

2. Kommunalgipfel

27.10.2011

Zirngibl Langwieser
Rechtsanwälte Partnerschaft



ZIRNGIBL

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

Die Wirksamkeit von Vereinbarungen nach VOB/B aus Auftraggebersicht

Oder: Warum, wir haben doch VOB?



ZIRNGIBL

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

Grundlagen - Rechtsnatur der VOB/B

- Kein Gesetz
- Keine Verordnung (anders: VOB/A)
- Auf Verbands-/Ausschussebene vorgefertigtes Vertragswerk (DVA)
- Konsequenz: die Geltung der VOB/B muss vereinbart werden (Formvorschriften zu beachten!)



Grundlagen - AGB-Recht

- Para. 305 ff. BGB (bis 2001: AGBG)
- Legaldefinition Para. 305 Abs. 1 BGB:

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.



Grundlagen - AGB-Recht

- Vertragsbedingungen
- Für Vielzahl von Verträgen vorformuliert
- Stellen einer Vertragspartei
- Kein Aushandeln im Einzelnen
- VOB/B = Paradebeispiel von AGB



Grundlagen - AGB-Recht

- Konsequenz: AGB- rechtliche Inhaltskontrolle

Immer?



Grundlagen - AGB-Recht

- Konsequenz: AGB-rechtliche Inhaltskontrolle
- Nicht wenn
 - Vertragspartner Unternehmer oder jur. Person d. öff. Rechts
 - **UND:** VOB/B insgesamt und ohne inhaltliche Abweichung einbezogen



Grundlagen - VOB/B als Ganzes

- Kernbereichsrechtsprechung überholt
- Jede Änderung eröffnet Inhaltskontrolle
- Außer: Öffnungsklauseln werden genutzt (strittig)
- Auch AGB-rechtlich wirksame Klausel infiziert
- Auch nur teilweise Einbeziehung ohne Änderung infiziert



Grundlagen - VOB/B als Ganzes

- Außer: Öffnungsklauseln werden genutzt

4 Abs. 4

13 Abs. 7 Nr. 5

13 Abs. 4



Grundlagen - VOB/B als Ganzes

- Außer: Öffnungsklauseln werden genutzt
- a.A.: OLG Hamm, München, Frankfurt...(!)
- Folge: 5 Jahre statt 4 Jahre Gewährleistungszeit hebt Privilegierung auf



Grundlagen - VOB/B als Ganzes

- Öffentlicher Auftraggeber verwendet doch die VOB/B als Ganzes?
- Nicht wenn z.B.
 - Vergabehandbuch VHB 2008 215 Stand vor Mai 2010 benutzt (BGH IBR 2007, 412), Klauseln Nr. 9, 10, 11, 14, 18, 22, 23 der ZVB
 - Regelungswerk "unbemerkt" infiziert wird



Grundlagen - VOB/B als Ganzes

- BGH IBR 2007, 412 - es gibt (seit 2004) keinen "Kernbereich" (mehr), auch nicht für den öffentlichen Auftraggeber

Jede - auch nur geringfügige - Abweichung von der VOB/B führt, auch wenn sie sich in einem Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber findet, dazu, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist.



Grundlagen - VOB/B als Ganzes

- Reichweite der Privilegierung
 - Niemals gegenüber Verbraucher
 - Dynamische Verweisung - VOB/B insgesamt transparent und ausgewogen? Stets zu prüfen!
- Problem: derzeitige Diskussion um "Nachtragstauglichkeit" der VOB/B (u.a. Prof. Kniffka)



Unwirksamkeit von Klauseln

- Verwender kann sich auf seine Klausel nicht berufen
- Meistbegünstigung der anderen Partei
- Bsp.: Para. 6 Abs. 6 VOB/B; AN kann sich auf Haftungserleichterung berufen, AG nicht, wenn er Verwender



Einzelne Klauseln

- Überblick - einige "verdächtige" Klauseln

1 Abs. 3

6 Abs. 6

1 Abs. 4

13 Abs. 5
Nr. 1 S. 2

2 Abs. 8
Nr. 1 S. 1

2 Abs. 10

16 Abs. 3
Nr. 1

4 Abs. 7

16 Abs. 5
Nr. 3

u.v.m.

Details zu einzelnen Klauseln

1 Abs. 3

1 Abs. 4

Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.

Nicht vereinbarte Leistungen, die zur Ausführung der vertraglichen Leistung erforderlich werden, hat der Auftragnehmer auf Verlangen des Auftraggebers mit auszuführen, außer wenn sein Betrieb auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. Andere Leistungen können dem Auftragnehmer nur mit seiner Zustimmung übertragen werden.

- BGB: Einigungsprinzip
- Reichweite der Änderungsanordnung? Baumstände? Bauzeit?
- Interessenausgleich? Bindung an Kalkulationsgefüge gerecht?
- Abgrenzung Abs. 3 von Abs. 4?
- BGH (bisher): Para. 1 Abs. 4 hält



ZIRNGIBL

LANGWIESER

Details zu einzelnen Klauseln

2 Abs. 7 Nr. 1

Ist als Vergütung der Leistung eine Pauschalsumme vereinbart, so bleibt die Vergütung unverändert. Weicht jedoch die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung so erheblich ab, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist (Para. 313 BGB), so ist auf Verlangen ein Ausgleich unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu gewahren. Für die Bemessung des Ausgleichs ist von den Grundlagen der Preisermittlung auszugehen.

- Keine Möglichkeit zur Loslösung vom Vertrag
- Anpassung lediglich bei Unzumutbarkeit
- Bindung an Preisgefüge

Details zu einzelnen Klauseln

2 Abs. 8
Nr. 1 S. 1

Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, werden nicht vergütet.

- Ansprüche für notwendige Leistungen ausgeschlossen
- Para. 2 Abs. 8 Nr. 3: GoA bleibt unberührt
- Ansprüche aus Bereicherungsrecht entfallen aber

Details zu einzelnen Klauseln

2 Abs. 10

Stundenlohnarbeiten werden nur vergütet, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind (§ 15).

- Vereinbarung **vor** Beginn
- Vereinbarung **ausdrücklich**
- Aber nicht weil Vergütung für zusätzliche Personalstunden dadurch überhaupt ausgeschlossen wäre



ZIRNGIBL

LANGWIESER

Details zu einzelnen Klauseln

4 Abs. 7,
8 Nr. 3

Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3).

Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Nr. 7 und 8 Abs. 1 und des § 5 Nr. 4 die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags). Die Entziehung des Auftrags kann auf einen in sich abgeschlossenen Teil der vertraglichen Leistung beschränkt werden.

- Auftragsentziehung auch wegen unwesentlicher Mängel möglich
- Auftragsentziehung vor Fälligkeit der Leistung möglich



Details zu einzelnen Klauseln

6 Abs. 6

Sind die hindernden Umstände von einem Vertragsteil zu vertreten, so hat der andere Teil Anspruch auf Ersatz des nachweislich entstandenen Schadens, des entgangenen Gewinns aber nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen bleibt der Anspruch des Auftragnehmers auf angemessene Entschädigung nach § 642 BGB unberührt, sofern die Anzeige nach Nr. 1 Satz 1 erfolgt oder wenn Offenkundigkeit nach Nr. 1 Satz 2 gegeben ist.

- Satz 1: Haftungsbeschränkung zu Lasten des AN wenn AG Verwender
- Satz 2: Anspruch Para. 642 BGB von Formalismen abhängig

Details zu einzelnen Klauseln

13 Abs. 5
Nr. 1 S. 2

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. **Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist.** Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.

- Vom BGH ungeklärt
- Tendenz: wirksam
- a.A.: ggü. Gesetz neue und vereinfachte Möglichkeit zur "Verjährungs"unterbrechung"
- Praxis: evtl. nicht nur auf Mängelrüge verlassen



ZIRNGIBL

LANGWIESER

Details zu einzelnen Klauseln

16 Abs. 1
Nr. 3

Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung fällig.

- Grds. Forderungen sofort fällig
- Verschiebung der gesetzlichen Verzugsfristen ohne Mahnung



Details zu einzelnen Klauseln

16 Abs. 3
Nr. 1 Satz 1

Der Anspruch auf die Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Zugang

- Grds. Forderungen sofort fällig (nach Abnahme)
- Verschiebung der gesetzlichen Verzugsfristen ohne Mahnung
- 2 Monate + Nachfrist, anstatt 30 Tage



ZIRNGIBL

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

Details zu einzelnen Klauseln

16 Abs. 3
Nr. 2

Die vorbehaltlose Annahme der Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus, wenn der Auftragnehmer über die Schlusszahlung schriftlich unterrichtet und auf die Ausschlusswirkung hingewiesen wurde.

- Gesetz: Forderungs"verlust" bei Verjährung und Verwirkung
- Extreme Fristenverkürzung (24 Tage statt 3 Jahre)



ZIRNGIBL

LANGWIESER

MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN

Details zu einzelnen Klauseln

16 Abs. 5 Nr. 3

Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist. Außerdem darf er die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen

- BGH: abschließende Regelung zum Verzug
- Folge: unwirksam; Nachfrist sieht das Gesetz nicht zwingend vor

Details zu einzelnen Klauseln

16 Abs. 6

Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Nummern 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll.

- BGH: AN muss Zahlung an Dritte nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er zustimmt
- Folge: unwirksam
- Praxis: nach Voraussetzungen und Wirksamkeit gefährliche Regelung

Fazit

- VOB/B ist gut
- Kontrolle ist besser
 - Angebot und Annahme? Form?
 - Was ist Wo im Vertragswerk geregelt?
 - Klare, widerspruchsfreie Regelungen?
 - Was ist wichtig?



Vielen Dank!



ZIRNGIBL
LANGWIESER

Dr. Andreas P. Dingler

München

Telefon: +49 (89) 290 50-242

Telefax: +49 (89) 290 50-292

Brienner Straße 9

D-80333 München



ZIRNGIBL

LANGWIESER

a.dingler@zl-legal.de



MÜNCHEN · BERLIN · FRANKFURT · WIEN