

Handbuch des privaten Baurechts

Kleine-Möller / Merl / Glöckner

6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2019

ISBN 978-3-406-71074-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

her. Danach wird die Vergütung des Auftragnehmers für ein Werk, dessen Herstellung sein Auftraggeber einem Dritten versprochen hat, spätestens fällig, wenn und soweit der Auftraggeber von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung oder Teile davon erhalten hat (**Durchgriffsfälligkeit**). Insoweit wird also die Fälligkeit der Vergütung des Nachunternehmers von der Voraussetzung der rechtsgeschäftlichen Abnahme durch seinen Auftraggeber gelöst.

Die Erfüllung des Vergütungsanspruches des Nachunternehmers hängt im Übrigen nur von der Zahlungsbereitschaft und der Zahlungsfähigkeit des Hauptunternehmers ab. Demgemäß hat der Nachunternehmer aber auch gegenüber dem Hauptunternehmer das unabdingbare Leistungsverweigerungsrecht des § 650f BGB (§ 648a BGB aF), wenn der Hauptunternehmer innerhalb einer ihm von dem Nachunternehmer gesetzten angemessenen Frist nicht Sicherheit für den voraussichtlichen Vergütungsanspruch leistet. Die gesetzliche Sicherung des Vergütungsanspruchs durch eine **Bauhandwerkersicherungshypothek** versagt regelmäßig, weil der Hauptunternehmer grundsätzlich nicht Eigentümer des Baugrundstücks ist. Dem Nachunternehmer steht bei Wirksamkeit des Hauptauftrags auch kein gesetzlicher Zahlungsanspruch aus **ungerechtfertigter Bereicherung** oder aus **Geschäftsführung ohne Auftrag** gegenüber dem Hauptauftraggeber zu, wenn der Hauptunternehmer den Vergütungsanspruch des Nachunternehmers nicht erfüllt.²¹ Nach der Systematik des am 1.1.2009 in Kraft getretenen Bauforderungssicherungsgesetzes wird der Hauptunternehmer zum Treuhänder seiner Nachunternehmer. Hat der Hauptauftraggeber (Bauherr) Baugeld i. S. von § 1 Abs. 3 BauFordSiG in Anspruch genommen, so ist auch der ihm nachgeordnete Hauptunternehmer „Empfänger von Baugeld“ (§ 1 BauFordSiG), sofern und soweit er finanzielle Mittel aus dem von dem Hauptauftraggeber aufgenommenen Darlehen für die Herstellung oder den Umbau des Baues erhalten hat. Jede Abschlagszahlung, die der Hauptunternehmer von dem Hauptauftraggeber erhalten hat, ist „Baugeld“ (§ 1 Abs. 3 BauFordSiG) und muss grundsätzlich für den von ihm beauftragten Nachunternehmer verwendet werden, wenn der Nachunternehmer einen unmittelbaren Beitrag zur Herstellung des Baus leistet.²² Diese Verpflichtung besteht unabhängig davon, wie viele (Nach-)Unternehmer vor dem Baugeldempfänger in einer Leistungskette tätig waren.²³ Wird das Baugeld zweckwidrig verwendet, hat der Nachunternehmer einen Schadensersatzanspruch unmittelbar gegen den Hauptunternehmer, weil das BauFordSiG Schutzgesetz i. S. von § 823 Abs. 2 BGB ist.²⁴

Der Nachunternehmer ist im Verhältnis zum Hauptauftraggeber **Erfüllungsgehilfe** des Hauptunternehmers²⁵, allerdings als selbständiger Unternehmer im Allgemeinen nicht dessen Verrichtungsgehilfe gem. § 831 BGB²⁶. Dasselbe gilt natürlich für die Erfüllungsgehilfen des Nachunternehmers. Umgekehrt ist jedoch der Hauptauftraggeber grundsätzlich kein Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer.²⁷ Das Verhältnis von Haupt- und Nachunternehmer ist vom allgemeinen Kooperationsprinzip beherrscht²⁸.

Die rechtliche Selbständigkeit von Hauptvertrag und Nachunternehmervertrag hat auch Bedeutung für die Erfüllung der Bauleistungspflicht und für die Mängelrechte. Hauptunternehmer und Nachunternehmer sind insoweit **keine Gesamtschuldner**.²⁹ Der Nachunternehmer schuldet seine Leistung allein dem Hauptunternehmer, so dass die Voraussetzungen

²¹ BGH, Urt. v. 15.4.2004 – VII ZR 212/03, NZBau 2004, 387, 388; Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB/B Anhang 2 Rn. 179.

²² Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB/B, Anhang 2 Rn. 159;

²³ BGH, Urt. v. 17.5.2018 – VII ZR 92/16, BauR 2018, 1416.

²⁴ Palandt/Sprau, BGB, § 823 Rn. 64; BGH Urt. v. 19.8.2010 – VII ZR 169/09, NJW 2010, 3365 ff

²⁵ BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779.

²⁶ BGH, Urt. v. 21.6.1994 – VI ZR 215/93, NJW 1994, 2756, 2757.

²⁷ OLG Stuttgart BauR 1997, 850; Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB/B, Anhang Rn. 131.

²⁸ BGH, Urt. v. 28.10.1999 – VII ZR 393/98, BauR 2000, 409, 410.

²⁹ BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779; Kapellmann/Messerschmidt/Thierau, VOB, Anhang Rn. 11.

des § 421 BGB nicht erfüllt sind.³⁰ In gleicher Weise sind die **Mängelrechte** des Hauptunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer unabhängig davon, welche Rechte der Hauptauftraggeber gegenüber dem Hauptunternehmer hat und in welchem Umfang der Hauptauftraggeber davon Gebrauch macht.³¹ Demgemäß kann der Hauptunternehmer aus Mängeln der Nachunternehmerleistung grds. auch dann Ansprüche gegen den Nachunternehmer geltend machen, wenn der Hauptauftraggeber den Hauptunternehmer insoweit nicht in Anspruch nimmt.³² Das gilt für das Nacherfüllungsrecht des Hauptunternehmers, aber auch für Minderung und Schadensersatz.³³ Dies soll allerdings unter Berücksichtigung der Grundsätze zur sog. Vorteilsausgleichung dann nicht mehr gelten, wenn aufgrund eines Vergleichs feststeht, dass der Hauptunternehmer von seinem Auftraggeber nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.³⁴ Hat der Hauptunternehmer an den Auftraggeber eine Vorschusszahlung zur Mängelbeseitigung erbracht, so ist der Nachunternehmer zur Leistung von Schadensersatz wegen desselben Mangels in analoger Anwendung des § 255 BGB nur Zug-um-Zug gegen Abtretung möglicher Ansprüche des Hauptunternehmers gegen den Auftraggeber auf Rückzahlung überschießender Vorschussleistungen verpflichtet.³⁵

- 15 Allerdings darf sich der Hauptunternehmer nicht **widersprüchlich** verhalten. Deswegen liegt auch im Verhältnis des Hauptunternehmers zum Nachunternehmer eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten vor, wenn der Hauptunternehmer gegenüber seinem Auftraggeber die Abnahmereife der Werkleistung des Nachunternehmers behauptet.³⁶ Rechnet der Hauptunternehmer vom Subunternehmer ohne Auftrag erbrachte Leistungen gegenüber dem Hauptauftraggeber in vollem Umfang ab, kann hierin die Notwendigkeit der Leistungen iSd § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B zum Ausdruck kommen.³⁷ In gleicher Weise muss der Hauptunternehmer die ihm gegenüber von seinem Auftraggeber erklärte Abnahme – jedenfalls für die Fälligkeit der Werklohnforderung – gem. § 641 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch in seinem Verhältnis zu seinem Nachunternehmer gelten lassen. Der Hauptauftraggeber hat für ein Planungsverschulden des Architekten seines Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer einzustehen. Denn ebenso wie der Bauherr dem Hauptauftraggeber, so schuldet auch der Hauptauftraggeber „wie ein Bauherr“ seinem Nachunternehmer eine richtige Planung.³⁸ Rechnet ein Hauptunternehmer von seinem Nachunternehmer ohne Auftrag erbrachte Leistungen seinerseits ungeschmälert gegenüber dem Hauptauftraggeber ab, kann darin zum Ausdruck kommen, dass diese Leistungen i. S. des § 2 Abs. 5 VOB/B notwendig waren und dem mutmaßlichen Willen des Hauptunternehmers entsprachen.³⁹ Der Nachunternehmer haftet dem Hauptauftraggeber grds. auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; dies ist nur dann anders, wenn dieser etwa ausdrücklich hinsichtlich der Schutz- und Nebenpflichten in den Nachunternehmervertrag einbezogen wurde.⁴⁰ Ein unmittelbarer Anspruch des Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer besteht mithin nur im Falle der Abtretung der Gewährleistungsansprüche durch den Hauptunternehmer.⁴¹
- 16 Dem Hauptunternehmer kommt ferner aufgrund seiner Mittlerstellung eine **Obhuts- und Sorgfaltspflicht** im Verhältnis zu Hauptauftraggeber und Nachunternehmer zu. So ist er zum einen gehalten, nur diejenigen Forderungen des Nachunternehmers anzuerkennen-

³⁰ BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779.

³¹ BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779.

³² BGH, Urt. v. 23.4.1981 – VII ZR 196/80, NJW 1981, 1779.

³³ Messerschmidt/Voit/Richter, Privates Baurecht, D, Rn. 244.

³⁴ BGH, Urt. v. 28.6.2007 – VII ZR 81/06, NZBau 2007, 578.

³⁵ BGH, Urt. v. 10.7.2008 – VII ZR 16/07, MDR 2008, 1332, 1333.

³⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.11.1995 – 5 U 49/95, VersR 1997, 342, 343.

³⁷ OLG Dresden, Urt. v. 15.1.2003 – 11 U 283/02, IBR 2003, 661.

³⁸ BGH, Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR 267/85, BauR 1987, 86, 88.

³⁹ OLG Dresden, Urt. v. 15.1.2003 – 11 U 283/02, IBR 2003, 661.

⁴⁰ OLG Celle, Urt. v. 24.3.1999 – 14a U 216/97, BauR 2000, 580; Kapellmann/Messerschmidt/Thierau, VOB/B, Anhang Rn. 11; Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB, Anhang 2 Rn. 177.

⁴¹ Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB, Anhang 2 Rn. 181

nen, die er selbst für berechtigt hält. Zum anderen ist er verpflichtet, Schäden, die der Hauptauftraggeber dem Nachunternehmer zugefügt hat, im Wege der Drittschadensliquidation geltend zu machen⁴². Demgegenüber soll der Generalunternehmer bei einer werkvertraglichen Lieferungskette gegenüber dem Nachunternehmer in der Regel nicht die Schäden des Bauherrn liquidieren dürfen⁴³. Der Generalunternehmer hat für die Sicherheit auf der Baustelle zu sorgen (§ 3 BaustellVO). Zur rechtsgeschäftlichen Übertragung der Verkehrssicherungspflicht auf den Nachunternehmer bedarf es einer klaren vertraglichen Vereinbarung⁴⁴.

Die **Kündigung** des Vertrages zwischen dem Hauptauftraggeber und dem Hauptunternehmer berührt grundsätzlich das selbständige Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer nicht. Nur wenn die von dem Hauptunternehmer übernommene Bauleistung objektiv unmöglich wird, gilt denknotwendig dasselbe für die dem Nachunternehmer übertragenen Leistungen. 17

Ein Hauptunternehmer, der wegen verzögerter Fertigstellung des Bauwerkes an seinen Auftraggeber (Bauherrn) eine Vertragsstrafe zu zahlen hat, kann insoweit seinen Nachunternehmer auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn die Verzögerung auf dessen schuldhafter Verletzung einer vertraglichen Pflicht beruht⁴⁵. Allerdings kann der Nachunternehmer im Einzelfall ein mitwirkendes Verschulden des Hauptauftraggebers einwenden, wenn dieser den Nachunternehmer auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens nicht aufmerksam gemacht hat⁴⁶.

Im **BGB-Vertrag** ist die Weitergabe von Leistungen an Subunternehmer vorbehaltlich anderer Regelungen im Hauptauftrag ohne weiteres möglich⁴⁷. Die **VOB/B** nimmt insoweit für ihren Geltungsbereich gewisse Einschränkungen vor. So hat der Auftragnehmer nach § 4 Abs. 8 VOB/B⁴⁸ die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Die Übertragung der Leistung an Nachunternehmer ist zwar zulässig; sie bedarf aber der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers. Das gilt nur dann nicht, wenn dem Auftragnehmer Leistungen übertragen werden, auf die sein Betrieb nicht eingerichtet ist. Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehen wird (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B). Das Zustimmungserfordernis des § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B hat besondere Bedeutung für den Auftraggeber von Bauleistungen im Hinblick auf § 13 MiLoG. Mit Geltung des Mindestlohngesetzes seit dem 1.1.2015 besteht gem. § 13 MiLoG, der seinerseits auf § 14 AEntG verweist, eine Generalunternehmerhaftung des Auftraggebers für die Zahlung des Mindestlohnes durch den Hauptauftragnehmer an seine Arbeitnehmer und von diesem eingesetzte Nachunternehmer an ihre Arbeitnehmer. Diese Regelung begründet allerdings keine generelle Auftraggeber-, sondern lediglich eine Generalunternehmerhaftung⁴⁹. Das MiLoG gilt ferner auch nur subsidiär zu anderen Mindestlohnregelungen. Findet auf das Arbeitsverhältnis eine Mindestlohnregelung nach § 3a AÜG oder dem AEntG Anwendung, setzt sich der dort vorgegebene („bessere“) Mindestlohn gegen das gesetzliche Mindestentgelt durch (§ 1 Abs. 3 MiLoG). In diesem Zusammenhang gehört schließlich auch die Bürgenhaftung gem. § 150 Abs. 3 SGB VII iVm § 28e Abs. 3a ff SGB IV des baugewerblichen Auftraggebers für die berufsgenossenschaftlichen Beiträge seines Nachunternehmers. 18

⁴² Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB, Anhang 2 Rn. 133; Kapellmann/Messerschmidt/Thierau, VOB/B, Anhang Rn. 12

⁴³ OLG Köln, Beschluss vom 28.7.2017 – 19 U 27/17.

⁴⁴ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.7.2011 – 4 W 28/11.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 18.12.1997 – VII ZR 342/96, BauR 1998, 330 ff.

⁴⁶ BGH Urt. v. 18.12.1997 – VII ZR 342/96, BauR 1998, 330 ff.

⁴⁷ Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB/B, § 4 Abs. 8 Rn. 1

⁴⁸ Eingeführt mit der VOB/B 2000

⁴⁹ BAG, Urt. v. 28.3.2007 – 10 AZR 76/06, NZA 2007, 613; Urt. v. 12.1.2005 – 5 AZR 617/01, NZA 2005, 627; Bayreuther, NZA 2014, 865, 871.

- 19 In § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B wird der Hauptunternehmer außerdem verpflichtet, bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die VOB/B zugrunde zu legen. Gemäß § 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer (Hauptunternehmer) dem Auftraggeber (Hauptauftraggeber) die Nachunternehmer auf Verlangen bekannt zu geben. Damit werden durch § 4 Abs. 8 VOB/B für den Hauptunternehmer **vertragliche Nebenpflichten** begründet. Ihre Verletzung kann den Hauptunternehmer gegenüber dem Hauptauftraggeber zum Schadensersatz verpflichten und den Hauptauftraggeber zur außerordentlichen Kündigung des Hauptvertrages aus positiver Vertragsverletzung berechtigen.⁵⁰ Wichtig ist schließlich **§ 16 Abs. 6 VOB/B**. Danach ist der Hauptauftraggeber berechtigt, bei Zahlungsverzug des Hauptunternehmers mit befreiender Wirkung Zahlungen unmittelbar an den Nachunternehmer zu leisten. Diese Regelung dürfte allerdings bei isolierter Betrachtung gem. § 307 BGB unwirksam sein⁵¹.
- 20 Im Falle der Auftragsvergabe aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung gem. VOB/A ist eine Vergabe von Leistungen an Nachunternehmer zwar gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A nicht generell ausgeschlossen. Der Hauptunternehmer muss aber dennoch wesentliche Teile der verlangten Gesamtbauleistung selbst in seinem eigenen Betrieb ausführen (vgl. Nr. 3.1. VHB zu § 8 VOB/A) und der „herausragende“ Unternehmer bei der Erfüllung der Gesamtbauaufgabe sein⁵².
- 21 Von dem Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer ist das Rechtsverhältnis zwischen dem **Vorunternehmer** und dem **Nachfolgeunternehmer** zu unterscheiden. Vorunternehmer und Nachfolgeunternehmer stehen jeweils in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis mit dem Hauptauftraggeber, dem gegenüber sie zur Leistung verpflichtet sind. Zwischen Vorunternehmer und Nachfolgeunternehmer bestehen hingegen keine Vertragsbeziehungen. So ist zB der von dem Hauptauftraggeber mit dem Erdaushub beauftragte Erdbauunternehmer im Verhältnis zu dem gleichfalls von dem Hauptunternehmer beauftragten Rohbauunternehmer Vorunternehmer des Rohbauunternehmers, und dieser ist im Verhältnis zu dem Erdbauunternehmer Nachfolgeunternehmer. Im vorliegenden Zusammenhang wird diese Konstellation immer dann relevant, wenn der Haupt- oder Generalunternehmer – wie häufig – mehrere aufeinanderfolgende Gewerke in Auftrag gibt.
- 22 Nach noch herrschender Meinung soll der Vorunternehmer im Verhältnis zum Nachunternehmer **kein Erfüllungsgehilfe** des Bauherren sein⁵³ und umgekehrt.⁵⁴ Zur Begründung wird hierfür angeführt, dass der Auftraggeber sich den einzelnen Nachunternehmen gegenüber nicht verpflichten wolle, notwendige Vorarbeiten zu erbringen⁵⁵. Dieser Argumentation wird weitgehend unkommentiert gefolgt⁵⁶. Der BGH⁵⁷ lässt den Auftraggeber jetzt aber ggü. dem Nachunternehmer zumindest aus § 642 BGB haften, wenn er durch das Unterlassen einer bei der Herstellung des Werkes erforderlichen und ihm obliegenden Mitwirkungshandlung in Verzug der Annahme kommt. Eine Ausnahme wird von der herrschenden Meinung i. Ü. dann gemacht, wenn der Bauherr dem Nachunternehmer gerade für die mangelfreie Erbringung der Vorleistung eintreten will⁵⁸. Außerdem haftet der Hauptunternehmer über § 278 BGB für das Mitverschulden des planenden Architekten seines Auftraggebers⁵⁹.

⁵⁰ Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB/B, § 4 Abs. 8 Rn. 28

⁵¹ BGH, Urt. v. 21.6.1990 – VII ZR 109/89, NJW 1990, 2384

⁵² Ingenstau/Korbion/Korbion, VOB/B, § 4 Abs. 8 Rn. 139

⁵³ Seit BGH, Urt. v. 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561 ff. st. Rspr., OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2007 – I-5 U 6/07, 5 U 6/07, BauR 2008, 1005, 1010; MüKo/Busche, BGB, § 631 Rn. 43.

⁵⁴ OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.2001 – 7 U 87/97, BauR 2003, 99, 100.

⁵⁵ BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 725.

⁵⁶ Vgl. etwa: Zanner in: Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen, VOB/B § 6 Rn. 91; Leinemann/Hafkesbrink, VOB/B, § 10 Rn. 19.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 725.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 27.6.1985 – VII ZR 23/84, BauR 1985, 561 ff.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 23.10.1986 – VII ZR 267/85, BauR 1987, 86, 88.

Gegen die herrschende Meinung sind Bedenken angebracht. Denn der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Nachunternehmer eine rechtzeitig und ordnungsgemäß ausgeführte Vorunternehmerleistung zur Verfügung zu stellen, weil diese Voraussetzung allein aus seinem Risikobereich stammt. Gem. § 4 Abs. 1 VOB/B hat der Auftraggeber die einzeln vergebenen Gewerke zu koordinieren. Nur er kann dem Vorunternehmer notwendige Anweisungen zur ordnungsgemäßen Erbringung des Gewerkes erteilen. Ferner ist der Auftraggeber gem. §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 und 4 VOB/B verpflichtet, dem Auftragnehmer rechtzeitig zu dem vereinbarten Baubeginn ein baureifes Grundstück zur Verfügung zu stellen. Hinzu kommt, dass § 13 Abs. 3 VOB/B den Auftragnehmer von seiner Gewährleistungspflicht für Mängel freistellt, die ihre Ursache in den vom Auftraggeber gelieferten Stoffen oder Bauteilen, aber auch in der Beschaffenheit von Vorleistungen anderer Unternehmer haben. Schließlich erscheint es wenig plausibel, warum der Auftragnehmer wegen der ihm durch die h. M. auferlegten Rückgriffspflicht das Insolvenzrisiko des Vorunternehmers tragen soll, dessen Beauftragung aus dem Pflichtenkreis und damit dem Risikobereich des Auftraggebers stammt. Damit sprechen die gewichtigeren Argumente dafür, in dem Vorunternehmer entgegen der herrschenden Meinung den Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers zu sehen⁶⁰.

Inzwischen scheint in der obergerichtlichen Rechtsprechung ein gewisses Umdenken einzusetzen, auch wenn es noch keine die bisherige Sichtweise eindeutig abändernde Entscheidung gibt. Allerdings hat der BGH zunächst im Glasfassadenfall⁶¹ bei der Abwägung der verschiedenen Verursachungsbeiträge zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer gem. § 254 BGB den hier bereits angesprochenen Aspekt des Insolvenzrisikos aufgegriffen. Ferner soll den Auftraggeber die Obliegenheit treffen, dem Auftragnehmer (hier: dem bauüberwachenden Architekten) einwandfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Laut weiteren Urteilen soll auch eine solche Obliegenheitspflichtverletzung im Rahmen des Mitverschuldens Berücksichtigung finden⁶². Diese für die Bauüberwachung entwickelten Gedanken sind aber ohne weiteres auf die Pflicht zur Erstellung ordnungsgemäßer Vorunternehmerleistungen übertragbar⁶³.

Hinsichtlich der Frage der zeitgerechten Zurverfügungstellung des Vorgewerks an den Nachfolgeunternehmer lehnt der BGH zwar weiterhin einen Anspruch des Nachfolgeunternehmers gegen den Auftraggeber gem. § 6 Abs. 6 VOB/B mangels eines zurechenbaren Verschuldens ab. Jedoch hat auch diese Position inzwischen eine Änderung erfahren, indem zumindest ein Anspruch gem. § 642 BGB in Betracht kommen soll, vorausgesetzt, der Nachunternehmer ist seinerseits leistungsbereit und hat die Leistung dem Auftraggeber konkret angeboten⁶⁴.

2. Vertragsgestaltung

(Siehe auch § 2 Rn. 69 ff.) Die Vertragsgestaltung muss die Besonderheit berücksichtigen, dass der Nachunternehmervertrag Teil eines **mehrstufigen Vertragsverhältnisses** ist. Außerdem sollte der Hauptunternehmer bei der Vergabe der Nachunternehmerleistungen darauf achten, dass diese von den Leistungen anderer Nachunternehmer und von den Leistungen des Hauptunternehmers **gegenständlich klar abgrenzbar** sind, um für die Vergütung und für die Mängelhaftung rechtlich eindeutige Verhältnisse zu schaffen.

⁶⁰ Ebenso: OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.6.1999 – 21 U 127/98, BauR 1999, 1309, 1311 f.; *Vygen*, BauR 1987, 387, 392 ff., vgl. auch *Rehbein* in: Glöckner u. a. (Herausgeber), Bau- und Architektenrecht, § 633 Rn. 128.

⁶¹ Urt. vom 27.11.2008 – VII ZR 206/06, BauR 2009, 515, 520.

⁶² BGH, Urt. v. 14.3.2006 – X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965; Urt. v. 15.12.2011 – 12 U 71/10, BauR 2013, 1472, 1477.

⁶³ Ebenso: Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB/B, § 4 Abs. 2 Rn. 31.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 21.10.1999 – VII ZR 185/98, BauR 2000, 722, 725.

- 26 a) **Vertragliche Bindung des Nachunternehmers.** Die Bedingungen des Nachunternehmervertrages bilden für den betroffenen Leistungsbereich die Grundlage für das Angebot des Hauptunternehmers und/oder für den Hauptauftrag, den der Hauptunternehmer mit dem Hauptauftraggeber abschließt. Aus diesem Grund werden Nachunternehmerangebote i. d. R. von dem Hauptunternehmer eingeholt, bevor der Hauptunternehmer seinerseits sein Vertragsangebot gegenüber dem Hauptauftraggeber abgibt. Der Hauptunternehmer hat daher ein Interesse daran, den Nachunternehmer an dessen Angebot zeitlich so lange zu binden, bis die Entscheidung des Hauptauftraggebers über die Annahme des Angebots des Hauptunternehmers getroffen wird. Entsprechend lange **Bindefristen** können jedoch mit dem Nachunternehmer nur **individualvertraglich** vereinbart werden. Für Vergabebedingungen des Hauptunternehmers mit **AGB-Charakter** sind hingegen die durch §§ 307 ff. BGB gezogenen Grenzen zu beachten.
- 27 Rechtlich besteht auch die Möglichkeit, den Nachunternehmervertrag unter der **aufschiebenden Bedingung** abzuschließen, dass der Hauptauftrag zwischen Hauptunternehmer und Hauptauftraggeber zustande kommt. In diesem Fall sollte aber gleichzeitig festgelegt werden, dass die vertragliche Bindung des Nachunternehmers entfällt, sofern der Hauptauftrag nicht innerhalb einer im Nachunternehmervertrag bestimmten Frist abgeschlossen wird.

Formulierungsmöglichkeit:

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

Wenn eine derartige Klausel von dem Hauptunternehmer als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellt wird, sind für die Bemessung der Frist für den Eintritt der aufschiebenden Bedingung §§ 308 Nr. 1, 307 BGB zu beachten (Annahmefrist). Diese Vorschriften finden nach ihrem Sinn und Zweck auch auf Verträge Anwendung, deren Zustandekommen von einer aufschiebenden Bedingung abhängt⁶⁵.

- 29 b) **Einbeziehung von Vertragsbedingungen des Hauptauftrags.** Der Nachunternehmer erfüllt in seinem Leistungsbereich die Bauleistungspflicht des Hauptunternehmers. Art und Umfang der Nachunternehmerleistungen, die Ausführungszeit und vor allem die Vergütung erfordern für den Nachunternehmervertrag eine Regelung, die die besonderen Interessen und Aufgaben des Hauptunternehmers und des Nachunternehmers berücksichtigt. Der Hauptunternehmer ist aber aufgrund seiner Mittlerstellung zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer daran interessiert, die Vertragsbedingungen des von ihm mit seinem Auftraggeber geschlossenen Vertrages und damit die von ihm übernommenen Risiken an den Nachunternehmer weiterzugeben. Daraus folgt eine häufig anzutreffende Form der Vertragsgestaltung: Die Preise und die Besonderheiten der Nachunternehmerleistung werden in dem Nachunternehmervertrag festgelegt. Im Übrigen wird aber bestimmt, dass ergänzend die Vertragsbedingungen des Hauptvertrages gelten. Die rechtliche Umsetzung dieses Denkansatzes ist jedoch nicht unproblematisch.
- 30 In **Individualvereinbarungen** kann zwar ohne Einschränkung auch auf vertragliche Regelungen des Hauptauftrages Bezug genommen werden. Für die Einbeziehung der Bestimmungen des Hauptauftrages ist es nicht einmal erforderlich, dass der Nachunternehmer von ihrem Inhalt Kenntnis hat. Die vertragsrechtliche Problematik derartiger Regelungen liegt aber in der für die Willenseinigung erforderlichen **Konkretisierung** der ein-

⁶⁵ BGH, Urt. vom 26.2.2016 – V ZR 208/14, NZBau 2016, 428ff; Erman/S. Roloff, BGB, § 308 Rn. 2.

zubeziehenden Regelungen. Allein der Hinweis, dass „ergänzend die Bedingungen des Hauptauftrages“ gelten sollen, reicht i. d. R. nicht aus, um dem Erfordernis der Bestimmtheit vertraglicher Willenserklärungen zu genügen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Hauptauftrag auf verschiedene Vertragsbestandteile aufbaut, deren Geltung untereinander und zum Nachunternehmervertrag nicht eindeutig ist⁶⁶. Außerdem dürften viele Bestandteile des Hauptauftrages auf den Nachunternehmervertrag schlicht nicht passen. Sofern die erforderliche Bestimmtheit der Vertragserklärungen nur durch Auslegung herbeizuführen ist, kann dem Nachunternehmer gegen den Hauptunternehmer gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen zustehen, wenn der Hauptunternehmer bei Vertragsabschluss gegen seine vorvertraglichen Aufklärungs- und Hinweispflichten verstoßen hat.

Wenn die Vertragsbedingungen des Hauptauftrags durch **Allgemeine Geschäftsbedingungen** des Hauptunternehmers einbezogen werden, sind auch die Einschränkungen der §§ 305 ff. BGB zu beachten. Da es sich bei dem Nachunternehmer regelmäßig um einen Unternehmer i. S. d. § 14 BGB handeln dürfte, finden auf diesen gem. § 310 Abs. 1 BGB die besonderen **Einbeziehungsvoraussetzungen** des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB keine Anwendung. Aber auch im Geschäftsverkehr mit Unternehmen gilt, dass die Bezugnahme auf andere Vertragsbedingungen so zu fassen ist, dass bei dem Vertragspartner (Nachunternehmer) keine Zweifel auftreten können. Auch der Unternehmer als Vertragspartner muss in der Lage sein, sich über die einbezogenen Vertragsbedingungen ohne weiteres Kenntnis zu verschaffen⁶⁷.

Ein besonderes Problem für den Hauptunternehmer stellt die Tatsache dar, dass auch von ihm mit seinem Auftraggeber individuell ausgehandelte Vertragsbedingungen ihrerseits die rechtliche Qualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben oder erlangen können, wenn er diese seinerseits gegenüber einer Mehrzahl von Nachunternehmern verwendet oder verwenden will. Das hat zur Konsequenz, dass die aus dem Hauptvertrag einbezogenen Klauseln auch der Inhaltskontrolle unterliegen⁶⁸.

Daraus folgt, dass die einzubeziehenden **Vertragsbedingungen** des Hauptauftrags in dem Nachunternehmervertrag **klar und unverwechselbar**⁶⁹ bezeichnet werden müssen. Dies kann etwa durch die Einbeziehung Besonderer Vertragsbedingungen (BVB) geschehen, die gem. § 1 Abs. 2 VOB/B mit Ausnahme der Leistungsbeschreibung Vorrang vor allen sonstigen Vertragsbedingungen genießen. Anderenfalls, insbesondere wenn die VOB/B nicht einbezogen worden sein sollte, bedarf es einer vertraglichen **Widerspruchsregelung**, die die Rangfolge der Geltung widersprüchlicher Vertragsbestandteile festlegt. Dabei ist aber zu beachten, dass ein Widerspruch nur dann und insoweit besteht, als einzelne Vertragsbestandteile für denselben Sachverhalt Regelungen treffen, die einander ausschließen. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Regelung des Nachunternehmervertrages eine reine Ergänzung oder **ersichtlich abschließend** ist⁷⁰.

§ 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B begründet für den Hauptunternehmer die vertragliche Pflicht, bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die **VOB/B zugrunde zu legen** (s. o. Rn. 18). Diese Verpflichtung besteht nur insoweit, als „Bauleistungen“ i. S. d. § 1 VOB/A weitervergeben werden, nicht aber für andere Leistungen des Nachunternehmers, wie etwa die reine Materialbeschaffung⁷¹. Bei § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B handelt es sich um eine zugunsten des Auftraggebers bestehende **Nebenpflicht**, aus deren Verletzung auch allein für diesen und nicht auch für den Nachunternehmer Schadensersatzansprüche

⁶⁶ Vgl. BGH, Urt. vom 3.12.1987 – VII ZR 374/86, WM 1988, 460, 463, Rz. 29f für die Einbeziehung nur unbestimmt umschriebener Allgemeiner Geschäftsbedingungen; schon Nicklisch, NJW 1985, 2361, 2369 riet von einer pauschalen Bezugnahme ab.

⁶⁷ BGH, Urt. vom 3.12.1987 – VII ZR 374/86, WM 1988, 460, 463.

⁶⁸ KG, Urt. v. 2.7.2003 – 26 U 113/02, NJW RR 2003, 1599.

⁶⁹ BGH, Urt. vom 3.12.1987 – VII ZR 374/86, WM 1988, 460, 463.

⁷⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1989 – VII ZR 255/88, WM 1990, 526, 527.

⁷¹ Kapellmann/Messerschmidt/Merkens, VOB, § 4 Rn. 208, Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB/B, § 4 Abs. 8, Rn. 26.

entstehen können. Der Nachunternehmer kann sich für sein Vertragsverhältnis mit dem Hauptunternehmer auch nicht darauf berufen, dass im Verhältnis zum Auftraggeber die VOB/B einbezogen wurde⁷².

- 35 Zu beachten ist schließlich, dass nach der neueren Rechtsprechung schon bei jeder Abweichung der vertraglichen Vereinbarung von den Bestimmungen der VOB/B diese in Gänze der AGB-Kontrolle unterworfen ist⁷³. Dies kann, wenn es entsprechende Abweichungen etwa nur in dem Haupt-, nicht aber in dem Nachunternehmervertrag gibt, zu Abweichungen trotz formaler Identität führen, weil diverse Bestimmungen der VOB einer Prüfung gem. §§ 307 ff BGB nicht standhalten.

- 36 **c) Einzelregelungen.** Aus der rechtlichen Selbständigkeit von Nachunternehmervertrag und Hauptvertrag ergibt sich, dass die Rechtsbeziehungen zwischen dem Nachunternehmer und dem Hauptunternehmer abweichend von dem Hauptvertrag geregelt werden können. Für eine abweichende Regelung besteht auch berechtigter Anlass.

- 37 **aa) Mitwirkungspflichten des Hauptunternehmers.** Der Nachunternehmer kann seine Bauleistung nur erbringen, wenn der Hauptunternehmer seine Mitwirkungspflichten gegenüber dem Nachunternehmer erfüllt. Der Hauptunternehmer ist jedoch insoweit von dem Hauptauftraggeber abhängig. Wenn der Hauptauftraggeber die erforderliche Mitwirkung verzögert oder verweigert, kann letztlich auch der Nachunternehmer seine Leistung gegenüber dem Hauptunternehmer nicht erbringen.

- 38 Auch der Grundtyp des Bauvertrages erfordert es, dass **Zeitpunkt** und **Zeitraum** für die Erfüllung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers festgelegt werden. Auch bei dem Grundtyp des Bauvertrages sollten diese Mitwirkungspflichten als Leistungspflichten ausgestaltet werden (s. § 2 Rn. 24). Im Hinblick auf das mehrstufige Vertragsverhältnis sollte aber zusätzlich vereinbart werden, dass der Hauptauftraggeber insoweit **Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers** ist, für den der Hauptunternehmer gegenüber dem Nachunternehmer nach Maßgabe des § 278 BGB einzustehen hat (vgl. hierzu oben Rn. 22).

Formulierungsmöglichkeit:

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

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

Auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen des Hauptunternehmers besteht für eine solche vertragliche Regelung **kein rechtlich begründeter Anlass**. Es ist zwar richtig, dass der Hauptauftraggeber durch freie Kündigung jederzeit das Vertragsverhältnis mit dem Hauptunternehmer beenden kann. Dann hat der Hauptunternehmer aber gem. §§ 648 Satz 2 BGB, 8 Abs. 1 VOB/B Anspruch auf Vergütung auch der nicht erbrachten Leistung abzüglich der ersparten Aufwendungen. Soweit der Hauptunternehmer aufgrund der freien Kündigung seines Auftraggebers den Nachunternehmervertrag

⁷² Vgl. Ingenstau/Korbion/Oppler, VOB/B, § 4 Abs. 8 Rn. 28.

⁷³ BGH, Urt. v. 24.7.2008 – VII ZR 55/07, BauR 2008, 1603 ff.