

Die Mängelansprüche des Auftraggebers nach VOB/B – eine Betrachtung anhand ausgewählter Aspekte

Bachelorarbeit
an der Hochschule Meißen (FH) und Fortbildungszentrum
zum Erwerb des Hochschulgrades
Bachelor of Laws (LL. B.)

Vorgelegt von
Lisa Wiegand
aus Freital

Meißen, 31.03.2023

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
1 Einleitung	1
2 Zustandekommen des Bauvertrags	3
2.1 Bedeutung der VOB/A	3
2.2 Bestimmungen des BGB	4
2.2.1 Der Werkvertrag	5
2.2.2 Der Bauvertrag	6
2.2.3 Verbraucherbauvertrag	7
3 Einordnung der VOB/B in das Gefüge des Privatrechts	9
4 Verpflichtungen der Vertragsparteien nach VOB/B	11
4.1 Pflichten des Auftragnehmers	11
4.2 Pflichten des Auftraggebers	13
5 Begriffsbestimmungen	15
5.1 Der Mangel	15
5.2 Die Abnahme	17
5.3 Zusammenhänge	18
6 Mängelrechte des Bestellers nach BGB	20
7 Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B	22
7.1 Vor der Abnahme	22
7.1.1 Anspruch auf Nacherfüllung §4 Abs. 7 Satz 1	22
7.1.2 Schadensersatzanspruch §4 Abs. 7 Satz 2	23
7.1.3 Kündigungsrecht §4 Abs. 7 Satz 3	24
7.2 Nach der Abnahme	25
7.2.1 Anspruch auf Mängelbeseitigung §13 Abs. 5 Nr. 1	25
7.2.2 Ersatzvornahme §13 Abs. 5 Nr. 2	28
7.2.3 Minderung §13 Abs. 6	29
7.2.4 Schadensersatzanspruch §13 Abs. 7	30
8 Verjährungsfristen nach VOB/B	36
9 Vergleich der Rechtsänderungen vor und nach der Abnahme nach VOB/B	40
10 Fazit	42
Kernsätze	44
Anhangsverzeichnis	IV
Anhang	V
Literaturverzeichnis	XXIII
Rechtsprechungsverzeichnis	XXV
Rechtsquellenverzeichnis	XXVI
Internetquellenverzeichnis	XXVI
Eidesstattliche Versicherung	XXVII

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzung	Erläuterung
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BMVg	Bundesministerium der Verteidigung
BMWSB	Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen
lit.	Lateinisch: littera, Deutsch: Buchstabe
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
SE	Schadensersatz
SektVO	Sektorenverordnung
VgV	Vergabeverordnung
VHB	Vergabe- und Vertragshandbuch (des Bundes)
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
VOB/C	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil C: Allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen

1 Einleitung

Öffentliche sowie private Auftraggeber haben für die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerkes, einer Außenanlage oder eines Teils davon (Auszug aus §650a Abs. 1 BGB), einen Bauvertrag abzuschließen. Bauverträge enthalten je nach Auftrag unterschiedliche Angaben zur Art eines Bauprojektes sowie zur Funktion, Qualität und Größe.¹ Die Verträge werden dementsprechend alle individuell ausgearbeitet. Umso genauer die festgelegten Anforderungen an das Bauvorhaben sind, umso weniger Komplikationen sollten bei der Ausführung auftreten.² Falls Komplikationen auftreten sollten werden einseitig gestellte Vertragsbedingungen, auch Allgemeine Geschäftsbedingungen genannt, zum Vertragsbestandteil gemacht, die unter anderem festlegen wie bei aufkommenden Mängeln weiter zu verfahren ist.

Für die Verträge über Bauwerke wird überwiegend auf das Zivilrecht zurückgegriffen. Dazu zählt hauptsächlich das BGB. Im Januar 2018 trat eine Neufassung des BGB in Kraft, welche vor allem Änderungen im Werkvertragsrecht nach §631 ff. BGB beinhaltet. Bis zu dem Zeitpunkt war das Werkvertragsrecht sehr allgemein definiert und nicht umfassend geregelt.³ Bauverträge werden dem Werkvertragsrecht zugeordnet. Aufgrund der umfassenden Thematiken und Rechtsprechungen im Bauvertragsrecht, wurden neue speziellere Paragraphen hinzugefügt.⁴ In dieser Arbeit soll nur auf die Beziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer eingegangen werden. Deshalb wird weder der neue Architekten- und Ingenieurvertrag im Sinne der §§650p ff. BGB noch der Bauträgervertrag im Sinne der §§650u f. BGB näher erläutert. Behandelt werden im Rahmen dieser Arbeit nur der Werkvertrag, der Bauvertrag und der Verbraucherbauvertrag des BGB.

Jeder Vertrag beinhaltet sogenannte Allgemeine Geschäftsbedingungen wie Haftungsregelungen, Fristen und Kündigungsregelungen. Beim BGB-Bauvertrag gelten die gesetzlichen Bestimmungen. Aber es gibt auch einen VOB-Bauvertrag. Die VOB ist die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen. Und ist vor allem für öffentliche Auftraggeber verbindlich und verpflichtend anzuwenden. Im Teil B der VOB werden Allgemeine Vertragsbedingungen für Bauleistungen geregelt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des §305 BGB entsprechen.⁵ Diese sind entweder im Ganzen oder vereinzelt zum Vertragsbestandteil zu machen. Problematisch wird an dieser Stelle die

¹ Bielefeld, Bert, S. 9.

² Vgl. Bielefeld, Bert, S. 41.

³ Wenkebach, Stefan, S. 1.

⁴ Vgl. Wenkebach, Stefan, S. 1.

⁵ Kapellmann/Langen, Rn. 11.

Inhaltskontrolle der VOB/B-Klauseln durch die §§307 ff. BGB. Der Bezug wird jedoch nur kurz angeschnitten.

Für diese Arbeit relevant sind die sich aus der VOB/B ergebenden Mängelansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer. Dazu wird vorerst auf das Zustandekommen des Bauvertrags eingegangen, welcher notwendig ist, um Mängelansprüche geltend zu machen. Dazu zählen die verschiedenen Vertragsarten des BGB-Werkvertragsrechtes und die Bestimmungen der VOB/A. Abgeleitet werden der Bezug der VOB/B zum BGB bzw. deren Einbeziehung in den Vertrag. Des Weiteren werden grundlegende wichtige Pflichten der Vertragsparteien erläutert aus deren Verletzung sich Mängelansprüche ergeben können und die essenziell für einen reibungslosen Ablauf des Vertrages sind. Hinzukommen für die Arbeit relevante Begriffsbestimmungen, die Regelungen zu den Mängelansprüchen der VOB/B sowie vergleichsweise ein kurzer Überblick über die Mängelansprüche des BGB. Da die VOB/B zwischen Mängelansprüchen vor und nach der Abnahme unterscheidet, werden dazu die grundsätzlichen Unterschiede beleuchtet. Weiterhin werden hilfsweise Formulare aus dem Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes herangezogen, die teilweise auch eine Umsetzung der VOB/B Regelungen darstellen.

Das Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes dient der „einheitliche[n], rechtssichere[n] Durchführung von Vergabeverfahren und wird als Arbeitsmittel für die vertragliche Abwicklung von Bauaufträgen genutzt.“⁶ Es enthält zahlreiche Formulare und Protokolle bezüglich des Bauvertrages, zur Abnahme sowie anderen Formalitäten die mithilfe der Formulare dokumentiert werden können.

Die VOB Teil B wurde zuletzt 2016 und das BGB 2018 aktualisiert. Aus diesem Grund wird sich in dieser Arbeit auf juristische Fachliteratur bezogen, welche mindestens dem Stand 2016 entspricht. Für die Rechtsprechung gibt es keine zeitliche Begrenzung soweit diese nicht den neusten Regelungen widerspricht.

⁶ Fachinformation Bundesbau.

2 Zustandekommen des Bauvertrags

Ein wirksamer Vertrag ist die wichtigste Voraussetzung, um Mängelrechte geltend machen zu können.⁷ Der Fokus wird auf die Regelwerke BGB und die VOB gelegt. Bevorzugt wird die VOB aufgrund der Themenstellung dieser Arbeit. Die VOB setzt sich aus drei Teilen zusammen. Die VOB/A umfasst Bestimmungen zur Vergabe von Bauleistungen. Die VOB/B bildet die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen. Teil B enthält keine speziellen Vorgaben zum Zustandekommen des Bauvertrags. Die VOB/C regelt Allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen. Auf Teil C der VOB wird in dieser Arbeit nicht näher eingegangen.

2.1 Bedeutung der VOB/A

Im Regelfall muss vor Vertragsschluss ein Vergabeverfahren durchgeführt werden.⁸ Dieses dient als eine Art Vorverfahren zum Vertragsschluss. Die VOB/A soll unter anderem den Wettbewerb auf dem freien Markt sowie den wirtschaftlichen Umgang mit finanziellen Mitteln fördern.⁹ Von Bedeutung für den Wettbewerb ist die Bestimmung im §6 der VOB/A, welcher die Gleichbehandlung aller Unternehmer verlangt. Öffentliche Auftraggeber werden mithilfe von Gesetzen oder „verwaltungsinterne[n] Dienstanweisungen“ verpflichtet die VOB/A sowie die anderen Teile der VOB anzuwenden.¹⁰ Private Auftraggeber sind an kein Regelwerk gebunden und deshalb freier in ihrer Auswahl der Regelungen, die Vertragsbestandteil werden.¹¹ Mithilfe des Vergabeverfahrens werden mehrere Angebote eingeholt und verglichen, sodass das wirtschaftlichste Angebot herausgefiltert werden kann.¹² Zusätzlich oder alternativ zur VOB/A sind für das Vergaberecht die Vorschriften des GWB, der VgV, der SektVO sowie der KonzVgV zu beachten.¹³ Je nachdem in welchem Auftraggeberbereich sowie in welcher Höhe der Bauauftrag liegt, werden die genannten Regelungen angewandt.¹⁴ Jedoch sind diese im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter von Bedeutung. Nachdem das Angebot ausgewählt wurde, wird zwischen dem Auftraggeber und dem entsprechenden Auftragnehmer durch Zuschlag im Sinne des §18 VOB/A ein Vertrag geschlossen. Im Anhang 1 ist ein Vergabevermerk bezüglich des Zuschlags einzusehen. Es werden die wichtigsten Informationen in dem Formular zusammengefasst. Das sind zum einen wer den Zuschlag bekommen hat und aus welchen Gründen, allgemeine Angaben zum Vorhaben, die zusammengefassten Kosten sowie die Zuständigkeiten für das Vorhaben. Das Formular wurde aus dem VHB

⁷ Vgl. (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 21.

⁸ Bielefeld, Bert, S. 53.

⁹ Leinemann/Maibaum, S. 229.

¹⁰ Leinemann/Maibaum, S. 15 und §8a Abs. 1 VOB/A.

¹¹ Vgl. Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 3.

¹² Bielefeld, Bert, S. 53.

¹³ Vgl. Leinemann/Maibaum, S. 230, 231.

¹⁴ Vgl. Leinemann/Maibaum, S. 230, 231.

des Bundes entnommen und dient für die Vertragsunterlagen als Überblick und eine Art Zusammenfassung des Zuschlags. Außerdem bestimmt der §8a Abs. 3 VOB/A, die VOB/B und VOB/C ausdrücklich zum Vertragsbestandteil zu machen. Näheres zum Vertrag als der Zuschlag wird in der VOB/A nicht bestimmt.

Schlussfolgernd müssen ergänzend die Bestimmungen des BGB herangezogen werden.

2.2 Bestimmungen des BGB

Grundsätzlich gilt die Vertragsfreiheit.¹⁵ Das bedeutet, dass die Vertragsparteien ihren Vertrag so gestalten können wie sie möchten und der Vertrag den gesetzlichen Regelungen vorgeht.¹⁶ Dennoch gelten die gesetzlichen Regelungen dort, wo nichts explizit im Bauvertrag vereinbart wurde.¹⁷ Außerdem gibt es gesetzliche Regelungen, die nicht missachtet werden können bzw. dürfen.¹⁸ Deshalb gilt der Grundsatz: „Alles ist erlaubt, was nicht verboten ist und was den Partner nicht nach Treu und Glauben unbillig benachteiligt.“¹⁹ Ziel sollte es sein, möglichst genaue Angaben über die Art, Funktion, Qualität und Größe des Bauwerkes im Bauvertrag zu treffen.²⁰ Des Weiteren könnten konkrete Vorgehensweisen, Materialien, Farben und so weiter festgelegt werden. Dies erfolgt oft mit Hilfe einer Leistungsbeschreibung, die das Bau-Soll definiert.²¹ Damit es zu so wenig wie möglich Störungen und Missverständnissen in der Ausführung kommt, beinhaltet der Bauvertrag meist noch weitere Vorgaben bzw. Vertragsbestandteile wie Gutachten, Planunterlagen, Protokolle und spezielle sowie allgemeine Vertragsbedingungen.²²

Das BGB beinhaltet viele Vertragsarten deren Abgrenzung sich als schwierig erweisen kann. Weiterhin unterscheidet das BGB zwischen dem Besteller und dem Unternehmer. Die zwei Vertragsparteien entsprechen in der VOB dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer. Grundsätzlich gilt für jeden Vertragsschluss, dass es zwei „übereinstimmende Willenserklärungen“²³, im Sinne der §§116 bis 144, braucht. Diese können beispielsweise in Form einer Angebotsabgabe und einer daraufhin aufgegebenen Bestellung bzw. Beauftragung erfolgen.²⁴ In Kurzform gesagt, braucht es ein Angebot und eine

¹⁵ Pause/Fiedler, S. 8.

¹⁶ Pause/Fiedler, S. 8.

¹⁷ Vgl. Stammkötter, Andreas, S. 20, 21.

¹⁸ Pause/Fiedler, S. 8.

¹⁹ (Hammacher): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 4.

²⁰ Bielefeld, Bert, S. 9.

²¹ Bielefeld, Bert, S. 42.

²² Bielefeld, Bert, S. 41.

²³ (Hammacher): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 5.

²⁴ (Hammacher): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 5.

dazugehörige Annahme des Angebots im Sinne des §147. Als Annahme ist im Vergabebereich der Zuschlag gemäß §18 der VOB/A zu betrachten.

Bis 2017 wurde das Werkvertragsrecht der §§631 ff. für Bauverträge, die als Sonderform des Werkvertrages galten, angewandt.²⁵ Viele Regelungen waren demnach zu allgemein für das Bauvertragsrecht.²⁶ Seit 2018 ist eine Neufassung des BGB in Kraft, welche das Bauvertragsrecht vom Werkvertragsrecht abgrenzt. Der Bauvertrag wird in den §§650a ff. geregelt. Außerdem werden Verbraucherbauverträge separat in den §§650i ff. geregelt. Im Folgenden sollen die genannten Verträge voneinander abgegrenzt werden.

2.2.1 Der Werkvertrag

§§631 bis 650 stellen „[d]ie allgemeinen Werkvertragsvorschriften“ dar, welche „für alle Verträge, die die Herstellung eines Bauwerks oder Arbeiten an einem bestehenden Bauwerk zum Gegenstand haben“, gelten.²⁷

Der Werkvertrag wird grundsätzlich durch den §631 bestimmt. In Abs. 1 wird zum einen die Erfüllungspflicht des Unternehmers „zur Herstellung des versprochenen Werkes“ festgelegt sowie die Vergütungspflicht des Bestellers. Also die Zahlung der „vereinbarten Vergütung“ im Sinne des §631 Abs. 1. Unternehmer im Sinne des §14 Abs. 1 „ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit handelt.“ Er muss also die Qualifizierung zur Herstellung der Werkleistung haben.²⁸ Besteller im Sinne des §631 ist eine natürliche oder juristische Person, die den Unternehmer beauftragt ein von ihm gewünschtes Werk herzustellen. Abgestellt wird im Abs. 2 sowohl auf einen herbeizuführenden Erfolg durch „Arbeit oder Dienstleistung“, als auch auf „die Herstellung oder Veränderung einer Sache“. Die Werkleistung steht im Mittelpunkt des Vertrages.²⁹ Weiterhin wird die Werkleistung nach Peters als eine Art Sache betitelt. Dabei ist „nicht abschließend [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“ die Sache im Sinne des §90 gemeint, sondern die Werkleistung kann sich auch auf körperliche Objekte beziehen.³⁰ Die Sache kann neu hergestellt werden oder verändert werden. Ein simples Beispiel ist die Neuherstellung eines Wohnhauses und die Reparatur eines undichten Daches. Bei der Veränderung ist es nicht von Bedeutung in welchem „Ausmaß oder [mit welcher] Intensität [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“ diese erfolgt.³¹ Lediglich ein konkretes

²⁵ Leinemann/Maibaum, S. 37.

²⁶ Wenkebach, Stefan, S. 1.

²⁷ Leinemann/Maibaum, S. 39.

²⁸ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §631, Rn. 21.

²⁹ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §631, Rn. 1.

³⁰ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §631, Rn. 3.

³¹ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §631, Rn. 4.

vereinbartes Endergebnis muss durch die Tätigkeit des Unternehmers herbeigeführt worden sein.³² Die Vereinbarung und Beschreibung des Erfolgs kann, wie im Kapitel 2.2 kurz benannt, durch eine Leistungsbeschreibung, Planunterlagen oder ähnliches erfolgen. Ob der gewünschte Erfolg eingetreten ist, lässt sich mithilfe des §633 bestimmen. Falls Sach- oder Rechtsmängel im Sinne des §633 vorliegen, ist der gewünschte Erfolg nicht herbeigeführt worden. Die daraus resultierenden Mängelansprüche werden im Kapitel 6 erläutert. Die im §632 geregelte Vergütung ist abhängig von dem erzielten Erfolg sowie der in §640 benannten Abnahme.³³ Nicht das Tätigwerden an sich ist relevant, sondern dass am Ende der Leistungserbringung die Werkleistung auch wirklich funktioniert.³⁴ Weiterführend ist anzumerken, dass der Unternehmer die Vorgaben des Bestellers zu berücksichtigen hat, aber in seiner Tätigkeit wirtschaftlich selbstständig ist.³⁵ Das heißt er übernimmt die Verantwortung für seine Tätigkeit mithilfe von geeigneten eigenen Fachkenntnissen sowie Hilfsmitteln.³⁶ Dazu hat er das volle Unternehmerrisiko zu tragen, bezogen auf die Erreichung des geschuldeten Erfolgs.³⁷

Der Bauvertrag galt bis 2017 noch als reiner Werkvertrag gemäß §631. Da das Werkvertragsrecht bezogen auf das Bauvertragsrecht sehr allgemein geregelt war³⁸, wurde das Bauvertragsrecht mithilfe von individuellen Kapiteln in das BGB aufgenommen. Das neue Bauvertragsrecht nach BGB trat zum 01.01.2018 in Kraft und gilt für Bauverträge die ab dem Zeitpunkt abgeschlossen werden.³⁹ Hinzuzufügen ist, dass die speziellen Vorschriften zum Bauvertrag, aus Kapitel 2, ergänzend zu den allgemeinen Vorschriften des Werkvertrages anzuwenden sind.⁴⁰ Eine Rolle spielen dabei die im Werkvertragsrecht formulierten Mängelansprüche auf die sich in der Arbeit an anderer Stelle bezogen wird.

2.2.2 Der Bauvertrag

Der Bauvertrag ist seit 2018 eigenständig im Kapitel 2 in den §§650a ff. geregelt. Er wird im §650a Abs. 1 Satz 1 definiert als „ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon.“ Ein Bauwerk ist ein Gebäude auf einem Grundstück, welches neu gebaut wird oder auch ein Teil des Gebäudes.⁴¹ Demnach ist ein Bauwerk eine unbewegliche

³² (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §631, Rn. 4, 8.

³³ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §631, Rn. 15.

³⁴ (Hammacher): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 17.

³⁵ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §631, Einführung Rn. 1.

³⁶ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §631, Einführung Rn. 1.

³⁷ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §631, Einführung Rn. 1.

³⁸ Wenkebach, Stefan, S. 1.

³⁹ Wenkebach, Stefan, S. 1.

⁴⁰ Leinemann/Maibaum, S. 40.

⁴¹ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §650a, Rn. 1.

Sache.⁴² Außenanlagen können sein, „Straßen, Wege [...] und] Grünanlagen.“⁴³ Gemäß §650a Abs. 2 zählen auch Verträge über Instandhaltungsmaßnahmen als Bauvertrag „, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.“ Nach §2 Abs. 9 HOAI dienen Instandhaltungsmaßnahmen eines Objektes der Erhaltung eines gewünschten und geeigneten Zustandes.⁴⁴ Auch Umbauarbeiten oder Wiederherstellungen müssen von wesentlicher Bedeutung sein.⁴⁵ Dazu zählen beispielsweise der Einbau eines Fahrstuhls oder eine „Zweckänderung des Bauwerks von Wohn[gebäude] zu Bürogebäude“. ⁴⁶ Die Beseitigung eines Gebäudes umfasst Abrissarbeiten.⁴⁷

Im §650b wird der Umgang mit Änderungen des Vertrages bestimmt sowie das in dem Zusammenhang bestehende Anordnungsrecht des Bestellers. Folglich wird im §650c die Vergütungsanpassung für einen „vermehrten oder verminderten Aufwand“ in Folge einer Anordnung nach §650b Abs. 2 geregelt. In den §§650d bis 650h werden weitere spezielle Regelungen getroffen die an dieser Stelle nicht weiter zu erörtern sind. Weiterhin wird keine gesonderte Form des Bauvertrages verlangt.⁴⁸

2.2.3 Verbraucherbaupertrag

Der Verbraucherbaupertrag wird im Kapitel 3, §§650i bis 650n geregelt. Verbraucherbaupertrag im Sinne des §650i Abs. 1 „sind Verträge durch die der Unternehmer von einem Verbraucher zum Bau eines neuen Gebäudes oder zu erheblichen Umbaumaßnahmen an einem bestehenden Gebäude verpflichtet wird.“

In Bezug auf den Verbraucherbaupertrag wird von einem Unternehmer im Sinne des §14 gesprochen, wenn dieser beispielsweise eine Baufirma besitzt und vertraglich geregelt wird, dass er mit seiner Firma für jemanden ein Haus baut. Es wird also ein Vertrag geschlossen, welcher bestimmt, dass der Unternehmer im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit ein Haus zu bauen hat. Verbraucher im Sinne des §13 ist „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zu gerechnet werden können.“ Mit anderen Worten ist ein Verbraucher im Rahmen eines Verbraucherbaupertrages beispielsweise eine Privatperson, welche in der Kosmetikbranche tätig ist (oder jede andere Branche die nicht zum Baubereich gehört). Diese Privatperson könnte eine Baufirma beauftragen ein Familienhaus für sich zu bauen. Es liegt kein Verbrauchervertrag

⁴² Vgl. Wenkebach, Stefan, S. 62.

⁴³ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §650a, Rn. 3.

⁴⁴ Wenkebach, Stefan, S. 63.

⁴⁵ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §650a, Rn. 2.

⁴⁶ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §650a, Rn. 2.

⁴⁷ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §650a, Rn. 5.

⁴⁸ (Peters, Frank): in Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum BGB, §650a, Rn. 13.

vor, wenn der Auftraggeber mehrere Einzelunternehmer beauftragt, sondern nur wenn er einen Generalunternehmer beauftragt.⁴⁹

Gebäude im Sinne des §650i Abs. 1 „sind Bauwerke“, welche dazu dienen „Menschen, Tieren oder Sachen“ Schutz vor „äußere[n] Einflüsse[n] [zu] gewähren und“ nur für „Menschen zugänglich sind.“⁵⁰

„Kleinere Baumaßnahmen“ werden ausdrücklich ausgeschlossen vom Verbraucherbaupvertrag, denn sie fallen unter „die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechts.“⁵¹ Diese können zum Beispiel Reparaturen eines Handwerkers in der Küche oder im Bad sein.⁵² Demnach können erhebliche Umbaumaßnahmen und große Baumaßnahmen sein: der Neubau einer Garage oder der Umbau einer ganzen Etage im Haus zu einem Freizeit-Sportraum. Maßgeblich für die „Erheblichkeit“ können sein, der „Umfang und [die] Komplexität des Eingriffs sowie das Ausmaß des Eingriffs in die bauliche Substanz des Gebäudes.“⁵³

In Abs. 2 des §650i ist die Textform des Vertrages als verpflichtend geregelt. In Abs. 3 wird festgelegt, dass zusätzlich zu den Vorschriften der Kapitel 1 (allgemeines Werkvertragsrecht) und Kapitel 2 (Bauvertrag), die folgenden Vorschriften des Kapitels 3 zu beachten sind.

Nach §650j unterrichtet der Unternehmer den Verbraucher in einer aus dem Art. 249 EGBGB „vorgesehenen Form“ über die Einzelheiten der Baubeschreibung. Die Baubeschreibung dient als ein Überblick sowie zur Überprüfung und zum Vergleich für mögliche andere Angebote.⁵⁴ Im §650k werden Angaben zum Inhalt des Vertrages gemacht. Der §650l spricht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu. Weiterhin werden im §650m Angaben zu Abschlagszahlungen und zur Absicherung des Vergütungsanspruchs gemacht und im §650n werden Regelungen zur Erstellung und Herausgabe von Unterlagen gemacht. Abschließend wird im §650o festgehalten von welchen Regelungen bezüglich des Verbraucherbaupvertrages nicht abgewichen werden darf.

⁴⁹ Leinemann/Maibaum, S. 64.

⁵⁰ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §650i, Rn. 3.

⁵¹ Leinemann/Maibaum, S. 41.

⁵² Leinemann/Maibaum, S. 41.

⁵³ Leinemann/Maibaum, S. 64.

⁵⁴ Leinemann/Maibaum, S. 65.

3 Einordnung der VOB/B in das Gefüge des Privatrechts

Im Grunde genommen kann gesagt werden, dass sich die VOB/B aus den unzureichenden Regelungen „des BGB-Werkvertrages“ ergeben hat.⁵⁵ Zumindest waren die Regelungen des BGB bis zum Ende von 2017 lückenhaft.⁵⁶ In dem Zusammenhang haben sich die spezifischen Regelungen der VOB/B durchgesetzt, um die Lücken des BGB zu schließen.⁵⁷ Die VOB/B ist im Rahmen der Rechtsprechung weit vertreten, im Vergleich zu den BGB-Bauverträgen.⁵⁸ Durch die, bis 2017, unzureichenden Bestimmungen im BGB-Bauvertrag, birgt dieses zu dieser Zeit ein erhöhtes Risiko und war in seiner Auslegung nicht weit bestimmt worden.⁵⁹ Im Jahr 2018 trat das neue Bauvertragsrecht in Kraft, welches speziellere Regelungen zum Bauvertrag aufweist. Dennoch ist die VOB/B nicht außer Acht zu lassen, da sich die Regelungen zum BGB-Bauvertrag immer noch in bestimmten Aspekten unterscheiden.

Die VOB/B ist weder ein Gesetz noch eine Rechtsverordnung.⁶⁰ Sie beinhaltet Regelungen, welche Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des §305 BGB darstellen.⁶¹ Nach §305 Abs. 1 BGB sind „Allgemeine Geschäftsbedingungen [...] alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.“ Aufgrund der vorformulierten Bestimmungen der VOB/B für die Ausführung von Bauleistungen, fällt sie unter die Regelungen bezüglich Allgemeiner Geschäftsbedingungen der §§305 ff. BGB. Sobald über einzelne Vertragsbedingungen verhandelt wird, gelten diese nach §305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht mehr als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Darüber hinaus müssen sie gemäß §305 Abs. 2 BGB ausdrücklich zum Bestandteil des Vertrages gemacht werden und sind deshalb nicht automatisch ein Bestandteil. Notwendig dafür ist eine, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, vertragliche Übereinkunft darüber, „dass die VOB/B Vertragsgrundlage werden soll.“⁶² Vorgeschieden wird die ausdrückliche Vereinbarung auch im §8a Abs. 1 VOB/A. Wichtig ist, „dass der Vertragspartner“ Kenntnis bzw. Zugang zur VOB/B haben muss.⁶³ Diese muss ihm zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses „übergeben [ohne Hervorhebungen d. L. W.] werden.“⁶⁴ Wenn der Vertragspartner im Baubereich tätig ist, kann von ihm ausnahmsweise verlangt werden, sich die

⁵⁵ Jacob, Andreas, S. 81.

⁵⁶ Jacob, Andreas, S. 81.

⁵⁷ Jacob, Andreas, S. 81.

⁵⁸ Jacob, Andreas, S. 81.

⁵⁹ Jacob, Andreas, S. 81.

⁶⁰ Stammkötter, Andreas, S. 19.

⁶¹ Kapellmann/Langen, Rn. 11.

⁶² (Kemper): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, Einleitung VOB/B, Rn. 1.

⁶³ Stammkötter, Andreas, S. 19.

⁶⁴ Stammkötter, Andreas, S. 19.

VOB/B selbst zu beschaffen.⁶⁵ Weiterhin gilt, dass die VOB/B eine spezielle, vertraglich zum Bestandteil gemachte Regelung ist, welche die allgemeinen gesetzlichen „Regelungen des BGB [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“ verdrängt.⁶⁶ Die VOB/B hat sozusagen Vorrang gegenüber dem BGB. Wenn die VOB/B nichts Spezielles regelt, greift das BGB.⁶⁷ Das bedeutet soweit die VOB/B zu einem Sachverhalt keine abschließende Regelung trifft, ist es möglich das BGB ergänzend heranzuziehen. Des Weiteren ergeben sich aus dem VOB/B-Text direkte Verweise auf das BGB. Zu beachten ist, dass es Regelungen im BGB gibt, welche weder vertraglich noch mithilfe der VOB/B verändert werden können.⁶⁸ Das BGB ist ein Gesetz. Gesetze müssen nicht ausdrücklich vereinbart werden, sie gelten mit in Kraft setzen.⁶⁹

„AGB unterliegen einer besonderen Inhaltskontrolle nach den §§307 ff. BGB.“⁷⁰ Inhaltskontrolle bedeutet, die Klauseln darauf zu überprüfen, ob sie „den anderen Vertragspartner unangemessen benachteiligen“⁷¹ Folglich sind die Klauseln in einem Vertrag unwirksam, die der Inhaltskontrolle nicht standhalten und gegen die Regelungen der §§307 ff. BGB verstoßen. Darüber hinaus ergibt sich aus §310 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass die VOB/B keiner Inhaltskontrolle unterliegt, wenn sie „ohne inhaltliche Abweichungen“ Bestandteil des Vertrages geworden ist. In dieser Fallkonstellation wird die VOB/B privilegiert.⁷² „Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt jedoch dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist und damit ihre Privilegierung entfällt.“⁷³ Die Wirksamkeit der VOB/B Klauseln wird demzufolge vollumfassend gemäß §§305 ff. BGB geprüft.⁷⁴ Eine weitere Ausnahme besteht, wenn einzelne VOB/B-Regelungen zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer ausgehandelt worden sind.⁷⁵ Auf gegebenenfalls unwirksame Klauseln der VOB/B soll hier nicht weiter eingegangen werden, da diese keine wesentliche Bedeutung für die Arbeit haben. Vergleich dazu, die Argumentation im „AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln“ von Markus, Kapellmann und Pioch.⁷⁶

Anders ausgedrückt stellt die VOB/B einen Vertragsbestandteil dar, welcher nicht ohne ausdrückliche Erwähnung angewandt werden darf und unter bestimmten Voraussetzungen einer Kontrolle ihrer Regelungen unterliegt, bezüglich ihrer Wirksamkeit.

⁶⁵ Dimanski, Hans-Michael zu OLG Stuttgart, Urteil vom 24.07.2012 – 10 U56/12.

⁶⁶ Stammkötter, Andreas, S. 20, 21.

⁶⁷ Stammkötter, Andreas, S. 20, 21.

⁶⁸ Stammkötter, Andreas, S. 20, 21.

⁶⁹ Stammkötter, Andreas, S. 20.

⁷⁰ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 26.

⁷¹ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 26.

⁷² (Markus): in Markus/Kapellmann/Pioch, Rn. 56.

⁷³ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 27.

⁷⁴ (Markus): in Markus/Kapellmann/Pioch, Rn. 46.

⁷⁵ (Markus): in Markus/Kapellmann/Pioch, Rn. 48.

⁷⁶ (Markus): in Markus/Kapellmann/Pioch, Kapitel 6, Rn. 69 ff.

Dementsprechend kann die VOB/B bei wirksamer Anwendung den gesetzlichen Regelungen des BGB vorgehen.

4 Verpflichtungen der Vertragsparteien nach VOB/B

Für das Funktionieren und den Erfolg eines Bauvorhabens bedarf es beider Vertragsparteien, welche ihre Aufgaben sorgfältig wahrnehmen. Dazu gehören Rechte und Pflichten des Auftraggebers sowie die des Auftragnehmers.⁷⁷

Folglich ergeben sich aus verletzten Pflichten die Mängelrechte der Vertragsparteien. Für die Mängelrechte des Auftraggebers sind sowohl die Pflichten des Auftragnehmers von Bedeutung als auch die Pflichten des Auftraggebers selbst.

4.1 Pflichten des Auftragnehmers

Die wesentlichen Pflichten des Auftragnehmers sind die Leistungspflicht, die Auskunft- und Informationspflicht, die Nachweispflicht sowie die Schadensbegrenzungspflicht.⁷⁸

Aus §13 Abs. 1 Satz 1 ergibt sich die Hauptpflicht des Auftragnehmers, die Leistung ohne Sach- oder Rechtsmängel zu erbringen. Die Pflicht muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sie besteht „mit dem Abschluss des Bauvertrags“. ⁷⁹ Erweitert wird die Leistungspflicht durch den §4 Abs. 2. Hier werden in den Nr. 1 und Nr. 2, im Rahmen der Ausführung, auf die Tätigkeit und Verantwortung des Auftragnehmers eingegangen. Nach Nr. 1 ist der Auftragnehmer dazu verpflichtet, die Leistungsausführung am Vertrag auszurichten und dabei die anerkannten Regeln der Technik nicht zu missachten. Nach Nr. 2 hat der Auftragnehmer ebenso die Verantwortung gegenüber seinen Arbeitnehmern zu wahren. Des Weiteren hat der Auftragnehmer die „Leistung und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen.“ Die Pflicht ergibt sich aus §4 Abs. 5. Im Zusammenhang damit steht die Gefahrtragung nach §12 Abs. 6. Demnach hat der Auftragnehmer eine beschädigte Leistung nochmal zu erbringen, ohne diese zusätzlich vergüten zu können.⁸⁰ Gemäß §4 Abs. 6 Satz 1 hat der Auftragnehmer eine Beseitigungspflicht, infolge einer Anordnung durch den Auftraggeber, für „Stoffe oder Bauteile, die dem Vertrag oder Proben nicht entsprechen“. Kommt er der Verpflichtung nicht nach, werden die Stoffe bzw. Bauteile auf seine Kosten entfernt oder veräußert gemäß §4 Abs. 6 Satz 2. Ebenso hat er die Pflicht vor Abnahme aufgetretene anderweitige Mängel gemäß §4 Abs. 7 zu beseitigen. Darunter zählen auch die Stoffe und Bauteile nach Abs. 6, die schon eingebaut worden.⁸¹

⁷⁷ Vgl. dazu insgesamt Bielefeld, Bert, S. 24.

⁷⁸ Bielefeld, Bert, S. 24.

⁷⁹ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teil A/B, B §13, Rn. 20.

⁸⁰ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 114.

⁸¹ (Voit): in Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, VOB/B §4, Rn. 26.

Besonders wichtig sind die Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers. Aus §3 Abs. 3 Satz 2 ergibt sich, dass der Auftragnehmer die gesamten vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen „auf etwaige Unstimmigkeiten zu überprüfen“ hat und den Auftraggeber gegebenenfalls auf Mängel hinzuweisen. Die Pflicht umfasst allgemeine „Fehler, [...] Unklarheiten sowie Lücken/Vollständigkeit der Ausführungsunterlagen“⁸² zu überprüfen. Es wird keine gesonderte Form verlangt, aber empfohlen wird, zur sicheren Dokumentation und Absicherung des Auftragnehmers, die Schriftform.⁸³ Im §4 Abs. 3 wird zusätzlich eine Hinweispflicht bestimmt, die als „Entlastung [...] der Mängelhaftung dient“.⁸⁴ Verwiesen wird im Abs. 3 auf die Bedenkenanzeige des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber, „gegen die vorgesehene Art der Ausführung [...], gegen [vorhandene] vom Auftraggeber gelieferte[...] Stoffe oder Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer“. Grundlegend wird im Abs. 3 nur eine Hinweispflicht bestimmt, aber um Bedenken zu äußern muss ein Tatbestand bewertet werden, sodass sich aus dem Abs. 3 auch indirekt eine Prüfpflicht ergibt.⁸⁵ Dazu zählt ebenso die Bedenkenhinweispflicht „gegen Anordnungen [ohne Hervorhebungen d. L. W.] [...] des Auftraggebers“⁸⁶ nach §4 Abs. 1 Nr. 4. Die Bedenkenmeldung sollte der Auftragnehmer vornehmen, wenn er selbst die Anordnungen des Auftraggebers „für unberechtigt oder für unzumutbar hält.“⁸⁷ Macht der Auftragnehmer eine der genannten Mitteilungen gegenüber dem Auftraggeber, sichert er sich für den Fall eines daraus folgenden Mangels ab, wenn der Auftraggeber trotz der Bedenkenanzeige nichts am Vorgehen des Bauvorhabens ändert.⁸⁸

Außerdem ergibt sich aus §3 Abs. 5 die Beschaffungspflicht des Auftragnehmers bezüglich der genannten Unterlagen gegenüber dem Auftraggeber, falls er dies wünscht. Von vornherein schuldet der Auftragnehmer diese Unterlagen nicht, es sei denn es wird ausdrücklich vertraglich geregelt.⁸⁹

Nach §4 Abs. 9 hat der Auftragnehmer den Fund von „Gegenständen von Altertums, Kunst- oder wissenschaftlichen Wert“ dem Auftraggeber anzuzeigen. Ebenso besteht eine Anzeigepflicht gemäß §6 Abs. 1, wenn „sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert [fühlt]“. Für den Fall, dass sich diese Behinderung später negativ auf die Leistung auswirken könnte, sichert sich der Auftragnehmer mit der Anzeige ab und kann sich so auf diese berufen.⁹⁰

⁸² (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §3, Rn. 25.

⁸³ (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §3, S. 158.

⁸⁴ (Voit): in Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, VOB/B §3, Rn. 5.

⁸⁵ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 51.

⁸⁶ (Voit): in Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, VOB/B §4, Rn. 9.

⁸⁷ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 31.

⁸⁸ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 35 und §4 Abs. 3 VOB/B.

⁸⁹ (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §3, S. 163.

⁹⁰ (Voit): in Messerschmidt/Voit (Hrsg.), Privates Baurecht, VOB/B §6, Rn. 2.

Können die Ausführungsfristen mithilfe der vorgesehenen Ressourcen (bspw. Arbeitskräfte oder Bauteile) „nicht eingehalten werden [...], muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen.“ Die beschriebene Abhilfepflicht ist im §5 Abs. 3 bestimmt. Das heißt er muss bestmöglich seine Unterstützung anbieten. Außerdem ist im §6 Abs. 3 die Pflicht benannt, dass der Auftragnehmer „die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen“ hat, wenn die Ausführungen behindert oder unterbrochen werden bzw. worden. Daraufhin hat er den Auftraggeber zu informieren bzw. zu benachrichtigen, gemäß §6 Abs. 3 Satz 2.

Von wesentlicher Bedeutung für die Mängelrechte sind die Pflicht zur vertragsgemäßen Leistungserbringung sowie die Prüf- und Hinweispflichten des Auftragnehmers.

4.2 Pflichten des Auftraggebers

Zu den Pflichten des Auftraggebers gehören die Bereitstellungspflicht, die Mitwirkungspflicht, die Pflicht zur Vertraulichkeit, die Abnahmepflicht sowie die Vergütungspflicht.

Um seine Leistungspflicht zu erfüllen benötigt der Auftragnehmer die Ausführungsunterlagen.⁹¹ Der Umfang und Inhalt der Ausführungsunterlagen werden im §3 beschrieben. Sie enthalten nach Abs. 4 und 5 zum Beispiel Informationen zum Gelände des Baubereichs sowie Zeichnungen die den Bau betreffen. Zu den nötigen Unterlagen zählen auch die Art und der Umfang der Leistung im Sinne des §1 Abs. 1 Satz 1 und des Abs. 2 sowie Abs. 3.⁹² Abs. 1 Satz 1 ist zu entnehmen, dass vor allem die Bestimmungen, welche aus dem Vertrag hervorgehen, zu beachten sind, wie die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis.⁹³ Aus Abs. 1 ergibt sich die Pflicht des Auftraggebers, die Unterlagen „unentgeltlich und rechtzeitig“ an den Auftragnehmer zu übergeben. Das heißt der Auftragnehmer hat den Auftraggeber für die Bereitstellung nicht zu bezahlen. Rechtzeitig ist die Übergabe, wenn der Auftragnehmer noch nicht mit der Leistungserstellung begonnen hat und ihm „eine angemessene Zeit für die [...] Vorbereitung verbleibt.“⁹⁴ Aus Abs. 2 ergeben sich weiterhin die organisatorischen Schwerpunkte des Absteckens „der Hauptachsen der baulichen Anlage, ebenso der Grenzen des Geländes, das dem Auftragnehmer zur Verfügung gestellt wird, und das Schaffen der notwendigen Höhenfestpunkte in unmittelbarer Nähe der baulichen Anlagen“. Die sich aus dem §3 ergebenden Bereitstellungspflichten zählen auch zu den sogenannten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers.⁹⁵

⁹¹ (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §3, S. 153.

⁹² (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §3, S. 153.

⁹³ (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §1, S. 6.

⁹⁴ (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §3, S. 154.

⁹⁵ (Diehr, Uwe): in Deutsches Institut für Normung e.V. (Hrsg.), VOB/B 2019, §3, S. 155.

Im Rahmen der Ausführung hat der Auftraggeber folgende Mitwirkungspflicht nach §4. Durch den Abs. 1 Nr. 1 wird der Auftraggeber dazu verpflichtet, auf der Baustelle für Ordnung zu sorgen. Dazu zählen laut den Bestimmungen der Nr. 1 die Regelung für „das Zusammenwirken der verschiedenen Unternehmer“, also die Koordination aller Vorgänge, sowie das Einholen aller „öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse“, die für das Vorhaben notwendig sind. Die Baustelle im Sinne des §4 Abs. 1 Nr. 1 umfasst „den unmittelbaren Ort der Bauausführung [und] [...] alle damit im Zusammenhang stehenden Geländeteile [, wie] [...] Lagerplätze, Material- und Unterbringungscontainer, Baustellenbüros [...] und] Sanitäreinrichtungen [...]“.⁹⁶ Des Weiteren hat der Auftraggeber gemäß §4 Abs. 1 Nr. 2 Satz 4 die Vertraulichkeit für geheime „Auskünfte und Unterlagen“ zu wahren und gemäß §4 Abs. 4 hat er dem Auftragnehmer Lager- und Arbeitsplätze sowie Anschlüsse zu überlassen. Die Überlassungspflicht des Auftraggebers ist essenziell für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftragnehmers. Der Auftraggeber stellt ausdrücklich nur die Anschlüsse zur Verfügung, sodass der Auftragnehmer für alles was er sich über die Anschlüsse heranführt selbst die Kosten zu tragen hat.⁹⁷

Gemäß §5 Abs. 2 hat der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer eine Auskunftspflicht bezüglich des voraussichtlichen Beginns der Ausführungen.

„Der Auftraggeber hat [die folgenden] Hauptpflichten [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“: Er hat das Werk abzunehmen und er hat die Pflicht den im Vertrag „vereinbarten Werklohn zu zahlen [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“.⁹⁸

Aus §12 Abs. 1 lässt sich schließen, dass der Auftraggeber das fertiggestellte Werk (die Leistung) abzunehmen hat, wenn es der Auftragnehmer verlangt. Diese Pflicht hat er gemäß Abs. 1 innerhalb von 12 Werktagen zu erfüllen. Eine Ausnahme liegt gemäß §12 Abs. 3 vor, wenn der Auftraggeber die Abnahme aufgrund eines wesentlichen Mangels verweigert. Näheres dazu wird in den folgenden Kapiteln erläutert.

Außerdem besteht in diesem Zusammenhang eine Vergütungspflicht der Leistung des Auftragnehmers im Sinne des §2.

Von wesentlicher Bedeutung für die Mängelrechte sind die Zurverfügungstellung der Ausführungsunterlagen, die Bereitstellungspflicht, die Mitwirkungspflicht und die Pflicht zur Abnahme der Leistung.

⁹⁶ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 6 zu Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB/B, §4, Rn. 5.

⁹⁷ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 107.

⁹⁸ dazu insgesamt Kapellmann/Langen, Rn. 116, 117.

5 Begriffsbestimmungen

Für die Prüfung der Mängelansprüche nach VOB/B sind zwei Voraussetzungen besonders zu beachten. Zum einen muss die Leistung des Auftragnehmers an den Auftraggeber mangelfrei geleistet werden. Und zum anderen ist die Abnahme der maßgebliche Zeitpunkt, zudem die Leistung mangelfrei vorzuliegen hat. Beide Voraussetzungen sind im §13 Abs. 1 Satz 1 VOB/B bestimmt. In den folgenden Abschnitten werden der Mangel sowie die Abnahme näher definiert und in einen logischen Zusammenhang gebracht.

5.1 Der Mangel

Grundsätzlich muss ein Mangel vorliegen damit der Auftraggeber entsprechende Mängelrechte geltend machen kann. Der Mangel wird sowohl im §633 BGB, als auch im §13 Abs. 1 VOB/B weitestgehend deckungsgleich definiert. In beiden Regelwerken wird eine Negativabgrenzung und keine eindeutige Definition des Mangelbegriffs vorgenommen. Im Rahmen dieser Arbeit wird aufgrund der Priorisierung der Mängelrechte nach VOB/B, die Definition des Mangelbegriffs nach VOB/B durchgeführt.

Es erfolgt eine stufenweise Abgrenzung von Voraussetzungen, die jeweils unabhängig voneinander beurteilt werden.⁹⁹ Zuerst wird nach §13 Abs. 1 Satz 2 geprüft, ob die Leistung „die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht.“ Das bedeutet zum einen, dass zuvor im Vertrag eine konkrete Beschaffenheit, welche nach der persönlichen Einschätzung und Auslegung definiert wird, vereinbart worden ist.¹⁰⁰ Die Beschaffenheit umfasst bestimmte Eigenschaften, die „ein funktions-taugliches und zweckentsprechendes Werk“ umfassen.¹⁰¹ Sie ist demnach zwingend notwendig für den geschuldeten Erfolg. Genauere Angaben dazu sind dem Bauvertrag zu entnehmen, einem Leistungsverzeichnis sowie sonstigen Vertragsunterlagen.¹⁰² Zum anderen müssen die Regeln der Technik „in der Wissenschaft anerkannt und damit theoretisch richtig sein und sich in der Praxis durchgesetzt haben.“¹⁰³ Mögliche Kritikpunkte zur Bewertung können sein:

- die Wahrscheinlichkeit für das Aufkommen von Mängeln und Schäden,
- die Zuverlässigkeit der Technik,
- das Verhalten über einen längeren Zeitraum und
- die Sicherheit der Anwendung.¹⁰⁴

⁹⁹ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 26.

¹⁰⁰ Zanner, Christian, S. 202.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 16.07.1998 – VII ZR 350/96, openJur: Wolters Kluwer Online Rn. 26.

¹⁰² Zanner, Christian, S. 201, 202.

¹⁰³ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 130.

¹⁰⁴ Zanner, Christian, S. 202.

Insbesondere sind als Regelwerke „DIN-Normen, VDI-Richtlinien und ähnliche[s]“ zu beachten.¹⁰⁵ Wenn die vereinbarte Beschaffenheit oder die anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten oder abweichend sind, liegt ein Mangel vor. Die Abweichung stellt eine Ausnahme dar, wenn der Auftraggeber diese bewusst „durch seine Leistungsbeschreibung“ einbezogen hat.¹⁰⁶

Der vereinbarten Beschaffenheit ist hinzuzufügen, dass sich diese an den Eigenschaften einer Probe ausrichten kann gemäß §13 Abs. 2. Dies gilt für Leistungen nach Probe. Der Fall ist für die Praxis eher weniger relevant.¹⁰⁷

Wird die Beschaffenheit nicht vertraglich festgelegt, aber die vorausgesetzte Verwendung so ist diese zu prüfen gemäß §13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1. Das bedeutet, die verschaffene Leistung muss geeignet sein so vom Auftraggeber verwendet zu werden, dass bestimmte Funktionen und Zwecke erfüllt werden, welche im Vertrag festgeschrieben worden sind.¹⁰⁸ Es muss beachtet werden, dass auch ein Mangel der Leistung vorliegt, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist und „den anerkannten Regeln der Technik“ entspricht, sich aber nicht für die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet.¹⁰⁹

Wird die geeignete vorausgesetzte Verwendung nicht festgestellt, „so ist die Leistung [...] frei von Sachmängeln, wenn sie sich [...] für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.“ Diese Regelung findet sich im §13 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2. Sollte so ein Sachverhalt vorliegen, wird dieser sachlich und unvoreingenommen geprüft und bewertet.¹¹⁰

Weitere Angaben macht das OLG Düsseldorf. Die Leistung des Auftragnehmers „ist beeinträchtigt, wenn Merkmale vorliegen, die [...] den Wert oder die Tauglichkeit der Leistung zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Hier kommt nicht nur eine technische Gebrauchsminderung oder Gebrauchsaufhebung in Betracht. Zusätzlich ist zu beachten ein etwaiger merkantiler Minderwert, der trotz einer, gegebenenfalls fiktiv angenommenen, Instandsetzung verbleibt. Erheblich ist die Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit der Leistung, wenn der Wert oder die Tauglichkeit zum gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben ist.“¹¹¹ Ein merkantiler Minderwert ist gegeben, wenn die Leistung

¹⁰⁵ Zanner, Christian, S. 202.

¹⁰⁶ Zanner, Christian, S. 203.

¹⁰⁷ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 84.

¹⁰⁸ Zanner, Christian, S. 125.

¹⁰⁹ Kapellmann/Langen, Rn. 241.

¹¹⁰ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 57.

¹¹¹ Vgl. dazu insgesamt OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 129.

nach der Mangelbehebung auf dem freien Markt, einen im Vergleich zu einer von vornherein mangelfreier Sache, geringeren Wert bzw. Preis hat.¹¹²

5.2 Die Abnahme

Wenn nach den oben beschriebenen Prüfungsstufen ein Mangel festgestellt wird, kann zwischen Mängelrechten bzw. Mängelansprüchen vor und nach der Abnahme unterschieden werden. „Die Abnahme ist die Erklärung des Auftraggebers [ohne Hervorhebungen d. L. W.], dass er [die Leistung] [...] im Wesentlichen als vertragsgemäß [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“ annimmt und akzeptiert.¹¹³ Die Bauleistung wird seitens des Auftragnehmers dem Auftraggeber „im Wesentlichen fertiggestellt überlassen“.¹¹⁴ Ob eine Leistung im Wesentlichen vertragsgemäß und mangelfrei ist und somit abnahmefähig ist, „ist stets eine Einzelfallentscheidung [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“ und ermessensabhängig.¹¹⁵ Die Abnahme ist eine im §12 Abs. 1 VOB/B beschriebene Pflicht des Auftraggebers.

Die Wirkungen der erfolgten Abnahme werden in der Abbildung im Anhang 2 aufgelistet.

Mit der Abnahme hat der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber seine Vorleistungsverpflichtung erfüllt und ist berechtigt im Sinne des §16 Abs. 3 VOB/B die Schlusszahlung zu fordern. „[D]ie Gefahr des zufälligen Untergangs der Leistung durch Beschädigung oder Zerstörung“ geht über, vom Auftragnehmer auf den Auftraggeber. Die Verpflichtung des Auftragnehmers die Leistung erneut zu erbringen, mit dem Ausbleiben einer zusätzlichen Vergütung, entfällt. In Folge der Abnahme wird die Beweislast umgekehrt. Das heißt, nicht mehr der Auftragnehmer ist verpflichtet zu beweisen seine Leistung „mangelfrei und vertragsgemäß“ erbracht zu haben, sondern der Auftraggeber hat zu beweisen, dass tatsächlich Mängel vorliegen. Im Zusammenhang damit „beginnen die Verjährungsfristen für die Mängelrechte [...] zu laufen.“ Näheres dazu wird im Kapitel 8 beschrieben. Zum Zeitpunkt der Abnahme muss sich der Auftraggeber als Sicherheit die bekannten Mängel sowie die Geltendmachung der Vertragsstrafe im Sinne des §11 VOB/B vorbehalten. Macht er dies nicht kann er schlussfolgernd weder die Vertragsstrafe noch die Mängelrechte nachher geltend machen. Ist der Mangel wesentlich, kann die Abnahme gemäß §12 Abs. 3 VOB/B auch verweigert werden.¹¹⁶

Des Weiteren gibt es im VHB des Bundes Protokollvorlagen zur Abnahme. Das Abnahmeprotokoll ist dem Anhang 3 zu entnehmen. Es dient der Dokumentation der Abnahme

¹¹² Vgl. BGH, Urteil vom 11.02.2012 – VII ZR 179/11, openJur, Rn. 15; vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.10.1972 – VII ZR 181/71, openJur: JLaw online „Entscheidungsgründe“ I. 1.

¹¹³ Stammkötter Andreas, S. 77.

¹¹⁴ Kapellmann/Langen, Rn. 200.

¹¹⁵ Stammkötter, Andreas, S. 82, 83.

¹¹⁶ Dazu insgesamt Zanner, Christian, S. 121-123.

und somit gegebenenfalls der von bestehenden Mängeln. Damit kann der genaue Zeitpunkt der Abnahme nachvollzogen werden, um ggf. Meinungsverschiedenheiten darüber zu vermeiden. In dem Abnahmeprotokoll können Mängel die bei der Abnahme festgestellt werden, dokumentiert und vorbehalten werden. Der Mangelvorbehalt hat eine wichtige Bedeutung für die Mängelrechte des Auftraggebers. Deshalb ist es sehr wichtig auch diese schriftlich zu dokumentieren. Mehr dazu wird im Kapitel 7.2.1 erläutert.

Es werden verschiedenen Abnahmeformen im Sinne der §12 VOB/B und §640 BGB unterschieden.

Es werden vier Formen der Abnahme unterschieden. Nicht gesetzlich geregelt ist die stillschweigende oder auch konkludente Abnahme. Konkludent bedeutet, dass der Auftraggeber durch seine Handlungen den Willen erkennen lässt, „dass er die [erfüllte] Leistung [des Auftragnehmers] als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt.“¹¹⁷ Auch nicht weiter gesetzlich geregelt ist die ausdrückliche Abnahme, welche eine eindeutige Erklärung vom Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer darstellt.¹¹⁸ In der VOB/B explizit benannt sind die förmliche Abnahme im Sinne des §12 Abs. 4 und die fiktive Abnahme im Sinne des §12 Abs. 5. Die förmliche Abnahme ist an eine vorher festgelegte Form gebunden, wie beispielsweise die Schriftform.¹¹⁹ Die Abnahmefiktion liegt vor, sobald „Abnahmewirkungen eintreten“ die nicht aus einer ausdrücklichen oder konkludenten Abnahme herbeigeführt worden sind.¹²⁰ Geregelt wird, dass im Fall einer nicht vereinbarten Abnahme, die fertiggestellte Leistung mit Ablauf einer angemessenen Frist (§640 Abs. 2 BGB), nach VOB/B entspricht diese 12 Werktagen, als abgenommen gilt.¹²¹ Die Abnahme durch Ingebrauchnahme des Werkes im Sinne des §12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ist nach Stammkötter eher der konkludenten Abnahme zuzuordnen.¹²²

5.3 Zusammenhänge

Im Rahmen der Mängelrechte muss ein Zusammenhang zwischen dem Mangel und der Abnahme bestehen. Es können möglicherweise auch mehrere Mängel auftreten. Zudem ist der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet, wie im Kapitel 4. 2 beschrieben.

Zum Zeitpunkt der Abnahme hat die Leistung des Auftragnehmers nach §13 Abs. 1 VOB/B frei von Sach- oder Rechtsmängeln zu sein. Der Auftraggeber ist bei Fertigstellung der Leistung verpflichtet diese innerhalb von 12 Werktagen abzunehmen, gemäß §12 Abs. 1 VOB/B. Liegt jedoch ein nicht unwesentlicher Mangel vor, so kann der

¹¹⁷ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 72.

¹¹⁸ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 72.

¹¹⁹ Stammkötter, Andreas, S. 77.

¹²⁰ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 75.

¹²¹ Stammkötter, Andreas, S. 77.

¹²² Stammkötter, Andreas, S. 78.

Auftraggeber die Abnahme gemäß §12 Abs. 3 VOB/B bis zur erfolgten Mängelbeseitigung verweigern. Verweigert der Auftraggeber die Abnahme, so sieht er die Leistungspflicht des Auftragnehmers nicht als erfüllt an.¹²³ Dazu enthält das VHB des Bundes ein entsprechendes Formular zur Dokumentation. Das Formular ist im Anhang 4 einzusehen. Mithilfe dieses Protokolls wird gemäß §4 Abs. 10 VOB/B vorerst der Zustand der Leistung festgestellt. Treten Mängel auf werden diese dokumentiert und in diesem Zusammenhang eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung gemacht mit Fristsetzung. In dem Protokoll wird ausdrücklich formuliert, dass die erbrachte Leistung nicht gebilligt wird und demnach keine Abnahme erfolgt. Das impliziert eine Abnahmeverweigerung aus den genannten Gründen. Die Voraussetzungen für eine Verweigerung sind alle in dem Protokoll enthalten.

Das heißt umgekehrt, nimmt der Auftraggeber die Leistung ab, bestätigt er die erfüllte Leistungspflicht des Auftragnehmers und es liegt voraussichtlich kein erkennbarer Mangel vor.¹²⁴ Zum Zeitpunkt der Abnahme beginnt die jeweilige Verjährungsfrist für die Mängelansprüche des §13 VOB/B zu laufen.¹²⁵

Schlussfolgernd ist die Abnahme der maßgebliche Zeitpunkt über die Unterscheidung der Grundlagen für die Mängelrechte und der maßgebliche Zeitpunkt für den Beginn fast aller Verjährungsfristen bezüglich der Mängelrechte.

¹²³ (Güntzer): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 220.

¹²⁴ (Güntzer): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 220.

¹²⁵ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 75.

6 Mängelrechte des Bestellers nach BGB

Vorerst ein kurzer Hinweis: Der Besteller im BGB entspricht dem Auftraggeber im Sinne der VOB/B und der Unternehmer des BGB dem Auftragnehmer im Sinne der VOB/B.

Grundlegend kann man zwischen dem BGB-Bauvertrag und dem VOB-Bauvertrag unterscheiden.¹²⁶ Dementsprechend unterscheiden sich auch die Mängelrechte des Auftraggebers abhängig davon, welches Regelwerk zur Anwendung kommt. Aufgrund der Themenstellung dieser Arbeit, sollen die Mängelrechte des BGB nur partiell beschrieben werden.

Auf den Bauvertrag des BGB sind die allgemeinen Vorschriften des Werkvertragsrechtes anzuwenden. Der Sach- und Rechtsmangelbegriff wird im §633 bestimmt. Kurz gesagt handelt es sich dabei um eine vertragliche Abweichung der geschuldeten Sache bzw. des geschuldeten Werkes.¹²⁷ Die Abweichung besteht zwischen der Ist- und Soll-Leistung.¹²⁸ Der Mangel muss bei Gefahrenübergang, d. h. bei Abnahme im Sinne des §640, vorliegen. Der Übergang der Gefahrtragung zum Zeitpunkt der Abnahme wird im §644 beschrieben. Der Mangel sowie die Abnahme sind bereits im Kapitel 5 definiert und in einen logischen Zusammenhang gebracht worden.

Die möglichen Mängelansprüche sind im §634 zusammenfassend benannt. Dementsprechend gibt es folgende Mängelansprüche nach BGB:

- Den Nacherfüllungsanspruch nach §635,
- die Selbstbeseitigung des Mangels oder die Ersatzvornahme nach §637,
- den Rücktritt nach §§636, 323 und 326 Abs. 5 oder die Minderung nach §638
- und den Schadensersatz nach §§636, 280, 281, 283 und 311a oder §284.

Im Anhang 5 ist eine Übersicht bezüglich der Mängelrechte und ihrer Voraussetzungen zu finden.

Die Mängelrechte bestehen stufenweise.¹²⁹ Vorerst hat der Besteller einen Anspruch auf Nacherfüllung im Sinne des §635, also auf Beseitigung des Mangels durch den Unternehmer selbst. Der Unternehmer hat die dafür benötigten Aufwendungen selbst „zu tragen“, gemäß §635 Abs. 2. Die weiteren Mängelansprüche kann der Besteller grundsätzlich erst geltend machen, wenn die zur Nacherfüllung gesetzte Frist ohne Tätigwerden des Unternehmers abgelaufen ist.¹³⁰ Die Nacherfüllung erlischt „mit Ausübung des Rücktritt- oder Minderungsrechtes [...], dem Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung

¹²⁶ Wie auch Jacob, Andreas.

¹²⁷ Vgl. (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §633, Rn. 1.

¹²⁸ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §633, Rn. 3.

¹²⁹ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §634, Rn. 9.

¹³⁰ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §634, Rn. 9.

[gemäß §281 Abs. 4] [...] oder der sonst endgültigen Erfüllungsverweigerung durch den Besteller [... nach §641]“.¹³¹

Nach §637 kann der Besteller nach erfolgloser Fristsetzung den Mangel selbst beseitigen oder durch einen Dritten beseitigen lassen. Nachfolgend kann der Besteller vom Unternehmer Ersatz für die dafür notwendigen Aufwendungen und Kosten verlangen.¹³² Ist es dem Besteller nicht möglich den Mangel selbst vollständig zu beseitigen, kann er neben dem Ersatz der Kosten für die Selbstvornahme auch Schadensersatz für die davon nicht erfassten Kosten verlangen.¹³³

Gemäß §636 gelten für den Rücktritt die Voraussetzungen der Nacherfüllung. Falls die Fristsetzung entbehrlich ist im Sinne des §636, muss zusätzlich der Unternehmer die Nacherfüllung verweigert haben oder die Nacherfüllung ist fehlgeschlagen oder für den Besteller unzumutbar. Unter diesen Voraussetzungen kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten sowie bei erfolgloser Fristsetzung auf Nacherfüllung. Unter den gleichen Voraussetzungen zuzüglich der Voraussetzungen der §§280, 281, 283 und 311a kann der Besteller verschiedenen Konstellationen von Schadensersatzansprüchen geltend machen. Sowie Aufwendungsersatz nach §284.

Des Weiteren ist im §638 bestimmt, dass dem Besteller auch die Möglichkeit bleibt, „statt zurückzutreten [...], die Vergütung durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer [zu] mindern.“

Die genannten Mängelrechte dienen nur als ein grober Überblick und als Vergleich für die umfangreichen Mängelrechte der VOB/B.

¹³¹ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §634, Rn. 11.

¹³² (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §634, Rn. 12.

¹³³ (Retzlaff): in Grüneberg (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, §634, Rn. 12.

7 Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B

Grundsätzlich unterscheidet die VOB/B zwischen Mängelrechten des Auftraggebers vor und nach der Abnahme. Die Mängelrechte vor der Abnahme sind im §4 VOB/B geregelt und die nach der Abnahme im §13 VOB/B. Die §4 und §13 der VOB/B sind nicht nebeneinander anwendbar. Demzufolge hat der Zeitpunkt, zu dem der oder die Mängel auftreten, eine große Bedeutung für die Unterscheidung der nachfolgenden Regelungen.

7.1 Vor der Abnahme

Die Zeit vor der Abnahme gilt ab dem Zeitpunkt zu dem der Vertrag abgeschlossen wird und endet zum Zeitpunkt der abnahmereifen Leistung.¹³⁴ Aus dem §4 Abs. 7 ergeben sich folgende drei Mängelrechte: der Anspruch auf Nacherfüllung, der Schadensersatzanspruch und das Kündigungsrecht in Folge der nicht ordnungsgemäßen Beseitigung des Mangels bis zur Abnahme, durch den Auftragnehmer. Die Nacherfüllung beinhaltet die Beseitigung des Mangels und dementsprechend die Herstellung der vertragsgemäßen Leistung, wie sie dem Auftraggeber nach §13 Abs. 1 geschuldet wird.

7.1.1 Anspruch auf Nacherfüllung §4 Abs. 7 Satz 1

Der Auftragnehmer wird verpflichtet den, vor Abnahme seiner Leistung, festgestellten Mangel nachzubessern und so zu beseitigen.¹³⁵ Die daraus entstehenden Kosten hat der Auftragnehmer, wie im §4 Abs. 7 Satz 1 bestimmt wird, selbst zu tragen. Für den Umfang der Kosten gilt §635 Abs. 2 BGB.¹³⁶ Außerdem kann der Auftragnehmer gemäß §635 Abs. 1 BGB zwischen der Beseitigung des Mangels oder der Neuherstellung des Werkes wählen. Voraussetzung für den Nacherfüllungsanspruch ist unter anderem, dass die Leistung des Auftragnehmers tatsächlich mangelhaft und nicht vertragsgemäß ist, im Zeitraum bis zur Abnahme.¹³⁷ Der Mangel muss vom Auftragnehmer selbst erkannt werden oder er wurde von seinem Auftraggeber auf ihn hingewiesen.¹³⁸ Die Mangelhaftigkeit wurde bereits im Kapitel 5, mit Hilfe des §13 Abs. 1 VOB/B genauer erläutert. Abweichend muss im §4 Abs. 7 darauf geachtet werden, dass sich die Leistung des Auftragnehmers „noch im Erfüllungsstadium befindet“ und somit abzugrenzen ist, ob die Leistung tatsächlich mangelhaft ist oder „nur noch nicht fertiggestellt ist [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“.¹³⁹ Näheres, wie eine Frist zur Mängelbeseitigung oder ein Verschulden des Auftragnehmers wird nicht bestimmt. Es ist davon auszugehen, dass die Mängel bis zur tatsächlichen Abnahme der Leistung beseitigt sein muss, da der Anspruch nur

¹³⁴ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 139.

¹³⁵ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 230.

¹³⁶ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 233.

¹³⁷ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 227.

¹³⁸ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 230.

¹³⁹ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 145.

bis zur Abnahme gilt und danach andere Ansprüche mit den jeweiligen Voraussetzungen gelten. Die Pflicht zur Beseitigung entfällt wegen Unmöglichkeit und wenn sie „wirtschaftlich nicht vertretbar ist.“¹⁴⁰

„Der Erfüllungsanspruch des [Auftraggebers, ...] nach §4 [Abs.] 7 [besteht] nur bis zur Abnahme. Vom Zeitpunkt der Abnahme an kann der [Auftraggeber, ...] seinen Anspruch auf ordnungsgemäße und vertragsgerechte Erfüllung aus dem Bauvertrag nur im Rahmen der Gewährleistung nach §13 geltend machen.“¹⁴¹ Oder der Auftraggeber verweigert die Abnahme gemäß §12 Abs. 3, aufgrund eines wesentlichen Mangels, bis zur Beseitigung. Hierzu kann hilfsweise das Protokoll des VHB des Bundes genutzt werden, um alles schriftlich zu dokumentieren. Das Protokoll zur Abnahmeverweigerung mit Mängelbeseitigungsaufforderung ist unter dem Anhang 4 einzusehen.

7.1.2 Schadensersatzanspruch §4 Abs. 7 Satz 2

Für den Schadensersatzanspruch vor der Abnahme gelten die gleichen Voraussetzungen wie im §4 Abs. 7 Satz 1. Die Leistung muss mangelhaft sein und somit vertragswidrig. Abweichend ist im Satz 2 bestimmt, dass der Auftragnehmer den aus dem Mangel entstandenen Schaden zu ersetzen hat, wenn er ihn zu vertreten hat. Hier kommt als Voraussetzung zur vertragswidrigen Leistung das eigene Verschulden des Auftragnehmers hinzu, welches zu dem Mangel geführt hat. Der Auftragnehmer haftet auch für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen gemäß §10 Abs. 1 VOB/B. Ebenso müssen der Mangel und der Schaden in einem kausalen Zusammenhang stehen damit der Anspruch besteht.¹⁴² Der oder die Schäden sind auf den Mangel zurückzuführen, wenn es sie ohne den bestehenden Mangel bzw. den vertragswidrigen Zustand nicht geben würde. Der Umfang des Schadensersatzes wird nicht näher bestimmt. §§249 ff. BGB können als Grundlage zur Ermittlung herangezogen werden.¹⁴³ Die Regelungen beinhalten unterschiedliche Schadensarten und wie weiter zu verfahren ist. Es werden auch materielle sowie immaterielle Schäden unterschieden. Zum materiellen Schaden kann der entgangene Gewinn nach §252 BGB gezahlt werden und zum immateriellen Schaden nach §253 BGB die Verletzung des Körpers. Inbegriffen sind auch Mangelfolgeschäden wie „die Kosten für andere Bauteile, die durch die mangelhafte Leistung ebenfalls beeinträchtigt wurden“¹⁴⁴ und „die Kosten für ein Privatsachverständigengutachten.“¹⁴⁵

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 06.05.1968, dejure: JLaw online Entscheidungsgründe II. 2.) d) S. 9.

¹⁴¹ OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.01.2006 – 19 U 50/05, openJur, Rn. 21.

¹⁴² (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 241.

¹⁴³ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 242.

¹⁴⁴ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 243 aus Anm. Klein zu BGH, Urteil vom 20.04.2000 VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479 und BauR 2000, 1863.

¹⁴⁵ (Bschorr): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §4, Rn. 243 zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2009 – I-5 U 92/07, Rn. 113.

7.1.3 Kündigungsrecht §4 Abs. 7 Satz 3

Einen Überblick über die Fallgestaltungen nach der Aufforderung zur Mängelbeseitigung gibt der Anhang 6. Für den Fall, dass der Auftragnehmer seiner Mängelbeseitigungspflicht nicht von allein nachkommt, ist ihm gemäß §4 Abs. 7 Satz 3 durch den „Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels [zu] setzen“. Für die Anforderung der Mängelbeseitigungsaufforderung gelten die Bestimmungen des §13 Abs. 5, abgesehen von der Schriftformerfordernis.¹⁴⁶ Eine Frist ist angemessen, wenn die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung des Mangels, in dem Zeitraum ordnungsgemäß erfolgen können.¹⁴⁷ Bestandteil der Mängelbeseitigungsaufforderung ist eine Kündigungsandrohung, welche bei fruchtlosem Fristablauf, die Kündigung im Sinne des §8 verspricht. Dazu hat der Bund im VHB des Bundes das im Anhang 7 dargestellte Formular zur „Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung“ erstellt. Die Mängel können im Formular eindeutig benannt werden und der Auftragnehmer wird innerhalb einer Frist ausdrücklich zur Beseitigung aufgefordert. Der Auftragnehmer wird auch mithilfe des Formulars darauf hingewiesen, dass im Fall des fruchtlosen Fristablaufs eine Kündigung erfolgen könnte. Die Formalien können durch das Formular ausreichend gewahrt werden und zum Nachweis dokumentiert werden. Das VHB des Bundes beinhaltet noch ein separates Formular zur Kündigungsandrohung, welches dem Anhang 8 zu entnehmen ist. In diesem wird sich explizit auf das vorherige Schreiben bezogen, welches die Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung enthält. Die Kündigungsandrohung erfolgt aus der nicht eingehaltenen vorher gesetzten Frist. Mithilfe der separaten Kündigungsandrohung wird eine entsprechende Nachfrist gesetzt zur vertragsgemäßen Herstellung der Leistung. Wenn der Auftragnehmer diese auch fruchtlos verstreichen lässt, wird ihm, wie im Formular eindeutig geschrieben, gekündigt gemäß §8 Abs. 3. Weiterhin behält sich der Auftraggeber damit den Ersatz der durch die Kündigung ggf. entstehenden Schäden vor. Nach fruchtlosem Fristablauf sowie bei Unmöglichkeit und Unverhältnismäßigkeit, kann der Vertrag gemäß §8 Abs. 3 i. V. m. §4 Abs. 7 durch eine Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer gekündigt werden. Die Kündigung kann ebenso mithilfe eines Formulars des VHB des Bundes erfolgen. Das Formular ist dem Anhang 9 zu entnehmen. Das Kündigungsformular beinhaltet ebenfalls einen Verweis auf das vorherige Formular der Kündigungsandrohung. Der Grund der Kündigung wird benannt sowie der genaue Sachverhalt der zur Kündigung geführt hat. Weiterhin behält sich der Auftraggeber vor, Schadensersatz geltend zu machen für entstandene Schäden die auf der vertragswidrigen Leistung beruhen. Das Formular beinhaltet abschließend noch Aufforderungen zur Räumung der Baustelle und zur Vorlage der Schlussrechnung.

¹⁴⁶ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 154.

¹⁴⁷ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 155.

Das Formular beinhaltet somit alle abschließenden Voraussetzungen und Maßnahmen für die Kündigung oder auch Teilkündigung des Bauvertrages. Die Formulare bilden einen hilfreichen Leitfaden für den Auftraggeber.

Infolge der Kündigung kann der Auftraggeber den Mangel, gemäß 8 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1, durch einen Dritten beseitigen lassen ohne, dass der Schadensersatzanspruch wegfällt. Die daraus entstehenden Kosten kann der Auftraggeber, wie im Satz 1 bestimmt, vom Auftragnehmer als zu ersetzen verlangen. Nach Satz 2 besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die Ausführung der Leistung für den Auftraggeber nicht mehr weiter von Bedeutung ist.

7.2 Nach der Abnahme

Der Zeitraum nach der Abnahme beginnt mit der tatsächlichen Abnahme. Das Ende des Zeitraums in dem die Mängelansprüche geltend gemacht werden können, ist von den jeweiligen Verjährungsfristen abhängig, welche im Kapitel 8 aufgeführt sind. Für die Mängelansprüche nach der Abnahme gelten die Bestimmungen des §13 VOB/B. Der Anspruch auf die Beseitigung der Mängel nach Abs. 5 ist ein „primäres Recht [ohne Hervorhebungen d. L. W.] des Auftraggebers“ und „das Minderungsrecht“ nach Abs. 6 sowie die Schadensersatzansprüche nach Abs. 7 „haben nur Hilfs- und Ergänzungsfunktion“.¹⁴⁸ Wird der Mangel jedoch nicht beseitigt, haben die weiteren Mängelrechte eine höhere Bedeutung für den Auftraggeber. Dementsprechend ist dem Anhang 10 eine Übersicht der Mängelrechte zu entnehmen, die wichtig sind falls der Mangel durch den Auftragnehmer nicht beseitigt wird. Außerdem werden die weiteren Mängelrechte in den nachfolgenden Kapiteln beschrieben und erläutert.

7.2.1 Anspruch auf Mängelbeseitigung §13 Abs. 5 Nr. 1

Im §13 Abs. 5 Nr. 1 ist grundsätzlich geregelt, dass der Auftragnehmer alle Mängel im Sinne des Abs. 1, die während der Verjährungsfrist auftreten, auf eigene Kosten zu beseitigen hat. Im Abs. 5 Nr. 1 wird eine eindeutige Pflicht des Auftragnehmers bestimmt, die er unter der Voraussetzung, dass der Auftraggeber die Beseitigung innerhalb der Frist schriftlich verlangt, zu erfüllen hat. „Die [...] Mängel müssen so konkret bezeichnet [ohne Hervorhebungen d. L. W.] werden, dass dem Auftragnehmer Art und Umfang der von ihm vorzunehmenden Nachbesserungen bewusst werden. Insbesondere muss auch die örtliche Lage [ohne Hervorhebungen d. L. W.] des Mangels erkennbar werden.“¹⁴⁹ Es ist von Vorteil die Mängelrüge schriftlich zu tätigen, weil nur dann die Verjährungsfrist um zwei Jahre gemäß §13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 verlängert werden kann. Unabhängig

¹⁴⁸ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 252.

¹⁴⁹ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 116.

davon ist auch eine Mängelrüge in mündlicher oder sonstiger Form wirksam.¹⁵⁰ Des Weiteren ist, abgeleitet aus Abs. 5 Nr. 2, eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung bzw. zur Nacherfüllung zu stellen. „Die Zeit bestimmt sich danach, wie viel Zeit für den Auftragnehmer erforderlich ist, um die Mängel mit größtmöglichem Mitteleinsatz zu beseitigen.“¹⁵¹ Für die Fallkonstellation, dass die Mängel schon zum Zeitpunkt der Abnahme vorlagen, muss der Auftraggeber zu dem Zeitpunkt die Leistung unter Vorbehalt abgenommen haben, damit der Mängelanspruch wirksam ist. Diese Regelung findet sich im §640 Abs. 3 BGB und im §12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B wieder. Der Vorbehalt der Mängel kann mithilfe des Abnahmeprotokolls des VHB des Bundes erfolgen, welches im Anhang 3 abgebildet ist. Es dient als hilfreiche Dokumentation zur späteren Geltendmachung der Mängelrechte, um diese bei Kenntnis der Mängel zum Zeitpunkt der Abnahme nicht auszuschließen. Außerdem ist der Auftragnehmer von der Haftung ausgeschlossen, wenn er unverzüglich eine Bedenkenanzeige im Sinne des §4 Abs. 3, bezüglich der vom Auftraggeber erstellten Leistungsbeschreibung oder anderen Vorgaben, gemacht hat. Diese Regelung findet sich im §13 Abs. 3 wieder. Die Bedenkenanzeige stellt eine Pflicht des Auftragnehmers dar. Näheres dazu wird im Kapitel 4.1 erläutert.

Nach §635 Abs. 1 BGB hat der Auftragnehmer die Wahl zwischen der Beseitigung des Mangels und der Neuherstellung.¹⁵² Laut Rechtsprechung kann die Mängelbeseitigung sowohl die Nachbesserung als auch die Neuherstellung umfassen, da beide Vorgehensweisen eine vertragsgemäße und mangelfreie Leistung des Auftragnehmers als Ziel haben.¹⁵³ Es sollte nur abgewogen werden, welche Maßnahme die erforderliche und angemessenere ist.¹⁵⁴ Im §635 Abs. 3 BGB ist bestimmt, dass der Auftragnehmer die Nacherfüllung verweigern kann, wenn die dafür benötigten Kosten unverhältnismäßig sind. Die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten sind unverhältnismäßig, „wenn der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht und es dem Unternehmer [(Auftragnehmer)] nicht zugemutet werden kann, die vom Besteller [(Auftraggeber)] nicht sinnvollerweise gemachten Aufwendungen tragen zu müssen. In diesem Fall würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn der Besteller [(Auftraggeber)] dieser Aufwendungen dem Unternehmer [(Auftragnehmer)] anlasten könnte.“¹⁵⁵ Weiteres ist im §13 Abs. 6 geregelt (Minderungsrecht) und im Kapitel 7.2.3 beschrieben.

¹⁵⁰ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 154.

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 23.02.2006 – VII ZR 84/05, ZfBR 2006, 457 (460).

¹⁵² Erwähnt in Kapellmann/Langen, Rn. 284.

¹⁵³ BGH, Urteil vom 10.10.1985 – VII ZR 303/84, openJur: Wolters Kluwer Online Rn. 30-38.

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 10.10.1985 – VII ZR 303/84, openJur: Wolters Kluwer Online Rn. 30-38.

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2014 – I-23 U62/13, openJur, Rn. 25, auch BGH, Urteil vom 26.10.1972 – VII ZR 181/71, openJur: JLaw online S. 6/7 „Entscheidungsgründe“ I. 2. c).

Die Kosten umfassen sowohl die tatsächlichen Kosten, welche zur Beseitigung des Mangels notwendig sind, als auch alle Nebenkosten die damit im Zusammenhang stehen. Zu den tatsächlichen Kosten zählen nach §635 Abs. 2 BGB „Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten“. Weiterführend zählen zu den Kosten die Aufwendungen, die zur Ermittlung der Mängelursache notwendig sind sowie damit im Zusammenhang stehende Wiederherstellungsmaßnahmen. Nebenkosten können „Architektenhonorare oder Honorare anderer Sonderfachleute“ sein. Nicht heranzuziehen und nicht erstattungsfähig sind Kosten für einen Sachverständigen den der Auftraggeber beauftragt, um die Mängelbeseitigung des Auftragnehmers zu überprüfen.¹⁵⁶

Im Rahmen der Mängelbeseitigung ist der Auftraggeber verpflichtet sich an Kosten zu beteiligen, die sowieso von vornherein zusätzlich zu den ursprünglichen Kosten notwendig gewesen wären, um eine mangelfreie Leistung herzustellen.¹⁵⁷ Diese Kosten werden auch als „Sowieso-Kosten“ bezeichnet.¹⁵⁸ Beispielsweise hätten hochwertigere Materialien und ein „aufwändigeres Herstellungsverfahren angewendet werden“ müssen, damit es nicht zu einem Mangel gekommen wäre.¹⁵⁹ Voraussetzung ist, dass diese nicht vereinbart waren.¹⁶⁰ Ansonsten müsste der Auftragnehmer die Kosten allein tragen, da er die Leistung von Beginn an zu Schulden hatte.¹⁶¹

Des Weiteren ist der Auftraggeber verpflichtet einen Zuschuss zur Mängelbeseitigung zu zahlen, wenn er die Mitschuld an einem Mangel trägt, wie beispielsweise durch eine fehlerhafte Planung.¹⁶²

Die Mängelbeseitigungsleistung ist gesondert abzunehmen, um die vertragsgemäße Leistung zu bestätigen.¹⁶³ Auch dazu enthält das VHB des Bundes ein entsprechendes Formular, welches dem Anhang 11 zu entnehmen ist. Dem Formular ist zu entnehmen wann die Abnahme stattgefunden hat und wer daran beteiligt war. Weiterhin enthält das Formular Angaben dazu, welche Mängelbeseitigungsleistungen abgenommen werden (alle oder nur vereinzelte) und welche unzureichend sind bzw. an welcher Stelle noch Mängel vorhanden sind. Demnach kann der Auftraggeber eine Frist zur Beseitigung der restlichen Mängel bestimmen oder es wird vereinbart, dass er diese anderweitig beseitigt. Außerdem behält der Auftraggeber sich weitere ihm zustehende Ansprüche vor. Das Formular enthält alle benötigten Informationen zur ausreichenden Dokumentation.

¹⁵⁶ Dazu insgesamt OLG Köln, Beschluss vom 03.09.2012 – 22 U 58/12, openJur, Rn. 8 und 9.

¹⁵⁷ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 127 zu (Wirth): in Ingenstau/Korbion (Hrsg.), §13 VOB/B Rn. 275 ff.

¹⁵⁸ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teil A/B, B §13, Rn. 293 ff.

¹⁵⁹ Kapellmann/Langen, Rn. 292, S. 222.

¹⁶⁰ Kapellmann/Langen, Rn. 292, S. 222.

¹⁶¹ Kapellmann/Langen, Rn. 292, S. 222.

¹⁶² (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 130.

¹⁶³ (Güntzer): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 220.

7.2.2 Ersatzvornahme §13 Abs. 5 Nr. 2

Kommt der Auftragnehmer seiner Verpflichtung gemäß §13 Abs. 5 Nr. 1, innerhalb „einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel“, gemäß §13 Abs. 5 Nr. 2, selbst oder von einem Dritten beseitigen lassen. Damit der Auftraggeber einen Anspruch auf Kostenerstattung gegenüber dem ursprünglichen Auftragnehmer geltend machen kann, muss er zwingend vorher die Voraussetzungen des Abs. 5 Nr. 1 erfüllt haben. Darunter zählen das Vorhandensein eines Mangels, die ausdrückliche Erklärung und das Verlangen die Mängel innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, die exakte Beschreibung der Mängel sowie die Einhaltung der Verjährungsfrist. Damit ein Anspruch auf Erstattung der Kosten besteht, müssen §13 Abs. 3 VOB/B sowie §640 Abs. 3 BGB bzw. §12 Abs. 5 VOB/B beachtet werden.

Folgende Fallkonstellationen sind abweichend. Theoretisch kann der Auftraggeber nach Fristablauf eine Mängelbeseitigungsleistung des ursprünglichen Auftragnehmers noch annehmen.¹⁶⁴ Aber für den Fall, dass der Auftragnehmer den Mangel nicht beseitigt, muss für ihn vom Auftraggeber erneut eine „Mängelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung“ ausgesprochen werden.¹⁶⁵ Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Beseitigung zuvor vom Auftragnehmer abgelehnt wurde oder der Auftraggeber das Vertrauen, aufgrund von Unzuverlässigkeit der Leistungserstellung durch den Auftragnehmer, verloren haben sollte.¹⁶⁶

Wenn der Auftraggeber die Mängelbeseitigung nicht selbst vornimmt, sondern einen Dritten beauftragt, muss folgendes beachtet werden. Das Drittunternehmen kann vom Auftraggeber bereits vor Ablauf der Mängelbeseitigungsfrist beauftragt werden.¹⁶⁷ Beachtet werden muss lediglich, dass das Drittunternehmen nicht vor Fristablauf mit der Mängelbeseitigung beginnt, damit der Erstattungsanspruch besteht.¹⁶⁸ Bei der Auswahl des Drittunternehmers ist der Auftraggeber relativ frei von Vorgaben.¹⁶⁹ Er muss weder ein Ausschreibungsverfahren vornehmen noch muss er das günstigste Angebot nehmen.¹⁷⁰ Wenn es zwei Möglichkeiten der Ausführung gibt die zum gleichen Ziel führen, muss der Auftraggeber die kostengünstigere wählen.¹⁷¹ Außer die Risiken sind höher, sodass er sich, zur Erreichung des vorgesehenen Zwecks, für die sicherere Maßnahme entscheiden kann.¹⁷² Wenn er sich für eine Maßnahme entschieden hat, muss diese

¹⁶⁴ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 142.

¹⁶⁵ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 142 zu (Wirth): in Ingenstau-Korbion (Hrsg.), §13 Abs. 5 VOB/B Rn. 161.

¹⁶⁶ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 143, 144.

¹⁶⁷ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 148.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 30.06.1977 – VII ZR 205/75, openJur: Wolters Kluwer Online, Rn. 10, 11.

¹⁶⁹ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 149.

¹⁷⁰ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 149.

¹⁷¹ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 149.

¹⁷² (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 149.

schnellstmöglich durchgeführt werden, damit gegebenenfalls keine Mehrkosten durch Zeitverzögerung entstehen.¹⁷³

Es könnte davon ausgegangen werden, dass der Auftraggeber ein Risiko eingeht ein Drittunternehmen zu beauftragen und vorerst auf seine Kosten zu entlohnen.¹⁷⁴ Dem entgegen wirkt der sich aus dem §13 Abs. 5 Nr. 2 ergebende Kostenvorschuss.¹⁷⁵ Dazu zählen „die zur Beseitigung der Mängel des Werkes [...] erforderlichen Kosten“¹⁷⁶ sowie darüber hinausgehende Kosten zur Behebung von „Schäden am sonstigen Eigentum des Bestellers [...] die im Zuge der Nachbesserung zwangsläufig entstehen.“¹⁷⁷ Erforderliche Kosten sind insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten im Sinne des §635 Abs. 2 BGB.¹⁷⁸

Erstattungsfähige Kosten sind die Aufwendungen „für die ordnungsgemäße Herstellung des [...] vertraglich geschuldeten Werkes“, die der Auftraggeber „als [V]ernünftiger, wirtschaftlich [D]enkender [...] für erforderlich halten durfte.“¹⁷⁹ Zugleich müssen die Aufwendungen notwendig, „sinnvoll und geeignet“ sein, um den gewünschten „Erfolg zu erreichen.“¹⁸⁰ Notwendig und erstattungsfähig sind auch Kosten die zur Vorbereitung der Mängelbeseitigung anfallen, wie die Beauftragung eines Sachverständigen.¹⁸¹

7.2.3 Minderung §13 Abs. 6

Wenn der Mängelbeseitigungsanspruch des §13 Abs. 5, aufgrund von Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit oder unverhältnismäßig hohem Aufwand, nicht geltend gemacht werden kann, ist es dem Auftraggeber erlaubt die Vergütung gemäß Abs. 6 zu mindern. Notwendig dafür ist lediglich eine Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer gemäß §13 Abs. 6. Die Minderung erfolgt demnach an Stelle der Mängelbeseitigung. Bei der Prüfung der Minderung ist wie im Abs. 6 vermerkt, der §638 BGB anzuwenden.

¹⁷³ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 151.

¹⁷⁴ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 159.

¹⁷⁵ OLG Karlsruhe, Urteil vom 01.03.2005 – 17 U 114/04, openJur, Rn. 23, 27.

¹⁷⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 01.03.2005 – 17 U 114/04, openJur, Rn. 26.

¹⁷⁷ OLG Karlsruhe, Urteil vom 01.03.2005 – 17 U 114/04, openJur, Rn. 28.

¹⁷⁸ Auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 01.03.2005 – 17 U 114/04, openJur, Rn. 28.

¹⁷⁹ OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.06.2011 – I-21 U 100/10, openJur, Rn. 18.

¹⁸⁰ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, §13 VOB/B, Rn. 153 zu OLG Frankfurt Urteil vom 13.12.1996 – 24 U 51/95.

¹⁸¹ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, §13 VOB/B, Rn. 153 zu OLG Düsseldorf Urteil vom 07.06.2011 – I-21 U 100/10, Rn. 18, 19.

Hierzu ein Fall des OLG Düsseldorf. Vereinfacht beschrieben haben Person A und Person B einen Vertrag darüber, dass Person A bei Person B Fliesen verlegen soll. Es wurde alles konkret vereinbart und die VOB/B wurde wirksam zum Vertragsbestandteil gemacht. Nach Abnahme wurde festgestellt, dass die Fliesen einen optischen Mangel aufweisen. Person B verlangte von Person A die Neuherstellung der Fliesen. Alle Fliesen zu erneuern stellt einen erheblichen Aufwand und Kosten dar. Demnach wurde rechtskräftig entschieden, dass „deren [(die optischen Mängel)] Beseitigung nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand möglich wäre [...]“ und Person B „nur eine angemessene Minderung des Werklohnes verlangen [kann]. Ein Anspruch auf Neuherstellung [...] besteht dagegen nicht.“¹⁸²

Die Minderung der Vergütung kann wie folgt berechnet werden. Die Vergütung kann um die Kosten vermindert werden, die für die Beseitigung der Mängel erforderlich gewesen wären. Nicht möglich ist die Art der Minderung, wenn die Mängelbeseitigung wegen Unmöglichkeit und unverhältnismäßig hohem Aufwand verweigert wurde. Für den Fall würde die Minderung dem Minderwert der Gesamtleistung entsprechen. Das meint die Höhe, um die „die Gesamtleistung durch den Mangel tatsächlich gemindert“ wurde.¹⁸³

7.2.4 Schadensersatzanspruch §13 Abs. 7

Im §13 Abs. 7 sind unterschiedliche Fallkonstellationen geregelt und wie mit diesen zu verfahren ist. Grundsätzlich hat der Auftragnehmer für Schäden zu haften, die „infolge von ihm schuldhaft verursachter Mängel“ entstanden sind.¹⁸⁴ Hinzuzufügen ist, dass der Auftraggeber die Ansprüche auf Schadensersatz ergänzend zur „Mängelbeseitigung geltend machen“ kann.¹⁸⁵

Nach Nr. 1 hat der Auftraggeber einen Anspruch auf Schadensersatz, „für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit“. Der Schaden muss nach Nr. 1 in einem kausalen Zusammenhang stehen zu, vom Auftragnehmer „schuldhaft verursachten Mängeln“. Das bedeutet der Auftragnehmer oder sein Erfüllungsgehilfe müssen für das Entstehen des Mangels bzw. der Mängel verantwortlich gewesen sein.¹⁸⁶ Der Erfüllungsgehilfe wird mithilfe des §278 BGB einbezogen, der ergänzend zur VOB/B angewandt wird.¹⁸⁷ Außerdem wird im §10 VOB/B die Haftung der Vertragsparteien geregelt. Im Abs. 1 wird bestimmt, dass die Vertragsparteien (hier der Auftragnehmer) „für das Verschulden“ haften von „Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen“. Es ist auch „ein mögliches Mitverschulden des Auftraggebers zu

¹⁸² Vgl. dazu insgesamt OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 126.

¹⁸³ Dazu insgesamt Kapellmann/Langen, Rn. 307.

¹⁸⁴ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 182.

¹⁸⁵ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 234.

¹⁸⁶ Kapellmann/Langen, Rn. 309.

¹⁸⁷ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 194.

berücksichtigen.¹⁸⁸ Ausreichend für die Haftung ist bereits eine leicht fahrlässige Handlung im Sinne des §276 Abs. 2 BGB.¹⁸⁹ Außerdem ist aus der Formulierung des Gesetzes zu schließen, dass der Schaden nicht eintreten dürfte, wenn der Mangel nicht vorhanden gewesen wäre. Der Schaden und der Mangel stehen sozusagen in einem kausalen Zusammenhang. §13 Abs. 7 Nr. 1 bezieht sich auf „Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.“ Der Schadensersatzanspruch nach Nr. 1 ist ein vertraglicher Anspruch.¹⁹⁰ Daraus ergibt sich, dass der Auftragnehmer nur gegenüber dem Auftraggeber haftet, es sei denn es ist etwas anderes vertraglich vereinbart worden.¹⁹¹ Einbezogen werden könnten „Angestellte des Auftraggebers [...], die [...] in dem errichteten Gebäude arbeiten.“¹⁹²

Nach Nr. 2 haftet der Auftragnehmer für jegliche Schäden an schützenswerten Rechtsgütern, die durch „vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachte Mängel“, entstanden sind. Gängige Synonyme für „vorsätzlich“ sind bewusst, mutwillig und absichtlich. Vorsätzlich Handeln bedeutet demnach, dass der Auftragnehmer willentlich und absichtlich entgegen des eigentlich Richtigen sowie entgegen seiner Pflichten gehandelt hat und so einen Mangel und Schaden herbeigeführt hat. Dagegen handelt jemand grob fahrlässig, wenn „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt [wird] – weil er dasjenige nicht beachtet, was sich jedem aufgedrängt hätte.“¹⁹³ Das heißt, es liegt dann grobe Fahrlässigkeit vor, wenn es unter jedem Gesichtspunkt für jeden offensichtlich gewesen wäre, ein Vorgehen oder einen Aspekt vorzuziehen oder auszuwählen, der die Genauigkeit und Sicherheit der Leistung gewährleistet hätte. Der Auftragnehmer diese aber wegen Ungenauigkeit und Sorglosigkeit übersehen hat und deshalb einen Mangel verschuldet hat. Damit die Haftung begründet ist kommt es nicht auf den Umfang des Mangels an.¹⁹⁴ Oder anders formuliert, muss es sich nicht um einen wesentlichen Mangel handeln.¹⁹⁵ Ein Beispiel für grobe Fahrlässigkeit kann sein: die versäumte Ausführung für eine Absturzsicherung¹⁹⁶. Der Schadensersatzanspruch hat eine hohe Bedeutung für Schäden, die nicht mithilfe der Mängelbeseitigung „ausgeglichen werden können.“¹⁹⁷ Folglich ist zu beachten, dass zuvor eine angemessene Frist zur Beseitigung gesetzt wurde.¹⁹⁸ Die Frist muss abgelaufen sein oder entbehrlich gewesen sein. Entbehrlich ist sie bei Verweigerung der Beseitigung durch den Auftragnehmer oder bei

¹⁸⁸ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 195.

¹⁸⁹ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 187.

¹⁹⁰ Zanner, Christian, S. 219.

¹⁹¹ Zanner, Christian, S. 219.

¹⁹² Zanner, Christian, S. 219.

¹⁹³ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 157.

¹⁹⁴ Zanner, Christian, S. 222.

¹⁹⁵ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 189.

¹⁹⁶ Wirth/Pfisterer/Schellenberg, S. 157.

¹⁹⁷ Zanner, Christian, S. 221.

¹⁹⁸ Zanner, Christian, S. 222.

Mangelfolgeschäden.¹⁹⁹ Mangelfolgeschäden sind Schäden, die aufgrund des vorliegenden Mangels entstanden sind und deshalb über den eigentlichen Mangel hinausgehen. Es ist nicht möglich die Mangelfolgeschäden mithilfe der Beseitigung des Mangels aufzuheben.²⁰⁰

Aus der Nr. 3 des §13 Abs. 7 ergeben sich zwei Schadensersatzansprüche. Zunächst wird in Satz 1 der kleine Schadensersatz geregelt. Es wird bestimmt, dass der Auftragnehmer grundsätzlich den „Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen“ hat, der auf einen wesentlichen Mangel zurückzuführen ist. Dieser muss „die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt[en] und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen [sein].“ Es muss sich um einen „Schaden an der baulichen Anlage“ handeln, „zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient“. Es ist ein unmittelbarer Schaden am Bauwerk, der demnach nur auf dieses begrenzt ist.²⁰¹

Ein wesentlicher Mangel hat zweierlei Merkmale. Objektiv gesehen müsste der Mangel von „unbeteiligte[n] Dritte[n] [...] unter Zugrundelegung des Vertragszwecks als empfindlich und deswegen als beachtlich anzusehen“ sein.²⁰² Anders gesagt, müsste ein Außenstehender einschätzen können, ob der Mangel von hoher Bedeutung ist, weil er erkennen lässt, dass von dem im Vertrag vereinbarten Zweck der Leistung deutlich abgewichen wurde. Als subjektives Merkmal wird das „spezielle Interesse des Auftraggebers an der vertragsgerechten Leistung“ herangezogen.²⁰³ Das Interesse „ist allerdings nach Treu und Glauben nur dann zu Lasten des Auftragnehmers zu berücksichtigen, wenn es dem Auftragnehmer bekannt war oder hätte bekannt sein müssen.“²⁰⁴ Davon ist auszugehen, wenn die „von den Parteien vertraglich ausdrücklich festgelegten Anforderungen an die [Leistung] [...] als wesentliche Merkmale [...] anzusehen“ sind.²⁰⁵ Beispielsweise ist eine „zu 99%“ ebene Fläche, obwohl „100% vereinbart“ waren, genauso gebrauchsfähig, weil dies nur eine unerhebliche Abweichung darstellt.²⁰⁶

Auf die Gebrauchsfähigkeit wurde sich bereits im Kapitel 5.1 bezogen. Das OLG Düsseldorf hat dazu konkrete Angaben gemacht. Die Gebrauchsfähigkeit ist beeinträchtigt, wenn die Leistung nicht wie ursprünglich vorgesehen verwendet werden kann. Die Gebrauchsfähigkeit kann demnach gemindert oder ganz aufgehoben worden sein.²⁰⁷ Gleichfalls muss die Minderung oder Aufhebung „auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen“ sein gemäß §13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1. Wie zu Beginn beschrieben

¹⁹⁹ Zanner, Christian, S. 222.

²⁰⁰ Zanner, Christian, S. 222.

²⁰¹ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 235.

²⁰² OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 128.

²⁰³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 128.

²⁰⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 128.

²⁰⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 128, 129.

²⁰⁶ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 191.

²⁰⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur, Rn. 129.

bedeutet „Verschulden“, dass der Auftragnehmer die Verantwortung für das Herbeiführen des entstandenen Mangels sowie des Schadens trägt. Ausreichend ist dafür auch leichte Fahrlässigkeit im Sinne des §276 BGB.²⁰⁸ „Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit sind unmittelbare Schäden immer zu ersetzen.“²⁰⁹ Es ist darauf hinzuweisen, dass eine erhebliche Beeinträchtigung bei anderen Ausführungen oder anderem Material als vereinbart vorliegt, aber nicht bei bloßem Vorliegen von Farbabweichungen.²¹⁰ Ein Fall für falsches Material könnte eine andere Holzart als vereinbart sein, beispielsweise für eine Sauna. Denn in einer Sauna kann nur bestimmtes Holz verwendet werden, welches nicht aufweicht und nicht zu heiß wird. Voraussetzung ist auch beim Schadensersatzanspruch eine vorerst angemessen gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung.²¹¹ Sind alle Voraussetzungen erfüllt hat der Auftraggeber Anspruch auf den Ersatz von „Schäden am Bauwerk selbst und der Schäden, die im engen Zusammenhang mit den Mängeln am Bauwerk stehen“.²¹² Das bezieht auch Mangelfolgeschäden ein die unmittelbar mit den Schäden am Bauwerk in Verbindung stehen. Mangelfolgeschäden können sein: beschädigte Möbel aufgrund eines Wasserschadens, Mietausfälle²¹³ oder Schimmel im Dachstuhl, verursacht durch ein undichtes Dach durch das Feuchtigkeit dringt.

Weiterhin gibt es den sogenannten großen Schadensersatz der im §13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 geregelt ist. Voraussetzungen sind hier ebenfalls der wesentliche Mangel, die erheblich beeinträchtigte Gebrauchsfähigkeit und das Verschulden des Auftragnehmers, welche sich aus Satz 1 ergeben haben. Ergänzend müssen betrachtet werden, die Bestimmungen aus den Buchstaben a), b) und c) des Satz 2. Die Bestimmungen enthalten zusätzliche Varianten die den kleinen Schadensersatz ergänzen, wenn diese erfüllt sind. Es ist zu beachten, dass nicht alle Varianten vorliegen müssen, um einen Anspruch zu haben. Es reicht sozusagen eine der drei Varianten aus. Das ergibt sich aus der Formulierung der VOB/B durch das Bindewort „oder“. Durch die Erweiterung des kleinen Schadensersatzes, werden auch mittelbare Schäden einbezogen, die entfernte Mangelfolgeschäden darstellen können, welche nicht unmittelbar am Bauwerk auftreten.²¹⁴ „Damit können also auch solche Schäden ersetzt verlangt werden, die nach §13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 1 VOB/B nicht erstattungsfähig sind, weil sie nicht in engem Zusammenhang mit der baulichen Anlage stehen, sondern an anderen Rechtsgütern des Auftraggebers eingetreten sind.“²¹⁵

²⁰⁸ Zanner, Christian, S. 225.

²⁰⁹ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 235.

²¹⁰ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 235.

²¹¹ Zanner, Christian, S. 225, 226.

²¹² Zanner, Christian, S. 226.

²¹³ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 242.

²¹⁴ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 235.

²¹⁵ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 207.

Der Schadensersatzanspruch geht über den in Satz 1 hinaus, „wenn der Mangel“ aufgrund eines Verstoßes „gegen die anerkannten Regeln der Technik“ entstanden ist, nach §13 Abs. 7 Nr. 3 Satz 2 lit. a). Werden die anerkannten Regeln der Technik im Laufe der Ausführung geändert, ist anzunehmen, dass ein ordnungsgemäßer Auftragnehmer sich über diese Änderungen „informiert und seine“ Arbeit diesen Gegebenheiten anpasst.²¹⁶ Abgestellt wird hier sozusagen auf die Erfahrung des Auftragnehmers, durch die er selbstständig schlüssige Entscheidungen im Laufe der Ausführungen trifft. Zum anderen wird der Schadensersatz darüber ergänzt, „wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht“, nach Nr. 3 Satz 2 lit. b). Das bedeutet, es liegt ein Mangel vor für das nicht Vorhanden sein einer Eigenschaft, die aber ursprünglich vertraglich vorgesehen war. Und zuletzt hat der Auftragnehmer den Schaden nach Nr. 3 Satz 2 lit. c) zu ersetzen, der durch eine Versicherung gedeckt ist oder hätte gedeckt sein können.

Für den Auftraggeber entfallen nach §640 Abs. 3 BGB bei fehlendem Vorbehalt seiner Rechte, nur die Ansprüche auf Mängelbeseitigung, Selbstvornahme und Minderung. Der Anspruch auf Schadensersatz bleibt bestehen. Da in der VOB/B nichts diesbezüglich geregelt ist, wird hier auch auf das BGB zurückgegriffen.

In der VOB/B ist nichts Genaues darüber geregelt was der Schadensersatz ausdrücklich umfasst. Die juristische Literatur verweist auf ein BGH-Urteil, welches den Schadensersatzanspruch des Werkvertragsrechtes nach §635 BGB erfasst.²¹⁷ Laut Urteil umfasst der Schadensersatzanspruch „alle Aufwendungen, die für die ordnungsgemäße Herstellung des vom Unternehmer vertraglich geschuldeten Werks erforderlich sind.“²¹⁸ Dazu können Kosten für ein Sachverständigengutachten zählen.²¹⁹ Des Weiteren beschränkt sich der Anspruch „nicht auf die geringeren Kosten einer Ersatzlösung, die den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht herbeiführt.“²²⁰ Zuzüglich dessen steht im §13 Abs. 7 Nr. 5, dass die Haftung bei begründeten Einzelfällen erweitert oder eingeschränkt werden kann.

²¹⁶ (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 210.

²¹⁷ Kapellmann/Langen, Rn. 311.

²¹⁸ BGH, Urteil vom 27.03.2003 – VII ZR 443/01, openJur, Rn. 16.

²¹⁹ Vgl. (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, Rn. 200.

²²⁰ BGH, Urteil vom 27.03.2003 – VII ZR 443/01, openJur, Rn. 17.

Besonders zu beachten ist die Rechtsprechung des BGH bezüglich „sog. fiktiver Mängelbeseitigungskosten [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“²²¹. Die grundsätzliche Fallgestaltung ist, dass ein mangelhaftes Bauwerk vorliegt und der Mangel vom Auftragnehmer innerhalb einer angemessenen Frist beseitigt werden soll. Dieser kommt der Mängelbeseitigung jedoch nicht nach. Daraus folgt, dass der Auftraggeber den Schaden als ersetzt verlangen möchte.²²² Vor der neuen Rechtsprechung galt die Möglichkeit, die Kosten zur Mängelbeseitigung (Reparaturkosten) als zu ersetzen zu verlangen, „unabhängig davon zu, ob und in welchem Umfang“ die Mittel tatsächlich zur Beseitigung des Mangels verwendet werden oder nicht.²²³ 2018 traf der BGH eine davon abweichende Rechtsprechung. Solange der Auftraggeber „keine Aufwendungen zur Mängelbeseitigung tätigt, hat [er] keinen Vermögensschaden in Form und Höhe dieser (nur fiktiven) Aufwendungen. [...] Erst wenn der Besteller [(Auftraggeber)] den Mangel beseitigen lässt und die Kosten hierfür begleicht, entsteht ihm ein Vermögensschaden in Höhe der aufgewandten Kosten“. ²²⁴ Der Mangel stellt lediglich ein Leistungsdefizit des Auftragnehmers dar.²²⁵ Dem Auftraggeber bleibt die Möglichkeit den Schaden so zu bemessen, dass der Wertunterschied ausgeglichen wird.²²⁶ Der Schaden entspricht dem Minderwert des Bauwerkes.²²⁷ Der Minderwert entspricht „der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werkes mit und ohne Mangel“.²²⁸

²²¹ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 206.

²²² Sachverhalt vgl. Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 206.

²²³ BGH, Urteil vom 28.06.2007 – VII ZR 8/06, openJur, Rn. 22; vgl. auch BGH, Urteil vom 24.05.1973 – VII ZR 92/71, dejure: JLaw online S. 10 „Entscheidungsgründe II. 2. c).

²²⁴ BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, openJur, Rn. 36.

²²⁵ BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, openJur, Rn. 37.

²²⁶ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 206.

²²⁷ Heiermann/Linke/Hilka/Tschäpe, S. 206.

²²⁸ BGH, Urteil vom 11.02.2012 – VII ZR 179/11, openJur, Rn. 15; vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.10.1972 – VII ZR 181/71, openJur: JLaw online S. 4/5 „Entscheidungsgründe“ I. 1.

8 Verjährungsfristen nach VOB/B

Die Mängelansprüche unterliegen bestimmten Verjährungsfristen. Diese Fristen bestimmen, in welchem Zeitraum es dem Auftraggeber möglich ist seine Mängelansprüche gegenüber dem Auftragnehmer geltend zu machen. Ist die Frist verstrichen, hat der Auftraggeber kein Recht mehr, sich auf einen der Mängelansprüche zu berufen. Ebenso sind sie „nicht mehr durchsetzbar.“²²⁹ Zu beachten ist, dass derjenige die Darlegungs- und Beweislast der Mängelansprüche trägt, der sich darauf berufen möchte.²³⁰

Die Verjährungsfristen sind im §13 Abs. 4 enthalten. Die Fristen beziehen sich auf folgende Mängelansprüche: Mängelbeseitigung, „Kostenerstattung bei Selbstvornahme“, Minderungsrechte, Schadensersatz.²³¹

Gemäß §13 Abs. 4 Nr. 1 verjähren die Mängelansprüche für Bauwerke nach vier Jahren. Dies stellt eine Abweichung zur fünfjährigen Verjährungsfrist des §634a BGB dar. Der Bauwerksbegriff der VOB/B deckt sich mit dem des Werkvertragsrechtes.²³² Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Bauwerk „eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“.²³³ Darunter zählt „nicht nur die Ausführung eines Baus als Ganzen, sondern auch die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder, und zwar unabhängig davon, ob sie als äußerlich hervortretende, körperlich abgesetzte Teile in Erscheinung treten“.²³⁴ Beispiele sind die „Ausschachtung einer Baugrube“²³⁵ sowie „[d]er nachträgliche Einbau einer Einbauküche in der vom Eigentümer selbst genutzten Wohnung“²³⁶.

Im §13 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 wird weiterhin eine Verjährungsfrist von zwei Jahren „für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen“ bestimmt. Abweichend davon verjähren „feuerberührte und abgasgedämmte Teile von industriellen Feuerungsanlagen“ laut Satz 2 nach einem Jahr. Die verkürzte Frist ergibt sich aus „dem besonderen Verschleiß [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“, dem die Feuerungsanlagen unterliegen aufgrund des direkten Kontaktes zum Feuer.²³⁷ Es ist „[b]ereits nach kurzer Zeit“ schwierig festzustellen, ob ein aufgetretener Mangel auf den Auftragnehmer „oder auf [den] Verschleiß aufgrund der hohen Beanspruchung der Teile zurückzuführen ist.“²³⁸ Zu den industriellen Anlagen zählen die „Stahl-, Eisen- und Chemieindustrie“, welche durch

²²⁹ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 269.

²³⁰ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 269.

²³¹ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 209.

²³² (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 222.

²³³ BGH, Urteil vom 20.05.2003 – X ZR 57/02, openJur, Rn. 14.

²³⁴ BGH, Urteil vom 20.05.2003 – X ZR 57/02, openJur, Rn. 14.

²³⁵ BGH, Urteil vom 24.03.1977 – VII ZR 220/75, openJur: Wolters Kluwer Online Rn. 15-20.

²³⁶ BGH, Urteil vom 15.02.1990 – VII ZR 175/89, openJur: Wolters Kluwer Online Rn. 13 ff.

²³⁷ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 229.

²³⁸ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 229 zu (Eichberger): in Ganten/Jansen/Voit, VOB/B, § 13 Rn. 184, 3. Auflage 2013.

„enorme Beanspruchung und [...] permanent hohe[...] Temperaturen“, sehr schnell verschleifen.²³⁹

Im §13 Abs. 4 Nr. 2 wird bestimmt, dass wenn nichts anderes vereinbart wird, bei „Teile[n] von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat“ die Verjährungsfrist zwei Jahre beträgt. Zudem fügt Nr. 2 hinzu, dass die zweijährige Verjährungsfrist gilt, wenn „dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht [...] übertragen [wurde]“. Dazu zählen Instandsetzungsmaßnahmen sowie Veränderungsmaßnahmen am Bauwerk die als unwesentlich bezüglich der „Erneuerung oder“ dem Fortbestand angesehen werden können.²⁴⁰ Darunter zu verstehen sind beispielsweise „wartungsbedürftige[...] Teile[...] von Aufzugsanlagen, Rolltreppen und anderen fördertechnischen Anlagen, Mess-, Steuer- und Regeleinrichtungen.“²⁴¹

Für den Schadensersatz im Sinne des §13 Abs. 7 Nr. 3 „gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen“ gemäß Abs. 7 Nr. 4.

Fristbeginn ist der Zeitpunkt „der Abnahme der gesamten Leistung“ oder die Teilabnahme nach §12 Abs. 2 „für in sich abgeschlossene Teile der Leistung“, gemäß §13 Abs. 4 Nr. 3. Bei der Mängelbeseitigung besteht nach §13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 eine zusätzliche Regelung. „Verlangt der Auftraggeber von dem Auftragnehmer [innerhalb] [...] der Verjährungsfrist [des §13 Abs. 4] schriftlich Mängelbeseitigung,“ so besteht „ab [dem] Zugang der schriftlichen Mängelanzeige“ eine Verjährungsfrist von zwei Jahren.²⁴² Von Bedeutung ist diese Regelung vor allem, wenn die eigentliche Verjährungsfrist von beispielsweise vier Jahren in einem Jahr abläuft und durch die Regelung des §13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 sozusagen um ein Jahr verlängert wird. Andersherum, wenn die eigentliche Verjährungsfrist noch drei Jahre beträgt, werden diese drei Jahre durch die Zwei-Jahres-Regelung nicht gekürzt. Zweck der Regelung ist es, wenn die vierjährige Verjährungsfrist fast abgelaufen ist, als der Mangel erkannt wurde, der Auftraggeber die Verjährung nicht nur durch eine Klage gegen den Auftragnehmer hemmen kann.²⁴³ Sondern, dem Auftragnehmer, durch die sozusagen verlängerte Frist, Zeit bleibt den Mangel ordnungsgemäß zu beseitigen.²⁴⁴ Auch „wenn [der Auftraggeber] die Abnahme der Leistung ernsthaft und endgültig verweigert“, beginnt die Verjährungsfrist „unabhängig davon, ob [er diese] [...] berechtigt oder unberechtigt verweigert“ hat.²⁴⁵ Gemäß §13 Abs. 5 Nr. 1 Satz

²³⁹ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 230.

²⁴⁰ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 227.

²⁴¹ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 231.

²⁴² (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 238.

²⁴³ Jacob, Andreas, S. 91.

²⁴⁴ Jacob, Andreas, S. 91.

²⁴⁵ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 255.

3 beginnt mit „Abnahme der Mangelbeseitigungsleistung [...] für diese Leistung eine [neue] Verjährungsfrist von 2 Jahren“.

Bei arglistig verschwiegenen Mängeln findet der §634a Abs. 3 BGB Anwendung und verdrängt den §13 Abs. 4.²⁴⁶ §634a Abs. 3 BGB bestimmt für die in Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB genannten Werke die „regelmäßige Verjährungsfrist“ von 3 Jahren. Diese wird in den §§195, 199 BGB festgelegt. Der §199 BGB bestimmt einen abweichenden Beginn für die Verjährungsfrist. Diese beginnt laut §199 Abs. 1 BGB „mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von dem Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.“ Für Bauwerke wird die Verjährungsfrist dadurch verkürzt.²⁴⁷ Aus diesem Grund sagt §634a Abs. 3 Satz 2 BGB, dass die Verjährung erst mit Ablauf der für Bauwerke genannten Frist abläuft. Ein arglistig verschwiegener Mangel liegt vor, wenn der Auftragnehmer „sich bewußt [sic!] ist, daß [sic!] ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart“.²⁴⁸ „Arglistiges Verschweigen erfordert nicht, daß [sic!] der Unternehmer bewußt [sic!] die Folge der vertragswidrigen Ausführung in Kauf genommen hat. Es verlangt keine Schädigungsabsicht und keinen eigenen Vorteil.“²⁴⁹ Das arglistige Verhalten muss grundsätzlich zum „Zeitpunkt der Abnahme [ohne Hervorhebungen d. L. W.] der Bauleistung“ vorliegen.²⁵⁰

Ein amtlicher Leitsatz des BGH besagt: „Nicht erledigte Mängelbeseitigungsansprüche gemäß §4 [Abs. ...] 7 VOB/B setzen sich mit der Abnahme in Gewährleistungsansprüche gemäß §13 VOB/B fort.“²⁵¹ Für Mängel die „vor Abnahme gemäß §4 Abs. 7 gerügt, aber bis zur Abnahme nicht beseitigt wurden“ ist der §13 Abs. 4 anwendbar, „soweit sich die Mängelansprüche des §13 mit den Ansprüchen des §4 Abs. 7 decken.“²⁵² Genauer wird dieser Zusammenhang durch den BGH ausgeführt. „Sind Mängelbeseitigungsansprüche aus § 4 [Abs. ...] 7 Satz 1 VOB/B bei Abnahme nicht erledigt, richtet sich die Verjährung der durch die Abnahme in Gewährleistungsansprüche aus § 13 VOB/B umgewandelten Ansprüche nach den Verjährungsfristen gemäß § 13 [Abs. ...] 4 oder § 13 [Abs. ...] 7 [Nr. ...] 3 VOB/B. Das gilt nur insoweit, als sich die Ansprüche aus § 4 [Abs. ...] 7 VOB/B mit den Ansprüchen aus § 13 VOB/B inhaltlich decken [...]. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß [sic!] zwischen vor und nach der Abnahme festgestellten Mängeln sachlich

²⁴⁶ (Voit): in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, B §13, Rn. 15.

²⁴⁷ (Moufang/Koos): in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, BGB §634a, Rn. 76.

²⁴⁸ BGH, Urteil vom 23.05.2002 – VII ZR 219/01, openJur, Rn. 22.

²⁴⁹ BGH, Urteil vom 23.05.2002 – VII ZR 219/01, openJur, Rn. 22.

²⁵⁰ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 243.

²⁵¹ BGH, Urteil vom 25.02.1982 – VII ZR 161/80, openJur: Wolters Kluwer Online.

²⁵² (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 210.

kein Unterschied besteht [...]. Diese Voraussetzung ist beim Regelungsgegenstand des § 4 [Abs. ...] 7 Satz 2 VOB/B, dem engeren und entfernteren Mangelfolgeschaden, ebenfalls gegeben. Auch die durch § 4 [Abs. ...] 7 Satz 2 VOB/B geregelten Ansprüche decken sich weitgehend mit den Ansprüchen in § 13 [Abs. ...] 7 [Nr. ...] 1 und 2 VOB/B. Daher ist auch insoweit die Verjährungsregelung des § 13 Nr. 4 und 7 VOB/B anzuwenden.²⁵³

Grundsätzlich kann von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgewichen werden durch „anderweitige vertragliche Regelung“.²⁵⁴ Sollte eine solche Abweichung vereinbart worden sein, ist es sinnvoll die veränderte Verjährungsfrist schriftlich zu dokumentieren und festzusetzen.²⁵⁵ Des Weiteren unterliegen die abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle nach BGB.²⁵⁶

Bezüglich der Hemmung der Verjährung regelt die VOB/B nichts.²⁵⁷ Es gelten die Tatbestände „der §§203 ff BGB.“²⁵⁸ Im §209 BGB wird beschrieben, dass „[d]er Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist,“ nicht „in die Verjährungsfrist“ eingerechnet wird.²⁵⁹ Das führt sozusagen zur Verlängerung der Verjährungsfrist, „um den Zeitraum der Hemmung.“²⁶⁰ Näheres dazu wird an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt.

Zusammenfassend gesagt geben die Verjährungsfristen den Zeitraum wieder, in dem die Mängelrechte durch den Auftraggeber geltend gemacht werden können. Die Fristen unterscheiden sich je nach Art der Bauleistung in Abhängigkeit der Stärke der Abnutzung durch Ingebrauchnahme. Aufgrund der umfassenderen Regelungen dazu im BGB, finden entsprechende Paragraphen des BGB Anwendung.

²⁵³ BGH, Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 103/00, openJur, Rn. 41.

²⁵⁴ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 211.

²⁵⁵ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 220.

²⁵⁶ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 213 ff.

²⁵⁷ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 256.

²⁵⁸ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 256.

²⁵⁹ Verweis in (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 256.

²⁶⁰ (Moufang/Koos): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §13, Rn. 256.

9 Vergleich der Rechtsänderungen vor und nach der Abnahme nach VOB/B

Die Tabelle im Anhang 12 gibt einen Überblick über die Mängelrechte des Auftraggebers vor und nach der Abnahme.

Die Mängelansprüche vor Abnahme werden im §4 geregelt. Der §4 stellt Regelungen dar, die konkret nur „für die Zeit der Leistungsausführung [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“²⁶¹ gelten. Die Ansprüche aus §4 Abs. 7 beziehen sich dementsprechend auf die „vertragswidrige Ausführung“ der Leistung und die Ansprüche aus §13 beziehen sich auf die „‘vertragswidrige Leistung‘“ selbst.²⁶² Der §4 ermöglicht es dem Auftraggeber den Vertrag während der Leistungsausführung zu kündigen, falls der Auftragnehmer zu unzuverlässig ist und den Mangel nach mehreren Aufforderungen und der Kündigungsandrohung nicht beseitigt. Die Regelungen dazu finden sich im §4 Abs. 7 Satz 3 i. V. m. §8 Abs. 3 wieder. Demnach hat der Auftraggeber die Möglichkeit einen Dritten zu beauftragen, der die Mängel behebt und ggf. die Leistung fertigstellt. Die Kosten für die Mängelbeseitigung werden dem ursprünglichen Auftragnehmer in Rechnung gestellt. Es ist nach §8 Abs. 3 Satz 2 auch möglich die Kündigung auf einen abgeschlossenen Teil der Leistung zu beziehen, sodass der Auftragnehmer die anderen Teile der Leistung voraussichtlich vertragsgemäß erfüllen kann. Nach der Abnahme ist solch eine Kündigung nicht mehr möglich, wie §8 Abs. 1 Nr. 1 bestimmt. Denn mit der Abnahme wird die Leistung als vertragsgemäß und fertiggestellt angesehen²⁶³ Mit der Ausnahme, dass zu dem Zeitpunkt bestehende Mängel nach §640 Abs. 3 BGB und §12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B vorbehalten werden müssen, damit die Mängelrechte nach §13 geltend gemacht werden können.

Daraus folgt auch der grundsätzliche Unterschied, dass die Mängelrechte vor Abnahme zum Zeitpunkt der Abnahme erlöschen bzw. in die Gewährleistungsansprüche des §13 übergehen.²⁶⁴ Denn der Auftragnehmer schuldet eine mangelfreie Leistung an den Auftraggeber gemäß §13 Abs. 1 Satz 1. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass sich daraus theoretisch ergibt, dass der Auftragnehmer weder unbedingt eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung noch eine Fristsetzung braucht. Weiterhin ist klar, wenn der Auftragnehmer dieser Pflicht nicht von allein bis zur Abnahme nachkommt, der Auftraggeber seine Rechte mit den genannten Formalien geltend machen kann. Der §13 Abs. 5 Nr. 1 verlangt von vornherein mehr Formalien bezüglich der Mängelbeseitigung. Dazu gehören die Mängelrüge und Aufforderung zur Beseitigung, sowie kein Ausschluss des

²⁶¹ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 1.

²⁶² (Donner): in Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen/Mertens (Hrsg.), VOB Kommentar, B §13, Rn. 113.

²⁶³ (Güntzer): in Güntzer/Hammacher/Lamberty, S. 220.

²⁶⁴ Vgl. OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.01.2006 – 19 U 50/05, openJur, Rn. 21.

Anspruchs auf Mängelbeseitigung wegen fehlendem Vorbehalt der Mängel bei Abnahme oder einer erfolgten Bedenkenanzeige des Auftragnehmers die im Zusammenhang mit den Mängeln von Bedeutung ist. Darüber hinaus bedarf es für die Ersatzvornahme des §13 Abs. 5 Nr. 2 keiner vorherigen Kündigung des Vertrages. Auch die Schadensersatzansprüche betreffend gibt es Unterschiede. Der §13 Abs. 7 unterscheidet vier Schadensersatzansprüche und der §4 Abs. 7 Satz 2 kennt nur einen. Im §13 Abs. 7 wird nicht nur allgemein der Schadensersatzanspruch für Schäden und Mangelfolgeschäden definiert, wie im §4 Abs. 7 Satz 2, sondern auch die Art der Schäden differenziert betrachtet. Dabei werden unterschiedlich viele Voraussetzungen für das Vorliegen der Ansprüche verlangt. Je nachdem welches Rechtsgut des Auftraggebers verletzt wurde, sind andere Voraussetzungen von Bedeutung.

Grundsätzlich unterscheiden sich die Mängelrechte vor und nach der Abnahme überwiegend in ihren Rechtsfolgen und vereinzelt speziellen Voraussetzungen die vom Zeitpunkt der Abnahme abhängig sind sowie vom Regelungstext der entsprechenden VOB/B-Paragrafen. Die bedeutsamen Voraussetzungen wie der wirksame Vertrag und der Mangel ansich unterscheiden sich nicht.

10 Fazit

Grundlegend gilt für alle Mängelrechte, dass es „einen wirksamen Vertrag [ohne Hervorhebungen d. L. W.]“ braucht, da es sich bei der mangelfreien Leistungserbringung um „eine vertragliche Pflicht“ handelt.²⁶⁵ Daher sind die Mängelrechte „nicht gegeben“, wenn der Vertrag „von vornherein“ nichtig gewesen ist.²⁶⁶

Zunächst braucht es für das Zustandekommen des Bauvertrages die Bestimmungen aus der VOB/A zur Vergabe von Bauleistungen und den darin geregelten Zuschlag der das Zustandekommen des Vertrages markiert. Weiterführend sind spezielle vertragliche Regelungen aus dem BGB-Werkvertragsrecht zu entnehmen, welches 2018 angepasst wurde. Abweichend davon ist anzumerken, dass der Bauvertrag 2018 zwar als Unterform zum Werkvertrag im BGB eingeführt und konkretisiert wurde, aber er immer noch „keine spezifischen Regelungen zu den Verantwortungsbereichen der Bauvertragsparteien in der Leistungsausführung“ beinhaltet.²⁶⁷ Dafür kann und wird auf den §4 der VOB/B zurückgegriffen, wenn diese Klausel in den Vertrag einbezogen wird.²⁶⁸ Weiterhin beinhaltet die VOB/B ausdrückliche „Regelungen zu den Rechten und Pflichten“ der Vertragsparteien, die im BGB-Werkvertragsrecht nicht enthalten sind.²⁶⁹ Auch gibt es im BGB-Bauvertrag weder Regelungen zu einer Teilabnahme für in sich abgeschlossene Teile einer Leistung noch die Möglichkeit Mängelrechte vor der Abnahme, wie im §4 Abs. 7 VOB/B, geltend zu machen.²⁷⁰ Außerdem bestehen für die Gewährleistungsansprüche nach der Abnahme im Sinne des §13 VOB/B zusätzliche Regelungen zu den Verjährungsfristen im Vergleich zum BGB-Bauvertrag. Die VOB/B ermöglicht gemäß §13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 eine zweijährige Gewährleistungsfrist infolge der Mängelbeseitigungsaufforderung des Auftraggebers.²⁷¹ Neben dem wird zum Zeitpunkt der Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung, eine neue zweijährige Verjährungsfrist für die vom Mangel befreite Leistung festgesetzt.²⁷²

Innerhalb der Mängelrechte wird häufig die vertragsgemäße Leistung angesprochen. Die VOB/B macht diesbezüglich kaum bis gar keine Angaben. Aus diesem Grund wird dazu geraten auch die Ausführungen des BGB-Bauvertrages zu beachten und eine Leistungsbeschreibung beizufügen, um die genauen Funktionen und Eigenschaften der Leistung festzuhalten.²⁷³ Es bedarf sowohl in der VOB/B als auch im BGB gewissen speziellen

²⁶⁵ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 21.

²⁶⁶ (Langen): in Messerschmidt/Markus (Hrsg.), VOB-Kommentar Teile A/B, B §13, Rn. 21.

²⁶⁷ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 1.

²⁶⁸ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 2.

²⁶⁹ Jacob, Andreas, S. 81.

²⁷⁰ Jacob, Andreas, S. 89, 90.

²⁷¹ Jacob, Andreas, S. 91.

²⁷² Jacob, Andreas, S. 91.

²⁷³ Jacob, Andreas, S. 82.

Anpassungen an die individuellen Gegebenheiten von Bauverträgen. Obwohl die gegenseitige Heranziehung für Ergänzungen ggf. lückenlose Regelungen gewährleisten könnte. Ferner ist doch vieles unklar und nicht geregelt, sodass es von Vorteil ist individuelle ergänzende Regelungen dem Vertrag hinzuzufügen, um beide Parteien im Falle eines Streitfalls abzusichern.²⁷⁴ Denn jedes Bauvorhaben hat meist von Grund auf individuelle Besonderheiten aufzuweisen.²⁷⁵ Aufgrund der umfangreichen Rechtsprechung zu Bauverträgen, wäre es ggf. auch als weiterführendes Thema interessant sich mit diesen auseinanderzusetzen.

Als sehr wichtig erwiesen hat sich die Bedenkenanzeige. Hat der Auftragnehmer Bedenken bezüglich der „Leistungsvorgaben und -grundlagen“²⁷⁶ im Sinne des §4 Abs. 3 VOB/B, „so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich – möglichst schon vor Beginn der Arbeiten – schriftlich mitzuteilen“. Sie hat eine hohe Relevanz dafür, ob der Auftragnehmer für bestimmte Mängelansprüche zu haften hat oder nicht. Denn macht der Auftragnehmer eine Bedenkenanzeige gegenüber dem Auftraggeber und dieser macht dennoch eine entsprechende Anordnung zur Ausführung der Bauleistung trotz der Anzeige, so ist der Auftragnehmer von jeder Mängelhaftung befreit, die sich aus der Ursache ergibt, für die der Auftragnehmer seine Bedenken angezeigt hat.²⁷⁷ Die Regelung findet sich auch im §13 Abs. 3 VOB/B wieder.

Auch die Regelung zur Kündigung vor der Ersatzvornahme gemäß §4 Abs. 7 Satz 3 i. V. m. §8 Abs. 3 VOB/B hat bedeutende Relevanz für die Praxis. Demnach hat der Auftraggeber darauf zu achten, ein Drittunternehmen für die Mängelbeseitigung erst zu beauftragen, wenn er den Vertrag zum ursprünglichen Auftragnehmer ganz oder teilweise gekündigt hat. Ansonsten könnte der Auftraggeber seine Mängelrechte verlieren.

Nicht zuletzt kann das Vergabe- und Vertragshandbuch für Bauleistungen des Bundes ein hilfreicher Bestandteil für die Vertragsabwicklung und Ausführung sein. Das VHB beinhaltet Umsetzungen zu den Regelungen der VOB/B. Die entsprechenden Formulare sind übersichtlich, einheitlich und sehr gut strukturiert. Aus ihnen ergibt sich die logische Reihenfolge der Mängelrechte und welche Formulare wann einzusetzen sind. Es gibt keine Formulare die sich mit den Schadensersatzansprüchen vor oder nach der Abnahme auseinandersetzen. Bestimmungen dazu sind nur in der Richtlinie 400 des VHB des Bundes zu finden. Demzufolge könnte sich weiterführend mit der genannten oder anderen Richtlinie/n des VHB beschäftigt werden und diese kritisch betrachtet werden. Denn die Richtlinien sind ähnlich wie Handlungsempfehlungen anzusehen.

²⁷⁴ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 3.

²⁷⁵ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 3.

²⁷⁶ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 51.

²⁷⁷ (Gartz): in Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel (Hrsg.), VOB/B, §4, Rn. 93.

Kernsätze

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung lassen sich in folgenden Kernsätzen zusammenfassen:

1. Für das Zustandekommen des VOB-Bauvertrags bedarf es dem Vergabeverfahren mit Zuschlag nach VOB/A und einem wirksam zustande gekommenen Bauvertrag nach Werkvertragsrecht des BGB.
2. Die VOB/B ist weder ein Gesetz noch eine Rechtsverordnung und muss aus diesem Grund ausdrücklich zum Vertragsbestandteil gemacht werden, um zur Anwendung zu kommen.
3. Die VOB/B stellt Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des §305 BGB dar.
4. Ausschlaggebende Voraussetzungen für die Mängelansprüche sind ein wirksamer Vertrag über die Bauleistung und ein Mangel der zur vertragswidrigen Leistung geführt hat.
5. Der Auftragnehmer kann nicht haftbar für Mängel gemacht werden, zu denen er im Voraus gegenüber dem Auftraggeber seine Bedenken im Sinne des §4 Abs. 3 VOB/B angezeigt hat.
6. Hat der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Abnahme Kenntnis von Mängeln an der Leistung, muss er die Abnahme unter Vorbehalt dieser Mängel erklären, damit er seine Mängelrechte nicht verliert.
7. Der Auftraggeber hat bei der Ersatzvornahme der Mängelbeseitigung von Mängeln vor der Abnahme einen Dritten erst zu beauftragen, wenn er dem ursprünglichen Auftragnehmer zuvor wirksam gekündigt hat gemäß §4 Abs. 7 Satz 3 i. V. m. §8 Abs. 3 VOB/B.
8. Die VOB/B beinhaltet speziellere Regelungen zum Bauvertragsrecht als das BGB.
9. In der VOB/B werden wenige bis gar keine Angaben zu den Eigenschaften der vertragsgemäßen Leistung gemacht, woraus sich ergibt, dass es weiterer Vertragsunterlagen bedarf die dazu Angaben machen.
10. Die umfassende Rechtsprechung zum Bauvertragsrecht ermöglicht einen klareren Umgang mit den unbestimmten Rechtsbegriffen der Rechtsgrundlagen und typischen Streitfällen.
11. Das Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes stellt eine hilfreiche Umsetzung der VOB/B Regelungen dar, aber ist lückenhaft bezüglich der Schadensersatzansprüche.

Anhangsverzeichnis

Anhang 1: Vergabevermerk – Zuschlag	V
Anhang 2: Wirkungen der Abnahme	VI
Anhang 3: Abnahmeprotokoll mit Mangelvorbehalt	VII
Anhang 4: Zustandsfeststellung und Abnahmeverweigerung.....	IX
Anhang 5: Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB	XI
Anhang 6: Übersicht zur Mängelbeseitigung vor Abnahme	XII
Anhang 7: Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung	XIII
Anhang 8: Kündigungsandrohung.....	XV
Anhang 9: Kündigung	XVI
Anhang 10: Übersicht zur Mängelbeseitigung nach Abnahme	XVIII
Anhang 11: Abnahme der Mängelbeseitigungsleistungen.....	XIX
Anhang 12: Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B.....	XXI

Anhang

Anhang 1: Vergabevermerk – Zuschlag

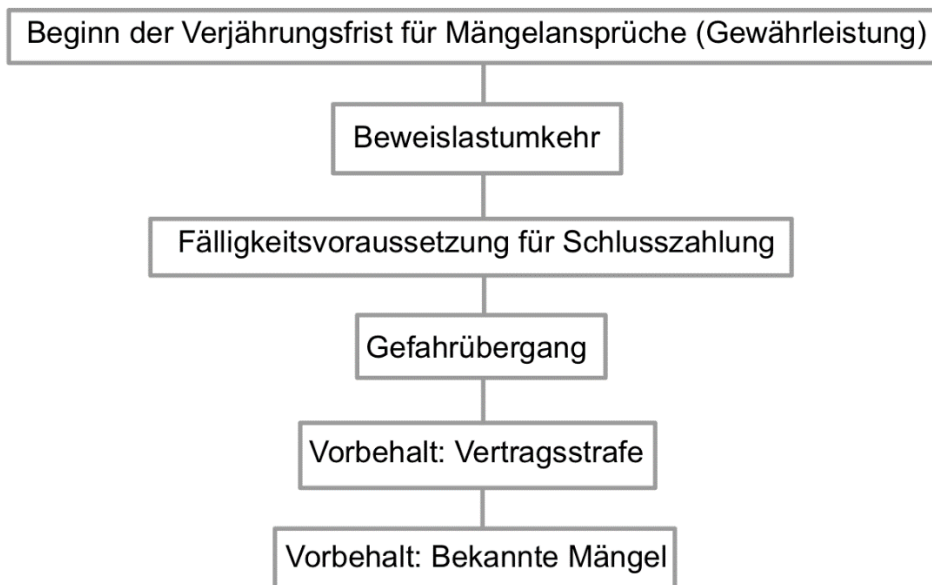
331

(Vergabevermerk - Entscheidung über den Zuschlag)

Vergabestelle			
Vergabevermerk - Entscheidung über den Zuschlag			
Az	_____	Vergabenummer	_____
fachlich zuständig	_____	Datum	_____
federführend zuständig	_____	Bearbeiter / Tel.	_____
Baumaßnahme			
Leistung			
<input type="checkbox"/> Der Gesamtauftrag <input type="checkbox"/> Der Auftrag für Los(e) _____ soll der Firma _____			
<input type="checkbox"/> auf das Hauptangebot Nr. vom _____ <input type="checkbox"/> auf das Nebenangebot Nr. vom _____ erteilt werden.			
Ausschlaggebend für den Vorschlag <input type="checkbox"/> ist der Preis. <input type="checkbox"/> sind die nachstehenden Kriterien: Begründung zum Vergabevorschlag, wenn für den Vergabevorschlag nicht der Preis sondern andere Kriterien maßgebend sind.			
Eignung des Bieters, Nachweise nach Aufforderung zur Abgabe eines Angebots			
Die Eignung des Bieters wird bestätigt. <input type="checkbox"/> Der Bieter ist bevorzugter Bewerber (vgl. Anlage).			
<input type="checkbox"/> Die geforderten Nachweise zur Eignung liegen vor.			
<input type="checkbox"/> Auf die Vorlage folgender Nachweise			
wurde verzichtet, weil			
Auftragssumme / Wertungssumme			
Angebotssumme (geprüft) netto	€	Auftragssumme (Übertrag)	0,00 €
Preisnachlass v. H. <small>berechnen</small>	0,00 €		€
Angebotssumme netto incl. Preisnachlass	0,00 €		€
Umsatzsteuer v.H. <small>berechnen</small>	0,00 €	weitere Kosten (z.B. Instandhaltung, Betriebskosten, etc.)	€
Auftragssumme	0,00 €	Wertungssumme	0,00 €
veranschlagte Auftragssumme	€	für Auftrag verfügbar	€
Ablauf der Bindefrist			
<input type="checkbox"/> Information gemäß § 134 GWB: Art der Absendung <input type="checkbox"/> per Post <input type="checkbox"/> per Fax <input type="checkbox"/> per E-Mail am: _____ <small>(siehe Richtlinie zum Formblatt 334)</small>			
frühester Termin der Auftragserteilung am: _____			
Vergabevorschlag		Anlage: <input type="checkbox"/> Wertungsübersicht 321	
erstellt / fachlich zuständig	_____	<input type="checkbox"/> einverstanden (mit den ersichtlichen Änderungen)	
federführend zuständig	_____	<input type="checkbox"/> nicht einverstanden	
Haushalt / Kosten	_____	Behördenleitung	

Anhang 2: Wirkungen der Abnahme

Wirkungen der Abnahme



279

Anhang 3: Abnahmeprotokoll mit Mangelvorbehalt

442
(Abnahme)

Auftraggeber

Vergabe-/Auftragsnummer	Auftragsdatum

Auftragnehmer

Baumaßnahme

Leistung

Leistungsort	Beginn	Fertigstellung bzw. Beendigung
Abnahme		
Ort: _____ Datum: _____ Uhrzeit: _____		
Teilnehmer Für den Auftraggeber:		
Für den Auftragnehmer:		
<input type="checkbox"/> Abnahme der Gesamtleistung		
<input type="checkbox"/> Abnahme folgender, in sich abgeschlossener Teile der Leistung		
<input type="checkbox"/> siehe Anlage		
<input type="checkbox"/> Abnahme der ausgeführten Leistung im Falle der Kündigung		

Zur Abnahme sind folgende Unterlagen vorgelegt worden:

Festgestellt wurden:

- keine Mängel
- folgende Mängel:

- folgende Mängel laut Anlage(n)
- folgende Mängel, die zur Kündigung geführt haben:

Die festgestellten Mängel sind unverzüglich, spätestens bis zum _____ zu beseitigen.
Dies gilt nicht für die Mängel, die zur Kündigung geführt haben.
Kommt der Auftragnehmer dem nicht nach, ist der Auftraggeber berechtigt, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen zu lassen.

- Die Abnahme wird verweigert, weil die festgestellten Mängel wesentlich sind.
- Zusätzliche Absprache:

Alle übrigen Ansprüche des Auftraggebers bleiben weiterhin unberührt.
Der Auftraggeber behält sich vor, die vereinbarte Vertragsstrafe geltend zu machen.
Auftragnehmer¹: _____ Auftraggeber: _____

In Vertretung/Im Auftrag

In Vertretung/Im Auftrag

¹ Unterschrift des Auftragnehmers ist nur erforderlich, wenn eine gemeinsame Abnahme stattgefunden hat.

Anhang 4: Zustandsfeststellung und Abnahmeverweigerung

441
(Zustandsfeststellung)

Auftraggeber

Vergabe-/Auftragsnummer	Auftragsdatum

Deutschland

Auftragnehmer

Baumaßnahme

Leistung

Leistungsort

Zustandsfeststellung nach § 4 Absatz 10 VOB/B

Ort: _____ Datum: _____ Uhrzeit: _____

Teilnehmer

Für den Auftraggeber:

Für den Auftragnehmer:

- Feststellung des Zustandes von Teilen der Leistung, die durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden (§ 4 Absatz 10 VOB/B), und zwar folgender Teilleistungen:

Zur Zustandsfeststellung sind folgende Unterlagen vorgelegt worden:
Folgende Mängel bzw. vertragswidrige Leistungen wurden festgestellt:
Die als mangelhaft bzw. vertragswidrig festgestellten Leistungen sind nach § 4 Absatz 7 VOB/B vollständig bis zum _____ durch mangelfreie zu ersetzen.
<input type="checkbox"/> In diesem Zusammenhang sind gemeinsame Feststellungen zur Abrechnung von Leistungen, die bei der Weiterführung nur schwer feststellbar sind (§ 14 Absatz 2 Satz 3 VOB/B), getroffen worden, und zwar: <input type="checkbox"/> gemeinsames Aufmaß (siehe Anlage) <input type="checkbox"/>
Mit dieser Zustandsfeststellung ist keine Billigung der erbrachten Leistung als im wesentlichen vertragsgerecht und damit keine Abnahme verbunden.

Auftragnehmer:

Auftraggeber:

In Vertretung/Im Auftrag

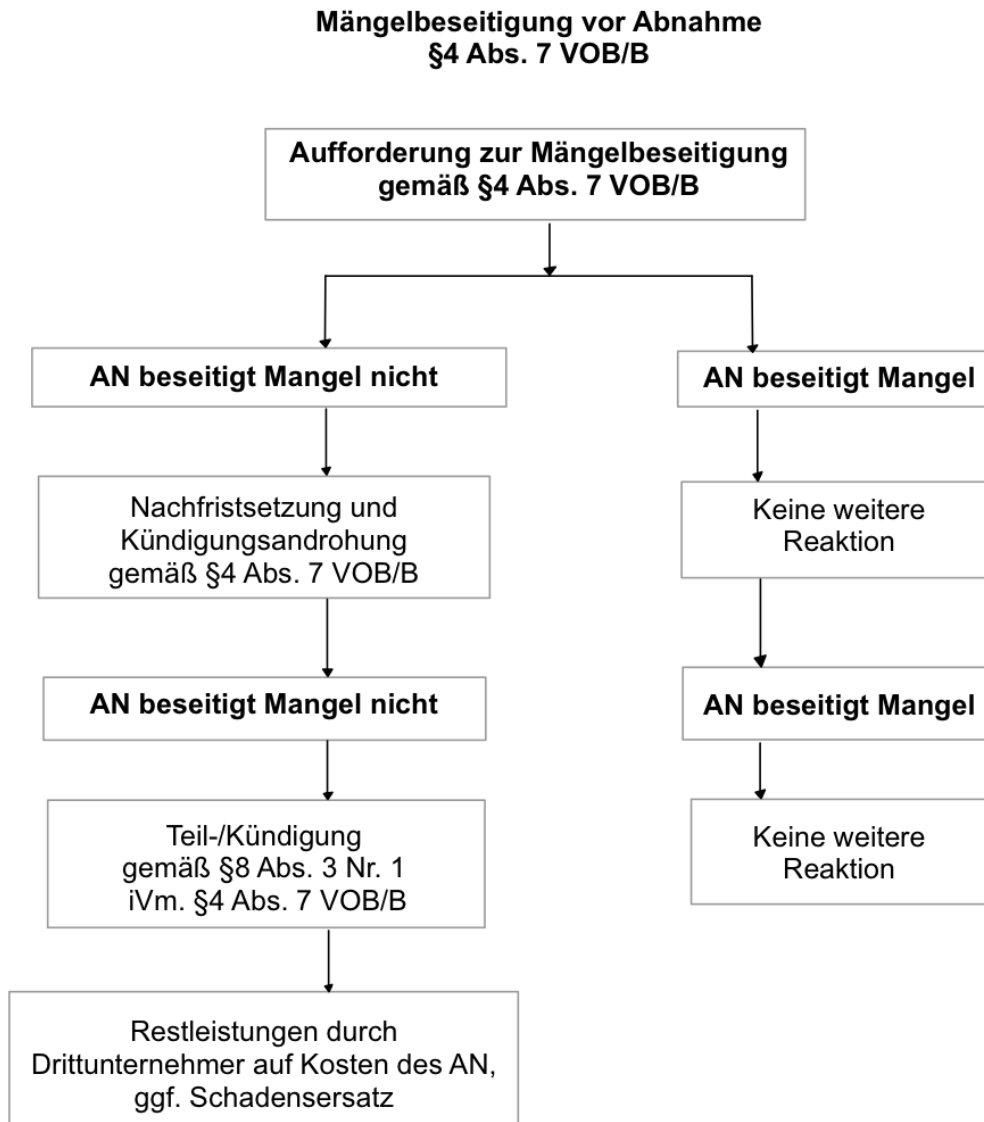
In Vertretung/Im Auftrag

Anhang 5: Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB

	Nacherfüllung §§634 Nr. 1, 635	Ersatz der erforderlichen Aufwendungen §§634 Nr. 2, 637 I	Rücktritt §§634 Nr. 3 Alt. 1, 346 I	Minderung §§634 Nr. 3 Alt. 2, 638	Teil-Rück- zahlung §638 IV	SE statt der (ausgeblieben- nen) Leistung §§634 Nr. 4, 636, 280 I u. III, 281 I	SE statt der ganzen Leis- tung §§634 Nr. 4, 636, 280 I u. III, 281 I	SE neben der Leis- tung §§634 Nr. 4, 280 I	
IX I. Anspruch ist entstanden	1. Wirksamer WerkV/BauV (§631/§650a)								
	2. Mangel (§633) bei Gefahrenübergang (§§640, 644, 646)								
		3. erfolglose Nachfristset- zung (§637 I), soweit nicht entbehrlich (§§637 II, 323 II)	3. erfolglose Nachfristsetzung (§323 I), soweit nicht entbehrlich (§§636, 323 II, 326 V)			3. erfolglose Nachfristsetzung (§281 I), soweit nicht entbehrlich (§§281 II, 636)			
	4. Nacherfüllungs- verlangen (Wahl- recht d. Unt., §635)	4. Verweigerung der Nach- erfüllung zu Recht (§§635 III, 275)	4. Vergü- tung bereits gezahlt						
		5. Erforderlichkeit der Auf- wendungen	5. erhebliche Pflichtverletzung (§323 V S. 2)			5. erhebliche Pflichtverletzung (§281 I S. 3)			
						6. Vertreten müssen (§§280 I S. 2, 276, 278)			
						7. kausaler Schaden			
	8. kein Ausschluss (§§639, 640 III)		8. kein Ausschluss (§§323 VI, 639, 640 III)			8. kein Ausschluss (§§639, 640 III)			
					9. Erklärung (§349)				
II. Anspruch ist nicht erlo- schen	Erfüllung (§362 I); rechtsgestaltende WE (Rücktritt, Anfechtung, Kündigung etc.)								
III. Anspruch ist durch- setzbar	Verjährung (§§634a) Unverhältnismäßig- keit der Nacherfül- lung (§635 III)	Verjährung (§§634a)	Verjährung (§§634a IV, 218)	Verjährung (§§634a V, 218)	Verjährung (§§634a)				
				RF: Rückgewähr- schuldverhältnis (§§346 ff.)					

(eigene Darstellung)

Anhang 6: Übersicht zur Mängelbeseitigung vor Abnahme



282

Anhang 7: Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung

464

(Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung)

Auftraggeber

Auftragsnummer

Auftragsdatum

Deutschland
Tel.

Fax

Aktenzeichen

Datum

Datum setzen

Baumaßnahme

Leistung

Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich habe am _____ festgestellt, dass

- auf der Baustelle **angelieferte Stoffe und/oder Bauteile**
 mangelhaft sind vertragswidrig sind (§ 4 Absatz 6 VOB/B)
und zwar

- folgende **ausgeführten Leistungen**
 mangelhaft sind vertragswidrig sind (§ 4 Absatz 7 VOB/B)
und zwar

- Leistungen, auf die Ihr Betrieb eingerichtet ist, nicht im eigenen Betrieb, sondern **ohne meine Zustimmung durch Nachunternehmer** ausgeführt werden (§ 4 Absatz 8 VOB/B)
und zwar

Ich fordere Sie hiermit auf, die oben angeführten

- auf der Baustelle angelieferten **mangelhaften/vertragswidrigen Stoffe und/oder Bauteile** unverzüglich jedoch **spätestens bis zum** von der Baustelle zu entfernen (§ 4 Absatz 6 VOB/B) und erkläre hiermit, dass ich nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist diese Gegenstände auf Ihre Kosten entfernen oder für Ihre Rechnung veräußern werde.
- als **mangelhaft/vertragswidrig erkannten Leistungen** unverzüglich jedoch **spätestens bis zum** durch mangelfreie/vertragsgemäße Leistungen zu ersetzen (§ 4 Absatz 7 VOB/B).
- Leistungen, auf die Ihr Betrieb eingerichtet ist, unverzüglich jedoch **spätestens bis zum** im eigenen Betrieb und mit eigenen Beschäftigten auszuführen (§ 4 Absatz 8 VOB/B).

Ich weise darauf hin, dass Sie im Fall des fruchtlosen Ablaufs dieser Frist(en) den sich daraus ergebenden Schaden auszugleichen haben. Außerdem müssen Sie hinsichtlich mangelhafter/vertragswidriger Leistungen oder eines nicht gestatteten Nachunternehmereinsatzes mit der Kündigung des Vertrags nach § 8 Absatz 3 VOB/B rechnen.

Mit freundlichen Grüßen

I.A.

Anhang 8: Kündigungsandrohung

465

(Androhung der Vertragskündigung wegen mangelhafter/vertragswidriger Leistung)

Auftraggeber

Auftragsnummer

Auftragsdatum

Deutschland

Tel.

Fax

Aktenzeichen

Datum

Datum setzen

Baumaßnahme

Leistung

Androhung der Vertragskündigung wegen mangelhafter/vertragswidriger Leistung

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie sind in Verzug geraten, weil Sie meiner Aufforderung zur vertragsgemäßen Leistungserbringung vom Az.: **nicht bzw. nicht im vollen Umfang zu dem gesetzten Termin** nachgekommen sind und die

- benannten mangelhaft/vertragswidrig ausgeführten Leistungen **nicht durch mangelfreie/vertragsgemäße Leistungen ersetzt** haben (§ 4 Absatz 7 VOB/B).
Ich setze Ihnen eine Nachfrist zur mangelfreien/ vertragsgemäßen Leistungserbringung bis zum _____ und erkläre hiermit, dass ich nach **fruchtlosem Ablauf dieser Frist** den Vertrag **kündigen werde** (§ 8 Absatz 3 VOB/B).
- Leistungen, auf die Ihr Betrieb eingerichtet ist, **nicht im eigenen Betrieb** ausgeführt haben (§ 4 Absatz 8 VOB/B).
Ich setze Ihnen eine Nachfrist zur Erbringung der Leistungen im eigenen Betrieb bis zum _____ und erkläre hiermit, dass ich nach **fruchtlosem Ablauf dieser Frist** den Vertrag **kündigen werde** (§ 8 Absatz 3 VOB/B).

Ich behalte mir das Recht vor, zu gegebener Zeit Schadensersatz für sämtliche Schäden, die aus einer solchen Kündigung entstehen werden, geltend zu machen.

Mit freundlichen Grüßen

I.A.

Anhang 9: Kündigung

466

(Kündigung)

Auftraggeber

Auftragsnummer	Auftragsdatum
Aktenzeichen	Datum

Deutschland

Tel.

Fax

Datum setzen

Baumaßnahme

Leistung

Vertragskündigung nach § 8 Absatz 3 VOB/B

wegen Leistungsverzug (§ 5 Absatz 4 VOB/B)

wegen mangelhafter/vertragswidriger Leistungen (§ 4 Absatz 7 oder Absatz 8 VOB/B)

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich habe am folgenden Bautenstand/Sachverhalt festgestellt:

Folglich ist die von mir mit Androhung der Vertragskündigung vom gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen.

Az.:

Aus diesem Grund kündige ich hiermit den Bauvertrag Nr.:

vom

insgesamt

teilweise, und zwar beschränkt auf folgende(n) in sich abgeschlossene(n) Teil(e) der Bauleistung:

Ich behalte mir ausdrücklich vor, Schadenersatz geltend zu machen.



Ich fordere Sie hiermit auf,

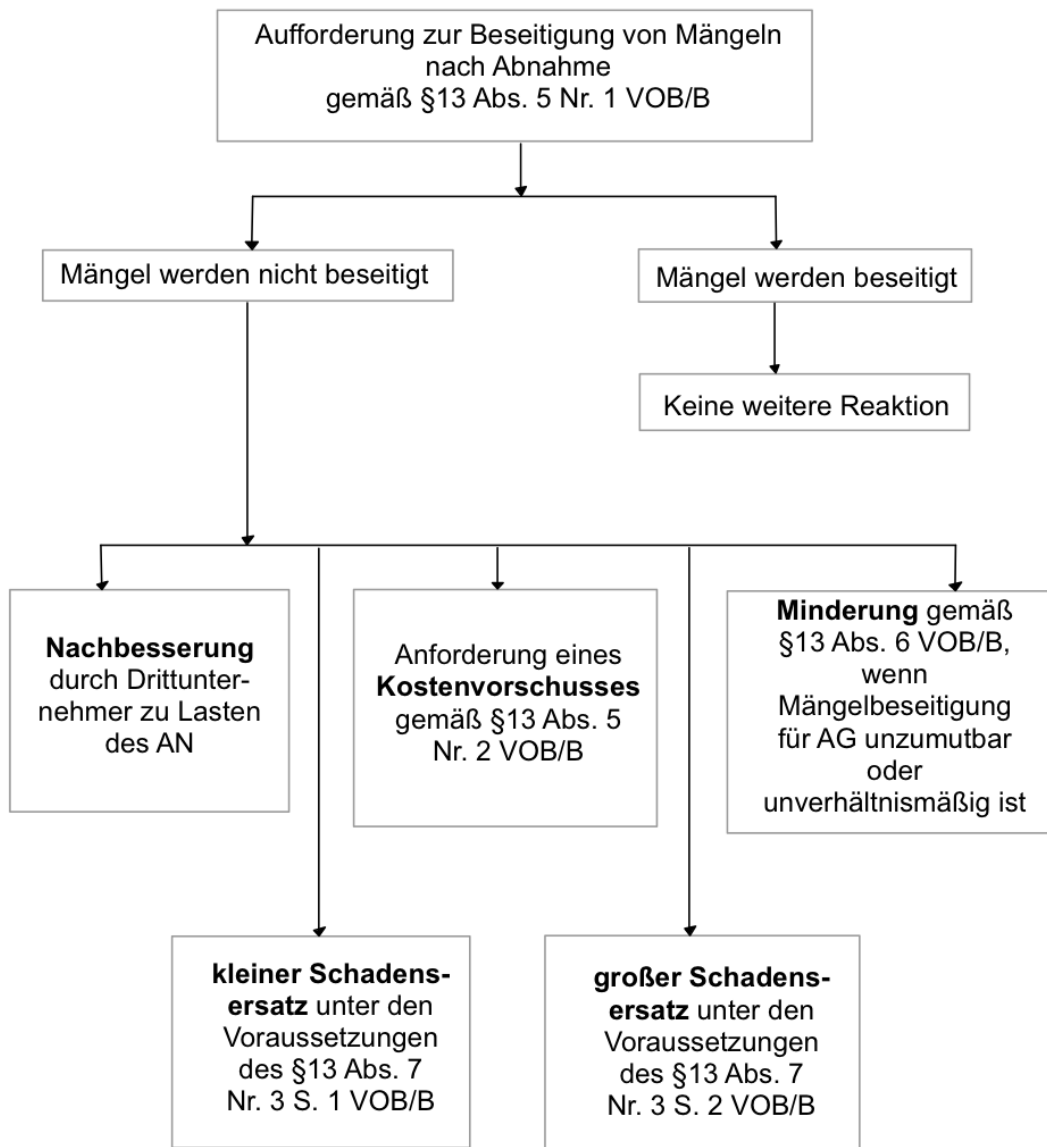
- die Baustelle spätestens bis zum _____ zu räumen, und zwar
- einschließlich Ihrer dort noch lagernden Stoffe, Bauteile und Ihrer Baustelleneinrichtung.
 unter Aufrechterhaltung und Nutzung Ihrer Baustelleneinrichtung und Verwendung Ihrer dort noch lagernden Stoffe und Bauteile. Dafür wird einer angemessenen Vergütung gewährt, die noch abzustimmen ist. Das Entfernen Ihrer Baustelleneinrichtung und Ihrer Stoffe und Bauteile von der Baustelle ist Ihnen hiermit untersagt.
- am _____ um _____ Uhr an der gemeinsamen Feststellung des Bautenstandes und an der Vornahme eines gemeinsamen Aufmaßes teilzunehmen.
- innerhalb der Fristen nach § 14 Absatz 3 VOB/B eine prüffähige Schlussrechnung über Ihre Vergütungsansprüche vorzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

I.A.

Anhang 10: Übersicht zur Mängelbeseitigung nach Abnahme

Mängel nach der Abnahme §13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B



Anhang 11: Abnahme der Mängelbeseitigungsleistungen

443

(Abnahme Mängelbeseitigungsleistungen)

Auftraggeber

Vergabe-/Auftragsnummer	Auftragsdatum

Auftragnehmer

Baumaßnahme

Leistung

Leistungsort	Beginn	Fertigstellung bzw. Beendigung
Abnahme Mängelbeseitigungsleistungen (§ 13 Absatz 5 Nummer 1 VOB/B)		
Ort: _____ Datum: _____ Uhrzeit: _____		
Teilnehmer Für den Auftraggeber:		
Für den Auftragnehmer:		
<input type="checkbox"/> Abnahme aller Mängelbeseitigungsleistungen		
<input type="checkbox"/> Abnahme folgender Mängelbeseitigungsleistungen		
<input type="checkbox"/> siehe Anlage		

Zur Abnahme sind folgende Unterlagen vorgelegt worden:	
Festgestellt wurden:	
<input type="checkbox"/> keine Mängel	
<input type="checkbox"/> folgende Mängel:	
<input type="checkbox"/> folgende Mängel laut Anlage(n)	
Die festgestellten Mängel sind unverzüglich, spätestens bis zum _____ zu beseitigen. Kommt der Auftragnehmer dem nicht nach, ist der Auftraggeber berechtigt, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen zu lassen.	
<input type="checkbox"/> Der Auftraggeber wird die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.	
<input type="checkbox"/> Zusätzliche Absprache:	
Alle übrigen Ansprüche des Auftraggebers bleiben weiterhin unberührt. Der Auftraggeber behält sich vor, die vereinbarte Vertragsstrafe geltend zu machen.	
Auftragnehmer ¹ :	Auftraggeber:
In Vertretung/Im Auftrag	In Vertretung/Im Auftrag

¹ Unterschrift des Auftragnehmers ist nur erforderlich, wenn eine gemeinsame Abnahme stattgefunden hat.

Anhang 12: Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B

Vor Abnahme			Nach Abnahme							
Mängelbeseitigung §4 VII S. 1	SE neben/statt der Leistung §4 VII S. 2	Kündigungsrecht (EV) §4 VII S. 3, §8 III	Mängelbeseitigung §13 V Nr. 1	Ersatzvornahme (EV) §13 V Nr. 2	Minderung §13 VI, §638 BGB	SE §13 VII Nr. 1	SE §13 VII Nr. 2	Kleiner SE §13 VII Nr. 3 S. 1	Großer SE §13 VII Nr. 3 S. 2	
1. Wirksamer WerkV/BauV										
2. Mangel vor A. oder vertragswidrige Leistung	2. Mangel vor A., auch Mangelfolgeschäden	2. Mangel vor A. oder vertragswidrige Leistung	2. Mangel (§13 I, II) bei Gefahrenübergang (§12 VI, §644 I S. 1 BGB), Zusammenhang zu vertragswidriger Leistung				2. Mangel (§13 I, II) bei Gefahrenübergang (§12 VI, §644 I S. 1 BGB), Mangelfolgeschäden		2. Wesentlicher Mangel (§13 I, II) bei Gefahrenübergang (§12 VI, §644 I S. 1 BGB)	
								3. Erhebliche Beeinträchtigung Gebrauchsfähigkeit		
4. ggf. Aufforderung (§635 BGB)		4. Aufforderung (§635 BGB)	4. Aufforderung (Wahlrecht Unt. §635 BGB); Mängelrüge (Symptomrechtsprechung)	4. Aufforderung; Mängelrüge (Symptomrechtsprechung)	4. Mängelbeseitigung unzumutbar, unmöglich, unverhältnismäßig hoher Aufwand oder Minderwert verbleibt					
		5. Fristsetzung mit Kündigungsandrohung §4 VII S. 3		5. erfolglose Fristsetzung, soweit nicht entbehrlich (Verweigerung, Vertrauensverlust)	5. Verweigerung durch AN		5. Erfolgreiche Fristsetzung Mängelbeseitigung, wenn nicht entbehrlich			
				6. erstattungsfähige Kosten	6. Erklärung					

	Mängelbeseitigung	SE neben/statt der Leistung	Kündigungsrecht (EV)	Mängelbeseitigung	EV	Minderung	SE	SE	Kleiner SE	Großer SE
		7. Verschulden/Vertreten müssen §§276, 278 BGB					7. Verschulden AN ab leichter Fahrlässigkeit §276 II BGB	7. Verschulden AN (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit)	7. Verschulden des AN	
		8. Kausaler Schaden					8. Kausaler Schaden der Rechtsgüter: Leben, Körper, Gesundheit	8. Kausaler Schaden (alle weiteren Rechtsgüter)	8. Kausaler Schaden an der baulichen Anlage	8. Kausaler Schaden der über die bauliche Anlage hinausgeht (Nr. 3 S. 2 a), b) oder c)
	9. Kein Ausschluss durch Unverh., Unmögl., Bedenkenanzeige §4 III			9. Kein Ausschluss wegen Unzumutbar, Unmögl., unverh. Hoher Aufwand; fehlender Vorbehalt (§640 III BGB, §12 V VOB/B), Bedenkenanzeige §4 III u. §13 III	9. Kein Ausschluss: Bedenkenanzeige (§4 III u. §13 III), fehlender Vorbehalt (§640 III BGB, §12 V VOB/B)					
II. Anspruch ist nicht erloschen	Kündigung §4 VII S. 3 + §8 III		Abnahme Leistung §12	Mängelbeseitigung ist erfolgt						
III. Anspruch ist durchsetzbar	Nur bis zur Abnahme §12, ggf. Verweigerung der Abnahme §12 III			Verjährung (§13 IV)						Gesetzliche Fristen, §13 VII Nr. 4 (Versicherungsschutz) Verjährung (§13 IV)

(eigene Darstellung)

Literaturverzeichnis

Bielefeld, Bert: *Bauvertrag*. Basel, Birkhäuser Verlag GmbH, 2018.

Diehr, Uwe (Verf.); Deutsches Institut für Normung e. V. (Hrsg.): *VOB/B 2019, Kommentar für die Baupraxis*. Kommentar, 5. aktualisierte Auflage, Berlin/Wien/Zürich, Beuth Verlag GmbH, 2019.

Franke, Horst; Kemper, Ralf; Zanner, Christian; Grünhagen, Matthias; Mertens, Susanne (Hrsg.): *VOB-Kommentar, Bauvergaberecht, Bauvertragsrecht, Bauprozessrecht*. Kommentar, 6. Auflage, Köln, Werner Verlag, 2017.

Grüneberg, Christian (Hrsg.); Ellenberger, Jürgen; Götz, Isabell; Herrler, Sebastian; Pückler, Renata von; Retzlaff, Björn; Siede, Walther; Sprau, Hartwig; Thorn, Karsten; Weidenkaff, Walter; Weidlich, Dietmar; Wicke, Hartmut (Verf./Begr.): *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, 81. neubearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2022.

Güntzer, Karl Heinz (Hrsg.); Hammacher, Peter (Hrsg.); Lamberty, Markus (Verf.): *Einführung in das Bauvertragsrecht, Einschließlich Werklieferungsvertrag, VOB/B und angrenzender Rechtsgebiete*. 1. Auflage, Köln, Werner Verlag, 2018.

Heiermann, Wolfgang; Linke, Liane; Hilka, Matthias; Tschäpe, Philipp: *VOB/B-Musterbriefe für Auftraggeber, Bauherren-Generalunternehmer-Architekten-Bauingenieure*. 9. aktualisierte Auflage, Wiesbaden/Heidelberg, Springer Vieweg, 2021.

Jacob, Andreas: *Bauvertrag 2018 für Auftraggeber, BGB und VOB/B sicher anwenden*. Köln, Rudolf Müller, 2018.

Jansen, Günther; Seibel, Mark; Nicklisch, Fritz; Weick, Günter (Hrsg.): *VOB Teil B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, Kommentar*. Kommentar, 5. neubearbeitete Auflage, München, C.H. Beck, 2019.

Kapellmann, Klaus Dieter; Langen, Werner: *Einführung in die VOB/B, Basiswissen für die Praxis*. 27. neu bearbeitete Auflage, Köln, Werner Verlag, 2018.

Leinemann, Ralf; Maibaum, Thomas: *Die VOB, das BGB-Bauvertragsrecht und das neue Vergaberecht 2019, Die wichtigsten Vorschriften für Baupraxis und Auftragsvergabe mit Erläuterungen der Neuregelungen 2019*. 11. aktualisierte Auflage, Köln, Bundesanzeiger Verlag, 2019.

Markus, Jochen; Kapellmann, Susanne; Pioch, Christian: *AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln*. 5. Auflage, Köln, Werner Verlag, 2019.

Messerschmidt, Burkhard; Markus, Jochen (Hrsg.): *VOB Teile A und B, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabevertragsordnung (VgV)*. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 58, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2022.

Messerschmidt, Burkhard; Voit, Wolfgang (Hrsg.): *Privates Baurecht, Kommentar zu §§631 ff. BGB samt systematischen Darstellungen sowie Kurzkommentierungen zu VOB/B, HOAI und BauFordSiG*. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 60, 4. Auflage, München, C.H. Beck, 2022.

Pause, Felix; Fiedler, Markus: *365 Tage neues Bauvertragsrecht – BGB 2018 oder VOB?, Rechtliche Vorgaben korrekt umsetzen, die vorteilhaftesten Regelungen vereinbaren, wertvolle Erfahrungen nutzen*. Kissing, Weka Media GmbH & Co. KG, 2019.

Peters, Frank (Verf.); Kaiser, Dagmar (Hrsg.): *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 der Schuldverhältnisse §§631-650v, Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag, Bauträgervertrag*. Kommentar, 1. Auflage, Berlin, Otto Schmidt – De Gruyter, 2019.

Stammkötter, Andreas: *Die Bauleiterschule, Rechtliche Grundlagen mit Muster-schreiben*. 7. überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin/Offenbach, VDE Verlag GmbH, 2019.

Theißen, Rolf: *VOB/B – Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen, Ein Handbuch für öffentliche und gewerbliche Auftraggeber*. 3. überarbeitete Auflage, Stuttgart, Fraunhofer IRB Verlag, 2017.

Wenkebach, Stefan: *Das neue Bauvertragsrecht, Schnelleinstieg*. Heidelberg, Rehm Verlag, 2017.

Wirth, Axel; Pfisterer, Cornelius; Schellenberg, Barbara: *Privates Baurecht praxisnah, Basiswissen mit Fallbeispielen*. 3. Überarbeitete und aktualisierte Auflage, Wiesbaden, Springer Vieweg, 2021.

Zanner, Christian: *VOB/B nach Ansprüchen, Entscheidungshilfen für Auftraggeber, Planer und Bauunternehmer*. 7. Aktualisierte Auflage, Wiesbaden/Heidelberg, Springer Vieweg, 2021.

Rechtsprechungsverzeichnis

BGH, Urteil vom 22.02.2018 - VII ZR 46/17, openJur 2018, 5154.

BGH, Urteil vom 11.02.2012 – VII ZR 179/11, openJur 2012, 129785.

BGH, Urteil vom 28.06.2007 – VII ZR 8/06, openJur 2011, 8730.

BGH, Urteil vom 23.02.2006 – VII ZR 84/05, ZfBR 2006, 457.

BGH, Urteil vom 20.05.2003 – X ZR 57/02, openJur 2010, 10002.

BGH, Urteil vom 27.03.2003 – VII ZR 443/01, openJur 2010, 9807.

BGH, Urteil vom 23.05.2002 – VII ZR 219/01, openJur 2010, 6316.

BGH, Urteil vom 19.12.2002 – VII ZR 103/00, openJur 2010, 9287.

BGH, Urteil vom 16.07.1998 – VII ZR 350/96, openJur: Wolters Kluwer Online, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/9ad75fcb-3f67-44b1-b1e5-646ceba3a1ce>.
[Zugriff: 07.03.2023]

BGH, Urteil vom 15.02.1990 – VII ZR 175/89, openJur: Wolters Kluwer Online, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/87c68062-46fb-421c-9bb8-c86bdb399792>.
[Zugriff: 06.03.2023]

BGH, Urteil vom 10.10.1985 – VII ZR 303/84, openJur: Wolters Kluwer Online, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/eed0adca-11d2-4bb9-97a6-81f6b1cd0ac6>.
[Zugriff: 14.03.2023]

BGH, Urteil vom 25.02.1982 – VII ZR 161/80, openJur: Wolters Kluwer Online: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/cd5fae2d-1134-4071-863a-0c7d0e5dacdd>.
[Zugriff: 06.03.2023]

BGH, Urteil vom 30.06.1977 – VII ZR 205/75, openJur: Wolters Kluwer Online <https://research.wolterskluwer-online.de/document/8053ce1f-ceec-411a-8b8b-d9fb963ff7f8>.
[Zugriff: 02.03.2023]

BGH, Urteil vom 24.03.1977 – VII ZR 220/75, openJur: Wolters Kluwer Online, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/108ca01e-3483-4ae5-ad53-297a2903f53d>.
[Zugriff: 06.03.2023]

BGH, Urteil vom 24.05.1973 – VII ZR 92/71, dejure: JLaw online, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZR__92-71-ok. [Zugriff: 24.02.2023]

BGH, Urteil vom 26.10.1972 – VII ZR 181/71, dejure: JLaw online, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZR_181-71. [Zugriff: 24.02.2023]

BGH, Urteil vom 06.05.1968 – VII ZR 33/66, dejure: JLaw online, https://www.prinz.law/urteile/bgh/VII_ZR__33-66. [Zugriff: 02.03.2023]

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.02.2014 – I-23 U 62/13, openJur 2014, 11996.
OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.06.2011 – I-21 U 100/10, openJur 2012, 80551.
OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.05.2009 – I-5 U 92/07, openJur 2011, 71138.
OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2007 – I-23 U 164/05, openJur 2011, 56258.
OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 11.01.2006 – 19 U 50/05, openJur 2012, 27058.
OLG Karlsruhe, Urteil vom 01.03.2005 – 17 U 114/04, openJur 2012, 64523.
OLG Köln, Beschluss vom 03.09.2012 – 22 U 58/12, openJur 2013, 3486.

Rechtsquellenverzeichnis

Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738), das zuletzt durch Gesetz vom 22. Februar 2023 (BGBl. I S. 51) m.W.v. 1. Januar 2023 (rückwirkend) geändert worden ist. (dejure.org)

Honorarordnung für Architekten und Ingenieure vom 10. Juli 2013 (BGBl. I S. 2276), in Kraft getreten am 17. Juli 2013, das zuletzt durch Verordnung vom 2. Dezember 2020 (BGBl. I S. 2636) m.W.v. 1. Januar 2021 geändert worden ist. (dejure.org)

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2). (dejure.org)

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen vom 31. Juli 2009 (BAnz. Nr. 155 vom 15.10.2009), das zuletzt durch Bekanntmachung vom 7. Januar 2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3) geändert worden ist. (dejure.org)

Internetquellenverzeichnis

Dimanski, Hans-Michael, 09.05.2014, *VOB Einbeziehung bekanntgeben?* zu OLG Stuttgart, Urteil vom 24.07.2012 – 10 U 56/12, <https://www.ra-dp.de/de/aktuelles/eintrag/vob-einbeziehung-bekanntgeben/>. [Zugriff: 19.03.2023]

Fachinformation Bundesbau im Auftrag des BMVg und BMWSB, 2023, Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB 2017) Stand 2019, <https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/>. [Zugriff: 27.02.2023]

Eidesstattliche Versicherung

Eidesstattliche Versicherung

Ich versichere hiermit an Eides Statt, dass ich die vorgelegte Bachelorarbeit selbständig verfasst, nur die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt sowie alle Stellen der Arbeit, die wörtlich oder sinngemäß aus anderen Quellen übernommen wurden, als solche kenntlich gemacht habe und die Bachelorarbeit in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner Prüfungsbehörde vorlegt wurde.

Die gedruckte und digitalisierte Version der Bachelorarbeit sind identisch.

Meißen, 31.03.2023

L. Wiegand

Unterschrift