

NACHUNTER- NEHMERPROBLEME

- VERTRAGSGESTALTUNG UND
VERTRAGSABWICKLUNG-

**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

Nachunternehmerprobleme - Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung -

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	002
1. Einleitung	003
2. Vertragsbeziehungen	005
3. Nachunternehmervertragsgestaltung & -vertragsabwicklung	007
3.1. Einsatz des Nachunternehmers bei BGB und VOB/B	011
3.2. Bindung des Nachunternehmers	013
3.3. Anpassung der Leistung des Nachunternehmers	016
3.4. Anpassung der Vertragsbestimmungen	021
3.5. Bauzeit, Vertragsstrafe	022
3.6. Zahlung, Zahlungsverzug & Nachträge	024
3.7. Abnahme	033
3.7.1. Rechtsgeschäftliche Vorschriften in BGB und VOB	034
3.7.2. Welche Bedeutung hat die Abnahme?	035
3.7.3. Abnahmeformen	038
3.7.3.1. Abgrenzung der Abnahme	038
3.7.4. Abnahmearten	040
3.7.4.1. Abnahmearten allgemein	040
3.7.4.1.1. Die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B	044
3.7.4.1.2. Die fiktive Abnahme	047
3.8. Anpassung der Mängelrechte	055
3.8.1. Mangelbegriff nach BGB und VOB/B	057
3.8.1.1. Sachmangel	057
3.8.1.2. Rechtsmangel	062
3.8.1.3. Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik	062
3.8.1.4. Ausdehnung des Mangelbegriffs	064
3.8.2. Zeitpunkt der Mangelfreiheit	067
3.8.3. Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers	069
3.8.3.1. Mitverantwortlichkeit nach BGB; § 245 BGB analog	070
3.8.3.2. Mitverantwortlichkeit nach VOB/B; § 13 Abs. 3 VOB/B	071
3.8.4. Beweislast	075
3.8.5. Mängelrechte des Auftraggebers nach BGB und VOB/B	076
3.9. Anpassung der Verjährung für Mängelrechte	085
3.9.1. Gesetze und Regelwerke	086
3.9.2. Vereinbarung über die Dauer der Verjährung	090
3.9.2.1. Hauptunternehmer als Verwender	090
3.9.2.2. Nachunternehmer als Verwender	092
3.9.3. Vereinbarungen über Beginn der Verjährungsfrist	094
3.9.3.1. Hauptunternehmer als Verwender	094
3.9.3.2. Nachunternehmer als Verwender	096
3.9.4. Vereinbarungen über das Ende der Verjährungsfristen	097
3.10. Haftung für Sozialversicherungsbeiträge	098
4. Zusammenfassung	100
TEXTE BGB / BGB Werkvertrag / VOB/B 2012	102

Nachunternehmerprobleme - Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung -

1. Einleitung

Der Nachunternehmervertrag (bzw. Subunternehmervertrag) wird im Gesetz (BGB) nicht und in der VOB/B nur an einer Stelle erwähnt. Es gibt – trotz der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Verträge – kaum Spezialliteratur.

Dies ist Grund genug, sich mit Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung des Nachunternehmervertrages zu beschäftigen.

Die meisten Unfälle passieren am Schreibtisch. Dies gilt sowohl für die Gestaltung des Nachunternehmervertrags als auch für die Abwicklung eines Nachunternehmervertrages. Sinn und Zweck der Darstellung ist es, den Teilnehmern die Bedeutung der Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung beim Nachunternehmervertrag aufzuzeigen.

„Pacta sunt servanda“ – es gilt, was vereinbart wurde – lautet ein Grundsatz der Vertragsgestaltung, der vor Gericht längst nicht mehr unbegrenzt akzeptiert wird. Die „Gestaltungsfreiheit“, d. h. das Recht, Verträge so zu schließen, wie es gewollt ist, besteht für den Inhalt des Vertrages nur noch eingeschränkt fort. Sie besteht am ehesten noch in der Freiheit, den Vertragspartner auszuwählen, also der „Abschlussfreiheit“.

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

Die Parteien müssen eine „Vertragsknigge“ beherzigen, um Konflikte zu vermeiden.

Bei der Vertragsabwicklung ergeben sich eine Vielzahl von Problemen alleine aus dem Umstand, dass die Vertragsverhältnisse im Hauptvertrag und im Nachunternehmervertrag unabhängig voneinander zu betrachten sind. Es ist ein häufiger Irrtum, dass die am Bau Beteiligten, insbesondere der Auftragnehmer, der zwischen seinem Auftraggeber und dem Nachunternehmer steht, dieses „Dreiecksverhältnis“ nicht berücksichtigt. Es ist eben nicht so, dass das was in dem einen Vertragsverhältnis gilt, automatisch auch im anderen Vertragsverhältnis gilt. Es ist vielmehr umgekehrt so, dass es bis auf ganz wenige Ausnahmen nicht möglich ist, sich auf eine vermeintlich begünstigende Regelung des jeweils anderen Vertrages zu berufen.

Bei der Vertragsabwicklung ist daher die Trennung der Vertragsverhältnisse strikt zu berücksichtigen, um keine Nachteile zu erleiden.

Entscheidend ist, dass der Teilnehmer des Seminars bei der Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung 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 15. September 2012

Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl

- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Freizeichnung:

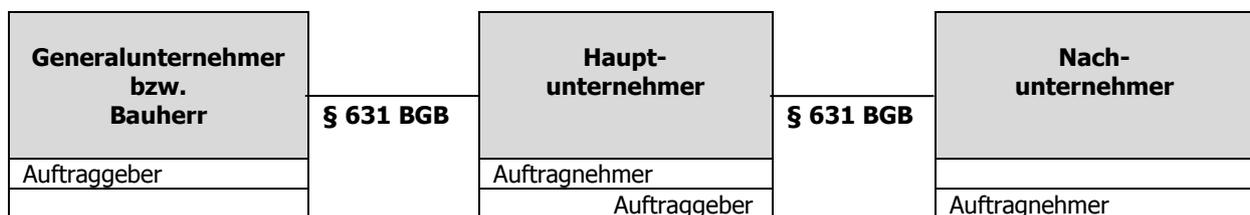
Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt 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. Vertragsbeziehungen

Die nachfolgende Übersicht versucht, die verschiedenen Vertragsbeziehungen der Beteiligten aufzuzeigen. Dabei wird von der einfachsten „Konstellation“ ausgegangen, d. h. von lediglich drei Vertragsparteien. In der Baupraxis gibt es regelmäßig längere Vertragsketten, d. h. es gibt auch noch Auftragnehmer des Nachunternehmers, also „Subnachunternehmer“. Da für die Betrachtung die rechtliche Situation ähnlich ist, wird auf deren Darstellung in der Übersicht verzichtet.



Die vorstehende Grafik verdeutlicht, dass der Generalunternehmer bzw. Bauherr als Auftraggeber fungiert. Die Rolle des Hauptunternehmers ist eine Doppelrolle. Einerseits ist er Auftragnehmer im Verhältnis zum Generalunternehmer bzw. Bauherr, andererseits Auftraggeber gegenüber dem Nachunternehmer. Der Nachunternehmer ist lediglich Auftragnehmer, sofern er nicht selbst weitere „Subnachunternehmer“ eingeschaltet hat.

Die Vertragsparteien sind jeweils durch Verträge verbunden, die wir hier als „Hauptverträge“ und „Nachunternehmerverträge“ bezeichnen wollen.

Sowohl beim Hauptvertrag als auch beim Nachunternehmervertrag handelt es sich in der Regel um einen Werkvertrag, der in § 631 ff. BGB geregelt ist.

Die Übersicht zeigt bereits auf, dass insbesondere die Rolle des „Hauptunternehmers“ nicht einfach ist. Die Doppelrolle führt dazu, dass der Hauptvertrag nicht automatisch gegenüber dem Nachunternehmer übernommen werden kann.

Im Idealfall wünscht der Hauptunternehmer eine „Umsetzung“ des Vertragswerks seines Generalunternehmers bzw. Bauherrn auch im Verhältnis zum Nachunternehmer, quasi 1 : 1, natürlich mit geringeren Preisen. Dies ist aber nicht ohne weiteres möglich. Bedenkt man, dass beispielsweise der Hauptvertrag auf verschiedene Nachunternehmer aufgeteilt werden muss, zeigt sich, dass das Vertragswerk nicht einfach „durchgereicht“ werden kann.

Hauptvertrag und Nachunternehmervertrag sind rechtlich strikt getrennt. Beide Verträge führen rechtlich gesehen ihr „eigenes Leben“. Eine automatische Anpassung, beispielsweise kraft Gesetz, findet nicht statt. Die Abstimmung der beiden Verträge ist eine Notwendigkeit für den Hauptunternehmer zur Risikominimierung. Die getrennte Betrachtungsweise der Vertragsverhältnisse ist für die Vertragsabwicklung von entscheidender Bedeutung.

Grundlage jeder der genannten Vertragsbeziehungen ist ein mit dem Willen der Beteiligten begründetes Schuldverhältnis, der „Vertrag“. Im Vertrag regeln die Beteiligten als „Vertragspartner“ ihre Rechte und Pflichten. Die Umsetzung dieser „Rechte“ und „Pflichten“ ist Aufgabe der Vertragsabwicklung.

Die am Bau Beteiligten müssen diese Vertragskette bzw. das Dreiecksverhältnis stets im Blickwinkel behalten, um bei der Vertragsgestaltung und Vertragsabwicklung keine Fehler zu machen.

3. Nachunternehmervertragsgestaltung & -vertragsabwicklung

Gerade „Techniker“ bzw. Laien neigen dazu, sich mit dem Vertragsrecht nicht zu beschäftigen. Ein einfacher aber stets missachteter Grundsatz lautet:

Den Vertrag ganz lesen, einschließlich seiner Bestandteile.

Dieses Skript vermag keinen „Universalnachunternehmervertrag“ zu empfehlen. Es ist nahezu unmöglich einen „einheitlichen Typus Nachunternehmervertrag“ vorzustellen.

Der Nachunternehmervertrag kann Einzelgewerke, mehrere Gewerke mit oder ohne Planungsleistung umfassen. Er kann ein Einheitspreis- oder Pauschalvertrag oder eine Mischung aus beiden sein. Er kann auf Basis des BGB oder unter Einbeziehung der VOB/B geschlossen werden. Es macht unter diesem Aspekt keinen Sinn einen „DIN-Nachunternehmervertrag“ zu entwerfen oder eine Vielzahl unterschiedlicher Nachunternehmerverträge.

Bei der Nachunternehmervertragsgestaltung 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 Regelwerke, die einschlägig sind. Hierauf muss bei der Bauvertragsgestaltung aufgebaut werden.

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten beim Abschluss eines Vertrages am Bau, sei es Neuerrichtung eines Hauses oder nur eine Reparatur:

Den Abschluss eines **BGB-Bauvertrages** oder eines so genannten **VOB/B-Bauvertrages**.

„BGB“ = Bürgerliches Gesetzbuch

„VOB/B“ = Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B

Die am Bau Beteiligten müssen die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den Grundtypen eines BGB- und eines VOB/B-Vertrages kennen. Je nachdem, welcher Vertragstyp vorliegt, gelten andere Spielregeln für die Abwicklung von Streitfällen am Bau. Es verwundert daher in der Baupraxis nicht, dass viele Baubeteiligte auf das „falsche Gleis“ gelangen und ein Ziel ansteuern, das gar nicht erreicht werden kann. BGB und VOB/B haben Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede.

Der **„Individual-Nachunternehmervertrag“** ist rechtlich vorzugswürdig, aber praktisch unpraktikabel; allenfalls „Schlüsselstellen“ des Nachunternehmervertrages können ausgehandelt werden.

Der „**AGB-Nachunternehmervertrag**“ ist rechtlich risikobehaftet, aber tatsächlich praktikabel; soweit möglich bzw. sinnvoll, sollte er „AGB-fest“ sein.

HINWEIS:

Unentdeckte Risiken im Nachunternehmervertrag sind typisches Hauptunternehmerrisiko, das nicht zu ändern, allenfalls zu reduzieren ist. Systemimmanente Risiken müssen einkalkuliert werden.

Typische unwirksame AGB im Nachunternehmervertrag

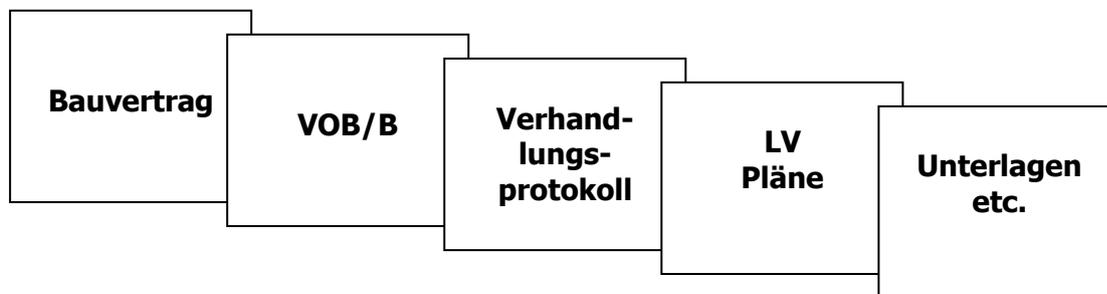
- Klauseln, in denen der HU für das Angebot des NU eine verlängerte Bindefrist einführen will, sind ab bestimmten Fristen unwirksam, zumindest risikobehaftet.
- Klauseln, wonach der NU-Vertrag aufschiebend bedingt ist, bis der Hauptvertrag geschlossen ist, sind spätestens ab einer bestimmten Frist unwirksam, zumindest risikobehaftet.
- Klauseln, in denen ausnahmslos und „pauschal“ die Bedingungen des Hauptvertrages an den NU durchgestellt werden.
- Klauseln, in denen eine Komplettleistung des NU verlangt wird, sind unwirksam, wenn die Ausführungsplanung beim HU bzw. dessen Auftraggeber liegt.
- Klauseln, in denen der HU sich einseitiges Recht zur Fristenverschiebung der Ausführungsfristen einräumt, sind risikobehaftet.
- Klauseln, in denen definiert wird, was „abgeschlossene Teile der Leistung“ i.S.d. § 8 Abs. 3 VOB/B sind, sind risikobehaftet.
- Klauseln, mit denen der HU sich das Recht einräumt, entschädigungslos oder ohne Zahlung von Vergütung Teile der Leistung selbst zu übernehmen.
- Klauseln, mit denen der HU eine Sonderkündigungsmöglichkeit ohne Zahlung von Vergütung für den entfallenden Teil der Leistung vereinbart, wenn ihm selbst der Auftrag gekündigt wird oder wenn das Bauvorhaben nicht ausgeführt wird.
- Klauseln, in denen die Abnahme der Leistung des HU solange verschoben wird, bis die Leistung des HU selbst von dessen Auftraggeber abgenommen ist, sind nahezu ausnahmslos unwirksam.
- Klauseln, die die Fälligkeit der Vergütung des Nachunternehmers durch Verschiebung der Abnahme bzw. davon abhängig machen, dass der HU von seinem Auftraggeber bezahlt wird.
- Klauseln, in denen der HU die Verjährungsfristen des NU über 5 Jahre hinaus verlängert, um einen Gleichlauf mit der Verjährungsfrist gegenüber dem eigenen Auftraggeber zu erreichen.

Nachfolgend werden typische Probleme der Vertragsgestaltung & Vertragsabwicklung bei Nachunternehmerverträgen erörtert. Gestaltungsbeispiele für wiederkehrende Probleme sollen Problembewusstsein schaffen und Lösungsansätze liefern.

Rechtliche Beratung im Einzelfall soll und kann hierdurch nicht ersetzt werden.

Häufig werden am Bau, gerade bei kleineren Aufträgen, gar keine schriftlichen Verträge geschlossen, sondern lediglich mündliche Vereinbarungen. Auch dies sind Verträge. Manchmal existiert nur ein Angebot, das später häufig verändert wird. Letzteres wird zwischen den Parteien nichts schriftlich dokumentiert mit allen damit verbundenen Risiken.

Am Bau gibt es aber auch sehr komplexe Verträge, die mehrere hundert Seiten umfassen können. Häufig ist folgende **Struktur** anzutreffen.



Mit dieser Struktur sind viele Baubeteiligte überfordert. Dies umso mehr, als gerade bei Nachunternehmerverträgen eine Unsitte besteht, „Papier“ nach unten durchzureichen. Der GU nimmt die Vertragsteile aus dem Vertrag mit dem Bauherrn und fügt sie als Anlage dem Hauptvertrag bei. Der Hauptunternehmer fügt diese Anlagen + die Anlagen des GU dem Nachunternehmervertrag bei, usw.

Es liegt in der Natur der Sache, dass hier nur eine **Auswahl** der Probleme des Nachunternehmervertrages getroffen werden kann. Keinesfalls ersetzt wird hierdurch ein maßgeschneiderter Nachunternehmervertrag, der durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht entworfen oder beratend begleitet wird.

Zu verschieden sind die Rollen als Auftraggeber und Auftragnehmer bzw. Generalunternehmer oder Nachunternehmer, aber auch die einzelnen Bauvorhaben vom Einfamilienhaus bis hin zur Industrieanlage, sowie die verschiedenen Gewerke.

Die nachfolgende Übersicht zeigt die hier ausgewählten Problemfelder des Nachunternehmervertrages auf:

Auswahl Problemfelder „Nachunternehmervertrag“	
Thema	Problemfeld
NU-Einsatz	- Zulässigkeit der NU-Beauftragung
Bindung des NU	- Bindung des NU, obwohl HU selbst noch keinen Hauptauftrag hat
Anpassung der Leistung des NU	- Abstimmung des Hauptvertrages mit Nachunternehmervertrag - Vermeidung „Schnittstellenproblematik“
Anpassung der Vertragsbestimmungen	- Durchreichung des Vertragswerks ohne Verhandlung führt zur Verwandlung der Individualvereinbarung in Allgemeine Geschäftsbedingungen. Risiko der Unwirksamkeit im Verhältnis HU – NU.
Anpassung der Vergütungsregelung	- Vermeidung des Vorleistungsrisikos des HU, der Vergütung noch nicht vom Bauherrn oder GU erhält, der NU aber schon zahlen muss.
Anpassung Abnahme	- Verschiebung des Abnahmezeitpunkts im Verhältnis HU – NU, da dieser bereits mit Teilgewerk Anspruch auf Abnahme hat, der HU gegenüber dem GU erst mit Fertigstellung des Gesamtgewerks.
Mängelrechte	- HU steht unter Zeitdruck, da er im Gegensatz zum NU den Mängelrechten seines Vertragspartners direkt ausgesetzt ist und die dort gesetzten Fristen erst an den NU weiterreichen muss.
Verjährung bei Mängeln	- HU trägt zeitliches Haftungsrisiko, da die Verjährung gegenüber dem NU meist schneller abläuft, als die Verjährung des Bauherrn gegenüber NU.
Haftung für Sozialversicherungsbeiträge	- HU wird für Säumnisse des NU in die Haftung genommen.

Sinn und Zweck der nachfolgenden Ausführungen ist es insbesondere, ein Problembewusstsein zu schaffen für Fehlerquellen bei der Nachunternehmervertragsgestaltung und –abwicklung, um frühzeitig zu erkennen, wo Regelungs- oder Ergänzungsbedarf besteht.

Nachfolgend wurden einige Problemkreise des Nachunternehmervertrages herausgenommen, um diese näher zu betrachten.

3.1. Einsatz des Nachunternehmers bei BGB und VOB/B

Fraglich ist, ob bei einem Hauptvertrag der Hauptunternehmer ohne weiteres Nachunternehmer am Bau einsetzen kann. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem BGB-Bauvertrag und dem VOB/B-Bauvertrag.

Das **BGB** kennt den Begriff des Nachunternehmers nicht und lässt ihn insofern unerwähnt. Lediglich im Zusammenhang mit der „Durchgriffsfähigkeit“ in § 641 Abs. 2 BGB wird auf die Nachunternehmerproblematik eingegangen, ohne den Begriff zu erläutern. Einschränkungen des Nachunternehmereinsatzes ergeben sich hieraus nicht.

Das BGB lässt daher einen Nachunternehmereinsatz uneingeschränkt zu, so dass der Hauptunternehmer dies gegenüber seinem Auftraggeber nicht regeln muss.

Die **VOB/B** geht grundsätzlich – anders als das BGB – davon aus, dass die vereinbarte Leistung im eigenen Betrieb des Auftragnehmers (Hauptunternehmers) erbracht wird, § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.

Ohne Zustimmung des Auftraggebers darf der Hauptunternehmer deshalb nur insoweit einen Nachunternehmer einsetzen, als es sich um Leistungen handelt, auf die sein „eigener Betrieb nicht eingerichtet“ ist.

Beispiel:

Der HU hat die gesamten Rohbauarbeiten auszuführen.
Mangels entsprechend eigener Gerätschaften kann er die Aushubarbeiten an einen NU vergeben, wenn sein Betrieb nicht über dieses Gerät verfügt.

Diese Situation ist von dem Sachverhalt zu trennen, dass der Hauptunternehmer zwar theoretisch die betrieblichen Voraussetzungen für die Ausführung der Leistung hat, diese aber im konkreten Bauvorhaben wegen knappen Personals nicht ausführen möchte.

Beispiel:

Der HU hat die gesamten Rohbauarbeiten auszuführen.
Er führt auch Innenputzarbeiten aus, hat aber derzeit keine Kolonne einsatzbereit.
HU kann nicht an NU vergeben.

In einem derartigen Fall bedarf der Einsatz eines Nachunternehmers der schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers des Hauptunternehmers, § 4 Abs. 8 Nr. 1 Satz 1 VOB/B.

Der Hauptunternehmer sollte deshalb die Ausschreibung bzw. den Hauptvertrag überprüfen, ob dieser bereits eine Zustimmung zum Nachunternehmereinsatz enthält, sei es eingeschränkt oder uneingeschränkt.

Beispiel:

„Dem Auftragnehmer steht es frei, die vereinbarte Leistung durch Nachunternehmer zu erbringen.“

Dieser Hauptvertrag enthält keinerlei Einschränkung, so dass der Hauptunternehmer nicht mehr bei seinem Auftraggeber eine Zustimmung zum Einsatz eines Nachunternehmers benötigt.

Beispiel:

„Der Auftragnehmer hat mindestens die Hälfte der vereinbarten Leistungen im eigenen Betrieb zu erbringen.“

In diesem Fall darf der Hauptunternehmer Nachunternehmer einsetzen, allerdings nur in einem beschränkten Umfang. Sofern dieser Umfang überschritten werden soll, muss der Hauptunternehmer bei seinem Auftragnehmer ausdrücklich eine Zustimmung einholen.

MERKE:

Der Auftragnehmer hat auf eine Zustimmung zum Nachunternehmereinsatz gemäß § 4 Abs. 8 VOB/B keinerlei Rechtsanspruch.

Eine Nichtbeachtung dieser Vorschrift, d. h. ein nicht genehmigter Nachunternehmereinsatz, kann weit reichende Folge nach sich ziehen:

Dem Auftraggeber des Hauptunternehmers, der seine Verpflichtung zur Eigenleistung verletzt, kann eine Nachfrist gesetzt werden. Nach fruchtlosem Fristablauf kann der Auftraggeber den Hauptvertrag gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B kündigen.

MERKE:

BGB : Keine Zustimmung für Einsatz Nachunternehmer erforderlich.

VOB/B : Zustimmung für Einsatz Nachunternehmer erforderlich.

Hauptunternehmer muss beim VOB/B-Bauvertrag möglichst frühzeitig klären, ob er die Zustimmung des Auftraggebers zum Nachunternehmereinsatz erhält, ansonsten droht sogar eine Kündigung des Hauptvertrages.

Rein vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarung der VOB/B im Hauptunternehmervertrag in keinsten Weise bedeutet, dass damit automatisch auch der Nachunternehmervertrag der VOB/B unterliegt.

Beispiel:

Wenn in einem Hauptunternehmervertrag die VOB/B vereinbart ist, hat der HU nach § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B „eigentlich“ auch im Nachunternehmervertrag die VOB/B zu vereinbaren. Wenn der HU dies aber nicht tut, gilt sie dort eben einfach nicht. Der Nachunternehmer kann sich dann nicht – etwa bei der Abnahme, dem Umgang mit Nachtragsansprüchen, usw. – darauf berufen. Stattdessen gilt für ihn nur das BGB. Gleiches gilt natürlich umgekehrt auch für den HU. Er kann sich ebenfalls nicht auf die Geltung der VOB/B berufen, da diese in den Nachunternehmervertrag nicht einbezogen wurde.

MERKE:

Die Einbeziehung der VOB/B im Hauptunternehmervertrag bedeutet nicht automatisch die Geltung der VOB/B im Nachunternehmervertrag. Um die VOB/B zu vereinbaren, muss diese wirksam in den Nachunternehmervertrag einbezogen werden.

3.2. Bindung des Nachunternehmers

Ein weiteres Gestaltungsproblem des Nachunternehmervertrages ist die Bindung des Nachunternehmers zu erreichen, wenn der Hauptunternehmer selbst noch keinen Hauptauftrag hat.

Beispiel:

Der HU gibt gegenüber seinem GU ein Angebot zum Abschluss eines Hauptvertrages ab. Zuvor hat der HU von dem beabsichtigten NU lediglich die Preise eingeholt. Der NU hat ein Angebot unterbreitet, das bis zum 01.08.2012 befristet ist. Der GU beauftragt den HU am 10.08.2012. Der HU wiederum beauftragt, nachdem der Vertrag „unter Dach und Fach“ ist, den NU. Der NU erklärt, dass er nur bereit zur Ausführung der Leistung ist, wenn er 30 % höhere Preise erhält. Der HU ist entsetzt.

Leider ist diese Situation aus der Baupraxis keine Seltenheit. Der Hauptunternehmer holt häufig nur Preise bei den potentiellen Nachunternehmern ein und kalkuliert auf deren Basis sein Angebot gegenüber seinem Auftraggeber. Diese Vorgehensweise ist risikobehaftet, sofern kein verbindliches Angebot vorliegt bzw. das verbindliche Angebot entweder unbefristet oder zu kurz befristet ist und der Hauptauftraggeber damit rechnen muss, erst nach Ablauf dieser Fristen den Auftrag zu erhalten.

Der Nachunternehmer ist nämlich an sein Angebot nur solange gebunden, wie es nach dem allgemeinen Vertragsrecht den „Umständen“ entspricht bzw. solange, wie er sich „selbst gebunden hat“.

Sofern der Hauptunternehmer später auf ein Nachunternehmerangebot zurückkommen will, kann er es gegen den Willen des Nachunternehmers nicht mehr durchsetzen. Der Nachunternehmer kann die Leistungsausführung verweigern oder zu geänderten Konditionen ein neues Angebot unterbreiten. Verspätete Annahme eines Angebots stellt keine Annahme dar, d. h. führt nicht zum Vertragsschluss, sondern stellt nochmals ein neues Angebot dar, das der Nachunternehmer annehmen kann, aber nicht muss.

Ein weiteres Gestaltungsproblem ist, dass viele Hauptunternehmer lediglich die Preise einholen, nicht aber die sonstigen Rahmenbedingungen des Nachunternehmervertrages abklären, bspw. Ausführungszeit, Abnahme, Gewährleistung, Vertragsstrafe, usw. Selbst wenn der Hauptunternehmer noch innerhalb der Angebotsfrist des Nachunternehmers dessen Angebot annehmen möchte, geht dies nur, sofern er keine Modifizierungen vornimmt. Wenn nun der Auftrag erteilt unter Übersendung eines Nachunternehmervertrages mit neuen bzw. geänderten Konditionen, so gilt dies nicht als Annahme des Angebots, sondern als ein neues Angebot, das der Nachunternehmer annehmen kann, aber nicht muss.

Diese Ausführungen zeigen, dass bereits bei Vertragsschluss, beidseitig, elementare Fehler begangen werden können.

Theoretisch bestehen zwei Möglichkeiten aus Sicht des Hauptunternehmers:

- Alternative 1: Abschluss des Nachunternehmervertrages.
Alternative 2: Abgabe eines bindenden Angebots durch den Nachunternehmer mit entsprechend ausreichender Frist oder Abschluss eines Nachunternehmervertrages unter der aufschiebenden Bedingung, dass zwischen dem Hauptunternehmer und dessen Auftraggeber tatsächlich ein Hauptvertrag geschlossen wird.

Zu den theoretischen Alternativen ist folgendes anzumerken:

Die Alternative 1 ist aus Sicht des Hauptunternehmers höchst risikobehaftet. Sofern ein Nachunternehmervertrag abgeschlossen wird, gilt der Grundsatz: pacta sunt servanda. Vertrag bleibt Vertrag. Sofern der Hauptunternehmer seinerseits den Auftrag nicht erhält, hat er einen Nachunternehmervertrag, an den er gebunden ist. Der Hauptunternehmer wäre gezwungen, den Nachunternehmervertrag zu kündigen und wäre dann den Vergütungsansprüchen des Nachunternehmers gemäß § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB ausgesetzt. Es handelt sich um eine „freie Kündigung“ und nicht um eine Kündigung aus „wichtigem Grund“.

Das Nichtzustandekommen des Hauptvertrages ist allein das Risiko des Hauptunternehmers.

Die Alternative 2 ist für den Hauptunternehmer die einzig realistische Möglichkeit, dieses Risiko auszuschließen bzw. zumindest zu reduzieren. Hierbei bieten sich dem Hauptunternehmer zwei Wege an:

Der Hauptunternehmer holt ein seitens des Nachunternehmers bindendes Angebot ein, vergibt den Nachunternehmerauftrag aber erst dann, wenn er den Hauptauftrag selbst erhält. Allerdings darf die Dauer der „Bindefrist“ für das Angebot des Nachunternehmers, sofern der Hauptunternehmer dies formularmäßig einfordert, nicht unangemessen sein. Aufgrund der §§ 307 ff. BGB dürfen vorformulierte Bindefristen, die nicht nur zur Verwendung bei umfangreichen Angeboten formuliert sind, nicht 30 Werktage überschreiten.¹ Teilweise werden auch längere Fristen vertreten bis zu 3 Monaten,² was aber risikobehaftet ist.

Ein anderer Weg ist es, was den Vorteil bietet, auch die sonstigen Randbedingungen des Vertrages bereits zu vereinbaren, ehe der Hauptvertrag zustande gekommen ist, bereits mit dem Nachunternehmer den Nachunternehmervertrag abzuschließen, verbunden mit der aufschiebenden Bedingung, dass zwischen Hauptunternehmer und seinem Auftraggeber ein Hauptvertrag zustande kommt.

¹ zu einer unzulässigen längeren Bindefrist als 30 Tage bei Anwendung der VOB/A: BGH BauR 1992, 221.

² Graf von Westphalen, Subunternehmerverträge, Rn. 65; Kapellmann, Schlüsselfertiges Bauen, Rn. 279, 2. Auflage 2004.

Dies könnte etwa wie folgt formuliert werden:

MUSTER:

Dieser Nachunternehmervertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass die Firma ... (Hauptunternehmer) den Auftrag für das Bauvorhaben ... bis spätestens ... erhält. Der Hauptunternehmer ist bei Bedingungseintritt zur unverzüglichen Benachrichtigung des Nachunternehmers verpflichtet.

Allerdings darf auch jede aufschiebende Bedingung nicht unangemessen lang sein, so dass auch hier die Fristen zu beachten sind, wie sie für die Bindefrist gelten.

In der Baupraxis ist der sichere Weg „30 Kalendertage“ in vielen Fällen zu kurz. Sofern nicht der Nachunternehmer von sich aus eine längere Bindung seines Angebots bzw. Vertrags vorformuliert, bleibt dem Hauptunternehmer nur die Möglichkeit, diese Bindefrist bzw. aufschiebende Bedingung individuell auszuhandeln, um kein rechtliches Risiko einzugehen.

MERKE:

Die Bindung des Nachunternehmers ist für den Hauptunternehmer bei Auftragserteilung elementar. Dabei sollte individuell mit dem Nachunternehmer eine längere Bindefrist für das Angebot oder aber ein Nachunternehmervertrag mit einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung geschlossen werden. Vorsorglich sollten in AGB 30 Werkzeuge nicht überschritten werden.

3.3. Anpassung der Leistung des Nachunternehmers

Im Grundsatz bestimmt sich der Leistungsumfang des Auftragnehmers nach den leistungsbeschreibenden Vertragsbestandteilen. Dies bedeutet, dass das Leistungsverzeichnis, Pläne, Zeichnungen, aber auch sonstige in Bezug genommenen Vertragsbestandteile wie z.B. Baugenehmigungen oder Vorschriften, den Leistungsinhalt bestimmen.

Es ist bereits ausgeführt worden, dass der Hauptvertrag und der Nachunternehmervertrag rechtlich strikt getrennt zu betrachten sind. Es gibt keine automatische Anpassung, beispielsweise kraft Gesetz.

Der Hauptunternehmer wird bestrebt sein, möglichst eine „Leistungsidentität“ zwischen den Leistungen im Hauptauftrag und im Nachunternehmervertrag zu erreichen. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden.

Problematisch ist allerdings die häufige bloße „Durchreichung“ des Leistungsverzeichnisses einschließlich der Vertragsbedingungen bzw. gar eine bloße Verweisung.

Beispiel:

„Vertragsbestandteil sind auch die einschlägigen Regelungen des Vertrages zwischen GU und HU.“

Eine derartige Verweisung, insbesondere auf rechtsgeschäftliche Bestimmungen, wird formelmäßig an §§ 307 ff. BGB scheitern, zumindest aber einen Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen.³ Selbst eine individuelle Vertragsgestaltung führt zu Auslegungsschwierigkeiten. Diese gehen zu Lasten des Hauptunternehmers.

MERKE:

Die Anpassung der Leistung ist eine für den Hauptunternehmer entscheidende Aufgabe. Er muss quasi den Hauptauftrag in einen Nachunternehmervertrag bzw. in mehrere Nachunternehmerverträge aufteilen und übersetzen. Dabei dürfen keine Lücken entstehen.

³ Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Rn. 77; Kleine-Möller/Merl/Oelmaier, § 3 Rn. 19; Kapellmann, Schlüsselfertiges Bauen, Rn. 246, 2. Auflage 2004

PROBLEM: Leistungsabgrenzung

Problematisch ist manchmal die Abgrenzung zwischen Leistungen des Auftraggebers und Leistungen des Auftragnehmers. Dies insbesondere aus Sicht des Hauptunternehmers, der häufig die Leistung des Hauptauftrags aufteilen muss auf mehrere Nachunternehmerverträge. Die „Schnittstellenproblematik“ führt zu Streit zwischen dem Hauptunternehmer und Nachunternehmer bzw. auch zwischen den Nachunternehmern. Es entsteht dann später Streit darüber, wer welche Leistung zu erbringen hat.

LÖSUNG:

Im Nachunternehmervertrag müssen die Leistungen konkret individualisiert werden. Es genügt nicht, einfach das Leistungsverzeichnis an den Nachunternehmer durchzuschieben. Selbstverständlich ist es, dass die Unterlagen dem Nachunternehmervertrag beigefügt sind. Sofern aber nur Teile von Leistungen auszuführen sind, müssen die entsprechenden Teile beigefügt werden. Nicht hilfreich ist es, den Nachunternehmer mit einem „Vertragssalat“ zu überschütten, so dass der Nachunternehmer sich selbst seine Leistungspflichten „zusammensuchen“ muss. Es ist aus Sicht des Hauptunternehmers notwendig, sich mit dem Leistungspaket Hauptvertrag zu beschäftigen und dieses Leistungspaket aufzuschnüren und neu zu verteilen. Im Falle von Unklarheiten sollten „Schnittstellenlisten“ erstellt werden, um Klarheit zu schaffen, welche Leistung beim Hauptunternehmer verbleibt bzw. welcher der verschiedenen Nachunternehmer welche Leistung auszuführen hat.

Der Nachunternehmer sollte, insbesondere wenn er nicht sämtliche Leistungen erbringen muss, darstellen, welche bauseitigen Leistungen durch den Hauptunternehmer zu erfolgen haben. Diese sind insbesondere dann näher zu beschreiben, wenn es sich hierbei um Vorleistungen für den Nachunternehmer handelt, d. h. solche Leistungen, ohne die der Auftragnehmer mit seiner eigenen Leistung nicht beginnen oder aber in einem bestimmten Zeitpunkt nicht fortfahren kann. In derartigen Fällen ist die Abgrenzung nicht nur für den Leistungsumfang wesentlich sondern auch dafür, wann der Auftragnehmer zeitlich seine Leistung erbringen muss.

Klargestellt werden sollte auch, wer die Planungsleistungen zu erbringen hat. Die VOB/B geht davon aus, dass die Bauplanungsleistungen durch den Auftraggeber zu erbringen sind und die Bauausführungsleistungen durch den Auftragnehmer. Dies ergibt sich aus den §§ 3, 4 VOB/B.

Sofern die Parteien die Aufgaben anders verteilen wollen, müssen sie entsprechendes ausdrücklich regeln.

Zwar kann sich dies auch mittelbar aus dem Vertrag ergeben, so beispielsweise wenn der Auftragnehmer als Generalunternehmer tätig wird, es sollte aber den Prinzipien der Klarheit entsprechend die Aufgabenverteilung geregelt sein.

Gerade der Auftragnehmer kann durch eine entsprechende Regelung des Leistungsumfangs im Bauvertrag auch Mitwirkungspflichten des Auftraggebers festlegen. Diese sind dann Anknüpfungspunkte für spätere Nachträge wegen Bauzeitverzögerungen (§§ 2 Abs. 5, 6, 6 Abs. 6 VOB/B bzw. § 642 BGB).

Regelungsbedarf besteht für den Auftraggeber auch dann, wenn der Auftragnehmer Besondere Leistungen der VOB/C erbringen soll. Sie gehören nach Abschnitt 4.2. der DIN 18299 nur dann zum vertraglichen Leistungsumfang, wenn sie in der Leistungsbeschreibung besonders erwähnt sind.

PROBLEM: Komplettheitsklausel

Gerade der Hauptunternehmer versucht häufig, die Leistung durch sogenannte „Komplettheitsklauseln“ zu vervollständigen. Durch derartige Klauseln wird beabsichtigt, dass auch alle sonstigen Leistungen, die zum Leistungserfolg gehören, ohne gesonderte Erwähnung unentgeltlich (ohne Vergütung) zu erbringen sind.

Häufig begegnen dem Nachunternehmer derartige Klauseln wie folgt:

Beispiel:

„Der Auftragnehmer erbringt sämtliche Lieferungen und Leistungen, die zur funktionstüchtigen, mangelfreien, termingerechten und bezugsfertigen Erstellung des Bauvorhabens erforderlich sind und zwar auch insoweit, als sie in diesem Bauvertrag und in den Anlagen zu diesem Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt sind.“

Die Komplettheitsklauseln sind, sofern die vertragliche Leistung nicht nur funktional im Rahmen eines Globalpauschalvertrages beschrieben ist, formularvertraglich häufig wegen Verstoß gegen § 307 BGB unwirksam, da der Auftragnehmer zur Ausführung eines inhaltlich ganz unbestimmten Leistungsumfanges verpflichtet wird, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten. Auch wenn Leistungsbeschreibungen an sich nach § 307 Abs. 3 BGB grundsätzlich einer Inhaltskontrolle entzogen sind, fallen hierunter nicht formularvertragliche Komplettheitsklauseln, weil sie die rechtliche Ausgestaltung der vom Auftragnehmer übernommenen Hauptleistungspflicht betreffen. Komplettheitsklauseln sind im Zweifel aber auch bereits wegen des Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam⁴.

Komplettheitsklauseln sind wirksam, falls sie vom Nachunternehmer selbst in das von ihm erstellte Leistungsverzeichnis aufgenommen werden⁵. Selbst benachteiligen darf sich jeder. Individualvertraglich sind derartige Klauseln zulässig. Ebenso ist es zulässig, dass der Auftragnehmer sich in einem schlüsselfertigen Bauvertrag zu einem Pauschalpreis für eine Leistung verpflichtet, deren Bausoll sich erst aus einer noch zu erstellenden Entwurfsplanung eines noch nicht beauftragten Architekten ergeben soll⁶.

LÖSUNG:

Sofern der Hauptunternehmer eine Komplettheitsklausel in den Vertrag einführen will, ist dies individualvertraglich möglich. Sofern dies formularvertraglich erfolgen soll, hängt dies vom Vertragstyp ab. Dies bedeutet, lediglich ein Globalpauschalvertrag ermöglicht eine sogenannte Komplettheitsklauseln.

⁴ OLG Hamburg IBR 1998, 98

⁵ OLG Düsseldorf IBR 2004, 61

⁶ OLG Düsseldorf IBR 2003, 345

RECHTSPRECHUNG⁷:

Nachfolgende Aufstellung soll aufzeigen, wie sowohl auftraggeberseitig als auch auftragnehmerseitig versucht wird, formularmäßig Vorteile zu erlangen.

Auftraggeber versuchen häufig, den Umfang der Leistung zum Nachteil des Auftragnehmers zu erweitern. Dazu zählen neben Vollständigkeits- und Informationsklauseln auch Klauseln, die die Preisgestaltung betreffen. Es wird versucht, hier die im Rahmen der Ausschreibung nicht berücksichtigte Nebenleistungen unentgeltlich zu erhalten. Dabei wird auch versucht, über die Abgrenzung in den Regelungen der VOB/C Vorteile zu erringen.

AG: Unzulässige Klausel	Erläuterung
„Der Auftragnehmer schuldet nach dem Bauvertrag die Erbringung aller Nebenleistungen gemäß VOB/C sowie sämtlicher sonstiger Leistungen, die zur vertragsgemäßen Ausführung gehören.“	Verstoß gegen § 307 BGB. Ausschluss aller Ansprüche selbst aus §§ 242, 677 ff., 812 ff. BGB. Eine solche Klausel dürfte im Übrigen auch an § 307 Abs. 1 S. 2 BGB scheitern, weil sich letztlich nicht daraus ergibt, welche Leistungen der Auftragnehmer genau zu erbringen hat.
„Zu den von der Vergütung abgedeckten Leistungen gehört die Gestellung, Vorhaltung – auch länger als drei Wochen über die eigene Benutzungsdauer hinaus – aller erforderlichen Gerüste, auch für andere Gewerke.“	Eine solche Klausel hat nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB keinen Bestand. Denn es ist nicht zulässig, den Auftragnehmer durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu einem inhaltlich ganz unbestimmten Leistungsumfang zu verpflichten, ohne dass er dafür eine Gegenleistung erhält. Dies gilt bei der Gerüsterstellung in einem ganz besonderen Maße (OLG München BauR 1987, 554, 555 f.).
„Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Auftragnehmer notwendige bzw. vom Auftraggeber als erforderlich erachtete Prüfungen/Abnahmen bei unabhängigen Prüfungsinstituten/Gutachten zu veranlassen. Dazu gehören insbesondere Prüfungen der elektrotechnischen Einrichtungen (...). Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf besondere Vergütung/Kostenerstattung“.	Diese Klausel ist nach § 307 BGB unwirksam, weil dem Auftragnehmer im Einzelnen nicht geregelte Leistungen aufgebürdet werden, ohne dass ihm dafür ein Anspruch auf Vergütung oder Kostenerstattung zusteht. Die diesbezügliche Klausel dürfte auch intransparent sein und deswegen schon an § 307 Abs. 1 S. 3 BGB scheitern (BGH ZfBR 1989, 35, 40).

Auftragnehmer versuchen umgekehrt, sich vorzubehalten, welche Leistung tatsächlich ausgeführt wird, je nachdem, welche Materialien kostengünstig lieferbar sind.

⁷ Beispiel entnommen aus: Vygen, Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 675, 4. Auflage 2009

Im Gegensatz zum Auftraggeber versucht der Auftragnehmer möglichst viele Nebenleistungen, die im Vertrag unerwähnt sind, als besondere vergütungspflichtige Leistungen vergütet zu erhalten⁸.

AN: Unzulässige Klausel	Erläuterung
„Grundlage der Bauausführung ist diese Baubeschreibung. Änderungen der Bauausführung, der Material- bzw. Baustoffauswahl, soweit sie gleichwertig sind, bleiben vorbehalten.“	Eine solche vor allem in Bauträgerverträgen verwendete Klausel ist unwirksam. Dies folgt sowohl aus § 307 BGB als auch aus § 308 Nr. 4 BGB. Änderungsvorbehalte sind nicht immer unzulässig, wohl aber wenn der AN nach freiem Belieben wählen darf (BGH BauR 2005, 1473, 1475).
„Nebenleistungen, welche nicht nach den Bestimmungen der VOB/C im Leistungsumfang der Hauptleistung enthalten sind, so genannte besondere Leistungen nach § 9 Nr. 13 VOB/A, werden zusätzlich zu handwerksüblichen Stundensätzen und eventueller Materialaufwand auf Nachweis in Rechnung gestellt.“	Diese Klausel ist unwirksam, und zwar schon deswegen, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass § 9 Nr. 13 VOB/A überhaupt bekannt ist. Auch bleibt unklar, was genau damit gemeint ist, zumal dem Grunde nach gesonderte Leistungen, die nicht von der Vergütungspflicht erfasst werden, eigentlich im Leistungsverzeichnis aufgeführt werden sollen (OLG Stuttgart BauR 1988, 506).

TIPP:

Der Leistungsumfang kann detailliert oder funktional beschrieben werden.

- Bei detaillierter Leistungsbeschreibung ist die Leistung weitgehend durch die Vorgaben des Auftraggebers bestimmt. Jede Abweichung hiervon stellt jedoch eine potentiell vergütungspflichtige Leistungsänderung (Nachtrag) dar.
- Bei funktional beschriebenem Leistungsumfang muss der Auftragnehmer auch nicht beschriebene, für das Bauwerk jedoch notwendige Leistungen ausführen, hat gleichzeitig aber ein weitgehendes Leistungsbestimmungsrecht.
- Auch Leistungspflichten des Auftraggebers sollten im Bauvertrag genannt werden (bauseitige Leistungen, Planungsleistungen einschließlich etwaiger notwendiger Zeitpunkte).
- Planungsleistungen seitens des Auftragnehmers sollten im Bauvertrag ausdrücklich geregelt werden.
- Nebenleistungen nach Abschnitt 4 der jeweiligen VOB/C gehören auch ohne ausdrückliche Regelung zum geschuldeten Leistungsumfang, nicht jedoch besondere Leistungen. Letztere müssten gesondert vereinbart werden.
- Komplettheitsklauseln sind in der Regel nur individualvertraglich zulässig, es sei denn, es handelt sich um einen Globalpauschalvertrag.

⁸ Beispiel entnommen aus: Vygen, Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 759, 761, 4. Auflage 2009

.....