

Risiko Nachunternehmerbedingungen

Gastbeitrag von Dr. Michael T. Stoll, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

München (Bayern) – Bauunternehmer, die sich als Generalunternehmer betätigen oder Nachunternehmer mit der (teilweisen) Ausführung der Leistungen beauftragen, legen den Vertragsverhältnissen mit ihren Subunternehmern im Regelfall ihre Nachunternehmerbedingungen zu Grunde. Diese sind für eine Vielzahl von Anwendungsfällen vorformuliert und werden von dem auftraggebenden Unternehmen dem Subunternehmer vorgegeben. Damit handelt es sich bei den Nachunternehmerbedingungen regelmäßig um sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), an die besondere rechtliche Anforderungen gestellt werden.



Risiken sind nicht immer so einfach abzuschätzen wie beim Roulette.

Inhaltskontrolle der AGB

§ 307 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) schreibt für Allgemeine Geschäftsbedingungen eine sogenannte Inhaltskontrolle vor. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind nach dieser Regelung unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders – also im konkreten Fall der Nachunternehmerbedingungen den Nachunternehmer – entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Eine unangemessene Benachteiligung liegt hierbei im Zweifel vor, wenn die Allgemeine Geschäftsbedingung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht vereinbar ist. Gleiches gilt, wenn wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, durch die Allgemeine Geschäftsbedingung so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet wird. Nicht zuletzt kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die betreffende Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Die Prüfung, ob eine Regelung unangemessen benachteiligend ist, erfolgt hierbei immer aus der Perspektive des Vertragspartners: Stellt der Auftraggeber die AGB, sind diejenigen Regelungen unwirksam, die den Auftragnehmer unangemessen benachteiligen; stellt der Auftragnehmer die AGB sind diejenigen unwirksam, die den Auftraggeber unangemessen benachteiligen.

Zwar bleibt der Vertrag im Übrigen rechtswirksam. Jedoch kann derjenige, der die unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag eingeführt hat, sich nicht auf diese berufen.

Abgesehen davon, dass die Verwendung unwirksamer AGB stets mit einem latenten Risiko, auf Unterlassung in Anspruch genommen und abgemahnt zu werden, verbunden ist, können dem Auftraggeber bei Verwendung unwirksamer AGB auch gravierende und wirtschaftlich bedeutsame Nachteile entstehen.

Die Regelungen der VOB/B als AGB

Die Regelungen der VOB/B stellen kein Gesetz dar sondern sind vielmehr ebenfalls Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach der Rechtsprechung der Inhaltskon-

trolle unterliegen können. Sofern in dem übrigen Vertragswerk Abweichungen von der VOB/B vereinbart werden, wie beispielsweise der Ausschluss der Teilabnahme, die Verlängerung der in der VOB/B vorgegebenen Zahlungsfristen oder die Anwendung der gesetzlichen Gefahrtragsregelung des § 644 BGB, unterliegt die VOB/B der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Die Konsequenz ist, dass für einen Großteil der Regelungen der VOB/B diskutiert wird, ob diese – bei Stellung der VOB/B durch das auftraggebende Unternehmen – den (Nach-) Unternehmer unangemessen benachteiligen und daher unwirksam sind. Für einige Regelungen hat dies der BGH bereits bestätigt.

So wurde die Fälligkeitsfrist der

NEMETSCHKEK
Bausoftware

**Aktuell informiert -
sichere Entscheidung!**

Mit integrierten Lösungen
sprechen Kaufleute und
Techniker eine Sprache.

www.bausoftware.de

Schlussrechnung von früher zwei Monaten gemäß des § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B als unwirksam angesehen, was letztlich für die aktuelle Fassung der VOB/B dazu geführt hat, dass die Fälligkeitsfrist auf nunmehr 30 Tage nach Fälligkeit reduziert wurde.

Auch die Schlusszahlungsregelung gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 bis 5 VOB/B, nach der ohne fristgerechten Vorbehalt und dessen Begründung Ansprüche, die über die vom Auftraggeber geleistete Schlusszahlung hinausgehen, ausgeschlossen sind, ist unwirksam, wenn die VOB/B vom Auftraggeber gestellt ist und – auch nur geringfügige – Abweichungen vereinbart sind (BGH, VII ZR 226/05). Dies liegt darin begründet, dass die gesetzliche Regelung eine solche Ausschlusswirkung nicht kennt.

Gleiches gilt für die Regelung des § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B (bis Fassung 2009), nach der der Auftragnehmer erst Anspruch auf Verzinsung der ausstehenden Zahlungen haben soll, wenn der Auftraggeber trotz angemessener Nachfristsetzung nicht zahlt (BGH, VII ZR 212/07). Auch dies weicht von der gesetzlichen Regelung des § 286 Abs. 3 BGB, nach der Verzugs mit der Zahlung von Entgeltforderungen nach dem Ablauf von 30 Tagen nach Rechnungszugang automatisch eintritt, erheblich ab und benachteiligt den Nachunternehmer unangemessen. Mit der VOB/B 2012 wurde jedoch § 16 Abs. 5 Nr. 3 VOB/B an die gesetzliche Regelung angepasst, so dass bei Vereinbarung

der VOB/B 2012 insoweit keine Wirksamkeitsbedenken bestehen.

Häufige und unwirksame Klauseln in NU-Verträgen

In den Verhandlungsprotokollen werden häufig Bindefristen durch den Auftraggeber/ Generalunternehmer vorgegeben, innerhalb dieser der Nachunternehmer an sein Angebot gebunden ist. Sind diese Bindefristen länger als zwei Monate, benachteiligen sie den Nachunternehmer unangemessen, so dass die Bindefrist nicht wirksam vereinbart ist. Der Nachunternehmer kann dann die Annahme der Beauftragung verweigern.

Auch der Versuch die Inhaltskontrolle der AGB zu umgehen, indem vereinbart wird, dass die Regelungen zwischen den Parteien individuell ausgehandelt wurden, scheitert. Ziel dieser Regelung ist die Änderung der Beweislast hinsichtlich der AGB-Eigenschaft, was den Nachunternehmer unangemessen benachteiligt und daher unwirksam ist (BGH, IVa ZR 173/85).

Komplexitätsklauseln, nach denen der Nachunternehmer sämtliche auch nicht beschriebenen Leistungen zu dem vereinbarten Pauschalpreis zu erbringen hat, benachteiligen den Auftragnehmer im Regelfall ebenfalls unangemessen, zumindest solange es sich bei dem Vertrag nicht um einen Globalpauschalvertrag handelt, was bei den allermeisten Nachunternehmerverträgen nicht der Fall sein dürfte. Wenn demnach ein konkretes Leistungsverzeichnis Vertragsbestandteil ist – auch wenn die Massen pauschaliert sind – oder die Ausführungsplanung durch den Generalunternehmer zur Verfügung gestellt wird, entfaltet die Komplexitätsklausel keine Wirkung.

Häufig wird auch die Abnahme der Nachunternehmerleistung an die Gesamtabnahme durch den Bauherrn geknüpft. Auch wenn aus Sicht des Generalunternehmers hierfür durchaus ein Bedürfnis besteht – schließlich kann von der Betonage der Bodenplatte bis zur Abnahme des Gebäudes eine erhebliche Zeit vergehen –, ist eine solche Regelung als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam. Dies liegt darin begründet, dass der Auftragnehmer nach Fertigstellung der ihm beauftragten Leistungen einen Anspruch auf Abnahme hat. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass eine Verlängerung der Gewährleistungsdauer erheblich über die gesetzlich vorgesehenen 5 Jahre hinaus ebenfalls grundsätzlich problematisch ist. Lediglich für Arbeiten am einem Flachdach wurde vom BGH bislang eine deutliche Verlängerung der

Gewährleistung auf 10 Jahre zugelassen (BGH, VII ZR 259/94).

Häufig unwirksam sind auch die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Vertragsstrafenregelungen, da diese im Verdacht der unzulässigen Gewinnabschöpfung stehen. Ein Tagessatz von 0,2 Prozent der vereinbarten Bruttovergütung pro Kalendertag wurde durch den BGH gerade noch akzeptiert, darüber hinausgehende Tagessätze dürften zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafe führen. Eine Vertragsstrafenregelung, die keine Obergrenze oder eine solche von mehr als 5 Prozent aufweist, ist ebenfalls unwirksam (BGH, VII ZR 210/01). Auch wenn sich die Vertragsstrafen für die Überschreitung von Zwischenfristen untereinander oder mit der Vertragsstrafe für den Fertigstellungstermin kumulieren, führt dies zur Unwirksamkeit der Vertragsstrafenregelung (BGH VII ZR 133/11). Gleiches gilt hinsichtlich der Vertragsstrafe für Zwischenfristen, wenn diese hinsichtlich der Berechnung an der gesamten Auftragssumme ansetzen und nicht an der Auftragssumme der Leistungen, die bis zu der betreffenden Zwischenfrist zu erbringen sind.

Nicht zuletzt sind die Sicherheitenabreden eine „Dauerbrenner“ bei den Nachunternehmerbedingungen. Unwirksame Sicherheitenregelungen bergen ein erhebliches

Risiko für einen Generalunternehmer. Ist eine Sicherheitenabrede unwirksam, so ist auch die vom Nachunternehmer gestellte Bürgschaft wertlos, da sie der Nachunternehmer entweder herausverlangen kann oder der Bürge die Zahlung verweigern kann. Eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers liegt bspw. bei Sicherheitenabreden vor, die eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vorschreiben. Dem steht gleich, wenn der Bürge darauf verzichten soll, die Einreden des Hauptschuldners geltend zu machen (vgl. § 768 BGB). Ebenso benachteiligt eine Sicherheitenabrede, die nur darauf verweist dass Bürgschaften nach Muster des Auftraggebers zu stellen sind, den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam. Gleiches gilt für Regelungen, nach denen der Auftraggeber eine Vertragserfüllungssicherheit von mehr als 10 Prozent der Auftragssumme oder eine Mängelsicherheit von mehr als 5 Prozent des berechtigten Gesamtwerklohnes verlangen kann. Überlappen sich die Vertragserfüllungs- und Mängelsicherheit dahingehend, dass der Auftraggeber nach der Abnahme Sicherheiten für Mängel von mehr als 5 Prozent in Anspruch nehmen kann, führt dies ebenfalls zur Unwirksamkeit der Sicherheitenabrede (BGH, VII ZR 164/12 sowie BGH, VII ZR 120/14). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Rückgabe der Vertragserfüllungssicherheit, die auch Män-

gelansprüche absichert, von der Annahme der Schlusszahlung oder von der Befriedigung aller erhobenen Ansprüche abhängig gemacht wird.

In einer neuen Entscheidung hat der BGH zudem festgestellt, dass eine Sicherheitenvereinbarung, die den Auftraggeber abweichend zur der Gesetzeslage oder abweichend von der VOB/B berechtigt, die gesamte Mängelsicherheit in voller Höhe zu behalten bis auch die Gewährleistung des allerletzten, ggf. geringfügigen Mangels abgelaufen ist, den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt und daher unwirksam ist (BGH, VII ZR 92/14).

Unwirksame Nachunternehmerbedingungen beinhalten daher durchaus auch erhebliche rechtliche Risiken für den verwendenden Generalunternehmer. Welche Regelungen in die Nachunternehmerbedingungen aufgenommen werden sollte daher in beiderseitigem Interesse sorgfältig abgewogen werden.

Autor: RA Dr. Michael T. Stoll, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, ist Partner der Rechtsanwaltssozietät LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH. Herr Dr. Stoll ist auf die Vertretung von Unternehmen der Bauwirtschaft spezialisiert und deutschlandweit tätig.

Auftraggeber zahlt Vergabeverzögerung

... auch im Verhandlungsverfahren

Berlin – Die bisher bekannten, meist von Leinemann Partner erstrittenen Urteile des BGH zur Vergabeverzögerung betrafen offene oder nicht offene Verfahren nach VOB/A. Offen war noch die Frage, ob diese Grundsätze auch im Verhandlungsverfahren gelten. Das hat der BGH nun geklärt.

Im konkreten Fall (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2014, VII ZR 60/14) verzögerte sich die Vergabe einer Baukonzession für Planung, Finanzierung, Errichtung und Betrieb eines Fußballstadions durch Nachprüfungsverfahren um mehr als ein Jahr. Der Bieter gab für eine Bauzeit von Januar 2006 bis April 2007 zwei Angebote unter Hinweis auf die Gültigkeit der VOB/B ab. Auf beide Angebote zusammen soll der Zuschlag erteilt werden.

Am Tag vor Zuschlag meldet der Bieter Mehrkosten wegen der massiven Verzögerungen an. Der Auftraggeber (AG) lehnt eine Preis Anpassung ab und erteilt am 3. Mai 2007 den Zuschlag auf Grundlage der Angebote aus 2005 „sowie des endverhandelten Vertrages mit Stand 3. Mai 2007“.

Als am Folgetag der Vertrag unterzeichnet werden soll, meldet der Bieter nochmals schriftlich Mehrkosten wegen der verzögerten Zuschlagserteilung dem Grunde nach an. Der Auftraggeber will das nicht zu den Akten nehmen und drängt auf eine Umformulierung.

Schließlich schreibt der Bieter „Wir bestätigen hiermit nochmals unsere Rechtsposition im Schreiben vom 27. März 2007, die von der Stadt zurückgewiesen wird“. Dann wird unterschrieben. Der Auftraggeber will im nun folgenden Prozess keine Vergabeverzögerungskosten zahlen, verliert aber vor dem Bundesgerichtshof.



Wegen Verzögerungen kommt es in der Baubranche immer wieder zu Rechtsstreit.

Der BGH wendet die Grundsätze zum Vergabeverfahrensrisiko an. Weil hier ein Verhandlungsverfahren geführt wurde, hätte man die Erklärungen der Parteien bei Zuschlag und Vertragsunterzeichnung vielleicht so auslegen können, dass der AG dem Bieter widerspricht und deshalb kein Anspruch bestehen kann. So hatte es der BGH 2009 zu einem Verhandlungsverfahren einmal entschieden (BGH, Urt. v. 10.09.2009, VII ZR 255/08).

Grundsätzlich muss der Bieter in einem Verhandlungsverfahren bei der Verhandlung die Mehrkosten aus Vergabeverzögerung verlangen, im Idealfall sogar gleich preislich mit verhandeln. Das geht oft faktisch nicht.

Im neuen Fall des BGH hatte der Bieter seinen Anspruch geltend gemacht, und zwar auch noch bei Vertragsunterschrift. Trotz der abgemilderten Formulierung wurde nach Ansicht des BGH noch immer hinreichend klar, dass der Bieter solche Ansprüche nicht aufgibt und der Auftraggeber sie auch nicht von vornherein ablehnt.

Darin liegt der Unterschied zum 2009 entschiedenen Fall, denn dort hatte der AG vor, bei und nach Vertragsschluss solche Ansprüche des AN immer abgelehnt. Im neuen Fall ergibt die Auslegung der Wil-

lenserkklärungen nach BGH, dass der Vertrag unter Offenhaltung der Rechtsfrage geschlossen wurde, ob sich zu Gunsten des AN eine Mehrvergütung aus verschobener Bauzeit ergibt.

Fazit

Wir lernen aus der Entscheidung, dass Ansprüche auf Mehrkosten aus verzögerter Vergabe bei jeder Art des Vergabeverfahrens bestehen können.

Wird aber verhandelt, muss der Bieter zusehen, dass er sich Mehrkosten vorbehält und der AG einen solchen Vorbehalt auch hinnimmt. Es kommt hier wirklich nur auf die Formulierung an. Der AG kann den Bieter nicht vergaberechtskonform zwingen, einen solchen Vorbehalt fallen zu lassen. Ansonsten könnte es ein neues Nachprüfungsverfahren geben.

Bisher wähten sich viele Auftraggeber sicher, allein weil sie ein Verhandlungsverfahren durchführten. Jetzt steht fest, dass es auch bei dieser Verfahrensart Ansprüche aus dem Vergabeverfahrensrisiko gibt. Nichts anderes gilt bei einem wettbewerblichen Dialog.

Autor: Prof. Dr. RA Ralf Leinemann ist Gründer von Leinemann Partner Rechtsanwälte.



ALTEC
Rudolf-Diesel-Str. 7 D-78224 Singen
Tel.: 07731/8711-0 Fax: 8711-11
Internet: www.altec.de
E-Mail: info@altec.de

VERLADETECHNIK

