

DER NACHUNTER- NEHMERVERTRAG

- VERTRAGSGESTALTUNG UND
VERTRAGSVERHANDLUNG
NACH BGB UND VOB/B -

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Der Nachunternehmervertrag - Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung nach BGB und VOB/B -

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	002
1. Einleitung	004
2. Vertragsbeziehungen	006
3. Vertragsrecht, allgemein	007
3.1. Vertragsabschluss	007
3.1.1. Vertragsabschluss, Angebot und Annahme	008
3.1.1.1. Angebot	008
3.1.1.2. Annahme	011
3.1.1.3. Verspätete oder modifizierte Annahme (neues Angebot)	013
3.1.1.4. Schweigen im Rechtsverkehr	016
3.1.1.5. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	017
3.2. Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) / Individualabrede	019
3.2.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen	020
3.2.2. Individualvereinbarungen	022
3.2.3. Rechtsfolgen	024
3.3. Verhandlungstaktik, Wege zur Individualvereinbarung	026
3.4. Kollision der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	028
4. Werkvertragsrecht	030
4.1. Unterscheidung BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag	030
4.1.1. BGB-Bauvertrag	031
4.1.2. VOB-Bauvertrag	031
4.2. Vereinbarung der VOB/B	033
4.3. Privilegierung der VOB/B	035
4.4. Entprivilegierung der VOB/B	036
4.4.1. Abweichung von der VOB/B	036
4.4.2. Arbeitshilfen zu „entprivilegierter“ VOB/B	040
5. Nachunternehmervertragsgestaltung, Struktur	074
5.1. Struktur des Nachunternehmervertrages	074
5.2. Bearbeitungsstand	075
5.3. Grenzen der Nachunternehmervertragsgestaltung in tatsächlicher Hinsicht	076
5.4. Grundregeln der Nachunternehmervertragsgestaltung	077
5.5. Taktische Überlegungen	078
5.6. Zusammenfassung	079
6. Nachunternehmervertragsgestaltung, Gestaltungsbeispiele	080
6.1. Auswahl Problemfelder, Nachunternehmervertrag	085
6.1.1. Einsatz des Nachunternehmers	085
6.1.2. Bindung des Nachunternehmers	087
6.1.3. Anpassung der Leistung des Nachunternehmers	090
6.1.4. Anpassung der Vertragsbestimmungen	095
6.1.5. Hinweis auf Vertragsstrafe	096
6.1.6. Anpassung der Vergütungsregelung	097
6.1.7. Anpassung der Abnahme	098
6.1.7.1. Rechtswirkungen der Abnahme	099
6.1.7.2. Abnahmeformen	102
6.1.8. Anpassung der Mängelrechte	107
6.1.8.1. Mangelbegriff nach BGB und VOB/B	109
6.1.8.1.1. Sachmangel	109

6.1.8.1.2.	Rechtsmangel	114
6.1.8.1.3.	Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik	114
6.1.8.1.4.	Ausdehnung des Mangelbegriffs	116
6.1.8.2.	Zeitpunkt der Mangelfreiheit	119
6.1.8.3.	Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers	121
6.1.8.3.1.	Mitverantwortlichkeit nach BGB; § 245 BGB analog	122
6.1.8.3.2.	Mitverantwortlichkeit nach VOB/B; § 13 Abs. 3 VOB/B	123
6.1.8.4.	Beweislast	127
6.1.8.5.	Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB und VOB/B	127
6.1.9.	Anpassung der Verjährung für Mängelrechte	132
6.1.9.1.	Gesetze und Regelungswerke	132
6.1.9.2.	Vereinbarung über die Dauer der Verjährung	136
6.1.9.2.1.	Hauptunternehmer als Verwender	136
6.1.9.2.2.	Nachunternehmer als Verwender	138
6.1.9.3.	Vereinbarungen über Beginn der Verjährungsfrist	139
6.1.9.3.1.	Hauptunternehmer als Verwender	139
6.1.9.3.2.	Nachunternehmer als Verwender	141
6.1.9.4.	Vereinbarungen über das Ende der Verjährungsfristen	142
6.2.	Auswahl Problemfelder „ Bauvertrag allgemein“	143
6.2.1.	Vertragspartner	143
6.2.2.	Vertragsbestandteile	147
6.2.3.	Vertretung des Hauptunternehmers/Nachunternehmers	150
6.2.4.	Vergütung	152
6.2.4.1.	Einheitspreisvertrag	152
6.2.4.2.	Pauschalierte Vergütung	153
6.2.4.3.	„Detail-Pauschalvertrag“	154
6.2.4.4.	„Global-Pauschalvertrag“	155
6.2.4.5.	Bedeutung der Wahl des Vertragstyps für Nachträge	156
6.2.4.5.1.	Einheitspreisvertrag	156
6.2.4.5.2.	Detail-Pauschalpreisvertrag	157
6.2.4.5.3.	Global-Pauschalpreisvertrag	157
6.2.4.5.4.	Gemischter Global-/Detail- Pauschalpreisvertrag	157
6.2.5.	Leistungsänderung	160
6.2.6.	Ausführungsfristen	164
6.2.7.	Vertragsstrafe/Verzugsschaden	168
6.2.8.	Rechnung/Zahlung	174
6.2.9.	Stundenlohnarbeiten	183
6.2.10.	Sicherheitsleistung, insbesondere Rückgabe	184
6.2.10.1.	Gesetze und Regelungswerke	185
6.2.10.2.	Sicherungshöhe	186
6.2.10.3.	Sicherungszweck	186
6.2.10.4.	Sicherungsdauer	187
6.2.10.5.	Deckungsgleichheit, Vereinbarung/Sicherheit	191
6.2.11.	Kündigung	191
6.2.12.	Schlussbestimmungen	194
6.2.13.	Unterschrift	198
7.	Zusammenfassung	199
	TEXTE BGB / VOB/B 2012	201

Der Nachunternehmervertrag - Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung nach BGB und VOB/B -

1. Einleitung

Die meisten Unfälle passieren am Schreibtisch. Dies gilt auch für die Gestaltung des Nachunternehmervertrags. Sinn und Zweck der Darstellung ist es, den Teilnehmern die Bedeutung der Vertragsgestaltung und der Vertragsverhandlung beim Nachunternehmervertrag aufzuzeigen.

„Pacta sunt servanda“ – es gilt, was vereinbart wurde – lautet ein Grundsatz, der vor Gericht längst nicht mehr unbegrenzt akzeptiert wird. Die „Gestaltungsfreiheit“, d. h. das Recht, Verträge so zu schließen, wie es gewollt ist, besteht für den Inhalt des Vertrages nur noch eingeschränkt fort. Sie besteht am ehesten noch in der Freiheit, den Vertragspartner auszuwählen, also der „Abschlussfreiheit“.

Der Inhalt von Verträgen dient eher der Ermittlung des Willens der Vertragsparteien, um auf diesem Wege das Geschäft entsprechend der Vertragstypologie des Gesetzes möglichst bestimmten gesetzlichen Regelungen zu unterwerfen. Das Gesetz gibt Freiraum für autonome Gestaltungen, die nur soweit zulässig sind, wie sie mit dem Leitbild des Gesetzgebers übereinstimmen. Was widerspricht, wird regelmäßig unangemessen sein. An dessen Stelle tritt dann die gesetzliche Regelung. Die Regeln, die sich die Parteien eigentlich geben wollten, treten dahinter zurück. Diese Situation führt zu dem Irrglauben, dass man mit Verträgen, auch Nachunternehmerverträgen, nichts mehr ausrichten kann. Es gilt sowieso das Gesetz. Dies führt dazu, dass die Verträge von den Parteien gar nicht mehr richtig gelesen werden. Dies ist eine äußerst riskante Haltung, die nur deshalb wenig Schaden anrichtet, weil die ganz überwiegende Mehrzahl der Nachunternehmerverträge unproblematisch vollzogen wird. Im Streitfall bedeutet dies aber erhebliche finanzielle Nachteile.

Ziel muss es daher sein, einen Nachunternehmervertrag abzuschließen, der Streit möglichst vermeidet, Risiken minimiert oder für seine Beilegung vertragliche Regelungen enthält. Dies mag eine idealistische Vorstellung sein, dennoch können durch Vertragsgestaltung Probleme vermieden oder zumindest reduziert werden.

Die Parteien müssen eine „Vertragsknigge“ beherzigen, um Konflikte zu vermeiden. Entscheidend ist, dass der Teilnehmer des Seminars bei der Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung ein Problembewusstsein entwickelt. Die „Muster“ sind lediglich „Formulierungsbeispiele“, um die Alternativen aufzuzeigen. Es bedarf aber rechtlicher Beratung, ob die „Gestaltungsvorschläge“ auch für den konkreten Anwendungsfall geeignet sind.

Cham, den 30. Oktober 2013
Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl
- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

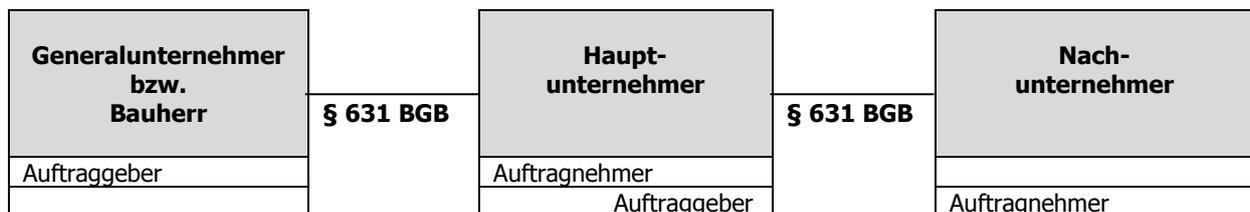
Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

2. Vertragsbeziehungen

Die nachfolgende Übersicht versucht, die verschiedenen Vertragsbeziehungen der Beteiligten aufzuzeigen. Dabei wird von der einfachsten „Konstellation“ ausgegangen, d. h. von lediglich drei Vertragsparteien. In der Baupraxis gibt es regelmäßig längere Vertragsketten, d. h. es gibt auch noch Auftragnehmer des Nachunternehmers, also „Subnachunternehmer“. Da für die Betrachtung die rechtliche Situation ähnlich ist, wird auf deren Darstellung in der Übersicht verzichtet.



Die vorstehende Grafik verdeutlicht, dass der Generalunternehmer bzw. Bauherr als Auftraggeber fungiert. Die Rolle des Hauptunternehmers ist eine Doppelrolle. Einerseits ist er Auftragnehmer im Verhältnis zum Generalunternehmer bzw. Bauherr, andererseits Auftraggeber gegenüber dem Nachunternehmer. Der Nachunternehmer ist lediglich Auftragnehmer, sofern er nicht selbst weitere „Subnachunternehmer“ eingeschaltet hat.

Die Vertragsparteien sind jeweils durch Verträge verbunden, die wir hier als „Hauptverträge“ und „Nachunternehmerverträge“ bezeichnen wollen.

Sowohl beim Hauptvertrag als auch beim Nachunternehmervertrag handelt es sich in der Regel um einen Werkvertrag, der in § 631 ff. BGB geregelt ist.

Die Übersicht zeigt bereits auf, dass insbesondere die Rolle des „Hauptunternehmers“ nicht einfach ist. Die Doppelrolle führt dazu, dass der Hauptvertrag nicht automatisch gegenüber dem Nachunternehmer übernommen werden kann.

Im Idealfall wünscht der Hauptunternehmer eine „Umsetzung“ des Vertragswerks seines Generalunternehmers bzw. Bauherrn auch im Verhältnis zum Nachunternehmer, quasi 1 : 1, natürlich mit geringeren Preisen. Dies ist aber nicht ohne weiteres möglich. Bedenkt man, dass beispielsweise der Hauptvertrag auf verschiedene Nachunternehmer aufgeteilt werden muss, zeigt sich, dass das Vertragswerk nicht einfach „durchgereicht“ werden kann.

Hauptvertrag und Nachunternehmervertrag sind rechtlich strikt getrennt. Beide Verträge führen rechtlich gesehen ihr „eigenes Leben“. Eine automatische Anpassung, beispielsweise kraft Gesetz, findet nicht statt. Die Abstimmung der beiden Verträge ist eine Notwendigkeit für den Hauptunternehmer zur Risikominimierung.

Grundlage jeder der genannten Vertragsbeziehungen ist ein mit dem Willen der Beteiligten begründetes Schuldverhältnis, der „Vertrag“. Im Vertrag regeln die Beteiligten als „Vertragspartner“ ihre Rechte und Pflichten.

Die nachfolgenden Darstellungen erläutern zunächst das „Vertragsrecht allgemein“, später wird auf das „Werkvertragsrecht“ eingegangen, um sich dann mit der Nachunternehmervertragsgestaltung selbst näher zu befassen.

3. Vertragsrecht, allgemein

3.1. Vertragsabschluss

Verträge, und damit auch ein Haupt- oder Nachunternehmervertrag, kommen durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande.

Der Abschluss des Vertrages erfolgt nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen des BGB. Er kommt zustande durch **Angebot** und inhaltsgleiche **Annahme**, §§ 145 ff. BGB.

Ein **Vertrag** ist grundsätzlich **formfrei**. Er kann somit mündlich oder schlüssig (konkludent) abgeschlossen werden. Der Begriff „Vertrag“ ist somit unabhängig von der Frage nach der „Form“.

HINWEIS:

Eine häufige Fehlerquelle ist der Irrglaube auf Auftraggeber- aber auch auf Auftragnehmerseite, dass nur eine schriftliche Vereinbarung ein Vertrag ist. Die am Bau Beteiligten dürfen nicht die Frage, ob ein Vertrag geschlossen wurde mit der Frage nach der Form des Vertrages verwechseln.

Abschluss eines Vertrages trennen von Form des Vertrages.

Grundsätzlich sind Verträge formlos wirksam, sei es, dass diese mündlich, per Telefon, per Telefax oder per E-Mail geschlossen werden.

3.1.1. Vertragsabschluss, Angebot und Annahme

Ein Vertrag kommt dadurch zustande, dass von den Vertragsschließenden **inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen** abgegeben werden. Diese Erklärungen können nach entsprechenden Vorverhandlungen gleichzeitig abgegeben werden oder aber auch zeitlich gestaffelt erfolgen. Die von den Vertragsparteien abzugebenden und auch empfangsbedürftigen übereinstimmenden Willenserklärungen heißen **„Angebot“** und **„Annahme“**.

Zustandekommen eines Bauvertrages	
Angebot + (unveränderte) Annahme = Bauvertrag	
Partei A:	Willenserklärung an B: Aufforderung, einen Vertrag einzugehen = Angebot
Partei B:	Willenserklärung an A: Erklärung, den Vertrag einzugehen = Annahme Wenn: - rechtzeitig - unverändert - unbedingt Sofern eine der aufgezählten Bedingungen nicht erfüllt: Keine Annahme, sondern neues Angebot (modifizierte Annahme; Ja/aber Angebot)

Bereits das Zustandekommen eines Vertrages wirft zahlreiche Rechtsprobleme auf. Nachfolgend werden diese getrennt nach Angebot und Abnahme dargestellt. Ob zwischen den Parteien ein Vertrag geschlossen wurde, ist Schritt für Schritt zu ermitteln.

3.1.1.1. Angebot

Voraussetzung für den Abschluss eines Vertrages ist das Angebot. Mit dem Angebot gibt der Anbietende kund, dass er Willens ist, einen Vertrag abzuschließen und damit auch für sich selbst Pflichten zu übernehmen. Jede Handlung einer Partei mit Erklärungsbedeutung ist darauf zu untersuchen, ob sie als Angebot in Betracht kommt. Zunächst sind aus dem Kreis der Willenserklärungen die nicht rechtsverbindlichen Erklärungen „herauszufiltern“.

Wer einem anderen ein Angebot unterbreitet, muss sich darüber bewusst sein, dass damit für ihn eine **Bindung** an sein eigenes Angebot eintritt. Die bloße Abgabe eines Angebots erzeugt bereits eine Bindungswirkung. Die Bindung entsteht mit Zugang des Angebots; § 130 BGB. Dies bedeutet, dass der Erklärende nicht mehr einseitig von seinem Angebot abrücken kann, § 145 BGB. Eine Bindung entsteht nicht, wenn gleichzeitig oder zuvor ein Widerruf zugeht, § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Beispiel:

Ein AN verschickt an den AG per Post ein Angebot. Noch am gleichen Tag merkt er, dass er versehentlich einen Kalkulationsfehler gemacht hat und die Leistung um 50 % zu billig angeboten wurde. Der AN ruft sofort beim Auftraggeber an und teilt ihm mit, dass das Angebot, das er per Post erhält, gegenstandslos ist. Rein vorsorglich faxt der AN dies nach dem Telefonat nochmals an den AG.

Das Angebot ist nicht bindend, da noch vor Zugang des Angebots per Post der Auftragnehmer das Angebot widerrufen hat. Dabei ist es an sich gleichgültig, ob dies per Telefon oder Telefax geschieht. Ratsam ist aus Beweisgründen, Papier zu schaffen. Dabei darf sich der AN aber nicht auf das Telefax allein verlassen, da der Bestätigungsvermerk noch kein Zugangsnachweis ist. Sinnvoll wäre es, das Gespräch durch einen Zeugen führen zu lassen (nicht bloßes Mithören!).

Wichtig ist schnelles Handeln, da mit Zugang, d. h. Einwurf des Angebots in den Briefkasten das Angebot bindend wäre, auch wenn sich der AN verkalkuliert hat. Allenfalls eine Anfechtung wäre möglich, was aber nur im Ausnahmefall greift, da interne Kalkulationsirrtümer keinen Anfechtungsgrund darstellen.

Ein Auftragnehmer muss daher, wenn er ein Angebot verschickt hat, unverzüglich reagieren, um dieses noch widerrufen zu können. Ansonsten tritt die Bindungswirkung ein.

Es wäre jedoch unerträglich, würde die Bindung an das Angebot „ewige Zeiten“ andauern. Häufig stellt sich für den Auftragnehmer das Problem, dass er ein Angebot abgibt und dann von seinem potentiellen Auftraggeber nichts mehr hört. Dies wirft die Frage auf, wie lange der AN an sein Angebot gebunden ist. Auch hier sieht das Gesetz Regelungen vor.

Eine Bindung an das Angebot trotz Zugang der Erklärung besteht in folgenden Fällen nicht bzw. nicht mehr, wenn:

- Widerruf nach Zugang, wenn Möglichkeit ausdrücklich vorbehalten wurde; § 145 BGB
- Erlöschen durch Ablehnung; § 146 BGB
- Erlöschen durch nicht rechtzeitige Annahme; § 146 i. V. m. §§ 147 – 149 BGB

Ein ausdrücklicher Ausschluss der Bindung an das Angebot, wie § 145 BGB a. E. als Möglichkeit erlaubt, kommt in der Praxis selten vor. Dies gilt etwa dann, wenn der Anbietende sein Angebot mit Klauseln wie „freibleibend“ oder „ohne Obligo“ versehen hat. In diesem Fall besteht keine Bindung; der AN kann das Angebot noch nach Zugang widerrufen.

Beispiel:

Der AN ist unsicher, ob er bereits ein bindendes Angebot übersenden soll, da parallel ein lukrativer Auftrag möglich ist. Solange diese Frage nicht geklärt ist, kann der AN noch keine feste Bindung für den kleineren Auftrag eingehen, da er aufgrund fehlender Kapazität nicht beide Aufträge annehmen kann. In einem derartigen Ausnahmefall wäre es möglich, hier ein nicht bindendes Angebot für den kleineren Auftrag abzugeben und abzuwarten, ob der Großauftrag gelingt. Kommt es dort zum Vertragsschluss, kann das Angebot noch widerrufen werden.

Die Ablehnung des Angebots führt zu einem Erlöschen des Angebots selbst. Der AG kann, wenn er es sich später anders überlegt, auf das ursprüngliche Angebot nicht mehr zurückkommen. Rechtlich ist dieses nicht mehr existent. Mit der Ablehnung erlischt das Angebot, so dass die verspätete Annahme nun ein neues Angebot ist, das wiederum durch den ursprünglich Anbietenden angenommen werden muss.

Beispiel:

Ein AN bietet eine Blitzschutzanlage für ein Haus mit € 7.000,00 an. Der AG erklärt, dass das Angebot zu teuer ist. Er hat mit einem anderen Handwerker gesprochen, der ihm die Leistung günstiger anbieten wird mit € 6.000,00. Der AG wendet sich nun an diesen Handwerker, hört aber von Nachbarn, dass dessen Leistung häufig mangelhaft ist. Der AG überlegt es sich anders und schreibt den AN an. Er teilt ihm mit, dass er das Angebot über € 7.000,00 annimmt.

Diese „Annahme“ stellt in Wahrheit ein neues Angebot dar, da das ursprüngliche Angebot durch Ablehnung erloschen ist, § 146 BGB.

Das Erlöschen des Angebots durch nicht rechtzeitige Annahme des Angebots gem. § 146 BGB i. V. m. §§ 147 – 149 BGB wird unter dem Thema „Annahmezeitpunkt“ behandelt.

An dieser Stelle sei nur angemerkt, dass der AN die Möglichkeit hat, sein Angebot zu befristen. Erfolgt dann der Zugang der Annahme nicht spätestens zum genannten Zeitpunkt, erlischt das Angebot durch Fristablauf.

Selbst bei fehlender Fristbestimmung gibt es Regeln für den Zeitpunkt der Annahme, je nachdem, ob das Angebot unter Anwesenden oder unter Abwesenden erfolgt.

Bindung an das Angebot; §§ 145 ff. BGB	
Grundsatz:	Widerruf nur möglich, wenn Bindung des Angebots ausgeschlossen wurde. Sonst nur Anfechtung gemäß §§ 119, 123 BGB
Erlöschen:	Ablehnung; § 146 BGB
	Nicht rechtzeitige Annahme (Fristablauf); § 146 BGB i. V. m. §§ 147 – 149 BGB <ul style="list-style-type: none"> - Ablauf einer gesetzten Annahmefrist; § 148 BGB - Ablauf der regelmäßigen Annahmefrist; § 147 BGB <ul style="list-style-type: none"> a) sofort unter Anwesenden; § 147 Abs. 1 BGB b) regelmäßige Umstände unter Abwesenden; § 147 Abs. 2 BGB

3.1.1.2. Annahme

Die Erklärung, den Antrag auf Abschluss eines Vertrags anzunehmen, ist ebenfalls eine Willenserklärung. Es gelten die Allgemeinen Grundsätze für Willenserklärungen. Sofern ein Vertrag schriftlich abgeschlossen wird, liegt in der Unterschrift des Vertragspartners die ausdrückliche Annahme des Angebots. Ob ein Vertrag angenommen worden ist, ist durch Auslegung des Verhaltens des Annehmenden zu ermitteln. Liegt ein Angebot vor, dann darf das Zustandekommen des Vertrags nicht vorschnell abgelehnt werden, weil eine ausdrückliche Annahmeerklärung fehlt. Es ist sehr sorgfältig zu prüfen, ob das Angebot nicht zumindest stillschweigend angenommen wurde. Eine Annahmeerklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend durch ein Verhalten erfolgen, das zum Ausdruck bringt, das Angebot annehmen zu wollen. Ein stillschweigendes (konkludentes) Verhalten liegt regelmäßig in der Ausführung der Leistung in Kenntnis eines Angebots, das die ausgeführten Leistungen vorsieht. Die bloße Entgegennahme nicht gewünschter Leistungen kann nicht als Annahme gesehen werden¹. Auch die Annahmeerklärung muss regelmäßig zugehen; sonst ist sie nicht wirksam. Lediglich im Ausnahmefall nach § 151 BGB, d. h. wenn ein Zugang der Erklärung nach der Verkehrs-sitte nicht zu erwarten ist oder der Angebotsteller auf sie verzichtet hat, bedarf es keines Zugangs. Bedeutung hat dieser Ausnahmefall beispielsweise bei dem Garantievertrag.

Zustandekommen eines Vertrages	
Angebot + (unveränderte) Annahme = Bauvertrag	
Partei A:	Willenserklärung an B: Aufforderung, einen Vertrag einzugehen = Angebot
Partei B:	Willenserklärung an A: Erklärung, den Vertrag einzugehen = Annahme Wenn: - rechtzeitig - unverändert - unbedingt Sofern eine der aufgezählten Bedingungen nicht erfüllt: Keine Annahme, sondern neues Angebot (modifizierte Annahme; Ja/aber Angebot)

Im Rahmen der Annahme werden in der Vertragspraxis einige rechtliche Grundsätze missachtet, wie beispielsweise der Annahmezeitpunkt, eine verspätete oder modifizierte Annahme und die Bedeutung des Schweigens im Rechtsverkehr. Die Beteiligten sind sich häufig nicht darüber im Klaren, dass sie entweder gar keinen Vertrag oder einen Vertrag mit einem gänzlich anderen Inhalt haben. In diesem Rahmen gilt es auch häufig verwendete Begriffe wie Auftragsbestätigung, Zuschlag und kaufmännisches Bestätigungsschreiben in ihrer rechtlichen Bedeutung zu erfassen.

¹ BGH NJW 1997, 1982

Beim Annahmzeitpunkt ist zu beachten, ob der Anbietende eine Fristbestimmung getroffen hat oder, falls dies nicht der Fall ist, ob das Angebot gegenüber einem Anwesenden oder einem Abwesenden erfolgt ist. Dabei darf Anwesenheit nicht missverstanden werden. „Anwesenheit“ liegt auch vor, wenn das Angebot durch eine technische Einrichtung, beispielsweise Telefon, erfolgt ist. Anders gesprochen ist eine räumliche Nähe für die Anwesenheit nicht notwendig. Dagegen ist E-Mail-Verkehr dem Telefon nicht gleichzusetzen, da hier eine unmittelbare Reaktion wie am Telefonhörer nicht gewährleistet ist. Dies ist eine Korrespondenz unter „Abwesenden“, wie beim Briefverkehr.

Hat der Anbietende eine **Frist bestimmt**, so kann das Angebot

- nur innerhalb dieser Frist angenommen werden, § 148 BGB.

Hat der Anbietende **keine Frist bestimmt**, so kann das Angebot

- unter Anwesenden nur sofort; § 147 Abs. 1 BGB,
- unter Abwesenden bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Antragende unter „regelmäßigen Umständen“ den Eingang der Antwort erwarten darf; § 147 Abs. 2 BGB, angenommen werden.

Annahmzeitpunkt		
AG ——— WE (Angebot) ———→ Abgabe —→ Zugang —→	WE (Annahme) AN ←————← fristgerechter Zugang ←————← Abgabe	
	Unter Anwesenden „Sofort“	Unter Abwesenden Zeitpunkt, in welchem der Antragende unter regelmäßigen Umständen den Eingang der Antwort erwarten durfte oder eine vom Antragenden gesetzte Frist abgelaufen ist (§ 148 BGB)
ACHTUNG: Schweigen ist grundsätzlich keine WE!		

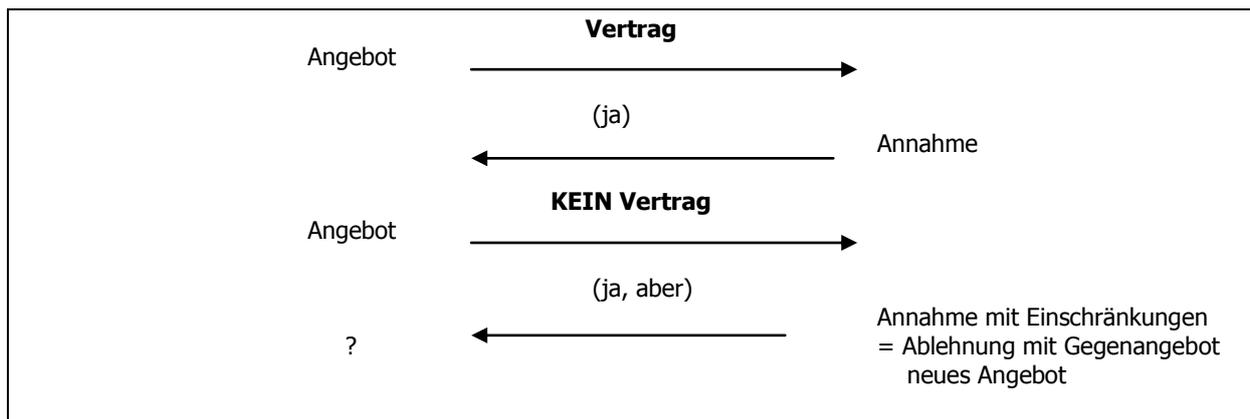
3.1.1.3. Verspätete oder modifizierte Annahme (neues Angebot)

Wird ein Angebot verspätet oder mit Änderungen angenommen, so gilt dieses nach § 150 BGB als Ablehnung des ersten Angebots, verbunden mit einem neuen Antrag (Angebot). Es bedarf dann einer Gegenerklärung des anderen Vertragspartners (Annahmeerklärung), wenn ein wirksamer Vertrag zustande kommen soll.

Die Annahme muss, um einen Vertragsabschluss herbeiführen zu können, nicht nur rechtzeitig erklärt werden, sie muss auch in einer **schlichten Bejahung** des Angebots bestehen und darf keine Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstige Änderungen enthalten.

Eine Annahme, die vom Angebot abweicht und nicht nur eine ungeteilte Zustimmung zum Angebot enthält, nennt man eine **„modifizierte“** Annahme bzw. **„modifizierte“** Auftragsbestätigung. Ihr Inhalt ist nicht ein **„Ja“** sondern ein **„Ja, aber“**.

Rechtlich ist ein **„Ja, aber“** in Wahrheit ein **„Nein“**. Eine modifizierte Annahme führt nicht zum Vertragsschluss, sie gilt lediglich als eine Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Angebot.



Beispiel:

Der Vertragspartner schreibt an den anbietenden Auftragnehmer:

Hiermit erteile ich Ihnen den Auftrag, abweichend von ihrem Angebot wünsche ich eine Verlängerung der Gewährleistung von 4 Jahren auf 5 Jahre.

Der Vertrag ist nicht zustande gekommen, die Annahmeerklärung enthält Änderungen. Es bedarf deshalb einer Gegenerklärung (Annahme) des ursprünglich anbietenden Auftragnehmers.

MERKE:

Die Bedeutung der modifizierten Annahme wird in der Vertragspraxis häufig verkannt. Bereits geringfügige Modifikationen des Angebots gelten als Ablehnung und als neues Angebot.

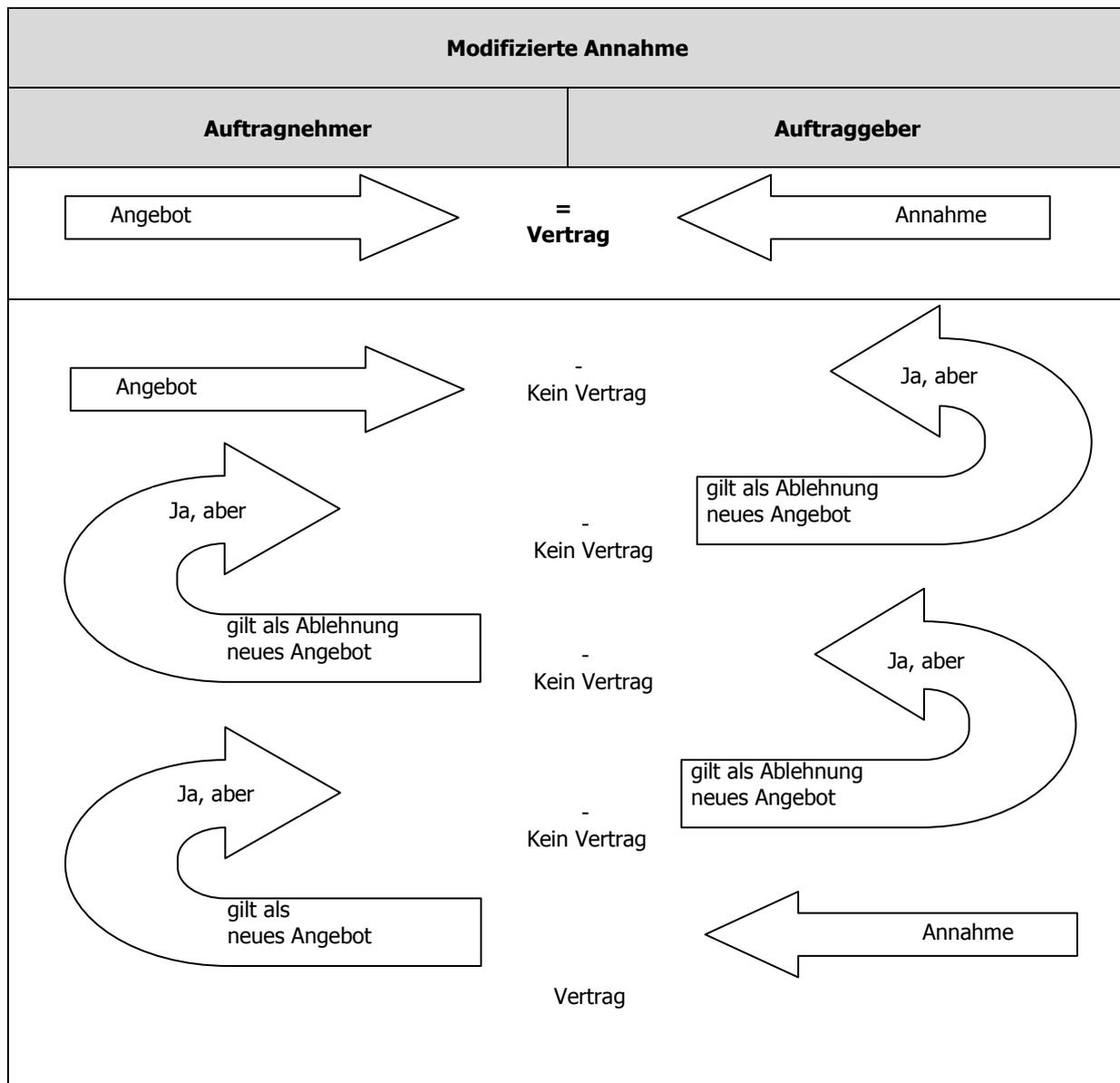
Ein Vertrag kommt nicht zustande, wenn ein Angebot nur bedingt oder nur unter Vorbehalt angenommen wird. Das gilt insbesondere für Annahmen unter Ablehnung des angebotenen Preises und dem Vorbehalt, diesen abschließend in einer in Aussicht genommenen Verhandlung zu vereinbaren. Der zunächst Antragende handelt grundsätzlich nicht treuwidrig, wenn er den modifizierten neuen Antrag ablehnt. Das gilt insbesondere für in der Vertragspraxis häufig vorkommende „Auftragsannahmen“, in denen noch Preisnachlässe enthalten sind, die ursprünglich nicht angeboten wurden, wie z.B. Nachlässe oder Skonti.

Ob ein „modifiziertes Angebot“ angenommen worden ist, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Annahmeerklärung. Ein Vertrag kommt nicht allein dadurch zustande, dass der vorgesehene Vertragspartner schweigt. Die Annahme kann aber stillschweigend (konkludent) erfolgen. Eine derartige konkludente Annahme des Auftragnehmers liegt vor, wenn dieser auf ein modifiziertes Angebot des Auftraggebers hin mit der Leistung bzw. Lieferung beginnt. Dem kann der Auftragnehmer nur entgegenwirken, indem er bei Aufnahme der Arbeiten einen Vorbehalt erklärt.

Denn die Erbringung der Leistung ist regelmäßig die konkludente Annahme eines darauf gerichteten Angebots. Maßgebend ist jedoch stets der Einzelfall, denn sofern nachweisbar ist, dass der Auftragnehmer mit der Aufnahme der Leistung bzw. Lieferung noch keinen modifizierten Vertrag schließen wollte, sondern im Vertrauen auf einen zukünftigen späteren Vertragsabschluss erfolgte, kann nicht von einer Annahme ausgegangen werden.

Diese Grundsätze gelten auch im umgekehrten Fall, d.h. wenn die modifizierte Annahme durch den Auftragnehmer erfolgt ist. In der bloßen widerspruchslosen Entgegennahme der Leistung oder Lieferung kann eine stillschweigende Annahme des geänderten Angebots gesehen werden, sofern dieses bekannt war und der Auftragnehmer nach der Verkehrssitte und Treu und Glauben das Verhalten des Auftraggebers so verstehen kann, dass er nunmehr den Vertrag auf der Grundlage des letzten Angebots schließen will. Das gilt insbesondere dann, wenn der Auftragnehmer bereits in den Vertragsverhandlungen zum Ausdruck gebracht hat, dass er nur zu seinen Bedingungen zur Leistung bereit ist.

Nachfolgendes Ablaufschema soll aufzeigen, dass Schritt für Schritt sämtliche Erklärungen der Vertragsbeteiligten, seien es Schreiben, Telefaxe, E-Mails oder Telefonate nach rechtserheblichen Erklärungen zu prüfen sind. Ein Vertrag kommt nur dann zustande, wenn sämtliche Voraussetzungen zum jetzigen Zeitpunkt gegeben sind.



3.1.1.4. Schweigen im Rechtsverkehr

Schweigen hat im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Bedeutung, selbst dann nicht, wenn ein Angebot die ausdrückliche Aufforderung enthält, die Ablehnung mitzuteilen oder mit Erklärungen verbunden ist, dass ein Schweigen als Annahme gilt.

Beispiel:

Der Hauptunternehmer übersendet dem Nachunternehmer ein Angebot mit der Maßgabe, dass der Nachunternehmer, falls er sich nicht bis zum 30.03.2009 erklärt, den Auftrag für das Bauvorhaben annimmt. Der Nachunternehmer schweigt hierauf. Das Schweigen bedeutet hier keine Annahme.

Schweigen kann im Ausnahmefall eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten sein, soweit eine Erklärungspflicht hinsichtlich der Ablehnung besteht. Schweigen ist also nur **im Ausnahmefall** eine Erklärung.

Derartige Ausnahmefälle können sein, wenn die Parteien es ausdrücklich vereinbaren, dass ein Schweigen einen bestimmten Erklärungswert beispielsweise eine Annahme bedeutet oder das Gesetz selbst dem Schweigen eine Erklärungswirkung beimisst.

Beispiel:

Der Hauptunternehmer und der Nachunternehmer vereinbaren zu Beginn des Jahres, dass der Hauptunternehmer dem Nachunternehmer von interessanten Angeboten Mitteilungen macht und den Auftrag stets annimmt, wenn der Nachunternehmer nicht innerhalb von 2 Wochen eine gegenteilige Erklärung abgibt. In diesem Ausnahmefall haben die am Bau Beteiligten einen Erklärungswert des Schweigens vereinbart. Der Nachunternehmer muss ablehnen, wenn nicht sein Schweigen als Einverständnis gedeutet werden soll. Derartige Vereinbarungen sind in Rahmenvereinbarungen zu finden.

Die Vertragsbeteiligten müssen zumindest einen weiteren wichtigen Ausnahmefall unbedingt kennen, das sogenannte „Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben“.

3.1.1.5. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Sofern ein mündlich geschlossener Vertrag unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen schriftlich bestätigt wird, spricht man von einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben. Im Handelsverkehr und im Geschäftsverkehr und den Personen, die in erheblichem Umfang am Geschäftsleben teilnehmen wie z.B. Architekten, gilt die widerspruchslose Entgegennahme als Einverständnis mit dem Inhalt des Schreibens, wenn sich aus seinem Inhalt die Funktion des Bestätigungsschreibens unmissverständlich ergibt.

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist abzugrenzen von der Auftragsbestätigung. Dabei ist nicht die Überschrift des Schreibens maßgeblich, sondern der Inhalt des Schreibens.

Abgrenzung	
Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	Auftragsbestätigung
<ul style="list-style-type: none"> - inhaltliche Wiedergabe eines bereits geschlossenen Vertrages - inhaltliche Festlegung des geschlossenen Vertrages, ergänzt allenfalls in Nebenpunkten 	<ul style="list-style-type: none"> - Annahme eines Vertrages - Modifizierte Annahmeerklärung; § 150 Abs. 2 BGB, wenn das Angebot ergänzt oder eingeschränkt wird
Schweigen bedeutet Zustimmung	Schweigen bedeutet keine Zustimmung

Das kaufmännische Bestätigungsschreiben ist der wichtigste Ausnahmefall in der Rechtspraxis, indem Schweigen auf ein Schreiben des Vertragspartners Zustimmung bedeutet. Damit die Wirkungen eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens eintreten, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

Kaufmännisches Bestätigungsschreiben
<p>Voraussetzungen:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Bezugnahme auf vorausgegangene Verhandlungen, - zeitnahe Bestätigung, - inhaltliche Richtigkeit, - Empfänger ist Kaufmann oder nimmt ähnlich einem Kaufmann in größerem Umfang am Geschäftsleben teil, - Absender nimmt zumindest wie ein Kaufmann am Geschäftsleben teil

Widerspricht der Empfänger dem Schreiben nicht **unverzüglich**, so gilt der Vertrag als mit dem Inhalt des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zustande gekommen!

Gleichgültig ist, wie das Schreiben bezeichnet ist. Es spielt keine Rolle, ob das Schreiben als „Bestätigungsschreiben“ oder Auftragsbestätigung formuliert wird. Maßgeblich sind die Umstände und der tatsächliche Inhalt.

Achtung Abgrenzung:

Ein echtes kaufmännisches Bestätigungsschreiben liegt nur vor, wenn der Erklärende von einem Vertragsschluss ausgegangen ist. Es reicht nicht aus, dass eine bloße Auftragsbestätigung gemeint ist, die selbst erst dem Vertragsschluss dienen soll, d. h. die Annahmeerklärung ist.

Zudem liegt ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nur dann vor, wenn der Absender selbst redlich ist, also den wirklichen Inhalt der Vertragsverhandlungen wiedergibt oder nur solche Änderungen und Ergänzungen vornimmt, mit deren Billigung er rechnen kann.

Sind die vorstehend genannten Voraussetzungen erfüllt, so **gilt** der **Inhalt** des kaufmännischen Bestätigungsschreibens **als richtig**, es sei denn,

- der Empfänger widerspricht unverzüglich, wobei unter unverzüglich in der Regel eine Frist von 1 bis 2 Tagen angesehen wird, eine Frist von 1 Woche wurde vom BGH bereits als verspätet angesehen oder
- der Inhalt des Bestätigungsschreibens weicht so erheblich von dem mündlich besprochenen ab, dass der Bestätigende mit einer Billigung vernünftigerweise nicht mehr rechnen kann.

HINWEIS:

Der Vertragspartner soll vorsorglich **unverzüglich** einem derartigen Schreiben widersprechen, wenn es vom tatsächlichen Vertragsinhalt abweicht, da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen ist.

Die am Bau Beteiligten setzen sich erheblichen Beweisproblemen aus, wenn sie nachweisen müssen, dass der Inhalt des Bestätigungsschreibens vom zuvor besprochenen mündlichen Vertragsinhalt abweicht. Die Abweichung muss der Empfänger im Streitfall beweisen.

Der Empfänger gerät in Beweislast, wenn er später seitens des Gerichts mit der Frage konfrontiert wird: „Sie sind Kaufmann, wieso haben sie nicht sofort reagiert, wenn der Inhalt des Schreibens mit dem Inhalt des Gesprächs nicht übereinstimmt?“

Die Baubeteiligten sollten in ihrem eigenen Interesse den eingehenden Schriftverkehr zeitnah prüfen.

3.2. Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) / Individualabrede

Bei der Vertragsgestaltung 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)
- 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 Vertragspraxis Allgemeine Geschäftsbedingungen die Regel und Individualvereinbarungen die Ausnahme sind, gilt es, hier Grundwissen zu haben.

3.2.1. 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 wurde². 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 Verwendungsabsicht³ 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 entwerfen⁴.

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 sein⁵.

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 Vertrag oder das Verhandlungsprotokoll zur Vielfachverwendung vorformuliert ist; § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB⁶.

² BGH BauR 2002, 83

³ BGH BauR 2004, 674

⁴ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 10, 3. Auflage 2008, mit Hinweisen zum Streitstand

⁵ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 10, 3. Auflage 2008

⁶ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 14, 3. Auflage 2008

.....