

# Der Bauvertrag

von Rechtsanwalt Andreas Karsten / Dr. iur. Stefanie Jehle  
Karsten+Schubert Rechtsanwälte

Stand: Juni 2010

# Der Bauvertrag

<b>1. Benutzungshinweise .....</b>	<b>2</b>
<b>2. Was umfasst das Baurecht? .....</b>	<b>2</b>
<b>3. Was ist ein Bauvertrag? .....</b>	<b>2</b>
<b>4. Mögliche Beteiligte eines Bauvorhabens .....</b>	<b>5</b>
<b>5. Rechtsgrundlagen zum Bauvertrag.....</b>	<b>6</b>
<b>6. Das Bausoll .....</b>	<b>9</b>
<b>7. Die Vergütung des Bauunternehmers.....</b>	<b>10</b>
<b>8. Haftungsfragen des Bauunternehmers.....</b>	<b>12</b>
8.1 Mängel der Bauleistung .....	12
8.2 Die Abnahme der Bauleistung .....	13
8.3 Ansprüche des Bauherren im Überblick .....	14

## 1. Benutzungshinweise

Mit unserer Informationsbroschüre möchten wir Sie als Bauherren oder Bauunternehmer mit wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen eines Bauvorhabens vertraut machen. Um eine verständliche Einführung bieten zu können, beschränken wir uns auf wesentliche Aspekte anstatt Vollständigkeit anzustreben. Sollten Sie zu einzelnen Punkten weiterführende Fragen haben, beraten wir Sie zu allen angesprochenen rechtlichen Aspekten gern individuell auf Basis Ihrer persönlichen Situation.



## 2. Was umfasst das Baurecht?

Im Baurecht sind zunächst das öffentliche und das private Baurecht zu unterscheiden. Das private Baurecht, über das wir Ihnen mit dieser Broschüre einen Überblick geben möchten, betrifft die rechtlichen Beziehungen von Personen, die an einem Bauvorhaben beteiligt sind. Insbesondere betrifft das private Baurecht also das Verhältnis des Bauherren (Auftraggeber) zum Bauunternehmer (Auftragnehmer). Es geht um die mangelfreie und fristgerechte Realisierung des Bauvorhabens in allen seinen Lebensphasen, vom Abschluss des Bauvertrags, über die Durchführung des Vorhabens bis hin zur Phase nach Abschluss der Arbeiten.

## 3. Was ist ein Bauvertrag?

In einem Bauvertrag sind alle Punkte zu regeln, die für das jeweilige Vorhaben relevant sind oder werden können. Die sorgfältige Festlegung der Leistungspflichten und weiterer wichtiger Fragen der Bauabwicklung ist dabei von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Versäumt man zu diesem Zeitpunkt, klärungsbedürftige Aspekte zu regeln, kann sich dies später im Streitfall als sehr nachteilig erweisen. Je nachdem, um welches finanzielle Volumen es sich handelt, kann durch einen solchen Streit sogar die wirtschaftliche Existenz eines Vertragspartners in Frage gestellt werden. Versäumnisse der Vertragsparteien können von den gesetzlichen Regelungen nicht hinreichend ausgeglichen werden.



Sehr wichtig ist zunächst, dass der Bauvertrag schriftlich fixiert und von beiden Seiten unterschrieben wird. Dasselbe ist bei nachträglichen Ergänzungen und jedem Zusatzauftrag zu beachten. Zwar sind mündlich geschlossene Bauverträge wirksam, jedoch resultieren daraus enorme Beweisprobleme, weil im Streit jede Vertragspartei die getroffenen Vereinbarungen anders in Erinnerung hat. Eine sorgfältige Dokumentation ist daher sehr hilfreich. Zu einer solchen gehört auch, dass bei Einzelunternehmen nicht nur die Firma, sondern auch der Name des Inhabers in den Vertragsunterlagen notiert wird, ebenso wie ein Geschäftsführer als Vertretungsorgan einer GmbH. Idealerweise sollten im Vertrag auch die vertretungsberechtigten Bevollmächtigten jeder Partei fixiert werden, um späteren Streit beispielsweise darüber zu vermeiden, ob ein vom Architekten erteilter Zusatzauftrag vom Bauherren zu bezahlen ist oder nicht.

Der Abschluss eines Bauvertrages setzt wie andere Verträge ein wirksames Angebot und eine wirksame Annahme voraus. Beide Parteien haben sich über die Bedingungen des Bauvertrages geeinigt und sagen dann untechnisch gesprochen quasi „ja“ zu dem Vertrag, d. h. Angebot und Annahme stimmen inhaltlich überein. Das ist nicht der Fall, wenn beispielsweise ein Angebotsschreiben des Bauunternehmers durch den Bauherren abgeändert zurückgeschickt wird. Rechtlich gesehen lehnt der Bauherr damit das ihm unterbreitete Angebot ab und unterbreitet seinerseits dem Bauunternehmer den Abschluss eines Vertrages zu den geänderten Bedingungen. Dem Bauunternehmer steht es frei, dieses neue Angebot anzunehmen oder abzulehnen. In der Praxis werden häufig „Annahmeerklärungen“ mit geänderten Bedingungen versehen. Auch dies ist keine Annahme eines Angebot, sondern durch die Änderungen die Ablehnung eines Angebots und die Unterbreitung eines neuen. Je mehr Schreiben mit geänderten Bedingungen ausgetauscht werden, desto eher verliert man den Überblick, ob die Parteien überhaupt irgendwann einig über die Vertragsbedingungen waren und wenn ja, welche das sind. Wurde tatsächlich gar kein Bauvertrag geschlossen, weil zu keinem Zeitpunkt auf beiden Seiten eine inhaltliche Einigung bestand, ist dies besonders misslich, wenn der Bauunternehmer mit der Durchführung der Maßnahme begonnen hat und Streit entsteht.



Um für entsprechende vertragliche Klarheit zu sorgen, ist mit der Durchführung der Baumaßnahme erst dann zu beginnen, wenn auf ein wirksames Angebot einer Vertragspartei hin die andere Partei ohne Bedingungen oder Vorbehalte erklärt hat, dieses Angebot anzunehmen.

Sind beide Vertragsparteien Kaufleute, sind auch die Besonderheiten des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zu beachten. Werden die Details mündlich ausgehandelt und der Bauvertrag gleichfalls mündlich geschlossen, sendet eine Vertragspartei der anderen Partei dann ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu. Dieses Schreiben dient, wie der Name schon sagt, der Bestätigung des bereits geschlossenen Vertrages. Widerspricht der Vertragspartner gegen die Inhalte nicht innerhalb einer bestimmten Frist – etwa weil sich ein Missverständnis eingeschlichen hat –, dann gilt der Vertrag als zu den fixierten Bedingungen geschlossen. In dieser Situation bedeutet Schweigen also Zustimmung. Anders ist dies nur, wenn der Inhalt in grober Weise von dem mündlich Abgestimmten abweicht.



Erhalten Sie ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben von Ihrem Vertragspartner und sind Sie beide unternehmerisch tätig, sollten Sie unverzüglich die Inhalte prüfen und ggf. schriftlich widersprechen. Dadurch ersparen Sie sich spätere Auseinandersetzungen.

Jeder Bauvertrag sollte Regelungen zum Baubeginn, zum Fertigstellungs- und ggf. zu Zwischenterminen enthalten. Bei größeren Maßnahmen ist ein detaillierter Terminplan dem Vertrag als Anlage beizufügen.

Außerdem ist es empfehlenswert, dass bereits im Bauvertrag eindeutige Regelungen zu der nach Fertigstellung des Werkes folgenden Abnahme getroffen werden (zur Abnahme später mehr). Je nach Bedarf kann hier beispielsweise die Vereinbarung getroffen werden, dass in jedem Fall eine ausdrückliche Abnahme durchzuführen ist, über die auch ein schriftliches Protokoll gefertigt wird.

#### 4. Mögliche Beteiligte eines Bauvorhabens

Der Bauherr ist der Auftraggeber einer Bauleistung. In eigener Verantwortung lässt er eine Baumaßnahme vorbereiten und durchführen. In den wichtigen Rechtsgrundlagen des BGB und der VOB, über die Sie später mehr erfahren, gibt es den Begriff des Bauherren allerdings nicht. Der Bauunternehmer ist der Auftragnehmer des Bauherren. Er erbringt die Bauleistungen. In der VOB wird er Auftragnehmer genannt, im BGB Werkunternehmer. Bei größeren Bauvorhaben schließen sich vor allem mittelständische Bauunternehmer oftmals im Rahmen einer ARGE (Arbeitsgemeinschaft) zusammen. Bei einer ARGE sind *alle* ARGE-Mitglieder für die Erbringung der *gesamten* Bauleistung gegenüber dem Bauherren verantwortlich.

Ein Generalunternehmer ist ein Bauunternehmer, der die Erbringung *sämtlicher* Bauleistungen eines Bauvorhabens vertraglich übernimmt. Klar ist dabei von Anfang an, dass ein Teil der Bauleistungen von Subunternehmern erbracht wird. Als Totalunternehmer wird ein Generalunternehmer bezeichnet, der neben den Bauleistungen auch noch Planungsleistungen und weitere Aufgaben übernimmt („schlüsselfertiges Bauen“). Der Bauherr hat in beiden Fällen nur einen Ansprechpartner, sowohl während der Durchführung der Maßnahmen als auch für Gewährleistungsfragen.

Ein Generalübernehmer verpflichtet sich ebenfalls hinsichtlich des gesamten Bauvorhabens. Er erbringt jedoch keine eigenen Bauleistungen, sondern bedient sich eines Generalunternehmers oder mehrerer Bauunternehmer. Er übernimmt im Wesentlichen die Koordinierung, mitunter auch Planungsleistungen.

Schließlich kann auch ein Bauträger involviert sein. Ein Bauträger verpflichtet sich, einem Käufer zu einem Festpreis das Eigentum an einem Grundstück oder einer Eigentumswohnung zu verschaffen und dort ein Bauwerk zu errichten.

Daneben sind Architekten (lesen Sie zum Architektenvertrag die entsprechende Informationsbroschüre auf unserer Webseite), Projektsteuerer für Koordinierungsfragen und weitere Sonderfachleute, wie etwa für Statik, Wärme und Schallschutz, am Bauvorhaben beteiligt.



## 5. Rechtsgrundlagen zum Bauvertrag

Wird ein Vertrag über die Erbringung einer Bauleistung geschlossen, findet grundsätzlich das im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelte Werkvertragsrecht Anwendung. Bei einem Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer einen Erfolg. Das bedeutet, dass es nicht reicht, wenn es der Werkunternehmer nur versucht, das beauftragte Werk erfolgreich, also vertragsgemäß, zu erstellen, es ihm aber nicht gelingt. Das Werkvertragsrecht spricht vom Werkunternehmer (hier der Bauunternehmer) und vom Besteller (hier der Bauherr). Da das Werkvertragsrecht nicht nur Bauverträge umfasst, sind die verwendeten Bezeichnungen allgemeiner gefasst. Das Werkvertragsrecht ist demnach kein spezifisches Bauvertragsrecht, sondern umfasst beispielsweise auch die Reparatur eines Autos, das Anstreichen eines Hauses oder die Programmierung einer Webseite. Um nicht zu viele Begrifflichkeiten zu verwenden, sprechen wir im Folgenden weiter vom Bauherren und vom Bauunternehmer.

Ein wirksamer Bauvertrag verpflichtet den Bauunternehmer zur mangelfreien Errichtung der vertraglich vereinbarten Bauleistung, den Bauherren zur Zahlung des vereinbarten Werklohnes. Dem Werkvertragsrecht unterfallen auch Verträge mit Generalunternehmern und Generalübernehmern sowie der bauliche Teil von Bauträgerverträgen. Es steht den Bauvertragsparteien aber die Möglichkeit offen, vom Werkvertragsrecht abweichende vertragliche Vereinbarungen zu treffen.

Um den speziellen Bedürfnissen des Bauwesens Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber frühzeitig ein Klauselwerk in Form der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (abgekürzt VOB) geschaffen. Die VOB bestehen aus insgesamt drei Teilen, nämlich A, B und C. Die VOB-Teile A und B wurden im Jahr 2009 neugefasst. In Kraft ist die VOB 2009 seit dem 11.06.2010. Der neue Text ist abrufbar unter [http://www.bmvbs.de/Anlage/original\\_1144115/VOB-Teil-A-und-B-Ausgabe-2009-mit-Berichtigung-vom-19.-Februar-2010.pdf](http://www.bmvbs.de/Anlage/original_1144115/VOB-Teil-A-und-B-Ausgabe-2009-mit-Berichtigung-vom-19.-Februar-2010.pdf) (28.06.2010).

Wichtig zu wissen ist, dass die Regelungen der VOB nicht automatisch gelten, da sie nicht die Qualität von Rechtsnormen wie das BGB haben. Da sie bei Abschluss eines Vertrages nicht automatisch gelten, muss ihre Geltung vertraglich vereinbart werden. Sie sind quasi Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die ja auch nur gelten, wenn beide Seiten damit einverstanden sind. Das hat zur Konsequenz, dass auch die üblichen Einbeziehungsvoraussetzungen von AGB erfüllt sein müssen. Bei Verbrauchern, also privaten Bauherren, muss ihnen eine Möglichkeit verschafft werden, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der VOB Kenntnis zu nehmen. Es bietet sich an, die VOB dem Vertragsentwurf beizufügen. Für einen späteren Nachweis der Übergabe ist der Erhalt durch den Bauherren am besten schriftlich zu bestätigen. Unzureichend ist ein bloßer Hinweis im Angebotstext, dass die VOB gelten. Gleichfalls unzureichend ist der Hinweis, dass die VOB "auf Nachfrage übersandt werden" oder "im Buchhandel erhältlich" seien.



Die formale Einbeziehung der VOB in den Vertrag ist ein in der Praxis oftmals vernachlässigter Aspekt, vor allem wenn Angebote und Änderungswünsche per Fax ausgetauscht werden. Hier sollte an der „Bürokratie“ aber nicht gespart werden. Wurden die VOB nicht wirksam in den Vertrag einbezogen, gelten sie nicht und die Vertragsparteien können sich nicht auf die Bestimmungen berufen.

Wurden die VOB rechtswirksam vereinbart, gelten ihre Bestimmungen teilweise gemeinsam mit denen des Werkvertragsrechts, teilweise verdrängen die Bestimmungen diejenigen des Werkvertragsrechts. Die wichtigen vertragsrechtlichen Bestimmungen für Bauherren, die nicht der öffentlichen Hand zuzurechnen sind (also Häuslebauer und Unternehmen), sind im Teil B der VOB zu finden. Man spricht auch von VOB/B. Die dortigen Bestimmungen ergänzen oder ändern die Regelungen des Werkvertragsrechts. Die Vereinbarung der VOB/B begünstigt weder den Bauherren noch den Bauunternehmer generell. Für beide Seiten finden sich Bestimmungen, die für sie vorteilhaft sind. Aus Sicht des Bauherren ist beispielsweise von Vorteil, dass er bei einem Mangel den weiteren Lauf – und damit ggf. Ablauf – der Gewährleistungsfristen allein durch eine schriftliche Anzeige des Mangels unterbrechen kann (§ 13 Abs. 5 VOB/B 2009). Ohne Geltung der VOB/B müsste hierfür Klage erhoben oder ein Beweissicherungsverfahren eingeleitet werden. Außerdem ist für den Bau-

herren vorteilhaft, dass bereits während der Ausführung als mangelhaft bzw. vertragswidrig erkannte Leistungen auf Kosten des Bauunternehmers zu ersetzen sind (§ 4 Abs. 7 VOB/B 2009). Der Bauunternehmer darf zudem Subunternehmer grundsätzlich nur mit schriftlicher Zustimmung des Bauherren beauftragen (§ 4 Abs. 8 VOB/B 2009).

Aus Sicht des Bauunternehmers ist z. B. von Vorteil, dass sich nach der VOB/B die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche für Bauwerke von fünf auf vier Jahre verkürzt (§ 13 Abs. 4 VOB/B 2009), wenn vertraglich nicht anderes vereinbart wird. Für andere Werke beträgt die Gewährleistungsfrist zwei Jahre. Nach den VOB gibt es ferner eine fiktive Abnahme (zur Abnahme später mehr).



Keinesfalls sollte eine Vertragspartei darauf bestehen, nur einzelne, für sie günstige Regelungen der VOB vereinbaren zu wollen. Die Rechtsprechung des BGH geht davon aus, dass nur bei Vereinbarung der VOB als ganzes – also ohne inhaltliche Änderungen – ein insgesamt ausgewogenes Regelwerk vorliegt. Die Klauseln werden dann im Streitfall nicht AGB-rechtlich überprüft.

Werden hingegen nur einzelne Regelungen der VOB vereinbart, müssen sich diese Bestimmungen im Streitfall insgesamt daran messen lassen, ob sie als AGB-Klauseln in der vorliegenden Form wirksam vereinbart werden konnten oder ob sie beispielsweise überraschend oder intransparent sind. Sind Klauseln unwirksam, gelten an ihrer Stelle die gesetzlichen Bestimmungen. Da das AGB-Recht ein Rechtsgebiet mit umfangreicher Rechtsprechung ist, tut man sich keinen Gefallen damit, es „auszuprobieren“, ob die eigenen Klauseln wirksam sind.

Fazit: Ab einer gewissen Größe des Bauvorhabens empfiehlt sich die Vereinbarung der VOB als ganzes. Man sollte sich jedoch nicht nur auf die rechtlichen Rahmenbedingungen verlassen, sondern die wesentlichen Aspekte vor Vertragsschluss klären und im Vertrag regeln.

## 6. Das Bausoll

Im Bauvertrag sollte das Bausoll, also die vom Bauunternehmer geschuldete Leistung, eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, um späteren Streitfällen vorzubeugen. Je komplexer das Bauvorhaben ist, desto wichtiger wird dieser in der Praxis oftmals vernachlässigte Punkt. Auch wenn klar ist, dass sich im Laufe einer Maßnahme das Bausoll durch gewünschte oder erforderliche Änderungen der Ausführung bzw. zusätzliche Leistungen noch verändert, sollte vor Vertragsschluss von beiden Seiten das vertraglich festzulegende Bausoll besonders sorgfältig bedacht werden. Grundsätzlich hat der Bauherr dafür zu sorgen, dass klar ist, welche Leistungen er in welcher Ausführung wünscht. Bleibt das Vereinbarte hier unklar, geht diese Unklarheit grundsätzlich zu seinen Lasten.

Die von Generalunternehmern und Bauträgern mitunter verwendeten standardisierten Leistungsbeschreibungen, die nicht auf das jeweilige Bauvorhaben individuell angepasst werden, führen mitunter dazu, dass diese Bauunternehmer im Streitfall die entstandenen Mehrkosten zu tragen haben. Es empfiehlt sich, im Vorfeld die Vertragsgestaltung zu überprüfen, um Risiken zu minimieren. Wenn Sie als Generalunternehmer oder Bauträger hierzu Fragen haben, beraten wir Sie gern.



In einem Leistungsverzeichnis sind Art, Güte und Anzahl der jeweiligen Leistung eindeutig anzugeben. Bei den Detailangaben wie Hersteller, Modell, Farben oder dergleichen sollte die Formulierung "oder gleichwertig" vermieden werden, da sie Basis für vielerlei Streit bieten kann. Auch die schwammigen Bezeichnungen "handelsübliche Fabrikate" oder "deutsches Markenprodukt" sollten vermieden werden. Daneben können Pläne oder Zeichnungen das Bausoll konkretisieren.

Achtung ist bei einem Verweis auf DIN-Normen (Deutsche Industrienorm) angezeigt. In manchen Bereichen geht der derzeitige Stand der Technik inzwischen über die in den DIN-Normen niedergelegten Mindestanforderungen hinaus. Ein Verweis auf DIN-Normen stellt daher nicht unbedingt sicher, eine Bauausführung nach dem letzten Stand der Technik zu erhalten.

Die relevanten Unterlagen sind zum Bestandteil des Vertrages zu machen, wie etwa als Anlage. Im Vertrag ist auch festzuhalten, wie zu verfahren ist, falls sich Vertragsbestandteile hinsichtlich des Bausolls widersprechen.

## **7. Die Vergütung des Bauunternehmers**

Neben Fragen der Gewährleistung, über die Sie später etwas erfahren, ist die Vergütung des Bauunternehmers in der Praxis einer der wichtigsten Streitpunkte. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass auch dieser Aspekt oftmals ungenügend bzw. nicht eindeutig im Bauvertrag geregelt wird. Im Vertrag sollte zunächst festgelegt werden, ob nach Stundenlohn, nach Einheitspreisen, als Pauschalpreis oder im Wege der Selbstkostenerstattung vergütet werden soll.

Bei der Abrechnung auf Basis von Einheitspreisen werden die Einheitspreise vorab vereinbart, z. B. in Form von Mengen-, Stück- oder Quadratmeterpreisen. Nach Fertigstellung wird mittels Aufmaß ermittelt, welche Leistungen erbracht wurden. Diese Mengen werden – auch bei Mengenänderungen gegenüber dem Zeitpunkt der Auftragserteilung – dann mit dem Einheitspreis multipliziert.



Bei Leistungen, die sich nach Fertigstellung baubedingt kaum noch erfassen bzw. prüfen lassen, sollten die verwendeten Mengen bereits während des laufenden Vorhabens gemeinsam von den Beteiligten ermittelt und festgehalten werden. Dies erspart spätere Differenzen über die eingesetzten Mengen.

Bei einem Pauschalvertrag errichtet der Bauunternehmer ein im Vertrag definiertes Werk gegen eine festgelegte, pauschale Vergütung. Änderungen der Massen nach Vertragsschluss ändern nicht die vereinbarte Vergütung. Lediglich nachträgliche Änderungen des vereinbarten Bausolls ändern die vertragliche Vergütung. Aus Sicht des Bauunternehmers ergibt sich die Schwierigkeit eines solchen Vertrages aus einer möglichst realistischen Kalkulation der Maßnahme.

Eine neue Variante des Pauschalvertrages ist der GMP-Vertrag (garantierter Maximalpreis/guaranteed maximum price). Hierbei ist der Bauunternehmer bereits in die Planungsphase der Maßnahmen involviert, um sein Fachwissen einzubringen und dadurch Einsparpotential zu generieren. Vereinbart wird eine Pauschalvergütung. Ergeben sich in der Durchführungsphase Einsparungen, kommen diese sowohl dem Bauherren als auch dem Bauunternehmer nach einem zuvor festgelegten Schlüssel zugute.

Stundenlohnverträge, bei denen sich die Vergütung nach den geleisteten Stunden bemisst, sind eher selten. Da die Anzahl der geleisteten Stunden nichts über die Effizienz aussagt, werden Stundenlohnverträge eher bei kleineren Nachbesserungs- oder Reparaturaufträgen abgeschlossen.

Aus Sicht des Bauherren unkalkulierbar ist die Vergütung im Wege der Selbstkostenerstattung. Der Bauherr erhält nach Abschluss des Vorhabens eine Rechnung über die entstandenen Kosten nebst Gemeinkosten- und Gewinnzuschlag. Diese Vertragsart sollte auf absolute Ausnahmefälle beschränkt bleiben.

Auch wenn die Vertragsparteien die Höhe der Vergütung nicht vertraglich geregelt haben, können Werklohnansprüche entstehen. Es gilt dann die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die betroffene Leistung ortsübliche Vergütung als vereinbart.

Bei allen Vertragsvarianten ist zu beachten, dass die Vergütung grundsätzlich erst mit der Abnahme des Werkes fällig ist. Abnahme bedeutet, dass die Ausführung der Bauleistung beendet ist und das hergestellte Werk nun dem Bauherren übergeben wird. Das bedeutet, dass der Bauunternehmer bis zum Abschluss des Bauvorhabens vorleistungspflichtig ist und seine Vergütung grundsätzlich erst nach Fertigstellung verlangen kann. Da die Durchführung von Baumaßnahmen oftmals einen langen Zeitraum beansprucht, gewährt das BGB unter bestimmten Voraussetzungen schon vor der Abnahme einen Anspruch auf Abschlagszahlungen. Die seit dem 01.01.2009 neu gefasste Regelung hierzu ist allerdings wenig praxisgerecht. Der Bauunternehmer kann von dem Bauherren für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Bauherr durch die Leistung einen Wertzuwachs erlangt hat (vgl. § 632a Abs. 1 S. 1 BGB). Voraussetzung wird regel-

mäßig sein, dass eine selbständig abrechenbare Leistung erbracht wurde. Wie ein Wertzuwachs in der Praxis ermittelt werden soll, ist jedoch nicht abschließend geklärt.



Um Streitfällen vorzubeugen, sollten in den Bauvertrag detaillierte und für beiden Seiten interessengerechte Regelungen aufgenommen werden, wann Abschlagszahlungen zu leisten sind. Diese sollten sich am Baufortschritt orientieren.

## 8. Haftungsfragen des Bauunternehmers

### 8.1 Mängel der Bauleistung

Ein Mangel liegt vereinfacht gesagt vor, wenn das errichtete Bauwerk entweder nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist oder – falls keine Beschaffenheit vereinbart wurde – die Bauleistung nicht der derjenigen entspricht, die üblich ist und erwartet werden kann. Für die Frage, ob ein Mangel vorliegt, ist zeitlich gesehen der Zeitpunkt der Abnahme entscheidend. Die vereinbarte Beschaffenheit ergibt sich aus dem Bauvertrag. Maßgeblich ist das festgelegte Bausoll. Erreicht der Bauunternehmer das Bausoll nicht, liegt ein Mangel vor. Das gilt auch dann, wenn ansonsten die anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden.<sup>1</sup> Auch hier zeigt sich, dass das Bausoll so exakt wie möglich zu fixieren ist. Eine nachvollziehbare Dokumentation erspart spätere Auslegungsfragen, wie etwa, ob der Zweck der Bauleistung erreicht ist oder ob eine bestimmte Leistung, um die gestritten wird, gewöhnlicher Weise erwartet werden kann. Umgekehrt ist in der Regel ein Vorstoß gegen anerkannte Regeln der Technik auch ein Mangel, selbst wenn das vereinbarte Bausoll realisiert wurde. Die Regeln der Technik umfassen alle wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erkenntnisse des Bauwesens, die als richtig und notwendig anerkannt sind. Diese sind in diversen technischen Regelwerken und Normen niedergelegt. Wenn solche Regelwerke einen veralteten Stand gegenüber den anerkannten Regeln der Technik wiedergeben, dann kann sich der Bauunternehmer nicht darauf berufen und zwar auch dann nicht, wenn im Vertrag auf eine solche Norm Bezug genommen wird, die nicht (mehr) dem anerkannten Stand der Technik entspricht.<sup>2</sup> Auf

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2005, Az. VII ZR 147/04.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 04.06.2009, Az. VII ZR 54/07.

den Punkt gebracht heißt das, dass bei einer Diskrepanz zwischen Regelwerken und dem tatsächlichen Stand der Technik der tatsächliche Stand maßgeblich ist. Mitunter reicht aber selbst die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik nicht aus. Das ist dann der Fall, wenn es um die Betriebssicherheit einer technischen Anlage geht und der Hersteller zusätzliche, über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Anforderungen für sein Produkt festgelegt hat.<sup>3</sup>

## 8.2 Die Abnahme der Bauleistung

Wie zuvor erwähnt, bedeutet die Abnahme, dass das fertiggestellte Werk dem Bauherren übergeben wird. Verbunden ist damit auch die Billigung des Werkes als vertragsgemäß durch den Bauherren (§ 640 BGB bzw. § 12 VOB/B 2009). Nach Fertigstellung des Vorhabens fordert der Bauunternehmer den Bauherren zur Abnahme auf. Diese wird zu Nachweiszwecken oftmals mit Hilfe eines Protokolls durchgeführt, in dem auch die erkannten Mängel festgehalten werden. In diesem Zusammenhang wird die Abnahme dann ausdrücklich erklärt. Es ist aber auch möglich, die Bauleistung durch schlüssiges Handeln abzunehmen, indem etwa die Vergütung vorbehaltlos gezahlt wird. Nach der VOB gibt es außerdem eine fiktive Abnahme, wonach für eine Abnahme ausreicht, dass die Fertigstellung der Bauleistung schriftlich angezeigt wurde und der Bauherr hiergegen nicht innerhalb von 12 Werktagen Vorbehalte erhebt (vgl. § 12 Abs. 1 und 5 VOB/B 2009). Auf die weiteren Sonderformen der Abnahme nach der VOB soll nicht näher eingegangen werden, da dies den Rahmen sprengen würde.

Hinsichtlich der bereits erkannten Mängel muss der Bauherr bei der Abnahme unbedingt darauf achten, sich seine Rechte wegen des Mangels schriftlich vorzubehalten. Anderenfalls führt die Abnahme zum Ausschluss der Rechte auf Nacherfüllung, Selbstvornahme einschließlich Aufwendungsersatz, Rücktritt und Vergütungsminderung (§§ 640 Abs. 2, 634 Nr. 1-3 BGB). Auch in VOB-Verträgen müssen diese Rechte vorbehalten werden, um nicht verloren zu gehen. Ebenso verliert der Bauherr durch die Abnahme einen eventuellen Anspruch auf eine Vertragsstrafe, wenn er sich diesen nicht vorbehält (§ 341 Abs. 3 BGB bzw. § 11 Abs. 4 VOB/B 2009).

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 23.07.2009, Az. VII ZR 164/08.



Behalten Sie sich bei der Abnahme unbedingt Ihre Rechte hinsichtlich der erkannten Mängel vor. Ansonsten gehen Ihre diesbezüglichen Rechte verloren und Sie haben nur noch Rechte bezüglich nicht erkannter Mängel.

Ab dem Zeitpunkt der Abnahme kann der Bauherr seine Gewährleistungsrechte innerhalb der jeweiligen Verjährungsfristen geltend machen. Mit der Abnahme werden die Verjährungsfristen in Gang gesetzt. Dies gilt sowohl bei VOB- als auch bei BGB-Verträgen. Durch die Abnahme wird der primäre Anspruch auf Herstellung des Bauwerks durch den Anspruch auf Nacherfüllung (dazu sogleich) verdrängt. Auf den ersten Blick scheint in beiden Situationen dasselbe gefragt zu sein, nämlich ein mangel freies Bauwerk. Ein für die Beteiligten ganz entscheidender Unterschied liegt aber in der so genannten Beweislast: Vor der Abnahme muss der Bauunternehmer beweisen, dass das Bauwerk mangelfrei ist. Nach der Abnahme muss hingegen der Bauherr beweisen, dass der Mangel auf die Leistungen des Bauunternehmers zurückzuführen ist. Gerade in einem Prozess ist von hoher Bedeutung, zu wessen Lasten etwas geht, wenn sich eine Behauptung nicht beweisen lässt. Mit der Abnahme dreht sich also die Beweislast zugunsten des Bauunternehmers um. Dies betrifft VOB- und BGB-Verträge gleichermaßen. Daher stellt die Abnahme einen für alle Beteiligten äußerst bedeutsamen Zeitpunkt dar.

Bei Bauwerken, die auf Basis eines VOB-Vertrages erstellt wurden, beträgt die Verjährungsfrist vier Jahre (§ 13 Abs. 4 VOB/B 2009), wenn vertraglich nicht anderes vereinbart wird. Bei BGB-Bauverträgen beträgt die Frist bei Bauwerken hingegen fünf Jahre (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB). Für bestimmte Schadensersatzansprüche, die sich aus dem allgemeinen Schuldrecht ergeben, beträgt die Verjährungsfrist sogar 30 Jahre. Gleiches gilt, wenn der Bauunternehmer einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

### **8.3 Ansprüche des Bauherren im Überblick**

Dem Bauherren können eine Reihe von Ansprüchen zustehen. Sie ergeben sich entweder aus der VOB oder aus dem Werkvertragsrecht, je nachdem, welche Vertragsart vorliegt. Der Bauherr kann zunächst die noch offene Vergütung einbehalten,

wenn ein Baumangel vorliegt. Dies soll den Bauunternehmer dazu anhalten, den Mangel zu beseitigen. Das Gesetz geht dabei von dem zweifachen Betrag der Mängelbeseitigungskosten aus (§ 641 Abs. 3 BGB). Oftmals ist es in der Praxis aber möglich, die gesamte offene Vergütung einzubehalten, solange der einbehaltene Betrag nicht unverhältnismäßig hoch ist. Hier kommt es sehr auf Ihre individuelle Situation an. Sollten Sie Fragen hierzu haben, beraten wir Sie gern.

Daneben kann der Bauherr Nacherfüllung verlangen, die Vergütung herabsetzen, den Mangel selbst beseitigen lassen und dafür Ersatz der ihm entstandenen Aufwendungen verlangen, Schadensersatz fordern oder ggf. vom Vertrag zurücktreten. Zunächst muss der Bauherr grundsätzlich Nacherfüllung verlangen, d. h. der Bauunternehmer wird aufgefordert, seine bereits erbrachte Leistung auf das vertraglich vereinbarte Bausoll zu bringen. Auch unwesentliche Mängel sind zu beseitigen.

Unterlässt der Bauunternehmer trotz angemessener Fristsetzung die Nacherfüllung des Vertrages, kann der Bauherr nach fruchtlosem Fristablauf den Mangel durch einen Ersatzunternehmer beseitigen und sich die entstandenen (Mehr-)Aufwendungen vom ursprünglichen Bauunternehmer ersetzen lassen. In bestimmten Ausnahmefällen muss der Bauherr nicht einmal eine Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er die Leistung anderweitig erbringen lässt. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn sich der Bauunternehmer ernsthaft und endgültig weigert, die Mängel zu beseitigen. Der Bauherr ist hierbei nicht dazu verpflichtet, den billigsten Ersatzanbieter zu wählen, mehrere Angebote einzuholen oder gar die Leistung auszuschreiben. Beschränkungen ergeben sich nur, wenn die erforderlichen Kosten eindeutig überschritten sind. Für den Bauherren spricht hier der Erfahrungswert, dass die Kosten eines Ersatzunternehmers als grundsätzlich erforderlich angesehen werden. Der ursprüngliche Bauunternehmer muss den Gegenbeweis antreten, wenn er anderer Ansicht ist. Um die eigene Liquidität zu schonen, kann der Bauherr einen Vorschuss in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten von dem Bauunternehmer verlangen. Dieser Anspruch ist dann bedeutsam, wenn keine Vergütung mehr einbehalten werden kann und dem Bauherren auch kein ausreichender Sicherheitseinbehalt zur Verfügung steht. Notfalls muss dieser Anspruch eingeklagt werden.

Eine Minderung der Vergütung kommt für den Bauherren dann in Frage, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung nicht höher sind als die vereinbarte Vergütung. Die einzelnen Voraussetzungen dieses Anspruchs unterscheiden sich danach, ob es sich um einen VOB- oder einen BGB-Bauvertrag handelt. An dieser Stelle möchten wir die Broschüre nicht mit weiteren Details zu den Unterschieden und Voraussetzungen überfrachten. Genügen soll der Hinweis, dass für die Berechnung der Höhe der Minderung zunächst von dem Wert der Bauleistung im mangelfreien Zustand auszugehen ist. Diesem Wert wird der Wert der mangelhaften Bauleistung gegenüber gestellt (vgl. § 638 Abs. 3 BGB). Diese beiden Werte ergeben ein bestimmtes rechnerisches Verhältnis. Dieses Verhältnis wird dann auf die Vergütung übertragen, d. h. die Vergütung wird in demselben Verhältnis gemindert. Nur in dem in der Praxis eher seltenen Fall, dass der vereinbarte Werklohn und der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand identisch sind, entsprechen sich Wertminderung am Objekt und Vergütungsminderung. In Hochkonjunkturphasen liegt die Vergütung aber nicht selten über dem Wert der Leistung, in Rezessionen oftmals darunter. Deswegen ist zwischen diesen beiden Werten zu trennen. Die Wertminderung der Bauleistung ist oftmals nur mit Schwierigkeiten zu ermitteln. Wenn der Mangel der Bauleistung behebbar ist, können unter Umständen näherungsweise die dafür erforderlichen Mängelbeseitigungskosten herangezogen werden.

Hat der Bauunternehmer den Mangel schuldhaft verursacht, kann der Bauherr grundsätzlich Schadensersatz geltend machen. Der Bauherr ist vom Bauunternehmer so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer fehlerfrei gearbeitet hätte. Das bedeutet, dass er nicht für Kosten aufkommen muss, die dem Bauherren sowieso entstanden wären. Sowieso-Kosten sind Mehrkosten, um die ein Bauvorhaben selbst bei ordnungsgemäßer Ausführung teurer gewesen wäre. Die einzelnen Voraussetzungen dieses Anspruchs richten sich danach, ob es sich um einen VOB- oder einen BGB-Vertrag handelt. Vom Schadensersatzanspruch umfasst sind beispielsweise Schäden, die der Bauunternehmer an anderen Gewerken verursacht hat, Gutachterkosten für die Feststellung von Baumängeln, Mehrkosten, die durch eine Mängelbeseitigung entstanden sind, sowie Schäden an Einrichtungsgegenständen.

Bei einem Bauvertrag, der sich nach dem BGB richtet, kann der Bauherr vom Vertrag zurücktreten. Regelmäßig, von Ausnahmen abgesehen, ist für einen Rücktritt eine vorherige Fristsetzung erforderlich. Ein Rücktritt ist jedoch nicht möglich, wenn

der Mangel unerheblich ist. Bei einem VOB-Vertrag besteht kein Rücktrittsrecht. Die nach einem Rücktritt erforderliche Rückabwicklung des Vertrages bereitet bei Bauverträgen erhebliche Praxisprobleme. So führt die dann durchzuführende Rückgabe von Bauteilen o. ä. an den Bauunternehmer oftmals zur Zerstörung wirtschaftlicher Werte, was weder im Interesse des Bauherren noch des Bauunternehmers liegt. Auch in BGB-Verträgen sollte daher ein Rücktritt vertraglich ausgeschlossen werden.



2010 Karsten+Schubert Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de  
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378  
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26  
D-10997 Berlin