

Rundschreiben 01/2009

Verhandlungstaktik am Bau / Baurecht

1. Einleitung

Die meisten „Unfälle“ passieren am Schreibtisch. Dies gilt auch für die Gestaltung des Bauvertrages. Gerade „Techniker“ bzw. Laien neigen dazu, sich mit dem Vertragsrecht nicht zu beschäftigen. Vorschnell wird zu „Schubladenlösungen“ gegriffen, in der ohne vertiefte Kenntnis der Vertragsgestaltung ein Bauvertragsformular gezogen wird, gleichgültig ob auf Basis des BGB oder der VOB/B. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Formulare, deren Verwender sich häufig Gedanken über das „Vertragsdesign“ gemacht haben, passend gemacht werden. Ebenfalls weit verbreitet ist ein Zusammenfügen verschiedener Verträge. Diese „Puzzlebauverträge“ führen häufig zu Rechtsnachteilen.

Das BGB-Werkvertragsrecht zeigt in den §§ 631 ff. BGB eine Reihe von Lücken auf bzw. ist der Realität am Bau nicht angepasst. Der Begriff „Bauwerk“ bzw. „Bauhandwerk“ wird nur an vier Stellen des BGB im Wortlaut erwähnt. Die VOB/B ist dagegen den Erfordernissen am Bau angepasst. Es handelt sich bei der VOB/B allerdings um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die bislang privilegiert war. Dieses Privileg ist in der Praxis schon länger in der Kritik. Die in der Baupraxis häufig auftretenden Abweichungen von der VOB/B führten bislang bereits zu einer isolierten Inhaltskontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB. Deren Ergebnis ist häufig nicht prognostizierbar, da in einigen Bereichen umstritten ist, ob die konkrete Bestimmung der VOB/B wirksam ist oder nicht, bzw. gibt es zu einigen Bestimmungen keine Rechtsprechung¹. Verschärft wird die Situation durch die jüngste Rechtsprechung des BGH² und dem am 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetz (FoSiG). Dies hat dazu geführt, dass eine ganze Personengruppe, die Verbraucher, aus der Privilegierung herausgenommen wurden. Die Vereinbarung der VOB/B gegenüber Verbrauchern führt nun zu einer isolierten Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB mit der Konsequenz, dass der Verwender sich selbst benachteiligt.

Diese Situation führt zu einer verstärkten Verunsicherung der am Bau Beteiligten, da Rechtsprechung und Gesetz in Bewegung sind.

Nachfolgend wird versucht, Wege aufzuzeigen, durch Verhandlungstaktik Unsicherheiten zu reduzieren. Der Schwerpunkt der Vertragsgestaltung sollte, gleichgültig ob aus Auftraggeber- oder aus Auftragnehmersicht, sein, zum Einen die Leistung und die dafür zu zahlende Vergütung konkret zu definieren und im Übrigen die Kernbereiche durch Individualvereinbarungen zu regeln. Mit Letzterem sind Regelungspunkte in einem Bauvertrag gemeint, die elementaren Charakter haben. Genannt seien nur die Themen Sicherheiten und Vertragsstrafen. Sofern der Verwender einer Formulklausel hier zu weit geht, fällt er auf den harten Boden des Gesetzes zurück, d. h. auf die gesetzlichen Regelungen des BGB. Gerade in diesen Bereichen gibt es keine gesetzliche Regelung, die zur Stellung einer Mängelsicherheit

¹ Vgl. Arbeitshilfe „Die entprivilegierte VOB/B aus Sicht des Auftraggebers“ und Arbeitshilfe „Die entprivilegierte VOB/B aus Sicht des Auftragnehmers“

² BGH IBR 2008, 557

oder Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet, so dass eine Sicherheit für Mängelansprüche oder eine Vertragsstrafe nicht gestellt bzw. gezogen werden kann.

Dies darf nicht darüber hinweg täuschen, dass auch eine geschickte Verhandlungstaktik nicht aus jeder Formalklausel eine Individualvereinbarung macht.

Sofern Auftraggeber und Auftragnehmer ein Gespür für die rechtlichen Rahmenbedingungen bekommen, werden Fehler vermieden und Verträge bewusst gestaltet und verhandelt. Es mag sein, dass durch die Verhandlungstaktik zwar keine Individualvereinbarung vorliegt, zumindest verbessert sich die Beweissituation. Dies ist nicht zu unterschätzen bei außergerichtlichen Verhandlungen, aber auch bei Instanzgerichten.

Nachfolgend wird zunächst die Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingung und ihre Abgrenzung zur Individualabrede vorgenommen. Dabei kommt es im Rahmen der Verhandlungstaktik entscheidend darauf an, das Merkmal „Aushandeln“ durch entsprechende flankierende Maßnahmen zu erreichen.

2. Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) / Individualabrede

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 (§ 138 BGB)
- sittenwidrige Verträge (§ 138 BGB)
- formunwirksame Verträge, in denen also die Schriftform oder die notarielle Form vorgeschrieben ist (z.B. Grundstückskauf, §§ 311b, 125 BGB)

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

- die gesetzlichen Unwirksamkeitsgründe bei Individualvereinbarungen (siehe oben) und
- AGB-Kontrolle: keine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners (Oberbegriff mit folgenden Unterfällen, § 307 Abs. 1 BGB):
 - a) Unvereinbarkeit mit wesentlichen Gesetzesgrundgedanken, § 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.

2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Eine Definition, wann Allgemeine Geschäftsbedingungen im Rechtssinn 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.

Eine Vorformulierung liegt vor, wenn sie für mehrfache, d. h. mindestens dreimalige Verwendung erstellt wurde³. Dabei ist die „Absicht“ der dreimaligen Verwendung ausreichend. Grundsätzlich liegt keine Allgemeine Geschäftsbedingung vor, wenn keine Absicht besteht, die Klausel mehrfach zu verwenden.

Für die dreimalige Verwendungsabsicht⁴ ist es ausreichend, wenn ein „Dritter“ diese Verwendungsabsicht hat, weil er diese Klausel zur Mehrfachverwendung erstellt hat. Deshalb ist, wie häufig der Fall, die Übernahme von Klauseln aus Formularsammlungen oder Formularbüchern, sowie die Verwendung der VOB/B, die vom DVA herausgegeben wird, eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Dies gilt nicht nur für Formularverträge, sondern soll auch für andere Personen wie Architekten, Unternehmer, Notare oder Anwälte gelten, die entsprechende Klauseln entwerfen⁵.

MERKE:

AGB's können auch dann vorliegen, wenn die Vertragsbedingungen durch Dritte vorformuliert sind. „Formulierer“ und „Verwender“ müssen für die Anwendung der §§ 305 ff. BGB nicht identisch sein⁶.

Bei Verbraucherverträgen ist nach § 310 Abs. 3 BGB zu beachten, dass eine Inhaltskontrolle immer stattfindet, wenn der Vertrag vom Auftragnehmer verwendet wird, ohne dass der Verbraucher auf ihn Einfluss nehmen konnte. Es kommt hier nicht darauf an, ob der Bauvertrag oder das Verhandlungsprotokoll zur Vielfachverwendung vorformuliert ist; § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB⁷.

Beispiel:

Ein Auftragnehmer vereinbart mit einem Auftraggeber auf einem von ihm handschriftlich formulierten, jedoch nicht weiter ausgehandelten Vertrag, dass eine Vorauszahlung von 30 % zu bezahlen ist. Der Auftraggeber hält diese Klausel für unangemessen. Der Auftragnehmer meint, eine Inhaltskontrolle findet nicht statt und kündigt den Vertrag, weil der Auftraggeber nicht bereit ist, die vereinbarte Vorauszahlung zu leisten. Der Auftragnehmer täuscht sich. Es liegt eine Allgemeine Geschäftsbedingung vor, da gem. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB die Inhaltskontrolle eröffnet ist⁸.

³ BGH BauR 2002, 83

⁴ BGH BauR 2004, 674

⁵ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 10, 3. Auflage 2008, mit Hinweisen zum Streitstand

⁶ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 10, 3. Auflage 2008

⁷ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 14, 3. Auflage 2008

⁸ Beispiel gem. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 14, 3. Auflage 2008

Zudem müssen die vorformulierten Vertragsbedingungen von einer Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages „gestellt“ werden. Die Feststellung desjenigen, der die Vertragsbestimmungen, meist die VOB/B, in einem Bauvertrag stellt, wirkt sich nicht nur bei der Frage aus, ob überhaupt Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. d. § 305 BGB vorliegen, sondern auch auf die Frage aus, zu wessen Lasten die AGB-Kontrolle stattfindet. Diese erfolgt stets zu Lasten des Verwenders, d. h. desjenigen, der nach Prüfung des Sachverhalts die VOB/B als Vertragsgrundlage in den Bauvertrag eingeführt hat.

In der Baupraxis ist es häufig nicht so einfach festzustellen, wer der „richtige“ Verwender ist. Bei Bauverträgen der öffentlichen Auftraggeber ist Verwender der öffentliche Auftraggeber. Dies ergibt sich bereits aus dem Vergaberecht, da dieser Auftraggeberkreis die VOB/B einhalten muss.

Theoretisch denkbar wäre es auch, dass beidseitig – unabhängig voneinander – die VOB/B einbezogen wird. In diesem Ausnahmefall fehlt es an einem „Stellen“ der VOB/B i. S. d. §§ 305 ff. BGB, so dass keine Inhaltskontrolle stattfindet.

Beispiel:

Der AG als auch der AN schlagen gleichzeitig unabhängig voneinander in den Verhandlungen für den Bauvertrag die Einbeziehung der VOB/B vor. Dies wird aber häufig ein Ausnahmefall sein, da sich aus den Unterlagen meist ergibt, wer zuerst Bezug auf die VOB/B nimmt.

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 theoretisch 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 Gesamtleistung durch den Bauherrn erfolgen soll, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung und wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 BGB unwirksam⁹.

MERKE:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind mehr als das sogenannte „Kleingedruckte“.

2.2. Individualvereinbarungen

Nach § 305 Abs. 2 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen **ausgehandelt** sind¹⁰. Dabei haben Individualvereinbarungen Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Bei den Beteiligten herrscht weitgehend Unkenntnis über den Begriff des „Aushandelns“. Die Fehlvorstellungen liegen darin, dass angeblich das bloße Gespräch im Rahmen einer Vertragsverhandlung genügt. Auch besteht der Irrtum, dass eine Überschrift Verhandlungsprotokoll oder handschriftliche Passagen genügen. In der Praxis wird versucht, das „Aushandeln“ zum bloßen „Verhandeln“ zu degradieren. Insbesondere wirtschaftlich stärkere Vertragspartner glauben, damit die Vorgaben für eine Individualvereinbarung erfüllt zu haben, in dem sie quasi ein „Versailler Diktat“ veranstalten oder dem Vertragspartner allenfalls die Wahl zwischen „Pest oder Cholera“ überlassen. Dies hat nichts mit den hohen Anforderungen gemein, die die Rechtsprechung an Individualvereinbarungen stellt.

⁹ OLG Celle, IBR 1999, 366

¹⁰ BGH BauR 1992, 226; BauR 2003, 870; BauR 2005, 1154

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

Folge ist, dass in der Praxis – so auch dem Autor – vielfach dilettantische Versuche bekannt werden, in denen Formularklauseln als Individualvereinbarungen verschleiert werden. So ist ein Fall in Erinnerung, in denen die äußerst beliebten Verhandlungsprotokolle dazu genutzt werden sollten, den Vertragspartner zu benachteiligen. Es wurden handschriftliche Eintragungen vorgenommen, wobei auffällig war, dass unter den handschriftlichen Anmerkungen in besonders nachteiligen Teilbereichen Punktlinien vorhanden waren. Eine Nachfrage ergab schnell, dass die handschriftlichen Zusätze bereits zuvor vorhanden waren und die Punktlinien dazu dienten, „das was ansonsten nicht geht, noch handschriftlich einzufügen“, im Glauben, damit eine Individualvereinbarung kreiert zu haben. In derartigen Situationen ist es hilfreich, andere Nachunternehmer am gleichen Bauvorhaben zu fragen. Ergebnis der Recherche war, dass auch dort die entsprechenden handschriftlichen Sätze (auch noch kopiert!) vorhanden waren mit entsprechenden Punktlinien und identischen Eintragungen. Sofern man hier einen umgangssprachlichen Lehrsatz aufstellen will, könnte man allenfalls formulieren „auch besch... will gelernt sein“.

Dies und ähnliche Beispiele sind Folge eines Missverständnisses, was unter „Aushandeln“ im Rechtssinn zu verstehen ist.

Die Anforderungen sind hoch, weshalb einschlägige Literatur Individualvereinbarungen Ausnahmecharakter einräumt¹¹.

Aushandeln im Sinne der Rechtsprechung setzt sich somit aus zwei Komponenten zusammen:

- ernsthafte Bereitschaft, Vertragsbedingungen inhaltlich zur Disposition zu stellen +
- Verhandlungen mit der Maßgabe, dass eine reale Möglichkeit besteht, die Vertragsbedingungen zu beeinflussen

MERKE:

„Aushandeln“ ist folglich mehr als „Verhandeln“.

Eine weitere praktische Schwierigkeit besteht darin, dass es nicht genügt, einen Satz aus dem Vertragswerk oder ein paar Vertragsbestimmungen „auszuhandeln“, um aus dem gesamten Formularwerk einen Individualvertrag zu gießen. Folglich kann die Aushandlung eines einzelnen Punktes nicht zum „Freibrief“ für den Rest der Vertragsbedingungen werden.

Wird folglich lediglich ein Regelungspunkt individuell ausgehandelt, kann bezüglich der anderen Punkte dennoch eine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegen mit der Konsequenz einer isolierten Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB¹².

Für das Merkmal „Aushandeln“ genügt es nicht:

- sofern der Verwender nur auf den Inhalt der eigenen Regelungen hinweist und diese erläutert¹³,
- sofern der Verwender nur verschiedene Alternativen der Vertragsgestaltung aufzeigt, um eine auszuwählen,

¹¹ Glatzel, Hofmann, Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, S. 25, 11. Auflage 2008; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 21, 3. Auflage 2008; Markus, Kaiser, Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, Rn. 17, 2. Auflage 2008; Vygen, Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 639 ff., 4. Auflage 2008;

¹² BGH BauR 2003, 870; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 22, 3. Auflage 2008

¹³ BGH BauR 1981, 496; BGH BauR 1982, 493; BGH BauR 1984, 61

- die bloße Bereitschaft, Vertragsbestimmungen zu ändern, sofern es der Vertragspartner wünscht¹⁴

Versuche, diese hohen Anforderungen zu umgehen, wurden von der Rechtsprechung stets abgelehnt. Beteiligte glauben, durch bloße Aufnahme einiger Sätze oder Satzbestandteile am Ende eines Vertrages oder Protokolls eine Individualvereinbarung zu schaffen.

Beispiel:

Passus in einem Bauvertrag bzw. Verhandlungsprotokoll:
„Die vorstehenden Bedingungen sind im Einzelnen ausgehandelt“.

Der BGH hat solche Klauseln in Bauverträgen für AGB-widrig erklärt¹⁵. Sie verstoßen gegen § 309 Nr. 12 BGB.

Auch die reine „Lückentechnik“, um handschriftliche Ausfüllungen zu erreichen, sind keine unbedenkliche Lösung. Sie suggerieren dem Verwender ebenfalls das Vorliegen einer Individualvereinbarung.

Sofern der ergänzte Text vom Verwender stammt und lediglich mit dem Vertragspartner durchgesprochen wird, ohne dass dieser die Möglichkeit der Einflussnahme hat, bleiben die so ergänzten Texte nichts anderes als Allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁶.

Falls die textliche Ergänzung vom Vertragspartner herrührt, wird danach unterschieden, 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 lediglich Allgemeine Geschäftsbedingung¹⁷.

2.3. Rechtsfolgen

Die Ausführungen zeigen, dass nur in den seltensten Fällen tatsächlich Individualvereinbarungen vorliegen. Viele der in der Praxis in Bauverträgen und Verhandlungen eingesetzten Klauseln und Methoden, sind unwirksam.

Bei der Vertragsgestaltung sollte daher, wenn nicht eine Individualvereinbarung möglich ist, der Bogen nicht überspannt werden, insbesondere in kritischen Bereichen, in denen das Gesetz keine „Hilfsmöglichkeit“ einräumt, beispielsweise Sicherheiten für Mängelansprüche oder Vertragsstrafen.

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 bei der Beurteilung 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

¹⁴ BGH BauR 2005, 1154

¹⁵ BGH BauR 1987, 308

¹⁶ BGH NJW 1985, 57

¹⁷ OLG Karlsruhe IBR 1996, 368

AGB-Bestimmungen des BGB überprüft werden. Er kann sich folglich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen¹⁸.

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.

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. Es wird versucht, quasi über die Hintertür eine „geltungserhaltende Reduktion“ zu vereinbaren. Derartige Klauseln werden als „**salvatorische Klauseln**“ bezeichnet.

Beispiel:

Passus in einem Bauvertrag bzw. Verhandlungsprotokoll¹⁹:

„Sollten Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, bleibt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen unberührt. An die Stelle der unwirksamen Bestimmungen sollen Regelungen treten, die dem wirklich gewollten möglichst nahe kommen“.

Derartige Klauseln, die häufig in Bauverträgen anzutreffen sind, verstoßen gegen §§ 306 Abs. 2 BGB, 307 BGB. Der Vertragsinhalt ist darüber hinaus völlig unklar.

¹⁸ BGH IBR 1998, 155

¹⁹ OLG Frankfurt BauR 2003, 269 ff.

3. Verhandlungstaktik

Die Ausführungen belegen, dass der Weg zur Individualvereinbarung schwierig ist. Das was vielen Baubeteiligten als Individualvereinbarung erscheint, ist im Lichte der Rechtsprechung bestenfalls eine verkappte Formularvereinbarung.

Ziel der Verhandlungsführung muss es daher sein, um den hohen Anforderungen der Rechtsprechung zu genügen, die Verhandlung so zu führen, dass zumindest der Anschein entsteht, dass:

- eine ernsthafte Bereitschaft signalisiert wird, die eigenen Vertragsbedingungen inhaltlich zur Disposition zu stellen, und
- die Verhandlungen so zu führen, dass der Vertragspartner die reale Möglichkeit hat, auf den Inhalt Einfluss zu nehmen.

Dabei sollten die am Bau Beteiligten sich im Rahmen der Verhandlungstaktik auf die Kernbereiche beschränken. Dies bedeutet, es müssen Ziele festgelegt werden, die im Rahmen der Verhandlung erreicht werden sollen. Dabei gibt es wichtige und unwichtige Regelungen. Die Ausführungen zu den Grundlagen haben aufgezeigt, dass es nicht genügt, einen einzelnen isolierten Punkt zu verhandeln im Sinne der Rechtsprechung des BGH, um damit aus einem Formularvertrag eine Individualvereinbarung von § 1 - § n eines Vertrages zu erreichen.

Der erste Schritt muss daher sein, die Kernbereich festzulegen, die besonders verhandelt werden sollen, beispielsweise das Thema Verjährungsfrist für Mängelansprüche, Sicherheiten, Vertragsstrafen, usw.

Nachfolgend werden einige Verhandlungstaktiken aufgezeigt, die Wege zur Individualvereinbarung darstellen. Dabei sollte, wenn möglich, eine Kombination erreicht werden, d. h. je mehr der genannten Verhandlungsstrategien genutzt werden, desto wahrscheinlicher ist es, dass sich die Beweissituation zu Gunsten des Verwenders verändert. Dazu gehört auch, dass man entsprechend „Papier“ schafft, um später nachweisen zu können, dass man verhandelt hat. Auch hier gilt der Grundsatz „Wer schreibt der bleibt, wer telefoniert, verliert!“.

- Im Begleitschreiben zum Bauvertragsentwurf bzw. bei Einladung zum Verhandlungstermin Hinweis aufnehmen, dass:
 - a) der Entwurf auf den bereits geführten Gesprächen bzw. Verhandlungen basiert, und
 - b) dass man bereit ist, jede einzelne der Bestimmungen nochmals zu verhandeln,
 - c) gegebenenfalls sogar Beispiele erwähnen, um später nachweisen zu können, dass bestimmte Passagen bereits mündlich besprochen wurden und in den Entwurf eingeflossen sind.
- Verhandlungsprotokoll umfassend verfassen, d. h. kein bloßes Ergebnisprotokoll, sondern ein „Verlaufsprotokoll“ erstellen. Verlaufsprotokoll bedeutet, dass handschriftlich die inhaltliche Verhandlung (Geben und Nehmen) zumindest in den Schlüsselbereichen wiedergegeben wird. Dabei sollte zum Ausdruck kommen, auf welche eigene Rechtsposition verzichtet wurde und welche Rechtsposition man durchgesetzt hat. Damit wird dokumentiert, dass der Vertragspartner Einfluss genommen hat.

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.

- Formularklauseln des Bauvertrages oder des Verhandlungsprotokolls tatsächlich sofort abändern (insbesondere handschriftlich mit Unterschriftsbestätigung beider Seiten). Es sollte vermieden werden, aus Gründen der Sauberkeit und Ordnung den Text EDV-mäßig zu überarbeiten und am Ende noch die ursprünglichen Entwürfe zu vernichten. Gerade Letztere können ein wichtiger Anhaltspunkt für die Dokumentation des Verhandlungsverlaufs darstellen.
- Bestätigungsschreiben über Telefonate, Besprechungen an Vertragspartner schicken, wobei nicht nur das Ergebnis, sondern auch der Inhalt der Verhandlungen (Geben und Nehmen) wiedergegeben wird. Dies sollte auch gerade im Verlauf der Verhandlungen erfolgen. Nicht lapidar ein Ergebnis übermitteln.
- Verhandlungen des Vertragspartners provozieren. Bewusste Aufnahme einiger weniger Reizpunkte, die die Gegenseite nie akzeptieren wird, um so von den eigentlichen Kernbereichen abzulenken. Dann im Verhandlungswege die Reizthemen fallen lassen, um so im Gegenzug die eigentlich gewollte Regelung zu erhalten bzw. sich Kompensationsbestimmungen auszuhandeln. Dabei aber den Bogen nicht überspannen, um Verhandlungspartner nicht zu verärgern.
- Bei eigener starker Verhandlungsposition Vertragspartner bewusst Bauvertrag oder Verhandlungsprotokoll mit Lücken überlassen, damit dieser sie selbst ergänzt, z. B. zu Vertragsstrafen oder Verjährungsfristen. Im Anschluss, nachdem der „Wunschzettel fürs Christkind“ des Vertragspartners vorliegt, aufgrund eigener wirtschaftlicher Stärke, Ergänzungen nicht akzeptieren und Verhandlungen beginnen mit dem Ziel, das ursprüngliche, eigentlich formularmäßig unwirksame, beabsichtigte Ergebnis durchzusetzen.

Die vorstehenden Verhandlungstaktiken zeigen Möglichkeiten auf, die hohen Anforderungen an das „Aushandeln“ zu erfüllen. Zumindest die Beweissituation verbessert sich außergerichtlich oder bei den Instanzgerichten, wenn man hier Zeit investiert. Auftraggeber oder Auftragnehmer sollten zumindest versuchen, die rechtliche Haltbarkeit einzelner kritischer Klauseln, insbesondere in den Schlüsselbereichen des Bauvertrages, z. B. Leistungsbeschreibung, Abnahme, Haftung, Mängelrechte und Sicherheiten, durch „Aushandeln“ zu erhöhen. Selbst wenn im Einzelfall aus der Formularklausel im Bauvertrag keine Individualvereinbarung wird, stärkt dies die eigene Verhandlungsposition. Es liegen dann schriftliche Belege vor, dass man dem Vertragspartner nicht einfach den Vertrag unterschrittsreif vorgelegt hat (= AGB), sondern dieser das Ergebnis einer eingehenden gemeinsamen Verhandlung ist (= Individualvereinbarung).

4. Zusammenfassung

Das Thema „Vertragsgestaltung“ hat sich für die am Bau Beteiligten verschärft, insbesondere gegenüber Verbrauchern. Selbst auf die VOB/B kann nicht mehr ohne Weiteres bedenkenlos zurückgegriffen werden, weil einerseits „Abweichungen“ häufig und andererseits Verbraucher aus dem Anwendungsbereich der Privilegierung herausgenommen sind. Verschärfend kommt hinzu, dass es in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, welche Bestimmungen einer isolierten Inhaltskontrolle stand halten oder nicht. Dabei muss auch der Vertragspartner berücksichtigt werden, d. h. ob dieser Unternehmer oder Verbraucher ist.

Folge hiervon ist es, dass der Verhandlungstaktik mehr Bedeutung beigemessen werden muss. Dabei sind hohe Anforderungen an das „Aushandeln“ durch die Rechtsprechung gestellt, die schwer erfüllt werden können.

Die Verhandlungsstrategie muss daher darauf ausgelegt sein, die Schlüsselbereiche auszuhandeln. Dabei gilt es, Nachweise zu schaffen und entgegen dem „EDV-Zeitalter“ auf handschriftliche Veränderungen zu setzen und Entwürfe, die im Vorfeld gewechselt wurden,

nicht zu vernichten, sondern als Beweismittel zu dokumentieren. Bei Verhandlungen nicht nur das Ergebnis, sondern auch das zugrunde liegende Geschäft „Geben und Nehmen“ festhalten. Ziel muss es sein, auch wenn eine Individualvereinbarung nicht erreicht werden kann, zumindest die Beweissituation zu verbessern, was die Verhandlungsposition stärkt.