

VORTRAGSVERANSTALTUNG
der Kreishandwerkerschaft Ravensburg
27. Oktober 2021

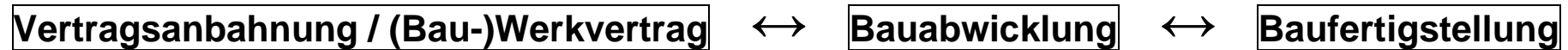
„Wie sichere ich meine Werklohnforderung?“

Referent: H. Jürgen Bertl
Rechtsanwalt, Dipl.-Betriebswirt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

dreher + partner mbB • Parkstraße 40 • D-88212 Ravensburg
Fon: +49 (0)751 – 768 791 41 • Fax: +49 (0)751 – 768 791 57
Bertl@dreher-partner.de • www.dreher-partner.de

I.

Die Voraussetzungen für die spätere erfolgreiche Durchsetzung einer Werklohnforderung werden nicht erst mit der Rechnungsstellung, sondern wesentlich schon vor und bei Beauftragung sowie während des Bauablaufs geschaffen. Hierzu ist jedoch zwingende Kenntnis der „*baurechtlichen Spielregeln*“ unerlässlich.



1. **Vertragsanbahnung / (Bau-)Werkvertrag**

„*Patti Chiari – Amica Cari*“ sagt der Italiener.

Zu Deutsch:

„*Klare Verträge – gute Freunde !*“.

a) Vertrag:

- Bei der Geltendmachung von Werklohnansprüchen ist die tatsächliche Beauftragung, deren Umfang sowie die Vergütung vom Unternehmer nachzuweisen;
- **Schriftform** ist zur Wirksamkeit nicht erforderlich, aber **aus Beweisgründen unerlässlich**;
- bloßes Schweigen, z.B. auf eine Auftragsbestätigung, bedeutet – mit Ausnahme im kaufmännischen Geschäftsverkehr (§ 352 HGB) - regelmäßig keine Zustimmung und ist daher nicht geeignet, die Beauftragung nachzuweisen!
- **Praxishinweis:** Es wird daher der Abschluss eines schriftlichen Bauvertrags empfohlen.
Zumindest ist darauf zu achten, dass jedenfalls das Angebot mit dem Vermerk „Auftrag auf vorstehender Grundlage erteilt“ vom Auftraggeber unterzeichnet wird oder der Auftraggeber die Beauftragung auf der Grundlage des Angebots schriftlich bestätigt.

b) Vertraglicher Mindestinhalt:

(1) **Eindeutige Leistungsbeschreibung** (wichtig zur Abgrenzung der geschuldeten Leistungen zu zusätzlich beauftragten / zu vergütenden Leistungen, was insbesondere beim Pauschalpreisvertrag von wesentlicher Bedeutung ist!)

(2) **Genauere Bezeichnung des Auftraggebers:**

- Name, Vorname, Adresse (bei mehreren Auftraggebern sämtliche benennen);
(vgl. www.dreher-partner.de/Newsroom: „*Mitverpflichtung eines Ehegatten bei vom anderen Ehegatten erteilten Bauaufträgen?*“ – vgl. auch S. 32 f.);
- bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR): Sämtliche Gesellschafter benennen;
- keine Phantasie-Namen ohne Inhaber-Zusatz akzeptieren;
- bei WEG zur Sicherheit Beschluss der Gemeinschaft zur Beauftragung größerer Maßnahmen und Liste der Wohnungseigentümer vom Verwalter vorlegen lassen.

(3) **Vereinbarung der Vergütungsart:**

Das Fehlen einer eindeutigen Bezeichnung bzw. Kennzeichnung der maßgeblichen Vergütungsart führt häufig zu Auseinandersetzungen.

- Einheitspreisvertrag
Ca.-Mengen = Vordersatz = unverbindlich.
Einheitspreis = Hintersatz = verbindlich.
- Stundenlohnvertrag
- Pauschalpreisvertrag
Unbedingt **Zahlungsplan** vereinbaren.

Mangels einer Vereinbarung über die Höhe gilt, soweit im Übrigen die Beauftragung nachgewiesen werden kann, die „**übliche Vergütung**“ (§ 632 BGB) als vereinbart.

Bei vereinbarter Geltung der VOB/B gilt der Einheitspreisvertrag als übliche Vergütung. Beim BGB-Vertrag ist dies in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.

Praxishinweis: Bei Fehlen einer schriftlichen Vereinbarung stellt sich häufig das Problem, dass der Auftraggeber (später) eine angebliche (geringere) Pauschalpreisvereinbarung behauptet.

Will ein Unternehmer einen bestimmten Preis oder die nach § 632 Abs. 2 BGB maßgebliche übliche Vergütung berechnen, hat er grundsätzlich zu beweisen, dass eine vom Besteller behauptete Pauschalpreisvereinbarung nicht getroffen wurde.

(vgl. nachstehende Entscheidung des OLG Naumburg, BauR 2007, 440).

Pauschal- oder Einheitspreisvertrag: Wer muss den vereinbarten Werklohn beweisen?

Will ein Unternehmer einen bestimmten Preis oder die gemäß § 632 Abs. 2 BGB übliche Vergütung berechnen, hat er grundsätzlich zu beweisen, dass eine vom Besteller behauptete Pauschalpreisvereinbarung nicht getroffen wurde. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Einheitspreisvertrages liegt daher beim Unternehmer und nicht beim Auftraggeber. Dabei dürfen an die Negativbeweismführung keine zu strengen Anforderungen gestellt werden.

OLG Naumburg Urteil vom 30.03.2006 - 9 U 75/05 BauR 2007, 440

BGB § 632 Abs. 2

Problem/Sachverhalt

Der Generalunternehmer (GU) beauftragt den Subunternehmer (SubU) mit der Erbringung verschiedener Leistungspositionen aus einem Leistungsverzeichnis für ein Bauvorhaben des Bauherrn. Nach ordnungsgemäßer Erbringung der abgenommenen Leistungen rechnet der SubU gegenüber dem GU mit seiner Schlussrechnung in Höhe von circa 44.200 Euro nach Einheitspreisen ab. Der GU zahlt lediglich 5.600 Euro und verweigert die Restzahlung mit der Behauptung zwischen den Parteien sei ein Pauschalpreis etwa zwei bis drei Wochen nach Vertragsabschluss anlässlich der Übergabe der Aufmaßberechnung vereinbart worden. Diesen habe der GU mit den geleisteten Abschlägen und der Schlusszahlung beglichen. Der SubU bestreitet die Pauschalpreisabrede und macht die ausstehende Differenz in Höhe von ca. 38.600 Euro gegenüber dem GU nach Einheitspreisen als "übliche Vergütung" im Sinne des § 632 Abs. 2 BGB geltend.

Entscheidung

Das Landgericht hat dem SubU noch die geltend gemachte Vergütung auf der Basis von Einheitspreisen zugesprochen, weil er die Unrichtigkeit der Behauptung des GU, die Parteien hätten einen Pauschalpreisvertrag vereinbart, bewiesen habe. Das OLG folgt dieser Auffassung des Landgerichts nach erneuter Beweisaufnahme aus den im Leitsatz ersichtlichen Erwägungen nicht. Nach Vernehmung der Zeugen könne die Vereinbarung einer Pauschalpreisabrede nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden. Diese Zweifel gehen zu Lasten des beweisbelasteten SubU.

Praxishinweis

Bevor den Unternehmer die Beweislast dafür trifft, dass eine vom Auftraggeber behauptete niedrigere Pauschalpreisvereinbarung nicht getroffen worden ist, wenn er nach Einheitspreisen abrechnen will, muss der Auftraggeber zunächst die angebliche Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung im Einzelnen genau darlegen. Eine widerspruchsvolle, in sich unstimme Darlegung genügt den Anforderungen, die an einen substantiierten Vortrag zu stellen sind, nicht wie der BGH bereits mit Urteil vom 26.03.1992 (IBR 1992, 265) entschieden hat. Der Unternehmer ist auch für den Umfang der von ihm erbrachten Leistung darlegungs- und

beweisbelastet (vgl. BGH, IBR 2006, 661). Während er sich gegen die spätere Behauptung des Auftraggebers einer vermeintlichen Pauschalpreisvereinbarung nur schwer im Voraus schützen kann, kann er Abrechnungsstratigkeiten jedenfalls zu seinen Gunsten beeinflussen, indem er den Auftraggeber zum gemeinsamen Aufmaß auffordert. Bleibt der Auftraggeber dem Termin zum gemeinsamen Aufmaß fern und ist ein neues Aufmaß oder eine Überprüfung des einseitig genommenen Aufmaßes nicht mehr möglich, hat der Auftraggeber im Prozess des Unternehmers auf Zahlung des Werklohns vorzutragen und zu beweisen, welche Massen zutreffend sind oder dass die vom Unternehmer angesetzten Massen unzutreffend sind (BGH, IBR 2003, 347).

c) Vereinbarung der Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B):

Die VOB/B ist **kein** Gesetz, sondern „**Allgemeine Geschäftsbedingung**“ und gilt daher **nur**, soweit diese (wirksam) in den Vertrag **einbezogen** wird.

Für die Geltung und Vereinbarung der VOB/B ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. *BauR 2008, 1603*) was folgt:

(1) Gegenüber **Kaufleuten** bzw. **Unternehmern** genügt zur wirksamen Einbeziehung der Hinweis im Vertrag / Angebot auf die Geltung der VOB/B.

Ist die VOB in diesem Rechtsverhältnis – unabhängig, ob diese vom Auftragnehmer oder Auftraggeber gestellt wurde – als Ganzes vereinbart, ist die **VOB/B privilegiert**, d.h. eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle (§§ 307 ff. BGB) findet nicht statt.

(2) Gegenüber **Verbrauchern** kommt es für die wirksame Einbeziehung sämtlicher Regelungen der VOB/B zunächst darauf an, **von wem die VOB/B gestellt**, d.h. vorgegeben wird.

- Ist **Verwender** bzw. **Steller** der **Verbraucher**, wie häufig bei bauseitig vorgegebenen Bauverträgen (z.B. Kohlhammer-Vertrag etc.) ist die Vereinbarung und Geltung der VOB/B **unproblematisch**.

Der Steller, auch wenn dieser Verbraucher ist, kann sich nicht auf die Unwirksamkeit der von ihm selbst vorgegebenen Vertragsbedingungen berufen.

- Wird die VOB/B demgegenüber **einseitig vom Unternehmer** (wie häufig am Ende des Angebots) **vorgegeben**, ist zur wirksamen Einbeziehung zunächst erforderlich, dass dem Verbraucher die Möglichkeit zur Einsichtnahme in die VOB/B geschaffen wird, was i.d.R. durch **Aushändigen** vor bzw. bei Vertragsabschluss zu erfolgen hat.

Nach der vorgenannten Entscheidung des BGH **unterliegen die einzelnen Klauseln der VOB/B dann jedoch einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle**. Dies hat zur Folge, dass Einzelregelungen der VOB/B, jedenfalls soweit diese zu Gunsten des Unternehmers greifen, gem. **§§ 307 ff. BGB** unwirksam sein können.

Zur Vermeidung der hiermit verbundenen Rechtsnachteile kann die einseitige Vorgabe der VOB/B gegenüber Verbrauchern durch den Unternehmer nicht (mehr) „anempfohlen“ werden. Wegen der starken Angleichung der baurechtlichen Regelungen im BGB durch das am 01.01.2018 in Kraft getretene Bauvertragsrecht ist dies auch nicht mehr zwingend erforderlich.

d) Berechnung von Fahrtkosten (An- und Abfahrten):

Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung ist **ohne vorherige vertragliche Absprache** (Vereinbarung) eine **Vergütung von Fahrtkosten** (An- und Abfahrten) durch den Auftraggeber **nicht allgemein üblich** – diese sind i.d.R. im Angebotspreis beinhaltet.

An- und Abfahrtskosten zur Baustelle (ebenso auch die Baustelleneinrichtung) sind entweder in die Preise einzukalkulieren oder **als gesonderte Position im Angebot mit Fahrzeug- und Personalkosten anzubieten!**

Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (*IBR 2012, 377*) können Fahrtkosten bei „**Kleinaufträgen**“ (ein oder zwei Arbeitsstunden für den Gesamtauftrag) zusätzlich auch ohne Vereinbarung abgerechnet werden.

e) Regelungen über die Vergütung von Vorarbeiten (Projektierung bzw. Kostenvoranschläge):

Kosten für Leistungsverzeichnisse, Massenberechnungen und Projektierungen (häufig bei Sanitär-, Heizungs- und Elektroarbeiten) werden, auch wenn der Auftrag nicht erteilt wird, **nur erstattet**, soweit dies **ausdrücklich vereinbart** wurde (vgl. § 632 Abs. 3 BGB).

f) Grenzüberschreitendes Bauen:

In Bauverträgen / Werkverträgen

- eine **ausdrückliche Rechtswahl** vornehmen und vereinbaren, dass ausschließlich deutsches Recht gelten soll

sowie

- soweit rechtlich zulässig, den maßgeblichen **Gerichtsstand im Vertrag bestimmen.**

Ansonsten besteht das Risiko, dass der Gerichtsstand und das anwendbare Recht auseinanderfallen und infolge dessen etwa ein deutsches Gericht österreichisches / belgisches / französisches Recht, oder ein österreichisches Gericht deutsches Recht anwenden muss.

Vgl. hierzu: www.dreher-partner.de/Newsroom vom 22.09.2021: „*Grenzüberschreitendes Bauen – anwendbares Recht – zuständiges Gericht*“ – S.34 ff.

2. Vertrags-/Bauabwicklung

a) Vertretung des Auftraggebers durch Architekten, Bauleiter und Fachingenieure?

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (*BGB, BauR 2002, 1446*) ist der freiberufliche Architekt bzw. Fachingenieur und Bauleiter bei der Abwicklung des Bauvorhabens **nicht zur allgemeinen rechtsgeschäftlichen Vertretung des Auftraggebers befugt bzw. bevollmächtigt.**

Der **Auftraggeber** muss daher solche vollmachtlose Handlungen mit Ausnahme von **Anscheins- und Duldungsgesichtspunkten** nicht gegen sich gelten lassen.

Die Vollmacht des freiberuflichen Architekten, Ingenieurs bzw. Bauleiters endet also nicht nur dort, wo die „**Brieftasche**“ des **Bauherrn** anfängt, sondern durch alle Anordnungen oder Vereinbarungen, mit welchen der ursprünglich abgeschlossene Vertrag beim **Bauinhalt** (Bau-Soll) oder bei **Terminen** geändert wird.

Praxishinweis: • **Aufträge, insbesondere Zusatzleistungen (Stundenlohnarbeiten!), Nachträge und Vertragsänderungen vom Auftraggeber (bei mehreren, von allen) aus Beweisgründen schriftlich bestätigen lassen.**

- **Abschlagsrechnungen und Schlussrechnungen an den Auftraggeber senden, soweit im Bauvertrag nichts Abweichendes vereinbart wurde (auch wichtig für den Beginn des Laufs der Rechnungsprüfungsfristen gem. § 16 VOB/B und nach der Rspr. auch beim BGB-Werkvertrag).**
- **Der Prüfvermerk des Architekten auf der Schlussrechnung „... nach erfolgter Prüfung sachlich und rechnerisch festgestellt auf €“ bedeutet in der Regel keine Anerkennung der Rechnung seitens des Bauherrn im Verhältnis zum Auftragnehmer. Mit der Überprüfung der Schlussrechnung erfüllt der Architekt lediglich eine Aufgabe, zu welcher dieser gegenüber seinem Vertragspartner (Auftraggeber) verpflichtet ist.**
- **Bedenken- und Behinderungsanzeigen unbedingt an den Auftraggeber und nicht nur an den Architekten so versenden, dass der Zugang erforderlichenfalls nachgewiesen werden kann.**
- **Abnahmen zwingend, soweit keine abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen wurde, mit dem Auftraggeber durchführen! Regelmäßig ist der freiberufliche Architekt, Ingenieur bzw. Bauleiter nicht zur Beauftragung von Stundenlohnarbeiten bevollmächtigt!**
- **Nach § 179 Abs. 1 BGB *haftet regelmäßig der vollmachtlose Vertreter für einen Vertragsschluss, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert. Der Vertreter haftet jedoch gem. § 179 Abs. 2 BGB dann nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste*. Insoweit geht die wohl noch immer herrschende Rechtsprechung davon aus, dass der bauausführende Handwerker die fehlende Vollmacht des Architekten jedenfalls kennen musste,**

so dass regelmäßig Regressansprüche gegen den vollmachtlos handelnden Architekten nicht in Betracht kommen.

- Beachte als Hilfsargumentation: Anscheins- und Duldungsvollmacht (in Ausnahmefällen).

b) Leistungsänderung, Mehrvergütung, zusätzliche Stundenlohnarbeiten:

Häufig ergibt sich während des Bauablaufs, also nach Vertragsabschluss, dass die vertraglich vorgesehene Ausführung nicht wie ursprünglich im Leistungsverzeichnis / Angebot ausgewiesen erfolgen kann, sei es im Rahmen der Fortschreibung der Planung oder aus anderen Gründen (Änderungswünsche, etc.).

Diese Änderung des „**Bau-Solls**“ kann jedoch nicht ohne Einfluss auf die Vergütung bleiben:

(1) BGB-Werkvertragsrecht:

Das (neue) Bauvertragsrecht des BGB sieht in **§ 650 b) BGB ein Anordnungsrecht des Bestellers** zur Änderung des Leistungs-Solls ausdrücklich vor. Entsprechend ist in § 650 c) BGB nunmehr auch eine Regelung zur Vergütungsanpassung bei solchen Anordnungen in das Gesetz aufgenommen worden.

Danach haben die Vertragsparteien **Einvernehmen** über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anzustreben. Erzielen die Parteien **binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung**, kann der **Besteller die Änderung in Textform anordnen**. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung nachzukommen.

Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnisse und Gewinn zu ermitteln (ausnahmsweise nach der Urkalkulation, soweit eine solche vereinbarungsgemäß hinterlegt wurde). Liegt eine Einigung über die Vergütung nicht vor, kann der Unternehmer 80% einer in einem Nachtragsangebot genannten Mehrvergütung geltend machen, wobei eine Korrektur nach Schlussrechnungsstellung im Rahmen einer Auseinandersetzung möglich bleibt.

(2) VOB-Werkvertrag:

- Anordnungsrecht des Auftraggebers (§ 1 Abs. 3 VOB/B – Änderung des Bauentwurfs)
- Auswirkung von Massenänderungen (§ 2 Abs. 3 VOB/B beim Einheitspreisvertrag)
- Änderung und Anordnung des Auftraggebers (§ 2 Abs. 5 VOB/B):

Soweit sich solche Änderungen und Anordnungen auf die Vergütungshöhe auswirken, ergibt sich aus § 2 Abs. 5 VOB/B ein zusätzlicher Vergütungsanspruch (**Beachte:** Anordnung des Auftraggebers – nicht des Architekten!).

- Zusätzliche Leistungen (§ 2 Abs. 6 VOB/B):

Soweit zur Erreichung des beauftragten Vertragszwecks zusätzliche Leistungen, mithin im Angebot bzw. im Leistungsverzeichnis nicht vorgesehene Leistungen erforderlich sind, kann dies zu einem zusätzlichen Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 6 VOB/B führen.

Zwingende Voraussetzung für diesen zusätzlichen Vergütungsanspruch ist jedoch, dass **der Werkunternehmer einen solchen Mehrvergütungsanspruch vor Ausführung der Leistungen dem Auftraggeber ankündigt.**

Diese Ankündigung ist **echte Anspruchsvoraussetzung**, d.h., versäumt der Auftragnehmer die Ankündigung, erhält er i.d.R. keine zusätzliche Vergütung (*BGH, Beschluss v. 25.10.2012, Az. VII ZR 233/11*).

- Änderung des Pauschalpreises (§ 2 Abs. 7 VOB/B):

Ist als Vergütung eine Pauschalsumme vereinbart ist, so bleibt die Vergütung bei **Mehrmengen**, mit welchen der Auftragnehmer nicht gerechnet hat, unverändert.

Eine Anpassung des Pauschalpreises kommt nur dann in Betracht, soweit dem Auftragnehmer ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (§ 313 BGB). Regelmäßig ist die Zumutbarkeitsgrenze jedoch sehr hoch und wird erst bei einer **Gesamtüberschreitung** der **Gesamtangebotssumme** von mehr als 20% in Betracht kommen.

Zu beachten ist jedoch, dass **auch beim Pauschalpreisvertrag die Regelungen des § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B anwendbar sind, mithin, vom Auftraggeber geforderte Änderungen oder Anordnungen sowie notwendig werdende zusätzliche Leistungen einen zusätzlichen Vergütungsanspruch begründen können.**

Bei bloß funktionaler Beschreibung der Leistung (Global-Pauschalpreisvertrag) dürfte dies jedoch weitgehend ausgeschlossen, jedenfalls erheblich erschwert sein.

Soweit eine Pauschalierung gefordert wird, auf der Grundlage von konkret im Leistungsverzeichnis beschriebener Einzel-Leistungen (Detail-Pauschalpreisvertrag) vereinbaren. Damit ist der geschuldete Leistungsumfang abgrenzbar!

- Vergütung von Stundenlohnarbeiten - §§ 2 Abs. 10, 15 VOB/B:

Die Vergütung von Stundenlohnarbeiten setzt gem. § 2 Abs. 10 VOB/B voraus, dass die **(Vertrags-)Parteien vor Ausführung der Stundenlohnarbeiten eine Vereinbarung über eine solche Vergütung getroffen haben.**

Das bloße Dulden, mithin auch die nachträgliche Gegenzeichnung von Rapporten, genügt zum Nachweis einer solchen Vergütungsvereinbarung nicht.

Entsprechendes gilt auch für sog. „**angehängte Stundenlohnvereinbarungen**“ in Leistungsverzeichnissen, in welchen lediglich die maßgeblichen kalkulatorischen Stundensätze – für den Fall der Beauftragung solcher Arbeiten – abgefragt werden. Diese ersetzen den Nachweis der konkreten Beauftragung nicht!

Neben der Anzeige der Stundenlohnarbeiten vor Beginn deren Ausführung hat der Auftragnehmer über die geleisteten Arbeitsstunden Stundenlohnzettel (Rapporte) zu führen und diese dem Auftraggeber entweder werktätlich oder spätestens wöchentlich einzureichen.

Der Auftraggeber hat die – nachvollziehbar erstellten – Stundenlohnzettel **unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Werktagen** nach Zugang von ihm unterzeichnet zurückzugeben, andernfalls gelten die Stundenlohnzettel (nicht die Stundenlohnvereinbarung) als **anerkannt** (§ 15 Abs. 3 VOB/B).

c) Anzeige bei wesentlicher Überschreitung des Kosten-(vor-)anschlags (§ 649 BGB):

I.d.R. gilt ein **auf der Grundlage eigener Massenermittlung** erstelltes Angebot des Werkunternehmers als (unverbindlicher) **Kosten-(vor-)anschlag** im Sinne des § 649 BGB.

Zeigen sich bei den **eigenen Massenermittlungen** im Angebot bei der Bauausführung **wesentliche Massenüberschreitungen** (10% bis 20% des Gesamtangebots), ist die **drohende Überschreitung dem Auftraggeber rechtzeitig (sofort!) anzuzeigen**.

Dies gilt **nur bei eigenen Massenschätzungen**, nicht dagegen bei **Massen- bzw. Mengenvorgaben** (z.B. im Leistungsverzeichnis) des **Auftraggebers**.

Nachträge und Zusatzleistungen werden bei der Bemessung der Überschreitung **nicht** berücksichtigt.

Unterlässt der Werkunternehmer den ausdrücklichen **Hinweis** auf die **drohende Massenüberschreitung** und werden die Leistungen mit wesentlichen Überschreitungen fertiggestellt und abgerechnet, hat dies dem Grunde nach **Schadensersatzansprüche des Auftraggebers** zur Folge.

Nach neuerer Rechtsprechung sind die Anforderungen an die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs durch den Auftraggeber jedoch erheblich.

d) Wahrung von Schriftformerfordernissen:

(1) Beim BGB-Bauvertrag bedarf die **Kündigung** der Schriftform.

(2) Die VOB/B sieht darüber hinaus für wichtige Erklärungen im Verlauf der (Bau-)Vertragsdurchführung die **Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung** vor, für

- Anzeige von Bedenken (§ 4 Abs. 3 VOB/B)
- Baubehinderungsanzeige (§ 6 Abs. 1 VOB/B)
- Androhung sowie Kündigung oder Teilkündigung des Bauvertrages (§§ 8 Abs. 5, 9 Abs. 2 VOB/B)
- Abnahmeprotokoll bei vereinbarter förmlicher Abnahme (§ 12 Abs. 4 VOB/B)
- Mängelrügen mit Beseitigungsaufforderung nach Abnahme (§ 13 Abs. 5 VOB/B)
- Zustimmung zum Nachunternehmer-Einsatz (§ 4 Abs. 8 VOB/B)

e) Abschlagszahlungen:

Nach Änderung des Werkvertragsrechts zum 01.01.2018 kann der Werkunternehmer auch beim BGB-Werkvertrag **„Abschlagszahlungen in Höhe des Werts der von ihm erbrachten und nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen verlangen“**. Diese Regelung entspricht nunmehr weitgehend derjenigen des § 16 Abs. 1 VOB/B.

Die Fälligkeit der Abschlagszahlung hängt jedoch von einer prüfbaren Abrechnung ab. Wegen der Anforderungen kann insoweit auf § 14 Abs. 1 VOB/B verwiesen werden.

Die Leistungen sind durch eine Aufstellung (Aufmaß) nachzuweisen.

Dies gilt auch beim Pauschalpreisvertrag, soweit dort nicht, was zwingend notwendig ist, ein **Zahlungsplan** (... % bei Fertigstellung Aushub der Baugrube, ... % Decke Kellergeschoss, etc.) vereinbart wird.

f) Prüfungs- und Bedenkenhinweispflichten:

- (1) Die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht, die in den §§ 4 Abs. 3 und 13 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich geregelt ist, **gilt entsprechend auch beim BGB-Werkvertrag** (vgl. OLG Koblenz, IBR 2005, 13).

Der Sinn und Zweck besteht darin, den **Auftraggeber vor vermeidbaren Mängeln und Schäden zu schützen.**

- **Prüfung / Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung und Anordnungen des Auftraggebers.**

(= *Planung bzw. Ausführungsplanung, Leistungsverzeichnis, Widersprüche zwischen Planung und Text oder Lücken des Leistungsverzeichnisses; Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik oder bauordnungsrechtliche Vorschriften*).

- **Prüfung / Bedenken gegen die vom Auftraggeber gelieferten Stoffe und Bauteile**

(= *Geeignetheit von vorgeschriebenen Materialien und Werkstoffen, soweit der Auftragnehmer auf deren Auswahl keinen Einfluss hat*).

- **Prüfung / Bedenken gegen (Vor-)Leistungen anderer Unternehmer**

(= *Vorleistung als technische Grundlage für die eigene Leistung. Grenze: Zumutbarkeit, Erkennbarkeit eines Baumangels für den sachkundigen Auftragnehmer*).

(2) Inhalt der Bedenkenanzeige:

Die Mitteilung muss **allgemein verständlich**, aber so **fachgerecht formuliert** und **inhaltlich detailliert** sein, dass sie den Auftraggeber in die Lage versetzt, die Bedenken zu prüfen und anschließend eine entsprechende Anordnung zu treffen.

In der Bedenkenanzeige ist zwingend auch darauf hinzuweisen, welche **Mängel und Schäden auftreten können, wenn die Bedenkenanzeige übergangen wird.**

Eine unberechtigte Bedenkenanmeldung ist **keine** Vertragsverletzung; sie stellt auch keine Erfüllungsverweigerung dar.

(3) Form, Frist, Adressat:

§ 4 Abs. 3 VOB/B sieht für die Mitteilung von Bedenken **Schriftform** vor. Dieses Schriftformgebot muss **unbedingt** beachtet werden.

Bedenken sind **unverzüglich**, d.h., ohne schuldhaftes Verzögern anzuzeigen.

Adressat der Bedenkenanzeige ist **immer und zuerst** der **Auftraggeber** selbst, nicht der Architekt bzw. Fachingenieur.

(4) Rechtsfolgen bei unterlassener Bedenkenanzeige:

Gewährleistungspflichtigkeit (vgl. nur: § 13 Abs. 3 VOB/B)

(vgl. Musterformulare im Download-Bereich der Kreishandwerkerschaft Ravensburg)

g) **Behinderungsanzeige:**

Soweit „Störungen im Bauablauf mit negativen zeitlichen und finanziellen Folgen“ aus dem „Risikobereich des Auftraggebers“ verursacht oder unabwendbar sind, werden die **Ausführungsfristen**, insbesondere der vereinbarte Fertigstellungstermin, **verlängert** (fehlende Pläne, fehlende Vorleistungen, fehlende Baugenehmigung, etc.)

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die **Behinderung** vom Unternehmer **angezeigt** wurde oder eine Behinderungsanzeige ausnahmsweise entbehrlich ist (§ 6 Abs. 1 VOB/B). Dieses Erfordernis gilt auch beim BGB-Werkvertrag!

Sowohl eine **Ausführungsfristverlängerung** als auch ein behinderungsbedingter **finanzieller Ausgleich** setzen voraus, dass der Auftragnehmer die Behinderung gegenüber dem Auftraggeber ordnungsgemäß angezeigt hat.

(1) Eine ordnungsgemäße Behinderungsanzeige muss daher zumindest folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Hinweis auf hindernde Umstände und Auswirkung auf den weiteren Bauablauf.
- Unverzögliche schriftliche Anzeige und Anmeldung der Behinderung.
- **Adressat** der Behinderungsanzeige ist der **Auftraggeber**.

(2) Die unterlassene Behinderungsanzeige kann zu Verzugsersatzansprüchen bei Überschreitung vertraglich vereinbarter Fertigstellungsfristen (auch von Zwischenfristen) und zu Schadensersatzansprüchen des Bauherrn führen, auch wenn der Auftragnehmer die Baubehinderung und die hierdurch bedingte Fristüberschreitung nicht zu vertreten hat.

Beachte hierzu auch: die mögliche Bewirkung einer vereinbarten Vertragsstrafe bei Fristüberschreitung.

Praxishinweis: Grundsätzlich die Behinderungsanzeige mit dem Angebot der Leistung (§ 642 BGB) verbinden – da der Behinderungsschaden ansonsten nur bei Verschulden des Auftraggebers durchgesetzt werden kann (siehe Formularsammlung der KHS im download!).

3. Fertigstellung der Leistung:

a) Abnahme der Werkleistungen nach BGB und VOB/B:

Neben der (im Wesentlichen mangelfreien) Fertigstellung der Leistungen und der (Schluss-)Rechnungsstellung ist **wesentliche Fälligkeitsvoraussetzung für die Werklohnforderung die Abnahme der Werkleistung durch den Auftraggeber** (ohne Abnahme keine Schlusszahlung!).

Wie bereits ausgeführt, ist der Architekt regelmäßig nicht zur rechtsgeschäftlichen Abnahme bevollmächtigt. Da die Abnahme nicht von der vorausgegangenen Abrechnung der Werkleistung abhängt, sollte diese unmittelbar nach Fertigstellung der Leistung vollzogen, jedenfalls beantragt werden.

Die Abnahme hat jedoch nicht nur die Fälligkeit des Werklohnanspruchs zur Folge. Vielmehr schließen sich folgende weiteren Rechtsfolgen an die Abnahmehandlung an:

- Durch die Abnahme wird das Stadium der Vertragserfüllung beendet.
- Mit der Abnahme geht die Gefahr und das Risiko, dass die erbrachte Leistung ganz oder teilweise zerstört, gestohlen oder beschädigt wird, auf den Auftraggeber über.

- Mit der Abnahme werden die Verjährungsfristen für die Gewährleistung des Auftragnehmers in Gang gesetzt (4 bzw. 5 Jahre).
- Mit der Abnahme kehrt sich die Beweislast zu Gunsten des Auftragnehmers um. Danach trifft den Auftraggeber die Beweislast dafür, dass das hergestellte Werk einen Mangel hat. Vor Abnahme hat der Auftragnehmer die Mangelfreiheit zu beweisen.

(1) Beim BGB-Werkvertrag, § 640 BGB:

- Ausdrückliche Abnahme;
- Abnahmeverlangen:
 - Setzen einer angemessenen Frist zur Abnahme, soweit der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat gilt die Leistung nach Fristablauf als abgenommen. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten diese Rechtsfolgen nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angaben von Mängel verweigerten Abnahme hingewiesen hat, wobei der Hinweis in Textform erfolgen muss.
- Stillschweigende Abnahme / konkludente Abnahme.
(Vorbehaltlose Zahlung der Schlussrechnung; Ingebrauchnahme (Zeitraum?))

(2) Beim VOB-Vertrag, § 12 VOB/B:

- Förmliche Abnahme;
- Fiktive Abnahme
 - Schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung der Leistungen (auch durch Übersendung der Schlussrechnung) und Ablauf von 12 Werktagen.
- Ingebrauchnahme (6 Werktage nach Ingebrauchnahme) (Weiterbauen genügt nach der Rechtsprechung nicht)
- Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme (§ 650 g) BGB):

Verweigert der Auftraggeber die Abnahme, hat dieser auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist (§ 650 g BGB).

b) Prüfbarkeit der Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung:

Hier gilt das zur Abschlagsrechnung Gesagte entsprechend (*vgl. § 14 Abs. 1 VOB/B*). Dies gilt auch beim BGB-Bauvertrag.

II.

Sowohl während der Bauabwicklung als auch nach Fertigstellung bestehen folgende Möglichkeiten zur **Sicherung der Vergütungsansprüche:**

1. Leistungseinstellung wegen Verzugs mit der Zahlung von Abschlagsrechnungen:

Verzug setzt die Fälligkeit der Abschlagsforderung und Mahnung mit Fristsetzung zur Zahlung voraus. Hierbei sind bei vereinbarter Geltung der VOB/B auch die Zahlungsfristen zu beachten. Abschlagszahlungen werden gem. § 16 Abs. 1 Nr.3 VOB/B innerhalb von 21 Tagen nach Zugang zur Zahlung fällig werden.

2. Bauhandwerkersicherungshypothek gem. § 650 e) BGB:

Beim Bauvertrag kann der Unternehmer für seine Forderung aus dem Vertrag die Einräumung einer **Sicherungshypothek** an dem Baugrundstück des Auftraggebers verlangen. Sicherbar sind auch Abschlagsforderungen.

Sicherbar sind jedoch ausschließlich bereits erbrachte Leistungen. Diese können kurzfristig durch einstweilige Verfügung und Eintragung einer Vormerkung realisiert werden, gehen jedoch etwaigen vorrangigen Grundschulden und Hypotheken nach und setzen Identität des Auftraggebers und Grundstückseigentümers voraus (Problem: Auflassungsvormerkung zugunsten von Wohnungserwerbern im Grundbuch eingetragen?)

3. Bauhandwerkersicherheit gem. § 605 f) BGB:

Der Unternehmer kann vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarten und nicht bezahlten Vergütungen einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen des zu sichernden Vergütungsanspruchs verlangen.

Hierzu ist ein Sicherheitsverlangen mit angemessener Fristsetzung (12 bis 14 Tage) erforderlich. Der Unternehmer hat dem Besteller die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2% p.a. zu erstatten.

Hat der Unternehmer dem Besteller erfolglos eine angemessene Frist zur Sicherheitsleistung bestimmt, so kann dieser die Leistung verweigern oder den Vertrag kündigen.

Der Sicherungsanspruch ist gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder gegenüber Verbrauchern, soweit der Beauftragung ein Verbraucher-Bauvertrag nach § 650 i) BGB zugrunde liegt, ausgeschlossen.

Das Sicherungsverlangen kann jederzeit – auch kurz nach Beauftragung – gefordert werden und richtet sich jeweils auf die volle Höhe der zum Zeitpunkt des Sicherungsverlangens noch bestehenden Werklohnforderung.

Mitverpflichtung eines Ehegatten bei vom anderen Ehegatten erteilten Bauaufträgen

Mit Beschluss vom 24.02.2021 hat der Bundesgerichtshof (VII ZR 178/18) die Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Frankfurt zurückgewiesen und bestätigt, dass unter bestimmten Voraussetzungen ein Ehegatte aus einem Bauauftrag auch dann verpflichtet wird, wenn dieser tatsächlich nur vom anderen Ehegatten erteilt wurde.

Der Verpflichtung des weiteren Ehegatten steht nicht entgegen, dass die Annahme des an beide Ehegatten gerichteten Angebots des Werkunternehmers allein von einem Ehegatten unterzeichnet wurde. Dies wurde vom BGH nicht nur aus dem vorausgegangenen Schriftverkehr, welcher an beide Ehegatten gerichtet war, abgeleitet. Vielmehr geht der BGH respektive das OLG Frankfurt davon aus, dass sich die Verpflichtung des nicht unterzeichnenden Ehegatten auch aus § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt. Dies deshalb, da der dem Auftragnehmer erteilte Auftrag zur Erbringung von Handwerkerleistungen in erheblichem Umfang zu den Geschäften zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs gehört und zwar ungeachtet dessen, dass dieser ein erhebliches Volumen aufweist.

Zwar werden von § 1357 BGB grundsätzlich nur solche Geschäfte erfasst, die regelmäßig von einem Ehegatten selbständig für die Gemeinschaft mit der Folge erledigt werden, dass beide Ehegatten hieraus berechtigt und verpflichtet werden. Demgegenüber fallen Geschäfte größeren Umfangs, die ohne Schwierigkeiten zurückgestellt werden könnten, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht unter die genannte Vorschrift, so dass nur der jeweils handelnde Ehegatte hieraus verpflichtet wird. Aus diesem Grunde konnten Zahlungsansprüche im Zusammenhang mit beauftragten Bauleistungen, mit Ausnahme kleiner Reparaturarbeiten, regelmäßig nur gegen den nach außen auftretenden Ehegatten durchgesetzt werden, auch wenn das Gebäude im Eigentum beider Ehegatten stand, was regelmäßig mit einer Beschränkung der Sicherungsmöglichkeiten des Werkunternehmers verbunden war. Dies betrifft insbesondere auch die in der Praxis vorkommenden Fälle, in denen der Auftrag von einem Ehegatten erteilt wurde, der nicht Gebäude- bzw. Grundstückseigentümer war.

Die vom Bundesgerichtshof bestätigte Entscheidung des OLG Frankfurt ermöglicht demgegenüber bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen die Inanspruchnahme auch des nach außen nicht handelnden Ehegatten und damit beider Eheleute.

Begründet wird dies damit, dass die Angemessenheit der Bedarfsdeckung durch Alleingeschäfte eines Ehegatten nach den individuellen Verhältnissen der Eheleute über das Übliche hinaus erweitert sein können. Vorausgesetzt wird hierzu, dass der Abschluss eines Geschäfts erkennbar auf einer im Einzelfall erfolgten Abstimmung beider Ehegatten beruhe. Dies wurde im entschiedenen Fall daraus abgeleitet, dass das Angebot an beide Ehegatten gerichtet und auch der vorausgegangene weitere Schriftverkehr mit beiden geführt wurde. In diesen Fällen besteht nach Auffassung des OLG Frankfurt / des BGH kein Anlass, an der Angemessenheit eines zur Deckung des Lebensbedarfs der Familie geschlossenen Rechtsgeschäfts zu zweifeln, aus welchem beide Ehegatten verpflichtet werden. Dies wird weiter damit begründet, dass in diesen Fällen das bestehende Vertrauen des Geschäftspartners auf eine Mithaftung des Ehegatten schwerer als die Notwendigkeit, den mit dem Abschluss eines solchen Geschäfts einverstandenen Ehegatten vor einer Inanspruchnahme zu bewahren, liegt.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt bzw. des Bundesgerichtshofs ist durchweg zu begrüßen, da es sich um eine in der Praxis häufig auftretende Fallkonstellation handelt. Voraussetzung hierzu ist jedoch, dass sich aus dem vorausgegangenen Schriftverkehr, insbesondere auch aus dem an beide Ehegatten gerichteten Angebot des Auftragnehmers ableiten lässt, dass diesbezüglich auch vor Auftragserteilung durch einen Ehegatten eine interne Abstimmung erfolgt ist. In diesem Fall wird der den Auftrag nicht unmittelbar erteilende Ehegatte jedenfalls auch bei größeren Auftragswerten, im entschiedenen Fall eine Werklohnforderung in Höhe von 34.000,00 €, mitverpflichtet. Vor der Inanspruchnahme des weiteren Ehegatten ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die vorgenannten Voraussetzungen jeweils tatsächlich vorliegen. Sollten hierfür keine Anhaltspunkte bestehen, verbleibt es bei der alleinigen Haftung des den Auftrag erteilenden Ehepartners.

H. Jürgen Bertl
Rechtsanwalt
Dipl.-Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dreher + Partner mbB

Grenzüberschreitendes Bauen

- Anwendbares Recht - Zuständiges Gericht –

Gerade in unserem grenznahen Bereich werden deutsche Bauunternehmen häufig in Österreich oder in anderen EU-Mitgliedstaaten tätig. Andererseits beauftragen in unserem Raum nicht selten deutsche Auftraggeber, häufig z.B. österreichische Firmen, mit der Erbringung von Bauleistungen.

Wird **keine** wirksame **Rechtswahl** getroffen und auch **kein Gerichtsstand** vereinbart, stellt sich im Streitfalle sowohl die Frage, welches (nationales) materielles Recht anzuwenden und welches (nationale) Gericht für eine streitige Auseinandersetzung zuständig ist.

1. Mit Urteil vom 22.03.2021 (16 U 165/20) hat sich das Oberlandesgericht Köln – in Anlehnung an eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu der damals noch maßgeblichen Regelung des § 28 EGBGB (IBR 1999, 235) - mit der Frage auseinandergesetzt, welches (nationales) materielle Recht anwendbar ist, wenn ein in der EU ansässiges Bauunternehmen in einem anderen EU-Land Bauleistungen erbringt.

Die hierfür maßgebliche Regelung des Art. 4 Rom-I-VO kennt dabei keine Unterscheidung nach Dienst- und Werkverträgen. Vielmehr sind dort ausschließlich Dienstleistungsverträge erwähnt.

Die in Art. 4 Abs. I Rom-I-VO genannten Dienstleistungsverträge vereinen daher auch reine „**Bau-/Werkverträge**“.

Haben die Parteien keine ausdrückliche Rechtswahl getroffen, ist nach Art. 4 Abs. 1 b) Rom-I-VO für „**Dienstleistungsverträge das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat**“.

Nach Art. 3 Rom-I-VO ist hiervon jedoch dann abzugehen, wenn der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist. Hierunter könnte durchaus der Ort des Bauvorhabens als maßgeblicher Erfüllungsort angesehen werden.

Nach Auffassung des OLG Köln ist der Ort der Baustelle jedoch kein Anlass, vom Grundsatz des Art. 4 Rom-I-VO abzuweichen.

Auch wenn dies aus den genannten Gründen – nach dem Erfüllungsort/Ort des Bauvorhabens - anders entschieden hätte werden können, ist jedenfalls nach der Entscheidung des OLG Köln – ungeachtet des Orts der Baustelle - auf den Bauvertrag **nicht** das für den Bauort maßgebliche, sondern das materielle Recht anzuwenden, an welchem der Auftragnehmer seinen Geschäftssitz hat. Wird daher, wie im Beispielsfall ein österreichisches Unternehmen für ein Bauvorhaben in Deutschland mit Bauleistungen beauftragt, ist – soweit keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde – österreichisches (Werk-/Bauvertragsrecht) anzuwenden.

2. Anders beurteilt sich demgegenüber jedoch die **nationale gerichtliche Zuständigkeit** zur Bestimmung des für eine Auseinandersetzung zwischen den jeweils in anderen Ländern ansässigen Unternehmen und des hierfür zuständigen Gerichts dar.

Maßgeblich für die Bestimmung des Gerichtsstands ist nach Art. 7 Nr. 1 b) Var. 2 der Brüssel – 1 a) V 1215/2012 vom 12.12.2012 (EUGVVO) **der Ort, an dem die Dienstleistung erbracht ist.** Da unter dem Begriff der Dienstleistungsverträge, wie bereits unter vorstehender Ziff. 1 ausgeführt, auch Bau- und Werkverträge fallen, ist bei Bauleistungen regelmäßig das **Gericht des Bauorts örtlich zuständig** (sog. „*Baustellengerichtsstand*“, BGH, NJW 1986; 935).

Kommt es bei grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen – wie häufig in unserer Region bei Baumaßnahmen – zu Auseinandersetzungen, können daher rechtliche Unwägbarkeiten auftreten, mit denen die Vertragsparteien nicht gerechnet haben. Dies insbesondere im Hinblick darauf, da in Europa national zum Bauwerkvertragsrecht wesentlich unterschiedliche materiellrechtliche Grundlagen und häufig auch unterschiedliche Verjährungsfristen für die Durchsetzung von Zahlungs- und/oder Mängelansprüche bestehen.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln macht erneut deutlich, dass die Vertragsparteien in Fällen mit (EU-) Auslandsberührung bereits in den Bauverträgen/Werkverträgen eine ausdrückliche **Rechtswahl** vornehmen und vereinbaren sollten, dass für das Vertragsverhältnis ausschließlich deutsches Recht gelten soll. Entsprechend sollte – soweit rechtlich zulässig – auch ausdrücklich der maßgebliche Gerichtsstand vertraglich bestimmt werden. Ansonsten besteht das Risiko, dass der Gerichtsstand und das anwendbare Recht auseinanderfallen und infolgedessen etwa ein deutsches Gericht österreichisches/belgisches/französisches Recht oder ein österreichisches Gericht deutsches Recht anwenden muss.

H. Jürgen Bertl
Rechtsanwalt
Dipl.-Betriebswirt (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dreher + Partner mbB