

# **Probleme bei der Verwendung von Formularverträgen im Baurecht**

Rechtsanwalt Martin Alter

## Gliederung:

1. Bedeutung der Formularverträge im Bauvertragsrecht
2. Rechtsprechung zum Vorliegen von Formularverträgen
3. Klauselkontrolle bei Formularbauverträgen
4. Problematische Klauseln in Bauverträgen

## Arten von Werkverträgen mit Bezug zum Bau:

- Reparaturauftrag
- Bauvertrag nach BGB
- VOB/B-Bauvertrag
- Generalunternehmervertrag
- Subunternehmervertrag
- Architektenvertrag
- Bauträgervertrag

## Beispiel Vertragsgrundlagenvereinbarung:

Ergänzend zu diesem Vertrag sind außerdem Vertragsbestandteil die nachfolgend näher bezeichneten Anlagen zu diesem Vertrag:

- Baubesprechungsprotokoll vom ...
- Leistungsverzeichnis vom ...
- Angebotsschreiben vom ...
- Bauzeichnungen vom ...
- Besondere Vertragsbedingungen
- Zusätzliche Vertragsbedingungen für Bauleistungen
- Zahlungsplan
- VOB/B in der aktuellen Fassung

## § 1 VOB/B (Art und Umfang der Leistung)

1. Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Als Bestandteil des Vertrags gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen.
2. Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander:
  - a) die Leistungsbeschreibung,
  - b) die Besonderen Vertragsbedingungen,
  - c) etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen,
  - d) etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen,
  - e) die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen,
  - f) die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen.

## **Einsatzbereich der VOB/B beim Abschluss von Bauverträgen:**

- Entwickelt für die Bedürfnisse des Bauhauptgewerbes
- Häufig auch in Reparaturaufträgen einbezogen (...Ausführung nach VOB/B.. In Fußzeile des Angebots)
- umfangreiche Regelungen zum Bauvertrag mit erheblichen Abweichungen zum BGB
- Sollte nur vereinbart werden, wenn Kenntnisse bei Auftraggeber von den Regelungen der VOB/B vorhanden sind oder Bauleitung durch Planer erfolgt.
- Regelungen sind ergänzungsbedürftig (z.B. Sicherheitsleistung)

## Wann liegt ein Formularvertrag vor?

Formularvertrag ist ein weitestgehend vorgefertigter Vertragstext mit Auslassungen, die ergänzt werden müssen.

Grundsätzlich gilt beim Vertragsschluss die Privatautonomie. Der Vertragsinhalt ist frei verhandelbar.

Einschränkungen bestehen aber bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Fallen Formularverträge unter den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen?

## Allgemeine Geschäftsbedingungen sind:

- alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen
- Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (der Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt

Dabei ist unerheblich,

- ob die Bestimmung einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden
- welchen Umfang sie haben
- in welcher Schriftart sie verfasst sind
- welche Form der Vertrag hat.

## § 305 BGB

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

## Rechtsnatur der VOB/B

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B:  
Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von  
Bauleistungen

erlassen durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss  
für Bauleistungen (DVA) => Gremium von Vertretern der  
Auftraggeber und Auftragnehmerseite

- es handelt sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Keine Inhaltskontrolle wenn Vereinbarung als Ganzes

## **Vorformuliert:**

- Unselbständige Einfügungen
- EDV-Textbausteine
- Im Kopf des Verwenders
- Mustertextbuch

## **Für eine Vielzahl von Fällen:**

- Mehr als 2 mal
- „Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind.“  
BGH NJW 1992, 2160

## Vom Verwender gestellt:

- Einführung in den Vertrag von einer Seite
- liegt nicht vor wenn Einbeziehung von beiden Seiten unabhängig voneinander ausdrücklich verlangt

## Nicht ausgehandelt:

Nach der Rechtsprechung erfordert Aushandeln mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen "gesetzesfremden Kerngehalt", also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.

## Einbeziehung von AGB in den Vertrag:

- 2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss
1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist und
  2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,
- und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

## Einbeziehung der VOB/B durch Verweis:

Der bloße Hinweis im Vertrag auf die Regelungen der VOB/B reicht gegenüber einem Auftraggeber, der keine Kenntnis von dem Regelwerk hat, für deren wirksame Einbeziehung auch dann nicht aus, wenn dieser von einem Architekten beraten wird.

*OLG Brandenburg, Urteil vom 06.03.2008 - 12 U 45/06*

## Mehrdeutige und überraschende Klauseln:

### § 305c BGB

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

## Transparenzgebot

Das Transparenzgebot verlangt nicht nur, dass eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus sich heraus klar und verständlich ist. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hält einer Inhaltskontrolle auch dann nicht Stand, wenn sie an verschiedenen Stellen in den Bedingungen niedergelegt ist, die nur schwer miteinander in Zusammenhang zu bringen sind oder wenn der Regelungsgehalt durch die Verteilung auf mehrere Stellen verdunkelt wird.

*BGH, Urteil vom 23.02.2005, IV ZR 273/03*

## Inhaltskontrolle nach § 307 BGB ff.:

- 1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- 2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
  1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
  2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

## Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle:

- Prinzipiell alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- außer VOB/B wenn als Ganzes vereinbart

Besondere Kontrolle nach §§ 308 und 309 BGB:

308 – Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

309 – Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Nicht anwendbar gemäß § 310 I BGB bei Verträgen mit  
Unternehmern

## „VOB/B als Ganzes“:

„Die VOB/B ist nur dann einer Inhaltskontrolle nach dem hier geltenden Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen entzogen, wenn sie als Ganzes vereinbart worden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat. Die Inhaltskontrolle ist auch dann eröffnet, wenn nur geringfügige inhaltliche Abweichungen von der VOB/B vorliegen.“

BGH Urteil vom 10.05.2007, AZ: VII ZR 226/05

## **problematische VOB-Klauseln bei Verwendung durch AG :**

- § 1 Nr. 3 VOB/B: Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers;
- § 2 Nr. 10 VOB/B: Danach werden Stundenlohnarbeiten nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.
- § 8 Nr. 2 VOB/B: Ob das insolvenzbedingte Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers in allen seinen Alternativen wirksam ist, ist sehr fraglich
- § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B, sog. Quasi-Unterbrechung
- § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B: Zweimonatige Fälligkeitsfrist der Schlusszahlung
- § 16 Nr. 3 Abs. 2 - 5 VOB/B: Der Verlust nicht vorbehaltenen Schlusszahlungsansprüche ist unwirksam

## Vertragsstrafenregelung:

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel in einem Bauvertrag benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, wenn sie eine Höchstgrenze von über 5 % der Auftragssumme vorsieht

*BGH, Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 210/01*

Die Unwirksamkeit ergibt sich unabhängig davon, ob eine Höchstgrenze für die gesamte Vertragsstrafe festgelegt ist, weil bei nur geringfügiger Überschreitung mehrerer Zwischentermine die gesamte Vertragsstrafe verwirkt sein kann, unabhängig davon, ob der Endtermin eingehalten wird.

*OLG Hamm, Urteil vom 10.02.2000 - 21 U 85/98*

## Vertragsstrafenregelung II:

Die Bestimmung in AGB, dass eine Vertragsstrafe schon bei bloßer Verspätung oder Überschreitung der Ausführungsfrist fällig wird, verstößt gegen §§ 11 Nr. 4 und 9 AGBG, und zwar auch dann, wenn der Vertragspartner des Verwenders Kaufmann ist.

*OLG Bamberg, Urteil vom 19.04.1989 – 3 U 124/88*

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die im Anschluss an die Vereinbarung einer kalendermäßig bestimmten Fertigstellungsfrist folgende Regelung enthält:

"Die Frist gilt als verbindlich und verlängert sich auch nicht durch witterungsbedingte Beeinträchtigungen."

ist wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

*BGH, Urteil vom 06.12.2007 - VII ZR 28/07*

## **Vereinbarung zur Sicherheitsleistung:**

Formularmäßige Vereinbarung eines Sicherheitseinbehalts ohne Ausgleich; Ablösung durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern

Die Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, wonach der Besteller nach Abnahme des Bauwerks 5 % der Auftragssumme für die Dauer der fünfjährigen Gewährleistungsfrist als Sicherheit einbehalten darf, benachteiligt den Unternehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen; sie ist unwirksam, wenn ihm kein angemessener Ausgleich dafür zugestanden wird.

Das dem Unternehmer eingeräumte Recht, den Einbehalt durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen, ist kein angemessener Ausgleich in diesem Sinn.

*BGH, Urteil vom 05.06.1997 - VII ZR 324/95*

## Vereinbarung zur Sicherheitsleistung II:

Die Vereinbarung eines Verzichts des Bürgen auf die Rechte des § 768 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen führt wegen der damit verbundenen Aushebelung des Akzessorietätsprinzips zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bürgen und ist daher nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam.

*OLG Frankfurt, Urteil vom 25.03.2008 – 10 U 147/07*

## Haftungsbeschränkung:

Eine umfassende Freizeichnung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der die Haftung des Klauselverwenders auch für Körper- und Gesundheitsschäden (§ 309 Nr. 7 Buchst. a BGB) und für sonstige Schäden auch bei grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 Buchst. b BGB) ausgeschlossen ist, ist nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern ebenso im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders unwirksam.

*BGH, Versäumnisurteil vom 19. September 2007 - VIII ZR 141/06*