



Die VOB/B im Ladenbau



Der Referent, **Rechtsanwalt Dr. Thomas Lang**, ist Partner der Kanzlei MACKH | LANG Rechtsanwälte. Er ist im Bereich des Bau- und Architektenrechts sowie dem Arbeitsrecht tätig.

Dr. jur. Thomas Lang
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

MACKH | LANG Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB | AG Stuttgart PR 720457
Mercedesstraße 35 | 71384 Weinstadt-Endersbach
Telefon: 07151/95942-0 | Telefax: 07151/95942-20
mail@mackh-lang.de | www.mackh-lang.de

Exkurs – Neues Bauvertragsrecht 2018

- 1. BGB und VOB/B**
- 2. Vertragsabschluss und Einbeziehung von AGB**
- 3. Werkvertrag / Werklieferungsvertrag**
- 4. Vergütungsfragen, Preisbildung**
- 5. Preisanpassung**
- 6. Nachtrag § 2 Abs. 5 und Abs. VOB/B**
- 7. Abnahme nach BGB und VOB/B**
- 8. Sicherheiten**
- 9. Mängel**
- 10. Fragen/Diskussion**

Neues Recht

- Wichtig: **Neues Bauvertragsrecht** gilt für alle Verträge, die ab dem **01.01.2018** geschlossen werden
- Wichtig: VOB/B gilt auch weiterhin!

Übersicht

Werkvertrag und ähnliche Verträge

Werkvertrag

Allgemeine Vorschriften (§§ 631 ff BGB)

Bauvertrag (§§ 650 a BGB)

Verbraucherbauvertrag (§§ 650i ff BGB)

Bauträgervertrag
(§§ 650 u ff BGB)

**Architekten- und
Ingenieurvertrag**
(§§ 650p ff BGB)



Bauen

Bauwesen

- ◆ Kurzinfo
- ◆ Pressemitteilungen
- ◆ Downloads

Baufauftragsvergabe

Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA)

Vergabe- und Vertragsordnung (VOB)

Vergabehandbuch

Präqualifizierung

- ◆ Öffentlich Private Partnerschaft (ÖPP)
- ◆ Forschungsinitiative Zukunft Bau
- ◆ Gesetzgebung und Leitfäden
- ◆ Aus- und Fortbildung
- ◆ Wettbewerbe, Auszeichnungen und Preise

Bauwirtschaft

Energieeffizientes Bauen und Sanieren

Bundesbauten

[Startseite](#) ◆ [Themen](#) ◆ [Bauen](#) ◆ [Bauwesen](#) ◆ [Baufauftragsvergabe](#) ◆ [Vergabe- und Vertragsordnung \(VOB\)](#)

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)

Teile A und B

- Inhaltliche Struktur
- VOB 2016
- VOB 2016 - Änderungen gegenüber der VOB 2012

Inhaltliche Struktur



© vvoe/fotolia.com

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), einem von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzten Gremium, erarbeitet und fortgeschrieben.

In ihr sind Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen öffentlicher Auftraggeber sowie Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen geregelt.

Die VOB/A (DIN 1960) enthält die von öffentlichen Auftraggebern

Weitere Informationen

- 📄 Beschluss des HAA zur VOB/B vom 18. Januar 2018 (PDF, 88 KB)
- VOB-A 2016 Abschnitt 1-3 nichtamtliche Fassung (PDF extern, 937 KB)
- VOB-B 2016 nichtamtliche Fassung (PDF extern, 544 KB)
- VOB 2016 bei Fachinformation Bundesbau
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA)
- Regelwerk für Vergabe von Bauleistungen (VOB) wird 90

18. Januar 2018

Beschluss zur VOB/B

Der Hauptausschuss Allgemeines (HAA) hat, wie vom DVA-Vorstand ersucht, die VOB/B vor dem Hintergrund des am 01.01.2018 in Kraft getretenen gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auf Aktualisierungsbedarf geprüft. Der HAA fasst mehrheitlich den Beschluss, die VOB/B zunächst unverändert zu lassen.

Dem Beschluss liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet.

Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten.

Problem und Konsequenz:

Ob und inwieweit die Regelungen der aktuellen VOB/B, insbesondere die Änderungs- und Vergütungsvorschriften der §§ 1, 2 und 16 und auch die Regelung zur Teilkündigung, vor dem Hintergrund des **neuen gesetzlichen Leitbilds eines Bauvertrags in den §§ 650a ff. BGB einer Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht standhalten**, soweit die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart und damit gem. § 310 BGB von der Inhaltskontrolle ausgenommen wurde, ist in der Literatur bereits jetzt hoch umstritten.

Hier wird man erst in Jahren aktuell höchstrichterliche Rechtsprechung dazu haben. Bis dahin - **Rechtsunsicherheit!**

Problem und Konsequenz:

Lediglich für den Fall, dass die **VOB/B als Ganzes** - das heißt unverändert - vertraglich zwischen Unternehmen vereinbart wird, sind die VOB/B-Klauseln wirksam.

Mischverträge verzichten. Verträge rein nach BGB oder rein nach VOB/B wären unproblematisch. Nachteil: Ohne die Mischung entfällt auch das „Rosinenpicken“.

Problem: In der Praxis gibt es aber kaum Verträge, welche die VOB/B in unveränderter Form beinhalten.

§ 650 a BGB - Bauvertrag:

(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Problem – Definition nicht eindeutig: **Problem: Arbeiten im Bestand!** Was heißt z.B. Herstellung – wohl Neuherstellung. Oder, was heißt, „eines Teils davon“?

BGB = Gesetz

Darin finden sich Regelungen zum

- BGB-Werkvertrag bzw. seit 01.01.2018 das neue Bauvertragsrecht (siehe Folie Übersicht Werkvertrag und ähnliche Verträge)
- Werkliefervertrag
- Kaufvertrag
- zur AGB-Prüfung (insbesondere wichtig im Hinblick auf die VOB/B)

VOB/B = allgemeine Geschäftsbedingung (AGB)

§ 305 BGB Allgemeine Geschäftsbedingungen

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. ...

Beachte wegen obiger Definition:

- Regelmäßig ist auch das sonstige „Kleingedruckte“, wie auch der eingesetzte „Standardvertrag“ AGB!

AGB unterliegen der AGB-Kontrolle, §§ 307 ff BGB.

- Gilt folglich auch für die VOB/B!

Rechtsfolgen AGB-widriger Klauseln:

- **Die betreffende Bestimmung ist unwirksam; es gilt das Gesetz!**
- **Keine geltungserhaltende Reduktion!**
- **Ggfs. Abmahnung, jedenfalls bei Verbrauchergeschäften durch z.B. Konkurrent etc.**

Beachte:

- Die AGB-Kontrollnormen schützen nur den **Vertragspartner des Verwenders.**
- Der Verwender kann sich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen AGB berufen.

Praxisbeispiel: Gerichtsstandsklausel!

Falsch:

Gerichtsstand ist Würzburg

Richtig:

Ist der Vertragspartner Kaufmann, juristische Person des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliches Sondervermögen, ist, sofern sich aus der Auftragsbestätigung nichts anderes ergibt, unser Geschäftssitz Erfüllungsort und Gerichtsstand; wir sind jedoch berechtigt, unseren Vertragspartner auch an dessen Gerichtstand zu verklagen.

Für die VOB/B galt früher die Privilegierung:

- Keine AGB - Kontrolle der einzelnen VOB/B - Bestimmungen, da die VOB/B als „ausgewogenes Regelwerk“ galt.

Alt – dieser Grundsatz gilt nicht mehr!

Grund - § 310 BGB – Regelung zur AGB-Kontrolle!

§ 310 BGB

1) § 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. **In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.**

(2) ...

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

1. **Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;**

2. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 46b des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche **finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;**

3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.

Beispiel: Sie richten ein Ladengeschäft ein und werden vom Inhaber auch für sein Privathaus beauftragt.

Seit BGH, Urteil vom 22.01.2004 - VII ZR 419/02:

- **Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B** führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.
- **Jede inhaltliche Abweichung** stellt einen Eingriff in die Ausgewogenheit der VOB/B dar.

Konsequenz:

- Wegfall der Privilegierung für die VOB/B bei vertraglichen Änderungen!
- Volle AGB - Kontrolle der einzelnen Regelungen!

Wichtig: Dies gilt es bei der Vertragsgestaltung zu beachten.

Beispiel aus der praktischen Vertragsgestaltung:

Es gelten in nachfolgender Reihenfolge die

a) Regelungen dieses Vertrages

b) der VOB/B

c) unsere allgemeinen Bedingungen sowie

d) unsere besonderen Bedingungen

BGH, Urteil vom 24.07.2008 - VII ZR 55/07

- Wird die **VOB/B gegenüber Verbrauchern** verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln **auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart** ist.

Konsequenz: Die Privilegierung durch die Rechtsprechung und die gesetzliche Privilegierung der VOB/B, auch wenn diese als ganzes vereinbart wird, ist abgeschafft, soweit es um die Verwendung in Verträgen gegenüber Verbrauchern geht.

Zusammenfassung:

- Verwendet *der Auftragnehmer* die VOB/B ***in Verträgen mit Verbrauchern***, so entfällt die Privilegierung und die Einzelregelungen werden an den Maßstäben des AGB-Rechtes (§§307-309 BGB) auf Wirksamkeit überprüft.
- Verwendet *der Auftragnehmer* die VOB/B in Bauverträgen ***mit Unternehmern oder der Öffentlichen Hand ohne jegliche Abweichung oder Ergänzung***, entfällt eine Kontrolle der Einzelklauseln am AGB-Recht.

Werden Abweichungen zur VOB/B vereinbart, findet die Inhaltskontrolle (AGB-Prüfung) auch bei Geschäften mit Unternehmern statt.

In der baurechtlichen Praxis:

- BGB als Grundlage der Vertragsgestaltung unter Hinzunahme von „unproblematischen Regelungen“ der VOB/B (Hauptgrund: Das BGB ist wegen zahlreicher Regelungslücken allein als Grundlage eines Bauvertrages oftmals ungeeignet)

oder

- VOB/B als Grundlage der Vertragsgestaltung und Streichung der „problematischen Regelungen“ der VOB/B

In beiden Varianten bestehen Risiken - zumal jetzt **bei Verträgen ab 01.01.2018 -, da jede einzelne Bestimmung der Inhaltskontrolle des AGB-Rechtes unterliegt.**

Grundsätze zum Vertragsschluss:

- Ein wirksamer Vertrag setzt zwei oder mehrere übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien voraus.

§§ 104 ff., 145 ff. BGB

Auftraggeber  **Auftragnehmer**

- Eine Partei gibt dabei ein Angebot (§ 145 BGB) auf Abschluss des Vertrages ab, die andere Partei erklärt die Annahme (§§ 147 ff BGB) dieses Angebots.

Wichtig: Bei Auftragsketten darauf achten, dass jeweils vertraglich geschuldete weiterbeauftragt wird!

Grundsätze zum Vertragsschluss:

- Beim Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer zur Übergabe und Übereignung einer bestimmten mangelfreien Sache, der Käufer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises.
- Dagegen hat der Werkunternehmer beim Werkvertrag eine Werkleistung, also einen bestimmten Erfolg, zu erbringen, und der Besteller verpflichtet sich zur Zahlung der vereinbarten Vergütung nach Abnahme.

Grundsätze zum Vertragsschluss:

Wirksame Einbeziehung von AGB, insbesondere VOB/B:

- Hinweis auf Geltung nötig, bei Geschäften mit Unternehmer aber auch ausreichend.
- Bloßer Abdruck oder Beilegung reicht nicht!

Wichtig: Bei E-Mailverkehr geht dies regelmäßig „schief“!

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

§ 631 BGB Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

§ 650 BGB Anwendung des Kaufrechts n.F. (früher § 651 BGB)

*Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die **Vorschriften über den Kauf Anwendung**. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 648 und 649 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.*

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

BGH grundlegend Urteil v. 23.07.2009, AZ VII ZR 151/08 (Silo-Entscheidung) - Leitsätze des Gerichts:

- a) Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.*
- b) Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.*
- c) Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorauszu gehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.*

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

BGH grundlegend Urteil v. 23.07.2009, AZ VII ZR 151/08 (Silo-Entscheidung):

- Es kommt demnach nicht darauf an, ob die Gegenstände dazu bestimmt sind, zu einer Anlage zusammengesetzt zu werden und mit dem Grundstück fest verbunden zu werden. Entscheidend ist lediglich, ob die Sache zum Zeitpunkt der Lieferung beweglich ist.
- **Die Anwendung von Werkvertragsrecht kommt nach dem BGH allerdings in Betracht, wenn der Lieferant selbst verpflichtet ist, die von ihm hergestellten und angelieferten Teile in ein Bauwerk einzubauen.**

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

BGH Urteil vom 07.03.2013, AZ VII ZR 162/12

*Das Berufungsgericht qualifiziert den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag über die Lieferung und den Einbau der hier geschuldeten Einbauküche als Werkvertrag (§ 631 BGB) und nicht als Kaufvertrag im Sinne von § 651 BGB. **Der Senat neigt dazu, dieser Bewertung zuzustimmen**, da es das Ziel des Vertrages war, auf der Grundlage der handwerklichen Fachkenntnisse der Beklagten durch Einbau und Einpassung in das Haus der Klägerin und des Drittwiderbeklagten einen funktionalen Küchenraum zu schaffen und die dazu notwendigen Montage- und Bauleistungen dem Vertrag die maßgebliche Prägung. **Das kann aber dahingestellt bleiben**. Sowohl bei der Anwendung von Werkvertrags- als auch Kaufrecht steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch zu und ist die Widerklage unbegründet. **Der Senat hat deshalb davon abgesehen, die Frage der rechtlichen Einordnung des Vertrages** unter 18 Beachtung der Richtlinie 99/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (AbleG Nr. L 171 vom 7. Juli 1999, Seite 12, abgedruckt in NJW 1999, 2421) gemäß Art. 267 AEUV dem Gerichtshof der Europäischen Union vorzulegen.*

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

Werkvertrag	Werklieferungsvertrag
Herstellungspflicht	Verschaffung des Eigentums
Sicherungsrechte §§ 648, 648 a BGB a.F. bzw. §§ 650 e, 650 f BGB n.F.	Sicherungsmöglichkeit durch Eigentumsvorbehalte (z.B. einfacher, verlängerter etc.)
	Untersuchungs- und Rügepflicht §§ 381 Abs. 2, 377 HGB
Bei Verweigerung der Nacherfüllung: Ersatzvornahme/Vorschuss Anspruch des Auftraggebers nach erfolgter Fristsetzung	Bei Verweigerung der Nacherfüllung: Schadensersatzanspruch statt der Leistung, setzt aber <u>Verschulden</u> voraus!
Abnahme als Voraussetzung für Fälligkeit Werklohn und Beginn Gewährleistung sowie Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Gewährleistungsanspruch. NEU: BGH Urteil 19.1.2017, VII ZR 301/13: Grds. keine Mängelrechte vor Abnahme des Werkes	Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Gewährleistungsanspruch mit Gefahrenübergang bei Übergabe der hergestellten Sache

3. Abgrenzung Werkvertrag (§ 631 BGB) und Werklieferungsvertrag (§ 651 BGB)

Frage: Können die Parteien z.B. durch Vereinbarung eines VOB/B-Vertrages das anzuwendende Recht bestimmen?

Nein!

Das Gericht hat und muss das anzuwendende Recht prüfen, auch wenn Parteien unstreitig von VOB/B ausgehen!

§ 632 Vergütung

(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

(3) Ein Kostenanschlag ist im Zweifel nicht zu vergüten.

Wichtig: Diese Vermutung setzt aber voraus, dass ein Werkvertrag geschlossen wurde.

§ 433 Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag

(1)

(2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Bauvertrag nach VOB/B

- **Einheitspreisvertrag als Regelfall der VOB/B**

§ 2 Abs. 2 VOB/B: Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z.B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist.

- Die Vergütung bestimmt sich nach dem Umfang der tatsächlich ausgeführten Leistung aus der Multiplikation der vereinbarten Einheitspreise mit dem durch Aufmaß zu ermittelnden Mengen.

Bauvertrag nach VOB/B

- **Einheitspreisvertrag als Regelfall der VOB/B**
- Für den Umfang der erbrachten Leistungen ist grundsätzlich der Unternehmer darlegungs- und beweisbelastet (BGH Urteil 27.07.2006 – VII ZR 202/04).
- Stichwort: Aufmaß!

Bauvertrag nach VOB/B

Beispielsfall: OLG Koblenz Beschluss 29.07.2013 - 3 U 116/13:

Mündlicher Vertrag über Bauleistung unter Einbeziehung VOB/B. Nach Abnahme rechnet AN auf Basis Aufmaß und Einheitspreise ab. AG macht geltend, man habe sich auf eine Pauschale geeinigt. Zumindest sei aber das Aufmaß falsch.

Wie ist die Rechtslage?

OLG Koblenz Beschluss 29.07.2013 - 3 U 116/13:

- 1. Ist bei einem VOB-Bauvertrag streitig, ob Abrechnung nach Einheitspreisen vereinbart ist, muss der Auftragnehmer eine entgegenstehende, nur eine geringere Vergütung einräumende Behauptung des Auftraggebers - wie z. B. die Vereinbarung einer Pauschalsumme - widerlegen und die Vereinbarung der Abrechnung nach Einheitspreisen beweisen. An dieser grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislastverteilung ändert § 2 Abs. 2 VOB/B nichts.*
- 2. Dem Begleichen von pauschal berechneten Abschlagssummen über einen Pauschalpreis hinaus kommt dann keinerlei Indizwirkung für die Vereinbarung einer Abrechnung nach Aufmaß und Einheitspreisen zu, wenn im Rahmen der Ausführung der Arbeiten Änderungswünsche des Auftraggebers berücksichtigt werden, die aus Sicht des Auftraggebers ggfs. über den Pauschalpreis hinaus zu vergüten sind.*
- 3. Abschlagszahlungen stellen kein Anerkenntnis des Vergütungsanspruchs des Unternehmers dar, so lange die Schlussrechnung nicht erstellt ist. Mit der Abschlagszahlung wird zunächst auf eine erst noch festzustellende endgültige Forderung gezahlt, so dass die Zahlung nur vorläufigen Charakter hat.*
- 4. Fordert der Auftraggeber vom Auftragnehmer die Rückzahlung eines Überschusses, trägt der Auftragnehmer die Darlegungs- und Beweislast, dass ihm eine Werklohnforderung in Höhe der erhaltenen Abschlagszahlungen zusteht, weil er grundsätzlich seinen Werklohnanspruch darlegen und beweisen muss.*

Pauschalpreisvertrag

Beim Pauschalvertrag wird nach einer vorher festgelegten Summe der Pauschalpreis gezahlt (§ 2 Abs. 7 Nr.1 VOB/B).

- **Detail-Pauschalpreisvertrag**

- Nur Preis pauschaliert, detaillierte Ausschreibung mit LV

- **Global-Pauschalpreisvertrag**

- Preis und Leistung pauschaliert – z.B. funktionale Leistungsbeschreibung oder unterbliebene Bepreisung des LV

Stundenlohnvertrag

- Regelung § 2 Abs. 10 VOB/B

§ 2 Abs. 10: Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind (§ 15).

Stundenlohnvertrag

- Regelung § 15 VOB/B

Vereinbarter oder üblicher Stundensatz

§ 15 Abs. 1

Nr. 1. Stundenlohnarbeiten werden nach den vertraglichen Vereinbarungen abgerechnet.

Nr. 2. Soweit für die Vergütung keine Vereinbarungen getroffen worden sind, gilt die ortsübliche Vergütung. ...

Stundenlohnvertrag

- **Nur, was vor Beginn angezeigt und auf Stundenlohnzetteln dokumentiert ist**

§ 15 Abs. 3: Dem Auftraggeber ist die Ausführung von Stundenlohnarbeiten vor Beginn anzuzeigen. Über die geleisteten Arbeitsstunden und den dabei erforderlichen, besonders zu vergütenden Aufwand für den Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten sind, wenn nichts anderes vereinbart ist, je nach der Verkehrssitte werktäglich oder wöchentlich Listen (Stundenlohnzettel) einzureichen. Der Auftraggeber hat die von ihm bescheinigten Stundenlohnzettel unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang, zurückzugeben. Dabei kann er Einwendungen auf den Stundenlohnzetteln oder gesondert schriftlich erheben. Nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenlohnzettel gelten als anerkannt.

Stundenlohnvertrag

- **Ohne rechtzeitigen Stundenlohnzettel Ersatz des wirtschaftlich vertretbaren Aufwand**

§ 15 Abs. 5: Wenn Stundenlohnarbeiten zwar vereinbart waren, über den Umfang der Stundenlohnleistungen aber mangels rechtzeitiger Vorlage der Stundenlohnzettel Zweifel bestehen, so kann der Auftraggeber verlangen, dass für die nachweisbar ausgeführten Leistungen eine Vergütung vereinbart wird, die nach Maßgabe von Absatz 1 Nummer 2 für einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand an Arbeitszeit und Verbrauch von Stoffen, für Vorhaltung von Einrichtungen, Geräten, Maschinen und maschinellen Anlagen, für Frachten, Fuhr- und Ladeleistungen sowie etwaige Sonderkosten ermittelt wird.

Stundenlohnvertrag

Fall: AG und AN haben einen Einheitspreisvertrag geschlossen und darin die Ausführung von Eventualpositionen im Stundenlohn vorgesehen. Im Zuge der Bauausführung sieht der AN die Notwendigkeit dieser Eventualpositionen gekommen, kündigt deren Ausführung an und nimmt die Arbeiten vor. Er reicht Stundenlohnzettel ein, die er allerdings vom AG nicht unterschrieben zurückhält.

Gegen die Werklohnklage wendet AG ein, er habe die Notwendigkeit der Eventualposition anders beurteilt und deren Ausführung nicht beauftragt.

Der AN beruft sich auf die Anerkenntnisfiktion des § 15 Abs. 3 S. 5 VOB/B.

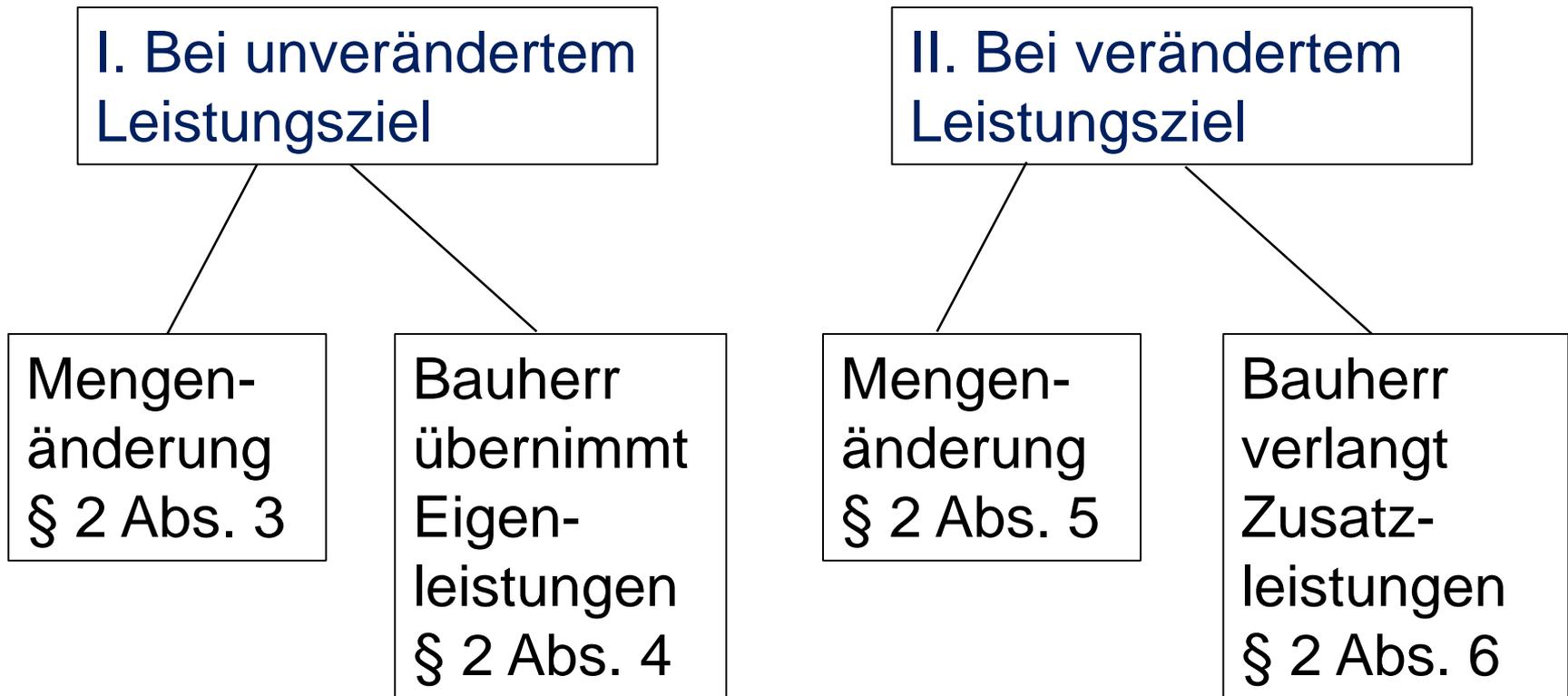
Wer hat Recht?

§ 2 Abs. 10 VOB/B: Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.

➤ *Vereinbarung von Leistungen im Stundenlohn?*

- *Schweigen auf Anzeige i.S.d. § 15 Abs. 3 S. 1 VOB/B führt nicht zum Vertragsschluss!*
- *Keine konkludente Billigung ersichtlich*
- *Fiktion des Vertragsschlusses nach Fristablauf für die Rückgabe der Stundenzettel § 15 Abs. 3 S. 5 VOB/B?*
 - *Stundenzettel belegen geleistete Arbeitsstunden und sonstigen, in § 15 Abs. 3 S. 2 VOB/B genannten Aufwand.*
 - *Als anerkannt gilt dieser Inhalt des Stundenzettels*
- ***Nicht aber die zur Abrechenbarkeit des Inhalts notwendigen Stundenlohnvereinbarung!***

Änderung der auszuführenden Leistungen



I. Preisanpassung bei unverändertem Leistungsziel

Mengenänderungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B:

Bei Mengenüberschreitungen $> 10\%$ wird lediglich die Spitzenmenge $> 110\%$ neu bepreist. Es sind dabei Mehr- oder Minderpreise möglich.

§ 2 Abs. 3 Nr. 2

Für die über 10 v.H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

I. Preisanpassung bei unverändertem Leistungsziel

Mengenänderungen gem. § 2 Abs. 3 VOB/B:

Bei Mengenunterschreitungen sieht § 2 Abs. 3 Nr. 3 einen Mehrpreis für die gesamte Mindermenge bis < 90% vor.

§ 2 Abs. 3 Nr. 3

Bei einer über 10 v.H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.

I. Preisanpassung bei unverändertem Leistungsziel

Bauherr übernimmt Eigenleistungen § 2 Abs. 4

In Anlehnung an § 649 BGB erhält der Auftragnehmer die ursprüngliche vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen

§ 2 Abs. 4: Werden im Vertrag ausbedungene Leistungen des Auftragnehmers vom Auftraggeber selbst übernommen (z.B. Lieferung von Bau-, Bauhilfs- und Betriebsstoffen), so gilt, wenn nichts anderes vereinbart wird, § 8 Absatz 1 Nummer 2 entsprechend.

§ 8 Abs. 1 Nr. 2. Dem Auftragnehmer steht die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB).

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

- Hier geht es um die Fälle der eigentlichen „Nachträge“.
- Nachtrag ist ein Begriff, den weder das BGB noch die VOB kennt.
- Rechtlich bedeutet dies folgendes: Es geht dabei um nach Vertragsschluss vorgenommene Änderungen der vertraglich geschuldeten Leistungen.
- Änderung des ursprünglichen Bau-Solls!

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

- Folge: Mehrvergütungsforderung des AN als „Nachtrag“.

Anders als das BGB sieht die VOB/B in § 1 Abs. 3 und 4 einseitige Anordnungsrechte des AG zur Änderung des Bau-Solls vor, die durch Mehrvergütungsanprüche ausgeglichen werden.

Ausblick: Mit dem neuen Bauvertragsrecht werden entsprechende Anordnungsrechte auch in das private Baurecht aufgenommen.

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

Geänderte Leistung § 2 Abs. 5 VOB/B

Nach § 2 Abs. 5 VOB/B führen zwei Arten von Änderungen des Bau-Solls zu Mehrvergütungsansprüchen:

- **Änderung des Bauentwurfs**
- **Sonstige Anordnungen**

§ 2 Abs. 5 Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

Geänderte Leistung § 2 Abs. 5 VOB/B

- „Änderungen des Bauentwurfs“
Anzunehmen, wenn Abweichungen von der ursprünglichen technischen Leistungsbeschreibung vorliegen.
- und „sonstige Anordnungen“
Betreffen regelmäßig Änderungen der Ausführungsweise z.B. Handarbeit statt Maschineneinsatz

Beides bezieht sich auf im Vertrag bereits vorgesehene Leistungen!

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

Bauherr verlangt Zusatzleistungen § 2 Abs. 6

§ 2 Abs. 6

Nr. 1. Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.

Nr. 2.

Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

Bauherr verlangt Zusatzleistungen § 2 Abs. 6

- Hier geht es um die Anordnung bisher im Vertrag nicht vorgesehener Leistungen.
- **Wichtig: Hier besteht die Pflicht, den Anspruch auf eine Mehrvergütung anzukündigen!**
- Ausnahme in der Rechtsprechung:
 - dem AG war die Entgeltlichkeit klar;
 - Leistung war unaufschiebbar

II. Preisanpassung bei verändertem Leistungsziel

Bauherr verlangt Zusatzleistungen § 2 Abs. 6

- Der AN kann die Ausführung der geänderten Leistung nicht allein deshalb verweigern, weil eine Preisvereinbarung noch aussteht.
- Anders gilt, wenn der AG von vorneherein jegliche Preisanpassung verweigert.

Warum ist die Abgrenzung § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 von Bedeutung?

§ 2 Abs. 6 VOB/B verlangt, dass der zusätzliche Vergütungsanspruch vor Ausführung der zusätzlichen Leistungen angekündigt wird. **Die Anündigung ist bei § 2 Abs. 6 VOB/B Voraussetzung der Mehrvergütung für zusätzliche Leistungen.**

Kündigt der Auftragnehmer den Anspruch auf Mehrvergütung nicht an, so erhält er grundsätzlich überhaupt keine Vergütung für die Zusatzleistung – anders bei § 2 Abs. 5. Bei geänderten Leistungen ist keine Anündigung erforderlich, dort erhält der Auftragnehmer also auch Mehrvergütung ohne davon vor Ausführung etwas gesagt zu haben.

Warum ist die Abgrenzung § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 von Bedeutung?

Beispiel:

Wenn eine LV-Position Fliesen bis 1,40 m Höhe enthält und der Auftraggeber dann Fliesen bis zur Höhe von 1,80 m Höhe anordnet, ist dies eine zusätzliche Leistung oder eine geänderte Leistung?

Warum ist die Abgrenzung § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 von Bedeutung?

Beispiel:

Wenn eine LV-Position Fliesen bis 1,40 m Höhe enthält und der Auftraggeber dann Fliesen bis zur Höhe von 1,80 m Höhe anordnet, ist dies eine zusätzliche Leistung oder eine geänderte Leistung?

Lösung: Wohl zusätzliche Leistung, weil angeordnete Mehrmenge.

Warum ist die Abgrenzung § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 von Bedeutung?

- **Die Empfehlung - sicherster Weg - muss daher lauten:**

Gerade weil die Unterscheidung zwischen § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B so schwierig und nahezu nicht prognostizierbar ist, bei § 2 Abs. 6 VOB/B aber die Ankündigung der Vergütungspflicht Voraussetzung für den Vergütungsanspruch ist – anders als bei § 2 Abs. 5 – muss der Auftragnehmer sicherheitshalber unbedingt dafür sorgen, dass **unterschiedslos sowohl bei Änderungen als auch bei Zusatzleistungen immer schriftlich** ein Mehrvergütungsanspruch vor Ausführung angekündigt wird.

Voraussetzungen für die Vergütung geänderter oder zusätzlicher Leistungen:

- Abweichung Bauist/Bausoll
- Anordnung des Auftraggebers
- Ursache der Anordnung im Risikobereich des Auftraggebers
- Bei § 2 Abs. 6 abweichend von § 2 Abs. 5 – Ankündigung des Vergütungsanspruches für die zusätzliche Leistung vor Ausführung.

Preisvereinbarung vor Ausführung:

- Nach § 2 Abs. 6 Nr. 2 ist der neue Preis möglichst vor der Ausführung zu vereinbaren.
- Nach § 2 Abs. 5 Satz 2 soll er vor der Ausführung vereinbart werden.

Wichtig: Auch wenn kein neuer Preis vor der Ausführung vereinbart wird, lässt dies den Vergütungsanspruch unberührt!

Preisvereinbarung vor Ausführung:

Was kann aus Auftragnehmersicht gemacht werden, wenn der Auftraggeber sich weigert, den Preis vor der Ausführung zu vereinbaren bzw. den ihm vom Auftragnehmer genannten Preis zu akzeptieren, der Auftraggeber aber auf die Ausführung seiner Anordnung besteht?

Preisvereinbarung vor Ausführung:

Hier ist aus Auftragnehmersicht Vorsicht geboten!

- In Betracht kommt ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn der Auftraggeber den Nachtragsanspruch schon dem Grunde nach zu Unrecht verneint.

Aber gefährlich!!! Das Problem ist, dass man im Vorfeld die Rechtslage nicht 100% sicher einschätzen kann.

Daher Empfehlung: Die Vergütungsforderung vorher ankündigen, Leistung dann ausführen und sich eben später über die Vergütung auseinandersetzen. Tipp: Von § 648 a BGB Gebrauch machen.

Ermittlung der Vergütung:

- Ändern sich für die **geänderte Leistung** die Kosten des Auftragnehmers gegenüber der ursprünglichen Leistung, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf Bildung eines neuen Preises unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten in analoger Kostenfortschreibung. Der neue Preis ist unter **Fortschreibung der Auftragskalkulation** zu bilden.
- **Konsequenz:** Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis!

Ermittlung der Vergütung:

- Die Mehrvergütung für **zusätzliche Leistungen** ist wie bei der Berechnung nach § 2 Abs. 5 möglichst auf der Grundlage der Auftragskalkulation zu entwickeln.
- **Praxisproblem:** Dies ist schwierig, weil ja eine „neue“ Leistung abzurechnen ist, für die es allenfalls nur zum Teil verwendbare Kalkulationselemente aus der bisherigen Kalkulation gibt.
- **Konsequenz:** Die Struktur der Kalkulation muss beibehalten werden, für Leistungen ohne Vergleichsbasis ggf. auf Marktpreise zurückgreifen, aber Deckungsbeiträge bleiben wie in der Auftragskalkulation.

Auswirkung auf Pauschalpreise:

Sind Mengenänderungen Folge von Bauentwurfsänderungen oder verlangte Zusatzleistungen, so kann sich gem. § 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B auch ein vereinbarter Pauschalpreis verändern.

§ 2 Abs. 7 Nr. 2

Die Regelungen der Absätze 4, 5 und 6 gelten auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme.

Praxistipp:

Bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung ist zur Begründung der Anspruchshöhe erforderlich:

- Darlegung der Urkalkulation
- Darlegung, auf Grund welcher Anordnung des AG welche im Vertrag vorgesehene Leistung sich geändert hat oder welche im Vertrag nicht vorgesehene Leistung zusätzlich verlangt wurde.

Daher: Wer schreibt der bleibt – auf schriftlich Dokumentation achten!

6. Exkurs: Leistungsänderungen ohne Anordnung des Auftraggebers

Weicht der Auftragnehmer vom Bausoll ab oder erbringt er geänderte oder zusätzliche Leistungen, ohne dass der Auftraggeber diese wirksam angeordnet hat, leistet der Auftragnehmer insoweit „ohne Auftrag“! Regelung dazu in § 3 Abs. 8 VOB/B:

- 1. Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, werden nicht vergütet. Der Auftragnehmer hat sie auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen; sonst kann es auf seine Kosten geschehen. Er haftet außerdem für andere Schäden, die dem Auftraggeber hieraus entstehen.*
- 2. Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen **nachträglich anerkennt**. Eine Vergütung steht ihm auch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des **Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt** wurden. Soweit dem Auftragnehmer eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Absätze 5 oder 6 entsprechend.*
- 3. Die Vorschriften des BGB über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bleiben unberührt. [Leistung entsprach mutmaßlichem Wille und war interessengerecht. AN muss Übernahme der Fremdg Geschäftsführung tunlich anzeigen. Aufwendungsersatz kann die übliche Vergütung sein!]*

6. Exkurs: Leistungsänderungen ohne Anordnung des Auftraggebers

Neues Bauvertragsrecht 01.01.2018:

Die Regelungen der VOB/B in § 1 und § 2 VOB/B weichen in vielen Punkten von den wesentlichen Grundgedanken der neuen gesetzlichen Regelung ab. Fraglich, ob diese damit der Inhaltskontrolle standhalten, wenn die VOB/B nicht als ganzes und unverändert Vertragsgrundlage ist.

Grund z.B. in Bezug auf §§ 1, 2 VOB/B: Gesetzliche Regelung § 650 b BGB (Änderungs-/Anordnungsrecht des Bestellers) und § 650 c BGB (Vergütungsanordnung bei Anordnungen nach § 650 b Absatz 2) beim Bauvertrag. (Merkposten: Denke an die Definitionsprobleme!)

- Prüfen ob BGB Werkvertrag oder VOB/B Vertrag
- Prüfen, was im Vertrag/Auftrag zur Abnahme geregelt ist.

Grund: Es gibt verschiedene Abnahmeformen!

Neu beim Bauvertrag: § 650 g BGB – Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme. Wichtig wegen Vermutungsregelung Abs. 3!

Abnahmeformen:

- Konkludente Abnahme (z.B. durch Ingebrauchnahme)
 - Achtung: scheidet bei förmlicher Abnahme regelmäßig aus, ebenso wenn Bauherr Abnahme verweigert hat!
- Ausdrückliche (aber formlose) Abnahme (z.B.: AG erklärt bei Begehung, er sei mit der Leistung zufrieden)
 - Problem: Nachweis und Streit über Auslegung der Erklärung!

Abnahmeformen:

- Förmliche Abnahme (Abnahmeprotokoll - § 12 Abs. 4 VOB/B - Abnahmeniederschrift)
- Abnahmefiktionen (§ 12 Abs. 5 VOB/B)

Abnahmefiktionen § 12 Abs. 5 VOB/B

- 1. Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.*
- 2. Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.*
- 3. Vorbehalte wegen bekannter Mängel oder wegen Vertragsstrafen hat der Auftraggeber spätestens zu den in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Zeitpunkten geltend zu machen.*

Falle: Zusendung Schlussrechnung oder Erklärungen zu Beendigung der Arbeiten!

§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B – Leistung gilt mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung als abgenommen!

- Rechnung ist eine solche Mitteilung!
- Ebenso auch eine Mitteilung, Baustelle sei geräumt!

Wichtig wegen § 12 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B – erforderliche Vorbehalte bekannter Mängel und Vertragsstrafe!

Falle: Vertrauen auf vereinbarte förmliche Abnahme!

- Grundsätzlich schließt förmliche Abnahme konkludente und fiktive Abnahme aus.
- Problem: Wenn aus den Umständen auf Verzicht auf förmliche Abnahme geschlossen werden kann!
- Ist im Vertrag förmliche Abnahme vereinbart, verlangt diese aber keine Partei, kann auch in diesem Fall die Zusendung der Schlussrechnung oder die Ingebrauchnahme die Fiktionswirkung des § 12 Abs. 5 VOB/B auslösen!

Problem:

- Fall des § 12 Abs. 2 VOB/B (Teilabnahme) in der Regel nicht gegeben. Verlangt „in sich abgeschlossene Teile der Leistung“.
- Ansonsten: Kein Anspruch auf „Teilabnahme“.

Aber: Anspruch auf Zustandsfeststellung § 4 Abs. 10 VOB/B (technische Abnahme)

- Fotodokumentation !!!
- Privatgutachter zur Zustandsfeststellung !!!

§ 640 Abnahme BGB – neue Fassung ab 01.01.2018

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat **und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat**. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

§ 640 Abnahme BGB alte Fassung

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält.

Rechtsfolgen:

- Fälligkeit der Vergütung
- Beginn der Sachmängelhaftungsfristen (Verjährung)
- Umkehr der Beweislast für Mängel. Bis zur Abnahme ist der Auftragnehmer für die Mängelfreiheit beweispflichtig, nach der Abnahme der Auftraggeber für Mängel. Weitere wichtige Konsequenz – Vorschusspflicht für Sachverständigenkosten bei Prozess
- Klage auf Zahlung der Vergütung bei unberechtigter Abnahmeverweigerung

Der Auftraggeber hat gegenüber dem Auftragnehmer nur dann einen Anspruch auf Sicherheit, wenn dies vereinbart ist.

- BGB-Vertrag - § 232 Abs 1 BGB
- VOB/B Vertrag - § 17 Abs. 1 VOB/B

Kein automatisches Recht, z.B. bei AZ-Rechnungen nur 90 % zu bezahlen oder von Schlussrechnung 5 % abzuziehen.

(Ausnahme: § 632 a BGB a.F. bzw. § 650 m BGB n.F. für Verbraucher als Auftragnehmer)

Formen von Sicherheitsleistungen:

- Bareinbehalt: i.d.R. 10 % bei AZ-Rechnungen bzw. 5 % bei Schlussrechnung
- Erfüllungsbürgschaft: Stadium der Durchführungen der Arbeiten bis zur Abnahme. Erfüllungssicherheit durch Bürgschaft, kommt der AN dem nicht nach, ist AG berechtigt, in Höhe der vereinbarten Summe einen Bareinbehalt vorzunehmen
- Mängelsicherheitsbürgschaft (Gewährleistungsbürgschaft): Stadium ab Abnahme kommt der AN dem nicht nach, ist AG berechtigt, in Höhe der vereinbarten Summe einen Bareinbehalt vorzunehmen

Bareinbehalt:

Regelung des Bareinbehalts in § 17 Abs. 5 und 6 VOB/B!

In der **Baupraxis** läuft es dagegen meist wie folgt: Es wird vereinbart, dass der AG von den AZ-Rechnungen 10 % einbehalten darf. Fakt: Es wird der Einbehalt eben „nur“ schlicht einbehalten!

Bareinbehalt:

- Der AG verpasst es in der Regel, den Einbehalt gem. § 17 Abs. 6 Nr. 1 S. 3 VOB/B binnen 18 Werktagen auf ein Sperrkonto einzubezahlen.
- **Folge: AN kann hierzu angemessen Nachfrist setzen. Kommt der AG dem nicht nach - Recht des AG auf Sicherheit erlischt.**

Wichtig ist das in § 17 Abs. 3 VOB/B geregelte Wahl- und Austauschrecht des AN.

§ 17 Abs. 3 Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen.

- Dieses Recht darf durch AGB-Klauseln nicht unangemessen eingeschränkt werden.

Zulässig ist eine Klausel, wonach ein Sicherheitseinbehalt von 5 % für die Dauer der fünfjährigen Gewährleistungsfrist nur durch eine selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft abgelöst werden kann. **Empfehlung gleichwohl: Keine Einschränkungen vorsehen. Risiko der AGB-Kontrolle und Entwicklung der Rechtsprechung nicht absehbar.**

Die Stellung einer Erfüllungs- und Mängelsicherheit in Form der Bürgschaft ist in § 17 Abs. 2 und Abs. 4 VOB/B geregelt.

(2) Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, kann Sicherheit durch Einbehalt oder Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden, sofern das Kreditinstitut oder der Kreditversicherer

1. in der Europäischen Gemeinschaft oder

2. in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder

3. in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen

zugelassen ist.

*(4) Bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, dass der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat. Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben (§ 771 BGB); sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt **[Anmerkung: bedeutet unbegrenzt!]** und muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein. Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.*

Vorauszahlungsbürgschaft

Die Vertragsparteien könne die Leistung einer Vorauszahlung durch den AG im Bauvertrag oder auch noch danach regeln.

§ 16 Abs. 2 VOB/B

Nr. 1. Vorauszahlungen können auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.

Nr. 2. Vorauszahlungen sind auf die nächstfälligen Zahlungen anzurechnen, soweit damit Leistungen abzugelten sind, für welche die Vorauszahlungen gewährt worden sind.

Sicherungsleistungen können durch

- „AGB“ oder auch
- individualvertraglich

vereinbart werden.

Bei AGB ist eine AGB-Prüfung vorzunehmen. Bei individualvertraglicher Vereinbarung können die Parteien bis zur Grenze von Treu und Glauben bzw. Sittenwidrigkeit weitergehende Regelungen treffen.

- In der Praxis wird man aber regelmäßig von AGB auszugehen haben.

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

- **Erfüllungssicherheit bis 10 %**
- **Gewährleistungssicherheit bis 5 %**

Bei Nichtbeachtung dieser Grenzen:

- AGB-Widrigkeit und damit Nichtigkeit.
- Keine geltungserhaltende Reduktion.
- Folge: Kein Anspruch des AG mehr auf Sicherheit.

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

Beispielsfall:

AG vereinbart kumulativ eine 10 % Erfüllungsbürgschaft und gleichzeitig einen 10 % Bareinbehalt bei Abschlagszahlungen.

Was halten Sie davon?

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

Beispielsfall:

AG vereinbart mit AN die Gestellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 5 % der Auftragssumme sowie einen Gewährleistungseinbehalt i.H.v. 2 % der geprüften Schlussrechnungssumme, den der AN durch eine Gewährleistungsbürgschaft ablösen kann. Die Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit ist u.a. an die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung geknüpft.

Was halten Sie davon?

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

Lösung:

Unwirksam, da der AN die 5 %ige Erfüllungssicherheit trotz der zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden zusätzlichen Gewährleistungssicherheit erst nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückerhält. Für eine geraume Zeit besteht eine Sicherung von 7 % und damit eine unzulässige Überschreitung der Mängelhaftungssicherheit von 5 %!

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

Beispielsfall: Bundesgerichtshofes vom 20.03.2014 (VII ZR 248/13):

Es ist weitgehend üblich, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft nach ihrem vom Auftraggeber vorgegebenen Text auch Mängelansprüche absichern soll. Dabei wird in der Regel nicht zwischen Mängelansprüchen vor Abnahme und solchen nach Abnahme differenziert. Folglich sichern diese „Kombibürgschaften“ auch Gewährleistungsansprüche ab. Allerdings entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass Gewährleistungssicherheiten in AGB nicht höher als 5 % sein dürfen. Der Grund hierfür ist, dass nach der Abnahme das berechtigte Sicherungsinteresse des Auftraggebers deutlich geringer bewertet wird als vor der Fertigstellung bzw. Abnahme.

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

Bundesgerichtshofes vom 20.03.2014 (VII ZR 248/13):

Seine Einschätzung stützt der Bundesgerichtshof darauf, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft auch Mängelansprüche absichern sollte, und die Rückgabe dieser „kombinierten“ Vertragserfüllungsbürgschaft erst Zug-um-Zug gegen Rückgabe von Zahlungsbürgschaft(en) des Auftraggebers erfolgen sollte. Wenn also der Auftraggeber seinen eigenen Zahlungsverpflichtungen aus dem Vertrag nicht nachkam und der Auftragnehmer deshalb die Zahlungsbürgschaft behalten musste, bekam er auch seine Vertragserfüllungsbürgschaft trotz Fertigstellung der Leistungen nicht zurück.

Zulässigkeit der Höhe der Sicherheit bei AGB:

Bundesgerichtshofes vom 20.03.2014 (VII ZR 248/13):

Der entscheidende Kritikpunkt lautet, dass der Auftraggeber durch die Verschiebung des Rückgabezeitpunktes der Vertragserfüllungsbürgschaft weit über die Fertigstellung und Abnahme hinaus eine Übersicherung verursacht, weil die Vertragserfüllungsbürgschaft nach ihrem Text auch Mängelansprüche sicherte. Wenn aber eine Bürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme, die auch Mängelansprüche sichert, nach den vertraglichen Regelungen weit über die Fertigstellung und Abnahme hinaus behalten werden darf, stellt genau dies eine unangemessene Benachteiligung dar. Erst recht gilt das, wenn zusätzlich noch eine Gewährleistungsbürgschaft gestellt werden muss, um die Auszahlung des Sicherheitseinbehaltes zu erreichen. Der Auftraggeber hat dann Sicherheiten für Mängelansprüche in Höhe von insgesamt 15 % der Auftragssumme.

Rückgabe der Sicherheitsleistung:

Gem. § 17 Abs. 8 VOB/B hat der AG eine nicht verwertete Sicherheit zum vereinbarten Zeitpunkt zurück zu geben.

Rückgabe der Sicherheitsleistung:

- **Achtung Falle:**

§ 17 Abs. 8 Nr. 2.

Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.

Unbedingter Tipp: Vertragliche Regelung treffen, dass Mängelsicherheit erst nach Ablauf der Verjährungsfrist zurückzugeben ist!

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- Erfüllungssicherheit 10 % (Frage Marktstärke)
- Bauhandwerkersicherungshypothek § 648 BGB a.F. bzw. § 650 e BGB n.F.
 - Nicht wirklich praxisrelevant: Grund: AG muss Eigentümer sein, bei hohen Vorbelastungen regelmäßig wertlos.
- Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. 650 f BGB n.F.

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F beim Bauvertrag:**

Der Bauunternehmer kann hiernach von dem Auftraggeber eine Bürgschaft für seine voraussichtlichen Werklohnansprüche fordern.

Sicherheit kann bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs, wie er sich aus dem Vertrag oder einem zusätzlichen Zusatzauftrag ergibt, verlangt werden zusätzlich eines Pauschalbetrags in Höhe von 10% für eventuelle Nebenforderungen. Regiearbeiten sind zu schätzen. Die Bauhandwerkersicherung kann sowohl vor der Abnahme als auch nach der Abnahme geltend gemacht werden.

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F beim Bauvertrag:**

Ferner ist für den Auftraggeber die Möglichkeit eingeschränkt, im Rahmen der Geltendmachung der Bauhandwerkersicherung gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen und dann nur noch eine geminderte Sicherheit zur Verfügung zu stellen. Zwar ist die Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch nach wie vor zulässig, jedoch vermindert dies die Höhe der vom Bauhandwerker geltend gemachten Sicherheit nur dann, wenn der geltend gemachte und zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch unstreitig ist oder rechtskräftig festgestellt.

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F beim Bauvertrag:**

Der AN hat das Wahlrecht:

- Klage auf Stellung der Sicherheit
- Einstellung der Arbeiten, nachdem er dem AG eine angemessene Frist zur Stellung der Sicherheit gesetzt und diese fruchtlos abgelaufen ist
- Den Vertrag gem. § 648 a Abs. 5 BGB a.F. bzw. 650 f BGB n.F. kündigen

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F beim Bauvertrag:**

Der Unternehmer kann dem Auftraggeber eine Frist zur Erbringung dieser Sicherheit bestimmen. Wird die Sicherheitsleistung nicht gestellt, so steht dem Unternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, also ein Zurückbehaltungsrecht zu, so dass er die Arbeiten einstellen kann, oder der Unternehmer kann den Vertrag kündigen.

Nach der Kündigung hat der Unternehmer Anspruch auf die Vergütung für die erbrachte Leistung und auch Anspruch auf die Vergütung für die noch nicht erbrachte Leistung, diese jedoch nur unter Abzug der ersparten Aufwendungen beziehungsweise der Erträge, die der Unternehmer aufgrund dessen erzielen konnte oder böswillig nicht erzielt hat, weil der Vertrag vorzeitig beendet wurde.

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F beim Bauvertrag:**

Die Sicherheit kann durch den Auftraggeber in beliebiger zulässiger Form nach geleistet werden. In der Regel wird durch Bankbürgschaft geleistet. Eine Finanzierungsbestätigung durch die Bank ist hierfür nicht ausreichend.

Der Unternehmer hat für die Kosten der Sicherheitsleistung aufzukommen, jedoch beschränkt auf einen Höchstsatz von 2% pro Jahr. Diese Kostenerstattungspflicht entfällt jedoch, wenn der Auftraggeber zu Unrecht die Zahlung der Vergütung, welche mittlerweile fällig geworden ist, verweigert.

Sicherheitsleistungen zu Gunsten des AN:

- **Bauhandwerkersicherung § 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F beim Bauvertrag:**

Wesentlich ist, dass auf diesen Anspruch durch den Unternehmer nicht verzichtet werden kann. Der Anspruch kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

§ 648 a BGB a.F. bzw. § 650 f BGB n.F. ist grundsätzlich unabdingbar!

Mängel

- Sowohl gegenüber Schlussrechnungen wie auch gegenüber Abschlagsrechnungen besteht ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe des regelmäßig doppelten Aufwandes der Mängelbeseitigungskosten (sog. Druckzuschlag).
- Gilt für BGB-Vertrag und VOB/B-Vertrag gleichermaßen.
- Gilt grundsätzlich auch bereits vor der Abnahme.

- Mängelrügen sind wegen des Nachweises schriftlich auszubringen.
- Auf Zugangsnachweis und richtigen Adressat achten.
- Setzung angemessener Frist. Dies ist die Frist, die ein umsichtiger Handwerker brauchen würde, um den Mangel zu beseitigen.
- Grundsätzlich ist eine Mängelrüge mit angemessener Frist ausreichend. Zu Empfehlen: Nachfristsetzung!

Erfolgt keine Nacherfüllung bzw. Mängelbeseitigung, stehen dem Auftraggeber **nach erfolgter Abnahme** sowohl beim BGB-Werkvertrag als auch beim VOB/B-Vertrag die Mängelrechte offen.

- Ersatzvornahme
- Minderung
- Schadensersatz
- Nur beim BGB-Werkvertrag: Rücktritt (nicht zu empfehlen wegen Problemen der Rückabwicklung)

Achtung:

- beim BGB-Werkvertrag gibt es bis zur Abnahme Erfüllungsanspruch, Schadensersatz, Rücktritt aber grundsätzlich (noch) keine Mängelrechte!
- Anders VOB/B Vertrag: Vor der Abnahme Regelung des § 4 Abs. 7 VOB/B (und § 13 Abs. 5 ff. VOB/B nach Abnahme)

Falle: Ist die Frist zu kurz gesetzt, ist die Fristsetzung zwar nicht unwirksam, es gilt dann die richtig angemessene Frist.

- Folge: Mangels Fristablauf fehlen den im Anschluss weiter ausgebrachten rechtlichen Schritte die Grundlage.
- Folge: Man „fällt dann mit Ansprüchen hinten runter!“

Empfehlung: Nach Ablauf gesetzter Frist zur Mängelbeseitigung eine Nachfrist setzen.

Wichtig: Vorgehensweise auch bei Nachunternehmerverträgen / Nachunternehmerverhältnisse beachten!

Symptomtheorie!

Nicht versuchen dem Mangel auf den Grund zu gehen, sondern schlicht das Mangelsymptom schildern und rügen. Bzw. eine Mängelrüge zu ignorieren, weil vermeintlich unkonkret!

Beispiel: Farbe blättert ab. Tür quitsch. Regal hängt durch. Es ist völlig ausreichen zu rügen, dass eben die Farbe abblättert etc.. Es ist nicht erforderlich zu suchen und prüfen, warum dies der Fall ist. Ob z.B. der Untergrund falsch oder nicht behandelt wurde etc..

Gefahr: Wird zu „eng“ gerügt, geht die Rüge u.U. ins leere. Also keine Vermutungen anstellen, wie z.B. der Untergrund wurde falsch behandelt, es war zu kalt zum Streichen etc..

Falle: § 377 HGB

- **Untersuchungs- und Rügepflichten bei mangelhaftem Baumaterial!**

Bei Verstoß – Rechteverlust!

Fragerunde

Haben Sie noch Fragen?



Dann fragen Sie nicht Ihren Arzt oder Apotheker, sondern uns:

MACKH | LANG Rechtsanwälte

Partnerschaft mbB | AG Stuttgart PR 720457

Mercedesstraße 35 | 71384 Weinstadt-Endersbach

Telefon: 07151/95942-0 | Telefax: 07151/95942-20

mail@mackh-lang.de | www.mackh-lang.de



Die VOB/B im Ladenbau

Vielen Dank für Ihr Interesse!
Kommen Sie gut nach Hause!