

BAUVERTRAGSRECHT

VERTRAGSGESTALTUNG UND

VERTRAGSVERHANDLUNG

NACH BGB UND VOB/B

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

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

Bauvertragsrecht Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung nach BGB und VOB/B

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	006
2.	Bauvertragsgestaltung, allgemein	007
2.1.	Bauvertragsabschluss	010
2.1.1.	Bauvertragsabschluss, Verhandlung über den Vertrag	011
2.1.1.1.	Gesetzliches Schuldverhältnis durch Verhandlung	011
2.1.1.2.	Abbruch der Verhandlung	012
2.1.2.	Bauvertragsabschluss, Angebot und Annahme	013
2.1.2.1.	Angebot	013
2.1.2.1.1.	Abgrenzung des Angebots	014
2.1.2.1.2.	Bindung an das Angebot	015
2.1.2.2.	Annahme	017
2.1.2.2.1.	Annahmezeitpunkt	018
2.1.2.2.2.	Verspätete oder modifizierte Annahme (neues Angebot)	020
2.1.2.2.3.	Schweigen im Rechtsverkehr	023
2.1.2.2.4.	Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	024
2.1.2.2.5.	Auftragsbestätigung	026
2.1.2.2.6.	Zuschlag bei öffentlicher Vergabe	027
2.1.2.3.	Dissens	028
2.1.3.	Bauvertragsabschluss, Wirksamkeit	029
2.1.3.1.	Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	029
2.1.3.2.	Verstoß wegen Sittenwidrigkeit	030
2.1.3.3.	Verstoß gegen Formvorschriften	031
2.1.3.4.	Verstoß gegen Formvorschriften öffentlicher Auftraggeber	033
2.1.3.5.	Verstoß gegen Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers	034
2.1.3.6.	Widerruf bei Haustürgeschäften	035
2.1.4.	Bauvertragsabschluss, Vollmachten	037
2.1.4.1.	Baustellenpersonal	038
2.1.4.2.	Architekt	039
2.1.4.3.	Anscheins- und Duldungsvollmacht	040
2.1.4.4.	Sonderfall Ehegatten	041
2.1.4.5.	Sonderfall Wohnungseigentümergeinschaft	041
2.2.	Taktische Überlegungen	042
2.2.1.	Angebotsbindung, Verhandlungsprotokoll	043
2.2.2.	Reaktion auf verspätete/abweichende Auftragsschreiben	043
2.2.3.	Reaktion auf „Auftragsbestätigung“ bzw. „kaufmännisches Bestätigungsschreiben“	044
2.2.4.	Klärung der Vertretungsbefugnisse	044
2.2.5.	Zugangsprobleme	044
2.2.6.	Baustellendokumentation	046

2.3.	Bedeutung Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) / Individualabrede	047
2.3.1.	Allgemeine Geschäftsbedingungen	048
2.3.2.	Individualvereinbarungen	050
2.3.3.	Rechtsfolgen	052
2.3.4.	Taktische Überlegungen	054
2.3.5.	Zusammenfassung	062
3.	Bauvertragsgestaltung, Struktur	063
3.1.	Struktur des Bauvertrages	063
3.2.	Bearbeitungsstand	064
3.3.	Grenzen der Bauvertragsgestaltung in tatsächlicher Hinsicht	065
3.4.	Grundregeln der Bauvertragsgestaltung	066
3.5.	Taktische Überlegungen	067
3.6.	Zusammenfassung	068
4.	Bauvertragsgestaltung, Gesetze und Regelungswerke	069
4.1.	Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag	071
4.1.1.	BGB-Bauvertrag	076
4.1.2.	VOB-Bauvertrag	076
4.2.	Vereinbarung der VOB/B	078
4.3.	Privilegierung der VOB/B	080
4.4.	Entprivilegierung der VOB/B	081
4.4.1.	Abweichung von der VOB/B	081
4.4.2.	Verbraucher und VOB/B	085
4.5.	Folgen der Inhaltskontrolle für die VOB/B	088
4.6.	Arbeitshilfen zu „entprivilegiertes“ VOB/B	090
4.7.	Taktische Überlegungen	124
4.8.	Die Bedeutung der VOB/C	125
4.8.1.	Rechtsnatur der VOB/C	126
4.8.2.	Stufenverhältnis der DIN 18299 zu den DIN 18300 ff.	127
4.8.3.	Gliederung der VOB/C	128
4.9.	Zusammenfassung	129
5.	Bauvertragsgestaltung, Beispiele inhaltlicher Regelungen	130
5.1.	Vertragspartner	131
5.2.	Vertragsbestandteile	135
5.3.	Vertretung des Auftraggebers/Auftragnehmers	139
5.4.	Leistungsumfang des Auftragnehmers	141
5.5.	Vergütung	145
5.5.1.	Einheitspreisvertrag	145
5.5.2.	Pauschalierte Vergütung	146
5.5.3.	„Detail-Pauschalvertrag“	147
5.5.4.	„Global-Pauschalvertrag“	148
5.5.5.	„Garantierter Maximalpreis“	149
5.5.6.	Bedeutung der Wahl des Vertragstyps für Nachträge	150
5.5.6.1.	Einheitspreisvertrag	150
5.5.6.2.	Detail-Pauschalpreisvertrag	150
5.5.6.3.	Global-Pauschalpreisvertrag	151
5.5.6.4.	Gemischter Global-/Detail- Pauschalpreisvertrag	151

5.6.	Nachunternehmer	154
5.7.	Leistungsänderung	155
5.8.	Ausführungsfristen	159
5.9.	Vertragsstrafe/Verzugsschaden	163
5.10.	Rechnung/Zahlung	169
5.10.1.	Einvernehmliche Vereinbarung von baubegleitenden Abschlagszahlungen	172
5.11.	Stundenlohnarbeiten	179
5.12.	Abnahme	180
5.12.1.	Rechtswirkungen der Abnahme	180
5.12.2.	Abnahmeformen	183
5.13.	Mängelrechte, Verjährung vor und nach Abnahme	188
5.13.1.	Mangelbegriff nach BGB	189
5.13.1.1.	Sachmangel	189
5.13.1.2.	Rechtsmangel	191
5.13.1.3.	Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik	192
5.13.1.4.	Ausdehnung des Mangelbegriffs	193
5.13.1.5.	Zeitpunkt der Mangelfreiheit	196
5.13.2.	Mangelbegriff nach VOB/B	197
5.13.3.	Beweislast	197
5.13.4.	Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB und VOB/B	197
5.13.5.	Gesetze und Regelungswerke	202
5.13.6.	Vereinbarung über die Dauer der Verjährung	206
5.13.6.1.	Auftraggeber als Verwender	206
5.13.6.2.	Auftragnehmer als Verwender	208
5.13.7.	Vereinbarungen über Beginn der Verjährungsfrist	209
5.13.7.1.	Auftraggeber als Verwender	209
5.13.7.2.	Auftragnehmer als Verwender	211
5.13.8.	Vereinbarungen über das Ende der Verjährungsfristen	211
5.14.	Sicherheitsleistung, insbesondere Rückgabe	212
5.14.1.	Gesetze und Regelungswerke	213
5.14.2.	Sicherungshöhe	214
5.14.3.	Sicherungszweck	215
5.14.4.	Sicherungsdauer	215
5.14.5.	Deckungsgleichheit, Vereinbarung/Sicherheit	219
5.15.	Kündigung	219
5.16.	Schlussbestimmungen	222
5.17.	Unterschrift	226
6.	Zusammenfassung	227

VOB/B 2009 nach Abweichungen durch Auftraggeber als Verwender	091
VOB/B 2009 nach Abweichungen durch Auftragnehmer als Verwender	107
Texte BGB	229
Texte BGB (Werkvertrag)	246
Texte VOB/B 2009	251

Bauvertragsrecht Vertragsgestaltung und Vertragsverhandlung nach BGB und VOB/B

1. Einleitung

Die meisten Unfälle passieren am Schreibtisch. Dies gilt auch für die Gestaltung des Bauvertrags. Sinn und Zweck der Darstellung ist es, den Teilnehmern die Bedeutung der Vertragsgestaltung und der Vertragsverhandlung aufzuzeigen. Dabei ist die Seite, auf der der Mitarbeiter steht, nachrangig. Die wichtigsten Weichenstellungen für Auftraggeber (fortan: AG) und Auftragnehmer (fortan: AN) werden 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 durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht greifen verspätet, wenn die Probleme bereits bestehen und eine ungünstige vertragliche Ausgangssituation vorliegt.

Ziel muss es daher sein, einen Bauvertrag abzuschließen, der Streit möglichst vermeidet, Risiken minimiert oder für seine Beilegung vertragliche Regelungen enthält. Dies mag eine idealistische Vorstellung sein, dennoch können durch Bauvertragsgestaltung Probleme vermieden oder zumindest reduziert werden. Die Risiken haben sich auf Seiten des Auftragnehmers im Rechtsverkehr gegenüber Verbrauchern zudem noch verschärft, nachdem der BGH mit Urteil vom 24.07.2008, Aktenzeichen: VII ZR 55/07 und aufgrund des am 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG), die so genannte Privilegierung der VOB/B aufgehoben hat.

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

Cham, den 25. Februar 2011

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

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

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

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

2. Bauvertragsgestaltung, allgemein

Der Bauvertrag ist der Dreh- und Angelpunkt des gesamten Bauvertragsrechts. Aus diesem Vertrag ergeben sich für alle Beteiligten deren Pflichten. Es wird festgelegt, was der Auftragnehmer an Leistung zu erbringen hat, ebenso was der Auftraggeber dafür an Vergütung zu zahlen hat. Bauzeit, die Folgen mangelhafter oder verspäteter Bauleistung und sonstige Rechte und Pflichten der Vertragspartner, ergeben sich aus dem Bauvertrag. Verträge zu gestalten, ist ohne rechtliche Kompetenz nicht zu bewältigen. Die Vertragsparteien betreten neue Rechtsräume, aber leider häufig, ohne sich dieses Umstandes wirklich bewusst zu sein. Die Materie „Bauvertragsgestaltung“ ist sowohl komplex als auch folgenreich.

Einleitend bedarf es einer Einordnung dieser Rechtsmaterie innerhalb des Gesamtbegriffes „Baurecht“.

Man unterscheidet das **öffentliche** und das **private Baurecht**.

Öffentliches Baurecht	Privates Baurecht
<p>Staat $\xrightarrow{\text{Subordination}}$ Baubeteiligte</p> <ul style="list-style-type: none"> Bauordnungsrecht $\xrightarrow{\text{LBauO}}$ Bauplanungsrecht $\xrightarrow{\text{BauGB}}$ $\xrightarrow{\text{BauNVO}}$ 	<p>Baubeteiligter $\xleftrightarrow{\text{Gleichordnung}}$ Baubeteiligter</p> <p>Bei Bauunternehmern i. d. R. Werkvertragsrecht</p> <ul style="list-style-type: none"> $\xrightarrow{\text{BGB}}$ $\xrightarrow{\text{VOB/B, wenn vereinbart!}}$ <p>Bei Architekten</p> <ul style="list-style-type: none"> $\xrightarrow{\text{BGB}}$ $\xrightarrow{\text{HOAI}}$
Unabhängige Regelungsbereiche	

Das öffentliche Baurecht ist die „Summe aller Vorschriften, die dazu dienen, die Bebauung von Grundstücken zu ordnen und zu fördern“. Es erfasst alle Regelungen, die die Zulässigkeit der Bebauung von Grundstücken betreffen. Hierbei ist nicht nur die Errichtung geregelt, sondern auch die Beseitigung, Nutzung und Änderung von baulichen Anlagen.

Die Parteien eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses stehen in einem „Subordinationsverhältnis“, also in einem Über- und Unterordnungsverhältnis.

Beispiel:

Ein Bauherr stellt einen Antrag auf eine Baugenehmigung bei der zuständigen Behörde. Die Behörde handelt öffentlich-rechtlich. Sie entscheidet über die Genehmigungsfähigkeit und die Genehmigung selbst im Wege eines Verwaltungsaktes, der Baugenehmigung. Dieses Handeln ist hoheitlich und erfolgt in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung.

Das private Baurecht regelt die Beziehung, d. h. die Rechtsverhältnisse zwischen den am Bau Beteiligten. Die Parteien sind nicht über- und untergeordnet, sondern stehen in einem „Gleichordnungsverhältnis“ zueinander.

Teil des privaten Baurechts ist auch das Bauvertragsrecht, das im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt ist.

Beispiel:

Ein Auftragnehmer schließt mit dem Auftraggeber einen Bauvertrag und verpflichtet sich in diesem, für den Auftraggeber ein Haus zu errichten. Die Parteien begegnen sich in diesem Rechtsverhältnis „gleichgeordnet“. Sie regeln ihre Rechtsbeziehung im Rahmen der ihnen zustehenden Privatautonomie.

Im Rahmen der Privatautonomie kann jeder mit demjenigen einen Vertrag, damit auch einen Bauvertrag, abschließen, mit dem er möchte. Teil dieser Privatautonomie ist die **Vertragsfreiheit**.

Die **Vertragsfreiheit** des BGB wird von drei Grundsätzen beherrscht:

- der Abschlussfreiheit,
- der Gestaltungsfreiheit und
- der Formfreiheit

Die **Abschlussfreiheit** gibt jedermann das Recht, sich frei zu entscheiden, ob er einen Vertrag abschließen und damit schuldrechtliche Verpflichtungen übernehmen will oder nicht. Es steht somit in der Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, ob er ein Vertragsangebot abgibt oder Angebote annimmt.

Die **Gestaltungsfreiheit** gibt den Vertragsparteien das Recht, den Inhalt des Vertrages beliebig zu bestimmen. Es besteht also grundsätzlich keine inhaltliche Beschränkung bezüglich des Vertragsinhalts.

Die **Formfreiheit** erlaubt es den Vertragsparteien weiter, Verträge formlos, d. h. jederzeit mündlich oder gar durch schlüssiges Verhalten abzuschließen.

Diese Vertragsfreiheit darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass jeder der vorgenannten Grundsätze eine Vielzahl von Ausnahmen kennt. Die Vertragsfreiheit ist somit nicht unbegrenzt. Jede Regel hat ihre Ausnahme.

Welche Rechte und Pflichten die Vertragspartner aufgrund eines geschlossenen Vertrages haben, als auch die Frage, wie Verträge geschlossen werden, ergeben sich aus dem BGB. Hierbei handelt es sich um ein Gesetz, das in 5 Bücher unterteilt ist.

Privatrecht				
Bürgerliches Gesetzbuch – BGB				
Buch 1	Buch 2	Buch 3	Buch 4	Buch 5
Allgemeiner Teil <ul style="list-style-type: none"> • Personen • Rechtsgeschäfte • Vertretung • ... 	Schuldrecht <ul style="list-style-type: none"> • Schuldverhältnisse • ... 	Sachenrecht <ul style="list-style-type: none"> • Besitz • Eigentum • ... 	Familienrecht <ul style="list-style-type: none"> • Ehe • Unterhalt • Verwandtschaft • ... 	Erbrecht <ul style="list-style-type: none"> • Erbfolge • Erbschein • ...

Aus dem BGB sind für das Bauvertragsrecht Buch 1 und Buch 2 von besonderer Bedeutung. Das 1. Buch gilt quasi für alle Bücher des BGB. Dort finden sich die Vorschriften zur Rechtsfähigkeit, zur Willenserklärung, zur Vertretung und zur Verjährung. Das 2. Buch regelt das Schuldrecht, welche Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien regelt, insbesondere welche Rechte und Pflichten sich aus typischen Verträgen, wie Kaufvertrag, Dienstvertrag und Werkvertrag ergeben.

Folgende Inhalte des BGB sind für das Bauvertragsrecht von besonderer Bedeutung:

BGB		
Wichtige Inhalte für Bauvertragsrecht		
Buch	Inhalt	Paragrafen
1	Willenserklärung	§§ 116 – 144 BGB
	Vertrag und Vollmacht	§§ 145 – 181 BGB
2	Vertragsfreiheit	§ 311 BGB
	Verrichtungs- und Erfüllungsgehilfe	§§ 278, 831 BGB
	Werkvertragsrecht	§§ 631 – 651 BGB

2.1. Bauvertragsabschluss

Verträge, und damit auch ein Bauvertrag, kommen durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande.

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

Der Bauvertrag ist somit ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, was abzugrenzen ist von einseitigen Rechtsgeschäften, wie beispielsweise Kündigung, Anfechtung, etc.

Rechtsgeschäft	
Einseitige Willenserklärung (WE)	Zweiseitiger Vertrag (WE)
Jede Erklärung einer Person, die auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist (Kündigung, Anfechtung, Vollmacht, Rücktritt, Aufrechnung, ...)	Einigung zweier Personen über bestimmte Rechtsfolgen = Zwei übereinstimmende WE = Angebot und Annahme (Kauf, Werkvertrag, Miete, Vergleich, ...)

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

HINWEIS:

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

Abschluss eines Vertrages trennen von Form des Vertrages.

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

2.1.1. Bauvertragsabschluss, Verhandlung über den Vertrag

Bereits im Stadium der Verhandlungen über den Abschluss eines Bauvertrages können Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten entstehen, was zumindest Schadensersatzansprüche auslösen kann.

Rechte und Pflichten vor Vertragsabschluss

Gesetzliches Schuldverhältnis

- **Grundsatz:**
Kein Erfüllungsanspruch auf Abschluss Bauvertrag
- **Ausnahme:**
 - Vorvertrag
 - Rahmenvertrag

Schadensersatz nach § 311 Abs. 2 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB bei:

- berechtigtem Vertrauen auf Vertragsabschluss
- +
- Abbruch ohne triftigen Grund
-

2.1.1.1. Gesetzliches Schuldverhältnis durch Verhandlung

Dem Abschluss des Bauvertrages gehen regelmäßig Vertragsverhandlungen voraus. Die bei Verhandlungen vorgetragenen Erklärungen der Beteiligten erzeugen grundsätzlich keine Bindungen im Hinblick auf den Vertragsschluss. Die Aufnahme von Verhandlungen führt nicht zu einem Abschlusszwang.

Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist, sofern das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt, ein Vertrag zwischen den Parteien erforderlich, § 311 Abs. 1 BGB.

Die im Rahmen einer Verhandlung abgegebenen Erklärungen sind aber rechtlich nicht gänzlich bedeutungslos. Nach § 311 Abs. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit dem Ziel des Bauvertragsabschlusses. Dies kann zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten, § 241 Abs. 2 BGB¹.

¹ Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 03.06.2008, § 631 BGB, Rn. 5

2.1.1.2. Abbruch der Verhandlung

Vertragsverhandlungen können grundsätzlich jederzeit abgebrochen werden, weil andernfalls die Vertragsfreiheit erheblich eingeschränkt wäre. Eine Verpflichtung, einen Bauvertrag zu schließen, kann sich nicht aus der bloßen Aufnahme und Durchführung von Vertragsverhandlungen ergeben. Aus einer abgebrochenen Verhandlung kann also keine Erfüllung eines Bauvertrages gefordert werden, der nicht geschlossen worden ist. Etwas anderes gilt, wenn bereits „Bauvorverträge“ oder „Rahmenverträge“ zwischen den Parteien geschlossen sind, die den Inhalt der zu treffenden Vereinbarung konkret beschreiben².

Ein Schadensersatzanspruch aus § 311 Abs. 2 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB wegen Abbruchs einer Vertragsverhandlung kommt in Betracht, wenn ein Verhandlungspartner bei dem anderen Partner zurechenbar das berechtigte Vertrauen erweckt hat, der Vertrag werde mit Sicherheit zustande kommen, dann aber die Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund abbricht³.

MERKE:

Bereits Vertragsverhandlungen können Rechte und Pflichten erzeugen. Sofern ein Vertrauensstatbestand geschaffen wird, kann ein Abbruch der Vertragsverhandlungen zu Schadensersatzansprüchen führen.

² Kniffka, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 03.06.2008, § 631 BGB, Rn. 7

³ BGH *IBR* 1996, 305; OLG Hamm *IBR* 1991, 167 jeweils zum Kaufrecht. Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf, *IBR* 2006, 1091, lässt bei der notwendigen Zustimmung eines Dritten die Aussage „die Zustimmung sei reine Formsache“ nicht für Schadensersatzansprüche genügen.

2.1.2. Bauvertragsabschluss, Angebot und Annahme

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

Die Vergabebestimmungen der VOB/A ändern daran nichts. Sie modifizieren lediglich den Weg zum Abschluss des Bauvertrages, „filtern“ quasi das wirtschaftlichste Angebot aus der Vielzahl verschiedener Angebote heraus.

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

Bereits das Zustandekommen eines Bauvertrages wirft zahlreiche Rechtsprobleme auf. Nachfolgend werden diese getrennt nach Angebot und Annahme dargestellt.

Ob zwischen den Parteien ein Bauvertrag geschlossen wurde, ist Schritt für Schritt zu ermitteln.

2.1.2.1. Angebot

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

2.1.2.1.1. Abgrenzung des Angebots

- **Vertragsvorbereitendes Handeln:**

Es fehlt an einer Bindung des Anbietenden an sein „Angebot“, weil überhaupt noch kein wirkliches Angebot im Sinne des § 145 BGB vorliegt, sondern es sich nur um die Aufforderung an den Empfänger zur Abgabe eines solchen Angebots handelt. Inwieweit eine Erklärung als Angebot auf Abschluss eines Bauvertrages anzusehen ist oder eine rechtlich noch nicht bindende Anfrage oder Aufforderung an die Gegenseite ein solches Angebot abzugeben, ist durch Auslegung der Erklärung zu ermitteln.

Voraussetzung ist die Feststellung eines Rechtsbindungswillens. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, wenn ein potentieller Auftraggeber Angebote von Auftragnehmern (meist mehrere) einholt um sodann darüber zu entscheiden, welchem Auftragnehmer der Auftrag erteilt wird.

Beispiel:

1. Beispiel:

Annonce: Übernahme Dachdeckerarbeiten zu einem Stundenlohn von € 15,00.

2. Beispiel:

Übersendung eines Leistungsverzeichnisses seitens eines Auftraggebers an einen möglichen Auftragnehmer ist nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und noch kein Angebot selbst. Ein Angebot wird aus dem Leistungsverzeichnis erst, wenn es der Auftragnehmer anschließend bepreist an den Auftraggeber zurücksendet. Dann stammt das Angebot vom Auftragnehmer, nicht aber vom Auftraggeber

3. Beispiel:

Im Internet wird eine Leistung ausgeschrieben auf der Grundlage, dass nach den Bedingungen des Internetanbieters derjenige als beauftragt gilt, der nach Ablauf der Angebotsfrist das günstigste Angebot abgegeben hat. Hier kommt es nach Ablauf der Frist unmittelbar zu einem Bauvertrag zwischen Auftraggeber und dem günstigsten Bieter als Auftragnehmer⁴.

Im Regelfall wird ein Angebot erst dann anzunehmen sein, wenn sich feststellen lässt, dass es nur noch angenommen werden muss, um dem Bauvertrag Wirksamkeit zu verschaffen. Voraussetzung dafür ist, dass das Angebot alle Einzelheiten des Bauvertrages enthält, die nach der Vorstellung des Erklärungsempfängers notwendig sind, um den Bauvertrag zu schließen.

⁴ OLG Hamm BauR 2007, 1048, 1049

- **Gefälligkeiten:**

Reine Gefälligkeiten stellen kein Angebot auf Abschluss eines Bauvertrages im Rechtssinne dar. Derartige Sachverhalte sind selten, da regelmäßig Leistungen eines Auftragnehmers nicht unentgeltlich erbracht werden. Möglich sind Probleme im Rahmen der „Nachbarschaftshilfe“ oder im „Verwandtschaftsverhältnis“. Selbst wenn keine Vergütung ausdrücklich vereinbart ist, bedeutet dies nicht, dass der Auftragnehmer aus Gefälligkeit handelt. Ist nämlich keine Vergütung vereinbart, gilt sie als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, § 632 Abs. 1 BGB.

Beispiel:

Der Bauherr fragt seinen Nachbarn, der in einem Dachdeckerbetrieb arbeitet, ob er ihm beim Eindecken des Daches behilflich ist. Der Nachbar erklärt, er könne schon mithelfen. Inwieweit hier ein Vertrag entsteht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sofern es sich um eine reine Nachbarschaftshilfe handelt, die zu keiner erheblichen, insbesondere kostenaufwändigen Leistung führt, wird die Zusage mitzuhelfen, mangels Rechtsbindungswillens nicht zum Vertrag führen.

Auch bei den Gefälligkeitsverhältnissen möchte der Anbietende noch keine vertraglichen Pflichten eingehen. Lägen in diesen Beispielfällen bereits Angebote mit bindender Wirkung vor, dann würde sich der Auftragnehmer schadensersatzpflichtig machen, wenn er die Leistung nicht erfüllt.

MERKE:

Der am Bau Beteiligte muss sich bewusst sein, dass er am Rechtsverkehr teilnimmt. Erklärungen die er abgibt, gleichgültig gegenüber welcher Person und in welchem Medium (im Gespräch, Telefonat, E-Mail, etc.), können bindende Erklärungen sein, die ein Vertragspartner annehmen kann.

Die geschilderten Fälle, in denen kein Angebot angenommen wird, sind Ausnahmefälle und wie jeder Ausnahmefall vom konkreten Einzelfall abhängig.

2.1.2.1.2. Bindung an das Angebot

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

Beispiel:

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

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

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

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

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

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

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

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

Beispiel:

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

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

Beispiel:

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

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

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

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

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

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

2.1.2.2. Annahme

Die Erklärung, den Antrag auf Abschluss eines Bauvertrags anzunehmen, ist ebenfalls eine Willenserklärung. Es gelten die Allgemeinen Grundsätze für Willenserklärungen. Sofern ein Bauvertrag schriftlich abgeschlossen wird, liegt in der Unterschrift des Vertragspartners die ausdrückliche Annahme des Angebots. Ob ein Bauvertrag angenommen worden ist, ist durch Auslegung des Verhaltens des Annehmenden zu ermitteln. Liegt ein Angebot vor, dann darf das Zustandekommen des Bauvertrags nicht vorschnell abgelehnt werden, weil eine ausdrückliche Annahmeerklärung fehlt. Es ist sehr sorgfältig zu prüfen, ob das Angebot nicht zumindest stillschweigend angenommen wurde. Eine Annahmeerklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend durch ein Verhalten erfolgen, das zum Ausdruck bringt, das Angebot annehmen zu wollen. Ein stillschweigendes (konkludentes) Verhalten liegt regelmäßig in der Ausführung der Leistung in Kenntnis eines Angebots, das die ausgeführten Leistungen vorsieht. Die bloße Entgegennahme nicht gewünschter Leistungen kann nicht als Annahme gesehen werden⁵.

Auch die Annahmeerklärung muss regelmäßig zugehen; sonst ist sie nicht wirksam.

Die Vergabebestimmungen der VOB/A ändern daran nichts. Sie modifizieren lediglich den Weg zum Abschluss des Bauvertrages, „filtern“ quasi das wirtschaftlichste Angebot aus der Vielzahl verschiedener Angebote heraus. Die Annahmeerklärung wird hier nur anders bezeichnet „Zuschlag“.

⁵ BGH NJW 1997, 1982

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

Bereits das Zustandekommen eines Bauvertrages wirft zahlreiche Rechtsprobleme auf. Nachfolgend werden diese getrennt nach Angebot und Abnahme dargestellt.

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

2.1.2.2.1. Annahmezeitpunkt

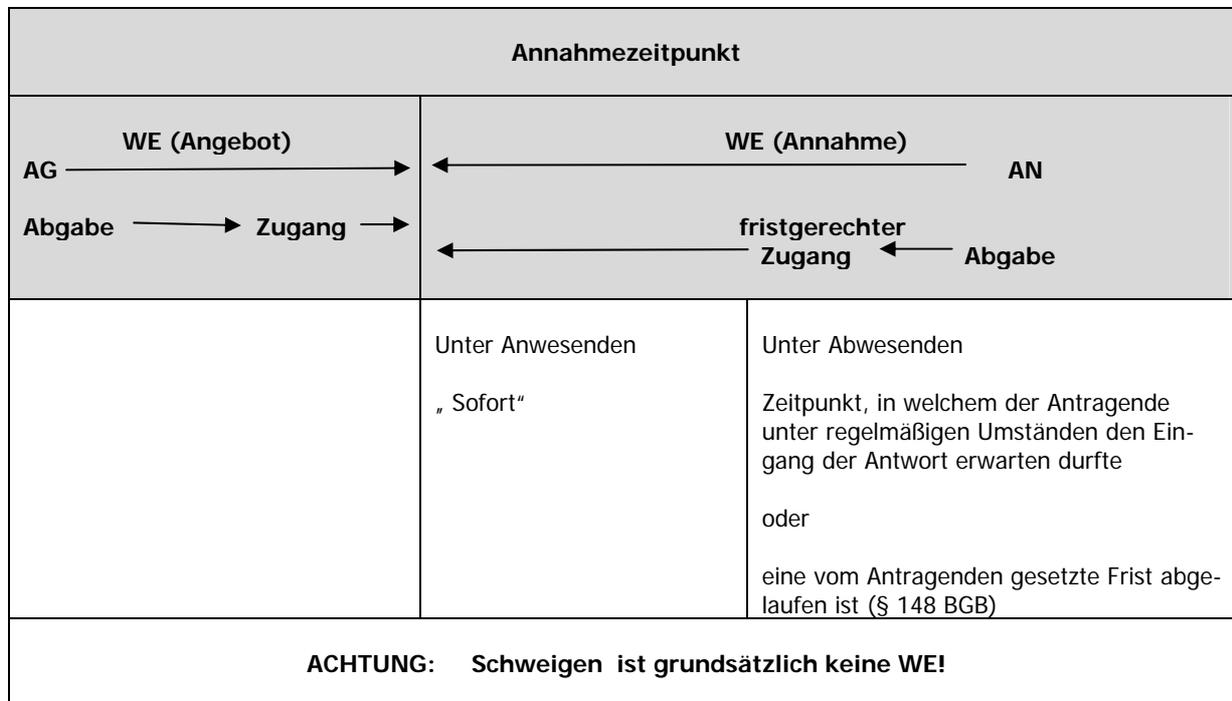
Beim Annahmezeitpunkt ist zu beachten, ob der Anbietende eine Fristbestimmung getroffen hat oder, falls dies nicht der Fall ist, ob das Angebot gegenüber einem Anwesenden oder einem Abwesenden erfolgt ist. Dabei darf Anwesenheit nicht missverstanden werden. „Anwesenheit“ liegt auch vor, wenn das Angebot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

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

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

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

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



Bei einem **öffentlichen Auftraggeber** gibt es Besonderheiten bei der Fristbestimmung. Nach § 19 VOB/A soll die Zuschlagsfrist, also die Frist für die Annahme, so kurz wie möglich und nicht länger bemessen werden, als der Auftraggeber für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote benötigt. Sie sollte nicht mehr als 30 Kalendertage betragen; eine längere Zuschlagsfrist soll nur in begründeten Ausnahmefällen festgelegt werden. Das Ende der Zuschlagsfrist ist in der Ausschreibung durch Angabe des Kalendertages zu bezeichnen und es ist vorzusehen, dass der Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden ist.

MERKE:

Der Auftragnehmer sollte außerhalb des Anwendungsbereichs der VOB/A, wenn er Planungssicherheit möchte, das Angebot befristen (*z.B. an dieses Angebot sind wir bis zum 01.07.2009 gebunden*). Er gewinnt dadurch Planungssicherheit und weiß, wie er disponieren muss. Wird keine Frist für ein konkretes Angebot bestimmt, ist im Einzelfall unklar, was ein Gericht später unter „regelmäßigen Umständen“ versteht. Diese Befristung sollte datumsmäßig erfolgen, um Unklarheiten zu vermeiden (nicht: „in zwei Wochen“).

Wurde im Einzelfall keine Frist gesetzt, sollte man schnellstmöglich Klärung beim Vertragspartner herbeiführen, um Schadensersatzpflichten zu entgehen. Diese drohen dem Auftragnehmer, wenn er den Vertrag nicht mehr erfüllen kann.

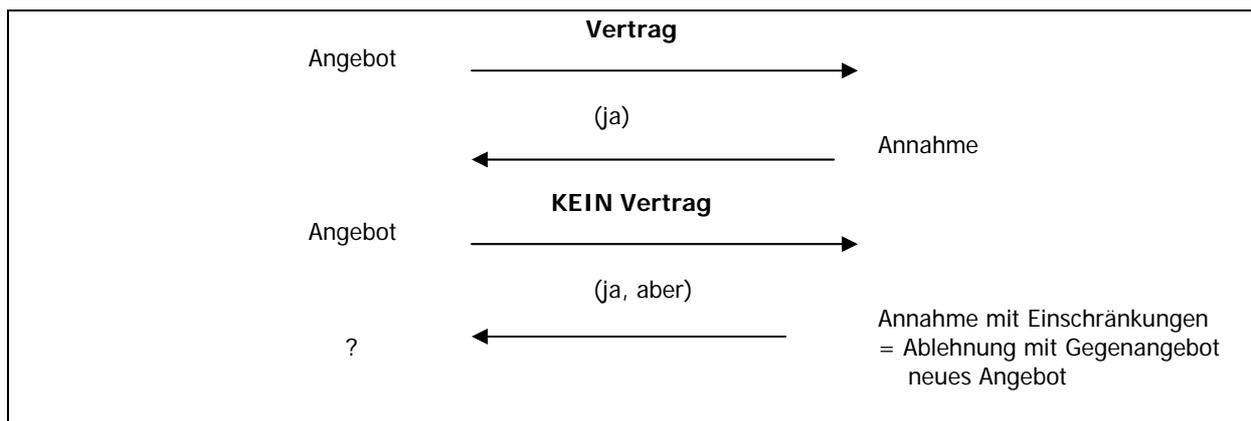
2.1.2.2.2. Verspätete oder modifizierte Annahme (neues Angebot)

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

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

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

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



Beispiel:

Der Vertragspartner schreibt an den anbietenden Auftragnehmer:

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

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

MERKE:

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

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

.....