

Kompendium des Baurechts

Kniffka / Koeble / Jurgleit / Sacher

5. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-70855-8
C.H.BECK

wenn der Auftraggeber sich auf das Ansinnen des Auftragnehmers nicht einlässt und auf Gewährleistung besteht⁷.

Haben die Parteien vereinbart, dass der Auftragnehmer eine Vergütung nur erhält, wenn er den Mangel nicht zu verantworten hat, so steht ihm nur unter dieser Bedingung die vereinbarte oder übliche Vergütung zu. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer unter dem Vorbehalt nachbessern soll, dass nachträglich geklärt wird, wer für die Kosten aufkommen soll. Stellt sich im Zuge der Nachbesserung oder später (im gerichtlichen Verfahren) heraus, dass die Leistung nicht mangelhaft war oder der Auftragnehmer eine Mängelbeseitigung nicht vornehmen musste, hat der Auftragnehmer Anspruch auf Erstattung der ihm für die Mängelbeseitigung entstandenen Kosten, soweit der Auftraggeber sie nach der materiellen Rechtslage zu übernehmen oder mit denen er sich zu beteiligen hat⁸.

Für den anders gelagerten Fall, **dass eine Vergütungspflicht für die Reparatur vereinbart worden ist und sich später herausstellt, dass diese kostenlos hätte erfolgen müssen, weil ein Mangel des Auftragnehmerwerkes vorlag**, hat der Bundesgerichtshof auch diese Vereinbarung unter einen stillschweigenden Vorbehalt gestellt⁹. Nach seiner Auffassung **kann der Auftragnehmer die schon als Mängelbeseitigung geschuldete Leistung aufgrund einer gesonderten Vergütungsvereinbarung in der Regel nicht ein zweites Mal bezahlt verlangen**¹⁰. Etwas anderes gilt, wenn der Auftraggeber in der Nachtragsvereinbarung eine gesonderte Vergütungspflicht selbständig anerkannt hat oder sonst zum Ausdruck gebracht hat, dass er angesichts der unklaren Rechtslage **das Risiko der doppelten Vergütung übernimmt** oder die Vertragsparteien sich gerade in Ansehung dieser Frage verglichen haben¹¹.

2. Die Annahme des Angebotes

So wie das Angebot ist auch **die Annahme eine Willenserklärung**, die ausdrücklich oder auch konkludent abgegeben werden kann.

Wird ein Bauvertrag schriftlich geschlossen, so liegt in der Unterschrift des Auftraggebers die ausdrückliche Annahme des Angebots. Liegt ein schriftlicher Vertrag jedoch nicht vor, kann es bisweilen zweifelhaft sein, ob das Angebot des Auftragnehmers **tatsächlich** (unverändert) angenommen worden ist. In solchen Fällen ist das Gesamtverhalten der Parteien unter Berücksichtigung der gesamten tatsächlichen Umstände auszulegen. Allein aus der Entgegennahme von möglicherweise nicht gewünschten Leistungen kann nicht auf den Willen geschlossen werden, ein entsprechendes Angebot anzunehmen¹². Erforderlich sind vielmehr weitere Umstände, die einen rechtsgeschäftlichen Willen erkennen lassen, das Angebot anzunehmen¹³.

Beispiel: Der mit der Vorplanung beauftragte Architekt übersendet Entwurfspläne. Diese werden vom Auftraggeber nicht verwendet. Ein Vertrag über die Entwurfsplanung ist auch dann nicht zustande gekommen, wenn der Auftraggeber der Übersendung der Pläne nicht widersprochen hat, es sei denn aus den übrigen Umständen ergibt sich ein Vertragsschluss.

⁷ OLG Düsseldorf NJW-RR 2008, 331 ff. mwN.

⁸ BGH Urt. v. 19. 5.2011 – VII ZR 24/08 = BauR 2011, 1494 = NZBau 2011, 483; Urt. v. 5.11.1998 – VII ZR 236/97, BauR 1999, 252, 253 = ZfBR 1999, 99.

⁹ Urt. v. 26.4.2005 – X ZR 166/04 = BauR 2005, 1317 = NZBau 2005, 453.

¹⁰ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt OLG Celle BauR 2012, 655, weil es annimmt, dass die vereinbarte Vergütung als Schadensersatz zu erstatten sei; zum Problemkreis auch Kues/Steffen BauR 2010, 10 ff.

¹¹ BGH Urt. v. 8.3.2012 – VII ZR 177/11 = BauR 2012, 946 = NZBau 2012, 432; Urt. v. 26.4.2005 – X ZR 166/04 = BauR 2005, 1317 = NZBau 2005, 453.

¹² BGH Urt. v. 10.4.1997 – VII ZR 211/95 = BauR 1997, 644 = NJW 1997, 1982 = ZfBR 1997, 243.

¹³ BGH Urt. v. 24.6.1999 – VII ZR 196/98 = BauR 1999, 1319 = NJW 1999, 3554 = ZfBR 2000, 28.

- 13 Solche dürften im Regelfall vorliegen, **wenn der Auftraggeber die Leistungen willentlich und bewusst für sein Bauvorhaben verwendet**. Ergibt die Auslegung, dass der Auftraggeber mit dem Angebot einverstanden war und einen Vertrag schließen wollte, so ist der Vertrag mit dem Inhalt des Angebots zustande gekommen. Maßgebend für diese Beurteilung ist die Frage, wie der Vertragspartner nach objektivem Verständnis die Erklärungen und das Verhalten des anderen Vertragspartners verstanden hat oder verstehen durfte (Empfängerhorizont). Duldete der Auftraggeber die Aufnahme der Arbeiten, so liegt darin die Annahme des Angebots zu den bis dahin verhandelten Bedingungen¹⁴.

Beispiel: Ein Unternehmer bietet den Aushub einer Baugrube zum Pauschalpreis von 6.000 € an. Der Bauherr ruft ihn an und bittet ihn, schon morgen anzufangen. Auch wenn der Bauherr über den Preis nicht gesprochen hat, ist sein Verhalten so zu verstehen, dass er mit dem Preis einverstanden ist.

- 14 Eine Annahme liegt dagegen nicht vor, wenn der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass er **einen Vertrag noch nicht schließen will**. Von diesem Fall sind die Fälle abzugrenzen, in denen die Parteien den Vertrag schließen wollen, obwohl noch bestimmte Punkte offen sind, über die man sich später einigen will¹⁵.

Beispiel: Der Auftragnehmer gibt ein Einheitspreisangebot ab. Der Auftraggeber ist mit den Preisen nicht einverstanden und erstrebt einen Pauschalpreis. Er kündigt eine Preisverhandlung in den nächsten Tagen an, bittet den Auftragnehmer jedoch sofort anzufangen. Die Preisverhandlung findet wegen terminlicher Schwierigkeiten zunächst nicht statt. Als der Auftragnehmer ein Drittel seiner Leistung fertig gestellt hat, verlangt er vehement die ausstehende Verhandlung. Der Auftraggeber ist lediglich bereit, zur Hälfte des angebotenen Preises einen Vertrag zu schließen. Der Auftragnehmer ist empört. Es kommt darauf an, wie das Verhalten zu werten ist. Die Aufforderung, sofort anzufangen, kann das Angebot auf einen Vertrag beinhalten, der die Verpflichtung enthält, sich über den Preis zu einigen. Dieses Angebot hätte der Auftragnehmer mit Aufnahme der Arbeiten angenommen. Scheitert die Preisverhandlung muss das Gericht einen Preis festsetzen, der unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln ist, im Zweifel nach § 632 BGB. Die Aufforderung sofort anzufangen, kann aber auch bedeuten, dass der Auftragnehmer in Erwartung des vermeintlich sicheren Vertragsschlusses beginnen soll. Ein Vertrag ist dann noch nicht geschlossen worden, weil die Einigung über den Preis noch aussteht und auch nicht zustande kommt. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall keinen Anspruch darauf, die vorgesehene Bauleistung fertig zu stellen. Er hat auch keinen Anspruch auf eine vertragliche Vergütung. Denn ein Vertrag ist noch nicht zustande gekommen. Er kann deshalb eine Bezahlung lediglich nach § 670 BGB oder § 812 BGB verlangen.

- 15 Häufig wird ein Angebot nicht unverändert akzeptiert, **sondern nur mit einem anderen Inhalt „angenommen“**. Das ist in Wahrheit keine Annahme des Angebotes, so dass der Vertrag nicht ohne weiteres mit dem veränderten Inhalt zustande kommt. **Vielmehr liegt in diesen Fällen regelmäßig ein neues Angebot vor, das nunmehr einer erneuten Annahme bedarf, § 150 Abs. 2 BGB¹⁶**. Diese kann selbstverständlich auch konkludent erfolgen, zB durch Aufnahme der Arbeiten.

Beispiel: Der Unternehmer bietet den Fenstereinbau nach Einheitspreisen mit einem Gesamtpreis von 124.567,89 € an. Der Auftraggeber schreibt, er nehme das Angebot gerne an, gehe aber davon aus, dass ein Nachlass auf 120.000 € keine Probleme bereite. Ein Vertrag zum Preis von 124.567,89 € ist nicht zustande gekommen. Ob ein Preis von 120.000 € vereinbart ist, hängt davon ab, ob der Unternehmer dem Nachlass zustimmt. Das muss nicht durch ausdrückliche Erklärung geschehen. Es reicht, dass der Unternehmer durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er mit dem Nachlass

¹⁴ OLG Köln BauR 2013, 244; vgl. aber auch KG NJW-RR 2012, 713 für den Fall, dass der Auftragnehmer unklar war.

¹⁵ Instrukтив OLG Hamm BauR 2011, 693 f. für den Fall, dass noch eine Einigung über bestimmte Erschwernisse erzielt werden soll, ansonsten aber der Zuschlag erfolgt.

¹⁶ BGH Urt. v. Urt. v. 6.9.2012 – VII ZR 193/10 = BGHZ 194, 301 = BauR 2012, 1941 = NZBau 2012, 694; OLG Hamm BauR 1992, 779.

einverstanden ist. Ein entsprechendes Einverständnis kann zB darin gesehen werden, dass er ohne Widerspruch gegen den Nachlass mit den Arbeiten anfängt.

Voraussetzung für ein neues Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB ist jedoch, dass der Empfänger des Vertragsangebots seinen davon abweichenden Vertragswillen in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt¹⁷. 16

Beispiel: Das kann nicht der Fall sein, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Vertragsänderung unterschiebt und im Begleitschreiben zu dem geänderten Vertrag zum Ausdruck bringt, dass er das unveränderte Angebot angenommen habe¹⁸.

3. Auftragsbestätigung

Eine Annahme kann auch durch eine schriftliche „**Auftragsbestätigung**“ erfolgen. Enthält eine Auftragsbestätigung Abweichungen vom Angebot, kommt ein Vertrag grundsätzlich nicht allein dadurch zustande, dass der Vertragsgegner schweigt¹⁹. Jedoch kann in der **widerspruchslosen Entgegennahme der Vertragsleistung eine stillschweigende Annahme des geänderten Antrags** insbesondere dann gesehen werden, wenn die Gegenseite vorher deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie nur unter ihren Bedingungen zur Leistung bereit ist²⁰. 17

4. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und Verhandlungsprotokolle

Wird ein mündlich geschlossener Vertrag unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen schriftlich bestätigt, spricht man vom kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Im Handelsverkehr und im geschäftlichen Verkehr unter Personen, die in erheblichem Umfang am Geschäftsleben teilnehmen, wie zB Architekten²¹ (vgl. dazu → 11. Teil R.n. 56), gilt die **widerspruchslose Entgegennahme als Einverständnis mit dem Inhalt des Schreibens**, wenn sich aus seinem Inhalt die Funktion des Bestätigungsschreibens unmissverständlich ergibt²². Das gilt auch dann, wenn es gegenüber dem mündlich Vereinbarten **ergänzende oder klarstellende Bestimmungen** enthält²³ oder im Einzelfall dann, wenn sogar um Gegenbestätigung gebeten wurde²⁴. Durch das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben kann auch erst der Vertragsschluss bewirkt werden. Das gilt auch dann, wenn für den Empfänger des Schreibens bei den Vertragsverhandlungen ein **vollmächtiger Vertreter** aufgetreten ist²⁵. 18

Ein Bestätigungsschreiben kann die dargestellten Wirkungen nicht entfalten, wenn der Bestätigende das Verhandlungsergebnis bewusst unrichtig wiedergibt oder das Bestätigungsschreiben inhaltlich so weit von dem mündlich Besprochenen abweicht, dass der Absender vernünftiger Weise mit dem Einverständnis des Empfängers nicht rechnen kann²⁶. Diesen Tatbestand muss allerdings der Empfänger des Bestätigungsschreibens darlegen und 19

¹⁷ BGH Urt. v. 22.7.2010 – VII ZR 129/09 = BauR 2010, 1929 = NZBau 2010, 628.

¹⁸ BGH Urt. v. 14.5.2014 – VII ZR 334/12 = BauR 2014, 1303 = NJW 2014, 2100.

¹⁹ OLG Köln BauR 1995, 100.

²⁰ BGH Urt. v. 22.3.1995 – VIII ZR 20/94 = NJW 1995, 1671.

²¹ BGH Urt. v. 11.10.1973 – VII ZR 96/72 = WM 1973, 1376.

²² BGH Urt. v. 14.12.2000 – I ZR 213/98 = NJW-RR 2001, 1044.

²³ OLG Koblenz NJW-RR 2007, 813.

²⁴ BGH Urt. v. 24.10.2006 – X ZR 124/03 = BauR 2007, 375 = NJW-RR 2007, 325.

²⁵ BGH Urt. v. 10.1.2007 – VIII ZR 380/04 = NJW 2007, 987.

²⁶ BGH Urt. v. 25.2.1987 – VIII ZR 341/86 = NJW 1987, 1942.

beweisen²⁷. Der Empfänger muss auch beweisen, dass er einem Bestätigungsschreiben sofort widersprochen hat, wodurch dessen Wirkung nicht einträte²⁸.

- 20 Diese Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn **nach Vertragsschluss ein Verhandlungsprotokoll mit dem Zweck gefertigt wird, die vertragliche Einigung zu bestätigen und zu dokumentieren**²⁹. Mit ihrer Unterschrift unter das Protokoll erklären beide Parteien die rechtliche Verbindlichkeit der getroffenen Vereinbarungen. Nimmt an der Verhandlung ein Vertreter des Auftragnehmers teil, so ist der Auftragnehmer nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte gehalten, das ihm zeitnah übersandte Protokoll zu prüfen und dem darin dokumentierten Verhandlungsergebnis zu widersprechen, wenn es die Verhandlungen nicht zutreffend wiedergibt oder von dem Gewollten abweicht. Offen ist, ob das auch gilt, wenn das Protokoll nur von dem Auftraggeber unterschrieben ist. Insofern wird es darauf ankommen, warum die Unterschrift des Auftragnehmers fehlt. Haben sich die Parteien darauf geeinigt, dass nur der Auftraggeber als Protokollführer unterschreibt, dürfte nichts anderes gelten. Ist aber die fehlende Unterschrift das Zeichen des fehlenden Einverständnisses, können die dargelegten Grundsätze keine Anwendung finden.
- 21 Diese Rechtsprechung dürfte nicht nur für den entschiedenen Fall der nachträglichen Erstellung eines Verhandlungsprotokolls Anwendung finden. Ihr ist zu entnehmen, dass sie **allgemein auf die Fälle anwendbar ist, in denen die Parteien Protokolle über Verhandlungen führen**³⁰, die der Anpassung des Bauvertrages an die tatsächlichen Verhältnisse dienen. Solche Änderungen des Vertrages erfolgen in **(Nach-)Verhandlungen, Baubesprechungen oder in anderen Sitzungen**³¹. Die Bedeutung der darüber geführten Protokolle ist angemessen aufgewertet. Damit ist es den Vertragsparteien untersagt, sich hinter dem Schild der Unkenntnis zu verstecken, wenn sie die Änderungsverhandlungen durch ihr Personal haben führen lassen, ihnen aber das Protokoll zugesandt wird, wobei es ausreicht, dass das Protokoll einem ihrer Wissensvertreter übermittelt wird. Das gilt insbesondere auch für die Fälle, in denen Bauänderungen angeordnet werden.

Die vorentwickelten Grundsätze gelten selbstverständlich auch und erst Recht, wenn nicht ein Vertreter an der Sitzung teilgenommen hat, sondern die Partei selbst³².

5. Zuschlag bei öffentlicher Vergabe

- 22 Öffentliche Auftraggeber sind in aller Regel verpflichtet, Bauleistungen nach dem förmlichen Verfahren der VOB/A zu vergeben. Der Bauvertrag kommt dann durch den **Zuschlag auf das vom Auftraggeber ausgewählte Angebot** des Auftragnehmers zustande. Wird auf ein Angebot innerhalb der Bindungsfrist und ohne Abänderungen der Zuschlag erteilt, so ist damit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertrag geschlossen. Das gilt auch dann, wenn eine spätere urkundliche Festlegung vorgesehen ist. Werden dagegen **Erweiterungen, Einschränkungen oder Änderungen** vorgenommen oder wird der Zuschlag nach Ablauf der Zuschlagsfrist erteilt, so kommt der Vertrag nur zustande, wenn sich der Bieter damit einverstanden erklärt, vgl. § 18 Abs. 2 VOB/A. Zur Problematik der

²⁷ OLG Koblenz NJW-RR 2007, 813.

²⁸ BGH Urt. v. 10.1.2007 – VIII ZR 380/04 = NJW 2007, 987.

²⁹ BGH Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 186/09 = BGHZ 188, 128 = BauR 2011, 669 = NZBau 2011, 303 Rn. 24.

³⁰ Zur Anwendung auf Abnahmeprotokolle, in denen die Gewährleistungsfrist verkürzt wird: OLG Braunschweig BauR 2013, 970, 972.

³¹ BGH Urt. v. 27.1.2011 – VII ZR 186/09 = BGHZ 188, 128 = BauR 2011, 669 = NZBau 2011, 303, Rn. 25.

³² KG Urt. v. 18.9.2012 – 7 U 227/11 = BeckRS 2013, 19567.

veränderten Annahme in den Fällen, in denen durch eine Verzögerung des Zuschlags die ausgeschriebene Bauzeit nicht mehr eingehalten werden kann, vgl. → Rn. 357 f.

6. Schuldbeitritt uÄ

Die Vertragsparteien des Bauvertrages können sich durch Vereinbarungen ändern. Das ist **23** besonders häufig bei einem durch eine **Krise des Haupt- oder Generalunternehmers** gestörten Bauablauf³³. In diesem Fall kann es zu Vereinbarungen zwischen dem Bauherrn und den Nachunternehmern kommen, die den Fortgang des Bauablaufs sicherstellen sollen. In einer Vereinbarung, nach der der Bauherr die vom Generalunternehmer an den Nachunternehmer zu leistenden **Zahlungen direkt an den Nachunternehmer** leistet, liegt in aller Regel eine **Sicherung** des Nachunternehmers, so dass dieser in der Insolvenz des Generalunternehmers direkt Zahlung vom Bauherrn verlangen kann³⁴. Zu beachten ist aber, dass die Einstandspflicht des Bauherrn auch als **Bürgschaft** ausgelegt werden kann, die der Schriftform bedarf, wenn dieser nicht Kaufmann ist³⁵. Näher liegt häufig die Annahme eines **Schuldbeitritts**³⁶ **oder einer Garantieerklärung**³⁷, die keiner Form bedürfen. Das Angebot eines Schuldbeitritts bedarf nach der Verkehrssitte im Allgemeinen keiner Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden³⁸.

Gerät der Hauptunternehmer in Schwierigkeiten, so dass er den Nachunternehmer nicht **24** bezahlen kann und dieser die Leistungen einstellt, wird der **Nachunternehmer häufig auch gesondert vom Auftraggeber des Hauptunternehmers mit der Leistung beauftragt**. Dem ist in aller Regel eine Kündigung des Hauptunternehmers durch den Auftraggeber vorausgegangen, die dieser an den Nachunternehmer weitergibt. Werden die Leistungen nicht gekündigt, so stellt sich die Frage, von wem der Nachunternehmer die Vergütung beanspruchen kann. In aller Regel erbringt der Nachunternehmer die Leistung aufgrund des neu geschlossenen Vertrages mit dem Auftraggeber, so dass er von diesem die vereinbarte Vergütung verlangen kann. Durch die Leistung an den Auftraggeber wird die Leistung an den Hauptunternehmer unmöglich. Da dieser die Unmöglichkeit in aller Regel zu vertreten hat, verbleibt dem Nachunternehmer zwar der Anspruch auf Vergütung nach § 326 Abs. 2 BGB, jedoch muss er sich das, was er durch die Beauftragung des Auftraggebers erlangt hat, anrechnen lassen³⁹. Hat der Hauptunternehmer die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, ist der vertragliche Werklohnanspruch des Nachunternehmers gegen den Hauptunternehmer gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 2. HS. BGB in entsprechender Anwendung des § 441 Abs. 3 BGB zu mindern. Die Wertminderung wird grundsätzlich nach den Grundsätzen berechnet, wie sie für die Abrechnung eines gekündigten Werkvertrages gelten⁴⁰, vgl. dazu → 8. Teil Rn. 40 ff.

³³ Zu den Handlungsmöglichkeiten von Auftragnehmern und Auftraggebern in der wirtschaftlichen Krise des Vertragspartners vgl. *Schmitz* BauR 2005, 169.

³⁴ BGH Urte. v. 19.5.1994 – VII ZR 124/93 = BauR 1994, 624 = NJW-RR 1994, 1044 = ZfBR 1994, 220; sehr zweifelhaft daher OLG Bamberg Beschl. v. 10.4.2012 (Hinweis) und 29.5.2012 (Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO) – 5 U 205/11 (BeckRS 2012, 211830); wonach die gewünschte Sicherheit des Nachunternehmers auch dadurch erreicht wird, dass der Auftraggeber nur auf eine entsprechende Abrechnung seines Auftragnehmers zahlen muss.

³⁵ OLG Hamm OLGR 1993, 146.

³⁶ Vgl. BGH Urte. v. 26.10.2000 – VII ZR 117/99 = BauR 2001, 626; OLG Düsseldorf BauR 1995, 257.

³⁷ OLG Rostock OLGR 1995, 217.

³⁸ BGH Urte. v. 18.10.1993 – VII ZR 192/92 = BauR 1994, 131 = ZfBR 1994, 73.

³⁹ BGH Urte. v. 17.7.2007 – X ZR 31/06 = NZBau 2007, 703; Urte. v. 14.1.2010 – VII ZR 106/08 = BauR 2010, 629 = NZBau 2010, 307 = ZfBR 2010, 355.

⁴⁰ BGH Urte. v. 14.1.2010 – VII ZR 106/08 = BauR 2010, 629 = NZBau 2010, 307 = ZfBR 2010, 355.

- 25 Immer wieder wird von dem beklagten Vertragspartner eine **Schuldübernahme eines Dritten** daraus hergeleitet, dass auf Wunsch des Vertragspartners **die Rechnung auf eine andere Partei ausgestellt wird** und diese die Rechnung auch bezahlt hat. Für eine derartige Zahlungsabwicklung kann es viele Gründe geben. Der Wille der Beteiligten, den alten Schuldner aus der Verpflichtung zu entlassen und an dessen Stelle einen neuen Schuldner in das Schuldverhältnis eintreten zu lassen, wird aus der dargestellten Zahlungsabwicklung allein nicht deutlich. Es kommt auf die besonderen Umstände an, die die Annahme eines solchen Willens rechtfertigen⁴¹. Gleiches gilt in diesen Fällen für einen Schuldbeitritt⁴².
- 26 Eine besondere Form der Zahlungsabwicklung sieht § 16 Abs. 6 VOB/B vor. Danach ist der Auftraggeber berechtigt, **zur Erfüllung seiner Vergütungspflicht an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten**, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Es ist jedoch nicht ungefährlich, von dieser Regelung Gebrauch zu machen. Denn die Zahlung ist durch den Insolvenzverwalter des Auftragnehmers gemäß § 131 Abs. 1 InsO anfechtbar, weil dessen Auftragnehmer keinen Anspruch auf sie hat, so dass es sich um eine **inkongruente Deckung** handelt⁴³. In Betracht kommt auch eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO, wenn der Auftraggeber aufgrund einer mit dem später insolvent gewordenen Hauptunternehmer getroffenen Vereinbarung direkt an den Nachunternehmer zahlt und ihm der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Hauptunternehmers bekannt ist⁴⁴. Trifft hingegen ein zahlungsunfähiger Auftragnehmer mit seinem Auftraggeber (Bauherrn) und seinem Lieferanten vor der Fälligkeit der nächsten Werklohnrate die Vereinbarung, dass der Kaufpreis für die von dem Lieferanten zu liefernden Bauteile von dem Auftraggeber vor der Lieferung direkt gezahlt werde, kann in der vom Auftragnehmer veranlassenen **Direktzahlung eine kongruente Deckung** liegen und dieser trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit ohne Benachteiligungsvorsatz handeln. Das ist der Fall, wenn der Auftragnehmer für seine durch die Direktzahlung des Bauherrn bewirkten Leistungen an den Lieferanten im engen zeitlichen Zusammenhang eine gleichwertige Gegenleistung durch den Lieferanten in sein Vermögen erhält, die er wegen des Leistungsverweigerungsrechts des Lieferanten ohne die Vereinbarung nicht erhalten hätte⁴⁵. Die gleichen Erwägungen gelten, wenn eine **dreiseitige Vereinbarung nach Zahlungskrise des Hauptunternehmers** getroffen wird, wonach noch nicht erbrachte Leistungen vom Nachunternehmer trotz der Krise erbracht werden und der Nachunternehmer direkt vom Besteller bezahlt wird⁴⁶. Denn ohne diese Vereinbarung wäre der Masse nichts zugeflossen, weil der Nachunternehmer nichts geleistet hätte. Erbracht sind die Werkleistungen noch nicht, wenn der Nachunternehmer sie noch nicht mit dem Bauwerk verbunden hat⁴⁷.

⁴¹ BGH Urt. v. 12.4.2012 – VII ZR 13/11 = BauR 2012, 1102 = NZBau 2012, 362 = ZfBR 2012, 457.

⁴² OLG Celle BauR 2013, 243 für den Fall, dass der Ehemann die Umschreibung der an die auftraggebende Ehefrau gerichteten Rechnung auf sich wünscht.

⁴³ BGH Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14 = BGHZ 208, 243 = NJW 2016, 1012 = BauR 2016, 818.; Urt. v. 20.11.2014 – IX ZR 13/14 = BauR 2015, 483; NJW-RR 2015, 302; Urt. v. 16.10.2008 – IX ZR 2/05 = BauR 2009, 250; vgl. kritisch zur Problematik Gartz BauR 2012, 571 ff.

⁴⁴ OLG Braunschweig BauR 2012, 1951.

⁴⁵ BGH Urt. v. 17.7.2014 – IX ZR 240/13 = BauR 2014, 1945 = NJW 2014, 2956 = ZfBR 2014, 681.

⁴⁶ BGH Urt. v. 17. 12.2015 – IX ZR 287/14 = BGHZ 208, 243 = NJW 2016, 1012.

⁴⁷ BGH Urt. v. 17. 12.2015 – IX ZR 287/14 = BGHZ 208, 243 = NJW 2016, 1012.

Beispiel: Geländer für eine Brücke werden lediglich angeliefert und aufgestellt, jedoch noch nicht verschraubt.

7. Sonderwünsche des Auftraggebers

In der Praxis treten häufig Schwierigkeiten auf, den richtigen Vertragspartner herauszufinden, **wenn ein Nachunternehmer auf Veranlassung des Auftraggebers Sonderwünsche ausgeführt hat**. In diesen Fällen kommen als Vertragspartner des Nachunternehmers sowohl der Generalunternehmer als auch der Auftraggeber in Betracht. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien⁴⁸.

Beispiel: Ein Bauträger errichtet für den Erwerber ein schlüsselfertiges Haus. Als der Erwerber bei dem Nachunternehmer die Fliesen aussucht, wünscht der Erwerber abweichend von einem dem Nachunternehmer bekannten Leistungsverzeichnis die Verlegung von Fliesen im Keller. Dieser führt die Leistung aus, ohne den Bauträger zu informieren. In diesem klaren Fall, kommt der Vertrag über die Verlegung der Kellerfliesen mit dem Nachunternehmer zustande. Vereinbaren die Parteien hingegen, dass die Qualität gewechselt wird und der Nachunternehmer lediglich den Mehrpreis beanspruchen kann, so ist der Bauträger nach wie vor der Vertragspartner des Erwerbers⁴⁹.

Hinweis: Wegen der erheblichen Schwierigkeiten, den richtigen Vertragspartner in solchen Fällen zu ermitteln, ist größte Vorsicht angezeigt, wenn es um die **Übernahme verteuender Sonderwünsche** geht. Insbesondere der Nachunternehmer sollte sich vergewissern, wie die vertragliche Regelung zwischen dem Hauptunternehmer und dem Auftraggeber aussieht. Bei abweichenden Wünschen sollte eine schriftliche Vereinbarung zwischen allen Beteiligten darüber herbeigeführt werden, wer die Vergütung (Mehrvergütung) verlangen kann und wer für die Leistung, bzw. die Gewährleistung verantwortlich ist.

27a

Gewarnt werden muss auch vor einer Vereinbarung derart, dass der Nachunternehmer nach seiner Vereinbarung mit dem Generalunternehmer etwaige Sonderwünsche mit den Erwerbern auszuführen hat und insoweit selbständig mit diesen abrechnet. Denn dann kann die Konstellation entstehen, dass eine Preisvereinbarung nicht erzielt wird, der Nachunternehmer aber gleichwohl zur Leistung verpflichtet wird⁵⁰.

II. Wirksamkeit des Bauvertrages

Vertragliche Vergütung kann nur aus einem wirksamen Vertrag gefordert werden. Es gibt eine Reihe von typischen Sachverhalten im Baurecht, nach denen der Vertrag unwirksam sein kann. Die wichtigsten⁵¹ sind hier vorgestellt. Bereits jetzt sei darauf hingewiesen, dass bei nichtigem Vertrag **Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, Bereicherung**

28

⁴⁸ Vgl. dazu *Baden* BauR 1999, 712 und *Vogelheim* BauR 1999, 117.

⁴⁹ OLG Celle BauR 1998, 802; vgl. aber auch die zweifelhafte Entscheidung OLG Koblenz BauR 1996, 868.

⁵⁰ Zur Problematik des Sonderwunsches beim Bauträgervertrag: *Vogelheim* BauR 1999, 117; *Baden* BauR 1999, 712; *Virneburg* BauR 2004, 1681; *Weise* NJW-Spezial 2007, 21; OLG Hamm BauR 2006, 1916 = NZBau 2007, 41.

⁵¹ Zum eher seltenen Fall des sittenwidrigen Vertragspreises s. zB OLG Düsseldorf BauR 2014, 1473: Überschreitung eines Nachunternehmerangebots um ca. 156 %.

und beim VOB-Vertrag aus § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B zu prüfen sind, vgl. → R.n. 692 ff. Das wird in der Praxis häufig übersehen.

1. Schwarzarbeit/Schmiergeldabrede

a) Schwarzarbeit

- 29 Seit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz vom 23. Juli 2004 ist Schwarzarbeit⁵² erstmals gesetzlich definiert. Schwarzarbeit leistet nach § 1 Abs. 2 SchwarzArbG, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei
1. als Arbeitgeber, Unternehmer oder versicherungspflichtiger Selbstständiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden sozialversicherungsrechtlichen Melde-, Beitrags- oder Aufzeichnungspflichten nicht erfüllt,
 2. als Steuerpflichtiger seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt,
 3. als Empfänger von Sozialleistungen seine sich auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Mitteilungspflichten gegenüber dem Sozialleistungsträger nicht erfüllt,
 4. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen seiner sich daraus ergebenden Verpflichtung zur Anzeige vom Beginn des selbstständigen Betriebes eines stehenden Gewerbes (§ 14 der Gewerbeordnung) nicht nachgekommen ist oder die erforderliche Reisegewerbekarte (§ 55 der Gewerbeordnung) nicht erworben hat,
 5. als Erbringer von Dienst- oder Werkleistungen ein zulassungspflichtiges Handwerk als stehendes Gewerbe selbstständig betreibt, ohne in der Handwerksrolle eingetragen zu sein (§ 1 der Handwerksordnung).
- 30 Besonders brisant ist § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG. Die dort definierte Schwarzarbeit hat eine erhebliche Bedeutung. In großem Maße werden Verträge geschlossen, mit denen **Werkleistungen „an der Steuer vorbei“** vereinbart werden. Dieses volkswirtschaftlich schädliche Verhalten will das Gesetz bekämpfen. Deshalb wird das Gesetz jedenfalls insoweit als **Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB** angesehen. Sehen Verträge einen Verstoß gegen die Steuerpflichten des Unternehmers vor, sind sie deshalb nichtig⁵³. Das hat der Bundesgerichtshof angenommen, wenn die Parteien vereinbaren, dass die **Werkleistungen „ohne Rechnung“** erbracht werden. Denn diese Abrede dient dazu, die Leistungen nicht in den Büchern des Unternehmers erscheinen zu lassen, damit dieser unentdeckt seinen Steuer-, häufig auch seinen Sozialversicherungsanmeldepflichten nicht nachkommt⁵⁴. Das Verbot führt jedenfalls dann zur **Nichtigkeit des Vertrages**, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt.

⁵² BGBl I 2004, 1842.

⁵³ Literatur dazu: Fricke BauR 2015, 1244; Dölle BauR 2015, 393; Meier/Bülte BauR 2017, 1442 jeweils m. zahlr. Nachweisen.

⁵⁴ BGH Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13 = BauR 2013, 1852 = NZBau 2013, 627 für das neue Recht, Urt. v. 23.9.1982 – VII ZR 183/80 = BGHZ 85, 39 = BauR 1983, 66 = NJW 1983, 109 = ZfBR 1982, 246 für das alte Recht.