



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

# **Vertragsgestaltung: Wirksame und unwirksame Allgemeine Geschäfts- bedingungen in der Praxis**

**Seminar: Bauvertragsrecht  
am 03.02.2016  
für  
VSVI Hessen e.V.**

**Jarl-Hendrik Kues, LL.M. (Frankfurt am Main)  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**

Berlin · Düsseldorf · Frankfurt · Hamburg · Köln · München



### **BERLIN**

PROF. DR. RALF LEINEMANN  
PROF. DR. MARC HILGERS  
JOCHEN LÜDERS  
DR. EVA-D. LEINEMANN  
STEFAN ERDMANN  
DR. THOMAS KIRCH  
TIMO MAY  
DR. CHRISTIAN BRAUNS  
ANDREAS JACOB, LL.M.  
DR. RALF AVERHAUS  
MARCO LORENZ  
ARMIN PREUSSLER  
CHRISTOPH CONRAD  
KATHLEEN HARTHUN  
GESINE DECHOW  
MARTIN HANS STEGER.  
DR. MARC STEFFEN  
EVA BOUCHON, M.A.  
MICHAEL GÖGER, LL.M.  
BIRGER KUNZ  
VICTOR SCHWARZ, LL.M.  
DR. CARSTEN FALLAK  
SARAH SCHERWITZKI  
JAN RAMING, LL.M.  
WINFRIED WIESNER  
JULIA HÜBNER  
JÖRG MIERUSZEWSKI  
MICHAEL ROSENZWEIG  
ANNA HINKEL

### **HAMBURG**

DR. THOMAS HILDEBRANDT  
P. ANUSH RIENAU  
BASTIAN HAVERLAND  
GABRIEL H. SCHLEICHER  
JULIA BARNSTEDT, LL.M.  
DR. MARCUS ERNST NAPP  
FRERK SCHÄFER, Dipl.-Ing.  
JUDIT LEISTNER  
ROMAN SCHLAGOWSKY  
DR. WIEBKE MUND  
RASMUS GERSCH  
DR. AMNEH ABU SARIS  
ANDREAS HESSE  
PAULINE ZIRKEL  
HAUKE MEYHÖFER

### **FRANKFURT/MAIN**

SEBASTIAN THOMAS  
JARL HENDRIK KUES, LL.M.  
SIMON PARVIZ  
STEPHANIE PUMA  
DR. HANNES REIHER  
ANNIKA KÜHNE  
ÜLKÜ RENDA  
FLORIAN PETERMANN  
ANDREAS VON HOLT  
VANESSA BOLLENBACH  
CHRISTINA MÜLLER  
MAXIMILIAN KLAMMER

### **DÜSSELDORF**

OLIVER SCHOOFS  
HENRIK M. NONHOFF  
NORBERT KNÖBEL  
MANUEL BAUMEISTER  
NICOLAI GÜNZEL  
CHRISTIN WAGNER  
MARK VAN DAHLEN  
CHRISTIAN GRÜNEBERG  
ANNA SAUTER

### **KÖLN**

DR. BIRGIT FRANZ  
DR. OLIVER HOMANN  
STEFAN JOCHEN HANKE  
ULRICH NEUMANN  
DR. MARTIN BÜDENBENDER  
DR. ANDREAS BAHNER  
OLIVER STRUPP  
LEONIE KLÖNNE  
PAUL POPESCU  
MALTE OFFERMANN

### **MÜNCHEN**

STEPHAN KAMINSKY  
DR. HENDRIK HUNOLD  
DR. CHRISTINE MAURER  
DR. JOHANNES KRAUSE  
JUTTA TREMMEL  
QUIRIN KLEIN



## Themen-Übersicht (Gliederung)

1. Einführung in das AGB-Recht unter Beachtung des Bauvertrages
2. AGB-widrige/wirksame VOB/B-Regelungen aus AN- und AG-Blickwinkel
3. Grundsätzliche Beispiele zu unwirksamen Klauseln; besondere Beispiele aus der Rechtsprechung



# 1.

## Einführung in das AGB-Recht unter Beachtung des Bauvertrages



## AGB (= Allgemeine Geschäftsbedingungen), § 305 ff. BGB

### Kurzdefinition:

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages stellt.



## Verwendung von AGB gem. § 305 ff BGB

- Vertragsbedingungen sind alle Regelungen, die den Vertragsinhalt und dessen Abschluss gestalten
- Vorformuliert sind alle zur Mehrfachverwendung bestimmten Vertragsbedingungen (Formularcharakter)
- Für eine Vielzahl von Fällen, wenn sie zukünftig in mehr als zwei Fällen verwendet werden sollen!



## Verwendung von AGB (1/3)

- „Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingung kann sich ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind“ (BGH, NJW 1992, 2160)
- „In Bauverträgen sind vorformulierte Vertragsbedingungen nur dann Allgemeine Geschäftsbedingungen, wenn der Verwender im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Absicht der Mehrfachverwendung hatte“ (BGH, BauR 2001, 1895)



## Verwendung von AGB (2/3)

- „Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nach ständiger Rechtsprechung des BGH auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klausel stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will“ (z.B. Muster ARGE-Vertrag, Einheitsarchitektenvertrag) (BGH, ZfIR 2005, 632, mit kritischer Anmerkung Schwenker, Thode; BGH, Urteil vom 24.11.2005 – VII ZR 87/04, IBR 2006, 76 und 78)





## Verwendung von AGB (3/3)

- Vom Verwender bei Vertragsabschluss gestellt bedeutet, dass eine Partei konkret die Einbeziehung der Bedingungen in den Vertrag verlangt.
- Nicht ausgehandelt sind AGB, wenn der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt seiner Bedingungen nicht ernsthaft zur Disposition stellte und die andere Partei real keinen sachlichen Einfluss auf die Bestimmungen nehmen konnte.



## AGB in Bauverträgen

- standardisierte Leistungsbeschreibungen
- Besondere Vertragsbedingungen (BVB)
- Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB)
- Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV)
- Allgemeine Technische Vorschriften für Bauleistungen (VOB/C, ATV, DIN 18299)
- DIN 1961  
= **Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B)**
- Nicht die VOB/A! (DIN 1960)



## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (1/7)

1. AN ist kein Unternehmer, § 305 Abs. 2 und 3 BGB
2. AN ist Unternehmer. Dann genügt zur wirksamen Einbeziehung eine ausdrücklich oder stillschweigend zustande gekommene Vereinbarung über deren Geltung
3. sich widersprechende AGB
  - a) Soweit sie übereinstimmen, werden sie Vertragsinhalt.
  - b) Widersprechen sie sich, werden sie nicht Vertragsinhalt, § 306 Abs. 2 BGB. Es gelten dann die gesetzlichen Normen.



## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (2/7)

- c) Ist eine bestimmte Frage nur in den AGB eines Vertragspartners geregelt, gilt:

Der andere Vertragspartner hat sein Einverständnis erklärt, wenn in seinen AGB keine Abwehrklausel enthalten ist. Ist die Regelung aber für ihn günstig, gilt sie trotz Abwehrklausel!



## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (3/7)

### 4. Überraschende Klauseln, § 305c Abs. 1 BGB

Def.: Überraschend ist eine Klausel, die so ungewöhnlich ist, dass ein durchschnittlicher AN mit ihr nicht zu rechnen braucht.

Bsp.: Eine formularmäßige Gerichtsstandsvereinbarung, wenn der Gerichtsstand weder mit dem Erfüllungsort noch mit dem Geschäfts- oder Wohnsitz des Schuldners übereinstimmt (KG, BauR 2000, 1092).

Bsp.: Auch bei einem Einheitspreisvertrag ist die Auftragssumme limitiert (BGH, BauR 2005, 94).



## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (4/7)

### 5. Gesetzliche Auslegungsregeln

- a) Vorrang der Individualabrede, § 305 b BGB
- b) Unklarheitenregel, § 305c Abs. 2 BGB

### 6. Fehlende Einbeziehung der AGB

Sind die AGB ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden, gilt § 306 BGB.



## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (5/7)

### 7. Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB (Generalklausel)

#### a) Konkretisierungen in § 307 Abs. 2 BGB:

- Nr. 1: Widerspruch zu Grundgedanken der gesetzlichen Regelung
- Nr. 2: Wesentliche Rechte und Pflichten eingeschränkt

#### b) § 307 Abs. 1 BGB:

- unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners durch Missbrauch der einseitigen Vertragsgestaltung



## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (6/7)

### 8. Preis- und Leistungsvereinbarungen

- Solche Vereinbarungen sind von der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB ausgenommen.
- Gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gelten die §§ 307 bis 309 nur für Vertragsbedingungen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen.
- Anwendbar sind jedoch §§ 305 ff. BGB für sog. Umlageklauseln für Baustrom, Bauwasser oder Bauwesenversicherung.





## Einbeziehung der AGB in den Bauvertrag (7/7)

- Unterliegt die Leistungsbeschreibung der Inhaltskontrolle des § 307 BGB?  
→ Nein!
- Leistungsbeschreibungen regeln unmittelbar Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den dafür zu zahlenden Preis.
- Regelungen, die die Leistungspflicht des Verwenders einschränken, gehören nicht zur Leistungsbeschreibung.



## Rechtsfolge für den konkreten Vertrag, wenn eine Klausel gegen §§ 305 ff. BGB verstößt (1/2):

1. Die betr. Klausel entfällt in vollem Umfang als Vertragsbestandteil; keine „geltungserhaltende Reduktion“ auf einen noch zulässigen Regelungsgehalt.
2. Der Restvertrag bleibt wirksam, keine Gesamtnichtigkeit, § 306 Abs. 1 BGB; Ausnahme nach § 306 Abs. 3 BGB.



## Rechtsfolge für den konkreten Vertrag, wenn eine Klausel gegen §§ 305 ff. BGB verstößt (2/2):

3. Zur Lückenschließung tritt an die Stelle der Klausel das dispositive Gesetzesrecht, von dem der Verwender abweichen wollte, § 306 Abs. 2 BGB; ist die betr. Frage nicht im dispositiven Recht geregelt, greift die Rechtsprechung auf die ergänzende Vertragsauslegung nach dem „hypothetischen Parteiwillen“ zurück, §§ 133, 157 BGB.



## 2.

# AGB-widrige/wirksame VOB/B-Regelungen aus AN- und AG-Blickwinkel



## VOB/B = Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

### Rechtsnatur:

- Die VOB/B ist kein Gesetz, sie hat nach h.M. den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).
- Die VOB/B wird daher nur Vertragsbestandteil, wenn ihre Geltung im Vertrag wirksam einbezogen wurde.



## Einbeziehung der VOB/B als Ganzes (1/4)

### Einbezug der VOB/B:

- Der Einbezug der VOB/B erfolgt nach den allgemeinen AGB Regelungen
  - AGB unterliegen grundsätzlich der „normalen Inhaltskontrolle“ nach § 307 ff. BGB
- Achtung: Es besteht eine auf Unternehmensverträge begrenzte Privilegierung der VOB/B in **§ 310 Abs. 1 S. 3 BGB!**

Eine Einzelklauselkontrolle gemäß § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB findet nicht statt, wenn die VOB/B in den Vertrag „in der jeweils zum Vertragsschluss geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichung insgesamt einbezogen ist“



## Einbeziehung der VOB/B als Ganzes (2/4)

Einbezug der VOB/B hat also als Ganzes zu erfolgen!

Dies hat der BGH schon 2004 für das alte AGB-Recht entschieden.

BGH Urteil vom 22.01.2004 - VII ZR 419/02, NZBau 2004, 267:

- *Jegliche Abweichung/ Änderung der VOB/B unabhängig von ihrem Gewicht zu Lasten des Verwendungsgegners führt zu einem Verlust der Privilegierung.*
- Die VOB/B ist dann nicht mehr „insgesamt“ einbezogen.
- Eine Änderung der VOB/B kann auch durch BVB oder ZVB erfolgen.

(Kapellmann/Messerschmidt-von Rintelen, VOB-Kommentar, Teil A/B 5. Auflage, VOB/B, 3. Teil, Einleitung, V, Rn. 75 ff.)



## Einbeziehung der VOB/B als Ganzes (3/4)

In der Praxis ist es fast unmöglich, die VOB/B *als Ganzes* in den Vertrag mit aufzunehmen, wenn man auf Abweichungen zu seinen Gunsten nicht verzichten will.

**Ist die VOB/B nicht insgesamt einbezogen, kann eine AGB Prüfung für jede einzelne VOB/B-Klausel vorgenommen werden!**





## Einbeziehung der VOB/B als Ganzes (4/4)

### Exkurs- Spezielle Situation bei Verbraucherverträge:

- § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB fingiert, dass die VOB/B durch den Unternehmer gestellt wurde.
- Unternehmer hat zu beweisen, dass die VOB/B durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurde.
- Wird gegenüber einem Verbraucher die VOB/B verwendet, unterliegen ihre einzelnen Klauseln auch dann einer Inhaltskontrolle, wenn sie als Ganzes vereinbart wurden (BGH, Urteil vom 24.07.2008 - VII ZR 55/07, NZBau 2008, 640).



## AGB-widrige VOB/B-Regelungen (1/3)

### Verwendung durch Auftragnehmer

§ 12 Abs. 5 Abs. 1 und 2 VOB/B, wonach an bloßes Schweigen die Rechtsfolge der Abnahme geknüpft ist.

§ 13 Abs. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B, wonach die gesetzliche Verjährungsfrist von 5 Jahren auf 4 bzw. 2 oder sogar nur 1 Jahr verkürzt wird.

§ 15 Abs. 3 Satz 5 VOB/B, wonach die Nichtrückgabe der vom Auftragnehmer (AN) vorgelegten Stundenlohnzettel innerhalb von 6 Werktagen nach Zugang eine Anerkenntnisfiktion begründet.



## AGB-widrige VOB/B-Regelungen (2/3)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 2 Abs. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B (strittig), wonach selbst notwendige Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, nicht vergütet werden.

§ 6 Abs. 6 VOB/B, wonach der AN entgangenen Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Auftraggebers (AG) geltend machen kann.

§ 12 Abs. 4 VOB/B, wonach alle Abnahmeformen, die das BGB vorsieht, ausgeschlossen sind.



## AGB-widrige VOB/B-Regelungen (3/3)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 16 Abs. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B **alt**, wonach die Schlusszahlung erst zwei Monate nach Zugang der Schlussrechnung fällig wird und nicht 30 Tage gemäß § 284 Abs. 3 BGB.

§ 16 Abs. 3 Abs. 2 VOB/B, wonach bei vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung Nachforderungen ausgeschlossen sind.

§ 16 Abs. 6 Satz 1 VOB/B, wonach der Auftraggeber direkt an den Nachunternehmer zahlen kann.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (1/9)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 1 Abs. 3 VOB/B,

wonach der AG einseitig den Bauvertrag abändern kann, wenn dies auf eine Änderung des Bauentwurfs zurückzuführen ist.

§ 1 Abs. 4 VOB/B,

wonach der AN auch nicht vereinbarte Leistung auf Verlangen des AG mit auszuführen hat, wenn sie zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (2/9)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 2 Abs. 5 S. 1 VOB/B,

wonach zwischen AN und AG, bei vom AG angeordneten Änderungen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren ist.

§ 2 Abs. 6 Nr. 1, S. 2 VOB/B,

wonach dem AN für eine vom AG zusätzlich in Auftrag gegebene Leistung nur dann ein Vergütungsanspruch zusteht, wenn der AN dem AG diesen Anspruch ankündigt, bevor er mit der Ausführung der zusätzlichen Leistungen beginnt.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (3/9)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 2 Abs. 10 VOB/B,

wonach Stundenlohnarbeiten nur dann vergütet werden, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.

§ 4 Abs. 7, S. 3 VOB/B,

wonach der AG einen Auftrag schon vor der Abnahme entziehen kann, wenn der AN trotz einer angemessenen Frist und Androhung der Entziehung des Auftrages einen Mangel nicht fristgemäß beseitigt.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (4/9)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 4 Abs. 8 S. 1 und 2 VOB/B,

wonach dem AN (nur dann) das Recht zum Nachunternehmer-einsatz eingeräumt ist, wenn es sich um Ausführungen von Leistungen handelt, auf die sein Betrieb nicht eingerichtet ist

§ 13 Abs. 4,Nr. 1 VOB/B,

wonach die Verjährungsfrist für Mängelansprüche Gegenüber der gesetzlichen Regelung deutlich von 5 auf 4 Jahre verkürzt wird.





## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (5/9)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 16 Abs. 5, Nr. 3 VOB/B,

wonach der AG (so wie es auch im Gesetz geregelt ist) spätestens 30 Tage nach Zugang einer Rechnung in Verzug gerät, wenn der AN seine vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen erfüllt hat.

§ 17 Abs. 8, Nr. 2 VOB/B,

wonach der AG eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben hat, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf dieser einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückbehalten.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (6/9)

### Verwendung durch Auftraggeber

§ 18 Abs.1 VOB/B,

AG

wonach der Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Vertrag sich nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des zuständigen Stelle richtet, wenn nicht etwas anderweitiges vereinbart worden ist.

§ 18 Abs. 4 VOB/B,

Bauteilen

wonach die Vertragspartner bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Stoffen oder die materialtechnische Untersuchung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfstelle lassen können, deren Feststellungen verbindlich sind.

vornehmen

§ 18 Abs. 5 VOB/B,

wonach „Streitfälle“ den AN nicht dazu berechtigen, die Arbeiten einzustellen.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (7/9)

### Verwendung durch Auftragnehmer

§ 7 Abs. 1 VOB/B,

wonach der AG auch schon vor der Abnahme des Risiko der Beschädigung oder völligen Zerstörung der vom AN ausgeführten Leistungen infolge höherer Gewalt oder anderer von ihm nicht zu vertretender Umstände zu tragen hat.

§ 13 Abs. 7 Abs., Nr. 1-3 VOB/B,

wonach der AN für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers und der Gesundheit auch bei leichter Fahrlässigkeit haftet, während er bei von ihm verursachten Schäden an der baulichen Anlage unter bestimmten Umständen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu haften hat.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (8/9)

### Verwendung durch Auftragnehmer

§ 16 Abs. 1, Nr. 1 S. 1 VOB/B, wonach für den AN ein Anspruch auf Abschlagszahlung „in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen Leistung“ und zwar in „möglichst kurzen Zeitabständen“ besteht.

§ 16 Abs. 3, Nr. 1 VOB/B, wonach die Fälligkeit der Schlusszahlung (damit auch der Beginn der Verjährungsfrist) für den Vergütungsanspruch von der vorherigen Stellung der Abschlussrechnung durch den AN abhängt.



## AGB-rechtmäßige/wirksame VOB/B-Regelungen (9/9)

### Verwendung durch Auftragnehmer

§ 18 Abs. 4 VOB/B,

wonach die Vertragspartner bei Meinungsverschiedenheiten über die Eigenschaften von Stoffen oder Bauteilen die materialtechnische Untersuchung durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Materialprüfstelle vornehmen lassen kann, deren Feststellungen verbindlich sind.



### 3.

## **Grundsätzliche Beispiele zu unwirksamen Klauseln; besondere Beispiele aus der Rechtsprechung**



## Aushandeln von Vertragsklauseln

Die in Ziffern ... bis ... festgelegten Punkte wurden heute zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt und endgültig festgelegt.

→ Unwirksam

Die Vertragsunterlagen, insbesondere die Allgemeinen Bedingungen für Nachunternehmerverträge des Auftraggebers wurden im Einzelnen durchgesprochen.

Der Unterzeichner kann Textstellen, mit denen er nicht einverstanden ist, im Formulartext streichen.

→ Unwirksam

BGHZ 98, 28; BGH, NJW 87, 2011; Palandt-Grüneberg, § 305, Rn. 19;  
Werner/Pastor, Rn. 2154



## Unwirksame Klauseln des Bauvertrages: Schriftformklauseln

Vertragsänderungen, gleich welcher Art, werden nur in schriftlicher Bestätigung des Auftraggebers persönlich (nicht Architekt) rechtsverbindlich. Alle Vorbehalte des Auftragnehmers gelten nur beim Auftraggeber (nicht Architekt) als zugegangen. Im Vertrag ist unter „Auftraggeber“ immer der Auftraggeber persönlich und nicht der Architekt gemeint.

→ Unwirksam

LG Frankfurt, Urteil vom 14.11.1991, Az. 2/13 O 328/89 (IBR 1994, 55)





## Beauftragungs-, Bestell-, Ankündigungs- und Schriftformklauseln

Sollten sich während der Bauausführung zusätzliche Arbeiten ergeben, so ist der AN gehalten, hierüber vor Ausführung der Arbeiten eine schriftliche Preisvereinbarung herbeizuführen, anderenfalls besteht kein Anspruch.

→ Unwirksam

### **Oder:**

Werden Arbeiten auf Grund von Nachtragsangeboten vom AG ohne schriftliche Beauftragung ausgeführt, so entspricht dies einem Verzicht auf Entschädigung.

→ Unwirksam



## Beauftragungs-, Bestell-, Ankündigungs- und Schriftformklauseln

### **Oder:**

Mehrleistungen, die nicht schriftlich bestellt werden, werden nicht vergütet.

→ Unwirksam

### **Oder:**

Mehrleistungen werden nur vergütet, wenn sie schriftlich bestellt werden.

→ Unwirksam



## Exkurs/Vertiefung: Schriftformerfordernis (1/2)

Es ist nach den Phasen der Nachtragsbearbeitung zu differenzieren:

- Schriftformerfordernis für *Anordnungen des AG*?
  - Nach BGH wirksam, aber bei mündlicher Anordnung eines Bevollmächtigten wohl Verzicht auf Schriftformklausel
- Schriftformerfordernis für die *Zustimmung zum Vergütungsanspruch*?
  - Nach BGH unwirksam (BGH, Urteil vom 14.10.2004 - VII ZR 190/03, BauR 2005, 94)
- Schriftformerfordernis für das *Vergütungsangebot (= Preisangebot)*?
  - Streitig, wenn der Vergütungsanspruch hiervon abhängig gemacht wird – bei Anordnung der Arbeiten ohne ein entsprechendes Angebot aber wohl Verzicht des AG auf die Schriftform.



## Exkurs: Schriftformerfordernis (2/2)

### OLG Koblenz 01.07.2009 – 1 U 1535/08:

- Im Zuge der Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten macht der AN dem AG ein Nachtragsangebot und führt auf der Grundlage dieses Angebots Leistungen aus.
  - Der AG verweigert die Vergütung für diese Leistungen mit dem Argument, dass nach seinen AGB die Nachtragsleistung und die damit zusammenhängenden Arbeiten erst nach Vorlage eines schriftlichen Auftrags ausgeführt werden dürfen und die eine Vergütung für ohne eine schriftliche Beauftragung durchgeführte Nachtragsleistungen ausschließe.
- Eine solche Klausel stellt eine unangemessene Benachteiligung für den Unternehmer dar und ist daher unwirksam!



## Ankündigungserfordernis aus § 2 Abs. 6 VOB/B – wirksam

§ 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B ist - für den Fall, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist - nicht wegen eines Verstoßes gegen §§ 305 ff BGB unwirksam, denn die Versäumung der Ankündigung hat nur dann einen Anspruchsverlust des Auftragnehmers zur Folge, wenn und soweit die Ankündigung berechtigten Schutzinteressen des Auftraggebers dient und ihre Versäumung unentschuldigt ist.

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.11.2014 - 22 U 37/14)



## Praxisbeispiel: Bestellschein der DB

Vergütung nur nach Vorlage eines (vom AG erstellten)  
Bestellscheins

➔ Klauseln sind unwirksam, LG Frankfurt/Main, BauR 2008, 842, 843 f.

➔ Liegen die Voraussetzungen von § 2 Abs. 5, 6 VOB/B vor, kann der Vergütungsanspruch durch AGB nicht mehr gehindert werden.



## Anspruch auf Abschlagszahlung BGH, Beschluss vom 24.05.2012 (1/2)

- AN stellt Abschlagsrechnungen über zusätzliche erbrachte Leistungen
- Prüfungsverfahren des AG nimmt erhebliche Zeit in Anspruch
- AG begleicht Forderungen nach Abschluss des Prüfungsverfahrens
- AN beansprucht Zinsen gemäß § 16 Abs. 3 VOB/B



## Anspruch auf Abschlagszahlung BGH, Beschluss vom 24.05.2012 (2/2)

- Anspruch auf Vergütung entsteht mit Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts.
- Anspruch hängt nicht von Vereinbarung über Vergütung ab.
- Unterbleibt Einigung, so ist Vergütung nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B zu ermitteln.
- Aufgrund Anordnung erbrachte Leistung ist vertragsgemäße Leistung gemäß § 16 Nr. 1 VOB/B.





## Erklärungen des AN zum Vertragsinhalt

Mit der Abgabe des Angebotes übernimmt der Bieter die Gewähr dafür, dass das Angebot alles enthält, was zur Erstellung des Werkes gehört.

→ Bei einem EP-Vertrag: Unwirksam



## Abwehrklauseln

Für den Vertrag gelten ausschließlich unsere Allgemeinen Geschäftsbedingungen; andere Bedingungen werden nicht Vertragsinhalt, auch wenn wir ihnen nicht ausdrücklich widersprechen.

→ Wirksam



## Prüf-, Hinweis- und Bestätigungsklauseln

Bedenken gegen die Unterlagen (Pläne und Leistungsverzeichnis) hat der AN noch vor Vertragsschluss mitzuteilen. Nach Vertragsschluss mitgeteilte Bedenken, die ihre Grundlage in den übergebenen Unterlagen haben, berechtigen den AN nicht, andere Preise oder zusätzliche Leistungen für die bedenkenfreie Art der Ausführung in Rechnung zu stellen.

→ Unwirksam



## Festpreisklauseln

Die vereinbarten Einheits- und Pauschalpreise sind unabhängig von der Dauer der Arbeiten zu Festpreisen zu erbringen.

→ Unwirksam

### **Oder:**

Der Auftragnehmer ist an sein Angebot für die Dauer der Gesamtbauzeit, vom Tage des Eingangs bis zur Fertigstellung der gesamten Leistung, gebunden.

→ Unwirksam



## Exkurs: Komplettheitsklausel (1/4)

- Definition der Komplettheitsklausel:  
Vertragsbestimmung, die einer Partei – regelmäßig dem Auftragnehmer – das Kostenrisiko für Plan- und Detailänderungen sowie zusätzlich erforderlich werdende Arbeiten zuweist.
- Folgende Formulierungen kommen in Betracht:
  - „entsprechend den erforderlichen Abmessungen“
  - „je nach statischer Dimensionierung“
  - „je nach Erfordernis“.



## Exkurs: Komplettheitsklausel (2/4)

Bei einem Bauvertrag mit detaillierter LB ist eine Klausel unwirksam, die eine Mehrvergütung für im LV nicht enthaltene Leistungen ausschließen will.

*(OLG Celle BauR 2008, 100; OLG München BauR 1990, 776)*

### Argumente:

- Abwälzung von Planungsdefiziten auf AN
- Änderung des „Charakters“ des Vertrages



## Exkurs: Komplettheitsklausel (3/4)

Bei einem Bauvertrag mit globaler/komplexer Leistungsbeschreibung (und mit Übernahme der Planungsverpflichtung durch den AN) bestehen gegen Komplettheitsklauseln („schlüsselfertig“) keine Bedenken.

### Argumente:

- Vertragsinhalt wird nur „wiederholt“ und bestätigt.
- AN hat bei dieser Art der LB das Risiko der Komplettheit ohnehin übernommen.



## Exkurs: Komplettheitsklausel (4/4)

Aber Achtung: OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.05.2014 -  
23 U 162/13

1. Auch wenn die Leistung detailliert mit einem Leistungsverzeichnis beschrieben ist, kann der Leistungsumfang durch eine sog. Schlüsselfertigkeits-, Komplettheits- oder Vollständigkeitsklausel auf die Ausführung notwendiger, aber im Bauvertrag nicht ausdrücklich aufgeführter Leistungen erweitert werden.
2. Eine solche Klausel ist auch dann nicht unwirksam, wenn es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Denn sie regelt das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und unterliegt deshalb nicht der Inhaltskontrolle.





## Abnahmezeitpunkt

Die Abnahme der Werkleistung des Unternehmers erfolgt erst bei oder durch die Abnahme des Gesamtobjekts durch die Erwerber.

→ Unwirksam



## **Vertragsstrafenregelung am Beispiel: OLG Bamberg, Urteil vom 17.01.2011 - 4 U 185/10; BGH, Beschluss vom 22.08.2012 - VII ZR 58/11**

1. Eine Vertragsstrafenklausel ist auch dann eine Allgemeine Geschäftsbedingung, wenn der Verwender die im Formular zunächst offengelassene Höhe der Vertragsstrafe erst vor Vertragsschluss ausfüllt.
2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelte Vertragsstrafe muss sowohl hinsichtlich des Tagessatzes als auch hinsichtlich der Obergrenze angemessen begrenzt sein. Eine unangemessen hohe Vertragsstrafe führt zur Nichtigkeit der Vertragsklausel; eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt.
3. Der Auftragnehmer eines Bauvertrags wird unangemessen benachteiligt, wenn die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel eine Höchstgrenze von über 5% der Auftragssumme vorsieht. Aufgrund dessen ist eine Regelung, wonach der Auftragnehmer im Fall des Verzugs mit der Errichtung von zwei Anlagen jeweils 5% der Gesamtauftragssumme zu zahlen hat, unwirksam.



## Vertragsstrafenregelung am Beispiel: BGH, Beschluss vom 27.11.2013 - VII ZR 371/12

- Vertragsstrafen auf Zwischen- und Endtermine sind getrennt zu beurteilen!
- Wird in einer Vertragsstrafenklausel wegen der strafbewehrten Fristen auf eine weitere Klausel Bezug genommen, in der die Fertigstellungsfrist neben anderen Fristen gesondert aufgeführt ist, so liegt insoweit eine trennbare Regelung der Vertragsstrafe vor, die einer eigenständigen Inhaltskontrolle unterzogen werden kann (Bestätigung von BGH, Urteil vom 14.01.1999 - VII ZR 73/98, IBR 1999, 157).



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE





LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

**Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit !**



LEINEMANN PARTNER  
RECHTSANWÄLTE

**Jarl-Hendrik Kues, LL.M.**

Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Eschersheimer Landstraße 6, 60322 Frankfurt/M.  
T +49 (0)69 - 74 09 38 - 73  
F +49 (0)69 - 74 09 38 - 74  
hendrik.kues@leinemann-partner.de

Berlin · Düsseldorf · Frankfurt · Hamburg · Köln · München