

C.H. Beck Baurecht

Der öffentliche Bauauftrag

Vergabe und Ausführung von Bauleistungen nach VOB Teile A, B und C

von

Dr. Stefan Althaus, Christian A. Heindl, Dr. techn. Ralph H. Bartsch, Burchard von Behr, Dr. Horst Dähne, Dr. Philipp Kraus, Maike Schmidt, Bernhard Stolz, Jürgen Usselman, Dr. Achim Olrik Vogel

2. Auflage

[Der öffentliche Bauauftrag – Althaus / Heindl / Bartsch / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Privates Baurecht, Vergaberecht, Architektenrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65659 0

werden (vgl. → Teil 3 Rdn. 102, 216, 223). Als AGB-rechtlich unbedenklich ist eine Regelung anzusehen, nach der alle in einem Bauzeitenplan enthaltenen Zwischenfristen unterschiedslos als Vertragsfristen bezeichnet werden.⁴⁷⁷

Ist für die Einhaltung von Ausführungsfristen die **Übergabe von Zeichnungen** oder anderen **Unterlagen wichtig**, so soll hierfür ebenfalls eine Frist festgelegt werden (§ 9 Abs. 3 VOB/A).

Der Auftraggeber darf in den Vertragsunterlagen eine **Pauschalierung des Verzugs-schadens** (§ 5 Abs. 4 VOB/B) vorsehen; sie soll **5 %** der Auftragssumme nicht überschreiten. Der Nachweis eines geringeren Schadens ist zuzulassen (§ 9 Abs. 4 VOB/A).

Die **Richtlinien des VHB zu 214** (Besondere Vertragsbedingungen) enthalten hierzu **203** folgende Vorgaben für den öffentlichen Auftraggeber:

„Nr. 1 Ausführungsfristen

1.1 Allgemein

Es ist zwischen Ausführungsfristen und Einzelfristen zu unterscheiden.

Ausführungsfristen sind immer verbindliche Vertragsfristen.

Einzelfristen sind in der Regel Bauablauffristen. Sie werden nur dann zu Vertragsfristen, wenn sie in den Besonderen Vertragsbedingungen 214 als solche bezeichnet sind oder im Rahmen der Vertragsdurchführung nachträglich nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ausdrücklich vereinbart werden.

Die maßgebende Rechtsfolge der Unterscheidung zwischen Vertragsfristen und Einzelfristen ist:⁴⁷⁸

- Hält der Auftragnehmer die Vertragsfristen (Ausführungsfristen und zu Vertragsfristen erklärte Einzelfristen) nicht ein, kommt er in der Regel ohne weiteres mit seiner Leistung in Verzug und macht sich in vollem Umfang schadensersatzpflichtig (Verzugsschaden).
- Hält der Auftragnehmer Einzelfristen, die nicht zu Vertragsfristen erklärt sind, nicht ein, kommt der Auftragnehmer nicht ohne weiteres in Verzug, macht sich aber gegebenenfalls wegen Störung, Behinderung oder Unterbrechung des Bauablaufs schadensersatzpflichtig.

Ausführungsfristen als Vertragsfristen müssen in den Besonderen Vertragsbedingungen 214 eindeutig festgelegt sein, um verbindlich Angebotsinhalt und bei Beauftragung Vertragsinhalt zu werden.“

b) Vertragsstrafe – VHB Formblatt 214 Nr. 2

§ 9 Abs. 5 VOB/A bestimmt, dass Vertragsstrafen für die **Überschreitung von Ver- 204 tragsfristen** nur auszubedingen sind, wenn die Überschreitung **erhebliche Nachteile** verursachen kann, und dass die Strafe in angemessenen Grenzen zu halten ist.

Das VHB gibt in den **Richtlinien zu 214** Besondere Vertragsbedingungen hierzu folgende Hinweise:

„Nr. 2 Vertragsstrafen

Bei der Bemessung von Vertragsstrafen ist zu berücksichtigen, dass der Bieter die damit verbundene Erhöhung des Wagnisses in den Angebotspreis einkalkulieren kann. Anhaltspunkt für die Bemessung kann das Ausmaß der Nachteile sein, die bei verzögerter Fertigstellung voraussichtlich eintreten werden.

⁴⁷⁷ Markus, in: Markus/Kaiser/Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 2. Aufl., Rdn. 375 m. w. N.

⁴⁷⁸ Näher hierzu → Teil 3 Rdn. 223.

Sind Vertragsstrafen für Einzelfristen zu vereinbaren, so ist nur die Überschreitung solcher Einzelfristen für in sich abgeschlossene Teile der Leistung unter Strafe zu stellen, von denen der Baufortschritt entscheidend abhängt.“

Ein **Verstoß** gegen die vorstehenden Vorgaben der VOB/A und des VHB berührt indes die zivilrechtliche Wirksamkeit einer einmal getroffenen Vertragsstrafenvereinbarung grundsätzlich nicht (→ Teil 5 Rdn. 188).⁴⁷⁹

§ 8 Abs. 6 Nr. 1 f.) VOB/A sieht vor, dass nähere Regelungen zur Vertragsstrafe in Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) oder Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) – getroffen werden sollen. Dies geschieht nach den Vorgaben des **VHB über Formblatt 214 Nr. 2**, wobei die als Grundlage der Vertragsstrafenregelung notwendigen Festlegungen zu den Ausführungsfristen zu beachten sind. Dieses Formblatt sieht in Nr. 2 die Festlegungen zur Vertragsstrafe – mit auszufüllenden Freiräumen – wie folgt vor:

„2 Vertragsstrafe (§ 11 VOB/B)

Der Auftragnehmer hat als Vertragsstrafe für jeden Werktag des Verzugs zu zahlen:

2.1 bei Überschreitung der Ausführungsfrist

☐ _____ €

☐ _____ v. H. der Auftragssumme

2.2 bei Überschreitung von Einzelfristen

2.3 Die Vertragsstrafe wird auf insgesamt _____ v.H. der Auftragssumme begrenzt.

2.4 Verwirkte Vertragsstrafen für den Verzug wegen Nichteinhaltung der Frist für den Ausführungsbeginn oder wegen Nichteinhaltung verbindlicher Zwischentermine (Einzelfristen als Vertragsfristen) werden auf eine durch den Verzug wegen Nichteinhaltung der Frist für die Vollendung der Leistung verwirkte Vertragsstrafe angerechnet.“

205 Aus den Vorgaben des VHB im Formblatt 214 Nr. 2 ergibt sich:

- Die Vertragsstrafe wird nur für den Fall des **Verzugs** mit der Erbringung der vertraglichen Leistung innerhalb der vereinbarten **Ausführungsfristen**, nicht dagegen für den Fall sonstiger Pflichtverstöße versprochen.
- Die Vertragsstrafe wird **für jeden Werktag** (Montag bis Samstag) der verzugsbedingten **Fristüberschreitung** versprochen.
- Die Höhe der Vertragsstrafe wird entweder durch einen bestimmten **Festbetrag** in Euro oder durch einen **Prozentsatz des Endbetrags der Auftragssumme** festgelegt.
- Die Bemessung der Vertragsstrafe im Fall der Überschreitung von **Einzelfristen** (verbindliche Zwischenfristen nach § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B) ist **offen gelassen**.
- Die Höhe der **gesamten Vertragsstrafe** ist auf einen bestimmten vom Auftraggeber zu wählenden Prozentsatz der Auftragssumme **begrenzt**.

⁴⁷⁹ BGH, Urteil vom 30.3.2006 – VII ZR 44/05, Rdn. 22, IBR 2006, 385 = BauR 2006, 1128 = NZBau 2006, 504 = ZfBR 2006, 465 = NJW 2006, 2555.

Die Formulierungen des VHB Formblatts 214 unter Nr. 2 sind nicht durchgängig zweifelsfrei: 206

- Die Formulierung „bei Überschreitung der Ausführungsfrist“ unter Nr. 2.1 könnte bei kundenfeindlichster Auslegung dahin verstanden werden, dass hiervon auch eine Überschreitung der Frist für den Ausführungsbeginn umfasst ist (vgl. Formblatt 214 Nr. 1.1), sodass auch hierfür bereits die Vertragsstrafe anfällt. Dies würde häufig dazu führen, dass sich die Höhe der Vertragsstrafe verdoppelt, wenn nämlich der spätere Beginn auch zu einer späteren Vollendung der Leistung führt.⁴⁸⁰ Dies kann je nach Höhe des vereinbarten Tagessatzes dazu führen, dass die Vertragsstrafe unangemessen hoch und damit AGB-rechtlich unwirksam ist (→ Teil 5 Rdn. 145).⁴⁸¹
- Es **fehlte** unter Nr. 2.2 in der Vorgängerausfassung eine Bestimmung, wonach Vertragsstrafen wegen des Verzugs aufgrund der Überschreitung von **Einzelfristen** (Zwischenfristen) auf die nachfolgenden Vertragsstrafen wegen der Überschreitung von weiteren Zwischenfristen sowie der Fertigstellungsfrist **angerechnet** werden. Unterblieb eine entsprechende Formulierung, war jedenfalls das Vertragsstrafenversprechen bezüglich der Zwischenfristen unwirksam; zudem bestehen daher erhebliche AGB-rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der gesamten Vertragsstrafenregelung (vgl. → Teil 5 Rdn. 141).⁴⁸² Nunmehr sieht die **die Ergänzung in Nr. 2.4 eine ausdrückliche Anrechnung** vor, was die AGB-rechtlichen Bedenken reduziert. Auch fehlt unter Nr. 2.2 ein Hinweis, dass die Höhe der Vertragsstrafe für die Überschreitung von Einzelfristen nicht an der Gesamtauftragssumme, sondern nur am **Wert** der bis dahin auszuführenden **Teilleistungen** anknüpfen soll, da auch diese Einschränkung in der Rechtsprechung vielfach als AGB-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen wird (vgl. → Teil 5 Rdn. 141).⁴⁸³ Die vorgenannten Einschränkungen müsste der Auftraggeber daher in den beiden **Leerzeilen bei Nr. 2.2 selbständig formulieren**. Geschieht dies nicht, sollte der Auftraggeber daher von der Vereinbarung einer Vertragsstrafe für Zwischenfristen ganz **absehen**.
- Es ist **auslegungsbedürftig**, ob in VHB Formblatt 214 Nr. 2.1 und 2.3 mit „**Auftragssumme**“ die **ursprünglich** vereinbarte Auftragssumme gemeint ist oder die **endgültige** Vergütungssumme nach abschließender Ermittlung der Massen und unter Berücksichtigung von leistungsändernden Anordnungen des Auftraggebers.⁴⁸⁴ Für die Maßgeblichkeit der ursprünglich vereinbarten Auftragssumme spricht, dass andernfalls

⁴⁸⁰ LG Kleve, Urteil vom 14.3.2012 – 2 O 272/11, IBR 2012, 323.

⁴⁸¹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.3.2010 – 13 U 201/10, IBR 2010, 383 = BauR 2010, 1591 = NJW-RR 2010, 1242 = NZBau 2010, 566.

⁴⁸² OLG Bremen, Urteil vom 7.10.1986 – 1 U 151/85, BauR 1987, 479 = NJW-RR 1987, 468; OLG Hamm, Urteil vom 10.2.2000 – 21 U 85/98, BauR 2000, 1202 = MDR 2000, 881; OLG Dresden, Urteil vom 8.2.2001 – 16 U 2057/00, BauR 2001, 949; OLG Jena, Urteil vom 10.2.2002 – 7 U 938/01, BauR 2003, 1416 = MDR 2002, 1245 = NJW-RR 2002, 1178; Bschorr/Zanner, S. 45 f.; Kemper, BauR 2001, 1015, 1018; der BGH konnte die Frage bislang offenlassen, hat jedoch Bedenken deutlich gemacht, BGH, Urteil vom 14.1.1999 – VII ZR 73/98, BauR 1999, 645 = MDR 1999, 540; BGH, Urteil vom 18.1.2001 – VII ZR 238/00, IBR 2001, 165 = BauR 2001, 791 = NZBau 2001, 257 = ZfBR 2001, 266 = NJW 2001, 2330.

⁴⁸³ BGH, Urteil vom 6.12.2012 – VII ZR 133/11, IBR 2013, 69; OLG Hamm, Urteil vom 10.2.2000 – 21 U 85/98, BauR 2000, 1202; OLG Dresden, Urteil vom 8.2.2001 – 16 U 2057/00, BauR 2001, 949; OLG Jena, Urteil vom 10.2.2002 – 7 U 938/01, IBR 2002, 542 = MDR 2002, 1245 = NJW-RR 2002, 1178 = BauR 2003, 1416; OLG Celle, Urteil vom 13.7.2006 – 7 U 17/05, IBR 2005, 1244 = BauR 2005, 1780; Bschorr/Zanner, S. 46.

⁴⁸⁴ In Nr. 2.1 wird bei der Festlegung des Tagessatzes auf den „Endbetrag der Auftragssumme“ abgestellt, in Nr. 2.3 wird der Höchstbetrag der Vertragsstrafe nur durch einen Prozentsatz der „Auf-

der Auftraggeber durch Anordnung von Änderungen des Bauentwurfs oder zusätzlicher Leistungen den Umfang der Vertragsstrafe nachträglich einseitig erhöhen könnte.⁴⁸⁵ Dagegen wird in Schrifttum und Rechtsprechung **überwiegend** angenommen, dass die endgültige **Abrechnungssumme** maßgeblich ist (vgl. → Teil 5 Rdn. 146).⁴⁸⁶

- **Auslegungsbedürftig** ist ferner, ob mit dem Begriff „Auftragssumme“ die Netto-Vergütung oder die Brutto-Vergütung einschließlich Umsatzsteuer gemeint ist.⁴⁸⁷ VHB Richtlinie 100 Nr. 1.2 enthält hierzu den allgemeinen Hinweis, dass vorbehaltlich einer abweichenden Festlegung im Vergabehandbuch stets **Netto-Beträge** ohne Umsatzsteuer gemeint sind.⁴⁸⁸ Zwar hat dieser innerdienstliche Hinweis keine unmittelbare vertragsrechtliche Bedeutung, da er im Formblatt 214 fehlt und damit nicht Bestandteil der Vertragsunterlagen wird. Dennoch wird sich der öffentliche Auftraggeber künftig an seinem eigenen Verständnis gemäß Richtlinie 100 Nr. 1.2 jedenfalls dann festhalten lassen müssen, wenn der Auftragnehmer ebenfalls von einem Nettobetrag ausgegangen ist (vgl. → Teil 3 Rdn. 43). Abgesehen hiervon spricht auch die AGB-rechtliche Unklarheitenregelung für einen solchen Vertragsinhalt (vgl. → Teil 5 Rdn. 147).

207 Im Hinblick auf die **Höhe** der in dem Verdingungsmuster vom Auftraggeber einzusetzen den Tagessätze sowie der Höchstgrenze der Vertragsstrafe, die in das Formblatt eingetragen werden, bestehen zudem weitere strenge **AGB-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen** (hierzu im Einzelnen → Teil 5 Rdn. 144):

- **Tagessatz:** Zur Vermeidung AGB-rechtlicher Risiken sollte nicht mehr als **0,1 % der Auftragssumme pro Werktag**⁴⁸⁹ vereinbart werden.
- **Höchstgrenze:** Hier darf zur Vermeidung einer AGB-rechtlichen Unwirksamkeit maximal ein Betrag in Höhe von **5 % der Auftragssumme** eingetragen werden.⁴⁹⁰

Diese Werte nimmt das VHB in Richtlinien zu 214 Besondere Vertragsbedingungen Nr. 2 wie folgt auf:

„Die Höhe der Vertragsstrafe ist zu begrenzen. Sie soll 0,1 v.H. je Werktag, insgesamt jedoch 5 v.H. der Auftragssumme nicht überschreiten“

Gemeint ist im Hinblick auf VHB Richtlinie 100 Nr. 2.1 auch hier stets die Netto-Auftragssumme (vgl. oben → Rdn. 206).

tragssumme“ festgelegt. Unklar ist, ob in beiden Fällen dasselbe gemeint ist oder ob mit „Endbetrag“ der „endgültige“ Abrechnungsbetrag bezeichnet werden soll.

⁴⁸⁵ Bschorr/Zanner, S. 61; Kemper, BauR 2001, 1015, 1015; Leinemann/Hafkesbring, § 11 VOB/B, Rdn. 15.

⁴⁸⁶ BGH, Urteil vom 18.11.1982 – VII ZR 305/81, BGHZ 85, 305 = BauR 1983, 80 = MDR 1983, 302; BGH, Urteil vom 21.12.1995 – VII ZR 286/94, BGHZ 131, 356 = BauR 1996, 384 = MDR 1996, 792; OLG Zweibrücken, Urteil vom 10.3.1994 – 4 U 143/93, BauR 1994, 509 = NJW-RR 1994, 1363; LG Berlin, Urteil vom 6.10.1995 – 9 O 672/94, BauR 1996, 245.

⁴⁸⁷ Für den Bruttobetrag: KG, Urteil vom 7.1.2002 – 24 U 9084/00, IBR 2003, 124; a. A. Vogel, ZfIR 2005, 373, 378.

⁴⁸⁸ VHB 100: „1.2 Wertgrenzen, Beträge im VHB: Die in diesem VHB angegebenen Wertgrenzen bzw. Beträge sind grundsätzlich Netto-Werte „ohne Umsatzsteuer“, es sei denn, es ist ausnahmsweise dazu etwas anderes angegeben.“

⁴⁸⁹ Also Montag bis Samstag.

⁴⁹⁰ BGH, Versäumnisurteil vom 23.1.2003 – VII ZR 210/01; BGH, Urteil vom 8.7.2004 – VII ZR 24/03, IBR 2004, 561 = BauR 2004, 1609 = NZBau 2004, 609 = ZfBR 2005, 47.

c) Rechnungen – VHB Formblatt 214 Nr. 3

Das VHB Formblatt 214 sieht in Nr. 3 für die Rechnungsstellung folgende Formulierungen 208
– mit auszufüllenden Freiräumen – vor:

„3 Rechnungen (§ 14 VOB/B)

3.1 Alle Rechnungen sind beim Auftraggeber _____-fach und zugleich bei
_____ -fach einzureichen.

3.2 Die notwendigen Rechnungsunterlagen (z. B. Mengenberechnungen, Abrechnungszeichnungen, Handskizzen) sind _____-fach einzureichen.“

Die Festlegungen der Adressaten und der Anzahl der jeweils einzureichenden Rechnungen begründen vertragliche Nebenpflichten des Auftragnehmers und keine zusätzlichen Fälligkeitsvoraussetzungen für die Zahlungsansprüche des Auftragnehmers gegenüber den gesetzlichen Vorschriften und den Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B.

d) Zahlung – VHB Formblatt 214 Nr. 4

Das VHB Formblatt 214 sieht in Nr. 4, neu eingeführt mit dem VHB 2008 Stand August 208/1 2012, für die Verlängerung der Schlusszahlungsfrist gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B und den Verzugseintritt nach § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B folgende Formulierungen – mit auszufüllenden Freiräumen – vor,

„4 Zahlung (§ 16 VOB/B)

Die Frist für die Schlusszahlung gem. § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B und den Eintritt des Verzuges gem. § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B wird verlängert auf _____ Tage.“

Das **VHB** enthält in den **Richtlinien zu 214** (Besondere Vertragsbedingungen) hierzu folgende Vorgaben:

„Nr. 4 Zahlungsfrist**4.1 Vereinbarung einer verlängerten Frist für die Prüfung der Schlussrechnung und Fälligkeit der Schlusszahlung**

Soll von der in § 16 Absatz 3 Nr. 1 VOB/B enthaltenen Möglichkeit einer – ausnahmsweisen – Vereinbarung einer längeren Frist für die Prüfung der Schlussrechnung und Fälligkeit der Schlusszahlung, als der dort genannten Frist von 30 Kalendertagen, Gebrauch gemacht werden, ist dies in Nr. 4 einzelvertraglich festzulegen.

4.2 Mögliche Gründe für eine Verlängerung

Von der Möglichkeit zur Verlängerung ist nur restriktiv Gebrauch zu machen.

Eine Verlängerung der Frist für die Schlusszahlung kann gerechtfertigt sein bei:

- umfangreichen Leistungsverzeichnissen
- umfangreichen oder schwierigen Prüfunterlagen (Aufmaßen)
- Bauzeiten von mehr als 12 Monaten
- Bauaufträgen für die Gaststreitkräfte

4.3 In der Regel keine Verlängerung

Eine Verlängerung der Frist für die Prüfung der Schlussrechnung ist in der Regel nicht zulässig bei Aufträgen:

- mit wenigen Teilleistungen (Positionen)
- mit einfachen Mengeneinheiten (z. B. Stück) und damit einfachen Aufmaßunterlagen
- bis zu einer geschätzten Auftragssumme von 500.000 Euro

auch wenn einer oder mehrere der unter 4.2 genannten Gründe zutrifft/zutreffen.

4.4 Unzulässigkeit der Verlängerung

Eine Verlängerung der Frist ist insbesondere unzulässig für:

- Abschlagsrechnungen
- Pauschalverträge, bei denen auch die Mengen pauschaliert sind

4.5 Bemessung der Frist

Die Frist kann auf mehr als 30, höchstens aber 60 Kalendertage, festgelegt werden. Bei der Festlegung sind alle maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen. Das Zutreffen einer oder mehrerer der o.g. möglichen Indikatoren führt nicht zwangsläufig dazu, dass die Höchstfrist von 60 Tagen gerechtfertigt ist.

4.6 Dokumentation

Die Umstände des Einzelfalls, die zu der Verlängerung der Frist für die Schlusszahlung geführt haben, sind in der Dokumentation festzuhalten. Die festgelegte Dauer der Verlängerung ist ebenfalls zu begründen.“

Die Richtlinie zu VHB 214 weist in Nr. 4.1 zutreffend darauf hin, dass die Frist von 30 Kalendertagen zur Prüfung der Schlussrechnung und Fälligkeit der Schlussforderung nur ausnahmsweise und dann nur einzelvertraglich verlängert werden darf. Der Hinweis in Nr. 4.2, von der Verlängerungsmöglichkeit nur restriktiv Gebrauch zu machen ist zutreffend. Ob die angegebenen positiven Regelbeispiele und die in Nr. 4.3 aufgeführten negativen Regelbeispiele alle Gesichtspunkte erfassen, ist nicht ganz zweifelsfrei. Zutreffend benennt Nr. 4.4 der Richtlinie zwei Fälle, in welchen eine Verlängerung niemals in Betracht kommt. Richtig und sinnvoll sind auch die Hinweise in Nr. 4.5 und 4.6 der Richtlinie zur Bemessung der Frist und zur Dokumentation und Begründung der Fristverlängerung. Insgesamt ist es zu begrüßen, dass durch Beispielskataloge und Hinweise die Klausel in § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B für die Praxis deutlich handhabbarer gemacht wird.

e) Sicherheitsleistung – VHB Formblatt 214 Nr. 5

- 209** Das VHB Formblatt 214 sieht in Nr. 5 für die Stellung von Sicherheiten folgende Formulierungen – mit auszufüllenden Freiräumen – vor (siehe hierzu auch → Teil 7 Rdn. 5):

„5 Sicherheitsleistung (§ 17 VOB/B)**5.1 Stellung der Sicherheit**

Sicherheit für die Vertragserfüllung ist in Höhe von _____ v. H. der Auftragssumme zu leisten, sofern die Auftragssumme mindestens 250.000 € ohne Umsatzsteuer beträgt.

Die für Mängelansprüche zu leistende Sicherheit beträgt _____ v. H. der Auftragssumme einschließlich erteilter Nachträge.

Rückgabezeitpunkt für eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche (§ 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B): _____

Stellt der Auftragnehmer die Sicherheit für die Vertragserfüllung binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss (Zugang des Auftragschreibens) weder durch Hinterlegung noch durch Vorlage einer Bürgschaft, so ist der Auftraggeber berechtigt, Abschlagszahlungen einzubehalten, bis der Sicherheitsbetrag erreicht ist.

Nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadenersatz kann der Auftragnehmer verlangen, dass die Sicherheit für die Vertragserfüllung in eine Mängelanspruchesicherheit umgewandelt wird.

5.2 Art der Sicherheit

Für die Vertragserfüllung und die Mängelansprüche kann Sicherheit wahlweise durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft geleistet werden. Der Auftragnehmer kann die einmal von ihm gewählte Sicherheit durch eine andere der vorgenannten ersetzen. Für vereinbarte Abschlagszahlungen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B) und für vereinbarte Vorauszahlungen ist Sicherheit durch Bürgschaft zu leisten.

5.3 Sicherheitsleistung durch Bürgschaft

Wird Sicherheit durch Bürgschaft geleistet, ist dafür das jeweilige Formblatt des Vergabe- und Vertragshandbuchs für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB) zu verwenden, und zwar für

- die Vertragserfüllung das Formblatt 421,
- die Mängelansprüche das Formblatt 422,
- vereinbarte Vorauszahlungen und Abschlagszahlungen gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/B das Formblatt 423

Die Bürgschaft ist von einem

- in den Europäischen Gemeinschaften oder
- in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder
- in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen

zugelassenen Kreditinstitut bzw. Kredit- oder Kautionsversicherer zu stellen.

Die Bürgschaftsurkunden enthalten folgende Erklärung des Bürgen:

- „Der Bürge übernimmt für den Auftragnehmer die selbstschuldnerische Bürgschaft nach deutschem Recht.
- Auf die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechenbarkeit sowie der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. Der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gilt nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Hauptschuldners.
- Die Bürgschaft ist unbefristet; sie erlischt mit der Rückgabe dieser Bürgschaftsurkunde.
- Die Bürgschaftsforderung verjährt nicht vor der gesicherten Hauptforderung. Nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages getroffene Vereinbarungen über die Verjährung der Hauptforderung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer sind für den Bürgen nur im Falle seiner schriftlichen Zustimmung bindend.
- Gerichtsstand ist der Sitz der zur Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle.“

Die Bürgschaft ist über den Gesamtbetrag der Sicherheit in nur e i n e r Urkunde zu stellen.

Die Urkunde über die Abschlagszahlungsbürgschaft wird zurückgegeben, wenn die Stoffe und Bauteile, für die Sicherheit geleistet worden ist, eingebaut sind.

Die Urkunde über die Vorauszahlungsbürgschaft wird zurückgegeben, wenn die Vorauszahlung auf fällige Zahlungen angerechnet worden ist.“

Der **Begriff „Auftragssumme“** wird in dem Formblatt 214 Nr. 5.1 in unterschiedlicher **210** Bedeutung verwendet: Er bedeutet im Hinblick auf die Vertragserfüllungssicherheit die ursprünglich vereinbarte **Vergütungssumme**, für die Mängelanspruchesicherheit dagegen aufgrund des Zusatzes „einschließlich erteilter Nachträge“ sowie nach dem Sinn und Zweck dieser letzteren Sicherheit die endgültige **Abrechnungssumme**. Dies entspricht auch der Begrifflichkeit in § 9 Abs. 8 Satz 3 VOB/A.

Im aktuellen VHB Stand Mai 2010 in Formblatt 214 Nr. 5.1 ist für die **Wertgrenze von 250.000 €** ausdrücklich klargestellt, dass ein Betrag **ohne Umsatzsteuer** gemeint

ist. Auslegungsbedürftig ist aber weiterhin, ob die **Auftragssumme** als **Bemessungsgrundlage** für die Höhe der Sicherheit die Netto-Vergütungssumme oder die Brutto-Vergütungssumme einschließlich Umsatzsteuer bezeichnet.⁴⁹¹

VHB Richtlinie 100 Nr. 1.2 besagt hierzu:

„Die in diesem VHB angegebenen Wertgrenzen bzw. Beträge sind grundsätzlich Netto-Werte „ohne Umsatzsteuer“, es sei denn, es ist ausnahmsweise dazu etwas anderes angegeben.“

Obwohl dies nur ein innerdienstlicher Hinweis ist, muss sich der öffentliche Auftraggeber hieran wohl festhalten lassen, also den Betrag **ohne Umsatzsteuer** als Bemessungsgrundlage ansetzen (→ Rdn. 206). Es wäre hilfreich, wenn im Formblatt 214 selbst hierzu eine Klarstellung erfolgen würde.

Durch die in Formblatt 214 Nr. 5.3 (Besondere Vertragsbedingungen) festgelegte **zwingende Verwendung** der dort genannten **Formblätter** werden diese ebenfalls Bestandteil der Vertragsunterlagen. Die betreffenden Formblätter werden unten näher erläutert:

- VHB Formblatt 421 (Vertragserfüllung) bei → Rdn. 238,
- VHB Formblatt 422 (Mängelansprüche) bei → Rdn. 239,
- VHB Formblatt 423 (Vorauszahlungen) bei → Rdn. 240.

AGB-rechtlich problematisch ist die Formulierung in Nr. 5.1, wonach der Auftragnehmer erst „nach Abnahme und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche einschließlich Schadenersatz“ die Umwandlung einer Vertragserfüllungssicherheit in eine Mängelanspruchesicherheit verlangen kann (vgl. → Teil 7 Rdn. 6). Da diese Formulierung die Rückgabe der Sicherheit für die Vertragserfüllung zudem abweichend vom Wortlaut des § 17 Abs. 8 VOB/B regelt, kann darin auch eine **inhaltliche Abweichung von der VOB/B** gesehen werden, welche einer Privilegierung der VOB/B entgegensteht.

211 Beim **Ausfüllen** von Formblatt 214 Nr. 5 ist vom öffentlichen Auftraggeber Folgendes zu **beachten**:

Ein **Verzicht auf Sicherheiten** ist nach § 9 Abs. 7 Satz 1 VOB/A vorgesehen, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten. Der **Verzicht** auf die Stellung einer Sicherheit erfolgt im Regelfall bereits beim **Ausfüllen** von Formblatt 214, er ist aber auch noch **bei Zuschlagerteilung** sowie **nach Vertragsschluss möglich**.⁴⁹²

Unterschreitet die Auftragssumme **250.000 €** ohne Umsatzsteuer, ist nach § 9 Abs. 7 Satz 2 VOB/A auf Sicherheitsleistung für die **Vertragserfüllung** zu verzichten (ebenso Richtlinien zu 214 Nr. 5.1). Das bedeutet, dass im Falle einer **voraussichtlich** geringeren Summe von vornherein keine solche Sicherheit vorzusehen ist. Liegt umgekehrt die voraussichtliche Auftragssumme über 250.000 €, die **tatsächlich** vereinbarte (ursprüngliche) Auftragssumme dagegen darunter, **entfällt** gemäß Formblatt 214 Nr. 5.1 die vertragliche Verpflichtung zur Stellung der Sicherheit, ohne dass es hierfür einer gesonderten Erklärung des Auftraggebers bedarf.

Die Sicherheiten für die Erfüllung von **Mängelansprüchen** sind nach den Richtlinien zu 214 Nr. 5.2 in Übereinstimmung mit § 9 Abs. 7 Satz 2 VOB/A **in der Regel** erst ab einer Auftragssumme von **250.000 €** zu verlangen. Da die Frage der Stellung der Sicherheit zunächst beim Ausfüllen des Formblatts 214 entschieden werden muss, kommt es insoweit allein auf die **voraussichtliche** Auftragssumme an. Die Höhe der Sicherheit beurteilt sich dagegen allein auf Basis der tatsächlichen Abrechnungssumme (vgl. oben). Außerdem

⁴⁹¹ Für den Brutto-Betrag: Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 18. Aufl., § 9 VOB/A, Rdn. 96 und § 17 Abs. 1 VOB/B, Rdn. 40; I. Jagenburg, in: Beck'scher VOB-Kommentar, 2. Aufl., vor § 17 VOB/B, Rdn. 31.

⁴⁹² BGH, Urteil vom 22.6.1995 – VII ZR 118/94, IBR 1995, 411 = BauR 1995, 701 = ZfBR 1995, 264; Jousen, in: Ingenstau/Korbion, 18. Aufl., § 9 VOB/A, Rdn. 84.