

Neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen

Die VOB/B 2002

Die aktuellen Änderungen der VOB/B bringen für die Geschäftspraxis der SHK-Handwerksbetriebe neue Möglichkeiten und Risiken mit sich. Die wichtigsten Neuerungen haben wir in diesem Beitrag zusammengefaßt.

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuß (DVA) befaßt sich regelmäßig mit dem Klauselwerk der VOB/B, um veränderten technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Die neuesten Änderungen wurden Ende Oktober 2002 im Bundesanzeiger veröffentlicht und ist damit gültig. Sie erfolgten vor dem Hintergrund der Schuldrechtsnovelle des BGB vom 1. 1. 2002 (SBZ 19/2002) sowie der Entwicklung der Rechtsprechung.

In der Praxis der SHK-Betriebe wird die VOB/B als Vertragsgrundlage nach wie vor ihren festen Platz haben. Es ist allerdings nicht übersehbar, daß die VOB immer wieder Angriffen ausgesetzt ist. Teils richten sich diese Angriffe gegen einzelne Regelungen der VOB, teils gegen die VOB als Ganzes. Erfreulicherweise hat der Ausschuß formuliert: „... die VOB/B werde privilegiertes Regelwerk bleiben“. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu stellen wird.

Ob die obersten Richter die nunmehr geänderte VOB-Fassung als rechtskonform betrachten, wird sich letztlich erst herausstellen, wenn der BGH über einen Rechtsstreit abschließend entschieden hat. In anbe-

tracht der Prozessdauer vor deutschen Gerichten wird das wohl nicht vor 3–4 Jahren sein. Solange trägt der auf die Wirksamkeit der VOB/B vertrauende Verwender das Risiko. Die VOB/B 2002 erfährt eine Reihe von Änderungen mit unterschiedlicher Bedeutung für die Praxis. Bewährtes wird jedoch auch beibehalten. Insofern bietet die Novellierung der VOB/B Anlaß, sich nicht nur mit dem zu beschäftigen, was geändert wird, sondern auch mit dem, was bleibt.

Vorteile eines VOB/B-Vertrages

Nachdem im Vorfeld der Verabschiedung der neuen VOB/B 2002 die nicht unerhebliche Heraufsetzung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche (Gewährleistung) auf 4 Jahre bekannt wurde, haben viele Praktiker verlauten lassen, daß damit nunmehr die Vorteile eines VOB/B-Vertrages aufgehoben seien. Insgesamt betrachtet, kann man dieser Argumentation allerdings nicht folgen. Der SHK-Unternehmer befindet sich in baurechtlichen Vertragsangelegenheiten zumeist in der Auftragnehmerposition. Obgleich mit der Schuldrechtsmodernisierung des BGB¹ die Position des Auftragnehmers im Baurecht gestärkt wurde, enthält die VOB/B nach wie vor eine Reihe von für den Auftragnehmer günstigen Bestimmungen. Als Ganzes vereinbart, bietet das Klauselwerk somit die Möglichkeit, Regelungen, die das Werkvertragsrecht des BGB nicht oder nur schlechter kennt, rechtswirksam in den Vertrag mit einzubeziehen. Hier einige Vorteile:

- eine immer noch kürzere Frist für die Verjährung von Mängelansprüchen (§ 13 Nr. 4)
- im Unterschied zum BGB kennt die VOB/B kein für den Auftragnehmer äußerst ungünstiges Rücktritts- bzw. Wandlungsrecht des Auftraggebers, das den Vertrag rückwirkend aufhebt, sondern nur ein Kündigungsrecht für die vom Auftragnehmer noch nicht erbrachten Lieferungen und Leistungen (§ 8 Nr. 3)
- ein verbrieftes Recht auf Teilabnahmen (§ 12 Nr. 2)
- Regelungen zur fiktiven Abnahme durch Inbetriebnahme oder Mitteilung über die Fertigstellung als Alternative zur förmlichen Abnahme (§ 12 Nr. 5)



- Eingeschränkte Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers in der VOB/B bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, (§ 13 Nr. 5–7), im BGB reicht insoweit jedes fahrlässige Verhalten des Auftragnehmers aus
- Recht auf Abschlagszahlungen (§ 16 Nr. 1).

Neben den Vorteilen – und deshalb wird die VOB/B 2002 vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuß auch als für beide Vertragspartner ausgewogen bezeichnet – gibt es im Unterschied zum Werkvertrag nach BGB auch einige Dinge, die für den Auftraggeber **günstiger** geregelt sind:

- es können Zusatzleistungen beauftragt werden, ohne daß ein neuer Vertrag abgeschlossen werden muß
- eine schriftliche Mangelanzeige unterbricht die Verjährung
- für die Fälligkeit der Schlußrechnung ist die Prüfbarkeit Voraussetzung
- die Prüffrist für die Schlußrechnung beträgt bis zu 2 Monate.

In der Gesamtheit betrachtet dürften dem SHK-Unternehmer aus der wirksamen Vereinbarung der VOB/B eher Vorteile erwachsen, so daß es sich nach wie vor lohnt, die VOB/B wirksam in den Vertrag einzubeziehen.

Wirksamkeit eines VOB/B-Werkvertrages

Obwohl es wie eine nicht erwähnenswerte Selbstverständlichkeit klingt: Vertragsklarheit kann nur erreicht werden, wenn

man den **richtigen Vertragspartner** anspricht. Das ist im Zweifelsfall nicht der mit Bauüberwachungspflichten beauftragte Architekt sondern der oder die Auftraggeber. Bereits vor Vertragsabschluß muß für den Unternehmer eindeutig sein, mit wem er den Bauvertrag abschließen wird und wer in welchem Umfang auf der Seite des Vertragspartners vertretungs- bzw. weisungsbefugt ist. Spätestens bei der Durchsetzung von Werklohnforderungen rächt sich, wenn man nicht klar sagen kann, wer Vertragspartner ist. Bei Verträgen mit Eheleuten, sollte der Unternehmer von Anbeginn darauf achten, daß eben beide Eheleute den Vertrag unterzeichnen und seine Schreiben an beide gerichtet werden. Bei zwischen-geschalteten Baubetreuern oder Architekten muß die Vertretungsmacht vom Unternehmer erfragt und möglichst dokumentiert werden.

Wenn zum Vertragspartner Klarheit herrscht, geht es um den nicht weniger wichtigen Teil des Inhalts des Vertrages und welche Bestandteile oder Klauseln in die Vertragsbeziehung einbezogen werden sollen. Die VOB/B sind ihrer Rechtsnatur nach Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Ein VOB/B-Vertrag liegt nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen vor, nämlich dann, wenn die Vertragspartner die Einbeziehung der VOB/B wirksam vereinbart haben. Das trifft erfahrungsgemäß leider seltener zu, als SHK-Unternehmer mitunter glauben. Der versteckte Hinweis auf einem Angebot, daß man die VOB/B einbeziehen wolle, genügt in der Regel nicht, zumindest nicht bei einem Vertrag gegenüber Verbrauchern. Einem in Bausachen unkundigen Vertragspartner muß **Kenntnis** über die VOB/B vermittelt werden, zweckmäßigerweise durch protokollierte Aushändigung der VOB/B. Desweiteren ist das ausdrückliche **Einverständnis** zur Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag nötig. Der Text hierzu könnte lauten:

Hiermit wird bestätigt, die VOB/B 2002 erhalten und zur Kenntnis genommen zu haben und mit ihrer Einbeziehung in den Bauvertrag vom... einverstanden zu sein.

Bei gewerblichen oder öffentlichen Auftraggebern ist ein Hinweis auf die VOB/B ausreichend. Falls in den Angebotsunterlagen gewerblicher Auftraggeber auf die VOB/B nicht Bezug genommen wird, sollte der SHK-Unternehmer in seinem Angebot auf die VOB/B verweisen. Dies könnte wie folgt lauten:

Ausdrücklich unterbreiten wir nachfolgendes Angebot unter der Voraussetzung, daß die VOB/B in der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bundesanzeiger bekanntgemachten neuesten Fassung in den mit Ihnen abzuschließenden Vertrag einbezogen wird.

Die wirksame Einbeziehung dieses Klauselwerkes in einen Bauvertrag hängt häufig weiterhin davon ab, ob die **VOB/B als Ganzes** vereinbart wurde. Das Herausgreifen einzelner Klauseln nach „Rosinenspickermanier“ führt keinesfalls zum wirksamen Abschluß eines VOB/B-Werkvertrages. Treten hier Zweifel auf, gilt grundsätzlich BGB-Werkvertragsrecht. Der Vertragspartner, der sich auf die Geltung der VOB/B beruft, ist für die Einbeziehung der VOB/B in den Werkvertrag beweispflichtig.

Da es inzwischen verschiedene Überarbeitungen der VOB/B gibt, vor der Fassung 2002 zuletzt aus den Jahren 1996 und 2000, kommt es auch darauf an, klar zu definieren, welche VOB/B man in den Vertrag einbeziehen will. Grundsätzlich ist es möglich auch ältere Fassungen zu vereinbaren, nur muß das dann ausdrücklich aus schriftlichen Vereinbarungen hervorgehen. Ist kein konkreter Bezug auf eine bestimmte VOB/B vorhanden, gilt jeweils die bei Vertragsabschluß geltende VOB/B. Textvorschlag:

Es gilt die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Bundesanzeiger bekanntgemachte neueste Fassung der VOB/B.

Was für den sogenannten großen Werkvertrag (Errichtung eines Werkes) gilt, ist grundsätzlich auch bei kleinen Werkverträgen zu beachten, die z. B. zur Erledigung von Reparaturen abgeschlossen werden. Schwierig wird es mit der Einbeziehung der VOB/B in Reparatur-Werkverträge dann, wenn die Auftragserteilung – was gewöhnlich der Fall ist – mündlich bzw. telefonisch erfolgt. Praktisch wird es unmöglich sein, gegenüber einem Verbraucher bei einem mündlich erteilten Reparaturauftrag die wirksame Einbeziehung der VOB/B nachzuweisen. Wie soll man schließlich per Telefon dem unkundigen Vertragspartner in zumutbarer Weise Kenntnis von der VOB verschaffen? Sofern es nicht gelingt, noch vor Ausführung der Arbeiten die VOB zu überreichen und – zweckmäßigerweise un-

terschriftliches – Einverständnis über die Einbeziehung der VOB/B zu erlangen, richtet sich der Inhalt des Vertrages ausschließlich nach BGB-Werkvertragsrecht. Daraus ergibt sich, daß der SHK-Unternehmer sorgfältig auf aufwendige Formdetails achten muß, wenn er bei Reparaturaufträgen die VOB/B als Vertragsgrundlage will. Gegenüber gewerblichen Auftraggebern, die regelmäßig Reparaturaufträge auslösen, sollte über Rahmenvereinbarungen geregelt werden, daß die AGB der SHK-Firma und die Geltung der jeweiligen VOB/B Grundlage für die dann zu erteilenden Einzelaufträge werden. Im Geschäftsverkehr sollte sich der Unternehmer an die Regel halten, mündlich erteilte Aufträge in jedem Fall mit Hinweis auf die Geltung der VOB/B kurz schriftlich zu bestätigen. Der Text könnte lauten:

Vielen Dank für Ihren Auftrag zur ..., den Sie am ... mündlich/telefonisch gegenüber unserem Herrn ... ausgelöst haben. Grundlage des Auftrags sind unsere AGB sowie die VOB/B neuester Fassung.

VOB-Neuregelungen zur Abnahmefiktion

Bekanntlich ist in § 12 Nr. 5 VOB/B die fiktive Abnahme geregelt, wonach eine Leistung mit Ablauf von 12 Werktagen nach schriftlicher Fertigstellungsmitteilung oder mit Ablauf von 6 Werktagen nach Inbetriebnahme als abgenommen angesehen wird. Diese Regelung bleibt. Allerdings wird in der neuen VOB/B klargestellt (Abs. 2), daß eine **Abnahmefiktion** durch Inbetriebnahme **nur dann** eintreten soll, **wenn keine förmliche Abnahme verlangt wird**. In diesem Zusammenhang sollte sich der Werkunternehmer zu gegebener Zeit daran erinnern, ob bereits im Vertrag eine förmliche Abnahme vereinbart wurde. Wenn eine förmliche Abnahme vertraglich festgelegt ist, muß diese auch grundsätzlich durchgeführt werden. Übrigens können beide Vertragspartner, auch wenn keine förmliche Abnahme vertraglich vereinbart wurde, eine förmliche Abnahme verlangen.

Die **fiktive Abnahme**, die immer dann in Frage kommt, wenn keine förmliche Abnahme vereinbart und verlangt wurde, ist keine Abnahme 2. Klasse, sondern löst in vollem Umfang sämtliche Rechtswirkungen einer Abnahme aus. Die fiktive Abnahme-regelung hatte mit der Verabschiedung des

§ 13 der VOB/B Mängelansprüche

1. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Abnahme frei von Sachmängeln,
- wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst
 - für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit ausweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art der Leistung erwarten kann.

Bild 1 Verordnungstext zu den Mängelansprüchen

Gesetztes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zum 1. 5. 2000 auch ihren Einzug ins BGB gefunden. Der dort geänderte § 640 Abs. 1 BGB steht nun im Einklang mit der VOB-Regelung. Diese Bestimmung besagt, daß ein Werk als abgenommen gilt, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer von dem Unternehmer gesetzten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.

Gewissermaßen durch die Hintertür hat sich mit dieser Regelung allerdings auch eine Gefahr für die Unternehmen eingeschlichen. Der Glaube an die Allmacht einer fiktiven Abnahme kann sich unter Umständen als handfester und folgenschwerer Irrtum herausstellen. Eine Abnahmefiktion gemäß oben genannter Regelung tritt nämlich nur dann ein, wenn der Auftraggeber **zur Abnahme verpflichtet** war. Eine Pflicht zur Abnahme ergibt sich unter der Voraussetzung, daß das Werk **vertragsgemäß hergestellt** ist und **keine wesentlichen Mängel** bestehen. Es liegt allerdings in der Natur der überwiegenden Zahl der Bauwerksmängel, daß diese zum Zeitpunkt der Abnahme noch nicht erkennbar sind. Wenn ein solcher Mangel nunmehr nach vielen Monaten bzw. Jahren offensichtlich wird, hat das unter Umständen die Folge, daß der Auftraggeber zur Abnahme gar nicht verpflichtet war und demzufolge die Abnahmewirkungen nicht eintreten konnten. Das wieder-

um führt dazu, daß hier beispielsweise die Gewährleistungsfrist nicht zu laufen begann, die Fälligkeit der Vergütung und damit Verzüge verneint werden, ein Gefahrenübergang nicht stattgefunden hat und die Beweislast für die Erbringung der vertragsgerechten Leistung beim Unternehmer geblieben ist. Diese fatalen Folgen machen deutlich, daß sich der Unternehmer bei der Frage der Abnahme seiner Leistung nicht ohne weiteres auf die Wirkung einer fiktiven Abnahme (des § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB) verlassen sollte.

Fazit: Mit dem Verlangen nach einer förmlichen Abnahme, welches bekanntlich beiden Vertragsparteien zu jeder Zeit offen steht, wird eine größere Rechtssicherheit erreicht.

Neue Regelung zur Gewährleistung

In der VOB/B 2002 ist der § 13 Nr. 1 neu gefaßt worden. Diese Regelung ist nun nicht mehr mit „Gewährleistung“, sondern dem Begriff „Mängelansprüche“ (Bild 1) überschrieben. An den mit der Schuldrechtsreform (§ 633 BGB) eingeführten Begriff „Mängelansprüche“ werden sich die am Bau Beteiligten gewöhnen. Es ist durchaus zu erwarten, daß die Neufassung des § 13 VOB/B, die vorrangig auf eine vereinbarte Beschaffenheit der Werkleistung abstellt, möglicherweise zu einer Haftungsverschärfung zu Lasten der Auftragnehmer führen wird. Ein Mangel wird nämlich dann in Zukunft in jeder Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit gesehen, und zwar ungeachtet der Verwendungsbedeutung für das konkrete Werk. Mit anderen Worten: ist eine bestimmte Art der Leistung konkret beschrieben, führt schon die kleinste Abweichung, obgleich die Funktionsfähigkeit möglicherweise überhaupt nicht beeinträchtigt wird, zur Mangelhaftigkeit. Damit wird das rechtliche Gewicht von Leistungsbeschreibungen erhöht, zugleich allerdings auch die Ansprüche an die Klarheit in Leistungsverzeichnissen. Die Produkt- und Leistungsbeschreibungen müssen klar sein, zweckmäßigerweise die von den Herstellern und Lieferanten vorgegebenen Beschreibungen reflektieren. Für diese Zusicherungen haben dann diese einzustehen. Der SHK-Unternehmer sollte sich bei der neuen Rechtslage davor hüten, eigene Leistungs- oder Produktbeschreibungen zu erfinden. In den Fällen, in denen die Beschaffenheit nicht explizit vereinbart ist, tun sich weitere Haftungsfallen für den Auftragnehmer auf. „Üblichkeit“ und der „Erwartungshorizont“ des Auftraggebers,

wie sie in der Alternative des Buchstaben b) des § 13 Nr. 1 VOB/B Erwähnung finden, könnten beispielsweise dazu führen, daß der Komplettleister in einem hochwertigen Bad keine einfachen Fliesen einbauen kann sondern adäquate hochwertige Fliesen schuldet, wenn nichts anderes vereinbart wurde.

Ganz entscheidend ist nach wie vor der Umstand, daß **Mängelansprüche** (respektive Gewährleistungsansprüche) **an den Zeitpunkt der Abnahme geknüpft** werden müssen. Das spitzt sich auf die Kardinalfrage zu: War das Werk schon zum Zeitpunkt der

Ziffer 3 des § 13 der VOB/B

Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn er hat die ihm nach § 4 Nr. 3 obliegende Mitteilung gemacht.

Bild 2 Gemäß der VOB/B haftet der Auftragnehmer für seine Leistung umfassend

Abnahme mit den gerügten Mängeln behaftet? Längst nicht jeder Mangel, der sich früher oder später zeigt ist ein Gewährleistungsmangel. Verschleiß und Abnutzung, Bedienfehler, Eingriffe durch Dritte oder andere Betriebsumstände, für die der Werkunternehmer nicht einzustehen hat, stellen keine Sachmängel dar und führen demnach nicht zu Mängelansprüchen bzw. einer Gewährleistungshaftung. Dieser Sachverhalt wird in der Praxis immer wieder mißverstanden, da viele Auftraggeber dem Irrglauben verfallen sind, sie könnten alles, was als Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist auftritt, als Gewährleistungsmangel gegenüber dem Auftragnehmer geltend machen. Die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln liegt übrigens nach erfolgter Abnahme beim Auftraggeber. Fazit: Der Unternehmer hat sorgfältig auf Beschaffenheitsbeschreibungen der Leistung zu achten und haftet nur für Mängel, die im Zeitpunkt der Abnahme vorhanden waren bzw. deren Ursachen im Zeitpunkt der Abnahme gesetzt waren.

Hinweispflicht des Unternehmers

Grundsätzlich haftet der Unternehmer neben seiner Werkleistung auch für die Richtigkeit der Leistungsbeschreibung, beige-stellte Bauteile sowie die Vorleistungen anderer Unternehmer, es sei denn, er hat Bedenken angemeldet. Es ist nicht neu im Werkvertragsrecht, allerdings leider allzu oft unberücksichtigt geblieben, daß den Unternehmer Hinweispflichten treffen, die je nach Sachlage, von existenzieller Bedeutung sein können. Unter Ziffer 3 des § 13 der VOB/B (Bild 2) ist der Grundsatz formuliert, daß der Auftragnehmer für seine Leistung umfassend haftet. Getreu nach dem Grundsatz, wer schreibt, der bleibt, sollte der Unternehmer die ihm auferlegte **Hinweispflicht sehr ernst nehmen**, um die Haftung für Dinge, die möglicherweise nicht in seinen Verantwortungsbereich gehören, auszuschließen. Es war und bleibt allemal besser, eine Bedenkenanmeldung mehr an seinen Auftraggeber zu verschicken, als eine zu wenig. Die Beweislast liegt im Falle eines diesbezüglichen Mangels auf der Auftragnehmerseite.

Fazit: Ohne Wahrnehmung der Prüfungs- und Hinweispflicht, keine Haftungsfreistellung für Mängel, die eigentlich Dritte zu vertreten haben.

Änderung der Gewährleistungsfristen

Die VOB/B 2002 fixiert in § 13 Nr. 4 eine Veränderung der Verjährungsfristen (Bild 3). Haben die Parteien hinsichtlich der Gewährleistungsfristen für Mängelansprüche keine individualvertragliche Vereinbarung getroffen, so wird dann nach VOB/B für Mängelansprüche bei Bauwerken eine Gewährleistungsfrist **von 4 Jahren**, für Arbeiten an einem Grundstück und die vom Feuer berührten Teile von Förderungsanlagen eine Frist von **2 Jahren** sowie für vom Feuer berührte Teile von industriellen Großfeuerungsanlagen **1 Jahr** bemessen. Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluß auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt in Zukunft **2 Jahre**, wenn der Auftraggeber sich gegen eine Wartung des Auftragnehmers für die Dauer der Verjährungsfrist entschieden hat. Der neue Text lautet:

Inwiefern diese Fristverlängerungen tatsächliche Auswirkungen auf die Praxis haben werden, bleibt abzuwarten, da in der Vergangenheit der § 13 hinsichtlich der Ge-

§ 13 der VOB/B

4. (1) Ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke 4 Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr.

(2) Bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluß auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Abs. 1 2 Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen.

(3) Die Frist beginnt mit der Abnahme der gesamten Leistung; nur für in sich geschlossene Teile der Leistung beginnt sie mit der Teilabnahme.

Bild 3 Die VOB/B 2002 fixiert in § 13 Nr. 4 eine Veränderung der Verjährungsfristen

währleistungsfrist ohnehin nahezu durchgängig auf die BGB-Verjährungsfrist von 5 Jahren individualvertraglich abgeändert worden ist, was rechtlich zulässig war und was rechtlich zulässig bleibt.

Wenig bekannt ist, daß Deutschland mit den werkvertraglichen Gewährleistungsfristen – im Vergleich zu europäischen Nachbarländern – immer noch eine für den Werkunternehmer günstige Verjährungsregelung hat. In Europa sind Gewährleistungsfristen zwischen 8 und 10 Jahren durchaus die Regel. Darüber hinaus hat die Schuldrechtsmodernisierung einen entscheidenden Vorteil für den Unternehmer gebracht: für Baustoffe oder Anlagen bzw. Anlagenteile, die für den Einbau in einem Bauwerk bestimmt sind und dessen Mangelhaftigkeit hervorrufen, haften die Hersteller bzw. Lieferanten nicht mehr wie früher lediglich 6 Monate, sondern 5 Jahre. Damit dürfte eine entscheidende Haftungsfälle für den SHK-Unternehmer entfallen sein.

Der Einbau einer Heizungsanlage in ein Gebäude, eines Kachelofens oder eines neuen Bades gelten als Neuerrichtungen eines Werkes mit 4jähriger Gewährleistungsfrist nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B. Ebenso verjähren in 4 Jahren Mängelansprüche für Werkarbeiten, die eine Reparatur oder einen Umbau darstellen aber durch die feste Verbindung mit dem Baukörper von wesentlicher Bedeutung für den Bestand und die Erhaltung des Gebäudes sind. Das wären beispielsweise die Rekonstruktion einer Heizungsanlage mit Energiespareffekten oder die Erweiterung einer bestehenden Heizungsanlage durch die Einbindung von Solarelementen.

Eine kürzere 2jährige Verjährungsfrist ist für Reparaturarbeiten vorgesehen, die nicht von wesentlicher Bedeutung für den Baukörper sind wie z. B. das Auswechseln eines Durchlauferhitzers, die Reparatur einer Dachrinne oder das Ersetzen von Heizkörpern. SHK-Unternehmer sollten sich nicht von Auftraggebern ins Bockshorn jagen lassen, die der Meinung sind, es gelten auch für Reparaturarbeiten lange Fristen, es sei denn, diesbezüglich wäre individualvertraglich etwas anderes zwischen den Vertragsparteien vereinbart.

Fazit: Die Verlängerung der Verjährungsfristen wird in der Praxis keine wesentlichen negativen Auswirkungen haben, zumal die Unternehmer nach der Schuldrechtsreform des BGB rechtlich besser gestellt sind, was ihre Rückgriffsmöglichkeiten auf den Lieferanten bei mangelhaften Produkten angeht. Bekanntlich haftet dieser dem Werkunternehmer nun 5 Jahre (früher 6 Monate) für Baustoffe und Materialien, die für den Einbau in ein Bauwerk bestimmt waren und dessen Mangelhaftigkeit hervorgerufen haben.

Unterbrechung der Verjährung durch Mängelrüge

Es ist ein Spezifikum des VOB/B-Werkvertrages, daß die schriftliche Mängelanzeige die Verjährung quasi unterbricht. Hinsichtlich des gerügten Mangels setzt ein Neubeginn der Verjährung ein. Der neue Text des § 13 Nr. 5 VOB/B lautet nunmehr:

5. (1) 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 ver-

jährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, nicht jedoch vor Ablauf der Regelfristen nach Nr. 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mangelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistungen eine Verjährungsfrist von 2 Jahren, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nr. 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.

Für die Nacherfüllung/Nachbesserung muß der Unternehmer eine zweijährige erneute Gewährleistung bieten. Wird eine Mangelrüge vom Auftraggeber entsprechend spät ausgesprochen, könnte sich die VOB-Verjährung für Bauwerksarbeiten von nun regelmäßig 4 Jahren sehr schnell auf nahezu 6 Jahre verlängern. Bei einem BGB-Werkvertrag bleiben die Hürden für eine Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung sehr hoch gesetzt. Auch nach der Schuldrechtsmodernisierung kommen dafür neben dem Mangelerkenntnis nur eine gerichtliche Geltendmachung oder Einleitung eines gerichtlichen Beweissicherungsverfahrens in Betracht.

Fazit: Bei Vorliegen eines VOB/B-Werkvertrages unterbricht eine schriftliche Mängelrüge die Verjährung.

Unzumutbarkeit der Mangelbeseitigung

Eine Notbremse für den Unternehmer bietet der § 13 Nr. 6 VOB/B (Bild 4), wonach der Auftragnehmer die Mangelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwandes verweigern kann. Dies geschieht dann allerdings mit der Folge, daß er sich Abzüge vom Werklohn gefallen lassen muß. Von dieser Regelung wird wohl in der Zukunft mehr Gebrauch gemacht werden, als dies bislang der Fall war. Damit weicht das Minderungsrecht nach der VOB von dem im

§ 13 Nr. 6 VOB/B

Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder ist sie unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern und wird sie deshalb von Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber durch Erklärung gegenüber den Auftragnehmer die Vergütung mindern (§ 638).

Bild 4 Eine Notbremse für den Unternehmer bietet der § 13

BGB ab. Nur bei Vorliegen der genannten drei Möglichkeiten kommt bei einem VOB/B-Werkvertrag Minderung in Betracht.

Verzug und Verzugszins

Der in der VOB/B 2002 neu gefasste § 16 Nr. 5 heißt nun:

5. (1) Alle Zahlungen sind auf das äußerste zu beschleunigen.

(2) Nicht vereinbarte Skontoabzüge sind unzulässig.

(3) Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm 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.

(4) Zahlt der Auftraggeber das fällige unbestrittene Guthaben nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlußrechnung, so hat der Auftragnehmer für dieses Guthaben abweichend von § 3 (ohne Nachfristsetzung) ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist.

(5) Der Auftragnehmer darf in den Fällen der Absätze 3 und 4 die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem Auftraggeber zuvor gesetzte angemessene Nachfrist erfolglos verstrichen ist.

Die Neufassung der VOB/B 2002 in diesen Punkten hat ihre Ursache in den veränderten Regularien des BGB nach der Schuldrechtsmodernisierung, insbesondere des § 288. Das ist sinnvoll und führt zur Vereinheitlichung der Rechtspraxis. Zu erkennen ist in der Neufassung, daß der Auftraggeber zur beschleunigten Rechnungsbearbeitung und Zahlung angehalten werden soll. Alle Zahlungen „aufs äußerste zu beschleunigen“ wird zur Rechtspflicht für den Auftraggeber.

Obgleich schon immer galt, daß Skontoabzüge nur dann gezogen werden konnten, wenn sie vereinbart waren, stellt die Neufassung der VOB/B dies vor dem Hin-

SBZ-Tipp

i

VOB/B dem Kunden immer aushändigen

Bei einem Abschluß nach VOB genügt es nicht, wenn der Auftragnehmer in dem schriftlichen Bauvertrag auf die Einbeziehung der VOB/B verweist. Vielmehr muß er (gegebenenfalls vor Gericht) beweisen können, daß der Auftraggeber die Inhalte der VOB/B bei Vertragsabschluß kennt.

Das erreicht man am einfachsten, indem man dem Auftraggeber bei Vertragsabschluß eine VOB/B überreicht. Speziell für diesen Zweck gibt es beim Buchdienst des Strobel-Verlages eine Kombination der aktuellen AGB und der neuen VOB/B.

Telefon (0 29 31) 89 00 51

Telefax (0 29 31) 89 00 58

tergrund des Wildwuchses in der Praxis nochmals ausdrücklich klar.

Die Höhe des Verzugszinssatzes wurde dem gesetzlichen Zinssatz angepaßt. Für unbestrittene Guthaben aus einer Schlußrechnung würden nach erfolglosem Ablauf der 2-Monate-Frist Verzug und Zinsverpflichtungen für den Auftraggeber entstehen. Gegenüber gewerblichen Auftraggebern können 10,57 % (Basiszinssatz 2,57 % plus 8 %) und gegenüber den privaten Auftraggebern 7,57 % (Basiszinssatz 2,57 % plus 5 %) Verzugszinsen berechnet werden. Sofern aus Kontokorrentkrediten ein höherer Verzugszinsschaden entsteht, kann dieser geltendgemacht werden.

Frage der Sicherheiten

Ausschluß von Bürgschaften auf erstes Anfordern: Die Rechtsprechung hatte seit längerem festgestellt, daß Bürgschaften auf erstes Anfordern im Werkvertragsrecht den Auftragnehmer unverhältnismäßig belasten. Deshalb wurden Klauseln, die den Auftragnehmer zur Abgabe einer Bürgschaft auf erstes Anfordern zwangen, als unwirksam von den Gerichten eingestuft. Nunmehr ist in § 17 Nr. 4 Satz 3 zugefügt worden, wonach der Auftragnehmer als Sicherheit **keine Bürgschaft** fordern (kann), die den Bürgen **auf erstes Anfordern** verpflichtet. Diese Regelung wird von dem Rechtsgrundsatz getragen, daß eine Sicherheit Schutz vor Forderungsausfall bie-

ten soll und nicht als Druckmittel oder sogar Mittel zur schnellen Liquiditätsbeschaffung dient.

Rückgabe der Sicherheiten

Gewissermaßen als Ausgleich für längere Gewährleistungsfristen ist in § 17 Nr. 8 neu formuliert worden:

8. (1) Der Auftraggeber hat eine nicht verwendete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, daß Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfaßt sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückbehalten.

(2) Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart ist. Soweit jedoch zu diesem Zeitpunkt seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.

Die VOB/B differenziert nun die Sicherheiten für Vertragserfüllung und für Mängelansprüche. Mit dem Abs. 1 soll der Unsichte ein Riegel vorgeschoben werden, trotz korrekter Vertragserfüllung erhaltene Vertragserfüllungsbürgschaften nicht zurückzugeben und zur Übersicherung zu nutzen.

Interessant dürfte für den Auftragnehmer der Absatz 2 sein, wonach er bereits nach zwei Jahren Gewährleistungsbürgschaften zurückverlangen kann, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Damit hätte der Auftragnehmer nur für die Hälfte der Zeit seiner Gewährleistungsverpflichtung eine Sicherheit für Mängelansprüche zu leisten. Ein Rückbehaltungsrecht hinsichtlich der Sicherheit könnte sich nur dann ergeben, wenn Mängel vor Ablauf der 2-Jahres-Frist geltend gemacht wurden. Es ergibt sich aber wiederum die Frage der praktischen Durchsetzbarkeit dieser Regelung für den Auftragnehmer. Er müßte in Vorleistung gehen, wenn der Anspruch u.U. mit gerichtlichen Mitteln verwirklicht werden soll. Zudem werden sich Auftraggeber alsbald auf diese Regelung einstellen und längere Rückgabefristen in den Verträgen verankern.

Die VOB/B stellen vom Rechtscharakter Allgemeine Geschäftsbedingungen dar. Will sich der Werkunternehmer auf dieses Klauselwerk berufen, bedarf es zunächst einer rechtswirksamen Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag. Bei nicht baukundigen Auftragnehmern ist ein Verweis auf die VOB/B in Angebotsunterlagen, Verträgen oder gar in mündlichen Absprachen keinesfalls ausreichend. Der Auftragnehmer, der Interesse an der Einbeziehung der VOB/B hat, muß vielmehr dafür sorgen, daß der Vertragspartner ausreichende Möglichkeiten zur Kenntnisnahme der VOB/B hat, was am sichersten durch quitierte Übergabe des Klauselwerkes erreicht werden kann. Daneben muß der Auftragnehmer sicherstellen, daß der Auftraggeber auch mit der Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag ein-

verstanden ist. Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, kann von einem VOB/B-Werkvertrag gesprochen werden.

Gewarnt sei vor Eingriffen in die VOB/B in Form des Herausgreifens einzelner Regelungen. Damit verliert die VOB/B ihre Ausgewogenheit mit der Folge, daß jede einzelne Klausel der Kontrolle der inzwischen verschärften AGB-Regeln des BGB zu unterziehen wäre. Für diesen Fall sagen Experten voraus, daß eine Vielzahl der VOB/B-Klauseln dieser Inhaltskontrolle nicht standhalten würden.

Insgesamt stellt die veränderte VOB/B 2002 eine empfehlenswerte Klauselgrundlage dar, auf der Werkverträge aus Sicht des Auftragnehmers effektiv und sicher gestaltet werden können. Im Rechtsverkehr mit der öffentlichen Hand werden Anfang 2003 die notwendigen Einführungs- bzw. Anwendungsvorschriften vorliegen, auf deren Grundlage die VOB/B 2002 dann auch in Verträgen mit Gemeinden und öffentlichen Institutionen zwingend Gegenstand wird.



Dr. jur. Michael Dimanski

gehört seit vielen Jahren dem SBZ-Redaktionsbeirat an. Er ist Geschäftsführer im FVSHK Sachsen-Anhalt und Gesellschafter der überörtlichen Rechtsanwaltssozietät Dr. Dimanski & Partner, Telefon (03 91) 6 26 96 57, Telefax (03 91) 6 26 96 53, E-Mail: RA.Dimanski@t-online.de