

Kanzlei am Steinmarkt

RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

Rundschreiben / Ausgabe 15/2005

Thema: Todsünden bei der Bauabwicklung/Baurecht

1. Einleitung

Das Thema „Todsünden bei der Bauabwicklung“ soll die am Bau Beteiligten im Rahmen eines kurzen Beitrags auf grundlegende Fehler aufmerksam machen. In der Beratungspraxis eines Fachanwalts für Bau- und Architektenrecht treten gehäuft immer wieder dieselben Fehlerquellen auf, die leicht zu vermeiden sind. Dabei ist es keinesfalls so, dass diese Todsünden nur Anfänger am Bau begehen. Häufig unterliegen gerade die „alten Hasen“ am Bau diesen Fehlern, weil sich bei allen Beteiligten am Bauvorhaben Fehlvorstellungen entwickelt haben. Auch Änderungen, die mit der Schuldrechtsreform und der neuen VOB 2002 einhergegangen sind, sind häufig unbekannt. Derartige Risiken einzugehen ist leichtsinnig. Das sogenannte „Restrisiko“ ist meistens dasjenige Risiko, das uns den Rest gibt. Nachfolgend eine Reihe von Beispielen, die Todsünden am Bau aufzeigen.

2. Todsünden bei der Bauabwicklung

Die nachfolgende Übersicht gibt in sehr komprimierter Form eine Reihe von Fehlerquellen wieder, die bei der Beratungspraxis auftauchen.

Fehlerquelle	Anmerkungen
Vertragsklauseln	<p>Auftraggeber vertrauen zu sehr auf die Formulierungen ihrer Bauvertragsklauseln. Meist sind diese wild aus verschiedenen Vertragswerken zusammengesucht, weil diese gut klingen. Derartige „Puzzleverträge“ sind häufig nicht das Papier wert, auf dem sie stehen. Im Streitfall führen diese zu erheblichen Nachteilen. Im übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass seit der neuesten BGH Rechtssprechung jede Abweichung von der VOB/B zu einer AGB-Kontrolle der VOB/B zu Lasten des Verwenders führt. Folge hiervon ist beispielsweise, dass eine Reihe für den Auftraggeber günstigen Klauseln unwirksam sind, umgekehrt aber die für den Auftragnehmer günstigen Klauseln, die eigentlich auch AGB-widrig sind, anwendbar sind.</p> <p>Die Auftragnehmer vertrauen zu sehr auf die Wirksamkeit von Bauvertragsklauseln des Auftraggebers. Teilweise werden diese auch als „Abschreckungswirkung“ bewusst in den Bauvertrag aufgenommen. Oft werden Vertragsklauseln von Auftragnehmern akzeptiert, die nach den gesetzlichen Regelungen über die allgemeinen Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB trotz einer Unterschrift des ausführenden Unternehmens ungültig sind.</p>
Sicherheitsleistungen	<p>Auftraggeber und Auftragnehmer verkennen die Regelungen zur Stellung von Sicherheitsleistungen. Eine Sicherheitsleistung darf grundsätzlich nur dann verlangt werden, wenn dies im Bauvertrag vorgesehen ist. Für die Stellung einer Gewährleistungssicherheit gibt es weder eine gesetzliche Vorschrift, noch einen Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte. Die häufig auftraggeberseitig automatisch einbehaltenen 5 % bedürfen einer vertraglichen Grundlage. Auch die VOB/B liefert in § 17 VOB/B diese Grundlage nicht! Dort ist lediglich das „Wie“ der Sicherheitsleistung geregelt, nicht aber das „Ob“, d.h. ob eine Gewährleistungssicherheit verlangt werden darf. § 17 VOB/B setzt insoweit eine vertragliche Regelung voraus, ersetzt diese aber nicht.</p> <p>Die Art der Sicherheitsleistung darf grundsätzlich der Auftragnehmer wählen; wird Geld einbehalten, muss dies auf ein Sperrkonto eingezahlt und verzinst werden. Sofern nach § 17 Nr. 6 Abs. 3 VOB/B vorgegangen wird, kann sogar Auszahlung der Sicherheit verlangt werden.</p> <p>In seltenen Fällen gibt es gesetzliche Regelungen über Sicherheitsleistungen, etwa bei § 648a BGB (Bauhandwerkersicherung).</p>

Fehlerquelle	Anmerkungen
Absicherung des Werklohns	Die Auftragnehmer unterschätzen die Möglichkeiten zur Absicherung des eigenen Werklohnsanspruchs. Der Auftragnehmer geht ein erhebliches Risiko ein, da das Gesetz von der Vorleistungspflicht des Auftragnehmers ausgeht. Grundsätzlich gibt es daher Vergütung erst bei der Abnahme, wenn also die gesamte Leistung des Auftragnehmers vertragsgerecht erbracht wurde. Die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung, beispielsweise Vereinbarung eines Zahlungsplans, oder zumindest eine wirksame Vereinbarung der VOB/B, damit die für den Auftragnehmer günstige Regelung zu Abschlagszahlungen des § 16 VOB/B Anwendung findet, werden vom Auftragnehmer versäumt. Selbst die gesetzlichen Sicherungsmöglichkeiten werden nicht oder zu spät verlangt, wie beispielsweise § 648 BGB Sicherungshypothek des Bauunternehmers oder § 648a BGB die Bauhandwerkersicherung.
Überschätzung Vollmachten	Auftraggeber, aber insbesondere Auftragnehmer überschätzen die Vollmachten der Architekten und Sonderfachleute. Grundsätzlich gilt, dass die Vollmacht des Architekten am Geldbeutel des Auftraggebers endet. Dieser Merksatz gilt gleichfalls für Sonderfachleute, Bauleiter, etc. Sogenannte Anscheins- oder Duldungsvollmachten als „Rettungsanker“ scheiden meist aus bzw. sind zumindest schwer beweisbar. Auftraggeber und Auftragnehmer nutzen hier nicht die Möglichkeit der Vertragsgestaltung, indem dort konkret die Vollmachten, auch im Hinblick auf ihren Umfang, geregelt werden.
Stundenlohnarbeiten	Auftragnehmer führen meistens Stundenlohnarbeiten aus, ohne dass diese vor Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind. Auch die Ankündigung der Stundenlohnarbeiten wird „vergessen“ und die vorgesehenen Termine zur Stundenlohnabrechnung überschritten. Häufige Fehlerquelle auftragnehmerseitig ist es, sogenannte „angehängte Stundenlohnarbeiten“ in Bauverträgen als vertragliche Vereinbarung anzusehen. Dies ist falsch. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Preisvereinbarung für den Fall, dass Stundenlohnarbeiten tatsächlich später beauftragt werden. Eine weitere Fehlerquelle ist, dass Auftragnehmer ihre Nachträge meist auf Stundenlohnbasis berechnen, obwohl in den meisten Fällen der Nachtrag aus der Kalkulation zu entnehmen ist. Es gilt der Merksatz, guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.
Unterlassen des Bedenkenhinweis	Fehlerquelle der Auftragnehmer ist es, Bedenken gegen die Art und Weise der Ausführung, gegen Pläne, bauseits gestelltes Material oder gegen Vorunternehmerleistungen nicht oder nur mündlich gegenüber dem Architekten oder Auftraggeber vorzubringen. Ein unterlassener Bedenkenhinweis oder ein nicht beweisbarer Bedenkenhinweis haben häufig eine unnötige Mängelhaftung des Auftragnehmers zur Konsequenz.
Unterlassen der Nachtragsankündigung/Behinderungsanzeige	Eine Fehlerquelle der Auftragnehmer ist es, Nachträge nicht vor ihrer Ausführung anzuzeigen. Nicht selten ist dies Tatbestandsvoraussetzung für einen Nachtragsanspruch. Ein Nachtrag scheitert dann bereits an den Formalien. Die Abgrenzung zwischen einer geänderten Leistung (§ 2 Nr. 5 VOB/B) und einer zusätzlichen Leistung (§ 2 Nr. 6 VOB/B) ist im Einzelfall schwierig zu treffen. Die Ausnahmefälle der Entbehrlichkeit einer Ankündigung sind eine Grauzone. Leicht enden an sich berechnete Ansprüche des Auftragnehmers an dieser formalen Hürde. Eine Fehlerquelle der Auftragnehmerseite ist es, Behinderungsanzeigen zu unterlassen. Daher hat die Behinderungsanzeige eine doppelte Bedeutung. Ihre Beweisbarkeit vorausgesetzt, führen sie zu einer Verlängerung der vertraglichen Bauzeit (Schutz vor Vertragsstrafen) und sind Tatbestandsvoraussetzungen für eigene Schadensersatz- / Entschädigungsansprüche (§ 6 Nr. 6 VOB/B bzw. § 642 BGB).

Fehlerquelle	Anmerkungen
Fehlende Abnahme	<p>Die Abnahme, rechtlich gesehen der Dreh- und Angelpunkt des Bauvertrags, wird auftraggeber- aber auch auftragnehmerseitig nicht ernst genommen. Dabei sei nur daran erinnert, dass damit der Gefahrübergang eintritt, aber auch der Übergang der Beweislast bei Mängeln. Der eigene Schlussrechnungsanspruch wird fällig, Ansprüche auf Vertragsstrafen müssen deutlich gemacht werden und Vertragserfüllungsbürgschaften müssen zurückgegeben werden. Besonders bedeutsam ist auch, dass die Abnahme der Verjährungsbeginn des Mängelbeseitigungsanspruchs von 5 bzw. 4 oder 2 Jahren ist (wenn nichts anderes vereinbart wurde).</p> <p>Fehlerhaft wird die Abnahme vollständig vergessen, so dass später der Zeitraum beispielsweise für eine Mängelbeseitigungsfrist nicht mehr einwandfrei festgelegt werden kann. Dies ist sowohl für die Auftragnehmer aber auch für die Auftraggeberseite höchst nachteilig.</p>
Nicht sachgemäße Schlussrechnung	<p>Eine Fehlerquelle der Auftragnehmer ist die nicht sachgemäße Erstellung der Schlussrechnung. Diese werden zu spät erstellt oder sind nicht prüfbar. Oft können Abrechnungsbelege nicht (mehr) vorgelegt werden. Es ist die Pflicht des Auftragnehmers, seine Leistung so abzurechnen, dass sie von einem Dritten nachprüfbar ist. Jede Leistung, deren Umfang nicht eindeutig belegt werden kann, muss der Auftraggeber letztlich nicht zahlen.</p>
Unberechtigte Mängelbeseitigungsansprüche	<p>Eine Fehlerquelle für Auftraggeber und Auftragnehmer sind die Tatbestandsvoraussetzungen der Mängelbeseitigungsansprüche. Es genügt nicht allein, dass ein Mangel vorliegt. Auch die Fristen und die Voraussetzungen bei Mängelbeseitigungsansprüchen müssen beachtet werden. Sofern beispielsweise die VOB/B wirksam vereinbart wurde, setzt eine „Ersatzvornahme“ im Zeitraum vor der Abnahme die vorige schriftliche Kündigung gegenüber dem Auftragnehmer voraus. Sowohl vor als auch nach Abnahme ist es grundsätzlich erforderlich, dem Auftragnehmer konkret die Mängel zu rügen, eine Mängelbeseitigungsfrist zu setzen und erst nach Ablauf dieser Frist gegebenenfalls eine „Ersatzvornahme“ durchzuführen. Auftraggeber, die diese Vorgehensweise missachten, geraten in die Gefahr, selbst bei tatsächlich vorliegenden Mängeln, keinen Cent für die Ersatzvornahmekosten zu erhalten.</p> <p>Eine Fehlerquelle für Auftraggeber und Auftragnehmer ist auch, dass die Abgrenzung zwischen „Mangel“ und „Verschleiß“ nicht gesehen wird. Mängel nach der Abnahme müssen dann beseitigt werden, wenn sie zum Zeitpunkt der Abnahme schon vorhanden bzw. dem Keime nach bereits angelegt waren. Der Auftragnehmer übernimmt keine Garantie für seine Leistung.</p>
Falsche oder zu späte Beratung	<p>Eine weitere Fehlerquelle ist es, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer auf rechtliche Beratung durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht verzichten. Es ist zu betonen, dass die Kosten für eine baubegleitende Beratung, beginnend bei der Vertragsgestaltung über die Bauabwicklung erhebliche Kosten einsparen kann. Viele der genannten Todsünden sind Folge von Formalfehlern. Bei der Vertragsgestaltung können Streitigkeiten vermieden bzw. frühzeitig geregelt werden. Bei der Bauabwicklung wird darauf geachtet, dass die Formalien eingehalten werden. Es ist auch Aufgabe eines eingeschalteten Rechtsanwalts, hier gegebenenfalls streitschlichtend in den Bauablauf einzugreifen. Das Treffen von Zwischenvergleichen, Einschaltung Privatgutachter oder Schiedsgutachten bzw. die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens können beide Parteien vor größeren Schäden bewahren.</p>

3. Zusammenfassung

Diese kurze Darstellung über die „Todsünden bei der Bauabwicklung“ ist eine kleine Hilfestellung für Auftraggeber und Auftragnehmer. Viele der am Bau Beteiligten werden sich in dieser Aufstellung wieder gefunden haben. Die Übersicht soll eine erste Hilfestellung und eine Anregung dafür sein, zukünftig rechtzeitig und richtig die Fehlerquellen zu vermeiden und fachliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Dies hilft Kosten zu sparen.