

BWE Kreisverband Cham



Bauvertragsgestaltung

- Bauvertragliches Grundwissen -

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



Bauvertragsgestaltung - bauertragliches Grundwissen -

1. Einleitung

In den Zeiten einer katastrophalen Baukonjunktur werden die wichtigsten Weichenstellungen für Auftraggeber (fortan: AG) und Auftragnehmer (fortan: AN) bereits beim Bauvertragsabschluss gestellt. Durch eine sehr strenge Rechtsprechung lässt sich ein Vertrag mit Unterdeckung oder geringen Gewinnmargen auch durch Nachträge kaum mehr „retten“. Eine geringe Kapitaldeckung und ein knappes Zeitbudget verschärfen die Situation. Streit ist am Bau vorprogrammiert. Dies kostet Zeit und Geld.

Erschwerend kommt hinzu, dass Bauprozesse häufig mangels fachlicher Ausbildung der Richter kaum prognostizierbar sind, zumal der Streit nur im Nachhinein bewertet werden kann. Selbst baubegleitende Beratung oder Schlichtung greifen verspätet, wenn die Probleme bereits bestehen.

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

Nachfolgend wird bauertragliches Grundwissen vermittelt. Im Rahmen des Vortrages bei der Bauinnung kann aus Zeitgründen nur auf einen Ausschnitt eingegangen werden. Es wird daher auf das Seminar der IHK verwiesen, in dem eingehend die wichtigsten Punkte eines Bauvertrages erläutert, an Beispielen erklärt und mit Mustern versehen werden.

Seminar Vertragsgestaltung bei Bauverträgen, (Nr. RGI 120-1)

Ort	:	Regensburg
Termin	:	Donnerstag 30. März, 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr
Kosten	:	€ 200,00
Anmeldung	:	IHK Regensburg, Sekretariat, Tel. 09 41 / 56 94-3 15

Cham, den 10. Februar 2006

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Freizeichnung:

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Sie 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. Allgemeines zur Bauvertragsgestaltung

Zur Realisierung eines Bauvorhabens sind zwischen den Vertragsparteien eine Fülle von Punkten zu regeln, weshalb auch im Baugewerbe Standardverträge oder standardisierte Formulierungen in Bauverträgen unverzichtbar sind.

Jeder zwischen zwei Vertragsparteien privatrechtlich abgeschlossene Bauvertrag ist zunächst an den gesetzlichen Regelungen des Werkvertrags nach den §§ 631 bis 651 BGB zu messen. Dies gilt auch für Bauverträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber (z.B. Kommune) und einem Auftragnehmer, allerdings gelten dort vor allem Besonderheiten für den Bereich des Vertragsabschlusses (VOB/A).

Außerhalb dieses Bereiches bestehen keine Besonderheiten. Dies bedeutet, es gelten die Grundsätze des Allgemeinen Vertragsrechts, hier vor allem die Regelungen des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) nach den §§ 1 bis 240 BGB und die Bestimmungen des Rechts der Schuldverhältnisse in den §§ 241 bis 432 BGB.

Nach dem Grundsatz der Formfreiheit kann jeder Bauvertrag mündlich oder sogar nur durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden. Weder das Werkvertragsrecht des BGB noch die VOB/B sehen einen schriftlichen Vertragsabschluss als Wirksamkeitsvoraussetzung vor.

Voraussetzung für das Zustandekommen eines rechtsverbindlichen Bauvertrags ist demnach nur, dass ein entsprechendes Angebot zum Bauvertragsabschluss – zumeist – durch den Auftraggeber auf Seiten des Auftragnehmers nach den Regeln der §§ 145 ff. BGB angenommen wird. Damit allerdings der Vertragsinhalt für die Parteien des Bauvertrages vom Beginn einer Baumaßnahme bis zu deren Abschluss jederzeit für beide Vertragsparteien beweisbar ist, empfiehlt sich für die Baupraxis ohne jegliche Einschränkung und ausnahmslos der schriftliche Abschluss eines solchen Bauvertrages. Diese Empfehlung gilt grundsätzlich auch für etwaige während der Abwicklung eines Bauvertrages getroffenen Ergänzungen oder Änderungen, da gerade diese äußerst streitträchtig sind.

Meist werden Bauverträge von einer Vertragspartei (der wirtschaftlich stärkeren) vorgegeben.

Es stellt bereits einen Vorteil dar, wenn man die sog. „Entwurfsregie“ inne hat, d.h. durch taktisches Verhandeln und Vorlage eines Vertragentwurfs die Leitlinien vorgibt.

2.1. Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen/Individualvereinbarungen

Bei der Bauvertragsgestaltung ist die Kenntnis der Unterscheidung zwischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und Individualvereinbarungen unverzichtbares Grundwissen. Ohne Kenntnis dieser Begriffe kann keine sinnvolle Vertragsgestaltung vorgenommen werden. Es gilt 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 (§ 137 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 Baupraxis Allgemeine Geschäftsbedingungen die Regel und Individualvereinbarungen die Ausnahme sind, gilt es, hier Grundwissen zu haben.

2.1.1. 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.

Gemäß der Definition ist es gleichgültig, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. So können selbst mündliche Vereinbarungen AGB-Charakter haben.

Beispiel:

Eine nur mündlich, vom Hauptunternehmer ständig verwendete Klausel, dass die Abnahme gegenüber dem Subunternehmer erst mit Abnahme der Gesamtbauleistung durch den Bauherrn erfolgen soll, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung und wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz (jetzt § 307 Abs. 2 BGB) unwirksam¹.

MERKE:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind mehr als das sogenannte „Kleingedruckte“.

¹ OLG Celle, IBR 1999, 366



2.1.2. Individualvereinbarungen

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

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

MERKE:

Aushandeln ist folglich mehr als Verhandeln.

Dieser Anforderung hielt kaum noch eine Vereinbarung vor dem BGH stand. Es genügt eben nicht, dass der die Vertragsklauseln verwendende Auftraggeber den Auftragnehmer vor die Wahl gestellt hat, den Vertrag entweder zu den Bedingungen anzunehmen oder von ihm wieder Abstand zu nehmen. Es genügt auch nicht, wenn der Verwender den Inhalt der Vertragsklauseln erläutert und erörtert, selbst wenn dies den Vorstellungen des Vertragspartners entspricht. Vielmehr muss der Verwender dann zweifelsfrei und ernsthaft zum Ausdruck bringen, dass er auch zur Änderung seiner Bedingungen bereit ist. Ohne eine tatsächliche Abänderung der Bedingungen – hierbei ist jede Vertragsklausel gesondert zu untersuchen – lässt sich ein Aushandeln im Nachhinein kaum darlegen und beweisen.

Versuche, dies durch Bestimmungen im Vertrag zu umgehen, wurden von der Rechtsprechung stets abgelehnt.

Beispiel:

Die vorstehenden Bedingungen sind im einzelnen ausgehandelt oder die vorstehenden Bedingungen sind Individualvereinbarungen.

Der BGH hat solche Klauseln in Bauverträgen für AGB-widrig erklärt. Sie dient zur Umgehung der inhaltlichen Anforderungen; vgl. § 306a BGB.

Auch die Auswahlmöglichkeiten in einen vorformulierten Angebot zwischen zwei verschiedenen Formen der Auftragsdurchführung, stellen noch kein individuelles Aushandeln der Vertragsbedingungen dar.

Nicht selten findet man in formularmäßigen Ausschreibungstexten oder im sogenannten Verhandlungsprotokoll den ursprünglichen Ausschreibungstext ändernde oder ergänzende Regelungen und vorformulierte Textteile, die hand- oder maschinenschriftlich zu ergänzen sind. Soweit der Text der Ergänzungen vom Verwender der im übrigen formularmäßigen Texte stammt und lediglich mit dem Vertragspartner durchgesprochen wird, ohne dass dieser auf den Inhalt Einfluss nehmen kann, bleiben diese so ergänzten Texte Allgemeine Geschäftsbedingungen².

Sofern die textliche Ergänzung vom Vertragspartner stammt unterscheidet die Rechtsprechung bei noch auszufüllenden Lücken danach, ob durch die Ergänzung der wesentliche Inhalt der Klausel (erst) bestimmt wird – dann Individualvereinbarung – oder ob es sich nur um eine unselbständige Ergänzung der Klausel handelt – dann bleibt es bei der Allgemeinen Geschäftsbedingung³.

² BGH NJW 1985, 57

³ OLG Karlsruhe IBR 1996, 368



MERKE:

Bei Verhandlungsprotokollen oder Verträgen, die handschriftlich während der Vertragsverhandlung ausgefüllt werden, gilt trotz des Anscheins einer individuellen Vereinbarung:

- Handelt es sich um eine sogenannte unselbständige Ergänzung, die an dem schon vorgedruckten unwirksamen Text nichts ändert, ist die Klausel ohne weiteres unwirksam⁴.
- Handelt es sich um eine sogenannte selbständige Ergänzung (z.B. Höhe der Vertragsstrafe / Verzugstag) ist die Klausel dennoch als AGB einzustufen, wenn die Ausfüllung durch den Verwender mehrfach in gleicher Weise – etwa nach einem vorgefertigten eigenen Muster – vorgenommen wird⁵ und dem anderen Teil keine reelle Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt wird⁶. Dies gilt umso mehr, wenn ein Mitarbeiter des Verwenders vor der Vertragsverhandlung bereits handschriftliche Ergänzungen/Eintragungen vorgenommen hat.

Sofern vom Verwender Wahlmöglichkeiten vorgegeben sind, kann von einer Individualvereinbarung nur dann gesprochen werden, wenn der Vertragspartner eine freie und unbeeinflusste Wahlmöglichkeit hatte, was nur dann angenommen werden kann, wenn sich der Vertragspartner nicht für eine der vom Verwender vorgegebenen Möglichkeiten, sondern eine echte eigene Alternative entscheidet.

Hat der Vertragspartner nur die Wahl zwischen vorgegebenen Möglichkeiten oder sind die vom Verwender vorgegebenen Alternativen besonders in den Vordergrund gestellt, bleibt es bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen trotz Auswahl durch den Vertragspartner⁷.

2.1.3. Rechtsfolgen:

Die Ausführungen zeigen, dass nur in seltensten Fällen tatsächlich Individualvereinbarungen vorliegen. Viele der in der Praxis in Bauverträgen eingesetzten Klauseln hören sich schön an, sind aber unwirksam. Bei der Vertragsgestaltung sollte daher, wenn nicht eine Individualvereinbarung möglich ist, der Bogen nicht überspannt werden.

Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB hat folgende Folgen:

Die betreffende Bestimmung ist unwirksam; es gilt das Gesetz.

Trotz dieser klaren Rechtsfolge werden in der Baupraxis selbst von Rechtsanwälten und Gerichten zwei wichtige Grundsätze missachtet:

1. Grundsatz:

Die AGB-Bestimmungen des BGB schützen nur den Vertragspartner des Verwenders. Dies bedeutet, dass alle Regelungen, welche zu Lasten des Verwenders gehen, nicht nach den AGB-Bestimmungen des BGB überprüft werden. Er kann sich folglich nicht auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Klauseln berufen⁸.

2. Grundsatz:

Maßstab für eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ist das dispositive Gesetzesrecht, also insbesondere das BGB. Kein Maßstab sind andere Vertragsbedingungen, etwa die VOB/B oder die VOB/C. Dies wird oft verkannt.

⁴ BGHZ 102, 152, 158

⁵ BGH NJW 1999, 2180; OLG Nürnberg, BB 1988, 1307;

⁶ BGH NJW 1992, 504

⁷ BGH NJW 1983, 816

⁸ BGH IBR 1998, 155



HINWEIS:

Ein häufig verbreiteter Irrtum in der Baupraxis ist es, dass unwirksame Klauseln auf einen wirksamen Kernbereich reduzierbar sind. Die Klausel ist unwirksam und bleibt auch nicht im reduzierten Umfang aufrechterhalten.

Beispiel:

Eine Vertragsstrafenklausel enthält eine unangemessen hohe Vertragsstrafe, z.B. 0,6 % pro Kalendertag der verschuldeten Verspätung. Die Klausel ist wegen ihrer unangemessenen Höhe und auch wegen mangelnder Obergrenze der maximal in Frage kommender Vertragsstrafe unwirksam und entfällt. Eine Reduzierung auf einen angemessenen Prozentsatz (z.B. 0,2 %) findet nicht statt.

Eine Reduzierung auf einen gerade noch wirksamen Kerngehalt hätte nämlich zur Folge, dass die Gerichte bei unwirksamen Klauseln in jedem Einzelfall rechtsgestaltend das gerade noch zulässige feststellen müssten, das aufrechtzuerhalten wäre. Es gibt keine „**geltungserhaltende Reduktion**“.

MERKE:

Bei der Bauvertragsgestaltung darf der Verwender nicht über „das Ziel hinausschießen“, da er ansonsten auf die meist nachteilige gesetzliche Regelung zurückgeworfen wird. Sofern er die Grenzen beachtet, kann er dagegen entsprechende Verbesserungen gegenüber der gesetzlichen Lage erreichen. Bauvertragsgestaltung ist daher eine Gradwanderung, die mehr als nur Grundwissen im Baurecht erfordert. Zudem ist zu beachten, dass Baurecht sich fortentwickelt, einerseits durch neue oder geänderte Gesetze, andererseits durch neue oder geänderte Rechtssprechung.

Ebenfalls untauglich sind Versuche in Bauverträgen, im Fall einer Unwirksamkeit die entsprechende Regelung durch eine andere zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Derartige Klauseln werden als „**salvatorische Klauseln**“ bezeichnet.

Beispiel:

Eine unwirksame Bedingung ist durch eine solche zu ersetzen, die dem gewollten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.

Derartige Klauseln, die häufig in Bauverträgen anzutreffen sind, sind wegen Verstoß gegen das Transparenzgebot unwirksam. Der Vertragsinhalt ist völlig unklar. Dies gilt auch für Einschränkungen „soweit gesetzlich zulässig“⁹.

2.1.4 Taktische Überlegungen

Da insoweit Vordrucke, Textbausteine bzw. Verhandlungsprotokolle sowie salvatorische Klauseln keine Lösung darstellen, bleibt den Vertragsparteien nur die Möglichkeit durch taktisches Verhandeln möglichst viele Bereiche des Bauvertrages in eine Individualvereinbarung zu erheben.

AG oder AN sollten zumindest versuchen, die rechtliche Haltbarkeit einzelner kritischer Klauseln, insbesondere in **Schlüsselbereichen** des Bauvertrags z.B. Leistungsbeschreibung, Abnahme, Haftung, Mängelrechte, Sicherheiten, durch „**Aushandeln**“ zu erhöhen.

Selbst wenn im Einzelfall aus der Formulklausel im Bauvertrag keine Individualvereinbarung wird, stärkt dies zumindest im Streitfall sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich die

⁹ BGH v. 26.06.1991 und BGH v. 24.09.2002



Verhandlungsposition gegenüber dem Vertragspartner. Es liegen dann **schriftliche Belege** vor, dass man dem Vertragspartner nicht einfach den Vertrag unterschriftsreif vorgelegt hat (= AGB), sondern dieser das Ergebnis einer eingehenden gemeinsamen Verhandlung ist (= Individualvereinbarung).

Möglichkeiten (alternativ oder kumulativ einsetzbar):

- Verhandlungsprotokoll umfassend verfassen, d.h. kein bloßes Ergebnisprotokoll sondern ein Verlaufsprotokoll erstellen. Verlaufsprotokoll bedeutet, dass handschriftlich die inhaltlichen Verhandlungen (Geben und Nehmen) zumindest in den Schlüsselbereichen wiedergegeben werden.
Beispiel:
Es wird handschriftlich unter Gewährleistung im SUB-Vertrag/Verhandlungsprotokoll ergänzt:
GU will in 8 Jahre Gewährleistung, SUB will nur 4 Jahre Gewährleistung nach VOB. Einigung auf 6 Jahre Gewährleistung, SUB muss Gewährleistungsbürgschaft aber nur 4 Jahre stellen.
- Begleitschreiben zu Bauvertrag bzw. bei Einladung zum Verhandlungstermin Zusatz aufnehmen, dass man bereit ist, Klauseln zur Disposition zu stellen.
- Formulklauseln des Bauvertrages tatsächlich abändern (insbesondere handschriftlich mit Unterschriftsbestätigung beider Seiten)
- Bestätigungsschreiben des Vertragspartners provozieren (Akzeptanz von Vertragsklauseln gegen Zustimmung einer bestimmten Vergütung)
- Bestätigungsschreiben über Telefonate, Besprechungen an Vertragspartner schicken, wobei nicht nur Ergebnis sondern auch Inhalt der Verhandlungen (Geben und Nehmen) wiedergegeben wird.
- Bei eigener starker Verhandlungsposition Vertragspartner bewusst Bauvertrag mit Lücken überlassen, damit dieser sie selbst ergänzt, z.B. Verjährungsfristen. Im Anschluss diese Ergänzungen nicht akzeptieren und Verhandlungen beginnen mit dem Ziel, das ursprüngliche Ergebnis einzusetzen.

Diese Vorschläge stellen keine Garantie dar, dass ein Gericht im konkreten Einzelfall tatsächlich von ausgehandelten Klauseln ausgeht, allerdings wird die Wahrscheinlichkeit, dass eine Individualvereinbarung angenommen wird, erhöht. Zumindest wird aber die Verhandlungsposition im Streitfall gestärkt.

2.2. Bedeutung einer Struktur des Bauvertrages

Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer sollten in ihrer jeweiligen Rolle und in ihrer Funktion, sei es als Generalunternehmer, Nachunternehmer, Auftraggeber oder Auftragnehmer eine eigene Struktur des Bauvertrages entwickeln und den Bearbeitungsstand jeweils anpassen.

2.2.1. Struktur des Bauvertrages

AG und AN sollten die „Struktur“ ihres eigenen Bauvertrages möglichst nicht ändern.

Struktur des Vertrages bedeutet, dass immer am gleichen Ort immer das gleiche geregelt wird.

Beispiel:

In Ziff. 2 des Bauvertrages sollte die Vertretung/Vollmachten geregelt, in Ziff. 3 die Vertragsbestandteile, in Ziff. 4 die Vergütung, etc.



Vorteil:

- Schnelles Auffinden von Regelungen möglich, unabhängig von Bauvorhaben und Vertragspartei, ohne dass bei jedem Problem der gesamte Vertrag gelesen werden muss.
- Schnellere Beratung und Betreuung von außen, unabhängig vom Bauvorhaben und Vertragspartner durch Rechtsanwalt/Steuerberater, der mit Struktur vertraut ist.

Sofern im Verlauf einer Vertragsverhandlung Ergänzungen notwendig sind, sollte besser Einschübe mit Unterziffern erfolgen also z. B. zwischen Ziff. 2 und 3 eine neue Ziff. 2a.

Vorteil:

- Schnelles Auffinden von Sondervereinbarungen
- Keine Gefahr von Falsch-/Blindverweisen, da häufig innerhalb eines Vertrages und im Schriftverkehr auf Ziff. Bezug genommen wird.
- Werden Einschübe vorgenommen und die folgende Nummerierung verändert, drohen falsche Verweise.

Eine einfache Grundstruktur für einen Bauvertrag könnte etwa wie folgt aussehen:

GRUNDSTRUKTUR BAUVERTRAG:

Präambel/Vorbemerkung:

- § 1 Vertragsgegenstand**
- § 2 Vertragsbestandteile**
- § 3 Vertretung des Auftraggebers**
- § 4 Leistungsumfang des Auftragnehmers**
- § 5 Ausführung der Leistung**
- § 6 Vergütung**
- § 7 Nachunternehmer**
- § 8 Leistungsänderungen**
- § 9 Ausführungsfristen**
- § 10 Vertragsstrafe/Verzugsschaden**
- § 11 Rechnung/Zahlung**
- § 12 Aufmaß**
- § 13 Stundenlohnarbeiten**
- § 14 Freistellung gem. § 48b EStG**
- § 15 Abnahme**
- § 16 Mängelansprüche**
- § 17 Sicherheiten**
- § 18 Haftung, Versicherungen**
- § 19 Kündigung**
- § 20 Zurückbehaltungsrecht**
- § 21 Abtretung von Forderungen, Aufrechnung**
- § 22 Sonstige Bestimmungen**

Unterschriften



2.2.2. Bearbeitungsstand:

Der Bearbeitungsstand des Bauvertrages sollte im Vertrag oder zumindest intern festgehalten werden, um genau zuordnen zu können, welcher Bearbeitungsstand der Vertrag für das konkrete Bauvorhaben hat. Gesetzesänderungen, neue VOB/B's oder geänderte Rechtsprechung führen zwangsläufig zu einer Anpassung des Bauvertrages.

Vorteil:

- Altersklasse des Vertrages, damit Stand der Vertragsbedingungen schnell erfassbar.
- Anpassungsbedarf schnell erkennbar, wenn z.B. nachträglich Lücken oder Fehler im Bauvertrag erkannt werden, können die Problemverträge intern schneller erfasst werden.

2.3. Grenzen der Bauvertragsgestaltung in tatsächlicher Hinsicht

Der Bauvertragsgestaltung sind auch Grenzen gesetzt, was sie leisten und was sie nicht leisten kann.

Ein guter Bauvertrag klärt mögliche Probleme in einem Zeitpunkt, in dem beide Vertragsparteien Interesse an einer Problemlösung haben, also meist vor Vertragsunterzeichnung. Wird dies sorgfältig und vollständig gemacht, ist ein Bauvertrag hilfreich, Streitigkeiten zu vermeiden. Dennoch auftretende Streitigkeiten werden einer Lösung zugeführt. Offene Fragen werden vor Bauvertragsabschluss angesprochen und geklärt. Interessensgegensätze werden nicht verschwiegen, sondern die Risiken werden vertraglich zugeordnet und geregelt. Konflikte und damit Kosten werden vermieden.

Eine wirtschaftlich erfolgreiche Vertragsabwicklung setzt eine auf die konkrete Situation zugeschnittene Bauvertragsgestaltung voraus.

Dies bedeutet, es gibt kein Standardmuster für alle Bauvorhaben, da die Bauvorhaben und die Rolle als Auftraggeber oder Auftragnehmer wechseln können.

Bauvertragsgestaltung kann kaufmännische Kalkulation und technische Vorbereitung eines Bauvorhabens nicht ersetzen, berücksichtigt dies aber im Vorfeld. Leider werden viele Bauverträge zu früh geschlossen, in einem Zeitpunkt, in dem die Sachfragen noch nicht hinreichend geklärt sind, insbesondere die Planung noch nicht fertiggestellt ist. Selbst sorgfältigste juristische Bauvertragsgestaltung kann Versäumnisse bei der kaufmännischen und technischen Vorbereitung nicht ausgleichen. Dies betrifft insbesondere ein ordnungsgemäßes Leistungsverzeichnis, das Grundlage für die Bestimmung des Bau-Solls ist. Sofern dieses unzureichend bzw. lückenhaft ist, besteht die Gefahr von Streitigkeiten im Bereich von Mängeln und Nachträgen.

MERKE:

Bauvertragsgestaltung macht eine sorgfältige kaufmännische Kalkulation und technische Vorbereitung der Vertragsabwicklung nicht überflüssig.

2.4. Grundregeln der Bauvertragsgestaltung

Einige Grundregeln der Bauvertragsgestaltung werden in der Praxis häufig nicht beherzigt. Gleichgültig, ob BGB oder VOB-Bauvertrag, ist den am Bau Beteiligten zu empfehlen, die Leistung konkret im Bauvertrag festzulegen. Es gilt eine Reihe von allgemeinen Punkten zu beachten, um sich nicht den Auslegungszwängen Dritter, insbesondere Gerichte, auszusetzen:



MERKE:

1. Grundsatz der *Eindeutigkeit*.

Dies gilt insbesondere beim Text des LV. Beispielsweise sind Details des zu verwendenden Materials, wie Hersteller, Fabrikat, Typen oder Farben exakt zu beschreiben. Floskeln wie „handelsübliche Fabrikate“, „deutsches Markenprodukt“ und „oder gleichwertig“ führen nur zu Streit.

2. Grundsatz der *Beweisbarkeit*

Leistung schriftlich festlegen, Vermeidung mündlicher Abreden über den Leistungsinhalt.

3. Grundsatz der *geordneten Dokumentation*

Geordnete Zusammenstellung des Vertragswerks. Sofern auf Anlagen verwiesen wird, diese genau bezeichnen und dem Bauvertrag beifügen.

4. Grundsatz der *Klarheit*

Widersprüchlichkeiten innerhalb des Vertragswerks und dessen Anlagen vermeiden. Gegebenenfalls eine Reihenfolge der Geltung festlegen, welche Unterlagen Vorrang haben.



3. Gesetze und Regelungswerke

Bei der Bauvertragsgestaltung muss man wissen, welches Ziel man anstrebt. Wer das Ziel erreichen will, muss sich über seinen Ausgangspunkt im Klaren sein. Erst wenn **Startposition** und **Ziel** feststehen, kann für die Bauvertragsgestaltung ein **geeigneter Weg** gesucht und beschritten werden.

Ausgangspunkt → Weg → Ziel

Ausgangspunkt ist die Kenntnis der Gesetze und Regelungswerke, die einschlägig sind. Hierauf muss bei der Bauvertragsgestaltung aufgebaut werden.

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag der in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst, usw. Zwangsläufig ist das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Deshalb gibt es daneben die VOB/B, die auf die Besonderheiten von Bauleistungen zugeschnitten ist. Diese ändert bzw. ergänzt die gesetzlichen Regelungen des BGB.

Die Unterscheidung zwischen „**BGB-Bauvertrag**“ und „**VOB/B-Bauvertrag**“ ist eine grundlegende Weichenstellung im privaten Baurecht.¹⁰

Diese Unterscheidung betrifft nicht nur den Inhalt der einzelnen Bestimmungen, sondern auch ihre Rechtsnatur selbst:

3.1. BGB-Bauvertrag

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag, der im Gesetz, im BGB, geregelt ist. Ein **Gesetz gilt unmittelbar** und bedarf **keiner gesonderten Einbeziehung**.

Beim Werkvertrag wird ein Erfolg, das heißt die Herstellung eines körperlichen Gegenstandes als Arbeitsergebnis, beispielsweise das Bauwerk bzw. bestimmte Erneuerungs- oder Umbauarbeiten am bereits errichteten Bauwerk, geschuldet.

Die Regelungen der §§ 631 ff. BGB sind beim BGB-Bauvertrag zu beachten, sie greifen immer dann, wenn die Parteien des Bauvertrages keine abweichenden Regelungen getroffen haben.

3.2. VOB-Bauvertrag

Bei der VOB/B handelt es **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regeln. Ist die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen¹¹, die entsprechend §§ 305 II, 310 I BGB¹² in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen!

¹⁰ Sprachlich werden bereits andere Begriffe für die Vertragsparteien verwendet. Das BGB spricht vom Besteller/Unternehmer, die VOB/B vom Auftraggeber/Auftragnehmer. Im Folgenden wird nur von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen. Auf den Begriff „Bauherr“ wird verzichtet, da dieser insbesondere bei „Vertragsketten“ (z.B. Nachunternehmer) unpassend ist.

¹¹ Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

¹² Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 AGBG



MERKE:

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Es gibt **keinen Automatismus** und **keinen Handelsbrauch** bzgl. der VOB/B-Geltung; auch nicht unter Kaufleuten.

Einbeziehung der VOB/B bedeutet mehr als die bloße Vereinbarung der VOB/B im Bauvertrag. Nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 305 BGB muss der Verwender bei Vertragsabschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hinweisen und der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise bei Vertragsabschluss von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Es genügt daher nicht für die Geltung der VOB/B:

- der Satz: Es gilt die VOB/B als vereinbart
- der Hinweis, auf Wunsch könne der Text der VOB/B dem Bauherrn kostenlos zur Verfügung gestellt werden¹³
- Nachlieferung der VOB/B in Textform nach Vertragsabschluss
- Aufdruck der VOB/B auf Lieferscheinen oder Rechnungen.

Es ist in all diesen Fällen notwendig, dass dem Vertragspartner die VOB/B tatsächlich in vollständiger schriftlicher Form mit dem Angebot oder dem Vertragsentwurf übergeben wird.

Um nicht in Beweisnot zu geraten, wenn später der Vertragspartner die Aushändigung der VOB/B bestreitet, sollte die Aushändigung der VOB/B gesondert unterzeichnet werden oder diese als Anlage zum Bauvertrag mit unterzeichnet werden.

Ausnahme:

Zwischen im Bausektor gewerblich tätigen Unternehmen genügt es für die notwendige Einbeziehung, dass allein auf die VOB/B verwiesen wird, diese also in irgendeiner Stelle des Vertrags als Vertragsgrundlage benannt ist. Gleiches gilt, wenn der Vertragspartner fachmännisch, z.B. durch einen Architekten, bei Vertragsabschluss vertreten wird.

MERKE:

1. Die VOB/B muss dem Vertragspartner **bei** Vertragsabschluss **ausgehändigt** werden! Deshalb sollte der Text der VOB/B dem Bauvertrag nachweisbar beigelegt werden.

Ausnahme vom Grundsatz der Aushändigung der VOB/B:

- Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt gegenüber Unternehmen bzw. im Baubereich Bewanderten¹⁴
- Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt, wenn der Vertragspartner fachmännisch, z.B. durch einen Architekten, bei Vertragsabschluss vertreten wird¹⁵.

2. Ist die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so sind die Regelungen der VOB/B unanwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien die VOB/B vereinbaren wollten und in einem späteren Prozess auf die jeweiligen Anwälte die VOB/B als unstrittig zugrunde legen¹⁶. Dieser „Vereinbarungsfehler“ kann nur durch eine nachträglich nachgeholte Vereinbarung der VOB/B zwischen den Parteien geheilt werden.

¹³ Tempel NZBau 2003, 465 und Werner/Pastor Rn 1009

¹⁴ u.a. BGH BauR 1999, 1186; BauR 1983, 161; BauR 1994, 617; BauR 1991, 328; OLG Hamm BauR 1989, 480

¹⁵ OLG Hamm, NJW-RR 1991, 277

¹⁶ BGH BauR 1999, 1294, 1295



Sofern die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen ist, sind besonders **zwei weitere Punkte** zu beachten:

- Fassung der VOB/B:

Die VOB/B wurde in der jüngeren Vergangenheit mehrfach überarbeitet, so gibt es die VOB/B in **mehreren Fassungen** 1996, 2000 und nun 2002. Die Fassungen unterscheiden sich voneinander, so dass genau geprüft werden muss, welche Fassung der VOB/B vereinbart bzw. ausgehändigt wurde. Im Zweifelsfall muss die gültige Fassung der VOB/B durch Vertragsauslegung ermittelt werden. Danach verbleibende Zweifel gehen grundsätzlich zu Lasten des Verwenders, es gilt dann die für den Vertragspartner günstigere Fassung der VOB/B.

- Privilegierung der VOB/B:

Die VOB/B ist eine standardisierte Vertragsbedingung, die vom **Gesetz privilegiert** ist. Grundsätzlich werden AGB`s an den strengen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gemessen. In § 307 II BGB gibt es eine Generalklausel, die Klauseln danach überprüft, ob der Verwender seinen Vertragspartner unangemessen benachteiligt. In §§ 308, 309 BGB gibt es zudem Kataloge von einzelnen Kriterien an denen Klauseln in AGB`s zu messen sind.

Eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B verstoßen bei einer „isolierten Inhaltskontrolle“, d.h. bei Prüfung jeder einzelnen Klausel, gegen eine Reihe von Vorschriften nach den §§ 305 ff. BGB, so dass ein Teil der Regelungen gegenüber dem Vertragspartner unwirksam wären.

Die VOB/B wurde bislang vom Gesetzgeber privilegiert, dass heißt von einer Kontrolle ausgenommen, wenn die VOB/B „**als Ganzes**“ vereinbart wurde.

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein „**ausgewogenes Regelwerk**“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.¹⁷

Wird die VOB/B nicht als ganzes (insgesamt) vereinbart, so muss jede einzelne VOB/B-Klausel gesondert darauf überprüft werden, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht.

Dieses **Privileg** der VOB/B ist in mehrfacher Hinsicht **gefährdet**:

- Es ist **fraglich**, ob durch die mehrfachen Änderungen, zuletzt durch die nur noch punktuelle Bezugnahme auf die VOB/B im BGB nach der Schuldrechtsreform, dieser **Grundsatz noch gilt**.¹⁸ Nach dem Wortlaut wird die VOB/B lediglich an zwei Stellen abschließend privilegiert (§ 308 Nr. 5 BGB - fingierte Erklärungen, § 309 Nr. 8b ff. BGB Erleichterung der Verjährung). Zudem wird vertreten, dass das BGB allenfalls die Altfassung der VOB/B bevorzuge, nicht aber die VOB/B 2002 (keine dynamische Verweisung). Besondere Bedenken bestehen bei Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern (Art. 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie bei Verträgen mit Verbrauchern).
- Es ist häufig der Fall, dass zwar die VOB/B an sich insgesamt vereinbart wird, der Verwender aber meist im Bauvertrag in Vorbemerkungen oder in zusätzlichen AGB`s etc. die VOB/B **einseitig** zu seinen Gunsten abändert, was eine strenge Prüfung der gesamten VOB/B nach den §§ 305 ff. BGB nach sich zieht (isolierte Inhaltskontrolle).

¹⁷ BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

¹⁸ Rundschreiben Rae Kuchenreuter & Dr. Stangl : 11/2002 Praxis/Schuldrechtsreform/Auswirkungen auf VOB/B, BGH Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 lässt diese Frage noch offen.



Nach neuester Rechtsprechung des BGH¹⁹, führt nun sogar **jede vertragliche Abweichung** von der VOB/B dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht mehr darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat.

Folge hiervon ist, dass eine Reihe von Klauseln der VOB/B unwirksam sind, die für den Verwender ungünstigen Klauseln aber weiter anwendbar bleiben!

MERKE:

In der Baupraxis herrscht weitgehend Unkenntnis über die Konsequenzen dieser BGH-Entscheidung. Bei Vorliegen von Abweichungen von der VOB/B glauben viele irrtümlich am Bau, dass dann die VOB/B überhaupt nicht gelte und komplett außeracht gelassen werden kann. Dies ist grob falsch!

Folge ist allein, dass dann die VOB/B nicht als ganzes vereinbart ist und jede einzelne VOB/B-Klausel des Verwenders gesondert darauf überprüft werden muss, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht.

Keine Abweichungen von der VOB/B sind:

1. VOB/B trifft hierzu keinerlei Regelung:
 - Vertretung des Auftraggebers
 - Freistellung gem. § 48b EStG
2. VOB/B lässt ausdrücklich ergänzende Vereinbarungen zu:
 - abweichende Abrechnungsmethoden, § 2 Nr. 2 VOB/B
 - Vertragsstrafe, § 11 VOB/B
 - Sicherheitsleistung, § 17 VOB/B
3. VOB/B lässt abweichende Vereinbarungen zu:
 - Baustelleneinrichtung, § 4 Nr. 4 VOB/B
 - Verjährungsfrist für Mängel, § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B

Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch künftig Abweichungen von der VOB/B für den Entfall der Privilegierung erforderlich sind, erscheinen solche Abweichungen bei der Vertragsgestaltung in der Baupraxis fast unvermeidbar, so dass denkbarerweise der Schwerpunkt bei der Bauvertragsgestaltung nicht darauf gelegt werden sollte, solche Abweichungen zu vermeiden, sondern davon auszugehen ist, dass die **VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand hält.**

MERKE:

Bei der Bauvertragsgestaltung ist davon auszugehen, dass die VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB standhält.

Welche Bestimmungen sich bei einer Inhaltskontrolle als unwirksam erweisen, hängt davon ab, welche der Parteien „**Verwender**“ im Sinne der §§ 305 ff. BGB ist, d.h. wer den Vertrag stellt, der Auftraggeber oder der Verwender.

Achtung:

Bei Prüfung der Unwirksamkeit einer Klausel unbedingt beachten, wer „Verwender“ ist, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer.

¹⁹ BGH Urteil vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 übt Selbstkritik an der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Es wird eingeräumt, dass keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, wann in den Kerngehalt eingegriffen wurde. Um den Vertragsparteien eine verlässliche Prognose zu ermöglichen, soll im Interesse der Rechtssicherheit jede auch nur geringfügige Änderung der VOB/B zum Wegfall des Privilegs führen!



Auf der Basis der bisherigen **Rechtssprechung** kann bei einer isolierten Inhaltskontrolle von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit nachfolgender VOB/B-Regelungen ausgegangen werden:

VOB/B-Regelung	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
§ 1 Nr. 4 Satz 1 Zusätzliche Leistungen	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 ²⁰
§ 2 Nr. 5 Satz 1 Mehrvergütung bei Leistungsänderung	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 ²¹
§ 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 Ankündigungspflicht Mehrvergütungsanspruch	AG	ja	BGH v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94 ²² (nach einschränkender Auslegung)
§ 2 Nr. 8 Vergütung von Leistungen ohne Auftrag	AG	nein (ja)	BGH v. 31.01.1991 – VII ZR 291/88 ²³ zu der bis 1996 geltenden Fassung (seit der Einfügung des § 2 Nr. 8 Abs. 3 wohl wirksam)
§ 10 Nr. 2 Abs. 2 Alleinhaftung des AN	AG	ja	BGH v. 17.12.1998 – VII ZR 243/97 ²⁴ (nach einschränkender Auslegung)
§ 12 Nr. 5 Abnahmefiktionen	AN	nein	OLG Hamm v. 09.12.1994 – 12 U 41/94 ²⁵
§ 13 Nr. 4 Verjährungsfrist	AN	nein (nein)	BGH v. 08.03.1984 – VII ZR 349/82 ²⁶ (Die Verlängerung auf vier Jahre dürfte im Ergebnis nichts ändern) ²⁷
§ 16 Nr. 3 Abs. 2-5 Schlusszahlungseinwand	AG	nein	BGH v. 19.03.1998 – VII ZR 116/97 ²⁸
§ 16 Nr. 6 Zahlung an Nachunternehmer	AG	nein (ja)	BGH v. 21.06.1990 – VII ZR 109/98 ²⁹ (seit der Neufassung in der VOB 2002 wohl wirksam)
§ 18 Nr. 1 Gerichtsstand	AG	ja	OLG Oldenburg v. 24.04.1996 – 2 U 49/96 ³⁰
§ 18 Nr. 3 Schiedsgutachten	AG	ja	OLG Celle v. 26.01.1995 – 4 U 48/94 ³¹
§ 18 Nr. 4 keine Arbeitseinstellung	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 ³² (nach einschränkender Auslegung)

²⁰ BauR 1996, 378

²¹ BauR 1996, 378

²² BauR 1996, 542

²³ BauR 1991, 1663

²⁴ BauR 1999, 414

²⁵ IBR 1995, 293

²⁶ BauR 1984, 390

²⁷ *Weyer* in Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, VOB/B § 13 Rn 10; wohl auch *Kniffka*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 11.6.2004, vor § 631, Rn 35; a.A. *Locher* in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 15. Aufl., Anhang 1, Rz 102

²⁸ BauR 1998, 614

²⁹ BauR 1990, 727

³⁰ OLG-Report Oldenburg 1996, 169 = NJW-RR 1996, 1486

³¹ BauR 1995, 556

³² BauR 1996, 378



Auf der Basis der **Literatur** kann bei einer isolierten Inhaltskontrolle von der Unwirksamkeit nachfolgender VOB/B-Regelungen ausgegangen werden:

VOB/B-Regelung	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
§ 2 Nr. 7 Abs. 1 Satz 2 Anpassung der Pauschalvergütung bei Unzumutbarkeit	AG/AN	nein	Entgegen § 313 Abs. 3 BGB keinerlei Möglichkeit der Lösung vom Vertrag
§ 4 Nr. 7 Satz 3 Ersatzvornahme erst nach erfolgloser Fristsetzung und Auftragsentziehung	AN	nein	Fristsetzung und Auftragsentziehung als einengende Voraussetzungen
§ 4 Nr. 7 Satz 3 Auftragsentziehung bei versäumter Nachbesserung von Mängeln	AG	nein	Selbst unwesentliche Mängel können zum Auftragsverlust führen
§ 6 Nr. 6 Ersatz des entgangenen Gewinns nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit	AG/AN	nein	Unangemessen bei Verletzung wesentlicher Vertragspflichten
§ 7 Gefahrtragung vor Abnahme	AN	nein	§ 644 BGB lässt die Gefahr grundsätzlich erst mit der Abnahme auf den AG übergehen
§ 12 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 Förmliche Abnahme auf Verlangen	AG	nein	Verlangen des AG höhlt die Abnahmefiktion des § 640 Abs. 1 BGB aus
§ 13 Ausschluss des Rücktrittsrechts	AG/AN	nein	In der VOB/B nicht ausdrücklich enthalten; § 634 Abs. 3 BGB erlaubt einen Rücktritt bei nicht unerheblichen Mängeln, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB bei nicht unerheblichen Pflichtverletzungen
§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 3 Verjährungsfrist für Mängelbeseitigungsleistungen	AN	nein	Verkürzt die fünfjährige Frist nach § 212 i.V.m. § 634a BGB, falls in der Mängelbeseitigungsleistung ein Anerkenntnis liegt
§ 13 Nr. 6 Beschränkungen des Anspruchs auf Minderung	AN	nein	Keine Beschränkungen in § 634 Abs. 1 Satz 3 und § 638 BGB
§ 13 Nr. 7 Abs. 1, 2 (bis VOB 2000) bzw. § 13 Nr. 7 Abs. 3 (VOB 2002) Einschränkungen von Schadensersatzansprüchen	AN	nein	Abweichung von § 635 BGB, der diese Einschränkungen nicht kennt
§ 15 Nr. 3 Satz 5 Anerkenntnis von Stundenlohnzetteln bei fehlender oder verspäteter Rückgabe	AN	nein	Erklärungsfiktion ohne vorherigen gesonderten Hinweis
§ 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Fälligkeit der Schlusszahlung zwei Monate nach Zugang der Rechnung	AG	nein	Gemäß § 641 Abs. 1 BGB tritt Fälligkeit sofort ein, 30 Tage nach Rechnungszugang sogar Verzug, § 286 Abs. 3 BGB
§ 16 Nr. 5 Abs. 3 Verzug erst nach Ablauf einer Nachfrist	AG	nein	§ 286 Abs. 3 BGB lässt Verzug ohne weitere Fristsetzung eintreten
§ 17 Nr. 8 Abs. 2 Rückgabe einer Sicherheit für Mängelansprüche bereits nach zwei Jahren, sofern nicht anders vereinbart	AN	nein	Pflicht zur Rückgabe der Sicherheit vor Verjährung der besicherten Ansprüche ist überraschend



Die vorstehenden Tabellen zeigen, dass sowohl AG-freundliche als auch AN-freundliche Regelungen problematisch bzw. sogar unwirksam sind. Dies führt dazu, dass bei unbewussten Abweichungen von der VOB/B dem Verwender im Einzelfall erhebliche Nachteile drohen.

Deshalb ist es als Grundwissen am Bau unabdingbar, dass sich jeder, ob Auftraggeber oder Auftragnehmer, der eine abgeänderte VOB/B verwenden will, darüber im Klaren ist, dass es eine Inhaltskontrolle zu seinen Gunsten nicht gibt, sehr wohl aber zu seinen Lasten.

TIPP:

1. Sofern bei der Bauvertragsgestaltung darauf verzichtet wird, die VOB/B unverändert zu verwenden, wie es meist der Fall ist, sollte man zumindest daran denken, dass auch all diejenigen Regelungen der VOB/B ausgeschlossen werden, die den Vertragspartner unangemessen begünstigen.
Sonst ist der Schaden der Benutzung der VOB größer als ihr Nutzen aus der Verwendung.
2. Ein Verzicht auf die VOB/B bzw. auf dort enthaltene Regelungen erscheint gleichfalls nicht sinnvoll, da die VOB/B an sich ein vernünftiges Regelungswerk ist. Außerdem ist es ein erheblicher Beitrag zur Rechtssicherheit, wenn im Rahmen eines Bauvertrages Regelungen der VOB/B entnommen werden, da sich dann die Vertragsparteien auf sicherem Terrain bewegen. Es gibt eine Vielzahl von Problemen, die erschöpfend in Literatur und Rechtssprechung behandelt worden sind, so dass durch Eigenkreationen in der Vertragsgestaltung Auslegungsschwierigkeiten vorprogrammiert sind.
3. Es ist letztlich eine Glaubensfrage, ob man einen BGB-Bauvertrag bevorzugt und diesen mit für den Verwender vorteilhaften VOB/B-Regelungen, die isoliert wirksam sind, anreichert oder ob man einen VOB/B-Bauvertrag einsetzt, abgespeckt um die Regelungen der VOB/B, die den Vertragspartner unangemessen begünstigen.

HINWEIS:

1. Bereits die bloße Einbeziehung der VOB/B stellte eine erhebliche Weichenstellung dar, der sich die Baubeteiligten, insbesondere der private Bauherr, meist nicht bewusst ist.
2. Wenn die VOB/B vereinbart ist, gelten auch die Vorschriften der VOB/C (Allgemeine Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV))³³ Neben der VOB/B enthält die VOB/C außer hauptsächlich technischen Bestimmungen auch Vertragsrecht.
3. Es ist sorgfältig der Bauvertrag zu betrachten, ob tatsächlich die VOB/B vereinbart bzw. ob die VOB/B wirksam vereinbart wurde.
4. Es ist auch kritisch anzumerken, dass Vertragsgestaltung nichts für Laien ist und intensiver Erfahrung im Baurecht bedarf. Das Werkvertragsrecht des BGB ist nicht den Verhältnissen des Baus angepasst und bedarf der Ergänzung. Die VOB/B ist ein geeignetes Regelwerk für den Bau, droht aber aufgrund des Verlustes der Privilegierung für den Verwender zum rechtlichen Risiko zu werden.

3.3. Die Bedeutung der VOB/C

Die VOB/C ist, obwohl Bestandteil eines jeden VOB-Vertrages, wie § 10 VOB/A einerseits und insbesondere § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B andererseits unmissverständlich aufzeigen, immer noch das „Stiefkind“ des Baurechts. Obwohl in der VOB/C nahezu 80 Jahre „Bauerfahrung“ seit 1926 von allen Baubeteiligten gesammelt und immer wieder auf den neuesten Stand gebracht wurden, wird diese „Checklisten-Sammlung“ zu wenig genutzt. Trotz dieses Erfahrungsschatzes wird von der VOB/C gerade von Juristen nur wenig Gebrauch gemacht. Grund hierfür ist, dass Gerichte, Rechtsanwälte und Rechtsabteilungen die Technik scheuen. Dabei

³³ Dies ergibt sich aus § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B



lässt sich bereits aus der Langüberschrift der VOB/C entnehmen, dass es hier nicht nur um Technik geht. Diese lautet

„Allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen“

Es geht also auch um **vertragliche** Bedingungen!

Es ist also ein weit verbreiteter Irrtum, dass die VOB/C eigentlich nur für den Techniker interessant ist.

MERKE:

Die VOB/C spricht Recht und Technik gleichermaßen an!

Die VOB/C enthält nämlich auch Vertragsrecht, z.B. über „Nebenleistungen“ und „besondere Leistungen“ oder über „Aufmassregeln“ ansonsten und hauptsächlich technische Bestimmungen.

Die technischen Bestimmungen der VOB/C gelten als Teil der **„anerkannten Regeln der Technik“**, d.h. auch beim BGB Werkvertrag gelten jedenfalls grundsätzlich diese technischen Bestimmungen der VOB/C.

Die Bedeutung der Einzelregelungen der jeweiligen VOB/C DIN-Norm liegt darin, dass die VOB/C das **Bau-Soll** mitbestimmt, folglich bei folgenden Themen besonders praxisrelevant wird:

- **Nachträge**, weil ein Anspruch auf eine höhere Vergütung eine Abweichung des Bau-Solls vom Bau-Ist voraussetzt
- **Baumängel**, weil Mängelansprüche eine Abweichung des Bau-Soll vom Bau-Ist voraussetzen

3.3.1. Rechtsnatur der VOB/C

Die immer wieder von den Gerichten problematisierte Frage nach der Rechtsnatur der VOB/C ist durch die Rechtssprechung der Obergerichte zwischenzeitlich eindeutig beantwortet:

Die ATV sind als **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)** zu verstehen, so dass die Texte entsprechend der Judikatur zur wirksamen Einbeziehung von AGB vom Verwender dem Vertragspartner zugänglich gemacht werden müssen³⁴.

MERKE:

Die VOB/C ist kein Gesetz sondern eine Allgemeine Geschäftsbedingung!

Wenn die VOB/B Vertragsbestandteil ist, gelten **auch** die Vorschriften der VOB/C als **Vertragsbestandteil**. Dies wird in § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B ausdrücklich geregelt. Die Vorschrift lautet:

„Als Bestandteil des Vertrages gelten auch die Allgemeinen technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen.“

Die Rechtsnatur der VOB/C als AGB bedeuten, dass diese ebenso wie die VOB/B gegenüber dem Vertragspartner in den Vertrag einbezogen werden muss. Sie gilt also **nicht automatisch**. Die Entscheidung des BGH mit Urteil vom 17.06.2004 bedeutet gegenüber dem Vertragspartner bzw. dessen Vertreter, die die jeweilige einschlägige DIN nicht kraft Berufes kennen müssen, dass zu ihrer Einbeziehung (wie bei der VOB/B) § 305 Abs. 2 BGB beachtet werden muss und ihr Text **auszuhändigen** ist.

³⁴ BGH IBR 2004, 487; BGH IBR 2000, 484; OLG Celle, IBR 2003, 289; OLG Celle, IBR 2003, 647



MERKE:

Wer die **VOB/C über die rein technischen Bestimmungen hinaus** auch gegenüber nicht im Baurecht bewanderten Personen will, sollte diese nachweisbar **bei Vertragsabschluss aushändigen**. Da diese sehr umfangreich ist, sollte zumindest die DIN 18299 nebst der einschlägigen DIN für das betreffende Gewerk ausgehändigt werden.

3.3.2. Stufenverhältnis der DIN 18299 zu den DIN 18300 ff.

Die DIN 18299 wird mit den Abschnitten 1 bis 5 entsprechend den DIN 18300 ff. Vertragsbestandteil beim VOB/B-Vertrag, wobei die **Vorrangigkeit gegenüber der VOB/B** zu beachten ist, wie § 1 Nr. 2e gegenüber f der VOB/B vorgibt. Der Abschnitt 0 wird – wie bei allen VOB/C-Normen - „nicht“ Vertragsbestandteil, ist jedoch von herausragender Bedeutung für die Bewertung einer nach § 9 VOB/A vorzunehmenden Leistungsbeschreibung. Jede der Spezialnormen der VOB/C enthält im jeweiligen Abschnitt 1 Geltungsbereich die Regelung:

Ergänzend gilt die ATV-DIN 18299 „Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“, Abschnitte 1 – 5. Bei Widersprüchen gegen die Regelungen der ATV-DINvor.“

Ergänzend bedeutet in diesem Zusammenhang, dass immer – **auch** – die Regelungen der DIN 18299 bei der Ausführung und Abrechnung der jeweiligen Bauarbeiten berücksichtigt werden muss. Nur soweit eine Spezialnorm abweichend von der Allgemeinnorm eine für das konkrete Bauvorhaben abweichende Regelung beinhaltet, geht nach dem Grundsatz des Vorrangs „speziell vor allgemein“ die Spezialnorm vor. Für die Praxis am Bau und zur Klärung von Zweifelsfragen kann sich folgende Prüfungsreihenfolge anbieten:

- Handelt es sich um Bauarbeiten? Wenn ja,
- Gibt es hierfür eine gewerkspezifische ATV? Wenn ja,
- Finden sich dort vorrangige Regeln zur Beachtung? Wenn ja,
- Verbleibt eine durch DIN 18299 aufzufüllende Lücke?

Fehlt hingegen eine vorrangige ATV ist sogleich die DIN 18299 anzuwenden.

3.3.3. Gliederung der VOB/C

Die VOB/C selbst ist, der Normungsvorgabe entsprechend, in allen einzelnen Normen gleich strukturiert. Dies erleichtert die Suche nach bestimmten Vorgaben – die jeweilige Bestimmung ist so schnell und einfach aufzufinden.

Gliederung aller VOB/C-Normen	
Abschnitt 0	Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung
Abschnitt 1	Geltungsbereich
Abschnitt 2	Stoffe, Bauteile
Abschnitt 3	Ausführung
Abschnitt 4	Nebenleistungen, Besondere Leistungen
Abschnitt 5	Abrechnung



TIPP:

1. Die stiefmütterliche Behandlung der VOB/C, insbesondere durch die Juristen ist unbegründet. Die VOB/C kann im Einzelfall eine hervorragende Argumentationshilfe bei Mängeln und Nachträgen sein. Voraussetzung hierfür ist, sofern es sich um Vertragsbedingungen, die den § 305 ff. BGB unterliegen, handelt, dass die VOB/C wirksam in den Vertrag mit einbezogen ist. Die DIN 18299 und die einschlägige DIN sollten daher rein vorsorglich dem Vertragspartner ausdrücklich und nachweisbar ausgehändigt werden.
2. Für die Bauvertragsgestaltung bedeutet dies, dass wer die rechtlichen Bestimmungen der VOB/C wie beispielsweise Abschnitt 4 und Abschnitt 5 einer ATV will, letztlich gegenüber Verbrauchern (Häuselbauern) gezwungen ist, die DIN 18229 und die einschlägige DIN bei Bauvertragsabschluss nachweisbar auszuhändigen oder alternativ die dort genannten Regelungen in den Bauvertrag zu übernehmen.
3. Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass die technischen Bestimmungen der VOB/C unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung und unabhängig davon, ob es sich um einen BGB-Bauvertrag oder einen VOB-Vertrag handelt, zu beachten sind. Über die Allgemein anerkannten Regeln der Technik finden hier die Bestimmungen der VOB/C Eingang zur Bestimmung des Bau-Solls.



4. Beispiele inhaltlicher Regelungen

Nachfolgend werden aufbauend auf das vorstehende vermittelte Grundwissen Beispiele inhaltlicher Regelungen für eine Bauvertragsgestaltung erläutert.

Es liegt in der Natur der Sache, dass hier nur eine Auswahl getroffen werden kann. Keinesfalls ersetzt wird hierdurch ein maßgeschneiderter Bauvertrag, der durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht entworfen oder beratend begleitet wird. Zu verschiedenen sind die Rolle als Auftraggeber und Auftragnehmer bzw. Generalunternehmer oder Nachunternehmer, aber auch die einzelnen Bauvorhaben vom Einfamilienhaus bis zum Hotelkomplex. Sinn und Zweck der nachfolgenden Ausführungen ist es insbesondere, ein Problembewusstsein zu schaffen für Fehlerquellen bei der Bauvertragsgestaltung und zu erkennen, wo Regelungs- oder Ergänzungsbedarf besteht.

4.1. Mängelrechte, Verjährung vor und nach Abnahme

Während der Auftragnehmer seine Mängelhaftung am besten ausschließen möchte, kann sie dem Auftraggeber nicht lange genug andauern. Zwischen diesen beiden Polen schwanken die Interessen der Vertragsparteien.

Bei der Verjährung von Mängelansprüchen lassen sich drei Ansatzpunkte unterscheiden, mit denen die gesteckten Ziele erreicht werden können:

- Vereinbarungen über die Dauer der Verjährungsfrist
- Vereinbarungen über den Beginn der Verjährungsfrist
- Vereinbarungen über das Ende der Verjährungsfrist

Entsprechend diesen Alternativen der Bauvertragsgestaltung wird nachfolgend differenziert. Hierbei ist es unerlässlich, zunächst die für diesen Regelungspunkt notwendigen gesetzlichen Bestimmungen aber auch die Regelwerke der VOB/B als Ausgangspunkt zu kennen. Dies zeigt auf, ob und in welchem Umfang Handlungsbedarf für den Auftraggeber bzw. Auftragnehmer für das angestrebte Ziel besteht.

Entscheidend ist dabei, sofern es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, wer Verwender der AGB's ist, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer. Deshalb gilt es auch hier zu differenzieren.

4.1.1. Gesetze und Regelwerke

Vorschriften zur Verjährung finden sich im BGB an verschiedenen Stellen. Zunächst ist die Verjährung im allgemeinen Teil des BGB in den §§ 194 bis 218 BGB geregelt.

Zudem finden sich Sondervorschriften im sogenannten Besonderen Schuldrecht des BGB bei einzelnen Vertragsarten, so unter anderem auch beim Werkvertragsrecht.

Vorschriften zur Verjährung finden sich auch in der VOB/B in § 13 Nr. 4 VOB/B.

Nachfolgend die Texte der gesetzlichen Bestimmungen des BGB bzw. der VOB/B.

§ 195 BGB Regelmäßige Verjährungsfrist
Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.

**§ 199 BGB Beginn der regelmäßigen Verjährungsfristen und Höchstfristen**

- (1) Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem
- 1. der Anspruch entstanden ist und
 - 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.
- (2) Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.
- (3) ¹Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren
- 1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und
 - 2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.
- ²Maßgeblich ist die früher endende Frist.
- (4) Andere Ansprüche als Schadensersatzansprüche verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an.
- (5) Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung.

§ 634a BGB Verjährung der Mängelansprüche

- (1) Die in § 634 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren
1. vorbehaltlich der Nummer 2 in zwei Jahren bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht,
 2. in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, und
 3. im Übrigen in der regelmäßigen Verjährungsfrist.
- (2) Die Verjährung beginnt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und 2 mit der Abnahme.
- (3) Abweichend von Absatz 1 Nr. 1 und 2 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.
- (4) Für das in § 634 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. Der Besteller kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung der Vergütung insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten.
- (5) Auf das in § 634 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.



§ 13 Nr. 4 und Nr. 5 VOB/B Mängelanspruch

4. (1) Ist für die Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke 4 Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr..
- (2) Bei maschinellen und elektro-technischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Absatz 1 2 Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen.
- (3) Die Frist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung; nur für in sich abgeschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme (§ 12 Nr. 2).
5. (1) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regel Fristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regel Fristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.
- (2) Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen.

Diese Vorschriften sind am besten darstellbar im Rahmen einer Übersicht. Bei dieser Übersicht wird sowohl die Altfassung des Gesetzes und der VOB/B berücksichtigt, als auch die jetzige Fassung des BGB, d.h. ab 01.01.2002 bzw. die VOB/B 2002. Im Rahmen der Bauvertragsgestaltung wird nur auf die Neufassung eingegangen.

Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
Mängelansprüche BGB nach Abnahme	<p>1 Jahr: Arbeiten an Grundstücken</p> <p>5 Jahre: Arbeit bei Bauwerk³⁵</p> <p>§ 638 BGB</p>	<p>2 Jahre: bei einem Werk, dessen Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht.</p> <p>5 Jahre: bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen hierfür besteht.</p> <p>§ 634 a I Nr.1, 2 BGB</p>	<p>Die Frist beginnt mit der Abnahme. Eine schriftliche Mängelrüge führt im BGB weder zu einer Hemmung noch zu einem Neubeginn. Nachbesserungsarbeiten unterliegen im BGB keiner gesonderten Verjährung</p>
Mängelansprüche VOB/B nach Abnahme	<p>2 Jahre: für Bauwerke und für Holzkrankungen</p>	<p>4 Jahre: für Bauwerke</p>	<p>Die Frist beginnt mit der Abnahme. Eine schriftliche Mängel-</p>

³⁵ Bauwerk ist die Neuerrichtung von Gebäuden. Veränderungen der Gebäudesubstanz, z. B. Reparatur, Erneuerungs- und Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk nur, wenn sie für Konstruktion, Bestand und Erhaltung oder Nutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden.



Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
	<p>1 Jahr: für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen</p> <p>1 Jahr: bei maschinellen und elektrotechnischen/ elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, wenn der AN dem AG die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht übertragen hat, sonst 2 Jahre.</p> <p>§ 13 Nr. 4 VOB/B</p>	<p>2 Jahre: für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen</p> <p>2 Jahre: bei maschinellen und elektrotechnischen/ elektronischen Anlagen oder Teile davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionalität hat, wenn der AG dem AN während der Verjährungsfrist nicht die Wartung übertragen hat, sonst 4 Jahre.</p> <p>1 Jahr: für feuerberührte und abgasgedämmende Teilen von industriellen Feuerungsanlagen. § 13 Nr. 4 VOB/B</p>	<p>rüge führt bei der VOB/B zu einer Quasi-Verjährungsneubeginn. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist von 4 Jahren oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Abgenommene Nachbesserungsarbeiten unterliegen ihrerseits einer eigenständiger 2 jährigen Verjährung, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist von 4 Jahren oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.</p>
<p>Haftung wegen Arglist/ Organisationsverschulden BGB und VOB/B</p>	<p>30 Jahre: Arglist³⁶ setzt grundsätzlich vorsätzliches Handeln voraus. Der BGH hat die verlängerte Haftung für Arglist auch dann angewendet, wenn der Bauunternehmer in seinem Betrieb nicht organisatorisch sichergestellt hatte, dass im Rahmen einer Qualitätskontrolle vor der Abnahme Mängel festgestellt wurden (Organisationsverschulden)</p>	<p>3 Jahre: Regelfrist</p> <p>nicht vor Ablauf 5 Jahre: bei Bauwerken und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, da ansonsten die Verjährungsfrist wegen Arglist/ Organisationsverschulden kürzer wäre, als die normale Verjährungsfrist.</p> <p>Obergrenzen: <i>Gesundheitsschäden:</i> spätesten 30 Jahren ab Pflichtverletzung <i>sonstige Schäden:</i> spätestens 10 Jahren ab Entstehung des Schadens, spätestens jedoch in 30 Jahren ab Pflichtverletzung</p>	<p>Frist beginnt mit Ablauf des Jahres in dem Anspruch entstanden ist, und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.</p>

³⁶ Arglist liegt vor, wenn der Auftragnehmer sich darüber bewusst ist, dass bestimmte Umstände für Entscheidungen des Auftraggebers von erheblicher Bedeutung sind, so dass er nach Treu und Glauben dazu verpflichtet wäre, dem Auftraggeber Mitteilung über diese Umstände zu machen; BGH BauR 1986, 215. Arglist liegt auch vor, wenn der Auftraggeber vortäuscht, eine geschuldete Leistung erbracht zu haben, obwohl diese tatsächlich nicht ausgeführt wurde. Gleiches gilt, sofern ein Auftraggeber vorspiegelt, eine Leistung entsprechend den vertraglichen Leistungen ausgeführt und diese auch zu Vertragspreisen abgerechnet zu haben, tatsächlich aber eine ganz andere Art der Ausführung wählt.



Anspruch	BGB und VOB/B alt	BGB und VOB/B neu	Anmerkungen
	§ 638 BGB	§§ 634a III, 195 BGB	
Mängelansprüche BGB und VOB/B vor Abnahme	30 Jahre § 195 BGB	3 Jahre: Regelfrist §§ 195, 199 Abs. 1 BGB	Frist beginnt mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist, oder der Gläubiger von denen den Anspruch begründeten Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

Der Übersicht ist zu entnehmen, dass bei Mängelansprüchen nach Abnahme die Dauer der Verjährungsfrist bei BGB etwas länger ist als nach VOB/B. Allerdings kann im Einzelfall im Falle einer schriftlichen Mängelrüge durch den quasi Verjährungsneubeginn die Dauer auch länger sein als nach dem gesetzlichen System des BGB.

Bei Mängelansprüchen vor der Abnahme fehlt eine ausdrückliche Regelung für die Anwendung der Verjährungsfristen nach der Abnahme. Es ist umstritten, ob die Verjährungsregelungen nach Abnahme auf den Zeitraum vor der Abnahme übertragbar sind. Fakt ist, dass eine ausdrückliche Regelung fehlt. Überwiegend wird wohl vertreten, dass deshalb die nun stark verkürzte Regelfrist von 30 auf 3 Jahre gilt, die bei längeren Bauvorhaben unzureichend ist.

HINWEIS:

In der Baupraxis ist häufig *das Märchen vom „verdeckten Mangel“* zu hören. Viele am Bau Beteiligten glauben, dass bei Nichtsichtbarkeit des Mangels, so genannter „verdeckter Mangel“, die Verjährungsfristen von 5 Jahren bei BGB bzw. 2 Jahren bei VOB/B³⁷ nicht gelten, sondern automatisch die Frist von 30 Jahren.

Diese landläufige Meinung ist falsch und verwechselt dies mit der Haftung wegen Arglist bzw. Organisationsverschulden. Diese greift aber nur, wenn deren Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Würde das bloße nicht erkennen können eines Mangels bei Abnahme genügen, dann würden die normalen Verjährungsfristen selten greifen, da es normal ist, dass die meisten Mängel zunächst nicht sichtbar sind und erst später auftreten.

Die Erkennbarkeit eines Mangels bei Abnahme spielt auch keinerlei Rolle für den Beginn der Verjährung für die Ansprüche wegen Mängel.³⁸

Bei den **Grenzen** der Vertragsgestaltung gilt es, insbesondere zwei gesetzliche Bestimmungen zu berücksichtigen:

§ 202 BGB Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung

- (1) Die Verjährung kann bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden.
- (2) Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden.

³⁷ nach den Altfassungen der VOB/B

³⁸ Trapp/Stratmann-Zürbig, Privates Baurecht, Rn. 98, 2003

**§ 307 BGB Inhaltskontrolle**

- (1) ¹Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. ²Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
- 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
 - 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
- (3) ¹Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. ²Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 309 Nr. 8b Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Mängel eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

ff) (Erleichterung der Verjährung) die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist.

Den Vorschriften lässt sich folgendes für die Bauvertragsgestaltung entnehmen:

Individualvereinbarungen

Individualvereinbarungen sind nahezu uneingeschränkt möglich. Sowohl eine Verkürzung als auch Verlängerung der Verjährungsfristen ist denkbar. § 202 BGB schränkt die Bauvertragsgestaltungsfreiheit nun in zwei Fällen ein. Unwirksam ist:

- die Verjährung bei Haftung für Vorsatz im Voraus durch Rechtsgeschäft zu erleichtern, § 202 Abs. 1 BGB,
- die Verjährung durch Rechtsgeschäfte über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus zu erschweren, § 202 Abs. 2 BGB.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen sorgfältig abgewogen werden, da die Verjährungsregelungen des BGB Leitbildfunktion im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB haben. Dies betrifft insbesondere die 5-Jahresfrist. Die verkürzte Gewährleistungsfrist der VOB/B gilt nur, wenn die VOB/B insgesamt vereinbart ist; § 309 Nr. 8 b) ff.) BGB.

- Verlängerung der Verjährungsfrist:

Für bestimmte Gewerke besteht ein Bedürfnis, die Verjährungsfrist von 5 Jahren zu verlängern. So ist nachvollziehbar, dass ein Auftraggeber z.B. bei Flachdacharbeiten ein erhöhtes Bedürfnis für eine verlängerte Verjährungsfrist hat. Der BGH hat dies insoweit bestätigt.



- Verkürzung der Verjährungsfrist:

Eine Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist ist im Rahmen von AGB´s gemäß § 309 Nr. 8b ff. BGB unzulässig. Im kaufmännischen Verkehr gilt dieses Verbot über § 307 BGB. Das Verbot gilt dagegen nicht, wenn die AGB die VOB/B als insgesamt vereinbart haben.

4.1.2. Vereinbarung über die Dauer der Verjährung

Bei Vereinbarung über die Dauer der Verjährung ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer als Verwender zu unterscheiden.

4.1.2.1. Auftraggeber als Verwender

Nachfolgend eine Reihe von Beispielen, die auch häufig wiederkehrend in der Baupraxis zu finden sind.

Beispiel Nr. 1:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt 10 Jahre.

Beispiel Nr. 2:

Die Verjährungsfrist für Mängel der Flachdacharbeiten beträgt 10 Jahre.

Beispiel Nr. 3:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche des Auftraggebers gegen den Nachunternehmer beträgt bei Arbeiten am Bauwerk 5 Jahre und 4 Wochen

Beispiel Nr. 4:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt:

- a) 7 Jahre für die Dachabdichtung
- b) 2 Jahre für alle drehenden und beweglichen Teile, wie z.B. Motoren und Pumpen
- c) 6 Monate für Leuchtmittel
- d) 5 Jahre im Übrigen

Beispiel Nr. 5:

Für Mängel, die bereits vor der Abnahme auftreten, beträgt die Verjährungsfrist gleichfalls 5 Jahre. Auch für diese Mängelansprüche beginnt die Verjährung mit der Abnahme. Kommt es, gleich aus welchem Grund, zu keiner Abnahme, beginnt die 5jährige Verjährungsfrist mit der Erklärung des Auftraggebers, die Abnahme endgültig zu verweigern, den Vertrag zu kündigen oder vom Vertrag zurückzutreten.

Zu diesen Beispielen ist auszuführen:

Beispiel Nr. 1 (Anmerkung):

Unwirksam gemäß § 307 BGB, da hier die Verjährungsfrist für sämtliche Baumängel 10 Jahre beträgt, ohne dass hierfür ein begründetes Bedürfnis für den Auftraggeber besteht³⁹.

Beispiel Nr. 2 (Anmerkung):

Wirksam, da im Gegensatz zum vorangegangenen Beispiel ein begründetes Bedürfnis für den Auftraggeber besteht. Nach dem BGH weisen Flachdächer häufig Ausführungs- und Planungsmängel auf, die erfahrungsgemäß oft erst später als 5 Jahre nach der Abnahme auftreten⁴⁰.

³⁹ BGH BauR 1996, 707; *Ingenstau/Korbion* 15. Auflage, § 13 Nr. 4 VOB/B, Rn 57a

⁴⁰ BGH BauR 1996, 707

**Beispiel Nr. 3 (Anmerkung):**

Die Verlängerung der Verjährungsfrist um 4 Wochen gegenüber der gesetzlichen Frist benachteiligt den Nachunternehmer nicht unangemessen, weil der Auftraggeber sich damit in vertretbarer Weise die Möglichkeit schafft, Mängelansprüche, die sein Auftraggeber kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist ihm gegenüber geltend macht, rechtzeitig an seinen Nachunternehmer weiterzugeben⁴¹. Es soll sogar zulässig sein, die Verjährung der Mängelansprüche allgemein auf 5 Jahre und 1 Monat anzuheben, da dies sachlich gerechtfertigt und nicht unüblich ist. Sie räumen dem Auftraggeber die Möglichkeit ein, die gesetzlich geregelte Frist ohne Zeitdruck auszuschöpfen⁴².

Beispiel Nr. 4 (Anmerkung):

Hier ist zwischen den Unterziffern zu differenzieren.

Wirksam sind a) und d).

Bei a) liegt ein begründetes Bedürfnis für die Verlängerung der Frist vor.

Bei d) wird lediglich die gesetzliche Verjährungsfrist von 5 Jahren wiedergegeben.

Wirksam sind b) und c),

da diese nicht an § 307 BGB zu messen sind. Dies erscheint zunächst überraschend, da die 5 Jahre Gewährleistungsfrist nicht überschritten wurde, sondern für die beweglichen Teile und Leuchtmittel verkürzt wurde. Hier ist aber zu beachten, wer Verwender der Klausel ist. Die AGB-Kontrolle schützt allein den Vertragspartner des Verwenders. Es ist aber nicht verboten, sich selbst zu benachteiligen. Wenn somit der Auftraggeber die gesetzliche Gewährleistungsfrist in seinem eigenen Vertrag erheblich verkürzt, so ist er daran gebunden.

Beispiel Nr. 5 (Anmerkung):

Wohl wirksam. Es dürfte sich letztlich um eine klarstellende Vereinbarung handeln, da für Mängelansprüche vor Abnahme eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht existiert. Zur Vermeidung von Streitigkeiten ist es empfehlenswert, vertraglich zu regeln, wann Mängelansprüche vor Abnahme verjähren. Es erscheint sinnvoll, die Verjährungsfristen nach Abnahme auch vor Abnahme heranzuziehen, da es mit der Leitbildfunktion des Gesetzes nicht vereinbar wäre, dass Ansprüche aus Mängeln, die Anlass dafür waren, dass es – gleich aus welchen Gründen – nicht zur Fortführung und Beendigung des Bauvertrages kommt, nach §§ 195, 199 BGB unter Umständen früher verjähren sollen als Mängelansprüche des Auftraggebers nach § 634a BGB nach Abnahme.

TIPP:

1. Im Bauvertrag eine Regelung zur Dauer der Verjährungsfrist sowohl vor als auch nach Abnahme treffen,
2. Die gesetzliche Verjährungsfrist von 5 Jahren nur für einzelne Gewerke überschreiten, sofern ein begründetes Bedürfnis für den Auftraggeber besteht, da diese Gewerke häufig an Ausführungs- oder Planungsmängeln leiden, die erfahrungsgemäß erst später als 5 Jahre nach Abnahme auftreten.
3. Keine unüberlegte Übernahme von Verjährungsvereinbarungen, da diese im Einzelfall auch zu einem erheblichen Rechtsnachteil werden können. Immer zuerst prüfen, ob Verwender Auftraggeber oder Auftragnehmer ist.

⁴¹ OLG Düsseldorf NJW 1994, 1298

⁴² BGH BauR 1986, 202



4.1.2.2. Auftragnehmer als Verwender

Nachfolgend eine Reihe von Beispielen aus der Baupraxis:

Beispiel Nr. 1:

Für die Verjährung der Mängelansprüche gilt § 13 Nr. 4 VOB/B (bei BGB-Vertrag).

Beispiel Nr. 2:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt:

- a) für Bauarbeiten 5 Jahre
- b) 2 Jahre für alle drehenden und beweglichen Teile wie z.B. Motoren und Pumpen
- c) für Leuchtmittel 6 Monate

Zu diesen Beispielen ist auszuführen:

Beispiel Nr. 1 (Anmerkung):

Unwirksam, da eine Verkürzung der Dauer der Verjährungsfrist nach § 309 Nr. 8b ff. BGB unwirksam ist, sofern die VOB/B nicht insgesamt in den Bauvertrag einbezogen wurde. Es handelt sich insoweit um eine isolierte Verjährungsvereinbarung. Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn die VOB/B ohne jegliche Abweichung vereinbart worden wäre. Hier ist im Streitfall der gesamte Vertrag durch den Auftraggeber nach Abweichungen von der VOB/B zu untersuchen.

Beispiel Nr. 2 (Anmerkung):

Wirksam ist a), da die gesetzliche Gewährleistungsfrist berücksichtigt bleibt. Unwirksam sind gem. § 307 BGB b) und c), da die gesetzliche Gewährleistungsfrist verkürzt wird⁴³. Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, alle Verschleißteile generell einer kürzeren Verjährungsfrist zu unterwerfen. Bereits nach dem Gesetz übernimmt der Auftragnehmer nur die Gewähr dafür, dass seine Leistung „zur Zeit der Abnahme“ mangelfrei ist. Die Mängelursache muss daher bereits im Keim bei Abnahme vorhanden gewesen sein. Lösen spätere Ursachen, wie z.B. übliche Lebensdauer des Gegenstandes, natürliche Alterung und Verschleiß den Mangel aus, liegt ohnehin kein Mängelfall vor. Werden nämlich Teile wie Glühbirnen, Motoren, etc. vor Ablauf der Verjährungsfrist, aber nach ihrer üblichen Lebenserwartung mangelhaft, hat der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer diesbezüglich bereits nach dem Gesetz keinen Mängelanspruch. Es besteht daher kein sachliches Bedürfnis für eine Verkürzung.

TIPP:

1. Der Auftragnehmer hat in der Regel kein Interesse an einer Klarstellung der Verjährungsfristen vor Abnahme, da er günstigstenfalls von der kürzeren 3jährigen Verjährung profitiert.
2. Auftragnehmer sind bei Vereinbarung der VOB/B insgesamt in Bezug auf die Verjährungsfrist nach wie vor bevorteilt, da sie im Regelfall mindestens 1 Jahr weniger haften. Allerdings kann die Haftung nach VOB/B auch länger sein (bis zu 6 Jahre; 4 Jahre + 2 Jahre), wenn Mängel schriftlich gerügt werden (quasi Neubeginn).
3. Die häufig in Bauverträgen zu findenden Verkürzungen für drehende und bewegliche Teile sowie Leuchtmittel sind unwirksam. Allerdings kann aus psychologischen Gründen manchmal die Aufnahme derartiger Bestimmungen tragbar sein, rechtlich sind sie belanglos.

⁴³ BGH Urteil v. 20.04.1999



4.1.3. Vereinbarungen über Beginn der Verjährungsfrist

Bei der Vereinbarung über den Beginn der Verjährungsfrist ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer als Verwender zu differenzieren.

4.1.3.1. Auftraggeber als Verwender

Einige Beispiele aus der Baupraxis:

Beispiel Nr. 1:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beginnt am Tag der mängelfreien Abnahme des Gesamtbauwerks (NU-Vertrag).

Beispiel Nr. 2:

Die Verjährungsfrist beginnt mit Übergabe des Gewerks vom Generalunternehmer an den Bauherrn (NU-Vertrag).

Beispiel Nr. 3:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beginnt mit der bauaufsichtsrechtlichen Gebrauchsabnahme für sämtliche Gewerke (NU-Vertrag).

Beispiel Nr. 4:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gem. § 634a BGB beginnt, wenn alle vom Auftraggeber gerügten Mängel ordnungsgemäß beseitigt sind.

Beispiel Nr. 5:

Für Mängel, die bereits vor der Abnahme auftreten, beginnt die Verjährung gleichfalls mit der Abnahme und beträgt 5 Jahre. Das gleiche gilt, wenn es – gleich aus welchen Gründen – zu keiner Abnahme kommt. In diesem Fall beginnt die Verjährung für Mängelansprüche mit der Erklärung des Auftraggebers, die Abnahme endgültig zu verweigern, den Vertrag zu kündigen oder vom Vertrag zurückzutreten.

Zu diesen Beispielen ist anzumerken:

Beispiel Nr. 1 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 307 BGB, da Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche an einen für den Auftragnehmer als Nachunternehmer nicht maßgeblichen und nicht einflussbaren Termin. Das Gesetz knüpft den Beginn an die Abnahme⁴⁴.

Beispiel Nr. 2 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 307 BGB, da Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche an einen für den Auftragnehmer als Nachunternehmer nicht maßgeblichen und nicht einflussbaren Termin. Das Gesetz knüpft den Beginn an die Abnahme⁴⁵.

Beispiel Nr. 3 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 307 BGB, da Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche an einen für den Auftragnehmer als Nachunternehmer nicht maßgeblichen und nicht einflussbaren Termin. Das Gesetz knüpft den Beginn an die Abnahme⁴⁶.

Beispiel Nr. 4 (Anmerkung):

Unwirksam wegen § 307 BGB, da der Auftraggeber nach § 640 Abs. 1 BGB zur Abnahme einer Bauleistung auch dann verpflichtet ist, wenn das Werk nur unwesentliche Mängel hat. Durch die Klausel könnte der Auftraggeber wegen dem kleinsten Mangel die gesamte Verjährungsfrist verlängern.

⁴⁴ BGH BauR 1989, 322; BauR 1986, 709; OLG Düsseldorf BauR 1984, 95

⁴⁵ BGH BauR 1989, 322; BauR 1986, 709; OLG Düsseldorf BauR 1984, 95

⁴⁶ BGH BauR 1989, 322; BauR 1986, 709; OLG Düsseldorf BauR 1984, 95



Beispiel Nr. 5 (Anmerkung):

Wirksam, da ein Klarstellungsbedürfnis vor dem Zeitraum vor der Abnahme besteht und die Abnahme naturgemäß nicht Anknüpfungspunkt für den Zeitraum vor diesem Ereignis sein kann. Höchststrichterlich nicht geklärt.

TIPP:

1. Der Auftraggeber sollte bei der Vertragsgestaltung den Beginn der Verjährungsfrist an die Abnahme knüpfen. Die Abnahme ist Dreh- und Angelpunkt am Bau und entsprechend durch Rechtssprechung und Literatur weitgehend aufgearbeitet, so dass Unklarheiten vermieden werden.
2. Auftraggeber müssen beachten, dass Bezugspunkt der Abnahme kein für den Auftragnehmer nicht beeinflussbarer Termin sein darf. Eine Vielzahl derartiger Gestaltungen, die insbesondere in Nachunternehmerverträgen in Erscheinung treten, sind rechtlich wirkungslos.

4.1.3.2. Auftragnehmer als Verwender

Ein Beispiel aus der Baupraxis:

Beispiel Nr. 1:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beginnt mit Inbezugnahme des Bauwerks durch den Auftraggeber.

Zu diesem Beispiel ist anzumerken:

Beispiel Nr. 1 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 309 Nr. 8b ff. BGB⁴⁷. Nach dem Wortlaut der Bestimmung würde der Beginn der Mängelansprüche selbst für den Fall eintreten, wenn der Auftraggeber bei der Inbenutzungnahme des Bauwerks die Abnahme verweigert.

TIPP:

1. Der Auftragnehmer sollte bei der Vertragsgestaltung den Beginn der Verjährungsfrist an die Abnahme knüpfen. Die Abnahme ist Dreh- und Angelpunkt am Bau und entsprechend durch Rechtssprechung und Literatur weitgehend aufgearbeitet, so dass Unklarheiten vermieden werden.
2. Klauseln die den entgegenstehenden und geäußerten Willen des Auftraggebers missachten und unabhängig vom konkreten Einzelfall den Beginn der Verjährungsfrist an ein Ereignis knüpfen, sind meist unwirksam.

4.1.4. Vereinbarungen über das Ende der Verjährungsfristen:

Eine Reihe von Beispielen aus der Baupraxis:

Beispiel Nr. 1:

Mängelansprüche des Hauptunternehmers gegenüber dem Nachunternehmer verjähren nach den Bestimmungen des BGB, jedoch keinesfalls vor abschließender Regelung der Mängelansprüche des Bauherrn für die vom Nachunternehmer durchgeführten Leistungen.

Beispiel Nr. 2:

Die Gewährleistungspflicht des Nachunternehmers verjährt jeweils 1 Monat nach der Verjährung der Gewährleistungspflicht des Hauptunternehmers gegenüber dem Auftraggeber.

⁴⁷ BGH BauR 1992, 794



Zu diesen Beispielen ist anzumerken:

Beispiel Nr. 1 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 307 BGB, obwohl der Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche unverändert die Abnahme darstellt. Die Klausel ist unangemessen, da das Ende der Verjährungsfrist nicht feststeht. Dies ist abhängig von einer fremden Gewährleistungsfrist auf die der Nachunternehmer keinerlei Einfluss hat.

Beispiel Nr. 2 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 307 BGB, obwohl der Beginn der Verjährungsfrist für Mängelansprüche unverändert die Abnahme darstellt. Die Klausel ist unangemessen, da das Ende der Verjährungsfrist nicht feststeht. Dies ist abhängig von einer fremden Gewährleistungsfrist auf die der Nachunternehmer keinerlei Einfluss hat.

TIPP:

Die Kreativität vieler Hauptunternehmer kennt keine Grenzen. Es gelten jedoch die gleichen Maßstäbe sowohl für den Beginn als auch dem Ende der Verjährungsfrist. Der Nachunternehmer muss nicht nur den Beginn, sondern auch das Ende der Verjährungsfrist für Mängelansprüche beeinflussen können. Ist dies nicht möglich, ist die Klausel unwirksam.

4.1.5. Sonderfall Baustofflieferant

Die nachfolgenden Beispiele befassen sich mit einem gänzlich anderen Vertragsverhältnis, das aber sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer erhebliche Bedeutung hat. Es geht um die Verjährungsfrist beim Kauf von Baumaterialien. Hier hat es erhebliche Veränderungen mit der Schuldrechtsreform seit 01.01.2002 gegeben, die vorab darzustellen sind:

4.1.5.1. Gesetze und Regelungswerke**§ 438 BGB Verjährung der Mängelansprüche**

(1) Die in § 437 Nr. 1 und 3 bezeichneten Ansprüche verjähren

- 1. in 30 Jahren, wenn der Mangel
 - a) in einem dinglichen Recht eines Dritten, auf Grund dessen Herausgabe der Kaufsache verlangt werden kann, oder
 - b) in einem sonstigen Recht, das im Grundbuch eingetragen ist, besteht,
- 2. in fünf Jahren
 - a) bei einem Bauwerk und
 - b) bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat, und
- 3. im Übrigen in zwei Jahren.

(2) Die Verjährung beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, im Übrigen mit der Ablieferung der Sache.

(3) ¹Abweichend von Absatz 1 Nr. 2 und 3 und Absatz 2 verjähren die Ansprüche in der regelmäßigen Verjährungsfrist, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. ²Im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 tritt die Verjährung jedoch nicht vor Ablauf der dort bestimmten Frist ein.

(4) ¹Für das in § 437 bezeichnete Rücktrittsrecht gilt § 218. ²Der Käufer kann trotz einer Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund des Rücktritts dazu berechtigt sein würde. ³Macht er von diesem Recht Gebrauch, kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten.

(5) Auf das in § 437 bezeichnete Minderungsrecht finden § 218 und Absatz 4 Satz 2 entsprechende Anwendung.



Gemäß § 438 I Nr. 2 b BGB gilt nun eine **fünfjährige** Verjährungsfrist für Ansprüche **wegen** des Mangels einer entsprechend ihrer **üblichen Verwendungsweise** für ein **Bauwerk** verwendeten Sache, die einen **Bauwerksmangel verursacht**.

Es ist dem auf Gewährleistung in Anspruch genommenen Auftragnehmer möglich, den **Baustofflieferanten in Anspruch zu nehmen, ohne im Regelfall Verjährung befürchten zu müssen**. Die fünfjährige Verjährungsfrist gilt nicht nur für Ansprüche der Auftragnehmer gegen ihre Lieferanten, sondern auch für Ansprüche von Zwischenhändlern gegenüber anderen Zwischenhändlern oder den Hersteller von Baumaterialien, von Auftraggebern, welche die Baumaterialien selbst erwerben und entweder selbst einbauen oder einbauen lassen.

Ein Kaufvertrag über Sachen, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet werden, liegt nicht nur bei einem Erwerb von fertig gestellten Produkten vor, sondern nach § 651 BGB auch beim Vertrag über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen. Deshalb haftet z.B. das Kaufhaus, das Baumaterialien verkauft, ebenso wie der Betonlieferant nach § 438 I Nr. 2 b BGB⁴⁸

Die **Verjährung beginnt** in jedem dieser Rechtsverhältnisse nach § 438 II BGB mit der **Ablieferung der Baumaterialien**. Der spätere Zeitpunkt der Verwendung der Baumaterialien spielt keine Rolle, da der Verkäufer darauf keinen Einfluss hat. Insoweit ist für Regressansprüche **kein völliger Gleichlauf** der Verjährungsfristen in den einzelnen Handelsstufen erreichbar.⁴⁹

Die Sache muss entsprechend ihrer **üblichen Verwendungsweise** für ein Bauwerk verwendet worden sein und dessen Mangelhaftigkeit verursacht haben. Der Begriff "entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise" zwingt nach der Begründung zu einer **objektiven Betrachtungsweise**.

Es kommt nicht darauf an, ob der Lieferant im Einzelfall von der konkreten Verwendung Kenntnis hat. Die Bezugnahme auf die "übliche" Verwendung bezweckt eine Beschränkung des Anwendungsbereichs. Nicht erfasst sind Sachen, deren bauliche Verwendung außerhalb des Üblichen liegt. Voraussetzung ist somit, dass das Material **bestimmungsgemäß** in einem Bauwerk verwandt worden ist.

Die Gesetzesbegründung nennt den Fall für eine bestimmungswidrige Verwendung, dass ein Künstler extravagante Sachen als Baustoff einsetzt, um einem Gebäude eine künstlerische Note zu verleihen.

Unklar ist, ob die fünfjährige Verjährungsfrist auch für solche Sachen gilt, die vom Auftragnehmer ausdrücklich beim Lieferanten für den Einbau in ein Bauwerk bestellt werden, die aber üblicherweise nicht für ein Bauwerk verwendet werden.⁵⁰

Nach der sprachlichen Fassung des § 438 I Nr. 2 b BGB gilt die fünfjährige Frist für die Verwendung der Sache **für Bauwerke**. Das würde bedeuten, dass diese Frist immer dann gilt, wenn eine Sache im Sinne dieser Regelung in ein Bauwerk eingebaut wird und zwar unabhängig davon, welches Gewicht die Einbauleistungen haben. Darunter fielen dann auch geringfügige Verwendungen, wie z.B. die Installation einer neuen Steckdose, der Ersatz eines abgebrochenen Türgriffs, die Installation einer neuen Badezimmerarmatur usw.⁵¹ Aus der Begründung geht hervor, dass das nicht gewollt ist.

⁴⁸Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 14.11.2003, § 634a BGB, Rn. 26

⁴⁹Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 14.11.2003, § 634a BGB, Rn. 27

⁵⁰Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 14.11.2003, § 634a BGB, Rn. 28

⁵¹Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 14.11.2003, § 634a BGB, Rn. 29



§ 438 I Nr. 2 b BGB gilt zwar auch für die Fälle, in denen kein neues Bauwerk errichtet wird. Insoweit soll es jedoch darauf ankommen, ob Arbeiten an einem Bauwerk im Sinne der Rechtsprechung zum Verjährungsrecht, § 638 BGB a. F., vorgenommen werden.

Das sind **Arbeiten, die für Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung** sind, wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden.⁵² Dagegen gilt § 438 I Nr. 2 b BGB n. F. nicht, wenn das Material lediglich für eine Reparatur verwendet wird, die nach der Definition der Rechtsprechung nicht als Arbeit am Bauwerk einzustufen ist. Hier ist die Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

Die Ungewissheit des Lieferanten, ob das Material für Arbeiten beim Bauwerk oder nicht verwendet wird, muss hingenommen werden. Er muss sich von vornherein auf eine fünfjährige Mängelhaftung einrichten⁵³.

Die fünfjährige Verjährungsfrist kommt nur in Betracht, wenn der Mangel der Sache **ursächlich** für den Mangel des Bauwerks ist. Hat der Auftragnehmer die mangelfreie Sache lediglich fehlerhaft eingebaut, greift die fünfjährige Verjährungsfrist nicht.

Die Neuregelung wirft ein weiteres Problem auf, dass noch nicht geklärt ist. Es stellt sich die Frage, ob es eine Art „**springende Verjährung**“ gibt. Hierzu folgendes Beispiel:

Beispiel:

Der Dachdecker D1 erwirbt vom Baustofflieferant L im März 2003 eine Ladung Dachziegel XYZ-. Der Dachdecker D2 erwirbt vom gleichen Baustofflieferant L im März 2003 ebenfalls eine Ladung Dachziegel XYZ-. Der Dachziegel XYZ- ist mangelhaft, was auch bei einer Prüfung nicht entdeckt werden kann. Beide, D1 und D2, lagern die Ware zunächst auf dem Betriebsgelände und haben keine Kenntnis vom Mangel.

D1 baut die Dachziegel im Juli 2004 beim Bauherrn B1 ein, wobei diese zu Mängeln am Bauwerk im Januar 2007 führen. D1 nimmt deshalb gemäß § 438 I Nr. 2 b BGB innerhalb der fünfjährigen Frist den L in Anspruch. L kann sich nicht auf die übliche kaufrechtliche Verjährungsfrist von 2 Jahren berufen und haftet.

D2 baut die Dachziegel im Juli 2006 beim Bauherrn B2 ein, wobei diese zu Mängeln am Bauwerk im Januar 2007 führen. Sofern man § 438 I Nr. 2 b BGB dem Wortlaut nach anwendet, gilt das gleiche wie bei D1, das heißt, L haftet gegenüber D2 genauso wie gegenüber D1.

Dies wirkt auf den ersten Blick nicht ungewöhnlich, da nicht ersichtlich ist, weshalb D2 schlechter als D1 behandelt werden soll, nur weil dieser die Dachziegel später eingebaut hat. Auch eine Bevorzugung des L erscheint nicht angebracht, da dieser mangelhafte Dachziegel geliefert hat.

Zweifel am Ergebnis kommen aber auf, wenn man feststellt, dass D2 im Zeitraum zwischen März 2005 und März 2008 eigentlich keinerlei kaufrechtliche Ansprüche gegen L hatte und diese erst durch den späten Einbau im Juli 2006 bei B2 erwirbt. Die Verjährung „springt“ quasi durch den Einbau von 2 auf 5 Jahre.

Die Zweifel verstärken sich, wenn man sich vorstellt, dass ein sorgfältiger D2 vor dem Einbau im Juni 2006 bei einer Qualitätskontrolle feststellt, dass die Dachziegel XYZ- mangelhaft sind. D2 hat keine kaufrechtlichen Ansprüche gegen L, da die zweijährige Verjährungsfrist abgelaufen ist und die fünfjährige Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 2 b BGB mangels Einbau nicht greift.

Soll D2 nun belohnt werden, indem er mangelhaftes Material bei B2 einbaut, um so in den Genuss des Verjährungssprungs auf 5 Jahre zu gelangen?

Soll D2 nun auf Grund seiner Kontrolle bestraft werden, indem er kein mangelhaftes Material bei B2 einbaut, um nun auf dem mangelhaften Baumaterial sitzen zu bleiben?

Die fünfjährige Verjährungsfrist soll deshalb nur anwendbar sein, wenn das Baumaterial innerhalb von zwei Jahren ab Ablieferung eingebaut wird. Andernfalls würde ein bereits ver-

⁵² BT-Drs. 14/1640, 533

⁵³ Bedenken bei Teichmann, ZfBR 2002, 12, 20



jährter Anspruch durch bloßen Einbau in ein Bauwerk wieder aufleben. Es bleibt abzuwarten, welchen Weg die Rechtsprechung einschlagen wird.

Trotz der Neuregelung und einigen Zweifelsfragen, sollten sich Auftraggeber, aber insbesondere die Auftragnehmer bewusst sein, dass nicht nur aus wirtschaftlichen, sondern auch aus rechtlichen Gründen, eine zeitnahe bestimmungsgemäße Verwendung der Baumaterialien angeraten ist.

Die Verjährungsfrist gegenüber dem Baustofflieferanten beginnt bereits mit der Ablieferung der Baustoffe und nicht erst mit der Abnahme der eigentlichen Bauleistung. Insofern verbleibt eine **zeitliche Lücke**, die aber durch zeitnahe Verwendung der Baumaterialien verkleinert werden kann.

Trotz dieses unterschiedlichen Verjährungsbeginns ändert dies nichts daran, dass die Rückgriffsmöglichkeiten des Auftragnehmers gegen seinen Baustofflieferanten verbessert worden sind.

HINWEIS:

1. Es lohnt sich für den Auftraggeber und den Auftragnehmer, **Kaufbelege und Lieferscheine** über Baumaterialien, die er selbst bezogen hat, aufzubewahren. Gegenüber der normalen Verjährungsfrist im Kaufrecht von 2 Jahren ergibt sich mit 5 Jahren eine erhebliche Verlängerung!
2. Es ist **zeitnaher Einbau** der Baumaterialien geboten, um die Verjährungslücke und das Haftungsrisiko zu verkleinern.
3. Es ist am Bau sorgfältig zu dokumentieren, welche Materialien von welchem Baustoffhändler in welches Bauvorhaben eingebaut worden sind, ansonsten wird der Kausalitätsnachweis schwierig.

4.1.5.2. Bauunternehmer als Verwender gegenüber Baustofflieferant.

Im Gegensatz zu den vorherigen Beispielen handelt es sich nachfolgend um das Vertragsverhältnis Bauunternehmer gegenüber dem Baustofflieferanten, also einen Kaufvertrag.

Beispiel Nr. 1:

Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche beträgt 5 Jahre und 6 Monate nach Lieferung des Baustoffes.

Beispiel Nr. 2:

Die Verjährung der Mängelansprüche gem. § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB beginnt mit der Abnahme der Bauleistung durch den Auftraggeber.

Zu diesen Beispielen ist anzumerken:

Beispiel Nr. 1 (Anmerkung):

Wohl wirksam. Zwar beträgt die Verjährungsfrist des Baustofflieferanten für Mängelansprüche 5 Jahre, beginnend mit der Ablieferung des Baustoffes. Man wird aber den Auftragnehmer ein erhöhtes Bedürfnis nicht abstreiten können, da eine gewisse Lücke zwischen Ablieferung durch den Baustofflieferanten und Abnahme des Werks durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer besteht.

Beispiel Nr. 2 (Anmerkung):

Unwirksam gem. § 307 BGB. Der Baustofflieferant hat keinerlei Einfluss darauf, wann die Gewährleistungsfrist beginnt. Folglich wird die Verjährungsfrist für den Baustofflieferanten unzumutbar verschoben.



TIPP:

1. Auftragnehmer sollten über eigene **Einkaufsbedingungen** verfügen, da insoweit die vom Baustoffhandel ausgearbeiteten Verkaufsbedingungen häufig die Rechte des Auftragnehmers beschneiden. Selbst wenn aufgrund der Marktposition die eigenen Einkaufsbedingungen nicht gegenüber dem Baustofflieferanten durchsetzbar sein sollten, wird durch widersprechende AGB´s zumindest die Wirkung der Bestimmungen der Verkaufs-AGB´s der Baustofflieferanten in vielen Bereichen neutralisiert. Widersprechen sich nämlich AGB´s in bestimmten Punkten, gilt meist die gesetzliche Lage.
2. Auftragnehmern bleibt in Bezug auf die Verjährung nur wenig Spielraum. Erfreulich ist, dass der Gesetzgeber insoweit nachgebessert hat und die Verjährungsfrist von 6 Monaten auf 5 Jahre angehoben hat. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Auftragnehmer sauber **dokumentieren** und **rechtzeitig handeln** muss (Mängelrüge, gegebenenfalls Streitverkündung).

4.2. Sicherheitsleistung, insbesondere Rückgabe

In der Praxis spielt die vertragliche Vereinbarung von Sicherheiten eine ganz erhebliche Rolle. Die Vereinbarung von Sicherheiten dient der Absicherung von Bonität und Insolvenz des anderen Vertragspartners. Aufgrund der schlechten konjunkturellen Situation und den zunehmenden Insolvenzen in der Baubranche hat das Thema zunehmend an Relevanz gewonnen. Einen kurzen Überblick über die Sicherheiten mag nachfolgende Aufstellung geben:

Gesetzliche Sicherheiten	Vertragliche Sicherheiten
§ 648 BGB Bauhandwerkersicherungshypothek	Sicherheitseinbehalt Bürgschaft (Anzahlungsbürgschaft, Vertragserfüllungsbürgschaft oder Mängelbürgschaft/ Gewährleistungsbürgschaft)
§ 648a BGB Bauhandwerkersicherung	Hinterlegung von Geld
GSB Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen	Garantie
	Patronatserklärung
	Finanzierungsbestätigung
	Sicherungsabtretung
	Schuldbeitritt

Die vorstehende Übersicht soll lediglich aufzeigen, dass es eine Vielzahl von Sicherungsmechanismen gibt, wobei die gesetzlichen Sicherheiten lückenhaft sind und in der Praxis gerade für den vorleistungspflichtigen Auftragnehmer Regelungsbedarf besteht. Sicherheiten des Auftraggebers sind derzeit selten zu finden, üblich sind dagegen häufig Sicherheiten der Auftragnehmerseite, insbesondere die Vertragserfüllungsbürgschaft und die Mängelbürgschaft (früher Gewährleistungsbürgschaft).

In der Baupraxis haben sich vor allem folgende Sicherungsmittel durchgesetzt:

- Sicherheit durch Einbehalt von Geld und
- Sicherheit durch selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft.



4.2.1. Gesetze und Regelungswerke

Über die genannten schwachen gesetzlichen Sicherheiten hinaus bestehen nur unzureichende Regelungen. Sowohl § 232 BGB als auch der häufig bemühte § 17 VOB/B begründen keinen Anspruch für den Auftraggeber oder Auftragnehmer auf Leistung einer Sicherheit. Sie setzen ihrerseits eine Vereinbarung voraus.

§ 232 BGB Arten

- (1) Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, durch Verpfändung von Forderungen, die in das Bundesschuldbuch oder in das Landesschuldbuch eines Landes eingetragen sind, durch Verpfändung beweglicher Sachen, durch Bestellung von Schiffshypotheken an Schiffen oder Schiffsbauwerken, die in einem deutschen Schiffsregister oder Schiffsbauregister eingetragen sind, durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken, durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstück besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken.
- (2) Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig.

§ 17 VOB/B Sicherheitsleistung

1. (1) Wenn Sicherheitsleistung vereinbart ist, gelten die [§§ 232 bis 240 BGB](#), soweit sich aus den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes ergibt.
(2) Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen.
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 in der Europäischen Gemeinschaft oder in einem Staat der Vertragsparteien des [Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum](#) oder in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zugelassen ist.
3. Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen.
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 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.
5. Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Etwaige Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu.
6. (1) Soll der Auftraggeber vereinbarungsgemäß die Sicherheit in Teilbeträgen von seinen Zahlungen einbehalten, so darf er jeweils die Zahlung um höchstens 10 v.H. kürzen, bis die vereinbarte Sicherheitssumme erreicht ist. Den jeweils einbehaltenen Betrag hat er dem Auftragnehmer mitzuteilen und binnen 18 Werktagen nach dieser Mitteilung auf ein Sperrkonto bei dem vereinbarten Geldinstitut einzuzahlen. Gleichzeitig muss er veranlassen, dass dieses Geldinstitut den Auftragnehmer von der Einzahlung des Sicherheitsbetrags benachrichtigt. Nummer 5 gilt entsprechend.
(2) Bei kleineren oder kurzfristigen Aufträgen ist es zulässig, dass der Auftraggeber den einbehaltenen Sicherheitsbetrag erst bei der Schlusszahlung auf ein Sperrkonto einzahlt.
(3) Zahlt der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag nicht rechtzeitig ein, so kann ihm der Auftragnehmer hierfür eine angemessene Nachfrist setzen. Lässt der Auftraggeber auch diese verstreichen, so kann der Auftragnehmer die sofortige Auszahlung des einbehaltenen Betrags verlangen und braucht dann keine Sicherheit mehr zu leisten.
(4) Öffentliche Auftraggeber sind berechtigt, den als Sicherheit einbehaltenen Betrag auf eigenes Verwahrgeldkonto zu nehmen; der Betrag wird nicht verzinst.



7. Der Auftragnehmer hat die Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsabschluss zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist. Soweit er diese Verpflichtung nicht erfüllt hat, ist der Auftraggeber berechtigt, vom Guthaben des Auftragnehmers einen Betrag in Höhe der vereinbarten Sicherheit einzubehalten. Im Übrigen gelten die Nummern 5 und 6 außer Abs. 1 Satz 1 entsprechend.
8. (1) Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.
(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.

Bereits dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass die vorstehend genannten Vorschriften eine Sicherheitsabrede voraussetzen, die aber nicht selbst begründen „wer Sicherheit zu leisten hat“ bei § 232 BGB bzw. „wann Sicherheit vereinbart ist“ bei § 17 VOB/B.

Individualvereinbarungen

Individualvereinbarungen sind weitgehend zulässig. Rechtssprechung dazu existiert, soweit überschaubar, nicht. Eine Unwirksamkeit der Abrede wegen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB könnte allenfalls in Betracht kommen, wenn ein Auftraggeber gegenüber einem Auftragnehmer das gegenwärtig aufgrund Angebotsüberhangs das wirtschaftliche Ungleichgewicht ausgespielt hat und sich die Höhe der zu leistenden Sicherheit oberhalb der üblichen Grenze bewegt, ohne dass sich dies durch die Besonderheiten des Vertrages rechtfertigen lässt. Denkbar wäre dies bei Ansetzen von dem zwei- bis dreifachen der üblichen Sätze zugunsten des Auftraggebers von 5 % für die Mängelsicherheit und 10 % für die Vertragserfüllungssicherheit⁵⁴. Beim Auftragnehmer sind die Grenzen für eine Sittenwidrigkeit gleichfalls sehr hoch, zumal der Auftragnehmer aufgrund der gesetzlichen Risikoverteilung ein hohes Vorleistungsrisiko trägt und sich auf die Wertung des § 648a BGB berufen kann. Auch hier scheinen die Grenzen eher theoretischer Natur zu sein, etwa bei Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 50 % der Vergütung⁵⁵.

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen engen Grenzen. Gerade in diesem Bereich hat die Rechtssprechung in den letzten Jahren immer höhere Anforderungen gestellt mit steigender Tendenz. Bei der Vereinbarung von Sicherheiten ist größte Vorsicht geboten, zumal sich aus dem Gesetz keine Pflicht zur Leistung einer Sicherheit ergibt. Werden die Grenzen überschritten, führt die Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung im Zweifel dazu, dass überhaupt kein Anspruch auf Sicherheit besteht. Bei der Bauvertragsgestaltung gilt daher hier der Grundsatz „Weniger ist mehr“.

MERKE:

Bei der Vertragsgestaltung ist bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen in diesem Punkt Zurückhaltung geboten, um am Ende nicht ohne Sicherheit zu bleiben.

⁵⁴ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rn 48

⁵⁵ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rn 98



Bei der Sicherungsvereinbarung ist folgendes zu regeln:

- Höhe der Sicherheit, insbesondere die relevante Bezugsgröße (Prozentsatz, Brutto- oder Nettosumme)
- Sicherungszweck (Welche Ansprüche werden gesichert?)
- Wahl des Sicherungsmittels
- Verwertungsreife der Sicherheit
- Sicherungsdauer

4.2.2. Sicherungshöhe

Bei der Sicherungshöhe ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu differenzieren zwischen einer Vertragserfüllungsbürgschaft und einer Mängelbürgschaft
Hierbei gelten derzeit folgende Höhen:

- 5 % für eine Mängelsicherheit⁵⁶
- 10 % für eine Vertragserfüllungssicherheit

Die Bezugsgröße muss genannt werden. Bei der Mängelsicherheit wird an die Schlussrechnungssumme in der objektiv richtigen Höhe angeknüpft. Bei der Erfüllungssicherheit wird üblicherweise an die Auftragssumme angeknüpft.

In der Vereinbarung muss klargestellt werden, ob die Bezugsgröße brutto oder netto ist. Beim vorsteuerabzugsberechtigten Auftraggeber wird man auf den Nettobetrag abstellen müssen, beim nichtvorsteuerabzugsberechtigten Auftraggeber auf den Bruttobetrag⁵⁷.

4.2.3. Sicherungszweck

Bei der Bauvertragsgestaltung ist der Sicherungszweck festzulegen. Beim BGB-Bauvertrag existieren keine Vorgaben, so dass es unabdingbar ist, hier den Sicherungszweck vertraglich zu bestimmen.

Im Rahmen eines VOB/B-Bauvertrages kann nötigenfalls auf eine Auslegungsregelung nach § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B zurückgegriffen werden.

Eine Bürgschaft dient der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung und der Gewährleistung durch den Auftragnehmer.

Soll die Bürgschaft der Erfüllung anderer Pflichten des Auftragnehmers als die in § 17 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B sichern oder auf bestimmte Ansprüche beschränkt sein, so ist dafür eine ausdrückliche Zweckbestimmung erforderlich.

TIPP:

Der Sicherungszweck ist im Bauvertrag exakt zu vereinbaren. Im Bauvertrag ist das Sicherungsmittel konkret zu bezeichnen.

4.2.4. Sicherungsdauer

Bei der Mängelsicherheit ist eine Orientierung an die gesetzlichen Verjährungsfristen für Mängelansprüche geboten. Die Sicherheit dient ihrem Zweck nach dazu, die Erfüllung von Mängelansprüchen des Auftraggebers sicherzustellen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die VOB/B 2002 eine wichtige Neuregelung in § 17 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B gebracht hat. Nachdem die Regelverjährung der Mängelansprüche in § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B verlängert wurde, wurde dies nicht im Bereich der Sicherheitsleistung angepasst. Nach § 17 Nr. 8

⁵⁶ BGH IBR 2003, 291

⁵⁷ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rn 77



Abs. 2 VOB/B ist eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche bereits nach Ablauf von 2 Jahren, also der alten Regelverjährung der VOB/B, zurückzugeben, sofern nichts anderes vereinbart wird.

Auftraggeber sollten daher bei der Bauvertragsgestaltung, falls die Sicherungsdauer die gesamte Mängelfrist umspannen soll, entgegen früherer Praxis eine ausdrückliche Regelung aufnehmen. Fehlt die ausdrückliche Vereinbarung oder Anknüpfung an einen anderen Rückgabezeitpunkt, ist die Mängelsicherheit bereits nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, was zu einer Lücke führt. Hierüber sind sich viele Auftraggeber nicht bewusst, aber auch auf Auftragnehmerseite ist nicht bekannt, dass viele Mängelbürgschaften mangels vorheriger Vereinbarung bereits vor Ablauf der Gewährleistungsfristen zurückforderbar sind.

TIPP:

Auftraggeber sollten daher dringend vereinbaren, dass die Sicherheit erst nach Ablauf der Mängelsicherungsfrist zurückzugeben ist.

Zulässig dürfte es auch sein, für einzelne Bereiche mangelanfälliger Gewerke (z.B. Flachdacharbeiten) oder wegen dem Einsatz von nicht hinreichend erprobter neuer Techniken entsprechend der empfohlenen Verlängerung der Mängelfristen auch die Rückgabe der Sicherheiten entsprechend anzupassen.

Es empfiehlt sich daher, eine Reduzierung der Sicherheit nach Ablauf der Verjährungsfristen für die sonstigen, unbedenklichen Gewerke/Teile zu vereinbaren. Die Details hierzu sind höchstrichterlich noch nicht geklärt. Man wird hier differenzieren müssen nach dem Wert der risikobehafteten Leistungen im Verhältnis zur Auftragssumme bzw. Schlussrechnungssumme⁵⁸.

TIPP:

Bei der Bauvertragsgestaltung müssen Auftraggeber bei der Formulierung Rücksicht nehmen, da ansonsten bei einer differenzierten Verlängerung des Rückgabezeitpunkts für die Sicherheit bei gleichzeitiger Verlängerung der Mängelfristen für risikobehaftete Gewerke leicht eine Übersicherung eintreten kann, die unwirksam ist.

Ein weiterer kaum bekannter Regelungspunkt ist mit der Schuldrechtsreform entstanden. Nach altem Recht verjährte der Bürgschaftsanspruch erst nach 30 Jahren, § 196 BGB. Seit der Schuldrechtsreform ist diese Verjährungsfrist auf 3 Jahre verkürzt worden, § 195 BGB. Letztere Frist beginnt allerdings erst ab Entstehung und Kenntnis des Anspruchs zu laufen und beträgt maximal 10 Jahre, § 199 BGB.

Im Einzelfall kann der Bürgschaftsanspruch vor dem Mängelanspruch verjähren. Die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem die Zahlungspflicht des Bürgen fällig wird. Es kann daher durch Nacherfüllung, sonstige Anerkenntnisse oder der quasi Neubeginn nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B eine Situation eintreten, in dem sich die Verjährungsfrist der Mängelansprüche verlängert, was angesichts der kurzen Verjährungsfrist der Bürgschaft von 3 Jahren zu einer Sicherheitslücke werden kann. Der Sicherungsfall tritt ein, wenn der Auftraggeber wegen eines Anspruchs gegen den Hauptschuldner/Auftragnehmer auch gegen den Bürgen vorgehen kann, weil sich ein einstandspflichtiger Mangel am Bauwerk gezeigt hat. Somit kann die Verjährungsfrist von Bürgschaftsansprüchen (3 Jahre) kürzer sein als die Verjährungsfrist von Einstandspflichten (4 oder 5 Jahre).

⁵⁸ Schmitz, Sicherheiten für die Bauvertragsparteien, Rn 79

**Beispiel Nr. 1:**

Es liegt ein VOB/B-Vertrag vor. Ein Bauvorhaben wird am 01.02.2002 abgenommen. Mit Abnahme wird eine Mängelsicherheitsbürgschaft übergeben. Der Auftraggeber fordert den Auftragnehmer am 01.12.2002 schriftlich (§ 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B) vergeblich unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Damit verjährt der Mängelanspruch am 01.02.2006. Der Bürgschaftsanspruch dagegen verjährt bereits zum 31.12.2005. Danach kann der Bürge nicht mehr in Anspruch genommen werden.

Zur Meidung dieses Risikos ist im Bauvertrag festzulegen, dass die Ansprüche aus der Mängelbürgschaft nicht vor den zu sichernden Mängelansprüchen verjähren.

TIPP:

Es ist Auftraggebern zu empfehlen, ausdrücklich im Bauvertrag zu regeln, dass die Bürgschaftsforderung nicht verjährt vor der abgesicherten Hauptforderung.

Eine Regelung zur Sicherheitsleistung im Vertrag könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

MUSTER : Sicherheitsleistung

1. Der AN ist verpflichtet, dem AG bezüglich der vertraglich vereinbarten Bauarbeiten Sicherheit für die Vertragserfüllung in Höhe von 10 % der Bruttoauftragssumme und Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 5 % der Bruttoabrechnungssumme zu leisten.
2. Die Sicherheit für Vertragserfüllung erstreckt sich auf die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschl. Abrechnung, Mängelansprüche oder Schadensersatz, sowie auf die Erstattung von Überzahlungen einschließlich der Zinsen.
3. Die Sicherheit für Mängelansprüche erstreckt sich auf die Erfüllung der Mängelansprüche einschließlich Schadensersatz sowie auf die Erstattung von Überzahlungen einschließlich der Zinsen.
4. Sowohl die Vertragserfüllungssicherheit wie die Sicherheit für Mängelansprüche dienen auch zur Absicherung solcher Ansprüche, denen der Auftraggeber bei Nichtzahlung des Mindestentgeltes oder der Beiträge zur Urlaubskasse durch den Nachunternehmer ausgesetzt ist (§ 1 a AEntG).
5. Wird Sicherheit durch eine Bürgschaft geleistet, muss die Bürgschaftsurkunde folgende Erklärungen des Bürgen enthalten:
 - Der Bürge übernimmt für den AN die selbstschuldnerische Bürgschaft nach deutschem Recht.
 - Auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung sowie der Vorausklage gemäß §§ 770, 771 BGB wird verzichtet. Der Verzicht auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gilt nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Hauptschuldners.
 - Die Bürgschaft ist unbefristet; sie erlischt mit der Rückgabe dieser Bürgschaftsurkunde.
 - Ansprüche aus der Bürgschaft verjähren in keinem Fall früher als die gesicherte Forderung. Im Höchstfall gilt jedoch die Frist des § 202 Abs. 2 BGB.
 - Der Bürge verzichtet auf das Recht der Hinterlegung.
 - Gerichtsstand ist
6. Die Bürgschaft ist über den Gesamtbetrag der Sicherheit in nur einer Urkunde zu stellen.
7. Die Urkunde über die Vertragserfüllungsbürgschaft wird zurückgegeben, wenn der AN
 - die Leistung vertragsgemäß erfüllt hat,
 - etwaig erhobene Ansprüche befriedigt sind und
 - eine vereinbarte Sicherheit für Mängelansprüche geleistet hat.



8. Die Urkunde über die Bürgschaft für Mängelansprüche wird auf Verlangen zurückgegeben, wenn die Verjährungsfristen für Mängelansprüche abgelaufen und die bis dahin erhobenen Ansprüche erfüllt sind. Die Bürgschaftsverpflichtung ist für die Dauer der Mängelhaftung aufrecht zu erhalten.

4.2.5. Deckungsgleichheit, Vereinbarung/Sicherheit

In der Baupraxis ist häufig festzustellen, dass trotz eines Bauvertrags mit entsprechender Sicherungsabrede die Vertragsparteien es versäumen, zu überprüfen, inwieweit die hereingereichte Bürgschaft tatsächlich mit der Sicherungsabrede übereinstimmt. Nicht wenige Bürgen neigen nämlich dazu, den Sicherungszweck der Bürgschaft gegenüber dem Sicherungszweck einer Sicherungsabrede erheblich einzuschränken. Stimmt die Bürgschaft mit der Sicherungsabrede nicht überein, liegen die Voraussetzungen für das Austauschrecht des Auftragnehmers gem. § 17 Nr. 3 VOB/B nicht vor. Der Auftraggeber sollte daher die Bürgschaft zurückweisen und eine vertragsgerechte Bürgschaft einfordern.

Leider wird dies in der Praxis häufig nicht bemerkt, was im Sicherungsfall zu erheblichen finanziellen Ausfällen führen kann.

TIPP:

Die Vertragsparteien müssen stets prüfen, ob der Sicherungszweck der Bürgschaftsurkunde mit dem Sicherungszweck der vertraglichen Vereinbarung übereinstimmt und keine Einschränkung hinsichtlich Höhe, Umfang, Zweck und Dauer enthält.