

Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei streitigen Nachträgen

1 Problemstellung

Insbesondere bei (teil-)funktionalen Ausschreibungen und Pauschalpreisvereinbarungen kommt es in der Ausführungsphase regelmäßig zu Streit über die Frage, welche Leistungen nach dem Bauvertrag geschuldet sind und welche zusätzlich vergütet werden müssen. Auftraggeber weisen Nachtragsforderungen häufig schon dem Grunde nach zurück, weil sie die Auffassung vertreten, die entsprechende Leistung sei vom Bausoll des Vertrag bereits mit umfasst.

Ist der Nachtrag der Sache nach unstreitig, erfolgen in vielen Fällen nur Beauftragungen »dem Grunde nach«, wobei die Höhe der Vergütung vollständig ungeklärt bleibt. Denkbar ist auch, dass der Auftraggeber zwar einen Teil der geltend gemachten Mehrkosten anerkennt, die Höhe aber wesentlich hinter dem Nachtragsangebot des Auftragnehmers zurück bleibt.

Führt der Auftragnehmer die Leistungen dennoch aus, müssen die entsprechenden Forderungen oftmals in einem aufwendigen Bauprozess durchgesetzt werden. Auftragnehmern mit knapper Liquidität droht dann ein langes und kostspieliges Gerichtsverfahren, und zwar nachdem die Nachtragsleistung bereits erbracht und vorfinanziert worden ist. 1

Deshalb stellt sich die Frage, ob ein Leistungsverweigerungs- bzw. Kündigungsrecht des Auftragnehmers besteht, wenn objektiv berechnete Nachträge schon dem Grunde nach bestritten werden und ob der Auftragnehmer auch eine Vergütungsvereinbarung vor der Ausführung verlangen kann.

Wenn man solche Leistungsverweigerungsrechte bejaht, sind mit deren Ausübung dennoch erhebliche Risiken verbunden. Denn die Beurteilung der Nachtragsfähigkeit von Leistungen hängt häufig von einer Vertragsauslegung ab, in deren Rahmen auch komplizierte technische Fragen beantwortet werden müssen. Die Ergebnisse solcher Auslegungen sind nicht selten zweifelhaft und nicht mit Sicherheit prognostizierbar. 2

^{*} Kanzlei WRD, Berlin.

Leistungsverweigerungsrechte können jedoch nur bei begründeten Nachtragsforderungen bestehen. Wenn der Auftragnehmer unberechtigte Forderungen unter dem Druck des Leistungsverweigerungsrechts durchsetzen will, riskiert er eine auftraggeberseitige Kündigung aus wichtigem Grund nach §§ 5 Nr. 4, 8 Nr. 3 VOB/B.¹

Eine Kündigung ist aber auch für den Auftraggeber mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden. Bejaht man ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers und stellt sich im Anschluss an eine auftraggeberseitige Kündigung heraus, dass der Nachtrag berechtigt war, hat der Auftraggeber keine wirksame Kündigung aus wichtigem Grund, sondern stattdessen eine freie Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B ausgesprochen.² Denn für die Wirksamkeit der Kündigungserklärung kommt es im Regelfall nicht darauf an, ob der Kündigende die eintretenden Folgen auch gewollt hat.³ Wenn der Auftraggeber nur irrig der Auffassung ist, ihm stünde ein Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 3 VOB/B aus wichtigem Grund zu, verhindert diese Fehlannahme regelmäßig nicht den Eintritt der Rechtsfolgen einer freien Kündigung.⁴ Statt des erhofften Schadenersatzes (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B) hat der Auftraggeber jetzt eine Vergütung für die kündigungsbedingt nicht mehr ausgeführten Leistungen abzüglich der konkret ersparten Aufwendungen sowie des Erwerbs aus einem kausalen Deckungsauftrag zu zahlen (§ 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B).

3

2 Leistungsbestimmungsrechte beim VOB/B-Bauvertrag

2.1 Vereinbarung der VOB/B

Der Beitrag beschäftigt sich mit der Rechtslage bei Bauverträgen, in denen die VOB/B vereinbart worden ist.

4

Die Bestimmungen in § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B regeln, dass der Auftraggeber einseitig – das heißt ohne Zustimmung und möglicherweise sogar gegen den Willen des Auftragnehmers – berechtigt ist, eine beauftragte Leistung bauinhaltlich zu ändern (§ 1 Nr. 3 VOB/B) oder eine für die funktionsgerechte Ausführung erforderliche Zusatzleistung zu fordern (§ 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B).

¹ OLG Brandenburg, BauR 2005, 764 (LS) und BauR 2003, 1734 sowie unten Rdn. 56 f.

² BGH, NZBau 2003, 665.

³ BGH, NJW-RR 1993, 892; *Kapellmann/Schiffers*, Band 2, Rdnr. 1322.

⁴ BGH, BauR 1987, 689.

Mit diesen einseitigen Leistungsbestimmungsrechten des Auftraggebers korrespondieren ebenso einseitige Ansprüche des Auftragnehmers auf eine modifizierte Vergütung nach den Bestimmungen der VOB/B in § 2 Nr. 5 und Nr. 6. Nach der Systematik der VOB/B bedarf es keiner vertraglichen Vereinbarung über die Ausführung oder die Vergütung modifizierter Leistungen.⁵ Deshalb muss die VOB/B Maßstäbe für deren Berechnung zur Verfügung stellen. Der Kern der VOB/B-Systematik beruht darauf, dass die Nachtragsvergütung durch eine analoge Fortschreibung der Auftragskalkulation bestimmt wird.⁶

2.2 BGB-Bauverträge

Das BGB kennt dagegen keine einseitigen Leistungsbestimmungsrechte wie in § 1 Nr. 3 und Nr. 4 Satz 1 VOB/B geregelt. Daraus zu schließen, der Auftraggeber habe kein Recht, verbindliche Änderungsanordnungen zu erteilen oder notwendige Zusatzleistungen zu fordern, würde aber in der Praxis zu unerträglichen Ergebnissen führen.⁷ Deshalb müssen die auf den typischen Werkvertrag zugeschnittenen Regelungen des BGB den Besonderheiten des Bauvertragsrechts angepasst werden, sei es im Wege einer ergänzenden Gesetzes- bzw. Vertragsauslegung oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB). Genau diesen Weg gehen die Praxis und die herrschende Meinung.⁸ Der Bundesgerichtshof hat dieses Ergebnis für Zusatzleistungen ausdrücklich bestätigt.⁹

Beim BGB-Vertrag bestimmt sich die Vergütung für die geänderte oder zusätzliche Leistung aber nicht in entsprechender Anwendung des § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B, sondern – falls keine vorherige Einigung erfolgt ist – nach § 632 Abs. 2 BGB.¹⁰

Folgt man der herrschenden Auffassung, wonach der Auftraggeber auch beim BGB-Vertrag einseitig Änderungen und Zusatzleistungen anordnen kann, gelten für das Leistungsverweigerungs- bzw. Kündigungsrecht des Auftragnehmers die nachfolgend besprochenen Grundsätze zum VOB/B-Bauvertrag entsprechend. Geht man

⁵ BGH, NZBau 2004, 207.

⁶ Dazu im Einzelnen: *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 1000 ff.

⁷ Statt aller: *Kapellmann/Schiffers*, Band 2, Rdn. 1003 – 1007 m. w. N.

⁸ *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, § 1 Nr. 4 Rdn. 1; *Busche*, in: Münchener Kommentar, § 631 Rdn. 123; a. A. *Vygen/Joussen*, Rdn. 2213; *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 114 rechte Spalte.

⁹ BGH, BauR 1996, 378, 380 rechte Spalte.

¹⁰ Zutreffend: Münchener Kommentar, a. a. O.; a. A.: *Kapellmann/Schiffers*, Band 2, Rdn. 1008.

mit der Gegenansicht davon aus, dass der Auftraggeber kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hat, kann der Auftragnehmer die Ausführung der geänderten oder zusätzlichen Leistung grundsätzlich verweigern bzw. davon abhängig machen, dass vor Ausführung eine Einigung über den neuen Preis getroffen wird.¹¹

3 Rechte des Auftragnehmers bei streitigen Nachträgen

Der Beitrag behandelt Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrechte der Vertragsparteien bei streitigen Nachträgen. Dabei wird jeweils zwischen Nachträgen, die bereits dem Grunde nach streitig sind und solchen, bei denen »nur« Differenzen zur Höhe der Forderung bestehen, unterschieden. Dazu wird zunächst der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur dargestellt. Im Anschluss daran begründet der Verfasser seinen eigenen Standpunkt (Rdn. 35 ff.). Ab den Rdn. 58 werden vertragliche Regelungen vorgestellt, die einen möglichst reibungslosen Bauablauf bei streitigen Nachträgen gewährleisten sollen.

8

3.1 Leistungsverweigerungsrecht

3.1.1 Nachtrag dem Grunde nach streitig

3.1.1.2 Meinungsstand in der Rechtsprechung

3.1.1.2.1 Rechtsprechung des BGH

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1968 bejahte der BGH den Wegfall der Geschäftsgrundlage und ein damit einhergehendes Kündigungsrecht des Auftragnehmers, nachdem der Auftraggeber sich geweigert hatte, den Mehraufwand bei der Bauausführung in Höhe von 100.000 DM zu vergüten.¹² Mit dem Leistungsverweigerungsrecht befasste sich das Urteil nicht. Nach der Entscheidung ist es für den Auftragnehmer unzumutbar, sich trotz der aufgetretenen Erschwernisse am vereinbarten Preis festhalten zu lassen. Diese Begründung dürfte zwischenzeitlich überholt sein. Denn es entspricht allgemeiner Auffassung, dass aufgrund der Verweisung in § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B auch beim Pauschalvertrag ein Preisanpassungsanspruch bei

9

¹¹ Kuffer, ZfBR 2004, 110, 114 rechte Spalte.

¹² BGH, NJW 1969, 233.

geänderten oder zusätzlichen Leistungen ohne Erheblichkeitsgrenze besteht¹³. Auf die Überschreitung der Zumutbarkeitsschwelle des § 313 BGB kommt es deshalb nicht an.¹⁴

In einer Grundsatzentscheidung vom 24.06.2004 hat der BGH ein Leistungsverweigerungsrecht erstmals ausdrücklich bejaht.¹⁵ Die Parteien stritten darüber, ob das errichtete Baugerüst vertragsgemäß war. Der Auftraggeber ordnete eine zusätzliche Verankerung an, deren Ausführung der Auftragnehmer verweigerte, weil er den erforderlichen Standsicherheitsnachweis durch die von einem Ingenieurbüro erstellte und vom Prüfenieur abgenommene Statik als erbracht ansah. Nachdem keine Einigung erzielt werden konnte, kündigte der Auftraggeber den Vertrag wegen grober Pflichtverletzung fristlos und machte Schadensersatz geltend (§ 8 Nr. 3 Abs. 1 i. V. m. § 5 Nr. 4 VOB/B). Der Auftragnehmer betrachtete die fristlose Kündigung als unberechtigt und ließ sie lediglich als freie Kündigung gelten (§ 8 Nr. 1 VOB/B).

Nachdem das Berufungsgericht ein Recht zur fristlosen Kündigung bejaht hatte, hob der BGH das Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung zurück. Er hielt es für möglich, dass der Auftragnehmer seine vertraglichen Verpflichtungen bereits ordnungsgemäß erfüllt hatte. Dann wäre die Forderung nach einer weiteren Verankerung die Anordnung einer zusätzlichen Leistung i. S. v. § 1 Nr. 4 VOB/B. Träfe diese Annahme zu, müsste vom Berufungsgericht geklärt werden, ob der Auftraggeber endgültig nicht bereit war, diese zusätzliche Leistung zu vergüten. In diesem Fall wäre die Klägerin berechtigt gewesen, die Leistung zu verweigern.

Auch wenn der BGH in dieser Entscheidung das *Kooperationsurteil* aus dem Jahr 1999 nicht ausdrücklich erwähnt, spielt es für die Entscheidung eine bedeutende Rolle.¹⁶ Denn das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bestand nur, wenn sich der Auftraggeber »*nachhaltig*« und »*endgültig*« weigerte, die zusätzliche Leistung zu vergüten. Die Vertragspartner eines VOB/B-Vertrages haben die Pflicht, während der Bauausführung zu kooperieren. Entstehen Meinungsverschiedenheiten, müssen die Parteien versuchen, diese durch Verhandlungen einvernehmlich beizulegen. Aus den Kooperationspflichten folgt nach der Entscheidung des BGH insbe-

10

¹³ BGH, BauR 2002, 1847.

¹⁴ Ebenso: *Leinemann*, NJW 1998, 3672, 3674 linke Spalte und *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 113 linke Spalte.

¹⁵ BGH, BauR 2004, 1613.

¹⁶ BGH, BauR 2000, 409 »Kooperation«.

sondere, dass für geänderte oder zusätzliche Leistungen eine Einigung über die Vergütung »vor der Ausführung getroffen werden soll«, um spätere Konflikte zu vermeiden. Diese Verpflichtung obliegt einer Partei ausnahmsweise dann nicht, wenn die andere Partei in der konkreten Konfliktlage ihre Bereitschaft, eine einvernehmliche Lösung herbeizuführen, ernsthaft und endgültig verweigert.¹⁷

Eine der wichtigsten BGH-Entscheidungen des Jahres 2008 beschäftigt sich mit einem funktionalen Angebot des Auftragnehmers für eine Lüftungsanlage.¹⁸ Das Angebot basierte auf einer auftraggeberseits zur Verfügung gestellten Bauwerksplanung. Im Leistungsverzeichnis war zur Lüftung Folgendes geregelt: »... *Planung, Lieferung und Einbau einer mechanischen Lüftungsanlage je nach Erfordernis für Bistro und Bistroküche*«. Der Grundriss des Objekts wurde Vertragsbestandteil. Er wies ein Bistro, eine Bistroküche und ein Bistolager aus. Die Küche hatte danach eine Fläche von ca. 16 m², das Bistro von ca. 30 m². Ein Küchenausstattungsplan lag zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht vor. Nach Vertragsabschluss legte der Auftraggeber einen geänderten Grundriss, der einen vergrößerten Bistrobereich vorsah und erstmals eine Küchenplanung mit einer umfangreichen Geräteausstattung vor. Im Bistrobereich waren ein Dönergrill, ein Toaster, ein Glaslavasteingrill und eine Doppelfriteuse vorgesehen, in der Küche ein Gasherd.

Der Auftragnehmer stellte sich auf den Standpunkt, es liege eine Planungsänderung vor, sodass er nicht verpflichtet sei, die Leistungen zum vereinbarten Pauschalpreis auszuführen. Daraufhin kündigte der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund (§ 8 Nr. 3 VOB/B) und machte im Wege der Aufrechnung und Widerklage Fertigstellungsmehrkosten sowie eine Vertragsstrafe gegen den eingeklagten Werklohnanspruch geltend.

Das OLG Brandenburg war der Auffassung, der Auftragnehmer habe die Herstellung der Lüftungsanlage unberechtigt verweigert, weil er ein Angebot abgegeben habe, ohne sich zuvor nach den Einzelheiten der Küchenausstattung zu erkundigen. Das Risiko dieser erkennbar unvollständigen Leistungsbeschreibung trage der Auftragnehmer, weil er eine Lüftungsanlage »je nach Erfordernis« schulde.

¹⁷ BGH, BauR 2000, 409, 410 linke Spalte »Kooperation«; zuletzt: BGH, IBR 2009, 127, 128 »spekulativ überhöhter Einheitspreis«; ähnlich: OLG Brandenburg, BauR 2003, 1734.

¹⁸ BGH, BauR 2008, 1131 »Bistroküche«.

Dem folgte der BGH zu Recht nicht.¹⁹ Die Entscheidung ist außerordentlich lesenswert, kann aber an dieser Stelle nur ihrem tragenden Inhalt nach wiedergegeben werden. Im Kern sagt der BGH, dass der Auftragnehmer »nur« auf der Grundlage der dem Vertrag zugrunde liegende Planung eine funktionierende, zweckentsprechende Technik für den Pauschalpreis schulde. Der Auftraggeber kann die Vertragsgrundlagen, also die Planung, zwar ändern (§ 1 Nr. 3 VOB/B), aber nicht ohne einen Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers zu begründen (§ 2 Nr. 5 VOB/B).

Das Argument des Oberlandesgerichts, die Lückenhaftigkeit der Leistungsbeschreibung ginge zulasten des Auftragnehmers, weist der BGH zurück. Denn es besteht keine Auslegungsregel dahingehend, dass ein Vertrag mit einer unklaren Leistungsbeschreibung zulasten des Auftragnehmers auszulegen ist, weil er die Unklarheiten nicht angesprochen oder vor der Ausführung geklärt hat. Allein aus der Funktionalität einer Leistungsbeschreibung darf erst recht nicht gefolgert werden, dass ein Auftragnehmer auch das Risiko späterer Planungsänderungen übernimmt. Das Bausoll aufgrund einer funktionalen Leistungsbeschreibung bestimmt sich nicht nur aus globalen Begriffen wie »nach Erfordernis« oder »komplett«, sondern ist anhand einer Auslegung des gesamten Vertrages und seiner Bestandteile zu ermitteln.²⁰ Den Parteien steht es zwar frei, etwas anderes ausdrücklich zu vereinbaren. Wegen der damit übernommenen Risiken sind an die Annahme einer solchen Vereinbarung aber strenge Anforderungen zu stellen, so der BGH in seiner Entscheidung wörtlich. Damit rückt der BGH von früheren Entscheidungen zu Bauverträgen mit (teil-)funktionalen Ausschreibungen erkennbar ab.²¹ Die mit funktionalen Ausschreibungen einhergehenden (Fehl-)Entwicklungen in der Vertragsgestaltungspraxis sind gerade in jüngster Zeit enorm. Deshalb sind die zumindest klarstellenden Ausführungen des BGH ausdrücklich zu begrüßen.

Im Zusammenhang mit der hier behandelten Problematik des Leistungsverweigerungsrechts ist folgende Aussage des BGH von zentraler Bedeutung: Sollte der Auftraggeber eine Lüftungsanlage gefordert haben, welche nach dem Vertrag nicht geschuldet war, fehlt die rechtliche Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, die Kündigung sei nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B berechtigt gewesen. Zwar habe der

12

¹⁹ BGH, BauR 2008, 1131 »Bistroküche«.

²⁰ BGH, BauR 2006, 2040; BGH, BauR 1993, 595.

²¹ BGH, BauR 1997, 126 »Kammerschleuse« und BGH, BauR 1987, 683 »Universitätsbibliothek«.

Auftraggeber das Recht, eine geänderte Leistung anzuordnen; der Auftragnehmer ist aber seinerseits grundsätzlich berechtigt, die geänderte Leistung zu verweigern, wenn die Bezahlung einer gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B angepassten Vergütung von vornherein abgelehnt wird. Nur ausnahmsweise könne in Anwendung des Rechtsgedankens aus § 320 Abs. 2 BGB etwas anderes gelten. Das sei der Fall, wenn die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung »nur unerheblich abweicht«. Der BGH nimmt in den Entscheidungsgründen Bezug auf das Urteil vom 24.06.2004²² und bestätigt damit ausdrücklich das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers, falls der Auftraggeber die Zahlung einer Nachtragsvergütung von vornherein ernsthaft ablehnt.

Zwischenzeitlich liegt die zweite Entscheidung des OLG Brandenburg vor, nachdem der BGH die Sache zurückverwiesen hatte. Das OLG Brandenburg folgt dabei sowohl den Vorgaben des BGH zur Ermittlung des Bausolls als auch hinsichtlich der Frage, ob der Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht ausüben durfte.²³

3.1.1.2.2 Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 bejahte das OLG Zweibrücken ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn ein »erheblicher Mehraufwand« (hier: 25 % des Gesamtpreises) entsteht. Das OLG Zweibrücken beurteilte die Weigerung des Auftraggebers eine Preisanpassung zu vereinbaren unter Verweis auf die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1968 ebenfalls nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.²⁴

13

In zwei älteren Entscheidungen, bei denen es um die Verschiebung des Baubeginns bzw. terminbezogene Änderungsanordnungen des Auftraggebers ging, nahm das OLG Düsseldorf ein Kündigungsrecht des Auftragnehmers nach § 9 Nr. 1 a VOB/B an, nachdem der Auftraggeber eine Vergütungsanpassung abgelehnt hatte.²⁵

14

²² Siehe oben Rdn. 10 f.

²³ OLG Brandenburg, BauR 2009, 1312 ff.

²⁴ OLG Zweibrücken, BauR 1995, 251; zu Recht ablehnend: *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Fn. 1158 zu Rdn. 976 und *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 113 linke Spalte.

²⁵ OLG Düsseldorf, BauR 1995, 706, 707; OLG Düsseldorf, BauR 1996, 115, 116 rechte Spalte.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 hat das OLG Düsseldorf ein Leistungsverweigerungsrecht ausdrücklich bejaht.²⁶ Diese Auffassung wird mit der Überlegung begründet, dass es einem Auftragnehmer nicht zugemutet werden könne, die Leistung in Kenntnis der Tatsache, dass er seinen Vergütungsanspruch nur mit gerichtlicher Hilfe wird durchsetzen können, als Vorleistung zu erbringen.

Das OLG Düsseldorf bejaht in einer aktuellen Entscheidung erneut ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers.²⁷ Das Urteil beschäftigt sich im Kern mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Anordnung nach § 1 Nr. 3 VOB/B mit der Vergütungsfolge des § 2 Nr. 5 VOB/B auszugehen ist. Das OLG Düsseldorf weist zu Recht darauf hin, dass das Leistungsbestimmungsrecht nach § 1 Nr. 3 VOB/B eine rechtsgeschäftliche Erklärung voraussetzt, für deren Wirksamkeit die Regeln einer Willenserklärung gelten. Ein rein passives Verhalten stellt regelmäßig keine Anordnung des Auftraggebers dar. Diese Anforderungen an eine verpflichtende Vertragserklärung belasten einen Auftragnehmer nach Auffassung des OLG Düsseldorf deshalb nicht unangemessen, weil ihm die Möglichkeit offen stehe, ein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen und auf eine Anordnung bzw. eine Einigung über den geänderten Preis zu bestehen. Der Auftragnehmer ist auch vor den nachteiligen Folgen einer daraus resultierenden Bauzeitverlängerung ausreichend geschützt, weil er Ansprüche nach § 6 Nr. 2 bzw. Nr. 6 VOB/B geltend machen kann, falls sich herausstellt, dass der Auftraggeber tatsächlich eine Änderungsanordnung hätte treffen müssen, diese jedoch unterlassen hat.

Das OLG Dresden hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 eine Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund für berechtigt erklärt, weil dieser prinzipiell seine Bereitschaft zur Zahlung einer Nachtragsvergütung erklärte, der Auftragnehmer hingegen eine nur unzureichende Neuberechnung der geänderten Vergütung vorgenommen hatte.²⁸ Unter Bezugnahme auf die BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1968²⁹ kommt das OLG Dresden zu dem Ergebnis, dass ein Recht zur Arbeitseinstellung nur bestehe, wenn der Auftraggeber das Verlangen des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung eindeutig grundlos ablehnt oder einem solchen Verlangen ausweicht bzw. sachfremde Erwägungen anführt, um einer Vereinbarung zu entgehen.

²⁶ OLG Düsseldorf, BauR 2002, 484.

²⁷ OLG Düsseldorf, IBR 2009, 255.

²⁸ OLG Dresden, BauR 1998, 565.

²⁹ Siehe oben Rdn. 9.

Das OLG Celle vertritt die Ansicht, dass ein Auftragnehmer berechtigt sei, die Arbeiten einzustellen, wenn der Auftraggeber auf den Anspruch auf Preisanpassung nicht eingeht.³⁰ Zur Begründung wird auf das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verwiesen. Deshalb komme es entscheidend darauf an, ob die Grenze der Zumutbarkeit überschritten sei. In einer weiteren Entscheidung hat das OLG Celle diese Ansicht wiederholt.³¹ In dem Urteil ging es nicht primär um ein Leistungsverweigerungsrecht, sondern um die Frage, ob der Auftraggeber zu einer außerordentlichen Kündigung unter dem Gesichtspunkt der verweigerter Kooperation berechtigt war. Das wurde vom OLG Celle verneint, weil der Auftragnehmer die Ausführung zusätzlicher Leistungen nicht prinzipiell verweigert habe. Er weigerte sich lediglich, zusätzliche Leistungen, deren Umfang erheblich war, ohne Entgelt zu erbringen. In der Entscheidung heißt es wörtlich: *»Zu einer unentgeltlichen Erbringung dieser Arbeiten war die Beklagte jedoch nicht verpflichtet. Ein Weigerung, diese Arbeiten nicht ohne zusätzliche Vergütung verrichten zu wollen, war deshalb nicht pflichtwidrig. (...) Hiernach brauchte die Beklagte aber nicht ihre Bereitschaft zur Erbringung von Mehrleistungen zu erklären, ohne dass zugleich der Kläger seine grundsätzliche Vergütungspflicht anerkannte.«*

Das OLG Brandenburg vertrat jedenfalls vor der aktuellen Bistroküchen-Entscheidung (Rdn.12 am Ende), die Auffassung, dass ein Zurückbehaltungsrecht des Auftragnehmers wegen der *»eindeutigen Verhaltensregelung in § 18 Nr. 5 VOB/B«* nur ganz ausnahmsweise in Betracht komme.³² Wegen dieser Bestimmung könne ein Leistungsverweigerungsrecht nur nach den Grundsätzen von Treu und Glauben bestehen, wenn dem Auftragnehmer die Fortführung der Leistungen unzumutbar sei. Dies könne der Fall sein, wenn der Auftraggeber *»dem berechtigten Verlangen des Auftragnehmers auf Anpassung der Vergütung ganz eindeutig grundlos und wiederholt ausweicht oder zweifelsfrei sachfremde Erwägungen anführt, um der rechtlichen Vereinbarung zu entgehen«*.

³⁰ OLG Celle, BauR 1999, 262.

³¹ OLG Celle, BauR 2003, 890.

³² OLG Brandenburg, BauR 2006, 529 und BauR 2003, 1734.

3.1.1.3 Meinungsstand in der Literatur

3.1.1.3.1 Überwiegende Auffassung

Es entspricht der ganz überwiegenden Auffassung, dass ein Leistungsverweigerungsrecht besteht, wenn der Auftraggeber schon dem Grunde nach eine Einigung ernsthaft ablehnt.³³

19

3.1.1.3.2 Differenzierende Auffassungen

Keldungs verweist in der Kommentierung bei Ingenstau-Korbion zu § 2 Nr. 5 VOB/B auf die BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2004, in der es allerdings um die Anordnung zusätzlicher Leistungen nach § 1 Nr. 4 VOB/B geht. *Keldungs* will ein Leistungsverweigerungsrecht zwar grundsätzlich bejahen, wenn der Auftraggeber die Mehrvergütung endgültig verweigert, rät aber von dessen Geltendmachung ausdrücklich ab und empfiehlt, die Leistung zunächst auszuführen und später zu klären, ob sie zusätzlich zu vergüten ist.³⁴

20

Quack stellt auf die einseitigen Leistungsbestimmungsrechte des Auftraggebers nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B ab und kommt zu dem Ergebnis, dass sich die Einstellung der Arbeiten »nur in sehr seltenen Fällen wird rechtfertigen lassen«³⁵.

Ähnlich vorsichtig drückt sich *Joussen* in der Kommentierung bei Ingenstau/Korbion zu § 18 Nr. 5 VOB/B aus³⁶. *Joussen* meint, das Leistungsverweigerungsrecht könne zuzulassen sein, »wenn bei objektiver Betrachtung die Leistungsausführung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben für den Auftragnehmer unzumutbar ist«³⁷. Das soll insbesondere in Frage kommen, wenn der Auftraggeber grob schuldhaft und pflichtwidrig handelt.

Kuffer argumentiert mit der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers sowie der Bestimmung in § 18 Nr. 5 VOB/B und vertritt die Auffassung, dass ein Leistungsverwei-

³³ *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 976; *Werner/Pastor*, Rdn. 1151; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 2 Rdn. 175 und 209; *Vygen*, BauR 2005, 431; *Kniffka/Koebler*, E.II.4., Rdn. 92.

³⁴ *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 5 Rdn. 47 und 48.

³⁵ *Quack*, ZfBR 2004, 107, 109.

³⁶ *Joussen*, in: Ingenstau/Korbion, § 18 Nr. 5 Rdn. 4.

³⁷ Ähnlich noch: *Heiermann/Riedl/Rusam* in der 10. Auflage zu § 2, Rdn. 119 und 119a sowie Rdn. 139a.

gerungsrecht grundsätzlich nicht bestehe. Eine Ausnahme komme nur unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in Betracht, wenn sich der Auftraggeber unter Verletzung seiner Pflicht zur Kooperation ernsthaft weigert, auch nur in Nachtragsverhandlungen einzutreten oder berechnete Vergütungsansprüche endgültig zu Unrecht ablehnt.³⁸

3.1.1.4 Bindung an eigene Vertragsklauseln des Auftraggebers

Wenn der Auftraggeber Vertragsklauseln verwendet, nach denen Änderungs- oder Zusatzleistungen erst erbracht werden dürfen, nachdem eine schriftliche Beauftragung vorliegt, ist er an die von ihm gestellten Vertragsbestimmungen gebunden. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Auftragnehmer in solchen Fällen die Leistung vor einer schriftlichen Beauftragung nicht ausführen muss.³⁹ Dabei spielt es keine Rolle, dass solche Schriftformklauseln nach der Rechtsprechung des BGH zu § 307 BGB AGB-rechtlich unwirksam sind.⁴⁰ Denn das AGB-Recht schützt nur den Vertragspartner, nicht jedoch den Verwender vor seinen eigenen – unwirksamen – Klauseln. Der Auftragnehmer ist berechtigt, sich auf die Schriftformklausel zu berufen und die Nachtragsleistung zu verweigern, bis er einen schriftlichen Auftrag erhalten hat. Auch hier sind beide Vertragspartner in Erfüllung ihrer Kooperationspflichten gehalten, sich um das Zustandekommen einer schriftlichen Beauftragung redlich zu bemühen.

21

3.1.2 Nachtrag der Höhe nach streitig bzw. ungeklärt

3.1.2.1 Meinungsstand in der Rechtsprechung

3.1.2.1.1 Rechtsprechung des BGH

Soweit ersichtlich hat sich der BGH zur Frage des Leistungsverweigerungsrechts bei nur der Höhe nach ungeklärten Nachträgen noch nicht geäußert. Aus einem Umkehrschluss seiner Aussage zum Leistungsverweigerungsrecht bei bereits dem Grunde nach streitigen Nachträgen in der Entscheidung »*Bistroküche*« aus dem Jahr

22

³⁸ Kuffer, ZfBR 2004, 110, 116.

³⁹ Virneburg, ZfBR 2004, 419, 422 linke Spalte.

⁴⁰ BGH, BauR 2004, 488.

2008⁴¹ dürfte aber der Schluss gerechtfertigt sein, dass er ein solches Leistungsverweigerungsrecht zumindest dann bejahen würde, wenn die verlangte Vergütung »mehr als unerheblich« von der vom Auftraggeber akzeptierten Vergütung abweicht.

Dasselbe müsste dann konsequenterweise auch gelten, wenn der Auftraggeber trotz sach- und vertragsgerechter Kalkulation des Auftragnehmers überhaupt keine Vergütung – auch keine vorläufige Mindestvergütung – nennt und den Nachtrag nur »dem Grunde nach bestätigt«, obwohl der Auftragnehmer vor der Ausführung eine Preisvereinbarung verlangt hat.

3.1.2.1.2 Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

Das OLG Düsseldorf verneint ein Leistungsverweigerungsrecht explizit.⁴² Die Urteile befassen sich ausschließlich mit Leistungsänderungen nach den §§ 1 Nr. 3 i. V. m. 2 Nr. 5 VOB/B. In den Entscheidungen wird darauf verwiesen, dass § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B lediglich eine dringende Empfehlung ausspreche, wenn es dort heißt, die neue Preisvereinbarung »soll« möglichst vor Beginn der Ausführung getroffen werden. Eine zwingende Voraussetzung sei dies nicht.⁴³ Ordnet der Auftraggeber eine Leistungsänderung an, könne der Auftragnehmer unabhängig von einer vorherigen Preisvereinbarung seine Mehr- oder Minderkosten auf der Grundlage seiner Auftragskalkulation hinzurechnen bzw. abziehen.

Das OLG Düsseldorf vertritt ferner die Auffassung, dass der Auftragnehmer auch nicht berechtigt sei, eine Sicherheit nach § 648a BGB zu verlangen, solange eine Preisvereinbarung nicht zustande gekommen ist. Letzteres überzeugt nicht, weil es allgemeiner Auffassung entspricht, dass für dem Grunde nach unstrittige Nachträge eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangt werden kann und der Auftraggeber dieses Recht allein dadurch konterkarieren könnte, dass er eine Vereinbarung der Höhe nach, gegebenenfalls auch aus objektiv sachwidrigen Gründen, unterlässt.⁴⁴

Ob die Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2009⁴⁵ eine Abkehr von dieser Auffassung bedeutet, ist unklar. Denn der Hinweis, ein Auftragnehmer könne die

⁴¹ Siehe oben Rdn. 12 f.

⁴² OLG Düsseldorf, BauR 2006, 531; BauR 2006, 531 und BauR 2005, 1220 (LS).

⁴³ OLG Düsseldorf, BauR 2006, 531.

⁴⁴ Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 992 m. w. N.; Liepe, BauR 2003, 320, 322.

⁴⁵ Siehe oben Rdn. 17.

Leistung verweigern, bis »eine Einigung über den geänderten Preis« erfolgt sei, ist lediglich ein obiter dictum, das nicht näher begründet wird und sich nicht mit den anders lautenden Entscheidungen befasst.

Das OLG Brandenburg verneint unter Verweis auf § 18 Nr. 5 VOB/B ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers.⁴⁶

24

3.1.2.2 Meinungsstand in der Literatur

3.1.2.2.1 Herrschende Auffassung

Die herrschende Auffassung, die ein Leistungsverweigerungsrecht verneint, wird am nachdrücklichsten von *Kuffer* vertreten.⁴⁷ *Kuffer* führt neben der Bestimmung in § 18 Nr. 5 VOB/B ins Feld, dass weder die VOB/B noch das BGB ein Leistungsverweigerungsrecht bei der Höhe nach streitigen Nachträgen begründen. Die gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechte in §§ 273, 320 BGB seien nicht einschlägig, weil damit die Vorleistungspflicht des Auftragnehmers unterlaufen würde.⁴⁸

25

3.1.2.2.2 Differenzierende Auffassungen

Nicht eindeutig ist die Kommentierung von *Keldungs* bei Ingenstau/Korbion. Zunächst wird die Auffassung vertreten, dass § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B zur Preisvereinbarung aufgrund des Wortlautes der Vorschrift nur eine »dringende Empfehlung« ausspreche,⁴⁹ um spätere Streitigkeiten zu vermeiden. *Keldungs* meint ferner, bei unstreitigem Nachtragsgrund sei anzunehmen, dass ein richtig berechneter Nachtrag auch vergütet werde. Anderenfalls müsse der Auftragnehmer seinen Anspruch gerichtlich geltend machen.⁵⁰ In der Kommentierung zu § 2 Nr. 6 VOB/B heißt es, dass der Auftraggeber durch das Wort »möglichst« im Zusammenhang mit der Preisvereinbarung (§ 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 VOB/B) »im Allgemeinen kein Leistungsverweigerungsrecht bis zur Vereinbarung des zusätzlichen Entgelts hat«, auch wenn die Vor-

26

⁴⁶ OLG Brandenburg, BauR 2006, 529; OLG Brandenburg, BauR 2003, 1734.

⁴⁷ *Kuffer*, ZfBR 2004, 110 ff.; ebenso: *Jagenburg*, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 2 Nr. 5 Rdn. 136 und 137; *Vygen*, BauR 2005, 431, 432 rechte Spalte; *Werner/Pastor*, Rdn. 1151; *Pauly*, MDR 1998, 505, 507 linke Spalte.

⁴⁸ *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 113 f.; ebenso: *Jagenburg*, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 2 Nr. 5 Rdn. 137.

⁴⁹ *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 5 Rdn. 47.

⁵⁰ *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 5 Rdn. 48.

schrift eine »*vertragliche Verpflichtung*« beinhalte.⁵¹ Schließlich stellt er auf ein Verschulden am Nichtzustandekommen der Vereinbarung ab. Liege kein Verschulden des Auftraggebers vor, so könne der Auftragnehmer eine Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB verlangen.⁵² Diese Aussagen sind nicht überzeugend, weil bereits unklar bleibt, nach welchen Maßstäben das Verschulden zu beurteilen ist und weshalb es Voraussetzung für ein Leistungsverweigerungsrecht sein soll. Im Übrigen besteht auf die Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB ein gesetzlicher Anspruch (siehe nachfolgend unter Rdn. 45).

Kniffka/Koebler meinen, dass das Leistungsverweigerungsrecht von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Höhe des verweigerten Teils der Vergütung bzw. davon abhängen, ob sich der Auftraggeber von vornherein weigert, in Verhandlungen über den richtigen Preis einzutreten.⁵³

Auch *Leinemann* geht davon aus, dass ein Leistungsverweigerungsrecht bestehe, wenn eine nach Treu und Glauben zu bemessene Zumutbarkeitsschwelle erreicht bzw. überschritten sei. *Leinemann* zieht die Grenze bei einer Größenordnung von 3 % - 5 % der Auftragssumme.⁵⁴

3.1.2.2.3 Mindermeinung

Kapellmann vertritt die Auffassung, dass dem Auftragnehmer ein Recht zustehe, die angeordnete Zusatz- oder Änderungsleistung zu verweigern, bis »*über Grund und Höhe*« eine Einigung vor der Ausführung erzielt worden ist, und dieser Grundsatz für Nachträge jeder Größenordnung gelte.⁵⁵ Nur unter dem Gesichtspunkt des Schikaneverbotes dürfe ein Auftragnehmer eine minimale Mehrvergütungsforderung nicht »*erpresserisch*« zur Verweigerung unbedingter erforderlicher Leistungen ausnutzen.⁵⁶ *Kapellmann* verlangt jedoch, dass die Vergütung in Fortschreibung der Auftragskal-

27

⁵¹ *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 6 Rdn. 29 u. 30

⁵² *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion-Keldungs*, § 2 Nr. 6 Rdn. 30 am Ende; ähnlich: *Nicklisch/Weick*, VOB Teil B, 3. Aufl., § 2 Rdn. 73.

⁵³ *Kniffka/Koebler*, 5. Teil, E.II.4., Rdn. 92.

⁵⁴ *Leinemann*, NJW 1998, 3672, 3675 linke Spalte.

⁵⁵ *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 984; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 VOB/B Rdn. 205.

⁵⁶ *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 985.

kulation vertragsgerecht dargelegt wurde und zuvor ein Einigungsversuch, innerhalb angemessener aber kurzer Frist, gescheitert ist.⁵⁷

3.1.3 Bindung an eigene Vertragsklauseln des Auftraggebers

Hier gilt das oben unter Rdn. 23 Gesagte entsprechend, sodass der Auftragnehmer unabhängig von der AGB-rechtlichen Unwirksamkeit der Schriftformklausel für Nachträge nicht verpflichtet ist, die Leistung auszuführen, bevor er mit der Nachtragsleistung in der vereinbarten Form beauftragt worden ist. 28

3.2 Kündigungsrechte des Auftragnehmers nach § 9 VOB/B

3.2.1 § 9 Nr. 1 a VOB/B

3.2.1.1 Nachtrag dem Grunde nach streitig

Der Auftragnehmer kann den Bauvertrag unter den Voraussetzungen des § 9 Nr. 1 a, Nr. 2 VOB/B kündigen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterlässt und den Auftragnehmer dadurch außerstande setzt, die Leistung auszuführen. Dieses Kündigungsrecht wird man jedenfalls dann bejahen müssen, wenn der Auftraggeber eine Einigung bereits dem Grunde nach ernsthaft verweigert, nachdem der Auftragnehmer einen Einigungsversuch unternommen hat⁵⁸. 29

3.2.1.2 Nachtrag der Höhe nach streitig

Lehnt man mit der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ein Leistungsverweigerungsrecht ab, wenn lediglich die Höhe des Anspruchs ungeklärt bzw. streitig ist, kann auch das »schärfere« Kündigungsrecht nach § 9 Nr. 1 a VOB/B nicht bestehen.⁵⁹ Nach der von Kapellmann vertretenen Gegenansicht ist konsequen- 30

⁵⁷ Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 986.

⁵⁸ Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 981 und 988 m. w. N.; Vygen, Rdn. 2449; Vygen, in: Ingenstau/Korbion, § 9 Nr. 1 Rdn. 19 und 20; OLG Düsseldorf, BauR 1995, 706 und BauR 1996, 115; a. A.: Kuffer, ZfBR 2004, 110, 112 rechte Spalte.

⁵⁹ Kuffer, ZfBR 2004, 110, 112 rechte Spalte; Jagenburg, in: Beck'scher VOB-Kommentar, Rdn. 137; ähnlich: Keldungs, in: Ingenstau/Korbion, § 2 Nr. 5 Rdn. 48.

terweise auch in diesem Fall eine Kündigung des ganzen Vertrages nach § 9 Nr. 1a VOB/B möglich.⁶⁰

3.2.2 § 9 Nr. 1 b VOB/B

3.2.2.1 Nachtrag dem Grunde nach streitig

Bejaht man eine Mitwirkungspflicht bei der Vergütungsvereinbarung, besteht das Kündigungsrecht auch wegen sonstigen Schuldnerverzuges.⁶¹ 31

Dass ein Auftragnehmer auch für Nachtragsforderungen Abschlagszahlungen verlangen kann, entspricht allgemeiner Auffassung.⁶² Entscheidend ist allein, dass tatsächlich ein Anspruch auf Mehrvergütung besteht, der VOB/B-konform berechnet worden ist. Nicht maßgebend ist, ob bereits eine Nachtragsvereinbarung zustande gekommen ist, da eine solche für den Vergütungsanspruch nicht zwingend erforderlich ist.⁶³ Mit Zugang der prüfbaren Abrechnung läuft die Fälligkeitsfrist von 18 Werktagen nach § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B. Zahlt der Auftraggeber auch innerhalb einer angemessenen Nachfrist nicht, kann der Auftragnehmer die Arbeiten nach § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B einstellen.⁶⁴ Diesem Leistungsverweigerungsrecht steht § 18 Nr. 5 VOB/B nach allgemeiner Auffassung nicht entgegen.⁶⁵ Der Auftragnehmer ist dann unter den weiteren Voraussetzungen des § 9 Nr. 1 b, Nr. 2 VOB/B auch zur Vertragskündigung berechtigt, wenn der Auftraggeber mit der Zahlung der Abschlagsrechnung in Verzug gerät und eine Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung fruchtlos verstrichen ist.⁶⁶ 32

3.2.2.2 Nachtrag der Höhe nach streitig

Wenn man die Mitwirkung an einer Preisvereinbarung selbst bei § 2 Nr. 5 VOB/B als Pflicht ansieht, muss der Auftraggeber nach einer entsprechenden Mahnung mit die- 33

⁶⁰ *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 988.

⁶¹ *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 981.

⁶² *Leinemann*, NJW 1998, 3672, 3676; *Keldungs*, in: *Ingenstau/Korbion*, § 2 Nr. 6 Rdn. 30 und *Vygen*, § 9 Rdn. 45 am Ende.

⁶³ So zu Recht: *Vygen*, in: *Ingenstau/Korbion*, § 9 Nr. 1 Rdn. 45 a. E.

⁶⁴ LG Leipzig, IBR 2008, 1104.

⁶⁵ So selbst *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 117; BGH, BauR 1996, 378.

⁶⁶ *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 988.

ser Handlung auch »sonst« in Schuldnerverzug geraten können.⁶⁷ Dasselbe gilt dann erst recht bei § 2 Nr. 6 VOB/B.⁶⁸

Auch die ablehnende Auffassung bejaht zumindest ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B, falls die im Wege einer Abschlagsrechnung geltend gemachte Nachtragsvergütung nicht gezahlt wird und der Auftraggeber dadurch in Zahlungsverzug gerät.⁶⁹ Hier steht auch § 18 Nr. 5 VOB/B nicht entgegen, weil die VOB/B selbst das Leistungsverweigerungsrecht gewährt.⁷⁰ Dann ist aber auch das Kündigungsrecht nach § 9 Nr. 1b VOB/B wegen Zahlungsverzuges zu bejahen.

34

3.3 Eigene Auffassung

3.3.1 Keine Unterscheidung zwischen § 2 Nr. 5 und § 2 Nr. 6 VOB/B

Zunächst kann die Frage, ob ein Leistungsverweigerungsrecht besteht, nicht von der ohnehin äußerst fragwürdigen Unterscheidung abhängen, ob eine geänderte oder zusätzliche Leistung angeordnet bzw. gefordert wird. Beide Vorschriften müssen im Interesse der Rechtsklarheit einheitlich ausgelegt werden, auch wenn es in § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B heißt, die Vereinbarung der Vergütung »soll« vor der Ausführung erfolgen, wohingegen § 2 Nr. 6 VOB/B bestimmt, dass die Vergütung für die zusätzliche Leistung möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren »ist«.⁷¹ Auch das Grundsatzurteil des BGH zu den Kooperationspflichten unterscheidet nicht zwischen den beiden Nachtragsbestimmungen der VOB/B.⁷² Dem stimmt selbst *Kuffer* zu, indem er ausführt, aus dieser Entscheidung folge, dass der Auftraggeber auch bei der Vereinbarung einer geänderten Vergütung zur Mitwirkung verpflichtet »ist«.⁷³

35

Nach Meinung des Verfassers gibt es keinen systematischen Unterschied zwischen geänderten und zusätzlichen Leistungen. In vielen Fällen ist die Abgrenzung zumindest schwierig, wenn nicht unmöglich. Wird beispielsweise eine Leistung *anstatt*

36

⁶⁷ *Vygen*, in: *Ingenstau/Korbion*, § 9 Rdn. 19 und 20.

⁶⁸ *Ebenso: Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 981 und 988.

⁶⁹ *Kniffka/Koebler*, E.II.4., Rdn. 92; *Jagenburg*, in: *Beck'scher VOB/B-Kommentar*, § 2 Nr. 5 Rdn. 136.

⁷⁰ *Kuffer*, *ZfBR* 2004, 110, 117.

⁷¹ *Ebenso: Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 Rdn. 205; *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 973-975.

⁷² BGH, *BauR* 2000, 409 »Kooperation«; *ebenso: OLG Jena, NZBau* 2005, 341.

⁷³ *Kuffer*, *ZfBR* 2004, 110, 116 rechte Spalte.

ausgeführt, ist sowohl der Standpunkt vertretbar, dass die ursprünglich beauftragte Leistung nach § 8 Nr. 1 VOB/B frei gekündigt und die stattdessen ausgeführte Leistung zusätzlich gefordert wird (§§ 1 Nr. 4 i. V. m. 2 Nr. 6 VOB/B). Ebenso kommt in Betracht, die *anstatt* ausgeführte Leistung als Änderungsleistung zu werten (§§ 1 Nr. 3 i. V. m. 2 Nr. 5 VOB/B).

Noch eine Ungereimtheit fällt auf: Während bei zusätzlichen Leistungen hinsichtlich des Nachtragsanspruchs eine Ankündigungspflicht besteht (§ 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B), existiert eine solche bei Änderungsleistungen nicht.⁷⁴ Das ist sachwidrig, weil zusätzliche Leistungen aufgrund der Entgeltlichkeitsvermutung des Baurechts *immer* mehr kosten, wohingegen geänderte Leistungen teurer, kostenneutral oder sogar billiger sein können als die beauftragten.⁷⁵

Das prinzipielle Problem des Leistungsverweigerungsrechts bei der Höhe nach streitigen Nachträgen muss aufgrund der identischen Interessenlage gleich gelöst werden. Danach besteht trotz des unterschiedlichen Wortlauts der Nachtragsbestimmungen sowohl bei § 2 Nr. 5 als auch bei § 2 Nr. 6 VOB/B die Pflicht beider Parteien, eine Nachtragsvergütung vor der Ausführung zu vereinbaren. Das gilt jedenfalls, wenn eine Vertragspartei eine entsprechende Vereinbarung verlangt und nicht etwa Gefahr im Verzug ist wie bei einer Wand, die einzustürzen droht und sofortiges Handeln erfordert.

3.3.2 Nachtrag dem Grunde nach streitig

Die überwiegende Auffassung, wonach ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers besteht, ist zutreffend. Dem steht die Bestimmung in § 18 Nr. 5 VOB/B nicht entgegen. Der BGH hat bereits im Jahr 1996 entschieden, dass diese Bestimmung lediglich »klarstellende Funktion« hat und dadurch bereits bestehende Leistungsverweigerungsrechte nach der VOB/B oder den gesetzlichen Vorschriften des BGB nicht abgeschnitten werden sollen.⁷⁶

Solange der Auftraggeber seiner nach der Kooperationsentscheidung des BGH unbestreitbaren Mitwirkungspflicht nicht nachkommt, ist der Auftragnehmer jedenfalls

⁷⁴ Der BGH schränkt das Ankündigungserfordernis bei § 2 Nr. 6 VOB/B aber zwischenzeitlich erheblich ein.

⁷⁵ Ebenso: *Kniffka/Koebler*, E.II.4., Rdn. 89.

⁷⁶ BGH, BauR 1996, 378; ebenso: *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 977 m. w. N.

37

38

39

nach Treu und Glauben nicht zur Leistung verpflichtet. Würde man § 18 Nr. 5 VOB/B anders interpretieren, hielte die Vorschrift einer isolierten AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ohnehin nicht stand und wäre nach § 307 BGB unwirksam.⁷⁷ Deshalb ist es richtig, ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers zu bejahen, wenn der Auftraggeber eine Einigung schon dem Grunde nach ernsthaft und endgültig ablehnt.

3.3.3 Nachtrag der Höhe nach streitig bzw. ungeklärt

Ein Leistungsverweigerungsrecht muss grundsätzlich auch bestehen, wenn der Nachtrag auf der Basis des Hauptangebotes zutreffend kalkuliert worden ist, und der Auftraggeber den Nachtrag entweder nur dem Grunde nach beauftragt oder nur einen Bruchteil der sachgerecht bezifferten Nachtragsforderung unstreitig stellt. Die dagegen vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. 40

3.3.3.1 § 18 Nr. 5 VOB/B

Die herrschende Meinung verneint ein Leistungsverweigerungsrecht und beruft sich zur Begründung maßgeblich auf § 18 Nr. 5 VOB/B. Zumindest nach dem Wortlaut der Vorschrift ist diese Auslegung nicht von der Hand zu weisen. Sie verkennt jedoch, dass § 18 Nr. 5 VOB/B bereits bestehende Leistungsverweigerungsrechte wie beispielsweise in § 16 Nr. 5 Abs. 5 VOB/B von vornherein nicht berührt.⁷⁸ 41

3.3.3.2 Systematik der VOB/B

Die VOB/B statuiert nach Ansicht des Verfassers nicht nur die zwingende Verpflichtung, eine Vergütungsvereinbarung zu treffen; sie sagt vielmehr, dass die Vergütung *vor der Ausführung* zu vereinbaren ist. Richtig verstanden, regelt die VOB/B demzufolge eine Ausführungspflicht aufgrund der einseitigen Leistungsbestimmungsrechte nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B erst unter der Bedingung, dass die Vergütungsvereinbarung vor Ausführung zustande gekommen ist⁷⁹. Der Auftragnehmer muss eine solche Vereinbarung nicht fordern; wenn er sie aber verlangt, hat der Auftraggeber 42

⁷⁷ Markus/Kaiser/Kapellmann, S. 105, Rdn. 108.

⁷⁸ BGH, BauR 1996, 378.

⁷⁹ Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 978.

erst einen fälligen Anspruch auf Ausführung der Leistung, nach Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung. Wenn man der hier vertretenen Auffassung zur Systematik der VOB/B folgt, bedarf es der Annahme eines Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 BGB nicht. Denn die VOB/B regelt selbst, dass erst eine Einigung zu erfolgen hat, *bevor* der Auftragnehmer die Leistungen ausführen muss und enthält deshalb ein eigenständiges Leistungsverweigerungsrecht⁸⁰. Im Übrigen wäre auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB gerechtfertigt, solange der Auftraggeber seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt⁸¹.

3.3.3.3 Vorleistungspflicht des Auftragnehmers

Kuffer und *Jagenburg* vertreten die Auffassung, dass die Annahme eines Leistungsverweigerungsrechts nicht mit der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers in Übereinstimmung zu bringen sei⁸². Auch das trifft nicht zu. Niemand verlangt ernsthaft, dass die Nachtragsleistung vergütet werden muss, bevor die entsprechenden Arbeiten erbracht worden sind. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob ein Auftragnehmer leisten muss, obwohl ihn der Auftraggeber entweder nur dem Grunde nach beauftragt hat oder lediglich ein geringer Prozentsatz der vertragsgerecht berechneten Vergütung unstrittig ist. Das ist aufgrund des Gesamtsystems der §§ 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B i. V. m. §§ 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B zu verneinen (siehe oben).

43

3.3.3.4 Kündigung nach § 9 Nr. 1 VOB/B: *argumentum a maiore ad minus*

Nach zutreffender Auffassung kann der Auftragnehmer den gesamten Bauvertrag nach § 9 Nr. 1 a und b VOB/B kündigen, wenn der Auftraggeber die Mitwirkung an einer Preisvereinbarung – trotz Mahnung – unterlässt.⁸³ Vor diesem Hintergrund erscheint es ungereimt, wenn der Auftragnehmer zwar den Vertrag kündigen darf, er aber nicht zur Verweigerung der Leistung vor Ausführung berechtigt sein soll.

44

Das dagegen vorgebrachte Argument von *Kuffer*, die Kündigung sei im Verhältnis zum Leistungsverweigerungsrecht ein *aliud*,⁸⁴ beseitigt nicht das *argumentum a*

⁸⁰ Zutreffend: *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 980.

⁸¹ Zutreffend: *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 982.

⁸² *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 116; *Jagenburg*, in: Beck'scher VOB-Kommentar, § 2 Nr. 5 Rdn. 137.

⁸³ Siehe oben Rdn. 29 ff.

⁸⁴ *Kuffer*, ZfBR 2004, 110, 112 rechte Spalte.

maiore ad minus. Deshalb weist Kapellmann zu Recht darauf hin, dass der Auftragnehmer nicht gezwungen werden darf, zum härtesten aller Mittel, nämlich der Vertragskündigung, zu greifen.⁸⁵

3.3.3.5 Leistungsverweigerung nach § 648 a BGB

Vergleichbare Überlegungen wie zur Kündigung nach § 9 VOB/B gelten auch im Rahmen der Bauhandwerkersicherheit nach § 648 a BGB, die seit dem 01.01.2009 als klagbarer Anspruch ausgestaltet ist.⁸⁶ Der Auftragnehmer kann auch für geänderte und zusätzliche Leistungen eine Sicherheit verlangen.⁸⁷ Dieser Anspruch besteht nur gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts und gegenüber natürliche Personen, die Bauarbeiten zur Herstellung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung ausführen lassen, nicht (§ 648 a Abs. 6 BGB).

45

Existiert keine Einigung über die Höhe der Vergütung, genügt eine prüfbare Abrechnung der Forderung nach der Auftragskalkulation.⁸⁸ Wird die Sicherheit nicht binnen angemessener Frist gestellt, hat der Auftragnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht und seit der Neufassung der Vorschrift sogar ein sofortiges Kündigungsrecht nach § 648 a Abs. 5 BGB.

Kann der Auftragnehmer nach dem Leitbild des Gesetzes für seine Nachtragsforderung sogar *mehr* als eine Vergütungsvereinbarung verlangen, und zwar eine Sicherheit, erscheint es nicht sachgerecht, wenn er dieses Mehr auch tatsächlich verlangen muss, um auf diesem Umweg sein eigentliches Ziel, nämlich das Leistungsverweigerungsrecht – ein Minus zum Sicherheitsbegehren – zu erreichen.⁸⁹

3.3.3.6 Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Auch bei wirtschaftlicher Betrachtung macht es im Ergebnis keinen Unterschied, ob der Auftraggeber einen Nachtrag bereits dem Grunde nach in Abrede stellt oder le-

46

⁸⁵ Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 981; ebenso: Leinemann, NJW 1998, 3672, 3674 rechte Spalte.

⁸⁶ Vgl. Hildebrandt, BauR 2009, 4, 11.

⁸⁷ Liepe, BauR 2003, 320, 322 rechte Spalte; Schulze-Hagen, BauR 2000, 28, 31 f.; Virneburg, ZfBR 2004, 419, 421 rechte Spalte; auch: Kuffer, ZfBR 2004, 110, 117.

⁸⁸ Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 992; a. A. OLG Düsseldorf, BauR 2006, 531.

⁸⁹ Ebenso: Kapellmann/Schiffers, Band 1, Rdn. 984.

diglich einen geringen Prozentsatz der geltend gemachten Forderung akzeptiert⁹⁰. Die Praxis bei größeren Bauvorhaben zeigt, dass häufig eine hohe zweistellige Zahl von Nachträgen streitig ist und sei es auch »nur« der Höhe nach. Dann greift das Argument des OLG Düsseldorf, wonach es einem Auftragnehmer nicht zumutbar ist, die Nachtragsleistungen erst zu erbringen und sich anschließend sehenden Auges auf den Gerichtsweg verweisen zu lassen.⁹¹

Auch öffentliche Auftraggeber prüfen und bezahlen Nachträge häufig erst Monate, wenn nicht Jahre, nach Ausführung der entsprechenden Leistungen. Das hat oftmals nichts mit bösem Willen, sondern mit der Länge von Entscheidungswegen zu tun. Die damit verbundene Vorfinanzierung modifizierter Leistungen schmälert die Liquidität des Auftragnehmers und kann schlimmstenfalls zur Insolvenz führen. Analog der oben genannten Entscheidung des OLG Düsseldorf ist es dem Auftragnehmer nicht zumutbar, durch die Ausführung nicht geprüfter Nachträge sehenden Auges eine Existenzgefährdung in Kauf zu nehmen, nur weil der öffentliche Auftraggeber seinen Kooperationspflichten nicht nachkommt.

Auch aus der Entscheidung »Bistroküche« des BGH darf man ableiten, dass grundsätzlich die Pflicht besteht, eine Vergütungsvereinbarung vor der Ausführung zu treffen. Denn der BGH verneint das Leistungsverweigerungsrecht nach dem Rechtsgedanken des § 320 Abs. 2 BGB nur »*ausnahmsweise*«, »*wenn die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nur unerheblich abweicht*«⁹². Diese Aussage lässt den Schluss zu, dass der BGH ein Leistungsverweigerungsrecht zumindest dann bejahen würde, wenn die Preisdifferenz erheblich ist.

3.3.4 Anordnung zur Ausführung ohne Stellungnahme zur Berechtigung des Nachtrags

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Auftraggeber von ihren Leistungsbestimmungsrechten nach § 1 Nr. 3 und Nr. 4 VOB/B Gebrauch machen, ohne sich zur Berechtigung des Nachtrags zu äußern.

47

⁹⁰ Zutreffend: *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 977.

⁹¹ Siehe oben Rdn. 15.

⁹² Siehe oben Rdn. 12.

Dem Verfasser ist bei einem Großbauvorhaben folgender Brief des Auftraggebers vorgelegt worden:

»... unbeschadet einer noch zu erfolgenden Prüfung Ihres Vergütungsanspruchs dem Grunde und der Höhe nach ordnen wir die Ausführung folgender Leistungen an:

(...)

Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie, soweit Sie eine gesonderte Vergütung beanspruchen, nicht berechtigt sind, Ihre Leistung bis zu einer Einigung über die Vergütung zu verweigern.«

Nach Erhalt einer solchen Mitteilung steht zunächst fest, dass der Auftragnehmer Ansprüche nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B geltend machen kann, wenn daraufhin tatsächlich eine modifizierte Leistung ausgeführt wird. An einer Forderung oder Anordnung des Auftraggebers im Sinne der Nachtragsvorschriften der VOB/B besteht kein Zweifel, so dass der Auftragnehmer nicht auf die »unsicheren« Anspruchsgrundlagen des § 2 Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 bzw. Abs. 3 VOB/B angewiesen ist. Eindeutig ist auch, dass der Auftraggeber hier die Vergütungspflicht weder ernsthaft noch endgültig bestreitet. Stattdessen lässt er sich alle zukünftigen Handlungsoptionen offen, und zwar sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach. Nach Meinung des Verfassers reicht eine solche Mitteilung nicht aus, um den Auftragnehmer zur Ausführung der Leistung zu zwingen. Wenn der Nachtragsanspruch dem Grunde nach besteht und der Höhe nach zutreffend ermittelt worden ist, muss sich der Auftraggeber äußern und jedenfalls eine vorläufige Mindestvergütung nennen. Weicht diese in erheblichem Maße vom Angebot des Auftragnehmers ab, hat der Auftraggeber darzulegen, aus welchen Gründen er die Forderung kürzt bzw. welche Unterlagen und Informationen ihm zur abschließenden Prüfung fehlen.

48

Auch die Vertreter der Auffassung, die ein Leistungsverweigerungsrecht nur bejahen wollen, wenn ein Nachtrag dem Grunde nach streitig ist, müssten zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Erklärung, die auch diese Frage offen lässt, nicht ausreicht, um eine Ausführungspflicht anzunehmen. Anderenfalls wären die Kooperationspflichten des Auftraggebers Makulatur. Ein Auftraggeber wäre stets gut beraten, jede Festlegung zu vermeiden, indem er sich wie in dem oben geschilderten Fall verhält. Damit könnte das Leistungsverweigerungsrecht allein dadurch ausgehebelt werden, dass auf eine ausdrückliche Ablehnung des Nachtragsanspruchs verzichtet wird. Das wi-

49

derspricht den Kooperationspflichten, weil sich ein Auftraggeber zu einem Nachtragsanspruch, der in vertragsgerechter Art und Weise begründet worden ist, äußern muss, und zwar bevor die Leistung ausgeführt wird. Verweigert der Auftraggeber die notwendige Mitwirkung an einer Nachtragsvereinbarung schon dem Grunde nach, ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet, die Leistung auszuführen. Das gilt jedenfalls dann, wenn ein nochmaliger Einigungsversuch unter Androhung der Leistungsverweigerung fruchtlos geblieben ist.⁹³

3.3.5 Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts

Bevor der Auftragnehmer berechtigt ist, die Arbeiten aufgrund fehlender Preisvereinbarungen einzustellen, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

50

- Der Auftraggeber ordnet die Ausführung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B an.
- Die besondere Vergütung ist nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B angekündigt worden oder die Ankündigung ist nach der Rechtsprechung des BGH entbehrlich.⁹⁴
- Die modifizierte Vergütung ist in Fortschreibung der Auftragskalkulation ermittelt worden.
- Der Auftraggeber hat eine Einigung – trotz nachweisbaren Verlangens – abgelehnt.
- Dem Auftraggeber stehen keine Zurückbehaltungsrechte oder aufrechenbare Gegenforderungen in einer relevanten Größenordnung zu.⁹⁵

Fraglich ist, ob der Auftragnehmer nur die Ausführung der Nachtragsleistung oder die gesamte Leistung verweigern darf. Können die Nachtragsleistungen von den beauftragten Leistungen klar abgegrenzt und separat ausgeführt werden, kommt eine Leistungsverweigerung in Bezug auf die gesamte Leistung nicht in Betracht. Nur wenn die Fortsetzung der Arbeiten insgesamt von der Erbringung der streitigen Nachtragsleistung abhängt, ist eine umfassende Arbeitseinstellung berechtigt⁹⁶.

51

⁹³ Im Ergebnis ebenso: *Vygen/Schubert/Lang*, Rdn. 245.

⁹⁴ BGH, BauR 2002, 312.

⁹⁵ Ebenso: *Leinemann*, NJW 1998, 3672, 3676 linke Spalte; OLG München, IBR 1999, 568.

⁹⁶ Ebenso: *Virneburg*, ZfBR 2004, 419, 420 linke Spalte.

Dass der Auftragnehmer bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts Risiken eingeht, steht außer Frage. Denn der Anspruch muss nicht nur dem Grunde nach bestehen, sondern auch der Höhe nach vertrags- und sachgerecht, also unter analoger Fortschreibung der Auftragskalkulation, beziffert worden sein. Wenn sich der Auftragnehmer hinsichtlich der Höhe der Vergütung unsicher ist, kann er zunächst auch eine niedrigere als die eigentlich verlangte Vergütung ansetzen bzw. einen unstreitigen Vergütungsanteil, den er zweifelsfrei nachweisen kann, fordern. Ähnlich wie bei § 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 3 VOB/B muss der Auftraggeber diesen unstreitigen Teil vergüten.⁹⁷

52

Darüber hinaus muss dem Auftraggeber eine angemessene Zeit zur Prüfung eingeräumt werden.⁹⁸ Wenn der Auftraggeber nachvollziehbare Einwendungen zur Höhe der geforderten Verfügung erhebt, muss der Auftragnehmer – wiederum unter Beachtung der Kooperationspflichten – versuchen, diese Differenzen einvernehmlich zu klären. Ist dies in der Kürze der Zeit nicht möglich – die Vereinbarung hat vor der Ausführung zu erfolgen – muss der Auftraggeber jedenfalls eine angemessene Mindestvergütung nennen und diese vorläufig unstreitig stellen.⁹⁹ Anderes gilt nur, wenn Gefahr im Verzug ein sofortiges Handeln erfordert. Weder darf der Auftragnehmer eine überhöhte Nachtragsforderung durch Androhung oder Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts vertragswidrig durchsetzen, noch kann der Auftraggeber, der den Nachtrag dem Grunde nach bejaht hat, seinen Vertragspartner über die Höhe der Vergütung vollständig im Unklaren lassen bzw. eine unangemessen niedrige Vergütung nennen.

53

3.3.6 Verbindlichkeit einer Nachtragsvereinbarung

Dem Auftraggeber ist die Nennung einer Mindestvergütung auch zumutbar. Denn der BGH hat entschieden, dass eine Leistung, die aufgrund eines Werkvertrages bereits geschuldet ist und danach vergütet wird, nicht aufgrund einer Nachtragsvereinbarung ein zweites Mal bezahlt werden muss.¹⁰⁰ Etwas anderes gilt nur, wenn der Auftragge-

54

⁹⁷ Ebenso: *Leinemann*, NJW 1998, 3672, 3676 rechte Spalte.

⁹⁸ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 Rdn. 206.

⁹⁹ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2, Rdn. 206.

¹⁰⁰ BGH, BauR 2005, 1317.

ber die Vergütungspflicht selbstständig anerkannt hat oder sich die Vertragsparteien in Ansehung der Streitfrage endgültig geeinigt haben.¹⁰¹

Aus dieser BGH-Entscheidung abzuleiten, Nachtragsvereinbarungen seien wertlos, wäre indes unzutreffend. Denn eine Beweis- bzw. Indizwirkung kommt einer Beauftragung in jedem Fall zu.¹⁰² Zwar kann der Auftraggeber im Rahmen der Schlussrechnungsprüfung durchaus den Standpunkt vertreten, die beauftragte Leistung sei bereits Bausoll nach dem abgeschlossenen Vertrag. In einem solchen Fall ist es aber sachgerecht, ihn als beweispflichtig anzusehen. Es reicht dann nicht aus, die vormals beauftragten Nachträge im Prozess nur pauschal zu bestreiten. Der Auftraggeber muss stattdessen substantiiert darlegen und beweisen, aus welcher Vertragsunterlage sich die Leistung ergeben soll bzw. weshalb eine gegebenenfalls von ihm genannte Mindestvergütung der Höhe nach unberechtigt ist. Denn in einem solchen Fall hat der Auftraggeber zumindest ein Zeugnis gegen sich selbst abgegeben und schuldet deshalb mehr als ein einfaches Bestreiten des Nachtrages.¹⁰³ Umgekehrt steht es dem Auftragnehmer frei, anhand der Auftragskalkulation – äußerstenfalls nach § 632 Abs. 2 BGB – zu beweisen, dass ihm ein Anspruch jenseits der vorläufig genannten Mindestvergütung zusteht.

55

4 Kündigungsrecht des Auftraggebers bei unberechtigter Leistungsverweigerung

Verweigert der Auftragnehmer die Leistungsaufnahme bzw. Fortführung der Arbeiten zu Unrecht, setzt er sich dem Risiko einer berechtigten schadensersatzbegründenden Kündigung nach § 8 Nr. 3 VOB/B aus.¹⁰⁴

56

Der Auftraggeber hat ebenfalls ein Kündigungsrecht, wenn der Auftragnehmer eine Vergütungsvereinbarung grundlos verweigert.¹⁰⁵ Es ist auch ihm nicht zumutbar, dass im Zweifel erst durch ein rechtskräftiges Urteil festgelegt wird, welche Vergütung er für die Änderungs- oder Zusatzleistung zu zahlen hat. Im Sinne der Budgetsicherheit

57

¹⁰¹ *Keldungs*, in: Ingenstau/Korbion, § 2 Rdn. 49; *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 Rdn. 191.

¹⁰² Ebenso: *Quack*, Urteilsanmerkung zu BGH, BauR 2005, 1317, 1320 f.

¹⁰³ BGH, IBR 2006, 1344; Schwenker, IBR 2003, 712.

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf, BauR 2006, 531; OLG Brandenburg, BauR 2006, 529 und BauR 2005, 764 f. (LS); OLG Brandenburg, BauR 2003, 1734; *Kapellmann/Schiffers*, Band 1, Rdn. 989; *Vygen/Joussen*, Rdn. 2445.

¹⁰⁵ *Kapellmann/Messerschmidt*, § 2 Rdn. 207.

kann auch der Auftraggeber einen Anspruch auf Preisvereinbarung vor Ausführung geltend machen.

5 Bauvertragliche Kooperationsmodelle

Insbesondere die eingangs besprochenen Urteile des BGH machen deutlich, dass bei streitigen Nachträgen erhebliche Risiken bestehen, und zwar für beide Vertragspartner.¹⁰⁶ 58

Um die damit verbundenen Unwägbarkeiten zu vermeiden, schlägt der Verfasser kooperative Regelungen vor, die einen möglichst störungsfreien Bauablauf gewährleisten sollen. Dabei wird wiederum zwischen dem Grunde nach unstreitigen und lediglich der Höhe nach ungeklärten Nachtragsforderungen unterschieden.

5.1 Nachtrag dem Grunde nach streitig

5.1.1 Kooperationspflichten bei dem Grunde nach streitigen Nachträgen

Ist zwischen den Parteien bereits dem Grunde nach streitig, ob der Auftragnehmer eine geänderte oder zusätzliche Vergütung nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B verlangen kann, verpflichten sich die Parteien zur Vermeidung der Ausübung von Leistungsverweigerungs- bzw. Kündigungsrechten zur Kooperation gemäß der nachfolgenden Regelungen unter 5.1.2 und 5.1.3. 59

5.1.2 Vorläufige Regelung bei Anordnung der sofortigen Ausführung der Leistung

5.1.2.1 Verlangt der Auftraggeber zur Vermeidung von Störungen im Bauablauf die sofortige Erbringung der strittigen Leistung, kann er deren Ausführung schriftlich anordnen. Er ist in diesem Fall jedoch verpflichtet, die sach- und vertragsgerecht ermittelte Vergütung nach der hinterlegten Auftragskalkulation sowie der vertraglich vereinbarten Einheitspreislis- 60

¹⁰⁶ Ebenso: Virneburg, ZfBR 2004, 419 ff.

te,¹⁰⁷ Zug-um-Zug gegen Übergabe einer Rückzahlungsbürgschaft, zu vergüten. Die Höhe der Bürgschaft bemisst sich nach dem geltend gemachten Vergütungsanspruch zzgl. 10 % pauschal für Nebenforderungen wie beispielsweise Zinsen oder Rechtsverfolgungskosten.

5.1.2.2 Will der Auftragnehmer eine Rückzahlungsbürgschaft nicht stellen, ist er alternativ dazu berechtigt, eine den Anforderungen des § 648a BGB entsprechende Sicherheit für die Leistung zu verlangen.

5.1.2.3 Die Zahlung bzw. Sicherung der Ansprüche durch Bürgschaften erfolgt jeweils ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht. Das gilt auch für die Darlegungs- und Beweislastverteilung im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung.

5.1.2.4 Die Kosten gestellter Bürgschaften sind von derjenigen Partei zu tragen, die im Falle einer anschließenden streitigen Auseinandersetzung unterliegt.

5.1.3 Vorläufige Regelung durch Schlichtung¹⁰⁸

61

5.1.3.1 Ist der Auftraggeber nicht bereit, nach Maßgabe der vorstehenden Regelungen unter 5.1.2 zu verfahren, ist er berechtigt, den in der Schlichtungsvereinbarung (Anlage ... des Vertrages) benannten Schlichter anzurufen. Der Schlichter entscheidet über die Berechtigung des geltend gemachten Nachtrages aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage vorläufig. Das gilt gleichermaßen, falls neben dem Nachtragsgrund auch die Höhe der Forderung streitig ist.

¹⁰⁷ Insbesondere bei Pauschalverträgen empfiehlt sich die Vereinbarung einer Einheitspreisliste, in die auch Positionen aufgenommen werden sollten, die noch nicht Inhalt des Bauvertrages sind.

¹⁰⁸ Nach Meinung des Verfassers sollte der Schlichter über die Befähigung zum Richteramt verfügen. Der Schlichter muss bei Vertragsabschluss feststehen und auf »stand by« beauftragt werden. Die Darstellung einer ausformulierten Schlichtungsvereinbarung würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Man kann sich dabei an der von der ARGE Baurecht herausgegebenen Schlichtungsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau) orientieren. Die entsprechenden Formulare, die jedoch angepasst werden müssen, sind unter www.arge-baurecht.com kostenlos erhältlich. Zur Schlichtung im Einzelnen: Kniffka/Koebler, E.II.4., Rdn. 74 ff.; Roquette/Otto, Vertragsbuch Privates Baurecht C.VII., S. 515 ff.; Englert/Schalk, BauR 2009, 874 ff. m. w. N.

Das Schlichtungsverfahren soll nach der in der Anlage ... des Bauvertrages geregelten Schlichtungsvereinbarung schnellstmöglich, regelmäßig innerhalb von 14 Arbeitstagen, abgeschlossen sein.

- 5.1.3.2 Kommt der Schlichter zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der Nachtragsanspruch sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach berechtigt ist, hat der Auftraggeber die geltend gemachte Vergütung nach Maßgabe der oben stehenden Ziffer 5.1.2 zu bezahlen oder – nach Wahl des Auftragnehmers – alternativ zur Zahlung, eine Sicherheit nach § 648a BGB zu stellen.*
- 5.1.3.3 Kommt der Schlichter zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der Nachtrag zwar dem Grunde nach berechtigt ist, aber ausreichende Angaben zur Höhe des Anspruchs fehlen und der Vergütungsanspruch anhand der hinterlegten Auftragskalkulation bzw. der Einheitspreisliste nicht verlässlich zu ermitteln ist, legt er nach billigem Ermessen – gegebenenfalls unter Beachtung von § 632 Abs. 2 BGB – eine vorläufige Mindestvergütung fest. Für deren Bezahlung gelten die obigen Regelungen unter 1.2 entsprechend.*
- 5.1.3.4 Kommt der Schlichter zu dem vorläufigen Ergebnis, dass der Nachtrag bereits dem Grunde nach unbegründet ist, hat der Auftragnehmer die Leistung auf schriftliche Anordnung des Auftraggebers auszuführen. Ein vorläufiger Zahlungsanspruch oder eine Sicherheit nach § 648a BGB steht dem Auftragnehmer in diesem Fall nicht zu.*
- 5.1.3.5 Kommt der Schlichter zu keinem eindeutigen Ergebnis, beispielsweise weil technische oder baubetriebliche Vorfragen zu klären sind, ist er berechtigt, nach eigenem Ermessen einen Sachverständigen zur Beurteilung des Nachtrages hinzuzuziehen. Ist auch danach eine Entscheidung nach den Regelungen unter 5.1.3, 5.1.3.3, 5.1.3.4 nicht möglich, soll der Schlichter im Regelfall die Ausführung der Leistung, Zug-um-Zug gegen Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB in angemessener Höhe, anordnen.*
- 5.1.3.6 Bis zur Entscheidung des Schlichters ist der Auftragnehmer nicht verpflichtet, die streitige Leistung auszuführen.*

5.1.3.7 *Die Ergebnisse der Schlichtung sind vorläufig und erfolgen ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage. Das gilt auch für die Darlegungs- und Beweislast im Falle einer prozessualen Auseinandersetzung.*

5.1.3.8 *Die Kosten gestellter Bürgschaften sind von derjenigen Partei zu tragen, die bei der anschließenden streitigen Auseinandersetzung unterliegt.*

5.2 Nachtrag der Höhe nach streitig

5.2.1 Kooperationspflichten bei der Höhe nach streitigen Nachträgen

5.2.1.1 *Ist der Anspruch des Auftragnehmers auf eine geänderte oder zusätzliche Vergütung nach § 2 Nr. 5 oder Nr. 6 VOB/B dem Grunde nach unstreitig, bestehen jedoch Differenzen zur Höhe der geltend gemachten Forderung, verpflichten sich die Parteien ebenfalls zur Kooperation, um die Ausübung von Leistungsverweigerungs- bzw. Kündigungsrechten zu vermeiden. Dazu vereinbaren die Parteien ein Verfahren gemäß der nachfolgenden Regelungen unter 5.2.2 und 5.2.3.*

62

5.2.2 Vorläufige Regelung bei Anordnung der sofortigen Leistungsausführung

5.2.2.1 *Verlangt der Auftraggeber die sofortige Erbringung einer dem Grunde nach unstreitigen Nachtragsleistung, ist er nach vertragsgerechter Darlegung der Höhe des Vergütungsanspruchs gemäß der hinterlegten Auftragskalkulation bzw. der vertraglich vereinbarten Einheitspreisliste berechtigt, die sofortige Ausführung der Leistung anzuordnen, wenn er eine Mindestvergütung nennt, die unstreitig gestellt wird.*

63

5.2.2.2 *Weicht die Mindestvergütung um mehr als 20 %, mindestens jedoch in Höhe eines Betrages von 5.000,00 Euro, von der geltend gemachten Vergütung ab, ist der Auftraggeber auf Verlangen des Auftragnehmers verpflichtet, in Höhe des Differenzbetrages eine Sicherheit nach § 648 a BGB zu stellen.*

5.2.2.3 Ist die Höhe des Vergütungsanspruchs in der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit anhand der Auftragskalkulation bzw. der Einheitspreisliste objektiv nicht verlässlich zu bestimmen, ist der berechtigt, die Einzelkosten der geänderten oder zusätzlichen Leistung nach § 632 Abs. 2 BGB, gegebenenfalls unter Verwendung anerkannter Baupreisddateien (beispielsweise von Sirados oder Plümecke) zu ermitteln und mit den kalkulierten Deckungsbeiträgen zu beaufschlagen. Das gilt auch, wenn die Nachtragsleistung von einem Nachunternehmer des Auftragnehmers ausgeführt werden muss.

Ist die sich danach ergebende Vergütung niedriger als das Angebot des Auftragnehmers, wird die nach § 632 Abs. 2 BGB ermittelte Vergütung als vorläufige Mindestvergütung vereinbart.

Ist die nach § 632 Abs. 2 BGB ermittelte Vergütung höher als das Nachtragsangebot des Auftragnehmers, wird die vom Auftragnehmer genannte Angebotssumme als vorläufige Maximalvergütung vereinbart.

5.2.2.4 Die zur Höhe der Vergütung erfolgten Vereinbarungen sind vorläufig und ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage im Falle einer nachfolgenden prozessualen Auseinandersetzung. Das gilt jedoch nicht, sofern und soweit der Auftraggeber nach der Regelung unter 5.2.2.1 eine Mindestvergütung genannt und unstreitig gestellt hat.

5.2.2.5 Die Kosten gestellter Bürgschaften sind von derjenigen Partei zu tragen, die im Falle einer anschließenden prozessualen Auseinandersetzung unterliegt.

5.2.3 Vorläufige Regelung durch Schlichtung

5.2.3.1 Ist der Auftraggeber zur Vermeidung von Störungen im Bauablauf nicht bereit, eine vorläufige Mindestvergütung nach den Regelungen unter 5.2.2 zu vereinbaren, oder kann eine vorläufige Einigung nach diesen Bestimmungen nicht erfolgen, ist er berechtigt, den in der Schlichtungsvereinbarung (Anlage ... des Vertrages) genannten Schlichter anzurufen.

5.2.3.2 Das Schlichtungsverfahren soll nach der in der Anlage ... des Bauvertrages geregelten Schlichtungsvereinbarung schnellstmöglich, regelmäßig innerhalb von 14 Arbeitstagen, abgeschlossen sein.

Der Schlichter legt die vorläufig zu zahlende Vergütung gegebenenfalls unter Beachtung von § 632 Abs. 2 BGB bzw. unter Heranziehung anerkannter Baupreisdateien (vgl. 5.2.2.3 nach billigem Ermessen fest. Kann der Schlichter aufgrund technischer Vorfragen nicht selbstständig entscheiden, ist er berechtigt, nach seinem Ermessen einen Sachverständigen hinzuzuziehen.

5.2.3.3 Bis zu einer Entscheidung des Schlichters ist der Auftragnehmer berechtigt, die Ausführung der Nachtragsleistung zu verweigern.

5.2.3.4 Die Entscheidung des Schlichters ist vorläufig und erfolgt ohne Präjudiz für die Sach- und Rechtslage. Das gilt auch für die Darlegungs- und Beweislast im Falle einer prozessualen Auseinandersetzung.

6 Urteile und Literatur

6.2 Urteile

OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.01.2009 - 23 U 47/08, IBR 2009, 255

BGH, Urt. v. 18.12.2008 - VII ZR 201/06, IBR 2009, 127, »spekulativ überhöhter Einheitspreis«

BGH, Urt. v. 13.03.2008 - VII ZR 194/06, BauR 2008, 1131 »Bistroküche«

LG Leipzig, Urt. v. 08.02.2008 - 04HK O 7871/03, IBR 2008, 1104

BGH, Urt. v. 27.07.2006 - VII ZR 202/04, BauR 2006, 2040

OLG Brandenburg, Urt. v. 19.10.2005 - 4 U 151/04, BauR 2006, 529

BGH, Urt. v. 26.04.2005 - X ZR 166/04, BauR, 2005, 1317.

OLG Jena, Urt. v. 22.03.2005 - 8 U 318/04, NZBau 2005, 341

OLG Brandenburg, Urt. v. 09.02.2005 - 4 U 128/04, BauR 2005, 764 (Ls.)

OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.07.2004 - 21 U 178/03, BauR 2005, 1220 (Ls.)

BGH, Urt. v. 24.06.2004 - VII ZR 271/01, BauR 2004, 1613

BGH, Ur. v. 27.11.2003 - VII ZR 346/01, NZBau 2004, 207

BGH, Ur. v. 27.11.2003 - VII ZR 53/03, BauR 2004, 488

BGH, Ur. v. 24.07.2003 - VII ZR 218/02, NZBau 2003, 665

OLG Düsseldorf, Ur. v. 10.11.2002 - 21 U 1783/03, BauR 2006, 531

BGH, Beschl. V 12.09.2002. - VII ZR 816/01, BauR 2002, 1847

OLG Brandenburg, Ur. v. 07.05.2002 - 11 U 77/01, BauR 2003, 1734

BGH, Ur. v. 08.11.2001 - VII ZR 111/00, BauR 2002, 312

OLG Celle, Ur. v. 25.10.2001 - 14 U 74/00, BauR 2003, 890

OLG Düsseldorf, Ur. v. 14.09.2001 - 22 U 37/01, BauR 2002, 484

OLG Celle, Ur. v. 04.11.1999 - 14a (6) U 195/97, BauR 1999, 262

BGH, Ur. v. 28.10.1999 - VII ZR 393/98, BauR 2000, 409 »Kooperation«

OLG Dresden, Ur. v. 21.11.1997 - 7 U 1905/97, BauR 1998, 565

OLG München, Ur. V. 15.07.1997 - 28 U 3517/96, IBR 1999, 568

BGH, Ur. v. 27.06.1996 - VII ZR 59/95, BauR 1997, 126, »Kammerschleuse«

BGH, Ur. v. 23.05.1996 - VII ZR 245/94, BauR 1996, 542

BGH, Ur. v. 25.01.1996 - VII ZR 233/94, BauR 1996, 378

OLG Düsseldorf, Ur. v. 27.06.1995 - 21 U 219/94, BauR 1996, 115

OLG Düsseldorf, Ur. v. 25.04.1995 21 U 192/94, - BauR 1995, 706

OLG Zweibrücken, Ur. v. 20.09.1994 - 8 U 214/93, BauR 1995, 251

BGH, Ur. v. 22.04.1993 - VII ZR 118/92, BauR 1993, 595

BGH, Beschl. v. 30.03.1993 - X ZB 2/93, NJW-RR 1993, 892

BGH, Ur. v. 25.06.1987 - VII ZR 251/86, BauR 1987, 689

BGH, Ur. v. 25.06.1987 - VII ZR 107/86, BauR 1987, 683 »Universitätsbibliothek«

BGH, Ur. v. 21.11.1968 - VII ZR 89/66, NJW 1969, 233

6.2 Literatur

Beck'scher VOB-Kommentar Teil B, Herausgegeben von Ganten/Jagenburg/Motzke, 1997

Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, Teile A und B, 11. Aufl. 2008

Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 16. Aufl. 2004

Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB, 2. Aufl. 2007

Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 1, 5. Aufl. 2006

Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 4. Aufl. 2006

Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechtes, 3. Aufl. 2008

Markus/Kaiser/Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 2. Aufl. 2008

Münchener Kommentar, Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil II, 5. Aufl. 2009

Nicklisch/Weick, VOB Teil B, 3. Aufl. 2001

Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 4. Aufl. 2008

Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung und Leistungsänderung, 5. Aufl. 2008

Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. 2008

6.3 Aufsätze

Hildebrandt, BauR 2009, 4: »Das neue Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) - Ein erster kritischer Ausblick«

Kuffer, ZfBR 2004, 110: »Leistungsverweigerungsrecht bei verweigerten Nachtragsverhandlungen«

Leinemann, NJW 1998, 3672: »VOB-Bauvertrag: Leistungsverweigerungsrecht des Bauunternehmers wegen fehlender Nachtragbeauftragung?«

Liepe, BauR 2003, 320: »Nachtragsbeauftragung lediglich dem Grunde nach?«

Pauly, MDR 1998, 505: »Die Vergütung zusätzlicher Leistungen nach § 2 Nr. 6 VOB/B«

Quack, ZfBR 2004, 107: »Theorien zur Rechtsnatur von § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B und ihre Auswirkung auf die Nachtragproblematik«

Schulze-Hagen, BauR 2000, 28: »§ 648 a BGB – eine Zwischenbilanz«

Virneburg, ZfBR 2004, 419: »Wann kann ein Auftragnehmer die Arbeit wegen verweigerter Nachträge einstellen? - Risiken einer Verweigerungsstrategie -«

Vygen, BauR 2005, 431: »Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers bei Änderungen des Bauentwurfs gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B oder Anordnung von zusätzlichen Leistungen gemäß § 1 Nr. 4 VOB/B«