. 1)	672
I.	Grundsätzliches	672
II.	Voraussetzungen	672
B.	Verträge mit Behörden; Meinungsverschiedenheiten (Abs. 2)	673
C.	Vereinbarung von Verfahren zur Streitbeilegung (Abs. 3)	674
D.	Einschaltung der Materialprüfungsstelle bei Meinungsverschiedenheiten (Abs. 4)	675
E.	Kein Recht zur Arbeitseinstellung (Abs. 5)	676
	Stichwortverzeichnis	677

Teil 1 BGB

Allgemeines zum Vertragsabschluss und -inhalt

A. Der Vertragsabschluss

I. Angebot und Annahme

Bei jedem Vertragsverhältnis ist zunächst entscheidend, dass es wirksam zustande gekommen ist. Diese auf den ersten Blick banale Frage stellt sich in der Praxis durchaus nicht selten. In einigen Fällen entstehen Zweifel an einem wirksamen Vertragsabschluss sogar erst nach Beginn der Vertragserfüllung, nachdem zunächst keine der Parteien einen Gedanken daran verschwendete. Dass dies fatale Folgen haben kann, liegt auf der Hand, denn ohne Vertrag gelten z.B. die gesetzlichen Regelungen über Mängelansprüche nicht, erst recht sind Auftraggeber und Auftragnehmer nicht an vertragliche Pflichten wie Bausoll, Termine und Preis etc. gebunden.

1

1. Willenserklärungen und Zugang

Ein Vertrag kommt – einfach ausgedrückt – zustande, wenn sich die Verhandlungspartner über die feste Geltung eines bestimmten Vertragsinhalts **einigen**. Nach §§ 145 ff. BGB kommt ein Vertrag durch zwei Willenserklärungen zustande, nämlich Angebot und Annahme. Dabei bezieht sich die Annahme auf das Angebot, beide Erklärungen müssen sich decken und darüber hinaus den Inhalt haben, einen Vertrag mit dem festgelegten Inhalt abzuschließen. Es muss also ein gewisser Bindungswille zum Ausdruck kommen.


2

Angebot und Annahme sind Willenserklärungen. Eine Willenserklärung wird juristisch definiert als Äußerung eines auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichteten Willens. Bloßes Schweigen hat demgegenüber regelmäßig keine Rechtsfolgen. Nur bei sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben kann das Schweigen des Empfängers eine rechtsgeschäftliche Wirkung haben, nämlich die Annahme des Vertrages (siehe unten, Rn. 11 ff.). In allen anderen Fällen hingegen liegt im bloßen Schweigen oder Nichtreagieren keine Willenserklärung im rechtlichen Sinne.

Willenserklärungen müssen ihrem Empfänger zugehen, um wirksam zu werden. Eine nicht zugegangene Erklärung hat keine rechtliche Wirkung. Zugang im rechtlichen Sinne heißt allerdings nicht immer, dass der Empfänger tatsächlich Kenntnis von der Erklärung bekommen muss. Denn es soll vermieden werden, dass der Empfänger absichtlich den Zugang einer Erklärung verhindert. Insbesondere bei schriftlichen Willenserklärungen wäre ihm dies sonst leicht möglich:

3

Beispiel:

 *Bauunternehmer B gibt gegenüber Auftraggeber A ein Angebot über den Bau eines Einfamilienhauses ab und merkt wenig später, dass er versehentlich die Garage nicht in seinen Angebotspreis einkalkuliert hatte. Er weiß, dass der Auftraggeber schriftlich antworten wird, und beschließt daher, eine Weile nicht seinen Briefkasten zu leeren.*

Das BGB unterscheidet zwischen Willenserklärungen gegenüber Anwesenden und gegenüber Abwesenden, also meist schriftlichen Willenserklärungen. Bei Letzteren muss für den Zugang erst gesorgt werden. Zugang setzt voraus, dass die Erklärung in den Bereich des Empfängers gelangt und dass er unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, Kenntnis von ihr zu nehmen. Zum Bereich des Empfängers gehören auch Einrichtungen wie Briefkasten, E-Mail-Postfach, Anrufbeantworter. Bei schriftlichen Erklärungen reichen daher beispielsweise Einwerfen in den Briefkasten oder persönliche Übergabe des Schreibens aus,

4

ohne dass der Inhalt gelesen werden muss. Beim Einwerfen in den Briefkasten ist nur zu überlegen, ob man eine sofortige Kenntnisaufnahme erwarten darf oder nicht. Eine außerhalb der üblichen Geschäftszeiten (z.B. nachts oder sonntags) eingeworfene Erklärung gilt unter Umständen erst am nächsten Geschäftstag als zugegangen. Mündliche Willenserklärungen müssen für den Empfänger hörbar und verständlich sein.

- 5 Demnach kann der Empfänger nicht den Zugang der schriftlichen Annahme seines Angebots verhindern, indem er wie B im obigen Beispiel seinen Briefkasten nicht leert. Die Willenserklärung ist vielmehr regelmäßig mit Einwurf in den Briefkasten, spätestens aber am Morgen des nächsten Geschäftstages zugegangen. Diese Grundsätze können grundsätzlich auch auf E-Mails übertragen werden. In Einzelfällen soll es allerdings Ausnahmen geben. Beispielsweise kann angesichts der allseits bekannten Virenrissen vom Empfänger nicht immer verlangt werden, den Anhang eines unbekanntes Absenders zu öffnen. In solchen Fällen findet der Zugang möglicherweise erst mit Öffnen der Datei statt, unter Umständen also auch gar nicht.
- 6 Bei einer **Zugangsvereitelung** oder -verzögerung durch den Empfänger (z.B. wenn ein eingeschriebener Brief nicht von der Post abgeholt wird) gelten die Grundsätze von Treu und Glauben, wobei es keine schematische Lösung gibt. Vielmehr ist jeder Einzelfall gesondert zu beurteilen. Auch ein etwaiges Mitverschulden des Absenders (z.B. nicht rechtzeitiges Aufgeben bei der Post) ist hierbei zu berücksichtigen. Unter Umständen muss der Empfänger sich so behandeln lassen, als wäre ihm die Erklärung rechtzeitig zugegangen. In diesen Fällen darf er aus dem verspäteten Zugang keine Vorteile ziehen, sich also beispielsweise nicht auf die Überschreitung einer Kündigungsfrist berufen.

Für die Annahme eines Angebots bleibt nicht endlos Zeit. Unter Anwesenden muss dies sofort geschehen. Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nach § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Annahme unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.

2. Deckungsgleichheit

- 7 Angebot und Annahme sind die beiden Willenserklärungen, die für einen Vertragsschluss zwingend erforderlich sind. Ein Angebot liegt vor, wenn eine Willenserklärung den Inhalt hat, mit einem bestimmten Vertragspartner einen Vertrag mit einem bestimmten Inhalt abzuschließen zu wollen. Dieses Angebot muss dem angedachten Vertragspartner zugehen. Der Empfänger muss sodann mit dem gleichen Bindungswillen die Annahme genau dieses Angebots erklären. Der Vertrag kommt dann mit dem Inhalt des Angebots zustande.
- 8 Diesem zweistufigen Prinzip ist in vielen Fällen noch eine dritte Stufe vorgelagert, die sogenannte **Aufforderung, ein Angebot** abzugeben. Nicht immer ist einfach zu unterscheiden, ob eine solche bloße Aufforderung oder bereits ein Angebot vorliegt, das dann vom Erklärungsempfänger angenommen werden kann. Beispiele hierfür sind Zeitungsinserate, Auslagen im Schaufenster oder die Ausschreibung eines Auftrags. Derartige Erklärungen richten sich an einen noch unbestimmten Kreis von möglichen Vertragspartnern und sind erkennbar noch nicht bindend gemeint. Würde man hierin schon ein Angebot sehen, würde beispielsweise der Ladeninhaber jedem Kunden, der die ausliegende Ware verlangt (und damit das Angebot annehmen würde), deren Übereignung schulden. Dies hat der Erklärende jedoch erkennbar nicht gewollt. Sowohl der Inhaber eines Ladengeschäfts als auch der Anbieter im Rahmen eines Inserats wollen sich die Auswahl ihres Vertragspartners vorbehalten. Außerdem ist in all diesen Fällen nur eine begrenzte Anzahl, oft sogar nur ein Stück der angebotenen Ware vorhanden. Dies gilt erst recht im Falle einer Ausschreibung. Auch hier werden die Bieter aufgefordert, Angebote abzugeben. Der Bieter macht sodann – ebenso wie der Anrufer auf ein Inserat – das Angebot, das dann vom Ausschreibenden angenommen werden kann. Es ist jedoch nicht immer so leicht erkennbar, wer eine bloße Aufforderung zur Angebotsabgabe, wer das Angebot und wer die Annahme erklärt hat. Insbesondere bei lebhaftem Schriftverkehr kann dies durchaus zweifelhaft sein. Diese Frage ist allerdings entschei-

dend für den Vertragsinhalt. Denn durch die Annahme kommt der Vertrag zustande, und zwar mit dem Inhalt des Angebots.

Beispiel:



Wie im obigen Beispiel gibt Bauunternehmer B ein Angebot ab. A erteilt B als preiswertestem Bieter den Zuschlag. B schreibt an A zurück: „Ich bestätige den Zuschlag vom ... [Datum] mit der Maßgabe, dass die Garage nicht im Angebotspreis enthalten ist.“

Hier war in den Ausschreibungsunterlagen die Errichtung der Garage enthalten, im Angebot des B somit auch. A hat das Angebot des B angenommen, damit kam der Vertrag zustande. Die spätere Bestätigung des Auftrags mit geändertem Inhalt kann daran nichts mehr ändern. Fälle einer wie auch immer gearteten „Bestätigung“ treten durchaus häufig auf. Hier muss genau geprüft werden, ob es sich dabei um die Annahme eines vorherigen Angebots handelt (dann wäre im Beispiel der Auftrag ohne Garage zustande gekommen) oder um eine bloße (Zugangs-) Bestätigung. Letztere ist zwar üblich und für den Annehmenden wichtig, da er wissen will, ob der Vertrag zustande gekommen ist. Sie ändert aber nichts mehr am Inhalt des Vertrags. Dieser ist auch ohne Bestätigung zustande gekommen.

Ähnlich schwierig ist die Rechtslage, wenn sich die Parteien wechselseitig immer wieder versichern, den Vertragsschluss zu wollen, aber auch immer wieder inhaltliche **Änderungen** an der vorhergehenden Erklärung des Gegenübers vornehmen. Dann kann nach dem oben Gesagten eigentlich kein Vertrag zustande kommen, weil der Inhalt des jeweils empfangenen Schreibens gerade nicht angenommen wurde. Wenn diese Änderungen aber un bemerkt bleiben und der Vertrag umgesetzt wird, streitet man sich später über den Vertragsabschluss und – falls ein solcher erfolgte – über den Vertragsinhalt. Auch hier kommt es stets darauf an, in welchem Zeitpunkt durch welche Annahme eines (vorherigen) Angebots der Vertrag zustande kam.

Denn nur wenn sich Angebot und Annahme **decken**, ist der Vertrag geschlossen. Dafür reicht als Annahmeerklärung theoretisch auch ein einfaches „ja“ oder eine andere zustimmende Reaktion. Verbindet ein Verhandlungspartner seine Antwort jedoch mit neuen oder geänderten Bedingungen, handelt es sich nicht um eine Annahme. Ganz im Gegenteil hat eine solche **geänderte „Annahme“** die Bedeutung, dass das ursprüngliche Angebot gerade nicht angenommen wird. Der Angebotsempfänger lehnt vielmehr den Angebotsinhalt zumindest bezüglich bestimmter Regelungen ab. Daher ist seine geänderte „Annahme“ als Ablehnung des ursprünglichen Angebotes und als neues Angebot zu werten (§ 150 BGB). Dieses neue Angebot muss nunmehr der andere Vertragspartner annehmen, damit ein Vertrag zustande kommt. Nimmt der andere Vertragspartner seinerseits dieses neue Angebot nicht unverändert an, sondern besteht auf seinem ersten Angebot, so wiederholt sich das „Spielchen“, es kommt nicht zum Vertragsschluss. Denn es liegen nur Angebote vor, die nicht angenommen wurden. Auch hier wird deutlich, dass zwischen den 3 genannten Stufen des Vertragsschlusses (Aufforderung, Angebot, Annahme) sauber zu unterscheiden ist, da sich hieraus der Inhalt des Vertrags ergibt.

Für Änderungen eines bestehenden Vertrags gelten grundsätzlich die gleichen Regeln wie für den Erstabschluss. Denn es handelt sich um einen Vertrag über die Änderung eines Vertrags.

3. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Wie oben dargelegt, können nur Willenserklärungen eine rechtliche Wirkung entfalten, Schweigen allein reicht grundsätzlich nicht. Von diesem Grundsatz gibt es nur eine Ausnahme: Schweigen hat die Rechtswirkung einer Annahme, wenn ihm ein sogenanntes kaufmännisches Bestätigungsschreiben vorausging. In diesem Fall kommt auch ohne ausdrücklich erklärten Willen ein Vertrag zustande. Ein solches kaufmännisches Bestätigungsschreiben liegt vor, wenn es

9

10

11

- auf eine vorhergehende mündliche Vereinbarung Bezug nimmt;
- diese Vereinbarung inhaltlich wiedergibt;
- innerhalb kurzer Frist nach der Verhandlung dem Empfänger zugeht.

Wenn der Empfänger eines solchen Bestätigungsschreibens nicht reagiert, kommt eine Einigung mit dem Inhalt des Schreibens zustande. Um dies zu verhindern, muss der Empfänger widersprechen. Dieser Widerspruch muss seinerseits dem Absender des Bestätigungsschreibens kurzfristig (regelmäßig innerhalb von 1 bis 2 Werktagen) zugehen. Eine Begründung oder Richtigstellung muss der Widerspruch nicht enthalten, es reicht, dass dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben widersprochen wird.

- 12** Ein Widerspruch ist nur dann **ausnahmsweise entbehrlich**, wenn der Absender den Verhandlungsinhalt bewusst unrichtig oder entstellt wiedergegeben hat oder wenn eine Abweichung von dem mündlich Verhandelten vorliegt, bei der der Absender vernünftigerweise nicht mit einer Zustimmung des Empfängers rechnen kann. Hierauf sollte man sich aber als Empfänger eines solchen Schreibens nicht verlassen, es empfiehlt sich in diesen Fällen zu widersprechen.
- 13** Ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben kann also einen Vertragsschluss oder eine verbindliche Vereinbarung im Rahmen eines bestehenden Vertrags (Beispiel: Baubesprechung) herbeiführen. Hiervon zu unterscheiden ist das Schweigen auf eine bloße Auftragsbestätigung, das keine Rechtsfolgen mehr hat, da der Vertragsabschluss bereits zuvor durch die Annahme eines Angebots („Beauftragung“) erfolgt ist.

Praxistipp:



Wer nach einer gemeinsamen Besprechung vom Verhandlungspartner ein Protokoll, eine „Bestätigung“ oder auch nur einen Brief mit Bezugnahme oder Zusammenfassung der Verhandlung erhält, sollte dieses Schriftstück sorgfältig prüfen. Weicht die schriftliche Zusammenfassung von dem ab, was der Empfänger vereinbaren wollte, sollte er diesem Schreiben umgehend widersprechen.

II. Vertretung

1. Grundsätzliches


- 14** **Vollmachten** sind im Bauwesen absolut üblich. Sehr oft sind Auftraggeber und Auftragnehmer nicht selber auf der Baustelle anwesend, sondern lediglich ihre Vertreter. Je nachdem, ob die Vertretung auf zwingenden gesetzlichen Gründen beruht oder auf einer freien Entscheidung des Vollmachtgebers, wird zwischen gesetzlicher und gewillkürter Vertretung unterschieden.
- Bei juristischen Personen** und Minderjährigen ist die gesetzliche Vertretungsmöglichkeit wichtig. Juristische Personen, insbesondere GmbH, AG, GmbH & Co KG als rein rechtliche Konstrukte, können naturgemäß nicht selber handeln, sie werden im Geschäftsverkehr durch ihre Organe (z.B. Geschäftsführer) gesetzlich vertreten. Wer der gesetzliche Vertreter einer solchen juristischen Person ist, ergibt sich für den Vertragspartner in erster Linie aus dem Handelsregister. Ferner kann man dem Handelsregister entnehmen, ob die Geschäftsführer – falls mehrere bestellt wurden – die Gesellschaft einzeln vertreten dürfen oder ob sie gemeinsam handeln müssen. Gleiches gilt für Vorstände einer AG oder für Prokuristen.
- 15** **Auch Untervollmachten** sind grundsätzlich zulässig. Gesetzliche Vertreter einer juristischen Person können daher wie jede natürliche Person andere bevollmächtigen, an ihrer Stelle zu handeln. Vollmachten sind nur ausnahmsweise formbedürftig, beispielsweise dann, wenn auch der Vertragsabschluss (z.B. Grundstückskauf) einer bestimmten Form bedarf.

2. Rechtsscheinvollmachten

Besonders kritisch sind die sogenannten Rechtsscheinvollmachten. Dies sind Vollmachten, die nicht bewusst oder ausdrücklich erteilt werden, sondern sich aus einem bestimmten tatsächlichen Verhalten oder aus den Gesamtumständen ergeben. Hierdurch kann beim Vertragspartner einen **Vertrauenstatbestand** erzeugt werden. Tritt jemand für einen anderen auf, ohne ausdrücklich oder nachweisbar bevollmächtigt zu sein, so kann dennoch eine Vollmacht nach den Grundsätzen der Rechtsscheinvollmacht vorliegen. Es werden zwei Fälle von Rechtsscheinvollmachten unterschieden, nämlich **Anscheins- und Duldungsvollmacht**. Die Grundsätze der Rechtsscheinvollmacht auf der Grundlage von Vertrauenstatbeständen lassen sich am besten anhand eines Beispiels verdeutlichen:

16

Beispiel:

 *Hausmeister H ist Angestellter der Immobilienfirma I. Wenn kleinere Reparaturen anfallen, ruft er oft Elektriker E an und beauftragt diesen mit den entsprechenden Arbeiten. I bezahlt die Rechnungen von E jahrelang anstandslos. Eines Tages verweigert der Geschäftsführer von I die Bezahlung einer Rechnung, weil das entsprechende Budget erschöpft ist. H sei nicht berechtigt, derartige Aufträge zu erteilen. Hat E Anspruch auf Bezahlung?*

E konnte aufgrund der Tatsache, dass die von H beauftragten Leistungen stets bezahlt wurden, auf eine entsprechende Befugnis und Vollmacht des H vertrauen. I kann sich daher nicht plötzlich darauf berufen, dass H keine Vollmacht hat.


Zwar lässt sich das Beispiel nicht verallgemeinern, auch der Vertretene ist in diesen Fällen schutzbedürftig. Voraussetzungen für eine Rechtsscheinvollmacht sind daher die Schaffung eines Vertrauenstatbestandes durch den Vertretenen und den Vertreter sowie tatsächliches Vertrauen hierauf auf Seiten des Geschäftspartners.

17

Es wird zwischen Duldungs- oder Anscheinsvollmacht unterschieden. Bei der Duldungsvollmacht weiß der Vertretene von der Handlungsweise des Vertreters und duldet sie, bei der Anscheinsvollmacht hätte er bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt die vertrauensbildenden Tatsachen kennen können. Für den gutgläubigen Geschäftspartner haben beide Fälle dieselbe Rechtsfolge: Wenn der Vertretene in diesen Fällen das Handeln in seinem Namen nicht rechtzeitig unterbindet, kann er sich später nicht auf die fehlende Vollmacht berufen.

Variante zum obigen Beispiel:

18

 *Der Geschäftsführer weist H mehrfach darauf hin, dass er keine Reparaturen beauftragen darf. Bereits bei der ersten Beauftragung durch H verweigert I daher die Bezahlung der Rechnung des E. Da I keinen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, hat E keinen Anspruch auf Bezahlung.*

Tritt jemand für einen anderen auf, ohne wirksam (gegebenenfalls auch durch Rechtsscheinvollmacht) bevollmächtigt zu sein, handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht und läuft – wenn er die andere Seite nicht auf die fehlende Vollmacht hinweist – Gefahr, als solcher nach § 179 BGB gegenüber dem Geschäftspartner persönlich zu haften. Diese **Haftung** kann so weit gehen, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Vertrag erfüllen muss, den er im Namen eines anderen abschließen wollte (siehe hierzu unten 4.)

19

In der geschilderten Variante könnte H also E gegenüber haften.

3. Vollmacht der am Bau Beteiligten

- 20** Architekten, Bauüberwacher und Bauleiter sind ohne gesonderte Vollmacht regelmäßig nicht berechtigt, den Auftraggeber zu vertreten. Anders ist es nur bei Anordnungen und Hinweisen, die **von untergeordneter Bedeutung sind**. Diese darf der Architekt erteilen, ansonsten ist seine Vollmacht nach der Rechtsprechung eng auszulegen. Dies gilt auch für Ingenieure und andere am Bau fachlich Beteiligte.
- 21** So sind diese beispielsweise regelmäßig berechtigt, Mängel zu rügen, geleistete Arbeiten entgegenzunehmen, Anweisungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 VOB/B zu erteilen und die Schlussrechnung zu prüfen. Ob sie Erklärungen des Auftragnehmers für den Bauherrn wirksam annehmen können (sogenannte Passivvertretung), ist umstritten und hängt vom Einzelfall, insbesondere vom Architekten-/Ingenieurvertrag ab. Der Auftragnehmer ist daher besser beraten, wichtige Erklärungen dem Auftraggeber persönlich zukommen zu lassen. Der Architekt darf für den Bauherrn ohne gesonderte Vollmacht insbesondere **nicht** die Abnahme erklären, eine Schlussrechnung als berechtigt anerkennen, Fertigstellungstermine verschieben oder Zusatzaufträge erteilen. Als Grundsatz gilt: Der Architekt ist ohne besondere Vollmacht nicht berechtigt, Erklärungen abzugeben oder wirksam entgegenzunehmen, welche den Auftraggeber Geld kosten oder entscheidende vertragliche Rechtsfolgen nach sich ziehen.
- 22** Wenn der Auftraggeber dem Architekten jedoch die umfassende Leitung der Baumaßnahme überträgt, kann die Vollmacht des Architekten im Einzelfall auch diese Handlungen umfassen. Auch kann es zu Fällen von Rechtsscheinvollmacht des Architekten, Bauleiters oder Bauüberwachers kommen. Es empfiehlt sich daher – im Interesse aller Beteiligten – immer eine deutliche Festlegung des Auftraggebers gegenüber dem Bauunternehmer und dem Architekten.
- 23** Die wirksame Vertretung des Auftraggebers kann andernfalls auch gegen seinen eigentlichen Willen angenommen werden, wenn er selber – wie I im obigen Beispiel – bestimmte, vertrauensbildende Umstände gesetzt hat.

4. Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

- 24** Wer als Vertreter für einen anderen handelt, ohne dazu bevollmächtigt zu sein, kann dem Dritten gegenüber als Vertreter ohne Vertretungsmacht haften (§ 179 BGB).
- 25** Im letztgenannten Beispiel hat H keine Vollmacht, auch keine Rechtsscheinvollmacht. Da I gleich beim ersten Mal die Zahlung verweigert, gibt es keinen Anlass für die Entstehung eines Vertrauenstatbestands, sodass keine Rechtsscheinvollmacht vorliegt. H hat also keine wirksame Erklärung im Namen von I abgegeben, daher konnte er I durch den Auftrag nicht gegenüber E verpflichten. Eine vertragliche Einigung zwischen I und E kam nicht zustande. In diesen Fällen ist die Einigung schwebend unwirksam. Nach § 177 BGB hängt die endgültige Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen, hier also I, ab. Diese Genehmigung kann nur innerhalb von zwei Wochen nach einer Aufforderung durch den Dritten (hier E) erfolgen. Wird die Genehmigung nicht erteilt, so gilt sie als verweigert.
- 26** Nach § 179 Abs. 1 BGB ist in diesen Fällen der vollmachtlose Vertreter verpflichtet, **anstelle des Vertretenen** gegenüber dem Vertragspartner entweder den Vertrag zu erfüllen oder aber Schadensersatz zu zahlen. Erfolgt jedoch die **Genehmigung** durch den Vertretenen, so wird der Vertrag zwischen ihm und dem Dritten rückwirkend wirksam. Hat sich der Vertretene (im Beispiel I) noch nicht zu dem Handeln des vollmachtlosen Vertreters geäußert, muss sich also der andere Klarheit verschaffen und ihn zur Genehmigung auffordern.
- 27** Nur wenn der Vertreter H aus irgendwelchen Gründen nicht wusste, dass er nicht vertretungsbefugt ist, haftet er nach § 179 Abs. 2 BGB nur beschränkt, nämlich nur für den Schaden, den der andere hat, weil er auf die Wirksamkeit der Vollmacht vertraut hat, etwa umsonst bestellte Materialien. Im Beispiel wusste H allerdings, dass er keine Vollmacht hatte, die Haftungsbeschränkung greift hier nicht.

Wenn jedoch auch die andere Seite wusste oder wissen musste, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelte, kann sie keine Ansprüche gegen den Vertreter stellen, § 179 Abs. 3 BGB. Die andere Seite muss sich allerdings nur ausnahmsweise erkundigen, ob der Vertreter eine entsprechende Vollmacht hat oder nicht. **28**

Bei Architekten muss sich der Auftragnehmer beispielsweise dann vergewissern, wenn der Auftraggeber den Vertrag persönlich abgeschlossen hat und der Vertrag vorsieht, dass nur der Auftraggeber selber zusätzliche oder geänderte Leistungen beauftragen darf. Aber auch in den meisten Fällen ohne erkennbare Bevollmächtigung des Architekten wird man dem Auftragnehmer eine Nachfrage beim Auftraggeber zumuten müssen. Die oben genannte Rechtsprechung über den Umfang von Architektenvollmachten sollte in Fachkreisen als bekannt gelten. **29**

III. Verschulden bei Vertragsverhandlungen

Schon vor Inkrafttreten des geltenden § 311 BGB im Jahr 2002 war bereits allgemein anerkannt, dass die Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten gegenüber dem Verhandlungspartner zum Schadensersatz verpflichten kann. Dieser von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsanspruch wurde als Verschulden bei Vertragsverhandlungen oder „culpa in contrahendo“ bezeichnet, kurz „c.i.c.“. **30**

Rechtsgrundlage für Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverstößen während Vertragsverhandlungen, also bereits vor Vertragsabschluss, ist nunmehr § 311 Abs. 2 BGB. Klassisches Beispiel für solche Ansprüche sind der unberechtigte Abbruch von Vertragsverhandlungen, wenn diese ein gewisses Stadium erreicht haben, bei dem der Verhandlungspartner von einem Vertragsabschluss ausgehen konnte. Ein weiteres Beispiel ist die Verletzung eines potenziellen Geschäftspartners vor Vertragsabschluss (z.B. Ausrutschen auf rutschigem Untergrund in den Geschäftsräumen des Verhandlungspartners). Voraussetzung für die Entstehung eines solchen Schuldverhältnisses mit gegenseitigen Sorgfaltspflichten ist nach § 311 Abs. 2 BGB „die Aufnahme von Vertragsverhandlungen“, die „Anbahnung eines Vertrags“ mit der Möglichkeit, auf die Rechtsgüter des anderen einzuwirken oder „ähnliche geschäftliche Kontakte“. Für etwaige Schadensersatzansprüche muss darüber hinaus eine schuldhaftige Pflichtverletzung vorliegen, also mindestens Fahrlässigkeit. **31**

B. Vertragsinhalt

I. Vertragsbestandteile

Zur Klärung rechtlicher Fragen im Rahmen eines Bauvorhabens empfiehlt sich eine stufenweise Vorgehensweise. Die gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner sind **vorrangig anhand des Bauvertrages** zu ermitteln, hier ist zunächst der **Wortlaut** entscheidend. Gesetzliche Regelungen können hier nur hilfsweise herangezogen werden. **32**

Ist der Vertrag an der entscheidenden Stelle jedoch unklar, muss durch Auslegung der bei Vertragsabschluss erkennbar gewollte Inhalt ermittelt werden. Bei Widersprüchen innerhalb des Vertrags ist festzustellen, ob diese durch eine vertragliche Rangfolge oder durch allgemeine Auslegungsregeln aufgelöst werden können. **33**

Falls ein streitiger Punkt im Vertrag gar nicht geregelt ist, kann auf gesetzliche Regeln zurückgegriffen werden. Solche Lücken im Vertrag sind in der Praxis gar nicht selten, sie können beispielsweise auch durch die Unwirksamkeit der hierfür vereinbarten Klausel entstehen. Häufigster Fall ist die Unwirksamkeit von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)**. **34**

II. Vertragsauslegung, Widersprüche, Rangfolge

Bauverträge sind häufig sehr umfangreiche Werke von mehreren hundert Seiten. Das erschwert die Klärung von Streitfragen erheblich. Der unterzeichnete eigentliche Vertragstext **35**

ist hierbei oft nur der Rahmen für ein ganzes Konvolut von weiteren Unterlagen, in denen die Details des Projekts geregelt sind. Zu diesen wichtigen Vertragsbestandteilen zählt beispielsweise das Leistungsverzeichnis, die Baubeschreibung, diverse Allgemeine oder Besondere Vertragsbedingungen, Technische Unterlagen, Pläne und Zusätzliche technische Vertragsbedingungen, darüber hinaus in vielen Fällen vertraglicher Schriftverkehr und Gesprächsprotokolle. Angesichts dieser Menge an Vertragsbestandteilen, die über einen längeren vorvertraglichen Zeitraum von mehreren Beteiligten erstellt wurden, sind Widersprüche nicht selten.

- 36** Aus diesem Grunde enthalten viele Bauverträge ausdrückliche Rangfolgeregeln. Eine solche enthält auch § 1 Abs. 2 VOB/B (siehe unten Rn. 39). Wichtig ist jedoch, zunächst zu klären, ob die betreffenden Unterlagen überhaupt Vertragsbestandteil wurden und ob darüber hinaus auch tatsächlich ein Widerspruch vorliegt.
- 37** Die genannten einzelnen Unterlagen sind nur dann Vertragsbestandteil, wenn sie im Vertrag genannt sind. Eine entsprechende Aufzählung der als Vertragsbestandteil geltenden Anlagen enthalten daher viele Bauverträge bereits in den ersten Paragraphen. Bei **Verbraucherbauverträgen** ist § 650k BGB zu beachten, danach können auch vorvertragliche Äußerungen Inhalt des Vertrages sein.

Beispiel:



Der Bauvertrag sieht im beigefügten Leistungsverzeichnis vor, dass Fensterbänke in einfacher Kunststoffausführung zu erstellen sind. Während der Vertragsverhandlung hatten die Parteien besprochen, dass Auftraggeber A die Fensterbänke gerne in Marmor hätte. Dies wurde auch in einem Verhandlungsprotokoll festgehalten. In der Liste der Vertragsbestandteile unter § 1 des Bauvertrags sind mehrere Unterlagen aufgeführt, unter anderen das Leistungsverzeichnis, das Protokoll hingegen nicht.

Auftraggeber A und Auftragnehmer B haben den Vertrag mit dem ursprünglich vorgesehenen Inhalt unterschrieben. Das Protokoll wurde nicht als Vertragsbestandteil aufgeführt. Der Bauunternehmer schuldet also nur die einfachen Fensterbänke. Wenn A stattdessen Marmor haben will, muss der vertragliche Leistungsinhalt geändert werden – durch eine Anordnung seitens A oder durch eine Änderungsvereinbarung. Beides dürfte zu einer Nachtragsforderung des Bauunternehmens führen.

- 38** Grundsätzlich sind sämtliche Bestandteile eines Vertrags gleichwertig. Sie ergänzen einander und ergeben im Idealfall ein Gesamtbild der geschuldeten Leistung (§ 1 VOB/B Rn. 4). Nur im Falle von nicht auflösbaren Widersprüchen muss entschieden werden, ob eine Unterlage der anderen in diesem speziellen Punkt vorgeht. Hätte im obigen Beispiel der Vertrag das Verhandlungsprotokoll als Vertragsbestandteil aufgeführt, so hätte dies zu einem Widerspruch geführt, der eine Entscheidung über den Vorrang einer der beiden Unterlagen (Protokoll/LV) erfordert hätte. Allerdings nur in diesem einen streitigen Punkt. In anderen Ausführungsfragen ergänzen sich die beiden Unterlagen möglicherweise, unter Umständen verweisen sie vielleicht sogar aufeinander. Eine Rangfolge ist in diesen Punkten dann gar nicht erforderlich. Im Übrigen gibt es auch keine grundsätzliche Rangordnung einzelner Vertragsbestandteile. Insbesondere der in früherer Rechtsprechung vereinzelt vertretene Standpunkt, der Text gehe immer den Plänen vor, ist daher ebenso falsch wie die umgekehrte Meinung. Vielmehr muss in jedem Einzelfall gesondert beurteilt werden, ob ein Vertragsteil dem anderen vorgeht. Auch ohne ausdrückliche Rangfolgeregelung kann die Auslegung des Vertrags nach allgemeinen Grundsätzen ergeben, dass ein Vertragsbestandteil dem anderen vorgeht. So gehen beispielsweise **spezieller** auf das jeweilige Bauvorhaben zugeschnittene Vertragsbestandteile den eher allgemein gehaltenen vor, **individuelle Vereinbarungen zwischen den Parteien** gehen vorformulierten vor (siehe zur Verwendung von AGB unten, Rn. 48 ff.) und detailliertere Teile der Leistungsbeschreibung gehen meistens den groben, schematischen, ungenauen vor. **Ferner leuchtet ein, dass später** erfolgte Festlegungen gegenüber

älteren Festlegungen oft vorrangig sind, da man davon ausgehen muss, dass Letztere schlichtweg überholt sind, also im Laufe der Vertragsverhandlungen geändert wurden.


Auch die vorgenannten Grundsätze gelten nicht absolut, sondern stellen lediglich Auslegungsregeln dar, die in vielen Widerspruchsfällen helfen können, das vertraglich Gewollte zu ermitteln.

Besser ist es jedoch, von vorneherein ausdrückliche und eindeutige Regelungen für den Fall eines Widerspruchs im Vertrag aufzustellen. Auch wenn in diesem Fall stets eine Vertragspartei das Nachsehen hat, im obigen Beispiel also entweder Marmor geschuldet ist oder eben extra vergütet werden muss, so ist doch die Streitfrage eindeutig entschieden, man braucht sich nicht länger damit aufhalten.

Ein kurzer Blick in die VOB/B zeigt, dass dort in § 1 Abs. 2 eine Rangfolgeregel enthalten ist. Diese ist jedoch in den meisten Fällen nicht ausreichend. Zum einen ist sie sehr allgemein formuliert und bildet daher nicht die vielfältigen im Einzelfall vorliegenden Unterlagen ab. Zum anderen benennt § 1 Abs. 2 VOB/B in Nr. 1, also erstrangig, nur „die Leistungsbeschreibung“. Mit dieser Bezeichnung sind indes sämtliche Unterlagen gemeint, die die Leistung beschreiben, also das Leistungsverzeichnis, Pläne, die Baubeschreibung etc., sie stehen demnach auf einer Rangstufe (siehe hierzu § 1 VOB/B Rn. 27). Da sich jedoch oftmals gerade zwischen diesen Unterlagen Widersprüche ergeben, hilft § 1 Abs. 2 VOB/B nicht weiter.

39

Beispiel:

 Auftraggeber A und Bauunternehmer B sprechen während der Vertragsverhandlungen über die Ausführung der Innenwände, die im LV als Trockenbauwände in Gipsplatten auszuführen sind. Abweichend vom Leistungsverzeichnis wird vereinbart, dass bestimmte Wände stattdessen als Mauerwerk auszuführen sind. Im Vertrag ist das entsprechende Verhandlungsprotokoll ausdrücklich als Vertragsbestandteil aufgeführt. Die entsprechende Klausel lautet auszugsweise:

„Folgende Unterlagen sind Vertragsbestandteil und gelten im Verhältnis zueinander gemäß nachstehender Rangfolge:

1. das Leistungsverzeichnis
2. das Besprechungsprotokoll vom ... [Datum]
3. die Unterlagen ...“

Welche Ausführung schuldet B?


Da das Leistungsverzeichnis gegenüber dem Besprechungsprotokoll ausdrücklich vorrangig ist, muss der Auftragnehmer nur die im Leistungsverzeichnis beschriebene Leistung ausführen. Das im nachrangigen Verhandlungsprotokoll genannte Mauerwerk schuldet er dem Auftraggeber nicht.

40

Eine klare Rangfolgeregelung im Vertrag hilft also, den – gegebenenfalls streitigen – Vertragsinhalt zu bestimmen und damit den Streit zu beenden, wenn auch wie hier mit scheinbar „ungerechtem“ Ergebnis. Die Parteien haben es jedoch für mögliche spätere Streitpunkte genauso festgelegt. Es gibt keine gesetzlichen Vorgaben für solche Rangfolgevereinbarungen, die Parteien können die Rangfolge frei vereinbaren.

41

Beispiel:

 Variante:
Abweichend von dem vorgenannten Fall haben A und B keinerlei Rangfolgeregelung getroffen.

Ist der Fall nun anders zu beurteilen?

42

In dieser Variante muss sicher berücksichtigt werden, dass das Protokoll nicht nur eine spezielle, individuelle Regelung über eine konkrete Leistung (Mauerwerk) enthält. Das Protokoll stellt auch den letzten Verhandlungsstand dar und dürfte somit den früheren Regelungen vorgehen. Denn die Parteien haben das Leistungsverzeichnis bewusst abgeändert. Hier hat also B die betroffenen Wände in Mauerwerk auszuführen.

- 43** Wie oben dargelegt, dienen Rangfolgeregeln dazu, einen Widerspruch innerhalb des Vertrags eindeutig zu klären. Zu prüfen ist jedoch stets, ob überhaupt ein **Widerspruch** vorliegt. Dies ist in erstaunlich vielen Fällen gar nicht der Fall. Ist beispielsweise in einem Plan eine Leistung detailliert vorgesehen, im LV und in der Vorbemerkung jedoch überhaupt nicht erwähnt, so ist dies noch kein Widerspruch. Denn die einzelnen Vertragsbestandteile sind ja gerade deshalb so zahlreich im Vertrag zusammengefügt, weil sie sich ergänzen sollen und daher umfassend und in ihrer Gesamtheit die Leistung beschreiben. Somit ist es folgerichtig, dass sie Dinge beschreiben, die in anderen Vertragsunterlagen nicht oder nicht so genau beschrieben sind. Würden alle Teile nur dasselbe aussagen wollen, wären es unnötige Wiederholungen. Vielmehr sollen Vertragsbestandteile durchaus etwaige Lücken in anderen Teilen schließen. Wenn also eine Leistung im Text nicht erwähnt ist, heißt dies nicht, dass sie ausgeschlossen ist. Dafür ist sie eben im Plan detailliert vorgesehen und daher möglicherweise geschuldet. Eine Rangfolgeregelung ist in derartigen Fällen nicht notwendig, ihre Heranziehung wäre unter Umständen sogar unzulässig. Jedenfalls dann, wenn die Gesamtschau der Vertragsunterlagen keinen Widerspruch ergibt, sondern nur eine gegenseitige Ergänzung.
- 44** Schwierigkeiten bereiten auch Widersprüche innerhalb einer Rangstufe, also beispielsweise im selben LV.

Beispiel:



In zwei gleichrangigen Vertragsbestandteilen fordert der Auftraggeber an der einen Stelle schmiedeeiserne Balkongeländer und an der anderen Stelle solche aus einfachem Stahl.

- 45** Für derartige Fälle ist eine Rangfolgeregelung nutzlos. Das Gesetz stellt hierfür zwei – allerdings sehr allgemein formulierte – Auslegungsregeln bereit. Nach § 633 Abs. 2 S. 2 BGB muss sich, wenn eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, das fertigestellte Werk für die übliche Verwendung eignen. Demnach ist zunächst festzustellen, welches die übliche Verwendung des Werkes ist. Sodann ist zu klären, welche Leistung sich hierfür eignet.

Bezogen auf das vorgenannte Fallbeispiel hilft dies allerdings kaum weiter. Wenn keine besonderen technischen Normen (z.B. DIN) existieren, eignen sich grundsätzlich beide Ausführungsvarianten.

Weiterhin regelt § 243 BGB, dass der Auftragnehmer eine Leistung mittlerer Art und Güte schuldet, die für die übliche Verwendung des Bauwerkes geeignet ist. Insbesondere bei streitigen Varianten mit Qualitätsunterschied kann diese Bestimmung den Ausschlag geben. Letztlich schuldet der Auftragnehmer in dem Fallbeispiel eine dem für ihn ersichtlichen Nutzungszweck des Bauteils entsprechende Leistung mit normaler durchschnittlicher Qualität, also Stahl.

C. Form

- 46** Verträge können **grundsätzlich formlos** geschlossen werden, solange das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt. Beispielsweise müssen **Verbraucherbauverträge nach § 650i Abs. 2 BGB** in Textform abgeschlossen werden, Kaufverträge über Grundstücke immer notariell abgeschlossen werden. Für Bauverträge i.S.d. § 650a BGB ist keine bestimmte Form vorgeschrieben, sie können also mündlich, schriftlich oder auf andere Weise abgeschlossen werden. Auch der kommentarlose Arbeitsbeginn kann eine Vertragsannahme sein, sogenanntes schlüssiges („konkludentes“) Verhalten. Hierbei handelt es sich nicht um Fälle völlig

gen Schweigens. Vielmehr lässt hier das Verhalten einer Partei eine Zustimmung erkennen (z.B. Baubeginn; Zahlung einer Rechnung etc.).

Von der genannten grundsätzlichen Formfreiheit gibt es bei Verträgen über Bauleistungen nur wenige Ausnahmen:

47

- Verbraucherbauverträge nach § 650i Abs. 2 BGB müssen in Textform abgeschlossen werden,
- Bauverträge, die in unlösbarem Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen stehen, müssen nach § 311b BGB notariell beurkundet werden;
- Bauverträge mit Gemeinden müssen nach den meisten Gemeinde-Ordnungen schriftlich abgeschlossen werden;
- Gleiches gilt für Verträge mit Genossenschaften, hier sind u.U. die Formvorschriften des Genossenschaftsgesetzes zu beachten.

Eine Missachtung von Formvorschriften führt in der Regel zur **Unwirksamkeit des Vertrags**.

D. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Um die eigene Geschäftstätigkeit zu erleichtern und um bestimmte Bedingung stets einzuschließen verwenden viele Unternehmen einen **Mustervertrag** oder Mustervertragsbedingungen. Diese sind stets vorgedruckt und werden standardmäßig benutzt. In diesem „Kleingedruckten“ sind üblicherweise Klauseln enthalten, die das eigene Unternehmen begünstigen. Hierfür wurde von der Rechtsprechung bereits vor Jahrzehnten der Rechtsbegriff „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ (AGB) geschaffen, den dann das frühere AGB-Gesetz übernahm. Dieses gesonderte Gesetz wurde 2002 nahezu unverändert in das BGB eingegliedert (§§ 305 ff.). Das AGB-Recht sieht eine verschärfte Inhaltskontrolle vor. Bestimmte unangemessene Klauseln sind demnach unwirksam. Hier geht es seit jeher darum, den Vertragspartner oder Kunden vor dem Missbrauch von Marktmacht durch Formularverträge zu schützen. Im Kern handelt es sich um Verbraucherschutz.

48

I. Definition

Wie dargelegt, handelt es sich bei AGBs um Musterverträge für den eigenen Geschäftsreich. Auch öffentliche Auftraggeber haben in der Regel eigene formalisierte Vorgaben, z.B. in Vergabehandbüchern. In all diesen Fällen handelt es sich um AGB im Sinne der §§ 305 ff. BGB.

49

Ein wichtiger Fall von Mustervertragsbedingungen ist die **VOB/B**. Da es sich jedoch bei der VOB/B um ein insgesamt ausgewogenes Vertragswerk handelt, das keine Seite einseitig benachteiligt und das darüber hinaus von dem paritätisch besetzten Vergabe- und Vertragsausschuss erstellt wird, genießt die VOB/B eine Ausnahmestellung im AGB-Recht, jedenfalls bei Verträgen zwischen Unternehmen, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen. Sie ist bei diesen Verträgen von der strengen Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB ausgenommen. Voraussetzung hierfür ist allerdings nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass sie „in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist“. Sie muss also unverändert, d.h. „als Ganzes“, vereinbart werden. (Näheres hierzu unter Teil 2, Einführung VOB/B.) Weicht der Bauvertrag – gegebenenfalls auch nur in einzelnen Punkten – von der VOB/B ab, gilt für jede Regelung in der VOB/B die strenge Inhaltskontrolle des AGB-Rechts.

50

Gilt ein Mustervertrag oder eine einzelne Klausel, so ist die genannte scharfe gesetzliche **Inhaltskontrolle** anzuwenden, was eben dazu führen kann, dass der Vertrag infolgedessen möglicherweise ganz oder teilweise für unwirksam erklärt wird. Dies soll, wie oben bereits erwähnt, eine Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders verhindern, der bei dieser formularmäßigen Mehrfachverwendung in der Regel keine Möglichkeit hat, Einwände

51

gegen diese einseitigen Klauseln zu erheben. Insbesondere Verbraucher sollen vor unfairen Verträgen geschützt werden. Die inhaltliche Prüfung orientiert sich dabei am Leitbild der durch die Klausel abgeänderten gesetzlichen Regelung (meistens des BGB) und am gemeinsam angestrebten Vertragszweck.

- 52** Nach § 305 Abs. 1 BGB gelten „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (**Verwender**) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“, als AGB. Für die Feststellung, dass es sich um AGB handelt, müssen demnach drei Voraussetzungen vorliegen: Der Vertrag muss erstens vorformuliert, zweitens für eine Vielzahl von Verwendungen vorgesehen und drittens von einer Vertragspartei der anderen gestellt worden sein.
- Für die Vorformulierung im Sinne des AGB-Rechts kommt es nicht darauf an, ob der Verwender die Bedingungen selber formuliert oder ob er von Dritten verfasste Vertragsbedingungen verwendet. So sind nicht nur alle gekauften Formulare AGB (z.B. Kfz-Kaufvertrag aus dem Schreibwarenhandel), auch notarielle Verträge können – zumindest gegenüber Verbrauchern – AGB darstellen.
- 53** Voraussetzung für das Vorliegen von AGB ist nach § 305 Abs. 1 BGB ferner, dass der Mustervertrag „für eine Vielzahl von Verträgen“ vorformuliert ist. Hier hat sich die Rechtsprechung lange schwergetan, eine bestimmte Anzahl von Verwendungen festzulegen. Nach früher herrschenden Auffassungen wurden drei oder auch mehr Anwendungen verlangt. Heute wird vielfach auch eine zweifache Verwendung bereits für ausreichend gehalten. Es kommt dabei allerdings nicht darauf an, ob es tatsächlich zu der beabsichtigten **Mehrfachverwendung** kommt, es reicht, wenn die Klausel „für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert war“, also eine Mehrfachverwendung beabsichtigt war. Das leuchtet ein, wenn das Muster nicht vom Verwender selbst entworfen wurde, sondern aus einer Formularsammlung stammt, oder bei handelsüblichen Formularverträgen. Hierbei handelt es sich auch dann um AGB, wenn der Verwender sie nur einmalig benutzt. Die Vermutung, dass diese Vertragsbedingungen einseitig zu seinen Gunsten formuliert sind, greift auch in solchen Fällen.
- 54** Die AGB werden vom Verwender **gestellt, wenn** sie von einem Vertragspartner einseitig vorgegeben werden, ohne dass der andere Vertragspartner am Inhalt etwas ändern kann. Nur wenn einzelne Klauseln „im Einzelnen ausgehandelt“ wurden, kann die Eigenschaft als AGB nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB entfallen. Es muss also über diese Regelung ernsthaft verhandelt worden sein. In den meisten Fällen findet eine Verhandlung natürlich nicht statt, der Verwender will dies ja mit seinem Mustervertrag gerade vermeiden. Daher muss in jedem Einzelfall, in dem dies vom Verwender vorgetragen wird, genau geprüft werden, ob man hier von einer echten Verhandlung im Sinne des AGB-Rechts sprechen kann. Der Verwender muss dies im Zweifel beweisen. Entscheidend ist, dass der andere Vertragspartner eine echte Verhandlungschance hatte. Dies ist nicht der Fall, wenn der Verwender die Vertragsklauseln nur erläutert und nicht ernsthaft bereit ist, den Vertrag zu ändern. Die Rechtsprechung verlangt für ein „Aushandeln“, dass die Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt wird. Bleibt die Klausel am Ende unverändert, so spricht einiges dafür, dass keine echte Verhandlung stattfand.
- 55** Die Frage des Aushandelns bezieht sich – wie sämtliche Voraussetzungen für die Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB – stets auf die einzelne streitige Klausel.
- 56** Die Prüfung der Rechtmäßigkeit nach dem AGB-Recht bezieht sich immer auf die **einzelne angegriffene Klausel**. Ein Formularvertrag kann also wirksame und unwirksame Klauseln enthalten. Er kann ferner einzelne individuell ausgehandelte Vereinbarungen enthalten, die dann gar nicht der Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterliegen. Umgekehrt kann ein individuell ausgehandelter Einzelvertrag eine Klausel enthalten, die der Verwender aus einem Mustervertrag abgeschrieben hat. Diese einzelne Klausel stellt dann eine AGB dar, die nach dem AGB-Recht unwirksam sein kann. Die Unwirksamkeit einzelner Klauseln berührt nach § 306 Abs. 1 BGB den übrigen Vertrag nicht, es sei denn, dieser verbleibende Restvertrag stellt eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei dar (§ 306 Abs. 3 BGB).

II. Einbeziehung in den Vertrag

Aus dem Grundgedanken des AGB-Rechts, nämlich einen Missbrauch von vorformulierten Musterverträgen durch eine Unwirksamkeitsandrohung zu unterbinden, folgt das Erfordernis einer transparenten Einbeziehung. Der Vertragspartner soll nicht durch unklare Vorgänge zur Vereinbarung von „Kleingedrucktem“ verleitet werden. Zu einer wirksamen Einbeziehung in den Vertrag kommt es daher nach § 305 Abs. 2 BGB nur, wenn der Verwender

- bei Vertragsabschluss eindeutig darauf **hinweist**, dass seine AGB Vertragsbestandteil werden sollen (nur in Ausnahmefällen durch gut sichtbaren Aushang), und
- der andere Vertragspartner bei Vertragsabschluss, also vor der Angebotsannahme, die Möglichkeit hat, die AGB **einzusehen**.

Bei Verwendung von AGB gegenüber Unternehmen gelten nach § 310 BGB einfachere Regeln, hier werden AGB bereits dann wirksam in den Vertrag einbezogen, wenn der Verwender in dem Vertrag seine AGB als Vertragsinhalt benennt. Es reicht hier auch der Hinweis auf die „Geltung der VOB/B“.

Der Hinweis auf die Verwendung der AGB muss im Vertrag selber erfolgen, z.B. mit der Formulierung „dieser Bestellung liegen unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde“. Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an diesen Hinweis, er muss unmissverständlich und für den Kunden klar erkennbar sein. Die Bezugnahme muss „bei Vertragsschluss erfolgen“ (§ 305 Abs. 2 BGB). Ein Hinweis in einer späteren Auftragsbestätigung reicht also nicht aus. Auch wenn die Vertragsparteien mehrere Verträge miteinander schließen (oder schon geschlossen haben), muss der Hinweis bei jedem einzelnen Vertrag erfolgen.

Bei einem schriftlich geschlossenen Vertrag müssen die AGB der anderen Seite also zugänglich gemacht werden, z.B. auf der Rückseite des Angebotsschreibens oder als separate Anlage, wenn der Vertragspartner des Verwenders keine andere Möglichkeit hat, die AGB einzusehen. Wird ein Vertrag in den Geschäftsräumen des Verwenders geschlossen, reicht es regelmäßig aus, dass der Verwender die AGB zur Einsicht bereithält.

Zu der vom Gesetz geforderten Transparenz bei der Einbeziehung der AGB gehört es, dass überraschende Klauseln nicht Vertragsinhalt werden. Nach § 305c Abs. 1 BGB ist dies der Fall, wenn eine Klausel so ungewöhnlich ist, dass der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Typischer Fall ist die in den AGB, also im „Kleingedruckten“, versteckte Hauptleistungspflicht, z.B. eine Vergütung für Kostenvoranschläge. Eine solche Klausel wird nur dann Vertragsinhalt, wenn sie durch ihr äußeres Erscheinungsbild ausreichend hervorgehoben ist.

III. Vorrang von Individualvereinbarungen

Nach § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor AGB. Hier geht es wiederum um die Frage, welche Regelung bei einem Widerspruch gilt. Das Gesetz ist hier eindeutig, die AGB treten zurück. Dies entspricht dem oben (Rn. 38, 42) dargelegten Grundsatz, dass Einzelfallregelungen im Zweifel den allgemeinen Regelungen eines Vertrags vorgehen. Eine solche Individualvereinbarung liegt vor, wenn sie **nur für diesen Einzelfall formuliert** und von beiden Seiten nach inhaltlicher Auseinandersetzung akzeptiert wurde. Auch eine AGB-Klausel kann jedoch zu einer Individualvereinbarung werden, wenn über sie ernsthaft verhandelt wird (siehe oben, Rn. 54).

IV. Sich widersprechende AGB

Falls beide Vertragspartner beim Vertragsabschluss auf die Geltung der jeweils eigenen AGB bestehen, kann dies dazu führen, dass keine der beiden gilt.

Beispiel:

Unternehmen A unterbreitet Unternehmen B ein Angebot. Dort heißt es: „Es gelten unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen.“ Unternehmen B nimmt das Angebot an mit einem gleichlautenden Hinweis.

- 63** Klar ist in diesem Fall, dass keine Seite die Bedingungen der jeweils anderen Seite akzeptiert hat. Beide Erklärungen sind eindeutig. Wenn sich beide Parteien nicht am Ende auf irgendeinen Kompromiss einigen, wird man wohl annehmen müssen, dass ein Vertrag gar nicht zustande kam. Denn wie oben dargelegt (Rn. 10), ist eine Annahme unter Änderungen nach § 150 Abs. 2 BGB ein neues Angebot. Falls es jedoch zur Vertragsausführung kommt, weil beispielsweise der Bauunternehmer beginnt oder der Auftraggeber eine Abschlagszahlung leistet, so wird man annehmen müssen, dass ein Vertragsschluss gewollt war. Vermutlich wird keine Partei dies in Frage stellen. Streitig ist dann lediglich, welche AGB gelten. Diese Fälle, in denen man erst später über einen vertraglichen Anspruch streitet, sind durchaus nicht selten. Hier ist davon auszugehen, dass keine der beiden AGB gilt. Es gilt insbesondere nicht eine Art „Recht des letzten Wortes“, ein Wettlauf der hin- und hergehenden Erklärungen kann nicht entscheidend sein. Vielmehr haben beide Seiten unmissverständlich klargestellt, dass sie die AGB des anderen ablehnen. Vor diesem Hintergrund ist die Nichtgeltung beider AGB logisch.
- 64** In solchen Fällen gelten – wie immer – vorrangig die individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen. In Einzelfällen kann auch angenommen werden, dass die AGB beider Seiten gelten, soweit sie sich decken, also einzelne Klauseln. Dies müssten jedoch die Begleitumstände schon sehr eindeutig hergeben, andernfalls ist der Ausschluss beider AGB eher sachgerecht. Darüber hinaus muss durch Auslegung der Vertragsinhalt ermittelt werden (siehe oben Rn. 38 ff.), im Zweifel gilt die gesetzliche Regelung, sofern eine solche existiert.

V. Inhaltskontrolle von AGB und ihre Rechtsfolgen

- 65** Ob und nach welchen Maßstäben die Inhalte von AGB zu prüfen sind, hängt davon ab, ob der Vertragspartner des Verwenders ein Verbraucher (Ziff. 1) oder ein Unternehmer (Ziff. 2+3) ist oder zu keiner der beiden Gruppen zählt.

1. Verwendung gegenüber Nichtunternehmern – allgemeine Grundsätze

- 66** Das Gesetz sieht für gewerblich oder selbstständig Tätige meistens einen geringeren Schutz vor als für Verbraucher. Dies ist im AGB-Recht nicht anders, zumal dessen Ursprung klar im Verbraucherschutz liegt. Bei einer Verwendung gegenüber Kaufleuten gelten also nicht die in diesem Abschnitt dargestellten allgemeinen Unwirksamkeitsregeln. Diese gelten nur für die Verwendung von AGB gegenüber Verbrauchern.
- 67** Die inhaltliche Wirksamkeit von AGB ist grundsätzlich nach §§ 307, 308, 309 BGB zu prüfen. Dabei ist der Inhalt der streitigen AGB-Klausel zunächst nach §§ 308, 309 BGB, danach erst anhand der Generalklausel des § 307 BGB zu prüfen. Die Spezialvorschriften §§ 308, 309 BGB enthalten eine katalogartige Aufzählung bestimmter gegenüber Verbrauchern unzulässiger Klauseln. Anhand dieser Auflistung kann im Einzelfall recht schnell abgeklärt werden, unter welches Verbot eine streitige Klausel fällt. Diese einzelnen Unwirksamkeitsgründe gelten nicht bei einer Verwendung gegenüber Unternehmen. Für solche Verträge gilt nur die Generalklausel § 307 BGB.
- 68** In § 308 BGB werden zunächst unzulässige Klauseln genannt, bei denen noch eine **Wertung im Einzelfall** erfolgen muss, also Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit. Beispielsweise ist nach § 308 Nr. 4 BGB eine Klausel unwirksam, durch die sich der Verwender vorbehält, seine eigene Leistung in für den Vertragspartner unzumutbarer Weise zu ändern oder von ihr abzuweichen.

Hingegen zählt § 309 BGB Klauseln auf, die in jedem Fall unwirksam sind. Sie werden vom Gesetzgeber als **Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit** bezeichnet. Beispielsweise ist nach § 309 Nr. 12 BGB eine Beweislastumkehr zu Lasten des anderen Vertragspartners unzulässig. **69**

Fällt die AGB-Klausel nicht unter eines der in §§ 308, 309 BGB aufgezählten Verbote, so kann sie dennoch wegen Verstoßes gegen die **Generalklausel** des § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein. Nach dieser sehr allgemeinen Vorschrift ist eine Bestimmung in AGB unwirksam, die den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, was sich ausdrücklich auch daraus ergeben kann, dass die Klausel nicht klar und verständlich ist. In § 307 Abs. 2 BGB wird die Generalklausel etwas konkretisiert. Demnach liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn die AGB-Regelung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder wenn die AGB-Regelung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). **70**

2. Weitergehende Spezialregelungen für Verbraucherverträge

Nach § 310 Abs. 3 BGB gelten bei einer Verwendung seitens eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher einige weitere Verschärfungen. Demnach gelten AGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Darüber hinaus unterliegen die AGB auch dann der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, wenn der Verwender sie nur für eine **einmalige Verwendung** formuliert hat und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Im Ergebnis ist also jeder Vertrag, der dem Verbraucher bereits vorformuliert vorgelegt wird, eine AGB. Außerdem sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach der Generalklausel § 307 BGB auch die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen, also beispielsweise abweichende Werbung des Verkäufers. **71**

3. Verträge mit Unternehmern

Bei einer Verwendung gegenüber einem Unternehmer gelten die Unwirksamkeitsgründe der §§ 308, 309 BGB nicht unmittelbar. Bei diesen Fällen sind die AGB nur nach der Generalklausel des § 307 BGB zu prüfen, insbesondere also darauf, ob die AGB den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. **72**

Unternehmer ist nach § 14 BGB jede natürliche oder juristische Person oder jede rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. **73**

Auch bei Verwendung gegenüber Unternehmern hat die Rechtsprechung jedoch den Grundsatz entwickelt, dass bei einem Verstoß gegen eines der Klauselverbote in §§ 308, 309 BGB gleichzeitig eine Abweichung von den wesentlichen Grundgedanken der betroffenen gesetzlichen Regelungen vorliegt und damit ein Verstoß gegen die Generalklausel § 307 BGB. Es ist also klar festzustellen, dass auch Unternehmer nach dieser Rechtsprechung einen sehr weitgehenden Schutz vor zweifelhaften AGB genießen. **74**

4. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das AGB-Recht

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die genannten Vorschriften sind in § 306 BGB geregelt. Die Klausel ist demnach **unwirksam**, allerdings nur die vom Verbot betroffene **Einzelklausel**. Im Übrigen bleibt der Vertrag wirksam. Nur ganz ausnahmsweise ist der Vertrag insgesamt unwirksam. Der Gesetzgeber hat dies in § 306 Abs. 3 BGB für den Fall vorgesehen, dass die nach § 306 Abs. 2 BGB eintretende Vertragsänderung (anstelle der AGB gelten die gesetzlichen Regelungen) für eine Vertragspartei eine unzumutbare Härte mit sich bringen würde. **75**

Teil 1 BGB

- 76** An die Stelle einer unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung, sofern eine solche existiert. Beispielsweise wird eine unwirksame Verkürzung der Gewährleistungsfrist durch die gesetzliche Frist ersetzt.
- 77** Die Unwirksamkeit erfasst zwar wie erwähnt nur die betroffene Klausel, diese jedoch komplett. Es kommt also keine Reduzierung auf den gerade noch wirksamen Teil in Betracht, eine solche „geltungserhaltende Reduktion“ lässt das AGB-Recht nicht zu. Andernfalls würde der Verwender kein Risiko tragen, er könnte sich auch bei den unangemessensten Klauseln darauf verlassen, dass die Gerichte ihm nur den unzulässigen Teil streichen. Dann bliebe stets der gerade noch zulässige Teil übrig. Der Verwender hätte keinerlei Anreiz, auf die Rechtmäßigkeit seiner AGB zu achten. Nebenbei würde das Gericht im Streitfall noch diese sorgfältige Prüfung und Abschichtung für ihn übernehmen.
- 78** Schließlich noch festzuhalten, dass sich der **Verwender** selbstverständlich nicht auf die Unwirksamkeit einer eigenen für ihn ungünstigen AGB-Klausel berufen kann. Er hat den Vertrag selber formuliert und ist im Ergebnis selber schuld, wenn eine Regelung die andere Vertragspartei begünstigt. Andernfalls könnte er nach Belieben von einzelnen Klauseln Abstand nehmen.

Kaufrecht

A. Allgemeine Ausführungen zum Kaufrecht

I. Einführung

Der Kauf ist sowohl in der Gesamtwirtschaft als auch im Alltag des Einzelnen der wohl häufigste Vertragstypus. Die Schnittstelle zum Werkvertrag bildet § 650 BGB, der die Anwendungsfälle des Kaufrechts bei Bauverträgen regelt. **1**

Die Voraufgabe umfasste die zum 01.01.2018 in Kraft getretene Reform des Bauvertragsrechts, die auch kaufrechtlich relevante Änderungen enthält. Hierbei geht es um die Gewährleistung für mangelhaftes Material, den Ersatz von Aus- und Einbaukosten und Rückgriffsrechte entlang der Lieferkette. Werkunternehmer, die mangelhaftes Baumaterial gekauft und verwendet haben, werden hierdurch entlastet. Im Einzelnen ist dies in den kommentierten §§ 439 Abs. 3, 445a, 445 b BGB geregelt¹. **2**

In der jetzigen Auflage sind die seit dem 01.01.2022 geltenden umfangreichen Neuerungen im Kaufrecht abgebildet. Hintergrund ist die Umsetzung von zwei EU-Richtlinien – die Digitale-Inhalte-Richtlinie² und die Warenkauf-Richtlinie³ –, die ein neues „Digitales Kaufrecht“ im deutschen Recht begründen. Ziel ist es, das Kaufrecht im Bereich von Produkten mit digitaler Funktion (Smartphones etc.) auf ein höheres Verbraucherschutzniveau zu heben. Insbesondere der elektronische Handel schafft hier Regelungsbedarf. Die Regelungen bringen Änderungen insbesondere im Verbrauchsgüterkaufrecht, aber auch im allgemeinen Kaufrecht mit sich. Hier hat sich z.B. der Begriff des Sachmangels verändert. **2a**

Im Zusammenhang mit der Darstellung der so genannten „Allgemeinen Leistungsstörungen“ erfolgt ein kurzer Abriss über die rechtliche Bewältigung der Corona-Pandemie und der Russland-Krise. Der Schwerpunkt liegt hier bei Problemen im Zusammenhang mit der Vertragsdurchführung und den Lieferketten. Dabei wird auch auf das ab dem 01.01.2023 geltende Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) eingegangen und herausgearbeitet, dass hier kaufrechtlich keine neuen Haftungsregelungen entstehen. **3**

Die Grundzüge des Kaufrechts gilt es im Nachfolgenden für den Praktiker darzustellen, wobei schwerpunktmäßig den Besonderheiten der Anwendung des Kaufrechts bei Bauverträgen Rechnung getragen wird. Die zuvor skizzierten Änderungen zum „Digitalen Kaufrecht“ werden in dem Umfang behandelt, wie es zum Verständnis der jeweiligen Norm erforderlich ist. Hinweise für den Praktiker sind redaktionell mit dem **Hinweis „Praxistipp“** hervorgehoben. **4**

II. Anwendung des Kaufrechts bei Bauverträgen

Bauverträge unterfallen klassischerweise Werkvertragsrecht bzw. der VOB/B, soweit die Vertragsparteien dies vereinbart haben. Seit dem 01.01.2018 ist der so genannte „Bauvertrag“ zudem als eigener Vertragstypus in den §§ 650a–650o BGB geregelt⁴. Dort sind Sonderbestimmungen gegenüber dem allgemeinen Werkvertragsrecht enthalten⁵. **5**

1 BR-Drs. 123/16, S. 17, 81.

2 EU-Richtlinie 2019/770 (Digitale-Inhalte-Richtlinie, diD-RL). Die nationale Umsetzung erfolgte durch das „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“.

3 EU-Richtlinie 2019/771 (Warenkaufrichtlinie, WKRL). Die nationale Umsetzung erfolgte durch das „Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufrechts“. Diese Richtlinie ersetzt faktisch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie von 1999.

4 Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, u.a.; v. 28.4.2017, BGBl. I, S. 969, in Kraft getreten am 1.1.2018.

5 Einzelheiten dazu im eigenen Abschnitt zum Werkvertragsrecht.

1. § 650 BGB Werklieferungsvertrag; Verbrauchervertrag über die Herstellung digitaler Produkte

(1) Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 648 und 649 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.

(2) Auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet,

1. digitale Inhalte herzustellen,
2. einen Erfolg durch eine digitale Dienstleistung herbeizuführen oder
3. einen körperlichen Datenträger herzustellen, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient,

sind die §§ 633 bis 639 über die Rechte bei Mängeln sowie § 640 über die Abnahme nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a. Die §§ 641, 644 und 645 sind mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme die Bereitstellung des digitalen Produkts (§ 327b Absatz 3 bis 5) tritt.

(3) Auf einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, einen herzustellenden körperlichen Datenträger zu liefern, der ausschließlich als Träger digitaler Inhalte dient, sind abweichend von Absatz 1 Satz 1 und 2 § 433 Absatz 1 Satz 2, die §§ 434 bis 442, 475 Absatz 3 Satz 1, Absatz 4 bis 6 und die §§ 476 und 477 über die Rechte bei Mängeln nicht anzuwenden. An die Stelle der nach Satz 1 nicht anzuwendenden Vorschriften treten die Vorschriften des Abschnitts 3 Titel 2a.

(4) Für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine Sache herzustellen, die ein digitales Produkt enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach Absatz 2 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen. Für einen Verbrauchervertrag, bei dem der Unternehmer sich verpflichtet, eine herzustellende Sache zu liefern, die ein digitales Produkt enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, gilt der Anwendungsausschluss nach Absatz 3 entsprechend für diejenigen Bestandteile des Vertrags, welche die digitalen Produkte betreffen.

6 Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch § 650 BGB. Danach unterfällt die **Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen** dem **Kaufrecht**.

Als Bauverträge (Werkverträge) qualifiziert werden demgegenüber Verträge über die Herstellung, Wiederherstellung, Beseitigung oder den Umbau von Bauwerken, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Wesentliche Instandhaltungen unterfallen ebenfalls dem Bauvertrag, § 650a Abs. 1 und 2 BGB.

Kaufrecht gilt somit für die Sachen, die für das Bauwerk geliefert werden⁶. Dies gilt auch dann, wenn es sich um maßangefertigte Sachen handelt.


Beispiele:

- Lieferung von Fertigteilen für den Bau,
- Lieferung von Baumaterialien,
- Lieferung von Fertiggaragen,

⁶ Ausführlich zum Ganzen Grüneberg-Retzlaff, § 650 BGB Rn. 2 ff. Hinweis: Der BGB-Kommentar „Palandt“ ist ab der 81. Auflage 2022 nach dem Mitautor und Koordinator der Autoren in „Grüneberg“ umbenannt worden.

- Lieferung von Fenstern und Türen,
- Lieferung von Haustechnik, z.B. Klimaanlage, Heizungsanlage.

Praxistipp:

 Besteht die Leistung nicht in erster Linie in der Lieferung/Anfertigung der beweglichen Sache, sondern schwerpunktmäßig in einem darüber hinausgehenden Erfolg – der Bauleistung – so gilt Werkvertragsrecht⁷. Umfangreiche Einbauarbeiten sprechen z.B. für die Anwendung von Werkvertragsrecht⁸.

Es kommt also entscheidend auf den Schwerpunkt der Leistung an: Schwerpunkt Lieferung der Sache = Kaufrecht. Schwerpunkt darüber hinausgehende Bauleistungen etc. durch den Lieferanten = Werkvertragsrecht. Als Anhaltspunkt kann hier die Angebotskalkulation des Lieferanten dienen.

7**2. Fazit und Auswirkungen**

§ 650 BGB bedeutet für die Lieferung beweglicher Sachen, dass das Kaufrecht des BGB anzuwenden ist, sofern die Parteien sich nicht auf die Anwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen verständigt haben⁹.

8

Die Anwendung des Kaufrechts hat u.a. folgende Auswirkungen:

9

- Fälligkeit der Vergütung bereits mit Vertragsschluss und nicht erst mit Abnahme,
- Es gelten die Gewährleistungsregeln des Kaufrechts,
- Anwendung der handelsrechtlichen Rügepflichten, wenn der Auftraggeber Kaufmann ist,
- Anwendung der Regeln des Verbrauchsgüterkaufs, wenn der Auftraggeber Privatmann ist.

Weitere Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertrag, die im Weiteren noch herausgearbeitet werden, sind folgende:

10

- Ein Recht, den Mangel selbst zu beseitigen (Selbstvornahme), gibt es ausdrücklich nur im Werkvertragsrecht (§ 637 BGB)
- Beim Kaufvertrag kann der Käufer die Art der Mängelbeseitigung wählen (§ 439 Abs. 1 BGB). Beim Werkvertrag steht dieses Recht dem Werkunternehmer zu (§ 635 Abs. 1 BGB).
- Der Käufer kann den Kaufvertrag nicht vor seiner Ausführung kündigen. Dem Besteller eines Werks steht dies jederzeit gemäß § 648 BGB zu. Allerdings ist dies mit Kosten verbunden.

⁷ Hierzu v. Wietersheim, Basiswissen Privates Baurecht, 52 ff.

⁸ Vgl. Grüneberg-Retzlaff, § 650 BGB Rn. 8 mit diversen Beispielen.

⁹ Zur Anwendbarkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen s.o., Allgemeines zum Vertragsschluss/Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Kaufrecht	Werkvertragsrecht
Fälligkeit der Vergütung bereits mit Vertragsschluss	Fälligkeit der Vergütung erst mit Abnahme
Anwendung handelsrechtlicher Rügepflichten, wenn Auftraggeber Kaufmann ist	
Anwendung des Verbrauchsgüterkaufs, wenn Auftraggeber Privatmann ist	
kein ausdrückliches Recht, den Mangel selbst zu beseitigen (Selbstvornahme)	Recht zur Selbstvornahme besteht ausdrücklich
Käufer wählt die Art der Mängelbeseitigung	Werkunternehmer wählt die Art der Mängelbeseitigung
Keine ausdrückliche Kündigungsmöglichkeit	Werkbesteller kann jederzeit kündigen (kostenpflichtig)

Abbildung 1: Unterschiede zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht

III. Abgrenzung zwischen Kaufrecht und allgemeinen Leistungsstörungen

- 11 Beim Abschluss und der Abwicklung eines Kaufvertrages ergeben sich die Rechte und Pflichten der Parteien nicht nur aus dem Kaufrecht der §§ 433 ff. BGB, sondern auch allgemein nach dem Recht der Leistungsstörungen¹⁰. Hierbei ist es erforderlich, die allgemeinen Leistungsstörungen von den besonderen Regeln des Kaufrechts abzugrenzen.

Beispiel:



Fensterbauer A liefert dem Bauunternehmer B Fenster für einen Hausbau.

1. Gewährleistungsrecht des Kaufrechts

- 12 „Der Schuldner hat geleistet, aber er hat mangelhaft geleistet.“

Beispiel:



Die von A gelieferten Fensterrahmen haben „Schrammen“.

Die Gewährleistungsregeln des Kaufrechts kommen immer dann zur Anwendung, wenn die gelieferte Sache mit einem Mangel behaftet ist. Der Gläubiger kann sodann seine Rechte aus § 437 BGB geltend machen, d.h. primär Nacherfüllung durch Nachbesserung oder Nachlieferung verlangen. Bei Fehlschlag dieser Maßnahmen kann er mindern oder vom Vertrag zurücktreten. Es kommen zudem Schadensersatzansprüche in Betracht¹¹. Diese einzelnen Gewährleistungsrechte werden im weiteren Verlauf noch ausführlich dargestellt.

¹⁰ Vgl. Lorenz, Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach, NJW 2005, 1889 (1890).

¹¹ S.u. Kommentierung zu § 437 BGB.

2. Unmöglichkeit, § 275 Abs. 1 BGB

„Der Schuldner hat noch nicht geleistet, er kann auch nicht mehr leisten.“

13

Beispiel:



Es handelt sich um Fenster-Unikate, die B für ein denkmalgeschütztes Bauobjekt benötigt. Vor der Übergabe werden die Fenster zerstört.

Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB bedeutet, dass die Leistung nicht mehr erbracht werden kann. Sie kommt beim Kaufvertrag insbesondere in Betracht, wenn die zu liefernde Sache vor der Übergabe zerstört wird. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Schuldner die Sache grundsätzlich wieder neu liefern kann. Hierzu ist er vor der Übergabe auch verpflichtet! Demzufolge greifen die Regeln der Unmöglichkeit insbesondere bei der Lieferung von Unikaten, die nicht mehr nachgeliefert werden können (Bsp.: unter Denkmalschutz stehendes Gebäude, bei dem Unikate verbaut werden sollen).

Bei anfänglicher Unmöglichkeit (Unmöglichkeit tritt vor Abschluss des Vertrages ein) haftet der Schuldner nach § 311a Abs. 2 BGB auf Schadensersatz, sofern er das Leistungshindernis kannte oder hätte kennen können. Bei nachträglicher Unmöglichkeit ergibt sich der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 ff., 283 BGB, wenn der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.

14

3. Verzug, § 286 BGB

„Der Schuldner hat zu spät geleistet bzw. der Schuldner hat noch nicht geleistet, er kann aber noch leisten.“

15

Beispiel:



Die Fenster werden von A zu spät geliefert.

Verzug liegt vor, wenn der Schuldner die – noch mögliche – Leistung verzögert, § 286 BGB. Der Auftraggeber kann neben der Lieferung der Fenster nach den §§ 280, 286 BGB den durch die Verzögerung entstandenen Schaden verlangen; z.B. Mehrkosten wegen Änderungen in der Baudurchführung aufgrund des verspäteten Einbaus.

Voraussetzungen des Verzugs sind:

- Fälligkeit,
- Mahnung oder fester Termin,
- Verschulden.

16

Praxistipp:



Die Fenster sind noch nicht geliefert, der Auftraggeber B „ist bedient“ und will die Lieferung nicht mehr.

Der Auftraggeber muss gemäß §§ 280, 281 Abs. 1 S. 1 BGB neben den Verzugsvoraussetzungen eine Frist zur Lieferung setzen und kann nach Fristablauf vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen (z.B. Mehrkosten wegen Deckungskauf).

17

4. Nebenpflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB (früher „positive Vertragsverletzung“ – pVV)

18 „Der Schuldner hat eine Nebenpflicht (Rücksichtnahmepflicht) verletzt.“

Beispiel:



Die Fenster werden von A zwar rechtzeitig und ohne Mängel geliefert, die eigentliche Leistung ist damit fehlerfrei, aber bei der Anlieferung werden Baumaterialien, die ordnungsgemäß auf dem Gelände gelagert sind, schuldhaft beschädigt. Darüber hinaus wird ein Bauarbeiter durch die unsachgemäße Anlieferung verletzt. A hat also auf sonstige Rechtsgüter seines Vertragspartners keine Rücksicht genommen.

Die Regelungen zu Gewährleistungsrechten, Unmöglichkeit und Verzug erfassen nicht alle Formen von Leistungsstörungen. Es existieren Neben- und Rücksichtnahmepflichten, die neben die eigentliche Pflicht zur Leistungserbringung treten, § 241 Abs. 2 BGB. Gemäß § 280 Abs. 1 BGB führt jede Verletzung von Pflichten, die der Schuldner zu vertreten hat, zur Schadensersatzpflicht¹². Neben der Lieferung der Fenster ist es eine Rücksichtnahme- bzw. Nebenpflicht des Lieferanten, auf der Baustelle keinerlei sonstigen Schaden anzurichten. Die Beschädigung von Gegenständen bzw. die Verletzung eines Dritten stellt insoweit eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung dar. Art und Umfang des Schadensersatzes richten sich nach den §§ 249 ff. BGB. Der Geschädigte ist danach so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis ausgeblieben. Beschädigte Baumaterialien sind zu reparieren oder zu ersetzen, § 249 BGB, dem Bauarbeiter sind die Heilbehandlungskosten, ggf. auch ein Schmerzensgeld¹³ zu zahlen, §§ 249 Abs. 2, 253 Abs. 2 BGB.

5. Pflichtverletzungen im vorvertraglichen Raum, § 311 Abs. 2 BGB (früher „Culpa in Contrahendo“ – ci)

19 „Der Schuldner hat bereits bei der Vertragsanbahnung Sorgfalts-Pflichten verletzt.“

Beispiel:



Bei den Preisverhandlungen verschweigt der Fensterbauer A eine den endgültigen Preis erhöhende Provisionsabrede. Daraufhin schließen die Parteien den Kaufvertrag.

Die Haftung für vorvertragliche Pflichtverletzungen ist seit 2002 in § 311 Abs. 2 BGB normiert. Derartige Pflichtverletzungen begründen in Verbindung mit § 280 Abs. 1 und § 241 Abs. 2 BGB einen Schadensersatzanspruch. Der Geschädigte ist auch hier so zu stellen, wie er ohne die Pflichtverletzung stehen würde, §§ 249 ff. BGB¹⁴. Vorliegend hat der Vertragspartner auf die Wahrheit und Vollständigkeit der Aussagen des A vertraut und den Vertrag daraufhin abgeschlossen. Hätte er um die Provisionsabrede gewusst, wäre der Vertrag nicht bzw. nicht so zustande gekommen. Der Geschädigte ist so zu stellen, als wäre in ihm das enttäuschte Vertrauen auf die Vollständigkeit der Aussagen des A nie geweckt worden. Möglicher Umfang des Schadensersatzes:

- Rückgängigmachung des Vertrages
- Nachteile aufgrund des Nichtabschlusses eines anderen Geschäfts¹⁵
- Mehrkosten

12 Grüneberg-Grüneberg, § 280 BGB Rn. 24 ff. u. § 241 BGB Rn. 6.

13 Grüneberg-Grüneberg, § 253 BGB Rn. 8.

14 So bereits BGH, NJW 1981, 1673.

15 Möglich ist daneben auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Verschweigen, § 123 BGB.

6. Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

„Die Geschäftsgrundlage ist gestört aufgrund eines Umstandes, der nicht in den Verantwortungsbereich der Parteien fällt.“

20

Beispiel:



Nachdem der Kaufvertrag über die Fenster geschlossen wurde, ändern sich unvorhergesehenerweise technische DIN-Normen, sodass die Fenster in dieser Form nicht mehr vom Bauunternehmer B verwendet werden dürfen.

Das Rechtsinstitut Störung bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage ist seit 2002 in § 313 BGB normiert¹⁶. Sofern sich nach Vertragsschluss Umstände erheblich verändern, die nicht in den Verantwortungsbereich einer der Parteien fallen, ist die ursprüngliche Grundlage für den Vertragsschluss beeinträchtigt. § 313 BGB will dies ausgleichen. Nach § 313 Abs. 1 BGB liegt eine Störung der objektiven Geschäftsgrundlage vor, wenn sich nach Vertragsschluss Umstände schwerwiegend verändern und die Parteien den Vertrag in dieser Form nicht geschlossen hätten, sofern sie die Veränderung vorausgesehen hätten. Die subjektive Geschäftsgrundlage ist nach § 313 Abs. 2 BGB gestört, wenn sich wesentliche Vorstellungen als falsch herausstellen, die Vertragsgrundlage geworden sind.

In diesen Fällen kommt primär eine Vertragsanpassung, ggf. auch ein Rücktritt, in Betracht¹⁷.

7. Die Corona-Pandemie: Sonderfall hinsichtlich der Geschäftsgrundlage

Einen Sonderfall bezüglich Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage stellt die Corona-Pandemie und die damit verbundene „Lage“ dar. Die WHO hat die weltweite Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 am 11.03.2020 offiziell zu einer Pandemie erklärt. Bei einer solchen pandemischen Lage handelt es sich um „höhere Gewalt“. Hierunter versteht die Rechtsprechung ein von außen kommendes, nicht vorhersehbares und auch durch äußerste, vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis, das von keinem Beteiligten verschuldet ist¹⁸. Epidemien wurden bereits in mehreren Gerichtsentscheidungen als eine solche Form der höheren Gewalt anerkannt¹⁹. Ebenso wurden behördliche Maßnahmen als höhere Gewalt eingestuft²⁰. Nunmehr hat der BGH in einem Urteil vom 12.01.2022 dies auch für behördliche Anordnungen im Rahmen der Corona-Pandemie bestätigt²¹.

21

Juristisch geht es bei der Konstellation „höhere Gewalt“ um die Frage der Risikoverteilung in Geschäftsbeziehungen. Internationale Lieferverträge enthalten teilweise **vertragliche Regeln** zur höheren Gewalt – auch Force majeure genannt. Üblicherweise wird hier im Falle höherer Gewalt die – unverschuldete – Auflösung, Aussetzung oder Anpassung der Leistungspflichten vereinbart. Diese Klauseln müssen aber explizit bestimmen, was als höhere Gewalt definiert wird. Im Fall von Corona ist dies nicht unkritisch, da die Welt diese Form der pandemischen Lage bislang nicht kannte.

22

Dass auf explizit vereinbarte **vertragliche Regeln** abzustellen ist, zeigt auch eine BGH-Entscheidung vom 26.01.2022, die sich erstmalig mit der Frage der Erstattungspflicht von Versicherungen für Coronaschäden befasste²². Im konkreten Fall enthielt der Vertrag zwischen Gastwirt und Versicherer Zusatzbedingungen bezüglich Entschädigungen im Fall der Schließung aufgrund behördlicher Anordnung nach dem Infektionsschutzgesetz. Die meldepflich-

23

¹⁶ Davor handelte es sich um richterrechtlich entwickelte Grundsätze, die erstmals nach dem Ersten Weltkrieg und der dortigen Geldentwertung zur Anwendung kamen.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen bereits Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, 2000 Bd. I, S. 295 ff.

¹⁸ Vgl. BGH, NJW 2017, 2677.

¹⁹ AG Homburg, Urt. v. 2.11.1992 – 2 .C 1451/92-18; ferner AG Augsburg, Urt. v. 9.11.2004 – 14 C 4608/03.

²⁰ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 16.9.2004 – 16 U 19/04.

²¹ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21.

²² BGH, Urt. v. 26.1.2022 – IV ZR 144/21.

tigen Krankheiten waren in den Bedingungen aufgezählt – „Covid-19“ war nicht genannt. Der BGH entschied, dass diese vertragliche Regelung maßgeblich sei. Die Aufzählung der Krankheiten in den Versicherungsbedingungen sei abschließend. Insoweit verneinte der BGH eine Entschädigungspflicht des Versicherers. Dies sei interessengerecht, denn es entspräche der vertraglichen Risikoverteilung. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer könne nicht davon ausgehen, dass der Versicherer auch für nicht aufgeführte Krankheiten die Deckung übernehmen will²³.

- 24** Existiert keine vertragliche Regelung, kommen **gesetzliche Regeln** der zuvor beschriebenen „Allgemeinen Leistungsstörungen“ zur Anwendung – und zwar Unmöglichkeit, Verzug bzw. Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage. Sofern die Waren noch anderswo am Markt bezogen werden können, wird regelmäßig nur eine Leistungerschwerung und keine Unmöglichkeit vorliegen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Schadensersatzansprüche aus Unmöglichkeit und Verzug ein Verschulden voraussetzen, das bei höherer Gewalt ja gerade nicht vorliegt.

Haben sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen jedoch so nachteilig verändert, dass die ursprünglich vereinbarte Leistungserfüllung nicht mehr zugemutet werden kann, so kommt eine **Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB** in Betracht. Verträge sind dann anzupassen oder sogar kündbar, wenn sich wesentliche Vertragsumstände nach Vertragschluss geändert haben. Dieses Rechtsinstitut wird von der Rechtsprechung nur als Ultima Ratio herangezogen und wurde selbst in der Finanzkrise 2008 nur sehr zurückhaltend angewendet.

- 25** Hier kommt nun die oben erwähnte BGH-Entscheidung vom 12.01.2022 zum Tragen. Der BGH hat in einer Entscheidung zum Mietrecht dargelegt, dass im Falle einer coronabedingten Geschäftsschließung die Regeln zur Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB Anwendung finden. Der BGH verneinte damit eine vollständige Mietzahlungspflicht und bejahte einen Anspruch auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage²⁴. Denn durch die COVID-19-Pandemie sei die Geschäftsgrundlage schwerwiegend gestört. Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtige jedoch nicht zu einer Vertragsanpassung. Vielmehr sei unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, inklusive der vertraglichen Risikoverteilung, zu prüfen, dass ein unverändertes Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann²⁵. Konkret seien finanzielle Nachteile aus den coronabedingten Einschränkungen, insbesondere Umsatzrückgänge, zu ermitteln. Diesen seien die finanziellen Vorteile gegenüberzustellen, z.B. staatliche Corona-Beihilfen oder Leistungen einer Betriebsversicherung, nicht jedoch bloße Corona-Darlehen. Die unterlassene Inanspruchnahme von Corona-Beihilfen seien wie geleistete Zahlungen zu behandeln²⁶.

Als **Fazit** bleibt festzuhalten, dass Verträge coronabedingt angepasst werden können. Der konkrete Umfang der kommerziellen Anpassung muss jedoch in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden²⁷. Dies alles dürfte in der praktischen Umsetzung nicht unproblematisch sein und führt insgesamt zu folgenden Praxistipps:

Praxistipp



Kommt es aufgrund der Corona-Pandemie zu Störungen in einer laufenden Vertragsbeziehung, so sind „Allgemeine Leistungsstörungen“ wie folgt zu prüfen:

Höhere Gewalt

- Corona stellt grundsätzlich einen Fall der „höheren Gewalt“ dar.

²³ BGH, a.a.O.

²⁴ BGH, Urt. v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21. In dem zu Grunde liegenden Fall ging es die Anmietung von Räumlichkeiten durch den Textilhändler KIK.

²⁵ BGH, a.a.O. Der BGH hat hinsichtlich dieser Abwägung an das OLG Dresden zurückverwiesen.

²⁶ BGH, a.a.O.

²⁷ In dem KIK-Fall hatte der BGH eine 50:50-Aufteilung der Mietkosten durch das vorinstanzliche OLG Dresden als zu pauschal abgelehnt.

- Hierfür ist aber eine ausdrückliche vertragliche Klausel erforderlich (!).
- Dann entfällt auch ein Verschulden der Vertragspartner bei Leistungsstörungen.
- Höhere Gewalt darf aber nicht bei bereits vorhandenen Leistungsstörungen vorgeschoben werden.

Verzug

- Verzugsansprüche entfallen bei erkennbarem Zusammenhang zwischen Verzug und Corona.
- Es liegt aufgrund der höheren Gewalt kein Verschulden vor.
- Die einvernehmliche Vereinbarung neuer Liefertermine sollte angestrebt werden.

Unmöglichkeit

- Sofern die Waren noch anderswo beschafft werden können, liegt nur eine Leistungserschwerung vor, keine Unmöglichkeit.
- Wie beim Verzug liegt kein Verschulden vor.
- Neue Liefertermine sollten einvernehmlich vereinbart werden.
- Auch bei bereits erbrachten Teilleistungen ist eine einvernehmliche Lösung anzustreben.

Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage

- Ist eine vertragliche Klausel nicht vorhanden, können Verträge coronabedingt unter dem Aspekt Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB angepasst werden.
- Auch erhöhte Beschaffungskosten können von der Anpassung erfasst sein.
- Der konkrete Umfang der Anpassung ist in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu ermitteln.
- An die Einzelfallabwägung stellen die Gerichte hohe Anforderungen. Dies umfasst auch die Darlegungs- und Beweislast für die jeweilige Vertragspartei. Deshalb ist eine vorprozessuale Einigung zwischen den Vertragsparteien anzustreben.

8. Die Russland-Krise: Ein weiterer Sonderfall hinsichtlich der Geschäftsgrundlage

Vor Redaktionsschluss dieser Neuauflage veränderte der 24. Februar 2022 und die Russland-Invasion in der Ukraine die geopolitische Lage. Die Auswirkungen auf die Vertragsbeziehungen sind aus juristischer Sicht in weiten Teilen vergleichbar mit den Rechtsfolgen der Corona-Pandemie. Auch hier geht es letztlich um die Frage, wie diese Form der Leistungsstörung sich auf die Geschäftsgrundlage auswirkt. Im Einzelnen:

Entscheidend für die rechtliche Bewertung ist, ob der Vertragspartner sich auf einer **Sanktionsliste** befindet.²⁸ Sofern dies der Fall ist, dürfen keine Neuverträge mit diesen Firmen abgeschlossen werden, da sie gegen § 134 BGB (Gesetzliches Verbot) verstoßen. Ein dennoch geschlossener Vertrag ist nichtig, sodass ein Rückgriff auf Leistungsstörungen gar nicht mehr erforderlich ist. Bei laufenden Verträgen liegt aufgrund der Sanktionslistung eine (rechtliche) Unmöglichkeit vor, § 275 BGB. Damit sind die Leistungspflichten der Parteien gesetzlich ausgesetzt²⁹. Vertraglich besteht darüber hinaus üblicherweise ein Sonderkündigungsrecht, da Verträge dies im Rahmen ihrer Integritätsklausel vorsehen.

Falls sich der Vertragspartner **nicht auf einer Sanktionsliste** befindet, sind Verträge formal zu erfüllen. Dieser Fall betrifft die Vielzahl deutscher Unternehmen, deren Lieferketten durch die Russland-Krise beeinträchtigt sind.


²⁸ Für Öffentliche Auftraggeber gelten weitergehende Restriktionen: Die EU-Verordnung 2022/576 des Rates vom 8.4.2022 (5. Sanktionspaket) enthält in Art. 5k für künftige Vergaben mit „russischen“ Geschäftspartnern ein Zuschlagsverbot. Für laufende Verträge gilt ab dem 11.10.2022 ein Erfüllungsverbot.

²⁹ Allgemein zu Rechtsfolgen der Unmöglichkeit, Grüneberg-Grüneberg, § 275 BGB Rn. 10.

Befinden sich im Vertrag Regelungen zur „Höheren Gewalt“ bzw. „Force majeure“, kann sich bereits hieraus eine Aussetzung der Leistungspflichten ergeben. Das Vorliegen der Umstände Höherer Gewalt muss in jedem Einzelfall konkret festgestellt werden (Leistungsgegenstand, Erfüllungsfristen etc.). Gesetzlich können Vertragspflichten ausgesetzt werden, wenn in Russland ansässige Vertragspartner aufgrund der Kriegssituation aktuell nicht lieferfähig sind. Es liegt dann eine (tatsächliche) Unmöglichkeit vor, § 275 BGB.

In den verbleibenden Fällen ist das Rechtsinstitut **„Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage“** nach § 313 BGB heranzuziehen. Geschäftsgrundlage ist die Erwartung der vertragschließenden Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrages nicht ändern. Diese Grundlage hat sich durch den Kriegsausbruch tiefgreifend verändert, sodass ein unverändertes Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar sein kann³⁰. Diese ist für jede Vertragsbeziehung gesondert zu prüfen und darzulegen. Die Begründung der unzumutbaren Störung des Leistungsverhältnisses hat daher – ähnlich wie bei Corona – im konkreten Einzelfall zu erfolgen.

Praxistipp

 *Abschließend bleibt festzuhalten, dass die Prüffolge der vertraglichen Beziehungen bei nicht auf Sanktionslisten geführten Vertragspartnern in der Russland-Krise ähnlich zu erfolgen hat, wie oben im Zusammenhang mit Corona bereits dargestellt:*

- Höhere Gewalt
- Verzug
- Unmöglichkeit
- Störung/ Wegfall der Geschäftsgrundlage

Bei Unternehmen auf Sanktionslisten ist die Leistung rechtlich unmöglich und beim – unzulässigen – Abschluss von Neuverträgen sind diese nichtig, da sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, § 134 BGB.

9. Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: Kein neuer zivilrechtlicher Haftungstatbestand

29 Engpässe in der Lieferkette unterliegen vertraglich keiner neuen Bewertung, wenn am 01.01.2023 das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in Kraft tritt. Das LkSG sanktioniert primär Menschenrechts- und Umweltverletzungen in der Lieferkette³¹. Mit dem LkSG müssen die dort erfassten Unternehmen künftig ihre Lieferkette prüfen, um die zuvor genannten Verletzungen abzuwenden³². Das Gesetz sieht verschiedene Sorgfaltspflichten vor, die in erster Linie das unternehmerische Risikomanagement betreffen. Damit hat das Gesetz einen hohen Fokus für Compliance- und Einkaufsabteilungen. Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) wird die Einhaltung des LkSG und die sich hieraus ergebenden öffentlich-rechtlichen Pflichten überprüfen und ggfs. als Ordnungswidrigkeiten ahnden.

30 Der Gesetzgeber hat sich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens entschieden, keine eigene zivilrechtliche Haftung in das LkSG aufzunehmen. Eine unabhängig von dem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt gemäß § 3 Abs. 3 LkSG unberührt³³.

Der Schutzzweck des Gesetzes umfasst Menschenrechts- und Umweltverstöße. Die Aufrechterhaltung der Supply-Chain als solche wird im LkSG nicht geschützt. Engpässe in der Lieferkette und Lieferprobleme sind insoweit nach den zuvor geschilderten allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zu bewerten.

³⁰ Vgl. BHG, Urt. v. 8.2.1984 – VIII ZR 254/82, NJW 1984, 1746 f. zum Krieg im Iran.

³¹ Vgl. BGBl I 2021, S. 2959 ff.

³² Ab dem 1.1.2023 sind Unternehmen mit mindestens 3.000 Mitarbeitern im Inland erfasst, ein Jahr später zudem Unternehmen mit mindestens 1.000 Mitarbeitern, § 1 Abs. 1 LkSG.

³³ BGBl I 2021, S. 2962.

Zudem sei an dieser Stelle bereits auf § 445a BGB hingewiesen, der später noch kommentiert wird. § 445a BGB ermöglicht die Durchreichung von Gewährleistungsansprüchen entlang der Lieferkette. Dies gilt nach § 445a Abs. 3 BGB ausdrücklich auch im B2B-Bereich zwischen Unternehmen.

Zusammenfassend stellt sich die Abgrenzung zwischen Kaufrecht und allgemeinen Leistungsstörungen wie folgt dar:

Gewährleistungsrecht des Kaufrechts	der Schuldner hat geleistet, aber er hat mangelhaft geleistet
Unmöglichkeit	der Schuldner hat noch nicht geleistet, er kann auch nicht mehr leisten
Verzug	der Schuldner hat noch nicht geleistet, er kann aber noch leisten bzw. er hat zu spät geleistet
Nebenschuldverletzung	der Schuldner hat schuldhaft eine Nebenpflicht verletzt
Vorvertragliche Pflichtverletzung	der Schuldner hat bereits bei Vertragsanbahnung schuldhaft eine Nebenpflicht verletzt
Wegfall der Geschäftsgrundlage	die Geschäftsgrundlage fällt weg aufgrund eines Umstandes, der nicht in den Verantwortungsbereich der Parteien fällt

Abbildung 2: Abgrenzung zwischen Kaufrecht und allgemeinen Leistungsstörungen

B. Ausführungen zu den einzelnen Vorschriften

§ 433 BGB Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

(1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

I. Einführung

§ 433 BGB spiegelt das Wesen des Kaufvertrages wider, da hier die Verpflichtungen von Verkäufer (§ 433 Abs. 1) und Käufer (§ 433 Abs. 2) festgelegt werden. Diese Regelung über den Kauf von Sachen findet gemäß § 453 BGB entsprechend Anwendung für den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen (z.B. Patente, Strom, Wärme)¹.

1

¹ Vgl. Westermann, Das neue Schuldrecht, NJW 2002, 241 (242).

II. Pflichten von Käufer und Verkäufer

2 Der Verkäufer hat:

- den Kaufgegenstand zu übergeben,
- dem Käufer das Eigentum zu verschaffen,
- dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

3 Der Käufer hat:

- den Kaufpreis zu zahlen,
- die Sache anzunehmen.

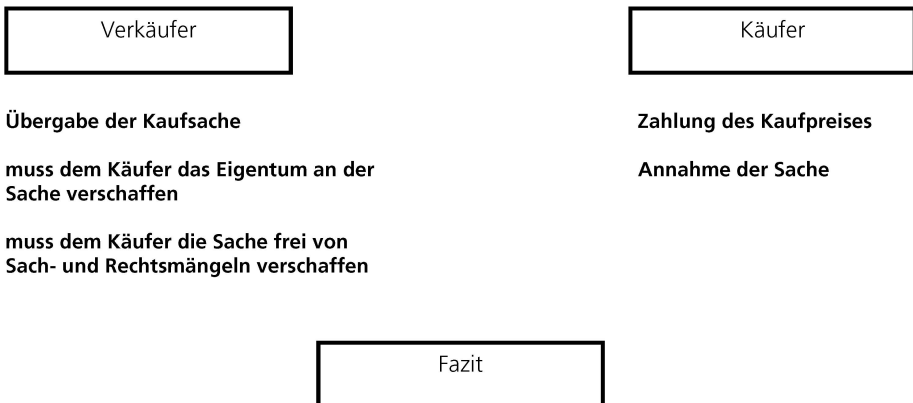
Praxistipp:



Der Verkäufer **verpflichtet** sich lediglich, das Eigentum an der Sache zu verschaffen, d.h., mit Abschluss des Kaufvertrages allein erlangt der Käufer noch kein Eigentum. Der Eigentumswechsel findet grundsätzlich erst mit Übergabe der Sache statt. Besonderheiten gelten beim sogenannten Eigentumsvorbehalt².

4 Anders als im Werkvertragsrecht wird der Kaufpreis bereits mit Vertragsschluss fällig – und nicht grundsätzlich erst bei Abnahme.

5 Die **Lieferung einer mangelfreien Sache** gehört zu den vertraglichen Pflichten des Verkäufers, § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Solange der Lieferant keine mangelfreie Ware liefert, hat er somit seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und ist zur Nacherfüllung verpflichtet³. Dies führt zu einer Stärkung der Rechte des Auftraggebers beim Bau.



Eigentumswechsel nicht schon mit Vertragsschluss, sondern erst mit Übergabe der Sache (Besonderheiten bei Eigentumsvorbehalt)

Kaufpreis bereits mit Vertragsschluss fällig

Vertrag ist erst erfüllt mit Lieferung einer mangelfreien Sache

Abbildung: Die Pflichten beim Kaufvertrag

2 S.u. Kommentierung zu § 449 BGB.

3 S.u. Kommentierung zu § 437 BGB.