

Die Schreibpflicht am Bau

I. DER NACHWEIS DER ERFÜLLTEN SCHREIBPFLICHT.....	2
1. ZUGANGSNACHWEIS	2
2. SENDEBERICHT DES FAXGERÄTES.....	3
3. EINSCHREIBEN/RÜCKSCHEIN	3
4. EMPFANGSBEKENNTNIS	3
5. ZUSTELLUNGSURKUNDE / GERICHTSVOLLZIEHER	4
II. INHALTE DER SCHREIBPFLICHT	8
1. SCHRIFTLICHER BAUVERTRAG VOR BAUSTELLENBEGINN / VERTRAGSGESTALTUNG.....	8
2. ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN, GELTUNG DER VOB/B	8
III. DIE EINZELNEN SCHREIBPFLICHTEN	10
1. BAUBEGINNANZEIGEN GEMÄß § 5 NR. 2	10
1.1 <i>Anfrage des voraussichtlichen Baubeginns nach § 5 Nr. 2 Satz 1 VOB/B</i>	10
1.2 <i>Baubeginnanzeige gemäß § 5 Nr. 2 Satz 3</i>	11
2. ÜBERTRAGUNG VON LEISTUNGEN AN NACHUNTERNEHMER GEMÄß § 4 NR. 8 VOB/B.....	15
3. HINWEIS AUF BEDENKEN GEGEN DIE ART DER AUSFÜHRUNG GEM. § 4 NR. 3 VOB/B UND GEGEN ANORDNUNGEN GEM. § 4 NR. 1 ABS. 4 VOB/B.....	17
4. NACHTRÄGE.....	20
4.1 <i>Preis Anpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B</i>	20
4.2 <i>Nachtragsforderungen im engeren Sinne</i>	23
4.3 <i>Leistungsänderung gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B</i>	32
5. BEHINDERUNGSANZEIGEN.....	34
6. GEWÄHRLEISTUNG	39
7. ABNAHME	43
7.1 <i>rechtsgeschäftliche (echte) Abnahme</i>	43
7.2 <i>Zustands-Feststellung gemäß § 4 Nr. 10 VOB/B 2002</i>	45
8. ZAHLUNGEN.....	50
8.1 <i>Prüfbare Rechnung</i>	50
8.2 <i>Fälligkeit</i>	51
8.3 <i>Verzug</i>	51
8.4 <i>Schlusszahlungsmitteilung</i>	52
9. KÜNDIGUNG.....	57
10. SICHERHEITSEINBEHALT	61

Schreibpflichtigkeit am Bau: Wer schreibt, der bleibt!

Das Sprichwort „Wer schreibt, der bleibt!“ ist ein geflügeltes Wort. Es gilt keineswegs nur für die Baubranche, aber ganz besonders für diese. Das nachfolgende Kapitel soll Ihnen praktische Regeln an die Hand geben, um Ihrer Schreibpflichtigkeit am Bau zu genügen.

I. Der Nachweis der erfüllten Schreibpflicht

1. Zugangsnachweis

Vor Erläuterung der einzelnen Schreibpflichten, möchte ich Ihnen ans Herz legen, Ihre Baukorrespondenz auch nachweisbar zu machen. Wenn sie z.B. gegen die Art der Ausführung technische Bedenken haben, müssen Sie diese gem. § 4 Nr. 3 VOB/B schriftlich mitteilen. Wenn Sie eine solche Mitteilung aber mit einfacher Post versenden und der Auftraggeber in einem späteren Prozess den Zugang dieses Briefes bestreitet, haften Sie auch für solche Mängel, die aus einem Vorgewerk oder aus einem Planungsfehler resultieren. Dann hilft auch ein Zeugen-Beweis über die zuvor mit dem Bauleiter mündlich geführte Erörterung Ihrer technischen Bedenken nur noch, um Ihre Haftungsquote zu mindern.

Grundsätzlich sollten Sie sich natürlich niemals auf einen Zeugen-Beweis verlassen. Deshalb sollte jede technisch oder rechtlich erhebliche Kommunikation schriftlich geführt oder bestätigt werden. Das gilt also nicht nur für solche Hinweise oder Erklärungen, deren Schriftform ausdrücklich vorgeschrieben ist, sondern für jede Korrespondenz, die technisch oder rechtlich erheblich ist.

Ferner muss jeweils ein Zugangsnachweis gesichert werden. Die einzig sicheren Zugangsnachweise sind das Empfangsbekenntnis und die Zustellungsurkunde. Letztere kann in der alltäglichen Korrespondenz natürlich nicht verwendet werden. Alle anderen Zugangsnachweise sind grundsätzlich nicht sicher. Es geht bei ihrer Verwendung darum, den Zugang so wahrscheinlich zu machen, dass ein Anscheinsbeweis für den Zugang als erbracht gilt. Dadurch wechselt die Beweislast für den bestrittenen Zugang zum Empfänger.

Beispiel 1:

Der Empfänger bestreitet zwar nicht, dass der betreffende Brief an ihn versandt wurde, er bestreitet aber, dass ihm der Brief zugegangen sei.

Damit hat der Empfänger Erfolg. Laut BGH macht es die Zuverlässigkeit der Post nicht ausreichend wahrscheinlich, dass ein abgesandter Brief auch tatsächlich ankommt. Diese Wahrscheinlichkeit reicht für einen Anscheinsbeweis nicht aus.

Beispiel 2:

Wie Beispiel 1, jedoch wurde dem Empfänger das Schreiben zuvor per Fax zugesandt und ein Sendebericht erstellt, aus dem die ordnungsgemäße Übertragung hervorgeht. Auch dieses Fax will der Empfänger nicht erhalten haben.

Mit diesem Bestreiten hat der Empfänger regelmäßig keinen Erfolg. Es ist zu unwahrscheinlich, dass ein Fax trotz ordnungsgemäßem Sendebericht nicht zugeht und zufällig ein in derselben Sache abgesandter Brief nicht ankommt. Hier ist es derart wahrscheinlich, dass das Schreiben in Wirklichkeit doch zugegangen ist, sodass ein Anscheinsbeweis vorliegt. Dieser Anscheinsbeweis bewirkt, dass der Empfänger beweisen muss, dass ihm das Schreiben nicht zugegangen sei, was ihm dann regelmäßig unmöglich ist.

2. Sendebericht des Faxgerätes

Die Wahrung Ihrer Interessen beginnt in der Tat mit der Verwendung eines geeigneten Faxgerätes. Das Faxgerät muss einen Sendebericht ausgeben, auf dem die erste Seite des Faxschreibens wiedergegeben wird. Sie sollten den wesentlichen Inhalt jeweils auf der ersten Seite Ihres jeweiligen Schreibens konzentrieren. Sofern dies nicht möglich ist, sollten Sie mehrere Seiten einzeln versenden. Natürlich müssen alle Faxberichte in der jeweiligen Bau-Akte direkt hinter dem dazu gehörigen Schriftstück abgeheftet werden. Dadurch werden die Akten umfangreicher. Das mag Ihnen unbequem sein. Aber nur so ist der Bau-Anwalt in der Lage, effizient zu prüfen, ob er, die von Ihnen gewissenhaft umgesetzte Erfüllung der Schreibpflichtigkeit, auch beweisen kann.

3. Einschreiben/Rückschein

Das Einschreiben mit Rückschein bietet nicht die Sicherheit, die man von ihm regelmäßig erwartet. Der Rückschein erbringt zwar Beweis dafür, dass der Einschreibebrief dem Empfänger zugegangen ist. Jedoch kann der Empfänger hier

1. vortragen, nur die erste Seite sei enthalten gewesen oder
2. ein anderes Schreiben – auch anderen Datums – präsentieren, welches angeblich in dem Einschreibebriefumschlag enthalten gewesen sei.

Um dieser Gefahr entgegenzuwirken, kann man den Einschreibebrief vor den Augen eines Mitarbeiters zur Post aufgeben. Später kann dieser Mitarbeiter dann als Zeuge fungieren. Wirklich praktikabel ist es aber nur, das Schreiben vorab per Fax zu senden. Dann muss es sich aber um ein geeignetes Faxgerät handeln. Dieses muss, wie oben beschrieben, auf dem Sendebericht die erste Seite des Faxschreibens wiedergeben.

4. Empfangsbekanntnis

Vor allem, wenn umfangreiche technische Unterlagen übergeben werden, ist das Empfangsbekanntnis der praktikabelste Zugangsnachweis. Um es zu erhalten, übergibt man einfach die Unterlagen auf der Baustelle oder in den Geschäftsräumen des Empfängers. Im Gegenzug lässt man sich eine Quittung

übergeben, in der das betreffende Schriftstück sowie alle seine Anlagen mit Angabe der jeweiligen Seitenzahlen konkret bezeichnet sind. Die Angabe der Seitenzahlen bietet einen gewissen Schutz dagegen, dass der Empfänger im nachhinein behauptet, bestimmte Seiten (insbesondere solche mit relevanten technischen Hinweisen) seien in den übergebenen Unterlagen nicht enthalten gewesen.

Ferner wird man bei bedeutenden Schriftstücken natürlich den Auftraggeber bitten, das Empfangsbekenntnis per Post oder per Fax zurückzusenden. Ggf. setzt man das Empfangsbekenntnis einfach unter das zuzustellende Schriftstück.

Ausgerechnet dann, wenn das Schriftstück einen für den Auftraggeber rechtlich nachteilhaften Inhalt hat, kann immer wieder beobachtet werden, dass der Auftraggeber gerade einmal nicht die Zeit findet, das Empfangsbekenntnis zu versenden.

5. Zustellungsurkunde / Gerichtsvollzieher

Bei der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher wird durch die Zustellungsurkunde der Beweis des Zugangs erbracht. Die Zustellungsurkunde ist der sicherste Beweis des Zugangs. Sie wird vom Gerichtsvollzieher mit einer beglaubigten Abschrift des zugestellten Schriftstücks verbunden. Auf diese Weise ist nicht nur bewiesen, **dass** zugestellt wurde, sondern auch **was** zugestellt wurde. In jedem Fall ist es sinnvoll, das per Gerichtsvollzieher zuzustellende Schriftstück vorab per Fax zu senden.

Das ist insbesondere dann wichtig, wenn der zeitliche Aspekt eine Rolle spielt, wie z.B. bei Behinderungsanzeigen gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B.

Die Zustellung per Gerichtsvollzieher wird regelmäßig erst dann verwandt werden, wenn ein Konflikt bereits akut geworden ist. Spätestens dann sollte regelmäßig auch der Bauanwalt eingeschaltet werden.

Wer in dringenden Fällen die Zustellung per Gerichtsvollzieher selbst veranlassen will, kann dafür aus dem folgenden Exkurs eine Anleitung entnehmen:

Man kann den Zustellungsauftrag mit dem Musterschreiben M 01 an die Gerichtsvollzieher-Verteilerstelle des Amtsgerichts schicken, in dessen Bezirk sich der Wohnsitz des Auftraggebers, bzw. bei Gesellschaften deren Sitz oder deren Verwaltung befindet. Die Gerichtsvollzieher-Verteilerstelle übermittelt ihn dann dem zuständigen Gerichtsvollzieher.

Um Zeit zu sparen kann man beim zuständigen Amtsgericht anrufen, sich zur Gerichtsvollzieher-Verteilerstelle durchstellen lassen und Telefonnummer und Adresse des zuständigen Gerichtsvollziehers erfragen, um den Antrag gem. dem Musterschreiben M 02 direkt an den zuständigen Gerichtsvollzieher zu übermitteln.

Es kann vorkommen, dass der Gerichtsvollzieher zunächst seine Kosten liquidiert und dadurch die Zustellung verzögert. Um dem vorzubeugen, sollte man den Gerichtsvollzieher anrufen und ggf. über dessen Anrufbeantworter um telefonische Mitteilung der anfallenden Kosten und des Dienstkontos bitten. Die genauen Kosten kann man selber nicht und in der Regel auch die Gerichtsvollzieher-Verteilerstelle nicht genau ermitteln. Falls man den

Antrag persönlich bei der Gerichtsvollzieher-Verteilerstelle abgibt, kann man dort die Kosten schätzen lassen und bei der Gerichtskasse entsprechende Kostenmarken erwerben. (Vorsicht: Justizkostenmarken gelten nur für das jeweilige Bundesland.)

Es sollten zwei unterschriebene Originalausfertigungen des zuzustellenden Schriftstückes dem Antrag beigelegt werden, anderenfalls berechnet der Gerichtsvollzieher die Anfertigung einer beglaubigten Kopie.

Musterschreiben M 01

Amtsgericht [Ort]
- Gerichtsvollzieher-Verteilerstelle -
[Straße]
[PLZ, Ort]

Sehr geehrte Damen und Herren

ich übersende anliegendes Schriftstück mit dem Auftrag, dieses an Herrn / Frau [Name Auftraggeber] / an die [Name der Gesellschaft], [Straße, PLZ, Ort] zuzustellen, die Ausführung der Zustellung auf der Ausfertigung zu vermerken und diese an mich zurück zu leiten.

Die Kosten bitte ich umgehend bei mir zu erheben ohne die Zustellung zu verzögern. / Die Kosten, soweit sie ermittelt werden konnten, sind in Justizkostenmarken auf diesen Antrag aufgebracht.

Mit freundlichen Grüßen
[Unterschrift Auftragnehmer]

Musterschreiben M 02

Herrn Obergerichtsvollzieher
[Name]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Sehr geehrter Herr Obergerichtsvollzieher,

ich übersende anliegendes Schriftstück mit dem Auftrag, dieses an den Herrn [Name Auftraggeber] / an die [Name der Gesellschaft], [Straße, PLZ, Ort] zuzustellen, die Ausführung der Zustellung auf der Ausfertigung zu vermerken und diese an mich zurück zu leiten.

Die Kosten habe ich wie telefonisch besprochen auf Ihr Dienstkonto [Kontonummer, Bankleitzahl] bei der [Name des Kreditinstituts] überwiesen.

Mit freundlichen Grüßen
[Unterschrift Auftragnehmer]

II. Inhalte der Schreibpflicht

1. Schriftlicher Bauvertrag vor Baustellenbeginn / Vertragsgestaltung

Grotesker Weise ist ein schriftlicher Vertrag auch heute noch keine Selbstverständlichkeit in der Bauwirtschaft. Die inhaltliche Vertragsgestaltung stellt ein eigenes Seminarthema dar. Die nachfolgenden Grundregeln sollen Sie jedoch vor dem Schlimmsten bewahren:

Die von beiden Teilen unterzeichnete Vertragsurkunde muss vor Baustellenbeginn vorliegen.

Der Vertrag muss den Auftraggeber klar bezeichnen. Unzureichend ist zum Beispiel die Bezeichnung „Firmengruppe Müller“.

Beispiel:

Sie schließen mit einer „Firma Müller Bauleistungs- und Service GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Gehart Müller, Musterstraße 1, 45470 Mülheim an der Ruhr“ den Vertrag ab.

Über die korrekte Firmenbezeichnung und die Vertretungsverhältnisse können Sie sich online unter www.handelsregister.de informieren. Es ist allerdings eine **vorherige** Anmeldung für das jeweilige Bundesland erforderlich. Es fallen 8,- € Gebühren pro Abruf an. Bei Bedarf ist die Recherche auch für 16,- € pro Abruf über unsere Kanzlei möglich. Dieses Portal sollten Sie bei neuen Geschäftskontakten auch nutzen, um nach bereits verschlissenen GmbH-Mänteln des betreffenden Unternehmers zu suchen.

Der Vertragspartner sollte im Hinblick auf eine Handwerkersicherungshypothek auch Grundstückseigner sein.

Im Vertrag sollte geregelt sein, wer als Bauleiter des Auftraggebers bevollmächtigt ist, technische Dispositionen zu treffen und vor allen Dingen, wer als Vertreter des Auftraggebers bevollmächtigt ist, rechtsgeschäftliche Dispositionen zu treffen. Letzteres betrifft insbesondere die Vergabe von Nachträgen und die rechtsgeschäftliche Abnahme des Werkes.

Ferner sollte im Vertrag auch klargestellt sein, wer als Bauleiter des Auftragnehmers technische Dispositionsbefugnis hat, insbesondere an wen Anordnungen gem. § 4 Nr. 1 Abs. 3 Satz 3 VOB/B zu richten sind. Schließlich sollte ausdrücklich klargestellt werden, wenn der Bauleiter des Auftragnehmers keine rechtsgeschäftliche Vollmacht hat.

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen, Geltung der VOB/B

Die VOB ist kein Gesetz! Zwischen privaten Vertragsparteien gilt die VOB/B nur, wenn ihre Vorschriften Bestandteil des Vertrages geworden sind.

Es macht aber gewaltige Unterschiede, auf welchem Wege die VOB/B Vertragsbestandteil geworden ist. Ihre Geltung kann z. B. einvernehmlich (durch Individualvereinbarung) vereinbart worden sein. Die Geltung der VOB/B kann stattdessen – so im Regelfall – in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einer der Vertragsparteien zur Bedingung gemacht worden sein und sie kann ferner von beiden Vertragsparteien durch AGB zur Bedingung gemacht worden sein.

Die VOB/B gibt beiden Vertragsparteien scharfe Schwerter an die Hand. Die betreffenden Klauseln der VOB/B sind so drastisch, dass sie eigentlich nach AGB-Recht unwirksam wären. Die VOB/B stattet jedoch sowohl Auftragnehmer als auch Auftraggeber in gleicher Weise mit diesen scharfen Waffen aus. Auf Grund dieser Ausgewogenheit ist sie durch die Vorschriften des BGB AGB-rechtlich privilegiert worden. D.h. das AGB-Recht lässt die Wirksamkeit der VOB/B und aller darin enthaltenen drastischen Regelungen unberührt, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart ist.

Wenn jedoch ein Vertragspartner die Ausgewogenheit der VOB/B zerstört, indem er sich in seinen sonstigen AGB Vorteile einräumt, die von den Regelungen der VOB/B abweichen, entfällt die Privilegierung der VOB/B. Dann werden gerade die interessantesten Klauseln der VOB/B durch die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle unwirksam. Diese Inhaltskontrolle geht aber nur zu Lasten des Verwenders der VOB/B! Das bedeutet, wer in seinen AGB die Geltung der VOB/B zur Bedingung macht und sich darüber hinaus gierig Vorteile einräumt, der verliert die scharfen Schwerter der VOB/B, während sein Vertragspartner seine scharfen Schwerter aus der VOB/B behält. (Wer anderen eine Grube gräbt, fällt selbst hinein!)

Wichtig ist dabei aber, dass Sie selbst nicht auch die Geltung der VOB/B vorschreiben.

Tipp:

Sie sollten immer darauf hinwirken, dass ihr Vertragspartner in seinen AGB auch die Geltung der VOB/B zur Bedingung macht. Eine etwaige Inhaltskontrolle der VOB/B nach AGB-Recht geht dann nur zu Lasten Ihres Vertragspartners. Letztlich ist die VOB/B zwar AGB-rechtlich privilegiert und gilt deshalb vollumfänglich. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Vertragspartner, der die Geltung der VOB/B in seinen Vertragsbedingungen zur Voraussetzung des Vertragsabschlusses gemacht hat, von den Regelungen der VOB/B abweicht. Dann entfällt die Privilegierung der VOB/B.

III. Die einzelnen Schreibpflichten

1. Baubeginnanzeigen gemäß § 5 Nr. 2

1.1 Anfrage des voraussichtlichen Baubeginns nach § 5 Nr. 2 Satz 1 VOB/B

Regelmäßig wird für den Baubeginn ein konkreter Termin oder ein Zeitraum vertraglich festgelegt sein. Wird das aber versäumt, muss der Auftragnehmer gem. § 5 Nr. 2 Satz 2 VOB/B innerhalb von 12 Werktagen nach Erhalt einer entsprechenden Aufforderung durch den Auftraggeber mit der Ausführung beginnen. Wenn sich dieser Schwebezustand hinauszögert, stellt er für den Auftragnehmer ein zeitliches Dispositionsproblem dar. Er wird Geräte, Personal und Material so vorhalten müssen, dass er jederzeit höchsten 12 Werktage benötigt, um mit der Ausführung zu beginnen. Wenn dies zum Dauerzustand wird, ist das wirtschaftlich nicht tragbar.

§ 5 Nr. 2 Satz 1 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer daher ein Auskunftsrecht gegenüber dem Auftraggeber über den voraussichtlichen Baubeginn. Die Auskunftspflicht des Auftraggebers entsteht allerdings nicht von allein, sondern nur auf Antrag des Auftragnehmers. Dieser kann z.B. in Form des nachfolgenden Musterschreibens M 03 gestellt werden. Es ist an den Auftraggeber selbst oder aber an die von ihm zur Bauausführung bevollmächtigte Person zu senden. Dazu gehört auch der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt (originäre – technische – Architektenvollmacht). Hier wird deutlich, welchen Sinn es hat, im Vertrag nicht nur klarzustellen, wer rechtsgeschäftliche Vollmacht hat, sondern auch klarzustellen, wer technische Vollmacht hat.

Von Auftraggeberseite muss die geforderte Auskunft unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) erteilt werden. Geschieht dies nicht oder verspätet, so kann der Auftragnehmer dies als Behinderung anzeigen § 6 Nr. 1 VOB/B, eine entsprechende Verlängerung der Ausführungsfrist gem. § 6 Nr. 2 VOB/B und ggf. Schadensersatz nach § 6 Nr. 6 VOB/B verlangen.

Das Auskunftsersuchen sollte in jedem Fall kurz nach Vertragsschluss abgesetzt werden, wenn der Ausführungsbeginn nicht vertraglich festgelegt ist. Bereits am Folgetag oder aber in jedem Fall kurzfristig sollte eine Erinnerung an die ausstehende Auskunft in Verbindung mit einer Behinderungsanzeige versandt werden, Musterschreiben M 04.

Dabei ist zunächst unerheblich, ab wann die Auskunft verspätet ist. Ob ein Zögern bei der Auskunftserteilung schuldhaft ist, liegt ohnehin in Tatsachen begründet, die sich regelmäßig der Kenntnis des Auftragnehmers entziehen. Die Behinderungsanzeige hat der Auftragnehmer gem. § 6 Nr. 1 VOB/B aber bereits dann abzugeben, wenn er sich behindert glaubt. Ferner ist für eine Verlängerung der Ausführungsfristen gem. § 6 Nr. 2 nicht unbedingt Verschulden erforderlich. Vorliegend verlängern sich die Ausführungsfristen,

da es im Risikobereich des Auftraggebers liegt, § 6 Nr. 2 Lit. a VOB/B, ob er in der Lage ist den voraussichtlichen Baubeginn mitzuteilen oder nicht. Ist er zunächst nicht in der Lage dem Auskunftersuchen zu genügen, so muss er fortan von sich aus auf den Auftragnehmer zukommen, sobald ihm die Auskunft möglich wird.

1.2 Baubeginnanzeige gemäß § 5 Nr. 2 Satz 3

In jedem Fall hat der Auftragnehmer den tatsächlichen Beginn der Ausführung dem Auftraggeber anzuzeigen, Musterschreiben M 05. Tut er dies nicht, macht er sich schadensersatzpflichtig gemäß §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB. Dem Auftraggeber kann zum Beispiel dadurch ein Schaden entstehen, dass dieser nicht rechtzeitig in die Lage versetzt wird, erforderliche Ausführungsunterlagen zur Verfügung zu stellen, weitere Leistungen abzurufen, welche sich der Leistung des Auftragnehmers anschließen, oder vom Auftraggeber für den Auftragnehmer oder andere Baubeteiligten bereitzustellende Stoffe oder Bauteile zu beschaffen.

Für den Auftraggeber ist natürlich nicht nur von Bedeutung, wann der Auftragnehmer verpflichtet ist, spätestens mit der Ausführung des Baus zu beginnen, sondern ebenso wichtig ist es für ihn, unverzüglich davon zu erfahren, wenn Auftragnehmer tatsächlich mit Ausführung beginnt. Wird der Auftraggeber hierüber nicht rechtzeitig informiert, wird er in der ihm obliegenden Koordinierung der Anschlussgewerke beeinträchtigt und verliert wertvolle Zeit.

Musterschreiben M 03

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Auskunftsersuchen gemäß § 5 Nr. 2 Satz 3 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

wir bitten darum, uns gemäß § 5 Nr. 2 Satz 1 VOB/B den voraussichtlichen Beginn der Ausführung für das obige Bauvorhaben anzuzeigen.

Bitte beachten Sie, dass Ihre Auskunft die Grundlage für unsere Disposition über die Vorhaltung entsprechenden Personals, Materials und entsprechender Werkzeuge ist.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Musterschreiben M 04

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Erinnerung an das Auskunftersuchen gemäß § 5 Nr. 2 Satz 3 VOB/B vom [Datum] und Behinderungsanzeige gem. § 6 Nr. 1 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

wir erinnern Sie an unsere Bitte, uns gemäß § 5 Nr. 2 Satz 1 VOB/B den voraussichtlichen Beginn der Ausführung für das obige Bauvorhaben mitzuteilen. Wir weisen Sie noch einmal daraufhin, dass ohne Ihre diesbezügliche Information eine kurzfristige Reaktion auf Ihre Baubeginn-Aufforderung nicht garantieren können. Wir teilen Ihnen gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B mit, dass wir uns dadurch in der ordnungsgemäßen Ausführung unserer Leistung behindert sehen.

Für unsere Leistung hat dieses folgende Auswirkung: Unsere Reaktionszeit auf Ihre Baubeginn-Aufforderung wird sich auf [Anzahl der Tage] bis [Anzahl der Tage] Werktagen erhöhen.

Die eingetretene Behinderung führt gemäß § 6 Nr. 4 VOB/B zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist. Die Dauer der Behinderung beträgt voraussichtlich ca. [Anzahl der Tage] Werktagen.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Empfangsbestätigung

Ort, Datum

Unterschrift / Firmenstempel

Musterschreiben M 05

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Baubeginn-Anzeige gemäß § 5 Nr. 2 Satz 3 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

wir zeigen Ihnen gemäß § 5 Nr. 2 Satz 3 VOB/B den Beginn der Ausführung für das obige Bauvorhaben am [Datum] an.

Wir bitten um Kenntnisnahme zum Zwecke der Koordinierung der Anschlussgewerke.

[Hier können ggf. konkrete Hinweise auf notwendige Vorbereitungen bestimmter Anschlussgewerke erteilt werden. In einem etwaigen Gerichtsverfahren kann man damit später die eigene Sorgfalt und die Erfüllung der eigenen Kooperationspflicht (nicht zu verwechseln mit der Koordinationspflicht des Bauherrn) demonstrieren.]

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

2. Übertragung von Leistungen an Nachunternehmer gemäß § 4 Nr. 8 VOB/B

Falls der Auftragnehmer die Untervergabe einzelner Arbeiten beabsichtigt, sollte er sich dies bereits bei Vertragsabschluss genehmigen lassen. Hat er dies versäumt, bedarf es des nachfolgenden Musterschreibens M 06. Genehmigt der Auftraggeber die Untervergabe, so ist zu berücksichtigen, dass für die Nachunternehmerverträge die VOB/B natürlich nicht automatisch gemäß § 4 Nr. 8 Abs. 2 gilt. Vielmehr obliegt es dem Auftragnehmer, seinem Nachunternehmer die VOB/B als Vertragsbedingung aufzuerlegen. Dazu ist der Auftragnehmer gemäß § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B verpflichtet. Sollte der Nachunternehmer die Geltung der VOB/B nicht akzeptieren, muss sich der Auftragnehmer einen anderen Nachunternehmer suchen.

Der Auftraggeber ist zur Genehmigung der Untervergabe nicht verpflichtet. Nimmt der Auftragnehmer eigenmächtig eine Untervergabe vor, droht ihm eine Fristsetzung des Auftraggebers zur selbstständigen Aufnahme der betreffenden Arbeiten und bei fruchtlosem Fristablauf die Kündigung.

Musterschreiben M 06

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Wohnort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Übertragung von Leistungen an Nachunternehmer gem. § 4 Nr. 8 VOB/B
Bauvorhaben: [Bezeichnung des Bauvorhabens]

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir bitten Sie, Ihre schriftliche Zustimmung gemäß § 4 Nr. 8 VOB/B dazu zu geben, die nachfolgend aufgeführten Leistungen durch Nachunternehmer ausführen zu lassen:

[Beschreibung der Leistungen]

Wir beabsichtigen, die Leistungen durch folgende Firmen erbringen zu lassen:

[Namen der Nachunternehmer]

In Entsprechung von § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B stellen wir den Nachunternehmern die VOB/B als Vertragsbedingung.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

3. Hinweis auf Bedenken gegen die Art der Ausführung gem. § 4 Nr. 3 VOB/B und gegen Anordnungen gem. § 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B

Falls der Auftragnehmer Bedenken gegen die Art der Ausführung, auch wegen mangelnder Sicherung gegen Unfallgefahren oder gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer hat, muss er den Auftraggeber auf seine Bedenken hinweisen. Der Hinweis hat unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, zu erfolgen. § 4 Nr. 3 VOB/B schreibt ausdrücklich vor, dass der Hinweis schriftlich zu erfolgen hat, Musterschreiben M 07. Die Schriftform entspricht der Warnfunktion der Vorschrift. Ein lediglich mündlich erteilter Hinweis wirkt weniger alarmierend und genügt deshalb nicht ausreichend der Warnfunktion von § 4 Nr. 3 VOB/B. Daneben birgt ein lediglich mündlicher Hinweis natürlich auch ein Beweisproblem.

Versäumt der Auftragnehmer den schriftlichen Bedenken-Hinweis und wird dadurch das Gesamtwerk mangelhaft, z.B. weil der Auftragnehmer auf das mangelhafte Gewerk eines Vorunternehmers aufgebaut hat, so ist damit auch seine eigene Leistung mangelhaft. Allerdings hat der Bauherr eine Koordinierungspflicht, welche er in der Regel durch seinen Architekten wahrnehmen lässt. Häufig trifft daher auch den Bauherrn eine Haftungsquote von in der Regel mind. 50 %. Durch den schriftlichen Bedenken-Hinweis kann sich der Auftragnehmer von solchen Mängeln nach § 13 Nr. 3 VOB/B exculpieren. Ein mündlicher Hinweis ist allerdings nicht völlig irrelevant, sondern führt zumindest zu einer weiteren Verringerung der Haftungsquote. Die Mängelbeseitigung kann von einem Kostenvorschuss entsprechend der Quote des Mitverschuldens des Auftraggebers abhängig gemacht werden.

Der Umfang der Prüfungspflicht richtet sich nach der Kompetenz des Auftragnehmers. Entscheidend ist, ob ein Fachmann seines Gewerks den betreffenden Fehler erkannt hätte. Die Prüfungspflicht besteht auch im BGB-Vertrag.

Geeignete Adressaten für die Bedenken-Anmeldung sind der Auftraggeber, ggf. also der Bauherr, und dessen Architekt. Zu beachten ist allerdings, dass der Hinweis auf Bedenken gegen eine Anordnung des Architekten unbedingt auch an den Bauherrn selbst zu richten ist. Damit soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Architekt die Bedenken-Anmeldung nicht an den Bauherrn weiterleitet.

Wird durch das Aufkommen der Bedenken die Ausführung verzögert, ist mit dem Bedenken-Hinweis auch eine Behinderung anzuzeigen. Die Ausführungsfristen verlängern sich um die Zeit, welche der Auftraggeber benötigt, um über die angemeldeten Bedenken zu entscheiden. Beharrt der Auftraggeber auf seiner Anordnung, gegen welche Bedenken angemeldet wurden und liegt darin eine technisch nicht gerechtfertigte Erschwernis der Ausführung, dann sind die dadurch entstehenden Kosten als Nachtrag gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B geltend zu machen. Beharrt der Auftraggeber auf

eine Anordnung, gegen die nicht nur Bedenken bestehen, sondern die tatsächlich gegen die anerkannten Regeln der Technik verstößt, dann erwächst daraus dem Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht. Solange dieses besteht, kann der Auftragnehmer nicht in Verzug geraten.

Musterschreiben M 07

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Bedenken-Anmeldung gegen die vorgesehene Art der Ausführung gem. § 4 Nr. 3 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B weisen wir Sie auf unsere Bedenken hin gegen

- die vorgesehene Ausführungsart
- die Güte, der von Ihnen gelieferten Stoffe und Bauteile
- die Leistungen anderer Unternehmer.

Im Einzelnen hegen wir die folgenden Bedenken:
[ausführliche Erläuterung der Bedenken]

Um eine Verzögerung in der Ausführung der Bauleistung zu vermeiden, bitten wir Sie, uns bis zum

[Datum]

Ihre Entscheidung mitzuteilen, wie die Ausführung erfolgen soll. Ferner weisen wir Sie auf die Behinderung hin, die für uns durch das Abwarten Ihrer Entscheidung entsteht. ... (Siehe Behinderungsanzeige!)

Wir weisen vorsorglich darauf hin, dass wir aufgrund der vorgebrachten Bedenken für unsere Bauleistung keine Gewährleistung übernehmen können.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Empfangsbestätigung

Ort / Datum

Unterschrift des Auftraggebers

4. Nachträge

Nachträge sind bekanntlich ein zentrales Element der Schreibpflichtigkeit am Bau. Diese beginnt hier allerdings schon mit der Erstellung des Hauptangebotes. Oftmals enthält die Leistungsbeschreibung der Ausschreibungsunterlagen funktionale Elemente. Dadurch wird ein Detailpauschalvertrag zum Globalpauschalvertrag. So kann einiges, was sonst Nachtrag gewesen wäre auf einmal in das vertragliche Bausoll fallen. In jedem Fall wird durch funktionale Elemente in der Leistungsbeschreibung eine gewisse Intransparenz geschaffen. Dennoch, oder gerade darum, erfreut sich dieser Vertragstyp unter Generalunternehmern großer Beliebtheit. Kann man es nicht durchsetzen, die globalen Elemente aus dem Vertrag zu streichen, sollte man vor Vertragsschluss den Bauanwalt konsultieren. Man unterscheidet die folgenden Preisanpassungen und Nachträge:

4.1 Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B

Bei Einheitspreisverträgen kommt eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOB/B in Betracht. Die Einheitspreise derjenigen Positionen, deren tatsächlich auszuführende Menge von der im Angebot geschätzten Menge um mehr als 10 Prozent nach unten oder oben abweicht, können angepasst werden.

Beispiel zu 4.1:

Der Auftragnehmer bietet 2.500 m³ Bodenaushub zu einem Preis von 11,- €/m³ an. In diesem Einheitspreis sind 1,50 € für allgemeine Geschäftskosten, 1,- € für Baustellengemeinkosten und 0,50 € für Wagnis und Gewinn enthalten, welche er auf seine Einheitspreise umgelegt hatte. Tatsächlich werden dann nur 2.000 m³ Bodenaushub ausgeführt. Dadurch erleidet der Auftragnehmer eine Unterdeckung von 1.500,- €. Einen Ausgleich kann er aber nur für die Mengenunterschreitung geltend machen, welche über 10 % hinausgeht. Die Mengenminderung von 10% auf 2.250 m³ und die damit verbundene Unterdeckung von 750,- € muss er also ohne weiteres hinnehmen. Die darüber hinausgehende Mengenminderung mit der damit verbundenen Unterdeckung von weiteren 750,- € kann er auf die ausgeführte Menge umlegen. Er kann daher eine Anpassung des Einheitspreises auf 11,375 € (bzw. 11,38 €) verlangen.

Er muss sich auf seine Unterdeckung von 750,- € aber dasjenige anrechnen lassen, was er gegebenenfalls durch Mengenmehrungen aus anderen Positionen hinzugewinnt. Nehmen wir nun der Einfachheit halber den gleichen Einheitspreis von 11,00 € für eine andere Angebotsposition „Pflasterung“ mit gleichen Kostenanteilen an. Werden hiervon statt den angebotenen 100 m² Pflasterung tatsächlich 220 m² ausgeführt, entsteht dem Auftragnehmer hieraus eine Überdeckung von 360,- €. Anrechnen lassen muss er sich diese Mengenmehrung aber nur, soweit sie über 10 % hinausgeht. Die Mehrung von den angebotenen 100 m² auf 110 m² muss er

sich nicht anrechnen lassen, jedoch die weitere Mehrung von 110 m² auf 220 m². Also 110 m² x 3,- €/m² Fixkosten = 330,- €.

Diese 330,- € Überdeckung muss er sich auf die geltend gemachte Unterdeckung von 750,- € aus der Pos. „Bodenaushub“ anrechnen lassen, so dass er nur noch die Umlegung der verbleibenden 420,- € Fixkosten auf die tatsächlich ausgeführte Menge von 2.000 m³ Bodenaushub umlegen kann. Er kann in diesem Fall also die Anpassung des Einheitspreise für den Bodenaushub auf 11,21 / m³ verlangen.

Eine solche Preisanpassung ist grundsätzlich nur beim Einheitspreisvertrag möglich. Bei einem VOB-Pauschalvertrag ist sie gemäß § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B ausnahmsweise, nämlich nur in den engen Grenzen des § 242 BGB vorgesehen. Diese Grenzen aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB gelten natürlich auch für den BGB-Vertrag selbst und zwar unabhängig davon, ob dieser als Pauschal- oder als Einheitspreisvertrag ausgestaltet ist.

Im vorletzten Absatz des nachfolgenden Musterschreibens M08 ist ein Bluff enthalten. Es wird hier dem Auftraggeber suggeriert, der Auftragnehmer hätte ein Leistungsverweigerungsrecht, von welchem er Gebrauch machen würde, wenn der Auftraggeber die angebotene Vergütungsvereinbarung nicht annehmen würde.

In Wirklichkeit besteht ein solches Leistungsverweigerungsrecht bei reinen Mengenänderungen, die nicht unter die im nachfolgenden Kapitel beschriebenen echten Nachträge fallen, nur in krassen Ausnahmefällen. Namentlich dann, wenn die Mehrvergütung, die der Auftragnehmer verlangen kann, derart hoch ist, dass ihm ein Fortsetzen der Baustelle ohne Preisklarheit nicht zuzumuten ist.

Den kursiv gedruckten Satz im nachfolgenden Musterschreiben M 08 sollte man selbstverständlich nur dann einfügen, wenn sich tatsächlich keine nennenswerten Mengenmehrungen ergeben haben.

Musterschreiben M 08

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

**Nachtragsangebot aufgrund einer Mengenunterschreitung gemäß
§ 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B**

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

es hat sich während der Ausführung der Leistung zu o.g. Bauvorhaben gezeigt, dass in einigen Positionen des Leistungsverzeichnisses der vertraglich vorgesehene Mengenansatz um mehr als 10% unterschritten wird. Hierbei handelt es sich um folgende Positionen:

Pos. Nr. [Nr.] Beschreibung [Beschreibung] [Prozentsatz der Änderung]
...

Gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B sind wir daher berechtigt, einen neuen Preis zu verlangen, wie er sich für die tatsächlich ausgeführten Mengen aufgrund der vertraglichen Kalkulationsgrundlage ergibt.

Ein Ausgleich durch Mengenüberschreitungen gemäß § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B ist nicht ersichtlich.

Daher unterbreiten wir Ihnen folgendes Nachtragsangebot:

Pos. Nr. [Nr.] Beschreibung [Beschreibung] [Einheitspreis] [Positionspreis]
...

Wir bitten Sie, um zeitnahe schriftliche Bestätigung spätestens bis zum [Datum], damit Verzögerungen in der Bauausführung vermieden werden.

Falls Sie ein Gespräch über unser Nachtragsangebot wünschen, vereinbaren Sie bitte einen Termin mit Herrn/Frau [Name].

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

4.2 Nachtragsforderungen im engeren Sinne

Nachtragsforderungen im engeren Sinne sind solche Forderungen, die sich nicht bloß daraus ergeben, dass für die vertraglich geschuldete Leistung höhere oder niedrigere Mengen erforderlich werden als ursprünglich im Leistungsverzeichnis als Schätzung angesetzt wurden. Vielmehr wird bei echten Nachträgen in das vertragliche Bausoll eingegriffen. Das kann ausnahmsweise auch eine bloße Mengenänderung zur Folge haben, wie unter 4.2.1, macht aber regelmäßig ganz neue Leistungen erforderlich, die in den Positionen des vertraglichen Leistungsverzeichnisses nicht vorgesehen waren, wie unter 4.2.2.

4.2.1 Nachtragsangebot aufgrund einer Mengenänderung durch eine Entwurfsänderung / Anordnung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B

Kommt es zu Mindermengen aufgrund einer Entwurfsänderung oder einer Anordnung kann der zugrundeliegende Einheitspreis auch dann geändert werden, wenn die Minderung der Menge weniger als 10 % ausmacht. Mengenerhöhungen aus anderen Positionen sind dann - im Gegensatz zum Fall des § 2 Nr. 3 VOB/B - nicht anzurechnen. Möglichst vor der Ausführung sollte das Musterschreiben M 09 verwendet werden.

Musterschreiben M 09

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

**Nachtragsangebot aufgrund einer Entwurfsänderung / Anordnung
gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B**

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

im Rahmen des o.g. Bauvorhabens sind die Grundlagen unseres Vertragspreises durch die folgende Anordnung des Herrn [Name] geändert worden:

[Beschreibung der Anordnung]

Dadurch ist in einigen Positionen des Leistungsverzeichnisses der ursprünglich vorgesehene Mengenansatz unterschritten worden:

Pos. Nr. [Nr.]	Beschreibung [Beschreibung]	[kein Prozentsatz wie bei § 2 Nr. 3 VOB/B]
----------------	-----------------------------	--

...

Gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B sind wir daher berechtigt, einen neuen Preis zu verlangen, welcher sich aus den durch die Anordnung geänderten Kalkulationsgrundlagen ergibt.

Daher unterbreiten wir Ihnen folgendes Nachtragsangebot:

Pos.Nr. [Nr.]	Beschreibung [Beschreibung]	[Einheitspreis]	[Positionspreis]
---------------	-----------------------------	-----------------	------------------

...

Wir bitten Sie, um zeitnahe schriftliche Bestätigung spätestens bis zum [Datum], damit Verzögerungen in der Bauausführung vermieden werden.

Falls Sie ein Gespräch über unser Nachtragsangebot wünschen, vereinbaren Sie bitte einen Termin mit Herrn/Frau [Name].

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

4.2.2 Nachträge neuer Leistungspositionen

Nachträge ergeben sich durch eine nachträgliche Änderung (§ 2 Nr. 5 VOB/B) oder Erweiterung (§ 2 Nr. 6 VOB/B) gegenüber der ursprünglichen vertraglichen Leistung.

Die Unterscheidung der beiden Varianten ist deshalb von Bedeutung, weil gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B der Auftragnehmer vor Ausführung der Leistung dem Auftraggeber seinen Vergütungsanspruch ankündigen muss. Anderenfalls riskiert der Auftragnehmer, diese Nachtragsvergütung zu verlieren. Im Rahmen von § 2 Nr. 5 VOB/B ist das nicht der Fall.

Zur Unterscheidung muss man sich das Verhältnis beider Vorschriften zu § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B klar machen. § 1 Nr. 3 VOB/B behält es dem Auftraggeber vor, den Bauentwurf zu ändern. Die Mehrleistung, die sich im Verhältnis zum Ursprungsvertrag gerade aus der Entwurfsänderung ergibt, kann der Auftragnehmer nach § 2 Nr. 5 VOB/B vergütet verlangen. Ferner fällt unter § 2 Nr. 5 VOB/B auch die Vergütung von Mehrleistungen, die durch solche Anordnungen des Auftraggebers entstehen, welche sich auf die ursprünglich vereinbarte Leistung beziehen. § 2 Nr. 5 VOB/B ist also nur dann anwendbar, wenn die vertraglich bereits vorgesehene Leistung durch Änderungen oder Anordnungen ergriffen wird.

Beispiel a) zu 4.2.2:

Der bevollmächtigte Bauleiter des Auftraggebers ordnet gegenüber dem Auftragnehmer an, den Fliesenspiegel im Badezimmer statt bis auf die ursprünglich geplanten zwei Meter nunmehr bis an die Decke zu führen.

Beispiel b) zu 4.2.2:

Die Genehmigungsplanung, auf deren Grundlage das Leistungsverzeichnis erstellt worden war, sieht ein Badezimmer mit einer Fläche von 9 qm vor. Später übermittelt der Auftraggeber die Ausführungspläne, welche für das Badezimmer eine Fläche von 12 qm vorsehen. Die entsprechenden Mehrleistungen des Fliesenlegers fallen unter § 2 Nr. 5 VOB/B. Einer Ankündigung des Vergütungsnachtrages bedarf es daher nicht. Sinnvoll ist sie natürlich trotzdem.

Handelt es sich hingegen um eine Leistung, welche im Vertrag gar nicht vorgesehen war, ist § 2 Nr. 6 VOB/B einschlägig. § 2 Nr. 6 VOB/B gibt dem Auftragnehmer einen Ausgleich für die Vorschrift des § 1 Nr. 4 VOB/B. Diese Vorschrift gibt dem Auftraggeber nämlich ein einseitiges Anordnungsrecht bezüglich solcher Leistungen, welche zur Ausführung der ursprünglich vertraglich vereinbarten Leistung erforderlich werden, und auf dessen Ausführung der Betrieb des Auftragnehmers auch eingerichtet ist.

Beispiel c) zu 4.2.2:

Aufgrund einer Umplanung der städtischen Kanalisation erhöht sich die Rückstauenebene für das vertragsgegenständliche Bauvorhaben. Der Auftraggeber ordnet gegenüber dem Sanitärunternehmer den Einbau einer Hebeanlage an.

Wird eine solche zusätzliche Leistung verlangt, sollte – wie bei jeder Art von Nachtrag – sofort ein entsprechendes Nachtragsangebot unterbreitet werden. Beim Nachtrag wegen zusätzlich erforderlich gewordener Leistung im Sinne von § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ist dieses dann mit dem anliegenden Musterschreiben M 10 zu übersenden. Falls der Auftragnehmer aus zeitlichen Gründen nicht in der Lage ist, für eine zusätzliche Leistung, die nach § 1 Nr. 4 VOB/B angeordnet worden ist, ein (bepreistes) Angebot zu erstellen, darf er es aber auf keinen Fall versäumen, seinen Vergütungsanspruch wenigstens gemäß § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B anzukündigen, Musterschreiben M 11. Versäumt er dies, dann riskiert er seinen Vergütungsanspruch. Diese VOB/B-Klausel könnte man auch die Schenkungsvermutung der deutschen Bauindustrie nennen. Wenn der Auftragnehmer nicht darauf hinweist, dass er eine zusätzliche Leistung auch zusätzlich vergütet haben will, wird also vermutet, dass er sie verschenken will.

Dieser wörtlichen Anwendung der Klausel ist die Rechtsprechung natürlich entgegengetreten. Der BGH hat klargestellt, dass das Erfordernis der Ankündigung nur insoweit besteht, als es der Schutzzweck von § 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B erfordert. Der Schutzzweck besteht darin, den Auftraggeber davor zu schützen, mit Ansprüchen des Auftragnehmers überrascht zu werden, mit denen er nicht gerechnet hat. Es soll vermieden werden, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber über eine etwaige zusätzliche Vergütungspflicht im Unklaren lässt. Von Bedeutung sind hier insbes. die folgenden zwei Fälle:

1. Der Auftraggeber hält die zusätzliche Leistung für eine Mängelbeseitigung im Rahmen der Gewährleistung.
2. Bei einem Pauschalvertrag, insbesondere auf Grund eines globalen Elementes der Leistungsbeschreibung, hält der Auftraggeber die zusätzliche Leistung gerade nicht für eine „zusätzliche“, sondern für einen Bestandteil des ursprünglichen Bausolls.

Dementsprechend macht die Rechtsprechung von der Ankündigungspflicht drei Ausnahmen¹:

1. Für den Auftraggeber ist hinreichend klar erkennbar, dass die Zusatzleistung nur gegen Vergütung erbracht werden wird,

¹ BGH BauR 1996, 542.

2. nach der Lage der Dinge bleibt für den Auftraggeber keine Alternative zur sofortigen Ausführung der Zusatzleistung,
3. der Auftragnehmer versäumt die Ankündigung, ohne dass ihn daran ein Verschulden trifft.

Der Auftragnehmer sollte sich niemals auf eine Ausnahme von der Ankündigungspflicht verlassen, sondern im Zweifel immer eine entsprechende Ankündigung schreiben. Wenn der Auftraggeber auch nur irgendwie dazu in der Lage ist, sollte er natürlich ein Angebot unterbreiten, und – wie im folgenden beschriebenen – versuchen, eine schriftliche Annahme des Angebotes zu erhalten.

Läge im letztgenannten Beispiel ein BGB-Vertrag vor, könnte der Auftragnehmer den Nachtrag nunmehr ablehnen. Er wäre nur unter den engen Voraussetzungen des § 242 BGB zur Annahme eines Nachtrages verpflichtet, welche regelmäßig nicht erfüllt sind. Durch die Freiheit, den Nachtrag abzulehnen, hat der Auftragnehmer beim BGB-Vertrag eine starke Position in der Preisverhandlung. Nimmt der Auftraggeber das Nachtragsangebot nicht zu den darin enthaltenen Preisen an, führt der Auftragnehmer die Zusatzleistung schlichtweg nicht aus. Dadurch legt er u. U. die gesamte Baustelle still - und zwar völlig rechtmäßig.

Beim VOB/B-Vertrag ist das anders. Hier muss der Auftragnehmer den Nachtrag annehmen und sofort ausführen, grundsätzlich selbst dann, wenn noch Uneinigkeit über die Vergütung besteht. Das ist Ausfluss der Kooperationsverpflichtung der Baubeteiligten.

Achtung:

Das Verzögern der Entscheidung über den Bedenken-Hinweis und damit Entscheidung über die Nachtragsvergabe ist eine Behinderung, die Verzögerung der Vergütungsvereinbarung aber nicht.

Mit der Entscheidung über den Bedenken-Hinweis, übt der Auftraggeber sein einseitiges Anordnungsrecht aus § 1 Nr. 3 VOB/B aus. Dieses ist genau das, was der Auftragnehmer zu fürchten hat. Denn dann ist der Auftragnehmer verpflichtet, den Nachtrag auszuführen, obwohl er keine Klarheit über dessen Vergütung hat. Der Auftragnehmer sollte den Auftraggeber daher dazu anhalten, mit der Entwurfsänderung oder mit der Anordnung der Nachtragsarbeiten auch eine entsprechende Vergütungsvereinbarung zu schließen.

Anstatt sich im Falle von § 2 Nr. 5 VOB/B lediglich die Anordnung bestätigen zu lassen, und im Falle von § 2 Nr. 6 VOB/B zusätzlich die Vergütungsforderung anzukündigen, sollte man immer sofort ein (bepreistes) Angebot unterbreiten. In diesem kann man die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechtes andeuten oder ausdrücklich ankündigen,

Musterschreiben M 10. So wird dem Auftraggeber einsuggestiert, er könne die Zusatzleistung nur anordnen, wenn er auch die Preise akzeptiere. Der juristisch geschulte Auftraggeber wird aber sofort erwidern lassen, dass man zur Vergütung derzeit keine Aussage treffen könne, die Anordnung der Zusatzleistungen aber nach § 1 Nr. 3 bzw. Nr. 4 VOB/B zu befolgen sei. Hier gilt es, nicht sofort einzuknicken. Man kann nunmehr formelle oder technische Fehler in der Anordnung suchen und den Ball – diesmal gepaart mit einer Behinderungsanzeige – zurückspielen.

Mögliche Fehler der Anordnung:

1. Der Mitarbeiter des Auftraggebers, welcher die Anordnung gegeben hatte, hat keine rechtsgeschäftliche Vollmacht.
2. Die nachträgliche Bestätigung des Auftraggebers persönlich nimmt keinen ausdrücklichen Bezug auf die angebotenen Leistungen oder auf die vom Bauleiter des Auftraggebers angeordneten Leistungen. Die Anordnung des letzteren geschah in der Regel ohnehin nur mündlich, so dass Klarstellung verlangt werden kann.
3. Der Mitarbeiter des Auftragnehmers, welcher Adressat der Anordnung ist, muss nach umstrittener Auffassung keine rechtsgeschäftliche Vollmacht besitzen². Die Gegenansicht ist aber durchaus vertretbar. Der Auftragnehmer oder dessen Bevollmächtigter sollte sich stillschweigend auf deren Standpunkt stellen und dem Auftraggeber ein (bepreistes) Angebot zur Entscheidung vorlegen, mit dem Hinweis, dass etwaige Nachtragsabsprachen mit seinem vollmachtlosen Mitarbeiter unwirksam seien.
4. Findet sich in der Anordnung oder Planungsänderung ein technischer Fehler, können diesbezüglich Bedenken gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B angemeldet werden und das Nachtragsangebot als technische Alternative dargestellt werden. Bis zur Entscheidung des Auftraggebers über die Bedenken-Anmeldung ist der Auftragnehmer in der Ausführung behindert³.

Auf diese Weise verschafft man sich einen Behinderungsgrund. Als doppelten Boden kann man sich im Vorfeld ein Leistungsverweigerungsrecht beschaffen, indem man irgendwann völlig beiläufig Sicherheit nach § 648a BGB fordert; natürlich ohne besonders hervorzuheben, dass die angedrohte Verweigerung der Leistung einen Baustellenstopp bedeutet, Musterschreiben M16. Abweichend von vorbenanntem Musterschreiben kann man diese brisante Mitteilung beiläufig in einem Fließtext sonstigen Inhaltes platzieren, so dass der Eindruck des Sturmes im Wasserglas entsteht und der Auftraggeber sich daher nicht veranlasst sieht, darauf zu reagieren. Mit diesem doppelten Boden, fällt es dann wesentlich leichter, die

² Ingenstau/Korbion § 1 Nr. 3 Rdnr. 16.

³ Ingenstau / Korbion § 4 Nr. 3 Rdnr. 80.

Nachtragsarbeiten tatsächlich nicht durchzuführen, bis der Auftraggeber die geforderten Preise schriftlich bestätigt hat.

Musterschreiben M 10

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

**Nachtragsangebot aufgrund einer Entwurfsänderung/Anordnung
gemäß § 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B**

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

im Rahmen des o.g. Bauvorhabens äußerte sich Ihr Mitarbeiter Herr [Name] gegenüber unserem Mitarbeiter Herrn [Name] über eine Entwurfsänderung bzw. eine Anordnung ihrerseits dahingehend, dass [Beschreibung der Anordnung, aber unter Herausstellung von Unklarheiten].

Wir gehen also davon aus, dass Ihrerseits folgendes gewünscht ist:
[Klarstellungen]

Beiliegend haben wir Ihnen deshalb ein entsprechendes Angebot vorbereitet. Wir bitten um möglichst umgehende schriftliche Bestätigung, spätestens bis zum

[Datum],

damit Verzögerungen in der Bauausführung vermieden werden.
Alternativ: Wir bitten um unverzügliche schriftliche Bestätigung. Ferner weisen wir Sie auf die Behinderung hin, die für uns durch das Abwarten Ihrer Entscheidung entsteht. ... (Siehe Behinderungsanzeige!)

Falls Sie ein Gespräch über unser Nachtragsangebot wünschen, vereinbaren Sie bitte einen Termin mit Herrn/Frau [Name].

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Musterschreiben M 11

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

[Ort, Datum]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Nachtragsangebot aufgrund einer Anordnung gemäß § 2 Nr. 6 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte/er Frau/Herr [Name],

im Rahmen des o.g. Bauvorhabens haben Sie die Ausführung der folgenden Leistungen angeordnet:

[Beschreibung der Anordnung und – soweit zeitlich möglich – der konkreten Leistungen]

Wir weisen Sie daraufhin, dass diese Leistungen einen zusätzlichen Vergütungsanspruch auslösen und bitten daher um eine unverzügliche schriftliche Bestätigung Ihrer Anordnung, damit Verzögerungen in der Bauausführung vermieden werden.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

4.3 Leistungsänderung gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B

Die Anzeige einer Leistungsänderung gemäß § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B, Musterschreiben M12, kommt nur in Betracht, wenn man

1. bereits einen Nachtrag oder eine Bedenken- und Behinderungsanzeige versäumt hat oder
2. wegen besonderen Vertrauens in den Auftraggeber die Ausführung der erforderlich gewordenen Arbeiten ohne entsprechende Absicherung bereits begonnen hat.

Wenn man feststellt, dass Leistungen erforderlich werden, welche im Vertrag nicht vorgesehen sind, meldet man gegen die bisher geplante Art der Ausführung Bedenken gem. § 4 Nr. 3 VOB/B an, bittet den Auftraggeber, die erforderlichen Arbeiten in Auftrag zu geben, und meldet gem. § 6 Nr. 1 VOB/B Behinderung wegen [Behinderungsgründe] an.

Wenn man die Ausführung der erforderlich gewordenen Leistungen bereits begonnen hat, gibt es zwei Möglichkeiten. Entweder verfährt man mit nachstehendem Musterschreiben M12 nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B, oder man stellt die erforderlich gewordenen Arbeiten ein (natürlich nur diese, davon unabhängige Arbeiten müssen weiterlaufen), meldet Bedenken und Behinderung an und bittet um die Erteilung eines entsprechenden Nachtrages. Die erste Variante setzt besonderes Vertrauen in den Auftraggeber voraus. Die zweite Variante verschafft einem ein Druckmittel und ist deshalb die sicherere.

Ferner sollte man sich klar machen, dass man die Möglichkeit hat, den Auftraggeber zu testen. Ist man einmal nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B verfahren und hat man das mit dem nachfolgenden Musterschreiben erbetene Bestätigungs-Fax nicht erhalten, sollte man hellhörig werden. Man sollte telefonisch nachhaken. Wenn man den Eindruck hat, hingehalten zu werden, ist das regelmäßig ein Zeichen dafür, dass sich der Auftraggeber aus seiner Zahlungsverpflichtung herausstellen will.

Auch wenn man einen besonders vertrauenswürdigen Auftraggeber hat, sollte man aber dennoch nicht darauf verzichten, nachstehendes Musterschreiben M12 nach § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B zu versenden und sich das Bestätigungs-Fax zu besorgen.

Musterschreiben M 12

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

[Ort, Datum]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Leistungsänderung gem. § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

bei dem o.g. Bauvorhaben haben sich Leistungsänderungen im Sinne von § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B ergeben. Beiliegend erhalten Sie eine Liste über die Leistungen, die abweichend vom Vertrag ausgeführt werden müssen und teilweise schon ausgeführt worden sind. Zur Erfüllung des Vertrages sind diese Leistungen notwendig geworden und liegen demnach auch in Ihrem Interesse. Der Dokumentation halber bitten wir darum, uns dies möglichst zeitnah per Fax zu bestätigen.

Falls Sie wider Erwarten die Ausführung dieser Leistungen dennoch nicht wünschen, ist es dringend erforderlich, dass Sie uns unverzüglich darüber in Kenntnis setzen.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

5. Behinderungsanzeigen

Als Behinderung sind alle Ereignisse anzuzeigen, die den vorgesehenen Leistungsablauf in sachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht hemmen oder verzögern. Die Anzeige der Behinderung hat unverzüglich zu erfolgen. „Unverzüglich“ ist in § 121 BGB legaldefiniert als "ohne schuldhaftes Zögern". Das heißt, dass in dem Moment, in welchem der hindernde Umstand erkannt wird, ohne Zögern die Behinderungsanzeige übermittelt werden muss. So ist eine Behinderungsanzeige zum Beispiel in dem Moment abzusetzen, für den die Übergabe der Ausführungspläne vereinbart war, oder - mangels Vereinbarung - in welchem sie bei der gebotenen Sorgfalt durch den Auftraggeber hätten übergeben werden müssen. Maßgeblich ist also der Zeitpunkt, in welchem der Auftragnehmer geplant hatte, mit der Bearbeitung/Prüfung der Ausführungspläne zu beginnen. Vorher kann keine Behinderung vorliegen. Ein früherer genereller Hinweis, dass ein unpünktliches Vorliegen der Ausführungspläne den Beginn der Ausführungsarbeiten verzögern könne, ist deshalb keine Behinderungsanzeige. Andererseits besteht die Anzeigepflicht des Auftragnehmers bereits bei begründeter Vermutung des voraussichtlichen Eintritts einer Behinderung. Erfährt der Auftragnehmer, dass man aus Zeitmangel nunmehr eine baubegleitende Planung beabsichtigt und bereits auf Grundlage der Genehmigungsplanung beginnen wolle, dann hat der Auftragnehmer Grund zu der Vermutung, dass er die Ausführungspläne nicht zu dem Zeitpunkt erhalten werde, in dem dies sachlich geboten ist. Dann hat er auf die Konsequenzen hinzuweisen.

Für die Verlängerung der Ausführungsfristen ist es nicht erforderlich, dass der Auftraggeber die angezeigte Behinderung verschuldet hat. § 6 Nr. 2 VOB/B stellt nur darauf ab, wessen Risikosphäre die hindernden Umstände zuzurechnen sind. Verschulden ist nur für einen Schadensersatzanspruch des Auftragnehmers aus § 6 Nr. 6 VOB/B erforderlich.

Inhalt der Behinderungsanzeige

In der Behinderungsanzeige, Musterschreiben M 13, müssen die einzelnen hindernden Umstände konkret bezeichnet werden und ihnen jeweils - so weit vorhersehbar - die konkrete Auswirkung auf den Bauablauf zugeordnet werden. Der Auftraggeber muss hieran entscheiden können, welchen Behinderungen er Abhilfe verschaffen will und welche Behinderungen er mangels Priorität oder Abhilfemöglichkeiten vorerst bestehen lassen will. So genügt es zum Beispiel nicht, einfach auf das Fehlen von Ausführungsplänen hinzuweisen. Man sollte den Planinhalt möglichst konkretisieren, z.B. Beispiel klarstellen, wenn erkennbar Regeldetails im Maßstab 1:20 notwendig sind. Ferner müssen die Auswirkungen auf den Bauablauf dargestellt werden. Entweder entfällt nur eine technische Prüfung der Ausführungspläne oder

aber bestimmte Arbeiten können ohne die Pläne gar nicht verantwortbar ausgeführt werden.

Falls die Dauer der Behinderung bereits absehbar ist, sollte auch die voraussichtliche Verzögerung angegeben werden.

Ferner ist es sinnvoll, den Auftraggeber darauf hinzuweisen, wenn erkennbar der kritische Weg betroffen ist. Der kritische Weg zur Fertigstellung des Gebäudes ist beeinträchtigt, wenn die Verzögerung des eigenen Gewerks sich auf Nachfolge-Gewerke derart auswirkt, dass dadurch letztlich die Endfertigstellung des Bauvorhabens verzögert wird.

Nicht erforderlich ist es allerdings, mitzuteilen, wie hoch ein etwaiger Schadensersatzanspruch aus § 6 Nr. 6 VOB/B voraussichtliche ausfallen wird.

Nach dem Wegfall der Behinderung sind die Arbeiten unverzüglich wieder aufzunehmen. Eine zögerliche Wiederaufnahme kann zu Verzug und Schadensersatzpflichten führen.

Die Wiederaufnahme der Arbeiten ist dem Auftraggeber auch mitzuteilen, Musterschreiben M 14. Selbst bei ordnungsgemäßer Wiederaufnahme und bloßem Unterlassen der Mitteilung kann ein Schadensersatzanspruch des Auftraggebers entstehen. Bezüglich des möglichen Schadens gilt das zur Baubeginnanzeige Gesagte. Ein Schaden kann dadurch entstehen, dass der Auftraggeber Anschlussgewerke nicht so rechtzeitig beauftragen oder vorbereiten kann, wie er es auf Grund der Anzeige des Wegfalls der Behinderung gekonnt hätte.

Musterschreiben M 13

[Name Auftraggeber]
[Straße]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]
und per Einschreiben mit Rückschein

Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B

Bauvertrag vom [Datum]
Bauvorhaben [Bauvorhaben]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

wir teilen Ihnen gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B mit, dass wir in der ordnungsgemäßen Ausführung unserer Leistung behindert sind.

Die Behinderung ist verursacht durch:

- von Ihnen zu vertretende Umstände
- für uns unabwendbare Umstände
- unvorhersehbare Witterungseinflüsse
- der Betrieb wird bestreikt / von der Berufsvertretung angeordnete Aussperrung
- höhere Gewalt

Zur Erläuterung führen wir an: [ausführliche Erläuterung]

Für unsere Leistung hat dieses folgende Auswirkung: [Erläuterung der Auswirkung]

Die eingetretene Behinderung führt gemäß § 6 Nr. 4 VOB/B zu einer Verlängerung der Ausführungsfrist. Die Dauer der Behinderung beträgt voraussichtlich [Anzahl der Tage] Tage. Die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist verlängert sich dadurch voraussichtlich bis zum [Datum].

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Empfangsbestätigung

Ort, Datum

Unterschrift / Firmenstempel

Musterschreiben M 14

[Vorname, Name des Auftraggebers]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Mitteilung über den Wegfall der Behinderung gemäß § 6 Nr. 3 VOB/B.

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

mit unserem Schreiben vom [Datum] hatten wir Ihnen angezeigt, dass wir in der Ausführung der Bauleistung behindert worden sind. Wir sind erleichtert, Ihnen nunmehr den Wegfall der Behinderung mitteilen zu können. Wir werden unsere Arbeiten unverzüglich wieder aufnehmen.

In der Anlage übersenden wir Ihnen die Berechnung der Verlängerung der Ausführungsfristen gemäß § 6 Nr. 4 VOB, welche Sie bitte berücksichtigen möchten.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

Musterschreiben M 15

[Vorname, Name des Auftraggebers]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Unterbrechung der Bauleistung gemäß § 6 Nr. 5 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

mit unserem Schreiben vom [Datum] hatten wir Sie darüber informiert, dass wir in der Ausführung der Bauleistung behindert worden sind. Mittlerweile hat sich herausgestellt, dass die Leistung voraussichtlich für längere Zeit unterbrochen bleiben wird, ohne dass die geschuldete Leistung unmöglich geworden wäre.

Wir erlauben uns daher, in der Anlage unsere Abrechnung nach § 6 Nr. 5 VOB/B zu übermitteln. Die Abrechnung enthält gem. § 6 Nr. 5 VOB/B die bereits ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen und die weiteren Kosten, die uns bereits entstanden sind und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teils der Leistung enthalten sind.

Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass wir gem. § 6 Nr. 6 VOB/B Anspruch auf Ersatz des uns nachweislich durch die Unterbrechung bzw. Behinderung entstandenen Schadens haben.

Alternativ:

Ferner dürfen wir Sie bitten, uns den durch die Unterbrechung bzw. Behinderung entstandenen Schaden in Höhe von [Betrag] in Entsprechung des § 6 Nr. 6 VOB/B bis zum

[Datum]

zu ersetzen. Die Schadensberechnung finden Sie ebenfalls in der Anlage.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

6. Gewährleistung

Ist das Gewerk des Auftragnehmers vollkommen mangelfrei, so resultieren für ihn aus einer dennoch erhobenen Mängelrüge des Auftraggebers eigentlich kaum Schreibpflichten. Dennoch ist es empfehlenswert, sich gegen den Fall abzusichern, dass die Mängelrüge vor Gericht wider Erwarten – aber vielleicht zu Recht – doch ein Mangel festgestellt wird. In diesem Fall würde dem Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht in dreifacher Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zugesprochen. Vor diesem gilt es sich zu schützen. Die Möglichkeit dazu bietet die Vorschrift des § 648a BGB. Sie ist auch noch nach Abnahme anwendbar.

Entsprechend dem nachfolgenden Musterschreiben M 16 hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine angemessene Frist für die Beibringung einer Vorleistungssicherheit zu setzen. Er muss dabei androhen, die Leistung nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist zu verweigern. Hierdurch entfällt der Druckzuschlag des Auftraggebers. Sein Leistungsverweigerungsrecht erstreckt sich dann nicht mehr auf den mindestens dreifachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten, sondern nur noch auf den einfachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten. Ferner erlangt der Auftragnehmer nach fruchtlosem Ablauf einer Frist von 10 Tagen ein vorrangiges Leistungsverweigerungsrecht. Er kann dann nicht mehr in Verzug geraten! Die Frist von 10 Tagen wird nach gefestigter obergerichtlicher Rechtssprechung als angemessen angesehen. Es schadet aber nicht, wenn der Auftragnehmer in seiner Androhung der Leistungsverweigerung zu kurze Frist setzt, denn die zu kurze Fristsetzung setzt eine angemessene Frist in Gang.

Musterschreiben M 16

[Name des Auftraggebers]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Anforderung einer Bauhandwerkersicherung gem. § 648a BGB

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

zur Absicherung der in obigem Bauvorhaben von uns erbrachten und ggf. noch zu erbringenden Vorleistungen, bitten wir um Gestellung einer Sicherheit gem. § 648 a BGB in Höhe von [Betrag] € bis spätestens [Datum] (10 Tage), widrigenfalls werden wir die Leistung verweigern. Bitte bestätigen Sie unverzüglich, möglichst per Fax, Ihre Bereitschaft und Verpflichtung zur Sicherheitsleistung.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

Musterschreiben M 17

[Name des Auftraggebers]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Ablehnung der Kostenvorschusspflicht nach § 13 Nr. 5 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

mit Ihrem Schreiben vom [Datum] haben Sie uns gegenüber einen Kostenvorschuss geltend gemacht zur Beseitigung von Mängeln, welche nach Ihrem Bekunden an unserem Gewerk vorhanden seien. Wir weisen Sie darauf hin, dass wir gem. §§ 13 Nr. 5 VOB/B, 634 ff. BGB zur Beseitigung etwaiger Mängel nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt sind.

Soweit unser Gewerk durch Arbeiten eines anderen Unternehmers beeinträchtigt oder verändert worden sein sollte, lehnen wir für die davon betroffenen Teile unserer Leistung jede Gewährleistungsverpflichtung ab. Bitte haben Sie Verständnis für diese Vorgehensweise.

Nachdem unser Gewerk durch einen Dritten verändert worden ist, sind wir nicht mehr in der Lage nachzuprüfen, ob die von Ihnen behaupteten Mängel tatsächlich auf unsere Leistung zurückzuführen sind.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

Musterschreiben M 18

[Name des Auftraggebers/Hauptunternehmer]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Verweigerung der Mängelbeseitigung infolge unverhältnismäßig hohen Aufwandes gemäß § 13 Nr. 6 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

mit Ihrem Schreiben vom [Datum] haben Sie uns aufgefordert, die dort im einzelnen genannten Mängel zu beseitigen. Deren Beseitigung würde jedoch einen unverhältnismäßig hohen Aufwand verursachen. Deshalb sind wir gezwungen, die Mängelbeseitigung zu verweigern. Wir laden Sie ein, uns einen angemessenen Minderungsvorschlag zu unterbreiten.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

7. Abnahme

7.1 rechtsgeschäftliche (echte) Abnahme

Die Abnahmeerklärung des Auftraggebers führt zum Wechsel der Beweislast bezüglich der Mängelfreiheit des Werkes vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber. Ferner wird beim BGB-Vertrag der Werklohnanspruch mit der Abnahmeerklärung fällig. Darüber hinaus ist der Werklohnanspruch beim BGB-Vertrag gem. § 641 Abs. 4 BGB, von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen. Der Zinssatz beträgt bei Privatleuten gem. § 246 BGB 4 % per anno. Bei Kaufleuten beträgt der Zinssatz gem. § 352 Handelsgesetzbuch 5% per anno. Beim BGB-Vertrag gerät der Auftraggeber spätestens 30 Tage nach Zugang der Schlussrechnung in Verzug, wenn ihm nicht vorher bereits eine Mahnung zugegangen ist.

Mit Eintritt des Verzuges schuldet der Privatmann Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz und der Kaufmann Zinsen in Höhe von 8%-Punkten über dem Basiszinssatz, § 288 BGB.

Nach der VOB/B steht sich der Auftragnehmer wesentlich schlechter. Dort tritt die Fälligkeit erst zwei Monate nach Zugang der Schlussrechnung ein.

Abnahmezinsen kennt die VOB/B nicht. Zinsen schuldet der Auftraggeber erst mit Verzugsseintritt. Um den Auftraggeber in Verzug zu setzen, muss ihm zunächst eine angemessene Nachfrist für die Zahlung gesetzt werden, Musterschreiben M 23. Eine Nachfrist von zwei Wochen wird als in aller Regel ausreichend angesehen. Durch das Setzen einer unangemessen kurzen Frist, wird allerdings eine angemessene Frist in Gang gesetzt. Daher geht man mit einer kürzeren Fristsetzung von z. B. vier oder sieben Tagen kein besonderes Risiko ein. Mit dem Eintritt des Verzuges schuldet der Auftraggeber dann die o.g. Zinssätze gemäß § 288 BGB.

Der Auftragnehmer sollte in der Regel keine ausdrückliche Abnahme verlangen. Vielmehr sollte er folgendermaßen vorgehen:

7.1.1 BGB-Vertrag

Beim BGB-Vertrag sollte der Auftragnehmer eine konkludente Abnahme des Auftragnehmers abwarten. Konkludent bedeutet durch schlüssiges Handeln. Ein solches liegt regelmäßig in der Ingebrauchnahme des betreffenden Werkes. Werden nach der Ingebrauchnahme des Werkes längere Zeit keine Mängel gerügt, kann von einer konkludenten Abnahme ausgegangen werden. Ist zuvor eine Fertigstellungsanzeige an den Auftraggeber übermittelt worden, gilt dies umso mehr. Namentlich muss der Auftraggeber sich durch die Fertigstellungsanzeige aufgefordert sehen, etwaige Mängel nunmehr zu rügen. Befürchtet man eine schlechte Zahlungsmoral des Auftraggebers, kann es sinnvoll sein, mit der Stellung der Schlussrechnung zwei Monate

zuzuwarten, um keine Mängelrügen zu provozieren und somit zunächst einmal die konkludente Abnahme eintreten zu lassen. Befürchtet man, dass sich der Auftraggeber bereits auf Grund einer Fertigstellungsanzeige ungerechtfertigte Mängelrügen einfallen lassen würde, sollte man auch auf diese zunächst verzichten.

Wenn die konkludente Abnahme bereits eingetreten ist, mag der Auftraggeber dann gegen die Schlussrechnung einwenden, dass noch gar keine Abnahme erfolgt sei. Dem sollte dann sofort schriftlich entgegengetreten werden, mit dem Tenor, dass eine konkludente Abnahme längst erfolgt sei, dass man aber dennoch bereit sei etwaige Mängelrügen des Auftraggebers vor Ort aufzunehmen. In der dann folgenden "Abnahme-" Verhandlung hat man immer noch die Möglichkeit, darauf hinzuwirken, dass möglichst wenige ungerechtfertigte Mängelrügen ins Verhandlungsprotokoll aufgenommen werden. Ferner sollte man darauf hinwirken, dass die ausdrückliche Abnahmeerklärung des Auftraggebers protokolliert wird, um dann selbst hinzuzufügen, dass man als Auftragnehmer auf dem Standpunkt steht, die Abnahme sei seit langem konkludent erfolgt.

7.1.2 VOB-Vertrag

Beim VOB-Vertrag gilt grundsätzlich dasselbe. Nur treten hier zu den konkludenten Abnahmen auch noch die fiktiven Abnahmen gem. § 12 Nr. 5 VOB/B hinzu.

Die Voraussetzungen für den Eintritt einer Abnahmefiktion unterscheiden sich danach, ob

1. im Vertrag eine ausdrückliche oder eine förmliche Abnahme nach § 12 Nr. 4 VOB/B vereinbart worden war, eine der Parteien eine förmliche oder ausdrückliche Abnahme verlangt hat oder
2. eine solche Abnahme weder im Vertrag vereinbart worden war, noch von einer der Parteien nachträglich verlangt worden ist.

Im zweiten Fall kommt es ausschließlich auf die Frist des § 12 Nr. 5 VOB/B an. Im ersten Fall hingegen ist diese Frist nach den Umständen des Einzelfalles zu verlängern und darüber hinaus auf das konkrete Verhalten des Auftraggebers nach dessen Inbenutzungnahme bzw. nach der Fertigstellungsanzeige abzustellen.

In beiden Fällen muss man sich, wie oben beim BGB-Vertrag, überlegen, ob die Fertigstellungsanzeige den Auftraggeber möglicherweise dazu veranlassen würde, ungerechtfertigte Mängelrügen vorzubringen. Gegebenenfalls wartet man deshalb zunächst ab, bis der Auftraggeber die Leistung oder auch nur einen Teil der Leistung in Benutzung genommen hat.

In dem unter 1. genannten Fall wartet man sechs Werkzeuge ab und übersendet anschließend die Fertigstellungsanzeige. Nach deren Zugang

wartet man weitere 12 Werktage ab und übersendet anschließend die Schlussrechnung. Wenn sich der Auftraggeber dann auf einmal darauf beruft, es sei noch keine Abnahme erfolgt, hat er bereits zwei Abnahmefiktionen versäumt.

Wünscht der Auftragnehmer noch einen weiteren doppelt Boden, kann er weiter zuwarten, bis seit der Benutzungsnahme zwei und noch sicherer drei Monate verstrichen sind. Dann kann sich der Auftragnehmer zusätzlich auf eine konkludente Abnahme berufen. Dies kann bedeutsam werden, wenn z.B. der Auftraggeber auf einmal wahrheitswidrig vorträgt, er hätte vor der in Benutzungsnahme eine förmliche Abnahme verlangt. Dann läge der unter 2. beschriebene Fall vor. In dem unter 2. beschriebenen Fall kommt es - wie gesagt - auf das Verhalten des Auftraggebers an. Es ist daher wichtig, dass er in diesem Fall nach in Benutzungsnahme und Fertigstellungsanzeige über längere Zeit keine oder nur unwesentliche Mängel rügt. Erklärt der Auftraggeber jedoch ausdrücklich, dass er auf eine förmlichen Abnahme bestehe - obwohl er das Gewerk jedoch noch nicht für fertig gestellt hält - , dann ist die Durchführung der Abnahme mit Hilfe der nachfolgenden Musterschreiben M 19 und M 20 anzumahnen.

In diesem Zusammenhang sei noch einmal darauf hingewiesen, wie wichtig es ist, darauf hinzuwirken, dass die VOB/B allein vom Auftraggeber und nicht zusätzlich vom Auftragnehmer als AGB verwendet wird.

Unschädlich ist es allerdings, auf eine Ausschreibung nach VOB/B zu bieten. Hier bleibt der ausschreibende der Verwender der VOB/B. Der Bieter wird durch sein Angebot, welches ja den Bedingungen der Ausschreibung entsprechen muss, nicht ebenfalls zum Verwender der VOB/B.

Regelmäßig wird nämlich der Auftraggeber durch zusätzliche AGB die Privilegierung der VOB/B zerstören. Dann gelten die Abnahmefiktionen des §12 Nr. 5 VOB/B zu Gunsten des Auftragnehmers, während die Regelungen des § 16 VOB/B bezüglich der Fälligkeit und der Verzinsung des Werklohnanspruchs entfallen und durch BGB-Regelungen ersetzt werden. Dadurch erhält der Auftragnehmer die ihm günstige Konstellation von Abnahmefiktionen gem. § 12 Nr. 5 VOB/B und Abnahmezinsen gem. § 641 Abs. 4 BGB.

7.2. Zustands-Feststellung gemäß § 4 Nr. 10 VOB/B 2002

Die Zustands-Feststellung war früher als sogenannte technische Abnahme bekannt und in § 12 Nr. 2 VOB/B geregelt. Sie hat keinen rechtsgeschäftlichen Charakter, führt daher weder Fälligkeit bzw. Teilfälligkeit oder auch nur teilweisen Beweislastwechsel herbei. Sie ist aber von überragender Bedeutung, wenn bestimmte Teile des Gewerks von der weiteren Bauausführung überdeckt werden, und dadurch eine spätere Beweisaufnahme nicht mehr möglich ist. Dann ist die Zustands-Feststellung mit dem Musterschreiben M 21 einzufordern. Kommt man nicht mit dem

Auftraggeber gemeinsam zu dem Befund der Mängelfreiheit, muss man dringend die Beweise sichern.

Dazu gibt es im Wesentlichen drei Möglichkeiten:

1. man fertigt im Beisein von Zeugen Fotomaterial an,
2. man beauftragt einen Sachverständigen, der möglichst öffentlich bestellt und vereidigt sein sollte, mit der Begutachtung und fotografischen Dokumentation und verwendet diesen ggf. im späteren Gerichtsverfahren als sachverständigen Zeugen,
3. man führt ein selbstständiges Beweisverfahren durch.

Die erste Möglichkeit sollte man ohnehin wahrnehmen. Die dritte Möglichkeit ist in aller Regel viel zu langwierig. Die zweite Möglichkeit sollte man wahrnehmen und insbesondere nicht aus Kostengründen verstreichen lassen. Denn wenn man das tut, gerät man in eine denkbar schlechte Rechtsposition. Wird die Abnahme nämlich im weiteren Verlauf verweigert, bleibt man für die Mängelfreiheit des nunmehr verdeckten Werkes beweispflichtig. Die Unmöglichkeit der Beweisaufnahme geht dann zu Lasten des Auftragnehmers.

Musterschreiben M 19

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Aufforderung zur Abnahme gemäß § 12 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unser Schreiben vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

unter dem [Datum] teilten wir Ihnen die Fertigstellung unseres Gewerkes mit.
Nunmehr bitten wir Sie um die Abnahme desselben.

Als Abnahmetermin schlagen wir den [Datum] vor. Falls Sie an diesem Termin verhindert sein sollten, bitten wir Sie, sich spätestens bis zum [Datum] mit Herrn/Frau [Name] in Verbindung zu setzen. Ansonsten bestätigen Sie uns den Termin bitte möglichst zeitnah durch Gegenzeichnung und Rücksendung dieses Schreibens.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Empfangsbestätigung

Ort, Datum

Unterschrift / Firmenstempel

Musterschreiben M 20

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Mahnung zur Durchführung der Abnahme gemäß § 12 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unser Schreiben vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

Unter dem [Datum] haben wir in die Fertigstellung unseres Gewerkes mitgeteilt. Unter dem [Datum] hatten wir Sie gebeten, die Abnahme durchzuführen. Dies ist jedoch bis heute nicht erfolgt. Wir weisen Sie darauf hin, dass die Abnahme gemäß § 12 Nr. 1 VOB/B innerhalb von 12 Werktagen nach unserem Abnahmeverlangen zu erfolgen hat.

Wir bitten Sie, die Abnahme nunmehr umgehend, spätestens jedoch bis zum

[Datum]

durchzuführen. Bitte sprechen Sie den genauen Termin mit uns ab.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

Musterschreiben M 21

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Zustandsfeststellung gemäß § 4 Nr. 10 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unser Schreiben vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

auf Verlangen eines Vertragspartners sind gemäß § 4 Nr. 10 VOB/B andere Teile der Bauleistung besonders abzunehmen, wenn sie durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Wir möchten Sie in diesem Zusammenhang davon unterrichten, dass die von uns ausgeführten Bauleistungen betreffend [Auflistung] für das o.g. Bauvorhaben fertiggestellt worden sind. Der Fortgang der Bauleistung wird diese von uns ausgeführten Leistungen der weiteren Prüfung und Feststellung entziehen, so dass wir Sie bitten, eine sogenannte technische Abnahme gemäß § 4 Nr. 10 VOB/B durchzuführen. Als Termin schlagen wir den [Datum und Uhrzeit] vor.

Sollte der Termin für Sie nicht akzeptabel sein, so bitten wir Sie, mit uns bis zum [Datum] einen neuen Termin zu vereinbaren.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers/des bevollmächtigten Vertreters]

8. Zahlungen

Die VOB/B kennt Vorauszahlungen, Abschlagszahlungen, Teilschlusszahlungen und die eigentliche Schlusszahlung. Vorauszahlungen kommen nur in Betracht, wenn sie ausdrücklich vereinbart worden waren. Abschlagszahlungen hingegen kann der Auftragnehmer in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen verlangen. Wesentlich ist dafür eine prüfbare Abrechnung der betreffenden Leistungen.

8.1 Prüfbare Rechnung

Diese Prüfbarkeit der Abrechnung ist wie bei der Schlussrechnung eine Fälligkeitsvoraussetzung. Die Anforderungen an die Prüfbarkeit ergeben sich in beiden Fällen aus § 14 Nr. 1 VOB/B. Allerdings ist der Maßstab für Abschlagszahlungen etwas weniger streng. Zu beachten sind die folgenden Kriterien:

1. Die Reihenfolge und die Bezeichnung der Leistungspositionen aus dem vertraglichen Leistungsverzeichnis müssen eingehalten werden, § 14 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.
2. Die Berechnungen des Aufmaßes müssen der Abrechnung beigelegt sein.
3. Die Pläne, anhand derer die Aufmaßzeichnungen nachvollzogen werden können, sind ebenfalls beigelegen. Ggf. sind die einzelnen Posten der Aufmaßberechnung jeweils mit einer Bezeichnung zu versehen, welche sich im Plan wieder findet, und dort jedes einzelne aufgemessene Bauteil kennzeichnet.

Erleichterungen:

1. Die Dokumentationstiefe richtet sich nach den objektivierten Erkenntnismöglichkeiten des jeweiligen Empfängers. Das bedeutet, es kommt grundsätzlich subjektiv darauf an, wer der Auftraggeber ist, bzw. wen er mit der Bauleitung betraut hat: Laie, Handwerker eines anderen Gewerks, Bautechniker, Architekt, Bauingenieur. Objektiv ist aber zu bewerten, welche Erkenntnismöglichkeiten er in seiner jeweiligen Eigenschaft z.B. als Architekt haben muss. Sich als Bauingenieur selbst für dumm zu erklären, hilft also nicht.
2. Liegen dem Auftraggeber bereits Pläne vor, anhand derer das Aufmaß nachvollziehbar ist, müssen diese nicht erneut beigelegt werden. Beispiel: Wenn die Ausführungspläne für jeden einzelnen Raum des Gebäudes Quadratmeterzahlen aufweisen, kann daran auch das Aufmaß des Parketts nachvollzogen werden.
3. Eine Beifügung der Unterlagen ist regelmäßig entbehrlich, wenn der Auftraggeber die Bauleitung selbst in die Hand genommen oder wenn er einen Architekten damit beauftragt hat und sich deshalb an Ort und Stelle anhand der einzelnen Positionen der Abrechnung von Art und Umfang der Leistung selbst überzeugen konnte.

Die Anforderungen an die Prüfbarkeit sind in der Vergangenheit von den Instanzgerichten überzogen worden. Dem ist der BGH (VII ZR 173/03) entgegengetreten. Ferner hat er Missbrauch Einhalt geboten, indem er klargestellt hat, dass Einwände gegen die Prüfbarkeit spätestens innerhalb der Zweimonatsfrist zur Prüfung der Schlussrechnung aus § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B geltend gemacht werden müssen. Ungeklärt ist noch, ob der Auftraggeber mit Einwänden gegen die Prüfbarkeit einer Abschlagsrechnung erst nach zwei Monaten mit solchen Einwänden ausgeschlossen ist, oder nicht vielmehr bereits nach Ablauf der Fälligkeitsfrist von 18 Werktagen aus § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B.

8.2 Fälligkeit

Die Fälligkeit eines Anspruchs auf Abschlagszahlung tritt 18 Werktagen nach Zugang der prüfaren Abschlagsrechnung ein. Die Fälligkeit des eigentlichen Werklohnanspruches tritt hingegen zwei Monate nach Zugang der prüfaren Schlussrechnung ein.

8.3 Verzug

Erst nach dem Ablauf dieser Fristen kann der Auftraggeber gemäß § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B in Verzug gesetzt werden. Dies geschieht wie bereits dargestellt nicht einfach durch die Zusendung einer Mahnung, sondern wiederum durch das Setzen einer angemessenen Nachfrist, für welche zwei Wochen in der Regel ausreichend sind. Eine zu kurze Frist setzt jedoch eine angemessene Frist in Gang.

Nach dem Verzugseintritt des Auftraggebers können die Arbeiten gemäß § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B eingestellt werden. Zu beachten ist allerdings, dass der Auftragnehmer nicht mit einem anderen Teil seiner Leistung in Verzug geraten sein darf. Ferner muss die Einstellung der Arbeiten angekündigt werden (OLG Düsseldorf BauR 75, 428; OLG Frankfurt BauR 88, 599). Dies kann bereits in der nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B erfolgenden Mahnung mit Nachfristsetzung geschehen. Sicherheitshalber sollte aber kurz vor Ablauf der Verzugsfrist eine weitere Ankündigung erfolgen. Der Setzung zweier hintereinander geschalteter Fristen bedarf es nicht. Eine solche mit der VOB/B 2000 aufgekommene Irritation war vom DVA nie beabsichtigt, was dieser im Änderungsentwurf vom 17.05.2006 zur VOB/B 2006 klargestellt hat.

Auch beim Baustellen-Stopp sollte man einen doppelten Boden einbauen. Das kann z.B. durch § 648a BGB geschehen. Es ist Sicherheit (nicht Bürgschaft) für die noch zu erbringenden Vorleistungen gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB unter Setzung einer angemessenen Frist (in der Regel 10 Tage) zu verlangen und dabei zu erklären, dass man nach fruchtlosem Fristablauf die Leistung verweigern werde, vgl. auch unter 6. zur Gewährleistung.

8.4 Schlusszahlungsmitteilung

Gem. § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B schließt eine vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung Nachforderungen aus. Auf diese Wirkung muss der Auftraggeber in seiner Schlusszahlungsmitteilung hinweisen. Anderenfalls tritt die Ausschlusswirkung nicht ein.

Der Auftragnehmer muss dann innerhalb von 24 Werktagen (nach der VOB/B ist der Samstag ein Werktag) einen Vorbehalt über die noch ausstehenden Restzahlungen erklären. Dafür reicht es aus, wenn er sich auf die Schlussrechnungssumme bezieht. Der Klarheit halber sollte man aber nicht darauf verzichten den aktuell offenen Betrag zu beziffern, Musterschreiben M 22.

Innerhalb weiterer 24 Werktage sind die vorbehaltenen Forderungen zu begründen. Sie sind also – sofern das in der Schlussrechnung noch nicht geschehen war – prüfbar abzurechnen. Sofern dies aus den Umständen heraus noch nicht möglich ist, sind sie jedenfalls soweit möglich zu begründen. Anderenfalls entfällt die Wirkung des Vorbehaltes.

§ 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B hält einer isolierten Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht nicht stand. Das bedeutet, dass dem Auftragnehmer keine Forderungen durch die Schlusszahlungsmitteilung verloren gehen können, wenn der Auftragnehmer in seinen sonstigen AGB von der VOB/B abgewichen ist. Denn dadurch entfällt die Privilegierung der VOB/B (vgl. dazu unter II.). Diese Erleichterung für den Auftragnehmer tritt aber nur ein, wenn er nicht selbstständig durch seine eigenen AGB die VOB/B zur Vertragsbedingung gemacht hat und dadurch ebenfalls Verwender der VOB/B geworden ist. Wird dem Auftraggeber durch eine Ausschreibung vorgegeben, nach VOB/B anzubieten wird, er dadurch aber nicht Verwender der VOB/B.

In keinem Fall sollte sich der Auftragnehmer auf den Entfall der Privilegierung der VOB/B verlassen. Auf eine Schlusszahlungsmitteilung sollte immer mit einem entsprechenden Vorbehalt der noch offenen Forderungen reagiert werden.

Man bedenke die drastische Wirkung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B. Durch die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung gehen dem Auftragnehmer seine **berechtigten** Restforderungen verloren.

Musterschreiben M 22

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Vorbehalt gegen Schlusszahlungsmitteilung

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unsere Rechnung vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

gegen ihre Schlusszahlungsmitteilung vom [Datum] behalten wir uns
Restforderungen in Höhe von [Betrag] € vor.

Für weitere Informationen steht Ihnen Herr/Frau [Name], Tel.: [Telefon-Nr.]
jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Musterschreiben M 23

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Zahlung an Subunternehmer

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unsere Rechnung vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

als Subunternehmer der Firma [Firmenname] haben wir bei dem o.g.
Bauvorhaben folgende Tätigkeiten ausgeführt:
[Benennung der Leistung]

Die Firma [Firmenname] hat trotz mehrfacher Mahnung unsere Rechnung Nr.
[Rechnungs-Nr.], Rechnungs-Betrag [Betrag] €, nicht an uns bezahlt.

Aus diesem Grunde bitten wir Sie, die noch zu entrichtende Vergütung für die
oben genannte Bauleistung gemäß § 16 Nr. 6 VOB/B direkt an uns zu zahlen.
Auf diese Weise können Sie vermeiden, dass wir zur (weiteren) Ausübung
unseres Leistungsverweigerungsrechtes gezwungen werden und dadurch die
Baufertigstellung verzögert wird.

In der Anlage überreichen wir Ihnen eine Kopie des Subunternehmerver-
trages sowie eine Kopie der verzugsbegründenden Mahnung samt
Faxbericht.

Für weitere Informationen steht Ihnen Herr/Frau [Name], Tel.: [Telefon-Nr.]
jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Musterschreiben M 24

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Mahnung mit Nachfristsetzung für fällige Abschlagszahlungen gemäß § 16 Nr. 1 Abs. 3 und Nr. 5 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unsere Rechnung vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

am [Datum] haben wir Ihnen unsere Abschlagsrechnung Nr. [Nummer] vom [Datum] übersandt. Die Fälligkeitsfrist des § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B von 18 Werktagen ist bereits überschritten.

Da wir bis zum heutigen Tage keinen Zahlungseingang verbuchen konnten, setzen wir Ihnen eine Nachfrist bis zum

[Datum].

Sollte die offen stehende Summe in Höhe von [Betrag] innerhalb der genannten Frist nicht ausgeglichen werden, werden wir ohne weitere Vorankündigung gem. § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B die Arbeiten einstellen.

Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihnen bei dauerhaftem Ausbleiben Ihrer Zahlungen die Kündigung des Bauvertrages gem. § 9 Nr. 2 VOB/B droht.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

Musterschreiben M 25

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Mahnung mit Nachfristsetzung für fällige Schlusszahlung gemäß § 16 Nr. 3 Abs. 1 und Nr. 5 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unsere Rechnung vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

am [Datum] haben wir Ihnen unsere Schlussrechnung Nr. [Nummer] vom [Datum] übersandt. Die Fälligkeitsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B von 2 Monaten ist überschritten.

Da wir bis zum heutigen Tage keinen Zahlungseingang verbuchen konnten, setzen wir Ihnen eine Nachfrist bis zum

[Datum].

Sollte die offen stehende Summe in Höhe von [Betrag] innerhalb der genannten Frist nicht ausgeglichen werden, werden wir ohne weitere Vorankündigung gem. § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B die Arbeiten einstellen.

Wir weisen Sie darauf hin, dass Ihnen bei dauerhaftem Ausbleiben Ihrer Zahlungen die Kündigung des Bauvertrages gem. § 9 Nr. 2 VOB/B droht.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

9. Kündigung

Kann auch das unter 8. beschriebene Vorgehen den Auftraggeber nicht zur Zahlung bewegen, dann kann der Bauvertrag nach Setzen einer **weiteren** angemessenen Nachfrist mit Kündigungsandrohung gemäß § 9 Nr. 1 b), Nr. 2 VOB/B, Musterschreiben M 26, letztlich gekündigt werden, Kündigung nach Musterschreiben M 27.

Auch hier ist es sinnvoll, einen doppelten Boden einzubauen durch eine parallele **weitere** Nachfristsetzung zur Sicherheitsleistung mit Kündigungsandrohung gemäß §§ 648a Abs. 5 Satz 1, 643 BGB, Musterschreiben M 28. Diese kann kürzer sein, als die erste Frist nach § 648a Abs. 1 BGB. Ihre genaue Länge hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, sodass niemals genau vorhergesagt werden kann, wie lang die Frist sein muss, um vor Gericht Bestand zu haben. Diese Rechtsunsicherheit wird aber dadurch relativiert, dass eine zu kurze Frist eine angemessene Frist in Gang setzt⁴. Mit dem Ablauf der Frist gem. §§ 648a Abs. 5 Satz 1, 643 BGB gilt der Vertrag dann als aufgehoben, wenn der Auftraggeber nicht zwischenzeitlich doch noch Sicherheit geleistet hat. Dennoch muss die Kündigung erklärt werden, wenn auch der Kündigungsgrund aus § 9 Nr. 1 b), Nr. 2 VOB/B verwertet werden soll. Ein solcher „doppelter Boden“ ist in jedem Fall anzuraten.

⁴ Kniffka, Ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.03.2005, § 638 Rz. 90

Musterschreiben M 26

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

**Per Fax vorab an: [Faxnummer]
und per Gerichtsvollzieher**

**Kündigungsandrohung bzgl. fälliger Schlusszahlung gemäß § 9 Nr. 1
Lit. b), Nr. 2 Satz 2 VOB/B**

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unsere Rechnung vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

am [Datum] haben wir Ihnen unsere Schlussrechnung Nr. [Nummer] vom [Datum] übersandt. Die Fälligkeitsfrist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B von 2 Monaten wurde von Ihnen überschritten. Trotz Nachfristsetzung vom [Datum] leisteten Sie keine Zahlung.

Da wir bis zum heutigen Tage keinen Zahlungseingang verbuchen konnten, setzen wir Ihnen eine weitere Nachfrist bis zum

[Datum].

Sollte die offen stehende Summe in Höhe von [Betrag] innerhalb der genannten Frist nicht ausgeglichen werden, werden wir ohne weitere Vorankündigung gem. § 9 Nr. 1 Lit. b), Nr. 2 VOB/B den Vertrag kündigen.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

Musterschreiben M 27

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

**Per Fax vorab an: [Faxnummer]
und per Gerichtsvollzieher**

Kündigung des Bauvertrages gem. § 9 Nr. 1 VOB/B

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

den o.g. Bauvertrag, welchen wir mit Ihnen am [Datum] geschlossen hatten, kündigen wir hiermit gem. § 9 Nr. 1 VOB/B.

Die Kündigung erfolgt, da Sie die folgende Ihnen obliegende Handlung unterlassen haben:

[Beschreibung der unterlassenen Handlung]

Da Sie innerhalb der Ihnen gesetzten Nachfrist der Vertragserfüllung nicht nachgekommen sind, sehen wir uns gezwungen, den Bauvertrag zu kündigen.

Die für die Abrechnung nötigen Feststellungen würden wir gerne mit Ihnen gemeinsam vornehmen. Wir bitten Sie daher, am [Datum] um [Uhrzeit] mit uns gemeinsam das Aufmaß zu erstellen. Unsere bisherigen Leistungen werden wir Ihnen gemäß § 9 Nr. 3 VOB/B in Rechnung stellen.

Für ein Gespräch über die Abwicklung unserer Kündigung steht Ihnen Herr/Frau [Name] zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift Auftragnehmer]

Musterschreiben M 28

[Name des Auftraggebers]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

**Nachfrist zur Gestellung einer Bauhandwerkersicherung gem.
§ 648a BGB; Behinderungsanzeige**

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

zur Absicherung unseres Vorleistungsrisikos wurden Sie mit Schreiben vom [Datum] gebeten, uns eine Vorleistungssicherheit in Höhe von [Betrag] bis spätestens [Datum] zu übermitteln. Innerhalb der genannten Frist ging uns

- keine Sicherheit zu.
- eine Sicherheit zu, die unser Vorleistungsrisiko nicht ausreichend abdeckt.

Hiermit zeigen wir an, dass wir die Arbeiten eingestellt haben und in der ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten behindert sind, § 6 Nr. 1 VOB/B.
Wir setzen Ihnen eine Nachfrist zur Beibringung der Sicherheit bis spätestens

[Datum]

und kündigen hiermit den bezeichneten Bauvertrag, wenn uns auch innerhalb dieser Frist keine ausreichende Sicherheit zugeht, §§ 648a Abs. 5, 643 BGB.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]

10. Sicherheitseinbehalt

Der Auftraggeber hat gem. § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B ausbedungene Sicherheitseinbehalte unaufgefordert auf ein Sperrkonto einzuzahlen und zu veranlassen, dass die Bank dem Auftragnehmer die Einzahlung mitteilt.

Tut er dies nicht – was fast ausnahmslos die Regel ist – kann der Auftragnehmer mit dem Musterschreiben M 30 dem Auftraggeber nach § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B eine angemessene Nachfrist hierfür setzen (9 Tage). Eine zu kurz bemessene Frist setzt eine angemessene Frist in Gang, so dass man maximal 7 Tage gewähren sollte, was nach Ansicht des Kammergerichts Berlin bereits angemessen ist.

Nach fruchtlosem Verstreichen der Frist kann der Auftragnehmer den Sicherheitseinbehalt herausfordern.

Von dieser Möglichkeit sollte man direkt nach Abschluss des Bauvorhabens Gebrauch machen, es sei denn die Kundenbeziehung ist zu wertvoll. Anderenfalls muss man regelmäßig 5 Jahre auf die Liquidität verzichten oder Avalkosten zahlen und dann auch noch damit rechnen, dass der Auftraggeber die Bürgschaftsurkunden auch nach den 5 Jahren wegen angeblicher Gegenforderungen zurückhält oder die Sicherheitseinbehalte nur teilweise auszahlt. Nach § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B ist die jeweilige Sicherheit nach 2 Jahren zurückzugeben, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Auftraggeber halten es aber regelmäßig – auch ohne Vereinbarung – für selbstverständlich, dass die Sicherheit für die Dauer der Gewährleistungsfristen behalten werden darf.

Auf diesem Hintergrund ist es regelmäßig lohnend, den Sicherheitseinbehalt sofort einzuklagen, anstatt dies im schlechtesten Fall nach 5 Jahren ohnehin tun zu müssen. Ratsam ist es, nach Abschluss des Bauvorhabens den Auftraggeber um Klarstellung zu bitten, dass die Sicherheit nach 2 Jahren zurückzugewährt ist.

Achtung: Der Auftraggeber kann die Pflicht zur Einzahlung aufs Sperrkonto abbedingen, wenn er die diesbezüglichen Vorgaben des BGH einhält, wozu die Auftraggeber – auch große Namen – regelmäßig nicht in der Lage sind. Das oben beschriebene Prozedere sollte dennoch durchgeführt werden. Der Bauanwalt prüft dann die betreffenden Vertragsklausel bevor er die Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes vom Auftraggeber verlangt.

Musterschreiben M 29

[Name Auftraggeber]
[Straße, Nr.]
[PLZ, Ort]

Per Fax vorab an: [Faxnummer]

Fristsetzung zur Einzahlung des Sicherheitseinbehaltes aufs Sperrkonto

Bauvorhaben: [PLZ, Ort, Straße und Nr., Grundbucheintragung]
Bauvertrag vom: [Datum]
Unsere Rechnung vom [Datum]

Sehr geehrte(r) Frau/Herr [Name],

bisher haben wir keine Nachricht darüber erhalten, dass Sie den von Ihnen geltend gemachten Sicherheitseinbehalt auf ein Sperrkonto eingezahlt hätten. Wir setzen Ihnen daher eine Nachfrist bis zum

[7 Tage]

um dies nachzuholen.

Mit freundlichen Grüßen

[Unterschrift des Auftragnehmers]