

Probleme und Fallstricke der VOB/B in der Praxis

Vortrag anlässlich der
Mauerwerkstage 2008, des
Verbunds „mein ziegelhaus“.
Rüsselsheim, Freiburg,
Stuttgart, Memmingen

07.02.2008

RA Joachim Maus, Sterngasse 9,
89073 Ulm

1

Einführung und Vorstellung

- RA **Joachim Maus**, selbständig tätiger Rechtsanwalt seit 1982.
- Partner der **Sozietät Doppstadt+Kollegen, Ulm.**
- **Fachanwalt** für privates Bau- und Architektenrecht.
- Weitere Tätigkeitsschwerpunkte: Öffentliches Baurecht, Wohnungseigentums- und Immobilienrecht

Vorbemerkung

- Der Vortrag stellt eine subjektive Auswahl zu in der Praxis immer wieder auftretenden Problemen bei Bauprozessen dar.
- Ziel ist es, bei Ihnen den Blick dafür zu schärfen, dass bei Beachtung bestimmter „Formalien“ oft mit wenig Aufwand in späteren Auseinandersetzungen wirtschaftliche Verluste minimiert oder gar verhindert werden können.

Charakter der VOB/B - 1

- Die VOB/B ist weder Gesetz noch Rechtsverordnung.
- Die VOB/B sind AGB.
- Einbeziehung in den Vertrag notwendig (Bei **Privatpersonen** nur möglich, wenn Text der VOB/B **ausgehändigt** wird)

Charakter der VOB/B - 2

- Privilegiert nur, wenn **keine** Abänderung erfolgt.
- Bei jeder noch so kleinen Änderung ist dagegen jede Bestimmung auf ihre Wirksamkeit zu prüfen. (oftmals „Rettungsanker“ für den AN).z.Bsp. § 17 Nr.8 VOB/B – OLG Dresden
- Vorsicht bei Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis.
- Viel **hilft nicht** viel !!!!!

Vertrag (Angebot und Annahme)

- **Schriftform** ist **nicht zwingend** notwendig aber aus Beweisgründen dringend zu empfehlen.
- **Vertrag infolge schlüssigen Verhaltens** bei Arbeitsaufnahme.
- **Bei Abweichungen** vom ursprünglichen Angebot: **widersprechen !**
- „**Kaufmännisches Bestätigungsschreiben**“ – unverzüglicher (schriftlicher) Widerspruch notwendig.
- Vorsicht bei „Ohne-Rechnung“ – Abreden. Vertrag wird nichtig.

Vertretungsverhältnisse Architektenvollmacht

- Architekt hat grundsätzlich **keine** Vollmacht Verträge zu ändern oder zu erweitern.
- **Die Vollmacht des Architekten endet an der Briefftasche des Bauherrn und an der Baugenehmigung**
- Vollmacht nur für Anordnungen **innerhalb** des Vertrages (§ 4 Abs. 1 VOB/B)
- **Ausnahme:** Geringfügige Arbeiten, die für die Leistung erforderlich sind.
- Bei Vertragsabschluss ohne Vollmacht: **Eigene Haftung** des Architekten gegenüber dem Vertragspartner.

Formvorschriften - Schriftform

- „Wer schreibt der bleibt“ – insbesondere bei Gericht.
- **Zwingende Schriftform** bei
 - Bedenkenanmeldung,
 - Behinderungsanzeige,
 - Kündigung,
 - Abnahme (nur bei vereinbarter förmlicher Abnahme),
 - Mängelrüge nach Abnahme.
- Ansonsten Schriftform aus Beweisgründen empfehlenswert.

Schriftform und Zugang

- **Schriftform** = Brief, Telefax (mit Unterschrift), e-mail (mit elektronischer Signatur / ohne : zweifelhaft)
- **Zugangsnachweis:**
Einwurfeinschreiben, Zeugen.
- **Sendeprotokoll (Fax) und Leseantwort**
e-mail nur Indizien für einen Zugang,
kein Beweis.

Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht

- Verstoß begründet (Mit-)Haftung trotz eigener an sich vertragsgerechter Leistung.
- Prüfung auf **erkennbare Fehler** mit „branchenüblichem Fachwissen“ durch Besicht, Befühlen, Messen etc..
- Prüfung von Widersprüchen und Fehlern der Planung und Ausschreibung, Anordnungen, von Stoffen, Bauteilen und Vorgewerken.
- Offenbarungspflicht aber auch für **erkannte** andere Fehler und **Risiken des eigenen Gewerkes** für Nachfolgegewerke

Inhalt und Form der Bedenkenanmeldung

- **Schriftform zwingend.**
- Gegenüber dem **Auftraggeber** (nicht bauleitender Architekt, selbst wenn rechtsgeschäftliche Vollmacht vorliegt)
- **Unverzüglich** nach Feststellung
- Konkrete, detaillierte und verständliche Darstellung der Bedenken und der befürchteten Mängel.
- **Gegenvorschläge vermeiden** (Haftung) oder wenigstens von der Prüfung der Sonderfachleute abhängig machen.
- **Behinderungsanzeige** bei fehlender, verzögerter Entscheidung des Bauherren.

Behinderung und Behinderungsanzeige

- **Störender Eingriff in den Bauablauf**, insbesondere Leistungszeit und vorgesehene Ausführungsart. Soll und Ist des Bauablaufs differieren.
- **Gründe** (z.Bsp): Falsche/fehlende Pläne, mangelhafte/fehlende Vorleistungen, verspätete Entscheidungen, Eingriffe Dritter (Baubehörde) usw.
- **Folgen**: Verlängerte Ausführungsfrist. Ersatz des **nachweislich** entstandenen Schadens.
- Bei Behinderung in Folge Anordnungen des Auftraggebers u.U. Vergütungsanspruch des AN.
- Bei Behinderung durch Vorunternehmer „angemessene Entschädigung“ (§ 642 BGB).

Form und Inhalt der Behinderungsanzeige

- **Zwingend schriftlich**
- **Adressat: Bauherr** – nicht Architekt
- Unverzüglich
- Konkrete, detaillierte Angabe der Behinderung **und** von Art und Umfang der damit verbundenen Auswirkungen.
- Dokumentation der Behinderung, ihrer konkreten Dauer und der damit verbundenen Auswirkungen auf den Bauablauf zwingend, da **Beweislast** hierfür beim **Auftragnehmer**.

Vertragsstrafenvereinbarung

- Mit Vereinbarung der VOB/B ist **keine** Vereinbarung einer Vertragstrafe verbunden.
- **Unwirksam sind:**
Vereinbarung einer verzugsunabhängigen Vertragstrafe,
Vertragstrafen über 5 % der **Abrechnungssumme**,
über 0,2 % pro **Werktag**.
- Vertragstrafe tritt nie neben einen möglichen Schadensersatzanspruch, sondern ist darauf anzurechnen (nachweisunabhängiger Mindestschaden).

Vetragsstrafe bei veränderter Bauzeit

- Wird der ursprüngliche Fertigstellungstermin wegen nicht vom AN zu vertretender Störungen überschritten ist für einen **Verzug** des AN (wieder) eine **Mahnung** notwendig.
- Bei neu vereinbartem Fertigstellungstermin ist ohne ausdrückliche Vereinbarung die ursprüngliche Vertragsstrafenregelung nicht mehr Vertragsinhalt. **Vorbehalt** notwendig.
- Die „alte“ Vertragsstrafe gilt nicht für den „neuen“ Termin. **Neue Vereinbarung notwendig.**

Vertragsstrafe als Schadensersatz gegenüber Nachunternehmer

- Der vom Bauherren gegenüber dem Vorunternehmer geltend gemachte Vertragsstrafenanspruch kann gegenüber dem Subunternehmer als **Verzugsschaden** geltend gemacht werden.
- **Voraussetzungen:**
Ausdrücklicher und rechtzeitiger **Hinweis**, dass Vertragsstrafenanspruch des AG droht und **Androhung**, dass für diesen Fall die Vertragsstrafe dem Subunternehmer gegenüber als Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird.

Mangelbegriff

- **Unternehmer haftet (verschuldensunabhängig) auf den Erfolg (= mangelfreie Leistung).**
- Ein Mangel liegt vor, wenn die Leistung nicht die „**vereinbarte Beschaffenheit**“ aufweist **oder** nicht den „**allgemein anerkannte Regeln der Technik**“ entspricht.
- (DIN – Normen und „Fachregeln“ geben i.d.R. den Mindeststand der allgemein anerkannten Regeln der Technik wieder
- Ohne nähere Vereinbarung muss die Leistung für den nach dem „**Vertrag vorausgesetzten Gebrauch**“ oder für die „**gewöhnliche Verwendung**“ geeignet sein **und** eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der AG nach Art der Leistung erwarten kann. **Die Leistung hat funktionstauglich zu sein. (BGH 08.11.07)**

Mangelbeseitigung vor Abnahme (§ 4 Nr. 7 VOB /B)

- Gefahr der Vertragskündigung des AG bei Verzug des AN mit der Mängelbeseitigung.
- **Voraussetzungen:**
- 1. **Präzise** Mangelbeseitigungsaufforderung mit Setzung angemessener („Kalender“)Frist zur Mängelbeseitigung
- 2. **Angemessene** Nachfrist mit Kündigungsandrohung
- 3. **Schriftliche Kündigung** gem. § 8 Nr. 3 VOB/B
- Auch geringfügige (nicht beseitigte) Mängel berechtigen zur Kündigung des gesamten Vertrages

Mangelbeseitigung vor Abnahme (2)

- Möglichst **keine** sofortige Weigerung / Zurückweisung der Mängelrüge = AG kann sonst gleich kündigen.
- Bei Nachunternehmerereinsatz: AG auf notwendige, verlängerte Frist hinweisen
- **Vor Drittnachbesserung:** Auch gegenüber Subunternehmer Voraussetzungen schaffen !!!!
- Gute Dokumentation notwendig: **Beweislast** für Mangelfreiheit liegt vor Abnahme beim **Auftragnehmer.**

Kostenfalle „zu frühe Selbstvornahme“

- Auftraggeber Vorsicht: Liegen Voraussetzungen der Selbstvornahme nicht vor = Kein Kostenersatz und Vergütungspflicht gegenüber Auftragnehmer.
- Prüfen ob nicht Leistungsverweigerungsrechte des AN vorliegen.
- Kooperationsgebot beachten.

Mangelbeseitigung nach Abnahme (§ 13 Nr.5 Abs. 1 und 2 VOB/B)

- Für Eigen- oder Drittnachbesserung genügt einfacher Verzug des AN mit der Mängelbeseitigung.
- Keine Vertragskündigung notwendig.
- **Beweislast** für das Vorhandensein eines Mangels liegt beim **Auftraggeber** (Im Verhältnis Vor- zu Subunternehmer also beim Vorunternehmer = Auftraggeber des Subunternehmers)

Alternativen zur Risikominimierung

- Gerichtliche Verfahren = meist lang und teuer; sehr „formal“.
- Gemeinsame Beauftragung eines Sachverständigen mit **Schiedsgutachterabrede**.
- Durchführung der verlangten Nachbesserungsarbeiten mit Vergütungsvereinbarung je nachdem ob Mangel vorhanden. (Beweise sichern).
- Auftrag durch AG mit Rückzahlungsklausel, wenn Mangel festgestellt.
- Durchführung der Arbeiten mit Vorbehalt der Rechnungsstellung. Nutzt nichts bei Widerspruch des AG.

Mängelrüge in der Insolvenz des AN

- Auch in der Insolvenz werden Fristsetzungen etc. nicht bedeutungslos.
- Wichtig gerade bei Inanspruchnahme von Gewährleistungsbürgschaften.
- Hier müssen die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme auf die sog. „Sekundäransprüche“ (Schadensersatz, Minderung, Ersatz der Nachbesserungskosten) vorliegen.

Zurückbehaltungsrecht und Sicherheitsverlängen nach § 648a BGB

- Ein Zurückbehaltungsrecht besteht mindestens in Höhe des Dreifachen des voraussichtlichen Mangelbeseitigungsaufwands.
- Verlangt AN eine Sicherheit gem. § 648a BGB und wird diese nicht innerhalb angemessener Frist gestellt, ist der AN – **auch nach Abnahme** – berechtigt seine Leistung zu verweigern.
- Nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist mit Kündigungsandrohung kann der Vertrag gekündigt werden.
- § 648 a BGB ist **nicht ausschließbar**.
- Gilt in nicht bei Aufträgen juristischer Personen des öffentlichen Rechts und bei natürlichen Personen im Rahmen EFH- Bau.

Wirkungen der Abnahme

- Mängelbeseitigung gem. § 13 Nr.5
- Bei Drittnachbesserung keine Kündigung des Vertrages notwendig. Verzug genügt.
- Der Vergütungsanspruch wird fällig
- Beweislast für Mängel liegt beim AG
- Die Gefahr der zufälligen Verschlechterung / des zufälligen Untergangs geht auf AG über.
- Bei Abnahme durch AG in Kenntnis des Mangels kein Nachbesserungsrecht mehr.
- Vertragsstrafenansprüche müssen **bei Abnahme** vorbehalten werden
- Die Gewährleistungsfrist beginnt.

Formen der Abnahme

- Förmliche Abnahme (§ 12 Nr. 4)
- Fiktive Abnahme (§12 Nr. 5) durch Schweigen auf Fertigstellungsanzeige (Schlussrechnung kann genügen)
- Fiktive Abnahme durch Inbenutzungnahme. Weiterführung der Arbeiten reicht nicht (§ 12 Nr.5 Abs. 3 VOB/B)
- Stillschweigende Abnahme (etwa durch vorbehaltlose Zahlung der Schlussrechnung)

Einzelne Fragen zur Abnahme

- Eine vereinbarte förmliche Abnahme ist durchzuführen. Ein „stillschweigender Verzicht“ auf die förmliche Abnahme stellt eine Ausnahme dar.
- Verzicht auf vereinbarte „förmliche Abnahme“ kann Rechte aus der Gewährleistungsbürgschaft „kosten“.
- Keine konkludente oder Abnahme durch Inbenutzungnahme, bei erklärtem Vorbehalt oder Einzug unter „Zwang der Verhältnisse“.
- Auch bei der fiktiven Abnahme sind Vorbehaltserklärungen (etwa Vertragsstrafe) notwendig (§ 12 Nr. 5)
- Bei Weigerung der Abnahme durch AG, Frist zur Abnahme setzen (§ 640 Abs. 1 BGB)
- Keine einseitige Abnahme bei Abwesenheit des AG möglich.

Nachträge beim Einheits- und Pauschalpreisvertrag

- **§ 2 Nr.5** - Preisanpassung bei Änderungen des Bauentwurfs oder anderen Anordnungen des AG (§ 1 Nr.3) „Möglichst Vereinbarung **vor** Ausführung“.
- **§ 2 Nr.6** – Preisänderung bei Forderung nicht vereinbarter Leistung.
„Ankündigung **vor** Leistung notwendig“.
Fehlende Ankündigung kann „geheilt“ werden (Wenn AG von zusätzlicher Vergütung ausgehen musste und keine Alternative zur Beauftragung des AN)
- **Kooperationsgebot** fordert „ernsthafte Verhandlungen“
Keine Arbeitseinstellung bei „bloßem“ Streit über die zusätzlich Vergütung.
- Keine „originäre“ Vollmacht des Architekten zu vergütungsändernden Anordnungen. Vereinbarung mit Bauherr notwendig.

Stundenlohnarbeiten

- Stundenlohnarbeiten bedürfen der **Vereinbarung** (Durchführung der Arbeiten und Abrechnung als Stundenlohnarbeiten).
- Auftrag durch **Auftraggeber** notwendig.
Erwähnung im LV reicht nicht aus.
- **Rapport** ist nur Nachweis der Stunden. Er ersetzt nicht die Vereinbarung. Unterschriebene Rapporte nur Indiz für eine Vereinbarung.
- Stundenlohnarbeiten sind **vor Beginn** der Arbeiten **anzuzeigen**.
- **Inhalt der Rapporte:** Lesbarkeit, Angabe von Namen der jeweiligen Mitarbeiter, des Datums, der konkreten Uhrzeit und die aus sich verständliche Beschreibung der durchgeführten Arbeiten (Art und Ort).

Die Schlusszahlungsfalle (§ 16 Nr.3 Abs. 2-6 VOB/B)

- Leistet der AG eine Schlusszahlung oder lehnt er weitere Zahlungen ausdrücklich ab **und** weist er zugleich auf die Erfordernis des Vorbehalts und der weiteren Begründung (§ 16 Nr. 3 Abs.5), sowie auf die Wirkungen des nicht rechtzeitigen Vorbehalts/ der nicht rechtzeitigen Begründung hin **ist der AN mit allen weiteren Forderungen ausgeschlossen.**
- **Rettungsanker** bei versäumten Fristen – Unwirksamkeit dieser Regelung, wenn die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden ist (meist der Fall).

Ende

- Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.
- Für Fragen und Anregungen bin ich dankbar.
- Ich freue mich auf anregende Gespräche mit Ihnen