

VOB/B- SCHRIFTVERKEHR

- DIE WICHTIGSTEN SCHREIBEN

RUND UM DEN BAU -

**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

VOB/B-Schriftverkehr
- Die wichtigsten Schreiben rund um den Bau-**INHALTSVERZEICHNIS:**

1.	Einleitung	003
2.	Schriftform	005
2.1	Schriftform allgemein	005
2.2.	Schriftform nach Rechtsquelle	007
2.2.1.	Schriftform im Vertrag	007
2.2.1.1.	Allgemeine Schriftformvereinbarung	008
2.2.1.2.	Spezielle Schriftformvereinbarung	009
2.2.2.	Schriftform im Gesetz	011
2.2.3.	Schriftform in der VOB/B	013
2.3.	Zusammenfassung in Leitsätzen	016
3.	Sonderprobleme rund um die Schriftform	017
3.1.	Vollmachten am Bau, „Irrglaube an den Architekten“	017
3.2.	Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	022
3.3.	Zugang von Erklärungen	024
3.4.	Ordnung des Schriftverkehrs, Baustellendokumentation	025
3.5.	Zusammenfassung in Leitsätzen	026
4.	Beispiele für richtigen Schriftverkehr am Bau	027
4.1.	Ankündigung Nachträge	027
4.1.1.	Zusammenfassung in Leitsätzen	029
4.2.	Vereinbarung Stundenlohn	030
4.2.1.	Zusammenfassung in Leitsätzen	033
4.3.	Behinderungsanzeige	034
4.3.1.	Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B	034
4.3.2.	Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i. V. m. § 642 BGB	035
4.3.3.	Formalitäten der Behinderungsanzeige	035
4.3.4.	Zusammenfassung in Leitsätzen	038
4.4.	Bedenkenhinweis	039
4.4.1.	Fallgruppen der Bedenkenhinweispflicht	039
4.4.2.	Folgen bei Unterlassen des Hinweises	040
4.4.3.	Formalitäten des Bedenkenhinweises	040
4.4.4.	Zusammenfassung in Leitsätzen	043
4.5.	Mängelrüge vor und nach Abnahme	044
4.5.1.	Mängelansprüche vor der Abnahme	047
4.5.1.1.	Nacherfüllungsanspruch, § 4 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B	047
4.5.1.2.	Selbstvornahme, Kostenvorschuss, § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B	047
4.5.1.3.	Rücktritt	048
4.5.1.4.	Minderung	048
4.5.1.5.	Schadensersatz nach § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	050
4.5.1.6.	Aufwendungsersatz	050

4.5.2.	Mängelansprüche nach der Abnahme	051
4.5.2.1.	Nacherfüllungsanspruch, § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	051
4.5.2.2.	Selbstvornahme, Kostenvorschuss, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B	054
4.5.2.3.	Rücktritt	056
4.5.4.4.	Minderung, § 13 Abs. 6 VOB/B	057
4.5.4.5.	Schadensersatz, § 13 Abs. 7 VOB/B	059
4.5.4.6.	Aufwendungsersatzanspruch VOB/B	061
4.5.5.	Zusammenfassung in Leitsätzen	061
4.6.	Mängelbeseitigung aus Kulanz	062
4.6.1.	Verjährungsfristen nach VOB/B	062
4.6.2.	Hemmung und Neubeginn der Verjährung	062
4.6.3.	Zusammenfassung in Leitsätzen	063
4.7.	Abnahme	064
4.7.1.	Rechtsgeschäftliche Vorschriften in BGB und VOB	064
4.7.2.	Welche Folgen hat die Abnahme?	065
4.7.3.	Abnahmeformen	068
4.7.4.	Abnahmearten	074
4.7.4.1.	Abnahmearten allgemein	074
4.7.4.2.	Die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B	078
4.7.4.3.	Die fiktive Abnahme	081
4.7.4.4.	Teilabnahme	084
4.7.5.	Voraussetzungen einer Abnahme (Fertigstellung/Mangelfreiheit)	086
4.7.6.	Abnahmeergebnis	088
4.7.7.	Zusammenfassung in Leitsätzen	091
4.8.	Vorbehaltserklärung und Vorbehaltsbegründung gegen Schlussrechnung	092
4.8.1.	Schlusszahlungserklärung	092
4.8.2.	Zusammenfassung in Leitsätzen	093
5.	Zusammenfassung	094
6.	Muster	
	Muster 1: Klärung rechtsgeschäftliche Vollmacht	095
	Muster 2: Ankündigung Mehrkosten bei zusätzlicher Leistung (Pauschalvertrag)	096
	Muster 3: Ankündigung Mehrkosten bei zusätzlicher Leistung (Einheitspreisvertrag)	097
	Muster 4: Nachträgliche Stundenlohnvereinbarung	098
	Muster 5: Mitteilung des Beginns der Stundenlohnarbeiten	099
	Muster 6: Behinderungsanzeige	100
	Muster 7: Fristverlängerung der Bauausführung	101
	Muster 8: Bedenkenhinweis des Auftragnehmers	102
	Muster 9: Fristsetzung mit Kündigungsandrohung	103
	Muster 10: Mängelbeseitigungsverlangen (VOB/B)	104
	Muster 11: Abnahmeprotokoll	105
	Muster 12: Anlage zum Abnahmeprotokoll vom...	106
7.	Texte BGB und VOB/B	107

1. Einleitung

Die am Bau Beteiligten müssen die Spielregeln der VOB/B kennen. Wer das „Gesellschaftsspiel“ VOB/B am Bau beherrschen will, muss die Spielregeln, d. h. die gesetzlichen Normen und Regelungswerke kennen, damit man die einzelnen Figuren dem Spielplan, d. h. die Beteiligten am Bau, richtig bewegen kann. Es ist wie im richtigen Leben, wer ein „Spiel“ spielen möchte, muss zunächst die Spielregeln lesen und verstehen. Erst dann kann er mit seinem Spielpartner das Spiel richtig spielen. Am Bau ist es mit der VOB/B ähnlich.

Sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer müssen die Spielregeln, nach denen die Baustelle abzuwickeln ist, kennen. Ohne Kenntnis der Spielregeln drohen schnell Konflikte, zumindest aber wirtschaftliche Verluste.

Besondere Bedeutung kommt dabei dem Schriftverkehr zu. Der Schriftverkehr dient der Dokumentation wichtiger Abläufe am Bau. Die VOB/B kennt zahlreiche Bestimmungen, in denen die Einhaltung der Schriftform für wichtige Erklärungen Grundvoraussetzung zur Durchsetzung oder Abwehr von Rechten ist. Naturgemäß ist es aufwändiger, Erklärungen und Vereinbarungen in schriftlicher Form zu erfassen, als lediglich mündliche Absprachen zu treffen. Andererseits haben mündliche Vereinbarungen den erheblichen Nachteil, dass sich der genaue Inhalt – vor allem nach einem größeren zeitlichen Abstand – oft nicht mehr aufklären lässt.

Man kann daher das Thema Schriftverkehr am Bau auf folgenden Merksatz reduzieren:

Wer schreibt, der bleibt, wer telefoniert, verliert!

Das Skript ist so strukturiert, dass zunächst auf die Schriftform allgemein eingegangen wird, anschließend wird differenziert nach einzelnen Rechtsquellen, d. h. Gesetz bzw. VOB/B. Dabei steht die VOB/B im Mittelpunkt der Betrachtung. Nach Klärung der Bedeutung der Schriftform werden einige besonders wichtige Felder der Bauabwicklung näher dargestellt und Muster als Orientierungshilfe vorgestellt.

Entscheidend ist, dass die am Bau Beteiligten ein Problembewusstsein für die Thematik des Schriftverkehrs bekommen, um so im Streitfall für eine ausreichende Dokumentation zu sorgen.

Cham, den 20. November 2013

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. Schriftform

2.1. Schriftform allgemein

Die Thematik Schriftform ist nicht so einfach, wie man zunächst glauben möchte. Schriftform ist nicht gleich Schriftform. Das Gesetz unterscheidet verschiedene Arten der Schriftform, die in nachfolgender Tabelle wiedergegeben werden.

Wichtige Schriftformerfordernisse am Bau		
Gesetzliche Schriftform § 126 BGB	Gewillkürte Schriftform § 127 BGB	Notarielle Beurkundung § 128 BGB
<p>Die gesetzliche Schriftform ist gewahrt durch den Text seiner Urkunde, die der Aussteller eigenhändig, d. h. handschriftlich, unterschreibt. Der Text kann beliebig erstellt sein, also etwa gedruckt, maschinenschriftlich, oder handschriftlich. Der Aussteller muss ihn nicht selbst verfassen; er kann fremde Vordrucke, oder vorformulierte Formulare benutzen. Es genügt dafür, dass er den Text durch seine Unterschrift als seine Erklärung geltend lässt. Die Unterschrift muss handschriftlich erfolgen und den Text abschließen. D. h.:</p> <ul style="list-style-type: none"> - schriftlich erstellte Urkunde - die den wesentlichen Inhalt des Geschäfts enthält - die Unterschrift des Ausstellers 	<p>Die gewillkürte Schriftform ist eine Schriftform, die nicht durch das Gesetz vorgeschrieben ist, sondern durch den Vertrag vereinbart wurde. Es gelten nach § 127 BGB geringere Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform. Es genügt, ausnahmsweise ein Briefwechsel, so dass keine einheitliche schriftliche Vertragsurkunde erforderlich ist. Es reicht sogar die telekommunikative Übermittlung, also z. B. Telefax, oder E-Mail¹.</p>	<p>bei der notariellen Beurkundung nach § 128 BGB i.V.m. §§ 6 ff. BeurkG verliert der Notar seinen eigenen, oder einen fremden Vertragsentwurf, belehrt die Vertragsparteien und lässt sie den Vertrag eigenhändig unterschreiben. Anschließend unterschreibt der Notar selbst und bestätigt mit seiner Unterschrift, dass die vor ihm erschienenen Personen die Erklärung ihm gegenüber so abgegeben haben, wie er sie niedergelegt hat. Die Einzelheiten regelt das Beurkundungsgesetz. Anders als bei der öffentlichen Beglaubigung nach § 129 BGB stellt der Notar ein amtliches Zeugnis, nicht nur über die Unterschrift, sondern über den gesamten Vertrag aus. Die notarielle Urkunde kann durch einen gerichtlichen Vergleich § 127 a BGB ersetzt werden.</p>
<p><u>Beispiel:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - § 7 HOAI Honorarvereinbarung über Mindestsätze der HOAI 	<p><u>Beispiel:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Schriftformklausel im Vertrag - Schriftform bei VOB/B 	<p><u>Beispiel:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - § 311 b Abs. 1 BGB: Vertrag über Grundstück
<p><u>Grundsatz:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Rechtsgeschäft nichtig, § 125, S. 1 BGB 	<p><u>Grundsatz:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Rechtsgeschäft im Zweifel nichtig, § 125, S. 2 BGB 	<p><u>Grundsatz:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Rechtsgeschäft nichtig, § 125, S. 1 BGB <p><u>Ausnahme:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Heilung bei Auflassung und Eintragung im Grundbuch, § 311 b, Abs. 1, S. 1 BGB

¹ Nicht nachvollziehbar, OLG Frankfurt IBR 2012, 286 zur Schriftform bei § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B, wo zusätzlich elektronische Signatur bei E-Mail gefordert wird.

Die vorstehende Tabelle zeigt auf, dass sehr wohl zu differenzieren ist, an welcher Stelle Schriftform gefordert wird. Es macht einen Unterschied, ob das Schriftformerfordernis in einem Vertrag geregelt ist, beispielsweise auch in der VOB/B, die lediglich eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, oder im Gesetz. Es macht auch einen Unterschied, ob in einem Vertrag beispielsweise zusätzlich eine Grundstücksveräußerung oder ein Vorkaufsrecht mit geregelt wird, da dies das gesamte Vertragswerk der notariellen Beurkundung unterwirft.

MERKE:

Die Schriftform ist je nach Rechtsquelle, d. h. Gesetz oder Vertrag bzw. VOB/B, anders zu verstehen.

2.2. Schriftform nach Rechtsquelle

2.2.1. Schriftform im Vertrag

Es ist generell zunächst zu prüfen, ob ein konkreter Bauvertrag abweichend vom Gesetz, d. h. dem BGB, oder der Allgemeinen Geschäftsbedingung, d. h. der VOB/B, besondere ausdrückliche Schriftformerfordernisse vorsieht. Es genügt nicht, sich schlichtweg auf das Gesetz und die VOB/B allein zu verlassen.

Verträge sind kaum vergleichbar. Ob und inwieweit eine bestimmte Schriftformanforderung in einem Bauvertrag wirksam ist oder nicht, kann letztlich bestenfalls durch einen Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht geprüft werden. Selbst dann ist manchmal nicht eindeutig, ob die betreffende Schriftformanforderung für eine konkrete Handlung wirksam ist oder nicht. Ob eine bestimmte Klausel wirksam ist oder nicht, kann häufig nicht abschließend beurteilt werden, da die Einzelheiten des Einzelfalls und die Rechtsprechung eine rechtssichere Beurteilung kaum ermöglichen.

Im Zweifel hält man sich an den Vertrag zur Meidung von Konflikten. Den Vertrag „leben“, um unnötige Diskussionen zu vermeiden, ist ratsam. Letztlich kann nur der Richter in einem Prozess entscheiden, ob eine konkrete Klausel wirksam oder unwirksam ist. Selbst dies ist nicht immer eindeutig, wie die Rechtsprechung zu Einzelheiten immer wieder zeigt. Ziel ist es, Prozesse zu vermeiden, gleichzeitig in der Verhandlungsphase vor einem Prozess nicht unnötig Zusatzargumente zu Gunsten der Gegenseite zu produzieren, die zum „Drücken“ der eigenen Rechtsposition missbraucht werden. Selbst im Prozess setzt man sich „Druckpotential“ aus, da Richter in der zwingend vorgeschriebenen Güteverhandlung allein aus taktischen Gründen noch keine abschließende Rechtsauffassung äußern, was die eigene Verhandlungsposition bei Missachtung der vereinbarten Schriftform schwächt.

MERKE:

Im Zweifel sich an die im Vertrag „spezielle Schriftform“ halten. Den Vertrag vorsorglich „leben“.

Im Rahmen der vertraglichen Formerfordernisse kann unterschieden werden zwischen allgemeinen Schriftformerfordernissen und speziellen Schriftformerfordernissen in einem Vertrag.

2.2.1.1. Allgemeine Schriftformvereinbarung

Die Parteien eines Bauvertrags können im Rahmen der Vertragsfreiheit durch Vereinbarung bestimmen, dass für an sich gesetzlich formfreie Rechtsgeschäfte eine bestimmte Form zu beachten ist, vgl. § 125 Satz 2 BGB.

Es ist in einem Vertrag möglich, was auch häufig geschieht, dass der Abschluss, die Änderung oder vertragliche Aufhebung des Bauvertrags der Einhaltung einer bestimmten Form, meist der Schriftform bedarf. Es handelt sich um einen Fall der „gewillkürten Schriftform“ im Sinne des § 127 BGB.

In vielen Verträgen finden sich – zumeist am Ende des Dokuments – daher so genannte „Schriftformvereinbarungen“, etwa nachfolgenden Inhalts:

Beispiel:

Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen. Änderungen und Ergänzungen des Bauvertrags bedürfen der Schriftform.

Die am Bau Beteiligten verbinden mit derartigen Schriftformvereinbarungen häufig den Irrtum, dass mündliche Nebenabreden oder spätere mündliche Vereinbarungen immer unwirksam seien. Dies ist ein gefährliches Missverständnis. Da dieser Formzwang rechtsgeschäftlich vereinbart ist, kann der Formzwang auch rechtsgeschäftlich auch wieder aufgehoben werden. Das kann für den Vertrag insgesamt oder nur für bestimmte, den Bauvertrag ergänzende oder ändernde Abreden erfolgen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann die Aufhebungsvereinbarung ungeachtet einer vereinbarten Schriftformklausel grundsätzlich auch mündlich erfolgen. Die Bindung an die gesetzlich nicht vorgesehene Schriftform hängt von dem Willen der Parteien ab, so dass die Parteien diesen Willen auch später ändern können. Die Bindung bleibt eben „nur solange und soweit bestehen“, als die Vertragsschließenden keinen anderen Willen zum Ausdruck bringen und damit die Schriftformklausel außer Kraft setzen².

Sollten die Vertragsparteien deutlich und zweifelsfrei zum Ausdruck bringen, dass die mündlich getroffene Abrede ungeachtet der Schriftformklausel gelten soll, setzen sie die Schriftformklausel insoweit außer Kraft³. Dies soll selbst dann gelten, wenn die Parteien bei ihrer mündlichen Vereinbarung an die ursprüngliche getroffene bestehende Schriftformklausel nicht gedacht haben⁴. Schriftformklauseln in Verträgen, insbesondere in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sind damit grundsätzlich wirksam. Entscheidend ist, ob eine Schriftformklausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, was dann der Fall ist, wenn ihm die Berufung auf mündlich getroffene Vereinbarungen abgeschnitten wird⁵.

MERKE:

Die allgemeinen Schriftformklauseln in Verträgen sind meist formularmäßig wirksam. Ihre Bedeutung reduziert sich aber meist auf eine bloße Beweisfunktion. Abweichende mündliche Abreden hat derjenige zu beweisen, der sich auf eine mündliche Abrede beruft. Schriftformklauseln, die durch den Willen der Parteien in den Vertrag aufgenommen wurden, können Kraft dem Willen der Parteien mündlich oder stillschweigend wieder aufgehoben werden.

² Kleine-Möller, Merl, Handbuch des privaten Baurechts, § 9 Rn. 78, 4. Auflage 2009

³ BGH NJW 1968, 33

⁴ BGH NJW 1975, 1654

⁵ BGH NJW 1983, 1853

2.2.1.2. Spezielle Schriftformvereinbarung

Die Parteien können in einem Bauvertrag auch bestimmen, dass bestimmte einseitige Erklärungen formbedürftig sind, wie etwa Mitteilungen an den Vertragspartner (Anzeigen), beispielsweise Nachtragsankündigungen oder sonstige Erklärungen. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob derartige spezielle Schriftformklauseln wirksam sind. Dabei ist jeweils zu unterscheiden, wer die entsprechende Bestimmung in den Vertrag eingeführt hat (dies ist der so genannte „Verwender“). Es erfolgt dann eine Prüfung der Klausel anhand des Gesetzes nach den §§ 307 ff. BGB zu Lasten des Verwenders.

Klauselbeispiele	Anmerkung
Beansprucht der AN wegen Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des AG eine erhöhte Vergütung, so muss er dies dem AG vor der Ausführung schriftlich ankündigen.	Die Klausel beinhaltet nach Ansicht des BGH eine Anspruchsvoraussetzung und ändert hiermit ganz erheblich die VOB ab (BGH vom 20.12.1990, Az: VII ZR 248/89; BB 91, 502). Nach OLG München vom 16.11.1993, Az: 9 U 3155/93, Revision durch Beschluss des BGH vom 18.05.1995, Az: VII ZR 31/94, abgelehnt, ist die Klausel auch unwirksam. Es ist nicht einzusehen, dass bei vertragspartnerfeindlicher Auslegung ein materiell berechtigter Anspruch nur durch Nichteinhaltung der Schriftform verloren gehen soll.
Der Anspruch auf Vergütung außervertraglicher Leistungen besteht nur, wenn dieser Anspruch vor Ausführung der Leistung schriftlich mit dem AG vereinbart wird.	Die Klausel beinhaltet eine unzulässige Schriftformklauseln und verstößt somit gegen § 307 BGB (LG München I vom 22.09.1988, Az: 7 O 3095/88, nicht veröffentlicht). Das OLG Düsseldorf (vom 15.12.1988, Az: 5 U 103/88; BauR 89, 335) begründet die Unangemessenheit damit, dass dem AN nach dem Wortlaut der genannten Klausel ein Vergütungsanspruch versagt bliebe, wenn der AG die Zusatzleistung zwar verlangt, aber sich weigert, eine Preisvereinbarung zu treffen. „Das ist ein nicht zu billigendes Ergebnis, was werkvertraglichen Vergütungsgrundsätzen widerspricht.“ Ebenso OLG Düsseldorf v. 06.11.1997, Az: 5 U 89/96, BauR 98, 1023.
Der Anspruch auf Vergütung außervertraglicher Leistungen besteht nur, wenn dieser Anspruch vor Ausführung der Leistung schriftlich mit dem AG vereinbart wird.	Die Klausel beinhaltet eine unzulässige Schriftformklausel und verstößt somit gegen § 307 BGB (LG München I vom 22.09.1988, Az: 7 O 3095/88, nicht veröffentlicht). Das OLG Düsseldorf (vom 15.12.1988, Az: 5 U 103/88; BauR 89, 335) begründet die Unangemessenheit damit, dass dem AN nach dem Wortlaut der genannten Klausel ein Vergütungsanspruch versagt bliebe, wenn der AG die Zusatzleistung zwar verlangt, aber sich weigert, eine Preisvereinbarung zu treffen. „Das ist ein nicht zu billigendes Ergebnis, was werkvertraglichen Vergütungsgrundsätzen widerspricht.“ Ebenso OLG Düsseldorf v. 06.11.1997, Az: 5 U 89/96, BauR 98, 1023

Die Beispiele belegen, dass die vorstehend dargestellten, auf Auftraggeberseite häufig zu findenden Klauseln, regelmäßig unwirksam sind.

MERKE:

Die speziellen Schriftformklauseln in Bauverträgen sind im Einzelfall dahingehend zu überprüfen, ob diese wirksam sind oder nicht. Sofern diese individualvertraglich getroffen werden, sind sie meist wirksam. Werden die Schriftformklauseln formularmäßig vereinbart, sind diese häufig unwirksam. Im Zweifel sollte man allerdings von der Wirksamkeit ausgehen, um nicht unnötig Risiken einzugehen.

2.2.2. Schriftform im Gesetz

Das Gesetz, d. h. das BGB, sieht für den Werkvertrag als solchen keine bestimmte Form vor. Er ist daher grundsätzlich auch dann gültig, wenn sich die Parteien nur mündlich einigen oder wenn ein schriftliches Vertragsangebot nur mündlich oder durch schlüssiges Verhalten angenommen wird. Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Änderung oder die vertragliche Aufhebung des Bauvertrages.

Im Einzelfall kann ein Vertrag allerdings sogar der notariellen Beurkundung bedürfen. Ein Vertrag ist zu beurkunden, wenn es um die Veräußerung von Grundstücken geht. Bei Bauverträgen ist dies eher selten der Fall, kann aber durchaus auch hier einschlägig werden. Dabei darf nicht übersehen werden, dass nicht nur die Grundstücksveräußerung, sondern bereits die Einräumung eines Vorkaufsrechts die Beurkundungspflicht auslöst. Regelmäßig beurkundungsbedürftig sind Bauträgerverträge⁶ und der mit dem Erwerb des Grundstücks verbundene Baubetreuungsvertrag⁷. Bei Bauverträgen ist zu beachten, dass im Bauvertrag selbst nicht der Grundstückserwerb oder das Vorkaufsrecht enthalten sein muss. Es genügt, wenn Verträge über den Kauf und die Bebauung eines Grundstücks eine rechtliche Einheit bilden. Diese liegt vor, wenn die Verträge miteinander „stehen und fallen“. Notwendig ist, dass der Grundstückserwerb von dem formfreien Geschäft abhängt⁸. Danach besteht für den Bauvertrag keine Beurkundungspflicht, wenn das Grundstück unabhängig davon erworben wird, ob, wie und mit wem es bebaut wird. Beurkundungszwang besteht dagegen, wenn der Erwerb des Grundstücks vom Bauvertrag abhängt⁹.

Beispiel:

Ein AN schließt mit einem AG einen Bauvertrag für ein Fertighaus. Das Haus soll auf einem Grundstück gebaut werden, das der AG noch von V, einem Hauptgesellschafter des AN erwirbt. Hier ist auch der Bauvertrag zu beurkunden, weil nach dem erklärten Willen beider Parteien die beiden Verträge miteinander stehen und fallen sollen.

Nicht genügend ist eine einseitige Abhängigkeit. Ein Bauvertrag ist dann nicht beurkundungspflichtig, wenn zwar der Bauvertrag von einem Grundstückskaufvertrag, nicht aber der Grundstückskaufvertrag vom Bauvertrag abhängt.

Beispiel:

Der potentielle AG beauftragt den AN mit der Planung und Errichtung eines Bauvorhabens auf einem konkret schon bezeichneten Grundstück, das im Eigentum eines Dritten steht. Für den Fall des Nichtzustandekommens des Kaufvertrages wird dem AG ein Rücktrittsrecht vom Bauvertrag eingeräumt. Der Kaufvertrag zum Grundstück kommt auf Vermittlung des AN zustande und wird beurkundet. Der AG will das Grundstück behalten und im Übrigen vom Bauvertrag zurücktreten. Er hält ihn mangels Beurkundung für nichtig.

Der AG irrt. Richtig ist zwar, dass ein wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, der Grundstückskaufvertrag ist aber nicht vom Bauvertrag abhängig bzw. steht nicht mit ihm in einer rechtlichen Einheit.

⁶ BGH BauR 1981, 282

⁷ BGH NJW 1985, 730

⁸ BGH ZIP 2000, 232

⁹ BGH NZBau 2002, 502

Die künstliche Aufspaltung in einen formfreien Bauvertrag und einen formbedürftigen Kaufvertrag ändert nichts an der Beurkundungspflicht beider Verträge. Auch Vorkaufsrechte am Grundstück bedürfen der notariellen Form.

Sofern eine Beurkundungspflicht besteht, ist neben dem Grundstückskaufvertrag der Bauvertrag vollständig, d. h. vor allem mit sämtlichen Regelungen, die die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung betreffen, zu beurkunden (insbesondere die Baubeschreibung nebst Plänen)¹⁰.

Ist der Bauvertrag nicht nach den Formvorschriften geschlossen worden, ist er unwirksam; § 125 BGB. Bereits erbrachte Leistungen wären über Bereicherungsrecht rückabzuwickeln, §§ 812 ff. BGB. Grundsätzlich ist der gesamte Vertrag nichtig. Die Nichtigkeit wird geheilt durch die Auflassung des Grundstücks und die Eintragung in das Grundbuch, § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB.

MERKE:

Das Gesetz sieht für den Werkvertrag keine Schriftform vor. Im Einzelfall kann aber gem. § 311b Abs. 1 BGB eine notarielle Beurkundung notwendig sein, wenn im Vertrag bzw. in zusammenhängenden Verträgen, die miteinander „stehen“ oder „fallen“ sollten, die Veräußerung eines Grundstücks bzw. ein Vorkaufsrecht geregelt sind.

¹⁰ BGH BauR 2005, 866, 867

2.2.3. Schriftform in der VOB/B

Das Gesetz hält sich mit der gesetzlichen Schriftform, insbesondere im Werkvertragsrecht, sehr stark zurück. Die VOB/B dagegen, die eine Allgemeine Geschäftsbedingung ist, legt größten Wert auf Schriftform.

Fakt ist, dass entgegen landläufiger Meinung, wonach Papier auf der Baustelle nicht notwendig sei, gerade die VOB/B, die auf Bauleistungen zugeschnitten ist, diese mehrfach einfordert.

Dabei ist nicht anhand des Wortlauts der Vorschrift erkennbar, ob diese gewillkürte Schriftform eine zwingende Voraussetzung ist, lediglich Beweisfunktion hat oder Schriftform empfehlenswert ist. Schriftform ist auch in der VOB/B nicht gleich Schriftform.

Nachfolgende Übersicht soll helfen, einige der wichtigsten Erklärungen der VOB/B hinsichtlich ihrer Bedeutung zuzuordnen. Rein vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass es, unabhängig davon, ob die einzelne Bestimmung lediglich Beweisfunktion hat oder empfehlenswert ist, Schriftform eingehalten werden sollte!

Da es sich hierbei um eine gewillkürte Schriftform handelt, die VOB/B ist kein Gesetz, sondern nur eine AGB, gelten die Grundsätze und Anforderungen an die Schriftform gem. § 127 BGB.

Nachfolgend als tabellarische Übersicht, wobei die rot hinterlegten Bereiche „V“ die Schriftform als zwingende Voraussetzungen sehen, der orange Bereich „B“ der Schriftform eine Beweisfunktion beimisst und im gelben Bereich „E“ die Einhaltung der Schriftform zumindest empfehlenswert ist.

Vorschrift der VOB/B	Stichwort	V	B	E
§ 2 Abs. 6	Vergütung für zusätzliche Leistung			X
§ 2 Abs. 8 Nr. 2	Anzeige nicht beauftragter Leistungen			X
§ 2 Abs. 10	Vereinbarung von Stundenlohnarbeiten			X
§ 3 Abs. 3	Hinweis auf fehlerhafte Ausführungsunterlagen			X
§ 3 Abs. 4	Niederschrift über Zustand der Baustelle (Straßen, Geländeoberfläche, ...)		X	
§ 4 Abs. 3	Bedenkenanzeige (Art der Ausführung, Güte Stoffe und Bauteile, Leistung anderer Unternehmer)	X		
§ 4 Abs. 7	Mängelrüge mit Fristsetzung + Androhung Auftragsentzug vor Abnahme			X

§ 5 Abs. 2 S. 1	Auskunftsersuchen über Baubeginn			X
§ 5 Abs. 2 S. 3	Baubeginnsanzeige			X
§ 6 Abs. 1	Behinderungsanzeige (Ausführungsfristverlängerung)	X		
§ 6 Abs. 3	Benachrichtigung Wiederaufnahme Arbeiten			X
§ 6 Abs. 6 S. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1	Behinderungsanzeige (Schadensersatz)	X		
§ 6 Abs. 6 S. 2 i.V.m. § 6 Abs. 1	Behinderungsanzeige (Entschädigung)	X		
§ 6 Abs. 7 S. 1	Kündigung bei Unterbrechung	X		
§ 8 Abs. 5	Kündigung durch AG - freie Kündigung (ohne Grund) - Kündigung wg. Insolvenz AN - Kündigung wg. vertragswidriger Leistung - Kündigung wg. Schuldnerverzug/Baustellenbesetzung - Kündigung wg. Wettbewerbswidrigkeit	X		
§ 9 Abs. 2	Kündigung AN - Verletzung Mitwirkungshandlung - Zahlungsverzug	X		
§ 11 Abs. 4	Vorbehalt Vertragsstrafe			X
§ 12 Abs. 1	Abnahmeverlangen (gesamt)			X
§ 12 Abs. 2	Abnahmeverlangen (teil)			X
§ 12 Abs. 4	Niederschrift förmliche Abnahme	X		
§ 12 Abs. 5 Nr.1	Fertigstellungsmitteilung	X		
§ 12 Abs. 5 Nr.3	Vorbehalt wegen bekannter Mängel Vertragsstrafe			X

§ 13 Abs. 5	Mängelrüge nach Abnahme			X
§ 13 Abs. 5	Mängelrüge nach Abnahme (Quasineubeginn)	X		
§ 13 Abs. 6	Erklärung der Minderung			X
§ 14 Abs. 1	Prüfbare Abrechnung der Leistung (AR/TR/SR)		X	
§ 14 Abs. 2	Beantragung gemeinsamer Feststellung (gemeinsames Aufmaß)			X
§ 15 Abs. 3 S. 1	Anzeige Beginn der Stundenlohnarbeiten			X
§ 15 Abs. 3 S. 2	Einreichung Stundenlohnzettel		X	
§ 15 Abs. 3 S. 4	Einwendung gegen Stundenlohnzettel		X	
§ 16 Abs. 3 S. 2	Einwendung Prüfbarkeit gegen Schlussrechnung			X
§ 16 Abs. 3 Nr.2	Unterrichtung + Hinweis auf die Ausschlusswirkung der Schlusszahlung	X		
§ 16 Abs. 3 Nr.3	Ablehnung weiterer Zahlungen	X		
§ 16 Abs. 3 Nr.5	Vorbehaltserklärung und Vorbehaltsbegründung			X
§ 17 Abs. 6 Nr.1 S. 3	Mitteilung Einbehalt der Sicherheitsleistung			X
§ 17 Abs. 6 Nr.3	Nachfristsetzung zur Einzahlung Sicherheitseinbehalt auf Sperrkonto			X

Der vorstehenden Tabelle ist zu entnehmen, dass im Gegensatz zum BGB-Werkvertrag beim VOB/B-Werkvertrag zahlreiche Erklärungen, Anzeigen und Mitteilungen notwendig sind. Die VOB/B spricht an mehreren Stellen ausdrücklich von „Schriftform“. Dabei ist in einigen Fällen die Schriftform sogar Wirksamkeitsvoraussetzung für die Erklärung. Manchmal hat die Schriftform lediglich Beweisfunktion. Andere Erklärungen, die gleichfalls von Bedeutung sind, sollten zumindest schriftlich abgefasst werden, um keine Nachteile zu erleiden.

Im Zweifel ist gerade bei einem VOB/B-Werkvertrag die Schriftform empfehlenswert, um keine Rechtsnachteile zu erleiden.

MERKE:

Die VOB/B enthält zahlreiche Schriftformerfordernisse. Diese sind teilweise sogar Wirksamkeitsvoraussetzung für die entsprechende Handlung, zumindest aber aus Beweisgründen empfehlenswert. Im Zweifel sollte auf jeden Fall im eigenen Interesse die Schriftform gewahrt werden.

2.3. Zusammenfassung in Leitsätzen

Die vorausgegangenen Ausführungen haben gezeigt, welche entscheidende Bedeutung der Schriftform zukommt. Das Kapitel kann wie folgt zusammengefasst werden:

- a) Die Schriftform nach dem Gesetz unterscheidet zwischen der gesetzlichen Schriftform, gewillkürten Schriftform und notariellen Beurkundung.
- b) Ein Bauvertrag kann eine gewillkürte (vereinbarte) Schriftform enthalten. Die Schriftformklauseln sollten in ihrer Wirkung nicht überschätzt werden. Die Parteien haben durch ihren Willen diese Schriftform geschaffen und können diese später mit ihrem Willen auch stillschweigend grundsätzlich aufheben. Sofern man sich nicht an diese vereinbarte Schriftform hält, riskiert man zumindest erhebliche Beweisschwierigkeiten. Im Zweifel an vereinbarte Schriftformerfordernisse halten, um keine unnötigen außergerichtlichen oder gerichtlichen Diskussionsbedarf/Probleme zu schaffen.
- c) Das BGB sieht im Werkvertragsrecht grundsätzlich keine gesetzliche Schriftform für den Vertrag oder bestimmte Erklärungen vor.
- d) Ein Bauvertrag kann im Einzelfall sogar der notariellen Form unterliegen, wenn ein Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft oder Vorkaufsrecht besteht. Selbst bei Trennung der Verträge unterliegt der Bauvertrag der notariellen Schriftform, wenn die Verträge miteinander „stehen“ oder „fallen“ sollen.
- e) Die VOB/B enthält zahlreiche gewillkürte (vereinbarte) Schriftformerfordernisse für zahlreiche Handlungen des Auftraggebers oder Auftragnehmers. Diese Schriftformanforderungen sind teilweise Wirksamkeitsvoraussetzung, teilweise haben sie lediglich Beweisfunktion. Im Zweifel ist die Schriftform zur Meidung von Rechtsnachteilen einzuhalten.

3. Sonderprobleme rund um die Schriftform

Nachfolgend sollen einige Sonderprobleme behandelt werden, die rund um die Schriftform existieren. Einerseits geht es um Vollmachten am Bau, wobei insbesondere Auftragnehmer häufig den Architekten besondere rechtsgeschäftliche Vollmachten „andichten“, die dieser gar nicht hat. Es ist sinnvoll, hier die rechtsgeschäftliche Vollmacht nachweisen zu lassen und schriftlich zu fixieren. Ein weiteres Problem ist die nachträgliche schriftliche Fixierung des mündlich gesprochenen Wortes, beispielsweise auf der Baustelle oder in einem Telefonat. Es ist hilfreich, derartige Gespräche nachträglich zu fixieren, zumal über ein so genanntes kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht nur für entsprechende Beweise gesorgt werden kann, sondern gegebenenfalls das Schweigen des Vertragspartners sogar rechtsgestaltende Wirkung haben kann. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die beste schriftliche Erklärung wenig hilfreich ist, wenn deren Zugang beim Vertragspartner nicht nachgewiesen werden kann.

Allgemein haben sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer darauf zu achten, dass der Schriftverkehr geordnet wird. Eine geeignete Baustellendokumentation und interne Organisation ist unabdingbar.

3.1. Vollmachten am Bau, „Irrglaube an den Architekten“

Es stellt sich dann die Frage, ob Anordnungen am Bau, die von Dritten getroffen werden, den Auftraggeber binden. Der Auftraggeber bzw. dessen gesetzlicher Vertreter sind meist persönlich nicht vor Ort. Ansprechpartner ist meist ein Planer, der Architekt oder ein Bauleiter des Auftraggebers. Diese Personen sind nicht identisch mit dem Auftraggeber! Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese Personen, die im „Lager“ des Auftraggebers stehen, diesen rechtsgeschäftlich binden können.

Es gelten die allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB.

Voraussetzung einer Vertretung ist eine

- **gesetzliche Vertretungsmacht** oder eine
- **rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht.**

Eine rechtsgeschäftliche Vollmacht kann nach allgemeinen Grundsätzen als Innen- oder Außenvollmacht erteilt werden. Auch eine stillschweigende (konkludente) Vollmachtserteilung ist möglich.

Beschränkung inhaltlich grundsätzlich möglich; z.B.:

- Gegenstand der Bevollmächtigung (Abnahme, Zusatzaufträge usw.)
- Höhe des Zusatz-/Änderungsauftrages (€ 500, Gesamt: max. 2% Angebotsnettosumme)

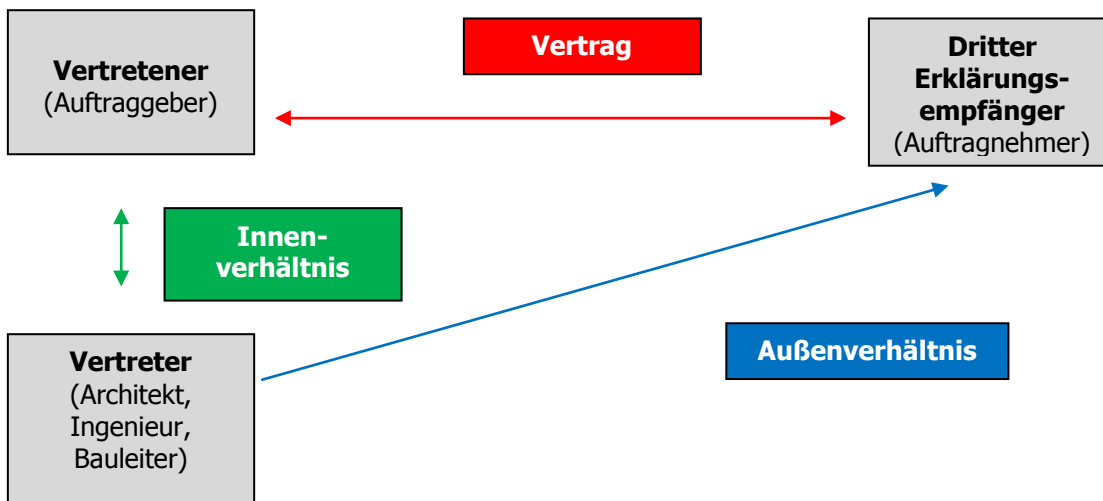
BGB-Regelungen

§ 164 BGB Wirkung der Erklärung des Vertreters

§ 179 BGB Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht

Es stellt sich dann die Frage, ob der Vertreter oder der angeblich Vertretene berechtigt ist, Anordnung für den Auftraggeber zu treffen.

Es gelten die allgemeinen Regeln der §§ 164 ff. BGB.



Leider wird in der Baupraxis missachtet, dass Architekten, Ingenieure und Bauleiter keine Vollmachten in rechtsgeschäftlicher Hinsicht besitzen. Der Irrglaube an die Vollmacht des Architekten ist weit verbreitet.

Dieser Tatsache kommt besondere Bedeutung zu, wenn es sich um Anordnungen, d.h. also Eingriffe in den Bauablauf handelt. Ist eine Anordnung einer der vorstehend genannten Personen dem Auftraggeber nicht zurechenbar, weil die Vollmacht fehlt, scheidet damit eine Reihe von Anspruchsgrundlagen aus und der Auftragnehmer ist auf Ansprüche gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 oder Nr. 3 VOB/B beschränkt, die Ausnahmecharakter haben.

Die Befugnisse des Architekten werden aus der nachfolgenden Aufzählung deutlich, die erkennen lässt, dass der Architekt lediglich der technische Vertreter des Auftraggebers ist, nicht aber sein rechtsgeschäftlicher Vertreter.

Ohne besondere Vollmacht darf der Architekt:

- Stundenlohnzettel entgegennehmen,
- Bedenkenanmeldungen entgegennehmen, es sei denn, es handelt sich um Architektenfehler oder der Architekt verschließt sich den berechtigten Bedenken des Auftragnehmers,
- Behinderungsanzeigen entgegennehmen,

- Weisungen auf der Baustelle erteilen, die nicht zu größeren Mehrkosten oder Umplanungen führen,
- ein Aufmaß durchführen.

Ohne besondere Vollmacht darf der Architekt nicht:

- Abnahmen durchführen,
- Zusatzleistungen vergeben,
- Anzeige für auftragslos erbrachte Leistungen entgegennehmen, § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B,
- Änderungsanordnungen treffen,
- Änderungsanordnungen treffen, die die Planung wesentlich verändern, selbst wenn sie kostenneutral sind,
- Rechnungen, sei es Abschlags- oder Schlussrechnungen, anerkennen.

Der Auftragnehmer sollte sich somit keinesfalls darauf verlassen, dass der vor Ort meist vorhandene Ansprechpartner, der Architekt, auch bevollmächtigt ist. Genau das Gegenteil ist der Fall. Gefahr besteht auch durch die angebliche Ausnahme für kleinere Zusatzaufträge. Es gibt keine festen Grenzen, was unter „klein“ zu verstehen ist. Dies ist eine Frage des Einzelfalls und damit wieder risikobehaftet.

Im Regelfall haben nur der Auftraggeber persönlich, d.h. bei Gesellschaften entsprechende Geschäftsführer, Vollmachten zur Leistungsänderung, Anordnung von Zusatzleistungen, Anordnung über die Bauzeit und über den Bauablauf, usw.

Besondere Vorsicht ist geboten bei **öffentlichen Auftraggebern** bzw. **kirchlichen Auftraggebern**, da diese besonderen Vorschriften unterliegen.

Ganz generell gilt bei Vereinbarungen mit Vertretern des öffentlichen Auftraggebers bzw. der Kirchen, dass mündlich getroffene Vereinbarungen grundsätzlich unwirksam sind. Deshalb genießt der Auftragnehmer auch von vornherein keinen Vertrauensschutz, wenn Vereinbarungen oder Aufträge nicht wenigstens in schriftlicher Form vorliegen.

Selbst der Bürgermeister einer Gemeinde ist nicht ohne weiteres bevollmächtigt, „Nachträge“ zu beauftragen. Meist bedarf es hierzu, wenn der Auftrag bestimmte Volumen je nach Gemeindegröße überschreitet, eines Beschlusses des zuständigen Gremiums, sei es des Gemeinderates oder eines Ausschusses.

MERKE:

Bei öffentlichen Auftraggebern und Kirchen die dort bestehenden Sondervorschriften beachten. Es gelten hier beim Auftraggeber selbst besondere Formvorschriften (Schriftform) bzw. besondere Beschlüsse oder Genehmigungen (Gemeinderat, Bischöfliches Ordinariat).

Die Erfüllungsgehilfen des Auftraggebers, wie z.B. Architekt, Bauleiter, Fachbauleiter, Projektsteuerer, usw., haben im Regelfall keinerlei Befugnisse zu Anordnungen, die zu einer Vertragsänderung oder Vertragsergänzung führen.

MERKE:

Die Vollmacht des Architekten/Bauleiters hört am Geldbeutel des Auftraggebers auf.

In der Baupraxis ist zu empfehlen, bereits bei der Vertragsgestaltung entsprechende Vollmachtregelungen zu berücksichtigen und diese sowohl inhaltlich als auch dem Umfang nach (z.B. Höchstbeträge) zu konkretisieren.

Fehlen Regelungen im Bauvertrag, so ist dem Auftragnehmer zu empfehlen, die Vollmachtregelung schriftlich beim Auftraggeber zu erfragen und bestätigen zu lassen. Es empfiehlt sich, dies unmittelbar nach der Beauftragung zu klären, da zu diesem Zeitpunkt „die Chemie“ zwischen den Parteien noch stimmt. In Konfliktsituationen die Vollmacht eines Beteiligten zu hinterfragen, ist der späteste Zeitpunkt, auch wenn dies leicht zur Eskalation führen kann. Keinesfalls Anordnungen Dritter ausführen ohne Klärung der rechtsgeschäftlichen Vollmacht!

Der Auftragnehmer sollte klar formulieren, wer auf Seiten des Auftraggebers für rechtsgeschäftliche Handlungen und für welche Art von rechtsgeschäftlichen Handlungen bevollmächtigt ist.

Muster 1 : Klärung rechtsgeschäftliche Vollmacht

Hierbei gibt es beispielsweise Vollmachten für:

- Anordnung von Bauentwurfsänderungen und Zusatzleistungen
- Anordnungen über die Bauzeit
- Abnahme von Bauleistungen usw.

Die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung bzw. einer nachträglichen Regelung durch Vollmachterteilung sind vielfältig.

Erfolgt keine Regelung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, darf sich der Auftragnehmer nicht auf Anordnungen Dritter (Architekt, Bauleiter, usw.) verlassen. Der Auftraggeber sollte deshalb vor Leistungsausführung zur Bestätigung der Anordnungen aufgefordert werden.

Sofern keine ausdrückliche Vollmacht bzw. stillschweigende Vollmacht und keine abweichende Regelung im Bauvertrag vorliegt, bleiben dem Auftragnehmer nur noch die Möglichkeiten, sich auf eine sogenannte Duldungs- oder Anscheinsvollmacht zu berufen. Dies ist quasi der „letzte Rettungsanker“, um den Auftraggeber noch zu binden.

Die gesetzlich geregelten Fälle der Vollmacht decken nicht alle Fälle in der Baupraxis ab, in dem der auf das Bestehen der Vollmacht vertrauende Dritte geschützt werden muss. Es gilt der **Allgemeine Rechtsgrundsatz**, dass derjenige, der einem gutgläubigen Dritten gegenüber zurechenbar den **Rechtsschein** einer Bevollmächtigung eines Anderen setzt, sich so behandeln lassen muss, als habe er dem Anderen wirksam Vollmacht erteilt¹¹.

Die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind Anwendungsfälle dieses Rechtsgrundsatzes.

¹¹ BGH NJW 2003, 2091

.....