

auf dieser Basis gegenüber dem Auftraggeber abrechnen – allerdings nur bei freier Kündigung vor Ausführungsbeginn.

In der Praxis ist die Abrechnung von Pauschalpreisverträgen – insbesondere Globalpauschalpreisverträgen – sehr problematisch. Oftmals haben Auftragnehmer bei Globalpauschalpreisverträgen keine oder nur eine unzureichende Kalkulation im Vorfeld angefertigt. Sie müssen dann bei der Abrechnung eine neue Kalkulation anfertigen. Diese sowie die Erstellung einer prüffähigen Schlussrechnung gelingen in der Praxis selten. Auch bei Pauschalpreisverträgen ist dem Auftragnehmer daher anzuraten, diese gründlich durchzukalkulieren.

Es gilt jedoch: Prüft der Auftraggeber die Abrechnung des Auftragnehmers, so kann er sich im Nachhinein nicht darauf berufen, die Rechnung sei nicht prüffähig. Dies wäre widersprüchliches Verhalten des Auftraggebers.

Abschlagszahlung

Sowohl die VOB/B als auch das BGB sehen das Recht des Auftragnehmers vor, Abschlagszahlungen zu verlangen.

BGB-Vertrag

Im BGB ist dies noch relativ neu. Vor dem 01.05.2000 enthielt das BGB noch keine Regelung hinsichtlich der Abschlagszahlungen. Der Auftragnehmer war

A

B

D

E

F

G

H

I

K

L

M

N

O

P

R

S

T

U

V

Z

daher in vollem Umfang vorleistungspflichtig. Werklohn wurde erst mit der Abnahme der Werkleistung fällig (siehe ► [Abnahme](#)). Erst mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen wurde die Bestimmung des § 632a BGB eingeführt. Durch das neue Bauvertragsrecht zum 01.01.2018 hat sich hier im Grunde auch nichts geändert.

VOB/B-Vertrag

Für die VOB/B sind Abschlagszahlungen in § 16 Abs. 1 VOB/B geregelt.

Um eine Abschlagszahlung verlangen zu können, muss der Auftragnehmer seine Leistung vertragsgemäß erbringen, und beim Besteller muss ein entsprechender Wertzuwachs vorhanden sein. Es kommt hierbei insoweit auf die anteilige vereinbarte Vergütung und nicht auf den objektiven Wertzuwachs an.

Was ist nun, wenn die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft ist? Das neue Bauvertragsrecht ab dem 01.01.2018 enthält hierzu eine Regelung: Wenn die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft ist, kann der Auftraggeber einen angemessenen Teil der Vergütung einbehalten. Da zu diesem Zeitpunkt – das Werk ist ja noch nicht vollendet – eine Abnahme noch nicht vorliegt, trägt der Unternehmer die Beweislast dafür, dass das Werk entgegen der Behauptung des Auftraggebers mangelfrei ist.

Siehe auch:

► [Abnahmewirkung](#)

► [Druckzuschlag](#)

BGB-Vertrag

Vor dem 01.01.2018 fehlte bei Abschlagszahlungen eine eindeutige Regelung. Dass der Druckzuschlag auch bei Abschlagszahlungen vorgenommen werden kann, ergab sich vielmehr aus den Gesetzesmaterialien (vgl. hierzu Pause, BauR 2009, Seite 898, 899).

Für den Verbrauchervertrag ist besonders der neu eingeführte § 650m BGB (2018) zu beachten. Hier nach darf der Gesamtbetrag der Abschlagszahlungen einschließlich der Vergütung für Nachtragsleistungen 90 % der vereinbarten Vergütung einschließlich Nachtragsleistungen nicht übersteigen (§ 650m Abs. 1 BGB).

Zu beachten ist ferner, dass dem Verbraucher bei der 1. Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Erstellung des Werks ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zu leisten ist. Hat sich die Vergütung infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags oder infolge von Anordnungen des Verbrauchers nach § 650b und c BGB um mehr als 10 % erhöht, ist dem Verbraucher bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 % des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers kann dies auch durch einen Einbehalt von der Abschlagszahlung bis zum Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit erfolgen.

VOB/B-Vertrag

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/B kann der Auftragnehmer in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten Abschlagszahlun-

A

B

D

E

F

G

H

I

K

L

M

N

O

P

R

S

T

U

V

Z

gen in Höhe des Werts der jeweils nachgewiesenen Vertragsleistungen – vertragsgemäßen Leistungen – einschließlich anteiliger Umsatzsteuer verlangen. Die Abschlagszahlungen erfolgen also entweder nach Baufortschritt oder nach vereinbartem Zahlungsplan – in vielen Bauverträgen wird ein fester Zahlungsplan vereinbart. Zahlungspläne können entweder nach bestimmten Leistungsmerkmalen oder nach zeitlichen Merkmalen vereinbart werden. Sie stellen keinen Eingriff in die VOB/B dar.

Siehe auch:

▶ Allgemeine Geschäftsbedingungen

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B muss der Auftragnehmer seine Leistungen durch eine prüfbare Aufstellung nachweisen.

Siehe auch:

▶ Prüfbarkeit der Abrechnung

Mithin ist die Abschlagsforderung aus der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und der Vergütung über erbrachte, nachgewiesene Leistungen zu berechnen.

Eine Abschlagsrechnung kann dann nicht mehr gestellt werden, wenn die Bauleistung abgenommen ist und der Auftragnehmer seine Schlussrechnung gestellt hat. Dann besteht Schlussrechnungsreife (vgl. BGH, BauR 2009, 1724; 2004, 1146).

rechnungssumme an das Finanzamt des Auftragnehmers abzuführen. Dies gilt, wenn auch der Auftraggeber unternehmerisch tätig ist.

Eine solche Freistellungsbescheinigung wird vom zuständigen Finanzamt des Auftragnehmers ausgestellt, wenn aus Sicht des Finanzamts der zu sichernde Steuerabzug des Auftragnehmers nicht gefährdet ist.

Der Auftraggeber muss den von der Schlussrechnung abgezogenen Betrag innerhalb von zehn Tagen nach Ablauf des Monats, in dem die weitergehenden Zahlungen der Rechnung erfolgt sind, an das für den Auftragnehmer zuständige Finanzamt abführen. Dem Auftragnehmer ist es nicht möglich, anstatt einer Freistellungsbescheinigung eine Sicherheit zu stellen.

Freie Kündigung

Sowohl die VOB/B als auch das BGB räumen dem Auftraggeber das Recht ein, den Bauvertrag jederzeit, d. h. ohne Vorliegen eines besonderen Grundes zu kündigen. Man spricht von einer freien Kündigung. In der VOB/B ist die freie Kündigung in § 8 Abs. 1 VOB/B geregelt. Im BGB findet sich eine entsprechende Regelung in § 648 BGB (2018). Bereits vor dem 01.01.2018 gab es eine Regelung der freien Kündigung im BGB. Damals war sie noch in § 649 BGB geregelt. Hier hat sich lediglich die Nummerierung geändert. Die freie Kündigung ist von der Kündigung aus wichtigem Grund zu unterscheiden.

Siehe auch:

► [Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund](#)

VOB/B-Vertrag

Der Auftraggeber kann der Bauvertrag jederzeit bis zur Vollendung der Leistung durch den Auftragnehmer kündigen (freie Kündigung). Dies ist in § 8 Abs. 1 VOB/B geregelt. In diesem Fall steht dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich lediglich das anrechnen lassen, was er aufgrund der Kündigung an Kosten erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs nach der Kündigung erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 648 BGB (2018)). Die Kündigung hat gem. § 8 Abs. 6 VOB/B schriftlich zu erfolgen.

Durch das neue Bauvertragsrecht, welches zum 01.01.2018 in Kraft getreten ist, hat sich hier im BGB lediglich die Nummerierung geändert. Die freie Kündigung war vor dem 01.01.2018 in § 649 BGB geregelt.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 1 VOB/B nimmt Bezug auf § 648 BGB (2018). Entsprechend steht dem Auftragnehmer bei freier Kündigung die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu. Vor dem 01.01.2009 war es für den Auftragnehmer überaus problematisch, darzulegen, was ihm nach der freien Kündigung letztendlich zusteht. Die Darlegungs- und Beweislast lag beim Auftrag-

nehmer. Die Anforderungen waren schwer bis gar nicht zu erfüllen. Nach freier Kündigung wurde meist nur äußerst unzureichend abgerechnet.

Mit dem Forderungssicherungsgesetz vom 01.01.2009 wurde § 649 Satz 3 BGB (heute § 648 Satz 3 BGB (2018)) eingeführt. Es wird vermutet, dass dem Auftragnehmer 5 % der Vergütung, die auf den nicht erbrachten Teil entfällt, zustehen. Dies hat zur Folge, dass die Darlegungs- und Beweissituation für den Auftragnehmer deutlich vereinfacht wurde. Der Auftraggeber kann diese Vermutung jedoch widerlegen, wenn er beweisen kann, dass die zu zahlende Vergütung tatsächlich geringer ist. Hierfür ist der Auftraggeber darlegungs- und beweisbelastet.

Dem Auftragnehmer steht das Recht zur freien Kündigung hingegen nicht zu. Er kann den Bauvertrag nur unter bestimmten Voraussetzungen bei Vorliegen wichtiger Gründe kündigen.

Durch eine beidseitige individuelle Vereinbarung im Bauvertrag kann das freie Kündigungsrecht ausgeschlossen werden. Durch eine einseitig gestellte Vertragsklausel ist dies jedoch nicht möglich. Eine solche Klausel wäre AGB-widrig und damit unwirksam. Gleiches gilt, wenn die Parteien die Rechtsfolgen der freien Kündigung im Hinblick auf die Vergütung abändern wollen.

Aus Beweis- und Dokumentationsgründen sollte die Kündigung schriftlich erklärt werden. Sie muss – auch bei schlüssiger oder mündlicher Erklärung – dem Auftragnehmer nachweislich zugehen. Bei fehlendem Zugang oder fehlendem Nachweis im Falle des Streits

ist die Kündigung unwirksam und entfaltet keine Wirkung. Der Bauvertrag besteht fort. Es gilt wieder: Wer schreibt, der bleibt.

In der Kündigung muss eindeutig geklärt werden, dass der Bauvertrag beendet werden soll. Eine Bedingung darf nicht enthalten sein. In diesem Fall wäre die Kündigung ebenfalls unwirksam.

Zu beachten ist, dass bei einer freien Kündigung keine Abnahme erforderlich ist, um die Fälligkeit der zu stellenden Schlussrechnung herbeizuführen, sofern die weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen gegeben sind. Die Abrechnung ist – je nachdem, ob ein Einheitspreisvertrag, Pauschalpreisvertrag oder ein Stundenlohnvertrag vorliegt – unterschiedlich zu gestalten.

Siehe auch:

- ▶ [Abrechnung nach freier Kündigung](#)
- ▶ [Einheitspreis und Einheitspreisvertrag](#)
- ▶ [Kündigung durch den Auftragnehmer](#)
- ▶ [Pauschalpreisvertrag](#)
- ▶ [Stundenlohnvereinbarung](#)

Beabsichtigt der Auftraggeber eine Kündigung aus wichtigem Grunde nach § 8 VOB/B, sollte er darauf achten, dass sämtliche formellen Voraussetzungen hierfür tatsächlich erfüllt sind. Liegen diese nicht vor und hat der Auftraggeber dennoch die Kündi-

gung ausgesprochen, hat dies erhebliche finanzielle Folgen für ihn. Die Kündigung kann in diesem Fall u. U. in eine freie Kündigung umzudeuten sein, mit der Folge, dass der Auftraggeber weder eine Erstattung der Ersatzvornahmekosten verlangen kann noch ein Schadensersatzanspruch besteht. Demgegenüber hat der Auftragnehmer das Recht, die Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen abzurechnen.

Wie gefährlich dies für den Auftraggeber sein kann, zeigt die Entscheidung des LG Bonn zum sog. „Schürmannbau“. Da die Baustelle überflutet wurde, konnte der Heizungsbauer seiner Leistungen nicht erbringen, da der bereits errichtete Gebäudeteil schwer beschädigt wurde. Die Baustelle war mithin mehrere Monate unterbrochen. Der Bund kündigte daraufhin dem Heizungsbauer den Bauvertrag, weil er der fehlerhaften Ansicht war, aufgrund der Unterbrechung eine Kündigung aussprechen zu können. Eine solche Kündigung setzt jedoch voraus, dass der Auftragnehmer die Unterbrechung zu verantworten hat, was in diesem Fall – offensichtlich - nicht gegeben war. Die Kündigung war mithin als freie Kündigung umzudeuten. Dies hatte zur Folge, dass der Heizungsbauer nicht nur die bereits erbrachten Leistungen in einem Umfang von 300.000 DM bezahlt bekam, sondern – als Konsequenz der freien Kündigung – auch den entgangenen Gewinn, der sich auf insgesamt auf 2,9 Millionen DM belief.

Es muss daher nochmals darauf hingewiesen werden, dass bei der beabsichtigten Kündigung aus wichtigem Grund peinlich genau auf die Einhaltung der formellen Voraussetzungen zu achten ist.

Oftmals befand sich in der Vergangenheit folgende Klausel in Architektenverträgen:

„Wird der Architekt für einen Schaden in Anspruch genommen, so haftet er nur in dem Umfang, in dem er im Verhältnis zu einem Dritten haftbar ist.“

Diese Klausel ist AGB-widrig und damit unwirksam. Hierdurch wird das gesetzliche Leitbild der Gesamtschuldnerhaftung zwischen Architekt und Unternehmer zulasten des Auftraggebers beseitigt. Das Ergebnis des Regressprozesses zwischen Architekt und Unternehmer wird zulasten des Geschädigten vorweggenommen (vgl. OLG Oldenburg, Urt. v. 03.07.2007, Az. 2 O 137/05).

Diese Ausführungen gelten uneingeschränkt sowohl für den VOB/B-Vertrag als auch für den BGB-Vertrag.

Gewährleistung

Ist das Werk des Auftragnehmers nicht mangelfrei, so stehen dem Auftraggeber die sog. Mängelgewährleistungsrechte zur Seite. Der Auftragnehmer hat die Pflicht, dem Auftraggeber das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Liegen Mängel vor, hat der Auftragnehmer grundsätzlich auch das Recht, diese zu beseitigen. Ihm steht das Recht der zweiten Andienung zu. Der Auftraggeber muss dem Auftragnehmer daher zunächst die Möglichkeit geben, Mängel der Werkleistung zu beseitigen. Er muss ihm hierfür eine angemessene Frist setzen. Erst nach Ablauf dieser Frist kann der Auftraggeber die

Mängel selbst beseitigen oder aber die weiteren Gewährleistungsrechte geltend machen. Gleiches gilt, wenn der Auftragnehmer die Mangelbeseitigung verweigert. Im Falle der Verweigerung muss die Frist nicht abgewartet werden.

VOB/B-Vertrag

Das Gewährleistungsstadium tritt erst nach der Abnahme ein (siehe Abnahmewirkungen). Die Abnahme ist mithin zwingende Voraussetzung. Die Gewährleistungsrechte sind in § 13 VOB/B geregelt. Dies ist eine abschließende Regelung der Mängelgewährleistungsrechte beim VOB/B-Vertrag. Der Auftraggeber hat die folgenden Gewährleistungsrechte:

- Mangelbeseitigung (Nacherfüllung)
- Ersatzvornahme
- Vorschusszahlung für Ersatzvornahmekosten
- Minderungen
- Schadensersatz

Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber das Werk grundsätzlich frei von Mängeln zu verschaffen. Die Mangelfreiheit muss zum Zeitpunkt der Abnahme vorliegen.

Siehe auch:

▶ [Mangelbegriff](#)

▶ [Abnahme](#)

Mangelbeseitigung (Nacherfüllung)

Weisen die Leistungen des Auftragnehmers Mängel auf, gibt § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B dem Auftraggeber das Recht, vom Auftragnehmer die Beseitigung der Mängel, also die Nacherfüllung zu verlangen. Der Auftragnehmer muss sämtliche Mängel auf seine Kosten beseitigen, die während der Mängelgewährleistungsfrist auftreten und die auf eine vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind. Der Auftraggeber muss die Mangelbeseitigung vor Ablauf der Frist schriftlich verlangen. Nicht nur der Auftraggeber hat das Recht, die Mangelbeseitigung zu verlangen. Der Auftragnehmer hat auch das Recht, die Mangelbeseitigung durchzuführen. Er hat das Recht zur zweiten Andienung.

Aus diesem Grund muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung (Nacherfüllung) setzen. Erst nach erfolglosem Ablauf dieser Frist kann er die Ersatzvornahme durchführen. Erst nach Fristablauf steht dem Auftraggeber das Recht zu, die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers zu beseitigen. Er kann keine Ersatzvornahmekosten erstattet verlangen, wenn er diese Fristsetzung unterlässt. Dies ist dann anders, wenn der Auftragnehmer zu verstehen gegeben hat, dass er die Ersatzvornahme nicht durchführen werde. Eine Fristsetzung wäre in diesem Fall Förmelerei.

Es bleibt grundsätzlich dem Auftragnehmer überlassen, wie er die Nacherfüllung durchführt. Sie muss jedoch erfolgreich sein. Eine bestimmte Art der Nacherfüllung kann der Auftraggeber grundsätzlich nicht verlangen.