

Handbuch des privaten Baurechts

von

Dr. Nils Kleine-Möller, Dr. Heinrich Merl, Prof. Dr. Jochen Glöckner, Dr. Tassilo Eichberger, Dr. Nils Kleine-Möller,
Dr. Angelika Krug, Ralf Mai, Dr. Heinrich Merl, Karl Praun, Karl Schwab, Dr. Bernd Siebert, Maria Vavra, Winfried
Oelmaier

5. Auflage

[Handbuch des privaten Baurechts – Kleine-Möller / Merl / Glöckner / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 64953 0

lung 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 Nachunternehmens 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 § 648a BGB, 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.⁹ Nach der Systematik des am 1.1.2009 in Kraft getretenen **Bauforderungssicherungsgesetzes** wird der Hauptunternehmer zum Treuhänder seiner Nachunternehmer. Hat der Hauptauftraggeber (Bauherr) Baugeld iS 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.¹⁰ Wird das Baugeld zweckwidrig verwendet, hat der Nachunternehmer einen Schadensersatzanspruch unmittelbar gegen den Hauptunternehmer, weil das BauFordSiG Schutzgesetz iS von § 823 Abs. 2 BGB ist.

Der Nachunternehmer ist jedoch im Verhältnis zum Hauptauftraggeber **Erfüllungsgehilfe** des Hauptunternehmers.¹¹ Dasselbe gilt für die Erfüllungsgehilfen des Nachunternehmers.¹² Umgekehrt ist jedoch der Hauptauftraggeber grundsätzlich kein Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer.¹³

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**.¹⁴ Der Nachunternehmer schuldet seine Leistung allein dem Hauptunternehmer, so dass die Voraussetzungen des § 421 BGB nicht erfüllt sind.¹⁵ 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.¹⁶ Demgemäß kann der Hauptunternehmer aus Mängeln der Nachunternehmerleistung auch dann Ansprüche gegen den Nachunternehmer geltend machen, wenn der Hauptauftraggeber den Hauptunternehmer insoweit nicht in Anspruch nimmt.¹⁷ Das gilt für das Nacherfüllungsrecht

⁹ Vgl. LG Hamburg MDR 1965, 823.

¹⁰ Palandt/Sprau Rn. 62a zu § 823

¹¹ BGH NJW 1981, 1779; BGH NJW 1976, 516.

¹² BGH VersR 1970, 831; RGRK/Glazmann Anh. zu §§ 633–635 BGB Rn. 3.

¹³ Werner/Pastor Rn. 1052. Vgl. auch Rn. 155.

¹⁴ BGH NJW 1981, 1779.

¹⁵ BGH NJW 1981, 1779.

¹⁶ BGH NJW 1981, 1779.

¹⁷ BGH NJW 1981, 1779.

des Hauptunternehmers, aber auch für Minderung¹⁸ und Schadensersatz.¹⁹ Der Schaden des Hauptunternehmers besteht in diesem Fall darin, dass er eine mangelhafte Leistung erhalten hat.²⁰ Allerdings darf sich der Hauptauftraggeber nicht **widersprüchlich** verhalten. Deswegen liegt auch im Verhältnis des Hauptauftraggebers zum Nachunternehmer eine Abnahme durch schlüssiges Verhalten vor, wenn der Hauptauftraggeber gegenüber seinem Auftraggeber die Abnahmereife der Werkleistung des Nachunternehmers behauptet.²¹ In gleicher Weise muss der Hauptunternehmer die ihm gegenüber von seinem Auftraggeber erklärte Abnahme auch in seinem Verhältnis zu seinem Nachunternehmer gelten lassen.²² Der Hauptauftraggeber muss auch für ein Planungsverschulden des Architekten seines Auftraggebers gegenüber dem Nachunternehmer einstehen. Denn ebenso wie der Bauherr dem Hauptauftraggeber eine richtige Planung schuldet, schuldet der Hauptauftraggeber „wie ein Bauherr“ seinem Nachunternehmer eine solche Planung.²³ Rechnet ein Hauptunternehmer von seinem Nachunternehmer ohne Auftrag erbrachte Leistungen seinerseits ungeschmälert gegenüber dem Hauptauftraggeber ab, kann darin zum Ausdruck kommen, dass diese Leistungen iS des § 2 Abs. 5 VOB/B notwendig waren und dem mutmaßlichen Willen des Hauptunternehmers entsprachen.²⁴

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.

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 beruht.²⁵ 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 hat.²⁶

- 11 Die **VOB** trifft in den §§ 4 Abs. 8, 16 VOB/B Regelungen für den Nachunternehmervertrag. Nach § 4 Abs. 8 VOB/B hat der Auftragnehmer 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 entziehe (§ 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B). Der Auftragnehmer hat die Nachunternehmer dem Auftraggeber auf Verlangen bekannt zu geben (§ 4 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B). Damit weicht die VOB von dem gesetzlichen Werkvertragsrecht ab, das die Übertragung der Werkleistung an andere (Nach-)Unternehmer grundsätzlich zulässt.²⁷ Das Zustimmungserfordernis des § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B hat besondere Bedeutung für den Auftraggeber von Bauleistungen im Hinblick auf § 1a AErgG. Danach haftet nämlich

¹⁸ Werner/Pastor Rn. 1057; vgl. auch BGH NJW 1977, 819 und Locher NJW 1979, 2235.

¹⁹ Werner/Pastor Rn. 1057; vgl. auch BGH NJW 1977, 819 und Locher NJW 1979, 2235.

²⁰ Werner/Pastor Rn. 1057; vgl. auch BGH NJW 1977, 819 und Locher NJW 1979, 2235.

²¹ OLG Düsseldorf VersR 1997, 342, 343.

²² OLG Köln NJW-RR 1997, 756.

²³ BGH BauR 1987, 86ff., 88.

²⁴ OLG Dresden IBR 2003, 661.

²⁵ BGH BauR 1998, 330ff.

²⁶ BGH aaO.

²⁷ Vgl. auch Werner/Pastor Rn. 1054.

der Unternehmer, der einen Nachunternehmer einsetzt, für die Verpflichtungen dieses Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgeltes nach § 1 AEntG und zur Zahlung von Beiträgen an die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien wie ein Bürge. Das gilt auch für die Verpflichtungen weiterer nachgeordneter Unternehmer (Nachunternehmerketten).

In § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B wird der Hauptunternehmer außerdem verpflichtet, bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die VOB 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.²⁸ Nach § 16 Nr. 6 VOB/B ist der Hauptauftraggeber berechtigt, bei Zahlungsverzug des Hauptunternehmers mit befreiender Wirkung Zahlungen unmittelbar an den Nachunternehmer zu leisten.

Von dem Vertragsverhältnis zwischen Hauptunternehmer und Nachunternehmer ist 12 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. Für diese Vertragskonstellation ist es wichtig, dass der Vorunternehmer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer kein Erfüllungsgehilfe des Hauptauftraggebers ist.²⁹ Deswegen können durch fehlerhafte Werkleistung des Vorunternehmers bedingte Verzögerungen dem Auftraggeber (Bauherrn) im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmer regelmäßig nicht zugerechnet werden. Eine Zu-rechnung gem. § 278 BGB kann allerdings dann in Betracht kommen, wenn aufgrund besonderer Umstände anzunehmen ist, dass der Auftraggeber dem Nachfolgeunternehmer für die mangelfreie Erfüllung der Vorleistung einstehen will.³⁰

2. Vertragsgestaltung

(Siehe auch § 2 Rn. 331ff.) 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. 13

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 idR 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 Ange-

²⁸ Nicklisch/Weick § 4 VOB/B Rn. 122.

²⁹ BGH NZBau 2000, 187ff.; BGH NJW 1985, 2475ff.

³⁰ Vgl. BGH ZfBR 1992, 31; OLG Celle BauR 1994, 629.

bot 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.

- 15 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.

16 **Formulierungsmöglichkeit:**

Der Nachunternehmervertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, dass über die Nachunternehmerleistung ein Bauvertrag zwischen dem Hauptunternehmer und dem Bauherrn (Hauptauftraggeber) abgeschlossen wird. 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 abhängt.³¹

- 17 b) **Einbeziehung von Vertragsbedingungen des Hauptauftrags.** Der Nachunternehmer erfüllt in seinem Leistungsbereich die Bauleistungspflicht des Hauptunternehmers. Die Interessenlage des Hauptunternehmers erfordert daher eine Vertragsgestaltung, nach der die Bauleistungspflicht des Nachunternehmers mit der Bauleistungspflicht des Hauptunternehmers deckungsgleich ist. Diese „**Parallelschaltung**“ der Ausführungsbedingungen wird vor allem dadurch erreicht, dass die entsprechenden Vertragsbedingungen des Hauptauftrags in den Nachunternehmervertrag einbezogen werden. Das gilt jedoch nicht für alle Bereiche des Hauptvertrages. 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 berücksichtigen. 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.

- 18 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 einzubehandelnden Regelungen. Allein der Hinweis, dass „ergänzend die Bedingungen des Hauptauftrages“ gelten sollen, reicht idR 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

³¹ Wolf/L/P AGB-Recht § 308 Nr. 1 Rn. 24.

zum Nachunternehmervertrag nicht eindeutig ist.³² 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. Das bedeutet, dass zugunsten des Nachunternehmers § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB gilt, sofern es sich bei dem Nachunternehmer um keinen Unternehmer und um keine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt (§ 310 BGB). Der Hauptunternehmer muss dem Nachunternehmer die Möglichkeit verschaffen, von den Vertragsbedingungen des Hauptauftrags **in zumutbarer Weise Kenntnis** zu nehmen. Nach dem Schutzzweck des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss das auch dann gelten, wenn die Einbeziehung der Vertragsbedingungen des Hauptauftrages durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Hauptunternehmers angeordnet wird und wenn diese einbezogenen Vertragsbedingungen ihrerseits Individualvereinbarungen darstellen. Auch im Geschäftsverkehr mit Unternehmen gilt im Übrigen, dass die Bezugnahme auf andere Vertragsbedingungen so gefasst sein muss, 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 verschaffen.³³

Die aus dem Hauptauftrag einbezogenen Vertragsbedingungen können ihrerseits die rechtliche Qualität von Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben oder erlangen. Letzteres ist der Fall, wenn der Hauptunternehmer individuelle Regelungen aus dem Hauptvertrag seinerseits gegenüber einer Mehrzahl von Nachunternehmern verwendet oder verwendet will. Das hat dann zur Folge, dass die aus dem **Hauptvertrag einbezogenen Klauseln auch der Inhaltskontrolle** unterliegen.

Daraus folgt, dass die einzubeziehenden **Vertragsbedingungen** des Hauptauftrags in 21 dem Nachunternehmervertrag **klar und unverwechselbar**³⁴ bezeichnet werden müssen. Es ist zweckmäßig, diese Vertragsbedingungen zu kennzeichnen und dem Nachunternehmervertrag als Bestandteil beizufügen.

Die ergänzende Geltung der Bedingungen des Hauptauftrages zwingt ferner zu 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. **Ergänzungen** des Nachunternehmervertrages fallen idR nicht unter die Widerspruchsregelung, sondern treten neben die Bestimmungen des Nachunternehmervertrages. Das gilt nur dann nicht, wenn die Regelung des Nachunternehmervertrages **ersichtlich abschließend** ist.³⁵ Dabei ist die Formulierung des Nachunternehmervertrages so zu werten, wie das unter redlichen Vertragsparteien zu erwarten ist.

§ 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B begründet für den Hauptunternehmer die vertragliche Pflicht, bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die **VOB zugrunde zu legen** (s. o. Rn. 11). Diese Verpflichtung besteht nur insoweit, als „Bauleistungen“ iSd § 1 VOB/A weitervergeben werden, nicht aber für den etwa weitergehenden gesamten Leistungsbereich des Nachunternehmers.³⁶ Daraus wird deutlich, dass es sich bei § 4 Abs. 8

³² Vgl. BGH WM 1988, 460 ff., 463 für die Einbeziehung nur unbestimmt umschriebener Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

³³ BGH WM 1988, 460, 463.

³⁴ BGH WM 1988, 460, 463.

³⁵ Vgl. BGH WM 1990, 526, 527.

³⁶ Nicklisch/Weick § 4 Rn. 120; Ingenstau/Korbion VOB § 4 Abs. 8 Rn. 26.

Nr. 2 VOB/B um eine Regelung handelt, die allein dem Interesse des Hauptauftraggebers dient, der mit der Weitergabe der Vertragsbedingungen die Ausführung der Bauleistungen nach den für den Hauptunternehmer geltenden vertraglichen Grundsätzen sicherstellen will. § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B begründet daher keine Rechte des Nachunternehmers gegen den Hauptunternehmer auf Abschluss eines Vertrages nach Maßgabe der VOB/B. Es handelt sich bei dieser Regelung der VOB/B nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB).³⁷

Rechtlich denkbar wäre jedoch eine vertragliche Regelung in dem Vertrag zwischen Hauptauftraggeber und Hauptunternehmer, die über § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B hinausgeht und deutlich macht, dass eine Verpflichtung des Hauptunternehmers zur Vereinbarung der VOB/B im Interesse des Nachunternehmers als Dritten begründet wird. Dann könnte ein **Vertrag zugunsten Dritter** vorliegen, der dem Nachunternehmer unmittelbar das Recht auf einen VOB-Vertrag einräumt.³⁸

- 23 **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.
- 24 *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.
- 25 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. 295 ff., Rn. 313 ff. und insbes. Rn. 339 ff.). 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.
- 26 **Formulierungsmöglichkeit:**
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.
- 27 *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.
- 28 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 Vertragsver-

³⁷ Vgl. Ingenstau/Korbion VOB/B § 4 Nr. 8 Rn. 28.

³⁸ *Ramming* BB 1994, 518, 519.

hältnis mit dem Hauptunternehmer beenden kann. Dann hat der Hauptunternehmer aber gem. §§ 649 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 gleichfalls durch freie Kündigung beendet, hat der Nachunternehmer zwar Anspruch auf Vergütung der noch ausstehenden Bauarbeiten. In Höhe dieses Vergütungsanspruchs des Nachunternehmers erspart der Hauptunternehmer aber keine Aufwendungen, so dass er den entsprechenden Betrag von dem Hauptauftraggeber im Rahmen seines vertraglichen Vergütungsanspruchs verlangen kann.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Hauptunternehmer dem Hauptauftraggeber einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gegeben hat. Auch insoweit bedarf es aber keiner ergänzenden vertraglichen Regelung in dem Nachunternehmervertrag. Wenn der wichtige Grund nämlich von dem Nachunternehmer gesetzt wurde, hat der Hauptunternehmer auch gegenüber dem Nachunternehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht, das einen Vergütungsanspruch des Nachunternehmers ausschließt. Sofern der Hauptunternehmer aber durch eigenes Verhalten den wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Hauptauftraggebers gesetzt hat, besteht für ihn kein Schutzbedürfnis.

In **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** des Hauptunternehmers ist der Ausschluss 30 des Vergütungsanspruchs des Nachunternehmers aus § 649 Satz 2 BGB ohnehin unwirksam³⁹ (s. § 2 Rn. 629). Eine andere Wertung ist aus den dargestellten Gründen auch nicht durch die Interessenlage des Hauptunternehmers gerechtfertigt.

Die Rechtsgrundsätze, die für eine Kündigung des gesamten Nachunternehmervertrages gelten, sind in gleicher Weise auf **Teilkündigungen** zu übertragen. Auch die „Herausnahme“ von Teilleistungen aus der Gesamtleistung des Nachunternehmers ist rechtlich 31 eine Teilkündigung.

Wenn sich der Hauptunternehmer nach der Kündigung seines Vertrages mit dem 32 Hauptauftraggeber gegenüber dem Nachunternehmer passiv verhält und den Nachunternehmervertrag nicht kündigt, kann der Nachunternehmer seinen Vertrag mit dem Hauptunternehmer gemäß § 643 BGB oder bei einem VOB-Vertrag gemäß § 9 VOB/B kündigen. Bei einem BGB-Vertrag hat der Nachunternehmer dann die Rechte aus § 642 BGB und § 645 Abs. 1 Satz 2 BGB. Er kann also bis zum Zeitpunkt der Kündigung die Entschädigung gemäß § 642 BGB und gemäß § 645 Abs. 1 Satz 2 BGB die Teilvergütung nebst Ersatz seiner Auslagen für die bereits geleistete Arbeit verlangen. Bei einem VOB-Vertrag hat der Nachunternehmer ebenfalls den Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB und im Übrigen Anspruch auf Vergütung der bisher erbrachten Leistungen nach den Vertragspreisen. In beiden Fällen hat der Nachunternehmer außerdem etwaige weitergehende Schadensersatzansprüche.

cc) **Vergütungsregelungen**. Die wirtschaftlichen Interessen des Hauptunternehmers erfordern eine Vergütungsregelung, die dem Nachunternehmer für dieselbe Leistung nicht mehr gewährt, als der Hauptunternehmer dafür verlangen kann. Dieses nahezu selbstverständliche Vertragsziel setzt nicht nur eine entsprechende **Preisgestaltung** für den Nachunternehmervertrag voraus. Auch die technischen **Abrechnungsvorschriften** und die **Anspruchsvoraussetzungen** für den Vergütungsanspruch müssen in Hauptvertrag und Nachunternehmervertrag aufeinander abgestimmt werden. Dabei hat der Hauptunternehmer aber die vorvertragliche Verpflichtung, den Nachunternehmer auf unübliche und nachteilige Vertragsklauseln hinzuweisen, soweit diese für den Nachunternehmer nicht deutlich erkennbar sind.

In **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** kann der Hauptunternehmer jedoch keine 34 Regelungen vorsehen, die sein vertragliches Risiko einseitig auf den Nachunternehmer

³⁹ BGH NJW 1995, 526.

abwälzen.⁴⁰ Deswegen kann der Hauptunternehmer dem Nachunternehmer auch nicht **Zufallsrisiken** überbürden, die die Sphäre des Hauptunternehmers betreffen.⁴¹ Ebenso kann der Hauptunternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Regelung vorsehen, die den Anspruch des Nachunternehmers auf **Vergütung** zusätzlicher und geänderter Leistungen davon abhängig macht, dass dem Hauptunternehmer ein entsprechender Vergütungsanspruch gegenüber dem Hauptauftraggeber zusteht.⁴² Dasselbe gilt für unangemessene **Zahlungsklauseln**. Deswegen sind Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Hauptunternehmers unwirksam, die dem Nachunternehmer nur dann und insoweit einen Zahlungsanspruch einräumen, als der Hauptunternehmer Zahlungen von dem Hauptauftraggeber erhält.⁴³ Das gilt auch für **Abschlagszahlungen**, weil dem Auftragnehmer eines Bauwerkvertrages auch bei einem BGB-Vertrag ein Anspruch auf Abschlagszahlungen zusteht.

- 35 *dd) Mängelhaftung.* Die Mängelrechte des Hauptunternehmers sollten nach Art, Umfang und Anspruchsvoraussetzungen mit den entsprechenden Rechten des Hauptauftraggebers **deckungsgleich** sein. Das ist aus der Sicht des Hauptauftraggebers erforderlich und ausreichend.
- 36 Etwas anderes gilt für die **Verjährung der Mängelansprüche**. Eine „Parallelschaltung“ der **Dauer** der Gewährleistung von Nachunternehmer und Hauptunternehmer setzt nicht nur voraus, dass für den Nachunternehmer und den Hauptunternehmer gleich lange Verjährungsfristen gelten. Es ist auch erforderlich, dass übereinstimmende Verjährungsfristen zu demselben Zeitpunkt beginnen, damit sie zu demselben Zeitpunkt enden. Das ist jedoch nach der gesetzlichen Regelung nicht der Fall, sofern die Nachunternehmerleistung zeitlich vor der Gesamtleistung des Hauptunternehmers fertig gestellt wird, weil der Nachunternehmer das Recht hat, unmittelbar nach der Fertigstellung seiner Leistung hierfür die Abnahme zu verlangen.
- 37 Die exakte Parallelschaltung von Mängelhaftungsfrist und Fristablauf sichert den **Rückgriffsanspruch** des Hauptunternehmers allerdings noch nicht. Wenn der Hauptauftraggeber den Hauptunternehmer gleichsam am „letzten Tag“ der Mängelhaftungsfrist im Anspruch nimmt, hat der Hauptunternehmer idR keine tatsächliche Möglichkeit, insoweit verjährungsunterbrechende Handlungen gegenüber seinem Nachunternehmer einzuleiten. Deswegen muss zur Erhaltung des Rückgriffs des Hauptunternehmers die Länge der für den Nachunternehmer geltenden Verjährungsfrist gegenüber der für den Hauptunternehmer maßgeblichen Frist ausgedehnt werden. In der Praxis hat sich hierfür eine Regelung bewährt, die für den Nachunternehmer eine **Verlängerung der Verjährungsfrist** gegenüber dem Hauptvertrag um einen Monat vorsieht. Eine solche Regelung ist auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Hauptunternehmers zulässig.⁴⁴
- 38 In **Individualvereinbarungen** können Hauptunternehmer und Nachunternehmer für die Verjährung der Mängelhaftungsansprüche eine Frist vorsehen, die die gesetzliche Frist von fünf Jahren überschreitet (vgl. § 634a Abs. 1 BGB). Sie können auch den Beginn einer verlängerten Verjährungsfrist mit der Fertigstellung und Übergabe der von dem Hauptunternehmer übernommenen Gesamtleistung koppeln. Es wäre auch rechtlich möglich, in solchen Vereinbarungen den Beginn der Verjährung der Mängelhaftungsansprüche des Hauptunternehmers an die rechtsgeschäftliche Abnahme des Hauptauftraggebers zu binden. Dabei muss sich der Nachunternehmer aber bewusst sein, dass der Beginn der für ihn geltenden Verjährungsfrist mit einer solchen Regelung in die Hand eines Dritten gelegt wird, zu dem er in keinen vertraglichen Beziehungen steht. Für **Allgemeine Geschäftsbedingungen** des Hauptunternehmers gelten hingegen deutliche Ein-

⁴⁰ Wolf/L/P AGB-Recht Anhang zu § 310 Rn. S 279.

⁴¹ Wolf/L/P aaO.

⁴² Werner/Pastor Rn. 1058; Wolf/L/P AGB-Recht Anhang zu § 310 Rn. S 285.

⁴³ Vgl. OLG München BB 1984, 1386 (Schlusszahlung).

⁴⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1298.