Der Bauvertrag

auf der Grundlage von Erläuterungen
zur Verdingungsordnung für Bauleistungen
(DIN 1960 und 1961)

von
Dr. Bruno Eplinius
Rechtsanwalt und Notar in Berlin

Carl Heymanns Verlag
Berlin 1931

Der Bauvertrag

auf der Grundlage von Erläuterungen zur Verdingungsordnung für Bauleistungen (DIN 1960 und 1961)

Von

Dr. Bruno Eplinius

Rechtsanwalt und Notar in Berlin

Carl Heymanns Verlag
Berlin 1931

Gedruckt bei
Julius Sittenfeld,
Berlin W 8

Verlags-Archiv 10062

Vorwort

Die VOB. hat ebenso wie dies vor ihr behördliche und private Normalvertragsbedingungen getan haben, eine Regelung des Bauvertragsrechts vorgenommen. Dabei hat sie naturgemäß nicht ein völlig neues, vom Gesetzesrecht in allen Teilen verschiedenes Recht schaffen können und wollen, sondern sie hat die für das Bauvertragsrecht im Gesetz vorhandenen Lücken ausfüllen und die aus dem Gesetzesrecht sich ergebenden Zweifel und Unbilligkeiten beseitigen wollen, um auf diese Weise zwischen den Interessen der Vertragsteile einen billigen und gerechten Ausgleich zu schaffen. Dies ist sicherlich auch in hohem Grade gelungen. Da der Inhalt des Bauvertragsrechts aber sowohl aus Gesetzes- als auch vereinbartem Recht besteht, ist es zum Verständnis der VOB. notwendig, den Zusammenhang und den gegenseitigen Einfluß beider Bestandteile zu erkennen. Das in der vorliegenden Arbeit gestellte nächstliegende Ziel, die VOB. zu erläutern, konnte also nicht ohne eine gleichzeitige Darstellung des Bauvertragsrechts im übrigen erreicht werden. Nur durch eine sichere Erkenntnis der Tragweite der vertraglichen Bestimmungen der VOB. und ihres Zusammenhangs mit dem durch die VOB. nicht betroffenen Gesetzesrecht des Bauvertrages kann die Einführung der VOB. auf die Dauer gesichert werden. Daß einzelne Verbesserungen der VOB. möglich und wünschenswert sind, soll dabei nicht bestritten werden. Bedenklich aber erscheint es, wenn bei Abschluß von Bauverträgen sich vielfach die Übung bemerkbar macht, ohne zwingende Notwendigkeit in die besonderen Vertragsbedingungen Bestimmungen aufzunehmen, die mit dem Geiste der VOB. in starkem Widerspruch stehen. Wenn die vorliegende Arbeit dazu beitragen könnte, hier Einhalt zu tun, wäre ihr weiterer Zweck erreicht.

Bei der Behandlung des Stoffes ist darauf Gewicht gelegt worden, die hauptsächlichsten, in der Praxis regelmäßig wiederkehrenden Rechtsfragen zu behandeln, und zwar so, daß sie zur Orientierung des Baufachmannes sowie des Juristen auch da ausreicht, wo die VOB. dem Vertrage nicht zugrunde liegt. Das Sachregister am Schluß soll die Auffindung einzelner Fragen außerhalb des Zusammenhanges der VOB. erleichtern.

Berlin, im Januar 1931. **Dr. Eplinius.**

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort III
Abkürzungen VII

A. Allgemeine Bestimmungen für die Vergebung von Bauleistungen

§ 1 Bauleistungen 1
§ 2 Grundsatz der Vergebung 3
§ 3 Arten der Vergebung 3
§ 4 Vergebung nach Losen, Gesamtvergebung 5
§ 5 Vergebung nach Einheitspreisen, Pauschsumme oder Selbstkosten . . . 5
§ 6 Preisangebots-, Auf- und Abgebotsverfahren 7
§ 7 Mitwirkung der Berufsvertretungen 7
§ 8 Teilnehmer am Wettbewerb 8
§ 9 Die geforderte Leistung 8
§ 10 Besondere Vertragsbedingungen 14
§ 11 Ausführungsfristen 15
§ 12 Vertragsstrafen und Beschleunigungsvergütungen 17
§ 13 Gewährleistung 17
§ 14 Sicherheitsleistung 17
§ 15 Streitigkeiten 18
§ 16 Preisänderungen bei Preisschwankungen 20
§ 17 Zeit der Ausschreibung 21
§ 18 Bekanntgabe der Ausschreibung 22
§ 19 Angebotsfrist 23
§ 20 Zuschlagsfrist 23
§ 21 Kosten der Vergebung 24
§ 22 Inhalt des Angebots 26
§ 23 Öffnung der Angebote 28
§ 24 Prüfung der Angebote 29
§ 25 Verhandlungen mit Bietern 34
§ 26 Das für den Zuschlag zu wählende Angebot 35
§ 27 Aufhebung der Ausschreibung 36
§ 28 Nicht berücksichtigte Angebote 36
§ 29 Zuschlag 37
§ 30 Vertragsurkunde 42

B. Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

Vorbemerkung 44
§ 1 Art und Umfang der Leistung 45
§ 2 Vergütung 47

Seite

§ 3 Ausführungsunterlagen 52
§ 4 Ausführung 53
§ 5 Beginn, Fortführung und Vollendung der Leistung 68
§ 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung 72
§ 7 Verteilung der Gefahr 76
§ 8 Kündigung durch den Auftraggeber 78
§ 9 Kündigung durch den Auftragnehmer 82
§ 10 Haftung der Vertragsparteien 84
§ 11 Vertragsstrafe 98
§ 12 Abnahme 101
§ 13 Gewährleistung 106
§ 14 Rechnung 123
§ 15 Stundenlohnarbeiten 125
§ 16 Zahlung 127
§ 17 Sicherheitsleistung 139
§ 18 Streitigkeiten 143

Anhang

I. Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesen in der Fassung vom 1. April 1929. 155
II. Die Bestimmungen der ZPO. über den Schiedsvertrag 160
III. Tabelle der Anwalts- und Gerichtsgebühren 163

Abkürzungen

A in Verb. mit VOB. oder einem § = Die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergebung von Bauleistungen Din 1960.

B in Verb. mit VOB. oder einem § = Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen Din 1961.

C in Verb. mit VOB. oder einem § = Die Technischen Vorschriften für Bauleistungen Din 1962—1985.

B. = **Bauherr = Auftraggeber.**
U. = **Unternehmer = Auftragnehmer.**
VOB. = **Verdingungsordnung für Bauleistungen.**
Bd. = Band.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
GKG. = Gerichtskostengesetz vom 18. 6. 78 in der Fassung der späteren Abänderungen.
Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
HansRGZ. = Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Kammergericht.
Komm.d.RGR. = Kommentar der Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts.
LeipzZeitschr. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
OLG. = Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
PrOVG. = Entscheidung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
RG. = Reichsgericht-Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RVO. = Reichsversicherungsordnung.
Seuff. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
URG. = Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901.
VO. = Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927.
Warn. = Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
ZPO. = Reichszivilprozeßordnung.

A. Allgemeine Bestimmungen für die Vergebung von Bauleistungen.

A § 1. Bauleistungen.

Bauleistungen sind Bauarbeiten oder Lieferungen von Baustoffen oder Bauteilen, die zur Herstellung oder Instandhaltung eines Bauwerkes dienen.

Bauleistungen sind

1. Bauarbeiten,
2. Lieferung von Baustoffen oder Bauteilen zur
   a) Herstellung,
   b) Instandhaltung

eines Bauwerkes. Bauarbeiten sind nicht gleichbedeutend mit Arbeiten zur Herstellung eines Bauwerkes. Bauarbeiten im Sinne der VOB. sind die darin in Abschnitt C unter I—XXII aufgeführten [1]). Arbeiten zur Herstellung eines Bauwerkes ist der engere Begriff. Deshalb können die lediglich für Bauwerke geltenden Vertrags- oder Gesetzesbestimmungen, wie z. B. § 638, § 648 BGB. nicht auch für alle Bauleistungen Anwendung finden.

Nach der Definition des RG. Bd. 56, S. 41; Bd. 75, S. 377; DJZ. 1910, S. 795 ist Bauwerk „eine unbewegliche durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache, ebenso auch Teile einer solchen Sache". Auch die von den mitwirkenden Bauhandwerkern eingefügten einzeln verdungenen Teilarbeiten gehören dazu (RG. 57, 377; Warn. 1912 Nr. 339; OLG. 36, 79). Dabei brauchen Teilwerke an einem Gebäude, um als Bauwerk (§§ 638, 648) gelten zu können, nicht einen äußerlich hervortretenden, körperlich abgegrenzten Teil des ganzen Baues darzustellen. Sie gehören zu den

[1]) I. Erdarbeiten. II. Maurerarbeiten. IIa. Putz- und Stuckarbeiten. IIb. Estrich- und Fliesenarbeiten. III. Asphalt-, Dichtungs-, Isolierungsarbeiten. IV. Beton- und Eisenbetonarbeiten. V. Steinmetz- und Steinhauerarbeiten. VI. Zimmererarbeiten. VII. Eisenbauwerke, Schmiede- und Kunstschmiedearbeiten. VIII. Dachdeckerarbeiten. IX. Klempner-, Spengler-, Flaschner- und Blechnerarbeiten. X. Tischler- und Schreinerarbeiten (auch Fenster). XI. Schlosser- und Beschlagarbeiten. XII. Glaserarbeiten. XIII. Maler und Anstreicherarbeiten. XIV. Klebearbeiten (Tapete, Linoleum usw.). XV. Ofen- und Herdarbeiten. XVI. Zentralheizungs-, Warmwasserbereitungs-, Kühl- und Lüftungsanlagen. XVII. Be- und Entwässerungsanlagen und Gasleitungen (innerhalb der Grundstücke). XVIII. Elektrische Anlagen (Start- und Schwachstromanlagen). XIX. Blitzschutzanlagen. XX. Brunnenarbeiten. XXI. Steinsetzer- und Pflastererarbeiten. XXII. Gärtnerische Anlagen.

Bauwerken, wenn sie, auf Grund von Werkverträgen geleistet, materielle Bestandteile der Gesamtarbeitsleistung eines Baues bilden (RG. 63, 313). Ganz unbedenklich dürfen daher auch Umarbeiten (Veränderungen oder Erneuerungen) an vorhandenen Gebäuden z. B. die Verstärkung der Belastungsfähigkeit der die Decken tragenden Eisenkonstruktionen durch Anbringung neuer Säulenreihen und Unterzugsträger (RG. JW. 1913, 133[10]; vgl. auch OLG. 43, 76), als Bauwerk beurteilt werden, wenn sie auf Grund eines Werkvertrages geleistet werden und zufolge ihres bestimmungsmäßigen Inhalts und Umfangs für die Konstruktion, sei es des ganzen Gebäudes, sei es eines Gebäudeteils, von wesentlicher Bedeutung sind (RG. JW. 1913, 133[10]; RG. Warn 1916 Nr. 305; 31. 5. 27 VI 99/27). Dabei wird aber der Bauwerksbegriff nicht durch den des Gebäudes erschöpft, weil dies lediglich ein Werk ist, das dazu bestimmt ist, Personen oder Sachen gegen äußere Einflüsse Schutz zu gewähren. Ein Werkvertrag über eine maschinelle Einrichtung und Inbetriebsetzung betrifft nur dann ein Bauwerk, wenn der Unternehmer auch die Fundamentierung und die Verbindung mit den Fundamenten zu besorgen hat (RG. Gruch. 50, 656; 17. 12. 09 III 590/08). Ein artesischer Brunnen oder ein Pumpbrunnen ist in der Regel kein Bauwerk (vgl. RG. 30, 153); ausgenommen jedoch bei hergestellter fester und dauernder Verbindung der Röhren und Maschinenanlagen mit dem Grundstück (RG. JW. 02, Beil. 219[70]). Auch ein Betriebswasserkanal, der aus miteinander durch Mörtel verbundenen Zementröhren und aus gemauerten Einfallschächten (unbeweglichen Sachen) besteht, mit denen die zwischen zwei Schächten liegenden einzelnen Teile der Rohrleitung unter Verwendung von Zement und Mörtel zusammengebaut sind, ist ein Bauwerk im Sinne des § 638 (RG. JW. 1910, 148[11]). Kein Bauwerk ist dagegen eine mit Ketten am Ufer befestigte Schiffsmühle (RG. JW. 08, 431[4]), ebensowenig in der Regel eine Drainage wegen der fehlenden festen Verbindung der Röhren mit dem Erdboden (RG. JW. 08, 657[6]; SeuffA. 67 Nr. 46; Gruch. 53, 81). Kein Bauwerk sind aufgetürmte Sandkippen, schon deswegen nicht, weil sie einem bestimmten Zwecke nicht dienen, noch einen nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung hergestellten Gegenstand bilden (RG. 60, 138 zu § 836). Keine Bauwerke sind Gartenanlagen, weil sie nur in einer Umgestaltung des Erdbodens bestehen (vgl. RG. 30, 153). Die Gartenterrasse kann ein Bauwerk sein. Kein Bauwerk ist die Herstellung eines Bohrlochs in Verbindung mit der Lieferung und Einführung eines Saugrohrs; ebenso kein Bauwerk, sondern nur eine kunstgerechte Veränderung des natürlichen Zustandes von Grund und Boden sind Brunnen, mögen auch die Rohre unten mit Filtern zu versehen und oben an die Saugleitung anzuschließen gewesen sein, dann, wenn die Herstellung von Mauerwerk oder ein wirkliches Bauen nicht erforderlich war (RG. Gruch. 59, 124). Auf den Wert der Anlage oder den Umfang der Arbeiten kommt es für den Begriff des Bauwerks nicht an. Er läßt sich mit Oertmann[1]) auch

[1]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1929, S. 1002.

dahin bestimmen: Ein Werk, das mit einem Grundstück oder Gebäude verbunden und nach seiner typischen Zweckbestimmung unbeweglich ist, und das ferner nicht in einer bloßen Umgestaltung des Bodens selbst bestehen darf.

Auch Abbruchsarbeiten sind Bauarbeiten, nicht aber solche zur Herstellung eines Bauwerks.

A § 2. Grundsatz der Vergebung.

Bauleistungen sind an fachkundige und leistungsfähige Bewerber zu angemessenen[1]) Preisen zu vergeben; hierbei soll der Wettbewerb[2]) die Regel bilden. Ungesunde Begleiterscheinungen[3]) sollen bekämpft werden.

---

1. Die Vorschrift der Vergebung zu angemessenen Preisen soll das Mindestpreisverfahren grundsätzlich ausschalten. Was als angemessen in Betracht kommt, richtet sich nach der Gesamtheit der Verhältnisse, insbesondere nach den vorliegenden konkreten Verhältnissen des Bauvorhabens und der Wirtschaftslage. Vgl. näheres Hasse: Praktische Verdingungsfragen, Bauingenieur 1926, S. 856 und Zentralblatt der Bauverwaltung 1921, Heft 67. Mittel zur Erzielung des angemessenen Preises bieten die übrigen Bestimmungen des Abschnitts A der VOB., insbesondere A § 5, § 9, § 16.

2. Gegensatz des Wettbewerbes ist die freihändige Vergebung. Näheres bestimmt § 8.

3. Bei den ungesunden Begleiterscheinungen ist an alle Auswüchse des Wettbewerbes, Unterbietungen, unlautere Konkurrenzmittel, Angebote zu Schleuderpreisen und auch an Angebote gedacht, die im Wege gegenseitiger Verabredung der Unternehmer zum Zwecke sittenwidriger Ausnutzung des Bauherrn zustande gekommen sind. Vgl. hierüber näheres Erl. zu A § 24 Ziff. 4.

A § 3. Arten der Vergebung.

a) Öffentliche Ausschreibung — öffentliche Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmern zur Einreichung von Angeboten unter Beachtung des vorgeschriebenen Verfahrens — soll stattfinden, wenn nicht die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen.

b) Beschränkte Ausschreibung — Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmern zur Einreichung von Angeboten unter Beachtung des vorgeschriebenen Verfahrens — soll stattfinden, wenn:

1. Bauleistungen nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmern in geeigneter Weise ausgeführt werden, besonders wenn außergewöhnliche Zuverlässigkeit oder Leistungs-

fähigkeit (z. B. Erfahrung, technische Einrichtungen oder fachkundige Arbeitskräfte) erforderlich ist;

2. aus besonderen Gründen (z. B. Dringlichkeit, Geheimhaltung der Leistung) die öffentliche Ausschreibung unzweckmäßig wäre, wenn sie für den Auftraggeber oder Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Mißverhältnis stehen würde, oder wenn die öffentliche Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis gehabt hat.

c) Freihändige Vergebung — Übertragung einer Leistung nach freiem Ermessen des Auftraggebers ohne förmliche Ausschreibung — soll angewandt werden, wenn:

1. die Leistung nach Art und Umfang vorher nicht genau und eindeutig festgelegt werden kann, wenn verhältnismäßig kleinere Leistungen sich von einer vergebenen größeren Leistung nicht ohne Nachteil trennen lassen oder wenn ein günstigeres Angebot nicht zu erwarten ist;

2. für die Vergebung die künstlerische oder technisch-wissenschaftliche Leistung, besondere Kunstfertigung oder Erfahrung des Auftragnehmers maßgebend ist, wenn die Leistung unter Patentschutz steht oder wenn gegen die beschränkte Ausschreibung die gleichen Gründe vorliegen wie bei b) 2 gegen die öffentliche Ausschreibung.

Die Vergebung von Bauaufträgen[1]) und zwar der Bauarbeiten und der Baulieferungen kann erfolgen im Wege der öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung, deren Wesen in A § 3 a und b gekennzeichnet ist, sowie im Wege der freihändigen Vergebung.

a) Nach A § 3 a soll die öffentliche Ausschreibung die Regel bei jeder Vergebung von Bauaufträgen bilden. Der Grund liegt darin, daß einmal die Öffentlichkeit, zumal bei der Vergebung behördlicher Aufträge, ein Interesse daran hat, daß nur der beste Bewerber den Auftrag erhält, und daß dieser möglichst die beste technische Leistung vollbringt. Der freie Wettbewerb aller Unternehmer spornt zur Aufbietung aller Kräfte und Fähigkeiten an und bietet somit Gewähr für technischen Fortschritt. Die Schattenseiten des freien Wettbewerbs sind die Bewerbung unzuverlässiger und ungeeigneter Bewerber, ein Herabdrücken der Preise und eine Verschärfung der Vertragsbedingungen zuungunsten der Unternehmer. Diese Mißstände können wirksam auch nicht durch die VOB. beseitigt werden, sondern lediglich durch einen Zusammenschluß der Unternehmer in Kartellen und Interessenverbänden, soweit solche noch nicht bestehen, durch Schutzabkommen in konkreten Einzelfällen. Bei den vom Reichsverband der Deutschen Industrie vor einigen Jahren

[1]) Vgl. Huber, Das Submissionswesen, 1885; Heller, Das Submissionswesen in Deutschland, 1907; Größle, Das Submissionswesen, im: Handwörterbuch der Staatswissenschaften; Rothacker, Lösung der Verdingungsfrage, 1921.

angestellten statistischen Erhebungen über die in Deutschland vorhandenen Kartelle war die Bauindustrie nicht festzustellen.

b) Die beschränkte Ausschreibung soll nur aus den in A § 3 b 1 und 2 angegebenen Gründen,

c) die freihändige Vergebung aus den ebenda c 1 und 2 genannten Gründen gewählt werden. Auf diese Weise soll den Klagen derjenigen Unternehmer vorgebeugt werden, die zum Wettbewerb nicht herangezogen werden und darin eine ungerechtfertigte Bevorzugung der aufgeforderten Bewerber erblicken.

A § 4. Vergebung nach Losen, Gesamtvergebung.

1. Bauleistungen sollen so vergeben werden, daß eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Gewährleistung erreicht wird; sie sind daher mit den zur Leistung gehörigen Lieferungen zu vergeben, wenn nicht die Verkehrssitte dem entgegensteht.

2. Besonders umfangreiche Leistungen sind möglichst in Lose zu teilen (Teillose).

3. Leistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbezweige sind in der Regel nach diesen getrennt zu vergeben (Fachlose).

4. Gemeinsame Vergebung kann stattfinden bei geringem Umfang der Gesamtleistung oder einzelner Teilleistungen, ferner wenn die Art der Leistung oder eine einheitliche Gewährleistung es erfordert, sowie wenn dadurch ein erheblicher Vorteil für den Auftraggeber zu erwarten ist.

5. An einen Generalunternehmer dürfen die sämtlichen zu einem Bau gehörigen Leistungen nur vergeben werden, wenn örtliche Verhältnisse oder andere wichtige Gründe die Vergebung nach Fachlosen untunlich erscheinen lassen. Der Generalunternehmer ist zu verpflichten, bei der Weitervergebung von Leistungen die Verdingungsordnung für Bauleistungen zugrunde zu legen.

A § 5. Vergebung nach Einheitspreisen, Pauschsumme oder Selbstkosten.

1. In der Regel soll die Leistung zu Einheitspreisen für technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen vergeben werden, deren Menge nach Maß, Gewicht oder Stückzahl vom Auftraggeber anzugeben ist.

2. Für eine Pauschsumme darf eine Gesamtleistung nur vergeben werden, wenn Art und Umfang vorher genau bestimmt und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist.

3. Wenn Art und Umfang der Leistung ausnahmsweise vorher nicht so genau festgelegt werden kann, daß eine einwandfreie Preisberechnung möglich wäre, so ist bei der Vergebung zu bestimmen, wie die Vergütung nach dem Aufwand an Arbeitszeit, Werkstoffen, Bauhilfs- und Betriebsstoffen, Gerätevorhaltung, Geschäftsunkosten und

nach dem Gewinn zu berechnen ist (Vergebung nach Selbstkosten).

---

1. Die Vergebung der Bauleistung zu Einheitspreisen soll die Regel bilden. Der Einheitspreis ist die Vergütung für eine bestimmte Menge Arbeitsleistung (Längen-, Flächen- oder Raummaß, Gewicht oder Stückzahl). Die Menge wird durch den Vordersatz im Verdingungsanschlage ausgedrückt. Der Einheitspreis zerfällt regelmäßig in a) Lohnanteil, b) Frachtanteil, c) Materialanteil, d) Unkosten- und Gewinnanteil. Diese Anteile sind ohne dahingehende Aufforderung in der Ausschreibung im Angebot des Bewerbers nicht anzugeben, sondern haben lediglich Bedeutung für die Kalkulation des Unternehmers. Im Unkostenanteil werden regelmäßig auch solche Unkosten mit eingerechnet werden, für die eine besondere Position nicht vorgesehen ist und die deshalb auf die Gesamtheit der Leistungen umgelegt werden müssen, z. B. Versicherungsprämien, für die Haftpflicht und Risiko.

2. Die Vereinbarung einer Pauschsumme, sei es für die gesamte Bauleistung oder für einzelne Teile derselben, bedeutet die Vereinbarung eines festen Preises in dem Sinne, daß für die Einhaltung desselben vom Unternehmer Gewähr übernommen wird. Eine solche Vereinbarung ist nicht darin zu erblicken, daß die einzelnen Positionen des Kostenanschlages zusammengerechnet werden und die Auftragssumme auf die Gesamtsumme angegeben wird. Vielmehr muß, um eine Vereinbarung auf einen festen Pauschalpreis herbeizuführen, eine ausdrückliche dahingehende Bemerkung in den Vertrag aufgenommen werden. Die Unterscheidung ist bedeutsam für den Fall, daß der Kostenanschlag über- oder unterschritten wird. Liegt eine Vereinbarung auf einen festen Preis nicht vor, so hat im Falle der Unterschreitung der Unternehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf den Minderbetrag, im Falle der Überschreitung des Kostenanschlages jedoch Anspruch auf Vergütung der Mehrleistung. Vgl. B § 2. Ist dagegen eine Pauschalsumme im eigentlichen Sinne d. h. ein fester Preis vereinbart, so kommt die Ersparnis gegenüber dem Kostenanschlage dem Unternehmer zugute und die Mehrleistung ist von ihm selbst zu tragen[1]). In diesem Falle kommt auch die Bestimmung des § 650 BGB., wonach der Bauherr im Falle der Überschreitung des Kostenanschlages den Bauvertrag kündigen kann, nicht in Betracht.

3. Bei der Vergebung nach Selbstkosten wird der Preis grundsätzlich nicht nach Art und Umfang, wie bei der Vergebung zu Einheitspreisen, sondern nach dem tatsächlichen Aufwand an Arbeitszeit, Baumaterialien und Geräten, Allgemeinunkosten nebst Gewinnzuschlag bemessen. Der Vorgänger dieser Vertragsart ist der Kolonialvertrag. Der Selbstkostenvertrag kann durch eine Stichsumme modifiziert werden, der die Bedeutung zukommt, daß bei Über- oder Unterschreitung der-

[1]) Vgl. Hasse, Bauingenieur 1926, S. 673.

selben durch die Selbstkosten die beiden Vertragsteile in einer jeweils zu vereinbarenden Weise an der Differenz beteiligt sind.

Die Preisvereinbarungen zu 1 und 2 können in Zeiten außergewöhnlicher Preisschwankungen durch die Vereinbarung von Gleitpreisen modifiziert werden, bei welcher jedoch eine bestimmte Gleitformel festzulegen ist. Diese muß bestimmen, in welcher Weise sich Einheits- oder Pauschalpreise verändern sollen, wenn z. B. der Lohnsatz, Preise für die hauptsächlich zur Verwendung gelangenden Baumaterialien, — allein oder zusammen — oder die Lebenshaltungsindexziffer sich verändern. Ohne die Vereinbarung von Gleitpreisen entstehen bei erheblichen Preisschwankungen nicht unerhebliche rechtliche Schwierigkeiten in bezug auf die Frage der Vergütung des Unternehmers für Preismehraufwendungen gegenüber dem Kostenanschlage. Vgl. hierüber die Erläuterungen zu B § 2 Abs. 3 S. 49 ff.

A § 6. Preisangebots-, Auf- und Abgebotsverfahren.

1. Der Bewerber soll die von ihm geforderten Preise angeben, insbesondere bei Vergebung nach Einheitspreisen diese in das Leistungsverzeichnis einsetzen (Preisangebotsverfahren).

2. Das Auf- und Abgebotsverfahren, bei dem die Preise vom Auftraggeber bestimmt und dem Auf- und Abgebot der Bewerber unterstellt werden, ist zu vermeiden. Es darf nur ausnahmsweise bei regelmäßig wiederkehrenden Unterhaltungsarbeiten an Gebäuden angewandt werden.

---

1. Durch die Einsetzung der Preise in die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses soll der Bauherr in die Lage versetzt werden, die Preise der verschiedenen Bewerber gegeneinander zu vergleichen. Sie macht damit die eingesetzten Preise unmittelbar zum Vertragsinhalt und ermöglicht eine reibungslosere Abrechnung, besonders im Falle der Auflösung des Vertrages vor Beendigung der Arbeiten.

2. Demgegenüber führt das Auf- und Abgebotsverfahren zu besonders willkürlichen Angeboten und damit häufig zu unzuverlässigen Bauleistungen. Verringert ist diese Gefahr bei regelmäßig wiederkehrenden Gebäudeunterhaltungsarbeiten, bei denen die Bauleistung weniger kompliziert und deshalb leichter übersehbar ist.

A § 7. Mitwirkung der Berufsvertretungen.

Ist die Mitwirkung von besonderen Sachverständigen zweckmäßig, um die Ausschreibung vorzubereiten oder die geforderten Preise und Stundenlohnsätze zu prüfen oder die vertragsmäßige Ausführung der Leistung festzustellen, so sollen sie in der Regel von den Berufsvertretungen vorgeschlagen werden; die Sachverständigen dürfen weder mittelbar noch unmittelbar an der betreffenden Vergebung beteiligt

sein. Die Berufsvertretung selbst ist in geeigneten Fällen um unentgeltliche gutachtliche Äußerung zu ersuchen, wenn sie sich hierzu erboten hat.

A § 8. Teilnehmer am Wettbewerb.

1. Bei öffentlicher Ausschreibung sind die Unterlagen an alle inländischen Bewerber abzugeben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen. Bei unbekannten Bewerbern kann ein entsprechender Nachweis gefordert werden. Der Wettbewerb soll nicht auf Angehörige einzelner Länder, Provinzen oder Gemeinden des Deutschen Reiches beschränkt werden; ausnahmsweise ist in besonderen Fällen die Beschränkung der öffentlichen Ausschreibung auf die in einem bestimmten Bezirk ansässigen Unternehmer zulässig.

2. Bei beschränkter Ausschreibung sollen im allgemeinen 3 bis 6 Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Wenn umfangreiche Vorarbeiten von den Bewerbern verlangt werden, die einen besonderen Aufwand erfordern, soll die Zahl der Bewerber möglichst eingeschränkt werden.

3. Bei freihändiger Vergebung und beschränktem Wettbewerb soll unter den selbständigen, zuverlässigen und leistungsfähigen Gewerbetreibenden möglichst gewechselt werden.

4. Strafanstalten, Fürsorgehäuser und ähnliche Anstalten sind im Wettbewerb mit gewerblichen Auftragnehmern nicht zuzulassen.

A § 9. Die geforderte Leistung.

1. Die geforderte Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, daß alle Bewerber sie im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. Dem Unternehmer soll kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände oder Ereignisse, auf die er keinen Einfluß hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann.

2. Die Beschreibung der Leistung geschieht zweckmäßig in Form eines Leistungsverzeichnisses. Um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen und die vergleichende Prüfung der Angebote zu erleichtern, ist die Leistung derart zu zerlegen, daß unter einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind. Die Zusammenfassung ungleichartiger Leistungen unter einer Ordnungszahl (Sammelposition) ist nur zulässig, wenn eine Teilleistung gegenüber einer anderen für die Bildung eines Durchschnittspreises ohne nennenswerten Einfluß ist. Für die Einrichtung größerer Baustellen mit Maschinen, Geräten, Baracken u. dgl. sind besondere Ansätze vorzusehen. Wenn vom Auftragnehmer besondere Leistungen verlangt werden, die nach den Technischen Vorschriften oder der Verkehrssitte nicht unmittelbar zur Leistung gehören, wie z. B. verantwortliche Beaufsichtigung der Leistungen anderer Unternehmer, Prüfung vom Auftraggeber gelieferter Werkstoffe, besondere Schutzmaßnahmen gegen Witterungsschäden und Grundwasser, Sicherungsmaßnahmen zur Unfallverhütung für Leistungen verschiedener Auftragnehmer oder Versicherung der Leistung bis zur Abnahme zugunsten des Auftraggebers, so sind auch hierfür besondere Ansätze vorzusehen. (z. B. Haftpflichtversicherung)

3. Alle Umstände, die die Preisberechnung beeinflussen, sind anzugeben. Nötigenfalls ist die Leistung zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder in anderer Art zu klären, z. B. durch Hinweis auf ähnliche Leistungen, durch Massen- oder statische Berechnungen, durch Angaben über Boden- und Wasserverhältnisse, über Zugangswege, notwendige Verbindungswege zwischen Arbeitsplätzen und der vorgeschriebenen Lagerstelle, über Plätze für Unterkunftsbaracken, Lagerplätze, Anschlußgleise, benutzbare Wasserstellen oder Stromanschlüsse und etwa für solche Einrichtungen zu zahlende Gebühren. Die Zeichnungen und Proben, die für die Ausführung maßgebend sein sollen, sind eindeutig zu bezeichnen.

4. Leistungen oder Aufwendungen, die nach den Technischen Vorschriften, den besonderen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte zu der geforderten Leistung gehören (Teil B § 1 Abs. 2), brauchen nicht besonders aufgeführt werden.

5. Bei Beschreibung der Leistung sind die im Handel und Verkehr üblichen Bezeichnungen anzuwenden.

6. Bestimmte Ursprungsorte oder Bezugsquellen sind nur dann vorzuschreiben, wenn hierfür wichtige Gründe vorliegen.

7. Werkstoffe und andere Waren ausländischen Ursprungs dürfen nicht verwendet werden, wenn sie in geeigneter Beschaffenheit zu angemessenem Preise im Inland erzeugt werden.

8. Nebenangebote zur Auswahl unter verschiedenen Ausführungsmöglichkeiten sind nur zu fordern, wenn es aus wichtigen Gründen geboten ist.

---

1. Abs. 1 enthält einen allgemeinen Grundsatz, der späteren Streitigkeiten vorbeugen soll. Die Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses ist rechtlich grundsätzlich zulässig, wenn der U. das Wagnis auch als solches erkennt. Jedoch kann die Übernahme des Wagnisses dann zur Ungültigkeit der fraglichen Vertragsbestimmung, ja des ganzen Bauvertrages führen, wenn die Auferlegung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise durch Ausnutzung der wirtschaftlichen Vormachtstellung des B., der für das Unternehmertum allgemein ungünstigen oder der besonderen für den fraglichen U. ungünstigen Wirtschaftslage erfolgt. Die

reichsgerichtliche Rechtsprechung[1]) hat den Normalvertragsbedingungen von Vereinigungen der Spediteure und Fuhrunternehmer, die durch ihren Zusammenschluß eine Monopolstellung gegenüber dem auf sie angewiesenen Verkehr erlangt haben, die Rechtswirksamkeit versagt, weil sie die Zwangslage des Publikums in einer Weise ausgenutzt haben, die mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Teile des Volkes in Widerspruch stehen. Dieselben Grundsätze werden auch anzuwenden sein, wenn für einen örtlich oder sachlich begrenzten Kreis des Baugewerbes die für Vergebung von Bauaufträgen maßgebenden privaten oder fiskalischen Stellen tatsächlich eine Art Monopolstellung einnehmen, so daß sie dem so gut wie ausschließlich auf sie angewiesenen Unternehmertum die Vertragsbedingungen diktieren können und dies als ein Verstoß gegen die guten Sitten erscheint. Soweit das Gebiet der behördlichen Bauaufträge, die auf Grund von Normalbauverträgen vergeben werden, in Frage kommt, sind es besonders Bestimmungen über die Ausschaltung gesetzlicher Vorschriften zuungunsten des U., über die Haftpflicht gegenüber Dritten, die Beschränkung des Widerspruchsrechts des U. gegen Anordnungen des B. oder gegen die Endabrechnung, über die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten oder Garantieverpflichtungen des U., die in den Kreis der Erörterung über ihre Unsittlichkeit im oben dargelegten Sinne treten können.

Der Auftraggeber hat nicht nur nach A § 9 Abs. 3 alle Umstände für die Preisberechnung anzugeben, sondern dem U. auch alle sonstigen Umstände für das Risiko der Arbeitsausführung, für bestehende oder zu erwartende Hindernisse bei derselben mitzuteilen. Eine solche Mitteilungspflicht besteht nicht nur bei positiver Kenntnis des Auftraggebers, sondern auch in bezug auf dahingehende Befürchtungen und Vermutungen seinerseits. So KG. Urteil vom 14. 7. 1909 DJZ. 1910 S. 84.

Treten aber bei der Arbeitsausführung Hindernisse oder Erschwernisse ein, die von keinem der beiden Vertragsschließenden auch bei Aufwendung sorgfältigster Vorprüfung vorhergesehen werden konnten, wie Erdrutschungen, unvorhersehbare Bodenbeschaffenheit, Auftreten artesischen Wasserdrucks anstelle des erwarteten normalen Wasserspiegels und dergleichen, so wird die rechtliche Bedeutung dieser Umstände je nach der Art der Preisvereinbarung verschieden zu beurteilen sein. Bei der Vergebung der Arbeiten zu Selbstkosten, A § 5 Abs. 3, dürften sich grundsätzliche Schwierigkeiten kaum ergeben; anders jedoch bei Vergebung zu einem festen Pauschpreis oder auch zu Einheitspreisen.

In diesem Falle ist folgendes zu sagen:

Die Bestimmung des B. § 2 der VOB. reicht zur Beantwortung der auftauchenden Streitfragen nach der Bezahlung der Mehrleistung des U. nicht aus. Das Reichsgericht hat in den Entscheidungen vom 27. 9. 1918 JW. 1919 S. 35 und vom 26. 4. 1912 JW. 1912 S. 743 ausgeführt, daß der Auftraggeber schadenersatzpflichtig sei, wenn er dem U.

[1]) RG. Bd. 99, S. 109, Bd. 103, S. 82, Bd. 115, S. 218.

vor dem Vertragsschluß fahrlässig positive falsche Angaben über derartige wesentliche Umstände gemacht, oder wenn er solche Umstände wissentlich verschwiegen habe. Unrichtig erscheint aber die Ausführung des RG. in der Entscheidung vom 27. 9. 1918, wenn es dem U. das Risiko für Umstände der angegebenen Art aufbürdet mit der Begründung, den B. treffe eine Verpflichtung zu einer genaueren Untersuchung der Bodenverhältnisse nicht. Der richtige Standpunkt dürfte vielmehr dahingehen, dem B. die Mehrkosten für die Bewältigung der ohne Verschulden eines Vertragsteils unvorhergesehenen Umstände aufzuerlegen. Der Weg hierzu ergibt sich aus dem Grundsatz des § 650 BGB., welcher bestimmt, daß dem U. Anspruch auf die tatsächlich ausgeführte Leistung zustehe, wenn dem Vertrage ein Kostenanschlag zugrunde gelegt worden ist, ohne daß der U. für die Richtigkeit desselben Gewähr übernommen hat und wenn der Besteller den Vertrag kündigt, weil eine wesentliche Überschreitung des Kostenanschlages zu erwarten sei. Zu einer solchen Kündigung ist der Auftraggeber bekanntlich auch ohne besonderen Grund jederzeit berechtigt gegen Bezahlung der vereinbarten Vergütung unter Abzug der Ersparnis des U. Der Zweck der Vorschrift des § 650 BGB. ist[1]) der, daß der Besteller davor geschützt werden soll, für ein Werk mehr ausgeben zu müssen, als veranschlagt worden ist. Die Vorschrift wäre somit gegenstands- und sinnlos, wenn bei Überschreitung des Kostenanschlags nach Ansicht des Gesetzgebers nicht dem Auftraggeber die Verpflichtung zur Vergütung der Mehrleistung obläge. Aus dem Grundsatz des § 650 BGB. läßt sich somit die Regel entnehmen, daß Mehrleistungen mangels abweichender Vereinbarungen im Vertrage vom B. zu bezahlen sind.

Die Unrichtigkeit der genannten Reichsgerichtsentscheidung vom 27. 9. 1918 folgt übrigens auch aus der analogen Anwendung des § 645 BGB., welcher bestimmt, daß der U., wenn das Werk vor der Abnahme infolge eines von dem Besteller gelieferten Stoffes untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne daß hierbei ein vom U. zu vertretender Umstand mitgewirkt hat, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und die darin nicht inbegriffenen Auslagen verlangen könne. Es wird allerseits anerkannt[2]), daß unter den vom Besteller „gelieferten Stoffen" auch unbewegliche Sachen, also der Grund und Boden verstanden werden müssen, die vom B. zur Verfügung gestellt werden, oder in denen die Bauleistungen ausgeführt werden müssen. Damit ist für den Fall, daß das Werk infolge Mangelhaftigkeit des Stoffes „untergegangen, verschlechtert oder unausführbar" geworden ist, das Risiko dem B. auferlegt. Man wird also als Ansicht des Gesetzgebers annehmen dürfen, daß dieses Risiko den B. auch dann trifft, wenn infolge der Schwierigkeit (Mangelhaftigkeit) der Bodenverhältnisse eine Erschwerung der Ausführung eingetreten ist, die nur durch Mehrleistungen des U. zu beheben ist.

[1]) Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs zum § 650 BGB.

[2]) Vgl. die Kommentare von Staudinger, Oertmann und Planck zu § 645 BGB., OLG. Nürnberg, Recht 1910, Nr. 28, 13.

Was die Höhe des Mehrleistungsanspruchs des U. anlangt, so bestimmt § 632 Abs. 2 BGB., daß für eine Leistung in Ermangelung einer Vereinbarung die taxmäßige und in Ermanglung einer Taxe die übliche, d. h. angemessene Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Enthält der Kostenanschlag Einheitspreise für die Art der in Frage kommenden Mehrleistung, so wird dieser Einheitspreis ohne weiteres maßgebend sein.

Einzuschränken ist das Gesagte über das Risiko für Mehrleistungen dann, wenn der U. gegenüber dem B. allein als sachkundig in Bezug auf die Prüfung der Boden- und Wasserverhältnisse anzusehen ist und er, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, dafür Gewähr (Garantie) übernommen hat, daß die Bauleistung auf Grund der der Ausschreibung zugrunde liegenden Unterlagen durchführbar ist. Eine solche Gewähr kann sehr wohl — braucht aber nicht unbedingt — in der Erklärung des U. liegen, daß ihm Untergrund-, Boden- und Wasserverhältnisse bekannt seien [1]). Durch dieses Anerkenntnis wird der B. jedoch seiner Mitteilungspflicht nicht enthoben, vielmehr ist er durch das Anerkenntnis vor Ansprüchen des U. nur dann geschützt, wenn er seiner Aufklärungspflicht nach besten Kräften nachgekommen ist. Eine weitere Einschränkung des Gesagten über das Risiko des B. für Mehrleistungen infolge unvorhergesehener Boden- und Wasserverhältnisse ist zu machen, wenn der U. auch ohne Abgabe des vorstehend erwähnten Anerkenntnisses schuldhaft handelt. Wenn z. B. dem U. vor Auftragserteilung Gelegenheit zur Prüfung und Untersuchung gegeben worden ist und die Feststellung der später angetroffenen Verhältnisse in der dem U. zur Verfügung stehenden Zeit mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln normalerweise möglich war, trifft den U. ein Verschulden hinsichtlich der Prüfung und Untersuchung, wenn er die hindernden Umstände nicht festgestellt hat, und er hat deren Folgen selbst zu tragen.

Trifft außerdem den B. Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Bezug auf seine Mitteilungspflicht über das Vorliegen hindernder Umstände, so trifft beide Vertragsteile je nach dem Grad ihres Verschuldens auch das Risiko für die Mehrkosten.

Grundlage für diese Regeln ist § 157 BGB., wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Zwar liegt während der Ausschreibung und vor dem Zuschlag ein Vertragsverhältnis noch nicht vor. Für die Auslegung des später zustandekommenden Vertrages erfordert es aber Treu und Glauben, beim Auftreten unvorhergesehener Hindernisse die vor Vertragsschluß liegenden Handlungen der Vertragsparteien zu berücksichtigen. So RG. vom 27. 9. 1918 VII 95/18 und JW. 1919 S. 35.

2. Der Gegenstand der vom U. auszuführenden Bauleistung muß, um die beiderseitigen Vertragspflichten gegenständlich festzulegen, genau angegeben werden. Dies geschieht durch die Zergliederung der

[1]) Über die beschränkte Wirksamkeit derartiger Vereinbarungen vergleiche S. 10.

Bauleistung im Leistungsverzeichnis. Eine erschöpfende Zergliederung ist häufig genug schwer, weshalb sich schwerwiegende Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien hinsichtlich der Bezahlung ergeben können. Gleichartige Teile der Bauleistung werden, soweit Vergebung zu Einheitspreisen in Betracht kommt, im Leistungsverzeichnis unter einer Ordnungszahl zusammengefaßt, aus der sich der Umfang der betreffenden Teilleistung nach Menge, Maß oder Gewicht ergibt, so daß im Angebot des Bewerbers der Einheitspreis und der Gesamtpreis lediglich eingesetzt zu werden braucht. Auch bei Vergebung zu einem Pauschpreise oder zu Selbstkosten ist eine Zergliederung der Leistung notwendig, um ihren Inhalt genau festzulegen und auf diese Weise Gewähr dafür zu schaffen, daß die Bauleistung in der vom B. beabsichtigten Weise ausgeführt wird. Normalerweise müßte jeder Verdingungsanschlag in 3 Teile zerlegt werden:

1. die Baustelleneinrichtung,
2. das eigentliche Leistungsverzeichnis, d. h. die Zergliederung der dem U. zu übertragenden Bauleistung,
3. die Baustellenabräumung.

1 und 3 sind wieder einzuteilen in

a) Transport der Geräte und Werkzeuge,
b) Einrichtungs- bzw. Abräumungsarbeiten auf der Baustelle.

VOB. A § 9 sieht eine Trennung der eigentlichen Leistung von der Baustelleneinrichtung nur für größere Baustellen vor.

Keiner besonderen Aufführung im Leistungsverzeichnis bedürfen Arbeiten, Lieferungen oder Vorhalten von Geräten und Werkzeugen, die nach den technischen Bedingungen (VOB. C) vertraglich selbst schon unmittelbar zur Bauleistung gehören [1]). Dagegen sind besondere Nebenleistungen, die nach VOB. C oder nach der Verkehrssitte nicht unmittelbar zur Leistung gehören, durch eine besondere Position in das Leistungsverzeichnis aufzunehmen. Die im letzten Satz des A § 9 Z. 2 aufgeführten Beispiele sind noch zu ergänzen durch die Anführung des Haftpflichtrisikos des U., wenn die Ausführung der Bauleistung erfahrungsgemäß Haftpflichtansprüche Dritter mit sich bringt. Besonders gehört hierher das Haftpflichtrisiko, das ohne Verschulden bei der Bauausführung für B. und U. z. B. bei der Ausführung von Untergrundbahnbauten in Großstädten besteht.

Der Wert des Leistungsverzeichnisses und der Preisansätze für die einzelnen Positionen beschränkt sich nicht nur auf die Möglichkeit der Prüfung der verschiedenen Angebote nach erfolgter Ausschreibung, sondern sie ermöglichen auch nach erfolgter Zuschlagserteilung die genaue Beobachtung des Arbeitsfortschritts sowie eine zuverlässigere Abrechnung, wenn die Bauleistung vor ihrer Vollendung aus irgendeinem Grunde, sei es Kündigung, Arbeitseinstellung und dergleichen, abgerechnet werden muß. Allerdings verbleibt auch in diesem Falle die Schwierigkeit der anteilmäßigen Verrechnung der Kosten für Baustelleneinrichtung und -abbruch

[1]) Vgl. Ziff. 4 A § 9.

sowie Allgemeinunkosten, wenn im Verdingungsanschlag besondere Ansätze dafür nicht vorhanden sind.

3. Die Preisberechnung hängt nicht nur von Art und Umfang der Leistung selbst, sondern auch von außerhalb derselben liegenden Umständen ab, von denen der Abschnitt 3 Beispiele anführt. Das Haftpflichtrisiko gegenüber Dritten gehört ebenfalls dahin, wenn erfahrungsgemäß mit Haftpflichtansprüchen infolge der Ausführung der Bauleistung gerechnet werden kann. Inwieweit den B. eine Verpflichtung zur Mitteilung und den U. zur Prüfung derartiger preisbeeinflussender Umstände trifft, ist bereits unter Ziff. 1 dargelegt. Besonders wichtig ist für alle Erdarbeiten die Angabe der zu bearbeitenden Bodenart, ob es sich um leichten, mittelschweren oder schweren Boden oder Gesteinsboden handelt. Als preisbeeinflussende Umstände kommen nur solche in Frage, die objektiv von jedem Bewerber zu berücksichtigen sind. Nicht gehören solche dazu, die nur für die Kalkulation des Einzelnen zu beachten sind, wie Gerätemiete und -abschreibung, Frachten, Betriebstoffe und dergl.

4. Vgl. Ziff. 2. Nach C. VOB. I. B 9 gehören z. B. Arbeiten wie Stützung und Unterfangung gefährdeter Gebäude Dritter zu den zur Bauausführung gehörenden Verpflichtungen. In Wirklichkeit ist dies eine Nebenleistung, die häufig genug von großem Umfange und erheblichen Kosten sein kann, so daß größte Vorsicht geboten ist, weil es dem U. nicht zugemutet werden kann, derartige Leistungen ohne besonderen Preisansatz zu übernehmen.

5. Bei der Beschaffung von Werkstoffen und Geräten ist der U. hinsichtlich Beschaffenheit, Güte und Anlieferung zumeist an die Normen und Lieferungsbedingungen der Lieferverbände gebunden. Aus diesem Grunde kann die Vorschrift zur abweichenden Beschaffung im Bauvertrage eine unbillige Härte bedeuten, die nicht ohne wichtigen Grund dem U. zugemutet werden soll. Über die Möglichkeit der Rechtsungültigkeit derartiger Auflagen siehe S. 10.

A § 10. Besondere Vertragsbedingungen.

1. In den Ausschreibungsunterlagen ist vorzuschreiben, daß die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen und die Technischen Vorschriften für Bauleistungen Bestandteil des Vertrages werden.

2. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen und die Technischen Vorschriften bleiben grundsätzlich unverändert. Sie sind, wenn es für den Einzelfall erforderlich ist, durch besondere Vertragsbedingungen zu ergänzen; Abweichungen sollen sich auf die Fälle beschränken, in denen besondere Vereinbarungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen ausdrücklich vorgesehen sind.

3. Die besonderen Vertragsbedingungen sollen, soweit im Einzelfalle erforderlich, Bestimmungen enthalten über:

a) die Ausführungsfristen (A § 11 u. B § 5),
b) etwaige Vertragsstrafen und Beschleunigungsvergütungen (A § 12 u. B § 11),
c) etwaige Abänderungen der Verjährungsfrist für die Gewährleistung (A § 13 u. B § 13),
d) etwaige besondere Bestimmungen über die Abrechnung (B § 14),
e) etwaige besondere Zahlungsbedingungen und über die zahlende Kasse (B § 16),
f) etwa geforderte Sicherheitsleistungen (A § 14 und B § 17),
g) etwaige Abänderungen der Allgemeinen Vertragsbedingungen über Streitigkeiten (A § 15 und B § 18),
h) etwaige Bestimmungen, ob der Auftrag ganz oder teilweise an Dritte übertragen werden darf (B § 4 Ziff. 10),
i) etwaige Preisänderungen bei Preisschwankungen (A § 16).

---

1. Ohne die vorgeschriebene Vereinbarung der Allgem. Vertragsbedingungen der VOB. sowie der Technischen Vorschriften der VOB. werden diese nicht zum Vertragsinhalt und es gelten die gesetzlichen Bestimmungen des BGB. Wird gemäß A § 30 eine besondere Vertragsurkunde aufgenommen, so muß die Bestimmung, daß die Abschnitte B und C der VOB Bestandteile des Vertrages werden, nochmals in den Vertrag aufgenommen werden.

2. Soweit nicht besondere Abweichungen aus A § 10 Ziff. 3 oder sonst aus B der VOB. sich ergeben, sollen die letzteren Vorschriften unverändert bleiben, weil sonst die geschaffenen Vorteile der VOB. wieder beseitigt werden können. Dies ist zum Nachteile des U. verschiedentlich durch abweichende Vereinbarungen in den besonderen Vertragsbedingungen geschehen. Ja, es macht sich seit Aufstellung der VOB. im Jahre 1925 geradezu die Übung bemerkbar, in den besonderen Bedingungen einen Abschnitt aufzunehmen, der alle Abänderungen einzelner Bestimmungen der VOB. enthält.

Werden in den besonderen Vertragsbedingungen Änderungen gegenüber den Allgemeinen oder Technischen Bedingungen vorgenommen, so empfiehlt sich ein ausdrücklicher Hinweis auf die aufgehobene Vorschrift der letzteren, damit Zweifel über ihre Weitergeltung ausgeschaltet werden.

A § 11. Ausführungsfristen.

Die Fristen für die Ausführung der Leistung sind ausreichend zu bemessen unter Berücksichtigung der Jahreszeit, der Arbeitsverhältnisse und etwaiger besonderer Schwierigkeiten der Leistung. Außergewöhnlich kurze Fristen sind nur bei Dringlichkeit vorzusehen. Wenn ein erhebliches Interesse des Auftraggebers es erfordert, sind Einzelfristen für in sich abgeschlossene Teilleistungen zu bestimmen. Wird ein Baufristenplan aufgestellt, damit die Leistungen aller Unternehmer

sicher ineinandergreifen, so sollen nur die für den Fortgang der Gesamtarbeit besonders wichtigen Fristen als vertragliche Teilfristen bezeichnet werden. Ist die Übergabe von Zeichnungen oder anderen Unterlagen für die Einhaltung der Ausführungsfrist wichtig, so soll dieser Zeitpunkt ebenfalls festgelegt werden.

Die Ausführungsfristen werden entweder in einen besonders aufgestellten, oder in die besonderen Vertragsbedingungen aufgenommenen Bauplan oder Bauprogramm aufgenommen, das die nähere Art und Weise der Bauausführung und die Reihenfolge der Teilleistungen vorsieht. Sie zerfallen in

1. Baustelleneinrichtung,
2. die Ausführung der Bauarbeiten selbst,
3. die Baustellenabräumung.

Für die Bemessung der Ausführungsfristen der einzelnen Teile des Bauprogramms sind vorwiegend maßgebend:

a) die Arbeits- und Betriebszeit,
b) der Zeitaufwand für Baustellenaufschließung und -einrichtung,
c) die Leistungsfähigkeit der Geräte.

Dabei wird die Arbeitsleistung selbst nach den aufzuwendenden Arbeitszeiten bemessen und regelmäßig der Kalendermonat mit 25 Arbeitstagen eingesetzt. Für Bauarbeiten im Freien sind jährlich 50 Tage Arbeitsausfall infolge Frost und sonstiger Witterungserschwernisse einzurechnen[1]). Im übrigen wird selbstverständlich die Ausführungszeit auch von den jeweiligen Sonderumständen des einzelnen Bauvorhabens beeinflußt.

Grundsätzlich sind die im Bauprogramm vorgesehenen Zeiten nicht ohne weiteres Fristen im Rechtssinne, sondern Richtlinien, ihre Nichteinhaltung zieht Rechtsfolgen nicht ohne weiteres nach sich; jedoch können bei erheblichem Interesse des B. Einzelfristen vorgesehen werden, besonders wenn das gesamte Bauvorhaben mit Hilfe verschiedener selbständiger Unternehmer durchgeführt wird, deren Leistungen voneinander abhängen und zeitlich ineinandergreifen. Werden für abgeschlossene Teilleistungen Einzelfristen bestimmt, so treten bei Nichteinhaltung derselben die Verzugsfolgen bei kalendermäßiger Fristbestimmung ohne weiteres, bei sonstiger Fristbestimmung auf Anmahnung ein (§ 284 BGB.). Der Bauherr hat somit hier die Möglichkeit vor Beendigung der Bauleistung einen Leistungsverzug des U. festzustellen und seine Maßnahmen z. B. Fristsetzung und Entziehung des Auftrages (vgl. B § 4 Ziff. 9) zu ergreifen. Umgekehrt hat auch der U. die Möglichkeit, weil er nicht nur die Pflicht sondern auch ein Recht auf Einhaltung der Baufristen hat, seine Rechte zu wahren, wenn die Nichteinhaltung der Fristen durch den B. oder seine anderen Unternehmer verursacht wird. Die Übergabe von für die Ausführungsfristen wichtigen Unterlagen soll festgelegt

[1]) Vgl. Janssen, Der Bauingenieur in der Praxis, S. 343; Eckert, Kostenberechnung im Tiefbau, S. 5/6.

werden, weil die Ausführungsfristen erst von der Übergabe an beginnen können, wenn die Ausführung ohne die Übergabe nicht möglich ist. Im übrigen siehe wegen der Folgen der Nichteinhaltung der Vertragsfristen die Erläuterungen zu B § 5.

A § 12. Vertragsstrafen und Beschleunigungsvergütungen.

1. Vertragsstrafen sind nur auszubedingen, wenn die Überschreitung der Ausführungsfrist erheblichen Nachteil verursachen würde. Die Strafe ist in angemessenen Grenzen zu halten.

2. Beschleunigungsvergütungen sind bei der Vergebung nur vorzusehen, wenn die Fertigstellung vor Ablauf der Ausführungsfrist erheblichen Vorteil bringen würde.

---

1. Wegen Vertragsstrafe siehe Erl. zu B § 11.

2. Beschleunigungsvergütungen d. h. Sonderleistungen des B. für beschleunigte Arbeitsausführung sollen grundsätzlich nicht vereinbart werden, um nicht eine Prämie für mangelhafte und leichtfertige Arbeit auszusetzen.

A § 13. Gewährleistung.

Auf Gewährleistung über die Abnahme hinaus soll verzichtet werden bei Bauleistungen, deren einwandfreie, vertragsmäßige Beschaffenheit sich bei der Abnahme unzweifelhaft feststellen läßt und bei denen auch später keine Mängel zu erwarten sind.

Über Gewährleistung siehe B § 13. Der Verzicht kann erst nach der Abnahme der einwandfreien Bauleistung ausgesprochen werden. Er ist unwirksam, wenn der U. arglistig einen Mangel verschweigt. § 637 BGB.

A § 14. Sicherheitsleistung.

1. Auf Sicherheitsleistung soll ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht zu erwarten sind oder wenn der Auftragnehmer hinreichend bekannt ist und genügende Gewähr für die vertragsmäßige Leistung und die Abstellung etwa auftretender Mängel bietet.

2. Die Sicherheit soll nicht höher bemessen und ihre Rückgabe nicht für einen späteren Zeitpunkt vorgesehen werden, als nötig ist, um den Auftraggeber vor Schaden zu bewahren. Sie soll fünf vom Hundert der Auftragssumme nicht überschreiten. Wenn bei der Abnahme die Leistung nicht beanstandet wird, soll die Sicherheit ganz oder zum größeren Teil zurückgegeben werden.

Vgl. über Sicherheitsleistung B § 17.

A § 15. Streitigkeiten.

In den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (B § 18) ist das Schiedsgerichtsverfahren vorgesehen, da es bei Streitigkeiten aus Bauverträgen meist auf die Feststellung und Beurteilung von Tatsachen durch Sachverständige ankommt. Soll der ordentliche Rechtsweg vorbehalten bleiben, so ist dies in den Besonderen Vertragsbedingungen ausdrücklich zu bestimmen.

Grundsätzlich sind Rechtsstreitigkeiten nach dem Gesetz im ordentlichen Rechtswege auszutragen. Das Schiedsgerichtsverfahren kommt für Bauverträge auf Grund der VOB. nur dann zur Anwendung, wenn die Bestimmung von B § 18 Ziff. 4 aufgenommen wird. Um den ordentlichen Rechtsweg vorzubehalten, ist entgegen A § 15 S. 2 kein ausdrücklicher Vorbehalt, sondern lediglich die Streichung der Schiedsgerichtsklausel notwendig.

Die Zweckmäßigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens für Streitigkeiten aus Bauverträgen ist nicht zweifelsfrei. Kaum jemals spielen Rechtsfragen überhaupt keine Rolle. Die Bevorzugung des Schiedsgerichtsverfahrens für Streitigkeiten auf technischem Gebiet erklärt sich weniger aus den besonderen Vorzügen des Schiedsgerichtsverfahrens, als aus den Mißständen des ordentlichen Rechtsweges, die dieser gerade auf dem Gebiete der technischen Streitigkeiten aufweist. Die Ursache ist, daß der allein juristisch vorgebildete Richter, zumal wenn er auf dem Gebiet des Bauwesens keine spezielle Erfahrung hat, den dem Streit zugrunde liegenden Sachverhalt nicht immer restlos zu erkennen vermag. Verschärft werden die sich hieraus ergebenden Mißstände dadurch, daß, wenn beide Vertragsteile Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches sind, in erster Instanz die Kammer für Handelssachen des Landgerichts zuständig ist, die mit einem Juristen als Vorsitzenden und zwei Laienrichtern besetzt ist. Die letzteren gehören überwiegend dem Handelsstande an. Eine Kenntnis der Verhältnisse auf technischem Gebiet muß ihnen normalerweise abgehen; auch fehlt ihnen die berufsmäßige Schulung des Juristen, sich in fremde Tatsachenverhältnisse einzuleben. Der Vorsitzende ist deshalb zumeist auf Gutachten Sachverständiger angewiesen, wobei Schwierigkeiten entstehen, wenn nicht die für die speziellen Streitfragen zuständigen Sachverständigen ausgewählt werden. Demgegenüber besitzt das Schiedsgericht keineswegs überwiegende Vorteile. Häufig genug ist weniger die Lage des Streitfalls als die Besetzung des Schiedsgerichts von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung. Da beide Parteien regelmäßig vor der Benennung des von ihnen auszuwählenden Schiedsrichters diesen um seine Meinung befragen und ihn nur dann benennen, wenn er ihrer Ansicht zuneigt, so geht der Streit regelmäßig, bevor es zur eigentlichen Verhandlung des sachlichen Streitfalls kommt, um die Besetzung der Stelle des Obmannes. Von ihm hängt regelmäßig die Entscheidung des Streites allein ab. Auch da, wo die Auswahl des Obmannes durch besonders dazu bestellte Organisationen, wie

den Deutschen Ausschuß für das Schiedsgerichtswesen, erfolgt, bleibt immer noch das schwerwiegende Bedenken bestehen, daß die Entscheidung des Streites letzten Endes allein von der Ansicht eines Einzelnen abhängt. Eine Fehlentscheidung eines ordentlichen Gerichts läßt die Möglichkeit der Abänderung in der höheren Instanz zu. Ein Schiedsspruch, insbesondere ein gemäß B § 18 Ziff. 4 auf Grund der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesens erlassener, ist endgültig. Um die Verantwortung eines Urteils nicht zu übernehmen, bestimmt das Schiedsgericht die Parteien häufig genug zu einem der Sachlage nicht entsprechenden Vergleich.

Ein Irrtum ist es auch, anzunehmen, daß schiedsgerichtliche Verfahren grundsätzlich billiger seien, als die ordentlicher Gerichte. Das Gegenteil ist grundsätzlich der Fall. Nach § 16 der maßgeblichen Schiedsgerichtsordnung vom 1. April 1929 erhält jeder Schiedsrichter die Rechtsanwaltsgebühren erster Instanz, lediglich mit Ausnahme der Vergleichsgebühr. Da je eine jeweils von der Höhe des Streitgegenstandes abhängige Gebühr für die allgemeine Prozeßführung, für die Verhandlung mit den Parteien vor Gericht und für die Beweiserhebung und nachträgliche weitere Verhandlung mit den Parteien entsteht, so werden regelmäßig die Kosten des Schiedsgerichts das neunfache, mindestens aber das sechsfache einer einfachen Anwaltsgebühr betragen, letzteres wenn eine Beweiserhebung nicht stattfindet. Da weiterhin auch Rechtsfragen normalerweise eine Rolle spielen und der U., wenn er schon überhaupt einmal mit seinem B. zum Prozesse kommt, sich der Hilfe eines Rechtsanwalts bedienen wird, der dann Gebühren in eben der Höhe zu beanspruchen hat, wie jeder Schiedsrichter, so ist klar, daß das Schiedsgerichtsverfahren keine Herabminderung der Prozeßkosten bedeuten kann. Im ordentlichen Verfahren würden statt dessen lediglich die Gebühren der beiderseitigen Anwälte sowie die Gerichtskosten entstehen, die, wie die beigefügte Tabelle im Anhang ergibt, niedriger sind, als die Anwaltsgebühren, die anstatt für jeden Schiedsrichter nur einmal entstehen können und sich außerdem im Falle des Vergleiches auf eine einfache (Prozeß)-Gebühr ermäßigen [1]). Eine besondere Verteuerung des Streits entsteht im Falle des § 18 B VOB. noch, wenn dem gemäß Ziff. 3 hinzugezogenen Unparteiischen die Schlichtung des Streitfalles nicht gelingt.

Eine Beseitigung der Mißstände des Prozeßverfahrens ist nur durch die Vereinigung der Vorzüge des ordentlichen Gerichtsverfahrens und des Schiedsgerichtsverfahrens möglich, d. h. die Besetzung des Gerichts durch einerseits beamtete und unabhängige andererseits aber auch sachkundige Richter. Das Vorbild wäre durch die gegenwärtig für technische Streitigkeiten ungeeigneten Kammern für Handelssachen gegeben, wenn diese anstatt der bisherigen Laienbeisitzer mit fachkundigen Beisitzern aus dem fraglichen technischen Gebiet besetzt würden. Die Einrichtung derartiger technischer Kammern dürfte nicht allzu schwierig sein.

[1]) § 23 GKG.

Für ihre Schaffung zu wirken ist Aufgabe der Bauverträge vergebenden Behörden im Einvernehmen mit dem Unternehmertum.

A § 16. Preisänderungen bei Preisschwankungen.

Sind bei Ausführungen von längerer Dauer wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten, deren Ausmaß ungewiß und unberechenbar ist, so kann eine angemessene Änderung der Vertragspreise in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen werden. Die Einzelheiten der Preisänderungen sind festzulegen.

Preisermittlungsgrundlage sind vor allem die zur Zeit der Ausschreibung maßgeblichen Löhne und Materialpreise, außerdem aber auch die Möglichkeit der Beschaffung von Arbeitskräften und Material überhaupt. Auch die in der Ausschreibung vorgesehenen Ausführungsfristen sind Grundlage der Preisberechnung, insbesondere mit Rücksicht auf Vorhalten von Geräten, Lagerplätzen und dergleichen, sowie allgemeinen Bürounkosten. Sind wesentliche Änderungen gegenüber der Zeit der Ausschreibung zu erwarten, so können Gleitpreise in der Ausschreibung vorgesehen werden. (Vgl. A § 5 zu 1 und 2.) Das Maß der Preisänderung kann vollkommen verschieden festgestellt werden; z. B. bei Vergebung von Einheitspreisen kann bestimmt werden, daß der Einheitspreis sich in demselben Verhältnis ändert wie die Summe der Einheitssätze für Löhne und Material zur Zeit der Ausschreibung sich gegenüber der Summe von Löhnen und Material zur Zeit der Ausführung ändert, oder es kann einfach bestimmt werden, daß lediglich die Differenz zwischen den tarifmäßigen Löhnen zu den verschiedenen Zeiten aufgeschlagen werden könne.

Ist bei der Vereinbarung der Gleitpreise vorgesehen, daß erst die vom Zuschlag ab eintretenden Veränderungen zu berücksichtigen sind, und sind z. B. Löhne oder Materialien in der Zwischenzeit seit Ausschreibung bis zum Zuschlag gestiegen, so hat der U. keinen Anspruch auf Vergütung der Mehrkosten, ebenso auch bei Preissteigerungen in der Zeit zwischen Abgabe des Angebots und dem Zuschlag, wenn dieser innerhalb der Zuschlagsfrist (A § 20) erfolgt. Erfolgt der Zuschlag verspätet, so ist der U. verpflichtet, ihn unverzüglich zurückzuweisen, wenn er den Auftrag nicht trotz der Unkostensteigerung gelten lassen will (§ 150 BGB).

Sind Preisänderungen bei Preisschwankungen nicht vertraglich vorgesehen, so schließt dies einen Anspruch des U. auf Berücksichtigung der veränderten Umstände nicht ohne weiteres aus, obwohl grundsätzlich dem U. das Risiko der Preisschwankungen zur Last fällt (RG. 86, S. 398). Das Ergebnis der besonders in der Kriegs- und Inflationszeit erfolgten Entwicklung der Rechtsprechung über die Berufung auf veränderte Umstände (clausula rebus sic stantibus) geht dahin, daß die Geltendmachung der veränderten Umstände nicht nur dann begründet ist, wenn die Erfüllung des Vertrages den wirtschaftlichen Zusammenbruch des einen Teils zur Folge haben würde, sondern daß bei einem gegenseitigen Vertrage regelmäßig davon auszugehen ist, daß die Parteien einen redlichen Umsatzvertrag eingehen wollten, bei dem jeder Teil bereit ist, dem anderen die Leistung zu gewähren, in der dieser den Gegenwert für seine eigene Leistung erblickt hat. Hat sich bei Vertragsschluß ein Teil verrechnet, so fällt ihm dies zur Last. Anders aber wenn die Wertverhältnisse sich so verschieben, daß für die Leistung auch annähernd keine angemessene Gegenleistung mehr gewährt wird. Besteht der Gläubiger trotzdem auf die Leistung, so verstößt er gegen Treu und Glauben. So RG. Bd. 103, S. 177. Die Geltendmachung der clausula rebus sic stantibus begründet zunächst ein Rücktrittsrecht des durch die Veränderung der Umstände geschädigten Vertragsteils. Erhellt aber aus den Umständen, daß beide Vertragsteile die übernommene Leistung ausgeführt sehen wollen, so kann durch Gerichtsurteil die minderwertig gewordene Gegenleistung angemessen festgesetzt werden, wenn der Schuldner der Leistung, bevor er vom Vertrage zurücktritt, den Gegner zur Erhöhung der Gegenleistung auffordert und dieser zwar die Erhöhung ablehnt, andererseits aber auf Erfüllung der Leistung besteht. So RG. Bd. 100, S. 130, Bd. 103, S. 333.

Hervorzuheben ist aber, daß nicht jede Veränderung der Umstände, insbesondere beim Bauvertrage nicht jede Erhöhung von Löhnen oder Materialpreisen die clausula rebus sic stantibus begründet. So RG. Bd. 86, S. 398. Die Richtschnur für die Anerkennung der veränderten Umstände wird durch die Zumutbarkeit der Leistung desjenigen gezogen, der sich auf die veränderten Umstände beruft (§ 242 BGB.). Beim Bauvertrage fällt für die Entscheidung der Zumutbarkeit noch besonders ins Gewicht, daß der B. durch die Leistung des U. ein infolge der Veränderung der Umstände wertvolles Bauwerk erhält und dies nach Treu und Glauben nicht mit einer minderwertigen Gegenleistung bezahlen darf (RG. 24. 2. 1920 413/19 VII JW. 1920, S. 434).

Berücksichtigt der Vertrag selbst schon Preisschwankungen, so wird nur bei Eintritt ganz ungewöhnlicher und selbst nach dem Vertrage nicht erwarteter Veränderungen die Frage der Zumutbarkeit der Bauleistung zu verneinen sein.

A § 17. Zeit der Ausschreibung.

1. Der Auftraggeber soll erst dann ausschreiben, wenn alle Ausschreibungsunterlagen fertiggestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Ausschreibungen für andere Zwecke (Ertragsberechnungen oder andere einseitige Belange des Ausschreibenden) sind nicht zulässig.

2. Bauleistungen, die im Winter ausgeführt werden können oder die nicht dringlich sind, sollen in die arbeitsstille Zeit verlegt werden.

Ziff. 1. Grund für S. 1 ist der, daß alle Bewerber die Zeit bis zur Abgabe des Angebots allein zur Ausarbeitung desselben, nicht aber zur Beschaffung der Ausschreibungsunterlagen benutzen sollen, die lediglich Sache des B. ist.

A § 18. Bekanntgabe der Ausschreibung.

1. Öffentliche Ausschreibungen sind durch Tagesblätter oder Fachzeitungen bekanntzugeben.

2. Jede Ausschreibung soll alle Angaben enthalten, die für den Entschluß zur Beteiligung wichtig sind, namentlich über:

a) Art und Umfang der Bauleistung,
b) Bezeichnung der ausschreibenden und der zuschlagerteilenden Stelle,
c) Art der Vergebung und etwaige Beschränkung des Bewerberkreises,
d) Gelegenheit zur Einsicht in die Ausschreibungsunterlagen, etwaige Ortsbesichtigungen und dergleichen,
e) Ort und Zeit der Eröffnung der Angebote (Eröffnungstermin) und ihre Aufschrift,
f) Tag der Zuschlagserteilung (Zuschlags- und Bindefrist),
g) etwaige Kosten der Ausschreibungsunterlagen (A § 21),
h) etwaige Vorbehalte wegen Teilung in Lose und Vergebung der Lose an verschiedene Bieter.

3. Jeder Bewerber soll das Leistungsverzeichnis auf Wunsch doppelt und alle anderen für die Preisermittelung wesentlichen Unterlagen einfach erhalten. Wenn von den übrigen Unterlagen keine Vervielfältigungen abgegeben werden können, sind sie in ausreichender Weise zur Einsicht auszulegen, erforderlichenfalls nicht nur am Geschäftssitz des Auftraggebers, sondern auch am Ausführungsort oder an einem Nachbarorte.

4. Die Namen der Bewerber, die Ausschreibungsunterlagen erhalten oder eingesehen haben, sind geheimzuhalten.

5. Wichtige Aufklärungen über die geforderte Leistung oder die Grundlagen der Preisberechnung, die einem Bewerber gegeben werden, sind auch dem anderen mitzuteilen.

Ziff. 1. Die öffentliche Ausschreibung ist rechtlich eine Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots. Durch die Aufforderung wird eine rechtliche Bindung des Ausschreibenden in keiner Weise erzeugt. Er kann also, solange er ein auf die Ausschreibung eingehendes Angebot noch nicht angenommen hat, — was regelmäßig durch Zuschlag geschieht —, die Ausschreibung widerrufen und jedes Angebot ablehnen. Jedoch besteht bei beschränkten Ausschreibungen, bei denen einzelne bestimmte U. zur Abgabe von Angeboten unter der ausdrücklichen Bedingung, daß der Billigste den Zuschlag erhalten werde, aufgefordert werden, die Ausnahme, daß der Ausschreibende rechtlich gegenüber den aufgeforderten U. dahin gebunden wird, dem Billigsten tatsächlich auch den Zuschlag zu erteilen. Hier liegt bereits in der Ausschreibung, die sich ja an einzelne bestimmte U. richtet, ein Antrag zum Vertragsschluß, dessen Annahme dann durch die Einreichung des billigsten „Angebots" seitens des U. erfolgt.

Der Zuschlag des B. hat hier nur die Bedeutung der Feststellung, welcher U. durch sein „Angebot" den Vertrag zustande gebracht hat.

Ziff. 2 behandelt die Notwendigkeit bestimmter Ausschreibungsbedingungen. Die unter a—h genannten sind selbstverständlich nicht erschöpfend. Es können auch Bedingungen über die Preise, die Materialien usw. überhaupt alle Bedingungen des abzuschließenden Bauvertrages darin aufgenommen werden.

Ziff. 4. Geheimhaltung ist notwendig, um Verabredungen der Bewerber zum Nachteil des B. nicht zu fördern, und ernsthafte Bewerber nicht durch Unterbietungsvorschläge von Außenseitern beeinflussen zu lassen. Das Bekanntwerden von Bewerbern bei andern begründet für erstere keinerlei Ansprüche gegen den B.

A § 19. Angebotsfrist.

1. Für die Bearbeitung der Angebote sind ausreichende Fristen vorzusehen, bei kleinen, nicht dringlichen Bauleistungen nicht unter sechs Werktagen. Dabei ist zu berücksichtigen, ob entfernte Baustellen besichtigt oder Angebotsunterlagen beschafft werden müssen.

2. Mit dem Zeitpunkt der Eröffnung der Angebote läuft die Angebotsfrist ab.

Die Bemessung der Angebotsfrist ist rechtlich ohne Bedeutung. Der B. kann, da er durch die Ausschreibung rechtlich noch nicht gebunden wird, auch auf Angebote den Zuschlag erteilen, die nach Ablauf der Angebotsfrist eingegangen sind[1]). Allerdings liegt hierin eine Benachteiligung gegenüber den anderen Bewerbern, die ihr Angebot in kürzerer Zeit ausarbeiten mußten.

A § 20. Zuschlagsfrist.

1. Der Zuschlag soll möglichst bald, in der Regel innerhalb von 12 Werktagen nach Angebotseröffnung erteilt werden. Eine längere Zuschlagsfrist kann in begründeten Ausnahmefällen vorbehalten werden.

2. Es ist vorzubehalten, daß bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist der Bieter an sein Angebot gebunden ist.

Die Bestimmung der Zuschlagsfrist hat auch ohne Vorbehalt gemäß Ziff. 2 die Bedeutung, daß die Bewerber bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an ihr Angebot gebunden sind. Allerdings muß eine Anfechtung des Angebots wegen Irrtums gemäß § 119 BGB. zugelassen werden, z. B. wenn entweder zwischen Abgabe des Angebots und Ablauf der Zuschlagsfrist eine erhebliche Steigerung der Löhne oder Materialpreise ein-

[1]) Ausgenommen bei der in A § 18 erwähnten engeren Submission, bei der als Bedingung die Zuschlagserteilung an den billigsten Bewerber vorgesehen ist.

getreten ist und anzunehmen ist, daß der U. das Angebot bei Kenntnis der erhöhten Preise nicht abgegeben haben würde (§ 119 BGB. Abs. 2) oder wenn ein Kalkulationsirrtum, d. h. eine irrtümlich falsche Berechnung der Preise vorliegt. Wegen eines Kalkulationsirrtums siehe Näheres bei A § 24 Ziff. 3.

Die Bindung des Bewerbers besteht nur bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist. Der verspätete Zuschlag bringt den Vertrag vorbehaltlich der in § 149 BGB. bestimmten Ausnahme[1]) nicht zustande, es sei denn, daß der U., der ihn erhält, sich vor Ablauf der Zuschlagsfrist ausdrücklich oder stillschweigend mit einer bestimmten oder angemessenen Verlängerung der Frist einverstanden erklärt. Stillschweigendes Einverständnis ist darin zu erblicken, daß der U. nach Ablauf der Zuschlagsfrist über Einzelheiten der Ausführung des Bauvorhabens mit dem B. verhandelt. Auch kann eine stillschweigende Annahme in andern konkludenten Handlungen z. B. darin gefunden werden, daß der U. alsbald nach Eingang des verspäteten Zuschlags in einer für den B. erkennbaren Weise Vorbereitungen für die Ausführung der übertragenen Bauleistung beginnt. Stillschweigen des U. gegenüber dem verspäteten Zuschlag ist aber nicht grundsätzlich als Annahme auszulegen, besonders wenn Umstände vorliegen, die vermuten lassen, daß der U. an sein Angebot nicht mehr oder nur zu veränderten Bedingungen gebunden sein wollte. Selbstverständlich kommt der Vertrag aber zustande, wenn der U. ihn trotz verspäteter Zuschlagserteilung ausdrücklich annimmt oder bestätigt (§ 150 BGB.).

A § 21. Kosten der Vergebung.

1. Bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergebung sind alle Unterlagen den Bewerbern unentgeltlich abzugeben, bei öffentlicher Ausschreibung mindestens das Leistungsverzeichnis.

2. Wenn bei öffentlicher Ausschreibung von den Bewerbern Bezahlung anderer Unterlagen gefordert wird, so ist der Preis in der Bekanntmachung anzugeben. Er soll die Selbstkosten nicht übersteigen und ist auf Antrag zurückzuerstatten, wenn das Angebot fristgemäß abgegeben ist und die Unterlagen vor Ablauf der Angebotsfrist zurückgegeben werden.

3. Für die Bearbeitung des Angebots wird keine Vergütung gewährt. Verlangt indessen der Auftraggeber, daß der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, statische Berechnungen, Massenberechnungen oder andere Unterlagen ausarbeitet, so ist einheitlich für alle Bewerber bei der Ausschreibung eine angemessene Vergütung festzusetzen. Sie wird fällig, wenn ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot mit den geforderten Unterlagen rechtzeitig eingereicht wird.

4. Die von den Bewerbern ausgearbeiteten Unterlagen bleiben ihr geistiges Eigentum. Wird das Recht der unbeschränkten Verwendung beansprucht, so muß vor der Verwendung eine Vereinbarung getroffen werden.

[1]) Vgl. hierüber Erl. 2 zu A § 29 S. 39 und Anm. S. 29.

Zu Ziff. 3 und 4: Die Bestimmungen in A § 21 Ziff. 3 und 4 gelten nur für die Bewerber, die den Zuschlag nicht erhalten, andernfalls gilt B § 3.

3. Die Bezahlung der in Satz 2 aufgeführten Leistungen des Bewerbers ist damit begründet, daß diese anders als der bloße Kostenanschlag für die Ausführung des Bauvorhabens benutzt werden können. Die Festsetzung der jedem Bewerber zu gewährenden Vergütung in der Ausschreibung ist hinsichtlich der angeführten Leistungen ein verbindliches Vertragsangebot, das durch die Einreichung des Angebotes mit den geforderten Unterlagen angenommen wird und so den Vergütungsanspruch zur Entstehung bringt. Ohne Festsetzung einer Vergütung in der Ausschreibung besteht ein dahingehender Anspruch des Bewerbers für Entwürfe, Zeichnungen und dergleichen grundsätzlich ebensowenig, wie für den Kostenanschlag selbst. (Vgl. Seuff. Arch. 34 Nr. 114 und 47, Nr. 25.) Auch der Architekt, der Entwürfe und Kostenanschläge liefert in der Erwartung, auch die Bauausführung zu erhalten, hat ohne besondere Vereinbarung keinen Vergütungsanspruch (OLG. Bd. 34 S. 40).

4. Die Anerkennung des geistigen Eigentums der vom Bewerber gelieferten Unterlagen bedeutet, daß diese nicht ohne seine Zustimmung benutzt, vervielfältigt oder gewerbsmäßig verbreitet werden dürfen. Das Urheberrechtsgesetz vom 19. Juni 1901 (URG.), das den Schutz des geistigen Urheberrechts regelt, sieht für das hier fragliche Gebiet nur den Schutz von „Abbildungen" (Plänen und Zeichnungen) vor (§ 1 Ziff. 3 URG.), aber auch nur insoweit, als nicht generell jede Benutzung oder Verwertung, sondern nur die Vervielfältigung, gewerbsmäßige Verbreitung und öffentliche Mitteilung in Frage kommt (§ 37—§ 39 URG.). Für andere im geistigen Eigentum verbleibende Unterlagen wie statische Berechnungen, Entwürfe, Ausführungsvorschläge bietet das URG. bekanntermaßen keine Handhabe, ebensowenig wie für die einfache Benutzung oder Verwendung aller dieser angeführten Unterlagen für das jeweils vorliegende oder andere Bauvorhaben. Deshalb ist auch ein genereller Schadensersatzanspruch gegen den B. oder Dritte, die in den Besitz der Unterlagen gelangen, im Falle der Benutzung oder Verwendung derselben nicht gegeben. § 823 Abs. 2 BGB. (Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes) kommt nicht zur Anwendung, weil ein generelles gesetzliches Verbot der Verwendung fremden geistigen Eigentums eben nicht besteht. Nur wenn es sich um die Vervielfältigung, gewerbsmäßige Verbreitung oder öffentliche Mitteilung von Abbildungen im Sinne des URG. d. h. Plänen oder Zeichnungen handelt, gewährt § 36 URG. dem erfolglosen Bewerber einen Ersatzanspruch. Diese Voraussetzungen treffen aber nicht stets zu, wenn der B. oder ein Dritter die Unterlagen des Bewerbers für eigene Zwecke z. B. ohne Kenntnis der Herkunft benutzt. Zur Behebung dieser rechtlichen Schwierigkeiten soll mit dem Bewerber nach der Vorschrift von S. 2 Z. 4 eine Vergütung ver-

einbart werden, wenn die Verwendung von Unterlagen dem B. vorbehalten wird. Mangels Vereinbarung einer Vergütung hat der Bewerber aber, wenn er der Verwendung seiner Unterlagen, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, überhaupt zustimmt, und somit eine vertragliche Vereinbarung über die Verwendung als zustande gekommen anzusehen ist, aus § 632 BGB. einen Vergütungsanspruch, dessen Höhe sich nach der Taxe in Ermangelung einer Taxe nach der Üblichkeit, richtet, vgl. §§ 315, 316 BGB. Für die Feststellung des Üblichen ist die Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure zugrunde zu legen. Komm. d. RGR. Note 3 zu § 632. Widerspricht der Bewerber der Verwendung seiner Unterlagen überhaupt, so gewährt die trotzdem erfolgende Verwendung durch den B. gegen diesen möglicherweise einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 ff. BGB.).

A § 22. Inhalt des Angebots.

1. Das Angebot soll nur die Preise und die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen enthalten. Änderungen an den Eintragungen des Bieters müssen zweifelsfrei sein. In den Ausschreibungsunterlagen sind Zusätze oder Änderungen nicht statthaft.

2. Abänderungsvorschläge oder Nebenangebote müssen gegebenenfalls auf besonderer Anlage gemacht werden.

3. Gemeinschaftliche Bieter haben für den Abschluß und die Durchführung des Vertrages einen gemeinsamen Vertreter zu bezeichnen. Reichen Vereinigungen von Unternehmern ein Angebot ein, so soll das zur Ausführung der Leistung bestimmte Mitglied angegeben werden. Wenn diese Erklärungen der gemeinschaftlichen Bieter oder der Vereinigungen im Angebot nicht enthalten sind, so müssen sie vor der Zuschlagserteilung beigebracht werden.

Ziff. 1. S. 1 bezweckt eine klare Antwort auf die Ausschreibung, S. 2 und 3 die Unterbindung von Versuchen des fraglichen Bewerbers, bei Bekanntwerden anderer Angebote seinem zweifelhaften Angebot nachträglich eine für die Erlangung des Auftrages günstige Deutung zu geben. Dasselbe gilt von **Ziff. 2.**

Ziff. 3. Wollen mehrere U. die ausgeschriebene Leistung gemeinschaftlich ausführen, d. h. in der Weise, daß jeder entweder einen räumlich oder einen seiner Art nach bestimmten Sonderteil der Gesamtleistung ausführt, also entweder einzelne Teillose von der Gesamtleistung, oder die Erdarbeiten, die Maurerarbeiten oder die Rammarbeiten, so bilden die mehrere U. eine Arbeitsgemeinschaft, bei welcher der eine U. nicht der Subunternehmer des andern ist, sondern bei der die Gemeinschaft der mehreren U. als einheitlicher Unternehmer auftritt. Hier bedarf es zunächst gegenüber dem B. einer grundsätzlichen Klarstellung, wer ein Vertragsgegner werden soll. Gibt nur ein einzelner der Bewerber das Angebot ab mit der Erklärung, daß er einzelne Teile oder Arten der

Leistung von anderen U. ausführen lassen wolle, so ist klar, daß nur der Anbietende der Bewerber ist und zu dem B. das Vertragsverhältnis eingehen will. Alsdann kommt nur er als Zuschlagsempfänger in Frage, nur er haftet dem B. für die Ausführung des Auftrags mit allen seinen Folgen, nur ihm gegenüber sind rechtsgeschäftliche Erklärungen, Mahnungen, Fristsetzungen, Kündigung usw. seitens des B. abzugeben. Die anderen mit diesem Bewerber in Arbeitsgemeinschaft stehenden U. haben im Verhältnis zum B. nur die Rechtsstellung von Subunternehmern des anbietenden Bewerbers. Bieten dagegen die mehreren U. in Wirklichkeit gemeinschaftlich an, was im Zweifelsfalle durch die unterschriftliche Vollziehung des Angebots seitens aller U. bewiesen wird, so wird im Falle des Zuschlags die Gesamtheit der bewerbenden U. Vertragsgegner des B. Jeder einzelne von ihnen haftet gegenüber dem B. im Falle der Zuschlagserteilung für die Ausführung der gesamten Bauleistung, mag auch im Angebot bereits bemerkt sein, daß einzelne Teile der Gesamtleistung von dem einen oder dem anderen Mitgliede der Arbeitsgemeinschaft ausgeführt werden sollen. Dies ergibt § 427 BGB.

Nach Ziff. 3 sollen die gemeinschaftlichen Bieter (die Arbeitsgemeinschaft) „für den Abschluß und die Durchführung des Vertrages" einen gemeinsamen Vertreter bestellen, damit der B. den Zuschlag einer bestimmten einzelnen Stelle zuleiten kann. Dieser Zuschlag an den Vertreter erfolgt aber mit der Wirkung, daß die Gesamtheit der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nunmehr in das Vertragsverhältnis zum B. eintritt. Vertreter kann natürlich insbesondere auch eins der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sein. „Für die Durchführung" soll der Vertreter ebenfalls bestellt werden, damit während der Bauausführung der B. sich nur an einen der gesamten Unternehmer zu wenden hat, wenn er Anweisungen zu erteilen oder sonstige Erklärungen abzugeben hat. Die Anweisungen oder Erklärungen gegenüber dem Vertreter haben dieselbe Wirkung, als wären sie gegenüber der Gesamtheit der U. abgegeben. Der B. ist jedoch nicht gehindert, sich trotz der Bestellung des Vertreters an einen einzelnen der mehreren U. zu wenden, besonders wenn es sich um die von diesem übernommene Teilleistung handelt.

Was das Innenverhältnis der mehreren Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft anlangt, so ist das Rechtsverhältnis zwischen ihnen als Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB. anzusehen. Diese gesetzlichen Bestimmungen vermögen aber die Rechtsbeziehungen der Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft zur Ausführung einer Bauleistung nicht erschöpfend, jedenfalls nicht völlig zweifelsfrei zu regeln. Eingegangen wird eine solche Arbeitsgemeinschaft regelmäßig, weil das Bauvorhaben die Leistungsfähigkeit eines Einzelnen übersteigt oder damit jeder der mehreren U. den Teil der Bauleistung ausführt, für den er nach der speziellen Art seines Betriebes oder infolge besonderer günstiger Umstände, wie Verfügung über die nötigen Großgeräte oder die zur Ausführung benötigten Baumaterialien gerade besonders geeignet ist. Der Umfang der Leistung der verschiedenen U. in bezug auf die Gesamtleistung wird regelmäßig nicht

vollkommen gleich sein. Es sind deshalb über die für die Bauausführung maßgebenden Umstände besondere Vereinbarungen notwendig, so vor allem über

1. die Art und den Umfang der von jedem Mitgliede der Arbeitsgemeinschaft auszuführenden Bauleistung,
2. die Art und Weise der Bewertung der Arbeit, der zur Verwendung gelangenden Materialien, der benutzten Geräte usw.,
3. die von jedem Mitgliede für die gemeinschaftliche Durchführung der Bauleistung bereitzustellenden Mittel, sei es in bar, sei es in Materialien, Geräten oder Arbeitskräften, insbesondere bauleitenden Ingenieuren,
4. die Beteiligung der mehreren Mitglieder am Gewinn und Verlust, die je nach Umfang der Leistung des Einzelnen, nach Kopfteilen oder im Verhältnis der Einzelleistung erfolgen kann,
5. die Verteilung von Abschlagszahlungen unter die einzelnen Mitglieder,
6. die Bestimmung einer Stelle für die Bauleitung, die bei Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Bauausführung mit Wirksamkeit für die Arbeitsgemeinschaft zu entscheiden hat. Diese Entscheidung kann sowohl einem einzelnen Mitgliede oder aber auch einem Direktorium übertragen werden, das aus dem Vertreter jedes Mitgliedes unter Hinzuziehung eines Obmannes für den Fall der Stimmengleichheit besteht.

A § 23. Öffnung der Angebote.

1. Die eingegangenen Angebote sind zu kennzeichnen und bis zum Eröffnungstermin sorgfältig zu verwahren. Beim Eröffnungstermin dürfen nur die Bieter und Bevollmächtigte der Berufsvertretungen zugegen sein.

2. Zuzulassen sind nur Angebote, die rechtzeitig bis zur Öffnung des 1. Angebots eintreffen. Ausnahmsweise können auch verspätete Angebote zugelassen werden, die nachweislich so frühzeitig zur Post gegeben waren, daß mit ihrem rechtzeitigen Eingang gerechnet werden durfte, und die trotzdem aus einem vom Bieter nicht zu vertretenden Grunde erst nach Eröffnung des ersten Angebots, jedoch noch am Eröffnungstage, eingehen.

3. Nachdem festgestellt ist, daß der Verschluß der Angebote unversehrt ist, werden sie geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet. Name und Wohnort der Bieter und die Endbeträge der Angebote oder ihrer einzelnen Abschnitte sowie andere den Preis betreffende Angaben werden verlesen. Außerdem ist anzugeben, ob und von wem Nebenangebote oder Abänderungsvorschläge eingereicht sind. Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden. Proben des Bieters, auf die sich sein Angebot bezieht, müssen im Termine zur Stelle und gekennzeichnet sein.

4. Die Niederschrift über die Verhandlung ist zu verlesen und vom Verhandlungsleiter zu unterschreiben. Die Erschienenen sind berechtigt, mit zu unterzeichnen.

5. Verspätete Angebote sind in der Niederschrift oder in einem Nachtrag zu dieser besonders aufzuführen. Eingangszeit und etwa bekannte Gründe der Verspätung sind festzulegen; der Umschlag und andere Beweismittel sind aufzubewahren.

6. Die Niederschrift darf nicht veröffentlicht werden, doch können die zur Teilnahme an der Verhandlung Berechtigten Einsicht nehmen. Nach Prüfung der Angebote sind die berichtigten Summen als Nachtrag in der Niederschrift zu vermerken. Die Berechtigten dürfen auch in den Nachtrag Einsicht nehmen.

Ziff. 1 S. 1, Ziff. 2 S. 1 und Ziff. 3 S. 1 bezwecken sämtlich die Ausschaltung der Gefahr, daß Angebote abgegeben werden, deren Inhalt durch die Kenntnis des Anbietenden über den Inhalt anderer Angebote beeinflußt worden ist. Der Zweck der Ausschreibung für den Ausschreibenden, für die beabsichtigte Bauleistung ein zuverlässiges und angemessenes Preisangebot zu erlangen, wird eher erreicht, wenn die Angebote unabhängig voneinander abgegeben werden. Die Nichtbefolgung der hier fraglichen Vorschriften würde die Möglichkeit offenlassen, daß Bewerber sich auf unlautere Weise Kenntnis von bereits abgegebenen Konkurrenzangeboten verschaffen und alsdann ihr eigenes Angebot danach einrichten. Auch Abs. 3 S. 3 verfolgt den gleichen Zweck, weil es nach Möglichkeit verhindert werden muß, daß nach Öffnung der Angebote einer der Bewerber sich Einsicht in die Konkurrenzangebote verschafft und sodann vor Prüfung der Angebote heimlich ein Nachtragsangebot oder einen Abänderungsvorschlag unterschiebt.

Die Zulassung verspäteter Angebote gemäß Abs. 2 S. 2 enthält eine Analogie zu § 149 BGB.[1]). Die dabei gemachte Einschränkung, daß das Angebot noch am Eröffnungstage eingehen muß, erklärt sich aus der Eigenart des Vertragsschlusses auf Grund des Wettbewerbes und der Notwendigkeit, alsbald zu wissen, welche Angebote endgültig vorliegen. Daß die verspäteten Angebote zugelassen werden k ö n n e n (nicht müssen), hat rechtliche Bedeutung überhaupt nur bei denjenigen beschränkten Ausschreibungen, die bereits eine rechtliche Bindung des B. in bezug auf die Zuschlagserteilung zur Folge haben. Vgl. hierüber S. 22.

A § 24. Prüfung der Angebote.

1. Die Angebote und ihre Anlagen sind sorgfältig zu verwahren und geheimzuhalten. Sie sind rechnerisch, technisch und wirtschaftlich

[1]) § 149 BGB.: Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfang der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet.

zu prüfen, gegebenenfalls unter Zuziehung von besonderen Sachverständigen (A § 7).

2. Angebote, die dem § 22 Ziff. 1 und 2 oder § 23 Ziff. 2 nicht entsprechen, werden ausgeschlossen. Fristgemäß abgegebene Nebenangebote und Abänderungsvorschläge können berücksichtigt werden; sie sind ebenso zu werten wie die Hauptangebote, wenn sie bei der Ausschreibung ausdrücklich zugelassen oder gewünscht worden sind.

3. Stimmt die Schlußsumme mit den Einheitspreisen nicht überein, so sind diese maßgebend. Bei Vergebung nach einer Pauschsumme gilt diese ohne Rücksicht auf etwa angegebene Einheitspreise. Sind die Einheitspreise in Ziffern und in Worten angegeben und stimmen diese Angaben nicht überein, so gelten die Preise, die den bei den einzelnen Ordnungszahlen (Positionen) errechneten Gesamtbeträgen entsprechen, andernfalls ist die Angabe in Worten maßgebend.

4. Angebote solcher Bieter, die wegen der Ausschreibung mit anderen Bietern zum Nachteil des Auftraggebers eine gegen die guten Sitten verstoßende Abrede zur Erzielung eines unangemessen hohen Preises getroffen haben (§ 138 BGB.), bleiben unberücksichtigt.

Ziff. 1 S. 1 hat seinen Grund in dem zu A § 23 S. 1 von Ziff. 1, 2 und 3 Gesagten.

Ziff. 3: Ist die Schlußsumme unrichtig, weil die auf Grund der Einheitspreise sich ergebenden Gesamtbeträge der einzelnen Positionen falsch zusammengerechnet sind, so ist dieser Mangel bei Vergebung zu Einheitspreisen unbeachtlich, weil hier die Auftragssumme sich aus der tatsächlich auszuführenden Leistung ergibt und die Schlußsumme des Angebots grundsätzlich bedeutungslos ist. Bei Vergebung zum Pauschalpreise dagegen ist der angegebene Pauschalpreis maßgebend ohne Rücksicht auf die angegebenen Einzel- oder Einheitspreise. Denn hier errechnet sich die Auftragssumme nicht aus dem Umfang der tatsächlichen Leistung, sondern ist gleichbedeutend mit dem Pauschalpreise.

Ziff. 3 S. 3 hat daher lediglich Bedeutung für die Vergebung zu Einheitspreisen und müßte deshalb vor dem jetzigen S. 2 stehen. Bei Vergebung zu einem Pauschpreise ist die widersprechende Angabe der Einheitspreise in Ziffern und Worten ohnehin grundsätzlich unerheblich, ausgenommen im Falle des B § 2 Abs. 2 bei Mehr- oder Minderleistungen.

Mit Rücksicht auf die Stellung von Ziff. 3 in A VOB. hat sie nur Bedeutung für die Feststellung, welcher Preis als Angebotspreis anzusehen ist, damit eine Vergleichung der verschiedenen Angebotspreise ermöglicht wird. Es ist aber auch durchaus möglich, daß der Widerspruch zwischen den Einheitspreisen und der Schlußsumme bzw. den Einzelpreisen und dem Pauschalpreise bei der Prüfung der Angebote nicht bemerkt wird und der Zuschlag auf das sonach mangelhafte Angebot erteilt wird. Die Frage, welcher Betrag alsdann als Auftragssumme zwischen den beiden Vertragspreisen zu gelten hat, ist bei der Vergebung zu Einheitspreisen einfach, weil es, wie zuvor bereits bemerkt, hier auf die tatsächlich ausgeführte Leistung ankommt und die Schlußsumme des Angebots rechtlich bedeutungslos ist. Ist der Zuschlag zum Pauschalpreise erteilt, so entsteht die Frage, ob der Widerspruch zwischen der angebotenen Pauschalsumme und der Gesamtsumme der einzelnen Positionspreise schlechtweg ohne rechtliche Bedeutung ist. Die gleiche Frage entsteht, wenn der Zuschlag zu Einheitspreisen erteilt ist, die Schlußsumme mit dem Gesamtbetrage der einzelnen Positionspreise zwar übereinstimmt, die Einheitspreise aber offensichtlich falsch sind. In beiden Fällen liegt ein Kalkulationsirrtum vor, der im Rahmen des § 119 BGB.[1]) erheblich sein kann und alsdann zur Anfechtung berechtigt. Vgl. RG. 101 S. 107; 105 S. 406; JW. 1919 S. 35, JW. 1927 S. 1362, Seuff. Arch. 1927 S. 97. Hervorzuheben ist dabei aber, daß nicht jeder Rechenfehler schlechthin als zur Anfechtung berechtigender Irrtum anzusehen ist. Zunächst muß ein Irrtum vorliegen, was bei einem Rechenfehler zwar regelmäßig der Fall ist. Auszuschalten ist ein Irrtum, der sich auf Erwägungen vor dem Vertragsschluß z. B. auf die Annahme bezieht, daß es möglich sein werde, Baumaterialien zu einem bestimmten Preise liefern zu können, daß die Löhne sich während der Bauausführung auf der angenommenen Höhe halten werden, daß die Bereitstellung der zur Durchführung des Bauvorhabens notwendigen Mittel von dritter Seite erfolgen werde. Dies sind ausschließlich unerhebliche Irrtümer „im Beweggrunde". Im Rahmen des § 119 BGB. ist vielmehr rechtserheblich nur ein solcher Irrtum, der mindestens zugleich auch einen Irrtum in der Erklärung selbst hervorgehoben hat, also für den Berechnungsirrtum, bei dem die Erklärung selbst, d. h. die Angabe des Preises irrtümlich, d. h. unter Zugrundelegung des übrigen Inhalts des Angebots unrichtig ist. In dem der letzten oben angeführten Reichsgerichtsentscheidung zugrunde liegenden Falle war die Spedition einer Warenmenge zum Preise von je 4,65 h. G. zugesagt und dabei die Bahnfracht mit 1,35 h. G. veranschlagt, während diese in Wirklichkeit ein Mehrfaches davon betrug. Hier war die Erklärung, für eine Fracht von 4,65 h. G. speditieren zu wollen, von der unrichtigen Berechnung der Bahnfracht irrtümlich beeinflußt. Für den Bauvertrag heißt dies: Sind Einheitssätze oder Pauschalpreise des Kostenangebots von einem solchen Berechnungsirrtum oder einem Rechenfehler beeinflußt und ist im Vertrage zum Ausdruck gebracht, daß der Anschlag der Preisberechnung zugrunde gelegt ist, so liegt ein rechtserheblicher Kalkulationsirrtum vor. Ist dagegen der Kostenanschlag nicht Inhalt des Vertrages geworden, sondern lediglich vom U. für seine eigenen Kalkulations-

[1]) § 119 BGB.: Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.

Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

zwecke aufgestellt, so liegt kein Irrtum in der Erklärung vor, der zur Anfechtung berechtigen könnte. Daß ein Irrtum vorliegt, ist im Streitfalle durch Darlegung aller Umstände, die zum Irrtum geführt haben, nachzuweisen. Andernfalls wäre auch der Täuschung Tür und Tor geöffnet. Weiter ist erforderlich, daß es sich um einen wesentlichen Irrtum im Sinne der Begriffsbestimmung des § 119 Abs. 1 BGB. handelt. Dies ist aber nur nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden. So können geringfügige Rechenfehler keinen Anfechtungsgrund bilden.

Das Ziel der Anfechtung ist die Beseitigung des Vertrages; für das Gebiet des Bauvertrages ein unbefriedigendes Ergebnis, besonders wenn das Bauvorhaben schon fortgeschritten oder gar beendet ist. Rechtsgültig ist die Anfechtung nur, wenn sie unverzüglich nach Entdeckung des Irrtums erklärt wird. Sie beseitigt den Vertrag ganz oder zum Teil, je nach dem anzunehmen ist, daß er auch ohne den durch Anfechtung nichtigen Teil geschlossen worden wäre oder nicht. (§ 139 BGB.) Der Anfechtende hat ferner den Schaden zu ersetzen, den der Gegner dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat, es sei denn, daß der Gegner den Grund der Anfechtung kannte oder kennen mußte. Kommt es zur Anfechtung der Preisvereinbarung und erfolgt keine Verständigung über den an Stelle des irrtümlich errechneten Preises zu gewährenden Preis, so ist die bis zur Anfechtung ausgeführte Leistung auf Grund des Vertrages unter Beibehaltung des irrtümlich errechneten Preises abzurechnen. Hervorgehoben werden muß noch, daß es für die Anfechtbarkeit auf die Frage, ob der Irrtum verschuldet oder unverschuldet entstanden ist, gar nicht ankommt, da § 119 BGB. einen solchen Unterschied nicht macht. Entscheidend ist vielmehr die Tatsache des Irrtums und seine Kausalität für die angefochtene Willenserklärung. So RG. Bd. 62 S. 205.

4. Die Bestimmung ist das bisherige Ergebnis im Kampfe gegen die Ringbildung im Baugewerbe. Diese Ringbildung hat, abgesehen von Schutzabkommen mehrerer Bauunternehmer aus Anlaß einzelner Bauvorhaben, bisher noch keinerlei greifbare Gestalt angenommen. Nach der Angabe des Reichsverbandes der Deutschen Industrie wies die Fachgruppe Bauindustrie bis zum Jahre 1925 keinerlei Kartellbildung auf[1]). Die Kampfmaßnahmen gegen die Ringbildung im Baugewerbe beziehen sich deshalb mehr auf losere Gelegenheitsvereinbarungen von Unternehmern durch Schutzabkommen, d. h. Abkommen, durch welche die Abgabe der Angebote mehrerer Unternehmer durch Vereinbarung derselben zum Zwecke der Ausschaltung der Konkurrenz geregelt wird. Derartige Abkommen sind im Baugewerbe in demselben Maße rechtsgültig wie auf anderen Wirtschaftsgebieten[2]). Ihre wirtschaftliche Ursache haben Ringbildungen oder Schutzabkommen nur im Submissionswesen selbst, weil dieses geeignet ist, zu schädigenden Preisunterbietungen zu

[1]) Vgl. Liefmann, Kartelle, Konzerne und Trusts 1927, S. 39.
[2]) Vgl. RG. Band 38, S. 155 ff. und die Behandlung der Rechtsfrage bei Liefmann, Rechtliche Organisationen der Kartelle 1923, S. 7.

führen[1]). Es kann sich bei der Bekämpfung von Konventionen der U. nur darum handeln, die Auswüchse zu unterbinden. Für den B. besteht naturgemäß das Interesse, festzustellen, ob Angebote im Wege der Vereinbarung der Anbietenden zustande gekommen sind. Diese Feststellung zu ermöglichen, war der Gesetzentwurf betreffend Maßnahme gegen Ringbildung vom Jahre 1926 ausgearbeitet, durch welchen allen an einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung beteiligten Unternehmern die Verpflichtung auferlegt werden sollte, anzugeben, ob und welche Vereinbarungen sie mit anderen Bewerbern zum Zwecke der Beschränkung des Wettbewerbes abgeschlossen haben. Unrichtige Erklärungen hierüber sollten den Ausschreibenden zum Rücktritt vom Zuschlage oder zur Herabsetzung der Vergütung bis zu 15% berechtigen. Der U. sollte ferner wegen solcher unrichtigen Angaben oder wegen des Versuchs, andere Unternehmer für ein Schutzabkommen zu gewinnen, unter Strafe gestellt werden, die im Falle der Gewährung eines Entgelts nur in Gefängnisstrafe bestehen sollte. Der Entwurf beschränkte die Vereinigungsfreiheit, die für alle Wirtschaftszweige seit Jahrzehnten anerkannt ist, in ganz unzulässiger Weise. Er ist nicht Gesetz geworden. Statt dessen ist von den Teilnehmern an einem Wettbewerb, soweit es sich um behördliche Aufträge handelte, in den besonderen Vertragsbedingungen eine Erklärung gefordert worden, ob und welche Vereinbarungen mit anderen Bewerbern bei der Abgabe des Angebots stattgefunden haben. Da die Bekanntgabe des Inhalts derartiger Vereinbarungen der ausschreibenden Behörde die Möglichkeit bot, das Angebot zu Ungunsten des Bewerbers zu beeinflussen, hat die Fachgruppe Bauindustrie des Reichsverbandes der Deutschen Industrie mit Erfolg dagegen Stellung genommen. Der Reichsfinanzminister erklärte in einem Erlasse vom Jahre 1926, daß „die geforderte Erklärung und die verlangten Angaben nur die Mittel bieten sollten, sittenwidrige Vereinbarungen leichter festzustellen. Dabei stände fest, daß die Tatsache einer zulässigen Vereinbarung an sich nicht dazu führen dürfe, Angebote zurückzuweisen oder ungünstiger zu beurteilen". Bei der heutigen Wirtschaftslage und dem übergroßen Bedürfnis nach Bauaufträgen im Baugewerbe sowie bei dem Überangebot an Unternehmern besteht keinerlei Gefahr, daß durch Preiskonventionen des Unternehmertums unangemessen hohe Preise erzielt werden. Ziff. 4 A § 24 VOB. wird für absehbare Zeit praktische Bedeutung nicht gewinnen. Die Abgabe einer besonderen Erklärung über die Teilnahme an Preiskonventionen oder Schutzabkommen ist gegenwärtig völlig entbehrlich. Das Interesse der Allgemeinheit ist auch durch die Kartellverordnung vom 2. November 1923 vollkommen gewährleistet. Danach können, wenn Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen oder ihre Durchführung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährden, auf Antrag des Reichswirtschaftsministers von dem bei dem Reichswirtschaftsgericht gebildeten Kartellgericht Verträge der fraglichen Art oder auf

[1]) Vgl. Heller, Submissionswesen in Deutschland 1907, S. 90.

Grund derselben ergangene Beschlüsse ganz oder zum Teil für unwirksam erklärt und die Befugnis eines Kartellteilnehmers zur fristlosen Kündigung des Vertrages ausgesprochen werden (§ 4). Ebenso kann auch sonst ein Kartellteilnehmer im Falle einer unbilligen Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in derselben Weise den Vertrag kündigen (§ 8). Für eine weitere Verschärfung der Bestimmungen der genannten Verordnung für das Gebiet der Bauindustrie besteht bei den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen keinerlei Bedürfnis.

Konventionen oder Schutzabkommen sowie auf ihnen beruhende Beschlüsse bedürfen gemäß § 1 der Kartellverordnung zu ihrer Rechtsgültigkeit der schriftlichen Form.

A § 25. Verhandlungen mit Bietern.

1. Der Auftraggeber darf mit einem Bieter nur verhandeln, um sich über seine wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit, über das Angebot selbst, über die geplante Art der Durchführung, über etwaige Abänderungsvorschläge, über Ursprungsorte oder Bezugsquellen von Werkstoffen usw. zu unterrichten und um die Angemessenheit der Preise, nötigenfalls durch die vorzulegende Preisermittlung zu prüfen. Die Ergebnisse solcher Verhandlungen sind geheimzuhalten.

2. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben.

3. Andere Verhandlungen, insbesondere über Änderungen des Angebots oder der Preise, sind unstatthaft.

Ziff. 1. Die Verhandlungen über die hier angegebenen Gegenstände sind häufig notwendig, um dem B. die erforderliche Erläuterung des Angebots und weitere Anhaltspunkte zur Vergleichung des Angebots mit anderen Angeboten zu geben. Daß die Ergebnisse solcher Verhandlungen geheim zu halten sind, ist selbstverständlich, weil bei den Erörterungen oft genug Geschäftsgeheimnisse des Bewerbers offengelegt werden müssen, deren Bekanntwerden bei anderen Bewerbern oder sonstigen Konkurrenten verhindert werden muß.

Ziff. 2. Die Bestimmung ist überflüssig, weil der ausschreibende B. vor dem Zuschlag rechtlich überhaupt nicht gebunden ist, abgesehen bei der beschränkten Ausschreibung. Vgl. S. 22.

Ziff. 3. Verhandlungen über Änderung des Angebots, insbesondere über eine Herabsetzung des Preises, sollen mit einzelnen Bewerbern nicht gepflogen werden, um andere Bewerber nicht zu benachteiligen, die vielleicht ebenfalls zu solchen Verhandlungen bereit sein würden. Insbesondere sollen die Preise einzelner Bewerber nicht gegeneinander ausgespielt werden, damit nicht der gegenseitigen Unterbietung der Bewerber Vorschub geleistet wird.

A § 26. Das für den Zuschlag zu wählende Angebot.

1. Es sind nur solche Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die notwendige Sicherheit bieten, insbesondere die, die für eine sachgemäße und rechtzeitige Ausführung die erforderliche Erfahrung, Sachkenntnis und Leistungsfähigkeit besitzen, die Leistung im eigenen Betrieb ausführen können und über die notwendigen Mittel verfügen. Ausgeschlossen sind Auftragnehmer, die sich der gesetzlichen Verpflichtung, einer Berufsgenossenschaft anzugehören, entziehen.

2. Der Zuschlag ist nicht an die niedrigste Geldforderung gebunden. Angebote, deren Preis in offenbarem Mißverhältnis zur Leistung stehen, sollen ausgeschlossen und nur solche Angebote berücksichtigt werden, deren Preise bei einwandfreier Ausführung für den Bieter auskömmlich erscheinen. Unter den hiernach verbleibenden Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint.

3. Abgesehen von umfangreichen Leistungen oder Spezialarbeiten sollen bei handwerksmäßigen Leistungen unter sonst annähernd gleichwertigen Angeboten im allgemeinen einheimische Bieter vor auswärtigen bevorzugt werden, sowie unter einheimischen jene, die am Ort der Leistung oder in dessen Nähe den Auftrag im eigenen Betriebe ausführen und hauptsächlich ortsansässige Arbeiter beschäftigen.

4. Unter Handwerkern ist zu bevorzugen, wer berechtigt ist, den Meistertitel zu führen oder Lehrlinge auszubilden und wer Lehrlinge im eigenen Betriebe ausbildet.

5. Bei kleinen Arbeiten können selbständige kleinere Gewerbetreibende bevorzugt werden, wenn sie selbst die Aufsicht ausüben oder mitarbeiten.

6. Vereinigungen von Unternehmern, Gesellschaften oder Genossenschaften sind als gleichwertig mit Einzelbewerbern anzusehen, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betriebe oder in denen ihrer Mitglieder ausführen.

Die in A § 26 Ziff. 1 und 2 gegebenen Richtlinien für die Auswahl des Bewerbers, der den Zuschlag erhalten soll, enthalten den Kern der ganzen Verdingungsvorschriften, deren Ziel die Herbeiführung der besten technischen Leistung zu angemessenem Preise ist [1]).

Mißverständlich ist Ziff. 1, S. 2. Eine Entziehung der Zugehörigkeit zu einer Berufsgenossenschaft ist rechtlich nicht möglich. Kraft Gesetzes (§ 962 RVO.) ist „Mitglied der Berufsgenossenschaft jeder Unternehmer, dessen Betrieb zu den ihr zugewiesenen Betriebszweigen gehört und der in ihrem Bezirk seinen Sitz hat." Hiernach besteht die Mitgliedschaft kraft Gesetzes ohne Rücksicht auf die Eintragung in das Betriebsverzeichnis,

[1]) Vgl. Bauingenieur 1926, S. 856 und 1925, S. 231.

Aushändigung des Mitgliedscheins oder Zahlung der Beiträge usw. Die Berufsgenossenschaft hat deshalb auch jeden im Betrieb sich ereignenden Unfall nach den Vorschriften des Gesetzes zu entschädigen ohne Rücksicht darauf, ob die vom Gesetz für die Erkennbarmachung der Mitgliedschaft vorgeschriebenen Formen vorher erfolgt sind, und ohne Rücksicht darauf, ob der Unternehmer seine Rechte ausgeübt oder seine Pflichten erfüllt hat. So RG. vom 2. Oktober 1891 (Arbeiterversorgung 1891, S. 643). Allerdings ist eine Verpflichtung der Unternehmer zur Erfüllung der Obliegenheiten der Mitglieder der Berufsgenossenschaft wie Einreichung der Lohnnachweisungen nicht begründet, solange ihre Zugehörigkeit nicht in den gesetzlichen Formen der §§ 998 bis 1004 RVO. festgestellt ist.

Mit **Ziff. 1, S. 2** ist eine Sicherung des B. beabsichtigt gegen die Gefahr seiner Haftbarmachung für die dem U. obliegenden Beiträge zur BerGen. im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit gemäß den Bestimmungen der §§ 765/776 RVO. Wenngleich die Praxis der Bauberufsgenossenschaften zur Zeit nicht dahin geht, von den ihnen nach den vorstehenden Bestimmungen zustehenden Befugnissen gegenüber dem B. Gebrauch zu machen, so wäre doch die Aufnahme einer Bestimmung in Abschnitt B der VOB., etwa in B § 4, Ziff. 2 ratsam, wonach der B. berechtigt ist, jederzeit den Nachweis der Erfüllung der berufsgenossenschaftlichen Verpflichtungen des U. zu fordern und im Falle der Nichterfüllung einen entsprechenden Betrag von den fälligen Zahlungen jeweils einzubehalten.

Ziff. 6. Wegen der Rechtstellung der Arbeitsgemeinschaften vgl. Erl. zu A § 22 Ziff. 3.

A § 27. Aufhebung der Ausschreibung.

Die Ausschreibung kann aufgehoben werden, wenn kein den Bedingungen entsprechendes Angebot vorliegt, wenn sich die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert haben oder wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Die Vorschrift bezweckt, den Ausschreibenden zu veranlassen, Ausschreibungen nicht ohne zwingenden Grund aufzuheben. Eine Rechtsverpflichtung wird durch die Vorschrift nicht begründet, weil vor dem Zuschlag eine rechtliche Verpflichtung des Ausschreibenden im allgemeinen nicht besteht. In dem in Erl. zu Ziff. 1 A § 18 erwähnten Falle der beschränkten Ausschreibung entsteht aus A § 27 kein Recht die Ausschreibung aufzuheben, es sei denn daß diese Vorschrift in die Ausschreibungsbedingungen aufgenommen ist, oder wenigstens darin allgemein bestimmt ist, daß die Ausschreibung nach den Vorschriften des A VOB. erfolge. Nach Erteilung des Zuschlags ist der Vertrag zustande gekommen und die Ausschreibung kann alsdann selbstverständlich nicht mehr aufgehoben werden.

A § 28. Nicht berücksichtigte Angebote.

1. Den Bietern soll der Verzicht auf ihr Angebot mitgeteilt werden, sobald feststeht, daß sie für den Zuschlag nicht in Frage kommen. Nicht berücksichtigte Angebote und Ausarbeitungen der Bieter dürfen nur mit ihrer Zustimmung für eine neue Ausschreibung oder für andere Zwecke benutzt werden.

2. Nicht berücksichtigte Entwürfe, Ausarbeitungen und Proben sind zurückzusenden, wenn dies im Angebot oder innerhalb von 12 Werktagen nach Ablehnung des Angebots verlangt wird. Trotz rechtzeitigen Antrages nicht zurückgegebene Abbildungen, Muster oder Warenproben sind angemessen zu vergüten.

Ziff. 1. Die Unterlassung der Mitteilung begründet grundsätzlich keinerlei Rechte des U., insbesondere keine Rechte auf entgangenen Gewinn oder sonstigen Schadensersatz, weil der Ausschreibende ohnehin erst durch den Zuschlag verpflichtet wird. Die durch S. 2 verbotene Benutzung von Angeboten oder Ausarbeitungen der Bieter gegen ihre Zustimmung begründet einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB., für dessen Höhe der wirtschaftliche Vorteil der Unterlagen für den Ausschreibenden maßgebend ist. Vgl. Erl. zu A § 21 Ziff. 3 und 4. Die Benutzung kann aber auch einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. darstellen und begründet dann einen Schadensersatzanspruch schlechthin. Der letztere Fall liegt dann vor, wenn der Bewerber auf seine Entwürfe, Zeichnungen usw. ausdrücklich den Vermerk gesetzt hat, daß er einer Benutzung für andere Zwecke widerspreche. Vgl. RG. Bd. 73, S. 296.

Ziff. 2. Wird die Rückgabe von Entwürfen und dergleichen vom Bewerber nicht verlangt, so gehen diese in das Eigentum des Ausschreibenden über. Sie sind Gegenstand der vom Bewerber gemachten Offerte. Damit ist aber nicht gleichzeitig eine Einverständniserklärung des Bewerbers als vorliegend anerkannt, daß der Ausschreibende Entwürfe und Ausarbeitungen zu anderen Zwecken benutze. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung begründet die Vorschrift der Ziff. 2, S. 2 keinen Vergütungsanspruch, wenn nicht gleichzeitig eine rechtswidrige Benutzung im Sinne der Ziff. 1 hinzukommt.

A § 29. Zuschlag.

1. Der Zuschlag ist möglichst bald, mindestens aber so rechtzeitig zu erteilen, daß dem Bieter die Erklärung noch vor Ablauf der Zuschlagsfrist zugeht.

2. Wird auf ein Angebot rechtzeitig und ohne Abänderungen der Zuschlag erteilt, so kommt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen damit das Vertragsverhältnis zustande. Werden dagegen Erweiterungen, Einschränkungen oder Änderungen vorgenommen oder wird der Zuschlag verspätet erteilt, so ist der Bieter bei Erteilung des Zuschlages aufzufordern, sich unverzüglich über die Annahme zu erklären.

3. Wird spätere urkundliche Festlegung vorgesehen, so soll bei der Erteilung des Zuschlages zum Ausdruck gebracht werden, daß der Vertrag mit dem Zuschlag als geschlossen gilt.

Ziff. 1. Der Zuschlag ist die Annahmeerklärung des Ausschreibenden auf die im Angebot liegende Vertragsofferte des Bewerbers. Der Zuschlag bringt den Vertrag zustande, wenn er dem Bewerber noch innerhalb der Zuschlagsfrist zugeht. Ohne Zugang der Zuschlagserklärung kann der Vertrag nicht zustande kommen (§ 130 BGB.)[1]).

Über den Begriff des Zugangs ist zu sagen:

Eine Erklärung ist zugegangen, wenn sie derartig in den Bereich des Erklärungsgegners gelangt, daß es ausschließlich an ihm liegt, ob er sie kennen wollte oder nicht (RG. Bd. 50, S. 191); im Falle einer schriftlichen Erklärung, daß die die Erklärung enthaltende Urkunde in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Erklärungsempfängers gelangt (RG. Bd. 96, S. 274 und JW. 1914, S. 863[2]). Voraussetzung ist dabei auch, daß eine urkundliche Erklärung dem Empfänger unter solchen Umständen zuging, daß er von ihr voraussichtlich alsbald Kenntnis zu nehmen in der Lage war; RG. Bd. 50, S. 191; Bd. 56, S. 263; Bd. 58, S. 407; Bd. 60, S. 336 und Bd. 61, S. 125. Eine briefliche Erklärung ist mit der Aushändigung an den Adressaten zugegangen, gleichgültig ob dieser von ihrem Inhalt alsdann auch Kenntnis nimmt (RG. JW. 05, S. 488[6]). Der Einwurf in den an der Büro- oder Wohnungstür angebrachten Briefkasten genügt (RG. Gruch. Bd. 54, S. 1127); desgleichen wenn der Brief einem Angestellten oder Dienstboten des Empfängers in seinem Geschäftslokal abgeliefert wird. (RG. Bd. 60, S. 336, Bd. 50, S. 191, Bd. 56, S. 262, Bd. 58, S. 406.) Wenn schriftliche Erklärung nicht erforderlich ist, genügt die telephonische Mitteilung an das Geschäftslokal des Mitteilungsempfängers, und zwar gilt die Erklärung dem Empfänger zugegangen, auch wenn sie dem zur Entgegennahme telephonischer Mitteilungen befugten Angestellten des Empfängers gegenüber gemacht wird. Regelmäßig ist in einem kaufmännischen Betriebe jeder Büroangestellte zur Empfangnahme telefonischer Mitteilungen als befugt anzusehen (RG. Bd. 102, S. 296). Bei telegrafischer Mitteilung der Erklärung gilt diese erst dann als zugegangen, wenn dem Adressaten vom Telegrafenamt die Möglichkeit eröffnet wird, von dem Telegramm Kenntnis zu nehmen. Dies ist schon dann der Fall, wenn der Inhalt des Telegramms dem Empfänger selbst oder einem zur Entgegennahme von Telegrammen befugten Angestellten durch Fernsprecher zugesprochen wird (RG. Bd. 105, S. 256 und Bd. 97, S. 336). Nicht befugt zur Entgegennahme von Postsendungen oder Erklärungen ist der Arbeiter auf der Baustelle.

Wird die Annahme der brieflichen Erklärung vom Empfänger verweigert, so gilt sie als nicht zugegangen (RG. Bd. 110, S. 34). Hat der

[1]) Anders möglicherweise bei beschränkter Submission vgl. S. 22.

Erklärungsgegner die Entgegennahme einer durch Fernsprecher zu erwartenden Annahmeerklärung durch sein Verschulden unmöglich gemacht, so muß er die deshalb auf andere Weise verspätet zugegangene Erklärung als rechtzeitig gegen sich gelten lassen (RG. LeipzZeitschr. 1925, S. 252). Ist der Zugang der Erklärung auf gewöhnlichem Wege nicht zu bewirken, so kann die Zustellung derselben durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 132 BGB. erfolgen.

Der Zugang einer Erklärung wird nicht rechtswirksam, wenn dem Empfänger vorher oder gleichzeitig ein Widerruf der Erklärung zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB.). Mit dieser Einschränkung ist der Erklärende auch zum Widerruf berechtigt. Nicht aber trifft die häufig verbreitete Meinung zu, daß man bereits zugegangene Erklärungen innerhalb 24 Stunden oder einer sonstigen Frist frei widerrufen könnte.

Ziff. 2. Rechtzeitig ist die Zuschlagserklärung, wenn sie dem Empfänger noch vor Ablauf der Zuschlagsfrist zugeht. Die Zuschlagsfrist läuft um Mitternacht des letzten Tages der Frist ab (§ 188 BGB.). Die schriftliche Zuschlagserklärung bringt also den Vertrag auch dann zustande, wenn sie am letzten Tage der Frist nach Schluß der Geschäftszeit im Büro des Bewerbers eingeht. Im übrigen gelten für die Berechnung von Fristen die allgemein gültigen Bestimmungen der §§ 187/193 BGB.[1]).

Ist die dem Bewerber verspätet zugegangene Zuschlagserklärung dergestalt abgesandt worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Bewerber dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Ausschreibenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen. Er ist alsdann an den Zuschlag nicht gebunden. Verzögert er aber die Absendung der Anzeige, so gilt der Zuschlag als nicht verspätet (§ 149 BGB.). Dies gilt auch ohne eine in Ziff. 2, S. 2 vorgeschriebene Aufforderung des Ausschreibenden an den Bieter, sich unverzüglich über die Annahme zu erklären. § 149 BGB. gelangt nicht zur Anwendung, wenn die Zuschlagserklärung an sich schon ver-

[1]) § 187 BGB.: Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt.

Ist der Beginn eines Tages der für den Anfang einer Frist maßgebende Zeitpunkt, so wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet. Das gleiche gilt von dem Tage der Geburt bei der Berechnung des Lebensalters.

§ 188 BGB.: Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist.

Eine Frist, die nach Wochen, nach Monaten oder nach einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume — Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr — bestimmt ist, endigt im Falle des § 187 Abs. 1 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, im Falle des § 187 Abs. 2 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht.

Fehlt bei einer nach Monaten bestimmten Frist in dem letzten Monate der für ihren Ablauf maßgebende Tag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages dieses Monats.

spätet abgesandt ist. In diesem Falle, ebenso wie dann, wenn der Zuschlag unter der Bedingung von Abänderungen, Erweiterungen oder Einschränkungen des Angebots erteilt wird, kann er grundsätzlich einen Vertrag nicht zustande bringen. Er gilt dann rechtlich als neues Vertragsangebot des Ausschreibenden an den Bewerber (§ 150 BGB.), von dessen Willen es dann abhängt, ob der Vertrag auf der neuen Grundlage durch seine Zustimmungserklärung geschlossen werden soll. Die in Ziff. 2, S. 2 vorgeschriebene Aufforderung an den Bieter ist deshalb rechtlich ohne Bedeutung, wenn der Bieter trotz der Aufforderung nicht antwortet.

Schwierigkeiten können wie überhaupt bei jedem Vertragsschluß entstehen, wenn der Bewerber auf die Abänderungsvorschläge des Ausschreibenden seinerseits Gegenvorschläge macht und hin und her verhandelt wird. Alsdann kann die Situation eintreten, daß die Parteien schließlich den Vertrag als geschlossen ansehen, während in Wahrheit über einen oder einige Punkte eine Einigung tatsächlich nicht zustande gekommen ist. Hier gilt § 155 BGB. der bestimmt:

„Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde." Ob die Voraussetzung, der Vertrag wäre auch ohne eine Bestimmung über den unerledigten Punkt geschlossen worden, zutrifft, ist Tatfrage des Einzelfalles. Waren die streitig gebliebenen Erklärungen objektiv nur eindeutig, dann ist das Mißverständnis grundsätzlich rechtlich unbeachtlich. Das Erklärte hat Geltung. So RG. JW. 1913, S. 480[1]. Waren dagegen die streitigen Erklärungen an sich mehrdeutig, dann ist entscheidend, ob die Parteien in Wirklichkeit jeder etwas Verschiedenes gewollt haben, und ob einem jeden von ihnen auch der abweichende Wille des Gegners verborgen geblieben ist. Nur in diesem Falle ist für die Anwendung des § 155 BGB. Raum. Aber auch trotz objektiver Eindeutigkeit der Erklärung kommt eine Einigung nicht zustande, wenn ein solches Mißverständnis vorliegt, das kein Teil den anderen an dessen Erklärung festhalten will. Vgl. hierüber des Näheren Komm. d. RGR. Note 2 zu § 155.

§ 189 BGB.: Unter einem halben Jahre wird eine Frist von sechs Monaten, unter einem Vierteljahre eine Frist von drei Monaten, unter einem halben Monat eine Frist von fünfzehn Tagen verstanden.

Ist eine Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen.

§ 190 BGB.: Im Falle der Verlängerung einer Frist wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet.

§ 191 BGB.: Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu dreißig, das Jahr zu dreihundertfünfundsechzig Tagen gerechnet.

§ 192 BGB.: Unter Anfang des Monats wird der erste, unter Mitte des Monats der fünfzehnte, unter Ende des Monats der letzte Tag des Monats verstanden.

§ 193 BGB.: Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag.

Ziff. 3. Die Schriftform ist für den Bauvertrag in dem Sinne, daß dieser erst durch die schriftliche Vollziehung beider Parteien rechtswirksam würde, weder gesetzlich noch durch die VOB. vorgeschrieben. Sie ist aber jedenfalls, wenn ein Wettbewerb stattgefunden hat allgemein üblich. Es wird deshalb regelmäßig dem Parteiwillen entsprechen, daß der Vertrag erst durch die schriftliche Zuschlagserteilung rechtswirksam wird (Komm. d. RGR. Note 2 zu § 154 BGB.)

Ob eine Vereinbarung der Schriftform vorliegt, oder ob die Parteien lediglich zu Beweiszwecken die mündlich oder durch Briefwechsel zuvor bereits erfolgte Einigung über den Vertragsinhalt schriftlich bestätigen wollen, ist Tatfrage des Einzelfalles. Im Streitfalle muß derjenige, der das Zustandekommen des Vertrages schlechthin ohne Schriftform behauptet, dies beweisen, wenn die Gegenseite die Schriftform als Bedingung des Vertragsabschlusses als vereinbart behauptet (RG. Warn. 1913, Nr. 44, 1918 Nr. 72). Alles dies gilt auch für den Bauvertrag. Der Zuschlag kann aber auch rechtswirksam mündlich oder zu Protokoll im Zuschlagstermin in Gegenwart des Zuschlagsempfängers erteilt werden. Maßgebend ist immer die Parteiabsicht. Bei den ohne Wettbewerb vergebenen Bauaufträgen werden die Verhandlungen über den Vertragsschluß regelmäßig durch Briefwechsel bestätigt werden. Hier kann mangels besonderer, sei es ausdrücklicher oder stillschweigender Abrede nicht die Absicht der Parteien vermutet werden, daß der Vertrag erst durch eine besondere urkundliche Abfassung und unterschriftliche Vollziehung rechtswirksam werde. Vielmehr kommt es hier lediglich darauf an, ob tatsächlich über alle Punkte des Vertrages mündlich oder schriftlich eine Einigung stattgefunden hat. Die Verständigung über nur einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung derselben stattgefunden hat, § 154 I BGB. Ist aber ausdrücklich vereinbart oder auf Grund allgemeiner Übung als vereinbart anzunehmen, daß auf das schriftliche Angebot nur ein schriftlicher Zuschlag oder eine schriftliche Bestätigung den Vertrag zum Abschluß bringen könne, so ist der Vertrag grundsätzlich nicht geschlossen, solange die Beurkundung nicht erfolgt ist. Zu unterscheiden ist davon die schriftliche Bestätigung eines mündlich erteilten Zuschlages, die nach der Absicht der Parteien lediglich Beweiszwecke hat und nicht als Bedingung für die Rechtswirksamkeit des Abschlusses erscheint (Komm. d. RGR. Note 2 zu § 154 BGB).

Die in Ziff. 3 vorgesehene Beurkundung hat nicht die Bedeutung, daß erst mit ihr der Vertragsabschluß perfekt würde. Deshalb ist die Unterlassung der späteren Beurkundung, vorausgesetzt, daß der Zuschlag rechtswirksam erteilt ist, rechtlich ohne Bedeutung. Die Unterlassung kann den einmal geschlossenen Vertrag nicht wieder beseitigen (RG. Bd. 62, S. 78 und Bd. 94, S. 333).

A § 30. Vertragsurkunde.

1. Durch eine besondere Urkunde soll der Vertrag festgelegt werden, wenn nicht schon durch die Ausschreibungsunterlagen, das Angebot, das Zuschlagsschreiben und andere Schriftstücke der wesentliche Inhalt des Vertragsverhältnisses eindeutig festgelegt ist. Der Inhalt des Vertrages ist in knapper und bestimmter Fassung wiederzugeben; die zugehörigen Anlagen sind aufzuführen. Die Urkunde ist von den beiden Vertragsparteien zu unterzeichnen. Die Beglaubigung einer Unterschrift kann in besonderen Fällen verlangt werden.

2. Am Kopfe der Urkunde sind die gesetzlich vorgeschriebenen Vermerke über Berechnung und Verwendung der Stempel, auch der für die Nebenausfertigung, zu machen.

3. Die Kosten der Vertragsurkunde einschließlich der Stempelsteuer trägt jede Vertragspartei zur Hälfte. Die Stempelfreiheit einer Vertragspartei kommt nur dieser zugute. Die Kosten der Beglaubigung einer Unterschrift trägt der, dessen Unterschrift beglaubigt wird.

4. Die Urkunde ist doppelt auszufertigen. Im Sinne der Stempelsteuergesetze gilt die Ausfertigung des Auftraggebers als Hauptausfertigung. Die Stempelkosten der Nebenausfertigung trägt der Auftraggeber.

Ziff. 1. Die Niederlegung des Vertrages in einer besonderen Urkunde ist äußerst zweckmäßig, wenn nicht gar notwendig, um den Vertragsinhalt einwandfrei festzustellen und nachweisen zu können. Die Schriftform hat hier, wo das Zustandekommen des Vertrages bereits vorausgesetzt ist, offensichtlich die Bedeutung, den Beweis des Vertragsinhalts zu gewährleisten. Vgl. Erl. zu A § 29 Ziff. 3. Allerdings wird die Abfassung der Vertragsurkunde unmöglich, wenn über die Formulierung Meinungsverschiedenheiten entstehen. Alsdann kommt es für den Vertragsinhalt allein auf die vorhandenen Unterlagen an. Möglicherweise kommen alsdann nicht nur schriftliche Unterlagen, sondern auch mündliche Abreden in Betracht. Dabei ist, sei es, daß eine besondere Urkunde aufgesetzt ist oder nicht, zu berücksichtigen, daß der schriftliche Vertrag oder die gegenseitigen Bestätigungsschreiben die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich haben. Der Gegenbeweis ist aber zulässig für den, der behauptet, daß a) anderes niedergeschrieben als verabredet sei oder b) daß noch mündliche Nebenabreden getroffen seien. Im Falle zu a) müssen die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 BGB. vorliegen, um den schriftlichen Vertragsinhalt zu widerlegen. Im Falle zu b) ist die Bedeutung und Rechtsfolge der mündlichen Nebenabrede je nach den Umständen des Einzelfalles verschieden. Näheres siehe Komm. d. RGR. Bd. I, S. 190.

Auf allgemeine Vorschriften, z. B. die Allgemeinen und die Technischen Vertragsbedingungen der VOB., sonstige allgemein gültige Normen oder Vorschriften kann ohne nochmalige Wiederholung im Vertrage Bezug genommen werden durch die Aufnahme der Bestimmung, daß die betreffenden Vorschriften für das Vertragsverhältnis Anwendung fänden (RG. Bd. 105, S. 292).

Die Unterschriftsbeglaubigung in besonderen Fällen (durch die Polizeibehörde, Gericht oder Notar) wird verlangt werden, wenn Zweifel an der Identität des Unterzeichnenden bestehen können. Praktisch wichtiger ist die Feststellung der Legitimation des Unterschreibenden für die Unterschrift, insbesondere die Feststellung der Vertretungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter von Handelsgesellschaften und Arbeitsgemeinschaften. Zu diesem Zwecke ist bei Gesellschaften die Beibringung des neuesten Handelsregisterauszuges und, falls der Unterschreibende nicht gesetzlicher Vertreter ist, die Beibringung seiner Vollmacht zu fordern.

Ziff. 2. Steuerpflichtig sind in Preußen nur förmliche Verträge, nicht der den Vertragsschluß bestätigende Briefwechsel. § 1 PrStStG. Die Vermerke über den Stempel sind nicht von den Vertragsparteien, sondern von den Amtsstellen vorzunehmen, die zur Entwertung von Stempelzeichen befugt sind [1]). (Stempelverteiler, Finanzamt.) Die Höhe des Stempels ergibt sich aus Tarifstelle 21 in Verbindung mit Tarifstelle 7 Ziff. 9 Nr. 3 und Tarifstelle 18 Ziff. 2. Danach ist die auf Grund des Bauvertrages erfolgte Lieferung von Materialien einschließlich des elektrischen Stromes (RG. 56, S. 408) stempelfrei; im übrigen beträgt der auf die Arbeitsleistung entfallende Stempel 3 *RM*.

Ziff. 3. Als Kosten der Vertragsurkunde werden, soweit nicht Anwalts- oder Notariatsgebühren in Frage kommen, regelmäßig nur die Stempelkosten entstehen. Die persönliche Stempelsteuerbefreiung regelt sich in Preußen nach § 5 Pr. St. St. G. Darunter sind für den Bauvertrag besonders hervorzuheben die Körperschaften des öffentlichen Rechts in Angelegenheiten, welche die Schaffung gesunder Kleinwohnungen für Minderbemittelte betrifft und sonstige Vereinigungen, deren satzungsgemäßer Zweck mittelbar oder unmittelbar darauf gerichtet ist, Minderbemittelten gesunde und zweckmäßig eingerichtete Wohnungen in eigens erbauten oder angekauften Häusern zu billigen Preisen zu verschaffen, und die keinen spekulativen, sondern einen gemeinnützigen Charakter haben. Näheres § 5 Ziff. 1 g Pr. St. St. G.

Ziff. 4. S. 2. Nebenausfertigungen werden nach Tar.-St. Nr. 4 mit 3,— *RM* und, falls der Stempel der Hauptausfertigung niedriger ist, mit diesem versteuert. Eine Nebenausfertigung darf nur dann als solche versteuert werden, wenn das Vorhandensein einer als Hauptausfertigung versteuerten Urkunde nachgewiesen ist (§ 9 Pr. St. St. G.).

[1]) In Preußen gemäß § 14 des Preuß. Stemp.-St.-Ges. vom 27. 10. 24.

B. Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.

Vorbemerkung: Abschnitt B der VOB. enthält die allgemeinen d. h. von einem konkreten Bauvorhaben unabhängigen Vertragsbestimmungen, wie sie in jedem Bauvertrage zugrunde gelegt werden sollen, und zwar wird Abschnitt B VOB. im Gegensatz zu Abschnitt A unmittelbarer Inhalt des Bauvertrages, sobald überhaupt vereinbart ist, daß die VOB. für den Bauvertrag Geltung habe. Eine nochmalige Wiederholung der einzelnen Bestimmungen des Abschnitt B VOB. in dem Vertrag ist nicht erforderlich. Es genügt die Bezugnahme. Vgl. Erl. 1 zu A § 30 RG. Bd. 105 S. 292.

Die Bestimmungen des B VOB. reichen aber nicht aus, um für jeden Bauvertrag alle auftauchenden Fragen zu regeln. Dies ist selbstverständlich auch allgemein kaum möglich; deshalb findet B VOB. seine notwendige Ergänzung durch die gesetzlichen Bestimmungen, vor allem durch das Werkvertragsrecht des BGB. Weil und soweit B VOB. das Bauvertragsverhältnis nicht erschöpfend regeln kann, ist bei der Erläuterung des B VOB. auch das Gesetzesrecht zu berücksichtigen. Überall da, wo B VOB. bereits Antwort auf eine zu entscheidende Frage gibt, ist die Anwendung einer anderslautenden gesetzlichen Bestimmung ausgeschlossen. Aber auch die Gesetzesbestimmungen geben allein nicht immer zweifelsfrei Antwort auf jede Frage. Es bedarf deshalb auch der Gesetzesauslegung unter Anwendung der durch Rechtsprechung und sonstige Praxis aufgestellten Grundsätze. Reichen aber alle diese Hilfsmittel nicht aus, um eine im Vertrage vorhandene Lücke auszufüllen, so ist auf die Bestimmung des § 157 BGB. zurückzugreifen, nach welchem Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Ergibt sich im Einzelfalle, daß die Vertragsparteien in ihrem Vertrage eine Lücke offengelassen haben, die, falls nicht der gesamte Vertragszweck mehr oder weniger gefährdet sein oder der eine Vertragsteil einen ungebührlichen, ihm nicht zuzumutenden Nachteil erleiden soll, notwendig der Ausfüllung bedarf, dann ist es Sache der gerichtlichen Entscheidung, wie die Parteien den fraglichen ungeregelt gebliebenen Punkt geregelt haben würden, wenn sie ihn ausdrücklich hätten regeln wollen und hierbei nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verfahren wären. Die Anwendung des § 157 BGB. setzt aber immer voraus, daß der Vertrag als solcher rechtswirksam zustandegekommen ist. Gleichgültig für die Anwendbarkeit

des § 157 BGB. ist es, ob einer der beiden Parteien die vorhandene Lücke bei Vertragsschluß unbekannt war oder ob sie, was leider im geschäftlichen Verkehr oft genug zu beobachten ist, absichtlich offen gelassen ist, um den Gegner zu übervorteilen. Die Richtschnur für die Entscheidung bilden Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Damit ist ein objektiver Maßstab für die Vertragsauslegung geschaffen. Vgl. im übrigen darüber Komm. d. RGR. Note 1 zu § 157 BGB.

B § 1. Art und Umfang der Leistung.

Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Bei Widersprüchen im Vertrage gelten nacheinander:

1. **Die Beschreibung der Leistung und die besonderen Vertragsbedingungen,**
2. **die Technischen Vorschriften für Bauleistungen und**
3. **die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.**

Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen und Aufwendungen abgegolten, die nach den Besonderen Vertragsbedingungen den Technischen Vorschriften oder der gewerblichen Verkehrssitte zur vertraglichen Leistung gehören.

Abänderungen des Bauentwurfes anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten; Leistungen, die im Vertrage nicht vorgesehen sind, können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

Abs. 1. Art und Umfang der auszuführenden Bauleistung ergeben sich aus der Baubeschreibung, den Besonderen Vertragsbedingungen und dem Leistungsverzeichnis. Dabei wird der Umfang im einzelnen regelmäßig nicht im voraus vollkommen genau festgelegt werden können. Es ist dies normalerweise auch nicht erforderlich, weil bei der Vergebung nach Einheitspreisen der Unternehmer im allgemeinen auf seine Rechnung kommen muß und bei der Vergebung zu einem Pauschalpreise zum Ausdruck gebracht ist, daß die Bauleistung zu diesem Preise ohne Rücksicht auf ihren genauen Umfang im einzelnen auszuführen ist. Ein Mangel der Bestimmtheit der übernommenen Bauleistung liegt nicht vor. Wenn im Einzelfalle Zweifel darüber auftauchen, ob die Verpflichtung zu einer bestimmten Leistung vorliegt, so ist dafür der Vertragsinhalt, nicht aber die technische Notwendigkeit in bezug auf das Bauvorhaben entscheidend. Die speziellen auf die konkrete Leistung bezüglichen Vertragsbestimmungen gehen den weniger speziellen und allgemeinen Vertragsbestimmungen vor. So ist die in Abs. 1 S. 2 angegebene Reihenfolge selbstverständlich. Bei der Anwendung der Technischen Vor-

schriften (C VOB.) ist zu berücksichtigen, daß diese noch auf eine große Zahl von für einzelne bestimmte Leistungen geltenden Regeln, wie ministeriellen Erlassen, Normalbedingungen und Vorschriften Bezug nehmen, die mit der Aufnahme des Abschnittes C VOB. ebenfalls zum Inhalt des Bauvertrages werden.[1]) Soweit in diesen nach C VOB. zum Vertragsinhalt gehörenden allgemeinen Vorschriften, Normen und Erlassen sich Widersprüche zu sonstigen Vorschriften von C VOB. vorfinden, gehen die in C VOB. enthaltenen Bestimmungen jenen allgemeinen Regeln vor.

Abs. 2. Durch die vereinbarten Preise werden alle Leistungen und Aufwendungen abgegolten, die nach den Besonderen Vertragsbedingungen, den Technischen Vorschriften und der gewerblichen Verkehrssitte Gegenstand der Vertragsleistung sind, selbst wenn ein besonderer Preisansatz nicht vorgesehen ist. Insbesondere fallen darunter alle Nebenleistungen, die in C VOB. I—XXII jeweils unter C als Nebenleistungen aufgeführt sind. Als Gegenstück zu dem Grundsatz des Abs. 2 ergibt sich, daß alle nach den hier genannten Vertragsunterlagen nicht zur Vertragsleistung gehörenden Leistungen und Aufwendungen durch die vereinbarten Preise nicht abgegolten werden. Ob solche Leistungen dem Unternehmer zu vergüten sind, regelt sich nach B § 2 Abs. 3 und 4 und, falls diese Vorschrift nicht ausreicht, nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften.

Der Abs. 2 B § 1 kann von außerordentlicher Tragweite werden, wenn erhebliche Risiken in Frage kommen und ein besonderer Preisansatz dafür nicht vorgesehen ist, z. B. bei Tiefbauarbeiten die Unterfangung anliegender Gebäude (C VOB. I. B Ziff. 9). Derartige mit nicht unerheblichen Kosten verbundene Arbeiten werden mangels eines besonderen Preisansatzes durch die vereinbarten Preise abgegolten, weil sie nach C VOB. zur Vertragsleistung gehören. Dies gilt nach C VOB. I. A Ziff. 3 nicht von Mehrleistungen infolge anderer als der vorausgesetzten Grundwasserverhältnisse. Andere Risiken, wie etwa das Haftpflichtrisiko für Ersatzansprüche geschädigter Dritter oder die zur Abwendung des Risikos aufzunehmende Versicherung, werden, wenn sie durch den Vertrag dem Unternehmer auferlegt werden, mangels besonderen Preisansatzes durch die vereinbarten Preise abgegolten, während diese Risiken häufig ohne besondere Vergütung den U. außerordentlich schwer belasten. Aus diesem Grunde sollte auch er auf eine möglichst strenge Innehaltung der Vorschrift A § 9 Ziff. 3 VOB. hinzuwirken versuchen.

Über den Rahmen der vereinbarten Bauleistung hinaus geht auch die Verlängerung der Bauzeit, wenn diese nicht von dem U. zu vertreten ist. Die Bauzeit sowie Einzelfristen begründen nicht nur eine Verpflichtung des U., sondern statuieren auch sein Recht, die Arbeiten innerhalb der vereinbarten Fristen auszuführen. Werden durch die vom U. nicht zu vertretende Überschreitung der Bauzeit oder der

[1]) Vgl. Voß-Beerhold, Anlagensammlung zu den Technischen Vorschriften für Bauleistungen VOB. 1928, Bauwelt-Verlag.

Einzelfristen Mehraufwendungen erforderlich (Geräte- und Materialienvorhaltung, Löhne, Gehälter und dergleichen), so können diese nicht als durch die vereinbarten Preise abgegolten angesehen werden.

Abs. 3. Die vom B. vorbehaltene Abänderung des Bauentwurfes setzt voraus, daß es sich immer noch um dasselbe Bauvorhaben handelt und daß die Leistung ihrem Umfange nach nicht grundlegend verändert wird. Ihrer Art nach dürfen durch die Abänderung andere Leistungen nicht bedingt werden, weil solche dem U. nur mit seiner Zustimmung übertragen werden können. Ist die Identität des Bauvorhabens infolge der Abänderung des Bauentwurfes nicht mehr gewahrt, so liegt in dem Beharren des B. auf die Abänderung eine Kündigung des Bauvertrages mit den Folgen des § 649 BGB. (B § 8 VOB.).

B § 2. Vergütung.

Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den wirklich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z. B. Pauschpreis) festgesetzt ist.

Weichen die ausgeführten Massen einer unter einem Einheitspreis zusammengefaßten Leistung nicht mehr als 10 v. H. von dem im Vertrage vorgesehenen Umfange ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis; für Mehrleistungen über 10 v. H. ist auf Verlangen ein Preis zu vereinbaren, für Minderleistungen ist für die über 10 v. H. hinausgehende Verminderung der Massen § 8 Ziff. 1 entsprechend anzuwenden.

Wird eine Leistung gefordert, die im Vertrage nicht vorgesehen ist, oder werden durch Abänderung des Bauentwurfes oder durch andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen der Preisberechnung für eine im Vertrage vorgesehene Leistung wesentlich verändert, so soll die Vergütung vor der Ausführung vereinbart werden.

Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrage ausführt, werden nicht vergütet. Solche Leistungen hat er auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, widrigenfalls dies auf seine Kosten geschehen kann. Er haftet außerdem für andere Schäden, die dem Auftraggeber hieraus entstehen. Eine Vergütung steht ihm jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt, oder wenn sie für die Durchführung des Vertrages notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und wenn diesem unverzüglich Anzeige erstattet wurde.

Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie entweder im Vertrage als solche vorgesehen oder vor ihrem Beginn als solche in Auftrag gegeben worden sind.

Abs. 1. Wegen der Berechnung nach Einheitspreisen und Pauschpreisen vgl. A § 5. Bei Vergebung zu Einheitspreisen sind für die Er-

mittlung des Umfanges der ausgeführten Leistung die in Abschnitt I bis XXII C VOB. unter D enthaltenen Bestimmungen über Aufmaß und Abrechnung maßgebend. Auch wo die VOB. nicht zugrunde liegt, werden diese Bestimmungen mangels anderer Vereinbarung zur Anwendung gelangen können, weil sie als der Niederschlag dessen anzusehen sind, was in dem fraglichen Zweige des Baugewerbes als üblich und angemessen anzusehen ist.

Wegen Berechnungs- oder Kalkulationsirrtums vgl. Erl. zu A § 24 Ziff. 3.

Abs. 2. Selbst bei Vergebung zu Einheitspreisen wird vorausgesetzt, daß der nach der Ausschreibung und dem geschlossenen Vertrage angegebene Umfang der Bauleistung sich bei der Ausführung in der Hauptsache als richtig erweist. Auch die Einheitspreise werden nicht abstrakt, sondern auf Grund des vorliegenden konkreten Bauvorhabens errechnet. Bei erheblichen Abweichungen zwischen der tatsächlich ausgeführten und der veranschlagten Leistung kann eine Vertragspartei leicht zu Schaden kommen. Bleibt die Leistung erheblich hinter den Vordersätzen des Angebots zurück, so kann der U. insofern benachteiligt werden, als er bei Einsetzung seiner Einheitspreise in diese solche Unkosten miteinkalkuliert hat, für die ein besonderer Preisansatz nicht vorgesehen ist, die aber bei der Ausführung der Leistung ohne Rücksicht auf deren Umfang in gleichem Maße aufzuwenden sind, wie z. B. Gerätemiete, allgemeine Unkosten, Mieten für Lagerplätze und dergleichen. Steigt der Umfang der auszuführenden Leistung gegenüber der veranschlagten erheblich, so kann ebenfalls sowohl die eine oder die andere Partei geschädigt werden, der B., weil die in den vereinbarten Einheitspreis einkalkulierten nicht besonders vergüteten Unkosten schon durch die geringere Leistung amortisiert werden, der U., wenn er z. B. die an sich schon gedrückten Einheitspreise ohne Schaden nur deshalb einhalten kann, weil er eine bestimmte Menge von Materialien oder Geräten besonders günstig zur Verfügung hatte und diese wohl zur Bewirkung der veranschlagten, nicht aber der vermehrten Leistung ausreichen, oder weil die Mehrleistung eine Verlängerung der Bauzeit bedingt und während derselben Lohnsteigerungen eintreten. Hieraus ist Abs. 2 gerechtfertigt. Bis zu 10% Mehr- oder Minderleistung gegenüber dem Angebot kann keine Partei die Veränderung des Einheitspreises verlangen. Bei Mehrleistungen über 10% ist je nach Lage des Sachverhalts die betroffene Partei berechtigt, eine anderweite Festsetzung des Einheitspreises zu verlangen. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so wird dadurch der Anspruch auf Änderung des Einheitspreises nicht illusorisch, vielmehr ist im Streitfalle der Preis durch das Gericht festzusetzen, was je nach dem Einzelfall mehr oder weniger schwierig ist. Bei der Ermittlung des neuen Preises werden die gesamten Kalkulationsgrundlagen der betreffenden konkreten Bauleistung zu berücksichtigen sein.

Bleiben die ausgeführten Massen mehr als 10% hinter den veranschlagten Massen zurück, so ist für die darüber hinausgehende Minderleistung die Vorschrift des B § 8 Ziff. 1 d. h. § 649 BGB. anzuwenden. Bei dieser Anwendung ist davon auszugehen, daß der U. auch für die Verminderung seiner Leistung von mehr als 10% grundsätzlich den vertraglichen Einheitspreis fordern kann und sich nur das abziehen zu lassen hat, was er infolge der zu berücksichtigenden Verminderung erspart oder zu ersparen böswillig unterläßt. Daß eine Ersparnis vorliegt und wie hoch diese ist, hat der B. zu beweisen.

Die entsprechende Anwendung des B § 8 Ziff. 1 hat für die Abrechnung zwischen den Parteien zur Folge, daß als ausgeführte Leistung zunächst die im Vertrage vorgesehene zugrunde gelegt wird und dann von der sich daraus ergebenden Vergütung die Ersparnis infolge der Verminderung der Leistung abgezogen wird.

Abs. 3. Während Abs. 2 lediglich die Folge der Veränderungen des Leistungsumfanges gegenüber der vereinbarten Leistung behandelt, betrifft Abs. 3 zunächst die Veränderung der Leistungsart. Grundsätzlich bestimmt schon B § 1 Abs. 3 S. 2, daß der U. zu nicht im Vertrage vorgesehenen Leistungen nicht verpflichtet sei. Einschränkungen dieses Grundsatzes können ausdrücklich durch die Besonderen oder Technischen Vertragsbedingungen erfolgen, wie dies in C VOB. I A Ziff. 3 für Veränderung der Bodenarten oder veränderte Grundwasserverhältnisse vorgesehen ist. In diesen Fällen handelt es sich um vertraglich vorgesehene Änderungen.

Anders aber, wenn Leistungen „gefordert" d. h. auch erforderlich werden, mit denen bei Abschluß des Vertrages überhaupt nicht gerechnet worden ist. Es kann sich dabei entweder um solche handeln, die infolge plötzlich auftauchender Gefahren für die Bauleistung ausgeführt werden müssen, z. B. bei Baugrubenabsteifungen, die Arbeiten zur Beseitigung der Folgen eines Wasserrohrbruchs, zur Beseitigung von Erdmassen anläßlich eines Erdrutsches oder anläßlich sonstiger äußerer Einwirkungen, wie Bruch eines Staudammes und ähnliches, oder aber es kann sich um Arbeiten handeln, die zur ordnungsmäßigen Durchführung des Bauvorhabens schlechthin von Anfang an erforderlich waren und lediglich nach dem mangelhaft aufgestellten Entwurf nicht vorgesehen waren, wie z. B. Verstärkung tragender Teile, erforderlich werdende Tieferfundierung von Gebäuden wegen mangelhaften Baugrundes und dergleichen. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß die vereinbarte Bauleistung ohne die außervertraglichen Arbeiten nicht zu Ende geführt werden kann. Hier erfährt der in B § 1 Abs. 3 aufgestellte Grundsatz ebenfalls eine Einschränkung durch die Vorschrift des § 242 BGB. Der U. darf sich, wenn die einschlägigen außervertraglichen Arbeiten überhaupt in sein Fach fallen, nicht weigern, sie auszuführen. Hiermit steht in Einklang die im Falle von Behinderungen der Bauleistung maßgebliche Bestimmung des B § 6 Ziff. 3 Abs. 1, wonach der U. alles, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, zu tun hat, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen.

Die im Vertrage nicht vorgesehenen aber notwendigen Arbeiten sind dem U. auf alle Fälle zu vergüten, auch wenn die in B § 2 Abs. 3 vorgesehene Vereinbarung vor oder nach der Ausführung nicht zustandekommt. Dies ist in Abs. 4 S. 4 ausdrücklich bestimmt unter der Voraussetzung, daß dem B. unverzüglich Anzeige erstattet wird; gemeint ist die Anzeige von der Notwendigkeit der Ausführung außervertraglicher Arbeiten. Die Bestimmung steht insoweit in Einklang mit dem oben S. 11 dargelegten, aus § 650 BGB. herzuleitenden Grundsatz, wonach der U. für Ausführung nicht im Vertrage vorgesehener Arbeiten Anspruch auf Entschädigung hat. Dieser durch B § 2 Abs. 4 auch ausdrücklich anerkannte gesetzliche Grundsatz kann aber nicht da Platz greifen, wo der U. die Verantwortung für die Richtigkeit des von ihm aufgestellten Bauentwurfs übernommen hat. In diesem Falle enthält die Nichtaufnahme der nachträglich erforderlichen Arbeiten in den Entwurf eine Verletzung seiner Vertragspflicht, für die er dem B. rechtlich verantwortlich ist, so daß ihm ein Anspruch auf Vergütung nicht zugebilligt werden kann.

Aber auch wenn eine Änderung der Leistungsart während der Bauausführung nicht erforderlich geworden ist, kann durch Abänderung des Bauentwurfs oder durch andere Anordnungen des B., wie z. B. Änderung der Reihenfolge in der Ausführung einzelner Teilleistungen, die Grundlage der Preisberechnung verändert werden. Nur wenn eine wesentliche Veränderung eintritt, steht dem U. Anspruch auf Berücksichtigung derselben bei der Vergütung zu. Was wesentlich ist, ist nicht näher gesagt. Man wird aber je nach Lage des Einzelfalles eine wesentliche Veränderung der Preisberechnungsgrundlage und zwar in analoger Anwendung des B § 2 Abs. 2 annehmen können, wenn die Massen oder Selbstkosten einer Vertragsposition sich um 10% erhöhen. B § 4 Ziff. 1 Abs. 3 sieht hinsichtlich der vom B. zu treffenden Anordnungen vor, daß dieser die Mehrkosten zu tragen habe, wenn durch die Anordnung eine „ungerechtfertigte" Erschwerung eintrete. Diese Formulierung ist nicht glücklich. Die Bestimmung ist auch überflüssig, weil in B § 2 Abs. 3 durch die Bestimmung, es solle für die darin erwähnten Änderungen gegenüber dem Vertrage eine Vergütung vereinbart werden, zum Ausdruck gebracht ist, daß der U. Anspruch auf Vergütung habe. Weiter spricht der letzte Satz von B § 4 Ziff. 1 Abs. 3 nur von den Mehrkosten, womit der übliche Gewinn ausgeschlossen ist. Der U. kann aber schon auf Grund B § 2 Abs. 3, weil sie die weitergehende Bestimmung ist, Anspruch auf die angemessene Vergütung erheben, ohne daß es darauf ankäme, ob eine ungerechtfertigte Erschwernis vorliegt.

Zu den Leistungsveränderungen, auf die sich Abs. 3 bezieht, gehören selbstverständlich nicht Erweiterungen des Bauvorhabens selbst, z. B. Verlängerung von Straßenbauten über die vertraglich festgelegten Endpunkte hinaus, Vermehrung der Stockwerkzahl bei einem Hochbau, Aufführung weiterer Häuserblocks über den vertraglich vereinbarten Umfang hinaus. Für derartige Erweiterungen gilt B § 1 Abs. 3 ohne Einschränkung.

Sei es nun, daß eine nicht im Vertrage vorgesehene Leistung ausgeführt werden muß oder sei es, daß durch Bauentwurfsänderung oder andere Anordnungen des B. die Preisberechnungsgrundlagen für eine im Vertrage vorgesehene Leistung eine wesentliche Änderung erfahren, so soll die Vergütung vor der Ausführung vereinbart werden.

Diese Bestimmung bezweckt nicht nur, den Streit über die Höhe der Vergütung nach Möglichkeit zu vermeiden, sondern sie besagt auch, daß dem U. grundsätzlich ein Anspruch auf Berücksichtigung der Leistungsänderung hinsichtlich der Vergütung zustehen soll. Dieser Anspruch besteht auch, wenn eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung vor der Ausführung nicht zustande kommt. Dies folgt bereits aus § 632 Abs. 1 BGB. Über die Höhe der Vergütung kommt mangels anderweiter Vereinbarung § 632 Abs. 2 BGB. zur Anwendung, wonach in Ermanglung einer Vereinbarung oder einer Taxe die übliche, d. h. angemessene Vergütung als vereinbart anzusehen ist.

Die Veränderung der Leistung kann aber auch eine Verminderung des im Vertrage vorgesehenen Leistungsumfanges zur Folge haben, indem einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses ganz in Fortfall kommen. Hier hilft B § 2 Abs. 2 nicht, der lediglich die Vermehrung oder Verminderung der Vordersätze betrifft. Kommen aber infolge der Abänderung des Bauentwurfes oder durch sonstige Anordnungen des B. einzelne Leistungen ganz in Fortfall, so bedingt dies nicht gleichzeitig den Fortfall der vereinbarten Vergütung, vielmehr wird man auch ohne eine dahingehende ausdrückliche Bestimmung in Abs. 3 die Anordnung des Wegfalles einzelner Teilleistungen analog der Kündigung des Vertrages durch den B. behandeln müssen, wie dies auch in B § 2 Abs. 2 durch Anführung des B § 8 Ziff. 1 geschehen ist. Die Zulässigkeit dieser Anwendung ergibt sich schon aus § 649 BGB., der nicht nur für den ganzen Vertrag, sondern auch für einzelne Teile Geltung hat. Somit behält der U. auch bei Wegfall einzelner Leistungen grundsätzlich den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, hat sich jedoch die Ersparnis anrechnen zu lassen.

Abs. 4. Satz 1 erscheint selbstverständlich. Nichtvereinbarte Leistungen braucht der B. sich nicht aufzwingen zu lassen und nicht zu vergüten, auch nicht nach den Grundsätzen über ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB.). Die in Satz 2 begründete Verpflichtung zur Beseitigung nichtvertraglicher Leistungen muß aber, da es sich hier um eine Art Werkmangel handelt, im Einklang mit B § 13 Ziff. 6, dahin begrenzt werden, daß der U. die Beseitigung verweigern kann, wenn sie nach Lage der Dinge unmöglich ist oder einen unverhältnismäßig hohen Kostenaufwand erfordern würde. Die Schadenersatzpflicht des Satz 3 ist gerechtfertigt, weil die Ausführung vertraglich nicht vorgesehener Leistungen ein Verstoß gegen den Vertrag ist, der schon nach allgemein bürgerlichrechtlichen Grundsätzen eine Schadenersatzpflicht begründet. Daß die im Vertrage nicht vorgesehene Leistung zu vergüten ist, wenn der B. sie nachträglich anerkennt, d. h. genehmigt, folgt aus dem Grundsatz des § 632 BGB. Die zweite Alternative des Abs. 4 S. 4 ist die Anerkennung

des bereits oben in Erl. zu Abs. 3 und S. 11 dargelegten, aus § 650 BGB. herzuleitenden Grundsatzes, daß der B. zur Durchführung des Vertrages notwendige, im Vertrage aber nicht vorgesehene Leistungen zu vergüten hat, vorausgesetzt, daß der U. ihm unverzüglich nach Kenntniserlangung von der Notwendigkeit der Ausführung Anzeige erstattet. Das Erfordernis dieser Anzeige enthält eine Sicherung des B. gegen ein übermäßiges Anwachsen der Kosten des Bauvorhabens gegen seinen Willen. Nach erfolgter Anzeige kann der B. sich entscheiden, ob er die Arbeiten weiter ausführen lassen oder den Vertrag gemäß § 649 BGB. mit der darin vorgesehenen Folge der Vergütung der Gesamtleistung unter Abzug der Ersparnis kündigen will.

Die Anzeige erscheint nicht erforderlich, wenn der B. auf andere Weise rechtzeitig Kenntnis von der Notwendigkeit der Ausführung der vertraglich nicht vorgesehenen Leistungen erlangt. Dies muß, obwohl nicht ausdrücklich bestimmt, angenommen werden, weil keine Veranlassung besteht, die in B § 2 Abs. 4 vorgeschriebene Anzeige anders zu behandeln als die in B § 6 Ziff. 1. Wenn sich aus Anlaß der Anzeige des U. vor Vollendung der Mehrarbeiten Streit über die Vergütung erhebt, insbesondere der B. etwa erklärt, daß er die Bezahlung derselben ablehne, so ist der U. nicht berechtigt, deshalb die Mehrleistung oder die vertragliche Bauleistung überhaupt einzustellen. Ebensowenig braucht er zu befürchten, durch die Vornahme der Mehrleistungen oder durch Fortsetzung der vertraglichen Arbeiten überhaupt seines Vergütungsanspruchs verlustig zu gehen, weil die Ausführung der Arbeiten etwa als stillschweigendes Einverständnis mit dem ablehnenden Standpunkt des B. gedeutet werden könnte. Sein Vergütungsanspruch ist nicht von dem Einverständnis, sondern lediglich von den beiden objektiven Voraussetzungen, nämlich der Notwendigkeit für die Durchführung des Bauvorhabens und der Übereinstimmung der Leistungsausführung mit dem mutmaßlichen d. h. nicht tatsächlichen Willen des B. abhängig.

Abs. 5. Über Stundenlohnarbeiten vgl. B § 15.

B § 3. Ausführungsunterlagen.

Die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben.

Verlangt der Auftraggeber Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen, die der Auftragnehmer nach den Technischen Vorschriften für Bauleistungen oder nach der gewerblichen Verkehrssitte nicht zu beschaffen hat, so sind sie zu vergüten. Solche Unterlagen sind dem Auftraggeber auf Verlangen rechtzeitig vorzulegen.

Sämtliche Unterlagen bleiben geistiges Eigentum ihres Urhebers. Ohne seine Genehmigung dürfen sie weder veröffentlicht oder vervielfältigt, noch für einen anderen als den ursprünglichen Zweck benutzt werden. Sie sind auf Verlangen zurückzugeben; der Auftraggeber kann sie jedoch so lange behalten, wie er sie zur Rechnungsprüfung braucht.

Abs. 1. Die rechtzeitige Übergabe der Ausführungsunterlagen ist vorgeschrieben, damit der U. sich auf die Bauleistung vorbereiten und diese rechtzeitig in Angriff nehmen kann.

Abs. 2. Vgl. hierüber Erl. zu A § 21 Ziff. 3. Ist über die Höhe der Vergütung nichts vereinbart, so sind für die Bemessung der Vergütung die Gebührenordnungen der Architekten oder Ingenieure zugrunde zu legen, weil gemäß § 632 Abs. 2 BGB. in Ermanglung einer Vereinbarung die taxmäßige, in Ermanglung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Wenn auch die Gebührenordnungen nicht als Taxen im Sinne des § 632 BGB. anzusehen sind, so geben sie doch einen beachtenswerten Anhalt für die Feststellung des angemessenen Betrages. Vgl. Komm. d. RGR. Note 3 zu § 632 BGB. Im Streitfalle ist der U. beweispflichtig dafür, daß eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung nicht erfolgt ist (RG. Warn. 1923/24 Nr. 135).

Die nicht rechtzeitige Vorlage der vom U. auszuarbeitenden Unterlagen ist eine Vertragsverletzung und begründet nach Setzung einer angemessenen Frist die Verzugsfolgen des § 326 BGB., d. h. sie macht den U. schadensersatzpflichtig, und ermöglicht dem B. den Rücktritt vom Vertrage.

Abs. 3. Vgl. hierüber Erl. zu A § 21 Ziff. 4. Die Veröffentlichung, Vervielfältigung oder anderweite Benutzung der im geistigen Eigentum des U. stehenden Unterlagen ohne seine Genehmigung enthält eine Vertragsverletzung auf Seiten des B. und macht ihn schadensersatzpflichtig. Für die Höhe dieses Schadensersatzanspruches gilt das über den Vergütungsanspruch in Abs. 2 Gesagte. In gleicher Weise wird der B. ersatzpflichtig, wenn die Unterlagen auf Verlangen des U. nicht zurückgegeben werden.

B § 4. Ausführung.

1. Der Auftraggeber hat für die Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle zu sorgen und das Zusammenwirken der verschiedenen Auftragnehmer zu regeln. Er hat die baupolizeiliche und die etwa erforderliche gewerbepolizeiliche Genehmigung herbeizuführen.

Der Auftraggeber hat das Recht, die vertragsmäßige Durchführung der Leistung zu überwachen. Zu diesem Zweck hat er Zutritt zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, wo die Vertragsleistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Werkstoffe gelagert werden. Auf Verlangen sind ihm die Werkzeichnungen oder andere Ausführungsunterlagen zur Einsicht vorzulegen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, wenn hierdurch keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben werden.

Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Ziff. 2) Anordnungen zu treffen, die zur vertragsmäßigen Durchführung der Leistung erforderlich sind. Hält

der Auftragnehmer die Anordnungen für unberechtigt oder unzweckmäßig, so hat er seine Bedenken geltend zu machen, die Anordnung jedoch auf Verlangen auszuführen, wenn nicht gesetzliche oder polizeiliche Bestimmungen entgegenstehen. Wenn eine ungerechtfertigte Erschwerung dadurch verursacht wird, hat der Auftraggeber die Mehrkosten zu tragen.

2. Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrage auszuführen. Dabei hat er die anerkannten Regeln der Technik und die gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften zu beachten. Es ist seine Sache, die Ausführung seiner Vertragsleistung zu leiten und für Ordnung auf seiner Arbeitsstelle zu sorgen.

Er ist für die Erfüllung der gesetzlichen, polizeilichen und berufsgenossenschaftlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern allein verantwortlich. Es ist ausschließlich seine Aufgabe, die Vereinbarungen und Maßnahmen zu treffen, die sein Verhältnis zu den Arbeitnehmern regeln.

3. Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung, gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Werkstoffe oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber vor der Inangriffnahme der Arbeiten schriftlich mitzuteilen; der Auftraggeber bleibt jedoch für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich.

4. Der Auftraggeber hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, dem Auftragnehmer unentgeltlich zur Verfügung zu stellen:

a) die erforderlichen Lager- und Arbeitsplätze auf der Baustelle,
b) vorhandene Zufahrtswege und Anschlußgleise,
c) die Mitbenutzung vorhandener Wasser-, Gas- oder Stromanschlüsse. Die Kosten für den Verbrauch und den Messer oder Zähler trägt der Auftragnehmer, mehrere Auftragnehmer tragen sie anteilig.

5. Angestellte oder Arbeiter, die sich dem Auftraggeber gegenüber ungebührlich benehmen, sind auf sein Verlangen von der Baustelle zu entfernen.

6. Werkstoffe oder Bauteile, die dem Vertrage oder den Proben nicht entsprechen, sind auf Anordnung des Auftraggebers innerhalb einer von ihm bestimmten Frist von der Baustelle zu entfernen, widrigenfalls sie auf Kosten des Auftragnehmers entfernt oder für seine Rechnung veräußert werden können.

7. Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig befunden werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten und unter Haftung für jeden Schaden durch mangelfreie zu ersetzen.

8. Wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste oder Werkstoffe so unzureichend sind, daß die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, muß der Auftragnehmer auf Verlangen Abhilfe schaffen.

9. Verzögert der Auftragnehmer den Beginn der Ausführung, gerät er mit der Vollendung in Verzug oder kommt er den in Ziff. 7 und 8 erwähnten Verpflichtungen nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Vertragserfüllung setzen und erklären, daß er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann der Auftraggeber den Vertrag mit den Folgen des § 8 Ziff. 3 kündigen.

10. Der Auftragnehmer soll die Leistung im eigenen Betriebe durchführen. Die Übertragung an andere ist nur mit Zustimmung des Auftraggebers zulässig; ausgenommen sind Teilleistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist.

11. Werden bei Ausführung der Leistung auf einem Grundstück Gegenstände von Altertums-, Kunst- oder wissenschaftlichem Werte entdeckt, so hat der Auftragnehmer vor jedem weiteren Aufdecken oder Ändern dem Auftraggeber den Fund anzuzeigen, und ihm die Gegenstände nach näherer Weisung abzuliefern. Mehrkosten sind dem Auftragnehmer zu vergüten. Die Rechte des Entdeckers (§ 984 BGB.) hat der Auftraggeber.

Ziff. 1. Unter der allgemeinen Ordnung auf der Baustelle ist diejenige zu verstehen, die erforderlich ist, um dem U. die Ausführung der vertraglichen Bauleistung zu ermöglichen. Der B. ist danach verpflichtet, störende Einwirkungen auf die Bauleistung des U. zu beseitigen, allerdings nur solche, die nicht von dem Betriebe oder den Hilfspersonen des U. selbst ausgehen. Zur Ordnungspflicht des B. gehört auch die Beseitigung von Störungen durch Dritte, insbesondere andere Unternehmer des Bauvorhabens. Ist die Bauleistung des U. räumlich oder zeitlich von den Leistungen anderer Unternehmer abhängig, so hat der B. dafür einzustehen, daß der U. in der programmmäßigen Durchführung seiner Leistung nicht gehindert wird. Die Nichteinhaltung dieser Regel ist eine Vertragsverletzung auf Seiten des B. und macht ihn schadensersatzpflichtig. Vgl. B § 6 Ziff. 5.

Die gleiche Schadensersatzpflicht trifft den B., wenn die Beibringung der polizeilichen oder gewerbepolizeilichen Genehmigung verzögert wird. Dies gilt auch, wenn nach Beginn der Bauausführung die Baupolizeiverfügungen erläßt, die Mehrkosten oder Verzögerungen mit sich bringen, die jedoch nach dem Vertrage nicht vorgesehen sind. Vgl. S. 11 über die Bedeutung des § 650 BGB. Mit Rücksicht auf die Strafbestimmungen des § 367 Nr. 15 und § 368 Nr. 3 StGB. muß dem U. das Recht zugestanden werden, den Nachweis der erforderlichen baupolizeilichen Genehmigung vom B. verlangen zu können. Läßt der B. den U. mit der Ausführung beginnen, so darf dieser annehmen, daß die baupolizeiliche Genehmigung erteilt ist. Liegt diese nicht vor, so treffen den B. die materiellen Folgen, wenn die ausgeführte Bauleistung dem

geltenden materiellen Baurecht nicht entspricht und auf Anordnung der Baupolizei abgeändert oder wieder beseitigt werden muß. Wo ein Bauschein nach der maßgeblichen Bauordnung erteilt wird, ist die Genehmigung nicht erteilt, wenn der schriftliche Bauschein nicht ausgehändigt ist. JW. 1927 S. 610, PrVBl. 29 S. 29. Ist überhaupt die Schriftform für die Baugenehmigung vorgeschrieben, so wird diese nicht durch mündliche Erklärung oder stillschweigende Duldung der Bauausführung ersetzt. (PrOVG. v. 14. 10. 1926 Bd. 81 S. 417.)

Abs. 2. Die Überwachung der Bauausführung durch den B. befreit den U. nicht von seiner vertraglichen Verantwortung, wenn trotz der Überwachung Fehler bei der Ausführung vorkommen. Der U. kann sich nicht damit entschuldigen, daß der B. sein Überwachungsrecht nicht oder nicht ordnungsgemäß ausgeübt habe.

Abs. 3. Der B. ist zu solchen Anordnungen an den U. befugt, deren Befolgung zur Ausführung der Bauleistung notwendig oder sachdienlich ist. Befolgt der U. die Anordnung des B., so geht damit die Verantwortung für die Richtigkeit der anordnungsgemäß ausgeführten Baumaßnahme auf den B. über, auch wenn der U. Bedenken nicht geltend gemacht hat, weil er solche nicht haben konnte, oder solche Bedenken erst nach Ausführung der fraglichen Baumaßnahme auftauchen konnten. Die Verantwortung verbleibt bei dem U. nur dann, wenn er trotz Vorliegens seiner Bedenken diese nicht geltend macht. Was unter ungerechtfertigter Erschwerung infolge Anordnungen des B. zu verstehen ist, ist nicht klar. Gemeint können nur solche Erschwerungen sein, die gegenüber dem Vertrage eine Mehrleistung des U. in sich schließen. Alsdann hat der B. den U. schon nach B § 2 Abs. 3 für die Mehrleistung zu vergüten. Gehört die auf Grund der Anordnung vom U. geforderte Baumaßnahme zu seiner vertraglichen Leistung, so kann eine Erstattung von Mehrkosten nicht gefordert werden, weil nach B § 1 Abs. 2 alle vertraglichen Leistungen durch die vereinbarten Preise abgegolten werden. Weigert sich der U., der Anordnung Folge zu leisten, weil er irrtümlich das Vorhandensein gesetzlicher oder polizeilicher Bestimmungen annimmt oder diese falsch auslegt, so ist seine Weigerung ungerechtfertigt und enthält eine Vertragsverletzung, die die dafür vorgesehenen gesetzlichen oder vertraglichen Folgen nach sich zieht.

Ziff. 2. Ausführung der Leistung unter eigener Verantwortung des U. bedeutet, daß der U. für die Ausführung entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen und den obwaltenden Verhältnissen dem B. gegenüber rechtlich einzustehen hat; ferner, daß er Dritten gegenüber, die durch die Bauleistung beeinträchtigt oder geschädigt werden können, nicht den Einwand erheben darf, daß er die Bauleistung nur im Auftrage des B. ausführe. Deshalb ist er selbständig für die Einhaltung gesetzlicher und polizeilicher Vorschriften verantwortlich.

Das Einstehenmüssen für die Ausführung gegenüber dem B. ist naturgemäß nicht völlig unbeschränkt. Ändern sich die zur Zeit des Vertragsschlusses obwaltenden Verhältnisse während der Bauausführung der-

art, daß die Grundlagen des Vertrages aufgehoben sind, so hat dies auch Einfluß auf die vom U. übernommene Vertragspflicht. Ob und wieweit die Vertragspflicht des U. mit Rücksicht auf veränderte Umstände geändert oder beseitigt wird, ist nach den in der Rechtslehre und Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen über die clausula rebus sic stantibus zu beantworten. Eine eingehende Darlegung dieser Grundsätze kann hier nicht gegeben werden. Grundlage für die Beantwortung der auftauchenden Streitfragen ist § 242 BGB., nach welchem der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Vgl. hierüber Komm. d. RGR. Note 5 zu § 242 BGB.

Die Beobachtung der anerkannten Regeln der Technik bedeutet, daß die Bauleistung nach dem Stande der technischen Wissenschaft ausgeführt wird und daß diejenigen Erfahrungen und Kenntnisse angewendet werden, die im Kreise der Baugewerbetreibenden bekannt und als richtig anerkannt sind. So Goltdammers Archiv f. Strafrecht Bd. 39 S. 208, RG. in Strafsachen Bd. 44 S. 75. Der Begriff ist dem § 330 des Strafgesetzbuches entnommen, der denjenigen mit Strafe bedroht, der bei der Leitung oder Ausführung eines Baues gegen die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, daß hieraus für einen anderen Gefahr entsteht. Für den Kreis der VOB. gehört zu den anerkannten Regeln der Technik insbesondere auch die Gesamtheit der in C VOB. aufgestellten Vorschriften. Zur Beobachtung der gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften gehört die Gesamtheit des materiellen Baurechts, das, soweit es bürgerlichrechtlicher Natur ist, durch Art. 111 EGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben ist, und soweit es öffentlichrechtlicher Natur ist, zum Polizeirecht gehört. In Preußen kommt für die Baupolizei als Grundlage des Polizeiverwaltungsrechts § 10 II 17 des ALR., § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 sowie die Verordnung über die Polizeiverwaltung in den neu erworbenen Landesteilen vom 20. September 1867 in Betracht. Erweitert sind die Befugnisse der Polizei durch das Gesetz vom 2. Juni 1875, das die Festsetzung von Fluchtlinien und Bebauungsplänen regelt, durch die Verunstaltungsgesetze von 1902 und 1907 sowie durch Art. 4 des Wohnungsgesetzes vom 24. März 1918. Auf der Grundlage dieser gesetzlichen Vorschriften erläßt die Polizei Baupolizeiverordnungen, regelmäßig Bauordnung genannt. Baupolizeibehörde ist die Ortspolizeibehörde, in Städten mit staatlicher Polizei der Bürgermeister oder ein von ihm beauftragtes städtisches Organ. Oberste Aufsichtsbehörde in Baupolizeiangelegenheiten ist der Minister für Volkswohlfahrt.

Die sehr weitgehende Fassung der Ziff. 2 Abs. 2 bedarf einer aus der Natur des Vertragsverhältnisses zwischen B. und U. sich ergebenden Einschränkung. Schon B § 4 Ziff. 1 bestimmt, daß die Beibringung der baupolizeilichen bezw. gewerbepolizeilichen Genehmigung Sache des B. ist. Dies zeigt schon, daß Ziff. 2 S. 2 dem U. nicht die Verantwortung für alle zum Baurecht gehörenden gesetzlichen und polizeilichen Vor-

schriften auferlegen will. Vielmehr kann dies nur soweit gelten, als die unmittelbare Ausführung der Bauleistung selbst in Frage kommt, während die Schaffung der gesetzlichen und polizeilichen Voraussetzungen für das Bauvorhaben dem B. obliegt. Andernfalls müßte auch die Verpflichtung zur Stellung von Sicherheit, die in den verschiedenen Gesetzen[1]) anläßlich der Ausführung eines Bauvorhabens statuiert ist, dem U. zur Last fallen, was sicherlich nicht beabsichtigt ist und was über den Kreis der Vertragspflichten des U. außerordentlich weit hinausgehen würde.

Die Verpflichtung des U. zur Leitung der Vertragsleistung ist selbstverständlich und steht nicht im Widerspruch mit dem in Ziff. 1 Abs. 2 und 3 statuierten Recht auf Überwachung und Anordnung von Baumaßnahmen.

Abs. 2. Die Verpflichtungen des U. gegenüber seinen Arbeitnehmern sind streng genommen nur vertragliche aus dem Arbeitsvertrage. Durch die Eingehung des Arbeitsvertrages werden aber für den U. auch öffentlichrechtliche Verpflichtungen begründet insofern, als ihm im öffentlichen Interesse zum Zwecke des Arbeiterschutzes Verpflichtungen verschiedenster Art auferlegt werden.

Die vertraglichen Verpflichtungen des U. als Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer sind abgesehen von der Hauptverpflichtung zur Lohnzahlung im wesentlichen gleichfalls Verpflichtungen im Interesse der Fürsorge für den Arbeitnehmer. Rechtsquelle ist insoweit zunächst § 618 BGB. und soweit kaufmännische Angestellte (Handlungsgehilfen und Lehrlinge) in Frage kommen, § 62 HGB.[2]). Bei schuldhafter Verletzung dieser gesetzlich begründeten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers steht dem Arbeitnehmer Anspruch auf Schadensersatz zu, soweit die Fürsorge für Leben und Gesundheit in Betracht kommt. Eingeschränkt wird dieser Anspruch aber durch die Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung (RVO.), und zwar einmal dahin, daß der Arbeitgeber in

[1]) Vgl. Preuß. Kleinbahngesetz vom 28. 7. 1892 § 6 Abs. II (Sicherheitsleistung des Bahnunternehmers für seine Verpflichtung zur Unterhaltung und Wiederherstellung eines benutzten öffentlichen Weges), Preuß. Wassergesetz vom 7. 4. 1913 § 77 (Hinterlegung von Entschädigung für nachteilige Wirkungen von Anlagen zur Ausübung verliehener Rechte), ebenda §§ 97, 110 (Sicherheitsleistung beim Umbau von Stauanlagen und Talsperren), ebenda § 103 (Sicherheitsleistung für den vom Stauberechtigten zu ersetzenden Schaden), ebenda §§ 157, 159, 172 in Verbindung mit § 77 (Hinterlegung von Entschädigungen beim Ausbau von Wasserläufen und ihren Ufern), Enteignungsgesetz vom 11. 6. 1874 § 37 (Hinterlegung der Entschädigungssummen für Entschädigungsberechtigte, deren Ansprüche noch nicht feststehen), ebenda § 53 (Sicherstellung der Entschädigung bei Entnahme von Wegebaumaterialien), Berggesetz vom 24. 6. 1865, das verschiedentlich die Sicherstellung durch Hinterlegung anordnet.

[2]) § 618 BGB.: Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung, sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadenersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 entsprechende Anwendung.

§ 62 HGB.: Der Prinzipal ist verpflichtet, die Geschäftsräume und die für den Geschäftsbetrieb bestimmten Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten, auch den Geschäftsbetrieb und die Arbeitszeit so zu regeln, daß der Handlungsgehilfe gegen eine Gefährdung seiner Gesundheit, soweit die Natur des Betriebes es gestattet, geschützt und die Aufrechterhaltung der guten Sitten und des Anstandes gesichert ist.

Ist der Handlungsgehilfe in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Prinzipal in Ansehung des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Handlungsgehilfen erforderlich sind.

Erfüllt der Prinzipal die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Handlungsgehilfen obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung.

Die dem Prinzipal hiernach obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden.

unfallversicherten Betrieben den Versicherten und deren Hinterbliebenen, auch wenn sie keinen Anspruch auf Unfallrente haben, zum Ersatze eines durch Betriebsunfall erlittenen Schadens nur dann verpflichtet ist, wenn strafgerichtlich festgestellt worden ist, daß der U. den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat. Alsdann beschränkt sich die Verpflichtung zum Schadensersatz auf Grund der oben genannten Gesetzesbestimmung auf den Betrag, um den der Schaden die Entschädigung aus der Unfallversicherung übersteigt. Betriebsunfall ist nach dem Gesetz vom 14. Juli 1925 RGBl. S. 97 auch ein Unfall, der auf dem Wege von und zur Arbeitsstelle sich ereignet. Eingeschränkt wird die Schadensersatzpflicht des U. gegenüber dem nach der RVO. versicherten Arbeitnehmer auch ferner durch § 1542 RVO., nach welchem der Schadensersatzanspruch, soweit die nach der RVO. Versicherten oder ihre Hinterbliebenen nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ersatz eines Schadens beanspruchen können, der ihnen durch Krankheit, Unfall, Invalidität oder durch den Tod des Ernährers erwachsen ist, insoweit auf die Versicherungsträger übergeht, als diese den Entschädigungsberechtigten nach der RVO. Versicherungsleistungen zu gewähren haben. Dies gilt jedoch bei Unfallversicherten und ihren Hinterbliebenen nur insoweit, als es sich nicht um einen Anspruch gegen den U. oder seine Bevollmächtigten, Repräsentanten oder Betriebs- und Arbeiteraufseher handelt (§ 1542 und § 899 RVO.). Der Entschädigungsberechtigte kann danach also nur den Mehrbetrag seines Schadens gegen den Arbeitgeber geltend machen, wenn es sich z. B. um die Kranken- oder Invalidenrente nicht aber um die Unfallrente handelt (RG. Bd. 102 S. 131).

Den angegebenen gesetzlichen Fürsorgebestimmungen stehen hinsichtlich der Folge der Schadensersatzpflicht solche gleich, die sonst im Arbeitsvertrage, insbesondere dem Tarifvertrage festgelegt sind. Zu ihnen können auch Pflichten des Arbeitgebers in Ansehung der Sozialversicherung gehören, die grundsätzlich öffentlichrechtlicher Natur sind. Hat aber der Arbeitgeber die Erfüllung von Aufgaben der Sozialversicherung freiwillig über die öffentlichrechtlichen Pflichten hinaus übernommen, hat er insbesondere z. B. in der Invalidenversicherung das Kleben der Beitragsmarken und den Umtausch der Quittungskarte besorgt, so bildet eine solche Übernahme nunmehr den Gegenstand einer vertraglichen Verpflichtung, deren schuldhafte Verletzung den Arbeitgeber ebenfalls schadensersatzpflichtig macht; insbesondere haftet er für den Schaden, der dem Arbeitnehmer aus der mangelhaften Erfüllung dieser Pflicht vor allem durch Verlust der Anwartschaft oder durch Nichterfüllung der Wartezeit entsteht (RG. Bd. 63 S. 53, RG. v. 1. 7. 1924, Monatsschrift f. Arb.- u. Angestellten-Vers. 1925 Sp. 126).

Ziff. 3. Die hier genannten Bedenken des U. können bereits während der Bearbeitung des Angebots auf das ausgeschriebene Projekt als auch später, sei es vor oder nach Beginn der Bauausführung auftauchen. Wenn Ziff. 3 bestimmt, daß die Bedenken dem B. vor der Inangriffnahme der Arbeiten mitzuteilen seien, so besagt dies nicht, daß nach Beginn der Ausführung auftauchende Bedenken nicht mitgeteilt zu werden brauchten. Die Bestimmung ist vielmehr so auszulegen, daß der U. Bedenken unverzüglich nach ihrem Auftauchen dem B. mitteilt und nicht erst wartet, ob sie sich nach Ausführung der Arbeiten als gerechtfertigt erweisen. Die Unterlassung begründet eine Schadensersatzpflicht des U. Vor der Zuschlagserteilung kann eine Verpflichtung zur Geltendmachung der Bedenken nicht anerkannt werden, weil der U. erst mit dem Zuschlage eine rechtliche Verantwortung für die Ausführung der Bauleistung erhält, und ihm außerdem keine Verpflichtung obliegt, den B. über die Richtigkeit oder Zweckmäßigkeit des Entwurfs für die ausgeschriebene Bauleistung zu beraten, solange er nicht Gewißheit hat, den Auftrag auch zu erhalten. Es mag zwar mit dem geschäftlichen Anstand zunächst nicht vereinbar erscheinen, wenn der U. sich um einen Auftrag für eine Bauleistung bewirbt in der Erkenntnis, daß der Entwurf dazu mangelhaft ist. Doch würde die Annahme zu einer Verpflichtung zur Geltendmachung von Bedenken vor Zuschlagserteilung zu unhaltbaren Folgerungen führen; insbesondere würde die Unterlassung des U. dem B. gegenüber als Verletzung einer bestehenden Verpflichtung eine Schadensersatzpflicht seinerseits begründen. Allerdings hat die Rechtsprechung[1]) auch eine Haftung für Verschulden der Vertragsparteien beim Vertragsschluß anerkannt, jedoch ist dabei vorausgesetzt, daß es tatsächlich zum Vertragsschluß zwischen den Beteiligten kommt.

[1]) Vgl. RG. Bd. 66, S. 335: Bd. 95, S. 58: Bd. 107, S. 240: JW. 1912, S. 743, Nr. 5: JW. 1916, S. 116, Nr. 3.

Die Bedenken des U. sind schriftlich mitzuteilen, weil es innere Vorgänge sind, die dem B. normalerweise verborgen bleiben werden, und Gewähr dafür bestehen muß, daß sie deutlich zur Kenntnis des B. gelangen. Ein Vergleich mit der Anzeige des B § 2 Abs. 4 ist nicht gerechtfertigt. Allerdings besteht ein Widerspruch zwischen der schriftlichen Mitteilung des Abs. 3 mit der Geltendmachung der Bedenken gegenüber Anordnungen gemäß B § 4 Ziff. 1 Abs. 3, wo eine schriftliche Mitteilung nicht vorgeschrieben ist.

Abs. 3 setzt voraus, daß der U. nicht die Verantwortung für die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des Entwurfs oder für die gelieferten Materialien zu tragen hat. Nur in diesem Falle kann Ziff. 3 S. 2 Platz greifen, wonach der B. trotz der geltend gemachten Bedenken des U. für seine Angaben, Anordnungen oder Lieferungen verantwortlich bleibt. Hat der U. dagegen die Verantwortung für den Entwurf oder die gelieferten Materialien übernommen, was insbesondere dann der Fall ist, wenn er den Entwurf selbst aufgestellt oder die Verpflichtung für die Verwendung brauchbarer Materialien übernommen hat, so besteht insoweit eine Verantwortung des B. nicht und Ziff. 3 findet überhaupt keine Anwendung.

Ziff. 4. Die von dem B. hiernach unentgeltlich zur Verfügung zu stellenden Arbeitsmittel unter a—c sind Leistungen, die der B. vertraglich vorzunehmen hat. Die Nichtzurverfügungstellung derselben begründet einen Annahmeverzug auf Seiten des B. und ermöglicht dem U. die Kündigung des Bauvertrages nach B § 9. Dabei bestimmt sich jedoch der Umfang der unter a—c aufgeführten dem U. zur Verfügung zu stellenden Arbeitsmittel einmal nach den konkreten Verhältnissen des Bauvorhabens, ferner nach dem Bedürfnis der dem U. übertrageneu Bauleistung. Insbesondere hat der U. sich den örtlichen Verhältnissen der Baustellen anzupassen, wenn diese noch von anderen Unternehmern für das Bauvorhaben benutzt werden müssen. Die Benutzung insbesondere der vorhandenen Zufahrtswege und Anschlußgleise ist so zu regeln, daß die Durchführung des Gesamtbauvorhabens möglichst programmäßig und reibungslos geschehen kann. Streitigkeiten sind unter Zugrundelegung des § 242 BGB., wonach der Schuldner seine Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszuführen hat, zu regeln. Der dem U. nach c in Anrechnnng zu bringende Wasser-, Gas- oder Stromverbrauch muß nachgewiesen werden. Sind bei mehreren U. nicht für jeden ein besonderer Messer oder Zähler angebracht, kann der Gesamtverbrauch nicht einfach nach der Zahl der U. verteilt werden. Zweifel über die Höhe des Verbrauchs gehen zu Lasten des B., da der U. sich nicht mehr anzurechnen lassen braucht, als er verbraucht hat.

Ziff. 5. Unter ungebührlichem Benehmen von Angestellten oder Arbeitern wird man ein solches zu verstehen haben, das geeignet ist, nachteilig auf andere Arbeitnehmer und damit nachteilig auf die auszuführende Bauleistung einzuwirken. Auch insoweit liegt Ungebühr gegenüber dem B. vor. In Frage kommt vorsätzlich mangelhafte Arbeitsleistung, Aufhetzung anderer zur Arbeitseinstellung oder nachlässiger und

fehlerhafter Arbeit, Ausdruck von Mißachtung gegenüber dem B. oder seinen Aufsichtspersonen, Verübung strafbarer Handlungen auf der Baustelle. Diese Umstände berechtigen den B., die Entfernung des Arbeitnehmers von der Baustelle, nicht aber auch seine völlige Entlassung aus dem Betriebe des U. zu fordern. Der U. ist somit nicht gehindert, den Arbeitnehmer auf der Baustelle eines anderen Bauherrn zu beschäftigen.

Für den entfernten Arbeitnehmer hat der U. unverzüglich geeignete Ersatzkräfte einzustellen.

Erklären sich andere Arbeitnehmer mit dem Entfernten solidarisch und kommt es etwa zum Streik, so entsteht die Frage, wer die materiellen Folgen desselben, insbesondere der eintretenden Verzögerung im Verhältnis zwischen B. und U. zu tragen hat. Die wiederholt angeführte Bestimmung des § 242 BGB. ergibt, daß der B. von seinem Verlangen auf Entfernung des Arbeitnehmers von der Baustelle nicht willkürlich Gebrauch machen darf. Ob hiernach das Verlangen begründet ist, hängt von denselben Voraussetzungen ab, unter denen der Arbeitsvertrag zwischen U. und Arbeitnehmer wegen wichtigen Grundes mit sofortiger Wirkung gekündigt werden könnte. Gibt der U. dem Verlangen des B. auf Entfernung statt, so liegt darin ein Anerkenntnis, daß das Verlangen des B. gerechtfertigt ist und die Folgen des Streiks sind nach der Vorschrift des B § 6 zu behandeln. Die Ausführungsfrist ist nach B § 6 Ziff. 2 zu verlängern. Ein Anspruch auf Schadensersatz nach B § 6 Ziff. 5 steht aber keinem der Vertragsteile zu. Der Streik, obwohl letzten Endes durch das Verlangen des B. verursacht, ist von keinem der Vertragsteile zu vertreten. Der U. kann, wenn er den Arbeitnehmer auf Verlangen des B. entfernt hat, nachträglich nicht erklären, die Entfernung sei nicht begründet gewesen und nur erfolgt, um dem B. nicht zu widersprechen. Der S. 11 angeführte Grundsatz, wonach der B. das Risiko für die dem U. erwachsenen Unkosten grundsätzlich zu tragen hat, kann hier nicht Platz greifen, weil B § 6 eine für Behinderung und Unterbrechung der Bauausführung infolge Streiks maßgebende Spezialbestimmung enthält. Ohne diese, d. h. da, wo dem Bauvertrag die VOB. nicht zugrunde liegt, würden allerdings die materiellen Folgen eines Streiks infolge Entlassung eines ungebührlichen Arbeitnehmers auf Verlangen des B. wie überhaupt die Folgen eines nicht vom U. schuldhaft herbeigeführten Streiks den B. treffen.

Die abschließende Erörterung der Rechtsfragen über den Streik geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Bei ungerechtfertigtem Streik besteht allerdings ganz allgemein sowohl für den durch den Streik geschädigten B. als auch den dadurch geschädigten U. die Möglichkeit einer Regreßnahme gegen die Streikenden und die Urheber des Streiks. Die Frage ist jedoch nicht einheitlich zu beantworten. Grundsätzlich kann eine solche Haftung gegenüber dem Urheber nur auf der Grundlage eines Vertrages, sei es Einzelarbeitsvertrages oder Tarifvertrages, in Frage kommen, nämlich gegenüber den vom U. eingestellten Arbeitnehmern, die die Arbeit niederlegen, oder gegenüber einer Tarifvertragspartei (Arbeitnehmerverband, Gewerkschaft), die zur Arbeitsniederlegung auffordert, obwohl die Voraussetzungen für Arbeitnehmer oder Gewerkschaft zur Arbeitsniederlegung oder zur Aufforderung dazu weder nach dem Einzelarbeitsvertrage noch dem Tarifvertrage gegeben sind. Die Haftung der Gewerkschaften und ihrer Organe, letzterer auf Grund des § 31 BGB., besteht einmal gegenüber dem geschädigten U. als Arbeitgeber, obwohl er selbst nicht Partei des Tarifvertrages ist. Dieser muß aber im Sinne des § 328 BGB. als Vertrag zu Gunsten eines Dritten, nämlich des einzelnen auf Seiten der Arbeitgeberverbände beteiligten Arbeitgebers angesehen werden, der diesem unmittelbar Vertragsrechte gewährt. Auf derselben Grundlage des § 328 BGB. wird man aber auch dem geschädigten B. einen Schadensersatzanspruch gewähren können, weil er durch den Streik ebenfalls unmittelbar betroffen wird und das RG. den Kreis der auf Grund des § 328 BGB. unmittelbaren Vertragsschutz genießenden Dritten außerordentlich weit ausdehnt (vgl. RG. Bd. 127, S. 218). Näheres über die Folgen unzulässiger Arbeitskampfhandlungen bei Kaskel, Arbeitsrecht § 104.

Ziff. 6—8. Die hier enthaltenen Bestimmungen sollen eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung sichern helfen. Sie setzen keine Gewährleistungsansprüche des B. fest, sondern Ansprüche, die hilfsweise einer mangelhaften Vertragserfüllung durch den U. vorbeugen sollen. Sie sind dem B. schon während der Bauausführung, d. h. auch schon vor Fälligkeit seines vertraglichen Anspruchs auf die Bauleistung gegen den U. gewährt. Nach dem Recht des BGB, d. h. da, wo die VOB. nicht zugrunde liegt, existieren solche Ansprüche nicht, weil hier, wie aus § 634 Abs. 1 S. 2 hervorgeht, der Gewährleistungsanspruch des B. nicht vor der Ablieferung fällig werden kann. Stellt der B. die in Ziff. 6—8 angegebenen Ansprüche gegen den U. und bestreitet dieser das Vorliegen ihrer Voraussetzungen, so kann die Fortführung der Bauleistung nicht bis zur Entscheidung über den Streit aufgeschoben werden; vielmehr hat der U. selbständig zu entscheiden, ob er einem auf Grund der Ziff. 6—8 gestellten Verlangen des B. Folge geben will oder nicht. Gibt er dem Verlangen statt, so erkennt er damit an, daß das Verlangen gerechtfertigt ist; anders jedoch, wenn er erklärt, daß er sich seine Ansprüche und Rechte vorbehalte. Erklärt er das Verlangen des B. für ungerechtfertigt, so kann er in den Fällen der Ziff. 7 und 8 nicht gehindert werden, die Arbeiten dennoch in der vom B. bemängelten Art und Weise fortzuführen. Lediglich im Falle der Ziff. 6 kann der B. selbst eingreifen. Gibt der U. dem gemäß Ziff. 6—8 gestellten Verlangen des B. nicht statt und verbleibt er bei der bisherigen Weise der Bauausführung, so tut er dies selbstverständlich auf sein Risiko, d. h. er hat für objektiv vorhandene Mängel nach den gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen (B § 13 VOB.) Gewähr zu leisten.

Da durch die Fortsetzung der Bauausführung der bemängelte Zustand verwischt und eine Beweisführung nach Fertigstellung der Bauleistung erschwert oder unmöglich gemacht werden kann, hat jede Ver-

tragspartei, falls ein Verlangen aus Ziff. 6—8 gestellt wird und der U. ihm nicht nachkommt, das Recht, den tatsächlichen Zustand der Bauleistung oder der bemängelten Baumittel während der Ausführung im Wege des gerichtlichen Beweissicherungsverfahrens gemäß § 485 bis 494 der Zivilprozeßordnung feststellen zu lassen. Näheres über das Beweissicherungsverfahren vgl. Erl. zu B § 13 am Ende.

Kommt der U. einem gemäß Ziff. 6—8 gestellten gerechtfertigten Verlangen nicht nach, so gerät er in Leistungsverzug. Dieser würde dem B. nach der allgemein bürgerlichrechtlichen Bestimmung des § 326 BGB. auch das Recht geben, dem U. nunmehr eine angemessene Frist unter der Androhung zu bestimmen, daß er nach fruchtlosem Ablauf derselben die Annahme der Leistung ablehne. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist könnte der B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten (§ 326 BGB.[1]). Dies ist, wenngleich in anderer Formulierung für die Fälle Ziff. 7 und 8 durch B § 4 Ziff. 9 bestimmt. Da dort Ziff. 6 nicht erwähnt ist, ist anzunehmen, daß die Verletzung dieser Vorschrift Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch nicht begründen soll, weil der B. ja hier durch selbständiges Entfernen der Werkstoffe und Bauteile seine Rechte wahren kann. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist zur Erfüllung der Verpflichtungen gemäß Ziff. 7 und 8 ist der Anspruch des B. auf Vornahme der geforderten Maßnahme ausgeschlossen. Wegen der Auseinandersetzung zwischen den Vertragsparteien gelten jedoch nunmehr die Spezialvorschriften des § 8 Ziff. 3.

Im einzelnen ist zu sagen:

Ziff. 6. Hier ist lediglich ein Anspruch des B. statuiert, von dem U. die Entfernung nichtvertragsmäßiger Werkstoffe oder Bauteile von der Baustelle zu verlangen, damit diese, obwohl ihre Vertragswidrigkeit möglicherweise offenbar ist, nicht doch noch versehentlich oder heimlich eingebaut werden. Ziff. 6 setzt damit voraus, daß Werkstoffe oder Bauteile noch nicht eingebaut sind, d. h. mit dem Bauwerk in eine feste nach dem Vertrage beabsichtigte Verbindung gebracht worden sind. Entfernt der U. die Werkstoffe oder Bauteile nicht, so kann der B. auch gegen den Willen des U. auf Grund Ziff. 1 Abs. 2, S. 2 die Baustelle betreten und die vertragswidrigen Werkstoffe oder Bauteile auf Kosten des U. selbst entfernen. Will der U. die Wegschaffung verhindern, so kann der B.

[1]) § 326 BGB.: Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die in Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

Gewalt anwenden. Die Wegnahme der Sache aus dem Besitz des U. ist keine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 ff. BGB. Vgl. auch § 228 BGB.[1]).

Ziff. 7. Die Unterscheidung zwischen mangelhaften und vertragswidrig befundenen Leistungen ist nicht verständlich. Beides ist identisch. Hier sind im Gegensatz zu Ziff. 6 Leistungen gemeint, die schon als Vertragserfüllung vorgenommen worden sind. Aus diesem Grunde ist hier dem B. kein Anspruch, die Leistung selbst zu beseitigen, gegeben, weil ihm ein tatsächlicher Eingriff in die Bauleistung während der Ausführung derselben nicht zusteht. Der Anspruch auf Beseitigung der mangelhaften Bauleistung während der Ausführung ist dadurch begründet, daß nach Vollendung der Bauleistung der Mangel vielleicht nicht mehr festzustellen, seine Beseitigung auch erschwert oder unmöglich ist; man denke an Dichtungsarbeiten oder Verwendung von Baumitteln, die nach Vollendung der Bauleistung nicht mehr äußerlich sichtbar sind. Ebenso wie nach erfolgter Abnahme braucht der B. sich während der Bauausführung auf wiederholte Nachbesserung wegen desselben Mangels nicht einzulassen (vgl. Komm. d. RGR. Note 1 zu § 634), vielmehr kann er nach vorheriger Fristsetzung und Androhung, die weitere Erfüllung abzulehnen, auch gemäß § 326 BGB. vom Vertrage zurücktreten und Schadensersatz verlangen. Der auf Grund von Ziff. 7 gewährte Schadensersatzanspruch, der eine vorherige Fristsetzung nicht zur Voraussetzung hat, kann nicht, wie Ziff. 7 sagt, jeden Schaden umfassen, vielmehr muß angesichts der für die Zeit nach der Abnahme maßgeblichen Bestimmung des B § 13 Ziff. 7 der entgangene Gewinn ausscheiden, weil hier in B § 13 Ziff. 7 der Schadensersatzanspruch des B. sogar im Falle wesentlicher, vom U. verschuldeter Mängel auf den unmittelbaren Schaden unter Ausschluß des entgangenen Gewinns beschränkt ist.

Ziff. 8. Der hier bestimmte Anspruch auf Abhilfe setzt voraus, daß die angegebenen Arbeitsmittel offenbar unzureichend sind. Der B. kann also nicht willkürlich eine Vermehrung jener Arbeitsmittel fordern, sondern nur, wenn es augenfällig ist, daß die Ausführungsfristen nicht eingehalten werden können.

Ziff. 9. Verzögerter Beginn sowie verzögerte Vollendung der Bauleistung sind ebenso wie Nichterfüllung der gemäß Ziff. 6—8 vom B. geforderten Baumaßnahmen Leistungsverzug des U. Er setzt voraus, daß die geforderte Handlung oder Leistung nach dem Vertrage oder Gesetz gefordert werden kann, d. h. bereits fällig ist. Vorher ist die Fristsetzung unwirksam, es sei denn, daß der U. bereits vor der vertraglichen oder gesetzlichen Leistungszeit durch sein Verhalten in zweifelloser Weise etwa durch bestimmt erklärte Verweigerung der Leistung oder durch fortgesetzte un-

[1]) § 228 BGB.: Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist, und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht. Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadenersatze verpflichtet.

begründete Einwendungen zu erkennen gegeben hat, daß er nicht leisten wolle und nicht leisten werde. So RG. Bd. 57, S. 113, Bd. 67, S. 317, Bd. 93, S. 286, Bd. 96, S. 342. Der Leistungsverzug gewährt dem B. das Recht zur Setzung einer angemessenen Frist zur Nachholung der vom U. geschuldeten Leistung. Das Recht zur „Kündigung" des Vertrages gemäß B § 8 Ziff. 3 entsteht aber nur, wenn gleichzeitig mit der Fristsetzung dem U. angedroht worden ist, daß der B. nach fruchtlosem Ablauf der angemessenen Frist „den Auftrag entziehe" oder, wie § 326 BGB. sagt, die Annahme der Leistung ablehne. Was unter angemessener Frist zu verstehen ist, richtet sich nach den jeweiligen gesamten konkreten Verhältnissen und nach Treu und Glauben (RG. Warn. 1911 Nr. 66). Die Frist ist angemessen, wenn die Vornahme der vom U. geforderten Handlung innerhalb der Frist objektiv möglich ist. Eine Fristsetzung ist nicht darin zu erblicken, daß umgehende Vornahme der fraglichen Leistung verlangt wird; ein solches Verlangen steht vielmehr im Gegensatz zur Fristsetzung. So RG. Warn. 1913 Nr. 7. Die Setzung einer angemessenen Frist ist wirkungslos, wenn der B. zu erkennen gegeben hat, daß er nach ihrem Ablaufe die vorzunehmende Bauleistung keinesfalls annehmen werde, selbst wenn sie noch innerhalb angemessener Frist erfolgen soll (RG. Bd. 91, S. 207, JW. 1911, S. 755[10]).

Soweit der Verzug mit der Vollendung der Bauausführung, nicht auch deren Beginn, in Frage kommt, deckt sich Ziff. 9 mit § 636 BGB.[1]). Ein Unterschied besteht aber darin, daß in § 636 das Recht zur Auftragsentziehung ohne Rücksicht darauf gegeben ist, ob die nicht rechtzeitige Herstellung der Leistung vom U. zu vertreten ist. Ziff. 9 setzt letzteres aber voraus, indem es von Verzögerung des Beginnes und Verzug der Vollendung

[1]) § 636 BGB.: Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung: an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung tritt das Recht des Bestellers, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Die im Falle des Verzuges des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt.

Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast.

§ 634 BGB.: Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen: die Frist muß so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft. Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrages (Wandelung) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung) verlangen, wenn nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist: der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.

Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert.

Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung.

der Bauausführung spricht. Eine Verzögerung und ein Verzug kann nicht angenommen werden, wenn die Verzögerung des Beginns oder der Vollendung auf Umstände zurückzuführen sind, die der U. nicht zu vertreten hat. Vgl. hierüber Erl. zu B § 13. Im übrigen vgl. bezüglich des Verhältnisses der Folgen einer Kündigung gemäß § 8 Ziff. 3 zu denjenigen der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen Erl. zu B § 8 Ziff. 3.

Ziff. 10. Nach dem Werkvertragsrecht des BGB. ist die Übertragung einer vom Werkunternehmer übernommenen Leistung auf einen anderen grundsätzlich nicht ausgeschlossen, soweit dies nicht aus der Natur der übernommenen Leistung hervorgeht, insbesondere kann der Bauunternehmer nach BGB. ohne Einverständnis des B. die Bauleistung Unter-Unternehmern übertragen. Ziff. 10 bestimmt das Gegenteil für Verträge, denen die VOB. zugrunde liegt. Grundsätzlich bedarf die Übertragung der übernommenen Bauleistung an andere hier der Zustimmung des B. Die im S. 2 vorgesehene Ausnahme bedarf einer Präzisierung dahin, daß die Zustimmung des B. nur dann entbehrlich ist, wenn die übernommene Teilleistung (Lieferung von Maschinen, Einrichtung elektrischer Leitungen und dergl.) aus dem Rahmen des fraglichen Bauunternehmens herausfällt. Mit der Ausnahme des S. 2 ist naturgemäß nicht gemeint, daß die Zustimmung des B. etwa entbehrlich sei, wenn der Betrieb des U. zu klein ist, um das übernommene Bauvorhaben durchzuführen.

Der mit Zustimmung des U. herangezogene Subunternehmer für fremde Teilleistungen ist nicht Erfüllungsgehilfe des U. § 278[1]) BGB. findet auf ihn keine Anwendung (RG. Bd. 101, S. 157). Dies besagt, daß das Verschulden solcher Unterlieferanten im Verhältnis zum B. überall da, wo es auf Verschulden des U. ankommt, nicht als sein Verschulden gerechnet wird.

Ziff. 11. Die Vorschrift sichert dem B. das Recht auf Gegenstände von Altertums-, Kunst- oder wissenschaftlichem Wert. Nach der einschlägigen Vorschrift des § 984 BGB.[2]), der sich nur auf eigentümerlose, verborgen gebliebene Sachen überhaupt erstreckt, gebührt das dingliche Eigentum an einem solchen Schatz dem Entdecker und dem Grundstückseigentümer je zur Hälfte. An diesem dinglichen Eigentumserwerb wird auch durch Ziffer 11 zunächst nichts geändert, vielmehr wird durch S. 3 bestimmt, daß die Rechte des Entdeckers an Stelle des U. dem B. zustehen. Ersterer hat also sein dingliches Miteigentum, das ihm auf Grund der Entdeckung und Besitzergreifung erwachsen ist, auf den B. zu übertragen. Demgemäß ist in S. 2 zutreffend auch bestimmt, daß der B. dem U. die durch die Aufgrabung und Bergung der vorgefundenen Sachen ent-

[1]) § 278 BGB.: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

[2]) § 984 BGB.: Wird eine Sache, die solange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz verborgen war.

stehenden Mehrkosten zu vergüten habe. Beansprucht der B. die vom U. entdeckte Sache nicht, verzichtet er also darauf, so behält der U. mit dem Grundeigentümer zusammen das Miteigentum. Man wird alsdann auch den Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten für die Aufgrabung und Bergung zu verneinen haben, es sei denn, daß der B. auf die Anzeige des U. diesem selbst erst nach vollständiger Bergung des Fundes erklärt, daß er die gefundene Sache nicht haben wolle.

B § 5. Beginn, Fortführung und Vollendung der Leistung.

Die Leistung ist nach Maßgabe der vertraglichen Fristen zu beginnen, angemessen zu fördern und zu vollenden. Die in einem Betriebsplan (Bauprogramm) enthaltenen Einzelfristen gelten nur dann als Vertragsfristen, wenn dies im Vertrage ausdrücklich bestimmt ist.

Ist für den Beginn der Ausführung keine Frist vereinbart, so hat der Auftragnehmer innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung zu beginnen. Der Beginn der Ausführung ist dem Auftraggeber anzuzeigen.

Abs. 1. Die im Vertrage vorgesehenen Fristen für Beginn, Förderung und Vollendung der Bauleistung enthalten die bestimmte Verpflichtung des U., die einzelnen Phasen der Bauleistung innerhalb der vereinbarten Fristen vorzunehmen. Mangels anderweiter vertraglicher Bestimmungen sieht Abs. 2 für den Beginn der Leistung eine zwölftägige Frist nach Aufforderung durch den U. vor. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung von Fristen im Vertrage steht selbstverständlich Beginn, Förderung und Vollendung der Bauleistung nicht im Belieben des U., sondern es ist auf Grund des § 242 BGB., da die werkvertragsrechtlichen Bestimmungen des BGB. eine einschlägige Vorschrift nicht enthalten, anzunehmen, daß der U. innerhalb angemessener Fristen zur Vornahme der einzelnen Phasen der Bauleistung verpflichtet ist. Die in Abs. 1 S. 2 enthaltene Bestimmung, wonach Einzelfristen nur bei ausdrücklicher Bestimmung als *Vertragsfristen* anzusehen sind, besagt, daß diese Fristen ohne jene ausdrückliche Bestimmung keine Verpflichtung des U. statuieren, sondern allenfalls ihm eine Richtlinie für die Ausführung geben wollen. Sind die Fristen als Vertragsfristen, d. h. als solche mit Begründung einer Verpflichtung zur Innehaltung anzusehen, so gerät der U. durch Überschreitung der Frist in Verzug, wenn die Frist nach dem Kalender bestimmt ist (§ 284 Abs. 2 S. 1 BGB.). Einer Mahnung bedarf es hier nicht. Kalendermäßige Fristbestimmung liegt vor, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender unmittelbar oder mittelbar bestimmt war, d. h. daß ein bestimmter Tag oder Monat als Leistungszeit vereinbart ist (RG. vom 12. 10. 1910 V. 585/09 und Bd. 106 S. 89). Kalendermäßige Fristbestimmung liegt nicht vor, wenn der Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung nicht lediglich nach dem Kalender bestimmt ist (RG. Bd. 60 S. 84, Bd. 68 S. 22, Bd. 103 S. 34). Hier bedarf es zum Verzuge einer Mahnung des B. (§ 284 Abs. 1 BGB.).

Der U. kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der U. nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB.). Behauptet der U., daß die Nichteinhaltung der Frist auf einen solchen Umstand zurückzuführen sei, so hat er dies zu beweisen, wie sich aus der entsprechenden Anwendung des § 282 BGB. für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung ergibt (RG. Bd. 75 S. 336). Zu vertreten hat der U. grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit in Bezug auf die Verzögerung (§ 276 BGB.). Da die in Abs. 2 bestimmte zwölftägige Frist nach Aufforderung keine kalendermäßige Fristbestimmung ist, bedarf es zur Inverzugsetzung des U. einer Mahnung des B., wenn ersterer nach Ablauf der 12 Tage mit der Bauleistung nicht begonnen hat. Wo die VOB. nicht zugrunde liegt, ist sofort nach Vertragsschluß, d. h. innerhalb angemessenen Zeitraums, mit der Bauleistung zu beginnen (§ 271 Abs. 1 BGB.). Verzögert der U. hier den Beginn, so kann der B. zum Beginn der Bauleistung eine angemessene Frist setzen. Darin liegt gleichzeitig auch eine Aufforderung zur Beendigung der Bauleistung innerhalb angemessener Frist (Komm. d. RGR. S. 2 zu § 636 BGB.).

Die *Rechtsfolgen* der nicht rechtzeitigen Ausführung (Beginn, Förderung und Vollendung) der Bauleistung sind in der VOB. nicht geregelt. Lediglich für Verzögerung infolge Behinderung und Unterbrechung der Ausführung sind in B § 6 Bestimmungen getroffen, die aber die rechtlichen Beziehungen der Vertragsparteien im Falle nicht rechtzeitiger Bauausführung nicht erschöpfen können. Es muß deshalb hinsichtlich der Rechtsfolgen auf das BGB. zurückgegriffen werden.

Folgende Rechte stehen dem B. bei verzögerter Bauausführung nach dem BGB. zu:

a) Der Anspruch auf Vertragserfüllung bleibt zunächst aufrecht erhalten.

b) Neben dem Anspruch zu a) kann der B. den Verzugsschaden vom U. fordern, falls auf dessen Seite nach dem oben Gesagten Verzug vorliegt (§ 286 Abs. 1 BGB.).

c) Der B. kann, falls Verzug auf Seiten des U. vorliegt, gemäß § 326 BGB. eine angemessene Frist zur Vornahme bezw. Vollendung der Bauleistung stellen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne. Nach Ablauf der Frist kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder auch vom Vertrage zurücktreten. Der Anspruch auf Erfüllung ist in beiden Fällen ausgeschlossen. Im übrigen schließen die Rechte zu c das Recht auf Verzugsschaden gemäß b nicht aus.

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den B. kein Interesse mehr, so kann er sie ohne Fristsetzung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 286 Abs. 2 BGB. und § 326 Abs. 2 BGB.). Die Setzung der Nachfrist ist ebenfalls entbehrlich, wenn der U. auf die Fristsetzung ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat (RG. Bd. 71 S. 308), oder wenn er die Erfüllung bereits in so bestimmter Weise ernsthaft verweigert hat, daß dies als

sein letztes Wort anzusehen ist (RG. Warn 1918, Nr. 131), oder daß eine Änderung seines Entschlusses als ausgeschlossen erscheint (RG Bd. 51 S. 347, Bd. 53 S. 161, Bd. 57 S. 105, Bd. 66 S. 421, Bd. 90 S. 317, Komm. d. RGR. 1, S. 531). Als ernsthafte Weigerung ist es auch anzusehen, wenn der U. sich nur unter vertragswidrigen Bedingungen z. B. gegen Vorauszahlung oder Erhöhung des vereinbarten Preises zum Beginn oder zur Fortsetzung der Arbeiten bereit erklärt (RG. Warn. 1917, Nr. 76).

In allen Fällen geht nach der Ablehnung der Leistung durch den B. der Anspruch auf Erfüllung unter, sodaß er nachträglich nicht wieder geltend gemacht werden kann.

d) Auch ohne Verzug des U. kann der B. gemäß § 636 Abs. 1 BGB. nach Setzung einer angemessenen Frist und Androhung der Ablehnung der Leistung nach fruchtlosem Ablauf derselben vom Vertrage zurücktreten (§ 634 in Verbindung mit § 327 BGB.). Für den Rücktritt sind die allgemein geltenden Bestimmungen der §§ 346 bis 356 BGB. maßgebend. Die Anwendung derselben auf den Bauvertrag ist jedoch, wenn es sich um Herstellung eines Bauwerks (vgl. Erl. zu A VOB. § 1) handelt, rechtlich einigermaßen schwierig. (Vgl. hierüber Erl. zu B § 13).

Eine Preisminderung ist wegen verspäteter Leistung grundsätzlich nicht zulässig, weil § 636 BGB. bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes lediglich die für die Wandlung geltenden Bestimmungen des § 634 BGB. für anwendbar erklärt. Bestreitet der U. die Zulässigkeit des gemäß § 327, § 634, § 636 BGB. erklärten Rücktritts, weil er die Leistung rechtzeitig vorgenommen habe, so hat er dies zu beweisen (§ 636 Abs. 2 BGB.).

e) Auch ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Verzugs auf Seiten des U. kann der B. gemäß § 320 BGB.[1]) fällige Zahlungen zurückhalten, jedoch darf auch hier nicht gegen Treu und Glauben verstoßen werden. Der B. darf somit von Abschlags- oder Schlußzahlungen nicht wesentlich mehr zurückhalten, als er infolge der Verzögerung vom U. voraussichtlich zu fordern berechtigt ist.

Abs. 2. Falls eine Zeit für den Beginn der Bauleistung vertraglich nicht vorgesehen ist, so soll die Verpflichtung zum Beginn 12 Werktage nach Aufforderung durch den B. fällig werden. Unterläßt der B. die Aufforderung, so besteht kein rechtliches Hindernis für den U., mit der Leistung zu beginnen, falls der Beginn mit einem Interesse des B. nicht

[1]) § 320 BGB.: Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.

Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

im Widerspruch steht. Der B. darf jedoch die Aufforderung zum Beginn nicht ungebührlich verzögern, weil dies gegen den Grundsatz des § 242 BGB. verstoßen würde. Ist kein gegenteiliges gerechtfertigtes Interesse des B. ersichtlich und sind Handlungen seinerseits für den Beginn der Bauleistung nicht erforderlich (Zurverfügungstellung der Baustelle, Übergabe von Ausführungsunterlagen und dergl.), so kann der U. auch ohne Aufforderung beginnen. Ist eine Handlung des B. zum Beginn der Bauleistung seitens des U. erforderlich, so kann dieser, wenn die Aufforderung des B. an ihn nicht ergeht, ihn zur Vornahme der fraglichen Handlung auffordern. Eine Fristsetzung ist dabei nicht erforderlich. Die Nichtbefolgung der Aufforderung des U. begründet Annahmeverzug des B. (§§ 293, 295 BGB.), es sei denn, daß der U. zur Zeit der Aufforderung noch garnicht imstande ist, mit der Leistung zu beginnen. Für den Verzug des B. kommt es auf ein Verschulden seinerseits nicht an.

Die Folgen des Gläubigerverzugs des B. sind allgemein in §§ 300 bis 304 BGB.[1]) bestimmt. Anstelle des in § 304 BGB. gewährten Anspruchs auf Ersatz der Mehraufwendungen tritt für den Werkvertrag ein Anspruch des U. auf angemessene Entschädigung gemäß § 642 BGB.[2]). Ein solcher Anspruch ergibt sich aber auch schon auf Grund des oben S. 11 Gesagten auf der Grundlage des § 650 BGB., wenn der U. infolge der Fristüberschreitung Mehrleistungen irgendwelcher Art vornehmen muß. Diese sind ihm zu vergüten, weil auch er einen Anspruch auf fristgemäße Herstellung hat. Selbstverständlich setzt dieser Vergütungsanspruch auf Grund des § 650 BGB. voraus, daß die Fristüberschreitung auf Umstände zurückzuführen ist, die der U. nicht zu vertreten hat. Bei

[1]) § 300 BGB.: Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.

§ 301 BGB.: Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten.

§ 302 BGB.: Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er zieht.

§ 303 BGB.: Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er nach dem Eintritte des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben. Das Aufgeben muß dem Gläubiger vorher angedroht werden, es sei denn, daß die Androhung untunlich ist.

§ 304 BGB.: Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte.

[2]) § 642 BGB.: Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.

Unterbrechung der Bauausführung auf längere Dauer infolge eines vom B. zu vertretenden Umstandes ist der Anspruch des U. auf Ersatz der tatsächlichen Mehraufwendungen auch in B § 6 Ziff. 5 S. 2 bestimmt.

Sind die unter a—e gewährten Rechte dem B. auch bei Zugrundelegung der VOB. gegeben, so erleidet der unter b—c gewährte Schadensersatzanspruch doch eine Einschränkung durch B § 6 Ziff. 5 S. 2 insofern, als zunächst bei einer Unterbrechung der Bauausführung dem B. keinesfalls Anspruch auf entgangenen Gewinn zu gewähren ist, der von dem sonst nach dem BGB. zu gewährenden Schadensersatz mitumfaßt wird (§ 252 BGB.). Weiterhin wird man aber aus dem Geiste der VOB. heraus den sonst gewährten Schadensersatzanspruch des B. auch dann auf den unmittelbaren Schaden unter Ausschluß des entgangenen Gewinns beschränken müssen, wenn eine Unterbrechung im Sinne des B § 6 Ziff. 5 nicht vorliegt.

B § 6. Behinderung und Unterbrechung der Ausführung.

1. Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsmäßigen Durchführung der übernommenen Leistung behindert, so hat er dies dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Unterläßt er die Anzeige, so hat er nur dann Anspruch auf Berücksichtigung der hindernden Umstände, wenn dem Auftraggeber offenkundig die Tatsachen und deren hindernde Wirkung bekannt waren.

2. Die Ausführungsfrist wird entsprechend verlängert, wenn die Behinderung vom Auftraggeber zu vertreten oder wenn sie verursacht ist durch Streik, Verrufserklärung oder durch eine von der Berufsvertretung der Arbeitgeber angeordnete Aussperrung im Betriebe des Auftragnehmers oder in einem für ihn unmittelbar arbeitenden Betriebe. Dasselbe gilt, wenn die Behinderung auf höhere Gewalt oder andere Umstände zurückzuführen ist, deren Abwendung nicht in der Macht des Auftragnehmers lag. Witterungseinflüsse, mit denen bei Abgabe des Angebots in der Ausführungsfrist normalerweise gerechnet werden mußte, gelten nicht als Behinderung.

3. Der Auftragnehmer hat alles zu tun, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen; sobald das Hindernis fortfällt, sind die Arbeiten ohne weiteres unverzüglich wieder aufzunehmen.

4. Die Fristverlängerung wird berechnet nach der Dauer der Behinderung mit einem Zuschlage für die Wiederaufnahme der Arbeiten und die etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.

5. Wird die Ausführung für voraussichtlich längere Dauer unterbrochen, ohne daß die Leistung dauernd unmöglich wird, so sind die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen und außerdem die Auslagen zu vergüten, die dem Auftragnehmer bereits entstanden sind und in den Vertragspreisen des nicht ausgeführten Teiles der Leistung enthalten waren. Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen unmittelbaren Schadens, nicht aber des entgangenen Gewinns.

6. Dauert eine Unterbrechung länger als 3 Monate, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Zeit den Vertrag kündigen.

B § 6 findet Anwendung, auch wenn Fristüberschreitungen im Sinne der Erörterungen zu B § 5 nicht in Frage kommen. Eine Behinderung ist ein im Vertrage nicht vorgesehener Umstand, der eine Verzögerung oder nichtprogrammmäßige Ausführung der Bauleistung zur Folge hat. Eine besondere Folge ist die Unterbrechung der Bauleistung, für die die besonderen Bestimmungen in Ziff. 5 und 6 gelten.

Ziff. 1 bezweckt Gewähr dafür zu schaffen, daß der B. auf alle Fälle von der Behinderung unterrichtet wird. Dies hat durch schriftliche Anzeige des U. zu geschehen, wenn nicht der Ausnahmefall des S. 2 vorliegt. Als Behinderung kommen alle möglichen nicht vorausgesehenen Umstände in Frage, die den Beginn, die Fortführung oder die Fertigstellung der übernommenen Leistung verzögern oder überhaupt in Frage stellen können. Einzelne Behinderungen sind in Ziff. 2 aufgeführt. Besonders praktische Bedeutung haben hier häufig örtliche Widerstände, wie nicht vorhergesehene Boden- und Wasserverhältnisse, Verzögerung durch andere vom B. bei dem Bauvorhaben hinzugezogene Unternehmer, wie z. B. Behinderung der Maurerarbeiten durch nicht fortschreitende Rüstungsarbeiten. In welcher Weise die Behinderung zu berücksichtigen ist, wird in B § 6 nicht vollständig dargelegt. Die eine Rechtsfolge ist in

Ziff. 2 angegeben. Die hier gewährte Verlängerung der Ausführungsfrist ist stets gegeben, wenn die Behinderung nicht vom U. zu vertreten ist. Die Aufzählung der einzelnen Behinderungsursachen in Ziff. 2 ist überflüssig. Hat die Behinderung eine Überschreitung der vertraglichen Ausführungsfrist oder der im Bauprogramm festgesetzten Einzelfristen (B § 5 Abs. 1) zur Folge, so gilt für die Rechtsfolgen der Behinderung das in B § 5 Abs. 1 und 2 Gesagte. Der dort Ziff. 1 zu a angegebene weiter bestehende Erfüllungsanspruch erleidet jedoch die Einschränkung, daß er bei einer längeren Behinderung, während welcher die Grundlagen des Vertrages im wesentlichen aufgehoben sind, erlischt, weil hier die Behinderung einer Unmöglichkeit der Leistung gleichkommt. Hat die Behinderung keine Fristüberschreitung zur Folge, so kann trotzdem jede Vertragspartei durch sie geschädigt werden, z. B. der U. durch die Notwendigkeit, zum Zwecke der fristgemäßen Fertigstellung Mehrschichten einführen zu müssen, der B., dadurch, daß infolge der Behinderung der Arbeiten des U. wiederum diejenigen der anderen beim Bauvorhaben beteiligten Unternehmer behindert werden. Hier muß dem U. auf Grund des oben S. 11 über die Bedeutung des § 650 BGB. Gesagten ein Anspruch auf Vergütung derjenigen Mehraufwendungen zugebilligt werden, die er lediglich infolge

der Behinderung vornehmen muß. Dieser Anspruch steht dem U. ebenso wie die Verlängerung der Ausführungsfrist zu, wenn die Behinderung von ihm nicht zu vertreten ist. Es könnte den Anschein erwecken, als seien durch Ziff. 2 die gegenseitigen Ansprüche auf die Gewährung der Fristverlängerung für den U. überhaupt beschränkt. Dies ist jedoch nicht anzunehmen, weil es einmal einer dahingehenden ausdrücklichen Bestimmung in B. § 6 bedurft hätte und ferner weil in Ziff. 5, welche eine spezielle Folge der Behinderung, nämlich die Unterbrechung, behandelt, ein Schadensersatzanspruch ausdrücklich zugestanden ist für den Fall, daß die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten sind. Es ist kein Grund ersichtlich, nur im Falle der Unterbrechung einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, nicht aber in Fällen sonstiger Behinderung. Die Formulierung des B § 6 erscheint allerdings nicht besonders glücklich.

Da Behinderungen nach dem im Eingang zu B § 6 Gesagten nur solche nach dem Vertrage nicht vorausgesetzten Umstände sind, können normale Behinderungen durch Witterungseinflüsse dazu nicht gerechnet werden. Anders verhält es sich aber bei Witterungseinflüssen, die ein anormales Ausmaß haben, wie etwa der Winter 1928/29. Der Beweis der anormalen Verhältnisse liegt im Streitfalle dem U. ob.

Ziff. 3. Die Vorschrift entspricht dem § 242 BGB. Die Vertragstreue verlangt, daß der U. alles tut, um die schädigenden Folgen der Behinderung möglichst gering zu halten. Dies gilt uneingeschränkt, sei es, daß die Behinderung lediglich eine Verzögerung im Baufortschritt, sei es, daß sie bereits eine Fristüberschreitung oder sei es, daß sie eine Unterbrechung der Arbeiten zur Folge gehabt hat. Zu den dem U. billigerweise zuzumutenden Maßnahmen gehört auch die Einführung des *Mehrschichtenbetriebes*, wenn dieser die Folgen der Behinderung zu verringern oder gar zu beseitigen geeignet ist. Etwaige Mehraufwendungen sind dem U. entsprechend dem in Ziff. 2 Gesagten zu vergüten.

Ziff. 4. Nach der Fassung erweckt es den Eindruck, als ob die Berechnung der Fristverlängerung nur für den Fall der Arbeitsunterbrechung nicht auch der bloßen Verzögerung gelten solle. Dies trifft jedoch nicht zu. Im Falle der Unterbrechung läßt sich die Verlängerung allerdings leichter berechnen. Im Falle der Behinderung wird die Fristverlängerung zu berechnen sein nach der Zahl der durch die Behinderung ausgefallenen Arbeitsstunden oder Leistungseinheiten. Der Zuschlag für die Wiederaufnahme der Arbeiten wird auch im Falle der bloßen Verzögerung oder nur teilweisen Einstellung zu gewähren sein, wenn die Wiederaufnahme der vollen Arbeitsleistung eine gewisse Vorbereitung erfordert. Falls das Ende der Ausführungsfrist infolge der Fristverlängerung in die Jahreszeit, in welcher normalerweise derartige Bauarbeiten nicht ausgeführt werden können, fällt, so ist diese Zeit der normalen Baupause bei der Berechnung der Frist ebenfalls zu berücksichtigen. Keine Vorschriften sind in der VOB. vorgesehen darüber, wie ein Streit über die Fristverlängerung erledigt wird, obwohl es während der Bauausführung

zweckmäßig wäre, darüber eine für beide Teile verbindliche Entscheidung zu besitzen.

Ziff. 5. *Unterbrechung der Bauausführung* ist ein Stillstand der eigentlichen Bauarbeiten. Werden bauprogrammmäßige Arbeiten überhaupt noch ausgeführt, jedoch nicht im vorgesehenen Umfange, so liegt keine Unterbrechung, sondern lediglich eine Verzögerung vor. Nebenarbeiten untergeordneter Art, Hilfsarbeiten, hindern aber nicht das Vorliegen einer Unterbrechung. Zum Begriff der Unterbrechung gehört auch eine gewisse Dauer der Einstellung bei der die Wiederaufnahme der Arbeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt sich bei Eintritt der Behinderung noch nicht voraussehen läßt.

Die Unterbrechung hebt den Vertrag grundsätzlich nicht auf. Lediglich wenn mit der Unterbrechung eine Unmöglichkeit der weiteren Bauausführung eingetreten ist, ist der Vertrag aufgehoben. Dieser Fall wird bei einem Bauvertrage nach der VOB. ebenso zu behandeln sein, wie der in Ziff. 5 S. 1 vorgesehene, nach welchem zwar die Bauausführung für längere Zeit unterbrochen, nicht aber dauernd möglich geworden ist. Hier sollen die ausgeführten Leistungen nach den Vertragspreisen abgerechnet und dem U. außerdem die auf den nicht ausgeführten Teil entfallenden Auslagen vergütet werden. Ziff. 5 S. 1 will in erster Linie verhindern, daß der U. auf die Bezahlung für den ausgeführten Teil seiner Bauleistung bis zur Vollendung der ganzen Leistung warten muß, weil diese durch die Unterbrechung ins Ungewisse verschoben wird. Die Abrechnung nach den Vertragspreisen und die Vergütung der auf den nichtausgeführten Teil der Bauleistung entfallenden Auslagen ist noch mehr dann gerechtfertigt, wenn eine dauernde Unmöglichkeit der weiteren Bauausführung eingetreten ist. Nach dem *Recht des BGB.* (§ 323) ist bei nachträglich eintretender Unmöglichkeit der Bauleistung der vereinbarte Preis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der vereinbarten Leistung zu dem Wert der ausgeführten Leistung steht. Daß hierbei der U. erheblich schlechter fährt, als nach Ziff. 5 der VOB. liegt auf der Hand. Werden bei nur vorübergehender Unterbrechung der Bauleistung die Arbeiten nachträglich wieder aufgenommen, so sind die dem U. bereits vergüteten Auslagen für den nicht ausgeführten Teil bei der endgültigen Abrechnung selbstverständlich in Abzug zu bringen.

S. 2. Falls die Unterbrechung von einem Vertragsteil zu vertreten ist (d. h. vorsätzlich oder fahrlässig verursacht ist), so hat der andere Vertragsteil Anspruch auf Schadensersatz unter Ausschluß des entgangenen Gewinns (vgl. hierüber Erl. zu Ziff. 2). Zur Begründung dieses Ersatzanspruchs bedarf es keiner Fristsetzung wie nach § 326 BGB.

Ziff. 6. Vorbehaltlich der von selbst eintretenden Vertragsauflösung infolge langwährender, die Vertragsgrundlagen beseitigender Behinderungen (vgl. Erl. zu B § 5 Abs. 1, RG. Bd. 90, S. 102 und Bd. 92, S. 87) ist den Vertragsteilen durch Ziff. 6 die Möglichkeit gegeben, nach dreimonatiger Unterbrechung — der normalen Arbeitszeit ausschließlich der Baupause — den Vertrag zu kündigen und auf diese Weise Gewißheit

darüber herbeizuführen, daß eine spätere Weiterführung der Bauleistung nicht mehr in Betracht kommt. Zweckmäßig wäre hier eine Bestimmung über die Art und Weise der Abrechnung gewesen, jedoch wird man die Abrechnungsbestimmung der Ziff. 5 S. 1 für analog anwendbar erklären dürfen, um das nicht befriedigende Ergebnis des § 323 BGB zu vermeiden.

B § 7. Verteilung der Gefahr.

Wird die Bauleistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, so hat dieser für die ausgeführte Teilleistung die Ansprüche nach § 6 Ziff. 5, für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht. Auf Verlangen hat der Auftragnehmer die angelieferten Werkstoffe oder Bauteile und das Bauwerk selbst, wenn diese in das Eigentum des Auftraggebers übergegangen sind, gegen Feuersgefahr für Rechnung des Auftraggebers zu versichern mit der Bestimmung, daß im Schadensfalle die Entschädigung an diesen auszuzahlen ist.

B § 7 behandelt die Verteilung der Gefahr unter den Vertragsparteien, d. h. des Risikos für eine Beschädigung oder Zerstörung der Bauleistung vor der Abnahme. Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den B. über (B § 12 Ziff. 6 ebenso wie § 644 BGB.). Der Inhalt dieser gesetzlichen Vorschrift wird aber durch die VOB. dahin abgeändert, daß die Gefahr vor der Abnahme dem B. auferlegt wird unter der Voraussetzung, daß die Beschädigung oder Zerstörung nicht vom U. zu vertreten ist. Die Aufzählung der einzelnen Umstände in S. 1 erscheint überflüssig. Zu vertreten hat der U. aber solche Umstände, deren Folgen er normalerweise hätte abwenden können, selbst wenn dazu Leistungen erforderlich gewesen wären, die im Vertrage nicht ausdrücklich vorgesehen waren. Vgl. Erl. zu B § 2 Abs. 3. Dies ergibt sich auch aus B § 6 Ziff. 3, z. B. muß der U. bei einem drohenden Einsturz eines Bauwerkes alle technisch möglichen Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, den Einsturz zu verhindern. Ob er deshalb Anspruch auf Vergütung seiner vertraglich nicht vorgesehenen Leistungen hat, richtet sich nach B § 2. Im einzelnen kann die Frage, ob ein Gefahr mit sich bringender Umstand vom U. zu vertreten ist oder nicht, praktisch erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Zusammen hängt damit die Frage, wer die technische Verantwortlichkeit für die Bauleistung trägt[1]). Für die Gefahrtragung ist die für das Strafrecht allgemein anerkannte Trennung der Verantwortlichkeit zwischen U. und seinem Bauleiter unbeachtlich, weil nach § 278 BGB. ebenso wie B § 10 Ziff. 1 das Verschulden der Erfüllungsgehilfen des U. als sein eigenes Verschulden anzusehen ist. Schwierigkeiten entstehen aber, wenn

[1]) Vgl. Janssen, „Bauingenieur in der Praxis" 1927, S. 271 und Bauingenieur 1925, S. 54.

das Bauvorhaben von mehreren selbständigen Unternehmern, dem jedem eine Teilleistung übertragen ist, ausgeführt wird. Jeder U. kann zwar verlangen, daß die Arbeiten des anderen U. technisch so ausgeführt werden, daß eine Gefahr für seine eigene Bauleistung oder die Gesamtbauleistung nicht entsteht. Die Mangelhaftigkeit der Bauleistung des anderen von ihm unabhängigen U. hat der U. nicht zu vertreten. Zu vertreten hat er aber eine Gefahr, die durch Mangelhaftigkeit der Leistung des anderen U. hervorgerufen ist, wenn er diese selbst erkannt hat oder offensichtlich erkennen mußte. Hier trifft ihn durch die Unterlassung des Hinweises auf die Mangelhaftigkeit der Leistungen des anderen U. und durch die trotzdem vorgenommene eigene Leistung ein selbständiges eigenes Verschulden.

Ist der U. auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen verantwortlich, so gilt dies nur insoweit, als das schuldhafte Handeln der Erfüllungsgehilfen sich auf die Erfüllung der vom U. übernommenen eigenen Verbindlichkeit bezieht. Sabotageakte seiner Arbeiter sind dem U. ebensowenig als vertretbares Verschulden anzurechnen wie solche betriebsfremder Personen. Die Voraussetzung des § 278 BGB. ist nicht erfüllt, wenn sich die Hilfsperson nur bei Gelegenheit ihrer Arbeitsleistung vorsätzlich oder fahrlässig eine unerlaubte Handlung in Bezug auf die Bauleistung zuschulden kommen läßt. Vgl. RG. Bd. 72 S. 219; Bd. 74 S. 166; Bd. 102 S. 217. Die schädigende Handlung der Hilfsperson kann im inneren Zusammenhang mit der ihr übertragenen Arbeitsleistung stehen (RG. Bd. 63 S. 344). Ist der die Bauleistung beschädigende oder zerstörende Umstand vom U. jedoch nicht zu vertreten, so steht dem U. Anspruch auf Bezahlung der ausgeführten Leistungen in dem Zustande vor der Beschädigung oder Zerstörung zu. Ist der fragliche Umstand vom B. zu vertreten, so hat der U. außerdem noch Anspruch auf Ersatz seines unmittelbaren Schadens, jedoch ohne entgangenen Gewinn. Das BGB. sieht in § 645 einen Anspruch des U. auf Bezahlung der ausgeführten Leistung im Falle des Unterganges, der Verschlechterung oder Unausführbarkeit der Bauleistung nur vor, wenn diese Ereignisse infolge eines Mangels des vom B. gelieferten Stoffes oder einer von dem B. für die Ausführung erteilten Anweisung eingetreten sind, wobei unter den vom B. gelieferten Stoffen nicht nur bewegliche Baumaterialien, sondern auch der dem U. zur Verfügung gestellte Grund und Boden zu verstehen ist (Urteil des OLG. Kiel vom 14. 7. 1922 — 2. U. 39/22). Nach B § 7 kommt es für den Vergütungsanspruch des U. auf die Voraussetzungen des § 645 BGB. nicht mehr an.

Nicht geregelt hat B § 7 die Frage, ob nach Beschädigung oder Zerstörung der Bauleistung für einen der Vertragsteile Anspruch auf Wiederherstellung besteht. Durch Satz 1 am Ende, nach welchem für andere Schäden keine gegenseitige Ersatzpflicht besteht, wird lediglich bestimmt, daß die Ansprüche des U. auf Bezahlung auf die in § 6 Ziff. 5 gewährten Ansprüche beschränkt sind, und daß der B., was an sich selbstverständlich ist, keinen Entschädigungsanspruch hat. Letzteres mag deshalb in Satz 1,

2. Halbs. mitaufgenommen sein, weil § 7 gegenüber der gesetzlichen Bestimmung des § 644 BGB. eine grundlegende Änderung zu Gunsten des U. vorsieht. Im übrigen muß hinsichtlich der gegenseitigen Ansprüche auf Wiederherstellung bezw. Fertigstellung unterschieden werden, ob es sich um eine Zerstörung oder eine bloße Beschädigung der Bauleistung handelt. Im ersteren Falle ist der Vertrag vorbehaltlich der Zahlungsansprüche des U. als erledigt anzusehen. Keine der beiden Parteien kann verlangen, daß mit der Bauleistung nochmal von vorn begonnen wird. Vgl. hierüber Komm. d. RGR. Note 2 zu § 644 BGB. Ist die Bauleistung aber lediglich beschädigt worden, so muß zunächst dem B. ein Anspruch auf Fertigstellung zuerkannt werden, weil der U. nach B § 6 Ziff. 3 alles normalerweise Mögliche zu tun hat, um die Bauleistung fertigzustellen. Selbstverständlich sind dem U. alsdann die Leistungen zum Zwecke der Beseitigung der Beschädigung nach dem Vertrage zu bezahlen. Vorausgesetzt für den Anspruch des B. auf Fertigstellung ist dabei, daß diese überhaupt noch möglich ist. Dagegen kann man dem U. einen Anspruch auf Vornahme der Wiederherstellungsarbeiten und Vollendung der Bauleistung gegen den Willen des B. nicht zubilligen, weil der B. nach B § 8 ebenso wie § 649 BGB. jederzeit zur Kündigung des Vertrages berechtigt ist. Die Bezahlungsansprüche des U. im Falle der Weigerung des B., die Arbeiten wiederherstellen und beenden zu lassen, richten sich aber ausschließlich nach B § 7.

S. 2. Die Feuerversicherungspflicht zu Gunsten des B. in bezug auf Werkstoffe, Bauteile oder Bauwerk entsteht auf Verlangen des B., auch wenn ein Preisansatz im Preisangebot nicht vorgesehen ist. Mangels anderweiter Bestimmung trifft die Verpflichtung zur Prämienzahlung den U. Die Versicherung ist eine solche für fremde Rechnung im Sinne des § 75 des Versicherungsvertragsgesetzes. Der versicherte B. kann ohne Zustimmung des die Versicherung nehmenden U. mit Rechtswirksamkeit gegenüber der Versicherungsgesellschaft über seine Rechte nur verfügen und diese Rechte gerichtlich geltend machen, wenn er im Besitz eines Versicherungsscheins ist. Die Aushändigung eines Versicherungsscheins kann der versicherte B. von der Gesellschaft jedoch nicht direkt verlangen, er muß ihn sich vielmehr vom U. beschaffen.

B § 8. Kündigung durch den Auftraggeber.

1. Der Auftraggeber kann bis zur Vollendung der Leistung jederzeit den Vertrag kündigen. Dem Auftragnehmer steht in diesem Fall die vereinbarte Vergütung zu; er muß sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 649 BGB.).

2. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt oder in Konkurs gerät. Der ausgeführte Teil der Leistung ist nach § 6 Ziff. 5 abzurechnen. Der Auftraggeber kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Restes verlangen.

3. Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Ziff. 9 die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist. (Entziehung des Auftrages.)

Nach Entziehung des Auftrages ist der Auftraggeber berechtigt, unbeschadet seiner Ansprüche auf Ersatz des etwa entstehenden weiteren Schadens, den noch nicht vollendeten Teil der Leistung für Rechnung des Auftragnehmers durch einen Dritten ausführen zu lassen. Er ist auch berechtigt, auf die weitere Ausführung zu verzichten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Ausführung aus den Gründen, die zur Entziehung des Auftrages geführt haben, für ihn kein Interesse mehr hat.

Die Entziehung des Auftrages kann auch auf einen in sich abgeschlossenen Teil der übertragenen Leistung beschränkt werden.

Gerüste, Geräte, Maschinen und andere auf der Baustelle vorhandene Einrichtungen sowie angelieferte Werkstoffe kann der Auftraggeber gegen angemessene Entschädigung für die Weiterführung der Arbeiten in Anspruch nehmen.

Der Auftragnehmer kann die Aufmessung und Abnahme des von ihm ausgeführten Teiles der Leistung alsbald nach der Kündigung verlangen; er soll unverzüglich eine vorläufige Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorlegen. Eine wegen Verzugs fällige Vertragsstrafe kann nur bis zum Tage der Kündigung des Vertrages gefordert werden.

Spätestens innerhalb von 12 Werktagen nach Abrechnung mit dem Dritten hat der Auftraggeber eine Aufstellung über die entstandenen Mehrkosten und über seine anderen Ansprüche dem Auftragnehmer zuzustellen.

Die Entziehung des Auftrages ist ferner innerhalb von 12 Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes zulässig, wenn der Auftragnehmer mit andern Bietern zum Nachteil des Auftraggebers eine gegen die guten Sitten verstoßende Abrede zur Erzielung eines unangemessen hohen Preises getroffen hatte (§ 138 BGB.).

Ziff. 1. Der Bauvertrag kann wie jeder andere Werkvertrag bis zur Vollendung der Bauleistung jederzeit vom B. ohne Angabe von Gründen gekündigt werden (RG. Bd. 86 S. 107). Das Kündigungsrecht besteht bis zur Vollendung, nicht bis zur Abnahme. Die Kündigung hat zur Folge, daß der Vertrag anders als bei Rücktritt und Anfechtung, die eine Vertragsaufhebung von Anfang an bewirken, für die Zukunft aufgehoben ist. Trotz der Kündigung behält der U. grundsätzlich seinen vollen Anspruch auf den vereinbarten Preis. Sollte dieser nach Einheitssätzen errechnet werden, so ist zur Ermittlung des vereinbarten Preises

festzustellen, welche Leistungen zur Ausführung der gesamten Bauleistung erforderlich gewesen wären. Dabei kann das Leistungsverzeichnis des Vertrages mit zur Hilfe herangezogen werden. Von dem sich ergebenden Preise, oder bei Vergebung zu einem Pauschpreise von diesem, ist jedoch das abzuziehen, was der U. infolge der vorzeitigen Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart, durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebes erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Darüber hinaus steht dem U. aber kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Um die Ersparnis ermäßigt sich der für die Bauleistung vereinbarte Preis ohne weiteres. Der B. ist jedoch beweispflichtig für die Voraussetzungen dieser Ermäßigung, und zwar sowohl hinsichtlich des Grundes als auch der Höhe. Ob der U. durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebes etwas erworben hat und der Erwerb ihm in Anrechnung zu bringen ist, wird häufig zweifelhaft sein, weil der U. regelmäßig seinen Betrieb nicht nur für einen einzigen Auftrag unterhält. Will der B. den Ertrag anderweiter Verwendung der Arbeitskraft und des Betriebes des U. diesem in Anrechnung bringen, so hat er im Streitfalle nachzuweisen, daß der U. ohne seine Kündigung die anderweite Tätigkeit nicht auszuführen in der Lage gewesen ist. Böswillige Unterlassung anderweiten Erwerbes durch den U. liegt zunächst vor, wenn der U. eine sich ihm darbietende gute Arbeitsgelegenheit zurückweist, lediglich um den B. zu schaden. Aber auch ohne eine dahin gehende Absicht wird man Böswilligkeit im Sinne der Ziff. 1 annehmen dürfen, wenn vom Interessenstandpunkt des U. aus kein vernünftiger Grund zur Zurückweisung der anderweiten Arbeitsgelegenheit ersichtlich ist. Hierzu zwingt die Vorschrift des § 242 BGB. Man wird Böswilligkeit annehmen dürfen, wenn der U. z. B. eine Bewerbung in einer für ihn aussichtsvollen engeren Submission ablehnt. Ebenso muß er sich anrechnen lassen, was er ohne Übernahme eines anderweiten Auftrages durch anderweite Verwertung insbesondere Vermietung seiner Geräte oder Maschinen an Vorteilen erlangt oder zu erwerben böswillig unterlassen hat. Dagegen ist der U. zu einer positiven Tätigkeit behufs Verwertung seiner Arbeitskraft oder seines Betriebes nicht verpflichtet (RG. vom 24. 1. 1905 — III. 508/04). Nichtbeteiligung an einer öffentlichen Ausschreibung wird deshalb regelmäßig nicht als Böswilligkeit angesehen werden dürfen.

Die Form der Kündigung ist nicht vorgeschrieben, deshalb ist auch eine mündlich erklärte Kündigung rechtswirksam. Sie wird im Interesse des Beweises aber zweckmäßig schriftlich erklärt werden. In allen Fällen muß die Erklärung dem U. zugehen. Vgl. hierüber Erläuterung zu A § 29.

Ziff. 2 und 3 behandeln besondere Kündigungsfälle, die das grundsätzlich bestehende Recht des U. auf Zahlung der vollen vereinbarten Vergütung einschränken. Ziff. 2 beschränkt die Ansprüche des U. auf die nach dem Vertrage zu berechnende Vergütung für den ausgeführten Teil der Bauleistung und die für den noch nicht ausgeführten Teil aufgewendeten Auslagen. Diese Beschränkung tritt ein, wenn die Kündigung infolge

Zahlungseinstellung oder Konkurs des U. erfolgt. Der Einleitung des Konkursverfahrens muß die Einleitung des Vergleichsverfahrens nach der Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 (RGBl. I S. 139) gleichgestellt werden. In gleicher Weise muß auch die dem U. gegenüber nach der Gewerbeordnung rechtskräftig ausgesprochene Untersagung des Gewerbebetriebes wegen Unzuverlässigkeit[1]) den B. zur Kündigung mit der gleichzeitigen Beschränkung der Zahlungsansprüche des U. gemäß B § 6 Ziff. 5 berechtigen. Die Bestimmung der Ziff. 2 Satz 2 gewährt dem B. in den hier fraglichen Kündigungsfällen auch einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, zu welchem im Gegensatz zu B § 6 Ziff. 5 auch Anspruch auf entgangenen Gewinn gehört.

Abgesehen von den vorgehenden Kündigungsgründen steht dem B. nicht schlechtweg ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde mit der Wirkung zu, daß die Ansprüche des U. gegenüber den in Ziff. 1 gewährten beschränkt würden. Hat der B. sich z. B. in der Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit des U. geirrt, so kann er den Vertrag nicht kündigen, ohne daß die Ansprüche dem U. gemäß Ziff. 1 zustehen.

Ziff. 3 betrifft die Entziehung des Auftrages wegen Nichteinhaltung der gemäß B § 4 Ziff. 9 gesetzten Frist zur Erfüllung der nach B § 4 Ziff. 7 bis 9 dem U. obliegenden Verpflichtungen. Die Kündigung hebt den Vertrag für die Zukunft auf, betrifft also den bereits ausgeführten Teil der Leistung nicht. Sie kann nach Ziff. 3 Abs. 3 auch auf einen in sich abgeschlossenen Teil der übertragenen Leistung, z. B. eins von mehreren Baulosen oder einzelne Arten der übertragenen Bauarbeiten, wie Maurerarbeiten, Erdarbeiten, Installationsarbeiten beschränkt werden. Die Rechtsfolgen der gemäß Ziff. 3 erklärten Kündigung sind in Abs. 2—6 angegeben. Dem B. steht neben seinem Kündigungsrecht nach Abs. 2 S. 1 Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Die Worte „unbeschadet seiner Ansprüche auf Ersatz des weiteren Schadens" weisen auf das BGB. hin, das durch § 636 für den Fall der ganz oder zum Teil nicht rechtzeitigen Herstellung der Bauleistung und durch § 635 im Falle der Vertretbarkeit eines Mangels durch den U. dem B. die Schadensersatzansprüche wegen Verzuges und Nichterfüllung gemäß § 286 und § 326 BGB. vorbehält. Daß der B. nach Kündigung des Bauvertrages berechtigt ist, die Fertigstellung für Rechnung des U. ausführen zu lassen, ist, da dem B. ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zusteht, selbstverständlich; ebenso auch, daß er die Fertigstellung unterlassen kann. Nach der Kündigung hat der U. keinen Anspruch auf Fertigstellung und diese steht ganz im Ermessen des B., gleichgültig, ob sie für ihn noch Interesse hat oder nicht. Der in Abs. 4 bestimmte Anspruch des B. auf Inanspruchnahme von Geräten, Gerüsten, Maschinen und Einrichtungen des U. enthält eine Besonderheit gegenüber dem BGB. Die Inanspruchnahme ist als eine solche zur Benutzung, nicht als Überlassung zu Eigentum

[1]) Vgl. Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und der Verwaltung, 23. Aufl., S. 314.

gedacht, weil lediglich die Fertigstellung des Bauvorhabens gefördert werden soll. Die angemessene Entschädigung ist im Streitfalle durch gerichtliche Entscheidung festzusetzen. Um den Betrag dieser Entschädigung mindert sich der Schadensersatzanspruch des B. wegen Nichterfüllung. Für die Zeit der Überlassung der Gerüste, Geräte usw. an den B. kommen für das beiderseitige Rechtsverhältnis die Vorschriften des BGB. über die Miete §§ 535 ff. zur Anwendung mit der Einschränkung, daß für die Dauer der Fertigstellungsarbeiten eine Kündigung durch den U. nicht erfolgen kann, und daß besondere Ansprüche des B. wegen Mängel der überlassenen Gegenstände nicht geltend gemacht werden können.

Ziff. 3 Abs. 5 und 6 bezwecken eine baldige Klärung der beiderseitigen Ansprüche. Die in Abs. 5 S. 2 erwähnte Vertragsstrafe kann, wenn sie nach Tagen bemessen ist, nur bis zum Tage der Kündigung gefordert werden, weil nach der Kündigung das ursprüngliche Vertragsverhältnis nicht mehr besteht.

Abs. 7 enthält die Anführung eines besonderen Kündigungsgrundes (Schutzabkommen mit anderen Unternehmern), ohne dabei aber anzugeben, welche Rechtsfolgen die Kündigung hinsichtlich der Bezahlung und des entstehenden Schadens hat. Dieser Kündigungsgrund hat mit dem sonst in Ziff. 3 Abs. 1 genannten Kündigungsgrunde nichts gemeinsam. Es wird deshalb gerechtfertigt erscheinen, wenn dem U. im Falle der Kündigung gemäß Abs. 7 die Rechte aus B § 6 Ziff. 5 gewährt werden, wobei aber die Tatsache des sittenwidrigen Schutzabkommens als ein vom U. zu vertretender Umstand im Sinne des S. 2 der Ziff. 5 anzusehen ist.

Im übrigen vgl. wegen Schutzabkommen A § 24 Ziff. 4.

B § 9. Kündigung durch den Auftragnehmer.

Der Auftragnehmer kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftraggeber eine ihm obliegende Handlung unterläßt und dadurch den Auftragnehmer außerstand setzt, die Leistung auszuführen (Annahmeverzug), ferner wenn er eine ausbedungene Zahlung versäumt und die ihm gestellte angemessene Frist zur Nachholung verstreichen läßt (§ 643 BGB.). Die bisherigen Leistungen sind in diesem Falle nach den Vertragspreisen abzurechnen. Außerdem hat der Auftragnehmer Anspruch auf Ersatz des ihm entstandenen unmittelbaren Schadens.

Die Vorschrift sieht ein Kündigungsrecht des U. vor, einmal im Falle des Annahmeverzuges des B. (643 BGB.[1])) und ferner im Falle des Leistungsverzuges des B. in bezug auf fällige Zahlungen. Für den Annahmeverzug kommt es nicht darauf an, ob die Unterlassung der dem B. obliegenden Handlung schuldhaft ist oder nicht. Der Annahmeverzug wird auch nicht durch eine vorübergehende Verhinderung des B. an der Vornahme der ihm obliegenden Handlung, sondern nur durch ein objektives Unmöglichwerden seiner Mitwirkung ausgeschlossen (RG. Bd. 100 S. 46 und Komm. d. RGR. Note 3 zu § 642). Das Rücktrittsrecht des U. setzt lediglich voraus, daß er an der Ausführung der Leistung durch die Unterlassung der Mitwirkung des B. behindert ist. Eine dauernde Unmöglichkeit der Bauleistung ist nicht Voraussetzung für das Kündigungsrecht, ebensowenig die Rücktrittsandrohung, wohl aber im Hinblick auf B § 6 Ziff. 1 die Fristsetzung wie nach § 643 BGB.

Zu den dem B. obliegenden Handlungen können nach dem Vertrage alle möglichen gehören, die im Interesse der Bauausführung liegen. So kann der B. verpflichtet sein, Räume, Vorrichtungen, Geräte und dgl., insbesondere regelmäßig den Bauplatz zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung erzeugt, falls sie nicht nur von untergeordneter Bedeutung für die Bauleistung ist, nicht nur im Falle der Unterlassung der Mitwirkung das in B § 9 ebenso wie in § 643 BGB. angegebene Rücktrittsrecht, sondern sie begründet auch in dem Falle der zwar rechtzeitigen aber schuldhaft vertragswidrigen Vornahme der Handlung einen Schadensersatzanspruch des U. auf der Grundlage des § 157, § 242 BGB. (vgl. RG. Bd. 80 S. 27, JW. 1914 S. 34[3] RG. vom 3. 12. 1918 — VII 247/18). Das Kündigungsrecht des U. nach § 9 steht zu dem Kündigungsrecht gemäß § 6 Ziff. 6 in keinem Widerspruch, weil das letztere zwar auch den Fall des Annahmeverzuges des B. umfaßt, jedoch an keine andere Voraussetzung als die drei Monate lang währende Unterbrechung der Bauleistung, insbesondere also an keine Fristsetzung geknüpft ist, wie dies B § 9 erfordert. Unklar geregelt ist aber der dem U. nach B § 9 zustehende Schadensersatzanspruch nach erfolgtem Rücktritt. Der Rücktritt wegen Annahmeverzugs des B. im Sinne des B § 9 ist immer ein solcher wegen Behinderung des U. im Sinne des B § 6. Dort ist im Falle der Unterbrechung in Ziff. 5 ein Schadensersatzanspruch unter Ausschluß des entgangenen Gewinns unter der Voraussetzung gewährt, daß die Behinderung von einem Vertragsteil zu vertreten d. h. verschuldet ist. In B § 9 wird dem U. ein Anspruch auf Ersatz des „unmittelbaren Schadens" gewährt, ohne daß der entgangene Gewinn ausgeschlossen ist. Hierin liegt ein Widerspruch zu B § 6 Ziff. 5, weil, wie oben dargelegt, der Annahmeverzug des B. ein Verschulden gar nicht voraussetzt, der B. nach B § 9 im Falle der nicht verschuldeten Behinderung des U. also hinsichtlich des Schadensersatzanspruches ungünstiger behandelt wird als nach B § 6 Ziff. 5. Der Widerspruch wird aber dahin geklärt werden können, daß in B § 9 mit dem „unmittelbaren Schaden" lediglich der Schaden ohne den entgangenen Gewinn gemeint gewesen ist. Die Regelung des BGB. ist entschieden deutlicher. Auch § 642 BGB.[1]) sieht für den Fall des Annahmeverzugs einen Entschädigungsanspruch des U. vor, der den entgangenen Gewinn

[1]) § 643 BGB.: Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt.

[1]) § 642 BGB. siehe S. 71.

nicht schlechthin mit umfaßt. Auch dies führt dazu, den Schadensersatzanspruch des B § 9 inhaltlich demjenigen des B § 6 Ziff. 5 gleichzustellen.

Einer näheren Bestimmung hätte es bedurft, ob auf das Kündigungsrecht des U. auch die entsprechenden weiteren Bestimmungen für das Kündigungsrecht des B. in B § 8 Ziff. 3 Abs. 3—5 Anwendung finden sollen. Aus der Nichtaufnahme dieser Vorschriften müßte streng genommen gefolgert werden, daß sie auf das Kündigungsrecht des U. keine Anwendung finden. Jedoch wird man Abs. 3 und 5 entsprechend für B § 9 anwenden dürfen, so daß insbesondere der U. auch berechtigt ist, den Vertrag lediglich in bezug auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Bauleistung zu kündigen, wenn die Ausführung der noch verbleibenden übrigen Leistung dadurch nicht unmöglich gemacht wird.

Ebenso wie der Annahmeverzug ist der Leistungsverzug des B. in bezug auf die Kündigung zu behandeln, d. h. die Unterlassung einer fälligen Zahlung. Der Leistungsverzug tritt, wenn die Zahlungszeit kalendermäßig bestimmt ist, mit dem Ablauf des Zahlungstages ohne weiteres, andernfalls erst auf Anmahnung ein (§ 284 BGB.). Nach Eintritt des Verzuges ist dann die in B § 9 vorgesehene angemessene Frist zu stellen.

B § 10. Haftung der Vertragsparteien.

1. Die Vertragsparteien haften gegenseitig für das Verschulden aller Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedienen, im gleichen Umfange wie für eigenes Verschulden (§§ 276 und 278 BGB.).

2. Der Auftragnehmer hat die von ihm ausgeführte Leistung und die ihm für die Ausführung übergebenen Gegenstände bis zur Abnahme vor Beschädigung und Diebstahl zu schützen. Fordert der Auftraggeber das Beseitigen von Schnee und Eis, den Schutz gegen Winterschäden durch Notverschalungen und gegen Grundwasser, so ist dies besonders zu vergüten, wenn es nicht zur vertraglichen Leistung des Auftragnehmers gehört.

3. Für unbefugtes Betreten und für Beschädigung angrenzender Ländereien, für Entnahme oder Auflagerung von Erde oder von anderen Gegenständen außerhalb der vom Auftraggeber dazu angewiesenen Flächen und für die Folgen eigenmächtiger Versperrung von Wegen oder Wasserläufen haftet der Auftragnehmer dem geschädigten Dritten gegenüber nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen (§§ 823/31 BGB.). Wird der Auftraggeber hierfür in Anspruch genommen, so hat ihn der Auftragnehmer von jeder Verbindlichkeit dem Dritten gegenüber zu befreien. Der Auftraggeber kann den Schaden des Dritten durch einen gerichtlich vereidigten Sachverständigen abschätzen lassen und bis zur endgültigen Entscheidung über den Rechtsanspruch des Dritten einen Geldbetrag in der geschätzten Höhe vom Guthaben des Auftragnehmers einbehalten.

4. Der Auftragnehmer übernimmt die ausschließliche Haftung Dritten gegenüber wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte, wenn er selbst das geschützte Verfahren oder die Verwendung geschützter Gegenstände angeboten oder wenn der Auftraggeber die Verwendung vorgeschrieben und auf das Schutzrecht hingewiesen hat.

---

§ 10 behandelt unter „Haftung der Vertragsparteien" zwei ganz verschiedene Dinge, die besser getrennt behandelt worden wären, nämlich einmal die Haftung beider Parteien im Innenverhältnis in bezug auf die übertragene Bauleistung und ferner die Haftung für Schäden, die ein außenstehender Dritter durch die Ausführung der Bauleistung erleidet. Soweit § 10 sich auf die Haftung im Innenverhältnis der beiden Vertragsparteien bezieht, — es gilt dies von Ziff. 1 und Ziff. 2 — gehören die Bestimmungen weit eher an andere Stellen des Abschnitts B. VOB.

Ziff. 1, deren besondere Aufnahme in die VOB. nicht erforderlich gewesen wäre, weil sie lediglich eine Wiederholung der gesetzlichen Bestimmung des § 278 BGB. enthält, gehört systematisch zu B § 4 und B § 13.

S. 1 von Ziff. 2., der den Schutz der Bauleistung vor Beschädigung und Diebstahl vor der Abnahme betrifft, wäre zweckmäßig in B § 7 S. 2 mitaufgenommen worden. S. 2 von Ziff. 2 gehört sachlich zu B § 4, weil er eine Verpflichtung des U. während der Bauausführung statuiert.

Die in Ziff. 2 S. 1 enthaltene Verpflichtung des U. zum Schutz der von ihm ausgeführten Leistung vor Beschädigung und Diebstahl bis zur Abnahme enthält einen Ausgleich für die in B § 7 erfolgte Regelung der Gefahr, die gegenüber der entsprechenden gesetzlichen Bestimmung des § 644 BGB. dem U. außerordentlich günstig ist. Wie der Schutz der ausgeführten Leistung vor Beschädigung durchzuführen ist, richtet sich nach den jeweiligen Verhältnissen, insbesondere wird zum Schutz vor Beschädigung und Diebstahl eine ordnungsgemäße Bewachung der Baustelle seitens des U. zu veranlassen sein. Wo diese nicht ausreicht, um Diebstähle nach menschlichem Ermessen auszuschließen, hat der U. eine Diebstahlsversicherung vorzunehmen, soweit diese zu angemessenen Bedingungen zu erhalten ist. Zweifel über den Umfang der auf Grund der Ziff. 2 S. 1 dem U. obliegenden Verpflichtungen sind aus § 242 BGB. zu regeln. Es dürfen nur solche Schutzmaßnahmen von dem U. verlangt werden, die unter den gegebenen konkreten Verhältnissen ohne Überspannung der Sorgfaltspflicht zum Schutz der ausgeführten Leistung geeignet sind. Eine Verletzung der Verpflichtung des U. zum Schutz ist eine positive Vertragsverletzung und macht ihn schadensersatzpflichtig. Soweit im Leistungsverzeichnis besondere Ansätze für die Vornahme von Schutzmaßnahmen nicht vorgesehen sind, hat der U. keinen Anspruch auf die ihm durch Erfüllung der Verpflichtung der Ziff. 2 S. 1 entstehenden Unkosten. Ausgenommen davon sind die in Ziff. 2 S. 2 angegebenen Schutz-

maßnahmen, die, wenn sie vom B. gefordert werden, grundsätzlich einen besonderen Vergütungsanspruch begründen.

Ziff. 3. Die Bestimmung gibt zu erheblichen Zweifeln Anlaß. Zunächst gehört S. 1 überhaupt nicht in den Bauvertrag, weil die Frage, ob der U. für irgendwelche Schäden infolge der Ausführung der Bauleistung Dritten gegenüber haftbar ist, nach außerhalb des Vertrages bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu beantworten ist. Nach dem Wortlaut der Ziff. 3 könnte angenommen werden, daß die in S. 2 festgesetzte Verpflichtung, den B. von derartigen Ansprüchen Dritter freizuhalten, nur dann bestehen soll, wenn der Schaden durch die in S. 1 angegebenen Maßnahmen, nämlich Betreten und Beschädigung angrenzender Ländereien, Entnahme und Auflagerung von Erde und anderen Gegenständen auf nicht dazu vom B. angewiesenen Flächen, und Versperrung von Wegen oder Wasserläufen verursacht worden ist, und ferner, daß die Verpflichtung des U. zur Schadloshaltung des B. in anderen Fällen nicht gegeben sei.

Diese Auffassung müßte aber zu erheblichen Zweifeln und Widersprüchen führen. Zur Klarstellung seien zunächst die Voraussetzungen für eine Haftung der Vertragsparteien wegen Schäden Dritter erörtert.

Die Grundlage für eine solche Haftung sind — von Sondergesetzen [1]) abgesehen — die gesetzlichen Vorschriften des BGB. über unerlaubte Handlung § 823 ff.[2]). Die hiernach begründete Schadensersatzpflicht trifft zunächst den, der den Schaden unmittelbar angerichtet hat, d. h. für die schädigende Baumaßnahme oder Unterlassung verantwortlich ist. Dies braucht nicht notwendig der U. zu sein. Dieser kann den Vorwurf des schuldhaften Verhaltens z. B. dadurch zurückweisen, daß er alltägliche regelmäßig vorkommende Arbeiten einschließlich der zum Schutz des Verkehrs erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen einem tüchtigen Polier überlassen habe, und daß eine besondere Aufsicht nach Lage der konkreten Verhältnisse nicht üblich und nicht erforderlich gewesen sei; nur bei außergewöhnlichen und besondere Vorsicht erfordernden Umständen muß der U. seinen Polier oder seinen Bauleiter beaufsichtigen, ihm Anweisungen erteilen und nach dem Rechten sehen (RG. Bd. 59 S. 203; JW. 06 S. 113; 1910 S. 111 und 1913 S. 33). Allerdings haftet der U. für schädigende Handlungen seiner Bauleiter und Arbeiter auf Grund des § 831 BGB.[3]),

[1]) Kraftfahrzeuggesetz, Reichshaftpflichtgesetz.

[2]) § 823 BGB.: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

[3]) § 831 BGB.: Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt.

hat jedoch hier die Möglichkeit, seine Ersatzpflicht durch den Nachweis abzuwenden, daß er bei der Auswahl des fraglichen Bauleiters oder Arbeiters die im Verkehr erforderlich Sorgfalt beobachtet habe, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

Es liegt nahe, die angeführte Vorschrift des § 831 auch insoweit zur Anwendung zu bringen, als das Verhältnis des B. zu dem durch die Bauarbeiten des U. geschädigten Dritten in Frage kommt. Hier hat jedoch die Rechtsprechung klargestellt, daß der U. im Sinne des § 831 BGB. nicht als eine zu einer Verrichtung bestellte Person anzusehen sei, weil er selbständig und nicht Angestellter des B. ist, und die Vorschrift auf das Verhältnis des B. und U. keine Anwendung findet. Vgl. Komm. d. RGR. Note 2 zu § 831.

Hieraus ergibt sich, daß schädigende Baumaßnahmen des U. oder Unterlassung von Sicherheitsvorkehrungen, die zum Schutze Dritter geboten sind, grundsätzlich einen direkten Schadensersatzanspruch des Geschädigten gegenüber dem B. nicht begründen können, der U. ist vielmehr wegen solcher Schadensersatzansprüche Dritter dem Geschädigten gegenüber im Rahmen der vorstehend aufgestellten Grundsätze selbst und allein verantwortlich.

Ausgenommen hiervon sind jedoch die Fälle, in denen einmal eine Haftung des B. begründet ist, weil diesen selbst in bezug auf die schädigende Tätigkeit des U. ein eigenes Verschulden trifft und ferner die, in denen eine Haftung des B. begründet ist, ohne daß es auf ein Verschulden im Rechtssinne d. h. eine vorsätzliche oder fahrlässige Schädigung des Dritten ankommt, diesem vielmehr ein Schadensersatzanspruch lediglich mit Rücksicht auf die Tatsache der Schädigung gewährt wird.

Ein eigenes Verschulden des B. und somit eine eigene Schadensersatzpflicht des B. gegenüber dem geschädigten Dritten ist gegeben, wenn der B. zu einer Beaufsichtigung des U. verpflichtet war, und er diese Verpflichtung verletzt hat. Ob eine solche Aufsichtspflicht des B. in bezug auf die Bauausführung des U. gegeben ist, ist nicht generell zu beantworten. Z. B. kann eine Stadtgemeinde als Bauherr die ihr obliegende Sorge für die Sicherheit des Verkehrs nicht schlechtweg auf den U. abwälzen, dem sie Straßenbauarbeiten übertragen hat (RG. JW. 1905 S. 486; 1906 S. 539; Warn. 1908 Nr. 471 und 630). Eine Aufsichtspflicht des B. besteht aber dann nicht, wenn er einen fachkundigen Unternehmer bestellt hat und besondere Verkehrsgefahren mit dem Bauvorhaben nicht verknüpft sind (RG. Bd. 76 S. 260; Bd. 90 S. 408). Erfährt der B. allerdings, daß auch der fachkundige Unternehmer seiner Sorgfaltspflicht in bezug auf Beobachtung von Sicherheitsmaßregeln

nicht genügt, so hat auch der B. durch Beaufsichtigung des U. drohenden Gefahren vorzubeugen, andernfalls handelt er selbst schuldhaft und wird schadensersatzpflichtig.

Die gegen unerlaubte Handlung geschützten Rechtsgüter sind, soweit eine Schädigung durch Bauleistungen in Betracht kommt, im wesentlichen das Leben und die Gesundheit eines Dritten (Personenschaden), das Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen (Sachschaden) und der Gewerbebetrieb (Vermögensschaden). Der Gewerbebetrieb als solcher ist auf Grund des § 823 BGB. jedoch nur insoweit geschützt, als der schädigende Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtet und nicht nur in der Minderung des Betriebsertrages besteht, sei es, daß die Betriebshandlungen gehindert werden, oder daß die Schließung oder Einschränkung des Betriebes verlangt wird. Die Aussicht auf Erwerb und Gewinnung von Kundschaft fällt nicht zusammen mit dem Gewerbebetrieb und ist nicht geschützt[1]). In einer Entscheidung des RG. vom 2. November 1916 — VII 189/16—[2]) ist ausgesprochen, daß der Hotelbesitzer, der durch den für den Bau einer Untergrundbahn errichteten Bauzaun während der Bauzeit dergestalt vom Verkehr abgeschnitten wird, daß Fuhrwerke mit Hotelgästen nicht mehr vor dem Hotel vorfahren können, keinen Anspruch auf Schadensersatz habe, weil nur solche Beschränkungen seines Gewerbebetriebes als rechtswidrige Eingriffe angesehen werden können, die dauernder und wesentlicher Natur sind.

Zu den nicht durch § 823 BGB. geschützten Rechten gehört insbesondere das Miet- und Pachtrecht, soweit es sich um eine Beschädigung der Miet- und Pachtsache handelt[3]). Der Mieter oder Pächter muß sich wegen einer Beschädigung der Miet- oder Pachtsache an den Vermieter oder Verpächter halten, der dann seinerseits gegen den Schädiger auf Grund seines Eigentums vorgehen kann. Nur dann, wenn die Beschädigung der Miet- oder Pachtsache zu einer Entziehung oder Beeinträchtigung des dem Mieter oder Pächter übertragenen Besitzes an der Sache geführt hat, besteht auch für diese Personen, falls die sonstigen Haftungsvoraussetzungen gegeben sind, ein Schadensersatzanspruch. Der Mieter eines durch die Bauleistung beschädigten Hauses kann also nicht auf Ersatz des Schadens Anspruch erheben, der durch die Beseitigung von Rissen in seinen Mieträumen entsteht. Wohl aber kann er solche Ansprüche erheben, wenn die Beschädigung der Mieträume die gänzliche oder teilweise Unbenutzbarkeit derselben zur Folge gehabt hat.

Was das subjektive Erfordernis der Schadensersatzpflicht, nämlich die schuldhafte Handlung anlangt, so ist es unmöglich, eine erschöpfende Aufzählung der für Bauleistungen in Frage kommenden schädigenden schuldhaften d. h. vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlungen vorzunehmen.

[1]) Vgl. hierüber die in Komm. d. RGR. zum BGB. Note 9 zu § 823 angeführte Judikatur.
[2]) Nicht veröffentlicht.
[3]) Vgl. Komm. d. RGR. Note 9 zu § 823 BGB.

Allgemein gilt, daß unter Vorsatz derjenige Wille zu verstehen ist, der bei Vornahme oder Unterlassung einer Handlung von dem Bewußtsein begleitet ist, daß die Handlung oder Unterlassung für einen anderen einen schädigenden Erfolg haben werde. Daß dieser Erfolg beabsichtigt ist, gehört nicht zum Begriffsmerkmal des Vorsatzes. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, wer also das Bewußtsein gehabt hat oder hätte haben müssen, daß seine Handlung oder Unterlassung einen schädigenden Erfolg haben könne. Für die Bauleistung gehört in das Gebiet der Fahrlässigkeit also die Verletzung der anerkannten allgemeinen oder durch den konkreten Fall gebotenen besonderen Erfordernisse der Bautechnik. Dabei braucht die Voraussehbarkeit sich nicht auf den besonderen schädigenden Erfolg zu erstrecken, der nachträglich eintritt; es genügt vielmehr die Erkennbarkeit einer Gefahr aus der Handlung in der Richtung auf den Erfolg überhaupt[1]).

Je nach der Gefährlichkeit der fraglichen Bauleistung ist ein verschiedener Grad von Sorgfalt erforderlich. Bei Sprengarbeiten sind erhöhte Anforderungen an die Sorgfaltpflicht zu stellen; bei einer bloßen Bodenplanierungsarbeit wird die erforderliche Sorgfalt erheblich geringer sein dürfen. Je nach dem Grade der Gefährlichkeit der vorgenommenen Bauleistung richtet sich auch die Sorgfaltpflicht des Bauherrn und des Unternehmers in bezug auf die Beaufsichtigung derjenigen, die die Leistung unmittelbar verrichten. Eine kasuistische Behandlung dieses Punktes gehört nicht in den Plan dieser Abhandlung. In der Außerachtlassung von Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaft wird regelmäßig ein Verschulden erblickt werden müssen[2]).

Die Unfallverhütungsvorschriften stellen den von den zuständigen Behörden kraft öffentlicher Gewalt festgesetzten Niederschlag der in dem betreffenden Gewerbe gemachten Betriebserfahrungen dar. Sie sind, wenn auch für die beteiligten Arbeitnehmer keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB., für den Betriebsunternehmer regelmäßig schlechthin bindend und gestatten seinem eigenen Ermessen nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen einen Spielraum. JW. 1913, S. 197; JW. 1911, S. 335; RG. 95, S. 240. Wird also ein Dritter, außerhalb des fraglichen Betriebes Stehender[3]), durch Außerachtlassung von berufs-

[1]) Vgl. hierüber die im Kom. d. RGR. zum BGB. Note 3 zu § 823 BGB. angeführte Judikatur.
[2]) RG. Bd. 95, S. 180 und 238.
[3]) Die Verpflichtung des Betriebsinhabers gegenüber den im Betrieb beschäftigten Personen richtet sich nach § 898 RVO.;
„Der Unternehmer (§ 633) ist Versicherten und deren Hinterbliebenen (§§ 588 bis 594), auch wenn sie keinen Anspruch auf Rente haben, nach anderen gesetzlichen Vorschriften zum Ersatz des Schadens, den ein Unfall der in den §§ 544, 546 bezeichneten Art verursacht hat, nur dann verpflichtet, wenn strafgerichtlich festgestellt worden ist, daß er den Unf allvorsätzlich herbeigeführt hat. Dann beschränkt sich die Verbindlichkeit des Unternehmers auf den Betrag, um den sie die Entschädigung aus der Unfallversicherung übersteigt."
Ohne strafgerichtliche Verurteilung des Betriebsinhabers oder seines Bevollmächtigten, Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufsehers (§ 899 RVO.) be-

genossenschaftlichen Unfallverhütungsvorschriften geschädigt, so ist der Betriebsinhaber wegen seines Verschuldens schadensersatzpflichtig, ausgenommen lediglich, wenn er entsprechend § 913 RVO. die Beobachtung der ihm auf Grund der Reichsversicherungsordnung obliegenden Verpflichtungen Aufsichtspersonen oder anderen Angestellten seines Betriebes übertragen hat (RG. Bd. 95, S. 180).

Schuldhaft handelt auch der Unternehmer, wenn er allgemein gesetzliche, behördliche oder polizeiliche Vorschriften oder private Normen des fraglichen Berufszweiges nicht beachtet, die zum Zwecke der Sicherung anderer erlassen sind. Wer Straßenbauarbeiten vornimmt, hat sich vor der Inangriffnahme derselben bei der zuständigen Postverwaltung die Lage der Post- und Telegraphenleitungen angeben zu lassen (Polizeiverordnung vom 3. 4. 1913 § 10). Unterläßt er dies, so kann er sich im Falle der Beschädigung der Leitungen nicht damit entschuldigen, daß ihm die Lage der Leitungen unbekannt gewesen sei.

Besondere Anforderungen sind in bezug auf die Sicherheit des öffentlichen Verkehrs zu stellen. Hier werden die verkehrspolizeilichen Vorschriften insoweit einen Anhaltspunkt geben können, als eine Verletzung derselben stets ein Verschulden im oben angegebenen Sinne darstellt. Andererseits sind durch derartige Vorschriften keine einschränkenden Grenzen gezogen. Eine Gefährdung des öffentlichen Verkehrs kann auch dann ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden darstellen, wenn polizeiliche Vorschriften für den konkreten Fall nicht gegeben sind. Der Verkehrspflicht wird aber genügt, wenn die nach dem jeweiligen Stand der Erfahrungen der Technik geeignet und genügend erscheinenden Sicherungseinrichtungen getroffen werden, wobei auch eine vernünftige Übung

steht also ein Schadensersatzanspruch der im Betrieb tätigen Personen gegen Unternehmer nicht. Als Tätigkeit im Betrieb erscheint nach dem Reichsgesetz vom 14. Juli 1925, Reichsgesetzblatt S. 97, auch der Weg von und zur Arbeitsstätte. Wird jedoch der in einem Unfall versicherten Betriebe beschäftigte Arbeiter oder Angestellte durch einen Unfall beschädigt, der nicht von dem Betriebsinhaber verursacht ist, so erlangt der Geschädigte, wenn es sich um einen Betriebsunfall handelt, grundsätzlich in erster Linie Anspruch auf Versicherungsleistung gegen seine Berufsgenossenschaft: z. B. der Fabrikarbeiter wird auf dem Wege zur Fabrik vom Auto überfahren. Hier gehen die Ansprüche des geschädigten Versicherten gemäß § 1542 RVO[1].) auf den Versicherungsträger insoweit über, als dieser den Versicherten oder seinen Hinterbliebenen nach der RVO. Versicherungsleistungen zu gewähren hat. Erst soweit der Schaden diese Leistungen übersteigt, kann der Schädiger direkt von dem Geschädigten in Anspruch genommen werden. In Höhe der Versicherungsleistungen hat der Schädiger den Versicherungsträger infolge des Rechtsübergangs zu entschädigen.

[1]) § 1542 RVO. Soweit die nach diesem Gesetze Versicherten oder ihre Hinterbliebenen nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ersatz eines Schadens beanspruchen können, der ihnen durch Krankheit, Unfall, Invalidität oder durch den Tod des Ernährers erwachsen ist, geht der Anspruch auf die Träger der Versicherung insoweit über, als sie den Entschädigungsberechtigten nach diesem Gesetze Leistungen zu gewähren haben. Dies gilt jedoch bei den gegen Unfall Versicherten und ihren Hinterbliebenen nur insoweit, als es sich nicht um einen Anspruch gegen den Unternehmer oder die ihm nach § 899 Gleichgestellten handelt.

Auf das Maß des Ersatzes für Krankenpflege und Krankenhauspflege sowie für Krankenbehandlung und Heilanstaltspflege ist § 1503 entsprechend anzuwenden.

zu berücksichtigen ist. Dabei dürfen nicht nur für die Beobachtung der Verkehrsinteressen sondern auch gegenüber den sonst durch die Bauarbeit Gefährdeten hinsichtlich der Sorgfaltpflicht des Bauherrn oder des Unternehmers keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Zwar können diese sich nicht damit entschuldigen, daß z. B. die Arbeiten zum Bau einer Eisenbahn den gemäß § 14 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 von der Verwaltungsbehörde zum Schutze der Anlieger gestellten Anforderungen entsprächen, wenn sich nachträglich noch die Notwendigkeit weiterer Anlagen oder Maßnahmen ergibt. Die Unterlassung derselben ist schuldhaft und verpflichtet zum Schadenersatz, wenn sie im Rahmen der technischen Ausführbarkeit möglich und mit den Zwecken des Unternehmens vereinbar sind. Dagegen brauchen weitergehende Einrichtungen, besonders solche, die mit einem unverhältnismäßigen, den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens in Frage stellenden Kostenaufwand verknüpft sind, nicht getroffen zu werden. Ihre Unterlassung ist nicht schuldhaft und begründet keine Schadensersatzpflicht[1]).

Decken sich die angeführten Regeln mit den allgemein für die Schadensersatzpflicht maßgeblichen, so ist für die Bauleistungen noch besonders zu erwähnen, daß die Rechtsprechung Grundsätze aufgestellt hat, die zugunsten des an seinem Grundeigentum geschädigten Nachbarn eine Schadensersatzpflicht auch ohne das sonst erforderliche Verschulden feststellen. Ausgangspunkt für die Entwicklung dieser Rechtsprechung waren die in §§ 903, 906, 907, 909 und 1004 BGB. statuierten Abwehrrechte des Grundeigentümers, nach welchen dieser berechtigt ist, gegen schädigende, insbesondere von einem Nachbargrundstück her erfolgende Einwirkungen bestimmter Art wie Erschütterungen, Entziehung der Standfestigkeit des Bodens und andere Einspruch zu erheben und die weitere Einwirkung zu verbieten, ohne daß es darauf ankäme, ob die Einwirkung schuldhaft geschieht oder nicht. Dieses Verbietungsrecht des Eigentümers ist nun in bestimmten Fällen eingeschränkt, nämlich einmal durch § 26 der Gewerbeordnung, welcher bestimmt, daß den mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten und in § 16 der Gewerbeordnung aufgeführten gewerblichen Anlagen gegenüber das Einspruchsrecht des Grundeigentümers nicht auf Einstellung des Gewerbebetriebes, sondern nur auf Herstellung von die schädigende Einwirkung beseitigenden Einrichtungen oder, wo diese untunlich sind, auf Schadloshaltung gerichtet sein könne. Die Aufzählung der zahlreichen nach § 16 der Gewerbeordnung hiernach gegen die Betriebseinstellung geschützten Anlagen erübrigt sich hier. Der staatlichen Genehmigung bedürfen diese Anlagen, weil sie für die benachbarten Besitzer und Bewohner und das Publikum überhaupt erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können. Beispielsweise gehören dahin Schießpulverfabriken, Gasanstalten, Anlagen zur Herstellung eiserner Baukonstruktionen und zahlreiche andere. Derselbe Gedanke findet sich in § 25 des Preußischen Eisenbahngesetzes vom 3. No-

[1]) RG. Bd. 122 S. 138.

vember 1838, wo die Schadensersatzpflicht des Eisenbahnunternehmers schlechthin für Schäden infolge der Betriebsgefahr ohne Rücksicht auf Verschulden statuiert ist, weil nach dem Wesen der staatlich erteilten Konzession Einsprüche von Privatpersonen begrifflich ausgeschlossen sind.

Diesen Grundsatz hat die Judikatur zu dem allgemeinen Rechtsgedanken ausgebaut, daß dem geschädigten Grundstückseigentümer überall da, wo ihm infolge einer staatlich erteilten Konzession oder sonst im öffentlichen Interesse im Einzelfalle das sonst gemäß §§ 903, 906, 907, 909 und 1004 BGB. gewährte Einspruchsrecht gegen schädigende Einwirkungen vom Nachbargrundstück her entzogen ist, ein vom Nachweise des Verschuldens unabhängiger Anspruch auf Schadensersatz zugebilligt werden müsse[1]). Anerkannt wird dabei, daß es sich um einen Notbehelf handelt, der als Ausnahme von dem sonst im bürgerlichen Recht mit Absicht zu Grunde gelegten römischrechtlichen Verschuldensprinzip gegenüber dem deutschrechtlichen Veranlassungsprinzip anzusehen ist, der aber andererseits durchaus im Einklang mit den Bestimmungen der früheren und gegenwärtigen Verfassungen des Reichs und der Länder steht, wonach das Eigentum im Interesse der Allgemeinheit nur gegen Entschädigung entzogen oder beschränkt werden kann.

Aufzählung von Einzelfällen kann auch hier unterlassen werden. Für Grundstücke in Städten verdienen hier besonders nur hervorgehoben zu werden, Kleinbahnen und Privat-Anschlußbahnen, die nach dem Gesetz vom 28. Juli 1892 ebenfalls einer staatlichen Konzession bedürfen, und denen gegenüber das Einspruchsrecht des benachbarten Grundstückseigentümers ebenso ausgeschlossen ist, wie den in § 16 der Gewerbeordnung aufgezählten gewerblichen Anlagen gegenüber.

Die staatliche Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer nach vorstehendem geschilderten Anlage ist nicht zu verwechseln mit der auf Grund der kommunalen oder staatlichen Bauordnungen erteilten baupolizeilichen Bauerlaubnis, welche nur negativ feststellt, daß nach dem feststehenden öffentlichen Rechte kein Hindernis gegen die Ausführung des Baues besteht, während die staatliche Konzession zur Errichtung und zum Betrieb von konzessionsbedürftigen Anlagen erst die Rechtsvoraussetzungen für die Anlage überhaupt schafft. Die Bauerlaubnis ist zwar auch notwendig für staatliche Gebäude und andere im öffentlichen Interesse ausgeführte Bauten. Damit rechtfertigen derartige Bauten aber noch nicht die Anwendung der eben dargelegten Rechtsgrundsätze über die Haftung ohne Verschulden. Voraussetzung hierfür ist vielmehr immer der Ausschluß des auf Grund der angegebenen bürgerlichrechtlichen Bestimmungen allgemein gegebenen Abwehrrechts durch eine im konkreten Fall vorliegende staatliche Konzession oder ein allgemeines öffentliches Interesse.

Daraus ergibt sich andererseits gleichzeitig, daß auch trotz Vorliegens dieser Konzession oder öffentlichen Interesses eine Haftung ohne Verschulden nicht begründet sein kann, wo dem Eigentümer auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen das Abwehrrecht oder auch ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht zusteht. Solche Fälle ergeben sich im Wasserrecht, wo die Benutzung des Wasserlaufs im privaten Sonderinteresse häufig Einspruchsrechte der durch jene Benutzung Geschädigten ausschließt. Werden z. B. durch Einbau von Brückenpfeilern im Vorgelände die Stromverhältnisse, insbesondere die Stromrichtung ungünstig beeinflußt und hierdurch die Ufer beschädigt, oder wird das Grundwasser zum Zwecke der Vornahme von Tiefbauten abgesenkt[1]) und dadurch eine Beschädigung der anliegenden Häuser verursacht, so besteht kein Schadensersatzanspruch des Geschädigten ohne Verschulden, auch wenn das betreffende Bauvorhaben nur mit staatlicher Genehmigung durchgeführt werden darf[2]). Das Letztere kommt hauptsächlich in Großstädten für Tiefbauten aller Art, insbesondere Untergrundbahnbauten in Betracht[3]).

In einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. II. 1906 Bd. 62, S. 370 ist ausgeführt, daß die Grundwasserabsenkung an sich eine Entziehung der Stütze des Nachbargrundstücks" im Sinne des § 909 BGB. darstelle. Die genannte Entscheidung läßt aber zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch gegen den Unternehmer zu, indem sie die Frage der Rechtswidrigkeit der Absenkung überhaupt nicht prüft. Diese Rechtswidrigkeit mußte aber auf Grund der dem BGB vorangehenden Bestimmungen des Wasserrechts verneint und deshalb allein schon der Schadensersatzanspruch abgelehnt werden. Die neuere Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 122, S. 134, in welcher ein Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung eines Grundstücks deshalb als unbegründet abgelehnt wird, weil der Eingriff in den Wasserlauf nach dem Wasserrecht nicht rechtswidrig ist, trifft daher das Richtige. Gegenwärtig ist die Technik der Grundwasserabsenkung auch bereits so vorgeschritten, daß bei Anwendung gehöriger Sorgfalt, d. h. insbesondere Verwendung engmaschiger Filter, Bodenbewegungen nicht verursacht werden.

Die Haftung ohne Verschulden besteht gleichzeitig sowohl auf seiten des B. als des U. Das Reichsgericht hat nämlich in den Fällen, wo es eine solche Haftung für geboten erachtet, sie nicht nur gegenüber demjenigen für begründet erklärt, der der Inhaber der für eine gewerbliche Anlage erforderlichen staatlichen Konzession ist, sondern auch gegenüber dem Bauunternehmer, der die konzessionspflichtige Anlage auf Grund des Bauvertrages ausführt[4]). Die Begründung hierfür kann allerdings nicht als überzeugend ausgesprochen werden. Das Reichsgericht führt aus, daß die in dem dortigen Falle dem Kleinbahnunternehmer erteilte Konzession hinsichtlich der dem Bauunternehmer übertragenen Bauausführung auf diesen übergangen sei und daß, weil er tatsächlich bei der Bauausführung den Schaden verursacht habe, die Ausdehnung des gegenüber dem Kon-

[1]) RG. Bd. 58 S. 130; Bd. 63 S. 374; Bd. 101 S. 102; Bd. 104 S. 84.

[1]) Vgl. § 200 des Preuß. Wassergesetzes v. 7. IV. 1913.
[2]) RG. Bd. 122 S. 134.
[3]) Vgl. Urt. d. Kammergerichts v. 3. IV. 30. 7. U. 11 298/28.
[4]) RG. Bd. 97 S. 290; Bd. 98 S. 347.

B 10 Haftung

zessionsinhaber maßgeblichen Grundsatzes über dessen Schadensersatzpflicht ohne Verschulden auch auf den Bauunternehmer geboten sei. Erscheint es schon recht bedenklich, angesichts der für die Erteilung einer staatlichen Konzession hinsichtlich der Zuverlässigkeit und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit aufgestellten Erfordernisse allgemein von einem Übergang der Konzession auf den Bauunternehmer zu sprechen, dem gegenüber das Vorliegen jener Erfordernisse überhaupt nicht nachgeprüft worden ist, so ist der zweite Gesichtspunkt zum mindesten als verfehlt zu bezeichnen. Mit demselben Recht, mit welchem bei Errichtung konzessionspflichtiger Anlagen die Haftung des Bauunternehmers ohne Verschulden statuiert wird, könnte dies auch gegenüber den Direktoren der Unternehmerfirma, den bauleitenden Ingenieuren und schließlich auch den Arbeitern geschehen, welche letzteren unmittelbar die schädigende Handlung verrichten.

Die quasideliktische Haftung, das heißt die ohne Verschulden, kommt aber nur in Frage bei Schädigungen des nachbarlichen Eigentums, das auf Grund der angegebenen Vorschriften des BGB. (§§ 903, 906, 907 usw.) regelmäßig gegen schädigende Einwirkungen durch das Abwehrrecht geschützt ist. Nur dieses Abwehrrecht wird durch den Schadensersatzanspruch ohne Verschulden ausgeglichen. Auf Personenschäden ist der Grundsatz der Haftung ohne Verschulden nicht auszudehnen [1]), ebensowenig auf die Vermögensschäden, soweit diese überhaupt nach dem oben Gesagten zu den gegen unerlaubte Handlung geschützten Rechtsgütern gehören. Hier ist eine Schadensersatzpflicht nur im Falle unerlaubter Handlung im eigentlichen Sinne, d. h. bei Vorsatz und Fahrlässigkeit begründet.

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich, daß normalerweise der B. dem geschädigten Dritten gegenüber überhaupt nicht haftet, es sei denn, daß ihn ein eigenes Verschulden trifft oder eine Haftung ohne Verschulden begründet ist. In diesen Ausnahmefällen haften der B. und der U. nebeneinander. Für das Innenverhältnis bestimmt die Vorschrift des § 840 Abs. 1 BGB., daß beide Gesamtschuldner seien, d. h. sie haften dem Geschädigten gegenüber jeder in voller Höhe, sind aber im Verhältnis zueinander nach der Vorschrift des § 426 BGB. zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Diese anderweite Bestimmung kann sich sowohl aus einer ausdrücklichen dahingehenden Vereinbarung als auch aus den Umständen unter Anwendung des § 242 BGB. ergeben, wonach die Verpflichtung des U. zur Freihaltung des B. von Schadensersatzansprüchen Dritter dann gegeben ist, wenn dies Treu und Glauben und der Verkehrssitte entspricht. Mangels ausdrücklicher Vereinbarung hat der U. im Innenverhältnis zum B. das Risiko für Schadensersatzansprüche Dritter sicherlich immer dann, wenn der Ersatzanspruch ein schuldhaftes Verhalten des U. zur Grundlage hat. Es würde Treu und Glauben widersprechen, wollte der U. im Verhältnis zum B. das Risiko für derartige Ansprüche mit der Begründung auf den B. abwälzen,

[1]) RG. Bd. 78 S. 171: Bd. 97 S. 25: JW. 1927 S. 184.

dieser habe seiner Aufsichtspflicht nicht genügt. Handelt es sich aber um Schadensersatzansprüche auf Grund der quasideliktischen Haftung des B. oder des U., d. h. ist der Schadensersatzanspruch begründet, ohne daß es eines Verschuldens bedarf, so würde es Treu und Glauben im Verkehr widersprechen, wollte der B. von dem U. die Übernahme des Haftpflichtrisikos verlangen, es sei denn, daß dieses Risiko durch irgendeine Entschädigung im Bauvertrage abgegolten wird. Der Haftpflichtanspruch ohne Verschulden wird auch gewährt, weil dem Träger der staatlichen Konzession, d. h. dem Bauherrn, ein von finanziellen Gewinnmöglichkeiten begleitetes Vorrecht gegenüber der Allgemeinheit gewährt wird. Der U., der die konzessionierte Bauleistung entsprechend den Vorschriften und Anweisungen des B. auszuführen hat, ist nicht Konzessionsträger. Ihm gegenüber ist die zur Begründung der Haftung ohne Verschulden führende Überlegung der Rechtsprechung trotz der Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 97, S. 290 und Bd. 98, S. 347 nicht am Platze.

In gleicher Weise wie auf Grund eines Verschuldens im Sinne des § 823 ff. BGB. kann auch eine Haftung des U. gegenüber dem geschädigten Dritten dann entstehen, wenn er die ihm übertragene Bauleistung vertragswidrig ausführt und hierdurch der Dritte zu Schaden kommt (vgl. RG. Bd. 127 S. 218). Hier steht dem U. der sonst nach § 831 BGB. zulässige Entlastungsbeweis gegenüber dem geschädigten Dritten nicht offen, weil nach Ansicht der angeführten Entscheidung der zwischen B. und U. geschlossene Werkvertrag auch als Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 Abs. 1 BGB. überall da aufgefaßt werden muß, wo es dem Willen der Bauvertragsparteien entspricht, daß Dritte unmittelbar das Recht erwerben sollen, eine ordnungsmäßige Ausführung der vertraglichen Bauleistung zu fordern. In dem der angeführten Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die Hausangestellte eines Mieters durch eine Gasexplosion verletzt worden, die durch Ausströmen des Gases infolge einer Überfallschraube an der Gasuhr entstanden war. Hier wurde der von dem Dienstherren der Verletzten mit der Verlegung der Gasuhr beauftragte U. für schadensersatzpflichtig erklärt, ohne daß ihm der Entlastungsbeweis zugebilligt wurde. In gleicher Weise wird man den in der angeführten Entscheidung ausgesprochenen Grundsatz ausdehnen können auf den Fall, daß Mieter eines Hauses oder Benutzer von öffentlichen Verkehrsmitteln infolge mangelhafter Bauausführung zu Schaden kommen. Hier ist dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch auf Grund des zwischen den Bauvertragsparteien getätigten Bauvertrages gewährt, dessen Unterschied von den auf Grund der §§ 823 ff. BGB. begründeten Schadensersatzansprüchen darin besteht, daß der Entlastungsbeweis gemäß § 831 BGB. für den B. und den U. ausgeschlossen ist, ferner, daß die Verjährung nicht innerhalb 3 Jahren (§ 852 BGB.) seit Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen eintritt, sondern sich nach § 638 BGB [1]).

[1]) § 638 BGB.: Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren, sofern nicht der Unternehmer

regelt, und schließlich, daß zwar bei Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff. BGB. bei Personenschaden Anspruch auf Schmerzensgeld besteht, nicht aber auf Grund des vertraglichen Schadensersatzanspruches gemäß § 328 BGB.

Was die Höhe des Schadensersatzanspruches des Dritten anlangt, so ist jeder eingetretene Schaden, auch der entgangene Gewinn zu erstatten (§ 252 BGB.). Anderseits hat der Geschädigte alles zu tun oder zu dulden, das ohne Schädigung seiner sonstigen Interessen den Schaden herabzumindern geeignet ist (§ 254 BGB.). So kann der Eigentümer eines durch einen Tiefbau gefährdeten Gebäudes die Unterfangung der Fundamente nicht verbieten oder hindern und hat auch das Betreten seines Grundstücks zu dem angegebenen Zwecke zu dulden (§ 904 BGB.).

Unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Grundsätze über die Haftpflicht aus schadenstiftenden Bauarbeiten bietet die Bestimmung des B § 10 Ziff. 3 keine ausreichende Handhabe für die Regelung der Haftung im Innenverhältnis zwischen B. und U. Die Fassung des S. 1 läßt vermuten, daß die Verfasser der Vorschrift einmal lediglich die Haftung des U. auf Grund unerlaubter Handlung, d. h. auf Grund schuldhafter Bauausführung im Auge gehabt haben, daß sie ferner die in S. 2 dem U. auferlegte Verpflichtung, den B. von Ansprüchen freizuhalten, lediglich auf die in S. 1 angegebenen Fälle, nämlich das Betreten und die Beschädigung angrenzender Ländereien, Entnahme und Auflagerung von Erde oder anderen Gegenständen, eigenmächtige Versperrung von Wegen und Wasserläufen haben beschränken wollen. Daß sich hierbei aber logische Widersprüche und praktische Schwierigkeiten gegenüber den gesetzlichen Grundsätzen ergeben müssen, liegt auf der Hand. Es erscheint deshalb angezeigt, die Bestimmung der Ziff. 3 entsprechend zu revidieren. Bis dahin sind die oben dargelegten durch Gesetz und Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze über die Haftung wegen Schäden Dritter bei der Behebung von Zweifeln maßgebend.

S. 3 der Ziff. 3 bezweckt lediglich eine Sicherung des B. in bezug auf die ihm drohenden Ersatzansprüche. Er gewährt dem B. nicht das Recht, etwa mit dem geschädigten Dritten ohne Einverständnis des U. einen Vergleich über den Schadensersatzanspruch abzuschließen oder diesen schlechtweg zu befriedigen.

Ziff. 4: Die hier dem U. auferlegte Haftung ist recht weitgehend. Es ist danach unter den angegebenen Voraussetzungen Sache des U., von dem Inhaber des Schutzrechts die Erlaubnis zur Anwendung des geschützten Verfahrens einzuholen, und die diesem nötigenfalls im Prozeßwege gerichtlich festzusetzende Entschädigung zu zahlen.

Ziff. 4 regelt lediglich das Innenverhältnis zwischen B. und U. unter

den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr, bei Bauwerken in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes.

Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.

den darin angegebenen Voraussetzungen. Die gesetzlich bestehende Haftung beider Bauvertragsteile gegen den Inhaber der gewerblichen Schutzrechte schafft gleichzeitig Rechtsbeziehungen zwischen den beiden ersteren da, wo die in Ziff. 4 angegebenen Voraussetzungen nicht vorliegen. Nach dem Patentgesetz z. B. ist der Patentinhaber berechtigt, jede widerrechtliche Verletzung seines Rechts zu untersagen, Klage auf Unterlassung der Patentbenutzung zu erheben und nach Maßgabe des § 940 ZPO. eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung zu erwirken. Rechtswidrig ist dabei jede Patentbenutzung, zu der der Patentinhaber nicht sein Einverständnis erklärt hat, oder die nicht durch denjenigen erfolgt, der den Patentgegenstand bereits zur Zeit der Patentanmeldung im eigenen Betrieb benutzt hat. Nach § 35 des Patentgesetzes hat derjenige, der wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit eine rechtswidrige Benutzung des Patents vornimmt, dem Verletzten eine Entschädigung zu zahlen. Diese Verpflichtung trifft nicht nur denjenigen, der unmittelbar durch seine Tätigkeit die Verletzung vornimmt, also den U., sondern auch denjenigen, der ihn dazu bestimmt, vorausgesetzt, daß auch bei ihm mindestens grobe Fahrlässigkeit vorliegt (RG. Bd. 22 S. 167; Bd. 26 S. 242). Diese Bestimmungen haben auf das Innenverhältnis der Bauvertragsteile auf der Grundlage des § 242 BGB. insofern Einfluß, als die Folgen der Untersagung widerrechtlicher Patentbenutzung (Erschwerung oder dauernde Behinderung der Bauausführung) sowie die Entschädigungspflicht gegenüber dem Patentinhaber je nach den Umständen den einen oder den anderen oder beide Bauvertragsteile trifft. Kannte weder der B. noch der U. das Vorhandensein des Patents, so trifft den U. die alleinige Verantwortung für die Folgen der Untersagung als auch für die dem Verletzten zu zahlende Entschädigung, weil er mit der Übernahme des Bauauftrages auch die Verantwortung für die Durchführbarkeit übernimmt. Kannte nur einer der Bauvertragsteile das Vorhandensein des Patents, so trifft ihn allein die Verantwortung. Fahrlässigkeit kann hierbei, falls nicht grobe Fahrlässigkeit in Frage kommt, keine Berücksichtigung finden; insbesondere wird man vom B. nur dann verlangen können, dem U. die Möglichkeit des Vorliegens eines Patents bekanntzugeben, wenn dies ohne besondere Schwierigkeit und Prüfung für ihn möglich ist. Lag diese Möglichkeit aber ohne Schwierigkeit bei dem B. vor, konnte dagegen der U. unter gewöhnlichen Verhältnissen keine Kenntnis von dem Schutzrecht haben, so trifft den B. grobe Fahrlässigkeit und damit zugleich die Verantwortung für die Folgen der Untersagung und des Entschädigungsanspruchs des Patentinhabers. Liegt bei beiden Vertragsteilen Kenntnis oder grobe Fahrlässigkeit des Schutzrechts vor, so trifft den U. die alleinige Verantwortung für die Untersagung der Benutzung durch den Patentinhaber. Bezüglich des Entschädigungsanspruchs sind beide Vertragsteile jeder für sich dem Verletzten verantwortlich, so daß sie im Innenverhältnis gemäß § 426 BGB. als Gesamtschuldner jeder zur Hälfte einzutreten haben, soweit die anderweite Bestimmung der Ziff. 4 nicht zutrifft oder nach den Umständen als getroffen anzusehen ist.

B § 11. Vertragsstrafe.

Für Vertragsstrafen gelten die Vorschriften der §§ 339 bis 345 BGB.

Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, daß der Auftragnehmer nicht in der vorgesehenen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät. Hat der Auftraggeber die Leistung abgenommen, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er dies bei der Abnahme vorbehalten hat.

Ist die Vertragsstrafe nach Tagen bemessen, so zählen nur Werktage; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag angefangener Wochen als $^1/_6$ Woche gerechnet.

Vertragsstrafe ist eine Leistung, die der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung (§ 340 BGB.) oder für den Fall nicht gehöriger Erfüllung, insbesondere nicht rechtzeitiger Erfüllung (§ 341 BGB.) einer Verbindlichkeit verspricht. Es macht keinen Unterschied, ob regelmäßig die Zahlung einer Geldsumme oder ob eine andere Leistung als Strafe zugesagt wird, oder ob etwa eine Herabminderung der Gegenleistung bedungen wird (RG. Bd. 68, S. 42; JW. 1908, S. 238). Es kommt auch nicht darauf an, ob die als Strafe bedungene Leistung als Vertragsstrafe bezeichnet ist, sondern lediglich darauf, daß sie inhaltlich eine Strafe ist, weil sie nur für den Fall der Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ausbedungen ist. Naturgemäß kann jede Vertragspartei, insbesondere auch beide gleichzeitig in bezug auf die ihnen obliegende Vertragsleistung eine Vertragsstrafe rechtsverbindlich zusagen. Im Bauvertrage wird regelmäßig nur eine Vertragsstrafe des U. in Frage kommen.

Durch die in Abs. 1 erfolgte Bezugnahme auf die §§ 339 bis 345 BGB.[1]) ist die besondere Aufnahme des Abs. 2 überflüssig gemacht. Daß die Vertragsstrafe überhaupt nur im Verzugsfalle fällig wird, ist im § 339 BGB. bereits gesagt. Die Nichterfüllung innerhalb der vereinbarten Frist ist, wie sich weiterhin aus § 341 BGB. ergibt, vom Gesetz als Sonderfall der nicht gehörigen Erfüllung angesehen. Für die wegen nicht gehöriger Erfüllung vereinbarte Vertragsstrafe gilt auch § 341 Abs. 3, wonach die Annahme der Erfüllung den Anspruch auf die Vertragsstrafe ausschließt, wenn das Recht dazu bei der Annahme nicht ausdrücklich vorbehalten worden ist.

Das Gesetz behandelt den Anspruch auf Vertragsstrafe verschieden, je nach dem sie für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen, insbesondere nicht rechtzeitigen Erfüllung versprochen worden ist. Nicht erfüllt ist die Vertragsleistung sowohl dann, wenn der verpflichtete U. überhaupt nicht leistet, wie auch dann, wenn die Leistung so mangelhaft war, sei es dem Umfange, sei es der Art nach, daß der B. die Annahme abzulehnen berechtigt war und abgelehnt hat (vgl. Komm. d. RGR. Note 1 zu § 399 BGB.). Nimmt dagegen der B. eine derartig fehlerhafte Leistung an, so liegt stets nur ein Fall nicht gehöriger Erfüllung vor und die nur für den Fall der Nichterfüllung vereinbarte Vertragsstrafe wird überhaupt nicht fällig. Nicht gehörige Erfüllung im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn die übertragene Leistung in der Hauptsache erfüllt ist, sie aber in irgendeiner Beziehung nicht so bewirkt worden ist, wie der B. es beanspruchen kann. Die für den Fall der Nichterfüllung versprochene Vertragsstrafe kann nur wahlweise an Stelle der Erfüllung verlangt werden. Mit der Erklärung, daß sie verlangt werde, geht der Anspruch auf Vertragserfüllung unter. Anders bei der für den Fall nicht gehöriger Erfüllung versprochenen Vertragsstrafe. Diese kann neben der Erfüllung verlangt werden. Bei Annahme der Erfüllung muß aber ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht werden, daß auch die Strafe verlangt werde, andernfalls erlischt der Strafanspruch. Dabei ist die Vorschrift über den Vorbehalt streng auszulegen (RG. Bd. 73, S. 147; Gruch. Bd. 55, S. 901). Ein nach der Annahme erklärter Vorbehalt kann den Strafanspruch ebensowenig erhalten, wie ein vor der Annahme der Erfüllung erfolgter Vorbehalt, ein Hinweis oder eine Androhung. Der vor der Annahme erfolgte Vorbehalt ist auch dann bedeutungslos, wenn seine stillschweigende Auf-

[1]) § 339 BGB.: Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.

§ 340 BGB.: Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

§ 341 BGB.: Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeiten nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs. 2 Anwendung.

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält.

§ 342 BGB.: Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung: der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt.

§ 343 BGB.: Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

Das gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt.

§ 344 BGB.: Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

§ 345 BGB.: Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

rechterhaltung noch bei der Annahme unterstellt werden kann. Dabei ist unter Annahme die ausdrückliche oder stillschweigende rechtsgeschäftliche Erklärung des Leistungsempfängers, d. h. des B., zu verstehen, daß er die Leistung der Hauptsache nach als vertragsgemäße Erfüllung gelten lasse (RG. Bd. 57, S. 337; Bd. 64, S. 240). Falls bei der Annahme der Bauleistung Einzelheiten noch unerfüllt geblieben sind, wenn z. B. bei der Abnahme eines Baues noch einzelne Arbeiten im Rückstande sind, so genügt doch ein bei der Abnahme der Hauptleistung erklärter Vorbehalt und eine Wiederholung bei Annahme der restlichen Leistung ist überflüssig (RG. Bd. 73, S. 148). Den Beweis für die Annahme muß der zur Vertragsstrafe Verpflichtete, d. h. der U., den Beweis für den Vorbehalt dagegen der Strafberechtigte, d. h. der B., erbringen.

Die vorbehaltlose Annahme der Leistung schließt zwar den Anspruch auf Vertragsstrafe, nicht aber die sonstigen mit Rücksicht auf die nicht ordnungsmäßige Erfüllung dem B. zustehenden Rechte auf Gewährleistung oder Schadensersatz aus.

Der zur Fälligkeit der Vertragsstrafe stets erforderliche Verzug setzt bei einer Verpflichtung zu positivem Tun, wie der Bauleistung, grundsätzlich ein Verschulden des Verpflichteten voraus (§ 285 BGB.; RG. Gruch. Bd. 57, S. 929; JW. 1916, S. 1584).

Eines Verschuldens bedarf es nicht, wenn jemand die Vertragsstrafe für den Fall versprochen hat, daß er eine Handlung nicht unterlassen werde. Hier wird die Strafe mit der Zuwiderhandlung ohne Verschulden fällig. Für den Bauvertrag ist dies wenig praktisch. Ein Verschulden ist aber weiterhin für die Fälligkeit der Vertragsstrafe nicht erforderlich, wenn es sich um sogenannte Gattungsverpflichtungen (§ 279 BGB.) [1]) handelt.

Hier ist ein Verschulden nicht Voraussetzung für den Verzug. Der U. hat also bei unterbliebener Anlieferung der zum Bauvorhaben erforderlichen Baumaterialien die dafür versprochene Vertragsstrafe zu entrichten, solange die Beschaffung der fraglichen Materialien überhaupt allgemein noch möglich ist. Dasselbe gilt für die Verschaffung von Arbeitskräften. Der U. wird von der Vertragsstrafe auch nicht dadurch befreit, daß er zur Aussperrung der Arbeiter durch seine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband verpflichtet war (RG. JW. 1914, S. 296). Weiterhin ist ein Verschulden für die Fälligkeit der Vertragsstrafe dann nicht Voraussetzung, wenn der U. ein selbständiges Garantieversprechen in bezug auf die Erfüllung abgegeben hat, d. h. wenn er sich verpflichtet hat, für die Erfüllung der Bauleistung einzustehen, ganz gleichgültig, welche Hindernisse der Erfüllung entgegenstehen werden.

Die Vorschrift des § 343 BGB., wonach eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann, ist durch § 348 HGB. dahin abgeändert, daß eine Vertragsstrafe, die von einem K a u f m a n n im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, nicht auf Grund des § 343 BGB. herabgesetzt werden kann. Das Baugewerbe gehört nicht zu den Grundhandelsgeschäften des § 1 HGB. Der Bauunternehmer ist als solcher daher noch nicht Kaufmann; sein Gewerbe ist erst dann Handelsgewerbe im Sinne des HGB. und der Inhaber Kaufmann, sobald die Firmeneintragung im Handelsregister erfolgt ist. Für Aktiengesellschaften ergibt § 210 HGB., für Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 13 Abs. 3 GmbH.-Gesetz die Kaufmannseigenschaft ohne weiteres.

[1]) Bei Gattungsverpflichtungen ist der Gegenstand der Leistung nicht individuell, sondern nur durch Art und Zahl bestimmt. Vgl. S. 114.

B § 12. Abnahme.

1. Der Auftraggeber hat die Leistung abzunehmen, sobald der Auftragnehmer dies nach Fertigstellung verlangt, unter Umständen auch vor Ablauf der festgesetzten Ausführungsfrist.

2. Eine in sich abgeschlossene Teilleistung ist auf Antrag besonders abzunehmen, ebenso auch Teile einer Leistung, die durch weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden.

3. Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zu der Beseitigung verweigert werden.

4. Wenn eine Vertragspartei es verlangt, hat eine förmliche Abnahme stattzufinden. Jeder Teil kann auf seine Kosten einen Sachverständigen zuziehen. Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung schriftlich niederzulegen. In die Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jeder Teil erhält eine Ausfertigung. Die förmliche Abnahme kann in Abwesenheit des Auftragnehmers stattfinden, wenn der Termin vereinbart war, oder der Auftraggeber mit genügender Frist dazu eingeladen hatte. Das Ergebnis der Abnahme ist dem Auftragnehmer alsbald mitzuteilen.

5. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 10 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Beendigung der Leistung. Hat der Auftraggeber die Leistung oder eine Teilleistung bereits in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu diesen Zeitpunkten geltend zu machen. Die Benutzung von Einzelteilen eines Bauwerkes zur Weiterführung des Baues gilt nicht als Abnahme.

6. Mit der Abnahme geht die Gefahr auf den Auftraggeber über.

Die Abnahmebestimmungen des B § 12 stehen im wesentlichen im Einklang mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften. Hiernach gehört die Abnahme der Bauleistung zu den Vertragspflichten des B. Zu ihr gehört begrifflich einmal die Übernahme der Bauleistung nach Fertigstellung und ferner, daß der B. bei der Abnahme ausdrücklich oder still-

schweigend zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkennt (RG. Bd. 57 S. 338; Bd. 64 S. 240; Bd. 107 S. 343 und Bd. 110 S. 404). Nicht erforderlich ist zum Begriff der Abnahme, daß die Bauleistung tatsächlich in allen Teilen fertig ist und den vereinbarten Bedingungen in vollem Umfange entspricht, vielmehr ist Voraussetzung, daß die Bauvertragsparteien die Bauleistung zunächst als in der Hauptsache fertiggestellt ansehen. Diese Annahme und Unterstellung schließt keineswegs etwa ein Anerkenntnis in dem Sinne in sich, daß der B. damit gleichzeitig auf alle etwa ihm wegen vorhandener Mängel entstandenen Rechte oder Ansprüche verzichte, vielmehr ist die Abnahme der äußere Vorgang, der den B. erst in die Lage versetzt, die hergestellte Bauleistung auf ihre Vertragsmäßigkeit zu prüfen. Lediglich insoweit, als die dem B. bei der Abnahme bestehenden Mängel bekannt sind, und er sich seine Rechte deswegen nicht ausdrücklich vorbehält, liegt in der Abnahme ein Anerkenntnis des B., daß die Bauleistung vertragsgemäß sei [1]). Ein Vorbehalt in bezug auf bekannte Mängel muß ausdrücklich erklärt werden, und zwar bei der Abnahme selbst, nicht hinterher. Außerdem muß ersichtlich sein, auf welche konkreten Mängel sich der Vorbehalt bezieht. Ein vor der Abnahme erklärter Vorbehalt ist nur dann von Bedeutung, wenn er in erkennbarer Weise bei der Abnahme aufrecht erhalten wird (RG. Bd. 73 S. 147). Daß der B. den Mangel gekannt hat, hat der U. zu beweisen. Fahrlässige Unkenntnis eines Mangels steht der Kenntnis desselben nicht gleich, weil aus der Unkenntnis keine Willensrichtung des B. gefolgert werden kann. Eine Verpflichtung des B., die abzunehmende Bauleistung auf ihre Vertragsmäßigkeit sofort zu prüfen, besteht nicht (Komm. d. RGR. Note 2 zu § 640 BGB.).

Die Abnahme kann auch stillschweigend erfolgen, z. B. wenn der B. das durch die Bauleistung hergestellte Bauwerk in bestimmungsgemäße Benutzung nimmt (RG. Warn. 1908 Nr. 460; HansRGZ. 29 B 702); aber auch wenn bei dem Bauvorhaben für verschiedene Arten von Bauleistungen mehrere selbständige U. herangezogen sind, und der B. z. B. nach Fertigstellung der Erdarbeiten bauprogrammäßig die daran anschließenden Beton- oder Maurerarbeiten in Angriff nehmen läßt. Hier gelten die Erdarbeiten nach dem Recht des BGB. als abgenommen (RGSeuffArch. 79 Nr. 25). In letzterer Beziehung ist allerdings durch B § 12 Ziff. 5 S. 4 eine anderweite Regelung getroffen.

Aber auch bei stillschweigender Abnahme ist stets Voraussetzung, daß die Bauleistung grundsätzlich als Vertragserfüllung von beiden Vertragsparteien angesehen wird, und nicht von dem einen oder anderen vorausgesetzt wird, daß die noch nicht fertiggestellte Bauleistung selbstverständlich fertiggestellt werden müsse (RG. Warn. 1925 Nr. 61). Daß einzelne Mängel gerügt worden sind und beseitigt werden müssen, steht dem Wesen der Abnahme nicht entgegen. Läßt sich der Zeitpunkt der stillschweigenden Abnahme nicht genau feststellen, so kann, wenn andere Umstände nicht dagegen sprechen, die polizeiliche Gebrauchsabnahme als Zeitpunkt der Abnahme zwischen den Parteien angenommen werden.

[1]) § 640 BGB.: Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist.

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

Die einzelnen Bestimmungen des B § 12 ergänzen lediglich die vorstehenden gesetzlichen Grundsätze.

Ziff. 1 hebt besonders hervor, daß die Abnahme auch vor Ablauf der festgesetzten Ausführungsfrist zu erfolgen hat, wenn die Bauleistung fertiggestellt ist. Der U. hat hieran ein Interesse mit Rücksicht auf den in Ziff. 6 erwähnten Gefahrübergang und den Beginn der Verjährung gemäß B § 13 Ziff. 4. Weiterhin ist die alsbaldige Abnahme deshalb für den U. von Interesse, weil die Beweislast darüber, ob die Leistung dem Vertrage nicht entspricht, nach der Abnahme dem B. obliegt. Bis zur Abnahme hat der U., wenn der B. die Leistung als dem Vertrage nicht entsprechend bemängelt, nachzuweisen, daß er den Vertrag erfüllt hat.

Ziff. 2: Die besondere Abnahme abgeschlossener Teilleistungen bezweckt die Klarstellung, daß der U. seine Vertragsleistung zum Teil erfüllt hat. Notwendig ist, daß die Teilleistung im wesentlichen abgeschlossen ist, d. h. daß weitere Arbeiten oder Leistungen an ihr nicht mehr vorzunehmen sind, und daß ferner die Teilleistung, sei es der Art, sei es dem Umfange nach, einen wesentlichen Bestandteil der übertragenen Gesamtleistung ausmacht. Besonders ist die Teilabnahme von Bedeutung bei Leistungen, deren Nachprüfung durch die weitere Bauausführung unmöglich gemacht oder erschwert wird, wie z. B. bei Dichtungsarbeiten, die durch die späteren Beton- oder Maurerarbeiten nicht mehr äußerlich erkennbar sind. Eine abgeschlossene Teilleistung liegt auch vor, wenn der B. gemäß B § 8 den Vertrag gekündigt hat. B § 8 Ziff. 3 Abs. 5 sieht auch hier ausdrücklich die Verpflichtung des B. zur Abnahme vor.

Die Abnahme der Teilleistung hat „auf Antrag" zu erfolgen. Dabei ist in erster Linie an den Antrag des U. gedacht, weil die Abnahme eine Pflicht des B. ist. Man wird aber auch, wenn ein berechtigtes Interesse des B. ersichtlich ist, den U. für verpflichtet ansehen müssen, auf Antrag des B. die abgeschlossene Teilleistung zu übergeben.

Jede Abnahme, auch die einer Teilleistung, hat die Wirkung des Gefahrüberganges auf den B. (Ziff. 6).

Ziff. 3: Die Bestimmung läßt entnehmen, daß die Abnahme wegen unwesentlicher Mängel vom B. nicht verweigert werden kann. Dies ist eine Begünstigung des U. gegenüber dem Gesetz, weil sonst dem B. vor der Abnahme mit Rücksicht auf vorhandene Mängel stets die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht. Nicht erfüllt ist der Vertrag aber auch, wenn unwesentliche Mängel der Leistung vorhanden sind. Lediglich wenn die Zurückweisung der Leistung auf Grund des Mangels gegen Treu und Glauben verstoßen würde, hat das Reichsgericht (RG. 24. 1. 1911 VII 284/10) das Recht des B. zur Verweigerung der Abnahme verneint.

Erfolgt die Abnahme trotz des Vorhandenseins erkennbarer unwesentlicher Mängel, so ist zur Aufrechterhaltung der sich daraus ergebenden Rechte ein Vorbehalt des B. (vgl. oben S. 102) erforderlich, insbesondere kann die bei der Abnahme fällige Zahlung insoweit zurückgehalten werden, als es sich um die Kosten der Mängelbeseitigung handelt (vgl. hierüber B § 13).

Ziff. 4: Das Wesen der „förmlichen" Abnahme ist in Ziff. 4 näher angegeben; sie hat auf Verlangen der einen oder der anderen Vertragspartei zu erfolgen. Die Kosten eines von einer Partei hinzugezogenen besonderen Sachverständigen sind von der Partei selbst zu tragen. Im übrigen treffen die Kosten der Abnahme regelmäßig den B., weil ihm die Verpflichtung dazu obliegt. (Komm. d. RGR. Note 2 zu § 640 BGB.). Ergibt sich bei der schriftlichen Niederlegung des Befundes eine Meinungsverschiedenheit, so wird, damit die „förmliche" Abnahme nicht vereitelt werden kann, die Darstellung einer jeden Vertragspartei in der Niederschrift festzulegen sein. Die Niederlegung des Abnahmeergebnisses, sei es daß sie auf Grund übereinstimmender oder widersprechender Erklärungen der Vertragsparteien erfolgt, ist für keine von ihnen in dem Sinne bindend, daß spätere anderweite Feststellungen ausgeschlossen wären; vielmehr kann jede Partei auch nach der Abnahme den Nachweis erbringen, daß die Feststellungen im Abnahmetermin nicht zutreffend waren. Bei gegenteiliger Auffassung müßten z. B. alle aus Mängeln der Bauleistung sich ergebenden Ansprüche des B. ausgeschlossen sein, wenn die Mängel nicht bei der Abnahme festgestellt würden. Dies würde aber dem eingangs geschilderten Charakter der Abnahme widersprechen.

Die Abnahme kann auch in Abwesenheit des U. stattfinden. Sein Fernbleiben vom Termin ist dahin zu deuten, daß er bereit ist, dem U. die Bauleistung als vertragsmäßige Leistung zu übergeben. Bleibt der U. dem Termin fern, so sind die im Abnahmeprotokoll gemachten Vorbehalte wegen Mängel und Vertragsstrafen rechtswirksam, wenn das Abnahmeprotokoll dem U. unverzüglich übersandt wird. Ist das Ausbleiben des U. oder eines sachkundigen Vertreters im Abnahmetermin entschuldigt, sei es, daß die Einladung zum Abnahmetermin in zu kurzer Frist ergangen, oder daß die Einladung dem U. überhaupt nicht zugegangen, oder daß er am Erscheinen durch unabwendbare Umstände gehindert worden ist, so steht dem U. ein Recht auf Wiederholung des Abnahmetermins zu, wenn der B. die Abnahme abgelehnt hat. Dies ergibt sich ohne weiteres aus S. 1, der solange Geltung hat, als die Abnahme nicht erfolgt ist. Nimmt dagegen der B. die Bauleistung im Abnahmetermin in Abwesenheit des U. ab, so kann eine Wiederholung des Abnahmetermins nicht gefordert werden, selbst wenn die Abwesenheit des U. aus den vorstehend angegebenen Gründen entschuldigt ist. Nach dem oben geschilderten Wesen der Abnahme, nämlich einer Hinnahme der Bauleistung als Erfüllung, ist sie mit der einmal erfolgten Abnahme als erschöpft anzusehen. Dem U. wird auf diese Weise zwar die Möglichkeit genommen, dem B. gegenüber an Ort und Stelle zu etwaigen Mängelrügen Stellung zu nehmen, jedoch liegt darin eine schwerwiegende Benachteiligung nicht, weil ihm die Widerlegung der etwaigen Mängelrügen auch nach der Abnahme selbst dann offensteht, wenn er ihr beigewohnt hat. S. 5 bedarf somit der Berichtigung.

Eine Abnahme ist begrifflich nicht möglich, wenn der B. im Abnahmetermin ausbleibt oder wenn er auf den gemäß S. 1 gestellten Antrag einen Abnahmetermin nicht oder mit allzu geräumiger Frist anberaumt. In diesen Fällen hat der U., um die Rechtswirkung der Abnahme herbeizuführen, dem B. die Bauleistung zur Abnahme anzubieten (§ 294 BGB.). Nimmt der B. hierauf die Abnahme innerhalb angemessener Frist nicht vor, so gerät er in Abnahmeverzug. Die Wirkung [1]) dieses Verzuges ist lediglich die, daß nunmehr gemäß § 644 BGB. die Gefahr auf den B. übergeht, auch die sonstigen vertraglichen oder gesetzlichen Rechtsfolgen der Abnahme, insbesondere der Verjährungsbeginn eintreten (§ 162 BGB.), und die Ansprüche des B. wegen der ihm bekannten Mängel untergehen. Daß die Abnahme vom B. absichtlich vereitelt wird, ist nicht erforderlich (RG. Bd. 122, S. 251; SeuffArch. 78, Nr. 19; Komm. d. RGR. Anm. 2 zu § 640 BGB.). Selbstverständlich bleiben dem B. auch trotz seines Abnahmeverzuges diejenigen Rechte erhalten, die ihm in bezug auf Mängel der Bauleistung nach Abnahme zugestanden hätten. Der U. kann durch die Unterlassung der Abnahme nicht besser gestellt werden, als er bei ordnungsmäßiger Abnahme gestanden hätte.

Ziff. 5: Eine besondere Abnahme unterbleibt häufig, weil die fertiggestellte Bauleistung sich bei der Fertigstellung bereits im Besitze des B. befindet. Letzteres ist bei allen Bauleistungen der Fall, die auf dem Grund und Boden des B. errichtet werden, insbesondere bei eigentlichen Bauwerken. Dieser Besitz des B. an der fertiggestellten Bauleistung steht einer Abnahme aber nicht entgegen, weil die Abnahme nicht nur in der körperlichen Hinnahme der Leistung besteht, sondern auch in der rechtsgeschäftlichen Erklärung, daß die Bauleistung nunmehr als im wesentlichen fertiggestellt anzusehen sei (RG. Bd. 110, S. 406). Es liegt deshalb mit Rücksicht auf die Folgen der Abnahme (Verjährungsbeginn, Gefahrübergang) im Interesse beider Parteien, zu wissen, wann in Fällen, in denen die Bauleistung bei Fertigstellung sich im Besitze des B. befindet, sie als abgenommen anzusehen ist. Die Fertigstellung als solche ist mit der Abnahme nicht identisch, es sei denn, daß eine dahingehende stillschweigende Vereinbarung als gewollt anzusehen ist. Zur Beseitigung von Zweifeln schreibt Ziff. 5 vor, daß die Abnahme, falls sie nicht tatsächlich vorgenommen wird, als erfolgt anzusehen sei mit Ablauf von 10 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Beendigung der Leistung. Erhält der B. eine dahingehende schriftliche Mitteilung, glaubt er aber, das Werk noch nicht abnehmen zu können, so steht es ihm frei, gemäß Ziff. 4 eine förmliche Abnahme zu verlangen. Unterläßt der U. die in Ziff. 5 S. 1 vorgeschriebene schriftliche Mitteilung, so ist die Leistung mangels anderweiter mindestens stillschweigender Verein-

[1]) Unrichtig Roß, Werkmängelrecht, S. 64.

barung nicht abgenommen. Dieser Zustand kann unter Umständen jahrelang fortdauern. Auch hier beseitigt Ziff. 5 auftretende Mißstände durch die Bestimmung, daß mit der Übernahme der Leistung oder eines Teils derselben in Benutzung die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Benutzungsbeginn als erfolgt anzusehen ist. Folgerichtig ist in S. 3 bestimmt, daß Vorbehalte wegen Mängel oder Vertragsstrafen, die zu ihrer Rechtswirksamkeit zeitlich mit der Abnahme zusammenfallen müssen, spätestens am 10. bzw. 6. Werktage geltend gemacht werden müssen. Eine selbstverständliche Ausnahme enthält S. 4, weil die Inbenutzungnahme einzelner Teile eines Bauwerkes zur Weiterführung des Baues erforderlich sein kann, ohne daß der B. zur Abnahme bereits verpflichtet ist.

Ziff. 6: Wegen der Gefahrtragung vgl. B § 7. Die Vorschrift steht mit § 644 BGB. [1]) im Einklang. Verzögert der B. die Abnahme ungerechtfertigt und kommt er mit der Abnahme in Verzug, was grundsätzlich erst nach vorheriger Fristsetzung unter Ankündigung der erfolgten Fertigstellung eintritt, so erfolgt der Gefahrübergang mit dem Eintreten des Verzuges.

B § 13. Gewährleistung.

1. Der Auftragnehmer übernimmt die Gewähr, daß seine Leistung zur Zeit der Abnahme die vertraglich zugesicherten Eigenschaften besitzt sowie den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

2. Bei Leistungen nach Probe gelten die Eigenschaften der Probe als zugesichert, soweit nicht Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind. Dies gilt auch für Proben, die erst nach Vertragsabschluß als solche anerkannt sind.

3. Ist ein Mangel zurückzuführen auf besondere Anweisungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Werkstoffe, oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, so ist der Auftragnehmer von der Gewährleistung für diese Mängel frei, es sei denn, daß er die in § 4 Ziff. 3 vorgesehene Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen hat.

4. Ist für die Gewährleistung keine Verjährungsfrist im Vertrage festgesetzt, so beträgt sie für Bauwerke 2 Jahre, für Holzerkrankungen 3 Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 1 Jahr.

Die Frist beginnt mit der Abnahme:

5. Während der Verjährungsfrist ist der Auftragnehmer verpflichtet, alle Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn der Auftraggeber dies vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt.

Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann dieser die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers abstellen lassen.

6. Ist die Beseitigung des Mangels nach Lage der Dinge unmöglich, würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber Minderung der Vergütung verlangen (§ 634 Abs. 4 § 472 BGB.).

7. Ist ein wesentlicher Mangel, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt, auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen, so ist dieser außerdem verpflichtet, dem Auftraggeber den nachzuweisenden unmittelbaren Schaden zu ersetzen, nicht aber etwa entgangenen Gewinn.

[1]) § 644 BGB.: Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes. Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über. Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich.

Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung.

A. Das Recht des BGB.

I. Begriff der Gewährleistung.

Gewährleistung ist das Einstehen für das Vorhandensein der im Bauvertrage zugesicherten Eigenschaften der Bauleistung sowie für das Fehlen von Mängeln, die den Wert oder die Tauglichkeit der Bauleistung aufheben oder mindern [1]).

Im Zusammenhang mit Gewährleistung spricht man von Gewähr, Zusicherung und Garantie, wobei die verschiedenen Ausdrücke häufig in verschiedenem Sinne gebraucht werden, weil die rechtliche Bedeutung nicht allgemein geläufig ist. Gewährleistung ist der Oberbegriff und bedeutet, daß der Gewährleistungsverpflichtete sowohl für die Abwesenheit von Mängeln im Sinne des § 633 Abs. 1 BGB. als auch für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften der Leistung einzustehen habe.

Zusicherung ist lediglich das Versprechen bestimmter körperlicher Eigenschaften der übernommenen Bauleistung, deren Fehlen die Bauleistung an sich wirtschaftlich nicht ganz oder zum Teil unbrauchbar zu machen braucht, sondern lediglich den bestimmten Anforderungen des B. nicht entspricht.

Der Ausdruck Garantie wird einmal in dem gleichen Sinne wie Gewähr und Zusicherung gebraucht (unselbständige Garantie), bedeutet aber außerdem auch die Verpflichtung zur Schaffung eines gegenüber dem Zeitpunkt der Abnahme über die vertragsmäßige Her-

[1]) § 633 BGB. Abs. 1: Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

stellung der vereinbarten Leistung hinausgehenden Erfolges (*selbständige Garantie*). Bei dieser muß also der garantierte Erfolg ein anderer und weiterer sein, als die bloße Vertragsmäßigkeit der Leistung zur Zeit der Abnahme, z. B. derart, daß die vereinbarte Vertragsmäßigkeit der Leistung zur Zeit der Abnahme für bestimmte Zeit fortbestehen werde, oder daß die fertiggestellte Bauleistung einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg haben werde, wie z. B. Mietertrag eines Wohnhauses (vgl. Komm. d. RGR. Note 4 zu § 638 BGB. und die dort angeführte Judikatur). Ob eine selbständige oder eine unselbständige Garantie vorliegt, ist je nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden und mangels ausreichender Anhaltspunkte für die Parteiabsicht häufig genug schwer zu entscheiden. Jedoch ist eine Garantie, die sich darauf beschränkt, daß die Bauleistung, so wie es der Vertrag vorsieht, ordnungsmäßig hergestellt wird, tadellos funktioniert und gewisse vertraglich zugesicherte Eigenschaften wirklich besitzt, keine selbständige neben der vertraglichen Leistung übernommene Garantie, sondern nur das Versprechen, ein vertragsgemäßes Werk zu liefern (RG. Bd. 71, S. 174; JW. 1912, S. 289; RG. vom 13. 11. 1928 VII. 641/27).

Hat die Garantie die Bedeutung, daß der U. auch nach der Abnahme zur Beseitigung von Mängeln schlechtweg verpflichtet sei ohne Rücksicht darauf, worauf die Mängel zurückzuführen sind, so liegt eine selbständige Garantie vor, weil die Gewährleistungsverpflichtung des U. über seine vertragsmäßige Herstellungsverpflichtung *inhaltlich* hinausgeht. Hat die Garantie dagegen lediglich die Bedeutung, daß die vertragliche Gewährleistungspflicht inhaltlich nicht geändert werden, der U. vielmehr zur Beseitigung von Mängeln eine bestimmte Zeit lang nach der Abnahme nur unter denselben Voraussetzungen verpflichtet sein soll, wie dies bei Bestehen der Mängel im Zeitpunkt der Abnahme der Fall gewesen wäre, so handelt es sich hier nur um eine unselbständige Garantie, die lediglich zur Folge hat, daß der Bestand des Bauvertrages bis zum Ablauf der Garantie gewissermaßen verlängert wird. Die Vereinbarung einer *Garantiefrist* hat somit keineswegs immer die gleiche Bedeutung. Es kommt darauf an, ob die Mängelgewährpflicht unbedingt, insbesondere auch dann bestehen soll, wenn die Mängel durch Zufall oder gar vom B. verursacht worden sind, oder ob die Gewährleistungspflicht wie die gesetzliche nur im Falle der Mangelhaftigkeit der Bauleistung zur Zeit der Abnahme bestehen und dem U. die Beweislast dafür aufgebürdet werden soll, daß die Mängel nicht in einer Vertragswidrigkeit der Bauausführung zur Zeit der Abnahme ihre Ursache haben. Je nach dem Vorliegen einer Garantie in dem einen oder anderen Sinne sind die Verpflichtungen des U. und die Verjährungsfrist verschieden (vgl. hierüber Näheres unter III).

II. *Begriff des Mangels.*

Ein Mangel der Bauleistung liegt vor, wenn diese bei der Abnahme sich in einem Zustande befindet, der dem Vertrage nicht entspricht, d. h.

entweder nicht die zugesicherten Eigenschaften hat oder mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§ 633 BGB.), bzw. nicht den anerkannten Regeln der Technik[1]) entspricht (B § 13 Ziff. 1). Hiernach ist der Mangel immer ein körperliches Minus gegenüber der vertraglichen Leistungspflicht des U. Diese Leistungspflicht richtet sich nach der getroffenen Vereinbarung über den Zustand der fertigen Bauleistung. Diese Vereinbarung ist für die Frage nach dem Vorliegen eines Mangels entscheidend, nicht aber darüber hinausgehende erhöhte Anforderungen des B.

Maßgebend für das Vorhandensein des Mangels ist, falls keine Garantiefrist vorliegt, der Zeitpunkt der Abnahme.

Ist nichts besonderes vereinbart, so bemißt sich die Leistungspflicht des U. nach § 633 BGB., oder, soweit die VOB. zugrunde liegt, nach B § 13 Ziff. 1. Sind außerdem bestimmte Eigenschaften der Bauleistung zugesichert, so müssen auch diese vorhanden sein. Ist außerdem eine selbständige Garantie übernommen, so muß bei der Abnahme auch der garantierte Zustand der Bauleistung vorliegen. Nicht um Mangelhaftigkeit der Bauleistung, sondern um Nichterfüllung des Vertrages handelt es sich, wenn die Leistung noch nicht abgenommen ist und ein vertragswidriger Zustand vorliegt. Vor der Abnahme bestehen keine Gewährleistungsansprüche, sondern nur Ansprüche auf Erfüllung des Vertrages (B § 12 Ziff. 3).

III. *Die Gewährleistungsansprüche.*

1. *Die regelmäßige Haftung des U. nach dem Recht des BGB.*

Der U. hat grundsätzlich dafür einzustehen, daß das fertiggestellte Werk die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Ist die Bauleistung demgegenüber mangelhaft, so haftet er grundsätzlich, gleichgültig ob der Mangel entschuldbar ist oder nicht, d. h. den U. in bezug auf sein Vorhandensein ein Verschulden trifft oder nicht. Nach dem Recht des BGB. haftet der U. auch für den Mangel, wenn er einen vom sachunkundigen B. geforderten Werkstoff verwendet hat und hierdurch die bestimmungsgemäße Benutzung der Bauleistung unmöglich gemacht worden ist (Komm. d. RGR. Note 1 zu § 633 BGB.). Im übrigen fällt aber die konstruktive Verantwortung dem B. zu, wenn er den technischen Entwurf aufgestellt hat. Der U. ist gemäß § 242 BGB. lediglich verpflichtet, Bedenken, die sich bei der Ausführung ergeben, dem B. zu melden und seine Entscheidung einzuholen. Hat dagegen der U. den Entwurf gefertigt, so hat er auch die volle technische Verantwortung zu tragen[2]).

[1]) Vgl. hierüber Erl. zu B § 4 Ziff. 2, S. 57.
[2]) Vgl. Janssen, „Bauingenieur in der Praxis" 1927, S. 271.

Liegen bestimmte Anweisungen des B. vor, so bedarf es einer ausdrücklichen Ausschließung der Haftung im Bauvertrage, wenn der U. eine Gewährleistungspflicht nicht übernehmen will (RG. Warn. 1919 Nr. 96).

Entspricht eine an sich unzureichende Stärke des Mauerwerks der dem Auftrage zugrunde liegenden Zeichnung und hat der B. diese gefertigt, so haftet der U., wenn ihm tatsächlich Bedenken aufgetaucht sind, er diese aber verschwiegen hat. Andernfalls fällt die Verantwortung dem B. zu, besonders wenn dem U. die Bedenken ohne Fahrlässigkeit nicht aufzutauchen brauchten. Vgl. SeuffArch. 79 Nr. 25. Aber auch abgesehen von der vorstehend dargelegten grundsätzlichen Verteilung der Verantwortlichkeit kann der B. die Verantwortung für Mängel deshalb haben, weil er während der Bauausführung trotz gegenteiliger geltendgemachter Bedenken des U. bestimmte Anordnungen erteilt hat, sei es selbst oder durch seinen hierzu bestellten Bauleiter auf der Baustelle [1]).

Liegt ein Mangel im Sinne des § 633 BGB. vor, für den der U. verantwortlich ist, so kann der B. ihn zunächst zur Beseitigung des Mangels auffordern. Wird der Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist der B., weil der U. nunmehr im Verzuge ist, berechtigt, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Will er dies nicht, so muß er dem U. gemäß § 634 BGB. [2]) eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels unter gleichzeitiger Erklärung setzen, daß nach Ablauf der Frist die Beseitigung des Mangels abgelehnt werde, falls bis dahin der Mangel nicht beseitigt ist. Nach fruchtlosem Fristablauf kann der B. Wandelung d. h. Rückgängigmachung des Vertrages oder Minderung, d. h. Herabsetzung der Vergütung verlangen. Eine Fristsetzung ist nicht darin zu erblicken, daß „sofortige" Beseitigung verlangt wird. Ein solches Verlangen steht vielmehr im Gegensatz zu einer Fristsetzung (RG. Warn. 1913, Nr. 7). Dies ist deshalb von Bedeutung, weil der Anspruch auf Beseitigung des Mangels solange fortbesteht, bis die Fristsetzung mit der Androhung der Ablehnung der Mangelbeseitigung erfolgt und ferner der Anspruch auf Wandelung oder Minderung erst entsteht, wenn die Fristsetzung mit der gleichzeitigen Androhung vorgenommen ist. Andererseits braucht der B. sich wegen desselben Mangels nicht auf wiederholte Versuche der Mangelbeseitigung einzulassen. Lediglich um den Anspruch auf Wandelung oder Minderung zu erlangen, ist die Fristsetzung mit der Androhung erforderlich.

Die Fristsetzung ist nach § 634 Abs. 2 BGB. zur Entstehung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung nicht erforderlich, wenn die Mangelbeseitigung unmöglich ist, vom U. verweigert wird oder die sofortige Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs durch ein besonderes Interesse des B. gerechtfertigt wird. Ob die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, ist eine reine Tatfrage, ebenso ob eine Verweigerung

[1]) Vgl. Moericke, Über die Verantwortlichkeit des Bauleitenden und Bauunternehmers, Zeitschrift „Der Bauingenieur" 1925, S. 54.

[2]) § 634 BGB., siehe S. 66.

der Beseitigung durch den U. vorliegt. Diese ist aber schon dann anzunehmen, wenn der U. das Vorhandensein des Mangels überhaupt bestreitet (RG. Bd. 64, S. 294), jedoch muß es sich immer um ein klares und entschiedenes Verweigern der Mangelbeseitigung handeln, um die Fristbestimmung überflüssig zu machen (RG. Warn. 1919 Nr. 159). Es empfiehlt sich daher im Zweifelsfalle zur Vermeidung späterer Einwendungen für den B. immer, die Fristsetzung und Androhung vorzunehmen. Ein besonderes Interesse des B. an der Unterlassung der Fristsetzung und Androhung und an der sofortigen Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsrechts kann dadurch gegeben sein, daß die Bauleistung des U. Voraussetzung für die sich daran anschließende Leistung eines anderen U. bei demselben Bauvorhaben bildet, und eine Herauszögerung der anschließenden Bauarbeiten durch vorherige Fristsetzung zur Mangelbeseitigung erhebliche Nachteile für den B. mit sich bringen würde. Dabei darf jedoch die Unterlassung der Mangelbeseitigung durch den U. nicht Schäden oder Nachteile mit sich bringen, die durch die Beseitigung hätten vermieden werden können. Für derartige Nachteile haftet der U. im Rahmen des § 634 BGB. nicht. Wenn es sich jedoch um einen vom U. zu vertretenden und eine weitergehende Schadensersatzpflicht begründenden Mangel im Sinne des § 635 BGB. handelt, und der B. den ihm weiter entstehenden Schaden infolge der Verzögerung dem U. gegenüber geltend machen will, würde die Unterlassung zur Aufforderung zur Mangelbeseitigung gegen Treu und Glauben verstoßen, es sei denn, daß ein ganz besonders dringendes Interesse des B. vorliegt.

Die gemäß § 634 BGB. zu setzende Frist muß angemessen sein, d. h. es muß nach objektivem Maßstab die Beseitigung des Mangels innerhalb der Frist möglich sein. Die Fristsetzung darf somit nicht zu einer bloßen Formalität benutzt werden, vielmehr muß der B. dem U. mit der Fristsetzung die Möglichkeit geben, den Mangel tatsächlich zu beseitigen, bevor er den gesetzlichen Wandelungs- oder Minderungsanspruch geltend machen darf. Ist die gesetzte Frist unangemessen kurz, so wird sie hierdurch nicht rechtlich wirkungslos, vielmehr tritt an Stelle der zu kurzen eine notfalls durch den Richter festzusetzende tatsächlich angemessene Frist (RG. Bd. 62, S. 68; Bd. 68, S. 332; Bd. 69, S. 305 und JW. 1912, S. 141). Wirkungslos ist die unangemessene Fristsetzung lediglich dann, wenn der B. bei der Fristsetzung zu erkennen gegeben hat, daß er auch nach ihrem Ablauf den Mangel nicht als beseitigt anerkennen wolle (RG. Bd. 91, S. 207 und JW. 1911, S. 755). Die Unangemessenheit der Fristsetzung ergibt sich aber nicht daraus, daß dem U., der die Leistung zum Teil noch gar nicht vorgenommen hat, die Herstellung des fraglichen Teils der Bauleistung innerhalb der Frist unmöglich ist. Die Fristsetzung soll ihm vielmehr die Möglichkeit gewähren, einen Mangel der bereits in Angriff genommenen, in der Hauptsache bereits vollendeten Bauleistung zu beseitigen, nicht aber mit dieser jetzt erst zu beginnen (RG. Bd. 69, S. 125; Warn. 1915, Nr. 101).

Mit fruchtlosem Ablauf der Frist treten die angedrohten Rechtsfolgen,

nämlich der Anspruch des B. auf Wandelung und Minderung ohne weiteres und zwingend ein, ohne daß der U. ein Recht darauf hätte, die angefangene Mangelbeseitigung zu vollenden. Lediglich wenn es sich um eine nur ganz geringfügige und dazu durch besondere unverschuldete Verhältnisse verursachte Fristüberschreitung handelt, ein besonderes Interesse des B. an der fristgemäßen Mangelbeseitigung nicht erkennbar ist, handelt dieser arglistig, wenn er die Mangelbeseitigung nicht als fristgemäß gelten läßt. In diesem Falle ist die Fristüberschreitung unbeachtlich (RG. Bd. 92, S. 210; Warn. 1913 Nr. 228 und JW. 1915, S. 1004). An sich ist der B. nicht verpflichtet, unmittelbar nach Wahrnehmung des Mangels der abgenommenen Bauleistung dessen Beseitigung zu verlangen. Vielmehr steht ihm dieses Recht während der Dauer der Verjährungsfrist jederzeit offen, es sei denn, daß in der Nichtgeltendmachung des Mangels aus den Umständen ein stillschweigender Verzicht auf die Gewährleistungspflicht des U. zu erblicken ist. Andererseits darf der B. die Ausübung seines Mangelbeseitigungsrechts nicht arglistig oder in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise hinausschieben. Der Anspruch auf Mangelbeseitigung besteht auch, wenn es sich um unerhebliche Mängel handelt.

Für das nach fruchtloser Fristsetzung und Androhung entstehende Wandelungs- und Minderungsrecht des B. finden gemäß § 634 Abs. 4 BGB. die für den Kauf geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Bezüglich der Minderung ist diese entsprechende Anwendung wenigstens theoretisch verhältnismäßig einfach. Der für die Bauleistung vereinbarte Preis ist in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit der Abnahme der Bauleistung deren Wert in mangelhaftem Zustande zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Bei Vergebung zu einem Pauschalpreis bietet die Feststellung des Verhältnisses keine Schwierigkeit. Bei Vergebung zu Einheitspreisen ist als vereinbart der Preis anzusehen, der bei ordnungsmäßiger mangelloser Herstellung der Bauleistung hätte gezahlt werden müssen. Als Wert der Bauleistung ist der allgemeine wirtschaftliche Verkaufswert zu verstehen, so daß bei der Errechnung des infolge der Minderung sich ergebenden Preises dieser wirtschaftliche Wert in mangelfreiem Zustande zu dem in mangelhaftem Zustande gegenüberzustellen ist (Warn. 1912, Nr. 69; JW. 1903, Beilage 113; JW. 1909, S. 191; RG. v. 15. 12. 1911, II. 276/11). Somit ist bei der Minderung des Preises nicht etwa der Preis derjenigen Leistungen in Abzug zu bringen, die zur Beseitigung der Mängel erforderlich wären, vielmehr kommt es auf den objektiven Wert der mangelhaften Bauleistung an, so daß unter Umständen ein Anspruch auf den Preis gänzlich wegfallen kann, wenn die mangelhafte Bauleistung objektiv einen wirtschaftlichen Wert nicht hat.

Die Wandelung des Bauvertrages wegen nicht beseitigter Mängel der Bauleistung bietet rechtlich und tatsächlich erhebliche Schwierigkeiten. Ob der B. wandeln oder mindern will, steht in seinem Belieben. Lediglich wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit der Leistung nur unerheblich mindert, ist nach § 634 BGB. Abs. 3 die

Wandelung ausgeschlossen. Handelt es sich aber um einen erheblichen Mangel und will der B. auf Grund seines Wandelungsrechts den ganzen Bauvertrag beseitigen, so entsteht doch, vor allem, wenn es sich um die Herstellung eines Bauwerks handelt (vgl. Erl. zu A § 1) die Schwierigkeit, daß der B. auf Grund der bisherigen Leistungen des U. in den Besitz eines wenn auch unvollendeten Bauwerks gelangt sein kann, und dessen Beseitigung erhebliche Kosten verursacht, deren Aufwendung verständigerweise aber keinem der Vertragsteile zugemutet werden kann, so daß die Beseitigung als wirtschaftlich unmöglich zu betrachten ist. Dennoch bietet die nach § 634 Abs. 4 BGB. gebotene entsprechende Anwendung der Kaufvorschriften die Möglichkeit eines gerechten Ausgleichs[1]). Auf die Wandelung eines Kaufgeschäfts finden die gesetzlichen Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage des § 346 ff. BGB. entsprechende Anwendung. Diese besagen grundsätzlich, daß im Falle des Rücktritts (Wandelung) die Vertragsparteien einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben (§ 346 BGB.[2]). Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf die Wandelung der Bauwerksleistung kann nicht dahin führen, daß, wie § 346 BGB. besagt, der U. die vertraglich vereinbarte Gegenleistung in Geld erhält, sondern diese Vorschrift kann sinngemäß nur bedeuten, daß der U. an Stelle der nicht zurückgebbaren Bauleistung den Wert der vollzogenen und dem B. verbleibenden Leistung erhält. „Wird wegen Mangelhaftigkeit des Werkes gewandelt, so bekommt oder erhält der U. auf keinen Fall die vertragliche Gegenleistung weder ganz noch gemindert. Er bekommt vielmehr nur eine dem Wert des Arbeitsergebnisses entsprechende Vergütung, sofern es dem B. verbleibt. Hat das Arbeitsergebnis für diesen überhaupt keinen Wert oder knüpft es sich an ein Substrat an, das dem U. verbleibt oder zurückgewährt wird, — in dem Falle des Werklieferungsvertrages sowie bei Verbindung von Sachen des B. mit abtrennbaren Zutaten oder Nebensachen durch den U. — so erhält dieser gar kein Entgelt." So Oertmann a. a. O. Damit ergibt sich, daß auch im Falle der Wandelung die dem U. zustehende Gegenleistung sich nach dem Werte der dem B. verbleibenden Bauleistung bemißt, so daß gegenüber der Minderung nur der Unterschied besteht, daß hier von dem vereinbarten Preise ausgegangen wird und dieser auf Grund des angegebenen Wertverhältnisses gemindert wird. Tatsächlich dürfte aber damit auch für das Bauvertragsrecht ein praktischer Unterschied zwischen Wandelung und Minderung überall da wegfallen, wo es sich um die Errichtung eines Bauwerks handelt, dessen Beseitigung und Rückgabe an den U. tatsächlich oder wirtschaftlich unmöglich ist.

---

[1]) Vgl. hierüber die Untersuchungen von Oertmann über die Wandelung beim Werkvertrag, Recht 1920, S. 153 ff.

[2]) § 346 BGB.: Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten.

2. Die Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Eine weitergehende Haftung des U. ist möglich auf Grund des §635 BGB. Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstand, den der U. zu vertreten hat, so kann der B. statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 635 BGB.). Zu vertreten hat der U. zunächst sein eigenes schuldhaftes Verhalten (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) sowie seiner Hilfspersonen (§§ 276, 278). Aber auch ohne Verschulden hat der U. gemäß § 279 BGB.[1]) die Nichtlieferung der im Bauvertrage vereinbarten Baumaterialien zu vertreten, weil es sich hierbei regelmäßig nicht um individuelle, sondern um Gattungsleistungen handelt. Zu vertreten hat der U. ferner einen den Mangel herbeiführenden Umstand, wenn er ein selbständiges Garantieversprechen dahin abgegeben hat, daß er auf alle Fälle für die Vertragsmäßigkeit der Bauleistung ohne Rücksicht auf außerhalb seines Machtbereichs liegende Hinderungsgründe einzustehen habe (RG. Bd. 58 S. 180; Bd. 90 S. 415; JW. 1911 S. 444). Zu unterscheiden ist hiervon die vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft der herzustellenden Bauleistung. Diese enthält keine Garantie und kann eine Schadensersatzpflicht nur begründen, wenn der U. den Mangel verschuldet hat oder § 279 BGB. zur Anwendung gelangt.

Der gemäß § 635 BGB. gewährte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kann von dem B. an Stelle des ihm sonst zustehenden Wandelungs- oder Minderungsrechts geltend gemacht werden. Er steht daher im Belieben des B., schließt aber andererseits Wandelung oder Minderung aus. Es kommt daher auf das Interesse des B. im Einzelfalle an, welcher Anspruch zweckmäßigerweise von ihm geltend gemacht werden soll. Da der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nur an die Stelle eines sonst bestehenden Wandelungs- oder Minderungsrechts treten kann, hat auch er eine vorgängige erfolglose Bestimmung einer angemessenen Frist zur Beseitigung unter gleichzeitiger Androhung der Ablehnung derselben zur Voraussetzung (§ 634 Abs. 1 BGB. und RG. Bd. 56 S. 81). Selbstverständlich fällt auch hier die Notwendigkeit der Friststellung in den Fällen fort, in denen dies für die Entstehung des Wandelungs- oder Rücktrittsrechts vorgesehen ist (§ 634 Abs. 2 BGB.). Der Inhalt des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung geht auf das gesamte Interesse, das der B. an der vertragsmäßigen Herstellung der Bauleitung gehabt hat, insbesondere umfaßt der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn (§ 252 BGB.)[2]). Eine Einschränkung dieses Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung erfolgt lediglich im Falle des eigenen Verschuldens des B. (§ 254 BGB.)[1]).

[1]) § 279 BGB.: Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.

[2]) § 252 BGB.: Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.

Gemeinsam für Abschn. 1 und 2 zu beachten ist, daß Gewährleistungsansprüche, sei es auf Mängelbeseitigung, Wandlung, Minderung oder Schadensersatz, nach erfolgter Abnahme dann ausgeschlossen sind, wenn der Mangel auf höhere Gewalt zurückzuführen ist, es sei denn, daß auch hierfür Garantie übernommen ist. Höhere Gewalt ist ein zufälliges, d. h. also unverschuldetes Ereignis, das nach den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen, auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwenden noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist. So RG. Bd. 48 S. 409 und Komm. d. RGR. Note 2 zu § 203.

3. Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche.

Will der B. Gewährleistungsansprüche gegen den U. erheben, so hat er ihm zunächst den behaupteten Mangel bekanntzugeben (Mängelrüge) und ihn zur Beseitigung aufzufordern. Dabei hat er ihm selbstverständlich eine Besichtigung zwecks Prüfung der abgenommenen Bauleistung zu gestatten. Die Mängelrüge ist nicht erforderlich, wenn der Mangel dem B. bekannt ist. Kommt der U. der an ihn gerichteten Aufforderung zur Beseitigung des Mangels ordnungsgemäß nach, so ist insoweit der Gewährleistungsanspruch wegen der geltend gemachten Mängel durch Erfüllung erledigt. Stellen sich hinterher andere Mängel heraus, so können diese in gleicher Weise geltend gemacht werden, solange die Gewährleistungsansprüche des B. nicht verjährt sind. Auf eine wiederholte Nachbesserung wegen desselben Mangels braucht sich der B. nicht einzulassen. Dagegen kann der B. falls der U. mit der Beseitigung des Mangels in Verzug geraten ist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen (§ 633 Abs. 3 BGB.). Hat er dagegen dem U. die in § 634 BGB. geforderte angemessene Frist unter gleichzeitiger Androhung der Ablehnung gestellt, so beschränken sich seine Gewährleistungsansprüche auf die Wandelung oder Minderung im Falle des § 634 BGB. oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter den oben S. 114 angegebenen Voraussetzungen des § 635 BGB. Das Recht zur eigenen Mängelbeseitigung steht dem B. nur im Falle des Verzuges des U. zu, d. h. wenn dieser zwar zur Mängelbeseitigung aufgefordert ist,

[1]) § 254 BGB.: Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

ohne daß ihm bereits die angemessene Frist unter gleichzeitiger Androhung der Ablehnung der Mängelbeseitigung gesetzt zu sein braucht. Beseitigt der B. Mängel, ohne daß der U. mit ihrer Beseitigung im Verzuge war, so kann er Ersatz der Aufwendungen nur nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (677 ff. BGB.) oder über ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 ff BGB.) verlangen, d. h. sein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen kann niemals über den Betrag hinausgehen, den der U. selbst zur Beseitigung der Mängel aufzuwenden gehabt hätte.

Gerät der U. nach erfolgter Abnahme in Konkurs oder in ein gerichtliches Vergleichsverfahren, so ist zu unterscheiden, ob der B. seine Vertragsleistung bereits erfüllt hat oder nicht, d. h. ob der für die Bauleistung vereinbarte Preis bereits vollständig bezahlt ist. Ist dies nicht der Fall, so kann im Falle des Konkurses der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. an Stelle des in Konkurs geratenen U. den Vertrag erfüllen; im Falle des gerichtlichen Vergleichsverfahrens bleibt das Vertragsverhältnis gemäß § 4 der Vergleichsordnung von dem Verfahren grundsätzlich unberührt; doch können beide Vertragsteile gemäß § 28 VO. innerhalb von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung des Beschlusses über die Eröffnung des Vergleichsverfahrens bei dem Vergleichsgericht den Antrag stellen, sie zur Ablehnung der weiteren Erfüllung zu ermächtigen. Lehnt der U. auf Grund einer solchen Ermächtigung die Mängelbeseitigung ab, so erlangt der B. auf Grund des § 30 VO. einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wegen dessen er am Vergleichsverfahren beteiligt ist. Die Höhe dieses Schadensersatzanspruchs muß aber sinngemäß auf den Betrag beschränkt werden, den der B., sei es auf Grund eigener Schadensbeseitigung auf Grund des § 633 Abs. 3 BGB, sei es auf Grund der Wandelung oder Minderung auf Grund des § 634 BGB., hätte geltend machen können, wenn es nicht zum Vergleichsverfahren gekommen wäre. Ein unbeschränkter Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nur dann gewährt werden, wenn die Voraussetzungen des § 635 BGB. vorliegen, und zwar deshalb, weil die Stellung des B. durch das Vergleichsverfahren nicht verbessert werden darf. Wird der Anspruch auf Mängelbeseitigung vom B. erhoben, nachdem er seinerseits den Vertrag erfüllt, d. h. also die ihm obliegenden Zahlungen geleistet hat, so bleibt sein Gewährleistungsanspruch bestehen, jedoch wird er gemäß § 69 KO. nach dem Schätzungswerte in einen Geldanspruch umgewandelt, der dann als gewöhnliche Konkursforderung geltend zu machen ist. Bei der Schätzung des Wertes sind die Kosten zu berücksichtigen, die die Mängelbeseitigung erfordert. Gleiches gilt für das Vergleichsverfahren (vgl. Busch-Krieg, Konk.-Ordng. 1929, Note 2 zu § 4 VO.).

Die Gewährleistungsansprüche sind auch zeitlich begrenzt. Sie unterliegen der Verjährung, d. h. der U. ist berechtigt, die Erfüllung der Gewährleistungsansprüche wegen Ablaufs der Verjährungsfrist zu verweigern. Während die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB. 30 Jahre beträgt, ist sie für den Bau- wie überhaupt für den Werkvertrag durch § 638 BGB.[1]) auf 6 Monate bzw. 1 Jahr und bei Bauwerken auf 5 Jahre seit der Abnahme abgekürzt. Es bleibt den Parteien aber überlassen, die Verjährungsfrist durch Vereinbarung zu verlängern. Für das Gebiet des Bauvertrages kommt die 6monatige Verjährungsfrist in Frage bei Anfertigung von Baumaterialien und Lieferung von Bauleistungen, vgl. A § 1 VOB., jedoch nur insoweit, als diese nicht aus Anlaß von Arbeiten des Lieferanten an einem Grundstück oder zur Herstellung eines Bauwerkes durch ihn erfolgen.

Die für Arbeiten an einem Grundstück vorgesehene einjährige Verjährungsfrist kommt überall da zur Anwendung, wo die Arbeiten am Grundstück nicht zur Herstellung eines Bauwerks (vgl. A § 1) führen. So also z. B. bei reinen Erdbewegungsarbeiten, bei Herstellung einer Drainage, bei der die feste Verbindung der Röhren mit dem Erdboden fehlt (RG. JW. 1908, S. 657; SeuffArch. 67, Nr. 46; Gruch. 53, S. 81), ferner bei Herstellung von Gartenanlagen, weil hier nur der Erdboden umgestaltet wird (RG. Bd. 30, S. 153), ferner bei Herstellung eines Bohrlochs, sei es mit oder ohne Verbindung mit der Lieferung und Einführung eines Saugrohrs sowie die Herstellung eines Brunnens überhaupt, wenn dabei nicht die Herstellung von Mauerwerk oder ein wirkliches Bauen erforderlich ist (RG. Gruch. 59, S. 124 und RG. Bd. 30, S. 153). Für die fünfjährige Verjährungsfrist ist über den Begriff des Bauwerkes auf die Erläuterung zu A § 1 zu verweisen.

Die abgekürzte Verjährungsfrist des § 638 BGB. greift immer nur da Platz, wo es sich um den Gewährsleistungsanspruch wegen eines bestimmten Mangels handelt. Hat dieser Mangel jedoch in Verbindung mit einem hinzutretenden selbständigen Ereignis zu einem Schaden geführt, der über den unmittelbar infolge des Mangels selbst entstandenen Schaden hinausgeht, so ist für diesen Schadensersatzanspruch nicht die abgekürzte Verjährungsfrist des § 638 BGB., sondern die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB. maßgebend. So verjährt der Anspruch wegen des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß aus einem vom U. hergeleiteten Abzugsrohr Feuchtigkeit in das Mauerwerk des Hauses eingedrungen ist und Hausschwamm hervorgerufen hat, in 30 Jahren (RG. Warn. 1920, Nr. 33). Das gleiche gilt, wenn z. B. der Sturm ein mangelhaft befestigtes Dach abreißt und hierdurch andere Sachen oder Teile des Gebäudes beschädigt werden.

Besondere Behandlung bedarf die Verjährung für den Fall, daß nach dem Bauvertrage eine Garantie vereinbart worden ist. Ist keine selbständige Garantie verabredet, so enthält die Vereinbarung einer Garantie nur die Zusicherung, für vertragsmäßige Herstellung der Bauleistung einstehen zu wollen. Die Gewährleistung geht hier nicht über den gesetzlichen Umfang hinaus und die Verjährungsfrist beginnt mit der Ab-

[1]) § 638 BGB., siehe S. 95.

nahme (RG. Bd. 71, S. 173). Ist jedoch in derselben Weise Garantie übernommen und dazu eine bestimmte Garantiefrist vereinbart, so hat dies die Bedeutung, daß die Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht wie regelmäßig mit der Abnahme beginnt, sondern erst mit dem Auftreten des Mangels innerhalb der Garantiefrist. Während also bei der regelmäßigen gesetzlichen Gewährleistung Voraussetzung für den Gewährleistungsanspruch das Bestehen des Mangels zur Zeit der Abnahme ist, hat der U. bei Vereinbarung einer Garantiefrist auch für Mängel einzustehen, die erst nach der Abnahme jedoch innerhalb der Garantiefrist infolge vertragswidriger Bauleistung auftreten dergestalt, daß nunmehr vom Auftreten des Mangels ab die gesetzliche Verjährungsfrist zu laufen beginnt (vgl. Staudinger S. 977 und die dort angeführte Judikatur). Ist die Garantie eine selbständige, d. h. geht sie über die regelmäßige Verpflichtung zu vertragsmäßiger Ausführung hinaus, oder garantiert der U. einen bestimmten Erfolg seiner Bauleistung, so kommt nicht die abgekürzte Verjährungsfrist des § 638 BGB., sondern die 30jährige Verjährungsfrist zur Anwendung, weil erstere nur für die darin angegebenen Ansprüche Geltung hat.

Die einmal in Lauf gesetzte Verjährungsfrist kann gehemmt oder unterbrochen werden. Die Hemmung hat zur Folge, daß die während der Hemmung verlaufene Zeit auf die Verjährungsfrist nicht angerechnet wird (§ 205 BGB.). Hemmungsgründe sind in § 202 (Stundung), § 203 (Höhere Gewalt) und § 639 Abs. 2 BGB.[1]) angegeben. Eine Unterbrechung der Verjährung, d. h. in dem Sinne, daß nach Beendigung der Unterbrechung die maßgebliche Verjährungsfrist von Anfang an neu zu laufen beginnt, tritt nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen ein (§ 209)[2]). Zu diesen Unterbrechungsgründen gehört nach § 639 BGB. auch die Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens gemäß § 485 ff. ZPO.[3]). Auch geschieht es häufig, daß nach erfolgter Mängelrüge zwischen den Parteien über das Vorhandensein und über die Beseitigung des

[1]) § 639 Abs. 2 BGB.: Unterzieht sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung solange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

[2]) § 209 BGB.: Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteils Klage erhebt.

Der Erhebung der Klage stehen gleich:

1. die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren;
2. die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse;
3. die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse;
4. die Streitverkündung in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt;
5. die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung.

[3]) Vgl. S. 122.

Mangels verhandelt wird, und daß diese Verhandlungen sich über den Ablauf der Verjährungsfrist hinaus erstrecken. Hier würde der B. geschädigt werden, wenn dem U. trotz der gepflogenen Verhandlungen unbeschränkt der Verjährungseinwand zugebilligt würde. Vielmehr kommt es in derartigen Fällen darauf an, ob der U. strikt und bedingungslos das Vorhandensein des Mangels in Abrede gestellt und seine Beseitigung verweigert hat, oder ob er während der Verhandlungen die Möglichkeit offen gelassen hat, daß er, wenn auch unter Wahrung seines grundsätzlich ablehnenden Standpunktes, gewillt sei, den Gewährleistungsanspruch in der Hauptsache zu befriedigen, oder ob er gar das Vorhandensein des Mangels in irgendeiner Weise anerkannt hat, so daß der B. Grund zu der Annahme haben durfte, der U. werde auch ohne Einleitung eines Rechtsstreits seiner Gewährpflicht nachkommen. Vgl. hierüber JW. 1919, S. 102 und S. 304; Warn. Bd. 14, Nr. 326 und RG. Bd. 115, S. 135. Bestand nach dem Inhalt jener Verhandlungen die Möglichkeit der freiwilligen Erfüllung der Gewährleistungspflicht, so steht dem B. gegenüber dem Verjährungseinwande die Einrede der Arglist gegenüber, d. h. der Verjährungseinwand greift unter den angegebenen Voraussetzungen nicht durch, wenn die Klage auf Erfüllung der Gewährleistungspflicht nach Beendigung der gepflogenen Verhandlungen innerhalb einer angemessenen Frist erhoben worden ist. War die Verjährungsfrist aber bei der Mängelrüge oder bei Einleitung der Verhandlungen über den Gewährleistungsanspruch bereits abgelaufen, so kann auch die Einrede der Arglist nicht durchgreifen.

Ist der Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist gerügt, so kann der B. auch nach eingetretener Verjährung die Bezahlung der noch nicht entrichteten Baupreisforderung insoweit verweigern, als er auf Grund seines Gewährleistungsanspruchs vorher dazu berechtigt gewesen ist (§§ 639, 478 BGB.).

B. Gewährleistungsanspruch nach der VOB.

Zum Verständnis von B VOB. § 13 über die Gewährleistung ist die Kenntnis des Begriffs und der gesetzlichen Vorschriften des BGB. über die Gewährleistung erforderlich, weil die VOB. nicht eine von dem Gesetz völlig verschiedene Regelung der Gewährleistung vornimmt, sondern die gesetzlichen Vorschriften lediglich abändert oder für das Vertragsgebiet der VOB. nochmals ausdrücklich bestätigt. Die folgenden Ausführungen sind überall da, wo nicht besondere Abweichungen erwähnt werden, durch die zuvor unter A I—III enthaltenen Ausführungen zu ergänzen. Im einzelnen ist folgendes zu sagen:

B § 13 Ziff. 1 bestimmt die grundsätzliche Gewährleistungspflicht des U. und entspricht dem § 633 Abs. 1 BGB. An Stelle der gesetzlichen Bestimmung, wonach das Werk nicht mit Fehlern behaftet sein darf, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern", hat Ziff. 1 die für den Bauvertrag fraglos einfachere und zutreffendere Formulierung

gewählt, daß die Bauleistung den anerkannten Regeln der Technik[1]) entsprechen müsse. Selbstverständlich ist es auch unter der Herrschaft der VOB. zulässig, mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des konkreten Bauvorhabens in den Besonderen Bedingungen eine Verschärfung oder Abschwächung der Gewährleistungspflicht des U. gegenüber B § 13 Ziff. 1 VOB. zu vereinbaren, insbesondere ist auch hier die Übernahme einer Garantie in dem verschiedenen oben zu A Ziff. 1 angegebenen Sinne möglich.

Ziff. 2 enthält keine Besonderheit gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen. Die Vorschrift findet sich in den werkvertragsrechtlichen Bestimmungen des BGB. nicht, ist vielmehr der Vorschrift des § 494 BGB. über den Kauf nach Probe entlehnt.

Ziff. 3 findet sich in den gesetzlichen Werkvertragsbestimmungen ebenfalls nicht ausdrücklich, entspricht aber auch außerhalb des Gebietes der VOB. den durch Praxis und Rechtsprechung gebildeten Rechtsgrundsätzen.

Ziff. 4 enthält eine Abänderung der gesetzlichen Verjährungsfristen des § 638 BGB., weil dies für das Gebiet des Bauvertrages in der vorgenommenen Weise gerechtfertigter erschien, als die gesetzlichen Vorschriften. So wird grundsätzlich für Bauwerke eine zweijährige Verjährungsfrist vollkommen ausreichen, wenn berücksichtigt wird, daß regelmäßig eine genaue Abnahme und damit eine Feststellung etwa vorhandener Mängel erfolgen kann. Die dreijährige Verjährungsfrist für Holzerkrankungen ist dem Umstande angepaßt, daß die Folgen solcher Holzmängel bei der Abnahme nicht immer sogleich erkennbar sind, sondern erst später hervortreten. Diese Verjährungsfrist ist maßgebend, gleichgültig ob es sich um bloße Lieferungen handelt oder ob die Holzerkrankungen an einem Bauwerke oder bei Arbeiten an einem Grundstück auftreten, für welche im übrigen die zwei- bzw. einjährige Verjährungsfrist maßgebend ist. Daß die Verjährung mit der Abnahme beginnt, entspricht der gesetzlichen Vorschrift des § 638 BGB. Auch hier sind besondere anderweite Vereinbarungen zulässig, insbesondere kann eine Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB. oder eine Abkürzung der Verjährungsfrist gemäß § 225 S. 2 BGB. vorgenommen werden. Lediglich eine Vereinbarung, durch welche die Verjährung ausgeschlossen werden soll, ist hier, wie überall, nach der Vorschrift des § 225, S. 1, BGB. unzulässig. Weiter ist auch für das Gebiet der VOB. die Vereinbarung von Garantiefristen zulässig mit der Wirkung, daß die maßgebliche Verjährungsfrist alsdann nicht mit der Abnahme, sondern erst mit dem Hervortreten des Mangels innerhalb der Verjährungsfrist beginnt. Vgl. oben S. 118.

Ziff. 5 entspricht wiederum vollständig der Vorschrift des § 633 Abs. 2 und 3; nur verdient hervorgehoben zu werden, daß die Formulierung von Ziff. 5 Abs. 1 insofern nicht glücklich erscheint, als der Eindruck erweckt wird, es komme für den Anspruch auf Mängelbeseitigung nur darauf

[1]) Vgl. oben S. 57.

an, daß die Beseitigung des Mangels innerhalb der Verjährungsfrist schriftlich verlangt werde. Dies genügt jedoch nicht, um den Mängelbeseitigungsanspruch oder die sonstigen nach der VOB. gewährten Gewährleistungsrechte zu erhalten, sondern die Verjährung muß, wenn dem Verlangen des B. nach Mängelbeseitigung nicht Folge geleistet wird, vorbehaltlich des S. 119 Gesagten noch vor Ablauf der Verjährungsfrist mindestens durch Klageerhebung unterbrochen werden. Auch der in Ziff. 5 Abs. 2 gewährte Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Mängelbeseitigung muß innerhalb der Verjährungsfrist klageweise geltend gemacht werden.

Ziff. 6 statuiert auch das nach § 634 BGB. begründete Recht auf Minderung der Vergütung, jedoch muß nach der Fassung der Ziff. 6 angenommen werden, daß der Minderungsanspruch dem B. nicht wie nach § 634 Abs. 1 BGB. erst nach vorheriger Setzung einer angemessenen Frist unter gleichzeitiger Androhung der Ablehnung der Mängelbeseitigung entsteht, sondern daß er auch o h n e eine solche F r i s t s e t z u n g jedoch nur unter den in Ziff. 6 selbst erwähnten Voraussetzungen zulässig ist, nämlich

a) daß die Beseitigung des Mangels nach Lage der Dinge unmöglich ist,
b) sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert und deshalb vom U. verweigert wird.

Glücklich erscheint diese Bestimmung insofern nicht, als nicht klargestellt ist, ob der B. den Minderungsanspruch auch dann hat, wenn der U. die Mängelbeseitigung ablehnt, ohne daß sie durch unverhältnismäßig hohen Aufwand erforderlich wäre, der B. andererseits aber von seinem Recht auf eigene Mängelbeseitigung gemäß Ziff. 5 Abs. 2 keinen Gebrauch machen kann, oder er hieran kein Interesse hat. Der Zweifel wird dahin zu klären sein, daß dem B. alsdann der Minderungsanspruch ebenfalls zu gewähren ist, weil dies durch § 634 Abs. 2 BGB. bestimmt ist und die gesetzlichen Vorschriften, wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen, durch die VOB. nur da ausgeschlossen werden, wo sie dies ausdrücklich bestimmt.

Nicht erwähnt wird in B § 13 das nach dem Recht des BGB. zulässige W a n d l u n g s r e c h t. Nach dem oben Gesagten kann nicht schlechtweg angenommen werden, daß die VOB. die Wandelung grundsätzlich hat ausschließen wollen[1]). Bauleistungen, für welche die VOB. geschaffen ist, sind nach den Erläuterungen zu A § 1 auch Lieferung von Baustoffen und Bauteilen, bei denen eine Wandelung weder rechtlich noch tatsächlich irgendwelche Schwierigkeiten bereitet. Dagegen kann angenommen werden, daß die VOB. in dem Bestreben nach Schaffung einfacher und der Billigkeit entsprechenden Vertragsbestimmungen, die Wandelung da hat ausschließen wollen, wo sie für das Bauvertragsrecht garnicht oder nur schlecht paßt, nämlich dort, wo es sich um die Herstellung

[1]) Die Ansicht von Roß, Werkmängelrecht der VOB. S. 18 erscheint hier nicht unbedingt zutreffend.

eines Bauwerkes handelt, und die auf Grund der Wandelung vorzunehmende Rückgewähr der Leistung des U. tatsächlich oder wirtschaftlich unmöglich erscheint. Vgl. hierüber das oben S. 112/13 Gesagte.

Ziff. 7 enthält einerseits eine Bestätigung und andererseits eine Einschränkung des im § 635 BGB. aufgestellten Grundsatzes, wonach bei verschuldetem Mangel der B. Anspruch auf Schadensersatz hat. Dieser Anspruch ist anders als in § 635 BGB. nicht an die Stelle des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs gesetzt, sondern geht nach Ziff. 7 neben diesen Ansprüchen einher. Andererseits ist aber Voraussetzung, daß es sich um einen wesentlichen Mangel handelt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Im Interesse der Klarheit wäre das Wort „wesentlich" besser weggelassen worden, weil ein die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigender Mangel immer wesentlich ist. Ferner ist der Schadensersatzanspruch nur auf den unmittelbaren — selbstverständlich nachzuweisenden — Schaden unter Ausschluß des entgangenen Gewinns beschränkt.

C. Die Sicherung des Beweises von Mängeln.

Schon während der Bauausführung sowie nach ihrer Beendigung kann es notwendig werden, den Zustand der Arbeiten oder Lieferungen festzustellen, weil er durch nachfolgende Ereignisse wie anschließende Arbeiten oder Ingebrauchnahme verwischt zu werden droht. Ein Mittel hierzu bietet der Antrag auf Vornahme der gerichtlichen Beweissicherung gemäß § 485 ff. ZPO.[1]). Die Beweissicherung durch das ordentliche Gericht, und zwar das Amtsgericht, ist auch dann zulässig, wenn wie nach B § 18 VOB. für Rechtsstreitigkeiten allgemein das Schiedsgericht zuständig ist, und zwar deshalb, weil es sich im Beweissicherungsverfahren noch nicht um die Entscheidung von Streitigkeiten handelt, und das hierfür zuständige Schiedsgericht an das Ergebnis der Beweissicherungsverfahrens nicht unbedingt gebunden ist. Ist der Rechtsstreit selbst bereits vor dem ordentlichen Gericht anhängig, so ist dieses stets auch für die Beweissicherung zuständig. Diese erfolgt durch Einsichtnahme des Augenscheins durch das Gericht, durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen über diejenigen Tatsachen, deren Beweis gesichert werden soll. Für das Gebiet des Bauvertrages kommt vor allem die gutachtliche Vernehmung von Sachverständigen in Frage und zwar ist das Gericht bei der Auswahl der Sachverständigen an den Antrag der betreibenden Partei gebunden. Andere als die im Beweisantrage benannten Sachverständigen darf das Gericht nicht hören. Dabei läuft aber die Partei Gefahr, daß im nachfolgenden Rechtsstreit der Sachverständige wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und sein Gutachten nicht verwertbar wird, wenn er als Privatgutachter oder Berater der Partei tätig geworden ist. In der Praxis werden die Zulässigkeitsgrenzen des § 485 ZPO. häufig überschritten. Insbesondere ist bei der Beweissicherung von Mängeln der Arbeit oder Lieferung, soweit nicht das Einverständnis des Gegners vorliegt oder der Verlust des Beweismittels (Zeugen oder Sachverständigen) selbst zu besorgen ist, die rechtliche Zulässigkeit dadurch begrenzt, daß lediglich der „gegenwärtige Zustand einer Sache" — sei es der durch die Bauleistung herzustellenden oder zu liefernden oder der zum Zwecke der Bauleistung benutzten — Gegenstand der Beweissicherung sein kann. Im übrigen kann auf die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 485 ff. selbst verwiesen werden.

[1]) § 485 ZPO.: Auf Gesuch einer Partei kann die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zur Sicherung des Beweises angeordnet werden. Der Antrag ist nur zulässig, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde, oder wenn der gegenwärtige Zustand einer Sache festgestellt werden soll und der Antragsteller ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung hat.

B § 14. Rechnung.

1. Der Auftragnehmer hat die Rechnung übersichtlich aufzustellen und dabei die Reihenfolge der Posten und die Bezeichnungen der Vertragsunterlagen einzuhalten. Massenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege sollen beigefügt werden (prüfungsfähige Rechnung); Abänderungen und Nachbestellungen sind unter Hinweis auf die getroffenen Vereinbarungen besonders kenntlich zu machen oder auf Verlangen getrennt abzurechnen.

2. Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzunehmen. Die Aufmaßbestimmungen in den Technischen Vorschriften und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten. Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, hat der Auftragnehmer rechtzeitig gemeinsame Feststellung zu beantragen.

3. Wenn nichts anderes bestimmt ist, muß bei Bauleistungen mit einer vertraglichen Ausführungsfrist von höchstens 3 Monaten die Rechnung spätestens 12 Werktage nach Fertigstellung eingereicht werden; diese Frist wird um je 6 Werktage für je weitere 3 Monate Ausführungsfrist verlängert. Die Rechnungen über etwaige Nebenaufträge sind gleichzeitig einzureichen.

4. Wird eine prüfungsfähige Rechnung trotz Stellung einer Nachfrist nicht eingereicht, so kann sie der Auftraggeber auf Kosten des Auftragnehmers selbst aufstellen, wenn er dies gleichzeitig mit der Setzung der Frist angedroht hat.

Die Rechnungserteilung hat den Zweck, dem B. für die Preiszahlung die erforderliche Nachprüfung zu erleichtern, ob der U. die Bauleistungen entsprechend dem erteilten Auftrage, insbesondere dem zugrunde liegenden Leistungsverzeichnis ausgeführt hat (vgl. B § 16 Ziff. 1 S. 2). In erster Linie erfüllt die Rechnungserteilung diesen Zweck bei der Vergebung zu Einheitspreisen. Aber auch bei der Vergebung zum Pausch-

preise ist die Rechnungserteilung nicht bedeutungslos, wenn je nach dem Fortschritt der Bauleistung Abschlagszahlungen zu leisten sind. Die Vorschrift der Ziff. 1 bestimmt, was zu einer prüfungsfähigen Rechnung gehört. Wird diese Vorschrift nicht beachtet, insbesondere die Reihenfolge der Posten des Leistungsverzeichnisses willkürlich nicht beobachtet oder werden vorhandene Belege nicht beigefügt, so daß die Prüfung erschwert oder unmöglich gemacht wird, so liegt eine prüfungsfähige Rechnung nicht vor. Da der B. zur Zahlung, gleichgültig ob es sich um Abschlags- oder Schlußzahlungen handelt, erst in der Lage ist, wenn er die prüfungsfähige Rechnung erhalten hat, so wird vorher seine Zahlungsverpflichtung nicht fällig. Der B. kann mit ihr vorher nicht in Verzug geraten. Durch die besonderen Bedingungen kann vorgeschrieben werden, daß die prüfungsfähigen Rechnungen in mehrfacher Ausfertigung einzureichen sind.

Um die nach **Ziff. 2** möglichst gemeinsame Vornahme der für die Abrechnung notwendigen Feststellungen nicht zu vereiteln, hat der U. dem B. Gelegenheit zur Vornahme der Feststellungen zu geben, ihn z. B. darauf hinzuweisen, daß er die Feststellungen allein vornehmen werde, wenn der B. sich innerhalb angemessener Zeit nicht zur Teilnahme bereit erklärt. Handelt es sich um Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, z. B. Dichtungsarbeiten, die infolge späterer Betonarbeiten nicht mehr besichtigt werden können, so hat der U. vor Inangriffnahme der weiteren Arbeiten nach Ziff. 2 S. 3 die gemeinsame Feststellung bei dem B. zu beantragen. Die Aufmaßbestimmungen der C VOB. sind nach Ziff. 2 S. 2 zu beachten, und zwar mangels anderweiter Vereinbarungen auch dann, wenn etwa im Vertrage lediglich die allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB. zugrunde gelegt sein sollten. Dies deshalb, weil die Bestimmungen der VOB. als der Niederschlag des im Baugewerbe Üblichen und Angemessenen anzusehen sind.

Die Vorschrift der **Ziff. 3** soll, obwohl der U. in erster Linie Interesse an baldiger Bezahlung hat, auch zugunsten des B. Vorsorge dafür treffen, daß die Abrechnung so schnell wie möglich erledigt wird. Allerdings ist es grundsätzlich ohne rechtliche Bedeutung, wenn die in Ziff. 3 bestimmten Fristen nicht innegehalten werden. Der B. ist lediglich berechtigt, dem U. eine angemessene Nachfrist zur Einreichung der prüfungsfähigen Rechnung zu setzen. Die weitere Folge ist in **Ziff. 4** angegeben. Der B. kann hiernach auf Kosten des U. die Rechnung selbst aufstellen, wenn er dies gleichzeitig mit der Setzung der Frist angedroht hat. Macht der B. von diesem Recht Gebrauch, so treten aber auch andere Nachteile als die in Ziff. 4 angegebenen nicht ein. Der B. kann lediglich die für die Rechnungsaufstellung aufgewendeten Kosten, allgemeine und besondere Bürounkosten, ferner Vergütungen an besonders eingestellte Rechnungspersonen oder Sachverständige vom U. erstattet verlangen und im Ablehnungsfalle von dessen Guthaben in Abzug bringen. Dagegen hat Ziff. 4 nicht etwa die Bedeutung, daß nunmehr die vom B. aufgestellte Rechnung für die Höhe der Baupreisforderung unbedingt maßgebend wäre. Dem U. steht es frei, durch selbständige Aufstellung einer eigenen Rechnung

den Nachweis zu erbringen, daß seine Ansprüche gegen den B. höher sind, als die ihm vom B. zugebilligten. Lediglich wenn der U. nach Erlangung der Kenntnis der vom B. aufgestellten Rechnung gegen diese keinerlei Einwendungen erhebt, oder die daraufhin an ihn geleistete Zahlung ohne Widerspruch oder Vorbehalt annimmt, so wird man aus seinem Stillschweigen regelmäßig den Schluß ziehen dürfen, daß er die Rechnungsaufstellung des B. als zutreffend anerkennen will, es sei denn, daß Umstände vorliegen, die sein Einverständnis unwahrscheinlich machen, insbesondere etwa ganz unangemessene und offenbar ungerechtfertigte Auslassungen oder Streichungen von Leistungsposten. Vgl. aber B § 16 Ziff. 2 Abs. 2.

B § 15. Stundenlohnarbeiten.

1. Stundenlohnarbeiten werden nach den vereinbarten Stundenlohnsätzen vergütet; sind solche nicht vereinbart, so gelten die ortsüblichen Sätze; wenn auch solche fehlen, werden zu den tariflichen Löhnen angemessene Zuschläge nach Ziff. 2 vergütet. Für Überstunden und Sonntagsarbeiten werden zu den tariflichen Sondervergütungen, die den Arbeitnehmern zustehen, entsprechende Zuschläge im gleichen Verhältnis gewährt wie zu den tariflichen Löhnen. Auf Fahr- und Zehrgelder, die nach den Tarifen den Arbeitnehmern zustehen, werden keine Zuschläge gewährt.

2. In den Stundenlohnsätzen ist mitenthalten: die Vergütung für Geschäftsunkosten und Gewinn und für das Vorhalten der notwendigen Geräte, Gerüste und Werkzeuge mit Ausnahme größerer Außengerüste und der Innengerüste von mehr als 4 m Höhe. Erfordern besonders geartete Stundenlohnarbeiten außergewöhnlichen Verschleiß an Werkzeugen, höhere und besondere Geräte, Maschinen oder andere Einrichtungen, so ist von Fall zu Fall vorher eine entsprechende Vergütung zu vereinbaren.

3. Es wird nur die eigentliche Arbeitszeit vergütet, wenn nicht nach den tariflichen Vereinbarungen dem Arbeiter noch Fahr- oder Laufzeit vergütet werden muß.

4. Verlangt der Auftraggeber, daß die Stundenlohnarbeiten durch einen Polier oder Vorarbeiter beaufsichtigt werden, so hat er den hierfür festgesetzten Stunden- oder Tagelohn zu vergüten; andernfalls wird auf je 15 Gesellen-, Arbeiter- oder Lehrlingsstunden eine Polier- oder Vorarbeiterstunde angesetzt.

5. Werkstoffe, Bauhilfs- und Betriebsstoffe sollen, wenn für sie keine Preise vorher vereinbart worden sind, nach den zur Zeit der der Lieferung gültigen Tagespreisen berechnet werden; diese dürfen jedoch nicht mehr als 10 v. H. über den Marktpreisen des Kleinhandels liegen.

6. Dem Auftraggeber ist die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzuzeigen. Über die geleisteten Arbeitsstunden und die dabei verwendeten, besonders zu vergütenden Werkstoffe, Bauhilfs-

und Betriebsstoffe, Gerüste, Geräte, Maschinen, Werkzeuge u. dgl. sind werktäglich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen. Die Stundenlohnzettel sind mit der Bescheinigung des Auftraggebers unverzüglich zurückzugeben. Sie gelten nach Ablauf von 6 Werktagen nach der Einreichung als anerkannt, wenn sie nicht bis dahin als nicht anerkannt zurückgegeben oder schriftlich Einwendungen erhoben worden sind.

7. Stundenlohnrechnungen sind nach Ablauf von spätestens je 12 Werktagen nach Beginn der Stundenlohnarbeiten einzureichen und alsbald zu bezahlen.

8. Wenn Stundenlohnarbeiten zwar als solche in Auftrag gegeben waren, aber über die Stundenlohnleistungen mangels rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel Zweifel bestehen, so kann der Auftraggeber verlangen, daß an Stelle einer Stundenlohnrechnung für die nachweisbar ausgeführte Leistung ein Einheits- oder Pauschalpreis vereinbart wird, der in einem angemessenen Verhältnis zu den übrigen Preisen des Angebots stehen muß. Im Streitfalle wird der Preis durch einen sachverständigen Unparteiischen endgültig festgesetzt, der nach § 18 Ziff. 3 zu bestellen ist.

Die Ausführung von Bauleistungen in Stundenlohn erfolgt regelmäßig nur bei außervertraglichen oder eiligen Arbeiten, denen die Aufstellung eines Kostenanschlags nicht vorangegangen ist. Die Berechnung des Preises geschieht hier ähnlich wie bei Ausführung von Leistungen zum Einheitspreise, nur daß hier als Einheit nicht Massen, sondern Arbeitsstunden zugrunde gelegt werden. Für diese Einheit wird der Stundenlohnsatz als Preis entweder vereinbart oder nach den ortsüblichen Sätzen festgesetzt. Beim Fehlen allgemein ortsüblicher Sätze setzt sich der Stundenlohnsatz aus dem Tariflohn, Geschäftsunkostenanteil, Gewinnanteil und Anteil für Vorhalten von Geräten und Werkzeugen zusammen. Ein Materialanteil ist nach dem Inhalt von B § 15 im Stundenlohnsatz nicht vorgesehen, vielmehr wird der wirkliche Verbrauch an Werkstoffen, Bauhilfs- und Betriebsstoffen vergütet, für dessen Preis gemäß Ziff. 5 der vereinbarte oder der zur Zeit der Lieferung maßgebliche Tagespreis als Einheitspreis in Ansatz gebracht wird. Der Gesamtpreis für die auszuführende Stundenlohnarbeit ergibt sich alsdann aus der Gesamtsumme der aufgewendeten Lohnstunden (Ziff. 3) zuzüglich des Preises für die aufgewendeten Materialien, Bauhilfs- und Betriebsstoffe (Ziff. 5).

Die übrigen Bestimmungen von B § 15 bezwecken eine Sicherung dahin, daß dem B. nicht mehr Lohnstunden oder Material in Ansatz gebracht wird, als tatsächlich aufgewendet sind. Die nach Ziff. 6 S. 1 vorgeschriebene Anzeige des Ausführungsbeginns hat wohl nur dann Bedeutung, wenn Stundenlohnarbeiten als außervertragliche Arbeiten neben einer vertraglichen Bauleistung ausgeführt werden. Erstreckt sich die ganze Leistung überhaupt nur auf Ausführung von Stundenlohnarbeiten, so besteht keine Gefahr der Verwechselung der beiden Ausführungsarten.

Dagegen sind die nach Ziff. 6 werktäglich einzureichenden Lohnstundenzettel bei allen Stundenlohnarbeiten einzureichen, so daß dem B. eine Übersicht und Kontrolle möglich gemacht wird. Werden diese Stundenlohnzettel nicht rechtzeitig eingereicht und entsteht infolgedessen Zweifel über den Umfang der Leistung, so entsteht gemäß Ziff. 8 das Recht des B., daß an Stelle der Stundenlohnrechnung für die Preisvereinbarung ein Einheits- oder Pauschalpreis zugrunde gelegt wird, der sich nach den Preisen der vertraglichen Leistung zu richten hat. Die nach Ziff. 8 S. 2 mögliche Anrufung des Unparteiischen zum Zwecke der endgültigen Festsetzung des Gesamtpreises besteht nur, wenn der Zweifel über den Leistungsumfang auf die ordnungswidrige Einreichung der Stundenlohnzettel zurückzuführen ist. Hält der B. sonst die in Ansatz gebrachten Lohnstunden für zu hoch, so kann die getroffene Vereinbarung, daß die Arbeit in Stundenlohn auszuführen sei, nicht dadurch gegenstandslos werden, daß der B. die Richtigkeit der Lohnstundenzahl in Zweifel zieht. In diesem Falle stehen dem U. vielmehr alle diejenigen Rechte zu, die ihm nach B § 18 bei Streitigkeiten mit dem B. überhaupt gewährt sind.

B § 16. Zahlung.

1. Abschlagszahlungen sind auf Antrag in Höhe der jeweils nachgewiesenen vertragsmäßigen Leistungen in möglichst kurzen Zeitabständen zu gewähren. Die Leistungen sind durch eine prüfungsfähige Aufstellung nachzuweisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung ermöglichen muß. Als Leistung gelten hierbei auch die angelieferten, aber noch nicht eingebauten Werkstoffe, wenn das Eigentum an ihnen dem Auftraggeber übertragen oder entsprechende Sicherheit gegeben wird. Vertragliche Gegenforderungen können einbehalten werden. Abschlagszahlungen sind möglichst rasch, spätestens 6 Werktage nach Einreichung der Aufstellung zu leisten.

Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluß auf die Haftung und Gewährleistung des Auftragnehmers; sie gelten nicht als Abnahme von Teilleistungen.

2. Die Schlußzahlung ist alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlußrechnung zu leisten, spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Einreichung. Die Prüfung der Schlußrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.

Die vorbehaltlose Annahme einer Schlußzahlung schließt Nachforderungen aus; früher gestellte, aber unerledigte Forderungen müssen nochmals vorbehalten werden. Ein Vorbehalt wird hinfällig, wenn nicht innerhalb von 12 Werktagen nach der Annahme der Schlußzahlung die Nachforderung in einer prüfungsfähigen Rechnung eingereicht oder, wenn das nicht möglich, der Vorbehalt eingehend begründet wird.

3. Selbständige Teilleistungen, für die eine Teilabnahme stattfindet, können ohne Rücksicht auf die Vollendung der übrigen Leistungen endgültig festgestellt und bezahlt werden.

4. Alle Zahlungen sind aufs äußerste zu beschleunigen.

Wird eine fällig gewordene Zahlung trotz Mahnung innerhalb gestellter Nachfrist nicht geleistet, so ist vom Ende der Nachfrist an das Guthaben nach dem Lombardzinssatz der Reichsbank zu verzinsen. Weitergehende Schadenersatzansprüche bleiben vorbehalten.

B § 16 trifft nur Sonderbestimmungen für den Fall der baren Zahlung des Vertragspreises. (Im Folgenden unter I.) Von praktischer Bedeutung sind aber auch die sonstigen Befriedigungsmöglichkeiten des U., nämlich die Aufrechnung sowie die Abtretung und Pfändung der Preisforderung. Diese sind im Anschluß an die Erörterung der Barzahlung unter II zu erörtern.

I.

Ziff. 1 setzt zunächst die der Übung im Baugewerbe entsprechende Abweichung von der gesetzlichen Regelung fest, nach welcher die Bezahlung des Preises erst bei der Abnahme zu erfolgen hat (641 BGB.[1]). Sie enthält aber nur den Grundsatz, daß Abschlagszahlungen nach Ausführung einzelner Teile der Vertragsleistung in möglichst kurzen Zeitabschnitten zu erfolgen haben. Wann solche Abschlagszahlungen im einzelnen tatsächlich fällig werden, ist in besonderen Bedingungen näher zu vereinbaren (vgl. A § 10 Ziff. 3 e). Daß es sich für die Fälligkeit von Abschlagszahlungen um in sich abgeschlossene Teilleistungen handeln müsse, ist nicht Voraussetzung. Werden Abschlagszahlungen vom B. unter Verletzung des durch Ziff. 1 S. 1 aufgestellten Grundsatzes nicht gewährt, so ist der U. berechtigt, zur Vornahme der Zahlung eine angemessene Frist zu stellen, nach deren fruchtlosem Ablauf er zur Kündigung gemäß B § 9 berechtigt ist. Die rechtliche Bedeutung der prüfungsfähigen Rechnung ist bereits bei B § 14 erörtert. Die Fälligkeit einer Zahlung kann vor Einreichung einer prüfungsfähigen Rechnung nicht eintreten, es sei denn, daß bestimmte Zahlungstermine vereinbart sind und aus den Umständen, insbesondere den besonderen Bedingungen zu entnehmen ist, daß die Einreichung der Rechnung nicht Voraussetzung für die Fälligkeit sein soll. Nach Ziff. 1 S. 3 sind für die Fälligkeit von Abschlagszahlungen auch angelieferte, jedoch noch nicht eingebaute Werkstoffe als erfolgte Leistung anzusehen, wenn dem B. das Eigentum daran übertragen oder entsprechende Sicherheit gegeben wird. Sinngemäß kann es zum Begriff der eingebauten Werkstoffe nicht gefordert werden, daß die Werkstoffe nach den Vorschriften des BGB., §§ 93—95 BGB., zum Bestandteil des Bauwerkes im weitesten Sinne

[1]) § 641 BGB.: Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.
Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist.

geworden sind. Auch soweit Bauteile nur zu dem vorübergehenden Zwecke der Ausführung der Bauleistung mit dieser in die nach dem Bauvertrage notwendige räumliche Beziehung gebracht worden sind, müssen sie als eingebaute Werkstoffe angesehen werden. Dies gilt, wenn sie überhaupt als vertragliche Leistung besonders vergütet werden, von errichteten Baubuden, aufgestellten Gerüsten, Bauzäunen, vorgenommenen Verschalungen, Absteifungsvorrichtungen, maschinellen Einrichtungen und dgl. Im übrigen fällt der Begriff der eingebauten Werkstoffe mit dem des Bestandteils nach dem BGB. zusammen. Diese eingebauten Werkstoffe sind bei Bauwerken mit dem Einbau in das Eigentum des Grundstückseigentümers, und wenn dies der B. ist, in dessen Eigentum übergegangen. Sind diese zu künftigen Bestandteilen des Bauwerks bestimmten Werkstoffe noch nicht eingebaut, so sind sie zunächst im Eigentum des U. bzw. des Lieferanten, der sich das Eigentum daran vorbehalten hat, verblieben. Die Hinschaffung auf die Baustelle bewirkt keinen Eigentumsübergang auf den B. oder den Grundstückseigentümer. Das Eigentum muß vielmehr erst durch Vertrag zwischen B. und U. auf ersteren übertragen werden. Zur Eigentumsübertragung ist gemäß § 929 BGB[1]) einmal die Einigung über den Eigentumsübergang und ferner die Besitzübergabe erforderlich. Die hiernach erforderliche körperliche Übergabe der Werkstoffe an den B. ist aber unpraktisch und untunlich, weil der U. mit ihnen zur Vollendung der Bauleistung weiter arbeiten soll. Die Eigentumsübertragung kann hier auch in der Weise erfolgen, daß die Werkstoffe im unmittelbaren Besitz des U. verbleiben, und anstelle der gemäß § 929 BGB. erforderlichen körperlichen Besitzübergabe gemäß § 930 BGB[2]) zwischen dem B. und dem U. ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der B. den mittelbaren Besitz an den Werkstoffen erlangt. Ein näheres Eingehen auf die Besitzlehre ist hier nicht möglich. Der mittelbare Besitz wird im § 868 BGB. erläutert. Die Begründung eines dort erwähnten Rechtsverhältnisses genügt, um bei der Übertragung von Sachen die an sich nach § 929 BGB. erforderliche körperliche Übergabe zu ersetzen. Für das Gebiet des Bauvertrages paßt offenbar nur die Begründung eines Verwahrungsverhältnisses zwischen U. und B. dergestalt, daß der U. die dem B. übereigneten Werkstoffe für ihn bis zum vertragsmäßigen Einbau verwahrt. Die einfachste Formel für die notwendige Übereignung würde etwa zu lauten haben: „Wir, B. und U., sind darüber einig, daß die auf der Anlage zu diesem Abkommen aufgeführten Werkstoffe auf mich, den B., übergehen sollen. Die Übergabe der genannten Werkstoffe ersetzen wir dadurch, daß U. sie von nun an in Verwahrung nimmt, bis sie dem zwischen uns

[1]) § 929 BGB.: Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

[2]) § 930 BGB.: Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

geschlossenen Bauvertrage gemäß eingebaut werden." Hierbei kann auch die Befugnis des U. vereinbart werden, daß er über die übereigneten Materialien im Rahmen einer geordneten Wirtschaft, sei es lediglich zum Zwecke des ihm übertragenen Bauvorhabens, sei es im Interesse eines fremden Bauvorhabens verfügen dürfe, wenn er gleichzeitig oder innerhalb bestimmter Frist die verbrauchten Materialien im gleichen Umfange und Werte durch andere ersetzt, die dann sofort in das Eigentum des B. übergehen sollen [1]).

Bei dieser Übereignung ist einmal darauf zu achten, daß der U. selbst Eigentum an den zu übereignenden Sachen erlangt haben muß, wenn die Übereignung gemäß § 930 BGB. dem B. tatsächlich Eigentum verschaffen soll. Hatte der Lieferant des U. sich das Eigentum daran noch vorbehalten, so reicht die Übereignung gemäß § 930 BGB. nicht aus, um dem B. Eigentum zu verschaffen. Die Eigentumsübertragung ist vielmehr hier überhaupt in Frage gestellt, weil gemäß § 933 BGB. [2]) eine später etwa vorgenommene tatsächliche körperliche Übergabe an den B. den Eigentumserwerb nicht mehr bewirken kann, wenn er bis dahin erfahren hat, daß der Lieferant des U. sich noch das Eigentum an den Werkstoffen vorbehalten hatte. In diesem Falle ist der B. nicht gesichert, er hat kein Eigentum erlangt. Vielmehr können die rechtsunwirksam übereigneten Werkstoffe im Konkurse des U. vom Konkursverwalter oder von seinen Gläubigern mittels Pfändung in Anspruch genommen werden, selbstverständlich vorbehaltlich des Interventionsrechts des wirklichen Eigentümers, des Lieferanten.

Weiterhin muß das oben angegebene Besitzverhältnis deutlich und bestimmt vereinbart sein. Es muß also gesagt werden, welches Vertragsverhältnis hinsichtlich des Besitzes künftighin gelten soll, d. h. z. B. die Verwahrung durch den U. Die einfache Erklärung des U., er wolle künftighin für den B. den Besitz ausüben, reicht zur Eigentumsübertragung nicht aus. Ein Besitzverhältnis im Sinne des § 868 BGB. liegt aber zwischen B. und U. dann vor, wenn die Werkstoffe auf das dem B. gehörige Grundstück geschafft worden sind. Hier ist der B. infolge seines unmittelbaren Besitzes am Grundstück auch unmittelbarer Besitzer der darauf befindlichen Werkstoffe des U., während dieser mittelbarer Besitzer wird (RG. Bd. 104 S. 93). Hier genügt zur Sicherungsübereignung die einfache Vereinbarung der Vertragsparteien, daß das Eigentum auf den B. übergehen soll (§ 929 S. 2 BGB.). Weiterhin ist eine so bestimmte Bezeichnung der übereigneten Werkstoffe nach Zahl oder Menge, Art oder Lagerort erforderlich, daß Zweifel über die Identität nicht bestehen können. Die Möglichkeit der bloßen Bestimmbarkeit der übereigneten Sachen genügt nicht. Es kann deshalb die Übereignung eines Teiles eines größeren

[1]) Vgl. hierüber Saenger, Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1929, S. 18 und 80.

[2]) § 933 BGB.: Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

Bestandes von Werkstoffen nicht in der Weise erfolgen, daß der Teil nur nach Mengen oder Werten bezeichnet wird, ohne nähere Angabe, um welche einzelnen körperlichen Gegenstände es sich handelt (RG. Bd. 52 S. 385; Bd. 103 S. 153; Bd. 113 S. 57). Ausreichend zur notwendigen Identifizierung wäre hierbei die Anbringung eines Schildes oder eine Abgrenzung gegenüber dem nicht übereigneten Bestande. Zu diesen Mitteln muß aber immer noch die Einigung und der Besitzübertragungsersatz hinzukommen, um eine rechtsgültige Übereignung zu bewerkstelligen. Die Anbringung des Schildes oder die Abgrenzung allein sind wirkungslos.

Die weitere Möglichkeit der Eigentumsübertragung gemäß § 931 BGB. [1]), bei welcher die nach § 929 BGB. grundsätzlich erforderliche Übergabe, falls ein Dritter im Besitze der Werkstoffe ist, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs des U. gegen den Dritten erfolgen könnte, kommt nach B § 16 zunächst nicht in Frage, weil Ziff. 1 als Leistung nur die bereits angelieferten Werkstoffe ansehen will. Andererseits bleibt es der Vereinbarung der Vertragsparteien durchaus überlassen, auch diese Form der Eigentumsübertragung zu wählen, wenn die Werkstoffe z. B. wegen Raummangels auf die Baustelle noch nicht angeliefert werden können. Auch hier ist aber, wie im Falle des § 930 BGB., vom B. darauf zu achten, daß der U. an den ihm durch Abtretung des Herausgabeanspruchs veräußerten Sachen selbst schon Eigentum besitzt. Anderenfalls ist auch hier die Eigentumserlangung durch den B. in entsprechender Weise wie oben dargelegt in Frage gestellt (§ 934 BGB.) [2]).

Bei allen gemäß Ziff. 1 oder sonst innerhalb des Rahmens eines Bauvertrages abgeschlossenen Sicherungsübereignungen des U. an den B. ist, um möglichst weitgehende Sicherung zu erlangen, erforderlich, daß dem U. durch besondere Vereinbarung die Verpflichtung zum Schutz gegen zufälligen Verlust oder Untergang der Werkstoffe auferlegt wird, insbesondere mittels Bewachung, Versicherung und Ersatzbeschaffung für abgängig gewordene Teile.

Die Fälligkeit von Abschlagszahlungen tritt innerhalb von sechs Tagen nach Einreichung der prüfungsfähigen Aufstellung ein. Ist die Zahlung am sechsten Werktage noch nicht erfolgt, so kann der B. eine kurze Nachfrist von etwa drei Tagen stellen. Nach Ablauf dieser Frist tritt die Verpflichtung zur Verzinsung und zum Schadensersatz gemäß Ziff. 4 ein.

Die Bestimmung von Abs. 2 Ziff. 1 enthält keine Abweichungen von der gesetzlichen Regel. Die Zahlung des Vertragspreises kann auch nach dem Gesetz Einfluß auf die Rechte des B. in bezug auf Haftung und Gewährleistung des U. haben, wenn in der Zahlung gleichzeitig ein still-

[1]) § 931 BGB.: Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

[2]) § 934 BGB.: Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

schweigender Verzicht auf derartige Rechte zu erblicken ist. Ob dies zutrifft, kann durch die Zahlung allein niemals dargetan werden. Der Vorschrift des Abs. 2 ist andererseits aber auch nicht die Bedeutung beizumessen, daß trotz Vorliegens von Umständen, die einen stillschweigenden Verzicht des B. begründen lassen, dieser Verzicht vom U. deshalb nicht geltend gemacht werden könnte, weil er u. a. auch durch die Abschlagszahlungen bestätigt wird.

Ziff. 2 setzt zunächst die Fälligkeit der Schlußzahlung auf spätestens zwei Monate nach der Einreichung der prüfungsfähigen Schlußrechnung fest. Diese Fälligkeit tritt, selbst wenn die Prüfung der Schlußrechnung innerhalb von zwei Monaten noch nicht abgeschlossen ist, mindestens insoweit ein, als das Guthaben des U. unbestritten oder soweit geklärt ist, daß Einwendungen dagegen nicht mehr möglich erscheinen.

Abs. 2 geht davon aus, daß der U., wenn er eine Schlußzahlung widerspruchslos annimmt, damit auf weitergehende Forderungen verzichten wolle. Um Klarheit darüber zu schaffen, ist ein ausdrücklicher Vorbehalt in bezug auf das Gegenteil vorgeschrieben. Dieser allein genügt aber nicht, sondern er wird wirkungslos, wenn er nicht innerhalb von 12 Werktagen nach der Annahme der Schlußzahlung durch prüfungsfähige Rechnung oder sonstige eingehende Begründung belegt wird. Der Vorbehalt selbst muß unverzüglich nach Annahme der Schlußrechnung erfolgen. Die 12tägige Frist ist nur für die Begründung des Vorbehalts vorgesehen. Man wird aber annehmen dürfen, daß, falls die Schlußzahlung wie üblich durch Überweisung erfolgt ist, der Vorbehalt spätestens innerhalb einer Woche nach Eingang derselben erklärt werden muß. Der Vorbehalt ist erforderlich, selbst wenn nach den bisherigen Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien zweifelsfrei ist, daß der U. zum Verzicht auf die Forderung nicht gesonnen erscheint.

Ziff. 3 enthält eine Unklarheit insofern, als nicht gesagt ist, ob die selbständigen und abgenommenen Teilleistungen auf Verlangen des U. bezahlt werden müssen. Man wird dies aber annehmen dürfen, weil die Vorschrift der Ziff. 3 sonst überhaupt zwecklos gewesen wäre.

Ziff. 4 Abs. 1 bestimmt, daß die für die Zahlungen angegebenen Fristen nur Höchstfristen sind, und daß die Zahlungen früher zu erfolgen haben, wenn die Feststellung der Abschlags- oder Schlußzahlung vor Ablauf der Fristen erfolgt oder möglich ist. Alsdann tritt die Fälligkeit mit dem früheren Zeitpunkte ein. Die im Schlußsatz der Ziff. 4 vorbehaltenen über den Zinsanspruch hinausgehenden Schadensersatzansprüche werden nicht allzu häufig praktische Bedeutung gewinnen. In Frage könnte z. B. kommen, daß der U. durch das Ausbleiben der fälligen Zahlung des B. außerstande gesetzt ist, von ihm benötigte Werkstoffe für das vorliegende oder andere Bauvorhaben gegen Barzahlung und dadurch billiger einzukaufen und nunmehr durch Kreditkauf oder Aufnahme von Bankkredit teuerer einkaufen muß. Aber auch Ansprüche auf entgangenen Gewinn können hierunter fallen, wenn z. B. dem U. durch Ausbleiben

der Barzahlung des B. die Möglichkeit genommen wird, sich an einer ausgeschriebenen neuen Arbeit überhaupt zu beteiligen.

Gegenüber dem Zahlungsverlangen des U. kann, falls die Forderung vorschriftsmäßig begründet und belegt ist, der B. vor der Abnahme die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, nach der Abnahme etwaige Gewährleistungsansprüche geltend machen, d. h. einwenden, daß die für die fragliche Zahlung vorzunehmende Leistung noch nicht vollständig (§ 320 BGB.)[1]) oder mangelhaft bewirkt worden ist. Diese Rechte dürfen jedoch nur insoweit ausgenutzt werden, als es erforderlich ist, um dem B. Sicherheit für die ordnungsgemäße Vornahme der Leistung zu gewähren, für welche der U. Zahlung verlangt, sei es, daß es sich um eine Abschlagszahlung oder Schlußzahlung handelt. Sie versagen aber dann, wenn der B. bereits auf andere Weise für die noch vorzunehmenden Arbeiten Sicherheit besitzt, sei es, daß nach dem Vertrage eine Garantiesumme einbehalten werden darf, oder der U. sonst Sicherheit für derartige Ansprüche des B. geleistet hat (vgl. RG. Bd. 85 S. 137). Ferner kann der B. gegen den Zahlungsanspruch des U. Gegenforderungen geltend machen, soweit diese fällig sind. Die in Ziff. 1 S. 4 enthaltene Bestimmung, wonach vertragliche Gegenforderungen gegen Forderungen auf Abschlagzahlungen einbehalten werden können, ist nicht erschöpfend. Der B. ist vielmehr entsprechend den allgemeinen gesetzlichen Regeln auch berechtigt, gegenüber der Schlußzahlung und auch dann, wenn es sich nicht um Gegenforderungen aus dem vorliegenden Bauvertrage handelt, seine Forderung im Wege der Aufrechnung gegen die Baupreisforderung zu verrechnen. Der genannte S. 4 spricht zwar nur vom Einbehalten. In Wirklichkeit ist aber die Einbehaltung einer Geldforderung gegenüber einer anderen nichts anderes als eine Verrechnung mit der Wirkung, daß ein Erlöschen beider Forderungen in Höhe des verrechneten Betrages eintritt.

II.

Im Zusammenhang mit der Zahlung der Preisforderung ist auch ihre Abtretung und Pfändung zu erörtern. Häufig genug tritt der U. alsbald nach Abschluß des Bauvertrages seine ihm daraus erwachsene Forderung auf künftige Zahlung ab. Ebenso können häufig genug seine Gläubiger seine Forderung gegen den B. im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden. Für den B. entsteht dabei die nicht immer leicht zu beantwortende Frage, wie er sich zu verhalten, an wen er zu zahlen habe.

Was die Abtretung der Baupreisforderung anlangt, so geschieht sie zumeist in der Weise, daß der U. mit dem Abtretungsempfänger die Abtretung vereinbart und alsdann dem B. mitteilt, er habe seine Forderung aus dem Bauvertrage in Höhe von X Mark an Y. abgetreten. Diese Abtretung berechtigt den B. ohne weiteres, an Y. zu zahlen, selbst wenn die Abtretung im Verhältnis zwischen U. und Y. nicht rechtswirksam

[1]) § 320 BGB.: siehe S. 70.

zustande gekommen ist (§ 409 BGB.). Daß die Höhe der Baupreisforderung zur Zeit der Abtretung oder Mitteilung noch nicht feststand, die Forderung selbst auch noch garnicht fällig geworden war, insbesondere die Bauvertragsleistungen noch garnicht ausgeführt waren, hindert die Rechtswirksamkeit der Abtretung nicht, weil auch die Abtretung künftiger Forderungen als zulässig anerkannt worden ist (RG. JW. 1917 S. 764; Bd. 55 S. 434, S. 404; Bd. 58 S. 72; Bd. 67 S. 166; Bd. 75 S. 225). Der Mitteilung des U. von der erfolgten Abtretung steht es gleich, wenn er eine Abtretungsurkunde dem Y. ausgestellt hat, und dieser sie dem B. vorlegt. Häufig genug werden aber Zweifel des B. dahin gerechtfertigt sein, ob die Mitteilung des U. oder die von ihm angeblich ausgestellte Abtretungsurkunde echt sind, oder ob Y., der ihm ohne Vorlegung einer Abtretungsurkunde mitteilt, der U. habe eine Forderung an ihn abgetreten, Zahlung fordern darf. Zahlt der B. hier an Y., so läuft er Gefahr, doppelt zahlen zu müssen, wenn die Abtretung nicht erfolgt ist, und nicht wenigstens die Mitteilung des U. von der erfolgten Abtretung echt ist. Hier kommt es darauf an, ob der B. überhaupt in glaubwürdiger Weise von der tatsächlich erfolgten Abtretung *Kenntnis* erlangt hat. Kenntnis ist aber schon dann bis auf weiteres anzunehmen, wenn der B. auf irgendeine Weise Umstände erfahren hat, die vernünftigerweise den Schluß auf die Ordnungsmäßigkeit der erfolgten Abtretung mit Sicherheit ergeben (RG. Bd. 74 S. 117; Bd. 102 S. 387). Die bloße Möglichkeit eines Zweifels schließt die Kenntnis nicht aus. Der B. muß auch, wenn er eine ihm sich zunächst als zuverlässig darstellende Mitteilung erhalten hat, dem etwaigen Zweifel nachgehen und sich Gewißheit zu verschaffen versuchen (RG. Bd. 88, S. 6). Der einfachste Weg ist eine direkte Anfrage bei dem U. Zu Zweifeln berechtigt der Standpunkt des RG. Bd. 74, S. 117, wonach unter Umständen die Kenntnis ausreichend auch schon durch die einfache glaubwürdige Anzeige eines Y. soll vermittelt werden können, falls dieser eine vertrauenswürdige Persönlichkeit ist, und auch seine wirtschaftliche Lage den Gedanken an eine beabsichtigte Täuschung ausschließt. Bei der Kompliziertheit des geschäftlichen Verkehrs braucht aber nicht immer eine Täuschungsabsicht bei dem Y. vorzuliegen, wenn er in Wirklichkeit ungerechtfertigterweise die Behauptung der erfolgten Abtretung aufstellt. Zur Sicherheit des B. empfiehlt es sich auf alle Fälle, von der Befugnis des § 410 BGB. Gebrauch zu machen, wonach der Schuldner dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet ist. Bestehen begründete Zweifel an der Echtheit der Urkunde, so kann der B. den Nachweis der Echtheit dadurch fordern, daß er öffentliche Beglaubigung der auszuhändigenden Urkunde verlangt.

Kompliziert kann die Sachlage werden, wenn *mehrere Abtretungen* erfolgen und die fällig werdenden Forderungen zur Befriedigung aller Abtretungsempfänger nicht ausreichen. Hier gilt die Regel, daß die früher erfolgte Abtretung zunächst und in vollem Umfange zu

berücksichtigen ist. Spätere Abtretungen können nur insoweit Wirksamkeit haben, als noch Forderungen gegen den B. begründet sind, jedoch wird der B. vor doppelter Zahlung dadurch geschützt (§ 407, § 408 BGB.)[1]), daß er die spätere Abtretung berücksichtigen kann, solange er von der früheren noch keine glaubhafte Kenntnis hat.

Weitere Komplikationen treten dadurch ein, daß sowohl Abtretungen der Baupreisforderung vom U. vorgenommen werden und außerdem seine Gläubiger diese Forderung pfänden. Hier gilt zunächst, daß die Pfändung nicht mehr und nicht weniger Wirkung hat als eine Abtretung. Als Pfändung gilt zunächst die private Vorpfändung gemäß § 845 ZPO., als auch die Pfändung mittels gerichtlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. Erstere ist nur wirksam, wenn der pfändende Gläubiger Y. einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den U. hat und ihm und dem B. durch Gerichtsvollzieher die Mitteilung zustellen läßt, daß die gerichtliche Pfändung bevorstehe und der Drittschuldner B. aufgefordert werde, nicht mehr an den U. zu zahlen. Diese private Vorpfändung tritt, wenn sie nach Vorstehendem wirksam erfolgt ist, aber außer Kraft, wenn nicht innerhalb von drei Wochen seit Zustellung der Vorpfändung der gerichtliche Pfändungsbeschluß dem B. zugestellt wird.

In Zeiten wirtschaftlicher Nöte häufen sich die Abtretungen und Pfändungen. Für den B. kann die Rechtslage hinsichtlich seiner Zahlungsverpflichtung, wie schon die vorstehende kurze Skizzierung ersichtlich macht, unübersehbar werden, besonders weil Abtretungsempfänger oder Pfändungsgläubiger häufig genug dringend Zahlung fordern, bevor der B. sich selbst völlige Klarheit über die Rechtslage verschaffen kann. Hier kann ihm § 372 BGB.[2]) helfen. Die Befugnis des B. zur Hinterlegung der

[1]) § 407 BGB.: Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt.

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat.

§ 408 BGB.: Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung.

Das Gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei.

[2]) § 372 BGB.: Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden

fälligen Baupreisforderung besteht danach, wenn er unverschuldet im Unklaren ist, an wen er zu zahlen hat. Von diesem Mittel Gebrauch zu machen, empfiehlt sich für den B. weit eher, als der Versuch, den häufig ohne gerichtliches Eingreifen garnicht zu entwirrenden Sachverhalt aufzuklären, und sich eigene sichere Kenntnis zu verschaffen. Maßgebend für die Hinterlegungsbefugnis ist aber immer, daß die Ungewißheit des B. nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Entscheidend ist dafür der subjektive Standpunkt des B., soweit er objektiv verständlich ist, was beim Auftreten mehrerer Forderungsprätendenten in den oben angegebenen Fällen zutreffen wird (vgl. RG. Warn. 09 Nr. 398; RG. Bd. 89, S. 401). Eine Hinterlegungsbefugnis würde aber nicht schon dann entstehen, wenn der Unterlieferant dem B. mitteilt, er habe vom U. für seine Lieferung Zahlung nicht erhalten und verlange vom B. Zahlung, weil ihm die Abtretung vom U. versprochen worden sei. Ein unbedingtes Recht zur Hinterlegung besteht für den B. auf Grund des § 853 ZPO.[1]). Er ist dazu auf Verlangen eines Pfändungsgläubigers sogar verpflichtet. Das formale Verfahren bei der Hinterlegung wird in Preußen durch die Hinterlegungsordnung vom 21. April 1913 geordnet. Hinterlegungsstelle ist das Amtsgericht. Örtliche Zuständigkeitsbeschränkungen bestehen nicht.

Die vorstehenden Bemerkungen über die infolge von Abtretung, Pfändung und Hinterlegung der Baupreisforderung zeigen, daß der B. der Gefahr der Doppelzahlung nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht mit absoluter Sicherheit entgehen kann. Hinzu kommt, daß Abtretung und Pfändung der Baupreisforderung den U. häufig genug derjenigen Mittel entblößen, die er zur Fortführung und Vollendung der Bauleistung benötigt. Auch insoweit drohen dem B. erhebliche Nachteile, und es besteht für ihn das Interesse, all den angegebenen Schwierigkeiten durch vertragliche Vereinbarung mit dem U. aus dem Wege zu gehen. Die Möglichkeit hierzu bietet die Vorschrift des § 404 BGB.[2]), die entsprechend auch für den Fall der Pfändung Anwendung zu finden hat und den B. berechtigt, gegenüber dem neuen Gläubiger alle diejenigen Einwendungen geltend zu machen, die ihm gegen den U. zustehen. Eine Forderung kann aber überhaupt nicht rechtswirksam abgetreten werden, wenn die Abtretung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen ist. Da gemäß § 851 ZPO. eine Forderung, falls nicht

Grunde oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

[1]) § 853 ZPO.: Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen.

[2]) § 404 BGB.: Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die z. Zt. der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.

besondere Vorschriften entgegenstehen, wiederum der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragbar ist, können B. und U. bei Abschluß des Bauvertrages durch die Vereinbarung, die Baupreisforderung dürfe nicht abgetreten werden, Abtretung und Pfändung ein für allemal ausschließen. Eine solche generelle Vereinbarung kann aber wiederum bei der Verfolgung des Kreditbedürfnisses des U. hinderlich sein. Alsdann kann der generellen Vereinbarung, daß die Abtretung ausgeschlossen sei, eine unwiderrufliche Zahlungsanweisung des U. an den B. dergestalt hinzugefügt werden, daß der B. verpflichtet wird, nur an eine bestimmte Zahlungsstelle (Bank) Zahlungen zu leisten. Hier verbleibt das Forderungsrecht an sich dem U., jedoch kann er nicht Zahlung an sich, sondern nur an die Zahlungsstelle verlangen. Der B. wird durch die Zahlung an diese Stelle aller Zweifel darüber enthoben, ob jemand etwa auf Grund einer dennoch erfolgten Abtretung oder Pfändung forderungsberechtigt geworden ist. Die unwiderrufliche Zahlungsanweisung wird häufig gerade dazu benutzt, um dem U. Kredit zu verschaffen. Hierbei wird der Zahlstelle das Recht eingeräumt, die eingehenden Zahlungen zur Verrechnung auf den gewährten Kredit zu benutzen.

Kommt eine Vereinbarung über den Ausschluß der Abtretbarkeit und damit der Pfändbarkeit der Baupreisforderung aber aus irgendwelchen Gründen nicht zustande, so kann Abtretung und Pfändung der Baupreisforderung dem U. die notwendigen Mittel zur Bauausführung entziehen und damit zur Einstellung der Arbeiten führen. Hiergegen bedarf es eines Schutzes des B. Dieser kann auf der zuvor bereits angegebenen Grundlage des § 404 BGB. in der Weise geschaffen werden, daß im Bauvertrage zwischen B. und U. vereinbart wird, der B. solle berechtigt, verpflichtet oder beides zugleich sein, im Falle von Abtretung oder Pfändung der Baupreisforderung die an die Arbeiter des U. zu zahlenden Löhne an diese direkt zur Auszahlung zu bringen sowie die Preise für die erforderlichen Materialien an die Lieferanten des U. direkt zu zahlen. Hier entsteht dem B. auf Grund des geschlossenen Bauvertrages das durch den Eintritt der Abtretung oder Pfändung bedingte Recht, selbst nach erfolgter Abtretung oder Pfändung diesen Verfügungen keine Folge zu leisten, soweit die fraglichen Beträge zur Löhnung der Arbeiter und Beschaffung der Materialien erforderlich sind.

Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung im Bauvertrage dürfte grundsätzlich nicht zu beanstanden sein, insbesondere nicht vom Standpunkt der Gläubigerbenachteiligung, wie die Analogie aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts über den 1500 Mark-Vertrag[1]) auf dem Gebiete des Arbeits- und Dienstvertrages ergibt. Notwendig ist aber, daß die angegebene Vereinbarung bereits im Bauvertrage erfolgt, nicht etwa erst, wenn eine Abtretung oder Pfändung erfolgt. Hier braucht der Abtretungsempfänger die Vereinbarung nicht gegen sich gelten zu lassen; der Pfän-

[1]) RG. Bd. 69 S. 60; Bd. 81 S. 42; Bd. 104 S. 330; JW. 1930 S. 3115.

dungsgläubiger könnte sie nach den Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes anfechten.

III.

Soweit das Gesetz zugunsten des U. in Bezug auf seinen Zahlungsanspruch Bestimmungen trifft, werden sie auch durch die VOB. nicht ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere von der Bestimmung des § 648 BGB.[1]) und dem Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909. Das aus § 648 BGB. sich ergebende Recht auf Eintragung einer Sicherungshypothek besteht nur insoweit, als Arbeiten bereits ausgeführt sind ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der entsprechenden Forderungen des U. Andererseits entsteht es aber nur dann, wenn die Arbeiten auf dem Baugrundstücke des B. selbst ausgeführt sind, und falls dieser noch Eigentümer des bebauten Grundstücks ist. Ist das Grundeigentum zur Zeit der erlangten Hypothekenbewilligung bereits in andere Hände übergegangen, so versagt das Hilfsmittel des § 648 BGB. Der Anspruch besteht nur für den Unternehmer eines Bauwerkes oder eines Teiles eines solchen, wozu auch Umbauten und Ausbesserungsbauten (RG. Bd. 56, S. 41), nicht aber bloße Lieferung von Baumaterialien gehören. Der Anspruch aus § 648 BGB. wird geltend gemacht durch entsprechendes Verlangen gegenüber dem B. Wird ihm nicht Folge gegeben, so kann der U. im Wege der einstweiligen gerichtlichen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung nach §§ 883, 885 BGB. und 916, 936 ZPO. zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Sicherungshypothek erwirken. Anders als sonst bei einstweiligen gerichtlichen Verfügungen, ist hier die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Anspruchs nicht erforderlich. Die später im Wege des ordentlichen Prozesses zu erzwingende Eintragung der Sicherungshypothek selbst erhält alsdann den Rang im Grundbuch, der zeitlich durch die Eintragung der Vormerkung gesichert ist.

Daraus, daß den Bauunternehmern der erforderliche Schutz erst nach Ausführung ihrer Arbeiten gewährt wird, zu dieser Zeit aber der Grundstücks- und Bauwerkswert vielfach durch andere vorhergehende Hypotheken völlig erschöpft sein kann, ergibt sich, daß die Vorschrift des § 648 BGB. zu einer Sicherung des U. nicht ausreicht. Aus diesem Grunde ist das erwähnte Gesetz vom 1. Juni 1909 erlassen worden, das im II. Abschnitt für das Gebiet der durch Landesherrliche[2]) Verordnung bestimmten Gemeinden im Falle eines Neubaues eine weitere dingliche Sicherung der Baupreisforderung vorsieht. Der Inhalt dieser Sicherung ist

[1]) § 648 BGB.: Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.

[2]) Jetzt meist durch Verordnung des Staatsministeriums in den einzelnen Ländern, wie z. B. nach Art. 82 der Preußischen Verfassung.

der, daß bereits vor dem Beginn des Baues auf dem Grundbuchblatte der Baustelle der Bauvermerk eingetragen wird (§ 11), und daß mit der Eintragung die Baugläubiger, d. h. die an der Herstellung des Gebäudes auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrages Beteiligten sowie ferner die Baumaterialienlieferanten (§ 18) einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek für ihre Forderungen erwerben und diese „Bauhypotheken" den Rang erhalten, der durch die Eintragung des Bauvermerks gesichert ist. Das Gesetz vom 1. Juni 1909 hat nur insoweit Gültigkeit, als sie ausdrücklich für bestimmte Gemeinden eingeführt ist. Es greift nicht Platz insoweit, als es sich nicht um Neubauten handelt, d. h. also nicht für Umbau- oder Ausbesserungsbauten.

B § 17. Sicherheitsleistung.

1. Wenn eine Sicherheitsleistung vereinbart ist, gelten die Vorschriften der §§ 232 bis 240 BGB. Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit. Die Verpfändung beweglicher Sachen ist ausgeschlossen. Dagegen ist die Stellung eines tauglichen Bürgen auch in erster Linie zulässig, ebenso die Hinterlegung von gezogenen Wechseln, die bei Sicht zahlbar und angenommen sind und von eigenen Wechseln, wenn sie außerdem durch einen tauglichen Wechselbürgen gesichert sind und der Auftragnehmer als Wechselnehmer bezeichnet ist. Im Einverständnis der Parteien kann die Hinterlegung beim Auftraggeber erfolgen.

Bares Geld, das dem Auftraggeber als Sicherheit übergeben wird, wird von diesem nicht verzinst.

Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine werden für den Zeitraum, in dem die Sicherheit voraussichtlich nicht beansprucht wird, dem Auftragnehmer belassen oder ihm auf Verlangen zu den Fälligkeitszeiten ausgehändigt.

2. Die Sicherheit ist, wenn nichts anderes vereinbart, innerhalb von 12 Werktagen nach Zuschlag zu leisten; andernfalls ist der Auftraggeber berechtigt, von dem Guthaben des Auftragnehmers eine Summe in Höhe der geforderten Sicherheit einzubehalten. Über den einbehaltenen Betrag hat er dem Auftragnehmer Mitteilung zu machen.

Der Auftragnehmer kann eine Sicherheit durch eine andere geeignete Sicherheit (Ziff. 1) ersetzen.

3. Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Durchführung der übertragenen Leistung und die Erfüllung der Gewährleistung sicher zu stellen. Die Befriedigung aus der Sicherheit richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften.

Wenn kein früherer Zeitpunkt vereinbart war, so ist die Sicherheit nach Ablauf der Gewährleistungsfrist zurückzugeben, soweit sie nicht in Anspruch genommen werden mußte.

Die VOB. sowie die werkvertraglichen Bestimmungen des BGB. sehen keinen Fall vor, in welchem der U. verpflichtet wäre, ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung dem B. Sicherheit für irgendwelche Ansprüche desselben zu leisten. Die Sicherheitsleistung kann daher vom B. immer nur dann gefordert werden, wenn dies mit dem U. im Bauvertrage vereinbart war. Die häufigste Art der Sicherstellung ist die, daß B. auf Grund der getroffenen Vereinbarung berechtigt ist, von den jeweils fälligen Guthaben des U. einen bestimmten Prozentsatz einzubehalten und zwar für bestimmte Zeit nach der Abnahme. Diese einbehaltene Summe (Garantiesumme) dient zur Sicherstellung von Gewährleistungsansprüchen oder Vertragsstrafen je nach dem dies vereinbart ist. Die Vereinbarung einer Garantiesumme allein ändert an den gesetzlichen oder vertraglichen Gewährleistungsverpflichtungen des U. nichts. Die Übernahme einer über den Rahmen der sonstigen Gewährleistungspflicht hinausgehenden Garantie ist darin nicht zu erblicken. Auch wenn sonstige Vereinbarungen über Sicherheitsleistung erfolgen, und zwar gemäß A § 10 Ziff. 3 f in den Besonderen Vertragsbedingungen, so wird regelmäßig auch weiter vereinbart werden, in welcher Weise die Sicherheitsleistung zu erfolgen hat, so daß die Bestimmung des B § 17 eine überragende praktische Bedeutung kaum gewinnen wird. Nur wenn schlechthin die Sicherheitsleistung ohne nähere Angaben vereinbart ist, wird § 17 zur Anwendung gelangen. Deshalb sollen im folgenden nur die wichtigsten Grundsätze erörtert werden.

Ziff. 1 bestimmt, daß für die Sicherheitsleistung §§ 232 bis 240 BGB.[1]) Anwendung fänden. Nach § 232 BGB. kann Sicherheit geleistet werden:

I. durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,

II. durch Verpfändung, nämlich
   a) von Forderungen, die in das Reichs- oder Staatsschuldbuch eingetragen sind,

[1]) § 232 BGB.: Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind, durch Verpfändung beweglicher Sachen, durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken, durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.

Kann die Sicherheit nicht in der Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig.

§ 233 BGB.: Mit der Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Wertpapieren und, wenn das Geld oder die Wertpapiere nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung.

§ 234 BGB.: Wertpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten, einen Kurswert haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

   b) von Grundstücken, d. h. durch Bestellung von Hypotheken,
   c) von Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden,

III. durch Stellung eines tauglichen Bürgen.

Dem U. steht nach Ziff. 1, S. 2 die Wahl zu, welche Art der Sicherheit er stellen will. Für die Hinterlegung sind die Vorschriften der §§ 372 bis 386 BGB. maßgebend. Hiernach hat die Hinterlegung bei der dazu bestimmten öffentlichen Hinterlegungsstelle zu erfolgen. Dies ist in Preußen nach der Hinterlegungsordnung vom 21. April 1913 das Amtsgericht. Dagegen kann nach Ziff. 1, S. 5 die Hinterlegung im Einverständnis der Parteien auch beim B. erfolgen. Durch die Hinterlegung erwirbt der U. ein Pfandrecht an dem hinterlegten Geld oder den Wertpapieren bzw. an dem Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle auf Herausgabe der Sicherheit. Zum Schutze des B. ist erforderlich, daß er auf eine Erklärung des U. gegenüber der Hinterlegungsstelle besteht, wonach der U. auf das Recht zur Rücknahme der Sicherheit verzichtet. Solange ein solcher Verzicht nicht ausgesprochen ist, kann der U. nach § 376 BGB. die Sicherheit zurücknehmen, es sei denn, daß der B. gegenüber der Hinterlegungsstelle die Annahme der hinterlegten Werte als Sicherheit erklärt. Wird die Sicherheit unzureichend z. B. durch Währungsverfall oder Kurssturz von Wertpapieren, so hat der U. die Sicherheit zu ergänzen. Auch während der Dauer der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung kann der U. die gestellte Sicherheit durch eine andere ersetzen. Der B. ist alsdann verpflichtet, in die Rückgabe der bei der amtlichen Hinterlegungsstelle hinter-

Mit den Wertpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine zu hinterlegen.

Mit Wertpapieren kann Sicherheit nur in Höhe von drei Vierteilen des Kurswerts geleistet werden.

§ 235 BGB.: Wer durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren Sicherheit geleistet hat, ist berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Wertpapiere, die hinterlegten Wertpapiere gegen andere geeignete Wertpapiere oder gegen Geld umzutauschen.

§ 236 BGB.: Mit einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat kann Sicherheit nur in Höhe von drei Vierteilen des Kurswerts der Wertpapiere geleistet werden, deren Aushändigung der Gläubiger gegen Löschung seiner Forderung verlangen kann.

§ 237 BGB.: betrifft bewegliche Sachen, mit denen nach Ziff. 1 S. 3 mangels anderweiter Vereinbarung nicht Sicherheit geleistet werden kann.

§ 238 BGB.: Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf.

Eine Forderung, für die eine Sicherungshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet.

§ 239 BGB.: Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat.

Die Bürgschaftserklärung muß den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten.

§ 240 BGB.: Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweite Sicherheit zu leisten.

legten Sicherheit zu willigen. Die Inanspruchnahme der Sicherheit durch den B. kann nicht gegen den Willen des U. erfolgen, d. h. der B. kann sich nicht rechtswirksam gegen den Willen des U. aus der Sicherheit befriedigen. Vielmehr ist im Streitfalle im Prozeßwege darüber zu entscheiden, ob der erhobene Anspruch des B. auf Erfüllung und Gewährleistung (Ziff. 3, Abs. 1) begründet ist oder nicht. Weitere Einzelheiten ergeben sich aus dem Text von B § 17 selbst z. B. Ziff. 1, Abs. 2 und 3, sowie Ziff. 3, Abs. 2.

Hat die Sicherheitsleistung durch Verpfändung der in § 232 Abs. 1 BGB. angegebenen Forderungen, Grundstücken oder Hypotheken zu erfolgen, so richtet sich die Bestellung der Sicherheit nach den jeweils für die einzelnen Vermögenswerte maßgeblichen Vorschriften über die Begründung des Pfandrechts. Bezüglich der Buchforderungen gegen Reich oder Staat sind die Reichsgesetze vom 31. Mai 1891, § 20 des Reichsgesetzes vom 28. Juni 1904 und des Gesetzes vom 6. Mai 1910 sowie für Preußen die Gesetze vom 20. Juli 1883 und 24. Juli 1904 maßgebend. Buchforderungen gegen Stadtgemeinden (Stadtschuldbücher) sind keine gesetzlich zulässigen Mittel zur Sicherheitsleistung. Hat der Buchschuldberechtigte von seiner Befugnis zur Löschung der Buchschuld gegen Aushändigung von der Höhe seiner Forderung entsprechenden Anleihescheinen Gebrauch gemacht, so treten die Anleihescheine als Wertpapiere an die Stelle der Buchschuld und sind wie andere Wertpapiere bei der Hinterlegungsstelle zu hinterlegen.

Die Verpfändung von Grundstücken geschieht durch Bestellung einer Hypothek. Zur Begründung dieses Pfandrechts ist die Einigung über die Bestellung und die nach den Vorschriften der Grundbuchordnung vorzunehmende Eintragung in das Grundbuch sowie ferner die Aushändigung des Hypothekenbriefes erforderlich, letzteres jedoch nicht, wenn die Erteilung eines Briefes durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Die Verpfändung bereits bestehender Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden erfolgt in der für die Begründung des Rechts selbst maßgeblichen Weise (§ 1274 BGB.), d. h. durch die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts und die Übergabe des Briefes an den Pfandberechtigten. Ist ein Brief nicht erteilt, so muß die Verpfändung ins Grundbuch eingetragen werden. Mit Rücksicht auf den hier nicht weiter zu erörternden Rechtscharakter der gewöhnlichen Hypothek, Grund- oder Rentenschuld, bei welcher es zum Nachweise für die Existenz des Rechts lediglich des Hinweises auf die erfolgte grundbuchliche Eintragung des Rechts bedarf, wird für Sicherheitsleistungen auf Grund des Bauvertrages am zweckmäßigsten die Eintragung nicht einer gewöhnlichen, sondern einer Sicherungshypothek sein, bei welcher der B. zwar für seine tatsächlich bestehende Forderung in voller Höhe dingliche Sicherheit erlangt, soweit das Grundstück überhaupt dazu geeignet ist, andererseits aber zum Nachweise seiner Forderung deren Höhe im Streitfalle erst beweisen muß. Ob die Hypothek, Grund- oder Rentenschuld zur Sicherheit an sich geeignet ist, d. h. ob sie im Sinne des § 238 BGB. mündelsicher ist, bestimmt sich nach den von der Landesgesetzgebung hierüber aufgestellten Grundsätzen (§ 1807 Abs. 2 BGB.). Maßgebend ist das Recht des Orts der Sicherheitsleistung. Dieser bestimmt sich im Zweifelsfalle nach dem Erfüllungsorte, d. h. bei Bauleistungen regelmäßig nach dem Orte, an dem die Bauleistung auszuführen ist (§ 269 BGB.).

Soweit Sicherheiten in den Besitz des B. übergehen, ist noch hervorzuheben, daß dieser die Sicherheiten zum Zwecke seiner Befriedigung nicht freihändig veräußern darf, sondern daß börsengängige Wertpapiere an der Börse verkauft werden müssen, im übrigen das Pfand nur im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden darf. Ob die Befugnis hierzu eingetreten ist, richtet sich danach, ob der Anspruch des B., für welchen Sicherheit geleistet ist, nach Grund und Höhe tatsächlich besteht und fällig ist. Die nicht in Anspruch genommene Sicherheit ist, wenn eine Garantiefrist vereinbart ist, nach Ablauf derselben, andernfalls nach Ablauf der Verjährungsfrist zurückzugeben.

Die Stellung der Sicherheitsleistung durch taugliche Bürgen gemäß Ziff. 1 S. 4 setzt voraus, daß der Bürge „ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt, seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat und auf die Einrede der Vorausklage verzichtet" (§ 239 BGB.). Dem letzteren Erfordernis wird genügt, wenn die stets schriftlich abzugebende Bürgschaftserklärung die Bemerkung enthält, daß der Bürge sich als Selbstschuldner verbürge. Eine solche Bürgschaftsübernahme liegt auch in der Akzeptierung oder Indossierung eines Wechsels, der alsdann, um das Pfandrecht zur Entstehung zu bringen, außer der Einigung über die Verpfändung auch der Übergabe an den B. bedarf.

Die Erörterung der weiteren Einzelheiten über die Wirkung des Pfandrechts, seine Geltendmachung, sowie die pfandrechtlichen Beziehungen zwischen B. und U. sowie im Falle der Bürgschaftsbestellung der beiden Personen zum Bürgen geht über den Rahmen der Erörterung des B. § 17 hinaus. Es kann in dieser Hinsicht auf die allgemein zugänglichen Erläuterungen zu den maßgeblichen Gesetzesbestimmungen verwiesen werden. Hervorzuheben ist, daß alle aus der Sicherheitsleistung erwachsenden Unkosten vom U. zu tragen sind.

B § 18. Streitigkeiten.

1. Bei den Verträgen mit Behörden soll der Auftragnehmer zunächst die Entscheidung der vorgesetzten Dienststellen anrufen.

Diese müssen ihm auf Antrag Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben und ihn innerhalb 2 Wochen nach Anrufung schriftlich bescheiden. Hierbei ist darauf hinzuweisen, daß die Entscheidung als anerkannt gilt, wenn der Auftragnehmer nicht innerhalb 2 Wochen vom Eingang des Bescheides ab beim Auftraggeber schriftlich Einspruch erhebt.

2. Handelt es sich um Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Werkstoffen, für die allgemein gültige Prüfungsverfahren bestehen, oder über die Zulässigkeit der bei der Prüfung angewendeten

Maschinen und Prüfungsverfahren, so steht es jedem Teil frei, unter Benachrichtigung des Vertragsgegners die materialtechnische Untersuchung durch eine staatliche oder eine andere von beiden Vertragsparteien anerkannte Versuchsanstalt vornehmen zu lassen. Die Zeugnisse dieser Anstalt über das Ergebnis gelten als anerkannt. Die Kosten trägt der unterliegende Teil.

3. Vor Anrufen des Gerichts (Schiedsgericht oder ordentliches Gericht) kann jeder Teil die Schlichtung des Streitfalles durch einen Unparteiischen verlangen. Wenn sich die Parteien über ihn oder über die Stelle, die ihn ernennen soll, nicht einigen, so wird er durch den Präsidenten des für den Ort der Baustelle zuständigen Landgerichts ernannt. Wenn im Einverständnis der Behörden und der Berufsvertretungen der Unternehmer Stellen geschaffen sind oder künftig geschaffen werden, die geeignete Unparteiische benennen können, so sollen diese Stellen darum angegangen werden.

Der Unparteiische ist nur dem Gesetz und seinem Gewissen verantwortlich. Er hat alsbald nach seiner Ernennung die Parteien anzuhören, die Prüfung vorzunehmen, und wenn eine Schlichtung nicht gelingt, spätestens innerhalb 4 Wochen seinen Vergleichsvorschlag den Parteien in je einer Ausfertigung zu übersenden. Hierbei hat der Unparteiische eine Frist von höchstens 2 Wochen zu setzen, innerhalb deren die Parteien dem Unparteiischen die Annahme oder Ablehnung zu erklären haben. Nach Ablauf dieser Frist, und wenn der Unparteiische nicht rechtzeitig seinen Vorschlag macht, ist die Anrufung des Gerichts zulässig (Ziff. 4).

Der Unparteiische bestimmt in seinem Vergleichsvorschlag zugleich, wie die Kosten auf die Parteien verteilt werden. Lehnen diese den Vergleichsvorschlag ab, so entscheidet das Gericht auch über die Kosten, jedoch hat jede Partei vorbehaltlich dieser Entscheidung dem Unparteiischen die Hälfte seiner Kosten als Vorschuß zu vergüten. Sie haften dem Unparteiischen für seine Kosten als Gesamtschuldner.

4. Schreibt der Vertrag nicht ausdrücklich den ordentlichen Rechtsweg vor, so werden die Streitigkeiten aus dem Vertrage durch ein Schiedsgericht entschieden. Ist der ordentliche Rechtsweg ausdrücklich vorgeschrieben, so soll es dennoch den Parteien unbenommen bleiben, für eine bestimmte Streitigkeit sich auf ein Schiedsgericht zu einigen.

Ist der ordentliche Rechtsweg vorgesehen, so ist bei behördlichen Auftraggebern das Gericht des Ortes zuständig, in dem der Auftraggeber seinen Sitz hat.

Für das Schiedsgericht gilt die Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesen vom 1. April 1925.

5. Ein Streitfall berechtigt den Auftragnehmer nicht, die übertragenen Arbeiten einzustellen, es sei denn, daß der Arbeitgeber eine fällig gewordene Zahlung trotz Mahnung innerhalb einer gestellten Nachfrist nicht geleistet hat.

Die Streitigkeiten, deren Regelung durch B § 18 erfolgen soll, sind lediglich solche, die irgendwelche auf den Bauvertrag sich gründenden *Rechte* oder *Forderungen* zum Gegenstande haben, sei es, daß diese bereits bestehen, oder künftighin erwachsen können. Meinungsverschiedenheiten, die nicht im Zusammenhang mit irgendwelchen *Rechten oder Ansprüchen* der einen oder anderen Vertragspartei stehen, sind nicht Gegenstand der durch B § 18 zu treffenden Regelung. Deshalb sind Meinungsverschiedenheiten unbeachtlich, die über die Zweckmäßigkeit der Verwendung bestimmter Verfahren oder Maschinen und Geräte entstehen, solange nicht der Vertrag direkt oder indirekt eine bestimmte Verwendung vorschreibt.

Ziff. 1. Die Anrufung der Entscheidung der vorgesetzten Dienstbehörde des B. ist nicht zwingender Natur. Es handelt sich vielmehr nur um eine *Sollvorschrift*, deren Nichtbeachtung Rechtsnachteile nicht zur Folge hat. Die Anrufung ist eine Art Dienstaufsichtsbeschwerde, die aber zu einer sachlichen und endgültigen Entscheidung des Streitfalls führen kann, wenn der U. nicht innerhalb der in Abs. 2 S. 2 vorgeschriebenen Frist dagegen Einspruch erhebt. Die Vorschrift, daß dem U. Gelegenheit zur mündlichen Aussprache gegeben werden muß, bedingt auf der anderen Seite nicht, daß der U. verpflichtet ist, zu einer solchen mündlichen Aussprache zu erscheinen, oder daß im Falle seines Nichterscheinens irgendwelche Rechtsnachteile für ihn entstehen, und zwar gleichgültig, ob der U. rechtzeitig zu einer solchen mündlichen Rücksprache eingeladen worden ist oder nicht. Durch Abs. 2 S. 2 wird die Vereinbarung getroffen, daß die Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle als rechtsverbindlich anerkannt gelten soll, wenn der U. nicht innerhalb von zwei Wochen seit Eingang des Bescheides schriftlich Einspruch erhebt, und er ferner in dem Bescheide auf diese Rechtsfolge hingewiesen wird. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung kann Bedenken nicht unterliegen, trotz des in der Rechtsprechung[1]) anerkannten Grundsatzes, daß niemand Richter in eigener Sache sein dürfe. Es handelt sich eben bei der Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle des B. nicht um eine richterliche Tätigkeit. Ungeklärt ist nach dem Text der Fall, daß der Bescheid später als zwei Wochen nach Anrufung der vorgesetzten Dienststelle ergeht. Man wird aber, falls der U. sich nicht zufrieden geben will, den Einspruch nicht nur zur Behebung von Zweifeln für empfehlenswert, sondern vielmehr für notwendig erachten müssen, weil der U. durch die Anrufung der vorgesetzten Dienststelle zu erkennen gegeben hat, daß er sich einem gerechten Bescheide unterwerfen wolle. Eine Rechtsverpflichtung zum Erlaß des Bescheides innerhalb von zwei Wochen seit Anrufung besteht für die vorgesetzte Dienstbehörde auch nur, soweit sie Organ derselben fiskalischen Rechtspersönlichkeit ist, der die vertragsschließende Behörde untersteht, und die durch den Bauvertrag zur Einhaltung der getroffenen Verein-

[1]) Vgl. Stein Jonaß ZPO. Bem. II 1, 6 zu § 1025 und die dort in Note 13 angeführten Entscheidungen, insbesondere RG. Bd. 93 S. 289.

barungen verpflichtet worden ist. Wird dagegen eine staatliche vorgesetzte Dienststelle im Streit mit einer kommunalen Behörde angerufen, so ist der Staatsfiskus durch den Bauvertrag gar nicht gebunden und deshalb auch zur Einhaltung der zweiwöchigen Frist garnicht verpflichtet.

Die Unanfechtbarkeit des Bescheides der vorgesetzten Dienststelle unterliegt aber noch Einschränkungen, wenn der U. den rechtzeitigen Einspruch aus Umständen unterlassen hat, die unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge außerhalb seines Machtbereichs lagen. Es werden hier dieselben Grundsätze Anwendung zu finden haben, welche nach dem geltenden Zivilprozeßrecht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegenüber der Versäumung einer Not- oder Rechtsmittelfrist rechtfertigen [1]). Hiernach ist die Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn die Einhaltung der Frist unverschuldet unterlassen worden ist, insbesondere infolge eines unabwendbaren Zufalls oder wenn der U. von dem Eingang des Bescheides ohne sein Verschulden keine Kenntnis erlangt hat. Als unabwendbarer Zufall gilt ein solches Ereignis, das unter den gegebenen konkreten Verhältnissen durch die vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abzuwenden war. Hiernach sind in erster Linie die persönlichen Verhältnisse und die Anschauungen des Säumigen in Betracht zu ziehen. Als unabwendbare Zufälle haben zu gelten: Verzögerung der Briefbeförderung durch die Post, völlige Rechtsunerfahrenheit, Krankheit oder Abwesenheit des U. oder seines Bevollmächtigten u. a. Voraussetzung für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist aber, daß der Einspruch unverzüglich nach Entdeckung der Versäumung und Behebung des Hindernisses nachgeholt wird.

Die Entscheidung der vorgesetzten Dienststelle hat, auch wenn sie unanfechtbar ist, nur Wirkung insoweit, als ihr die Entscheidung über eine bestimmte Streitfrage übertragen ist. Hat der U. eine Entscheidung lediglich dahin verlangt, ob der Standpunkt des B. grundsätzlich gerechtfertigt sei, so kann der Bescheid der vorgesetzten Dienststelle nicht darüber hinaus gleichzeitig in dem Sinne verwertet werden, daß auch z. B. ein vom B. geltend gemachter Gewährleistungs- oder Schadensersatzanspruch der Höhe nach für begründet zu erachten wäre. Es ist zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten deshalb eine klare Präzision des verlangten Bescheides bei der Stellung des Antrages vorzunehmen.

Ziff. 2. Die hier vorgesehene Regelung der Meinungsverschiedenheiten über Werkstoffeigenschaften oder Zulässigkeit der bei der Prüfung angewendeten Maschinen und Prüfungsverfahren muß Anwendung

[1]) § 233 ZPO.: Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Notfrist oder die Frist zur Begründung der Berufung oder der Revision oder die ihr gemäß § 519 Abs. 6, § 554 Abs. 7 gesetzte Frist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist versäumt, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu erteilen, wenn sie von der Zustellung des Versäumnisurteils ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat.

finden in allen Fällen, in denen die Prüfung des Streites einem Dritten übertragen wird, sei es, daß es sich um die in Ziff. 1 erwähnte vorgesetzte Dienstbehörde, den gemäß Ziff. 3 angerufenen Unparteiischen oder das gemäß Ziff. 4 anzurufende Gericht handelt. Das Urteil der staatlichen oder kraft Vereinbarung anerkannten Versuchsanstalt ist nur bindend in bezug auf das unmittelbare Ergebnis der materialtechnischen Untersuchung, wobei vorausgesetzt ist, daß die Identität der von der Versuchsanstalt geprüften Werkstoffe mit den zwischen den Parteien streitigen, für den Bau bestimmten oder verwandten Werkstoffen beiderseits anerkannt ist. Anderenfalls ist der Streit über die Identität wie überhaupt darüber, ob ein bestimmtes Material beim Bau verwendet worden ist oder verwendet werden durfte, sowie sonstige Streitigkeiten, die nicht ausschließlich die technischen Eigenschaften und die Zulässigkeit der bei der vorgenommenen Prüfung angewendeten Maschinen oder Prüfungsverfahren betreffen, nicht durch die Versuchsanstalt, sondern die sonst zur Entscheidung der Streitigkeiten berufene Stelle, letzten Endes also das Gericht zu entscheiden.

Ziff. 3. Hat der Bescheid der vorgesetzten Dienststelle des B. zur Erledigung der Sache nicht geführt, ist eine Beschwerde bei ihr überhaupt nicht erhoben worden oder ist der B. keine Behörde, so kann jeder Vertragsteil entweder die Schlichtung durch einen Unparteiischen gemäß Ziff. 3 verlangen oder direkt gemäß Ziff. 4 das Gericht anrufen. Im letzteren Falle hat aber der Gegner das Recht, die Durchführung des gerichtlichen Verfahrens zunächst dadurch zu hindern, daß er von seinem Recht gemäß Ziff. 3 auf Anrufung des Unparteiischen Gebrauch macht. In diesem Falle kommt die Fortsetzung des gerichtlichen Verfahrens und eine gerichtliche Entscheidung nur dann in Frage, wenn der Unparteiische einen Vergleich nicht zustande bringen kann. Bei der Bestellung zum Unparteiischen wird in entsprechender Weise zu verfahren sein wie bei der Bestellung eines Schiedsrichters [1]), d. h. diejenige Partei, welche die Ernennung des Unparteiischen verlangt, hat der Gegenseite einen Unparteiischen vorzuschlagen mit der Aufforderung, sich innerhalb einer bestimmten — nicht notwendig einwöchigen, mindestens aber angemessenen — Frist zu erklären, ob er mit der Anrufung des vorgeschlagenen Unparteiischen einverstanden sei. Erfolgt keine oder keine zustimmende Antwort, so ist der Unparteiische nicht vom Gericht zu bestellen, vielmehr ist die betreibende Partei nunmehr ohne weiteres berechtigt, die nach Ziff. 3 Abs. 1 zuständige Stelle anzurufen.

Der Unparteiische ist nicht Schiedsrichter, sondern Schlichter. Seine Aufgabe besteht darin, die bezeichnete Streitfrage in rechtlicher

[1]) § 1029 ZPO.: Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu tun.

Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

und tatsächlicher Beziehung zu prüfen und das Ergebnis spätestens 4 Wochen nach seiner Ernennung den Parteien in einem Vergleichsvorschlage bekanntzugeben, wenn nicht vorher schon die Schlichtung des Streites gelegentlich der vorgeschriebenen schriftlichen oder mündlichen Anhörung der Parteien gelungen ist. Mit dem beiden Parteien schriftlich zu übermittelnden Vergleichsvorschlage ist eine höchstens zweiwöchige Erklärungsfrist zu stellen. Nur im Falle einer ausdrücklichen Annahme des Vergleichsvorschlages durch beide Parteien erlangt er Rechtswirksamkeit. Eine ausdrückliche Ablehnung ist nicht erforderlich. Es genügt zum Scheitern des Vergleichs, daß innerhalb der vom Unparteiischen gestellten Frist eine zustimmende Erklärung nicht bei dem Unparteiischen eingegangen ist. Hat eine Partei rechtzeitig, die andere verspätet die Annahme erklärt, so kommt der Vergleich zunächst nicht zustande. Bestätigt jedoch die Partei, welche rechtzeitig angenommen hat, daß sie trotz der verspäteten Annahme der anderen noch mit dem Vergleich einverstanden sei, so ist die Fristüberschreitung rechtlich bedeutungslos.

Mit der bedingungslosen Annahme des Vergleichs erlöschen alle Einwendungen der Parteien gegen den Inhalt des gemachten Vergleichsvorschlages, die Person und das Verfahren des Unparteiischen, nicht aber Einwendungen, die den nach dem Inhalte des Vergleichs als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt betreffen. Es wird sich bei dem Vorschlage des Unparteiischen regelmäßig um einen Vergleich im Sinne des Gesetzes[1]) handeln, d. h. um eine Vereinbarung, die im Wege gegenseitigen Nachgebens zustande kommt. Diese ist unwirksam, wenn der nach ihrem Inhalt als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde. Hierdurch kann das ganze Verfahren vor dem Unparteiischen von recht zweifelhaftem Wert werden. Die Unwirksamkeit tritt ohne weiteres ein, d. h. der Vergleich ist nicht nur anfechtbar, sondern nichtig, wenn die beiden vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Eine Nichtübereinstimmung des nach dem Inhalt des Vergleichs als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalts ist dann vorhanden, wenn dieser sich anders darstellt, als die Parteien bei Abschluß des Vergleichs übereinstimmend angenommen haben. Hier können alle möglichen Umstände in Betracht kommen. War z. B. Veranlassung des Streits, daß angeblich ein bestimmtes minderwertiges Material zur Anwendung gelangt sei, sind beide Parteien bei Abschluß des Vergleichs davon ausgegangen, daß dies zutreffe, so ist der geschlossene Vergleich nichtig, wenn sich herausstellt, daß tatsächlich das Material in der nach dem Vertrage vorgeschriebenen Qualität verwendet worden ist.

[1]) § 779 BGB.: Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.

Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist.

Handelt es sich z. B. bei dem Vergleich um Erledigung von Haftpflichtansprüchen Dritter im Innenverhältnis zwischen B. und U. und kommt der Vergleich unter der Annahme der Parteien zustande, daß eine von ihnen den Schutz einer Haftpflichtversicherung genieße, so ist der Vergleich nichtig, wenn die Haftpflichtversicherung z. B. nicht besteht oder bereits abgelaufen ist. Daß sich aus derartigen Situationen unübersehbare Folgen ergeben können, liegt auf der Hand. Sie werden zum Glück praktisch nicht allzu häufig sein.

Erfüllt diejenige Partei, welcher durch den Vergleich Verpflichtungen auferlegt werden, diese Verpflichtungen nicht, so kann der Gegner die Erfüllung durch Klage gemäß Ziff. 4 erzwingen, er kann aber ferner auch dem Säumigen eine angemessene Frist zur Erfüllung unter der gleichzeitigen Androhung stellen, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist von dem Vergleich zurücktrete (§ 326 BGB.). Erfolgt der Rücktritt, so ist der Vergleich aus der Welt geschafft und der Zustand wieder hergestellt, wie er vor Abschluß des Vergleichs bestand. Der Berechtigte kann alsdann gerichtliche Klage gemäß Ziff. 4 erheben. In diesem Falle hat der Gegner kein Recht mehr, gemäß Ziff. 3 die Anrufung eines Unparteiischen zu verlangen.

Welche Kostenansprüche der Unparteiische für seine Tätigkeit stellen darf, ist nicht bestimmt. Sinngemäß werden diejenigen Vorschriften entsprechend anzuwenden sein, die für die Honorierung der Schiedsrichter maßgebend sind. § 16 der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesen[1]) bestimmt, daß grundsätzlich die Rechtsanwaltsgebühren erster Instanz in Ansatz zu bringen seien, und zwar wird dem Unparteiischen entsprechend der Anwaltsgebührenordnung je eine nach der Höhe des Streitwertes zu bemessende Gebühr für die allgemeine Prozeßführung, für die Verhandlung mit den Parteien und für die Ausarbeitung des Vergleichsvorschlages zu bewilligen sein. Eine besondere Vergleichsgebühr für das Zustandebringen des Vergleichs wird alsdann im Einklang mit der vorerwähnten Vorschrift § 16 nicht zur Erhebung gelangen können. Vgl. hierüber im übrigen Erl. zu A § 15. Bedingung für das Zustandekommen des Vergleichs ist, daß er auch bezüglich des Kostenpunktes angenommen wird.

Ziff. 4, Satz 1 enthält die Umkehrung der gesetzlichen Regel, wonach der ordentliche Gerichtsweg nur dann ausgeschlossen ist, wenn das Schiedsgericht ausdrücklich vereinbart ist. Eine solche Vereinbarung ist in Ziff. 4 enthalten. Für alle gerichtlichen Streitigkeiten ist daher ein Schiedsgericht zuständig. Selbstverständlich steht es den Parteien frei, die grundsätzlich bestehende Schiedsgerichtsvereinbarung von vornherein zu unterlassen — indem z. B. Ziff. 4 Abs. 1 gestrichen wird — oder später selbst nach Anrufung des ordentlichen Gerichts im Wege der Vereinbarung die Entscheidung des Streites durch ein Schiedsgericht zu bestimmen.

[1]) Siehe Anhang.

Entsprechend der in Abs. 2 vorgesehenen Zuständigkeitsbestimmung [1]) für das ordentliche Gericht wäre auch eine Bestimmung zweckmäßig gewesen, wo das Schiedsgericht seinen Sitz haben müsse, damit festgelegt würde, wo Beratungen und mündliche Verhandlungen stattzufinden haben. Durch das Fehlen einer solchen Bestimmung für das Schiedsgericht, die auch in der maßgeblichen Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesen nicht enthalten ist, entsteht die Gefahr von Streitigkeiten, wenn unter den Schiedsrichtern oder zwischen dem Schiedsgericht Meinungsverschiedenheiten auftauchen, an welchem Orte mündliche Beratungen bzw. Verhandlungen stattzufinden haben.

Die in Abs. 3 für das Schiedsgerichtsverfahren zugrunde gelegte Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesen vom 1. April 1925 ist unter dem 1. April 1929 neu gefaßt [2]). Ihre Anwendbarkeit setzt voraus, daß Ziff. 4 Abs. 3 tatsächlich im Bauvertrage vereinbart ist und nicht etwa lediglich die Bestimmung getroffen ist, daß die Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht zu erfolgen habe. Diese Schiedsgerichtsordnung bestimmt in § 1, daß sie, soweit sie nicht abweichende Bestimmungen enthalte, durch die §§ 1025 bis 1047 der Reichszivilprozeßordnung [3]) ergänzt werde. Die Schiedsgerichtsordnung sowie die gesetzlichen Bestimmungen über das schiedsgerichtliche Verfahren ermöglichen aber keineswegs die Beantwortung aller hauptsächlichsten im Schiedsgerichtswesen auftauchenden Fragen. Das Recht des Schiedsgerichtswesens ist überhaupt für einen großen Teil des Gebietes, insbesondere das des Verfahrens noch ungeschrieben. Hier bestehen in der Literatur weit auseinandergehende Meinungen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung ist in manchen Punkten noch in der Entwicklung begriffen. Einzelne in der Praxis wiederkehrende Fragen seien im Folgenden kurz skizziert:

Nicht Schiedsrichter ist der Schiedsgutachter, der lediglich für die Parteien verbindliche Entscheidungen über tatsächliche Verhältnisse abzugeben hat, wie z. B. die in B § 18 Ziff. 2 erwähnten Versuchsanstalten. Der Schiesdrichter hat vielmehr über Rechtsverhältnisse, insbesondere über die von den Parteien gegeneinander erhobenen Ansprüche zu entscheiden. Selbstverständlich ist der Schiedsrichter wie in § 3 Ziff. 2 der SchGO. hervorgehoben, nicht Parteivertreter, sondern unparteiischer Richter. Durch die Annahme des Schiedsrichteramts tritt er in ein Vertragsverhältnis nicht nur zu derjenigen Prozeßpartei, die ihn ernannt hat, sondern zu beiden Parteien (RG. Bd. 41 S. 251 und 255; Bd. 59, S. 251 und Bd. 94, S. 211). Die vertragliche Bindung entsteht, wenn der von einer Partei bestellte Schiedsrichter sich zur Annahme des

[1]) Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ergibt sich aus § 38 ZPO.
[2]) Text siehe Anhang.
[3]) Siehe Anhang. Diese Bestimmungen der ZPO sind durch das am 1. Oktober 1930 in Kraft getretene Gesetz vom 25. Juli 1930 RGBl. S. 361 verschiedentlich geändert worden. In den Anhang ist für den Text der Bestimmungen der §§ 1025 bis 1047 ZPO. die zur Zeit gültige Fassung aufgenommen.

Amts dieser gegenüber bereit erklärt hat, und die Ernennung gemäß § 1030 ZPO. der Gegenpartei angezeigt ist. Die rechtliche Natur des Schiedsgerichtsvertrages, d. h. das Vertragsverhältnis zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien ist nach dem Standpunkt des Reichsgerichts [1]) nicht als Dienst- oder Werkvertrag anzusehen und unterliegt nicht schlechtweg den hierfür maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen — was z. B. besonders für diejenigen über Rechenschaftslegung, Auskunftserteilung und Kündigung von Bedeutung ist —, sondern der Schiedsrichtervertrag ist ein Vertragsverhältnis eigener Art, das zwar eine Verpflichtung zur Entscheidung des Rechtsstreits zur Folge hat, andererseits aber auch gewisse Vergleiche mit dem Amt des staatlichen Richters zuläßt. Die Pflicht zur Erfüllung, zur Herbeiführung eines Schiedsspruchs hat zur Folge, daß der Schiedsrichter sein Amt nicht beliebig, sondern nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes niederlegen kann (RG. Bd. 101, S. 393). Ein solcher Grund ist vorhanden, wenn dem Schiedsrichter aus persönlichen Gründen die Fortführung seiner Tätigkeit nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, z. B. der von den Parteien angeforderte Kostenvorschuß trotz Aufforderung und Fristsetzung nicht eingezahlt wird (Gruch 65, 498), wenn ein Konflikt zwischen seiner Pflicht zur unparteiischen Ausübung seines Richteramts einerseits und der Wahrnehmung seiner persönlichen Interessen entsteht (RG. Bd. 101, S. 393; JW. 1909, S. 694), ferner wenn er nach verständiger Prüfung zu der Überzeugung gelangt, daß es den anderen Mitgliedern des Schiedsgerichts an der notwendigen Eignung für ihr Amt oder an der erforderlichen Unparteilichkeit fehlt (JW. 1924, S. 1178). Weiter müssen als wichtige Gründe hinzukommen die Erkenntnis des Schiedsrichters, daß er selbst dem Streit nicht mehr unbefangen gegenüberstehen kann, sowie ferner die Erkenntnis, daß er der ihm gestellten Aufgabe doch nicht gewachsen ist. Z. B. wird der nicht juristisch vorgebildete Schiedsrichter sein Amt niederlegen dürfen, wenn es sich in dem Rechtsstreit zu erheblichem Teil um die Beantwortung von Rechtsfragen handelt, ebenso auch der Jurist, der über rein technische Streitfragen mitentscheiden soll. Die unbegründete Niederlegung des Schiedsrichteramts hat zur Folge, daß der Schiedsrichter durch Klage im ordentlichen Rechtswege zur Fortsetzung seines Amts angehalten werden kann. Die Vollstreckbarkeit eines dahingehenden Urteils ist allerdings hinsichtlich ihrer Zulässigkeit nicht zweifelsfrei [2]) und hinsichtlich ihrer praktischen Durchführbarkeit in Frage gestellt, wenn die Zwangsmittel des § 888 ZPO. nicht zum Erfolge führen. Die unbegründete Niederlegung oder Nichtausübung des Schiedsrichteramts hat aber auch eine Schadensersatzpflicht des Schiedsrichters zur Folge, besonders wenn er etwa die Ausübung seines Schiedsrichteramts verweigert, weil er mit seiner Meinung sachlich gegenüber den anderen Mitgliedern unterlegen ist (JW. 1924, S. 1178). Der Schiedsrichter darf auch nach Zustande-

[1]) Bd. 41 S. 254 und Bd. 59 S. 248.
[2]) RG. Bd. 59 S. 247, Bd. 74 S. 322 und Bd. 87 S. 192.

kommen eines Schiedsspruchs grundsätzlich seine Mitwirkung bei der Unterzeichnung, Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs nicht mehr verweigern, es sei denn, daß ein wichtiger Grund hierzu vorliegt. Als solcher könnte nur noch offensichtliche Parteilichkeit der anderen Schiedsrichter oder Widersinnigkeit des Schiedsspruchs in Frage kommen, nicht aber der Umstand, daß der Schiedsrichter durch die anderen überstimmt worden ist. Hier wird er *schadensersatzpflichtig* (RG. Bd. 126, S. 379 und Bd. 101, S. 395).

Der Schiedsrichter ist verpflichtet, sein Amt unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen auszuüben. Eine zivilrechtliche Haftung in bezug auf die objektive Richtigkeit des gefällten Schiedsspruchs trifft ihn aber nicht (RG. Bd. 38, S. 338, Bd. 41, S. 251, Bd. 59, S. 247 und Bd. 65, S. 175). Lediglich wenn ein Schiedrichter sich vorsätzlicher Rechtsbeugung schuldig macht[1]), führt die analoge Anwendung des § 839, Abs. 2 BGB.[2]) zur Begründung einer Haftpflicht. Dieser Grundsatz verdient aber nur insoweit Anwendung, als unmittelbar der Inhalt des zu fällenden Spruchs in Frage kommt. Ist dieser bereits gefällt und handelt es sich lediglich um den formalen Abschluß des Verfahrens, wie unterschriftliche Vollziehung, Zustellung und Niederlegung des gefällten Schiedsspruchs, so reicht jeder Grad von Fahrlässigkeit aus, um einen Schadensersatzanspruch gegen den Schiedsrichter zu begründen. Unterlassen die Schiedsrichter z. B. die formelle Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs, oder kommt der vom Schiedsgericht dazu beauftragte Obmann dem Auftrage nicht oder so mangelhaft nach, daß eine Vollstreckung aus dem Schiedsspruch nicht möglich ist, läßt sich auch der Mangel nicht mehr beheben, weil ein Schiedsrichter weggefallen ist, so kann auch auf Grund eines geringen Verschuldens eine Schadensersatzpflicht begründet werden. Der juristisch nicht vorgebildete Schiedsrichter wird, wenn ihm z. B. die für die Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs in Frage kommenden rechtlichen Formalitäten (§ 30 SchGO.) nicht geläufig sind, bei einem Rechtskundigen Rat holen müssen.

[1]) § 334 StGB.: Ein Richter, Schiedsrichter, Geschworener oder Schöffe, welcher Geschenke oder andere Vorteile fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zugunsten oder zum Nachteile eines Beteiligten zu leiten oder zu entscheiden, wird mit Zuchthaus bestraft.

Derjenige, welcher einem Richter, Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen zu dem vorbezeichneten Zwecke Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Zuchthaus bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

§ 336 StGB.: Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zugunsten oder zum Nachteile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

[2]) §§ 839 Abs. 2 BGB.: Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

Für das Verfahren, welches das Schiedsgericht zur Herbeiführung eines Schiedsspruchs wählt, ist es vollkommen frei, soweit nicht die Schiedsgerichtsordnung und die sie ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen bindende Vorschriften enthalten (§ 18 SchGO. u. 1034 ZPO.). Unerläßlich ist jedoch, daß den Parteien überhaupt Gehör gewährt wird, (ebenda). In welcher Weise das Schiedsgericht Gehör gewährt, ob auf schriftlichem Wege oder mündlich, ist seine Sache. Das gleiche gilt für die ebenfalls nicht auszuschließende Beratung und Abstimmung. Zweifel des Schiedsgerichts über Einzelheiten des Verfahrens bis zur Abstimmung werden, soweit die Bestimmungen der SchGO. und ZPO. über das schiedsrichterliche Verfahren keinen Aufschluß geben, grundsätzlich richtig gelöst werden, wenn das Schiedsgericht die für den ordentlichen Rechtsweg bestehenden zivilprozessualen Vorschriften sinngemäß anwendet. Eine Auskunftseinholung bei Rechtskundigen ist nicht unzulässig. Alle Mängel des Verfahrens mit Ausnahme der in § 1041 ZPO.[1]) werden aber *geheilt*, sobald der ordnungsgemäß datierte und von den Schiedsrichtern unterschriebene Schiedsspruch den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung durch Gerichtsvollzieher zugestellt und das Original des Schiedsspruchs unter Beifügung der Zustellungsurkunden auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niedergelegt ist (§ 30 SchGO. u. § 1039 ZPO.). Solange die Zustellung des fertigen Schiedsspruchs noch nicht erfolgt ist, können die Schiedsrichter, jedoch nur auf übereinstimmenden Beschluß, nochmals in die Beratung eintreten und alsdann durch Mehrheitsbeschluß einen anderen Schiedsspruch fällen.

Die Zwangsvollstreckung aus dem Schiedsspruch ist ausschließlich den staatlichen Organen überlassen. Sie setzt voraus, daß das ordentliche Gericht zunächst den Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt (§ 1042—1042d ZPO.). Über das Verfahren für die Vollstreckbarkeitserklärung sowie die Aufhebung eines Schiedsspruchs kann auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen werden. Die auch hier zahlreich auftretenden, durch das Gesetz nicht gelösten Zweifelsfragen können im vorliegenden Rahmen nicht weiter behandelt werden.

Neben der Verpflichtung des Schiedsrichters zur Herbeiführung eines der Vollstreckbarkeit fähigen Schiedsspruchs erwächst ihm auch die Verpflichtung zur Geheimhaltung aller Umstände, die ihm aus Anlaß seiner Amtstätigkeit als Schiedsrichter bekannt werden. Diese Verpflichtung bezieht sich sinngemäß aber nicht auf Dinge, die dem Mitteilungsempfänger ohnehin bekannt sind. Es kann dem Schiedsrichter also nicht verboten sein, auch außerhalb des Schiedsgerichts mit den einzelnen Parteien über den Streitfall zu sprechen, sie insbesondere auf Bedenken gegen den von ihnen eingenommenen Standpunkt hinzuweisen. Ein solches Vorgehen würde nur der sachlichen Förderung des Streitfalls dienen können (vgl. § 6 SchGO.). Verboten ist es aber dem Schiedsrichter, eine Partei

[1]) Vgl. Anhang.

zu beraten oder ihr hinter dem Rücken der anderen Mitteilungen über den Inhalt der schiedsgerichtlichen Beratung oder Abstimmung zu machen, weil hier dem Mitteilungsempfänger ein Vorteil gegenüber der Gegenpartei insofern gewährt wird, als er sich nunmehr im Prozesse auf die Meinung des Schiedsgerichts einstellen kann. Die Geheimhaltung der Vorgänge über Beratung und Abstimmung ist somit unbedingt. Sie geht soweit, daß selbst eine Vernehmung der Schiedsrichter als Zeugen in einem darauffolgenden gerichtlichen Verfahren vom Reichsgericht für unzulässig erklärt ist, es sei denn, da die Schiedsgerichtsparteien sich mit der Vernehmung einverstanden erklären (JW. 1930, S. 2534).

Ein weiteres Eingehen auf die schiedsgerichtlichen Bestimmungen der SchGO. und ZPO. ist im Rahmen dieser Erläuterung nicht möglich. Für das Schiedsgerichtswesen und einzelne praktische Fragen daraus ist auf die vorzügliche Monographie von Staff „Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen Deutschen Recht" 1926 zu verweisen.

Ziff. 5. Die Bestimmung enthält eine Beschränkung der gesetzlichen Bestimmung des § 273 BGB. über das Zurückbehaltungsrecht, deren Notwendigkeit sich aus der Natur des Bauvertrages ergibt. Es könnten unabsehbare Folgen eintreten, wenn der U. berechtigt wäre, wegen jeder im Endergebnis geringfügigen Vertragsverletzung des B. die Arbeiten einzustellen. Andererseits kann ein Recht des U. hierauf nicht vollständig ausgeräumt werden. Der Zahlungsverzug berechtigt den U., nach vorgängiger Fristsetzung zur Arbeitseinstellung. Andere begründete Möglichkeiten hierzu ergeben sich aus B § 6 im Falle der Unterbrechung der Ausführung infolge Verhaltens des B. Weiterhin besteht ein Recht des U. zur Arbeitseinstellung, wenn der B. in Vermögensverfall gerät und keine Sicherheit für die Vergütung des U. leistet (§ 321 BGB.) und ferner auch dann, wenn der B., ohne daß der U. bereits Bezahlung fordern dürfte, seine Verpflichtung zur künftigen Zahlung eines nicht nur geringfügigen Betrages zu Unrecht so bestimmt in Abrede stellt, daß der U. erwarten muß, um den Erfolg seiner Arbeit gebracht zu werden. Über allen Bestimmungen des Bauvertragsrechts steht die Bestimmung des § 242 BGB., wonach Verpflichtungen so zu erfüllen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Anhang

I. Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für das Schiedsgerichtswesen vom 1. April 1925 (in der Fassung vom 1. April 1929)

I. Geltung der Schiedsgerichtsordnung.

§ 1.

Diese Schiedgerichtsordnung findet auf Streitigkeiten Anwendung, die gemäß Vereinbarung der Parteien unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch ein Schiedsgericht gemäß den Bestimmungen der nachstehenden Schiedsgerichtsordnung entschieden werden sollen. Die Schiedsgerichtsordnung wird, soweit sie nicht abweichende Bestimmungen enthält, durch die §§ 1025—1047 der Reichszivilprozeßordnung ergänzt.

II. Zusammensetzung und Bildung des Schiedsgerichts.

§ 2.

1. Das Schiedsgericht besteht mangels einer andern Vereinbarung der Parteien aus drei Mitgliedern. Jede Partei ernennt zunächst einen Schiedsrichter; diese beiden Schiedsrichter wählen einen Obmann.
2. Es ist zulässig, daß die Parteien sich auf einen gemeinsamen Schiedsrichter einigen.

§ 3.

1. Als Schiedsrichter sollen nur solche Persönlichkeiten bestimmt werden, die vermöge ihrer Kenntnisse und Erfahrungen in Hinsicht auf den Streitfall für das Amt des Schiedsrichters besonders geeignet sind.
2. Der Schiedsrichter ist nicht Parteivertreter, sondern hat das ihm übertragene Amt nach bestem Wissen und Gewissen unparteiisch wahrzunehmen.
3. Nach Übernahme des Amtes darf der Schiedsrichter weder eine der Parteien beraten noch persönlich mit einer der Parteien in Fühlung treten. Personen, die in derselben Angelegenheit eine der Parteien bereits vorher beraten haben, können abgelehnt werden. Vgl. im übrigen § 7 dieser Schiedsgerichtsordnung und § 41 ZPO.

§ 4.

1. Die betreibende Partei hat der gegnerischen mittels eingeschriebenen Briefes den Streitfall darzulegen, für dessen Entscheidung das Schiedsgericht berufen werden soll. Sie hat dabei den von ihr gewählten Schiedsrichter zu benennen und die gegnerische Partei aufzufordern, binnen einer einwöchigen Frist ihrerseits ein Gleiches zu tun.
2. Dieser Aufforderung hat die Gegenpartei auch dann zu entsprechen, wenn sie den bezeichneten Schiedsrichter ablehnt.

§ 5.

Mangels vorheriger anderer Vereinbarung erfolgt die Ernennung eines Schiedsrichters auf Antrag durch den Vorsitzenden des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine [1]),

[1]) Der Vorsitzende des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine wird sich erforderlichenfalls vor Ernennung des Schiedsrichters mit den zuständigen technisch-wissenschaftlichen Fachverbänden in Verbindung setzen.

a) wenn eine Partei die fristgemäße Ernennung ihres Schiedsrichters unterläßt,
b) wenn bei Fortfall eines Schiedsrichters durch Tod oder aus einem anderen Grunde sowie bei Verweigerung der Übernahme oder Fortführung des Schiedsrichteramtes die betreffende Partei es unterläßt, nach Aufforderung der anderen binnen einer Woche einen neuen Schiedsrichter zu benennen.

Einer Verweigerung der Fortführung ist gleich zu achten, wenn ein Schiedsrichter trotz dreimaliger Aufforderung innerhalb von 8 Tagen nach der letzten ihm „eingeschrieben" zugegangenen Aufforderung keine Erklärung zur Sache abgibt.

§ 6.

Jede Partei hat unverzüglich den von ihr gewählten Schiedsrichter über den Streit und die Person des zweiten Schiedsrichters zu unterrichten.

§ 7.

1. Der Schiedsrichter hat sich unverzüglich, nachdem er von seiner Ernennung unterrichtet ist, über die Annahme des Amtes zu erklären.

2. Er ist verpflichtet, das ihm angetragene Amt ohne Verzug abzulehnen, wenn er vom Ausgange des Streites berührt wird, wenn einer der anderen Gründe des § 41 ZPO. vorliegt, oder wenn er sich aus irgendeinem Grunde befangen fühlt. Wer nicht in der Lage ist, das Amt des Schiedsrichters ohne Verzug auszuüben, hat es in gleicher Weise abzulehnen.

§ 8.

1. Lehnt eine Partei den von der Gegenpartei ernannten Schiedsrichter ab, so hat sie dies innerhalb einer einwöchigen Frist der Gegenpartei anzuzeigen.

2. Ist die Gegenpartei mit der Ablehnung nicht einverstanden, so muß die ablehnende Partei innerhalb einer weiteren einwöchigen Frist eine begründete Ablehnungserklärung mangels vorheriger anderer Vereinbarung an das nach § 1045 der Zivilprozeßordnung hierfür zuständige Gericht richten.

3. Wird der infolge des Durchgreifens der ersten Ablehnung ernannte neue Schiedsrichter wiederum abgelehnt und erachtet die für die Entscheidung über die Ablehnung vorgesehene Stelle auch diese Ablehnung für begründet, so hat mangels vorheriger anderer Vereinbarung der Vorsitzende des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine den Schiedsrichter in sinngemäßer Anwendung des § 5 dieser Schiedsgerichtsordnung zu ernennen.

4. Wenn in den Fällen des § 1031 ZPO. ein Schiedsrichter wegfällt, so hat die Partei, die ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners einen anderen Schiedsrichter binnen einer einwöchigen Frist zu bestellen.

5. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei (vgl. § 5) der Schiedsrichter mangels vorheriger anderer Vereinbarung vom Vorsitzenden des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine ernannt.

§ 9.

Können sich die Schiedsrichter nicht über die Person des Obmannes einigen, so erfolgt die Ernennung des Obmannes mangels vorheriger anderer Vereinbarung durch den Vorsitzenden des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine, und zwar haben beide Schiedsrichter mit dem Antrag auf Ernennung des Obmannes dem Vorsitzenden des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine bzw. der durch die Vereinbarung für die Ernennung vorgesehenen Stelle unter Überreichung dieser Schiedsgerichtsordnung kurz den Sachverhalt anzugeben, soweit dessen Kenntnis für die Auswahl des Obmannes erforderlich ist.

§ 10.

Der Obmann hat von seiner Wahl unverzüglich den Parteien Kenntnis zu geben.

§ 11.

Die §§ 5—8 finden auf den Obmann sinngemäß Anwendung.

§ 12.

Alle Mitteilungen, die die Ernennung oder Ablehnung von Schiedsrichtern betreffen, sind mittels eingeschriebener Briefe zu bewirken.

III. Das Verfahren des Schiedsgerichts bis zur Erlassung des Schiedsspruches.

§ 13.

Die Aufgabe des Schiedsgerichtes besteht in der Feststellung des streitigen Sachverhältnisses und in der Schlichtung der ihm überwiesenen Streitigkeit durch Herbeiführung eines Vergleichs oder, sofern dieser nicht zustande kommt, durch Erlassung eines Schiedsspruchs.

§ 14.

Solange kein Obmann bestellt ist, haben sich die Schiedsrichter über die Geschäftsführung zu verständigen. Erfolgt eine Einigung hierüber zwischen ihnen nicht, so führt der an Jahren ältere Schiedsrichter die Geschäfte.

§ 15.

Dem geschäftsführenden Schiedsrichter bzw. dem Obmann liegt die Leitung der gesamten schiedsgerichtlichen Geschäfte ob. Insbesondere führt er den Vorsitz bei den Verhandlungen und den schriftlichen Verkehr mit den Beteiligten, er setzt nach Einholung der Ansicht der übrigen Schiedsrichter die Termine fest, erläßt die erforderlichen Ladungen und fordert die von ihm für notwendig erachteten Kostenvorschüsse ein.

§ 16.

Vor Eintritt in die Verhandlung sind die Gebühren zwischen dem Schiedsgericht und den Parteien zu vereinbaren. Für diese Vereinbarung kann als Richtlinie gelten, daß grundsätzlich die Rechtsanwaltsgebühren 1. Instanz zu berechnen sind. Eine besondere Vergleichsgebühr soll in der Regel nicht erhoben werden.

§ 17.

Beschlüsse des Schiedsgerichts werden mit Stimmenmehrheit gefaßt.

§ 18.

In dem Verfahren sind die Parteien zu hören. Im übrigen wird das Verfahren von dem Schiedsgericht nach freiem Ermessen bestimmt. Die Bestimmung der Formen und Grenzen für die Ermittlung des Sachverhaltes unterliegt lediglich dem Ermessen des Schiedsgerichts, soweit nicht diese Schiedsgerichtsordnung oder das Gesetz entgegenstehende Bestimmungen enthalten. Vor Erlaß des Schiedsspruches soll eine Schlußverhandlung mit den Parteien stattfinden, wenn diese hierauf nicht ausdrücklich verzichten. Diese Verhandlung ist in der Regel mündlich. Sie kann durch Schriftsätze vorbereitet werden. In der Verhandlung ist den Parteien, soweit sie anwesend oder ordnungsmäßig vertreten sind, Gelegenheit zu geben, das, was ihnen zur Wahrnehmung ihrer Rechte geeignet erscheint, vorzubringen.

§ 19.

Erscheint in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termin trotz rechtzeitiger Ladung weder die Partei selbst noch ein von ihr ordnungsmäßig bestellter Vertreter, so darf das Schiedsgericht annehmen, daß die Partei weitere Erklärungen nicht abzugeben habe.

§ 20.

Im Verlauf des Verfahrens sind den Parteien die gegnerischen Erklärungen und Anträge in Abschrift oder Urschrift zu übermitteln, und alle neuen, vom Schiedsgericht für die Entscheidung des Streites für wesentlich erachteten Tatsachen oder Gesichtspunkte mitzuteilen.

§ 21.

1. Das Schiedsgericht ist in bezug auf die Ermittlung von Tatsachen und die Erhebung von Beweisen an die Beweisanträge der Parteien nicht gebunden. Es kann nach seinem Ermessen Zeugen und Sachverständige vernehmen, Beweise auf andere Art erheben oder Eide, die von einer Partei zu leisten sind, festsetzen.

2. Zur Beeidigung eines Zeugen oder Sachverständigen oder zur Abnahme des Parteieides ist das Schiedsgericht nicht befugt, es kann jedoch von einer Partei verlangen, daß diese die für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen bei dem zuständigen Gericht beantragt. Wird diesem Verlangen nicht entsprochen, so ist das Schiedsgericht befugt, aus der Unterlassung ihm gerechtfertigt erscheinende Schlußfolgerungen zu ziehen.

§ 22.

1. Über eine mündliche Verhandlung vor dem Schiedsgericht ist von einer durch das Schiedsgericht zu bestimmenden Person eine Niederschrift aufzunehmen. In dieser sind die Anträge der Parteien und ihr sonstiges Vorbringen zu vermerken, soweit es nach Ermessen des Schiedsgerichts wesentlich und nicht bereits in den Schriftsätzen der Parteien enthalten ist. Auch über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und über die Vornahme von Ortsbesichtigungen sind Niederschriften aufzunehmen. Sämtliche Niederschriften sind von allen Schiedsrichtern zu unterzeichnen.

2. Sind vom Schiedsgericht einzelne Schiedsrichter mit der Vornahme einer Beweisaufnahme beauftragt, so haben diese die entsprechende Niederschrift zu vollziehen.

§ 23.

Wird zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen, so ist hierüber eine Niederschrift aufzunehmen. Die Niederschrift ist den Parteien vorzulesen; daß dies geschehen, ist in ihr zu vermerken. Die Niederschrift ist von den Schiedsrichtern und auch von den Parteien zu unterzeichnen.

§ 24.

Die Schiedsrichter sowie die Sachverständigen und sonstige vom Schiedsgericht hinzugezogene Personen sind zur Geheimhaltung der ihnen durch ihre Tätigkeit im schiedsrichterlichen Verfahren bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet.

§ 25.

Die Vertretung der Parteien durch Bevollmächtigte ist zulässig; die Kosten hierfür sind in jedem Falle von der vertretenen Partei zu tragen.

§ 26.

Das Schiedsgericht kann die Durchführung des Verfahrens sowie die von einer Partei beantragte Ladung und Vernehmung von Zeugen und weiteren Sachverständigen, die Vornahme von Untersuchungen, Prüfungen und dgl. von der Hinterlegung eines zu leistenden Kostenvorschusses abhängig machen.

§ 27

Für alle Kosten des Verfahrens, einschließlich der durch die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, die Einholung von Gutachten und sonstigen Auskünften, durch die Zuziehung eines Schriftführers usw. entstehenden Kosten haften die Parteien als Gesamtschuldner.

IV. Die Erlassung des Schiedsspruches.

§ 28.

1. Erachtet das Schiedsgericht den Sachverhalt für ausreichend geklärt, so hat es ohne Verzug den Schiedsspruch zu erlassen, d. h. nach seiner gewissenhaften Überzeugung und nach seinem billigen Ermessen zu bestimmen, was unter den Parteien in bezug auf ihren Streit Rechtens sein soll, und diese Bestimmung zu begründen. Der Schiedsspruch hat sich auf das gesamte zwischen den Parteien streitig gewordene Rechtsverhältnis zu erstrecken.

2. Außerdem hat das Schiedsgericht darüber zu befinden, wer die Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens zu tragen hat, und zwar auch dann, wenn der Streit in der Hauptsache seine Erledigung in anderer Weise als durch Schiedsspruch gefunden hat.

3. Das Schiedsgericht bestimmt den Streitwert. Auf dieser Grundlage berechnen sich die Gebühren der Schiedsrichter entsprechend der nach § 16 zwischen den Parteien und Schiedsrichtern getroffenen Regelung.

§ 29.

1. Bei der Beratung und Beschlußfassung über den Schiedsspruch dürfen nur die Schiedsrichter anwesend sein.

2. Der Schiedsspruch ist schriftlich abzufassen. Er hat zu enthalten die Bezeichnung der Parteien und der Schiedsrichter, die den Schiedsspruch erlassen, nach Namen und Wohnort, die Entscheidung, d. h. die Erklärung dessen, was zwischen den Parteien Rechtens sein soll, den Tatbestand und die Begründung der Entscheidung, das Datum der Abfassung des Schiedsspruchs und die Unterschrift sämtlicher Schiedsrichter.

§ 30.

Je eine von sämtlichen Schiedsrichtern unterschriebene Ausfertigung des Schiedsspruchs ist durch Gerichtsvollzieher den Parteien zuzustellen. Alsdann ist die Urschrift des Schiedsspruchs mit den Urkunden über die erfolgte Zustellung an die Parteien auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen. Die Zustellung und Niederlegung hat durch sämtliche Mitglieder des Schiedsgerichts zu erfolgen; jedoch kann dazu einer der Schiedsrichter allein von den anderen Schiedsrichtern schriftlich beauftragt und bevollmächtigt werden. Ein Widerruf dieses Auftrages und dieser Vollmacht ist nach Unterzeichnung des Schiedsspruchs und der Ausfertigungen bis zum vollständigen Abschluß des Verfahrens, d. h. bis zur Niederlegung auch eines nachträglichen Schiedsspruchs unzulässig.

§ 31.

Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils (§ 1040 ZPO.).

V. Zuständiges Gericht.

§ 32.

1. Für die von den Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen, für die gerichtlichen Entscheidungen über das Erlöschen eines Schiedsvertrages, über die Ablehnung von Schiedsrichtern sowie zur Erlassung der in den §§ 1042, 1044a der Zivilprozeßordnung bezeichneten Beschlüsse ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, und in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

2. Das in Absatz 1 bezeichnete Gericht ist auch für die Klagen zuständig, welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens oder die Aufhebung eines Schiedsspruchs zum Gegenstand haben.

3. Befindet sich der Wohnsitz oder die Niederlassung einer Partei im Auslande, so ist das Amtsgericht Berlin-Mitte oder das Landgericht Berlin I zuständig.

II. Die Bestimmungen der ZPO. über den Schiedsvertrag.

§ 1025 ZPO.: Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen.

§ 1026 ZPO.: Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

§ 1027 ZPO.: Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen.

§ 1028 ZPO.: Ist in dem Schiedsvertrag eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt.

§ 1029 ZPO.: Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu tun.

Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

§ 1030 ZPO.: Eine Partei ist an die durch sie erfolgte Ernennung eines Schiedsrichters dem Gegner gegenüber gebunden, sobald derselbe die Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

§ 1031 ZPO.: Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Übernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gericht ernannt.

§ 1032 ZPO.: Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

Die Ablehnung kann außerdem erfolgen, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, können abgelehnt werden.

§ 1033 ZPO.: Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist:

1. wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Übernahme des Schiedsrichteramts verweigert oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert;
2. wenn die Schiedsrichter den Parteien anzeigen, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.

2. Verfahren vor dem Schiedsgericht.

§ 1034 ZPO.: Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zugrunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln, soweit sie die Ermittelung für erforderlich erachten.

In Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren wird dasselbe von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

§ 1035 ZPO.: Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige vernehmen, welche freiwillig vor ihnen erscheinen.

Zur Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen und zur Abnahme eines Parteieids sind die Schiedsrichter nicht befugt.

§ 1036 ZPO.: Eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, ist auf Antrag einer Partei, sofern der Antrag für zulässig erachtet wird, von dem zuständigen Gerichte vorzunehmen.

Dem Gerichte, welches die Vernehmung oder Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen angeordnet hat, stehen auch die Entscheidungen zu, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens erforderlich werden.

§ 1037 ZPO.: Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei.

§ 1038 ZPO.: Ist der Schiedsspruch von mehreren Schiedsrichtern zu erlassen, so ist die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend, sofern nicht der Schiedsvertrag ein anderes bestimmt.

§ 1039 ZPO.: Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.

§ 1040 ZPO.: Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.

3. Aufhebung des Schiedsspruchs. — Vollstreckungsurteil.

§ 1041 ZPO.: Die Aufhebung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:

1. wenn dem Schiedsspruch ein gültiger Schiedsvertrag nicht zugrunde liegt oder der Schiedsspruch sonst auf einem unzulässigen Verfahren beruht;
2. wenn die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde;
3. wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
4. wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;
5. wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;
6. wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des § 580 die Restitutionsklage stattfindet.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus dem unter Nr. 5 erwähnten Grunde nicht statt, wenn die Parteien ein anderes vereinbart haben.

§ 1042 ZPO.: Aus dem Schiedsspruch findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn er für vollstreckbar erklärt ist.

Der Antrag ist unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der im § 1041 bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt.

§ 1042 a ZPO.: Über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung durch Beschluß entschieden werden; vor der Entscheidung ist der Gegner zu hören. Im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung wird durch Endurteil entschieden.

Wird ein Aufhebungsgrund geltend gemacht, so ist, sofern nicht die alsbaldige Ablehnung des Antrags gerechtfertigt erscheint, mündliche Verhandlung anzuordnen.

§ 1042 b ZPO.: Dem Antrag soll die für die Zustellung erforderliche Zahl von Abschriften beigefügt werden.

Wird die mündliche Verhandlung angeordnet, so ist der Termin den Parteien von Amts wegen bekanntzumachen. Im Verfahren vor den Landgerichten soll die Bekanntmachung die Aufforderung gemäß § 215 enthalten.

§ 1042 c ZPO.: Der Beschluß, durch den der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wird, ist für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Gegen den Beschluß findet Widerspruch statt. Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs durch Endurteil zu entscheiden. Die Vorschriften der §§ 707, 717 finden entsprechende Anwendung.

Der Beschluß, durch den der Antrag auf Vollstreckbarerklärung abgelehnt wird, unterliegt der sofortigen Beschwerde.

§ 1042 d ZPO.: Der Widerspruch ist innerhalb einer mit der Zustellung beginnenden Notfrist von zwei Wochen durch Einreichung einer Widerspruchsschrift einzulegen. § 339 Abs. 2 gilt entsprechend. Die Widerspruchsschrift soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung erforderlich ist.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung ist den Parteien von Amts wegen bekanntzumachen. Mit der Bekanntmachung ist der Gegenpartei die Widerspruchsschrift von Amts wegen zuzustellen. Die erforderliche Zahl von Abschriften soll die Partei mit der Widerspruchsschrift einreichen.

§ 1043 ZPO.: Ist der Schiedsspruch rechtskräftig für vollstreckbar erklärt, so kann seine Aufhebung nur aus den im § 1041 Nr. 6 bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außerstande gewesen ist, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

Die Klage ist innerhalb einer Notfrist von einem Monat zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft der Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft der Entscheidung an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so ist zugleich die Vollstreckbarerklärung aufzuheben.

§ 1044 ZPO.: Ein ausländischer Schiedsspruch, der nach dem für ihn maßgebenden Rechte verbindlich geworden ist, wird, soweit nicht Staatsverträge ein anderes bestimmen, in dem für inländische Schiedssprüche vorgeschriebenen Verfahren für vollstreckbar erklärt. § 1039 findet keine Anwendung.

Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist abzulehnen:

1. wenn der Schiedsspruch rechtsunwirksam ist; für die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs ist, soweit nicht Staatsverträge ein anderes bestimmen, das für das Schiedsverfahren geltende Recht maßgebend;
2. wenn die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde, insbesondere wenn der Spruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, deren Vornahme nach den deutschen Gesetzen verboten ist;
3. wenn die Partei nicht ordnungsgemäß vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
4. wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war.

An die Stelle der Aufhebung des Schiedsspruchs tritt die Feststellung, daß er im Inland nicht anzuerkennen ist.

Wird der Schiedsspruch, nachdem er für vollstreckbar erklärt worden ist, im Ausland aufgehoben, so kann im Wege der Klage die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung beantragt werden. Auf die Klage finden die Vorschriften des § 1043 Abs. 2, 3 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Notfrist mit der Kenntnis der Partei von der rechtskräftigen Aufhebung des Schiedsspruchs beginnt.

§ 1044 a ZPO.: Hat sich der Schuldner in einem schiedsrichterlichen Vergleich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, so findet die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich statt, wenn er für vollstreckbar erklärt ist. Der Vergleich darf nur für vollstreckbar erklärt werden, wenn er unter Angabe des Tages seines Zustandekommens von den Schiedsrichtern und den Parteien unterschrieben und auf der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts niedergelegt ist.

Die Vollstreckbarerklärung ist abzulehnen, wenn der Vergleich der Rechtswirksamkeit entbehrt oder seine Anerkennung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde.

Die Vorschriften der §§ 1042 a bis 1042 d finden entsprechende Anwendung; die Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit des Vergleichs steht der Geltendmachung von Aufhebungsgründen gegen einen Schiedsspruch gleich.

§ 1045 ZPO.: Für die gerichtlichen Entscheidungen über die Ernennung oder die Ablehnung eines Schiedsrichters oder über das Erlöschen eines Schiedsvertrags oder über die Anordnung der von den Schiedsrichtern für erforderlich erachteten richterlichen Handlungen ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in dem Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, und in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Gegner zu hören.

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.

§ 1046 ZPO.: Das in § 1045 Abs. 1 bezeichnete Gericht ist auch für die Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen und schiedsrichterlichen Vergleichen sowie für Klagen zuständig, welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Vollstreckbarerklärung eines solchen oder die Rechtsunwirksamkeit eines schiedsrichterlichen Vergleichs zum Gegenstande haben.

§ 1047 ZPO.: Unter mehreren nach den §§ 1045, 1046 zuständigen Gerichten ist und bleibt dasjenige Gericht zuständig, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§ 1039) gewendet hat.

§ 1048 ZPO.: Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buches entsprechende Anwendung.

III. Tabelle der Anwalts- und Gerichtsgebühren.

Streitwert bis RM	Gebühr des Rechtsanwalts RM	Gebühr des Gerichts RM	Streitwert bis RM	Gebühr des Rechtsanwalts RM	Gebühr des Gerichts RM
1 000	45	30	3 700	119	67
1 100	48	32	3 800	121	68
1 200	51	34	3 900	123	69
1 300	54	36	4 000	125	70
1 400	57	38	4 100	127	71
1 500	60	40	4 200	129	72
1 600	63	42	4 300	131	73
1 700	66	44	4 400	133	74
1 800	69	46	4 500	135	75
1 900	72	48	4 600	137	76
2 000	75	50	4 700	139	77
2 100	78	51	4 800	141	78
2 200	81	52	4 900	143	79
2 300	84	53	5 000	145	80
2 400	87	54	5 100	147	81
2 500	90	55	5 200	149	82
2 600	93	56	5 300	151	83
2 700	96	57	5 400	153	84
2 800	99	58	5 500	155	85
2 900	102	59	5 600	157	86
3 000	105	60	5 700	159	87
3 100	107	61	5 800	161	88
3 200	109	62	5 900	163	89
3 300	111	63	6 000	165	90
3 400	113	64	6 100	166	91
3 500	115	65	6 200	167	92
3 600	117	66	6 300	168	93

Streitwert bis RM	Gebühr des Rechtsanwalts RM	Gebühr des Gerichts RM	Streitwert bis RM	Gebühr des Rechtsanwalts RM	Gebühr des Gerichts RM
6 400	169	94	9 300	198	123
6 500	170	95	9 400	199	124
6 600	171	96	9 500	200	125
6 700	172	97	9 600	201	126
6 800	173	98	9 700	202	127
6 900	174	99	9 800	203	128
7 000	175	100	9 900	204	129
7 100	176	101	10 000	205	130
7 200	177	102	für je weitere		
7 300	178	103	100 RM		
7 400	179	104	bis 20 000	0,50	0,50
7 500	180	105			
7 600	181	106			
7 700	182	107	für je weitere		
7 800	183	108	1000 RM bis		
7 900	184	109	100 000	5,—	5,—
8 000	185	110			
8 100	186	111	für je weitere		
8 200	187	112	1000 RM bis		
8 300	188	113	1 000 000	2,50	5,—
8 400	189	114			
8 500	190	115	für je weitere		
8 600	191	116	1000 RM bis		
8 700	192	117	5 000 000	2,—	5,—
8 800	193	118			
8 900	194	119			
9 000	195	120			
9 100	196	121			
9 200	197	122			

Ergänzung zu S. 47 B § 2 Absatz 2 (Ende)

Gehört außer dem Leistungsverzeichnis noch eine besondere Leistungsbeschreibung zum Vertragsinhalt, und ist zwischen beiden ein Widerspruch insofern vorhanden, als die Leistung einer Position nach dem Leistungsverzeichnis größer ist als nach der Leistungsbeschreibung oder umgekehrt, so ist es für die Preisberechnung entscheidend, ob die umfangreichere Leistung von dem in das Leistungsverzeichnis eingesetzten Preis gedeckt wird. Spricht das Leistungsverzeichnis z. B. schlechthin vom Anstrich der Bauwerksteile, die Baubeschreibung aber von zweimaligem Anstrich, so ist dieser letztere durch den vereinbarten Einheits- oder Pauschalpreis abgegolten. Anders jedoch wenn dieser Preis nur für einmaligen Anstrich angegeben ist, dagegen die Baubeschreibung mehrmaligen Anstrich fordert.

Alphabetisches Wörterverzeichnis

(Die Zahlen bedeuten die Seiten, — bedeutet das vorhergehende Stichwort.)

A.

Abänderung der VOB. 15
— des Bauentwurfs 45, 47
— der Verjährungsfrist 15, 120
Abänderungsvorschläge 28/29
Abbildungen 25
Abbruchsarbeiten 3
Ablehnung der Leistung 69
Abnahme 79, 101 ff., 109
Fernbleiben bei der — 104
förmliche — 101, 104
stillschweigende — 102
Abräumungsarbeiten 13
Abrechnung 15, 123, 131
Abschlagszahlung 127/28
Abstimmung 153
Abtretung, Ausschluß der 136
— der Baupreisforderung 133
Abtretungsurkunde 134
Abwehrrecht 91
Abweichung vom Vertrage 47
Anerkenntnis des B. 102
— des U. 12
Anfechtung 23, 31, 32
Angebot 26, 35, 36
Angebote, nicht berücksichtigte 36
Öffnung der — 28
Prüfung der — 29
verspätete — 29
Verzicht auf — 36
Angebotsfrist 23
Angestellte 54, 61
Annahmeverzug 82
Anordnungen des B. 53, 56, 77, 106, 110
Anschlußgleise 9
Anzeige des U. 52
Arbeiter 54, 61
Arbeitseinstellung 144, 154
Arbeitsgemeinschaft 26, 28, 36
Arbeitsleistung 16, 45
Arbeitsmittel 61
unzureichende — 65
Arbeitsvertrag 58
Architekt 25
Arglist, Einrede der 119
Auf- und Abgebotsverfahren 7
Aufforderung zur Mängelbeseitigung 110
Aufmaßbestimmungen 123
Aufmessung 79
Aufrechnung 133
Aufstellung, prüfungsfähige 127
Auftragsentziehung 66, 81
Aufwand, unverhältnismäßig hoher 107, 113
Augenschein 122
Ausarbeitungen 37
Ausführung 53 ff.
Ausführungsfrist 15, 16, 46, 54
Ausführungsunterlagen 16, 52, 53
Ausnutzung der Vormacht des B. 9
Ausschreibung, Aufhebung der 36
Bekanntgabe der — 22
beschränkte — 3, 8
öffentliche — 3, 8, 22
Zeit der — 21
Ausschreibungsunterlagen 21
Aussperrung 72

B.

Bauarbeiten 1
Ausführung der — 16
Baubeschreibung 45, 47, 154
Bauentwurfes, Abänderung des 45, 47
Bauerlaubnis 92
Bauforderung, Sicherung der 138
Baufristen, 16, 68
Baufristenplan 15
Bauleistung 1, 45
Beschädigung, Zerstörung der — 76
Gegenstand der — 12
Teil der — 84
Bauleiter 86
Bauordnung 57
Bauplan 16
Bauprogramm 16
Bauschein 56
Baustellenabräumung 13, 16
Baustelleneinrichtung 13, 16
Bauvermerk 139
Bauvorhabens, Identität des 47
Bauwerk 1
Bauzeit, Verlängerung der 46

Beaufsichtigung 9, 125
Bedenken des U. 54, 60
Beendigung der Leistung 101
Beeinträchtigung des Besitzes 88
Befangenheit 122
Befreiung von Ansprüchen Dritter 84
Begleiterscheinungen, ungesunde 3
Behinderung 72, 73
Bekanntgabe der Ausschreibung 22
Benehmen, ungebührliches 61
Beratung 153
Berechnungen 52
Bereicherung, ungerechtfertigte 37
Berufsgenossenschaft 35
Beiträge zur — 36
Berufsvertretungen 7
Beschleunigungsvergütungen 15, 17
Beseitigung des Mangels 65, 115
Besitz des B. am Bauwerk 105
Besitz, mittelbarer 129
Bestätigung, schriftliche 41
Bestellung des Unparteiischen 147
Betreten, unbefugtes 84, 96
Betriebsunfall 59
Bewachung 85
Beweissicherung 64, 122
Bieter 35
Bodenart 14
Bodenverhältnisse 11
Böswilligkeit 80
Buchforderungen 142
Bürge 139, 141, 143

C.

Charakter, gemeinnütziger 43
clausula rebus sic standibus 20, 57

D.

Diebstahlsversicherung 85
Dienststelle, vorgesetzte 145
Dritte, Übertragung an 15, 67

E.

Eigenschaft, zugesicherte 106, 107
Eigentum, geistiges 52
Eigentumsübertragung 129
Einheitspreis 5
Einrede der Arglist 119
— des nichterfüllten Vertrages 133
Einrichtungsarbeiten 13
Einspruch 145
Einzelfristen 68
Entfernung der Werkstoffe oder Bauteile 54, 64
Entlastungsbeweis 87
Entschädigungsanspruch des Patentinhabers 97
Entwürfe 37
Entziehung des Auftrages 79, 81
Erdarbeiten 14
Erfüllung 102
nicht gehörige — 98
Erfüllungsgehilfe 67, 77
Eröffnungstermin 28
Erschwerung, ungerechtfertigte 56
Ersparnis an Aufwendungen 80

F.

Fachlose 5
Fahrgelder 125
Fahrlässigkeit 89
Feuerversicherungspflicht 78
Fertigstellung 105
Forderungen nach Schlußzahlung 127, 132
Fürsorgehäuser 8
Fürsorgepflicht 58
Freihändige Vergebung 4, 24
Fristen 16, 68, 69
Frist, angemessene 66, 110, 111
— zur Vertragserfüllung 55
Fristüberschreitung, geringfügige 112
Fristverlängerung 73, 74

G.

Garantie 107, 117
Garantiefrist 108, 117
Garantie, selbständige 108, 118
unselbständige — 107
Garantiesumme 140
Gattungsverpflichtung 100
Gebührenordnung der Architekten 53
Gefahr 76
Gefahrübergang 103
Gegenforderungen 101, 133
Gegenstände von Altertums-, Kunst- oder wissenschaftlichem Wert 55, 67
Geheimhaltung 23, 34, 153
Gehör 153
Gemeinschaftliche Bieter 26
Genehmigung, polizeiliche 55
Generalunternehmer 5
Geräte 14, 79, 81
Gericht, zuständiges 122
Gerichtskosten 19
Gerüste 79, 81
Gesamtschuldner 94
Gesamtvergebung 5
Geschäftsgeheimnis 34, 53
Gesellschaft 27
Gesetzesauslegung 44
Gewalt, höhere 76, 115
Gewährleistung 17, 106 ff.
Gewährleistungsansprüche 109
Gewerbebetrieb 88

Gewerbebetriebes, Untersagung des 81
Gewinn, entgangener 65, 107
Gleitformel 7
Gleitpreis 7, 20
Grund und Boden 11
Grundlagen der Preisberechnung 9, 47
Grundwassersenkung 93
Grundwasserverhältnisse 46
Grund, wichtiger 81, 151

H.

Haftpflichtrisiko 13, 46
Haftung 84
— der Gewerkschaften 63
— im Innenverhältnis 85, 94, 96
— für Schäden Dritter 85, 86 ff.
— des Schiedsrichters 152
— ohne Verschulden, quasideliktische — 91, 94
Hemmung der Verjährung 118
Herabsetzung der Vertragsstrafe 100
Herausgabeanspruchs, Abtretung des 131
Herstellung eines Bauwerks 1
Hindernisse, unvorhergesehene 10, 12
Hinterlegung 140
Hinterlegungsbefugnis 135/36
Holzerkrankung 106, 120

I.

Inanspruchnahme der Geräte durch B. 81
Inbenutzungnahme der Bauleistung 106
Innenverhältnis, Haftung im 94
Instandhaltung des Bauwerkes 1
Interesse, öffentliches 92
Interessenverbände 4
Irrtum 31

K.

Kalkulationsirrtum 31, 48
Kartell 4
Kartellverordnung 33
Kaufmannseigenschaft des U. 101
Kenntnis der Abtretung 134
Klageerhebung 121
Kleinbahnen 92
Konkurs 78, 81, 116
Konzession 92
Kosten 19, 144
— der Vergebung 24
Kostenanschlags, Überschreitung des 11
Kostenansprüche des Unparteiischen 149
Kündigung des B. 78 ff.
— des U. 82 ff.
— aus wichtigem Grunde 81.

L.

Ländereien, angrenzende 84
Leistung, Art und Umfang der 45
Beginn, Fortführung, Vollendung der — 68 ff.
Beschreibung der — 45, 47
geforderte — 8
Leistungen, künstlerische 4
mangelhafte — 54, 63
— nach Probe 106, 120
nicht vereinbarte — 51
Leistungsart 49
Leistungsumfanges, Verminderung des 51
Leistungsverzeichnis 8, 13, 45
Leistungsverzug des B. 84
— des U. 16
Leitung der Vertragsleistung 53, 58
Lieferung 1
Lieferungsbedingungen 14
Lose 5

M.

Mangel, Begriff 108
— des vom B. gelieferten Stoffes 11, 77
unwesentlicher — 112
verschuldeter — 114, 122
wesentlicher — 107, 122
Mängelbeseitigung 107, 110, 120, 121
eigene — 115
Verweigerung der — 110, 111
Mängelrüge 115
Maschinen 79, 81
Massenberechnungen 9
Mehraufwendungen 47
Mehrkosten 47, 50, 79
Mehrleistung 10, 47, 48
Mehrschichten 73, 74
Meinungsverschiedenheiten 143, 145
Miete 82
Miet- und Pachtrecht 88
Minderleistungen 47, 48
Minderung 110, 112, 121

N.

Nachforderungen 127, 132
Nachfrist für Zahlung 128, 144
Nebenausfertigung 43
Nebenleistungen 13, 46
Nichteinhaltung der Baufristen 16
Nichterfüllung 98, 109
Nicht rechtzeitige Ausführung 69
Niederlegung des Schiedrichteramts 151
Niederschrift 29
Niedrigste Geldforderung 35
Notwendigkeit, technische 45

O.

Ordnung, allgemeine auf der Baustelle 53, 55

P.

Patentbenutzung 97
Pauschsumme 5, 30, 47
Personenschaden 88
Pfändung 133
Polier 86
Position 8
Preisabrede mehrerer U. 32, 79, 82
Preise, angemessene 3, 34
vereinbarte — 45, 46
Preisänderungen 15, 20
Preisangebotsverfahren 7
Preisberechnung 13, 14
Preisermittlungsgrundlage 20
Preisminderung 70
Preisschwankungen 7, 15, 20
Proben 37
Prüfungsverfahren 143, 146

R.

Rechenfehler 31
Rechnung, prüfungsfähige 123
Rechtsanwaltsgebühr 19, 20
Rechtsprechung 44
Rechtsweg, ordentlicher 18, 144
Regeln der Technik 54, 57, 106, 120
Regreßnahme bei Streik 62
Ringbildung 32, 33
Risiko 11, 46
Rückgabe der Sicherheit 17, 139, 143
— von Unterlagen 52
Rücktrittsrecht 21

S.

Sabotageakte 77
Sachschaden 88
Sachverständige 18, 122
Sammelposition 8
Schaden, unmittelbarer 82, 83
Schadensersatz 32, 81, 132
— wegen Nichterfüllung 69, 114
— ohne Verschulden 91
Schadensersatzanspruch des U. 83
Schadensersatzpflicht des Schiedsrichters 151
Schiedsgericht 144, 149 ff.
Schiedsgerichtsordnung 144, 150
Text der — 155
Schiedsgerichtsverfahren 18, 153
Schiedsgutachter 150
Schiedsrichter 150 ff.
— als Zeuge 154
Schiedsvertrag, Text der ZPO. über den 160
Schiedsrichtervertrag 151
Schlichter 147
Schlußsumme 30
Schlußzahlung 127, 132
Schriftform 41, 42
Vereinbarung der — 41
Schutz vor Beschädigung und Diebstahl 84, 85
Schutzabkommen 4, 32, 82
Schutzrecht, gewerbliches 96
Selbstkosten 6
Sicherheitsleistung 15, 17, 139 ff.
Sicherheitsvorkehrungen 87
Sicherungshypothek 138, 142
Sitten, gute 9, 30, 33, 37
Sitz des Schiedsgerichts 150
Sorgfaltpflicht 89
Sozialversicherung 60
Statische Berechnung 9
Stempel 43
Stichsumme 6
Stoff, gelieferter 11
Strafanstalten 8
Streik 62
Streitigkeiten 15, 18, 143
Stundenlohnarbeiten 125 ff.
Stundenlohnsatz 126
Stundenlohnzettel 126

T.

Teilarbeiten 1
Teilfristen, vertragliche 16
Teilleistungen, selbständige 128, 132
Teillose 5.
Transport der Geräte und Werkzeuge 13
Treu und Glauben 21, 44, 154

U.

Übereignung 128 ff.
Formel für — 129
Übergabe der Ausführungsunterlagen 53
Übertragung der Leistung an andere 55, 67
Überwachung der Bauausführung 56
Umarbeiten 2
Umstände, veränderte 20, 57
Unfallverhütung 9
Unfallverhütungsvorschriften 89
Unmöglichkeit der Bauleistung 75
Unparteiischer 19, 126, 127, 144, 147
Unparteilichkeit 151
Unterbrechung 72, 73, 75
Unterfangung 14, 46, 96
Unterhaltungsarbeiten 7
Unterlagen 9, 24, 52

Unternehmer, mehrere 26, 28, 36, 77
Zusammenschluß der — 4, 32, 82
Unterschriftsbeglaubigung 43
Untersuchung, materialtechnische 147
Unzuverlässigkeit 81
Urheberrechtsgesetz 25

V.

Veränderung, wesentliche 50
Verantwortlichkeit, technische 76
Verantwortung für Bauentwurf 50
Verantwortung, eigene des U. 56,
— für Entwurf 61
konstruktive — 109
Vergebung 3
freihändige — 4, 8
gemeinsame — 5
Kosten der — 24
Vergleichs, Unwirksamkeit des 148
Vergleichsverfahren 81, 116
Vergleichsvorschlag 144, 148
Vergütung 24 ff., 47, 80
Verhandlungen mit Bietern 34
— über die Mängelbeseitigung 118
Verjährung 103, 116 ff.
Hemmung und Unterbrechung der — 118
Verjährungsfrist 15, 106
Verlängerung, Abkürzung der — 120
Verkehr, öffentlicher 90
Vermögensschaden 88
Verpfändung 140
— von Grundstücken 142
Versicherung für fremde Rechnung 78
Versicherungsschein 78
Versperrung von Wegen 84
Vertrag zugunsten Dritter 63, 95
Vertragsbedingungen, allgemeine, 45
besondere — 45
Vertragsfristen 68
Vertragskündigung 73, 75; siehe auch Kündigung
Vertragsschluß, Lücke bei 45
Vertragsstrafe 15, 17, 82, 98 ff.
Vertragsurkunde 42, 43
Vertreten müssen 114
Vertreter, gemeinsamer 27
Vertretungsbefugnis 43
Verzicht auf Angebot 36
— auf Gewährleistung 17
— auf Sicherheit 17
Verzögerte Bauleistung 65
Verzug 68, 69
— des B. 71
Verzugsschaden 69
Vollstreckbarkeitserklärung 153
Vorbehalt 99, 102, 104
— bei Zahlung 127, 132
— wegen Vertragsstrafe 99 106,
Vorleistung eines anderen U. 106
Vorpfändung 135
Vorsatz 89
Vorschriften, allgemeine 42
polizeiliche — 54, 90
technische — 45

W.

Wagnis, ungewöhnliches 8, 9
Wasser-, Gas- oder Stromverbrauch 61
Wasserrecht 93
Wasserverhältnisse 9, 10
Wandelung 110, 112, 121
Wechsel 139, 143
Werkstoffe 14, 79
angelieferte — 128
eingebaute — 129
Schutz der — 131
Wettbewerb 3
beschränkter — 8
Widerspruch im Vertrage 45, 154
— zwischen Einheitspreis und Schlußsumme 30
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 146
Wiederherstellung, Anspruch auf 77
Winter 21, 74

Z.

Zahlung 82, 127 ff.
doppelte — 134
Zahlungsanweisung 137
Zahlungsbedingungen 15
Zahlungseinstellung 78, 81
Zahlungstermine 128
Zahlungsverpflichtung 124
Zeichnungen 25, 52
Zergliederung 12, 13
Zerstörung 76
Zeuge 122, 154
Zinsen 128
ZPO., Bestimmungen über Schiedsvertrag 160
Zufall, unabwendbarer 146
Zulassung von Angeboten 28, 29
Zumutbarkeit 21
Zurückbehaltungsrecht 154
Zugang von Erklärungen 38
Zuschlag 37
verspäteter — 24
Zuschlagsempfänger 27
Zuschlagsfrist 23
Zusicherung 107