

Vortrag Esslohe

I.

Warm-up - Ein Aufreger vorweg -

Der Kläger hatte dem Beklagten im Wege eines Einheitspreisvertrages angeboten, eine Heizungsanlage einzubauen. Er baute die Heizungsanlage ein und erteilte eine Schlussrechnung über

rd. 29.000,00 DM.

Der Beklagte zahlte

22.755,00 DM.

Weitere Zahlungen lehnte er ab. Er behauptete, der Kläger und er hätten einen Pauschalpreisvertrag über

22.755,00 DM

geschlossen.

Der Kläger klagte den vermeintlichen Restwerklohn ein und verlor den Prozess!

Der Bundesgerichtshof (BGHZ 80, 257 ff.) führte aus:

...Der den üblichen Werklohn (§ 632 BGB) fordernde Unternehmer hat die Behauptung des Bestellers zu widerlegen, es sei ein fester geringerer Werklohn vereinbart; gelingt ihm das nicht, so steht ihm Werklohn nur in der vom Besteller als vereinbart behaupteten Höhe zu....

*Der Unternehmer hat aber auch dann die Beweislast, wenn er die Vereinbarung einer **bestimmten** Vergütung behauptet und diese Vergütung einklagt. Behauptet der Besteller, es sei eine andere, niedrigere Vergütung vereinbart, so muss der Unternehmer seine eigene Behauptung beweisen und die Behauptung des Bestellers widerlegen....*

Diese Verteilung der Beweislast gilt auch bei einem Bauvertrag, für den die Geltung der VOB vereinbart ist....

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 09. April 1981 hat grundsätzliche Bedeutung. Es gibt auch heute noch die Rechtslage wieder, wie sie in der Rechtsprechung allgemein gesehen wird!

Das Urteil lehrt:

Hätte der Kläger durch Abschluss eines schriftlichen Vertrages Klarheit geschaffen, wäre ihm der Prozessverlust erspart geblieben.

II. Grundsätzliches zum Schriftformgebot:

1. Sieht das *Gesetz* die *Schriftform* vor, muss

- eine Urkunde errichtet und
- sie von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichen unterzeichnet werden,

§ 126 Abs. 1 BGB.

Die Schriftform kann durch die *elektronische Form* ersetzt werden, wenn

- sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt, § 126 Abs. 3 BGB **und**
- der Erklärungsempfänger bei einseitigen Erklärungen oder die Vertragspartner bei Verträgen hiermit einverstanden sind.

Die gesetzliche *elektronische Form* ist nur eingehalten, wenn

- der Aussteller der Erklärung seinen Namen hinzufügt,

- das elektronische Dokument mit einer *qualifizierten elektronischen Signatur* nach dem Signaturgesetz versehen ist,

§ 126 a Abs. 1 BGB.

2. Ergibt sich das Schriftformerfordernis nicht aus dem Gesetz, sondern haben die Vertragsparteien diese *vereinbart*, so gelten *im Zweifel* die geschilderten Vorschriften für die *gesetzliche* Schriftform. Das Gesetz selbst erleichtert das Schriftformerfordernis wie folgt:

a. Wenn ein anderer Wille der Parteien nicht festgestellt werden kann, reicht die *telekommunikative* Übermittlung. Danach ist die *vereinbarte* Schriftform gewahrt durch

- Fax,
- E-Mail,
- Telegramm.

b. Am Rande:

Ist durch Rechtsgeschäft die *elektronische Form* bestimmt, reicht auch eine andere elektronische als die qualifizierte elektronische Signatur nach § 126 a BGB. Eine Auslegung der entsprechenden vertraglichen Regelung kann sogar dazu führen, der Wille der Parteien ginge dahin, auf eine Signatur ganz zu verzichten.

3. Bedeutung einer *schriftlichen* Erklärung im Rechtsverkehr:

a. Formelle Beweiskraft echter Urkunden:

Die *echte* Privaturkunde erbringt vollen Beweis dafür, dass die in ihr enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben worden ist, § 416 ZPO. D.h., die Beweiskraft erstreckt sich darauf, dass

- die Erklärung geäußert und

- an den Adressaten abgesandt

worden ist.

Die formelle Beweiskraft erstreckt sich *nicht* darauf, dass

- die Erklärung *zugegangen* ist oder
- die Erklärung zu einer bestimmten Zeit sicher an einem bestimmten Ort abgegeben worden ist.

b. Materielle Beweiskraft der Privaturkunde:

Im Gesetz gibt es zur *materiellen* Beweiskraft von privaten Urkunden keine Regelungen. Die Rechtsprechung hat indes den Grundsatz der

Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Urkunden

(auch von Privaturkunden) entwickelt. Er führt der Sache nach dazu, dass die Partei, die entgegen dem Inhalt der Urkunde anderes behauptet, den Inhalt ihrer Behauptung beweisen muss. In der Rechtsprechung liest sich dies wie folgt (BGH NJW 2002, 3164, 3165):

... Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände - sei es zum Nachweis eines vom Urkudentext abweichenden übereinstimmenden Willens der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten aus der Sicht des Erklärungsempfängers.... - beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen....

III.

Gesetzliche Schriftformerfordernisse:

1. Grundsatz:

Es gilt der Grundsatz der *Formfreiheit*. Rechtsgeschäftliche Erklärungen sind deshalb

grundsätzlich rechtswirksam, ohne eine bestimmte Form haben zu müssen. Anderes gilt nur dann, wenn dies gesetzlich bestimmt ist.

Hiervon kennt das Gesetz Ausnahmen.

2. Werkvertragsrecht, §§ 631 ff. BGB:

Das gesetzliche Werkvertragsrecht kennt *keine* Formerfordernisse und somit auch kein *Schriftformerfordernis*.

3. Sonstige im Baurecht bedeutsame Formerfordernisse des Gesetzes:

Wegen der Bedeutung im Baurecht ist auf das *Schriftformerfordernis* der Bürgschaftserklärung hinzuweisen, § 766 BGB. Danach ist ein Bürgschaftsvertrag nur gültig, wenn

- die Bürgschaftserklärung *schriftlich erteilt* worden ist,
- wobei die *elektronische Form* ausdrücklich *ausgeschlossen* ist.

Hat somit der Bürge seine Bürgschaftserklärung *schriftlich zu erteilen*, muss er nach dem Gesetz die Bürgschaftserklärung unterschreiben und sich der Verfügungsmacht über die Urkunde entäußert haben, indem er sie dem Vertragspartner zur Verfügung stellt. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist die Bürgschaftserklärung unwirksam. Ein Bürgschaftsvertrag ist mangels *schriftlicher Erteilung* der Bürgschaftserklärung somit *nicht* zustande gekommen, wenn die Bürgschaft zur Verfügung gestellt wird

- abschriftlich,
- als Telegramm oder
- als Telefax.

IV.

Schriftformerfordernisse in der VOB/B:

1. Vorab:

Die VOB/B ist kein Gesetz. Sie ist eine *Allgemeine Geschäftsbedingung*, so dass die *Schriftformerfordernisse* in der VOB/B *keine* gesetzlichen, sondern *vereinbarte* Schriftformerfordernisse sind.

2. Die Schriftformerfordernisse der VOB/B im Einzelnen:

Die VOB/B sieht im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch eine Vielzahl von Schriftformerfordernissen vor:

a. § 4 Abs. 3 VOB/B:

*Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung..., gegen die Güte der vom Auftraggeber gelieferten Stoffe und Bauteile oder gegen die Leistungen anderer Unternehmer, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich - möglichst schon vor Beginn der Arbeiten - **schriftlich** mitzuteilen;...*

b. § 4 Abs. 8 Nr. 1 S. 1 und 2 VOB/B:

*Der Auftragnehmer hat die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen. Mit **schriftlicher** Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen.*

c. § 4 Abs. 10 VOB/B:

*Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist **schriftlich** niederzulegen.*

- d. § 6 Abs. 7 S. 1 VOB/B:

*Dauert eine Unterbrechung länger als 3 Monate, so kann jeder Teil nach Ablauf dieser Zeit den Vertrag **schriftlich** kündigen.*

- e. § 8 Abs. 5 VOB/B:

*Die Kündigung ist **schriftlich** zu erklären.*

- f. § 9 Abs. 2 S. 1 VOB/B:

*Die Kündigung ist **schriftlich** zu erklären.*

- g. § 12 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B:

*Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt...Der Befund ist in gemeinsamer Verhandlung **schriftlich** niederzulegen. In der Niederschrift sind etwaige Vorbehalte wegen bekannter Mängel und wegen Vertragsstrafen aufzunehmen, ebenso etwaige Einwendungen des Auftragnehmers. Jede Partei erhält eine Ausfertigung.*

- h. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B:

*Wird keine Abnahme verlangt, so gilt die Leistung als abgenommen mit Ablauf von 12 Werktagen nach **schriftlicher** Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung.*

- i. § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 1 VOB/B:

*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...*

- j. § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B:

*Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des **schriftlichen** Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist nach Abs. 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist.*

k. § 15 Abs. 3 S. 4 VOB/B:

*Dabei kann er Einwendungen auf den Stundenzetteln oder gesondert **schriftlich** erheben.*

l. § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B:

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

m. § 16 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B:

*Einer Schlusszahlung steht es gleich, wenn der Auftraggeber unter Hinweis auf geleistete Zahlungen weitere Zahlungen endgültig und **schriftlich** ablehnt.*

n. § 18 Abs. 2 VOB/B:

Unter dieser aus 2 Absätzen bestehenden Vorschrift sind die Schriftformerfordernisse geregelt, wenn Meinungsverschiedenheiten mit Behörden bestehen und der Auftragnehmer die sog. *vorgesetzte* Stelle anruft. Von dem Zitat dieser Vorschriften wird hier abgesehen.

3. Die Rechtsfolgen, wenn ein *Schriftformerfordernis* der VOB/B nicht eingehalten worden ist, sind nicht immer gleich. Exemplarisch werden folgende Vorschriften behandelt:

a. § 4 Abs. 3 VOB/B:

Die Vorschrift enthält die *Obliegenheit*, Bedenkenhinweise zu erteilen.

Diese Vorschrift kann in ihrer Bedeutung *nicht* überschätzt werden:

(1) Es gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der

funktionale Mangelbegriff.

Er führt dazu, dass der Werkunternehmer - unabhängig von Vorunternehmerleistungen und der ihm zur Verfügung gestellten Planung - zunächst grundsätzlich dafür einzustehen hat, dass sein Werk *funktionstauglich und zweckentsprechend* ist. In dem „berühmten“ *Düsseldorfer Lagerhallenfall* konnte das Dach bei der konkret vereinbarten Ausführungsart bei starkem Windeinfall *nicht* regendicht sein (BGH BauR 2000, 411 ff.). Obwohl der Werkunternehmer sich strikt an die konkret vereinbarte Ausführungsart gehalten hatte und ihm hierbei ausführungstechnisch *keine* Fehler unterlaufen waren, war nach Auffassung des Bundesgerichtshofs das Dach

mangelhaft.

(2) In einer solchen Fallgestaltung kann der Auftragnehmer seiner Haftung nur entgehen, wenn er entweder

- bei ordnungsgemäßer Prüfung der Planung und der Vertragsunterlagen *nicht* erkennen kann, dass das von ihm versprochene Werk *nicht* zweckentsprechend und funktionstauglich werden kann oder
- er Bedenken gegen die Ausführung der Leistung anmeldet.

Liegt eine der vorgenannten Voraussetzungen vor, ist der Werkunternehmer *haftungsfrei*.

(3) Um in den Genuss der Haftungsfreistellung zu kommen, muss beim VOB/B-Vertrag der Bedenkenhinweis

schriftlich

erfolgen. Erfolgt der Bedenkenhinweis *nicht* schriftlich, so kommt es *nicht* zur vollständigen Haftungsfreistellung des Auftragnehmers. Hat er seine Bedenken dem Auftraggeber ausreichend deutlich *mündlich* mitgeteilt, kommt allenfalls ein *Mitverschulden* des Auftraggebers in Betracht, §§ 254, 278 BGB (OLG Hamm BauR 1995, 852 ebenda), das allenfalls zu einer Quotelung der Haftung führt.

(4) An einen Bedenkenhinweis sind weitere Anforderungen zu stellen:

a. Er muss in der

gebotenen Klarheit

abgefasst sein. Dies ist er nur dann, wenn er so eindeutig ist, dass der Auftraggeber die Tragweite des Nichtbefolgens des Bedenkenhinweises versteht (BGH NJW 1975, 1217, ebenda; OLG Hamm BauR 1995, 852, ebenda).

b. Der Bedenkenhinweis muss an den

richtigen Adressaten

gerichtet sind. Der richtige Adressat ist immer der Auftraggeber. Problematisch ist, ob der

Architekt

auch insoweit Bevollmächtigter ist. Der Architekt ist auf jeden Fall *nicht* richtiger Adressat, wenn er sich dem Bedenkenhinweis verschließt. Dann muss der Bedenkenhinweis zwingend gegenüber dem Auftraggeber erfolgen (BGH BauR 1997, 301, ebenda).

c. Ferner muss der Bedenkenhinweis

zur rechten Zeit

erfolgen. Dies heißt, *unverzüglich* nach Feststellung der Tatsachen, die Bedenken begründen, muss der Bedenkenhinweis ausgesprochen werden. Regelmäßig hat er *vor* Aufnahme der Arbeiten zu erfolgen. Treten erst später Bedenken auf, sind sie dann unverzüglich dem Auftraggeber mitzuteilen.

b. § 4 Abs. 8 Nr. 1 VOB/B:

Erteilt der Auftraggeber seine Zustimmung *nicht schriftlich*, so hätte dass nach allgemeinen Grundsätzen zur Folge, dass die nur *mündlich* erteilte Zustimmung *nichtig* ist. Im Rahmen der hier genannten Vorschrift gilt das indes nur, wenn *nicht ein anderer übereinstimmender Wille* der Vertragspartner anzunehmen ist. Gehen *beide* Vertragspartner davon aus, die nur *mündliche* Zustimmung sei *gültig*, verbleibt es hierbei.

c. §§ 6 Abs. 7 S. 1, 8 Abs. 5, 9 Abs. 2 S. 1 VOB/B:

Diese Vorschriften formulieren einen durchgängigen Grundsatz der VOB/B:

Kündigungen sind *schriftlich* auszusprechen.

Wird das *Schriftformerfordernis* nicht eingehalten, ist die Kündigung *unwirksam*, § 125 S. 2 BGB.

Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Vertragsparteien *einverständlich* auf die Einhaltung der Schriftform verzichtet haben, was derjenige zu beweisen hat, der sich hierauf beruft.

Ist danach eine nicht formgerechte Kündigung unwirksam, ist der Vertrag *grundsätzlich* nicht beendet. Bei der Rechtsanwendung ist in einem solchen Falle immer zu prüfen, ob möglicherweise auch eine *einverständliche*

Vertragsaufhebung unabhängig von der Kündigung erfolgt ist.

d. § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B:

Diese Vorschrift hat die *fiktive* Abnahme zum Gegenstand. Wenn dort von der *schriftlichen* Mitteilung die Rede ist, so geht es *nicht* um das *Schriftformerfordernis*, wie es vorstehend dargestellt worden ist. Es kommt nur auf die Verkörperung eines Umstandes an, der als *Mitteilung* über die Fertigstellung der Leistung verstanden werden kann. So ist allgemein anerkannt, dass die *Zusendung der Schlussrechnung* eine derartige *schriftliche Mitteilung* ist (bspw. BGH BauR 1989, 603, 604).

e. § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B:

In der Auslegung durch die Rechtsprechung ist *dieses* Schriftformerfordernis belanglos. Das Entstehen des *Nacherfüllungsanspruchs* setzt *nicht* voraus, dass die Mangelbeseitigung *schriftlich* verlangt worden ist (BGH BauR 1972, 311). Es wäre nicht nachvollziehbar, den Nacherfüllungsanspruch *vor* Abnahme von keiner Form und ihn *nach* der Abnahme vom Schriftformerfordernis abhängig zu machen.

Das Schriftformerfordernis des S. 1 muss im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis des S. 2 gesehen werden:

In den Genuss der möglicherweise verlängerten Verjährung für Mängelansprüche kommt nur der Auftraggeber, der *schriftlich* den Auftragnehmer zur Mangelbeseitigung/Nacherfüllung aufgefordert hat. *Insoweit* wirkt die *schriftliche* Aufforderung *rechtsbegründend*. Das Landgericht Frankfurt a. M. hat mit Urteil vom 08.01.2015 - 2-20 O 229/13 - entschieden, eine Mängelanzeige per E-Mail reiche nicht aus.

f. § 15 Abs. 3 S. 4 VOB/B:

In der Rechtslehre ist *umstritten*, ob die Einhaltung des *Schriftformerfordernisses* geboten ist, um durch die Erhebung von Einwendungen die Anerkenntniswirkung zu vermeiden.

V.

Baustellenprotokoll:

1. In der Baupraxis ist es nahezu die Regel, rechtsgeschäftliche Vereinbarungen puzzleartig aus verschiedenen Urkunden/Unterlagen zusammensetzen (Bauvertrag mit ZVB, BVB, Vorbemerkungen zu Leistungsverzeichnissen, *Verhandlungsprotokollen* etc.). Die *Verhandlungsprotokolle* werden zumeist anlässlich der Vertragsverhandlungen gefertigt, in denen erörtert wird, in welchem Umfang die Submissionsunterlagen angepasst werden sollen.
2. Durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das

Baustellenprotokoll

in den Fokus des juristischen Interesses gerückt.

Der Bundesgerichtshof hatte mit Urteil vom 27.01.2011 folgende Fallgestaltung zu entscheiden (BauR 2011, 669 ff.):

1998 schloss die Klägerin mit einem Holzbaubetrieb einen VOB-Werkvertrag. Seinerzeit betrug die Verjährungsfrist 2 Jahre. Obwohl der Vertrag geschlossen war, bat die Auftraggeberin die Auftragnehmerin zu einer Besprechung. Die Auftragnehmerin entsandte einen Mitarbeiter, von dem sie behauptete, er sei zu vertragsändernden Erklärungen nicht bevollmächtigt gewesen. Das in dem Besprechungstermin gefertigte Verhandlungsprotokoll wurde für die Auftragnehmerin von dem Mitarbeiter unterzeichnet. In ihm war eine 5jährige Verjährungsfrist vorgesehen. Die Auftragnehmerin erhob keinen Widerspruch gegen das ihr von der Auftraggeberin übersandte Verhandlungsprotokoll.

Was passieren musste, passierte:

Es kam zu Fäulnisschäden am Holzwerk. Galt die 2jährige Verjährungsfrist, wären die Ansprüche des Auftraggebers verjährt gewesen, nicht jedoch, wenn die 5jährige Verjährungsfrist galt.

Wie entschied der Bundesgerichtshof?

Er ließ die Verjährungseinrede *nicht* durchgreifen. Er behandelte nämlich das Verhandlungsprotokoll nach den Grundsätzen über ein *kaufmännisches Bestätigungsschreiben* und meinte, da diesen nicht widersprochen worden sei, gälte die 5jährige Verjährungsfrist:

...Erhält der Auftragnehmer zeitnah zur Verhandlung über den bereits geschlossenen Vertrag das darüber erstellte Protokoll und ist aus diesem die Abänderung des Vertrages zu erkennen, ist er in gleicher Weise verpflichtet, den Änderungen zu widersprechen, wie er es wäre, wenn er nach der Vertragsverhandlung ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben über das Ergebnis der Vertragsverhandlungen erhalten hätte...

Diese Grundsätze sind zwar nicht direkt anwendbar, weil ein Protokoll über eine nach Vertragsschluss geführte Verhandlung über den geschlossenen Vertrag kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist. Es kommt einem solchen Schreiben inhaltlich und seinem Zweck aber so nahe, dass es gerechtfertigt ist, die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entsprechend anzuwenden...

Die weiteren Ausführungen des Bundesgerichtshofs machen deutlich, dass er generell *Baustellenprotokolle*, in denen Änderungen vertraglicher Regelungen enthalten sind, entsprechend behandeln will. Es ist deshalb zukünftig erforderlich zu prüfen, ob ggf. in Baustellenprotokollen Erklärungen zu finden sind, die vertragsändernden Charakter haben könnten. Sollen diese nicht *akzeptiert* werden, ist dem Schreiben *umgehend* zu widersprechen („Daumenformel“: spätestens 3 Tage nach Empfang muss der Widerspruch beim Absender sein).