

auch ärgerlich, weil Cash-Gaps entstehen können: Hat der Auftraggeber des Nachunternehmers in seinem eigenen Vertrag mit seinem Kunden beispielsweise eine Globalpauschalabrechnung vereinbart und kann sein Nachunternehmer mit ihm nach Einheitspreisen abrechnen, passt das vergütungstechnisch nicht wirklich zusammen. Hier ist dann nämlich die Situation vorprogrammiert, dass sich der Auftragnehmer des Hauptvertrags mit typischen Globalpauschal-Diskussionen „herumquälen“ muss (was ist vom Leistungsumfang umfasst, was nicht), während sein Nachunternehmer „ganz bequem“ nach Aufmaß und Einheitspreisen abrechnet. Hier wäre eine Synchronisierung beider Vertragsverhältnisse für den Auftraggeber des Nachunternehmers natürlich – theoretisch – wünschenswert, stößt in der Praxis aber oft auf Hindernisse. Dennoch sollte die kaufmännische Abteilung vielleicht manchmal, wenn möglich, die Geschäftsleitung, den Nachunternehmer einkaufen und die technische Projektleitung etwas intensiver auf diese höchst vergütungsrelevante Situation aufmerksam machen und sie dafür sensibilisieren, dass nicht einfach immer und ohne Prüfung und Verhandlung von Alternativen Einheitspreisverträge an Nachunternehmer vergeben werden.

III. § 2 Abs. 3 VOB/B: Die berühmten 10%

„Berühmt“ ist die Regelung in der Praxis deswegen, weil sich immer wieder Probleme dadurch ergeben, dass sie fälschlicherweise als gewissermaßen allgemeingültig, also als unabhängig von der Vertragsart, angesehen wird. **543**

Das ist falsch. § 2 Abs. 3 VOB/B gilt **nur** beim Einheitspreisvertrag.²³⁰ **544**

Außerdem ist in der praktischen Anwendung zu berücksichtigen, worauf solche Massenänderungen überhaupt beruhen. Die Anpassung gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B erfolgt nur, wenn sich die Änderung aufgrund einer unzutreffenden Massenannahme der Parteien, die in den Vertragsgrundlagen enthalten ist, ergibt.²³¹ Mengenänderungen zum Beispiel aufgrund einer Anordnung des Auftraggebers fallen also **nicht** in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. **545**

§ 2 Abs. 3 VOB/B bestätigt das Festpreisprinzip des § 2 VOB/B, indem dort zunächst einmal klargestellt wird, dass Massenänderun- **546**

²³⁰ Statt aller: NWJS/Kues VOB/B § 2 Rn. 93.

²³¹ BeckOK VOB/B/Kandel VOB/B § 2 Abs. 3 Rn. 2; NWJS/Kues VOB/B § 2 Rn. 93 spricht in diesem Zusammenhang von einer „unwillkürlichen Mengenänderung“.

gen um nicht mehr als 10% unberücksichtigt bleiben, den Preis also unverändert lassen, § 2 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B.

- 547 Zur weiteren Klarstellung: Im Fall der Erhöhung der Massen um mehr als 10% gilt der neue Preis nur für die 110% übersteigenden Massen. Umgekehrt: Bei Unterschreitung der im vertraglichen Umfang zugrunde gelegten Massen um mehr als 10% gilt der erhöhte Einheitspreis für die „übrig gebliebenen“ Massen.
- 548 In der Praxis finden sich in Bauverträgen häufig Ausschlüsse oder Änderungen des § 2 Abs. 3 VOB/B: Dabei sollte beachtet werden, dass es Streitig ist, ob ein Ausschluss bzw. eine Einschränkung der Norm in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam möglich ist.²³²

IV. § 2 Abs. 5 VOB/B: Die Vereinbarung des neuen Preises

- 549 Die vollständige Erfassung aller Aspekte des § 2 Abs. 5 VOB/B ist an dieser Stelle nicht angezeigt. Der Intention dieses Handbuchs folgend und um nochmals die Bedeutung der Kooperationsrechtsprechung für die Bauvertragsparteien zu betonen²³³, soll hier ein Aspekt dieser Norm herausgegriffen werden, der in der Baupraxis immer wieder zu Diskussionen, Irritationen und einer Hemmung im effektiven Bauablauf führt. es geht dabei um die Formulierung, dass die Vereinbarung (des neuen Preises) **vor** der Ausführung getroffen werden **soll**.
- 550 Zunächst: „soll“ bedeutet nicht „muss“. Positiv für den Auftragnehmer gesprochen bedeutet dies, dass ihm der neue Preis auch bei erst nachträglicher Vereinbarung zusteht.²³⁴ Aus seiner Sicht negativ könnte man festzuhalten, dass er eben auch dann tätig werden muss, wenn der neue Preis noch nicht feststeht, weil keine Vereinbarung getroffen wurde. So wird es in der Praxis nicht selten gehandhabt: Der Auftraggeber beauftragt die Leistung ohne große Diskussion „dem Grunde nach“, danach wird die Leistungserbringung erwartet. Aber entspricht eine solche Vorgehensweise wirklich der VOB/B? Die Antwort ist eindeutig: Nein.
- 551 Eine Situation, die erkennbar die unmittelbaren und berechtigten Interessen beider Vertragsparteien betrifft – der Auftraggeber muss

²³² Zu Einzelheiten und zum Meinungsstand BeckOK VOB/B/Kandel VOB/B § 2 Abs. 3 Rn. 8 ff.

²³³ Vgl. zur Kooperationsrechtsprechung Stoltefuß, Rn. 179 ff.

²³⁴ Beck VOB/B/Jansen VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 116; BeckOK VOB/B/Kandel VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 96.

flexibel auf veränderte Rahmenbedingungen reagieren können, § 1 Abs. 3, 4 VOB/B, der Auftragnehmer hat das Interesse an einer diesen veränderten Bedingungen, § 2 Abs. 5, 6 VOB/B –, ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich.

- Wenn der Auftraggeber keinerlei Bereitschaft hat, Preisverhandlungen überhaupt oder jedenfalls seriös durchzuführen, dürfte ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers zu bejahen sein.²³⁵
- Ein Leistungsverweigerungsrecht dürfte zu verneinen sein, wenn sich der Auftraggeber einer ordnungsgemäßen Preisverhandlung nicht verschließt.²³⁶

Natürlich nimmt der Prozess der Verhandlung des neuen Preises einige Zeit in Anspruch. Natürlich kann die Effektivität des Bauvorhabens (des Auftraggebers) davon abhängig sein, dass die vom Auftraggeber getroffene Anordnung kurzfristig umgesetzt wird. Vor allem bei der Beurteilung von Situationen, in denen entweder der Auftraggeber versucht, die Vereinbarung des neuen Preises einseitig hinauszuzögern oder ihr am besten ganz zu entgehen, oder der Auftragnehmer eine mögliche Drucksituation des Auftraggebers auszunutzen versucht, indem er überhöhte Preise geltend macht, ist die Kooperationsrechtsprechung zu berücksichtigen²³⁷, die, kurz gesagt, die Pflicht der Parteien zu Kooperation, Kommunikation und Verhandlungsbereitschaft beinhaltet.²³⁸ 552

Viele Situationen sind in diesem Zusammenhang streitig, die Bandbreite der Auffassungen in der Literatur hinsichtlich des Leistungsverweigerungsrechts des Auftragnehmers erstreckt sich von der Annahme eines sehr eingeschränkten Leistungsverweigerungsrechts bis zur Bejahung einer Pflicht des Auftraggebers, einen Mindestbetrag zu nennen und dann auch zu akzeptieren.²³⁹ 553

Zusammenfassend bleibt jedenfalls festzustellen, dass ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers im Zusammenhang mit der Vereinbarung des neuen Preises gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B keinesfalls, wie häufig in der Praxis gewissermaßen „automatisch“ unterstellt, 554

²³⁵ Vgl. dazu BeckOK VOB/B/Kandel VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 104.

²³⁶ Beck VOB/B/Althaus/Jansen VOB/B § 2 Abs. 5 Rn. 138.

²³⁷ Grundlegend BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, NZBau 2000, 130 = NJW 2000, 807.

²³⁸ Zu Inhalten und zur Reichweite der Kooperationsrechtsprechung vgl. näher Stoltefuß, Rn. 180 ff.

²³⁹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus VOB/B § 2 Rn. 407 ff. mit beachtenswerter und ausführlicher Heranziehung der Kooperationsrechtsprechung.

grundsätzlich ausgeschlossen ist. Der Einzelfall und die seriöse Herangehensweise der Parteien an die Preisdiskussion entscheiden. Die Kooperationsrechtsprechung liefert die Basis, an der sich beide Parteien messen lassen müssen.

V. §2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B: Die Ankündigungspflicht des Auftragnehmers

- 555** Gemäß §2 Abs. 6 Nr. 1 S. 2 VOB/B muss der Auftragnehmer dem Auftraggeber seinen Anspruch auf besondere Vergütung vor Ausführung der Leistung ankündigen, wenn dieser eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung fordert. Hier drängt sich die Frage auf, was passiert, wenn die Ankündigung unterbleibt. Immerhin formuliert die VOB/B an dieser Stelle, dass der Anspruch angekündigt werden „muss“, nicht „kann“ oder „sollte“.
- 556** Die Rechtsprechung liefert Anhaltspunkte, und zwar erneut unter ausdrücklichem Hinweis auf die Kooperationspflicht der Vertragspartner. Der BGH²⁴⁰ betont zunächst die Interessen des Auftraggebers, indem er darauf hinweist, dass die Ankündigung dessen Schutz diene, da er häufig nicht überblicken könne, ob eine Ankündigung zu Kostenerhöhungen führt. Andererseits sei zu berücksichtigen, dass gewerbliche Bauleistungen regelmäßig nicht ohne Vergütung zu erwarten seien. Ein Verlust des Vergütungsanspruchs sei dann nicht gerechtfertigt, wenn die Ankündigung im konkreten Fall gar nicht dem Schutz des Auftraggebers diene und daher entbehrlich sei. Das sei unter anderem dann zu bejahen, wenn der Auftraggeber bei Forderung der Leistung von ihrer Entgeltlichkeit ausging oder ausgehen musste.
- 557** Hier ist ein Hinweis angebracht: Der Auftragnehmer sollte nicht vorschnell zu dem Ergebnis kommen, dass der Auftraggeber „natürlich“, „logischerweise“ etc. von der Entgeltlichkeit ausgehen musste. Hierfür ist er nämlich darlegungs- und beweispflichtig.
- 558** Auch die weiteren, vom BGH genannten Kriterien – kein Verlust des Vergütungsanspruchs, wenn es keine Alternative zur sofortigen Leistung gibt und wenn der Auftragnehmer die Ankündigung ohne Verschulden versäumt hat – dürften Ausnahmesituationen und nicht leicht zu beweisen sein. Dem Auftragnehmer ist daher unabhängig von allen Meinungsstreitigkeiten und unterschiedlichen Ansätzen in der

²⁴⁰ BGH, Urt. v. 23.5.1996 – VII ZR 245/94, NJW 1996, 2158 = BeckRS 1996, 4185 = IBRRS 2000, 0477.

Literatur²⁴¹ dringend anzuraten, die Ankündigungspflicht sehr ernst zu nehmen, die Ankündigung mit nachweisbarem Zugang möglichst routinemäßig durchzuführen und auf diese Weise spätere Diskussionen mit sehr ungewissem Ausgang zu vermeiden.

B. §§ 16 Abs. 1 VOB/B, 632a BGB Abschlagszahlungen

§ 16 Abs. 1 VOB/B Zahlung

(1) 1. Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen **559** Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. Die Leistungen sind durch eine prüfbare Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Als Leistungen gelten hierbei auch die für die geforderte Leistung eigens angefertigten und bereitgestellten Bauteile sowie die auf der Baustelle angelieferten Stoffe und Bauteile, wenn dem Auftraggeber nach seiner Wahl das Eigentum an ihnen übertragen ist oder entsprechende Sicherheit gegeben wird.

§ 632a BGB Abschlagszahlungen

(1) Der Unternehmer kann von dem Besteller eine Abschlagszahlung in Höhe des Wertes der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen. Sind die erbrachten Leistungen nicht vertragsgemäß, kann der Besteller die Zahlung eines angemessenen Teils des Abschlags verweigern. Die Beweislast für die vertragsgemäße Leistung verbleibt bis zur Abnahme beim Unternehmer. § 641 Abs. 3 gilt entsprechend. Die Leistungen sind durch eine Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistungen ermöglichen muss. Die Sätze 1 bis 5 gelten auch für erforderliche Stoffe oder Bauteile, die angeliefert oder eigens angefertigt und bereitgestellt sind, wenn dem Besteller nach seiner Wahl Eigentum an den Stoffen oder Bauteilen übertragen oder entsprechende Sicherheit hierfür geleistet wird. **560**

²⁴¹ Kapellmann/Messerschmidt/Markus VOB/B § 2 Rn. 387 ff. hält die VOB/B-Regelung für sach- und systemwidrig und zumindest dann für unwirksam, wenn die VOB/B nicht unverändert vereinbart wurde; das in Bezug genommene Urteil des BGH wird scharf kritisiert.

- 561 (2) Die Sicherheit nach Abs. 1 S. 6 kann auch durch eine Garantie oder ein sonstiges Zahlungsversprechen eines im Geltungsbereich dieses Gesetzes zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden.

I. Was ist eigentlich eine Abschlagszahlung?

- 562 Welche Voraussetzungen für Abschlagszahlungen vorliegen, wird in den oben zitierten Normen auch für den Nichtjuristen zumindest grundsätzlich nachvollziehbar aufgelistet. Das Management von Abschlagszahlungen gelingt in der Praxis häufig gut und relativ reibungslos. Zudem enthalten viele Verträge ergänzende Regelungen; dass die vertragliche Gestaltung durch die Parteien möglich ist, zeigt zum Beispiel die Formulierung in § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 1, wenn von „möglichst kurzen Zeitabständen“ oder eben „vereinbarten Zeitpunkten“ die Rede ist. Die Abschlagszahlung bezieht sich auf schon erbrachte Leistungen (die nur Teilleistungen sein können) des Auftragnehmers. Da es dabei lediglich um eine „vorläufige Anzahlung auf die Vergütung Gesamtwerks“²⁴² handelt, ist mit der Zahlung durch den Auftraggeber keine (Teil-)Abnahme verbunden. Das bedeutet zugleich, dass die Mängelhaftung des Auftragnehmers unberührt bleibt.²⁴³ Abschlagszahlungen können auch beim Pauschalvertrag gefordert werden.²⁴⁴

II. Die Höhe der Abschlagszahlung

- 563 Der Wortlaut des § 16 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B, der von der „Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen“ spricht, darf nicht zu Missverständnissen führen. „Wert“ bedeutet hier nicht den objektiven Wertzuwachs für den Auftraggeber, sondern ist anhand der vertraglich vereinbarten Preise zu ermitteln,²⁴⁵ bei Einheitspreisen nach dem Aufmaß und dem Einheitspreis, bei Pauschalverträgen nach einer am Vertragspreis orientierten Bewertung der erbrachten Leistungen²⁴⁶.

²⁴² So MüKoBGB/Busche BGB § 632a, Rn. 4 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

²⁴³ Fn. 163, aaO.

²⁴⁴ So ausdrücklich BGH, Urt. v. 25.10.1990 – VII ZR 201/89, NJW 1991, 565 = BeckRS 1990, 2422.

²⁴⁵ NWJS/Hummel § 16 Rn. 31.

²⁴⁶ So Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher/Kniffka, Teil 4, Rn. 612 mit weiteren Einzelheiten.

III. Die Abschlagszahlung auf Baustoffe und Bauteile

Die Regelung in § 632a Abs. 1 Nr. 5 BGB wird in der Praxis leider **564** häufig übersehen und geht dann im Automatismus der „normalen“ Abschlagszahlungen unter. Dies mag auch darin begründet sein, dass sie (in der Natur der Sache liegend) mit dem Erfordernis der Sicherung des Auftraggebers durch Eigentumsübertragung oder anderweitige Sicherheit etwas komplizierter als das übliche Prozedere bei Abschlagszahlungen ist. Die Norm enthält allerdings gerade in unsicheren Zeiten eine Möglichkeit, dem Auftragnehmer Liquidität eben auch im Hinblick auf Stoffe und Bauteile zu sichern. Insofern handelt es sich um eine interessengerechte Lösung. Die Sicherung des Auftraggebers ist notwendig, weil die Stoffe bzw. Bauteile ja gerade noch nicht eingebaut sind (dann würde sich die Abschlagszahlung nach § 632a Abs. 1 S. 1 BGB/§ 16 Abs. 1, Nr. 1, S. 1 VOB/B richten²⁴⁷).

IV. Der Anspruch auf die Abschlagszahlung

Auf Basis der gesonderten vertraglichen Abrede bzw., wenn eine solche fehlt, der oben zitierten Normen entsteht der Anspruch auf die Abschlagszahlung nur, wenn eine vertragsgemäße Teilleistung im entsprechenden Umfang erbracht und ein ordnungsgemäßer Leistungsnachweis erbracht wurde. „Vertragsgemäß“ bedeutet dabei nicht, dass die Leistung mangelfrei sein muss, um den Anspruch überhaupt entstehen zu lassen. Liegen Mängel vor, kann der Auftraggeber die Zahlung eines angemessenen Teils der Abschlagszahlung zurückhalten, § 632a Abs. 1 S. 2 BGB. **565**

Die gesetzliche Formulierung zum erforderlichen Leistungsnachweis, § 632a Abs. 1 S. 5 BGB, ist insofern interessant, als hier Begriffe wie „rasch“ und „sicher“ benutzt werden, die natürlich Spielraum für Interpretationen lassen. Andererseits ist die Festlegung generalisierter Kriterien für einen solchen Nachweis aufgrund des Einzelfallcharakters jedes Bauvorhabens kaum möglich. Bei der Auslegung der Norm ist ihr Sinn und Zweck zugrunde zu legen. Der Auftraggeber soll zahlen, also benötigt er ausreichende Informationen, um Art und Umfang der erbrachten Leistungen beurteilen zu können. Die Aufstellung muss **nachvollziehbar** und **prüfbar** sein.²⁴⁸ Fraglich ist dabei, ob sich die Aufstellung auf Einzelpositionen beziehen muss. Dies wird **566**

²⁴⁷ Daraufweist Kniffka/Koebler/Jurjeleit/Sacher/Kniffka, Teil 4, Rn. 629 hin.

²⁴⁸ Vgl. MüKoBGB/Busch BGB § 632a, Rn. 7.

unterschiedlich beurteilt; nach einer Auffassung²⁴⁹ spricht viel dafür, dass eine Aufstellung ausreichen kann, die keinen Bezug auf Einzelpositionen enthält, sofern die erbrachten Leistungen zu erkennen sind und der Auftraggeber unter Zugrundelegung des Vertrags beurteilen kann, ob die Höhe der geltend gemachten Abschlagsforderung berechtigt ist.

- 567** Aufgrund der Wertungsspielräume der Norm und der unterschiedlichen Interpretationen hinsichtlich der Anforderungen an die Aufstellung ist dem Auftragnehmer zu raten, nicht nur das aus seiner Sicht „Nötigste“ zu tun, sondern eine wirklich transparente und vollständige Beurteilungsgrundlage vorzulegen. In der Praxis hat sich zudem bewährt, vor der ersten Abschlagsrechnung eine Verständigung mit dem Auftraggeber dahingehend zu finden, welche Anforderungen notwendig, aber eben auch ausreichend sind. Dies pragmatisch auch vor dem Hintergrund, dass auf Seiten der Auftraggeber intern unterschiedliche Voraussetzungen zu beachten sein können, zum Beispiel je nachdem, ob es sich um private oder öffentliche Auftraggeber oder Konzerne oder Einzelunternehmen handelt. Eine vorherige Abstimmung kann Zeit und Geld sparen und Streitige Diskussionen vermeiden.

C. § 14 VOB/B Abrechnung

- 568** (1) Der Auftragnehmer hat seine Leistungen prüfbar abzurechnen. Er hat die Rechnungen übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten einzuhalten und die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden. Die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sind beizufügen. Änderungen und Ergänzungen des Vertrags sind in der Rechnung besonders kenntlich zu machen; sie sind auf Verlangen getrennt abzurechnen.
- 569** (2) Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen. Die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbedingungen und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten. Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellungen zu beantragen.

²⁴⁹ BeckOK BGB/Voit BGB § 632a Rn. 10 mit weiteren Hinweisen zum Meinungsstand.