

Heinz Ingenstau† · Hermann Korbion†

VOB Teile A und B

Kommentar

herausgegeben von

Prof. Stefan Leupertz und **Prof. Dr. Mark von Wietersheim**

bearbeitet von

Prof. Dr. Christian Döring, Rechtsanwalt, Stuttgart

Bernd Düsterdiek, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

Dr. Edgar Jousen, Rechtsanwalt, Berlin

Karl-Heinz Keldungs, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D., Düsseldorf

Prof. Stefan Leupertz, Richter am BGH a. D., Kleve

Prof. Dr. Ulrich Locher, Rechtsanwalt, Reutlingen

Peter Oppler, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München

Norbert Portz, Beigeordneter, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

Dr. Ingrid Reichling, Fachwältin für Vergaberecht, München, unter Mitarbeit von **Nina**

Kristin Scheumann, Fachwältin für Vergaberecht, München

Dr. Claus Schmitz M. A., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München

Dr. Urban Schranner, Rechtsanwalt, Berlin

Christian Sienz, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, München

Bernhard Stolz, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Vergaberecht, München

Prof. Dr. Mark von Wietersheim, Rechtsanwalt, Berlin

Prof. Dr. Klaus Vygen, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a. D., Düsseldorf †

Universitätsprofessor em. Dr. iur. Axel Wirth, Rechtsanwalt, unter Mitarbeit von **Norbert Galda**,
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mainz

21. Auflage

Leseprobe

Werner Verlag 2020

Bearbeiterverzeichnis

Prof. Dr. Christian Döring	VOB/B §§ 3, 5, 6, 11
Bernd Düsterdiek	VOB/A und EU VOB/A §§ 20, 23
Dr. Edgar Joussen	VOB/A und EU VOB/A § 9c VOB/B § 8 Abs. 1, Abs. 3–7, §§ 9, 17, 18 Anhang 1, Anhang 2
Karl-Heinz Keldungs	VOB/B Vorbemerkung, §§ 1, 2, 15
Prof. Stefan Leupertz	Einleitung
Prof. Dr. Ulrich Locher	VOB/B §§ 14, 16
Peter Oppler	VOB/B §§ 4, 7, 12
Norbert Portz	VOB/A § 17 EU VOB/A §§ 17, 21
Dr. Ingrid Reichling, unter Mitarbeit von Nina Kristin Scheumann	VOB/A und EU VOB/A §§ 18, 19, 21
Dr. Claus Schmitz M. A.	VOB/B § 8 Abs. 2
Dr. Urban Schraner	VOB/A §§ 2, 3b, 4–7c, 11, 11a EU VOB/A §§ 2, 4–7c, 11–11b
Christian Sienz	VOB/A und EU VOB/A §§ 9–9b, 9d Anhang 3
Bernhard Stolz	VOB/A §§ 3–3b, 22 EU VOB/A §§ 3–3b, 22
Dr. Mark von Wietersheim	Einleitung VOB/A §§ 1, 8–8b, 10, 12–16d, 24 EU VOB/A §§ 1, 8–8c, 10–10d, 12–16d VS VOB/A
Prof. Dr. Klaus Vygen	VOB/B § 8 Abs. 1, Abs. 3–7, § 9
Prof. Dr. Axel Wirth, unter Mitarbeit von Norbert Galda	VOB/B §§ 10, 13

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 21. Auflage	V
Vorwort zur ersten Auflage	VII
Bearbeiterverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)	1
---	----------

Einleitung	1
----------------------	---

VOB Teil A 2019 Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen	27
--	-----------

Abschnitt 1 Basisparagrafen	27
--	-----------

§ 1	Bauleistungen	27
Vor § 2	29
§ 2	Grundsätze	45
§ 3	Arten der Vergabe	115
§ 3a	Zulässigkeitsvoraussetzungen	122
§ 3b	Ablauf der Verfahren	134
§ 4	Vertragsarten	142
§ 4a	Rahmenvereinbarungen	161
§ 5	Vergabe nach Losen, Einheitliche Vergabe	165
§ 6	Teilnehmer am Wettbewerb	182
§ 6a	Eignungsnachweise	210
§ 6b	Mittel der Nachweisführung, Verfahren	237
§ 7	Leistungsbeschreibung	245
§ 7a	Technische Spezifikationen	277
§ 7b	Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	284
§ 7c	Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	293
§ 8	Vergabeunterlagen	308
§ 8a	Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	318
§ 8b	Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	331
§ 9	Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug	343
§ 9a	Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	353
§ 9b	Verjährung der Mängelansprüche	361
§ 9c	Sicherheitsleistung	366
§ 9d	Änderung der Vergütung	377
§ 10	Angebots-, Bewerbungs-, Bindefristen	384
§ 11	Grundsätze der Informationsübermittlung	396
§ 11a	Anforderungen an elektronische Mittel	400
§ 12	Auftragsbekanntmachung	403
§ 12a	Versand der Vergabeunterlagen	415

Vor §§ 13 ff.	421
§ 13	Form und Inhalt der Angebote	424
§ 14	Öffnung der Angebote, Öffnungstermin bei ausschließlicher Zulassung elektronischer Angebote	440
§ 14a	Öffnung der Angebote, Eröffnungstermin bei Zulassung schriftlicher Angebote	442
§ 15	Aufklärung des Angebotsinhalts	459
§ 16	Ausschluss von Angeboten	469
§ 16a	Nachforderung von Unterlagen	490
§ 16b	Eignung	501
§ 16c	Prüfung	508
§ 16d	Wertung	514
§ 17	Aufhebung der Ausschreibung	533
§ 18	Zuschlag	578
§ 19	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	592
§ 20	Dokumentation, Informationspflicht	607
§ 21	Nachprüfungsstellen	618
§ 22	Änderungen während der Vertragslaufzeit	627
§ 23	Baukonzessionen	629
§ 24	Vergabe im Ausland	656

Abschnitt 2 Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU)	661
§ 1 EU Anwendungsbereich	661
§ 2 EU Grundsätze	681
§ 3 EU Arten der Vergabe	688
§ 3a EU Zulässigkeitsvoraussetzungen	694
§ 3b EU Ablauf der Verfahren	712
§ 4 EU Vertragsarten	735
§ 4a EU Rahmenvereinbarungen	735
§ 4b EU Besondere Instrumente und Methoden	740
§ 5 EU Einheitliche Vergabe, Vergabe nach Losen	745
§ 6 EU Teilnehmer am Wettbewerb	749
§ 6a EU Eignungsnachweise	756
§ 6b EU Mittel der Nachweisführung, Verfahren	761
§ 6c EU Qualitätssicherung und Umweltmanagement	764
§ 6d EU Kapazitäten anderer Unternehmen	766
§ 6e EU Ausschlussgründe	771
§ 6f EU Selbstreinigung	784
§ 7 EU Leistungsbeschreibung	790
§ 7a EU Technische Spezifikationen, Testberichte, Zertifizierungen, Gütezeichen	791
§ 7b EU Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	796
§ 7c EU Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	796
§ 8 EU Vergabeunterlagen	797
§ 8a EU Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	802
§ 8b EU Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	804

§ 8c	EU	Anforderungen an energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen	805
§ 9	EU	Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug	808
§ 9a	EU	Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	809
§ 9b	EU	Verjährung der Mängelansprüche	809
§ 9c	EU	Sicherheitsleistung	809
§ 9d	EU	Änderung der Vergütung	809
§ 10	EU	Fristen	810
§ 10a	EU	Fristen im offenen Verfahren	815
§ 10b	EU	Fristen im nicht offenen Verfahren	821
§ 10c	EU	Fristen im Verhandlungsverfahren	823
§ 10d	EU	Fristen im wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft	824
§ 11	EU	Grundsätze der Informationsübermittlung	825
§ 11a	EU	Anforderungen an elektronische Mittel	827
§ 11b	EU	Ausnahmen von der Verwendung elektronischer Mittel	828
§ 12	EU	Vorinformation, Auftragsbekanntmachung	830
§ 12a	EU	Versand der Vergabeunterlagen	836
§ 13	EU	Form und Inhalt der Angebote	841
§ 14	EU	Öffnung der Angebote, Öffnungstermin	843
§ 15	EU	Aufklärung des Angebotsinhalts	845
§ 16	EU	Ausschluss von Angeboten	846
§ 16a	EU	Nachforderung von Unterlagen	848
§ 16b	EU	Eignung	849
§ 16c	EU	Prüfung	850
§ 16d	EU	Wertung	851
§ 17	EU	Aufhebung der Ausschreibung	857
§ 18	EU	Zuschlag	859
§ 19	EU	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	869
§ 20	EU	Dokumentation	890
§ 21	EU	Nachprüfungsbehörden	896
§ 22	EU	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	905

Abschnitt 3 Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG (VOB/A-VS) 923

§ 1	VS	Anwendungsbereich	923
§ 2	VS	Grundsätze	923
§ 3	VS	Arten der Vergabe	924
§ 3a	VS	Zulässigkeitsvoraussetzungen	924
§ 3b	VS	Ablauf der Verfahren	925
§ 4	VS	Vertragsarten	926
§ 4a	VS	Rahmenvereinbarungen	927
§ 5	VS	Einheitliche Vergabe, Vergabe nach Losen	928
§ 6	VS	Teilnehmer am Wettbewerb	928
§ 6a	VS	Eignungsnachweise	929
§ 6b	VS	Mittel der Nachweisführung, Verfahren	929

Inhaltsverzeichnis

§ 6c	VS	Qualitätssicherung und Umweltmanagement	930
§ 6d	VS	Kapazitäten anderer Unternehmen	930
§ 6e	VS	Ausschlussgründe	930
§ 6f	VS	Selbstreinigung	932
§ 7	VS	Leistungsbeschreibung	933
§ 7a	VS	Technische Spezifikationen	933
§ 7b	VS	Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	935
§ 7c	VS	Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	935
§ 8	VS	Vergabeunterlagen	936
§ 8a	VS	Allgemeine, Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen	936
§ 8b	VS	Kosten- und Vertrauensregelung, Schiedsverfahren	937
§ 9	VS	Ausführungsfristen, Einzelfristen, Verzug	938
§ 9a	VS	Vertragsstrafen, Beschleunigungsvergütung	938
§ 9b	VS	Verjährung der Mängelansprüche	938
§ 9c	VS	Sicherheitsleistung	938
§ 9d	VS	Änderung der Vergütung	939
§ 10	VS	Fristen	939
§ 10a	VS	939
§ 10b	VS	Fristen im nicht offenen Verfahren	939
§ 10c	VS	Fristen im Verhandlungsverfahren	940
§ 10d	VS	Fristen im wettbewerblichen Dialog	940
§ 11	VS	Grundsätze der Informationsübermittlung	940
§ 11a	VS	Anforderungen an elektronische Mittel	941
§ 12	VS	Vorinformation, Auftragsbekanntmachung	941
§ 12a	VS	Versand der Vergabeunterlagen	942
§ 13	VS	Form und Inhalt der Angebote	942
§ 14	VS	Öffnung der Angebote, Öffnungstermin	943
§ 15	VS	Aufklärung des Angebotsinhalts	944
§ 16	VS	Ausschluss von Angeboten	944
§ 16a	VS	Nachforderung von Unterlagen	945
§ 16b	VS	Eignung	945
§ 16c	VS	Prüfung	946
§ 16d	VS	Wertung	946
§ 17	VS	Aufhebung der Ausschreibung	947
§ 18	VS	Zuschlag	947
§ 19	VS	Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	947
§ 20	VS	Dokumentation	948
§ 21	VS	Nachprüfungsbehörden	949
§ 22	VS	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	949
Anhang TS		Technische Spezifikationen	950
VOB Teil B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen			957
Vorbemerkungen vor Teil B			957
§ 1		Art und Umfang der Leistung	959
§ 1 Abs. 1		[Bestandteile des Vertrags]	960
§ 1 Abs. 2		[Auslegung von Widersprüchen]	963

§ 1 Abs. 3	[Änderungen des Bauentwurfs]	967
§ 1 Abs. 4	[Ausführung nicht vereinbarter Leistungen]	973
§ 2	Vergütung	979
§ 2 Abs. 1	[Generalklausel für die Vergütung]	1005
§ 2 Abs. 2	[Die Berechnung der Vergütung]	1024
§ 2 Abs. 3	[Änderungen der Vergütung/Mengenabweichungen beim Einheitspreisvertrag] . .	1028
§ 2 Abs. 4	[Spätere Übernahme von Leistungsteilen durch den Auftraggeber]	1041
§ 2 Abs. 5	[Änderung der Preisgrundlagen durch Eingriffe des Auftraggebers]	1045
§ 2 Abs. 6	[Vergütung für zusätzliche Leistungen]	1067
§ 2 Abs. 7	[Änderung der Vergütung beim Pauschalvertrag]	1083
§ 2 Abs. 8	[Nicht bestellte Leistungen]	1096
§ 2 Abs. 9	[Besondere planerische Leistungen des Auftragnehmers auf Verlangen des Auftraggebers]	1106
§ 2 Abs. 10	[Vergütung von Stundenlohnarbeiten]	1110
§ 3	Ausführungsunterlagen	1113
§ 3 Abs. 1	[Ausführungsunterlagen]	1119
§ 3 Abs. 2	[Abstecken der Hauptachsen]	1124
§ 3 Abs. 3	[Die Verbindlichkeit der Ausführungsunterlagen]	1127
§ 3 Abs. 4	[Feststellung des Zustandes von Straßen usw.]	1132
§ 3 Abs. 5	[Vom Auftragnehmer zu beschaffende Unterlagen]	1135
§ 3 Abs. 6	[Verwendung der in Absatz 5 genannten Unterlagen]	1138
§ 4	Ausführung	1143
§ 4 Abs. 1	[Die Bereitstellungs- sowie Überwachungsrechte und -pflichten des Auftraggebers]	1145
§ 4 Abs. 2	[Die grundsätzliche Verantwortlichkeit des Auftragnehmers für die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Bauleistung]	1179
§ 4 Abs. 3	[Prüfungs- und Anzeigepflicht des Auftragnehmers und ihre Auswirkungen] . .	1210
§ 4 Abs. 4	[Die Bereitstellungspflicht des Auftraggebers]	1250
§ 4 Abs. 5	[Schutzpflichten des Auftragnehmers]	1253
§ 4 Abs. 6	[Die Pflicht zur Beseitigung vertragswidriger Stoffe oder Bauteile]	1261
§ 4 Abs. 7	[Mängelansprüche des Auftraggebers während der Bauausführung vor Fertigstellung der vertraglichen Gesamtleistung]	1266
§ 4 Abs. 8	[Die grundsätzliche Verpflichtung des Auftragnehmers zur Selbstaussführung der nach dem Vertrag geschuldeten Bauleistung]	1291
§ 4 Abs. 9	[Entdeckungen während der Ausführung]	1300
§ 4 Abs. 10	[Gemeinsame Zustandsfeststellung von Teilen der Leistung]	1302
§ 5	Ausführungsfristen	1309
§ 5 Abs. 1–3	[Grundregelung in Absätzen 1–3]	1322
§ 5 Abs. 4	[Rechtsfolgen bei Verletzung der in Abs. 1–3 festgelegten Pflichten]	1331
§ 6	Behinderung und Unterbrechung der Ausführung	1346
§ 6 Abs. 1	[Die Anzeigepflicht des Auftragnehmers]	1351
§ 6 Abs. 2	[Die Verlängerung der Ausführungsfristen]	1357
§ 6 Abs. 3	[Pflichten des Auftragnehmers während und nach der Behinderung oder Unterbrechung]	1369
§ 6 Abs. 4	[Berechnung der Verlängerung der Ausführungsfristen]	1373
§ 6 Abs. 5	[Unterbrechung: Vorläufige Abrechnung während der Unterbrechung der Leistung]	1377

§ 6 Abs. 6	[Schadensersatz und Entschädigung]	1382
§ 6 Abs. 7	[Unterbrechung: Vorzeitige Vertragskündigung]	1410
§ 7	Verteilung der Gefahr	1415
§ 7 Abs. 1	[Vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Beschädigung oder Zerstörung]	1420
§ 7 Abs. 2	[Mit der baulichen Anlage unmittelbar verbundene Leistungen]	1420
§ 7 Abs. 3	[Nicht eingebaute Stoffe, Bauteile und Baubehelfe]	1420
Vor §§ 8 und 9	1431
§ 8	Kündigung durch den Auftraggeber	1494
§ 8 Abs. 1	[Freie Kündigung »ohne wichtigen Grund«]	1512
§ 8 Abs. 2	[Kündigung wegen Vermögensverfalls des Auftragnehmers]	1555
§ 8 Abs. 3	[Kündigung durch den Auftraggeber aus wichtigem Grunde]	1573
§ 8 Abs. 4	[Kündigung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung und von Bauverträgen im Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB]	1625
§ 8 Abs. 5	[Kündigung in der Nachunternehmerkette]	1647
§ 8 Abs. 6	[Schriftform für jede Kündigung]	1654
§ 8 Abs. 7	[Abnahme, Aufmaß und Abrechnung nach Kündigung]	1658
§ 8 Abs. 8	[Vertragsstrafe nach erfolgter Kündigung]	1679
§ 9	Kündigung durch den Auftragnehmer	1682
§ 9 Abs. 1	[Kündigung wegen Gläubiger- oder Schuldnerverzuges des Auftraggebers]	1689
§ 9 Abs. 2	[Formelle Kündigungsvoraussetzungen]	1720
§ 9 Abs. 3	[Kündigungsfolgen]	1726
§ 10	Haftung der Vertragsparteien	1742
§ 10 Abs. 1	[Die schuldrechtlich-vertragliche Haftung der Bauvertragspartner]	1744
§ 10 Abs. 2	[Schadensausgleich im Innenverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber bei Haftung gegenüber einem Dritten aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen]	1751
§ 10 Abs. 3	[Alleinige Haftung des Auftragnehmers im Innenverhältnis: Einzelfälle unerlaubter Handlung]	1779
§ 10 Abs. 4	[Sondertatbestand: Verletzung gewerblicher Schutzrechte]	1781
§ 10 Abs. 5	[Anwendung der Ausgleichsregelungen der Abs. 2, 3 und 4 zugunsten gesetzlicher Vertreter und Erfüllungsgehilfen]	1782
§ 10 Abs. 6	[Grundpflichten der Bauvertragspartner bei Inanspruchnahme durch einen geschädigten Dritten]	1782
§ 11	Vertragsstrafe	1784
§ 11 Abs. 1	[Anwendung gesetzlicher Bestimmungen]	1797
§ 11 Abs. 2	[Vertragsstrafe bei nicht rechtzeitiger Erfüllung]	1804
§ 11 Abs. 3	[Fristberechnung]	1807
§ 11 Abs. 4	[Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme]	1811
§ 12	Abnahme	1816
§ 12 Abs. 1	[Abnahme auf Verlangen des Auftragnehmers]	1841
§ 12 Abs. 2	[Teilabnahme]	1848
§ 12 Abs. 3	[Abnahmeverweigerung]	1853
§ 12 Abs. 4	[Förmliche Abnahme]	1861
§ 12 Abs. 5	[Fiktive Abnahme]	1870
§ 12 Abs. 6	[Gefahrübergang]	1877
§ 13	Mängelansprüche	1878
§ 13 Abs. 1	[Sachmangelfreie Leistung]	1979

§ 13 Abs. 2	[Leistungen nach Probe]	2019
§ 13 Abs. 3	[Haftungsbefreiung des Auftragnehmers]	2021
§ 13 Abs. 4	[Verjährungsfristen für Mängelansprüche].	2044
§ 13 Abs. 5	[Mängelbeseitigung durch Auftragnehmer]	2119
§ 13 Abs. 6	[Minderung]	2204
§ 13 Abs. 7	[Schadensersatz]	2226
§ 14	Abrechnung	2272
§ 14 Abs. 1	[Voraussetzungen der Prüfbarkeit der Rechnungen]	2274
§ 14 Abs. 2	[Das Aufmaß]	2281
§ 14 Abs. 3	[Zeitpunkt der Einreichung der Schlussrechnung]	2288
§ 14 Abs. 4	[Rechnungsaufstellung durch Auftraggeber]	2290
§ 15	Stundenlohnarbeiten	2295
§ 15 Abs. 1	[Grundsätze für die Abrechnung nach Stundenlöhnen].	2297
§ 15 Abs. 2	[Zusätzliche Aufsichtsvergütung].	2302
§ 15 Abs. 3	[Kontrolle der Stundenlohnleistungen durch den Auftraggeber]	2304
§ 15 Abs. 4	[Frist zur Vorlage von Stundenlohnrechnungen; Zahlung]	2311
§ 15 Abs. 5	[Abrechnung bei Zweifeln über Umfang der Stundenlohnarbeiten].	2313
§ 16	Zahlung	2316
§ 16 Abs. 1	[Abschlagszahlungen]	2328
§ 16 Abs. 2	[Vorauszahlungen].	2345
§ 16 Abs. 3	[Die Schlusszahlung].	2349
§ 16 Abs. 4	[Die Teilschlusszahlung]	2393
§ 16 Abs. 5	[Beschleunigung von Zahlungen; Skontoabzüge; Folgen verzögerter Zahlung, insbesondere Zinsen, Arbeitseinstellung]	2395
§ 16 Abs. 6	[Zahlung der Vergütung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber an Dritte].	2410
§ 17	Sicherheitsleistung	2418
§ 17 Abs. 1	[Ausdrückliche Vereinbarung, Zweck und Höhe der Sicherheitsleistung]	2422
§ 17 Abs. 2	[Arten der Sicherheitsleistung]	2468
§ 17 Abs. 3	[Wahlrecht und Austauschrecht des Auftragnehmers]	2469
§ 17 Abs. 4	[Sicherheitsleistung durch Bürgschaft].	2493
§ 17 Abs. 5	[Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld]	2562
§ 17 Abs. 6	[Sicherheitsleistung durch Einbehalt von Zahlungen]	2564
§ 17 Abs. 7	[Fristgerechte Leistung der Sicherheit durch Auftragnehmer]	2580
§ 17 Abs. 8	[Rückgabe der Sicherheit]	2585
§ 18	Streitigkeiten	2612
§ 18 Abs. 1	[Gerichtsstand für gerichtliche Streitigkeiten aus dem Bauvertrag]	2613
§ 18 Abs. 2	[Klärung von Meinungsverschiedenheiten bei Verträgen mit Behörden]	2631
§ 18 Abs. 3	[Vereinbarung von Verfahren zur Streitbeilegung].	2640
§ 18 Abs. 4	[Einschaltung einer staatlich anerkannten Materialprüfstelle].	2642
§ 18 Abs. 5	[Grundsätzlich keine Befugnis des Auftragnehmers zur Arbeitseinstellung].	2650
Anhänge	2655
Anhang 1	Sicherung von Vergütungsansprüchen der Bauunternehmer	2655
Anhang 2	Selbstständiges Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO).	2822
Anhang 3	Recht der AGB	2907
Stichwortverzeichnis	2955

lediglich auf einer bloß subjektiven Anschauung des Auftraggebers beruhen. Stattdessen müssen objektive Anhaltspunkte gegeben sein. Insbesondere die Ausführung bestimmter militärischer oder sonst sicherheitsrelevanter Bauleistungen kann die Geheimhaltung erfordern.

D. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Freihändigen Vergabe (§ 3a Abs. 3 VOB/A)

- 21 Die Freihändige Vergabe darf nach § 3 Abs. 3 VOB/A nur gewählt werden, wenn eine Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibungen **unzweckmäßig** sind (Satz 1) oder der geschätzte Nettoauftragswert 10.000 € nicht übersteigt (Satz 2). In § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 6 VOB/A sind **Fälle** aufgezählt, bei deren Vorliegen die Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung anzunehmen ist. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich, dass es sich hierbei um **Beispielfälle** handelt (»besonders«). Eine Freihändige Vergabe ist somit auch in vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen zulässig, wobei zu beachten ist, dass es sich auch bei § 3a Abs. 3 Satz 1 VOB/A um eine Ausnahmeregelung handelt, die als solche eng auszulegen ist.

I. Unzweckmäßigkeit (§ 3a Abs. 3 S. 1 Hs. 1 VOB/A)

- 22 Eine Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung ist unzweckmäßig, wenn das Beschaffungsziel mit diesen Verfahrenstypen **nicht erreicht werden kann**. Dies ist nach objektiven Gesichtspunkten zu bewerten. Der Begriff der Unzweckmäßigkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung die Grundsätze des Vergabeverfahrens (§ 2 VOB/A) und die Hierarchie der Verfahrenstypen (§ 3a Abs. 1 VOB/A) zu beachten sind. Für die Zulässigkeit der Freihändigen Vergabe kommt es auf die **Gegebenheiten des einzelnen Falles** an. Erforderlich ist eine sorgfältige Prüfung, ob nicht doch unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten und Anforderungen eine Vergabe durch Ausschreibung möglich und zielführend ist. Die Begründung für die Wahl der Freihändigen Vergabe muss der Auftraggeber im Vergabebericht gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 9 VOB/A festhalten.
- 23 Unzweckmäßigkeit kann auch dann vorliegen, wenn der **Aufwand**, den eine Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung verursachen würde, **in keinem Verhältnis zu dem Wert der zu verborgenden Leistung** stünde. Denkbar ist dies zum Beispiel in Fällen, in denen die Erstellung von Vergabeunterlagen die Beiziehung externen Sachverständigen erfordern würde, diese aber außer Verhältnis zum Auftragswert stehen würde. In diesen Fällen kann es zweckmäßig sein, den Leistungsbedarf im Rahmen einer Freihändigen Vergabe mit den Bietern festzulegen. Mit Einführung der Regelung in § 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A ist eine absolute Wertgrenze festgeschrieben worden, bei deren Unterschreiten der Auftraggeber den Nachweis der Unzweckmäßigkeit nicht mehr zu führen braucht (vgl. dazu unten). Bei Auftragswerten über 10.000 € (netto) ist dies nach wie vor in jedem Einzelfall notwendig. Zu beachten ist jedoch, dass auf Länderebene in Einführungserrlassen zur VOB/A oder Ländervergabegesetzen zum Teil höhere Wertgrenzen für eine Freihändige Vergabe vorgesehen sind.

II. Nur ein bestimmtes Unternehmen kommt in Betracht (§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VOB/A)

- 24 Eine Freihändige Vergabe ist möglich, wenn für die Leistung »aus besonderen Gründen« nur ein bestimmtes Unternehmen in Betracht kommt, § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VOB/A. In diesen Fällen wäre es nicht nur **unzweckmäßig**, sondern auch unzulässig ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. Der Begriff der besonderen Gründe ist im Lichte der Hierarchie der Verfahrensarten und der aufgezählten Beispielfälle eng auszulegen. Das heißt, dass es aus Gründen, die im Zusammenhang mit der **Eigenart der zu beschaffenden Leistung** oder den **Umständen der Leistungserbringung** stehen, objektiv auszuschließen ist, dass mehrere Unternehmen in der Lage sind, die Leistung auszuführen. Bei lediglich ungenügender Marktübersicht ist die Öffentliche oder Beschränkte Ausschreibung zu wählen. Zu beachten ist ferner, dass zwar die Entscheidung, welcher Gegenstand oder welche Leistung mit welcher Beschaffenheit und mit welchen Eigenschaften beschafft werden soll dem Auftraggeber obliegt. Die Festlegung besonderer Leistungsmerkmale, die dazu führen, dass nur ein Unternehmen für die Ausführung des Auftrags in Betracht kommt, bedarf aber stets einer sachlichen Rechtfertigung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.04.2005 – VII-Verg 93/04, Beschl. v. 01.08.2012 – VII-Verg 10/12; Beschl. v. 12.02.2014 – VII-Verg 29/13). Insoweit wird

man – zumindest sinngemäß – die Regelung des § 3a EU Abs. 3 Nr. 3 VOB/A heranziehen können, wonach keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gegeben sein darf und der mangelnde Wettbewerb auch nicht das Ergebnis einer künstlichen (willkürlichen) Einschränkung der Auftragsparameter sein darf. Gibt es eine sachliche Begründung für die Wahl des konkreten Leistungsgegenstandes und liegen besondere Gründe vor, derentwegen nur ein Unternehmen für die Ausführung dieser Leistung in Betracht kommt, ist eine Freihändige Vergabe zulässig. Ein Auftraggeber muss keine für ihn nachteilige Leistung beschaffen, nur um einen Wettbewerb zu gewährleisten (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.11.2013 – 15 Verg 5/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – VII-Verg 10/12; Beschl. v. 12.02.2014 – Verg 29/13).

§ 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VOB/A zählt als **besondere Gründe** beispielhaft Patentschutz, besondere Erfahrung oder Geräte auf. Zwar wird das Ausschließlichkeitsrecht nicht wie beim Verhandlungsverfahren nach § 3 EU Abs. 3 Nr. 3c) VOB/A explizit erwähnt, doch aus der Benennung des Patentschutzes als ein Ausschließlichkeitsrecht lässt sich darauf schließen, dass auch andere Ausschließlichkeitsrechte wie Urheberrechte, Lizenzen oder das Eigentum an einem Grundstück (vgl. *Stickler in Kapellmann/Messerschmidt* § 3 VOB/A Rn. 65) als besondere Gründe zu beachten sind und eine Freihändige Vergabe rechtfertigen. Soweit der Auftraggeber beabsichtigt, einen Auftrag aufgrund des Schutzes eines Patentrechts im Wege einer Freihändigen Vergabe zu vergeben, muss sichergestellt sein, dass die Patentvoraussetzungen erfüllt sind und bei der konkreten Ausführung der Leistung die Ingebrauchnahme dieses Patents notwendig ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.05.2003 – VII-Verg 10/03 siehe hierzu auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.12.2015 – VII-Verg 20/15 und zur Prüfungskompetenz hinsichtlich einer Patentrechtsverletzung vgl. *Müller-Stoy GRUR* 2006, 184). Besondere Gründe im Sinne des § 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VOB/A liegen auch dann vor, wenn die Bauleistung **spezielle Erfahrungen oder Geräte** erfordert, die nachweislich nur ein Unternehmen besitzt und mit denen nur dieses Unternehmen sachgerecht umgehen kann. Nicht hinreichend ist es allerdings, wenn sich andere Unternehmen bis zum Zuschlagstermin die erforderliche Erfahrung bzw. Ausstattung aneignen können (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.07.2010 – 15 Verg 6/10; VK Berlin, Beschl. v. 30.07.2013 – VK-B1–13/13). In diesem Bereich sind an die Durchführung einer Freihändigen Vergabe nach § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VOB/A zwei Voraussetzungen geknüpft, die kumulativ vorliegen müssen und für die in der Regel der Auftraggeber die Beweislast trägt. Zum einen muss der Gegenstand der Beauftragung eine Besonderheit im Rahmen der Ausführung der Arbeiten beinhalten. Des Weiteren muss es wegen dieser technischen Besonderheit erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben (vgl. auch EuGH, Urt. v. 02.06.2005 – Rs. C-394/02 [»Kommission/Griechenland«], Slg. 2005 I-04713 Rn. 34).

Nicht ausreichend ist die Vermutung oder Annahme, dass andere Bieter – etwa aufgrund räumlicher Entfernung zum Leistungsort – keine konkurrenzfähigen Angebote abgeben können (so noch die Voraufgabe § 3 VOB/A Rn. 45). Denn eine solche Annahme kann niemals im Vorhinein, sondern nur nach Durchführung einer Ausschreibung belegt werden. Kommen **zwei Unternehmer** für die Leistungserbringung in Betracht, so kann dies eine Freihändige Vergabe nicht rechtfertigen. Denkbar ist in diesen Fällen neben der Öffentlichen Ausschreibung auch die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ggf. unter Abweichung von der Mindestbieterzahl des § 3b Abs. 3 VOB/A.

III. Besondere Dringlichkeit (§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VOB/A)

Eine Freihändige Vergabe ist gemäß § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VOB/A zulässig, wenn die Leistung **besonders dringlich** ist. Hier handelt es sich nicht um dieselbe Art von Dringlichkeit, wie sie in § 3a Abs. 2 Nr. 3 VOB/A als Voraussetzung für eine Beschränkte Ausschreibung niedergelegt ist. Beide Tatbestände stehen in einem **Stufenverhältnis** zueinander, welches sich am Umfang des Wettbewerbs orientiert. Je geringer der Wettbewerb, desto größer sind die Anforderungen an den Ausnahmetatbestand. Dabei darf die besondere Dringlichkeit weder vorhersehbar noch dem Auftraggeber zuzurechnen sein (vgl. *Pünder in Pünder/Schellenberg* § 3 VOB/A Rn. 20). Zeitlich ist sie daran zu messen, ob die in § 10 Abs. 1 VOB/A vorgeschriebene Angebotsfrist, die bei einer

Beschränkten Ausschreibung auch im Fall der Dringlichkeit nicht weniger als 10 Tage betragen darf, wegen besonderer Dringlichkeit der Leistung bei der gebotenen objektiven Betrachtung nicht eingehalten werden kann. Die Freihändige Vergabe ist daher nur in **Ausnahmefällen** zur Behebung einer nicht vorhersehbaren Situation in Betracht zu ziehen, die die Ausarbeitung von Vergabeunterlagen und/oder Einhaltung von Angebotsfristen zeitlich nicht mehr zulässt und deshalb eine unmittelbare Kontaktaufnahme bzw. Beauftragung eines Unternehmens erfordert. Das gilt nicht nur für die Behebung von Katastrophenschäden oder die Beschaffung von Geräten zur Gefahrenabwehr (vgl. die Abwägung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.07.2002 – VII-Verg 30/02; siehe auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.06.2015 – VII-Verg 39/14), auch ein drohender vertragsloser Zustand im Fall der Daseinsvorsorge kann dies begründen (vgl. OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.01.2014 – 11 Verg 15/13; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2003 – VII-Verg 59/03). Zudem sind etwa auch Bauarbeiten erfasst, deren Notwendigkeit sich aus einer unvermutet aufgetretenen Situation ergibt, insbesondere um Schäden oder weitere Schäden zu verhindern. Weiterhin kann auch im Fall einer Insolvenz des bisherigen Auftragnehmers und einer darauf erfolgenden Kündigung des Bauvertrages ein Fall besonderer Dringlichkeit vorliegen (vgl. VK Bund, Beschl. v. 29.06.2005 – VK 3–52/05). Das ist aber keinesfalls zwingend, sondern im Einzelfall zu prüfen und anhand des geplanten Bauablaufs zu begründen.

IV. Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar (§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 VOB/A)

- 28 Freihändig zu vergeben ist die Bauleistung ferner, wenn sie nach Art und Umfang vor der Erteilung des Auftrages nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Vollständig vergleichbare Angebote können nur abgegeben werden, wenn Leistungsinhalt und -umfang eindeutig und erschöpfend bestimmt sind. Kann dies aus anzuerkennenden Gründen nicht erfolgen, ist ein Angebotsverfahren unzumutbar. Bei einer **Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm** ist dies nicht in jedem Fall anzunehmen, weil auch dort grundsätzlich eine eindeutige und erschöpfende Festlegung der Leistung – im Sinne eines Leistungsprogramms – möglich und notwendig ist (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A gilt auch für Leistungsbeschreibungen mit Leistungsprogramm nach § 7c VOB/A). Sollen die Bieter indes bereits im Vergabeverfahren Lösungsvorschläge zum Leistungsprogramm ausarbeiten und ist davon auszugehen, dass diese vor einer endgültigen Vergabeentscheidung im Sinne der Vergleichbarkeit noch einmal überarbeitet und den Anforderungen und Bedürfnissen des Auftraggebers angepasst werden müssen, scheidet eine Ausschreibung aus. Auch bei **neuartigen Bauleistungen oder -verfahren** kann es an der hinreichenden Beschreibbarkeit der zu erbringenden Leistung fehlen oder bei ganz speziellen Baumaßnahmen, bei denen besondere unternehmerische Erfahrungen und Kenntnisse gefordert sind. In diesen Fällen kann es erforderlich sein, dass das Unternehmen verschiedene Techniken und Baumethoden erläutert und im Dialog zwischen Auftraggeber und Unternehmen eine Lösung gesucht wird. Auch bei einem durch **Kündigung** »abgebrochenen« Vorhaben und der Vergabe des »Restes« an einen Nachfolgeunternehmer kann es vorkommen, dass die Leistungen mangels Dokumentation der bereits erbrachten Leistungen nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind. Voraussetzung für die hier genannten Ausnahmen ist aber stets, dass mit hinreichender Sicherheit bei einer Ausschreibung miteinander vergleichbare Angebote nicht zu erwarten sind und ohne Verhandlung der Zuschlag nicht erteilt werden kann.

V. Erneute Ausschreibung nicht erfolversprechend (§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 4 VOB/A)

- 29 Ferner ist die Freihändige Vergabe möglich, wenn eine Öffentliche oder eine Beschränkte Ausschreibung aufgehoben wurde und eine erneute Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis verspricht. Zunächst muss die **Aufhebung** wie bei § 3a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A **wirksam** sein (siehe hierzu die Kommentierung zu § 3a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A). Eine Neuausschreibung desselben Vergabegenstandes ohne wirksame Aufhebung ist nicht zulässig. Der Aufhebungsgrund muss aber nicht notwendig in dem Fehlen annehmbarer Ergebnisse liegen. Dies kann jedoch Indiz für die Prognose für den mangelnden Erfolg einer erneuten Ausschreibung sein. Wurde die ursprüngliche Ausschreibung aus anderen von § 17 VOB/A erfassten Gründen oder sogar außerhalb dieser Vorschrift

aufgehoben (siehe hierzu BGH, Beschl. v. 20.03.2014 – X ZB 18/13), wird im Rahmen des § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 4 VOB/A ein erhöhter Begründungsaufwand erforderlich sein.

Zusätzlich darf generell auch eine neue Ausschreibung **kein annehmbares Ergebnis** versprechen. Im Gegensatz zu § 3a Abs. 2 Nr. 2 VOB/A ist Bezugspunkt des Merkmals »kein annehmbares Ergebnis« also nicht die aufgehobene Ausschreibung. Gefordert wird vielmehr eine Prognose hinsichtlich des Ergebnisses einer erneuten Ausschreibung. Es ist daher zunächst unter Zugrundelegung aller Gegebenheiten die sorgfältige Prüfung geboten, wo die Ursachen des Misserfolges der Ausschreibung gelegen haben. Lassen sich diese so beheben, dass ein Misserfolg im Falle einer neuen Ausschreibung aller Voraussicht nach auszuschließen ist (z.B. bei bloßer Änderung der Planung oder bei Verschiebung der Bauzeit), so ist für eine Freihändige Vergabe kein Raum. Vielmehr ist dann eine erneute Ausschreibung mit entsprechenden Änderungen vorzunehmen. Nur wenn die Ursachen des Misserfolgs der bisherigen Ausschreibung auch in einer neuen Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung nicht beseitigt werden können, ist eine Freihändige Vergabe begründet. Ein solcher Fall kann etwa gegeben sein, wenn alle Angebote über der Kostenschätzung liegen, soweit diese sach- und fachgerecht erstellt wurde. In diesem Fall ist nicht davon auszugehen, dass die Preise bei einer erneuten Ausschreibung anders ausfallen werden. In diesem Fall bedarf es einer Freihändigen Vergabe, um die Ursache der Divergenz zwischen der Kostenschätzung und den Angeboten feststellen und ggfs. im Verhandlungswege korrigieren zu können. Voraussetzung ist dabei, dass alle Bieter des aufgehobenen Verfahrens beteiligt und gleichbehandelt werden.

VI. Leistung unterliegt der Geheimhaltung (§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 5 VOB/A)

Eine Freihändige Vergabe kommt auch in Betracht, wenn dies aus Gründen der **Geheimhaltung** erforderlich ist. Nach § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 5 VOB/A können auch nicht normierte Geheimhaltungsinteressen beachtlich sein. Dabei ist jedoch zunächst zu prüfen, ob – wie in der Regel – dem Geheimhaltungserfordernis durch eine Beschränkte Ausschreibung nach Maßgabe von § 3a Abs. 2 Nr. 3 VOB/A Genüge getan werden kann. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn die Geheimhaltungsgründe einer Beteiligung von mehr als einem Unternehmen entgegenstehen. Zu beachten ist zudem, dass grundsätzlich nur öffentliche Geheimhaltungsinteressen eine Freihändige Vergabe rechtfertigen. **Betriebliche Geheimhaltungsgründe** auf Unternehmenseite rechtfertigen die Durchführung einer Freihändigen Vergabe hingegen nicht, da sie ohnehin stets vom Auftraggeber zu beachten sind.

VII. Kleine Zusatzleistung (§ 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 6 VOB/A)

Gemäß § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 6 VOB/A kann eine Freihändige Vergabe durchgeführt werden, wenn bereits eine größere Leistung vergeben wurde, eine kleinere dieser nachfolgt und sich nicht ohne Nachteil von der größeren Leistung trennen lässt. Hierbei handelt es sich um sogenannte **Anschlussaufträge**, die im Auftrag nicht vorgesehen sind und auch nicht nach § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 1 VOB/B den Bedingungen des bisherigen Vertrages unterfallen (zur Abgrenzung von der Wahrnehmung einer Vertragsoption vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 05.02.2003 – 17 Verg 14/02). Für Fälle des § 1 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 VOB/B regelt § 22 VOB/A unabhängig vom Wert der Zusatzleistung nunmehr eine generelle »Ausschreibungsfreiheit«. Ausgenommen hiervon sind lediglich Zusatzvereinbarungen nach § 1 Abs. 4 Satz 2 VOB/B, die Leistungsänderungen beinhalten, die von den Anordnungsrechten nach § 1 Abs. 3 oder Abs. 4 Satz 1 VOB/B nicht gedeckt sind. Diese können nach § 3a Abs. 3 S. 1 Nr. 6 VOB/A dennoch an den bisherigen Auftragnehmer vergeben werden, wenn ein **unmittelbarer Zusammenhang** zwischen der bereits vergebenen und der zusätzlichen Leistung besteht. Dieser Zusammenhang muss so beschaffen sein, dass eine Trennung der Verträge **Nachteile** bringen würde. Diese können in bautechnischer Hinsicht, z.B. wegen der notwendigen Einheit der Durchführung, vorliegen. Sie können aber auch finanziell begründet sein. Typisches Beispiel ist das spätere und bis dahin nicht eindeutig bestimmbare Stemmen von Durchbrüchen durch im Rohbau errichtete Wände und Decken. Ferner können »Gewährleistungsschnittstellen« oder der Verlust von Gewährleistungsrechten von Belang sein. Im Allgemeinen wird es sich nur um

auch der Gesetzgeber im Zuge der erstmaligen gesetzlichen Verankerung des außerordentlichen Kündigungsrechts für Werkverträge in § 648a BGB in seiner Gesetzesbegründung sein Verständnis dahingehend klarstellte, dass hier nur das in der Rechtsprechung ohnehin anerkannte Kündigungsrecht verankert werden sollte, wobei dazu die gesetzliche Regelung des § 314 BGB als Vorbild diene (BT-Drucks. 18/8486, S. 49).

b) Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB

- 18 All diese Schwierigkeiten bei der rechtlichen Herleitung eines außerordentlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund gehören der Vergangenheit an. Denn mit der Einführung des gesetzlichen Bauvertragsrechts zum 1. Januar 2018 (BGBl. I 2017 S. 969) hat der Gesetzgeber mit § 648a BGB eine **gesetzliche Grundlage** dafür geschaffen. Dessen Absatz 1 sieht nun vor, dass beide Vertragsparteien das Recht haben, einen Werkvertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach Satz 2 vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die **Fortsetzung des Vertrags bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet** werden kann. Ein besonderes Verschuldenserfordernis stellt § 648a BGB nicht auf, d.h.: Es spielt für die Annahme des wichtigen Grundes für eine Kündigung dem Grunde nach keine Rolle, warum z.B. das Vertrauensverhältnis zerstört und eine Vertragsfortsetzung nicht mehr zugemutet werden kann. Auf ein **Verschulden** einer Vertragspartei kommt es demzufolge ebenfalls **nicht** an. All das entspricht vollständig der Übernahme der bisherigen Rechtsauffassung und Rechtsprechung zu der bisher schon außerhalb des Gesetzes anerkannten außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, was auch so gewollt war (s. dazu ebenso BT-Drucks. 18/8486, S. 49).
- 19 Kommt es somit für eine außerordentliche Kündigung darauf an, ob dem kündigenden Teil die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist, ist es unerheblich, dass eine ggf. **schwerwiegende Vertragsverletzung der Gegenseite zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher** ist. Denn es kann einem Vertragspartner in aller Regel nicht zugemutet werden, die Vertragsverletzung abzuwarten, um dann erst die rechtlichen Konsequenzen daraus zu ziehen (vgl. so schon zum alten Recht BGH, Urt. v. 04.05.2000 – VII ZR 53/99, BGHZ 144, 242 = BauR 2000, 1182, 185 = NJW 2000, 2988, 2990); BGH, Urt. v. 05.05.1992 – X ZR 115/90, NJW-RR 1992, 1141, 1142; ähnlich BGH, Urt. v. 28.01.2003 – X ZR 151/00, NJW 2003, 1600, 1601). Dem Grunde nach entspricht das auch dem Rechtsgedanken des § 323 Abs. 4 BGB. Augenscheinlich gilt dies etwa in Fällen, in denen feststeht, dass ein Auftragnehmer eine Vertragsfrist aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird und diese Vertragsverletzung von so erheblichem Gewicht ist, dass dem Auftraggeber eine Fortsetzung des Vertrages mit diesem Auftragnehmer nicht zumutbar ist. Hier muss der Auftraggeber nicht die Fristüberschreitung noch abwarten, sondern kann sofort kündigen (BGH, Urt. v. 04.05.2000 und 05.05.1992, jeweils a.a.O.; instruktiv auch OLG Hamm, Urt. v. 05.08.2013 – 17 U 148/11, nicht veröffentl.).
- 20 In einem ähnlichen Zusammenhang wie vorstehend ist der Sachverhalt zu sehen, dass bereits vor **Fälligkeit der Leistung (berechtigt) ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder Leistungswilligkeit** des Vertragspartners (Schuldners) bestehen. Hier hat der Gläubiger (wobei es bei Bauverträgen zumeist um den Auftraggeber geht) ein schützenswertes Interesse daran, Klarheit über den Vertrag zu erlangen. Dies war schon zur früheren Rechtslage zu § 326 Abs. 1 BGB a.F. anerkannt, so dass der Gläubiger in einem solchen Fall dem Schuldner deshalb bereits vor **Fälligkeit der Leistung** eine angemessene **Frist zur Erklärung eigener Leistungsbereitschaft** und zum Nachweis fristgerechter Erfüllung des Vertrages setzen konnte, wenn die rechtzeitige Erfüllung durch Hindernisse ernsthaft in Frage gestellt ist, die im Verantwortungsbereich des Schuldners liegen, und dem Gläubiger ein weiteres Zuzumuten nicht zuzumuten war. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist konnte er dann vom Vertrag zurücktreten (BGH, Urt. v. 21.10.1982 – VII ZR 51/82, BauR 1983, 73, 75 f. = NJW 1983, 989, 990). Nach heutigem Recht gilt nichts anderes, wobei die **fehlende Anzeige** des Schuldners dann aber nicht nur ein Rücktritts-, sondern **zugleich ein Kündigungsrecht** aus wichtigem

Grund rechtfertigt (OLG Stuttgart, Urt. v. 30.01.2018 – 10 U 84/17, BauR 2018, 1278, 1283 = NZBau 2018, 528, 530; OLG Stuttgart, Urt. v. 23.11.2006 – 13 U 53/06, BauR 2007, 1417, 1418 zu einem Sachverhalt, in dem der Auftraggeber selbst vertraglich zur termingerechten Leistungserbringung gegenüber seinem Auftraggeber verpflichtet war; in diesem Sinne auch zu verstehen: BGH, Urt. v. 14.06.2012 – VII ZR 148/10, BGHZ 193, 315, 321 = BauR 2012, 1386, 1388 = NJW 2012, 3714, 3715 zu einem vorzeitigen Rücktrittsrecht). Nicht zu verwechseln mit vorstehenden Sachverhalten in Bezug auf ernsthafte Zweifel an der Leistungsbereitschaft oder -willigkeit des Schuldners ist dagegen die Absicht des Gläubigers, dem Schuldner bereits – sozusagen auf Vorrat – **vor Fälligkeit der Leistung eine Nachfrist** zu setzen mit der Folge, dass nach Ablauf dieser Frist das Kündigungs- oder Rücktrittsrecht entsteht. Das würde dem erklärten Willen und der Systematik des Gesetzes entgegenstehen, das das Rücktrittsrecht daran anknüpft, dass die Frist in einem Zeitpunkt gesetzt wird, in dem die Leistung fällig ist (BGH, a.a.O.). Für die Kündigung gilt nichts anderes (OLG Stuttgart, Urt. v. 30.01.2018, a.a.O.). Insoweit hat der Gläubiger an einer **Fristsetzung vor Fälligkeit** der Leistung in der Regel kein schützenswertes Interesse. Denn die Nachfrist könnte ohnehin nicht vor Fälligkeit der Leistung beginnen und es kann ihm zumeist zugemutet werden, die Fälligkeit der Leistung bis zur Fristsetzung abzuwarten. Ist dagegen wieder offensichtlich, dass die Voraussetzungen des Rücktritts um Zeitpunkt der Fälligkeit vorliegen, kann der Gläubiger nach § 323 Abs. 4 BGB sofort vom Vertrag zurücktreten. Die Klärung der Erfüllungsbereitschaft wird zudem häufig dazu führen, dass die Voraussetzungen des Rücktritts nach § 323 Abs. 4 BGB bejaht werden können (vgl. *MüKo/Ernst*, § 323 Rn. 137). Ist das dagegen nicht der Fall, ist es nicht gerechtfertigt, bei der entsprechenden unsicheren Prognose bereits in einem Zeitpunkt, in dem die Leistung noch nicht fällig ist, eine Nachfrist zu setzen, weil damit die mit der Nachfristsetzung verbundene Warnfunktion nicht auf einer ausreichenden Grundlage beruht, die darin besteht, dass die Fälligkeit der Leistung bereits eingetreten ist (BGH, a.a.O., OLG Stuttgart, Urt. v. 31.01.2018, a.a.O.).

Ist diese Verankerung der allgemeinen Kündigungssituation im Gesetz noch einigermaßen klar nachzuvollziehen, hat das Gesetz dagegen anders als die mit korrespondierende Regelung vor allem in § 8 VOB/B für das außerordentliche Kündigungsrecht des Auftraggebers (und wohl ebenso von § 9 VOB/B für das Kündigungsrecht des Auftragnehmers) davon **abgesehen**, im Gesetz **einzelne Kündigungstatbestände anzugeben**. Dies schien dem Gesetzgeber nicht tunlich, da er offenbar die Sorge hatte, auf diese Weise nicht alle denkbaren Konstellationen zu erfassen. Stattdessen wählte er eine – sich an § 314 BGB orientierende – allgemeine **Formulierung zum Kündigungsgrund**. Dadurch könnten – so die Gesetzesbegründung – neben den typischen Kündigungsgründen auch besondere Einzelfälle berücksichtigt werden, selbst wenn der heutige Gesetzestext nicht sofort zu der erwünschten Rechtssicherheit für die Parteien führe. Die Anknüpfung an den Wortlaut von § 314 BGB, zu dem eine umfassende Rechtsprechung bestehe, werde den Vertragspartnern jedoch auch vor einer detaillierten Rechtsprechung zu der neuen Vorschrift einen Zuwachs an Sicherheit geben, ob im Einzelfall ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund gegeben sei (BT-Drucks. 18/8486, S. 50). Ob diese Annahme wirklich so zutrifft, mag man diskutieren. Richtig ist allerdings, dass man am Ende bei der Prüfung eines wichtigen Kündigungsgrundes wie schon zur früheren Rechtslage immer nur im Einzelfall feststellen kann, ob dieser nach § 648a Abs. 1 S. 2 BGB so erheblich ist, dass dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur Fertigstellung des Werks nicht zugemutet werden kann. Auch wenn danach stets eine **Einzelfallprüfung** stattzufinden hat, bestehen keine Bedenken, wenn für die Frage, ob bestimmte Sachverhalte als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung ausreichen, auf die bisher schon langjährige Rechtsprechung dazu zurückgegriffen wird, wenn mit dem heutigen § 648a BGB ohnehin nur das schon zuvor richterrechtlich anerkannte außerordentliche Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gesetzlich verankert werden sollte.

Dies vorausgeschickt haben also die Fälle, die bisher von der Rechtsprechung als wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung anerkannt wurden, ohne Einschränkung heute noch Gültigkeit. Dazu zählen in allererster Linie Sachverhalte, in denen der jeweils andere Vertragspartner den

Bauvertrag zu Unrecht fristlos gekündigt hat (BGH, Urt. v. 01.12.1993 – VIII ZR 129/92, BauR 1994, 544 = NJW 1994, 443, 444; BGH, Urt. v. 05.07.2001 – VII ZR 201/99, BauR 2001, 1577 = NZBau 2001, 623, 624; BGH, Urt. v. 20.08.2009 – VII ZR 212/07, BauR 2009, 1736, 1738 = NJW 2009, 3717, 3719) oder sonst schwerwiegend gegen die ihn treffende **Kooperationspflicht** (BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BGHZ 143, 89, 92 ff. = BauR 2000, 409, 410 = NJW 2000, 807, 808) **verstößt**, indem er etwa endgültig und nachhaltig die weitere Vertragserfüllung zu Unrecht ablehnt. Doch auch andere Pflichtverletzungen können von Bedeutung sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob **Haupt- oder Nebenpflichten** aus dem Vertrag betroffen sind, weil auch Nebenpflichten für den vereinbarten Vertragszweck von erheblicher Bedeutung sein können (BGH, Urt. v. 23.05.1996 – VII ZR 140/95, BauR 1996, 704, 705 = NJW-RR 1996, 1108 f.; BGH, Urt. v. 07.04.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1, 14 f. = BauR 2016, 1306, 1311 = NJW 2016, 1945, 1949). Ebenso ist es denkbar, dass es allein um die Verletzung von Nebenpflichten geht, die für sich genommen keine außerordentliche Kündigung rechtfertigen würden, die aber in der Fülle doch zu einer erheblichen Erschütterung des Vertrauensverhältnisses führen, die ein Festhalten der Vertragsgegenseite am Vertrag unzumutbar machen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2013 – 23 U 102/12, BauR 2013, 1698, 1699, wobei der dortige Verweis auf eine BGH-Entscheidung nicht ganz passen dürfte; ebenso Werner/Pastor, Rn. 1156). Dasselbe gilt für im Einzelfall **nicht schwerwiegende Verstöße gegen Vertragspflichten**, die in ihrer Fülle bzw. Gesamtschau aber zu einer derart erheblichen Erschütterung des Vertrauensverhältnisses führen, dass dem Auftraggeber ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist (OLG Celle, Urt. v. 24.09.2014 – 14 U 169/13, Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschl. v. 05.02.2015 – VII ZR 273/14, BauR 2015, 1356, 1357, das kurioserweise dann aber gleichzeitig darauf verweist, dass es sich doch um besonders schwerwiegende Vertragsverletzungen handeln müsse).

c) **Beispielfälle für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 648a BGB**

- 23 Auf dieser Grundlage ist bei der Prüfung außerordentlicher Kündigungsgründe zumeist zu differenzieren, wer ein außerordentliches Kündigungsrecht ausüben will. Geht es um eine vom **Auftragnehmer auszusprechende Kündigung**, mag diese auf folgende Gründe gestützt werden:
- Der Auftraggeber überreicht dem Auftragnehmer einen **gefälschten Scheck**. Im Vertrauen auf dessen Echtheit trifft der Auftragnehmer zu dem Bauvorhaben erhebliche finanzielle Dispositionen.
 - Der Auftraggeber **beschäftigt Mitarbeiter** des Auftragnehmers **nebenher schwarz** (OLG Köln, Urt. v. 18.09.1992 – 19 U 106/92, BauR 1993, 80, 81 = NJW 1993, 73 f.). Dabei dürfte es jedoch entgegen der Ansicht des OLG Köln nicht darauf ankommen, ob die Arbeitnehmer während der Arbeitszeit oder nach Feierabend zur Schwarzarbeit verleitet wurden. Denn unabhängig davon liegt in jedem Fall ein schwerwiegender Vertrauensbruch – verbunden hier sogar mit einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot – vor. Dieser besteht darin, dass die Beschäftigten des Auftragnehmers hinter seinem Rücken für Arbeiten in Anspruch genommen werden, die dieser selbst auch regulär hätte ausführen können.
 - Der Auftraggeber verlangt eine Bauausführung unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und gesetzlicher Vorschriften, die den Auftragnehmer sogar der Gefahr von Bußgeldern aussetzen (i. E. ähnlich OLG München, Urt. v. 28.11.1979 – 15 U 2001/79, SFH VOB/B § 9 Nr. 1).
 - Der Auftraggeber verweigert nachhaltig die Bezahlung berechtigter Rechnungen (BGH, Urt. v. 10.06.1974 – VII ZR 30/73, BauR 1975, 136 = NJW 1974, 1467).
 - Der Auftraggeber ist offensichtlich zahlungsunfähig bzw. müsste oder hat sogar einen **Insolvenzantrag** gestellt (OLG Schleswig, Urt. v. 09.12.2010 – 16 U 16/06, Nichtzul.-Beschw. zurückgew., BGH, Beschl. v. 22.08.2012 – VII ZR 26/11, IBR 2013, 113; ebenso zu verstehen OLG München, Urt. v. 11.03.1986 – 9 U 4403/86, BauR 1988, 605, 606). Anzumerken ist, dass der Bundesgerichtshof diesen Fall bisher nicht entschieden hat. Er hat nur im umgekehrten Verhältnis § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B einer isolierten Wirksamkeitskontrolle unterworfen und dagegen keine Bedenken erhoben (BGH, Urt. v. 07.04.2016 – VII

C. Rechtsfolgen

I. Berechtigte Abnahmeverweigerung

Generell sind die Rechtsfolgen bei einer Abnahmeverweigerung des Auftraggebers danach zu unterscheiden, ob die **Abnahmeverweigerung** **berechtigt** oder **unberechtigt** ist. Darüber hinaus muss unterschieden werden, ob es sich um eine vorläufige Abnahmeverweigerung handelt oder um eine endgültige. Eine **vorläufige Abnahmeverweigerung** liegt vor, wenn der Auftraggeber die Abnahme auf das Abnahmeverlangen des Auftragnehmers hin zwar verweigert – in der Praxis geschieht das meist mit der Behauptung, die Leistung sei mit wesentlichen Mängeln behaftet –, die Abnahme aber für den Fall der Mängelbeseitigung ausdrücklich oder stillschweigend in Aussicht stellt. Bei der **endgültigen Abnahmeverweigerung** erklärt der Auftraggeber aus welchen Gründen auch immer, er werde die Werkleistung des Unternehmers überhaupt nicht – also nie – abnehmen.

Verweigert der Auftraggeber die Abnahme zu Recht, treten die **Abnahmewirkungen bei vorläufiger berechtigter Abnahmeverweigerung nicht ein**. Dann scheidet auch sämtliche fiktiven Abnahmen nach VOB und BGB aus (ebenso *Havers in Kapellmann/Messerschmidt* § 12 VOB/B Rn. 89; nur bezüglich § 12 Abs. 5 VOB/B *Riedl/Mansfeld in Heiermann/Riedl/Rusam* § 12 VOB/B Rn. 80; differenzierend *Leitzke* BauR 2009, 146, 153, der einen Vorrang von § 640 Abs. 1 S. 3 BGB annimmt). Es entspricht dem Sinn des Abnahmeverweigerungsrechts des Auftraggebers nach § 12 Abs. 3 VOB/B bei der Existenz wesentlicher Mängel, dass der Auftragnehmer durch die Abnahmeverweigerung veranlasst wird, seine Leistung alsbald in einen vertragsgerechten und abnahmereifen Zustand zu versetzen um in den Genuss der Abnahme und ihrer Wirkungen zu kommen. Das Abnahmeverweigerungsrecht des Auftraggebers würde konterkariert, wenn trotz wesentlich mangelhafter Leistung des Auftragnehmers und hierauf gestützter berechtigter Abnahmeverweigerung einzelne oder alle Abnahmewirkungen eintreten würden.

Anders dürfte dies jedoch bei einer Abnahmeverweigerung sein, die, auch wenn sie berechtigt ist, endgültig ausgesprochen wird (eingehend hierzu *Koebler* BauR 2012, 1153). *Koebler* geht auch in diesen Fällen von dem Eintritt der Abnahmewirkungen mit Ausnahme der Umkehr der Beweislast und des Verlusts nicht vorbehaltenen Vertragsstrafe- sowie Mängelansprüche nach § 640 Abs. 2 BGB aus. Dem ist zuzustimmen. Für die Rechtsfolgen berechtigter endgültiger Abnahmeverweigerung wird darüber hinaus zu klären sein – gegebenenfalls im Wege der Auslegung – welche weiteren Erklärungsinhalte der endgültigen Abnahmeverweigerung des Auftraggebers unter Umständen beizumessen sind, z.B. Erklärung von Rücktritt oder Kündigung, Geltendmachung von Schadensersatz statt der Leistung o. ä. Außerdem ist daran zu erinnern, dass der Unternehmer ein Recht darauf hat – zumindest in vielen Fällen – die Mängel seiner Leistung durch kostengünstige Eigennachbesserung zu beseitigen. In der Blockheizkraftwerkentscheidung (BGH, Urt. v. 08.11.2007 – VII ZR 183/05, BauR 2008, 344) hat der BGH für den Fall, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer diese Möglichkeit nicht einräumt oder nicht in angemessener Weise daran mitwirkt, die unternehmerische Leistung in einen abnahmereifen Zustand zu versetzen, die Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Auftragnehmers in Betracht gezogen.

II. Rechtswidrige Abnahmeverweigerung

Auch bei unberechtigter Abnahmeverweigerung ist hinsichtlich der Rechtsfolgen zu unterscheiden zwischen vorläufig unberechtigter Abnahmeverweigerung und endgültig unberechtigter Abnahmeverweigerung (zu weitergehenden Differenzierungen vgl. *Thode* ZfBR 1999, 116, 118 f.).

1. Endgültige rechtswidrige Abnahmeverweigerung

Die endgültige Abnahmeverweigerung muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sie ist auch konkludent möglich (BGH, Urt. v. 03.03.1998 – ZR 4/95, NJW-RR 1998, 1027, *Jansen* BauR 2011, 371). Es kommt dabei auch nicht darauf an, wie das Verhalten des Auftraggebers gemeint ist, sondern wie es aus der Sicht des Auftragnehmers zu verstehen ist. Entscheidend ist, ob der Auftragnehmer davon ausgehen darf, der Auftraggeber lehne das Werk endgültig ab und gewähre auch keine Gelegenheit

mehr zur Beseitigung von Mängeln (vgl. *Jansen* BauR 2011, 371). Verweigert der Auftraggeber die Abnahme endgültig, treten nach herrschender Meinung sämtliche Abnahmewirkungen mit der Verweigerungserklärung ein (*Nicklisch* in *Nicklisch/Weick* § 12 VOB/B Rn. 45; *Kaiser* Mängelhaftungsrecht Rn. 41e; *Riedl/Mansfeld* in *Heiermann/Riedl/Rusam* § 12 VOB/B Rn. 81; *Gross* FS Locher S. 53 ff.; ebenso *Willenbrand/Detger* BB 1992, 1801, 1804; *Knacke* Auseinandersetzungen im privaten Baurecht S. 77; *Locher* Das private Baurecht Rn. 244; *Zielemann* Rn. 519; *Thode* ZfBR 1999, 116, 119; Beck'scher VOB-Komm./*Jagenburg* § 12 Abs. 3 VOB/B Rn. 25 u. Vor § 12 Rn. 113 f.). So wird etwa der Werklohn auch fällig, wenn der Besteller die Abnahme zu Unrecht endgültig verweigert, auch dann, wenn der Auftragnehmer trotz der Regelung des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB keine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hatte (BGH, Beschl. v. 18.05.2010 – VII ZR 158/09, IBR 2010, 489). Die Abnahmewirkungen treten endgültig ein; der Auftraggeber kann sie (z.B. die Fälligkeit der Schlusszahlung) nicht nachträglich wieder dadurch entfallen lassen, dass er später doch noch Mängelbeseitigung verlangt (*Jansen* BauR 2011, 371). Zu Recht weist *Koebble* (BauR 2008, 1153, 1159) darauf hin, dass dies nicht für den Verlust bestimmter Mängelrechte nach § 640 Abs. 2 BGB und Vertragsstrafansprüche (§§ 341 Abs. 3 BGB, 11 Abs. 4 VOB/B) gilt.

Rechtswidrig ist die endgültige Abnahmeverweigerung dann, wenn eine Pflicht des Auftraggebers zur Abnahme besteht. Darauf, ob der Abnahmeanspruch bereits fällig ist, insbesondere der Auftragnehmer dem Auftraggeber das tatsächlich abnahmereife Werk entsprechend § 12 Abs. 1 VOB/B angeboten hat, kommt es nicht an. Die Abnahmewirkungen treten auch ein, wenn der Abnahmeanspruch zwar noch nicht fällig ist, der Auftraggeber die Abnahme aber endgültig auch für den Fall des Fälligkeitseintritts verweigert. Dies kommt vor allem in Betracht, wenn die auftragnehmerische Werkleistung wegen Mängeln oder Unvollständigkeit noch nicht abnahmereif ist, der Auftragnehmer aber noch in der Lage und befugt ist, die Abnahmereife durch Mängelbeseitigung oder Fertigstellung herbeizuführen (eingehend insbesondere *Thode* ZfBR 1999, 116, 119). Bei der endgültigen rechtswidrigen Abnahmeverweigerung kann im Übrigen auch mit guten Gründen darüber nachgedacht werden, den Eintritt der Abnahmewirkungen auf eine entsprechende Anwendung des Grundgedankens des § 162 Abs. 1 BGB zu stützen (BGH, Urt. v. 15.05.1990 – X ZR 128/88, NJW 1990, 3008; *Siegburg/Siegburg* Handbuch der Gewährleistung Rn. 371 ff.; Beck'scher VOB-Komm./*Jagenburg* § 12 Abs. 3 VOB/B Rn. 25). Nach dem BGH (a.a.O.) kann sich eine Partei nicht auf das Fehlen einer Anspruchsvoraussetzung berufen, wenn sie deren Eintritt selber wider Treu und Glauben verhindert hat.

2. Rechtswidrige vorläufige Abnahmeverweigerung

- 9 Die vorläufige Abnahmeverweigerung ist rechtswidrig, wenn entgegen der Einschätzung des Auftraggebers die unternehmerische Werkleistung tatsächlich abnahmereif, also nicht mit wesentlichen Mängeln behaftet ist. Verweigert der Auftraggeber die Abnahme trotzdem, treten die entsprechenden Wirkungen der Abnahme unter den jeweiligen Voraussetzungen des Gläubiger- bzw. Schuldnerverzugs ein (vgl. oben Kommentierung zu § 12 Abs. 1 Rdn. 18 ff.; *Thode* ZfBR 1999, 116, 120; *Staudinger/Peters/Jacoby* § 640 BGB Rn. 43–45; *Gross* FS Locher 1990 S. 53 ff.; *Merl* in *Kleine-Möller/Merl* § 14 Rn. 214 ff.). Die Erklärung der unberechtigten vorläufigen Abnahmeverweigerung, die in der Regel auf die Behauptung tatsächlich nicht existenter Mängel gestützt wird, begründet selbst den Eintritt des Schuldnerverzugs noch nicht; sie unterfällt insbesondere, nachdem sie gerade nicht endgültig ist, nicht § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Genauso wenig erscheint es möglich, die Abnahmewirkungen bei der vorläufigen rechtswidrigen Abnahmeverweigerung auf die entsprechend Anwendung des § 162 Abs. 1 BGB zu stützen. Eine auf unberechtigte Mängelrüge gestützte vorläufige Abnahmeverweigerung ist noch keine treuwidrige Bedingungsverweigerung. Etwas Anderes könnte allerdings dann gelten, wenn der Auftraggeber treuwidrig die Abnahmereife vereitelt, etwa dadurch, dass er die unternehmerische Werkleistung extra beschädigt oder angebotene Nachbesserungsleistungen verhindert oder die Entgegennahme von Unterlagen verweigert, die vertraglich zur Voraussetzung der Abnahme gemacht wurden. Mit Ablauf der 12-Werktage-Frist des § 12 Abs. 1 VOB/B tritt Schuldnerverzug nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ein.

III. Fiktive Abnahme

Fiktive Abnahme nach § 12 Abs. 5 VOB/B scheidet auch bei unberechtigter (a. A. *Henkel* Jahrbuch Baurecht 2003 S. 87) Abnahmeverweigerung aus, wenn der Auftraggeber die Abnahmeverweigerung innerhalb der dort genannten Frist erklärt. 10

D. Zustandsfeststellung bei Abnahmeverweigerung

I. Hintergründe der Neuregelung

Durch das »Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren« wurde mit Wirkung zum 01.01.2018 ein neuer § 650g in das BGB eingeführt. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass diese Regelung nicht auch für den VOB-Vertrag gelten sollte. 11

§ 650g Abs. 1 BGB sieht nunmehr die Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers an einer Zustandsfeststellung vor, wenn er die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert. Bei dem Begriff der Zustandsfeststellung ließ sich der Gesetzgeber offensichtlich von der in § 4 Abs. 10 VOB/B bereits verankerten Zustandsfeststellung der VOB/B leiten. Für nähere Einzelheiten der Zustandsfeststellung ist deshalb auf die Kommentierung zu § 4 Abs. 10 zu verweisen.

Bereits aus der Formulierung »unter Angabe von Mängeln« wird die gedankliche Verwandtschaft mit § 640 Abs. 2 BGB deutlich. Nach dem Wortlaut des § 650g Abs. 1 BGB besteht die Mitwirkungsobliegenheit des Bestellers an der Zustandsfeststellung nämlich nur bei Abnahmeverweigerung unter Mängelangabe. Verweigert der Besteller die Abnahme ohne Angabe von Mängeln, beispielsweise völlig kommentarlos, ist § 650g Abs. 1 bis 3 BGB nicht anwendbar. Das ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch nicht notwendig, weil die Abnahme in diesen Fällen nach § 640 Abs. 2 BGB fingiert wird, vorausgesetzt natürlich, der Unternehmer verbindet das Abnahmeverlangen mit einer angemessenen Fristsetzung und auch die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen vor.

Die Schaffung des § 650g BGB beruht auf sinnvollen Zweckmäßigkeitserwägungen. Nach der Reg.-Begr (BT-Drucks. 18/8486, S. 59 ff., damals noch § 650 f-E) werden die Fälle der Abnahmeverweigerung als besonders streitträchtig beurteilt. Deshalb, so die Reg.-Begr, »besteht in der Praxis das Bedürfnis, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern.... Künftig soll den Besteller eine Obliegenheit treffen, auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Diese Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen, sie dient – entsprechend ihrer Bezeichnung – lediglich der Dokumentation des Zustands des Werks, um späterem Streit vorzubeugen und ist die Grundlage für eine modifizierte Gefahrtragung«.

II. Gemeinsame Zustandsfeststellung

Die Grundidee besteht darin, dass der Besteller an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung mitwirkt. Über Art und Umfang dieser Mitwirkungsobliegenheit verhält sich weder der Gesetzestext noch die Reg.-Begr. Ein grundlegender Mitwirkungsakt wird auf jeden Fall darin bestehen, dass der Besteller das zu dokumentierende Werk oder die zu dokumentierenden Teile hiervon der Zustandsfeststellung überhaupt zur Verfügung stellt. Zu Recht weist Jousen (BauR 328, 343, 347) auf die daraus entstehenden Probleme hin, wenn der Besteller – etwa in einer Subunternehmerkette – hierzu überhaupt nicht in der Lage ist, weil er über das Werk nicht selbst verfügen kann. Dann ist ihm die Mitwirkung an der Zustandsfeststellung unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Der Besteller wird demnach von seiner diesbezüglichen Pflicht frei ohne dass ihn hieran ein Verschulden trafe. Die Regelung der Zustandsfeststellung läuft in diesen Fällen somit ins Leere (Jousen BauR 2018, 328, 347). 12

Ein weiterer Akt der Mitwirkung besteht in der Teilnahme des Bestellers an der gemeinsamen Zustandsfeststellung. Denn die Zustandsfeststellung (genauer wohl: das Protokoll der Zustandsfeststellung) soll nach § 650g Abs. 1 BGB mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben. Dies entspricht im Wesentlichen der Niederlegung des schriftlichen Ergebnisses der Zustandsfeststellung nach § 4 Abs. 10 VOB/B. Auf etwaige digital angefertigte Dokumentationsbestandteile (z.B. Fotos) kann hierbei Bezug genommen werden.

III. Einseitige Zustandsfeststellung

- 13 § 650g Abs. 2 BGB sieht vor, dass der Unternehmer, wenn der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fernbleibt, die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen kann. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, mitgeteilt hat. Auf diese Weise soll nach der Reg-Begr (BT-Drucks. 18/8486, S. 59) erreicht werden, dass sich die Vertragsparteien über den Termin zur Zustandsfeststellung austauschen und dass die Frage des Vertretenmüssens eines etwaigen Fernbleibens des Bestellers noch vor dem Termin von ihnen erörtert wird. Die einseitige Zustandsfeststellung hat der Unternehmer nach § 650g Abs. 2 S. 3 BGB mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.

Wenn es den Parteien nicht gelingt, sich (aus welchen Gründen auch immer) auf einen gemeinsamen Termin zu einigen, kann der Unternehmer den Termin zur Zustandsfeststellung mit einer angemessenen Vorlauffrist einseitig bestimmen. Die Angemessenheit ist einzelfallabhängig, insbesondere davon, wie und mit welcher Geschwindigkeit mit dem zur Abnahme angebotenen Werk des Unternehmers weiter verfahren werden soll. Im Zweifel kann aber die 12-Werktage-Frist des § 12 Abs. 1 VOB/B Anhaltspunkte bieten (so auch *Joussen* BauR 2018, 328, 344).

- 14 Die Reg-Begr weist in BT-Drucks.18/8486, S. 60 ausdrücklich darauf hin, dass die Voraussetzungen einer einseitigen Zustandsfeststellung nicht vorliegen, wenn sich beide Vertragsparteien zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung einfinden, sich in der Folge aber nicht auf den festzustellenden Zustand einigen können. In diesem Fall steht es den Parteien nach der Reg-Begr offen, in einem selbständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO den Zustand des Werks von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen feststellen zu lassen. Ob dies in Anbetracht der üblichen Dauer solcher Verfahren eine praxistaugliche Lösung ist, mag dahinstehen. Nicht ganz zu Unrecht weisen *Tschäpel/Werner* (ZfBR 2017, 419, 423) auch darauf hin, dass der Besteller auf diese Weise in der Lage ist, die Zustandsfeststellung ohne große Schwierigkeiten zu torpedieren und ihr den Boden zu entziehen. Allein die Existenz dieser Möglichkeit sollte aber nicht ausreichen, von den Überlegungen der Reg-Begr abzuweichen, zumal auch der Gesetzestext des § 650g Abs. 2 BGB das Recht zur einseitigen Zustandsfeststellung an ganz konkrete Voraussetzungen knüpft (siehe auch *Joussen* BauR 2018, 328, 344; *Retzlaff* BauR 2017, 1824).

Nach der Reg-Begr (BT-Drucks.18/8486, S. 60) enthält der Entwurf bewusst keine Regelung über die Zuordnung der Kosten für die Zustandsfeststellung. Da die Zustandsfeststellung im Interesse beider Vertragspartner liegt, hat jede Partei die ihr entstehenden Kosten der Zustandsfeststellung grundsätzlich selbst zu tragen. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vorliegen (§ 280 Abs. 1). Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Unternehmer den Besteller zur Abnahme auffordert, obwohl das Werk offensichtlich wesentliche Mängel aufweist.

IV. Rechtsfolgen

- 15 Nach § 650 g Abs. 3 BGB wird, wenn das Werk dem Besteller verschafft und in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben worden ist, vermutet, dass