

# Kanzlei am Steinmarkt

## RAe Kuchenreuter, Dr. Stangl & Alt

### Rundschreiben / Ausgabe 13/2008

#### Thema: Der Verbrauchervertrag für Bauleistungen nach ZDB / Haus & Grund – eine Lösung für Handwerker? / Baurecht

##### 1. Einleitung

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 24.07.2008, Aktenzeichen: VII ZR 55/08, und der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes zum 01.01.2009 Bewegung in die Vertragsgestaltung am Bau gebracht. Grund hierfür ist der Wegfall der Privilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern. Als Reaktion auf diese Rechtsprechung und das Forderungssicherungsgesetz hat der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB) gemeinsam mit der Eigentümerschutz-Gemeinschaft Haus & Grund zwei Bauverträge entwickelt: Den Verbrauchervertrag für Bauleistungen „Einzelgewerk-Handwerkervertrag“ sowie einen Verbrauchervertrag für Bauleistungen „Einfamilienhaus-Schlüsselfertigbau“. Die Verträge sind unter [www.haus-und-grund.net](http://www.haus-und-grund.net) oder [www.zdb.de](http://www.zdb.de) kostenlos abrufbar. Die beiden Verbände empfehlen diese Vertragsmuster ihren Mitgliedern.

Nachfolgend wird der Frage nachgegangen, ob die Vertragsmuster aus Sicht des Auftragnehmers als Lösung empfehlenswert sind. Dabei werden die Vertragsmuster nach dem Stand November 2008 Version VO8.2E bzw. VO8.2H berücksichtigt.

##### 2. Die „Entprivilegierung“ der VOB/B gegenüber Verbrauchern

Die VOB/B wurde bislang „privilegiert“, d. h. die VOB/B wurde, obwohl sie eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, nicht einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterworfen. Eine derartige Inhaltskontrolle führt zur Unwirksamkeit einer Reihe von Bestimmungen der VOB/B zu Lasten des Verwenders. Das Privileg galt aber nur, wenn die VOB/B „als Ganzes“ bzw. „insgesamt“ vereinbart wurde<sup>1</sup>. Der Sonderstatus der VOB/B wurde damit begründet, dass es sich bei der VOB/B um ein ausgewogenes Regelwerk handelt, das die Interessen sowohl der Auftraggeber- als auch der Auftragnehmerseite in ausreichender Weise berücksichtigt<sup>2</sup>. Schrittweise wurde die VOB/B durch Rechtsprechung und Gesetz „entprivilegiert“.

Zunächst tolerierte der BGH Abweichungen des Textes der VOB/B, soweit hierdurch nicht in den „Kernbereich“ der VOB/B eingegriffen wurde. Mangels klarer Abgrenzungskriterien, wann der Kernbereich der VOB/B durch Änderungen berührt war oder nicht, wurde diese Rechtsprechung aufgegeben. Der BGH entschied mit Urteil vom 22.01.2004, dass jede Abweichung des Textes der VOB/B zum Verlust der Privilegierung führt, da die VOB/B nicht mehr als Ganzes bzw. insgesamt vereinbart ist<sup>3</sup>. Die VOB/B war nun einer Inhaltskontrolle nur dann entzogen, wenn die VOB/B in „Reinkultur“ ohne inhaltliche Abweichungen einbezogen wurde. Vorläufiger Schlusspunkt in der Entwicklung der Rechtsprechung ist die Entscheidung des BGH vom 24.07.2008, Aktenzeichen: VII ZR 55/08<sup>4</sup>. Während bisher der BGH sich darauf konzentrierte, Kriterien zu entwickeln, ob und wann eine relevante Abweichung von der VOB/B vorliegt, hat der BGH nun eine Gruppe von Auftraggebern komplett aus dem Anwendungsbereich der Privilegierung herausgenommen. Bei der Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern sei eine Privilegierung nicht gerechtfertigt. Im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) sind Verbraucher satzungsmäßig ausgeschlossen. Diese Verbrau-

<sup>1</sup> BGH BauR 1983, 161 ff.; BGH BauR 1990, 605 ff.

<sup>2</sup> BGH BauR 1983, 161 ff.; BGH BauR 1990, 605 ff.

<sup>3</sup> BGH IBR 2004, 179

<sup>4</sup> BGH IBR 2008, 557

cher können ihre spezifischen Interessen nicht in die VOB/B einbringen, da dort nur die Vertreter der Auftragnehmer- und der Auftraggeberseite, aber ohne Verbraucher, vertreten sind. Folge hiervon ist, dass auch ohne jegliche Abweichung, eine Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern zur Inhaltskontrolle führt.

Der BGH hat mit dieser Entscheidung eine Änderung des Gesetzgebers im Rahmen des Forderungssicherungsgesetzes quasi vorweg genommen. Für die Frage der Privilegierung kommt dem neuen § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB entscheidende Bedeutung zu<sup>5</sup>. Danach unterliegt jede Bestimmung der VOB/B einer Inhaltskontrolle gem. § 307 ff. BGB, wenn die VOB nicht gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet wird. Dies bedeutet, wie es der BGH bereits entschieden hat, dass eine Inhaltskontrolle immer dann stattfindet, wenn ein Auftragnehmer die VOB/B gegenüber einem Verbraucher verwendet. Die VOB/B ist damit gegenüber Verbrauchern auch „kraft Gesetz“ „entprivilegiert“, genießt keinen Sonderstatus mehr.

Folge dieser Entwicklung in Rechtsprechung und Gesetz ist nun, dass Auftragnehmer bei Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern sich selbst benachteiligen, da die VOB/B nun einer Inhaltskontrolle zu Lasten des Verwenders, hier des Auftragnehmers, unterliegt. Eine Reihe von Bestimmungen, die den Auftragnehmer begünstigen, werden unwirksam, eine Reihe von Regelungen, die den Auftraggeber bevorteilen, bleiben uneingeschränkt wirksam. Es verbleibt ein „Gerippe“ der VOB/B mit überwiegend nachteiligen Regelungen für den Auftragnehmer. Der Auftragnehmer genießt kaum mehr Vorteile, sondern nur noch Nachteile aus der Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern.

### **3. Vertragsgestaltung, Lösungsansatz des ZDB / Haus & Grund**

Folge der Entwicklung ist, dass Auftragnehmer nun nicht mehr auf die jahrzehntelang bewährte VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen zurückgreifen können. Die VOB/B genießt gegenüber Verbrauchern keinen Sonderstatus mehr, so dass Auftragnehmer, wie auch sonstige Unternehmer in anderen Branchen, sich erstmalig Gedanken machen müssen, eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen zu entwickeln, die den geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen entsprechen. Dies ist für das Handwerk neu. Zwar wäre dies auch bisher häufig geboten gewesen, aufgrund der Häufigkeit von Abweichungen in der VOB/B, nur war dies wenig bekannt. Abweichungen setzen voraus, dass man den Text der VOB/B kennt. Dieser ist selbst Handwerkern im Detail nicht geläufig, so dass das Risiko gering war. Nun ist die Situation anders, da die bloße Verwendung der VOB/B Verbraucher sensibilisiert.

Die Lösung des Vertragsgestaltungsproblems kann gegenüber Verbrauchern in grundsätzlich zweierlei Richtungen erfolgen.

Der Auftragnehmer kann das BGB als Grundlage für die Vertragsgestaltung nehmen und diese gesetzliche Regelung mit entsprechenden Regelungen der VOB/B, soweit sie sinnvoll und praktikabel sind, anreichern. Dabei muss der Auftragnehmer darauf achten, dass die angeereicherten Regelungen einer Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB stand halten.

Der Auftragnehmer kann aber auch den umgekehrten Weg gehen und die VOB/B als Grundlage der Vertragsgestaltung einsetzen, und diese um gefährdete und gefährliche Regelungen reduzieren.

---

<sup>5</sup> BT-Drucks. 16/9787

Dies ist allein eine Frage des Blickwinkels, das Ziel der Vertragsgestaltung bleibt letztlich gleich, d. h. einen möglichst gegen Inhaltskontrollen „resistenten“ Bauvertrag zu entwickeln.

ZDB und Haus & Grund haben sich entschlossen, ihre Vertragsmuster auf Basis des BGB zu gestalten.

Bei näherer Betrachtung der Vertragsmuster erscheint aus Sicht des Auftragnehmers eine Empfehlung dieser Verträge auch Risiken zu beinhalten, auch wenn das BGB, allein schon aus „psychologischen Gründen“, vorzuzugswürdig ist<sup>6</sup>.

Einige sprachliche Fehler wurden in den letzten Mustern beseitigt, beispielsweise stand noch in den ersten Ausgaben, Stand August 2008, im Vertragskopf unter Namen des Auftraggebers der Zusatz: „Firma“. Dies lässt darauf schließen, dass hier sehr schnell für die Mitglieder ein Verbrauchervertrag entwickelt wurde. Ein Verbraucher mit einer Firma ist regelmäßig kein Verbraucher.

Einige Punkte, die – auch nach Überarbeitung der Muster – kritisch zu betrachten sind, sollen beispielhaft angeführt werden. Die nachfolgenden Ziffern geben die Bezeichnung in den Vertragsmustern wieder.

## **2.0. Vertretung der Vertragspartner**

Ein reibungsloser Bauablauf setzt häufig voraus, dass insbesondere die Auftraggeber durch fachkundige Personen vertreten sind. Im Laufe eines Bauvorhabens ergeben sich zwangsläufig Fragestellungen, die geklärt werden müssen. Die Aufnahme einer Vertretungsregelung ist daher begrüßenswert.

Unverständlich ist, dass diese nach dem Wortlaut lediglich auf Zusatzleistungen beschränkt wird. Regelungen zu entfallenden Leistungen, geänderten Leistungen oder Stundenlohnarbeiten fehlen. Letzteres ist lediglich im Verbrauchervertrag für Bauleistungen „Einfamilienhaus-Schlüsselfertigbau“ geregelt.

## **3.0. Vertragsbestandteile**

Diese Bestimmung legt fest, welche Bestandteile zum Vertrag gehören. Ein Bauvertrag muss erkennen lassen, ob und welche sonstigen Unterlagen, d. h. Angebote, Pläne, Protokolle, Baugenehmigungen, etc. Vertragsinhalt sind.

Viel Streit entsteht zwischen Bauvertragsparteien über den geschuldeten Leistungsumfang.

- Mangelrechtlich schuldet der Auftragnehmer ein funktionstüchtiges Werk; unabhängig davon, ob sie die Funktionstauglichkeit mit der konkret beschriebenen Leistung erreichen lässt.
- Vergütungsrechtlich schuldet der Auftragnehmer „nur“ das vertraglich vereinbarte Bau-Soll, d. h. das „bepreiste Bau-Soll“.

Die Vorgabe in den Mustern, hier die Anlagen genau zu bezeichnen und zu nummerieren, ist begrüßenswert.

---

<sup>6</sup> Der Einsatz der VOB/B dürfte für eine Reihe von Verbrauchern „Signalwirkung“ haben, so dass sich diese überverteilt fühlen bzw. jede Regelung hinterfragen.

Die schlichte Erwähnung der anerkannten Regeln der Technik (ATV/VOB/C) ist dagegen bedenklich. Auch die VOB/C ist nicht nur eine technische, sondern auch eine rechtsgeschäftliche Regelung. Es begegnet dem Verwender dort die gleiche Problematik wie zur VOB/B, d. h. die VOB/C ist auch eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Man denke hier nur an die Abschnitte 4 und 5 der jeweiligen ATV´s. Dort wird z. B. die Abgrenzung zwischen „Nebenleistungen“ und „Besonderen Leistungen“ vorgenommen. Der bloße Hinweis eines Auftragnehmers führt daher gegenüber Verbrauchern nicht dazu, dass diese Regelungen Vertragsinhalt werden.

Bei der Aufnahme der ATV´s ist darauf zu achten, dass diese vollständig aufgezählt werden. Selbst bei kleineren Bauvorhaben sind eine Vielzahl von ATV´s einschlägig. Der Auftragnehmer sollte sich z. B. nicht allein auf die Aufmaßregelungen bei der Kalkulation verlassen. Die Abrechnungsregelungen der VOB/C sind Allgemeine Geschäftsbedingungen und unterliegen einer Inhaltskontrolle. Bei der Auslegung der ATV´s kommt der Verkehrssitte maßgebliche Bedeutung zu, wenn der Wortlaut und Sinn der Regelung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Kommentierungen der VOB/C sind grundsätzlich keine geeignete Hilfe zu deren Auslegung<sup>7</sup>. Bei Wahl eines Einheitspreisvertrages besteht deshalb für den Auftragnehmer die Gefahr, dass beispielsweise Übermessungsklauseln unwirksam sein können, da sie den Auftraggeber unangemessen benachteiligen<sup>8</sup>. Auftragnehmer, die mit diesem Muster auf die Einbeziehung der ATV´s vertrauen, können beim Einheitspreisvertrag Nachteile erleiden.

Der bloße Verweis auf die ATV´s genügt daher nicht.

Im Übrigen genügt nicht nur der Verweis auf die Anlage und deren Beifügung. Empfehlenswert wäre es, dem Verbraucher die Anlagen durch entsprechende Empfangsbestätigung nachweisbar auszuhändigen. Damit wird einem Abstreiten der Beifügung vorgebeugt.

#### **4.0. Vergütung**

Die Vertragsmuster erlauben unter 4.1. nur eine eingeschränkte Möglichkeit, Preisvereinbarungen zu treffen. Theoretisch wären beispielsweise Einheitspreisverträge, Pauschalpreisverträge und Stundenlohnverträge möglich.

Der Verbrauchervertrag für Bauleistungen „Einzelgewerk-Handwerkervertrag“ lässt Stundenlohnverträge unerwähnt. Zumindest „angehängte Stundenlohnpreise“ wären empfehlenswert, um zumindest die Höhe der Regiestunde einer späteren Streitigkeit zu entziehen.

Beim Verbrauchervertrag für Bauleistungen „Einfamilienhaus-Schlüsselfertigbau“ gibt es nur die Möglichkeit eines Pauschalpreisvertrages. Hier ist die gleiche Kritik angebracht wie beim Parallelmuster. In der Baupraxis sind anfallende Regieleistungen nicht selten.

Grundsätzlich dürfte gegenüber dem Verbraucher ein Pauschalpreisvertrag vorzugswürdig sein, da damit auch die Aufmaßproblematik in vielen Fällen umgangen werden kann. Der Auftragnehmer muss sich hier von Fall zu Fall anpassen.

Im Ergebnis wäre hier das Vertragsmuster noch zu ergänzen.

Bedenklich erscheinen auch die Regelungen in 4.2. zu Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen. Nach dem Wortlaut gibt es keinerlei Einschränkungen zu Gunsten des Auftrag-

---

<sup>7</sup> BGH IBR 2004, 487

<sup>8</sup> OLG Stuttgart, IBR 2008, 635

nehmers. Der Auftragnehmer wird verpflichtet, ein entsprechendes schriftliches Angebot zu unterbreiten, unabhängig davon, ob sein Betrieb auf diese Leistungen ausgerichtet ist.

Die Parteien sind nach BGB grundsätzlich nicht befugt, den Vertrag einseitig zu ändern. Das BGB beruht auf dem „Konsensprinzip“. Aber auch im Rahmen eines BGB-Vertrages kann der Auftragnehmer, auch wenn er an die Urkalkulation im Gegensatz zur VOB/B nicht gebunden ist, nicht jede beliebige Preisvorstellung fordern.

Vor Rückgabe eines unterschriebenen Angebots ist der Auftragnehmer nach dem Wortlaut nicht zur Ausführung der Leistung verpflichtet. Dies kann mit Treu und Glauben kollidieren. Der Auftragnehmer hätte die Möglichkeit, seine Leistung zu verweigern, in dem er ein nicht akzeptables Angebot unterbreitet, das der Auftraggeber nicht unterzeichnen kann. Auf diesem „kalten Weg“ kann der Auftragnehmer die Leistung einstellen. Dies erscheint unangemessen. Der Wortlaut verleitet Auftragnehmer dazu, die Arbeit einzustellen und kann verbraucherseitig missverstanden werden, zur Unterschrift verpflichtet zu sein, um den Auftragnehmer zur Leistung zu bewegen.

## 6.0. Abnahme

Die Vertragsmuster sehen jeweils eine förmliche Abnahme vor. Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt am Bau mit weitgehenden Rechtswirkungen. Eine förmliche Abnahme wäre sicherlich wünschenswert. In der Praxis wird aber die förmliche Abnahme gerade im Verbraucherbereich häufig beidseitig versäumt. Die Formulierung gefährdet aber andere Abnahmeformen, wie beispielsweise eine konkludente Abnahme bzw. eine fiktive Abnahme nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Die Regelung dürfte aus Sicht des Auftragnehmers daher nicht interessensgerecht sein, da nicht bei jedem Bauvorhaben eine förmliche Abnahme erfolgt. Der Auftragnehmer versperrt sich selbst den Weg zu alternativen Abnahmeformen.

## 10.0. Aufwendungen für Mängelbeseitigung

Der Auftragnehmer trägt die Kosten der Mängelbeseitigung. Eine Kostenbeteiligung des Auftraggebers ist grundsätzlich unwirksam. Man muss deshalb davon ausgehen, dass ein Auftragnehmer bei einer unberechtigten Mängelrüge keinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Auftraggeber hat. Es liegen allerdings einige Gerichtsentscheidungen vor, die dem Auftragnehmer einen Werklohnanspruch einräumen, wenn der Auftragnehmer vor Beginn seiner Tätigkeit den Auftraggeber unmissverständlich darauf hingewiesen hat, dass seine Tätigkeit davon abhängig macht, dass im Falle der Festlegung der Mangelfreiheit des Gewerks die dafür entstandenen Kosten zu erstatten sind<sup>9</sup>. Bei fehlender Vereinbarung wird diskutiert, ob bei willkürlichen Mängelrügen dem Auftragnehmer zumindest ein Schadensersatzanspruch zusteht<sup>10</sup>.

Die Regelung, dass der Auftraggeber nach dem Wortlaut zur Kostentragung für die Mängelbeseitigung herangezogen werden kann, selbst wenn objektiv kein Mangel vorliegt, ist bedenklich. Der Auftraggeber ist nach der Symptomrechtsprechung des BGH nur verpflichtet, ein Mangelsymptom zu rügen. Es mag daher sein, dass ein Verbraucher ein bestimmtes Erscheinungsbild subjektiv als Mangel deutet, obwohl objektiv kein Mangel vorliegt. Hier den Auftraggeber quasi bereits im Vertrag zur Zahlung zu verpflichten, schränkt mittelbar Mängelrügen des Auftraggebers ein und ist deshalb unangemessen. Der Verbraucher trägt das Risiko, im Falle einer nachträglich objektiv unberechtigten Mängelrüge, Zahlungsansprüchen ausgesetzt zu sein.

<sup>9</sup> LG Kassel, IBR 2008, 209; OLG Brandenburg, IBR 2008, 208; OLG Düsseldorf, IBR 2007, 479; OLG Karlsruhe, IBR 2003, 353

<sup>10</sup> BGH IBR 2008, 144, allerdings zum Kaufrecht

Aus Sicht des Auftragnehmers ist es risikobehaftet, wenn der Auftragnehmer nun auf klare Regelungen im Falle einer Mängelrüge verzichtet im Vertrauen auf die vertragliche Regelung im Verbrauchervertrag.

Wenig empfehlenswert ist in den Musterverträgen auch aus Sicht des Auftragnehmers, Regelungen im Verbrauchervertrag aufzunehmen, die Skonti, Nachlässe, eine Gewährleistungssicherheit (Ziff. 7.5.) oder Vertragsstrafen (Ziff. 11.3.) vorsehen. Allein die Erwähnung im Verbrauchervertrag führt dazu, dass der Auftragnehmer im Rahmen der Vertragsverhandlungen hier erst Verhandlungsspielraum zu Gunsten des Verbrauchers eröffnet, die diesem zuvor gar nicht bekannt gewesen wären. Zumindest wird unnötig für Gesprächsstoff gesorgt, den der Auftragnehmer vermeiden will.

Aus Sicht des Auftragnehmers sollten derartige „Bonbons“ erst im Laufe der Vertragsverhandlung eingeführt, nicht aber im Vertrag als „Checkliste“ zu Gunsten des Verbrauchers aufgeführt werden.

Insgesamt betrachtet, sind aus Sicht des Auftragnehmers die Muster ohne entsprechende Anpassung nicht uneingeschränkt empfehlenswert.

#### **4. Ergebnis**

Die vorstehenden Kritikpunkte sind sicherlich nicht abschließend, zeigen aber, dass die uneingeschränkte Empfehlung des Mustervertrages aus Sicht des Auftragnehmers problematisch ist. Es besteht die Gefahr, dass der Auftragnehmer suggeriert wird, dass diese Vertragsmuster quasi die „Lösung“ der Probleme darstellen. Das Vertrauen auf den gewohnten Einheitspreisvertrag unter Berücksichtigung der Aufmaßregelungen nach den ATV's, gleichzeitige eingeschränkte Vertretungsregelung und Fixierung auf eine förmliche Abnahme, kann im Einzelfall zu mehr Nachteilen als Vorteilen führen.

Es mag daher sein, dass diese Verbraucherverträge aus Sicht des Auftragnehmers einen gewissen „Marketingaspekt“ haben, da dieser in Zusammenarbeit mit Haus & Grund entwickelt wurde. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Auftragnehmer am Bau, wie jeder andere Unternehmer auch, nicht auf eine „Schubladelösung“ zurückgreifen kann, sondern individuelle Allgemeine Geschäftsbedingungen, ausgerichtet auf den eigenen Betrieb, entwickeln muss. Kritische Regelungspunkte müssen im Wege einer Individualvereinbarung einer Lösung zugeführt werden. Dies ist die Konsequenz der Entscheidung des BGH sowie des Forderungssicherungsgesetzes.