

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 11/2007

Thema: Risikofeld der Bauvertragsgestaltung / Baurecht

1. Einleitung

Sinn und Zweck der Darstellung ist es, die Bedeutung der Vertragsgestaltung und der Vertragsverhandlung aufzuzeigen. Dabei ist die Seite, auf der man steht, nachrangig. Die wichtigsten Weichenstellungen für Auftraggeber (fortan: AG) und Auftragnehmer (fortan: AN) werden bereits beim Bauvertragsabschluss gestellt. Durch eine sehr strenge Rechtsprechung lässt sich ein Vertrag mit Unterdeckung oder geringen Gewinnmargen auch durch Nachträge kaum mehr „retten“. Eine geringe Kapitaldeckung und ein knappes Zeitbudget verschärfen die Situation. Streit ist am Bau vorprogrammiert. Dies kostet Zeit und Geld.

Erschwerend kommt hinzu, dass Bauprozesse häufig mangels fachlicher Ausbildung der Richter kaum prognostizierbar sind, zumal der Streit nur im Nachhinein bewertet werden kann. Selbst baubegleitende Beratung oder Schlichtung durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht greifen verspätet, wenn die Probleme bereits bestehen und eine ungünstige vertragliche Ausgangssituation vorliegt.

Ziel muss es daher sein, einen Bauvertrag abzuschließen, der Streit möglichst vermeidet oder für seine Beilegung vertragliche Regelungen enthält. Dies mag eine idealistische Vorstellung sein, dennoch können durch Bauvertragsgestaltung Probleme vermieden oder zumindest minimiert werden. Nur wer Risikofelder frühzeitig erkennt, kann irreparable Nachteile vermeiden.

Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer bei der Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung ein Problembewusstsein entwickelt.

2. Risikofelder des Bauvertrags

Nachfolgend werden verschiedene Risikofelder aufgezeigt, soweit es die rechtliche Seite betrifft. Daneben gibt es natürlich technische und kalkulatorische Risiken, die bei der Betrachtung außen vor bleiben.

Risikofelder des Bauvertrags:

- Risiko des Vertragstyps: BGB-Bauvertrag und VOB-Bauvertrag
- Risiko bei Abweichungen von der VOB/B
- Risiko bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen
- Risiko Wahl der Vergütungsart
- Risiko Widersprüche im Bauvertrag

2.1. Risiko des Vertragstyps: BGB-Bauvertrag und der VOB-Bauvertrag

Ein Risikofeld der Vertragsgestaltung ist bereits die Wahl des Vertragstyps. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer müssen sich darüber bewusst sein, dass mit der Wahl eines BGB- oder eines VOB-Vertrages eine entscheidende Weichenstellung vorgenommen wird. Um sich der Risiken bewusst zu sein, ist es notwendig, die Unterschiede zwischen diesen Vertragstypen zu kennen. Als Beispiel sei nur genannt, dass bei einem BGB-Vertrag (d.h. nur auf Basis der §§ 631 BGB ff.) der Auftragnehmer erhebliche Risiken eingeht, wenn in diesem

Vertrag nicht zusätzlich ein Zahlungsplan oder Abschlagszahlungen vereinbart werden. Beim BGB-Vertrag gibt es nur ausnahmsweise die Möglichkeit, Abschlagsrechnungen zu stellen. Umgekehrt geht der Auftraggeber beim BGB-Vertrag das Risiko ein, dass er ohne Zustimmung des Auftragnehmers diesem gegenüber keine geänderten oder zusätzlichen Leistungen einseitig anordnen kann. Ein einseitiges Anordnungsrecht, wie es die VOB/B in dem § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B kennt, ist dem BGB-Vertrag fremd.

Derartige Unkenntnis der Spielregeln führt später bei der Vertragsdurchführung zu Risiken.

Bei der Bauvertragsgestaltung muss man wissen, welches Ziel man anstrebt. Wer das Ziel erreichen will, muss sich über seinen Ausgangspunkt im Klaren sein. Erst wenn **Startposition** und **Ziel** feststehen, kann für die Bauvertragsgestaltung ein **geeigneter Weg** gesucht und beschritten werden.

Ausgangspunkt —————> Weg —————> Ziel

Ausgangspunkt ist die Kenntnis der Gesetze und Regelwerke, die einschlägig sind. Hierauf muss bei der Bauvertragsgestaltung aufgebaut werden, um Lücken und Ergänzungsbedarf erkennen zu können.

2.1.1. Der BGB-Bauvertrag und der VOB/B-Bauvertrag

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag der in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst, usw. Zwangsläufig ist das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Deshalb gibt es daneben die VOB/B, die auf die Besonderheiten von Bauleistungen zugeschnitten ist. Diese ändert bzw. ergänzt die gesetzlichen Regelungen des BGB.

Die Unterscheidung zwischen „**BGB-Bauvertrag**“ und „**VOB/B-Bauvertrag**“ ist eine grundlegende Weichenstellung im privaten Baurecht.¹

¹ Sprachlich werden bereits andere Begriffe für die Vertragsparteien verwendet. Das BGB spricht vom Besteller/Unternehmer, die VOB/B vom Auftraggeber/Auftragnehmer. Im Folgenden wird nur von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen. Auf den Begriff „Bauherr“ wird verzichtet, da dieser insbesondere bei „Vertragsketten“ (z.B. Nachunternehmer) unpassend ist.

Übersicht Unterschiede BGB - VOB/B			
Vorteile des AN beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
Fristüberschreitung	§§ 636, 286, 326 BGB	§§ 5 Nr. 4, 6 Nr. 6 VOB/B	Beim VOB/B-Vertrag werden die Vorschriften des BGB bei Leistungsverzögerungen nicht vollständig angewandt. Der Bauvertrag soll weitgehend aufrechterhalten werden. Grundsätzlich sind Schadensersatzansprüche auf den unmittelbaren Schaden beschränkt; entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.
Gefahrübergang	§ 644 BGB	§ 7 VOB/B	Nach VOB/B trägt der AN, anders als nach BGB, die Gefahr nicht bis zur Abnahme für Untergang oder Verschlechterung der Leistung. Gem. § 7 Nr. 1, 6 Nr. 5 VOB/B muss der AG die ausgeführte Leistung bezahlen.
Teilabnahme	§§ 640, 641, 641a BGB	§ 12 Nr. 2 VOB/B	Nach der VOB/B sind Teilabnahmen, die den Zinslauf, die Beweislast und die Vergütungspflicht sehr wesentlich beeinflussen, möglich.
Fiktive Abnahme	§§ 640, 641, 641a BGB	§ 12 Nr. 5 VOB/B	Die VOB/B gewährt die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme (kein Abnahmewille des AG). Das BGB kennt dies nur im Ausnahmefall nach § 640 Abs. 1 Satz 3, § 641a BGB. Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt am Bau, beispielsweise Beweislast, Gefahrübergang, Rechtsverluste, Beginn Gewährleistungsfrist.
Verkürzte Gewährleistung	§ 634a BGB	§ 13 Nr. 4 VOB/B	Beim BGB ist die Grundfrist für die Gewährleistung bei 5 Jahren; bei der VOB/B bei 4 Jahren, teilweise sogar nur bei 2 Jahren.
Rücktrittsrecht (Ausschluss)	§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB	§ 13 Nr. 5 – 7 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist bei der VOB/B das Rücktrittsrecht unerwähnt und gilt als ausgeschlossen.
Minderung (Einschränkung)	§§ 634 Nr. 3, 638 BGB	§ 13 Nr. 6 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist das Recht zur Minderung bei der VOB/B aufgrund Anknüpfung an zusätzliche Tatbestände nur in seltenen Ausnahmen möglich.
Abschlagszahlungen	§ 632a BGB	§ 16 Nr. 1 VOB/B	Das BGB kennt nun zwar gleichfalls eine Abschlagszahlung, knüpft diese aber im Gegensatz zum VOB/B an hohe Voraussetzungen. Nach BGB ist eine Abschlagszahlung nur für in sich

Übersicht Unterschiede BGB - VOB/B			
Vorteile des AN beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
			abgeschlossene Teile des Werkes möglich, bei der VOB/B kommt es alleine auf den erreichten Leistungsstand an.
Zahlung an Nachunternehmer	---	§ 16 Nr. 6 VOB/B	Nach der VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die Nachunternehmer Zahlungen zu leisten. Das BGB kennt derartiges nicht.

Übersicht Unterschiede BGB - VOB/B			
Vorteile des AG beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
Weisungsrecht	---	§ 1 Nr. 3, 4, § 2 Nr. 5, 6 VOB/B	Gem. VOB/B kann der AG einseitig den Vertragsumfang erweitern und Leistungen nachträglich in Auftrag geben, was Vergütungsansprüche (Nachträge) auslöst. Teilweise werden hieran bestimmte erhöhte Voraussetzungen (vorherige Ankündigung) geknüpft. Das BGB kennt einen einseitigen Anpassungsanspruch nicht. Es bedarf einer Vereinbarung beider Parteien.
Vergütungspflicht (Einschränkung)	§ 632 BGB	§ 2 Nr. 5, Nr. 6 VOB/B	Sofern ein Nachtrag vorliegt, verlangt das BGB nicht notwendigerweise zusätzliche Voraussetzungen wie eine Ankündigungspflicht. Die VOB/B hält hier bestimmte Formalien für notwendig.
Mängelansprüche vor Abnahme	§§ 275 ff. BGB	§ 4 Nr. 7 VOB/B	Gem. der VOB stehen dem AG bereits vor der Abnahme Mängelbeseitigungsrechte zu. Die Ersatzvornahme erfordert aber weitere Voraussetzungen, so unter anderem eine schriftliche Kündigung. Die Ansprüche verjähren in 3 Jahren, §§ 195, 199 BGB.
Behinderung	---	§ 6 Nr. 1 VOB/B	Nach der VOB/B ist der AN verpflichtet, wenn er meint, bei der Durchführung seiner Arbeiten behindert zu sein, eine Behinderungsanzeige an den AG zu senden. Tut er dies nicht, kann er sich später nicht darauf berufen, er sei nicht zeitgerecht fertig geworden aus Gründen, die er nicht zu vertreten habe. Nur im Ausnahmefall ist die Behinderungsanzeige entbehrlich.
Verjährungshemmung	---	§ 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B	Als Kompensation zur verkürzten Gewährleistungsfrist nach VOB/B räumt § 13 VOB/B dem AG die Möglichkeit ein, durch eine einfache schriftliche Mängelrüge die Gewährleistungsfrist zu hemmen bzw. die Gewährleistungsfrist sogar zu verlängern (um weitere 2 Jahre).
Fälligkeit der Vergütung	§§ 631 Abs. 1, 641 BGB	§§ 14, 16 VOB/B	Nach der VOB/B ist im Gegensatz zum BGB eine prüfbare Rechnung Voraussetzung einer Zahlung. Des weiteren verschiebt die VOB/B die Fälligkeit der Zahlung nach hinten (bzw. 18 Werk-

Übersicht Unterschiede BGB - VOB/B			
Vorteile des AG beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
			tage). Das BGB setzt für die Fälligkeit grundsätzlich lediglich die Abnahme voraus, wobei aber auch hier durch die Rechtsprechung ergänzend eine entsprechende Rechnungsstellung verlangt wird.
Stundenlohn	---	§ 15 VOB/B	Gem. VOB/B werden Stundenlohnarbeiten nur bezahlt, wenn sie vorher angezeigt und rechtzeitig rapportiert werden. Das BGB schweigt gänzlich zu Stundenlohnarbeiten.
Schlusszahlungseinwand	§§ 195, 199 BGB	§ 16 Nr. 6 VOB/B	Gem. VOB/B erlöschen weitergehende Vergütungsforderungen, wenn der AN auf einen wirksamen Schlusszahlungseinwand nicht ordnungsgemäß und zeitgerecht Vorbehalte angemeldet und begründet hat. Dem BGB ist dies fremd. Hier greift allenfalls Verjährung bzw. Verwirkung.
Zahlung an Nachunternehmer	---	§ 16 Nr. 6 VOB/B	Gem. § 16 Nr. 6 VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die Nachunternehmer zu zahlen.
Bürgschaften	---	§ 17 VOB/B	Gem. VOB/B müssen Bürgschaften selbstschuldnerisch, unbefristet und nach einseitiger Vorgabe des AG ausgestaltet sein. § 17 VOB/B knüpft aber lediglich an eine Vereinbarung der Sicherheit an und ersetzt diese nicht. Ohne Vereinbarung keine Sicherheit.
Arbeitseinstellung	---	§ 18 Nr. 5 VOB/B	Die VOB/B betont die Kooperationspflicht, d.h. eine Arbeitseinstellung ist ein Ausnahmefall und nur in den entsprechend geregelten Fällen zulässig. Die VOB/B versucht den Baustillstand zu vermeiden.

Bereits diese tabellarische Übersicht zeigt, dass die Entscheidung „BGB-Bauvertrag“ oder „VOB/B-Bauvertrag“ keine reine Formalie ist, sondern für den Bauablauf andere „Spielregeln“ gelten.

2.1.2. Taktische Überlegungen

Sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer können aus den vorstehenden Übersichten entnehmen, dass insbesondere in den Bereichen, in denen eine Regelung fehlt oder diese Regelung ungünstig ist, Handlungsbedarf besteht.

Wer sich beispielsweise auf einen „reinen“ **BGB-Bauvertrag** einlässt, muss sich darüber bewusst sein, dass viele spezielle, auf Bauleistungen abgestellte Regelungen, fehlen. Diese Lücken müssen, wenn man sich für einen BGB-Vertrag entscheidet, durch entsprechende zusätzliche Klauseln ergänzt und aufgefüllt werden.

Wer sich für einen „reinen“ **VOB-Vertrag** entscheidet, muss sich darüber bewusst sein, dass zwar spezielle bauspezifische Regelungen existieren, diese aber nicht nur Vorteile sondern auch Nachteile mit sich bringen.

2.2. Risiko bei Abweichungen von der VOB/B

Die Vereinbarung der VOB/B birgt zusätzliche Risiken, die Auftraggeber und Auftragnehmer unbedingt kennen sollten, wenn versucht wird von dieser abzuweichen.

Es ist deshalb bei der Vertragsgestaltung auf diese Problematik Rücksicht zu nehmen. Dies bedeutet nicht unbedingt, dass Abweichungen von der VOB/B unbedingt vermieden werden sollen. Wichtig ist nur zu erkennen, dass eine Abweichung von der VOB/B zu erheblichen Konsequenzen für den Verwender der VOB/B führt. Sofern die Risiken bekannt sind und die Abweichung bewusst erfolgt, ist hiergegen nichts einzuwenden. Fatal ist es dagegen, unbewusst abzuweichen, ohne die damit verbundenen Risiken zu kennen.

2.2.1. Privilegierung der VOB/B

Die VOB/B ist eine standardisierte Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB), die vom **Gesetz privilegiert** ist. Grundsätzlich werden AGB`s an den strengen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gemessen. In § 307 Abs. 2 BGB gibt es eine Generalklausel, die Klauseln danach überprüft, ob der Verwender seinen Vertragspartner unangemessen benachteiligt. In §§ 308, 309 BGB gibt es zudem Kataloge von einzelnen Kriterien an denen Klauseln in AGB`s zu messen sind.

Eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B verstoßen bei einer „isolierten Inhaltskontrolle“, d.h. bei Prüfung jeder einzelnen Klausel, gegen eine Reihe von Vorschriften nach den §§ 305 ff. BGB, so dass ein Teil der Regelungen gegenüber dem Vertragspartner unwirksam wären. Die VOB/B wurde bislang vom Gesetzgeber privilegiert, das heißt von einer Kontrolle ausgenommen, wenn die VOB/B „**als Ganzes**“ vereinbart wurde.

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein „**ausgewogenes Regelwerk**“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.²

Wird die VOB/B nicht als ganzes (insgesamt) vereinbart, so muss jede einzelne VOB/B-Klausel gesondert darauf überprüft werden, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen der §§ 305 ff. BGB entspricht.

² BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

Dieses **Privileg** der VOB/B ist in mehrfacher Hinsicht **gefährdet**:

- Es ist **fraglich**, ob durch die mehrfachen Änderungen, zuletzt durch die nur noch punktuelle Bezugnahme auf die VOB/B im BGB nach der Schuldrechtsreform, dieser **Grundsatz noch gilt**.³ Nach dem Wortlaut wird die VOB/B lediglich an zwei Stellen abschließend privilegiert (§ 308 Nr. 5 BGB - fingierte Erklärungen, §§ 309 Nr. 8b ff. BGB Erleichterung der Verjährung). Zudem wird vertreten, dass das BGB allenfalls die Altfassung der VOB/B bevorzuge, nicht aber die VOB/B 2002 (keine dynamische Verweisung). Besondere Bedenken bestehen bei Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern (Art. 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie bei Verträgen mit Verbrauchern).
- Es ist häufig der Fall, dass zwar die VOB/B an sich insgesamt vereinbart wird, der Verwender aber meist im Bauvertrag in Vorbemerkungen oder in zusätzlichen AGB's etc. die VOB/B **einseitig** zu seinen Gunsten abändert, was eine strenge Prüfung der gesamten VOB/B nach den §§ 305 ff. BGB nach sich zieht (isolierte Inhaltskontrolle).

2.2.2. Abweichung von der VOB/B

Nach Rechtsprechung des BGH⁴, führt nun sogar **jede vertragliche Abweichung** von der VOB/B dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht mehr darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.

Folge hiervon ist, dass eine Reihe von Klauseln der VOB/B unwirksam sind, die für den Verwender ungünstigen Klauseln aber weiter anwendbar bleiben!

MERKE:

In der Baupraxis herrscht weitgehend Unkenntnis über die Konsequenzen dieser BGH-Entscheidung. Bei Vorliegen von Abweichungen von der VOB/B glauben viele irrtümlich am Bau, dass dann die VOB/B überhaupt nicht gelte und komplett außeracht gelassen werden kann. Dies ist grob falsch!

Folge ist allein, dass dann die VOB/B nicht als ganzes vereinbart ist und jede einzelne VOB/B-Klausel **des Verwenders** gesondert darauf überprüft werden muss, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht.

³ Rundschreiben RAe Kuchenreuter & Dr. Stangl : 11/2002 Praxis/Schuldrechtsreform/Auswirkungen auf VOB/B, BGH Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 lässt diese Frage noch offen.

⁴ BGH Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 übt Selbstkritik an der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Es wird eingeräumt, dass keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, wann in den Kerngehalt eingegriffen wurde. Um den Vertragsparteien eine verlässliche Prognose zu ermöglichen, soll im Interesse der Rechtssicherheit jede auch nur geringfügige Änderung der VOB/B zum Wegfall des Privilegs führen!

Keine Abweichungen von der VOB/B sind:

1. VOB/B trifft hierzu keinerlei Regelung:
 - Vertretung des Auftraggebers
 - Freistellung gem. § 48b EStG
2. VOB/B lässt ausdrücklich ergänzende Vereinbarungen zu:
 - abweichende Abrechnungsmethoden, § 2 Nr. 2 VOB/B
 - Vertragsstrafe, § 11 VOB/B
 - Sicherheitsleistung, § 17 VOB/B
3. VOB/B lässt abweichende Vereinbarungen zu:
 - Baustelleneinrichtung, § 4 Nr. 4 VOB/B
 - Verjährungsfrist für Mängel, § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B (sehr strittig)

Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch künftig Abweichungen von der VOB/B für den Entfall der Privilegierung erforderlich sind, erscheinen solche Abweichungen bei der Vertragsgestaltung in der Baupraxis fast unvermeidbar, so dass denkbarerweise der Schwerpunkt bei der Bauvertragsgestaltung nicht darauf gelegt werden sollte, solche Abweichungen um jeden Preis zu vermeiden, sondern davon auszugehen ist, dass die **VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand hält.**

MERKE:

Bei der Bauvertragsgestaltung ist vorsorglich davon auszugehen, dass die VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB standhält.

Welche Bestimmungen sich bei einer Inhaltskontrolle als unwirksam erweisen, hängt davon ab, welche der Parteien „**Verwender**“ im Sinne der §§ 305 ff. BGB ist, d.h. wer den Vertrag stellt, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer.

Achtung:

Bei Prüfung der Unwirksamkeit einer Klausel unbedingt beachten, wer „Verwender“ ist, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer. Die Prüfung der VOB/B erfolgt stets **zu Lasten des Verwenders**, d.h. es sind nur diejenigen Bestimmungen der VOB/B unwirksam, die den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Bestimmungen, die den Vertragspartner bevorteilen, bleiben unwirksam, selbst wenn sie isoliert betrachtet, unwirksam wären.

Auf der Basis der bisherigen **Rechtsprechung** kann bei einer isolierten Inhaltskontrolle von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit nachfolgender VOB/B-Regelungen ausgegangen werden:

	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
§ 1 Nr. 4 Satz 1 Zusätzliche Leistungen	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 ⁵
§ 2 Nr. 5 Satz 1 Mehrvergütung bei Leistungsänderung	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 ⁶
§ 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 Ankündigungspflicht Mehrvergütungsanspruch	AG	ja	BGH v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94 ⁷ (nach einschränkender Auslegung)
§ 2 Nr. 8 Vergütung von Leistungen ohne Auftrag	AG	nein (ja)	BGH v. 31.01.1991 – VII ZR 291/88 ⁸ zu der bis 1996 geltenden Fassung (seit der Einfügung des § 2 Nr. 8 Abs. 3 wohl wirksam)
§ 10 Nr. 2 Abs. 2 Alleinhaftung des AN	AG	ja	BGH v. 17.12.1998 – VII ZR 243/97 ⁹ (nach einschränkender Auslegung)
§ 12 Nr. 5 Abnahmefiktionen	AN	nein	OLG Hamm v. 09.12.1994 – 12 U 41/94 ¹⁰
§ 13 Nr. 4 Verjährungsfrist	AN	nein (nein)	BGH v. 08.03.1984 – VII ZR 349/82 ¹¹ (Die Verlängerung auf vier Jahre dürfte im Ergebnis nichts ändern) ¹²
§ 16 Nr. 3 Abs. 2-5 Schlusszahlungseinwand	AG	nein	BGH v. 19.03.1998 – VII ZR 116/97 ¹³
§ 16 Nr. 6 Zahlung an Nachunternehmer	AG	nein (ja)	BGH v. 21.06.1990 – VII ZR 109/98 ¹⁴ (seit der Neufassung in der VOB 2002 wohl wirksam)
§ 18 Nr. 1 Gerichtsstand	AG	ja	OLG Oldenburg v. 24.04.1996 – 2 U 49/96 ¹⁵
§ 18 Nr. 3 Schiedsgutachten	AG	ja	OLG Celle v. 26.01.1995 – 4 U 48/94 ¹⁶
§ 18 Nr. 4 keine Arbeitseinstellung	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 ¹⁷ (nach einschränkender Auslegung)

Auf der Basis der **Literatur** kann bei einer isolierten Inhaltskontrolle von der Unwirksamkeit nachfolgender VOB/B-Regelungen ausgegangen werden:

⁵ BGH BauR 1996, 378

⁶ BGH BauR 1996, 378

⁷ BGH BauR 1996, 542

⁸ BGH BauR 1991, 1663

⁹ BGH BauR 1999, 414

¹⁰ OLG Hamm, IBR 1995, 293

¹¹ BGH BauR 1984, 390

¹² *Weyer* in Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, VOB/B § 13 Rn 10; wohl auch *Kniffka*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 11.6.2004, vor § 631, Rn 35; a.A. *Locher* in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 15. Aufl., Anhang 1, Rz 102

¹³ BGH BauR 1998, 614

¹⁴ BGH BauR 1990, 727

¹⁵ OLG Oldenburg, OLG-Report Oldenburg 1996, 169 = NJW-RR 1996, 1486

¹⁶ OLG Celle, BauR 1995, 556

¹⁷ BGH BauR 1996, 378

	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
§ 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 Anpassung der Pauschalver- gütung bei Unzumutbarkeit	AG/AN	nein	Entgegen § 313 Abs. 3 BGB keinerlei Möglichkeit der Lösung vom Vertrag
§ 4 Nr. 7 Satz 3 Ersatzvornahme erst nach erfolgloser Fristsetzung und Auftragsentziehung	AN	nein	Fristsetzung und Auftragsentziehung als einengende Voraussetzungen
§ 4 Nr. 7 Satz 3 Auftragsentziehung bei ver- säumter Nachbesserung von Mängeln	AG	nein	Selbst unwesentliche Mängel können zum Auftragsverlust führen
§ 6 Nr. 6 Ersatz des entgangenen Gewinns nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit	AG/AN	nein	Unangemessen bei Verletzung wesentli- cher Vertragspflichten
§ 7 Gefahrtragung vor Abnahme	AN	nein	§ 644 BGB lässt die Gefahr grundsätzlich erst mit der Abnahme auf den AG über- gehen
§ 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 Förmliche Abnahme auf Verlangen	AG	nein	Verlangen des AG höhlt die Abnahmefik- tion des § 640 Abs. 1 BGB aus
§ 13 Ausschluss des Rücktritts- rechts	AG/AN	nein	In der VOB/B nicht ausdrücklich enthal- ten; § 634 Abs. 3 BGB erlaubt einen Rücktritt bei nicht unerheblichen Män- geln, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB bei nicht unerheblichen Pflichtverletzungen
§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 Verjährungsfrist für Mängel- beseitigungsleistungen	AN	nein	Verkürzt die fünfjährige Frist nach § 212 i.V.m. § 634a BGB, falls in der Mängelbe- seitigungsleistung ein Anerkenntnis liegt
§ 13 Nr. 6 Beschränkungen des An- spruchs auf Minderung	AN	nein	Keine Beschränkungen in § 634 Abs.s 1 Satz 3 und § 638 BGB
§ 13 Nr. 7 Abs. 1,2 (bis VOB 2000) bzw. § 13 Nr. 7 Abs. 3 (VOB 2002) Einschränkungen von Scha- densersatzansprüchen	AN	nein	Abweichung von § 635 BGB, der diese Einschränkungen nicht kennt
§ 15 Nr. 3 Satz 5 Anerkenntnis von Stunden- lohnzetteln bei fehlender oder verspäteter Rückgabe	AN	nein	Erklärungsfiktion ohne vorherigen geson- derten Hinweis
§ 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Fälligkeit der Schlusszahlung zwei Monate nach Zugang der Rechnung	AG	nein	Gemäß § 641 Abs. 1 BGB tritt Fälligkeit sofort ein, 30 Tage nach Rechnungszu- gang sogar Verzug, § 286 Abs. 3 BGB
§ 16 Nr. 5 Abs. 3 Verzug erst nach Ablauf einer Nachfrist	AG	nein	§ 286 Abs. 3 BGB lässt Verzug ohne weitere Fristsetzung eintreten
§ 17 Nr. 8 Abs. 2 Rückgabe einer Sicherheit für Mängelansprüche bereits nach zwei Jahren, sofern nicht anders vereinbart	AN	nein	Pflicht zur Rückgabe der Sicherheit vor Verjährung der besicherten Ansprüche ist überraschend

Die vorstehenden Tabellen zeigen, dass sowohl AG-freundliche als auch AN-freundliche Regelungen der VOB/B problematisch bzw. sogar unwirksam sind. Dies führt dazu, dass bei unbewussten Abweichungen von der VOB/B dem **Verwender im Einzelfall** Nachteile drohen.

2.2.3. Taktische Überlegungen

Es ist als Grundwissen am Bau unabdingbar, dass sich jeder, ob Auftraggeber oder Auftragnehmer, der eine abgeänderte VOB/B verwenden will, darüber im Klaren ist, dass es eine Inhaltskontrolle zu seinen Gunsten nicht gibt, sehr wohl aber zu seinen Lasten.

TIPP:

1. Sofern bei der Bauvertragsgestaltung darauf verzichtet wird, die VOB/B unverändert zu verwenden, wie es meist der Fall ist, sollte man zumindest daran denken, dass auch all diejenigen Regelungen der VOB/B ausgeschlossen werden, die den Vertragspartner unangemessen begünstigen.
Sonst ist der Schaden der Benutzung der VOB größer als ihr Nutzen aus der Verwendung.
2. Ein Verzicht auf die VOB/B bzw. auf dort enthaltene Regelungen erscheint gleichfalls nicht sinnvoll, da die VOB/B an sich ein vernünftiges Regelungswerk ist. Außerdem ist es ein erheblicher Beitrag zur Rechtssicherheit, wenn im Rahmen eines Bauvertrages Regelungen der VOB/B entnommen werden, da sich dann die Vertragsparteien auf sicherem Terrain bewegen. Es gibt eine Vielzahl von Problemen, die erschöpfend in Literatur und Rechtsprechung behandelt worden sind, so dass durch Eigenkreationen in der Vertragsgestaltung Auslegungsschwierigkeiten vorprogrammiert sind.
3. Es ist letztlich eine Glaubensfrage, ob man einen BGB-Bauvertrag bevorzugt und diesen mit für den Verwender vorteilhaften VOB/B-Regelungen, die isoliert wirksam sind, anreichert oder ob man einen VOB/B-Bauvertrag einsetzt, abgespeckt um die Regelungen der VOB/B, die den Vertragspartner unangemessen begünstigen.

HINWEIS:

1. Bereits die bloße Einbeziehung der VOB/B stellt eine erhebliche Weichenstellung dar, der sich die Baubeteiligten, insbesondere der private Bauherr, meist nicht bewusst ist.
2. Wenn die VOB/B vereinbart ist, gelten auch die Vorschriften der VOB/C (Allgemeine Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV))¹⁸ Neben der VOB/B enthält die VOB/C außer hauptsächlich technischen Bestimmungen auch Vertragsrecht.
3. Es ist sorgfältig der Bauvertrag zu betrachten, ob tatsächlich die VOB/B vereinbart bzw. ob die VOB/B wirksam vereinbart wurde.
4. Es ist auch kritisch anzumerken, dass Vertragsgestaltung nichts für Laien ist und intensiver Erfahrung im Baurecht bedarf. Das Werkvertragsrecht des BGB ist nicht den Verhältnissen des Baus angepasst und bedarf der Ergänzung. Die VOB/B ist ein geeignetes Regelwerk für den Bau, droht aber aufgrund des Verlustes der Privilegierung für den Verwender zum rechtlichen Risiko zu werden.

¹⁸ Dies ergibt sich aus § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B

2.3. Risiko bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Individualvereinbarungen

Ein weiteres Risikofeld der Vertragsgestaltung ist es, die Unterscheidung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und einer Individualvereinbarung nicht zu kennen. Es genügt nicht nur zu glauben, alles im Vertrag geregelt zu haben, weit wichtiger ist es, Regelungen zu treffen, die auch wirksam sind. Nicht alles, was in einem Vertrag geschrieben steht, ist auch rechtlich haltbar.

Bei der Bauvertragsgestaltung ist die Kenntnis der **Unterscheidung** zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Individualvereinbarungen **unverzichtbares Grundwissen**. Ohne Kenntnis dieser Begriffe kann keine sinnvolle Vertragsgestaltung vorgenommen werden. Es gilt im BGB der Grundsatz der Privatautonomie, das bedeutet, dass die Vertragsparteien grundsätzlich frei sind, Vereinbarungen jedweder Art und gegebenenfalls auch mit großen wirtschaftlichen Nachteilen für eine Vertragspartei zu treffen, dieser Grundsatz wird aber eingeschränkt.

Für **Individualvereinbarungen** bestehen nur ausnahmsweise Unwirksamkeitsgründe wie z.B.:

- Verträge, die gegen gesetzliche Verbote verstoßen (§ 134 BGB)
- Wucher oder wucherähnliche Geschäfte (§ 137 BGB)
- sittenwidrige Verträge (§ 138 BGB)
- formunwirksame Verträge, in denen also die Schriftform oder die notarielle Form vorge-schrieben ist (z.B. Grundstückskauf, §§ 311b, 125 BGB)

Für **Allgemeine Geschäftsbedingungen** bestehen zusätzliche Unwirksamkeitsgründe, wie z.B.:

- die gesetzlichen Unwirksamkeitsgründe bei Individualvereinbarungen (siehe oben)
- AGB-Kontrolle: keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (Oberbegriff mit folgenden Unterfällen, § 307 Abs. 1 BGB):
 - a) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzgrundgedanken, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB
 - b) Gefährdung des Vertragszwecks, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB
 - c) Fehlende Transparenz, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB
 - d) Kataloge unwirksamer Klauseln, §§ 308, 309 BGB

Dieser kurzen vorstehenden Aufstellung ist zu entnehmen, dass die Grenzen der Vertragsgestaltung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehr viel enger gezogen sind als bei Individualvereinbarungen. Nur im Ausnahmefall liegen bei letzteren Unwirksamkeiten vor.

Da in der Baupraxis Allgemeine Geschäftsbedingungen die Regel und Individualvereinbarungen die Ausnahme sind, gilt es, hier Grundwissen zu haben.

2.3.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Eine Definition, wann Allgemeine Geschäftsbedingungen tatsächlich in einem Bauvertrag vorliegen, enthält § 305 Abs. 1 BGB:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

Gemäß der Definition ist es gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. So können selbst mündliche Vereinbarungen AGB-Charakter haben.

Beispiel:

Eine nur mündlich, vom Hauptunternehmer ständig verwendete Klausel, dass die Abnahme gegenüber dem Nachunternehmer erst mit Abnahme der Gesamtbauleistung durch den Bauherrn erfolgen soll, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung und wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB unwirksam¹⁹.

MERKE:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind mehr als das sogenannte „Kleingedruckte“.

2.3.2. Individualvereinbarungen

Nach § 305 Abs. 2 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen **ausgehandelt** sind. Dabei haben Individualvereinbarungen Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Ein Aushandeln setzt voraus, dass der Verwender den von ihm vorformulierten bzw. genutzten Text ernsthaft zur Disposition gestellt hat und dem anderen Vertragspartner eine reale Gestaltungsfreiheit der Klausel zur Wahrung eigener Rechte eingeräumt hat.

MERKE:

Aushandeln ist folglich mehr als Verhandeln.

Dieser Anforderung hielt kaum noch eine Vereinbarung in Bauvertragstexten oder Verhandlungsprotokollen vor dem BGH stand. Es genügt eben nicht, dass der die Vertragsklauseln verwendende Auftraggeber den Auftragnehmer vor die Wahl gestellt hat, den Vertrag entweder zu den Bedingungen anzunehmen oder von ihm wieder Abstand zu nehmen. Es genügt auch nicht, wenn der Verwender den Inhalt der Vertragsklauseln erläutert und erörtert, selbst wenn dies den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. Vielmehr muss der Verwender dann zweifelsfrei und ernsthaft zum Ausdruck bringen, dass er auch zur Änderung seiner Bedingungen bereit ist. Ohne eine tatsächliche Abänderung der Bedingungen – hierbei

¹⁹ OLG Celle, IBR 1999, 366

ist jede Vertragsklausel gesondert zu untersuchen – lässt sich ein Aushandeln im Nachhinein kaum darlegen und beweisen.

Versuche, dies durch Bestimmungen im Vertrag zu umgehen, wurden von der Rechtsprechung stets abgelehnt.

Beispiel:

Passus in einem Bauvertrag bzw. Verhandlungsprotokoll:

Die vorstehenden Bedingungen sind im einzelnen ausgehandelt oder die vorstehenden Bedingungen sind Individualvereinbarungen.

Der BGH hat solche Klauseln in Bauverträgen für AGB-widrig erklärt. Sie dient zur Umgehung der inhaltlichen Anforderungen; vgl. § 306a BGB.

Auch die Auswahlmöglichkeiten in einem vorformulierten Angebot zwischen zwei verschiedenen Formen der Auftragsdurchführung, stellen noch kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen dar.

Nicht selten findet man in formularmäßigen Ausschreibungstexten oder im sogenannten Verhandlungsprotokoll den ursprünglichen Ausschreibungstext ändernde oder ergänzende Regelungen und vorformulierte Textteile, die hand- oder maschinenschriftlich zu ergänzen sind. Soweit der Text der Ergänzungen vom Verwender der im übrigen formularmäßigen Texte stammt und lediglich mit dem Vertragspartner durchgesprochen wird, ohne dass dieser auf den Inhalt Einfluss nehmen kann, bleiben diese so ergänzten Texte Allgemeine Geschäftsbedingungen²⁰.

Sofern die textliche Ergänzung vom Vertragspartner stammt unterscheidet die Rechtsprechung bei noch auszufüllenden Lücken danach, ob durch die Ergänzung der wesentliche Inhalt der Klausel (erst) bestimmt wird – dann Individualvereinbarung – oder ob es sich nur um eine unselbständige Ergänzung der Klausel handelt – dann bleibt es bei der Allgemeinen Geschäftsbedingung²¹.

MERKE:

Bei Verhandlungsprotokollen oder Verträgen, die handschriftlich während der Vertragsverhandlung ausgefüllt werden, gilt trotz des Anscheins einer individuellen Vereinbarung:

- Handelt es sich um eine sogenannte unselbständige Ergänzung, die an dem schon vordruckten unwirksamen Text nichts ändert, ist die Klausel ohne weiteres unwirksam²².
- Handelt es sich um eine sogenannte selbständige Ergänzung (z.B. Höhe der Vertragsstrafe / Verzugstag) ist die Klausel dennoch als AGB einzustufen, wenn die Ausfüllung durch den Verwender mehrfach in gleicher Weise – etwa nach einem vorgefertigten eigenen Muster – vorgenommen wird²³ und dem anderen Teil keine reelle Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird²⁴. Dies gilt umso mehr, wenn ein Mitarbeiter des Verwenders vor der Vertragsverhandlung bereits handschriftliche Ergänzungen/Eintragungen vorgenommen hat.

²⁰ BGH NJW 1985, 57

²¹ OLG Karlsruhe IBR 1996, 368

²² BGHZ 102, 152, 158

²³ BGH NJW 1999, 2180; OLG Nürnberg, BB 1988, 1307;

²⁴ BGH NJW 1992, 504

Sofern vom Verwender Wahlmöglichkeiten vorgegeben sind, kann von einer Individualvereinbarung nur dann gesprochen werden, wenn der Vertragspartner eine freie und unbeeinflusste Wahlmöglichkeit hatte, was nur dann angenommen werden kann, wenn sich der Vertragspartner nicht für eine der vom Verwender vorgegebenen Möglichkeiten, sondern eine echte eigene Alternative entscheidet.

Hat der Vertragspartner nur die Wahl zwischen vorgegebenen Möglichkeiten oder sind die vom Verwender vorgegebenen Alternativen besonders in den Vordergrund gestellt, bleibt es bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz Auswahl durch den Vertragspartner²⁵.

2.3.3. Rechtsfolgen

Die Ausführungen zeigen, dass nur in den seltensten Fällen tatsächlich Individualvereinbarungen vorliegen. Viele der in der Praxis in Bauverträgen eingesetzten Klauseln hören sich schön an, sind aber unwirksam. Bei der Vertragsgestaltung sollte daher, wenn nicht eine Individualvereinbarung möglich ist, der Bogen nicht überspannt werden.

Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB hat folgende Folgen:

Die betreffende Bestimmung ist unwirksam; es gilt das Gesetz.

Trotz dieser klaren Rechtsfolge werden in der Baupraxis selbst von Rechtsanwälten und Gerichten zwei wichtige Grundsätze missachtet:

1. Grundsatz:

Die AGB-Bestimmungen des BGB schützen nur den **Vertragspartner** des Verwenders. Dies bedeutet, dass alle Regelungen, welche zu Lasten des Verwenders gehen, nicht nach den AGB-Bestimmungen des BGB überprüft werden. Er kann sich folglich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen²⁶.

2. Grundsatz:

Maßstab für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ist das dispositive **Gesetzesrecht**, also insbesondere das BGB. Kein Maßstab sind andere Vertragsbedingungen, etwa die VOB/B oder die VOB/C. Dies wird oft verkannt.

HINWEIS:

Ein häufig verbreiteter Irrtum in der Baupraxis ist es, dass unwirksame Klauseln auf einen wirksamen Kernbereich reduzierbar sind. Die Klausel ist unwirksam und bleibt auch nicht im reduzierten Umfang aufrechterhalten.

Beispiel:

Eine Vertragsstrafenklausel enthält eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, z.B. 0,6 % pro Kalendertag der verschuldeten Verspätung. Die Klausel ist wegen ihrer unangemessenen Höhe und auch wegen mangelnder Obergrenze der maximal in Frage kommenden Vertragsstrafe unwirksam und entfällt. Eine Reduzierung auf einen angemessenen Prozentsatz (z.B. 0,2 %) findet nicht statt.

²⁵ BGH NJW 1983, 816

²⁶ BGH IBR 1998, 155

Eine Reduzierung auf einen gerade noch wirksamen Kerngehalt hätte nämlich zur Folge, dass die Gerichte bei unwirksamen Klauseln in jedem Einzelfall rechtsgestaltend das gerade noch zulässige feststellen müssten, das aufrechtzuerhalten wäre. Der Verwender würde bei anderer Betrachtungsweise auch sonst kein Risiko tragen. Es gibt keine **„geltungserhaltende Reduktion“**.

MERKE:

Bei der Bauvertragsgestaltung darf der Verwender nicht über „das Ziel hinausschießen“, da er ansonsten auf die meist nachteilige gesetzliche Regelung zurückgeworfen wird. Sofern er die Grenzen beachtet, kann er dagegen entsprechende Verbesserungen gegenüber der gesetzlichen Lage erreichen. Bauvertragsgestaltung ist daher eine Gradwanderung, die mehr als nur Grundwissen im Baurecht erfordert. Zudem ist zu beachten, dass Baurecht sich fortentwickelt, einerseits durch neue oder geänderte Gesetze, andererseits durch neue oder geänderte Rechtsprechung.

Ebenfalls untauglich sind Versuche in Bauverträgen, im Fall einer Unwirksamkeit die entsprechende Regelung durch eine andere zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Derartige Klauseln werden als **„salvatorische Klauseln“** bezeichnet.

Beispiel:

Passus in einem Bauvertrag bzw. Verhandlungsprotokoll:

Eine unwirksame Bedingung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.

Derartige Klauseln, die häufig in Bauverträgen anzutreffen sind, sind wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot unwirksam. Der Vertragsinhalt ist völlig unklar. Dies gilt auch für Einschränkungen „soweit gesetzlich zulässig“²⁷.

2.3.4. Sonderproblem: Verhältnis Generalunternehmer und Nachunternehmer

Besondere Probleme ergeben sich bei Vertragsketten, in denen der Generalunternehmer (GU) einerseits die Rolle des Auftragnehmers gegenüber seinem Auftraggeber (AG) hat, andererseits seinerseits selbst Auftraggeber gegenüber einem oder mehreren Nachunternehmern (NU) ist. Dabei kann der identische Bauvertragstext, den der AG gegenüber seinem GU stellt, bei bloßer Weitergabe seitens des GU im Nachunternehmervertrag gegenüber dem NU sich verwandeln von einer Individualvereinbarung zu einer Allgemeinen Geschäftsbedingung.

²⁷ BGH v. 26.06.1991 und BGH v. 24.09.2002

Nachfolgendes Schaubild soll dies verdeutlichen:

AG	Bauvertragstext	GU	Bauvertragstext	NU	Bemerkung
	Bei Individualvereinbarung unterliegt der Text nicht der Inhaltskontrolle des BGB § 305 ff.		Durch mehrfache Verwendung des gleichen Textes bei verschiedenen NU wird der Text zu AGB		ungünstige Ausgangsposition für den GU
			Bedingungen im Vertrag zwischen AG und GU, die der NU nicht beeinflussen kann sind fast immer unwirksame Klauseln. Das betrifft auch Vorbehalte, aus dem Verhalten des AG.		
	Allgemeine Geschäftsbedingungen können ggf. unwirksam sein/werden		Einerseits empfiehlt sich die „Weitergabe“ von Vertragsbedingungen, andererseits sind die unwirksamen Klauseln ein zusätzliches Risiko für GU.		Wird im Vertrag mit dem NU auf den Vertrag mit dem AG verwiesen, muss immer der entsprechende Teil übergeben werden.

HINWEIS:

Abzuraten ist von allgemeinen Verweisungen wie beispielsweise:

„Vertragsbestandteil sind alle einschlägigen Regelungen des Vertrages zwischen dem Generalunternehmer und seinem Auftraggeber“

Derartige Klauseln sind als Allgemeine Geschäftsbedingung ohnehin unwirksam. Im Fall der Beifügung des kompletten Vertragswerks können solche Regelungen ohne konkreten Bezug zumindest wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sein²⁸. Dies gilt insbesondere dann, wenn neben den Vertragsbedingungen des GU-Vertrages (beispielsweise Verhandlungsprotokoll, BVB oder ZVB) auch noch zusätzlich die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Generalunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer vereinbart werden. Es ist nicht die Aufgabe des Nachunternehmers, in Widerspruch stehende Bestimmungen aus einem unübersichtlichen Klauselwerk herauszufinden und nach jeweiliger Feststellung des Regelungsgehaltes zu prüfen, ob bzw. inwieweit die Klauseln sich ergänzen, widersprechen oder gegenseitig ausschließen.

Dies bedeutet, beim Durchstellen von Vertragsbedingungen ist größte Vorsicht geboten. Es ist ratsam darauf zu achten, dass nicht schlichtweg ein Haufen von Unterlagen ungeordnet weitergereicht wird. Dies kann im Einzelfall zu mehr Nachteilen als Vorteilen führen.

²⁸ BGH IBR 2006, 1217; BGH IBR 2005, 1158

2.3.5. Taktische Überlegungen

Da insoweit Vordrucke, Textbausteine bzw. Verhandlungsprotokolle sowie salvatorische Klauseln keine Lösung darstellen, bleibt den Vertragsparteien nur die Möglichkeit durch taktisches Verhandeln möglichst viele Bereiche des Bauvertrages in eine Individualvereinbarung zu erheben.

AG oder AN sollten zumindest versuchen, die rechtliche Haltbarkeit einzelner kritischer Klauseln, insbesondere in **Schlüsselbereichen** des Bauvertrags z.B. Leistungsbeschreibung, Abnahme, Haftung, Mängelrechte und Sicherheiten durch „**Aushandeln**“ zu erhöhen.

Selbst wenn im Einzelfall aus der Formulklausel im Bauvertrag keine Individualvereinbarung wird, stärkt dies zumindest im Streitfall sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich die Verhandlungsposition gegenüber dem Vertragspartner. Es liegen dann **schriftliche Belege** vor, dass man dem Vertragspartner nicht einfach den Vertrag unterschriftsreif vorgelegt hat (= AGB), sondern dieser das Ergebnis einer eingehenden gemeinsamen Verhandlung ist (= Individualvereinbarung).

Möglichkeiten (alternativ oder kumulativ einsetzbar):

- Verhandlungsprotokoll umfassend verfassen, d.h. kein bloßes Ergebnisprotokoll sondern ein Verlaufsprotokoll erstellen. Verlaufsprotokoll bedeutet, dass handschriftlich die inhaltlichen Verhandlungen (Geben und Nehmen) zumindest in den Schlüsselbereichen wiedergegeben werden.

Beispiel:

Es wird handschriftlich unter Gewährleistung im NU-Vertrag/Verhandlungsprotokoll ergänzt:

GU will 8 Jahre Gewährleistung, NU will nur 4 Jahre Gewährleistung nach VOB. Einigung auf 6 Jahre Gewährleistung, NU muss Gewährleistungsbürgschaft aber nur 4 Jahre stellen.

- Begleitschreiben zu Bauvertrag bzw. bei Einladung zum Verhandlungstermin Zusatz aufnehmen, dass man bereit ist, Klauseln zur Disposition zu stellen.
- Formulklauseln des Bauvertrages tatsächlich abändern (insbesondere handschriftlich mit Unterschriftsbestätigung beider Seiten)
- Bestätigungsschreiben des Vertragspartners provozieren (Akzeptanz von Vertragsklauseln gegen Zustimmung einer bestimmten Vergütung)
- Bestätigungsschreiben über Telefonate, Besprechungen an Vertragspartner schicken, wobei nicht nur Ergebnis sondern auch Inhalt der Verhandlungen (Geben und Nehmen) wiedergegeben wird.
- Bei eigener starker Verhandlungsposition Vertragspartner bewusst Bauvertrag mit Lücken überlassen, damit dieser sie selbst ergänzt, z.B. Verjährungsfristen. Im Anschluss diese Ergänzungen nicht akzeptieren und Verhandlungen beginnen mit dem Ziel, das ursprüngliche, beabsichtigte Ergebnis einzusetzen.

2.4. Risiko: Wahl der Vergütungsart

Ein weiteres Risikofeld ist die Wahl der Vergütungsart im Vertrag. Hierdurch wird Leistung und Gegenleistung bestimmt. Sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer haben darauf zu achten, dass für die Leistung ein angemessener Preis vereinbart wird.

Beim Auftraggeber überwiegt das Interesse, möglichst eine Leistung und ein Bau-Soll zu bestimmen, das Planungssicherheit bietet, d.h. Nachträge vermeidet.

Der Auftragnehmer möchte mit der Gegenleistung, d.h. der Vergütung, eine möglichst genau definierte Leistung erbringen und zusätzliche, unentgeltliche Leistungen vermeiden.

Die Vereinbarung der Vergütungsart, die dem möglichen Bauvertrag zugrunde liegt, kann somit bereits einige elementare Risiken in sich bergen.

So erhöht sich das Risiko des Auftragnehmers beim Übergang von einem Einheitspreis- zum Pauschalvertrag und nochmals wiederum innerhalb der unterschiedlichen Pauschalvertragsarten, d.h. vom Detail-Pauschalvertrag zum Global-Pauschalvertrag hin, weil die Möglichkeit für Nachträge abnimmt.

Die Erhöhung der Risiken liegt im Wesentlichen darin begründet, dass in Abhängigkeit von der Vergütungsart die Beschreibungen und Definitionen des vom Auftragnehmer geschuldeten Bau-Solls sehr unterschiedlich erfolgen und bisweilen für den Auftragnehmer schwer zu erfassen ist.

Bei der Beurteilung von Nachträgen ist aber nicht die Bezeichnung des Vertrages, sondern die Frage entscheidend, wie konkret und detailliert das Bau-Soll beschrieben ist, hinsichtlich derer Nachträge geltend gemacht werden.

Je **globaler und detailärmer** die Angaben zum Bau-Soll sind, **um so weniger** Abweichungsfälle und damit **Nachträge** kann es geben. Es ist zu unterscheiden:

2.4.1. Einheitspreisvertrag

Beim Einheitspreisvertrag werden die vereinbarten Einheitspreise mit den tatsächlich ausgeführten Leistungen multipliziert. Daraus ergibt sich die Abrechnungssumme. Die tatsächlich ausgeführten Leistungen sind durch ein Aufmaß nachzuweisen, da ansonsten die Schlussrechnung nicht prüffähig und damit nicht zur Zahlung fällig ist.

Beim Einheitspreisvertrag sind Leistung und Preis detailliert.

2.4.2. Detail-Pauschalpreisvertrag

Bei einem Detail-Pauschalpreisvertrag ist lediglich die Vergütung pauschaliert, nicht aber die hierfür geschuldete Bauleistung. Vergleichbar mit dem Einheitspreisvertrag ist beim Detail-Pauschalpreisvertrag das Leistungsverzeichnis genau so konkret wie beim Einheitspreisvertrag. Der Vertrag verfügt über Fordersätze und Einheitspreise, wobei die Parteien vereinbaren, dass die durch eine Multiplikation von Fordersätzen und Einheitspreisen ermittelte vorläufige Angebotssumme pauschal abgerechnet werden soll. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die vertraglich geschuldete Leistung mengenunabhängig abgerechnet wird. Diese mengenunabhängige Abrechnung bezieht sich nur und ausschließlich auf diejenigen Bauleistungen, die in dem Leistungsverzeichnis aufgeführt sind. Diese bestimmen das Bau-Soll, also die für die Pauschale als Bezugspunkt geschuldete Bauleistung.

Der Auftragnehmer hat für die Pauschale nur das zu leisten, was dort geregelt ist. Nicht mehr, nicht weniger und nichts anderes.

Es findet kein Aufmass statt, Auftraggeber und Auftragnehmer übernehmen das Massenrisiko.

Der Auftragnehmer übernimmt das Risiko, dass weniger Massen als geplant ausgeführt werden und er trotzdem die volle Pauschalsumme zu bezahlen hat. Der Auftragnehmer übernimmt das Risiko, dass er tatsächlich mehr Massen ausführen muss als geplant, ohne zusätzliche Vergütung verlangen zu können.

**Beim Detail-Pauschalpreisvertrag wird nur der Preis,
nicht die Leistung pauschaliert.**

2.4.3. Global-Pauschalpreisvertrag

Beim Global-Pauschalvertrag wird im Unterschied zum Detail-Pauschalpreisvertrag nicht nur die Vergütung, sondern auch die vertraglich geschuldete Bauleistung pauschaliert. Das Bau-Soll wird meistens lediglich funktional (also nicht im Detail) beschrieben. Kennzeichnend für diese Form des Pauschalvertrages ist es, dass die Leistung durch globale Elemente eben in Form einer funktionalen Leistungsbeschreibung und nicht detailliert beschrieben ist.

Beim Global-Pauschalpreisvertrag wird häufig das Risiko der Leistungsvermittlung/Leistungsbeschreibung und/oder Planung durch den lediglich funktionalen Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer verlagert.

Der Auftraggeber gibt durch die funktionale Beschreibung lediglich das Ziel vor, der Auftragnehmer übernimmt zumeist wesentliche Teile der Ausführungsplanung, wenn er nicht sogar verpflichtet ist, die gesamte Ausführungsplanung selbst zu erstellen, wie häufig beim Schlüsselertigbau.

Der Auftragnehmer übernimmt das Risiko der Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Leistungsermittlung.

Der Global-Pauschalpreisvertrag ist aufgrund der starken Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer relativ nachtragsresistent, einen Nachtrag kann der Auftragnehmer nur dann verlangen, wenn der Auftraggeber Änderungen vornimmt oder wenn sich ansonsten der geschuldete Leistungsinhalt ändert.

Beim Global-Pauschalpreisvertrag sind Preis und Leistung pauschaliert.

2.4.4. Gemischter Global- /Detail- Pauschalpreisvertrag

Die vorstehend genannten Begriffe Detail-Pauschalpreisvertrag und Global-Pauschalpreisvertrag haben Modellcharakter. In der Baupraxis finden sich zumeist Mischformen aus diesen beiden Polen der Leistungsbeschreibungsmöglichkeiten.

Es kann deshalb vorkommen, dass einzelne Teile eines Bauwerks, beispielsweise Gewerke detailliert, andere Gewerke pauschal beschrieben werden. Dies ist möglich. Die Vertragstypen liegen nur selten in „Reinkultur“ vor.

Es stellt sich dann jeweils konkret die Frage nach Planungspflicht und Planungsverantwortlichkeit in Bezug auf mögliche Nachträge.

Zur Verdeutlichung der Risikozuweisung mag folgende Übersicht dienen:

	Einheitspreisvertrag	Detail-Pauschalpreisvertrag	Global-Pauschalpreisvertrag
Bau-Soll	detailliert	detailliert	pauschal
Vergütung	detailliert	pauschal	pauschal

MERKE:

Die vorstehenden Ausführungen sind wichtig für das Verständnis von Nachträgen am Bau. **Pauschal ist nicht pauschal.** Ein Pauschalvertrag schließt **nicht automatisch** Nachträge aus. Auch bei dieser Vertragsform sind Nachträge möglich, wobei die Häufigkeit von Nachträgen vom Einheitspreisvertrag über den Detail-Pauschalpreisvertrag bis hin zum Global-Pauschalpreisvertrag abnimmt.

Dass Nachträge nicht ausgeschlossen sind, lässt sich beim VOB-Vertrag sogar dem Text der VOB/B selbst entnehmen. Beim Pauschalvertrag eröffnet § 2 Nr. 7 Abs. 2 VOB/B nahezu alle Anspruchsgrundlagen, die auch beim Einheitspreisvertrag anwendbar sind.

Lediglich wenn kein Eingriff in den Bauablauf vorliegt, also bei den Mengenabweichungen nach § 2 Nr. 3 VOB/B, scheiden regelmäßig Nachträge aus.

Nur im Ausnahmefall gewährt § 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 1, 2 VOB/B einen Nachtrag, wenn erhebliche Abweichungen vorliegen. Dies ist die logische Konsequenz der Pauschalierung des Massenrisikos. Die häufig genannte Grenze von mindestens „20 %“ ist irreführend. Es gibt keine feste Grenze, da stets der Einzelfall maßgeblich ist. Im Übrigen beziehen sich die Abweichungen nicht auf einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses sondern auf den Gesamtvertrag. Die Abweichung muss in Bezug auf den Gesamtvertrag unzumutbar sein, nicht in Bezug auf eine einzelne Position.

2.4.5. Sonderproblem: Wechsel der Vergütungsart in der Verhandlungsphase

Ein besonderes Risikofeld für den Auftragnehmer stellt der Wechsel der Vergütungsart im Verlauf der Vertragsverhandlungen dar.

Grundsätzlich durchlaufen Verhandlungsphasen bei privaten Aufträgen häufig mehrere Stadien.

- Phase 1:

Zunächst wird ein Einheitspreisangebot auf der Basis eines detaillierten Leistungsverzeichnisses abgegeben, das der Auftragnehmer bepreisen soll.

- Phase 2:

Der Auftraggeber wählt die günstigsten Auftragnehmer aus und verhandelt mit diesen den Preis. Dabei wird unter Berücksichtigung eines Nachlasses die Angebotssumme pauschalisiert.

- Phase 3:

Der Auftraggeber verändert zusätzlich den Leistungsumfang und statt des detaillierten Leistungsverzeichnisses wird ein funktionales Leistungsverzeichnis zugrunde gelegt, meist in Kombination mit einer Komplettheitsklausel.

In derartigen Fallkonstellationen geht der **Auftragnehmer** ein **erhebliches Risiko** ein. Es wird mit Hilfe der funktionalen Leistungsbeschreibung und der Komplettheitsklausel das ursprüngliche detaillierte Leistungsverzeichnis „ausgehebelt“. Sofern hier der Auftragnehmer im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht aufmerksam ist und bei einem neuen, schlecht oder kaum kalkulierbaren Leistungsumfang die bisherige Vergütung, die sich auf ein detailliertes Leistungsverzeichnis bezog, belässt, begibt er sich in unnötige Gefahr!

Diese Verhandlungssituationen sind von anderen Verhandlungssituationen strikt zu trennen. Verwechslungsgefahr besteht mit Sachverhalten, in denen eine Komplettheitsklausel in einem Detail-Pauschalpreisvertrag vereinbart wird. Dies ist bei einer Komplettheitsklausel als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam.

In den hier vorliegenden Fällen wird aber das detaillierte Leistungsverzeichnis durch eine funktionale Baubeschreibung ersetzt und die Komplettheitsklausel nicht lediglich der detaillierten Leistungsbeschreibung „übergestülpt“.

Derartige Verhandlungssituationen sollten den Auftragnehmer alarmieren.

Sofern im Laufe der Vertragsverhandlungen der Umfang der Leistung geändert und von einem detaillierten Leistungsverzeichnis zu einer nur noch funktionalen Beschreibung übergegangen wird, ist Gefahr in Verzug. Dies ist insbesondere dann gefährlich, wenn das Leistungsverzeichnis nicht mehr Bestandteil des Vertrages wird, das Angebot des Auftragnehmers somit in der Beschreibung des Leistungsumfangs nicht mehr erscheint oder in der Reihenfolge der aufgereihten Vertragsunterlagen nur noch nachrangig gilt.

Im Zweifel gehen die Gerichte davon aus, dass der Auftragnehmer sich „sehenden Auges“ zu einer funktionalen Leistung verpflichtet hat. Nachträge scheiden aus.

2.4.6. Taktische Überlegungen

Gerade auf Auftragnehmerseite ist daher die Wahl der Vergütungsart und des vorliegenden Leistungsumfangs von entscheidender Bedeutung. Risiken müssen dementsprechend einkalkuliert werden.

Nachfolgend ist, je nach Konstellation, von einer Risikozunahme (von oben nach unten) für den Auftragnehmer auszugehen:

Risiko Leistungssoll

- Sehr detailliert beschriebenes Leistungssoll
- Ausreichend beschriebenes Leistungssoll
- Lückenhafte Beschreibung des Leistungssolls
- Grob umrissenes Leistungssoll
- Leistungssoll ist ohne weiteres nicht zu erkennen

Bedeutung kann hier auch der Planungsstand haben. Sofern der Auftragnehmer das Vollständigkeitsrisiko trägt, beispielsweise aufgrund einer Komplettheitsklausel die wirksam ist, ist es riskanter, ein Angebot auf Grundlage einer Vorentwurfsplanung anstelle einer Ausführungsplanung zu unterbreiten.

Nachfolgende Aufzählung zeigt die Risikozunahme (von oben nach unten) je nach Vorliegen der Planung:

Risiko Planungsstand

- Werksplanung
- Ausführungsplanung
- Entwurf-/Genehmigungsplanung
- Vorentwurfsplanung
- Keine Planung

Je unklarer das Vertragsoll ist, desto riskanter ist der Bauvertrag für den Auftragnehmer. Ein Risikofeld der Vertragsgestaltung sind unklare Leistungsbeschreibungen.

2.5. Risiko: Widersprüche im Bauvertrag

Viel Streit, damit Risikofaktoren, entstehen zwischen Bauvertragsparteien über den geschuldeten Leistungsumfang. Erschwert wird dieses Problem durch Widersprüche zwischen dem Leistungsverzeichnis und den Plänen. Nachlässigkeiten rächen sich später, da die Vertragsparteien während der Bauausführung nach der „Rosinentheorie“ jeweils die für sie günstigste Auslegung des Bauvertrages wählen.

Streitigkeiten wird Vorschub geleistet, weil gegen das Prinzip der „Eindeutigkeit“ und „Klarheit“ verstoßen wird.

2.5.1. Allgemeines

Widersprüche können durch Rangfolgeregelungen im Bauvertrag geklärt werden. Dabei müssen diese Rangreiheregelungen klar und verständlich sein, ansonsten sind diese selbst wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot in §§ 305 c Abs. 2, 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Sofern Rangreiheregelungen fehlen oder nicht greifen, weil sie unwirksam sind, so ist das konkrete Bausoll nach folgender allgemein wichtiger Auslegungsregel zu bestimmen:

Die speziellere Vertragsgrundlage geht der allgemeinen Vertragsgrundlage vor.

Dabei ist zusätzlich zu beachten, dass im Rahmen der Vertragsauslegung der Vertrag als sinnvolles Ganzes zu begreifen ist, also die Vertragsunterlagen im Gesamtzusammenhang zu verstehen und nicht am bloßen Wortlaut einer Bestimmung festzuhalten ist²⁹.

²⁹ BGH IBR 2006, 605; BGH IBR 2002, 231

Auftraggeber und Auftragnehmer müssen sich deshalb im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit den Rangfolgeregelungen des Bauvertrages und möglichen Widersprüchen, Lücken und Unklarheiten beschäftigen.

Die Regelungen der VOB/B, selbst wenn die VOB/B wirksam in den Vertrag einbezogen wurde, helfen meist nicht weiter. Zwar ist in § 1 Nr. 2 VOB/B eine derartige Rangfolgenregelung für Widersprüche enthalten, diese ist aber unzureichend. Häufig besteht nämlich Streit innerhalb der dort genannten Kategorie „Leistungsbeschreibung“.

Teil der dort genannten Leistungsbeschreibung ist die Baubeschreibung, das Leistungsverzeichnis und die Pläne. In der Praxis kommen aber insbesondere innerhalb dieser genannten Bestandteile der Leistungsbeschreibung Widersprüche vor. Da sie zur selben Kategorie innerhalb der Rangfolge gehören, ist § 1 Nr. 2 VOB/B hier nicht hilfreich.

Diese Vorschrift besagt nämlich nichts darüber, wie mit Widersprüchen innerhalb derselben Vertragskategorie, hier also der Leistungsbeschreibung, umzugehen ist.

2.5.1. Widersprüche zwischen Text und Plänen

Grundsätzlich gilt, dass für die Ausführung der Bauleistung die für die Bauleistung maßgebenden Pläne eindeutig zu bezeichnen sind, also dort im Text des Leistungsverzeichnisses, wo es für die konkrete Bestimmung der Bauausführung auf diese Pläne ankommt, diese auch benannt sind.

Fehlen derartige Hinweise oder widersprechen sich der Text des Leistungsverzeichnisses und der Inhalt der Pläne, so geht bei allen Vertragstypen grundsätzlich der formulierte Text dem Planinhalt vor.

Dies gilt jedenfalls solange, sofern nicht bei durchschnittlicher Sorgfalt erkennbare Anhaltspunkte dafür sprechen, dem Text zu misstrauen³⁰. Es ist quasi eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, nicht aber die Planung des Auftraggebers zu wiederholen.

2.5.2. Widersprüche zwischen Vorbemerkung und dem Leistungsverzeichnis

Grundsätzlich kommt dem Text des Leistungsverzeichnisses Vorrang vor den Vorbemerkungen zu. Dies ist aber nicht immer der Fall. Eine Auslegung des Vertrages als sinnvolles Ganzes kann auch ergeben, dass die Vorbemerkung ausnahmsweise vorrangig vor dem Positionstext des Leistungsverzeichnisses ist³¹. Sofern in den Vorbemerkungen die Leistung wesentlich konkreter und detaillierter beschrieben ist als im allgemein gehaltenen Positionstext, so kommt der Vorbemerkung Vorrang zu.

³⁰ BGH IBR 2003, 117

³¹ BGH IBR 1999, 300

2.5.3. Taktische Überlegungen

Die Vertragsparteien sollten im Bauvertrag alle Vertragsbestandteile aufzählen und müssen **präzise Bezugnahmen** auf Angebote, Protokolle, Zeichnungen und Pläne vornehmen, damit die Leistungspflicht klar umrissen ist. Ansonsten drohen Streit und Nachträge!

Leider wird immer wieder an diesem wichtigen Punkt des Bauvertrages fahrlässig gehandelt. Wichtig ist diese Stelle des Bauvertrages insbesondere deshalb:

- weil das Leistungs-Soll des AN festgelegt wird (Nachtragsproblematik)
- weil das Bau-Soll des AN festgelegt wird (Mängelproblematik)

Beispiel Nr. 1:

Pauschal wird bei Nachunternehmerverträgen unter Vertragsbestandteile auf den „Vertrag nebst Anlagen“ oder „Pläne“, „Genehmigungen“ oder „Leistungsbeschreibungen“ und „Verhandlungsprotokolle“ verwiesen.

Es gibt aber eine Vielzahl von Anlagen, Plänen und Protokollen. Selbst die VOB/B gibt es in unterschiedlichen Fassungen (1996, 2000, 2002 etc.) Woher soll der AN wissen, was gilt und was nicht gilt? Häufig widersprechen sich die Unterlagen, was hat Vorrang? Manchmal wird sogar auf Unterlagen Bezug genommen, die dem AN nicht zugänglich sind (häufiger Fehler im Nachunternehmervertrag).

Folge:

GU ist gegenüber seinem AG zur Leistung verpflichtet, NU gegenüber GU nicht, weil die Unterlagen nicht in den Vertrag einbezogen oder nicht wirksam einbezogen wurden (Transparenz).

GU muss Nachträge genehmigen oder ist zur Gewährleistung verpflichtet, ohne beim NU Regress nehmen zu können.

Die Bezugnahme bietet daher gerade für Juristen einen hervorragenden Raum, sich kostspielig für beide Parteien zu streiten. Im Zweifel gilt die für den AN günstigste Auslegung, sofern der AG als Verwender des Vertrags für Transparenz zu sorgen hat und umgekehrt.

Zur Streitvermeidung bei Widersprüchen ist es hilfreich, eine entsprechende **Rangfolge** vorzunehmen. Die Rechtsprechung ist nicht immer einheitlich, welchem Teil bei Leistungsverzeichnis und Plänen der Vorrang zu geben ist. Empfehlenswert ist hier eine Individualvereinbarung. Ansonsten kann auf die Formulierung in § 1 Nr. 2 VOB/B zurückgegriffen werden.

Die Vereinbarung einer Rangfolgenregelung ist für die Ermittlung des Bausolls von Bedeutung. Welche Leistungen geschuldet sind, ist zunächst gem. §§ 133, 157 BGB aus dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu beurteilen. Ein Bauvertrag ist nach der Rechtsprechung des BGH als sinnvolles Ganzes auszulegen. Es ist zudem davon auszugehen, dass der Anbieter seine Leistungen widerspruchsfrei anbieten will. Erst wenn sich bei dieser Auslegung herausstellt, dass Widersprüche zwischen einzelnen Bestandteilen des Bauvertrags bestehen, können diese über eine vereinbarte Rangfolge geregelt werden.

Bei Rangfolgeregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist zu beachten, dass bei der Aufstellung einer Rangfolgeregelung stets der Vorrang der Individualabrede gem. § 305b BGB und das Transparenzgebot nach § 305c Abs. 1 BGB eingehalten werden müssen. Das Transparenzgebot verlangt nicht nur, dass eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus sich heraus klar und verständlich ist. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hält einer Inhaltskontrolle auch dann nicht stand, wenn sie an verschiedenen Stellen in den Bedingungen niedergelegt sind, die nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringen sind oder wenn der Regelungsgehalt durch die Verteilung auf mehrere Stellen

verdunkelt wird³². Es ist der Grundsatz zu beachten, dass spezielle Regelungen den allgemeinen Regelungen vorgehen.

TIPP:

1. Auf Vollständigkeit der Aufzählung im Bauvertrag achten.
2. Bezugnahmen konkret durch Plannummern, Datumsangabe etc.
3. Bezuggenommene Unterlagen durchnummeriert als Anlage dem Bauvertrag beifügen.
4. Aufzählungsreihenfolge vom Speziellen zum Allgemeinen hin vornehmen.
5. Keine Versteckspiele mit Unterlagen, da Gefahr der Unwirksamkeit wegen fehlender Transparenz die Folge sein kein. „Wer anderen eine Grube gräbt“.

3. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer die Bauvertragsgestaltung keinesfalls stiefmütterlich behandeln dürfen. Selbst unscheinbare Entscheidungen, etwa die Wahl eines BGB- oder VOB-Vertrages, können elementare Risiken mit sich bringen, wenn nicht ein Bewusstsein für Regelungsbedarf besteht. Gleichgültig, welche Vertragsart gewählt wird, kann den Baubeteiligten nur empfohlen werden, die Leistung konkret im Bauvertrag festzulegen. Es gilt eine Reihe von allgemeinen Punkten zu beachten und sich nicht den **Auslegungszwängen Dritter**, insbesondere eines Gerichtes, auszusetzen.

³² BGH IBR 2005, 1158