

2. Kapitel

Der Bauvertrag

Im Allgemeinen verpflichtet sich der Auftragnehmer eines Bauvertrages zur Herstellung des versprochenen Bauwerks und der Auftraggeber zur Bezahlung der vereinbarten Vergütung. 74

A. Werkvertrag, Kaufvertrag, Dienstvertrag

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt den Parteien Freiheit in der Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen und stellt nicht eine bestimmte, abschließende Anzahl von Vertragstypen zur Verfügung; es besteht kein Typenzwang. Das folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Für besonders wichtige und häufig vorkommende Verträge sieht es aber spezielle Gruppen von Rechtsnormen vor und bezeichnet sie mit Namen. Dazu gehören die in baurechtlicher Hinsicht im weiteren Sinne interessanten Verträge Kauf (§§ 433 ff. BGB), Miete (§§ 535 ff. BGB), Darlehen (§§ 607–609 BGB), Dienstvertrag (§§ 611–630 BGB), Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB), Maklervertrag (§§ 652–656 BGB), Verträge über die Gesellschaft (§§ 705–740 BGB) und Bürgschaftsverträge (§§ 765–778 BGB). 75

Der Bauvertrag ist dem gesetzlichen Vertragstyp des **Werkvertrages** (§§ 631 ff. BGB) zuzuordnen, da die Herstellung eines körperlichen Arbeitsergebnisses geschuldet wird. 76

I. Abgrenzung zum Kaufrecht, „Werklieferungsvertrag“

Vom **Kaufrecht** wird der Werkvertrag dadurch abgegrenzt, dass bei ersterem der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer das Eigentum an einer bestimmten Sache zu verschaffen. 77

Kaufrecht ist auch anzuwenden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat (§ 651 Satz 1 BGB). 78

Im Zuge der Anpassung des Werkvertragsrechtes an das Kaufrecht durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde zum 1.1.2002 die Regelung zum Werklieferungsvertrag in § 651 BGB neu gefasst.⁷⁵ Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden **beweglichen** Sachen um **nicht vertretbare Sachen** handelt, sind die in § 651 BGB genannten Regeln des Werkvertragsrechts anzuwenden. 79

75 Siehe Palandt/Sprau § 651 Rn. 1 ff.

- 80 Durch diese Regelung ergibt sich ein Sonderproblem beim Bauträgervertrag. Da sich § 651 BGB n.F. nur noch auf **bewegliche** Sachen bezieht, gilt für unbewegliche Sachen in vollem Umfang das Werkvertragsrecht des BGB.⁷⁶ Bei Bauträgerverträgen, die die Errichtung eines Gebäudes zum Gegenstand haben, greifen damit auch die Regelungen der §§ 647–648a BGB zur Bauhandwerkersicherungshypothek⁷⁷ und der Bauhandwerkersicherung.⁷⁸ Nach der alten Gesetzeslage waren jedoch in § 651 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. auch im Rahmen der Anwendung des Werkvertragsrechtes die Regelungen der §§ 647–648a BGB ausgenommen. Da nunmehr auf Bauträgerverträge unmittelbar Werkvertragsrecht anzuwenden ist, greifen zugunsten der Bauträger grundsätzlich auch die Regelungen der §§ 648, 648a BGB.⁷⁹
- 81 Die Anwendung des Kaufrechts ist auf noch herzustellende bewegliche Sachen beschränkt, so dass auf die Herstellung von Bauwerken, auf reine Reparaturarbeiten und auf die Herstellung nicht körperlicher Werke Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Wie oben ausgeführt, hängt bei beweglichen Sachen die Anwendung von Kauf- oder Werkvertragsrecht davon ab, ob es sich um „vertretbare“ oder „unvertretbare“ handelt:
- 82 „**Sachen**“ sind körperliche Gegenstände (§ 90 BGB). Sie sind „beweglich“, wenn sie weder Grundstücke sind noch Grundstücken gleichgestellt sind noch Grundstücksbestandteile sind. Dabei werden nur vorübergehend mit Grund und Boden verbundene Sachen als „bewegliche“ behandelt (§ 95 BGB).
- 83 „**Vertretbar**“ sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (§ 91 BGB). „**Unvertretbar**“ sind Sachen, wenn sie eigens auf die Wünsche des Auftraggebers bezogen hergestellt oder erzeugt werden und deshalb für den Auftragnehmer anderweitig schwer oder gar nicht absetzbar sind.
- 84 § 651 BGB hat für die Baupraxis eine große Bedeutung. Für die Herstellung oder Erzeugung von Bauwerksteilen, die noch nicht in das Bauwerk eingebaut sind, also noch „bewegliche Sachen“ sind, weil sie noch keine feste Verbindung mit Grund und Boden oder dem Gebäude haben bzw. in das Bauwerk noch nicht eingefügt sind (§ 94 Abs. 1 und 2 BGB) oder nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt sind (§ 95 BGB), ist hinsichtlich der Anwendung von Kauf- oder Werkvertragsrecht zu unterscheiden. Wenn die Sachen zudem **vertretbar** sind, etwa nach Normmaßen hergestellt werden, ist **vor dem Einbau ausschließlich Kaufrecht** anzuwenden.
- 85 Sind die Sachen speziell für die Erfordernisse des Bauvorhabens (etwa von Normmaßen abweichend) hergestellt, sind sie „unvertretbare“. Das sind etwa individuell angefertigte Fassadenverkleidungen, eigens für das Bauvorhaben entwickelte Farben oder auch eine auf die Auftraggeberwünsche speziell zugeschnittene Einbauküche. Der Auftraggeber kann dann die Mängelansprüche nach Kaufrecht geltend machen, die durch die in § 651 Satz 3 BGB genannten werkvertraglichen Rechte ergänzt werden.
- 86 Hilfsbauwerke und Baubehelfe, die nur zu einem vorübergehenden Zweck während der Bauwerkserrichtung hergestellt werden, aber nicht Bestandteil von Grund und Boden des Baugrundstücks werden, weil sie nur zu einem vorübergehenden Zweck mit ihm ver-

76 Dauner-Lieb § 651 Rn. 10.

77 Siehe 11. Kap. B. I, Rn. 1159 ff.

78 Siehe 11. Kap. B. II, Rn. 1169 ff.

79 Frankfurter Handbuch zum neuen Schuldrecht, III. Rn. 55.

bunden wurden, die aber auch nicht Bauwerke werden, sind zwar unvertretbare bewegliche Sachen. Werkvertragsrecht ist auf sie aber anzuwenden, weil sie unmittelbar dem Baufortschritt angepasst werden bzw. diesen erst ermöglichen und an der Baustelle als Werkleistung erbracht werden – sie werden also nicht „geliefert“ i.S.d. § 651 BGB.⁸⁰

II. Unterschiede Kaufrecht – Werkvertragsrecht

Zwar hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz seit 1.1.2002 Kauf- und Werkvertragsrecht einander angeglichen. Als **Unterschiede** bleiben jedoch u.a.: **87**

- Im Kaufvertragsrecht hat der Auftraggeber (§ 439 Abs. 1 BGB), im Werkvertragsrecht der Auftragnehmer (§ 635 Abs.1 BGB) das Wahlrecht, ob der Auftragnehmer eine mangelhafte Sache nachbessern oder eine neue Sache liefern muss. Entsprechend kann ein Verkäufer keine bestimmte Art der Nacherfüllung verlangen (wenn sich der Käufer an die durch § 439 Abs. 3 BGB gesetzten Grenzen hält).
- Ein Selbstvornahmerecht hat der Käufer beim Kaufvertrag nicht. Deshalb kann er auch nicht Einbehalte mindestens in Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten der Mängelbeseitigung vornehmen, sondern über § 320 Abs. 1 BGB ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Dieses bezieht sich in der Regel auf den vollen Kaufpreis (Ausnahme § 320 Abs. 2 BGB).
- Der Käufer hat kein freies gesetzliches Kündigungsrecht (so aber der Auftraggeber des Werkvertrages nach § 649 BGB).

III. Abgrenzung zum Dienstvertrag

Vom **Dienstvertrag** wird der Werkvertrag so abgegrenzt, dass der Auftragnehmer bei Letzterem einen bestimmten Erfolg schuldet (etwa die Errichtung eines Gebäudes, eine ausführungsfähige Planung), wobei Erfolg jedes festgelegte Arbeitsergebnis ist.⁸¹ Schuldet der Auftragnehmer allerdings nur ein bloßes Tätigwerden, aber keinen Erfolg, liegt ein reiner Dienstvertrag vor. Bei Bauverträgen über Leistungen gelangt man zur Anwendung des Werkvertragsrechts. **88**

Schwieriger ist die Abgrenzung bei Architekten-, Ingenieur- oder Projektsteuerungsverträgen, bei denen im Einzelfall zu prüfen ist, was der Auftragnehmer schuldet (eine „Bemühung“ oder einen „Erfolg“). Oft wird für Verträge, nach denen nur die Bauüberwachung (Leistungsphase 8, § 15 HOAI) geschuldet ist, Dienstvertragsrecht angewandt. **89**

⁸⁰ Englert in *Wirth/Sienz/Englert* § 651 Rn. 11–13.

⁸¹ *Palandt/Heinrichs* vor § 631 Rn. 1.

B. Vertragsfreiheit

- 90 Die **Vertragsfreiheit** ist die Freiheit des Einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Verträge eigenverantwortlich zu gestalten; sie ist die Hauptidee der Privatautonomie und gehört zu den überkommenen grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung; als Teil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist sie im Rahmen der Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung verfassungsrechtlich gewährleistet.⁸² Aus ihr folgen die Grundsätze der Abschluss-, Gestaltungs- und Formfreiheit:

I. Abschlussfreiheit und Abschlussverbote

- 91 Aus der **Abschlussfreiheit** folgt für jedermann das Recht, sich frei zu entscheiden, ob er einen Vertrag abschließen will oder nicht. Wem ein Vertragsangebot zugeht, kann dieses annehmen und damit den Vertrag zustande bringen – er muss aber nicht.⁸³
- 92 Eine **Verpflichtung zum Vertragsabschluss** kann für einen Auftraggeber bestehen, der zur Anwendung der Vergabevorschriften der VOB/A verpflichtet ist und im Rahmen dieses Verfahrens dem Bieter mit dem annehmbarsten Angebot den Zuschlag erteilen muss, wenn nicht ein zur Aufhebung des Verfahrens berechtigender Grund vorliegt (§ 26 VOB/A) und er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will. Zum Vertragsabschluss verpflichtet ist auch ein Auftragnehmer eines VOB/B-Bauvertrages, wenn der Auftraggeber Änderungen des Bauentwurfes anordnet oder nicht vereinbarte Leistungen verlangt, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden und auf die der Betrieb des Auftragnehmers eingerichtet ist (§ 1 Nr. 3 und § 1 Nr. 4 Satz 1 VOB/B).
- 93 Eingeschränkt wird die Abschlussfreiheit außer durch Abschlusszwänge auch durch **Abschlussverbote**. Gemäß § 134 BGB sind etwa Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Gebot verstoßen, nichtig. Für Bauverträge sind hier vor allem das Schwarzarbeitsgesetz und das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz von Bedeutung:
- 94 Ein Verstoß gegen das **Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit** führt nur zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB, wenn sowohl der Auftragnehmer als auch der Auftraggeber den Verstoß verschuldet haben. Der Auftraggeber muss den Verstoß des Auftragnehmers gegen das Schwarzarbeitsgesetz kennen und bewusst zu seinem Vorteil ausnutzen.⁸⁴ Dann steht dem Auftragnehmer kein vertraglicher Vergütungsanspruch zu;⁸⁵ es kommen Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht.⁸⁶ Dem Auftraggeber stehen auch bei mangelhaften Arbeiten grundsätzlich keine Mängelansprüche zu.⁸⁷ Beim etwaigen Bereicherungsanspruch des Auftragnehmers ist dies mit einem Abschlag zu bewerten.⁸⁸ Wirksam ist der Vertrag aber, wenn nur der Auftragnehmer ge-

82 BVerfG 8, 328; BVerfG 12, 347.

83 BGH BauR 2001, 623.

84 BGH BauR 1985, 197; BGHZ 88, 240.

85 OLG Köln NJW-RR 1990, 251.

86 BGH NJW 1990, 2542.

87 OLG Düsseldorf BauR 1986, 733 L.

88 BGH NJW 1990, 2542; OLG Düsseldorf BauR 1993, 487; BGHZ 36, 232.

gen das Schwarzarbeitsgesetz verstößt und der Auftraggeber von dem Gesetzesverstoß keine Kenntnis hat.⁸⁹

Nichtig sind auch Verträge, die auf eine unzulässige gewerbliche **Arbeitnehmerüberlassung** gerichtet sind. Arbeitgeber, die Leiharbeiter an Dritte gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit eine Arbeitsvermittlung zu betreiben, bedürfen gem. Art. 1 § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) einer Erlaubnis. Wenn diese fehlt, sind sowohl die Verträge zwischen Entleiher und Verleiher als auch die zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern unwirksam (Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG). Es kommt aber – über § 10 Abs. 1 AÜG – ein Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und den Leiharbeitnehmern zustande – und zwar aufgrund dieser gesetzlichen Bestimmung ohne Abgabe von Willenserklärungen. **95**

Das **Fehlen einer Baugenehmigung** führt nur dann zu einer Nichtigkeit des Vertrages wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, wenn die Parteien im Vertrag übereinstimmend vereinbaren, dass trotz des Fehlens der als erforderlich erkannten Baugenehmigung gebaut werden soll.⁹⁰ **96**

II. Gestaltungsfreiheit

Die Vertragsparteien haben das Recht, den Inhalt des Vertrages beliebig auszugestalten. Sie sind in keiner Weise verpflichtet oder sonst gehalten, die im Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs angelegten Vertragstypen zu übernehmen. Treffen sie jedoch keine eigenen Bestimmungen, so gelten die für den Vertragstyp im Gesetz vorgesehenen. Im Werkvertragsrecht sind dies die §§ 631–651 BGB. **97**

Die Vertragsschließenden können außer auf die vom Gesetz vorgegebenen Typen auch auf andere vorformulierte Regelungen zurückgreifen, die Verbände, Interessengemeinschaften, öffentlich-rechtliche Körperschaften oder andere entworfen, veröffentlicht oder empfohlen haben. Zu diesen gehört auch die VOB/B; ferner gibt es etwa den Muster-Arbeitsgemeinschaftsvertrag, den Einheitsarchitektenvertrag, Wohnraummietverträge verschiedener Verbände u.a. **98**

Wie die Abschlussfreiheit kann auch die Gestaltungsfreiheit an **Grenzen** stoßen, etwa wenn die Vereinbarung gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt. An die Grenzen der zulässigen Gestaltung stoßen Architekten oder Ingenieure und Bauherren, die Honorare vereinbaren, die mit der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nicht vereinbar sind. In solchen Fällen ist nicht der gesamte Vertrag, sondern nur die Honorarvereinbarung unwirksam.⁹¹ Vergleichbares gilt bei Verstößen gegen die Baupreisverordnung; sie enthält Höchstpreisvorschriften für Bauleistungen bei öffentlichen und bei mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen. Ähnlich wie bei der HOAI tritt an die Stelle des preislich unzulässigen Preises der zulässige Preis (§ 632 Abs. 2 Alt. 1 BGB).⁹² **99**

⁸⁹ BGH NJW 1984, 1175, 1176.

⁹⁰ Staudinger-Sack § 134 Rn. 175; vgl. BGH NJW 1974, 1080; OLG Köln NJW 1961, 1023.

⁹¹ 12. Kap. E. I, Rn. 1283.

⁹² Werner/Pastor Rn. 1041.

- 100** Eingeschränkt wird die Gestaltungsfreiheit auch durch das Verbot der Architektenbindung (**Kopplungsverbot**) gem. § 3 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.1971. Unwirksam ist danach eine Vereinbarung, durch die der Erwerber eines Grundstücks sich im Zusammenhang mit diesem Erwerb verpflichtet, bei der Planung oder Ausführung eines Bauwerks auf dem Grundstück die Leistungen eines bestimmten Architekten oder Ingenieurs in Anspruch zu nehmen. Unwirksam ist bei Verstoß gegen das Kopplungsverbot nur der damit in engem Zusammenhang stehende Architekten- oder Ingenieurvertrag; der Vertrag über den Grundstückserwerb bleibt wirksam.
- 101** Auch die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im BGB schränken die Gestaltungsfreiheit ein. Verstößt eine AGB-Klausel gegen die §§ 307–309 BGB, ist sie unwirksam (§ 306 BGB).

III. Formfreiheit

- 102** Die **Formfreiheit** ist ebenfalls eine Ausprägung der Vertragsfreiheit. Formfreiheit bedeutet, dass Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte vorgenommen werden können, ohne dass bestimmte Formen einzuhalten sind. Verträge können mündlich, sogar konkludent (durch schlüssiges Verhalten) abgeschlossen werden. Dies hat den Vorteil der Schnelligkeit und Leichtigkeit, birgt aber die Gefahr der Übereilung und der schlechten Feststellung und Beweisbarkeit.
- 103** Ein **Formzwang** kann sich aus gesetzlichen Vorschriften oder einer Vereinbarung der Vertragsparteien ergeben. Gesetzliche Formvorgaben sind die **gesetzliche Schriftform**, zu deren Einhaltung eine Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensschrift oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet werden muss (§ 126 Abs. 1 BGB), die **notarielle Beurkundung**, deren Einzelheiten das Beurkundungsgesetz regelt (§ 128 BGB), und die **öffentliche Beglaubigung**, die eine schriftliche Abfassung der Erklärung und die durch einen Notar beglaubigte Unterschrift des Erklärenden fordert (§ 129 BGB).
- 104** Die gesetzliche Schriftform kann durch die **elektronische Form** ersetzt werden, bei der der Erklärende durch eine „Signatur“ nach dem Signaturgesetz ausgewiesen ist (§ 126a BGB). Die **Textform** verzichtet auf die Signatur, so dass eine E-Mail oder SMS für sie genügt (§ 126b BGB).
- 105** **Notarielle Beurkundung** ist gem. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB für den wirksamen Abschluss eines Bauvertrages erforderlich, wenn dieser mit einem Grundstücksübertragungsvertrag nach dem Willen der Parteien in einem solchen Zusammenhang steht, dass keiner der Verträge für sich alleine gelten soll, sondern sie miteinander stehen und fallen sollen. Der Formzwang des Grundstücksgeschäfts gilt dann für den gesamten Vertrag, also auch für den baurechtlichen Teil. Allerdings gilt der Formzwang für den Bauvertrag nur, wenn der **Grundstückskaufvertrag vom Bauvertrag abhängig** ist, nicht aber wenn umgekehrt der Bauvertrag vom Grundstückskaufvertrag abhängt.⁹³

⁹³ *BGH NJW* 2002, 2559; *BGH ZIP* 2000, 2033. Nach früherer Rechtsprechung mussten beide Verträge stets notariell beurkundet werden, wenn sie eine rechtliche Einheit bildeten und wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhingen, dass sie miteinander stehen und fallen sollten, *BGHZ* 78, 348.

Im Zweifelsfall sollte auch der Bauvertrag beurkundet werden, um nicht dessen Nichtigkeit zu riskieren. Hinweis

Ein typischer Fall für die Beurkundungspflicht ist der Bauträgervertrag, gleichermaßen das Mietkaufmodell, Bauherrenmodell und Ersterwerbermodell. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB ist auch bei der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks zu beachten; diese ist nur wirksam, wenn das Rechtsgeschäft, das der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegt, notariell beurkundet wird.⁹⁴ **106**

Schriftform ist vorgeschrieben für Honorarvereinbarungen in Architekten- und Ingenieurverträgen, wenn ein über die Mindestsätze der HOAI hinausgehendes oder diese (was nur ausnahmsweise zulässig ist) unterschreitendes Honorar vereinbart wird (§ 4 HOAI). **107**

Wenn der Vertrag der vorgeschriebenen **Form nicht entspricht**, ist er gem. § 125 BGB **nichtig**. Die bereits ausgetauschten Leistungen können dann nur noch nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) von der anderen Seite zurückverlangt werden. **108**

Die Parteien können auch rechtsgeschäftlich vereinbaren, dass für formfreie Rechtsgeschäfte eine bestimmte Form zu beachten ist. Wird die Schriftform rechtsgeschäftlich vereinbart (**gewillkürte Schriftform**), gilt gem. § 127 Satz 1 BGB die gesetzliche Schriftform (§ 126 Abs. 1 BGB) – es ist also eine eigenhändige Namensunterschrift oder ein notariell beglaubigtes Handzeichen erforderlich. Auch die Textform ist ausreichend (§ 127 Satz 1 BGB). Eine Übermittlung per E-Mail wahrt das Schriftformerfordernis, wenn der Empfänger der Erklärung (der Erklärungsgegner) mit einer E-Mail-Adresse im Geschäftsverkehr auftritt. **109**

Nach der Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB ist im Zweifel auch die rechtsgeschäftlich vereinbarte Form Wirksamkeitsvoraussetzung. Wird sie nicht gewahrt und haben die Parteien keine Regelung getroffen, dass das Rechtsgeschäft gleichwohl gelten soll, ist es im Zweifel nichtig. **110**

Allerdings kann die gewillkürte Schriftform ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln abbedungen werden. Änderungen und Ergänzungen in einem bereits geschlossenen Vertrag, die die rechtsgeschäftliche Form nicht wahren, führen deshalb nicht unbedingt zur Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarung. Entscheidend ist, dass die Vertragsparteien die Verbindlichkeit des abweichend von der vereinbarten Form mündlich Vereinbarten gewollt haben.⁹⁵ **111**

Ist eine **Schriftformklausel** in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages enthalten, ist ihre Wirksamkeit an den AGB-Regelungen im BGB zu messen. Gemäß §§ 305b, 307 BGB sind Schriftformklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie die Wirkung haben sollen, dass alle mündlichen Vereinbarungen ungültig sind; auf diese Weise wird nämlich der in § 305b BGB enthaltene Grundsatz des Vorrangs der Individualabrede gänzlich verdrängt.⁹⁶ **112**

94 *OLG Karlsruhe* NJW-RR 1986, 101.

95 *BGH* BauR 1997, 1036.

96 *BGH* NJW 1983, 1853 für den gleich lautenden § 4 AGBG.

- 113 Praktisch treten Schriftformklauseln häufig bei Regelungen über Nachträge auf und werden dort von Auftraggebern bisweilen mit dem Ziel eingesetzt, nicht schriftlich angekündigte oder vereinbarte zusätzliche oder geänderte Leistungen nicht zu vergüten.

Hinweis Wenn der Auftraggeber in einem Bauvertrag vereinbart, dass Zusatz- und Änderungsleistungen nur vorgenommen werden dürfen, wenn die schriftliche Zustimmung des Auftraggebers vorliegt, kann er sich auf diese Schriftform nicht berufen, wenn der Geschäftsführer des Auftraggebers sie selbst zu späterer Zeit mündlich anordnet.⁹⁷

C. Zustandekommen eines Bauvertrages

- 114 Ein Bauvertrag kommt nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts durch **übereinstimmende Willenserklärungen** zustande; die zeitlich erste Willenserklärung wird als **Angebot**, die zweite als **Annahme** bezeichnet.⁹⁸ Bei zur Anwendung der Vergabebestimmungen verpflichteten Auftraggebern ist das Verfahren des Vertragsschlusses formalisiert.⁹⁹

- 115 Ein **Schweigen** auf Erklärungen eines anderen ist keine Willenserklärung und entfaltet regelmäßig keine Rechtsfolgen.

Hinweis Aus dem Schweigen des Auftraggebers zu ihm übersandten Baubesprechungsprotokollen, in denen für bestimmte Leistungen Mehrpreise aufgeführt sind, kann kein Einverständnis mit den Mehrkosten und auch nicht die Vereinbarung entnommen werden, von einer vereinbarten Schriftformklausel abzuweichen.¹⁰⁰

- 116 Voraussetzung für das Wirksamwerden dieser Willenserklärung ist, dass sie dem anderen zugeht.

- 117 **Zugegangen** ist eine Erklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass er unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen.¹⁰¹ **Mündliche Erklärungen** müssen für den Empfänger hörbar sein und auch tatsächlich vernommen werden. Bei **schriftlichen Erklärungen** kommt es für den Zeitpunkt des Zugangs darauf an, ob eine sofortige Kenntnisnahme erwartet werden kann. Eine Erklärung, die außerhalb der üblichen Geschäftszeiten zugeht, entfaltet Zugangswirkungen erst am Anfang des nächsten Geschäftstages.

Beispiel

Geht eine schriftliche Erklärung, etwa ein Brief oder ein Telefax, an einem Freitag nach 17.00 Uhr beim Empfänger ein, gilt sie erst am darauf folgenden Montag als zugegangen.

97 *OLG Brandenburg* BauR 2001, 1915; dieses Urteil enthält daneben auch irreführende Feststellungen zu einer „Wesentlichkeit“ von Zusatzleistungen bei Pauschalverträgen (dagegen: *BGH* BauR 2000, 1754).

98 Zum Zustandekommen eines Bauvertrages siehe 2. Kap. B. II.

99 Zum Abschluss eines Bauvertrages nach den vergaberechtlichen Bestimmungen, insbesondere der VOB/A, siehe 2. Kap. D., Rn. 149 ff.

100 *KG* Urt. v. 30.4.1998 – 27 U 3646/97; *BGH* Beschluss vom 10.6.1999 – VII ZR 202/98 (Revision nicht angenommen).

101 *BGHZ* 67, 275.

I. Angebot und Annahme

Ein **Angebot** ist eine Willenserklärung, die darauf gerichtet ist, einen bestimmten Vertrag abzuschließen. Das Angebot muss so bestimmt und eindeutig sein, dass eine mögliche Annahme des Angebots die Einigung über den Inhalt des gesamten Vertrages ermöglicht – so dass der Annehmende nur noch „ja“ zu dem Angebot sagen muss. Unschädlich kann es sein, wenn das Angebot unvollständig ist, etwa Preisangaben fehlen; das Entgelt kann sich dann etwa aus einer entsprechenden gesetzlichen Regelung ergeben (für Architekten- und Ingenieurleistungen aus der HOAI) oder es gilt die „übliche Vergütung“ als vereinbart (§ 632 Abs. 2 BGB). **118**

Der Vertrag ist geschlossen, wenn der Empfänger des Angebots die **Annahme** erklärt und Angebot und Annahme übereinstimmen. Schon durch diese übereinstimmenden Willenserklärungen kommt der Vertrag zustande. Er ist nicht von einer nachfolgenden schriftlichen Fixierung abhängig, die lediglich deklaratorischen Charakter hat.¹⁰² **119**

In der Praxis kommt es oft vor, dass die „Annahme“ des Angebots unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen erfolgt. Hinweis

Eine solche Erklärung gilt nicht als Annahme, sondern als Ablehnung des Angebots – allerdings zugleich verbunden mit einem neuen Angebot (des scheinbar Annehmenden) an den Antragenden (§ 150 Abs. 2 BGB). Der ehemals Antragende kann dann frei entscheiden, ob er das neue Angebot annehmen will.

Nimmt der andere das Angebot nicht an, enden die Verhandlungen ohne Vertragsschluss. **120**

II. Die Bindung an das Angebot

Sobald das Angebot dem anderen zugegangen ist, ist der Anbietende daran gebunden, es sei denn, er hat die Bindung ausgeschlossen (etwa durch den Zusatz „freibleibend“). **121**

Bis zu seinem Zugang kann das Angebot – wie jede andere Willenserklärung – widerrufen werden (§ 130 BGB). **122**

Der Auftragnehmer stellt nach Absendung seines Angebotes an den Auftraggeber fest, dass er sich verkalkuliert hat und widerruft das Angebot. Wenn das Angebot dem Auftraggeber schon zugegangen ist, kann er es annehmen und der Vertrag ist geschlossen. Wenn das Angebot noch nicht zugegangen ist, erlischt es. **Beispiel**

Diese Bindung an das Angebot erlischt, wenn die Gegenseite es abgelehnt hat oder wenn sie das Angebot nicht gem. §§ 147–149 BGB rechtzeitig annimmt. Das einem Anwesenden gegenüber oder am Telefon erklärte Angebot kann gem. §§ 147, 148 BGB nur sofort angenommen werden. Ein Angebot, das gegenüber einem Abwesenden abgegeben wurde (zumeist schriftlich per Post oder Telefax) kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, zu dem der Anbietende die Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf – oder, wenn eine Frist zur Annahme gesetzt wurde, innerhalb dieser Frist. **123**

¹⁰² BGH BauR 1975, 274.

- 124 Abweichend von dem gesetzlichen Grundsatz, dass mündliche Angebote nur sofort, schriftliche innerhalb angemessener Frist anzunehmen sind (§ 147 BGB), sehen in der Baupraxis zahlreiche Angebote Bindungsfristen vor, innerhalb derer der Angebotsempfänger sich entscheiden kann, ob er das Angebot annimmt. **Bindefristen** sind häufig in „Ausschreibungsbedingungen“ oder sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Auftraggebern enthalten. Betragen sie mehr als 30 Kalendertage (§ 19 Nr. 2 VOB/A), bedarf dies einer besonderen Rechtfertigung,¹⁰³ sonst verstößt sie als unangemessen lange Bindefrist gegen § 307 BGB. Ohne weiteres zulässig ist es, wenn der Antragende von sich aus eine lange Annahmefrist gewährt oder im Zuge der Verhandlungen sich mit einer Verlängerung der Bindefrist einverstanden erklärt.
- 125 Im Zuge von Verhandlungen über den Auftrag können sich Änderungen des Angebots ergeben.

Hinweis Häufig dokumentieren die Verhandlungspartner solche und weitere Regelungsgegenstände in einem Verhandlungsprotokoll. Die Änderungen, Erweiterungen oder Einschränkungen des Verhandlungsprotokolls werden Gegenstand des Angebots, das dann nur noch in der so modifizierten Form angenommen werden kann.

- 126 Erfolgen mehrere Änderungen des Angebotes, gehen zeitlich spätere früheren im Regelfall vor. Gegebenenfalls sollten die Parteien im Vertrag Klarheit über die Geltungsreihenfolge verschiedener Angebotsfassungen schaffen.

III. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben

- 127 Wenn ein Vertrag nach mündlichen Verhandlungen durch Angebot und Annahme zustande gekommen ist oder ein schriftliches Angebot mündlich nachverhandelt wurde, empfiehlt es sich zu Klarheits- und Beweis Zwecken, die Vereinbarungen schriftlich zu bestätigen. Bisweilen regeln Bestätigungsschreiben auch Nebenpunkte, nehmen auf Geschäftsbedingungen Bezug oder enthalten Abweichungen von den tatsächlich getroffenen mündlichen Vereinbarungen.
- 128 Im Geschäftsverkehr zwischen Kaufleuten im Handelsverkehr gilt allerdings die **widerspruchslose Entgegennahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens**, das auf eine vorangehende mündliche Vereinbarung Bezug nimmt, diese Vereinbarung inhaltlich wiedergibt und innerhalb kurzer Frist nach der Verhandlung dem Empfänger zugeht, **als Einverständnis** mit dem Inhalt des Schreibens. Es kommt dann eine Einigung mit dem Inhalt des Schreibens zu Stande.¹⁰⁴
- 129 Um die Rechtswirkungen zu verhindern, muss der Empfänger des Bestätigungsschreibens innerhalb einer kurzen, dem Bedürfnis nach schnellem Handelsverkehr entsprechenden Frist gegenüber dem Absender widersprechen. Der **Widerspruch** ist nur dann **entbehrlich**, wenn der Absender des Bestätigungsschreibens die vorangegangenen Verhandlungen bewusst unrichtig oder entstellt wiedergegeben hat oder wenn eine Abweichung von dem mündlich Verhandelten vorliegt, bei der der Absender vernünftiger Weise nicht mit einer Zustimmung des Empfängers rechnen kann.

¹⁰³ BGH BauR 1992, 211; OLG Düsseldorf BauR 1999, 1288.

¹⁰⁴ OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 211.

Der Empfänger des Bestätigungsschreiben muss beweisen, dass der andere Teil bewusst etwas Falsches bestätigt hat oder die Bestätigung völlig vom Inhalt des Gesprächs abweicht. Da dieser Beweis schwer zu führen ist, sollte jedes Schreiben, das ein vorangegangenes Gespräch bestätigt, sorgfältig geprüft werden. Bei Abweichungen ist sofort – zu Beweis Zwecken am besten schriftlich – zu widersprechen. **Hinweis**

Neben diesem „echten“ (konstitutiven) kaufmännischen Bestätigungsschreiben, das vorangegangene Vertragsverhandlungen fixiert und ggf. in Einzelpunkten ergänzt, gibt es Bestätigungsschreiben, die ein Vertragsangebot schriftlich (scheinbar) annehmen, allerdings Abweichungen aufweisen, so dass sie gem. § 150 Abs. 2 BGB nicht als Annahme, sondern als neues Angebot gelten. Das Schweigen auf solche Schreiben gilt auch unter Kaufleuten nicht als Zustimmung. Da in besonderen Ausnahmefällen ein unterlassener Widerspruch als Zustimmung gewertet werden kann, sollte einem Bestätigungsschreiben, mit dem kein Einverständnis besteht, stets unverzüglich widersprochen werden. **130**

Die Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben begründen eine Abweichung von dem Grundsatz, dass Schweigen regelmäßig keine Rechtsfolgen hat, insbesondere keine Willenserklärung ist. Wenn ein Nichtkaufmann auf ein Bestätigungsschreiben nicht reagiert, gilt dies als Ablehnung, nicht als Einverständnis mit dem Inhalt des Schreibens. **131**

IV. Mindestinhalt eines Bauvertrages

Zum wirksamen Abschluss eines Vertrages gehört ein Mindestmaß an Inhalten, die einvernehmlich festgelegt wurden – die „essentialia negotii“. **132**

Beim Bauvertrag ist zumindest erforderlich, dass sich die Parteien über die wesentlichen Merkmale der Herstellungspflicht des Auftragnehmers, insbesondere über **Art, Umfang und Ort der Bauausführung** einigen.¹⁰⁵ **133**

Wenn eine Festlegung über die Vergütung nicht erfolgt ist, die Herstellung des Werkes aber den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist, gilt gem. § 632 Abs. 1 BGB die übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB) als stillschweigend vereinbart. Bei Architektenleistungen bestimmt sich das Honorar nach der HOAI, sofern diese in Leistungsbildern oder in anderen Bestimmungen Honorare für die Vergütung der betreffenden Leistungen enthält.¹⁰⁶ **134**

V. Handeln für einen anderen: Vertretung und Vollmacht

1. Voraussetzungen der Stellvertretung

Die Parteien eines Bauvertrages müssen nicht selbst handeln, um diesen abzuschließen. Willenserklärungen (z.B. Angebot und Annahme) können auch durch Vertreter abgegeben und entgegengenommen werden (Stellvertretung). **135**

¹⁰⁵ Kleine-Möller/Merl/Oelmaier § 6 Rn. 40.

¹⁰⁶ Siehe 12. Kap. D., Rn. 1282 ff.

- 136 Handelt es sich bei den Bauvertragsparteien um juristische Personen (z.B. GmbH, AG), sind sie ohnehin nur durch Vertreter rechtsgeschäftlich handlungsfähig (§ 13 GmbHG, § 78 AktG). Gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person können ebenso wie jede natürliche Person andere bevollmächtigen, für sie rechtsgeschäftlich zu handeln. Wenn die Vertretung (wie bei juristischen Personen oder bei Minderjährigen) auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften beruht, spricht man von **gesetzlicher Vertretung**, wenn die Vertretung zwar nicht gesetzlich erforderlich ist, aber zwischen den Personen durch Rechtsgeschäft vereinbart wird, spricht man von **gewillkürter Vertretung**.
- 137 Die **Vertretungsmacht** des Vertreters, der im Namen des Vertretenen handelt und Geschäfte abschließt, kann sich aus einem Rechtsgeschäft oder aus Gesetz ergeben. Die rechtsgeschäftliche Vollmacht kann schriftlich oder mündlich, widerruflich oder unwiderruflich erteilt werden. Eine bestimmte Form ist ausnahmsweise erforderlich, wenn das zu tätige Geschäft ebenfalls einer Form bedarf.¹⁰⁷
- 138 Eine wirksame Stellvertretung, die Rechtsfolgen für den Vertretenen auslöst, setzt voraus, dass
- der Vertreter Vertretungsmacht hat,
 - das Vertretungsverhältnis irgendwie zum Ausdruck gekommen ist (Offenheitsprinzip) und
 - der Vertreter im Namen des Vertretenen gehandelt hat, was nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht, sondern sich auch zweifelsfrei aus Umständen ergeben kann (§ 164 Abs. 1 BGB).
- 139 Neben der gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vollmacht gibt es noch eine zum Schutz des Rechtsverkehrs entwickelte Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

2. Duldungs- und Anscheinsvollmacht

- 140 **Duldungsvollmacht** wird angenommen, wenn ein nicht ausdrücklich bevollmächtigter Vertreter für einen Vertretenen auftritt, der Vertretene dieses Verhalten widerspruchsfrei hinnimmt und der Vertragspartner auf eine Bevollmächtigung vertraut. Man kann dann beim Vertretenen auch von einer konkludent erteilten Vollmacht sprechen.
- 141 Bei der **Anscheinsvollmacht** kennt der „scheinbar Vertretene“ das Verhalten des sich als Vertreter Gerierenden nicht, hätte es aber bei Anwendung der pflichtgemäßen Vorsicht kennen können. Auch in diesem Fall werden zum Schutz des Rechtsverkehrs eine Vollmacht und damit Vertretungswirkungen für den Vertretenen angenommen.¹⁰⁸
- 142 Sowohl bei der Duldungs-, wie auch bei der Anscheinsvollmacht ist erforderlich, dass der Vertragspartner auf eine Vollmacht vertraut hat und vertrauen durfte; wenn er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt den Mangel der Bevollmächtigung hätte erkennen können und müssen, treten keine Vertretungswirkungen ein.¹⁰⁹

107 Z.B. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, dazu oben 2. Kap. B. III., Rn. 102 ff.

108 Für die Anscheinsvollmacht ist dies streitig, jedoch überwiegende Meinung BGHZ 86, 275.

109 BGH NJW 1991, 2126; Palandt/Heinrichs § 173 Rn. 18.

3. Vertreter ohne Vertretungsmacht

Handelt ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht** oder legt er die Vertretung nicht offen und ist diese auch sonst nicht offenkundig, wirken seine Erklärungen nicht für und gegen den Vertretenen. Die von dem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte und Verträge sind dem Vertretenen gegenüber zunächst unwirksam (§§ 177, 178 BGB), werden allerdings wirksam, wenn der Vertretene das vollmachtlose Handeln des Vertreters nachträglich genehmigt. **143**

Wenn er die Genehmigung verweigert, haftet der vollmachtlose Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB. Wenn dem Geschäftsgegner der Mangel der Vollmacht nicht bekannt war und nicht bekannt sein musste (§ 179 Abs. 3 BGB), kann er nach § 179 Abs. 1 BGB vom vollmachtlosen Vertreter verlangen, entweder den Vertrag zu erfüllen oder Schadensersatz zu leisten. **144**

4. Architektenvollmacht

Architekten, Ingenieure oder Bauleiter sind im Regelfall nicht berechtigt, ihren Auftraggeber uneingeschränkt zu vertreten. Sie dürfen allerdings Weisungen oder Aufträge von untergeordneter Bedeutung erteilen. Sofern nicht Abweichendes ausdrücklich vereinbart wurde, kann die Erteilung der **Architektenvollmacht** auch konkludent erfolgen, indem der Auftraggeber dem Architekten die technische und geschäftliche Oberleitung sowie die Bauausführung überträgt und ihm damit zugleich in gewissem Umfang die Befugnis erteilt, ihn gegenüber Bauhandwerkern rechtsgeschäftlich zu vertreten. Gefährlich ist die Bezeichnung als „originäre Vollmacht“¹¹⁰ des Architekten,¹¹¹ denn es handelt sich lediglich um eine typisierte Auslegungsvorgabe im Sinne einer Mindestvollmacht. Der Umfang dieser Vollmacht bestimmt sich immer nach den **Umständen des Einzelfalls**, insbesondere nach dem Umfang der übertragenen Architektenleistung, dem Umfang des Gesamtprojekts sowie nach der Höhe eventueller Zusatzaufträge.¹¹² **145**

Von dieser „typisierten Vollmacht“ sind **nicht umfasst**: **146**

- Änderungen des Bauvertrages;¹¹³
- Anerkenntnis von Rechnungen des Auftragnehmers für den Auftraggeber (selbst wenn der Architekt mit der sachlichen und rechnerischen Prüfung der Rechnungen beauftragt ist);¹¹⁴
- Anerkenntnis von Stundenlohnzetteln;¹¹⁵
- rechtsgeschäftliche Abnahme der Werkleistung;¹¹⁶
- Entgegennahme eines Mehrvergütungsverlangens gem. § 2 Nr. 6 VOB/B oder Anerkennung ohne Auftrag ausgeführter Arbeiten (§ 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 VOB/B)¹¹⁷ – es sei denn, die Leistungen sind geringeren untergeordneten Umfangs;¹¹⁸

110 *Werner/Pastor* Rn. 1073.

111 *BGH* NJW 1960, 1859; *OLG Stuttgart* NJW 1996, 1461.

112 *Werner/Pastor* Rn. 1075.

113 *BGH* BauR 2002, 1536.

114 *OLG Stuttgart* BauR 1972, 317, *OLG Düsseldorf* BauR 1996, 740.

115 *BGH* BauR 1994, 760; a.A.: *Ingenstau/Korbion-Keldungs* § 15 Rn. 48.

116 *Werner/Pastor* Rn. 1077; *OLG Düsseldorf* BauR 1997, 647.

117 *OLG Stuttgart* BauR 1994, 789

118 *Werner/Pastor* Rn. 1077.

- Verschiebung von Fertigstellungsterminen.¹¹⁹

147 Erfasst sind von der „typisierten Vollmacht“ des Architekten im Allgemeinen folgende Handlungen:

- Durchführung einer Leistungszustandsfeststellung (§ 4 Nr. 10 VOB/B), „technische Abnahme“;¹²⁰
- Erklärung einer Mängelrüge und Aufforderung zur Mangelbeseitigung;¹²¹
- Entgegennahme von Stundenlohnzetteln;¹²²
- technische Genehmigung der Ausführungsunterlagen (u.a. Werk- oder Montagepläne) von Auftragnehmern;¹²³
- Entgegennahme von Bedenkenmitteilungen nach §§ 4 Nr. 3, 3 Nr. 3, 4 Nr. 1 Abs. 4 VOB/B – es sei denn, der Architekt will sich den berechtigten Einwendungen des Auftragnehmers verschließen oder es ist ein Fehler des Architekten betroffen.¹²⁴

148 Zumindest folgende Fälle sind **streitig**:

- Erteilung von Zusatzaufträgen an Sonderfachleute;¹²⁵
- Kleinere Zusatzaufträge, die zur ordnungsgemäßen Durchführung des Bauvorhabens erforderlich sind.¹²⁶

Hinweise Vereinfachend kann man zusammenfassen: „Die originäre Vollmacht endet dort, wo das Portmonee des Bauherrn beginnt.“

Wegen der Unsicherheiten im Zusammenhang mit der originären Architektenvollmacht sollte in Architektenverträgen darauf geachtet werden, Umfang und Grenzen der Architektenvollmacht ausdrücklich zu regeln.

Beispiel

Der Architekt hat keine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Vertretung des Auftraggebers. Finanzielle Verpflichtungen zu Lasten des Auftraggebers darf er nur eingehen, wenn dies zur Abwehr einer drohenden Gefahr zwingend erforderlich ist und wenn das Einverständnis des Auftraggebers nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.

D. Bauvertragsschluss nach VOB/A

149 Das Verfahren des Vertragsschlusses ist für Auftraggeber, die zur Anwendung der Vergaberechtsbestimmungen verpflichtet sind, besonders geregelt. Zwar kommt der Vertrag auch hier durch Angebot und Annahme zustande, wobei die Annahme Zuschlag heißt, jedoch ist das Verfahren besonderen Vorschriften unterworfen, die sicherstellen sollen, dass öffentliche Aufträge nach einem gesunden Wettbewerb mit leistungsfähigen Unternehmen zu angemessenen Preisen abgeschlossen werden.

¹¹⁹ BGH NJW 1978, 595.

¹²⁰ BGH NJW 1974, 898, 899.

¹²¹ BGH NJW 1973, 1457.

¹²² Werner/Pastor Rn. 1078.

¹²³ Werner/Pastor Rn. 1078.

¹²⁴ BGH BauR 1978, 54.

¹²⁵ BGH NJW 1975, 358.

¹²⁶ OLG Düsseldorf BauR 1998, 1023; OLG Düsseldorf OLGR 97, 61.