

KANZLEI AM STEINMARKT
Kuchenreuter, Dr. Stangl, Alt • Rechtsanwälte PartGmbH

BAUZEIT UND BEHINDERUNGEN, BAUABLAUFSTÖRUNGEN DURCHSETZEN UND ABWEHREN AUS RECHTLICHER SICHT

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	03
2.	Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag im BGB	04
2.1.	Bauvertrag, Definition und Abgrenzung	04
2.2.	Die Bedeutung der VOB/B	06
2.3.	Vertragsgrundlagen bzw. -gestaltung	10
3.	Bauzeitverzögerung nach VOB/B	16
3.1.	Konfliktlage bei Fristüberschreitung	16
3.2.	Bauzeit – Ausführungsfristen –	17
3.3.	Ausführungsfristverlängerung	20
3.4.	Bauzeitnachträge, Anspruchsgrundlagen	22
3.4.1.	Geänderte Leistung gem. § 2 Abs. 5 VOB/B	22
3.4.2.	Schadenersatz nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B	24
3.4.3.	Entschädigung nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB	33
3.4.4.	Bauzeitnachträge, Darlegung + Dokumentation	42
3.4.4.1.	Denken in Anspruchsgrundlagen	42
3.4.4.2.	Schätzungsmöglichkeit	43
3.4.4.3.	Bauablaufbezogene Darstellung	44
3.4.4.4.	Beschleunigung	47
3.4.4.5.	Kündigung des Bauvertrages	48
3.4.4.5.1.	Kündigungstatbestände	48
3.4.4.5.2.	Zusammenfassung in Leitsätzen	50
3.5.	Ansprüche des Auftraggebers	51
3.5.1.	Vertragsstrafe/Verzugsschaden	52
3.5.1.1.	Vereinbarung Vertragsstrafe	53
3.5.1.2.	Vorbehalt der Vertragsstrafe	55
3.5.1.3.	Zusammenfassung in Leitsätzen	56
3.5.2.	Schadenersatz bei Behinderung	57
3.5.2.1.	Schadenersatz nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B	57
3.5.2.2.	Zusammenfassung in Leitsätzen	58
3.5.3.	Kündigung des Bauvertrages	59
3.5.3.1.	Zusammenfassung in Leitsätzen	60
4.	Zusammenfassung	61
Muster 1:	Übergabe neuer Terminpläne	62
Muster 2:	Ankündigung Mehrkosten bei geänderten Leistungen	63
Muster 3:	Behinderungsanzeige	64
Muster 4:	Einforderung Mitwirkungshandlung	65
Muster 5:	Anmeldung eines Entschädigungsanspruchs	66
GESETZESTEXTE:		
- BGB – Stand 2018 –		67
- BGB (Werkvertrag) – Stand 2018 –		94
- VOB/B 2016		103

1. Einleitung

Sinn und Zweck des Seminars ist es, dem Bauleiter das notwendige Basiswissen in der Praxis der Abwicklung des Bauvorhabens zu vermitteln. Wer heute am Bau erfolgreich tätig sein will, muss nicht nur handwerkliche Erfahrung besitzen, sondern muss im gleichen Maße kaufmännische und rechtliche Grundlagen am Bau beherrschen.

Eine entscheidende Bedeutung kommt hier dem vor Ort tätigen Bauleiter zu. Er steht quasi an der „Front“. Der Bauleiter ist der erste Ansprechpartner, wenn es um Mängelrügen, Baubehinderungen oder Nachträge geht. Reagiert der Bauleiter in diesen Fällen nicht in der erforderlichen Form bzw. zur rechten Zeit oder versäumt es, eine beweiskräftige Dokumentation der Ereignisse vorzunehmen, kann dies in einer späteren Auseinandersetzung mit dem Vertragspartner zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen.

Der Bauleiter ist quasi der „Ersthelfer“ am Bau, der ähnlich einem Sanitäter bei einem Unfallgeschehen die akute Sachlage begreifen und die ersten Hilfsmaßnahmen einleiten muss. Fehler, die hier gemacht werden oder Zeit, die hier verloren geht, kann später weder durch die Geschäftsleitung noch durch den Rechtsanwalt ausgeglichen werden.

Aus diesem Grund ist es heutzutage unerlässlich, dass der Bauleiter mit den wichtigsten Regeln des Werkvertragsrechts und der VOB/B vertraut ist. Das vorliegende Skript dient als „Kompass“, um in den Stürmen des täglichen Baugeschehens nicht die Orientierung zu verlieren.

Es wurden bewusst Themenschwerpunkte zum Thema „Bauzeit“ gebildet, die Sachverhalte betreffen, die im Alltag des Bauleiters immer wieder in Erscheinung treten.

Entscheidend ist, dass der Bauleiter zumindest ein Problembewusstsein entwickelt und die ersten richtigen Maßnahmen selbständig einleiten kann. Keinesfalls sollte der Bauleiter Situationen mangels Kenntnis aussitzen. **Restrisiko ist das Risiko, das uns den Rest gibt!** Diesen Merksatz sollte jeder Bauleiter beherzigen. Das Buch soll ein Wegweiser sein, um Fehlerquellen zu reduzieren.

Die Neuregelung des neuen Bauvertragsrechts des BGB, das seit 01.01.2018 in Kraft ist, wurde berücksichtigt, soweit für das Thema relevant.

Cham, den 2. September 2019

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. Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbauvertrag im BGB

Das bisherige gesetzliche Werkvertragsrecht hat in den §§ 631 ff. BGB keine Differenzierung bezüglich einzelner Werkvertragstypen vorgenommen. Weder wurde ein besonderer Bauvertrag oder gar Verbraucherbauvertrag geregelt. Auch Architekten- und Ingenieurverträge oder der Bauträgervertrag wurden bislang keine Bestimmungen innerhalb des Werkvertragsrechts gewidmet. Diese Systematik wurde aufgegeben. An deren Stelle tritt nun eine neue Struktur des Werkvertragsrechts.

2.1. Bauvertrag, Definition und Abgrenzung

Nach der alten Rechtslage wurden unter dem Vertragstyp „Werkvertrag“ sämtliche Rechtsverhältnisse gefasst, bei der sich eine Vertragspartei zur Herstellung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bzw. einer geistigen Leistung verpflichtet. Es gibt nach wie vor einen Werkvertrag, aber zusätzlich Sonderregelungen für den Bauvertrag und den Verbraucherbauvertrag.

Nachfolgende Übersicht soll die verschiedenen Vertragstypen, die es künftig gibt, näher beschreiben und abgrenzen:

Vertragstyp	Werkvertrag	Bauvertrag	Verbraucherbauvertrag
Definition	§ 631 BGB	§ 650a BGB	§ 650i BGB
Parteien	B2C B2B	B2C B2B	B2C
Leistung	Werk	Herstellung Wiederherstellung Beseitigung Umbau eines Bauwerks, Außenanlage oder Teilen davon	Bau eines neuen Gebäudes Erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden
Normen	§§ 631ff. BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB §§ 650 i – o BGB

Bereits der vorstehenden Tabelle kann entnommen werden, dass es für die Einordnung des Vertragstyps und den anzuwendenden Normen einerseits darauf ankommt, welche Parteien beteiligt sind bzw. was die geschuldete Leistung des Vertrages ist.

Dabei ist festzustellen, dass von dem allgemeinen „Werk“, der den Werkvertrag kennzeichnet, als Unterfall das „Bauwerk“ für den Bauvertrag geregelt ist. Beim weiteren Unterfall des Verbraucherbauvertrages muss sich die Leistung nicht nur auf ein Bauwerk sondern – noch enger – auf ein „Gebäude“ beziehen.

Objekt/Leistung	Gebäude	Sonstiges Bauwerk	Außenanlage	Teil eines Bauwerks oder Außenanlage
Herstellung (Neubau)	Verbraucherbauvertrag § 650i BGB, wenn Auftraggeber ein Verbraucher ist	Bauvertrag § 650a BGB		
Erheblicher Umbau				
Unerheblicher Umbau	Bauvertrag § 650a BGB			
Wiederherstellung				
Beseitigung				

Die Definition des Bauvertrages in § 650a BGB lautet:

§ 650a BGB – Bauvertrag

(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Der Gesetzgeber verweist für den Begriff des „Bauwerks“ auf die Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F., für die „Außenanlage“ auf § 648a BGB a.F.¹

Nach der Rechtsprechung wird unter einem Bauwerk, ohne dass es auf die sachenrechtliche Zuordnung ankommt, eine „unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“ verstanden.

Dieser Definition kann entnommen werden, dass der Begriff des „Bauwerks“ weiter geht als der Begriff des „Gebäudes“, der den Verbraucherbauvertrag kennzeichnet.²

Die Definition des § 650a Abs. 1 BGB erweitert den Begriff des Bauvertrags insoweit, als nicht nur die Herstellung oder Wiederherstellung eines Bauwerks kennzeichnend ist, sondern auch dessen Beseitigung. Damit unterliegen auch Abbrucharbeiten dem Begriff des Bauvertrags.³

Die bloße Instandhaltung eines Bauwerks soll nur dann den Regeln des Bauvertrags unterliegen, wenn die Maßnahme für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Unter Instandhaltung seien Arbeiten zu verstehen, die der Erhaltung des „Soll-Zustandes des Bauwerks“ dienen, vgl. § 1 VOB/A; § 2 Abs. 9 HOAI.

Unter den Bauvertrag sollen Pflege, Wartungs- und Inspektionsleistungen fallen, die der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen. Erfasst werden demnach Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.⁴

¹ Vgl. Referentenentwurf, 56

² Vgl. BGH-Urteil vom 20.12.2012 Az: VII ZR 182/10

³ Dies entspricht nicht der früheren Rechtsprechung vgl. BGH-Urteil vom 09.03.2004 X ZR 67/01

⁴ Vgl. BT-Drs. 18/8486, 53

Sofern die Voraussetzungen des § 650a BGB nicht erfüllt sind, liegt allenfalls ein Werkvertrag im Sinne des § 631ff. BGB vor, ohne dass die Sondervorschriften der §§ 650b ff. BGB anzuwenden sind.

Bereits jetzt ist absehbar, dass eine klare Zuordnung einzelner Leistungen zu den nun vorgegebenen Vertragstypen im Einzelfall schwierig sein kann. Fraglich ist auch, was geschieht, wenn aus einer ursprünglichen kleineren Maßnahme, die dem Werkvertrag unterliegt im Laufe des Bauvertrages durch zusätzliche Anordnungen eine qualitative Änderung erfolgt, die den Vertrag nun als Bauvertrag im Sinne des § 650a BGB erscheinen lässt.

Dies sind letztlich Fragen, mit denen sich die Rechtsprechung künftig befassen muss.

2.2. Die Bedeutung der VOB/B

Die neue Regelung des Werkvertragsrechts ändert nach diesseitiger Auffassung wenig an der Bedeutung der VOB/B. Es gibt aber Unterschiede

Unterschiede	BGB	VOB/B
Vergütung (Nachträge)	<ul style="list-style-type: none"> - Anordnung des AG (30 Tage-Regelung) - Berechnung grds. tatsächliche Kosten 	<ul style="list-style-type: none"> - Massenabweichungen - Anordnungen des AG - Berechnung grds. kalkulierte Kosten - Bauzeitverzögerung
Abnahme	<ul style="list-style-type: none"> - Teilabnahme nur bei gesonderter Vereinbarung - Abnahmefiktion nur bei Fristsetzung 	<ul style="list-style-type: none"> - Teilabnahme bei in sich abgeschlossenen Teilen - Abnahmefiktion bei: Fertigstellungsmitteilung Inbenutzungnahme
Fälligkeit der Zahlung	<ul style="list-style-type: none"> - mit Abnahme Ausnahme: Bauvertrag, § 650a BGB Verbraucherbauvertrag, § 650i BGB 	<ul style="list-style-type: none"> - nach 21 Tagen bei Abschlagsrechnungen - nach 30 Tagen (im Ausnahmefall 60 Tage) bei Schlussrechnungen
Mängelrechte	<ul style="list-style-type: none"> - vor Abnahme: keine besonderen Mängelrechte allg. Leistungsstörungsrecht - nach Abnahme: § 634 BGB 	<ul style="list-style-type: none"> - vor Abnahme: § 4 Abs. 7 VOB/B - nach Abnahme: § 13 VOB/B
Verjährung der Mängelansprüche	5 Jahre	4 Jahre 5 Jahre Verbraucher
Verbraucherschutz	<ul style="list-style-type: none"> - Verbraucherbauvertrag, § 650i BGB 	---

Bei der VOB/B handelt es sich **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, also eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** (= AGB), die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regelt. Da die VOB/B kein Gesetz ist, muss sie als AGB in den Vertrag einbezogen werden.

Das Zusammenwirken zwischen dem Gesetz, d. h. dem BGB und der VOB/B, zeigt sich trotz aller Unterschiede auch beim Thema „Bauzeit“. Die Regelungen des BGB können nicht isoliert von den Regelungen der VOB/B betrachtet werden, wenn Ansprüche aus einem VOB/B-Vertrag geltend zu machen sind.

Regelungen des BGB zum Thema „Bauzeit“		
§ 271	BGB	Leistungszeit
§§ 280 Abs. 2, 286	BGB	Schuldnerverzug
§§ 293 ff.	BGB	Annahmeverzug des Gläubigers
§§ 339 ff.	BGB	Vertragsstrafe
§§ 642, 643	BGB	Anspruch auf Entschädigung

Regelungen der VOB/B zum Thema „Bauzeit“		
§ 5	VOB/B	Ausführungsfristen, Rechtsfolgen
§ 6	VOB/B	Behinderung, Unterbrechung, Rechtsfolgen
§ 8	VOB/B	Kündigungsrecht AG
§ 9	VOB/B	Kündigungsrecht AN
§ 11	VOB/B	Vertragsstrafe

Ein Vergleich zwischen BGB und VOB/B zeigt auf, dass die VOB/B spezifische Regelungen für bauzeitbedingte Störungen enthält. Ein BGB-Werkvertrag bedarf daher – insbesondere aus Sicht des AN – bei der Vertragsgestaltung Ergänzungen.

Grundsätzlich sind die Parteien frei in der Entscheidung, ob sie die VOB/B zur Grundlage des Werkvertrages machen, d. h. diese einbeziehen. Hiervon gibt es aber wichtige Ausnahmen:

- VOB/A verpflichtet in den Abschnitten 1 und 2, die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens ihren Verträgen die VOB/B zu Grunde zu legen.
- Die VOB/B verpflichtet Auftragnehmer, die Nachunternehmer einsetzen wollen, nach § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B, die VOB/B zu vereinbaren.
- Auftraggeber, die Fördermittel erhalten, können dazu verpflichtet sein (z. B. Mittelstandsrichtlinien eines Bundeslandes), die VOB/B einzubeziehen.

MERKE:

Trotz Pflicht zur Anwendung der VOB/B wird diese nicht Vertragsgrundlage, wenn der Auftraggeber es entgegen der genannten Vorschriften versäumt hat, die VOB/B einzubeziehen.

Ist die VOB/B wirksam in einen Werkvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts bzw. des Bauvertragsrechts gänzlich überflüssig wären und nur die VOB/B alleine gilt.

Die rechtlichen Spielregeln für das Bauvorhaben ergeben sich quasi in einer „Zusammenschau“ des BGB und der VOB/B.

Ein VOB-Vertrag bedeutet: **BGB + VOB/B**.

Die Reform des Werkvertragsrechts hat Auswirkungen auf die VOB/B. Während es ursprünglich nur eine Kombination Werkvertrag i. V. m. VOB/B gab, sind nun verschiedene Kombinationen möglich.

Vorschriften	Bezeichnung
§ 631 BGB + VOB/B	Werkvertrag
§ 650a BGB + VOB/B	Bauvertrag
§ 650i BGB + VOB/B	Verbraucherbauvertrag ⁵

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen⁶, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB⁷ in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen, da es sich nicht um ein Gesetz handelt!

Es ist damit zu rechnen, dass in Folge der Reform auch die VOB/B kurzfristig überarbeitet und den neuen Regelungen angepasst wird.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit hat am 18.05.2017 darauf hingewiesen, dass im Bundeshochbau weiterhin die VOB/B als vertragliche Grundlage zu vereinbaren ist.

Die Rechtslage ist nach Auffassung des Ministeriums insofern unverändert, als das die VOB/B, falls sie ohne inhaltliche Änderung insgesamt vereinbart wird, auch weiterhin nicht am BGB gemessen wird.

Die ursprünglich beabsichtigte kurzfristige Überarbeitung der VOB/B wurde aufgrund drohender Rechtsunsicherheit mit Beschluss des Hauptausschusses Allgemein (HAA) des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA) vom 18.01.18 vertagt.

⁵ AN ist Einbeziehung der VOB/B als Verwender nicht zu empfehlen.

⁶ Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

⁷ Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 AGBG

In dem Beschluss des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) vom 18.01.2018 heißt es wörtlich:

„Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet. Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten.“

Merke:

Es bleibt abzuwarten, wie die VOB/B künftig überarbeitet wird. Es wird zu klären sein, wie das Verhältnis des gesetzlichen Werkvertragsrechts, Bauvertragsrechts bzw. Verbraucherbaurechts sich zur VOB/B entwickeln wird.

MERKE:

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

2.3. Vertragsgrundlagen bzw. –gestaltung

Die neue Regelung des Werkvertragsrechts ändert nichts an der Privilegierung der VOB/B; dennoch hat die Reform eine hohe Praxisrelevanz für die Vertragsgestaltung.

Bei der „**Privilegierungsproblematik**“ geht es um die Folgefrage, ob die VOB/B, sofern sie vereinbart wurde, in vollem Umfang wirksam ist.

Die VOB/B ist eine standardisierte Vertragsbedingung, die vom **Gesetz und Rechtsprechung privilegiert** ist. Grundsätzlich werden alle AGB`s, d. h. an sich auch die VOB/B, an den strengen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gemessen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dass ein Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seinen Vertragspartner nicht durch vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Vertragspartner kaum zur Kenntnis nehmen kann, übervorteilt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden quasi auf den „Prüfstand“ des Gesetzes gestellt. Sie werden dahingehend überprüft, ob sie derartige „unangemessene Übervorteilungen“ enthalten. Dabei gibt es ein konkretes Prüfschema, welches das BGB vorgibt.

In § 307 Abs. 2 BGB gibt es eine Generalklausel, die Klauseln danach überprüft, ob der Verwender seinen Vertragspartner unangemessen benachteiligt.

In §§ 308, 309 BGB gibt es zudem Kataloge von einzelnen Kriterien an denen Klauseln in AGB`s zu messen sind.

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

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

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein „**ausgewogenes Regelwerk**“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.⁸

MERKE:

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

Die neuen und unbestimmten Rechtsbegriffe und die veränderten Leitbilder des Gesetzes erlauben keine sichere Einschätzung der künftigen Rechtsprechung und einer AGB-Festigkeit eventueller vorformulierter Klauseln.

⁸ BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

VOB/B	
ohne Abweichung (insgesamt)	mit Abweichung
Privilegierung	Verlust Privilegierung
Geltung VOB/B + daneben anwendbare BGB-Vorschriften	Unwirksamkeit einzelner VOB/B-Vorschriften zu Lasten Verwender + BGB-Vorschriften schließen die Lücke
Rechtssicherheit	Rechtsunsicherheit

Im unternehmerischen Verkehr (B2B) dürfte es daher nach wie vor sinnvoll sein die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen, da diesbezüglich eine gefestigte Rechtsprechung existiert. Die am Bau beteiligten haben auch Erfahrung bei der Verwendung der VOB/B.

Der Verwender der VOB/B muss allerdings beachten, die VOB/B insgesamt in den Vertrag in der aktuellen Fassung einzubeziehen, um nicht die Privilegierung der VOB zu verlieren und einer isolierten Inhaltskontrolle ausgesetzt zu sein, vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

Nach § 310 Abs. 1 S. 3 BGB nur dann keine Inhaltskontrolle einzelner Klauseln der VOB/B nach § 307 BGB, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist (Privilegierung).

„§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB

(...) finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.“

Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

AGB Inhaltskontrolle erfolgt künftig auf der Basis eines neuen gesetzlichen Leitbildes. Die VOB/B wird nun anhand einer Vielzahl neuer Vorschriften des BGB gemessen.

„§ 307 BGB

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. ²Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (...)"

Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

Abweichung von der VOB/B



Verlust der Privilegierung der VOB/B

Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB

Risiko und Rechtsunsicherheit

Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

Beispiel möglicher Risiken:

- Es besteht das Risiko, dass die Regelungen in § 1 Abs. 3, 4 VOB/B zum sofortigen Anordnungsrecht des AG den neuen Grundgedanken des „Einigungsmodells“ aus § 650b BGB nicht mehr standhalten, also nur individuell oder über die VOB/B, wenn insgesamt vereinbart, wirksam vereinbart werden können.

Folge:

AG muss 30 Tage warten, um verbindliche Anordnung treffen zu können.

Berechnung nach tatsächlichen Kosten, nicht aus Kalkulation

- Kritische Prüfung des Verwenders der VOB/B, ob die beabsichtigten Abweichungen es wirklich „wert sind“, die Privilegierung der VOB/B aufzugeben und die AGB-Inhaltskontrolle mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit zu eröffnen.

Das Risiko, bei der Vertragsgestaltung Abweichungen von der VOB/B zu verursachen, ist sehr groß!

Bereits sprachliche Abweichungen von der VOB/B können ausreichen, wenn sie Unklarheiten im Sinne einer Abweichung von der VOB/B zulassen.

Klassische Abweichungsfehler:

- Nachtragserschwerungen (§ 2 VOB/B)
 - Nachträge stets vorab schriftlich ankündigen
 - Nachtrag abhängig von schriftlicher Genehmigung des AG
- Abnahmeerschwerungen (§ 12 VOB/B)
 - Teilabnahmen sind ausgeschlossen, § 12 Abs. 2 VOB/B
 - Fiktive Abnahmen nach § 12 Abs. 5 VOB/B sind ausgeschlossen
- Mängeldurchsetzung erleichtern (§ 4 Abs. 7 VOB/B)
 - Ersatzvornahme bedarf vor Abnahme keiner Kündigung
- Öffnungsklauseln (§ 13 Abs. 4 VOB/B) strittig!
 - Gewährleistungsfrist beträgt 5 Jahre

Tipp:

Es empfiehlt sich nach wie vor die VOB/B im unternehmerischen Verkehr einzubeziehen, da die Reform eine Reihe von offenen Fragestellungen aufwirft, die erst in den nächsten Jahren geklärt werden.

Fraglich ist allerdings das Verhältnis der neuen gesetzlichen Regelungen zur VOB/B. Da ein VOB/B-Vertrag ergänzend gilt und das Gesetz insoweit modifiziert wird, stellt sich die Frage, welche Regelungen des Gesetzes durch die VOB/B überlagert bzw. ersetzt werden und welche Regelungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts bzw. Bauvertragsrechts bzw. Verbraucherbauvertragsrechts neben der VOB/B Anwendung finden und diese beeinflussen.

Vertragsgestaltung mit der VOB/B: Beispiel Abweichung

Problem : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

Beispiel : „Eine Teilabnahme findet nicht statt.“ oder
„Teilabnahmen sind ausgeschlossen.“

§ 12 Abs. 2 VOB/B : „Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.“

Vertragsgestaltung mit der VOB/B: Beispiel Abweichung

Problem : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

Beispiel : *„Die Übergabe der vollständigen Dokumentation ist die Voraussetzung für die Abnahme.“*

§ 12 Abs. 3

VOB/B : *„Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.“*

Vertragsgestaltung mit der VOB/B: Beispiel Abweichung

Problem : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

Beispiel : *„Voraussetzung für die Abnahme ist ein unter betriebsmäßigen Bedingungen durchzuführender ununterbrochener und störungsfreier Betrieb gemäß Baubeschreibung.“*

§ 12 Abs. 3

VOB/B : *„Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.“*

Vertragsgestaltung mit der VOB/B: Beispiel Abweichung

Problem : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

Beispiel : *„Die Frist für die Zahlung beträgt 60 Tage.“*

§ 16 Abs. 3 Nr. 1

VOB/B : *„Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde.“*

**Vertragsgestaltung mit der VOB/B: Beispiel Abweichung
Sonderproblem: sog. „Öffnungsklauseln“ umstritten**

VOB/B	: „soweit nichts anderes vertraglich vereinbart“
Beispiel	: - Verjährungsfristen, § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B - Zeitpunkt Rückgabe Gewährleistungssicherheit, § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B
Folge	: Meinung 1: Keine Abweichung von VOB/B, kein Verlust der Privilegierung (OLG Brandenburg, OLG Koblenz); aber: Meinung 2: Abweichung von VOB/B, Verlust Privilegierung (OLG Hamm, OLG Dresden, OLG Naumburg und OLG München)

Es werden, da die VOB/B in diesen Bereichen keine oder keine abschließende Regelung beinhaltet, neue Bestimmungen des BGB auch Einfluss auf die Handlungsabläufe des VOB/B-Vertrages haben.

Beispiele:

- Fiktive Abnahme, § 640 Abs. 2 BGB
- Zustandsfeststellung, § 650g BGB
- Leistungsfeststellung, § 632a BGB, § 648a Abs. 4 BGB
- Leistungsverweigerungsrecht, § 641 Abs. 3 BGB
- Sicherheiten, §§ 650e, f BGB
- Einstweilige Verfügung, § 650d BGB

Zusammenfassung in Leitsätzen

Problematisch sind Ergänzungen oder Änderungen sowie versehentliche Abweichungen durch (gut gemeinte) rechtlich relevante Formulierungen in Leistungsbeschreibungen.

Empfehlung für Vertragsgestaltung:

1. Aktuelle Muster verwenden
2. Kontrolle der Verträge, Leistungsbeschreibungen auf Abweichungen
3. Verpflichtung der Fachplaner auf Vermeidung von Abweichungen
4. keine Abweichungen ohne juristische Beratung

3. Bauzeitverzögerung nach VOB/B

3.1. Konfliktlage bei Fristüberschreitungen

Nachfolgende Übersicht soll die Konfliktlage bei Fristüberschreitungen zeigen. Die Tabelle differenziert zwischen Ansprüchen des Auftraggebers, wenn ein Verzug des Auftragnehmers vorliegt und Ansprüchen des Auftragnehmers, wenn Fälle der Behinderung gegeben sind. Diese Konfliktlagen führen grundsätzlich zu Ansprüchen finanzieller Natur. Es sind aber auch Situationen denkbar, bei denen Fristüberschreitungen auf Zufall bzw. höherer Gewalt zurückzuführen sind. Ein finanzieller Ausgleich ist hier die Ausnahme. Vereinfacht dargestellt bedeutet dies:

Konfliktlage bei Fristüberschreitung		
Ansprüche AG (bei Verzug)	Ansprüche AN (bei Behinderung)	Zufall / höhere Gewalt
<p>Vertragsstrafe, § 11 VOB/B AGB – Grenzen max. 0,3 % pro Werktag max. 5,0 % der Abrechnungssumme</p> <p>Schadensersatz, § 6 Abs. 6 VOB/B nach Differenztheorie</p> <p>Kündigung, § 8 Abs. 3 VOB/B aus wichtigem Grund § 8 Abs. 3 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B</p> <p>Kündigung, § 6 Abs. 7 VOB/B wegen Unterbrechung mehr als 3 Monate</p>	<p>Ausführungsfristverlängerung, § 6 Abs. 2 VOB/B - Risikobereich AG - Streik/Aussperrung - höhere Gewalt / unabwendbare Umstände</p> <p>Vergütung, § 2 Abs. 5 VOB/B auf Kalkulationsbasis</p> <p>Entschädigung, § 6 Abs. 6 S. 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB auf Kalkulationsbasis Zeitraum Annahmeverzug AG</p> <p>Schadensersatz, § 6 Abs. 6 S. 1 VOB/B Nach Differenztheorie</p> <p>Kündigung, § 9 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B wegen Annahmeverzug AG</p> <p>Kündigung , § 6 Abs. 7 VOB/B wegen Unterbrechung mehr als 3 Monate</p>	<p>Ausführungsfristverlängerung, § 6 Abs. 2 VOB/B - höhere Gewalt / unabwendbare Umstände</p> <p>Kündigung, § 6 Abs. 7 VOB/B wegen Unterbrechung mehr als 3 Monate</p>

3.2. Bauzeit – Ausführungsfristen –

Einer der wichtigsten Punkte des Bauvertrages ist neben der Definition der Leistung sowie der Bestimmung der für diese Leistung zu zahlenden Vergütung auch die Bestimmung der Leistungszeit. Die Länge der Bauzeit ist sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist. Sie ist Kalkulationsgrundlage.

Es ist daher für beide Seiten empfehlenswert, bei Bauvertragsabschluss Klarheit über die zeitliche Dauer der Baumaßnahme zu haben und zumindest den Ausführungsbeginn als auch den Fertigstellungstermin festzulegen. Sofern dies nicht mit einem Datum konkret erfolgen kann, kann zumindest die Dauer der Ausführung festgelegt werden. Dadurch errechnet sich der Fertigstellungstermin aus dem tatsächlichen Ausführungsbeginn zuzüglich der vereinbarten Ausführungsfrist.

Je größer das Bauvorhaben ist, desto empfehlenswerter ist es, Terminpläne zu vereinbaren, um damit frühzeitig feststellen zu können, ob das Bauvorhaben im Zeitplan ist oder nicht.

Als mögliche Vertragsfristen können im Bauvertrag vereinbart werden Termine zum Beginn der Ausführung, Zwischentermine sowie der Fertigstellungstermin:

Arten der Fristen		
Beginn	Zwischenfristen	Fertigstellung
Je nach Bauvertrag ist auszulegen, ob damit gemeint ist: - Beginn der Arbeiten auf der Baustelle (Einrichten der Baustelle) - Beginn der Vorfertigung vor Anlieferung auf der Baustelle	Einzeltermine, zu denen näher definierte Teilleistungen des Bauvorhabens abgeschlossen sein sollten (Meilensteine).	Grundsätzlich Vollendung ohne wesentliche Mängel (Abnahmereife), so dass auch unerhebliche Mängel oder Restleistungen noch ausstehen können.

Die Parteien versäumen es häufig Regelungen zur Frist zu treffen, obwohl kalkulatorisch bedeutsam. Häufig wird, selbst wenn an Fristen gedacht wird, diese nicht eindeutig geregelt. Das BGB schweigt, die VOB/B enthält in § 5 VOB/B allgemeine Regelungen zur Vereinbarung von Ausführungsfristen. Dabei wird klargestellt, dass in einem Bauzeitenplan enthaltene Einzelfristen grundsätzlich keine Vertragsfristen darstellen.

Ungewisser Ausführungsbeginn:

§ 5 Abs. 2 VOB/B:

Die VOB/B regelt im Gegensatz zum BGB den ungewissen Ausführungsbeginn durch Auskunftspflichten und Vorlaufzeiten.

Ist für den Beginn der Ausführung keine Frist vereinbart, so hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussichtlichen Beginn zu erteilen.

Der Auftragnehmer hat innerhalb von 12 Werktagen nach Aufforderung zu beginnen (Werktag ist inkl. Samstag).

Der Beginn der Ausführung ist dem Auftraggeber anzuzeigen.

In der Baupraxis wird häufig der Ausdruck „Verzug“ verwendet, aber ebenso häufig missverstanden, was zu bösen Überraschungen führen kann. Verzug ist ein gesetzlich definierter Begriff:

Ein Auftragnehmer kann erst dann in Verzug kommen, wenn zuvor die von ihm zu erbringende Leistung (hier Bauleistung) „fällig“ ist.

Eine Leistung kann nicht verspätet sein, wenn man nicht weiß, wann sie pünktlich zu erbringen gewesen wäre.

Voraussetzung des Verzuges ist folglich, dass der Auftragnehmer vertragsgemäß eine bestimmte Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt erbringen muss; er muss verbindlich verpflichtet sein, die Leistung gerade zu diesem Zeitpunkt (Fälligkeit) zu erbringen. Die Regelung solcher Zeitpunkte (Fristen) findet sich in § 5 VOB/B. Das BGB kennt derartige Fristen nicht.

Bei der Wortwahl ist zu unterscheiden.

In § 5 VOB/B wird der Oberbegriff „**Ausführungsfristen**“ benutzt. Hierunter sind aber zwei verschiedene Fristen zu verstehen, nämlich **Vertragsfristen** und **Einzelfristen** (Nicht-Vertragsfristen).

Diese Unterscheidung hat Bedeutung hinsichtlich der Verbindlichkeit der Fristen, beides sind aber Ausführungsfristen.

Nur an die Nichteinhaltung an Vertragsfristen sind die Rechtsfolgen nach § 5 Abs. 4 i. V. m. § 8 Abs. 3 (Kündigung) sowie nach § 6 Abs. 6 VOB/B (Schadensersatz) geknüpft. Die Überschreitung von Vertragsfristen führt somit sofort zu Rechtsfolgen.

Bei Nichteinhaltung von Einzelfristen wird hieran unmittelbar keine Rechtsfolge geknüpft. Will der Auftraggeber Rechtsfolgen auslösen, muss er bei Einzelfristen zunächst nach § 5 Abs. 3 VOB/B verfahren und Abhilfe verlangen. Wenn nämlich „Arbeitskräfte, Gerät, Gerüste, Stoffe oder Bauteile“ so unzureichend sind, dass die Ausführungsfristen offenbar nicht eingehalten werden können, muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen. Die Einzelfristen müssen quasi erst fällig gemacht werden.

MERKE:

Die Erstellung einer Bauleistung ist fällig, wenn eine Vertragsfrist überschritten ist oder wenn eine Einzelfrist überschritten ist und der Auftraggeber anschließend ohne Erfolg eine wirksame Abhilfeaufforderung ausgesprochen hat.

Um aus der Fälligkeit einen „**Verzug**“ des Auftragnehmers zu machen, müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

Wenn der Auftragnehmer entweder nach

- a) Ablauf einer Kalenderfrist oder einer eigenen Frist nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB oder
- b) bei einer Nichtkalenderfrist nach Ablauf der in einer Mahnung gesetzten Frist die Leistung nicht erstellt hat, so ist er in Verzug, vorausgesetzt, er hat diese Leistungszögerung auch verschuldet.

Im praktischen Alltag spielt das Verschuldenserfordernis kaum eine Rolle, weil dieses Verschulden zu Lasten des verspäteten Auftragnehmers wie überhaupt zu Lasten des jeweiligen verspäteten Vertragspartners vermutet wird, § 286 Abs. 4 BGB.

Vertragsfristen
- Frist für Beginn und Ende, wenn kalendermäßig bestimmbar
- Frist, wenn als „verbindlich“ oder als „Vertragsfrist“ bezeichnet (nicht automatisch: Bauzeitenplan!)
- Bauzeit

Praxisproblem: Risiko Baustellenprotokoll

Ein Risiko stellt Schriftverkehr, insbesondere Baustellenprotokolle dar, in denen von „verbindlichen Vertragsfristen“ gesprochen wird, obwohl es eine Zustimmung des AN dazu in der Baubesprechung nicht gab.

Im kaufmännischen Geschäftsverkehr kann das bloße Schweigen nach Zugang eines auf die Baubesprechung folgenden Protokolls Rechtswirkungen in Gestalt einer Genehmigung des Inhalts entfalten, „**kaufmännisches Bestätigungsschreiben**“ (BGH IBR 2011, 190).

Empfehlenswert ist für AN die zeitnahe Prüfung + nachweisbarer Widerspruch.

Zusammenfassung in Leitsätzen:

- a) Die VOB/B regelt Ausführungsfristen, Behinderungen, als auch deren Rechtsfolgen.
- b) Die VOB/B verwendet den Begriff „Ausführungsfristen“ als Oberbegriff. Es gibt verbindliche Fristen (Vertragsfristen) und nicht verbindliche Fristen (Kontrollfristen).
- c) Bei Vertragsfristen gerät der Auftragnehmer ohne weitere Mahnung in Verzug.
- d) Vertragsfristen sind zunächst nur solche, die im Werkvertrag auch ausdrücklich so bezeichnet worden sind. Es gibt nur zwei Ausnahmen, die Frist für den Baubeginn ist immer eine Vertragsfrist, also verbindlich, ebenfalls die Fertigstellungsfrist. Fristen in einem Bauzeitenplan sind dagegen ohne entsprechende Vereinbarung keine Vertragsfristen.
- e) Bauzeitenpläne für Bestimmung Vertragsfristen nicht überschätzen. Vertrag prüfen.
- f) Baustellenprotokolle zeitnah prüfen und ggfs. widersprechen.

3.3. Ausführungsfristverlängerung

Beim Thema „Ausführungsfristverlängerung“ ist zwischen VOB/B und BGB zu differenzieren.

Bauzeitverlängerung (verspätete Baugenehmigung, unvollständige Übergabe Ausführungspläne, mangelnde Bereitstellung Grundstück) und Schadensersatz

VOB/B-Vertrag:

AN hat nach § 6 Abs. 2 VOB/B Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen, wenn AN in der Bauausführung durch einen Umstand aus dem Risikobereich des AG behindert ist, dies zu einer Verzögerung führt und AN Behinderung unverzüglich schriftlich anzeigt

BGB-Vertrag:

Keine entsprechende Regelung

1. Behinderung ist nur offenkundig bei
 - Unwetter, Streik
 - behördlichen Anordnungen gegenüber AG
2. Maßgeblich für Offenkundigkeit
 - AG kann Behinderung ohne weiteres unmittelbar wahrnehmen
 - AG kann Auswirkungen auf den Bauablauf klar erkennen
3. keine Offenkundigkeit, z. B. bei
 - einfachen Planlieferverzügen des Architekten
 - kurzen Terminverschiebungen bei Baubeginn Bemusterungen, Freigaben, etc.

=> dann immer Behinderungsanzeigen erforderlich

AN neigt dazu, vorschnell „Offenkundigkeit“ anzunehmen, um sich Konfliktsituationen mit AG zu ersparen.

Risiko, dass Gerichte später die Situation anders beurteilen, insbesondere im Hinblick auf die Kenntnis des AG von der „hindernden Wirkung“.

Im Zweifel nachweisbare Behinderungsanzeige schreiben!

Besonderheiten sind bei **Schlechtwetter** zu beachten:

Schlechtwettertage

- Normale Witterung gilt nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B nicht als Behinderung, d. h. auch das ortsübliche schlechte Wetter ist einzurechnen
- über das Normale hinausgehendes Schlechtwetter muss ggf. anhand Aufzeichnungen des regionalen Wetteramtes nachgewiesen werden
- Schlechtwetter behindert nur solche Leistungen, die davon in der Ausführung berührt werden, d. h. in der Regel nicht den Innenausbau eines geschlossenen Gebäudes und andere witterungsunabhängige Leistungen

Die VOB/B regelt auch „Schadenminderungspflichten“ des AN, die aber nicht zur „unentgeltlichen“ Beschleunigung führen sollten.

KANZLEI AM STEINMARKT
Kuchenreuter, Dr. Stangl, Alt • Rechtsanwälte PartGmbB

Steinmarkt 12 • 93413 Cham
Telefon: 0 99 71/8 54 00 • **Telefax:** 0 99 71/4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de • www.kanzlei-am-steinmarkt.de

....