

Handbuch des privaten Baurechts

Glöckner / Manteufel / Rehbein

7. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-78085-1
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

subsidiär zu anderen Mindestlohnregelungen. Findet auf das Arbeitsverhältnis eine Mindestlohnregelung nach § 3a AÜG oder dem AEntG Anwendung, setzt sich der dort vorgegebene („bessere“) Mindestlohn gegen das gesetzliche Mindestentgelt durch (§ 1 Abs. 3 MiLoG). In diesem Zusammenhang gehört schließlich auch die Bürgenhaftung des baugewerblichen Auftraggebers für die berufsgenossenschaftlichen Beiträge seines Nachunternehmers gem. § 150 Abs 3 SGB VII iVm § 28e Abs. 3a ff SGB IV. Von der grundsätzlichen Eigenverantwortlichkeit des Auftragnehmers für den Schutz seiner Arbeitnehmer gem. § 4 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VOB/B ist schließlich nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dann eine Ausnahme im Sinne der Haftung des Auftraggebers anzunehmen, wenn dieser sich gegenüber dem Auftragnehmer zu Leistungen verpflichtet, die den Arbeitnehmern zu Gute kommen sollen, wie etwa bei der Einrichtung von Aufenthaltsräumen oder der Zurverfügungstellung von Baumaschinen⁶⁰.

In § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B wird der Hauptunternehmer außerdem verpflichtet, bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die VOB/B zugrunde zu legen. Gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer (Hauptunternehmer) dem Auftraggeber (Hauptauftraggeber) die Nachunternehmer auf Verlangen bekannt zu geben. Damit werden durch § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B für den Hauptunternehmer **vertragliche Nebenpflichten** begründet. Ihre Verletzung kann den Hauptunternehmer gegenüber dem Hauptauftraggeber zum Schadensersatz verpflichten und den Hauptauftraggeber zur außerordentlichen Kündigung des Hauptvertrages gem. § 280 Abs. 1 BGB berechtigen⁶¹. Wichtig ist schließlich **§ 16 Abs. 6 S. 1 VOB/B**. Danach ist der Hauptauftraggeber berechtigt, bei Zahlungsverzug des Hauptunternehmers mit befreiender Wirkung Zahlungen unmittelbar an den Nachunternehmer zu leisten. Diese Regelung dürfte allerdings bei isolierter Betrachtung gem. § 307 BGB unwirksam sein⁶².

Im Falle der Auftragsvergabe aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung gem. VOB/A ist eine Vergabe von Leistungen an Nachunternehmer zwar gem. § 2 Abs. 1 VOB/A nicht generell ausgeschlossen. Wie die Bestimmungen des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A und § 8 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A und des § 4 Abs. 8 VOB/B zudem zeigen, ist der Einsatz von Nachunternehmern der VOB/A bekannt und wird ohne weiteres als zulässig angesehen. Für Vergaben unterhalb des Schwellenwertes gem. Abschnitt 1 der VOB/A ist der Nachunternehmer Einsatz aber nicht uneingeschränkt möglich, weil hier das sog. Gebot der Selbstausführung nach § 6 Abs. 3 VOB/A und § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B gilt⁶³. Danach müssen sich die betreffenden Unternehmen selbst gewerbsmäßig an der Ausführung von Bauleistungen beteiligen, diese also nicht nur vermitteln oder an Nachunternehmer durchreichen oder sonst über Dritte erbringen⁶⁴. Für Auftragsvergaben, die unter den Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB fallen, konnte allerdings aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Art. 47 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG, die in § 6 EG Abs. 8 VOB/A ihren Niederschlag gefunden hat, das Selbstausführungsgebot nach dem ursprünglichen für die VOB/A geltenden Verständnis nicht mehr aufrechterhalten werden⁶⁵. Aber auch hier wird zumindest ein Mindestmaß an eigener Fachkunde und Leistungsfähigkeit gefordert, das sich das Unternehmen aber auch über eine so genannte Eignungsleihe für die Dauer der Bauarbeiten beschaffen kann⁶⁶.

Von dem Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer ist das Rechtsverhältnis zwischen dem **Vorunternehmer** und dem **Nachfolgeunternehmer** zu unterscheiden. Vorunternehmer und Nachfolgeunternehmer stehen jeweils in einem un-

⁶⁰ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens VOB/B § 4 Rn. 65.

⁶¹ Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Oppler VOB/B § 4 Abs. 8 Rn. 28.

⁶² BGH 21.6.1990 – VII ZR 109/89, NJW 1990, 2384.

⁶³ Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Schranner VOB/A § 2 Rn. 29.

⁶⁴ Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Schranner VOB/A § 6 Rn. 31.

⁶⁵ OLG Düsseldorf 10.12.2008 – VII Verg 51/08, BeckRS 2009, 5995; OLG Karlsruhe, 7.5.2014 – 15 Verg 4/13, juris = IBR 2015, 88 = BeckRS 2015, 8088.

⁶⁶ Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Schranner VOB/A § 6 Rn. 33.

mittelbaren Vertragsverhältnis mit dem Hauptauftraggeber, dem gegenüber sie zur Leistung verpflichtet sind. Zwischen Vorunternehmer und Nachfolgeunternehmer bestehen hingegen keine Vertragsbeziehungen. So ist zB der von dem Hauptauftraggeber mit dem Erdaushub beauftragte Erdbauunternehmer im Verhältnis zu dem gleichfalls von dem Hauptunternehmer beauftragten Rohbauunternehmer Vorunternehmer des Rohbauunternehmers, und dieser wiederum ist im Verhältnis zum Rohbauer Nachfolgeunternehmer. Im vorliegenden Zusammenhang wird diese Konstellation immer dann relevant, wenn der Haupt- oder Generalunternehmer – wie häufig – mehrere aufeinanderfolgende Gewerke in Auftrag gibt.

- 22 Nach noch herrschender Meinung soll der Vorunternehmer im Verhältnis zum Nachunternehmer **kein Erfüllungsgehilfe** des Bauherren sein⁶⁷ und umgekehrt⁶⁸. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn den Auftraggeber insoweit ein Koordinierungsverschulden oder den Architekten des Auftraggebers in anderer Weise eine schuldhaftige Pflichtverletzung trifft⁶⁹ oder der Auftraggeber dem Nachfolgeunternehmer ausnahmsweise für die mangelfreie Erbringung der Vorleistungen einstehen will⁷⁰. Zur Begründung wird hierfür angeführt, dass der Auftraggeber sich den einzelnen Nachunternehmen gegenüber nicht verpflichten wolle, notwendige Vorarbeiten zu erbringen⁷¹. Dieser Argumentation wird weitgehend unkommentiert gefolgt⁷². Außerdem haftet der Hauptunternehmer über § 278 BGB für das Mitverschulden des planenden Architekten seines Auftraggebers⁷³.
- 23 Gegen die hM, die den Auftraggeber als nicht verpflichtet ansehen will, dem Auftragnehmer eine ordnungsgemäße Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen, sind Bedenken angebracht. Zunächst einmal dürfte es sich bei der ordnungsgemäßen Vorunternehmerleistung nicht nur um eine Obliegenheit, sondern um eine unselbständige Nebenpflicht handeln⁷⁴. Der Auftraggeber hat dem Nachunternehmer eine rechtzeitig und ordnungsgemäß ausgeführte Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen. Er ist nicht nur gem. § 4 Abs. 1 VOB/B verpflichtet, die einzeln vergebenen Gewerke zu koordinieren, sondern er muss dem Auftragnehmer auch gem. § 3 Abs. 2, § 4 Abs. 1, 4 VOB/B rechtzeitig zu dem vereinbarten Baubeginn ein baureifes Grundstück bereitstellen. Hinzu kommt, dass der Auftragnehmer nach § 13 Abs. 3 VOB/B von seiner Gewährleistungspflicht für solche Mängel freigestellt wird, die ihre Ursache in den vom Auftraggeber gelieferten Stoffen oder Bauteilen, aber auch in der Beschaffenheit von Vorleistungen anderer Unternehmer haben. Auch beim BGB-Vertrag gilt nichts anderes. Denn hier ergibt spätestens eine ergänzende Vertragsauslegung, dass der Auftragnehmer für den Auftraggeber erkennbar davon ausgeht, dass er seine Werkleistung auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Vorleistung erbringen kann. So darf etwa der Rohbauunternehmer erwarten, dass er bei Beginn seiner Arbeiten eine korrekt dimensionierte Baugrube vorfindet oder das Bauvorhaben zutreffend eingemessen worden ist. Obwohl ausdrücklich nur eine Regelung für die Vergütungsgefahr, weist auch § 645 BGB darauf hin, dass der Gesetzgeber eine mit § 13 Abs. 3 VOB/B vergleichbare Risikoverteilung im Blick hatte. Schließlich erscheint es wenig plausibel, warum der Auftragnehmer wegen der ihm durch die hM auferlegten Rückgriffspflicht das Insolvenzrisiko des Vorunternehmers tragen soll, dessen Beauftragung aus dem Pflichten-

⁶⁷ BGH 10.11.2005 – VII ZR 64/04, NJW-RR 2006, 304 Rn. 33; 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561 ff. = NJW 1985, 2475; OLG Düsseldorf 11.10.2007 – I-5 U 6/07, 5 U 6/07, BauR 2008, 1005 (1010) = BeckRS 2008, 12037; OLG Oldenburg 14.5.2021 – 2 U 122/20, NJW 2022, 73; MüKoBGB/Busche § 631 Rn. 46.

⁶⁸ OLG Karlsruhe 7.11.2001 – 7 U 87/97, BauR 2003, 99 (100) = BeckRS 2004, 09637.

⁶⁹ BGH 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561 ff. = NJW 1985, 2475.

⁷⁰ BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 (725) = NJW 2000, 1336.

⁷¹ BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 (725) = NJW 2000, 1336.

⁷² Vgl. etwa BeckOGK BGB/Merkle § 631 Rn. 591; offengelassen: Werner/Pastor/Frechen Der Bauprozess Rn. 2338.

⁷³ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, BauR 2009, 515 (520) = NJW 2009, 582; 23.10.1986 – VII ZR 267/85, BauR 1987, 86 (88) = NJW 1987, 644.

⁷⁴ Vgl. zur Rechtsnatur von Mitwirkungspflichten eingehend → § 15 Rn. 378 ff.

kreis und damit dem Risikobereich des Auftraggebers stammt. Damit sprechen die gewichtigeren Argumente dafür, in dem Vorunternehmer entgegen der herrschenden Meinung den Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers zu sehen⁷⁵.

Inzwischen scheint in der obergerichtlichen Rechtsprechung ein gewisses Umdenken einzusetzen, auch wenn es noch keine die bisherige Sichtweise eindeutig abändernde Entscheidung gibt. So weist der BGH zum einen in der Blockheizkraftwerkentscheidung⁷⁶ ausdrücklich darauf hin, dass ein Unternehmer dann nicht für den Mangel seines Werks verantwortlich ist, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Auftraggebers oder auf von diesem gelieferten Stoffen oder Bauteilen oder Vorleistungen anderer Unternehmer zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflicht erfüllt hat⁷⁷. Denn, so führt er in Übernahme der o. g. Argumentation weiter aus, in den Fällen von verbindlichen Vorgaben und Vorleistungen sei die Eigenverantwortung des Unternehmers für die Herstellung des Werks eingeschränkt und deshalb die verschuldensunabhängige Mängelhaftung des Unternehmers nicht uneingeschränkt interessengerecht, was auch der Risikoordnung des Gesetzes gem. § 645 BGB entspreche⁷⁸.

Ferner hat der BGH im Glasfassadenfall⁷⁹ bei der Abwägung der verschiedenen Verursachungsbeiträge zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gem. § 254 BGB den hier bereits angesprochenen Aspekt des Insolvenzrisikos aufgegriffen. Der BGH lässt in dieser Entscheidung ausdrücklich offen, ob eine Vorunternehmerleistung eine echte Nebenleistungspflicht des Auftraggebers darstellt⁸⁰. Jedenfalls soll den Auftraggeber aber die Obliegenheit treffen, dem Auftragnehmer (hier: dem bauüberwachenden Architekten) einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BGH genügt eine solche Obliegenheitspflichtverletzung des Auftraggebers bereits, um ein gem. § 254 BGB zu berücksichtigendes Mitverschulden zu begründen⁸¹. Diese für die Bauüberwachung entwickelten Gedanken sind aber ohne weiteres auf die Pflicht zur Erstellung ordnungsgemäßer Vorunternehmerleistungen übertragbar⁸². Denn nach diesem Ansatz kommt es für eine Zurechnung darauf an, ob die Einhaltung der verletzten Obliegenheit gerade den Zweck hat, den Eintritt eines Schadens bzw. das Entstehenlassen eines Mangels zu verhindern. Daher soll die Beauftragung eines Architekten mit der Bauüberwachung – anders als bei der Bauplanung – nicht dem Schutz des ausführenden Bauunternehmers dienen und folglich auch nicht zu einem anzurechnenden Mitverschulden des Auftraggebers gem. § 254 BGB führen⁸³. In diesem Sinne werden teilweise auch Vorunternehmerleistungen der Bauüberwachung gleichgesetzt und eine Zurechnung zu Lasten des Auftraggebers verneint⁸⁴. Die Vorleistung sei nämlich lediglich die Grundlage, auf der der Unternehmer sein Werk erbringe. Das gelte jedenfalls dann, wenn er unabhängig von der Qualität der Vorleistung sein eigenes Werk – wenn auch u. U. nur durch die Erbringung zusätzlicher Leistungen – mangelfrei erbringen könne. Dieser Ansatz übersieht allerdings, dass die Vorleistungen auch den Zweck verfolgen, ein insgesamt mangelfreies

⁷⁵ Ebenso OLG Düsseldorf 29.6.1999 – 21 U 127/98, BauR 1999, 1309 (1311 f.) = NJW-RR 1999, 1543; Messerschmidt/Voit/Merkens Syst. L. Rdn. 26; Vygen BauR 1987, 387 (392 ff.); ebenfalls dahin tendierend: Jansen/Seibel VOB/B/Jansen § 10 Rn. 14; differenzierend: Leinemann/Kues BauVertrR/Steffen BGB § 634 Rn. 53; vgl. auch Glöckner/v. Berg/Rehbein BGB § 633 Rn. 128.

⁷⁶ BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511.

⁷⁷ BGH 12.5.2005 – VII ZR 45/04, NZBau 2005, 456 (457); 23.10.1986 – VII ZR 48/85, NJW 1987, 643.

⁷⁸ BGH 8.11.2007 – VII ZR 183/05, NJW 2008, 511 Rn. 21; BeckOK BGB/Voit § 633 Rn. 24 f.

⁷⁹ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, BauR 2009, 515 (520) = NJW 2009, 582 (586).

⁸⁰ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, BauR 2009, 515 (519) = NJW 2009, 582 (585).

⁸¹ BGH 15.12.2011 – 12 U 71/10, BauR 2013, 1472 (1477) = NZBau 2013, 515; 14.3.2006 – X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965.

⁸² Ebenso: Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Oppler VOB/B § 4 Abs. 3 Rn. 57; § 4 Abs. 2 Rn. 10; Leupertz BauR 2010 1999 (2008).

⁸³ BGH 27.11.2008 – VII ZR 206/06, NZBau 2009, 185 Rn 29; Leupertz BauR 2010, 1999 (2007 f.).

⁸⁴ OLG Schleswig 8.7.2022 – 1 U 97/21 NJW 2022, 2942 Rn. 39 mit krit. Anm von Rehbein, IBR 2022, 513; Gartz BauR 2010, 703 (707); Liebheit IBR 2011, 1006 Rn. 84.

Gesamtwerk zu gewährleisten und damit ebenso dem Schutz des Nachunternehmers dienen, dem ein eigenes Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung nicht abgesprochen werden kann⁸⁵. Denn die Rechte aus §§ 642 f. BGB stellen kein adäquates Äquivalent zu den aus den Erfüllungsansprüchen einer störungsfreien Vertragsabwicklung dar, wie die Diskussion um die Problematik der vom Auftraggeber durch unterlassene Mitwirkung provozierten Kündigung des Auftragnehmers gem. § 643 BGB belegt⁸⁶. Darüber hinaus ist – wie bereits aufgezeigt – der Auftraggeber nach dem Rechtsgedanken der § 645 BGB, § 13 Abs. 3 VOB/B verpflichtet, seinem Auftragnehmer eine ordnungsgemäße Vorleistung zur Verfügung zu stellen. Damit würde konsequenterweise auch nach dem jetzigen Ansatz des BGH eine mangelhafte Vorunternehmerleistung zu einem anzurechnenden Mitverschulden des Auftraggebers führen⁸⁷.

- 24 Hinsichtlich der Frage der zeitgerechten Zurverfügungstellung des Vorgewerks an den Nachfolgeunternehmer lehnt der BGH zwar ebenfalls weiterhin einen Anspruch des Nachfolgeunternehmers gegen den Auftraggeber gem. § 6 Abs. 6 VOB/B mangels eines zurechenbaren Verschuldens ab. Jedoch hat auch diese Position inzwischen eine Änderung erfahren, indem zumindest ein Anspruch gem. § 642 BGB in Betracht kommen soll, vorausgesetzt, der Nachunternehmer ist seinerseits leistungsbereit und hat die Leistung dem Auftraggeber konkret angeboten⁸⁸.

II. Vertragsgestaltung

- 25 (auch → § 1 Rn. 18 ff.) Die Vertragsgestaltung muss die Besonderheit berücksichtigen, dass der Nachunternehmervertrag Teil eines **mehrstufigen Vertragsverhältnisses** ist. Außerdem sollte der Hauptunternehmer bei der Vergabe der Nachunternehmerleistungen darauf achten, dass diese von den Leistungen anderer Nachunternehmer und von den Leistungen des Hauptunternehmers **gegenständlich klar abgrenzbar** sind, um für die Vergütung und für die Mängelhaftung rechtlich eindeutige Verhältnisse zu schaffen.
- 26 **1. Vertragliche Bindung des Nachunternehmers.** Die Bedingungen des Nachunternehmervertrages bilden für den betroffenen Leistungsbereich die Grundlage für das Angebot des Hauptunternehmers und/oder für den Hauptauftrag, den der Hauptunternehmer mit dem Hauptauftraggeber abschließt. Aus diesem Grund werden Nachunternehmerangebote in der Regel von dem Hauptunternehmer eingeholt, bevor der Hauptunternehmer seinerseits sein Vertragsangebot gegenüber dem Hauptauftraggeber abgibt. Der Hauptunternehmer hat daher ein Interesse daran, den Nachunternehmer an dessen Angebot zeitlich so lange zu binden, bis die Entscheidung des Hauptauftraggebers über die Annahme des Angebots des Hauptunternehmers getroffen wird. Entsprechend lange **Bindefristen** können jedoch mit dem Nachunternehmer nur **individualvertraglich** vereinbart werden. Für Vergabebedingungen des Hauptunternehmers mit **AGB-Charakter** sind hingegen die durch §§ 307 ff. BGB gezogenen Grenzen zu beachten.
- 27 Rechtlich besteht auch die Möglichkeit, den Nachunternehmervertrag unter der **aufschiebenden Bedingung** abzuschließen, dass der Hauptauftrag zwischen Hauptunternehmer und Hauptauftraggeber zustande kommt. In diesem Fall sollte aber gleichzeitig festgelegt werden, dass die vertragliche Bindung des Nachunternehmers entfällt, sofern der

⁸⁵ So aber: Leupertz, BauR 2010, 1999 (2008).

⁸⁶ Vgl. hierzu ausführlich: → Rn. 44.

⁸⁷ Ebenso: BeckOK BGB/Voit, § 633 Rn. 25; Boldt, NZBau 2009, 494 (496); Karczewski NZBau 2023, 150 (154 ff.); Leupertz BauR 2010, 1999 (2008); Leinemann/Kues BauVertrR/Steffen BGB § 634 Rn. 57; Sohn/Holtmann BauR 2010, 1480 (1483); Werner/Pastor/Frechen, Bauprozess Rn. 2922; aA OLG Hamm 22.9.2022 – I-24U 65/21, BauR 2023, 1109 (1120), allerdings für einen Fall, in denen mehrere Handwerker ein Gewerk parallel ausgeführt haben; noch abwartend: BeckOGK BGB/Lasch § 642 Rn. 26; Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Jurgeleit Teil 5 Rn. 100.

⁸⁸ BGH 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722 (725) = NJW 2000, 1336; vgl. auch: Messerschmidt/Voit/Richter, Syst. D Rn. 246; vgl. zur Inkonsequenz dieses Ansatzes instruktiv: Keldungs BauR 2024, 561.

Hauptauftrag nicht innerhalb einer im Nachunternehmervertrag bestimmten Frist abgeschlossen wird.

Formulierungsmöglichkeit:

Der Nachunternehmervertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, dass über die Nachunternehmerleistung ein Bauvertrag zwischen dem Hauptunternehmer und dem Bauherrn (Hauptauftraggeber) zustande kommt. Die vertragliche Bindung des Nachunternehmers entfällt, sofern der Hauptvertrag zwischen Hauptunternehmer und Hauptauftraggeber nicht bis spätestens... abgeschlossen und dieser Vertragsabschluss dem Nachunternehmer nicht bis spätestens ... von dem Hauptunternehmer schriftlich bestätigt ist.

28

Wenn eine derartige Klausel von dem Hauptunternehmer als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellt wird, sind für die Bemessung der Frist für den Eintritt der aufschiebenden Bedingung § 308 Nr. 1, § 307 BGB zu beachten (Annahmefrist). Diese Vorschriften finden nach ihrem Sinn und Zweck auch auf Verträge Anwendung, deren Zustandekommen von einer aufschiebenden Bedingung abhängt⁸⁹.

2. Einbeziehung von Vertragsbedingungen des Hauptauftrags. Der Nachunternehmer erfüllt in seinem Leistungsbereich die Bauleistungspflicht des Hauptunternehmers. Art und Umfang der Nachunternehmerleistungen, die Ausführungszeit und vor allem die Vergütung erfordern für den Nachunternehmervertrag eine Regelung, die die besonderen Interessen und Aufgaben des Hauptunternehmers und des Nachunternehmers berücksichtigen. Der Hauptunternehmer ist aber aufgrund seiner Mittlerstellung zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer daran interessiert, die Vertragsbedingungen des von ihm mit seinem Auftraggeber geschlossenen Vertrages und damit die von ihm übernommenen Pflichten und Risiken an den Nachunternehmer weiterzugeben. Daraus folgt eine häufig anzutreffende Form der Vertragsgestaltung: Die Preise und die Besonderheiten der Nachunternehmerleistung werden in dem Nachunternehmervertrag festgelegt. Im Übrigen wird aber bestimmt, dass ergänzend die Vertragsbedingungen des Hauptvertrages gelten. Die rechtliche Umsetzung dieses Denkansatzes ist jedoch nicht unproblematisch.

In **Individualvereinbarungen** kann zwar ohne Einschränkung auch auf vertragliche Regelungen des Hauptauftrages Bezug genommen werden. Für die Einbeziehung der Bestimmungen des Hauptauftrages ist es nicht einmal erforderlich, dass der Nachunternehmer von ihrem Inhalt Kenntnis hat. Die vertragsrechtliche Problematik derartiger Regelungen liegt aber in der für die Willenseinigung erforderlichen **Konkretisierung** der einzubeziehenden Regelungen. Allein der Hinweis, dass „ergänzend die Bedingungen des Hauptauftrages“ gelten sollen, reicht in der Regel nicht aus, um dem Erfordernis der Bestimmtheit vertraglicher Willenserklärungen zu genügen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Hauptauftrag auf verschiedene Vertragsbestandteile aufbaut, deren Geltung untereinander und zum Nachunternehmervertrag nicht eindeutig ist⁹⁰. Außerdem dürften viele Bestandteile des Hauptauftrages auf den Nachunternehmervertrag schlicht nicht passen. Sofern die erforderliche Bestimmtheit der Vertragserklärungen nur durch Auslegung herbeizuführen ist, kann dem Nachunternehmer gegen den Hauptunternehmer ggf. ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen zustehen, wenn der Hauptunternehmer bei Vertragsabschluss gegen seine vorvertraglichen Aufklärungs- und Hinweispflichten verstoßen hat.

Wenn die Vertragsbedingungen des Hauptauftrags durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** des Hauptunternehmers einbezogen werden, sind auch die Einschränkungen der §§ 305 ff. BGB zu beachten. Da es sich bei dem Nachunternehmer regelmäßig um einen

⁸⁹ BGH 26.2.2016 – V ZR 208/14, NZBau 2016, 428 ff.; Erman/Roloff/Looschelders BGB § 308 Rn. 2.

⁹⁰ Vgl. BGH 3.12.1987 – VII ZR 374/86, WM 1988, 460 Rn. 29 f. = NJW 1988, 1210 für die Einbeziehung nur unbestimmt umschriebener Allgemeiner Geschäftsbedingungen; schon Nicklisch NJW 1985, 2361 (2369) riet von einer pauschalen Bezugnahme ab.

Unternehmer iSd § 14 BGB handeln dürfte, finden auf diesen gem. § 310 Abs. 1 BGB die besonderen **Einbeziehungsvoraussetzungen** des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB keine Anwendung. Aber auch im Geschäftsverkehr mit Unternehmen gilt, dass die Bezugnahme auf andere Vertragsbedingungen so zu fassen ist, dass bei dem Vertragspartner (Nachunternehmer) keine Zweifel auftreten können. Auch der Unternehmer als Vertragspartner muss in der Lage sein, sich über die einbezogenen Vertragsbedingungen ohne Weiteres Kenntnis zu verschaffen⁹¹.

- 32 Ein besonderes Problem für den Hauptunternehmer stellt die Tatsache dar, dass auch von ihm mit seinem Auftraggeber individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen die rechtliche Qualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben oder erlangen können, wenn er diese seinerseits gegenüber einer Mehrzahl von Nachunternehmern verwendet oder verwenden will. Das hat zur Konsequenz, dass die aus dem Hauptvertrag einbezogenen Klauseln auch der Inhaltskontrolle unterliegen⁹².
- 33 Daraus folgt, dass die einzubeziehenden **Vertragsbedingungen** des Hauptauftrags in dem Nachunternehmervertrag **klar und unverwechselbar**⁹³ bezeichnet werden müssen. Dies kann etwa durch die Einbeziehung Besonderer Vertragsbedingungen (BVB) geschehen, die gem. § 1 Abs. 2 VOB/B mit Ausnahme der Leistungsbeschreibung Vorrang vor allen sonstigen Vertragsbedingungen genießen. Anderenfalls, insbesondere wenn die VOB/B nicht einbezogen worden sein sollte, bedarf es einer vertraglichen **Widerspruchsregelung**, die die Rangfolge der Geltung gegenläufiger Vertragsbestandteile festlegt. Dabei ist aber zu beachten, dass ein Widerspruch nur dann und insoweit besteht, als einzelne Vertragsbestandteile für denselben Sachverhalt Regelungen treffen, die einander ausschließen. Das ist nicht der Fall, wenn die Regelung des Nachunternehmervertrages eine reine Ergänzung oder **ersichtlich abschließend** ist⁹⁴.
- 34 § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B begründet für den Hauptunternehmer die vertragliche Pflicht, bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die **VOB/B zugrunde zu legen** (→ Rn. 19). Diese Verpflichtung besteht nur insoweit, als „Bauleistungen“ iSd § 1 VOB/A weitervergeben werden, nicht aber für andere Leistungen des Nachunternehmers, wie etwa die reine Materialbeschaffung⁹⁵. Bei § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B handelt es sich um eine zugunsten des Auftraggebers bestehende **Nebenpflicht**, aus deren Verletzung auch allein für diesen und nicht auch für den Nachunternehmer Schadensersatzansprüche entstehen können. Der Nachunternehmer kann sich für sein Vertragsverhältnis mit dem Hauptunternehmer auch nicht darauf berufen, dass im Verhältnis zum Auftraggeber die VOB/B einbezogen wurde⁹⁶.
- 35 Zu beachten ist schließlich, dass die Bestimmungen der VOB/B gem. § 310 Abs. 3 S. 3 BGB bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern generell und bei der Verwendung *gegenüber Unternehmen*, juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtlichem Sondervermögen, sofern die vertragliche Vereinbarung zumindest teilweise von den Regelungen der VOB/B abweicht, in Gänze der AGB-Kontrolle unterworfen sind⁹⁷. Dies kann, wenn es entsprechende Abweichungen etwa nur in dem Haupt-, nicht aber in dem Nachunternehmervertrag gibt, zu unterschiedlichen Bewertungen trotz formaler Identität führen, weil diverse Bestimmungen der VOB/B einer Prüfung gem. §§ 307 ff. BGB nicht standhalten.
- 36 **3. Einzelregelungen.** Aus der rechtlichen Selbständigkeit von Nachunternehmervertrag und Hauptvertrag ergibt sich, dass die Rechtsbeziehungen zwischen dem Nachunternehmer

⁹¹ BGH 3.12.1987 – VII ZR 374/86, WM 1988, 460 (463) = NJW 1988, 1210.

⁹² KG 2.7.2003 – 26 U 113/02, NJW RR 2003, 1599.

⁹³ BGH 3.12.1987 – VII ZR 374/86, WM 1988, 460 (463) = NJW 1988, 1210.

⁹⁴ Vgl. BGH 9.11.1989 – VII ZR 255/88, WM 1990, 526 (527) = NJW-RR 1990, 371.

⁹⁵ Beck VOB/B/Junghenn § 4 Rn. 20, Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Oppler VOB/B § 4 Abs. 8 Rn. 26.

⁹⁶ Vgl. Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Oppler VOB/B § 4 Abs. 8 Rn. 28.

⁹⁷ Vgl. hierzu: Dammann/Ruzik NZBau 2013, 265 ff.

mer und dem Hauptunternehmer abweichend von dem Hauptvertrag geregelt werden können. Für eine abweichende Regelung besteht auch berechtigter Anlass.

a) Mitwirkungspflichten des Hauptunternehmers. Der Nachunternehmer kann seine 37 Bauleistung nur erbringen, wenn der Hauptunternehmer seine Mitwirkungspflichten gegenüber dem Nachunternehmer erfüllt. Der Hauptunternehmer ist jedoch insoweit von dem Hauptauftraggeber abhängig. Wenn der Hauptauftraggeber die erforderliche Mitwirkung verzögert oder verweigert, kann letztlich auch der Nachunternehmer seine Leistung gegenüber dem Hauptunternehmer nicht erbringen. So setzt die Durchführung des Erd-aushubs durch den vom Generalunternehmer hiermit betrauten Nachunternehmer die Zurverfügungstellung des baureifen Grundstücks durch den Hauptauftraggeber voraus. Die Ansicht des BGH, die in dieser Mitwirkungspflicht lediglich eine Obliegenheit mit der Folge des § 642 BGB im Falle der Verletzung sieht, vermag den Interessen des Nachunternehmers nur unzureichend gerecht zu werden⁹⁸.

Zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Bauabwicklung ist es daher erforderlich, 38 dass **Zeitpunkt** und **Zeitraum** für die Erfüllung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers festgelegt werden. Auch bei dem Grundtyp des Bauvertrages sollten diese Mitwirkungspflichten als Leistungspflichten ausgestaltet werden (→ § 1 Rn. 279). Im Hinblick auf das mehrstufige Vertragsverhältnis ist aber zudem eine Vereinbarung dahin zu empfehlen, dass der Hauptauftraggeber insoweit **Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers** ist, für den der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer nach Maßgabe des § 278 BGB einzustehen hat (vgl. hierzu → Rn. 22 f.).

Formulierungsmöglichkeit:

Die vertraglichen Mitwirkungspflichten des Auftraggebers werden für den Hauptunternehmer 39 auch durch den Hauptauftraggeber (Bauherr) erfüllt. Das gilt insbesondere für die Auftraggeber-Mitwirkung durch ... Der Hauptauftraggeber ist vereinbarungsgemäß insoweit gegenüber dem Nachunternehmer Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers.

b) Besonderes Kündigungsrecht des Hauptunternehmers. Nachunternehmerverträge 40 sehen häufig ein besonderes Kündigungsrecht des Hauptunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer für den Fall vor, dass der Hauptauftraggeber den Hauptvertrag mit dem Hauptunternehmer vorzeitig durch Kündigung beendet. In dem Nachunternehmervertrag wird für diesen Fall vorgesehen, dass der Nachunternehmer bei einer solchen Kündigung nur Anspruch auf Vergütung der bis zur Vertragsbeendigung erbrachten Leistung hat. Weitergehende Ansprüche auf Vergütung der nicht mehr erbrachten Leistung werden ausgeschlossen.

Auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Hauptunternehmers besteht für eine solche vertragliche Regelung **kein rechtlich begründeter Anlass**. Es ist zwar richtig, dass der Hauptauftraggeber durch freie Kündigung jederzeit das Vertragsverhältnis mit dem Hauptunternehmer beenden kann. Dann hat der Hauptunternehmer aber gem. § 648 S. 2 BGB, § 8 Abs. 1 VOB/B Anspruch auf Vergütung auch der nicht erbrachten Leistung abzüglich der ersparten Aufwendungen. Soweit der Hauptunternehmer aufgrund der freien Kündigung seines Auftraggebers den Nachunternehmervertrag gleichfalls durch freie Kündigung beendet, steht dem Nachunternehmer zwar seinerseits ein Anspruch auf Vergütung der noch ausstehenden Bauarbeiten zu. In Höhe dieses Vergütungsanspruchs des Nachunternehmers erspart der Hauptunternehmer aber keine Aufwendungen, so dass er den entsprechenden Betrag von dem Hauptauftraggeber im Rahmen seines vertraglichen Vergütungsanspruchs verlangen kann.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Hauptunternehmer dem Hauptauftrag- 41 geber einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegeben hat. Auch inso-

⁹⁸ Vgl. hierzu eingehend: → § 15 Rn. 620 ff. und Keldungs BauR 2024, 561 ff.

weit bedarf es aber keiner ergänzenden vertraglichen Regelung in dem Nachunternehmervertrag. Wenn der wichtige Grund nämlich von dem Nachunternehmer gesetzt wurde, hat der Hauptunternehmer auch gegenüber dem Nachunternehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht, das einen Vergütungsanspruch des Nachunternehmers ausschließt. Sofern der Hauptunternehmer aber durch eigenes Verhalten den wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Hauptauftraggebers gesetzt hat, besteht für ihn kein Schutzbedürfnis. Die Kündigung durch den Hauptauftraggeber an sich stellt hingegen keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Nachunternehmervertrages dar⁹⁹.

- 42 In **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** des Hauptunternehmers ist der Ausschluss des Vergütungsanspruchs des Nachunternehmers aus § 648 Satz 2 BGB ohnehin unwirksam¹⁰⁰ (s. § 1 Rn. 619). Nichts anderes gilt, wenn sich der Hauptunternehmer für den Fall, dass er seine Arbeiten für den Auftraggeber einstellt, gegenüber dem Nachunternehmer ein Rücktrittsrecht vorbehält, weil hierdurch die Rechte aus §§ 648 S. 2 BGB, 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B umgangen würden¹⁰¹. Die Begrenzung des Anspruches auf eine angemessene Pauschale ist hingegen auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen möglich, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zu dem vereinbarten Werklohn steht¹⁰². Sieht die Klausel darüber hinaus einen höheren Anspruch bei einem entsprechenden „Nachweis im Einzelfall“ vor, ist dies dahin auszulegen, dass der Auftragnehmer nur in einem durch die Besonderheiten der Vertragsgestaltung oder Vertragsdurchführung bedingten Ausnahmefall eine über die Pauschale hinausgehende Vergütung beanspruchen kann und er den entsprechenden Nachweis zu erbringen hat¹⁰³.
- 43 Die Rechtsgrundsätze, die für eine Kündigung des gesamten Nachunternehmervertrages gelten, sind in gleicher Weise auf **Teilkündigungen** zu übertragen. Auch die „Herausnahme“ von in sich abgeschlossenen Teilleistungen aus der Gesamtleistung des Nachunternehmers ist rechtlich eine Teilkündigung¹⁰⁴. Hier kann sich im Einzelfall die Abgrenzungsfrage zu nunmehr möglichen Auftraggeberanordnung gem. § 650b BGB stellen¹⁰⁵. Beide Rechtsinstitute unterscheiden sich nämlich sowohl hinsichtlich ihrer Wirksamkeitsvoraussetzungen als auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen. Eine Teilkündigung kann sofort ausgesprochen werden und wirkt auch ex nunc. Eine Anordnung nach § 650b Abs. 2 BGB ist dagegen erst 30 Tage nach Zugang des Änderungsbegehrens möglich. Zudem gelten unterschiedliche Formerfordernisse. Die Kündigung eines Bauvertrages bedarf nach § 650h BGB der Schriftform. Das Änderungsbegehren ist demgegenüber formfrei, während die Anordnung gem. § 650b Abs. 2 BGB in Textform zu erfolgen hat. Auch die Berechnung der Vergütung erfolgt unterschiedlich. Bei einer Kündigung wird die Vergütung nach § 648 S. 2 BGB berechnet. Der Unternehmer kann sich auf die Vermutung des § 648 S. 3 BGB berufen, nach der ihm 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden Vergütung zustehen. Zudem gibt es weder bei § 648 BGB noch § 648a BGB eine § 650c Abs. 1 S. 2 BGB entsprechende Regelung, nach der dem Unternehmer keine Vergütung zusteht, wenn er bei einer notwendigen Änderung auch die Planung zu erbringen hatte. Bei der Entscheidung darüber, welches der beiden Rechtsinstitute einschlägig ist, wird es zunächst darauf ankommen, ob die entsprechenden Wirksamkeitsvoraussetzungen vorliegen. Kommt danach im Einzelfall die Anwendung beider Rechtsinstitute in Betracht, so gilt, dass dem Auftraggeber grds. ein Wahlrecht zwischen Änderungsanordnung und Teilkündigung zusteht. Das folgt daraus,

⁹⁹ Messerschmidt/Voit/Richter, Syst. D., Rn. 242; Roquette/Schweiger PrivBauR/Scheel Kap. C V Rn. 168.

¹⁰⁰ BGH 4.10.1084 – VII ZR 65/83 BauR 1985, 77 = NJW 1986, 631; OLG Karlsruhe 21.10.1993 – 8 U 40/93 IBR 1995, 379.

¹⁰¹ BGH 17.11.1994 – VII ZR 245/93 NJW 1995, 526.

¹⁰² BGH 30.3.2000 – VII ZR 167/99 ZfBR 2000, 413 (414).

¹⁰³ BGH 30.3.2000 – VII ZR 167/99 ZfBR 2000, 413 (414).

¹⁰⁴ Vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 VOB/B; Ingenstau/Korbion/Leupertz/v. Wietersheim/Joussen VOB/B Vor §§ 8, 9 Rn. 9.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen: BeckOGK BGB/Mundt § 650b Rn. 114 ff.