

Bauverträge und Handwerkeraufträge

Rechtsanwalt Z. Milobara
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
www.rha-koeln.de

- Vorbereitung größerer Instandsetzungen

Feststellung der Mangelursache
Ermittlung des Instandsetzungsbedarfs
Einholung von Alternativangeboten
Beschluss der ETV über Vergabe

OLG Köln, Beschluss vom 14.04.2000 – 16 Wx 13/00

Vorbereitung größerer Instandsetzungen

- Die Feststellung der Mangelursache wird regelmäßig einem Sachverständigen übertragen. Die Ermittlung des Instandsetzungsbedarfs erfolgt über die Erstellung eines ausführlichen Leistungsverzeichnisses. Dies übernehmen üblicher Weise Architekten, Ingenieure oder andere Fachplaner im Auftrag der WEG. Die Entscheidung über die Auswahl des Anbieters bleibt der ETV und ihrem Beschluss vorbehalten.
Dies entspricht dem zitierten Richterrecht und der h.M. in der Rechtsliteratur.
- Ohne dies zu hinterfragen, wird im Übrigen davon ausgegangen, dass die Vertragsverhandlungen über die rechtlichen Details des Bauvertrages vom Verwalter zu führen sind. Diese Aufgabe soll er mit dem Beschluss der ETV über die Vergabe der Baumaßnahme stillschweigend übertragen bekommen (vgl. Niefenführ § 27 Rdnr. 24).

Vorbereitung größerer Instandsetzungen

- Ob diese stillschweigende Delegation des Verhandlungsauftrages an den Verwalter ordnungsgemäßer Verwaltung iSv § 21 Abs. 3 WEG entspricht, erscheint angesichts des hohen wirtschaftlichen Risikos, das von schlechten oder fehlerhaften Verträgen ausgeht durchaus fraglich. Denkbar ist, dass die Gerichte auch insoweit einen Beschlussvorbehalt der ETV für den Inhalt von Bauverträgen entwickeln werden, wenn sie geeignete Fälle zur Entscheidung vorgelegt erhalten.

- **Rechtsdienstleistungsg** (in Kraft seit 01.07.2008)

§ 2 I RDG: Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erfordert.

Mitwirkung beim Vertragsabschluss als Rechtsdienstleistung?

nein - Presseerklärung Bundesministerium Justiz

ja - Finzel KommRDG, § 2/12

§ 5 II RDG: Als erlaubte Nebenleistungen gelten Rechtsdienstleistungen, die im Zusammenhang mit einer der folgenden Tätigkeiten erbracht werden:

1. Testamentsvollstreckung
2. Haus- und Wohnungsverwaltung
3. Fördermittelberatung

Bei fehlerhafter Rechtsdienstleistung haftet der Verwalter wie sonst auch für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Geschuldet wird die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt eines gewissenhaften Verwalters. Hierbei handelt es sich um einen sehr strengen Haftungsmaßstab. Angesichts des Umstandes, dass der Verwalter erlaubte Rechtsdienstleistung (§ 5 Abs. 2 RDG) betreibt, wird er seine Beratung auf dem Niveau zu erbringen haben, das man auch von einem Rechtsanwalt erwarten darf. Er muss also dafür sorgen, dass die Bauverträge den Gesetzen und dem Richterrecht in Bausachen Stand halten.

Auf Empfehlungen eines Fachmanns, d.h. im Zweifel eines Rechtsanwalts, wird der Verwalter sich verlassen dürfen.

BGB - Werkvertrag

- §§ 631 ff. Bürgerliches Gesetzbuch
- Grundlegende Regelungen für alle Arten von Werkverträgen
- Spezielle Regelungen für Bauverträge:
 - § 632 a BGB Abschlagszahlungen
 - § 634 a BGB Verjährung von Mängelansprüchen
 - § 648 BGB Sicherungshypothek für Bauunternehmer
 - § 648 a BGB Bauhandwerkersicherung
 - §§ 632 a und 648 a BGB ab 01.01.2009 in neuer Fassung

BGB - Werkvertrag

- Das über 100 Jahre alte Recht des BGB-Werkvertrages sucht nach einem angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen von Unternehmern und Verbrauchern. Zu diesem Zweck ist es immer wieder überarbeitet worden. Bei diesen Bemühungen ist die besondere Rolle von WEG`s regelmäßig unberücksichtigt geblieben.

Dies gilt auch für die aktuelle Änderung durch das sog. Forderungssicherungsgesetz (FoSiG). Erklärtes Ziel dieses Gesetzes war es, das Risiko der Unternehmer zu begrenzen, mit Forderungen gegen zahlungsunfähige oder –unwillige Auftraggeber aus zu fallen. Ab dem 01.01.2009 wird sich die Rechtslage der (Bau)unternehmer zu Lasten der AG spürbar verbessern. AG, die Unternehmer sind, trifft es dabei etwas härter als Verbraucher, für die es begünstigende Sonderregelungen gibt. Eine Gleichstellung von Verbrauchern und WEG`s gibt es allerdings nicht. WEG`s werden AG-Unternehmern weitestgehend gleich gestellt.

BGB - Werkvertrag

- Der Anspruch des BGB-Werkvertrages ist es, eine gesetzliche Regelung für alle Arten von Werkverträgen zu bieten. Hieran scheitert das Gesetz selbstverständlich. Es macht eben einen Unterschied, ob der Auftrag lautet, eine Querflöte zu reparieren, ein Software-Programm zu erstellen oder ein Mehrfamilienhaus zu bauen. Dies ist schon früh erkannt worden und stellt eine allgemein anerkannte Meinung dar.

Die späteren „Reparaturversuche“ mit dem Zweck, für Bauverträge geeignete Regelungen hinzu zu fügen, blieben insgesamt problematisch. Der 2000 eingefügte § 641 a (Fertigstellungsbescheinigung) war so misslungen, dass er zum 31.12.2008 ersatzlos gestrichen wird.

Andere Regelungen mit konkretem Baubezug begünstigen einseitig die Bauunternehmer. Dies gilt insbesondere für die §§ 632 a, 648 a und 649 BGB. WEG`s kommen insgesamt zu kurz, vgl. o.

BGB - Werkvertrag

- Fehlende Regelungen für Bauverträge:
 - Pflicht zur Ausführung von Nachträgen
 - Kalkulation und Vergütung von Nachträgen
 - Hoheit und Befugnisse auf der Baustelle
 - Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten
 - Fertigstellungsfristen
 - Behinderung und Unterbrechung des Bauvorhabens
 - etc.

VOB/B - Vertrag

- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (§§ 1 – 18, 105 Ziffern, 159 Absätze)
- Geschäftsbedingungen für die Vergabe und Durchführung von Bauleistungen der öffentlichen Hand
- Urheber der VOB ist der Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), dessen Vorstand sich zusammen setzt aus fünf Vertretern der öffentlichen Hand und vier Vertretern der Bauindustrie. Der DVA versteht sich als Interessenwahrer der an öffentlichen Großprojekten beteiligten Akteure. Er ist ausdrücklich nicht offen für die Beteiligung von Außenstehenden und verfolgt nicht die Absicht, die VOB/B allgemeintauglich zu machen. Insbesondere soll die VOB/B nicht für private AG optimiert werden. Dieser Umstand wird mittlerweile auch von den Gerichten wahr genommen.

VOB/B - Vertrag

- Schon aus diesem Grund muss die Ausgewogenheit und Angemessenheit der VOB/B für private Bauvorhaben ernsthaft in Frage gestellt werden. Gleichwohl genießt die VOB/B immer noch den Ruf, in ihrer Gesamtheit ausgewogen und angemessen zu sein. Vor dem Gesetz und den Gerichten gilt die VOB/B daher (noch) als wirksam, sofern sie ohne Änderung und in vollem Umfang in den Vertrag einbezogen wird. Anders stellt sich die Lage seit einem aktuellen Urteil des BGH vom 24.07.2008 allerdings dar, wenn Verbraucher in einen VOB/B-Vertrag eingebunden werden.
- Jetzt soll eine Klausel im Einzelfall darauf überprüft werden, ob sie für sich betrachtet wirksam ist
 - vertraglichem Vorrang einer abweichenden Klausel
BGH VII ZR 419/02
 - Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern
BGH VII ZR 55/07, Urt. V. 24.07.2008
§ 310 Abs. 1 BGB n.F., in Kraft ab 01.01.2009

VOB/B - Vertrag

- Fragwürdige Einzelklauseln in der VOB/B
 - § 1 Nr. 3 VOB/B (Änderungsanordnung)
 - § 2 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B (Leistung ohne Auftrag)
 - § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (Abnahmefiktion)
 - § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (Abnahmefiktion)
 - § 16 Nr. 3 Abs. 2 – 5 VOB/B (Vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung)
 - Aufzählung ist exemplarisch

VOB/B - Vertrag

- WEG – feindliche Klauseln in der VOB/B

§ 17 Sicherheiten

- Nr. 2: Sicherheit kann u.a. geleistet werden durch Einbehalt von Geld
- Nr. 5: AG hat Einbehalt auf ein Sperrkonto, sog. Und-Konto, ein zu zahlen, über das AG und AN nur gemeinsam verfügen können
- Nr. 6: unterlassene oder verspätete Einzahlung führt zum Verlust der Sicherheit

Optimierter Bauvertrag

- Ein für WEG`s optimierter Bauvertrag muss wenigstens folgende Kriterien erfüllen:
 - Interessegerechte Ausgewogenheit
vergleichbar dem BGB-Werkvertragsrecht für Verbraucher
 - Differenziertheit
vergleichbar den Geschäftsbedingungen VOB/B
 - Wirksamkeit
gemessen an den §§ 305 ff. BGB und dem Richterrecht

Optimierter Bauvertrag

- Beispiel Abschlagszahlungen

- Zweck:

- Schutz vor Insolvenz**

- Der Bauunternehmer soll nicht ohne Sicherung seiner Forderungen in Vorleistung treten müssen.

- Rechtsgrundlagen:

- § 632 a BGB (neue Fassung ab 01.01.2009)

- § 16 Nr. 1 VOB/B

§ 632 a BGB alte und neue Fassung im Vergleich

- § 632 a BGB a.F.

Abschlag auf

in sich abgeschlossene
Teile des Werkes

Anfertigung/Anlieferung
von Baustoffen

- § 632 a BGB n.F.

Abschlag auf

Wertzuwachs

Anfertigung/Anlieferung
von Baustoffen

Optimierter Bauvertrag

- § 632 a BGB a.F.

./.

- § 632 a BGB n.F.

Ist der AG ein Verbraucher,
kann er Zug-um-Zug gegen
Abschlag Sicherheit fordern

(5% + 5% Vertragserfüllung)

Optimierter Bauvertrag

- Vorstehend sind die wesentlichen (nicht alle) Änderungen dargestellt. Sie gelten für alle Verträge, die nach dem 01.01.2009 geschlossen werden. Für Verträge, die noch in 2008 geschlossen werden, bleibt es bei der bisherigen Gesetzeslage. Wer die Möglichkeit hat, noch in 2008 für den Vertragsschluss zu sorgen, sollte hiervon Gebrauch machen, da alle Neuerungen des FoSiG nahe zu ausschließlich den Bauunternehmer begünstigen.
- Wer ab 2009 Bauverträge schließt, sollte in eigener Sache Vorsorge betreiben. Dies kann geschehen durch sog. Individualvereinbarungen über vertragliche Abschlagzahlungen. Von Individualvereinbarungen kann allerdings nur gesprochen werden, wenn sie ausgehandelt wurden und das Ergebnis wechselseitigen Nachgebens sind. Hier kommt es auf das Verhandlungsgeschick des Verwalters an.

Optimierter Bauvertrag

- Individuallösung

„Der AN kann bei im wesentlichen mangelfreier Teilleistung vom AG folgende Abschlagszahlungen verlangen:

- nach Lieferung und Montage des Brennwertkessels und des Wasserspeichers 20%
- nach Lieferung und Montage der Heizungsrohre 30%
- nach Lieferung und Montage der Heizkörper 35%

Weitere Abschlagszahlungen stehen dem AN nicht zu.

§ 632 a Abs. 3 BGB gilt auch zu Gunsten des AG. Die vom AN bereit zu stellende Sicherheit muss auf 10% der Vergütung lauten.“

Optimierter Bauvertrag

- Wer nicht verhandeln will oder kann, mag sich auf vorbereitete AGB verlassen. Sie bleiben wirksam, solange sie angemessen iSv § 307 BGB sind. Mithilfe der AGB kann allerdings nicht dafür gesorgt werden, dass die Zeit stehen bleibt. Insbesondere wird man die frühere Fassung des § 632 a BGB nicht mit dem Argument vereinbaren können, eine frühere gesetzliche Regelung könne nicht unangemessen sein.

Der neue § 632 a BGB hat nämlich Leitbildfunktion. Das hat zur Folge, dass er in AGB nur behutsam modifiziert werden kann. Wer den alten Text wieder beleben will, muss mit der Sanktion durch die Gerichte rechnen.

Optimierter Bauvertrag

- AGB-Lösung

„Der AN kann Abschlagszahlungen gem. § 632 a BGB fordern.

Der vom AN behauptete Wertzuwachs ist durch ein Aufmass, vollständige Aufmasszeichnungen und eine Aufstellung nach zu weisen, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung zulässt. Die Zahlung ist 14 Tage nach Erhalt der Unterlagen fällig.

Weitere Abschlagszahlungen stehen dem AN nicht zu.

§ 632 a Abs. 3 BGB gilt auch zu Gunsten des AG. Die vom AN bereit zu stellende Sicherheit muss auf 10% der Vergütung lauten.“

Optimierter Bauvertrag

- Beispiel Bauhandwerkersicherung
 - Zweck:
Schutz vor Insolvenz
Der Bauunternehmer soll nicht ohne Sicherung seiner Forderungen in Vorleistung treten müssen.
 - Rechtsgrundlagen:
§ 648 a BGB (neue Fassung ab 01.01.2009)

Optimierter Bauvertrag

- § 648 a BGB a.F.

Sicherheit für Vorleistung
und Nebenforderung

Ersatz des Vertrauensschadens

- § 648 a BGB n.F.

Sicherheit für Vorleistung,
Nebenforderung und Ansprüche
an Stelle der Vergütung

Vereinbarte Vergütung abzüglich
Ersparnis

Optimierter Bauvertrag

- Vorstehend sind die wesentlichen (nicht alle) Änderungen dargestellt. Sie gelten für alle Verträge, die nach dem 01.01.2009 geschlossen werden. Für Verträge, die noch in 2008 geschlossen werden, bleibt es bei der bisherigen Gesetzeslage. Wer die Möglichkeit hat, noch in 2008 für den Vertragsabschluss zu sorgen, sollte hiervon Gebrauch machen, da alle Neuerungen des FoSiG nahe zu ausschließlich den Bauunternehmer begünstigen.
- Die gravierendste Veränderung besteht darin, dass der kündigende Bauunternehmer früher neben der Vergütung für bereits erbrachte Leistungen (nur) seinen Vertrauensschaden vom AG ersetzt verlangen konnte. Heute kann er die vereinbarte Vergütung abzüglich seiner Ersparnis und (mutwillig unterlassenen) Ersatzverdienst verlangen. Das ist in der Regel ein deutlich höherer Betrag. Von noch größerer Bedeutung ist allerdings, dass die Darlegungs- und Beweislast zu Gunsten des Bauunternehmers umgekehrt wurde. Dies erleichtert ihm die spätere Prozessführung enorm und macht den § 648 a BGB künftig zu einem sehr viel schärferen Schwert.

Optimierter Bauvertrag

- § 648 a BGB ist nicht dispositiv. Eine Änderung zu Lasten des Unternehmers ist nicht zulässig.
- Die Frist zur Bereitstellung der Sicherheit ist sehr kurz. Aktuell werden 7 bis 10 Tage als ausreichend angesehen.
- Vorsorge kann nur dadurch betrieben werden, dass
 - die kurzfristige Bereitstellung der Sicherheit schon vor der Beauftragung des Unternehmers mit einer Bank oder einem Kreditversicherer abgestimmt wird.
 - eine sukzessive Beauftragung erfolgt.

Optimierter Bauvertrag

- Beispiel Vertragsstrafe

- Zweck:

- Prävention**

- Die Vertragsstrafe ist Druckmittel zur Erbringung ordnungsgemäßer Leistung.

- Schadensersatz**

- Die Vertragsstrafe erleichtert die Schadloshaltung ggü. dem Unternehmer.

Vertragsstrafe

- Nichterfüllung, § 340 BGB
 - Der AN verweigert die Fertigstellung seines Werkes.
 - Der AN stellt eine unvollständige oder mit wesentlichen Mängeln behaftete Leistung trotz Fristsetzung nicht fertig.
- Nicht gehörige Erfüllung, § 341 BGB
 - Der AN verletzt eine vertragliche Nebenpflicht, bspw: verbotener Einsatz von Subunternehmern, Beschäftigung illegaler Arbeitnehmer, Blockierung von Rettungswegen, verzögerte Mängelbeseitigung

Vertragsstrafe

- Ausführungsfristen müssen bestimmt, mindestens jedoch bestimmbar sein.
- Die Vertragsstrafe muss in allgemeinen Geschäftsbedingungen der Höhe nach angemessen begrenzt werden. Dies gilt gleichermaßen für die
 - Höhe des Tagessatzes
(max. 0,3 % Netto-Rechnungssumme pro Arbeitstag)
 - Höhe der Gesamtstrafe
(max. 5 % Netto-Rechnungssumme).

Vertragsstrafe

- Die Vertragsstrafe bedarf eines wirksamen Vorbehalts, der grds. bei Abnahme erklärt werden muss – und zwar durch den AG oder einen zur Vorbehaltserklärung bevollmächtigten Vertreter.
- Die allgemeinen Grenzen sind
 - § 134 BGB - verbotswidriges Handeln
 - § 138 BGB - sittenwidriger Klauselinhalt
 - §§ 305 ff. BGB - unangemessener Klauselinhalt

Vertragsstrafe

„Der AN hat seine Arbeiten am 01.10.2009 aufzunehmen und spätestens bis zum 31.11.2009 abnahmereif fertig zu stellen.

Wird die Fertigstellungsfrist schuldhaft überschritten, zahlt der AN eine Vertragsstrafe an den AG. Diese beträgt für jeden Arbeitstag der Fristüberschreitung 0,3 % der Schlussrechnungssumme (netto).

Insgesamt darf die Vertragsstrafe einen Betrag von 5 % der Schlussrechnungssumme (netto) nicht überschreiten.

Der Vertragsstrafevorbehalt kann vom AG bzw. seinem Verwalter als Vertreter bis zur Zahlung auf die Schlussrechnung geltend gemacht werden.“

Vertragsstrafe

- Auch Zwischenfristen können Gegenstand einer Vertragsstrafe-klausel sein. Die Zwischenfristen müssen allerdings als verbindliche Vertragsfristen vereinbart werden.
- Bei Zwischenfristen darf der Bezugswert für die Vertragsstrafe nicht die Netto-Rechnungssumme sein. Der Bezugswert muss beschränkt werden auf den Wert der rückständigen Teilleistung.
- Es gilt das sog. Kumulierungsverbot, d.h. eine einzelne Verspätung darf nicht mehrfach zur Anrechnung gelangen.

Vertragsstrafe

„Es werden folgende Zwischenfristen verbindlich vereinbart:

- abnahmereife Fertigstellung Haus A bis 22.10.2009
- abnahmereife Fertigstellung Haus B bis 17.11.2009.

Wird eine Zwischenfrist schuldhaft überschritten, zahlt der AN eine Vertragsstrafe an den AG. Diese beträgt für jeden Arbeitstag der Fristüberschreitung 0,3 % des Anteils an der Schlussrechnungssumme (netto), der auf die betroffene Teilleistung entfällt.

Für Haus A wird ein Wertanteil an der Schlussrechnungssumme (netto) von 25 % vereinbart, für Haus B ein Wertanteil von 50 %. Dem AN bleibt vorbehalten, einen geringeren Anteil nachzuweisen.

Fristüberschreitungen werden nicht kumuliert, d.h. sie lösen auch dann nur eine Vertragsstrafe aus, wenn sie die Überschreitung einer folgenden Zwischenfrist oder der Frist für die Gesamtfertigstellung bewirken.

Die jeweilige Vertragsstrafe darf einen Betrag von 5 % des hausbezogenen Wertanteils an der Schlussrechnungssumme (netto) nicht überschreiten.“

Sicherung der Vertragsstrafe

Vertragserfüllungsbürgschaften

sichern grds. die

- ordnungsgemäße
- vollständige
- mangelfreie
- pünktliche

Fertigstellung der vertraglich geschuldeten Arbeiten und damit Ansprüche aus der Zeit vor Abnahme. Vertragsstrafen werden hiervon erfasst.

Sicherung der Vertragsstrafe

Vertragserfüllungsbürgschaft

„ ... Die Vertragserfüllungsbürgschaft sichert insbesondere die Ansprüche des Gläubigers aus dem Vertrag, die aus einer mangelhaften, unvollständigen, **verzögert oder gar nicht fertig gestellten Bauleistung** herrühren. Sie erstreckt sich auch auf **Vertragsstrafeansprüche** des AG sowie auf die Erstattung überhöhter Abschlagszahlungen und von Vorrauszahlungen. Auftragsänderungen und –ergänzungen werden ebenfalls besichert.“

Sicherung der Vertragsstrafe

Mängelbürgschaften (Gewährleistungsbürgschaften)

sichern grds. nur Mängelrechte nach §§ 633 ff. BGB bzw. § 13 VOB/B und damit Ansprüche aus der Zeit nach Abnahme. Vertragsstrafeansprüche werden hiervon grds. nicht erfasst.

Sicherung der Vertragsstrafe

Mängelbürgschaft

„ ... Diese Mängelbürgschaft sichert die geldwerten Ansprüche des AG, die auf Mängel der Baumaßnahme oder deren **verspäteter Beseitigung** zurück zu führen sind. Sie erstreckt sich insbesondere auf **Vertragsstrafen**, die hierauf beruhen und auf Kostenvorschüsse für Mängelbeseitigungen. Auftragsänderungen und –ergänzungen werden ebenfalls besichert.“

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit