

Dr. Peter Hammacher

Handbuch der Auftragsabwicklung

6. vollständig überarbeitete Auflage

unter Mitwirkung von Markus Lamberty, LL.M.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,
(Kapitel „Fremdpersonal und Haftungsfragen“)

GHC Verlag und Seminare, Heidelberg

2 Allgemeines Vertragsrecht

2.1 Welches Recht gilt?

Wer in Vertragsverhandlungen eintritt, muss sich zunächst darüber im Klaren werden, nach welchen Regeln der Vertrag geschlossen und der Auftrag abgewickelt werden soll.

Bis heute stehen sich weltweit zwei Vertragsordnungen gegenüber: Das Vertragsrecht, Civil Law, das seine historischen Wurzeln im römischen Recht hat und dementsprechend die meisten Rechtsordnungen des Europäischen Kontinents geprägt hat, mit Export nach Latein-Amerika, in die Volksrepublik China und nach Japan einerseits und das Common Law andererseits, das seine Regeln aus der Rechtspraxis der königlichen Gerichte in Westminster entwickelte und in den Ländern des ehemaligen Commonwealth, in Afrika, Indochina, Australien, Kanada und insbesondere den USA verankert ist. Hinzu kommen das islamische Recht mit seinen verschiedenen Ausprägungen sowie vielfältiges regionales, lokales Recht.

In einer globalisierten Welt stehen nationale Besonderheiten dem Handel, der Freizügigkeit und der Bewältigung gemeinsamer wirtschaftlicher, ökologischer und sozialer Herausforderungen im Wege.

Durch ihren friedlichen Zusammenschluss zur Europäischen Union ist es gelungen, wichtige Teile der nationalen Rechtssysteme zu harmonisieren. Dieses supranationale Recht nennt man Unionsrecht. Mit dem BREXIT scheidet das Vereinigte Königreich aus dieser Entwicklung aus. Allerdings wurden viele auf europäischer Ebene geschaffene Regelungen in nationales englisches Recht überführt und gelten internationale Abkommen bis zu ihrem Ablauf fort. Neue Abkommen werden sich an den bisherigen Standards orientieren. Auch ist – trotz imperialistischer Töne - damit zu rechnen, dass sich Großbritannien nicht völlig aus dieser Rechtsentwicklung ausklinken, sondern, wie z.B. die Schweiz, bemüht sein wird, Gemeinsamkeiten zu erhalten, schon um die eigene Wirtschaft nicht zu belasten.

Aber auch weltweit wurde bereits viel für ein gemeinsames Rechtsverständnis geleistet, auch im Vertragsrecht. Den Vereinten Nationen mit ihren internationalen Organisationen kommt bei dem Bemühen um einheitliche Rechtsstandards große Bedeutung zu. So entfaltet z.B. das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) vom 11.4.1980 (CISG, BGBl. 1989 II S. 588) als nationales Gesetz im Verhältnis zwischen Vertragspartnern Wirkung, wenn die beiden Mitgliedsstaaten, in denen die Vertragspartner ihren Sitz haben, dem CISG beigetreten sind. Für viele Liefergeschäfte zwischen deutschen und ausländischen Geschäftspartnern würde deshalb das CISG gelten, wenn es nicht, wie so oft in den Verträgen, standardmäßig ausgeschlossen würde. Das ist schade, weil sich damit Unternehmen aus Deutschland, die in besonderem Maße auf internationale Geschäftstätigkeit angewiesen sind, nicht an der Chance zur Verbesserung der internationalen Geschäftspraxis beteiligen. Der Ausschluss des CISG ist dabei meist nicht einmal das Ergebnis einer reiflichen Überlegung unter Abwägung der Vor- und Nachteile im Vergleich zum deutschen Zivilrecht, sondern schlicht Ausdruck von Bequemlichkeit.

3 Allgemeine Geschäftsbedingungen

3.1 Grundlagen

Häufiger Bestandteil von Verträgen sind die sogenannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Die deutsche Rechtsordnung hat sich dieser AGB in besonderer Weise angenommen und den Schutz derjenigen, die mit diesen AGB konfrontiert werden, über das Bedürfnis der Praxis nach standardisierten Vertragsmustern und -formulierungen gestellt.

3.1.1 Definition

Unter AGB versteht man alle für eine Vielzahl von Verträgen (mehr als zwei) vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt, § 305 Abs.1 BGB. Für die Charakterisierung einer Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung kommt es auf ihre Form nicht an. Auch eine handschriftlich auf Papier gebrachte Klausel, die bei mehreren Verträgen in dieser Form wiederholt wird, ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Es reicht sogar aus, wenn die Klausel zum Zwecke der Einbeziehung in die zu schließenden Verträge "im Kopf" des AGB-Verwenders oder seiner Abschlussgehilfen "gespeichert" ist und aus dem Gedächtnis in den Vertrag üblicherweise oder gegenüber einer Mehrzahl von Vertragspartnern eingefügt wird (BGH, Urt. v. 10.3.1999 - VIII ZR 204-98, NJW 1999, 2180; BGH, Urt. v. 13.11.1997 - X ZR 135-96, NJW 1998, 1066).

Wird der Text lediglich einmal formuliert, um ihn in einer Ausschreibung zwar mehreren Bietern zur Verfügung zu stellen, aber nur um mit einem von ihnen einen Vertrag abzuschließen, liegt hierin noch keine Vielzahl von vorformulierten Vertragsbedingungen (BGH, Urt. v. 26.9.1996 - VII ZR 318/95, NJW 1997, 135); wohl aber, wenn der erfolgreiche Bieter sodann den Vertrag „durchstellt“ und mit mehreren Subunternehmern Teilleistungen zu denselben kaufmännischen Konditionen vereinbart.

Verbraucher-Verträge

Auf Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher finden die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB auf vom Unternehmer vorformulierte Vertragsbedingungen sogar dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte, § 310 Abs.3 Nr.2 BGB (BGH, Urt. v. 30.3.2017 - VII ZR 269/15, IBRRS 2017, 1480).

3.1.2 Einbeziehung

Ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Einkaufs-, Bestell-, Verkaufsbedingungen, kaufmännische und technische Bedingungen, allgemeine, zusätzliche, besondere Bedingungen, etc., im englischen Sprachgebrauch General, Special, Particular Conditions of the Contract) des Auftragnehmers oder Auftraggebers und/oder des Kunden gelten sollen, muss vereinbart werden. Dies kann ausdrücklich geschehen, oder auch in Form einer Rahmenvereinbarung, wenn mit dem Partner häufig Geschäftskontakte bestehen.

4 Leistung und Vergütung

4.1 Was muss der Auftragnehmer leisten? Bestimmung des Liefer- und Leistungsumfangs

Was der Auftragnehmer versprochen hat, muss er auch halten. Aber, was hat er versprochen? Dies herauszubekommen kann bei allen Vertragstypen mitunter schwierig sein und ist doch so bedeutsam für die Bemessung der Vergütung einerseits (es wird mehr geliefert oder geleistet, als vereinbart) und für mögliche Mängelansprüche des Auftraggebers andererseits (das Bausoll wird nicht erreicht).

Wenn die Parteien es nicht geschafft haben, den Liefer- und Leistungsumfang des Auftragnehmers und die Schnittstellen zum Auftraggeber, seinen Planern und anderen Auftragnehmern deutlich zu definieren, ist ein Streit vorprogrammiert. Gleiches gilt, wenn sich im Leistungsverzeichnis Fehler, Überlappungen oder Lücken ergeben.

Durch Auslegung des Vertrages und aller relevanten Umstände muss dann versucht werden, zu ermitteln, was sich die Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages zu der streitigen Frage gedacht haben. Es wird also im Nachhinein, oft nach Aktenlage, etwas rekonstruiert – von Leuten, die gar nicht dabei waren. Diese unerfreuliche und ineffiziente Abwicklung lässt sich nur vermeiden, wenn die Vertragsparteien von Anfang an auf die saubere Erarbeitung des Liefer- und Leistungsumfangs große Mühe verwenden. Leider ist dies unter Kosten- und Zeitdruck nicht immer der Fall.

Da dies alles im Baurecht am meisten diskutiert und durch Urteile präzisiert wurde, nehmen wir das Baurecht als Ausgangspunkt für die Auslegung des Liefer- und Leistungsumfangs bei allen besprochenen Vertragstypen.

4.1.1 Auslegung eines Vertrages

Leider bleibt die Frage, ob etwas zum Liefer- und Leistungsumfang gehört, oft scheinbar unbeantwortet. Manche Dinge scheinen nicht ausreichend geregelt; manche Formulierungen sind zu allgemein oder ungenau, andere sogar widersprüchlich. Klar, dass bei divergierenden Interessen jede Partei den Text so interpretiert, wie es für sie vorteilhaft erscheint. Letztlich wird derjenige überzeugen, der die besseren Argumente für seine Interpretation hat.

Die Aufgabe, Texte auszulegen, kommt seit Jahrtausenden den „Schriftgelehrten“ zu. In unserer Zeit muss sich auch der Projektleiter die dafür entwickelten Überlegungen zu Nutze machen. Natürlich kann hier kein Lehrbuch zur Vertragsauslegung präsentiert werden. Folgende, keineswegs erschöpfenden Überlegungen können aber bei der Auslegung von Texten hilfreich sein:

- § 133 BGB bestimmt, dass bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist.
- Die Auslegung erfolgt dabei aus der Sicht des objektivierte Empfängers der Willenserklärung (Empfängerhorizont). Es zählt also nicht, was jemand sagen will, sondern das, was der andere verstehen durfte

5 Störungen in der Auftragsabwicklung durch den Auftragnehmer

5.1 Vorbemerkung, allgemeines Leistungsstörungenrecht, besonderes Schuldrecht

Bei der Erledigung von Aufträgen geht leider nicht immer alles reibungslos. Es kann zu Störungen in der Auftragsabwicklung („Leistungsstörungen“) kommen, die entweder aus der Sphäre des Auftragnehmers, des Auftraggebers oder Dritter am Bau beteiligter Firmen herrühren – oder ihre Ursache sogar völlig außerhalb des Vertragsverhältnisses haben.

In diesem Kapitel werden typische Störungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftragnehmers dargestellt. Hierbei handelt es sich vor allem um die Beantwortung der Fragen:

Welche Rechte stehen dem Auftraggeber in diesen Situationen zu?

Was kann er unternehmen, um diese Rechte erfolgreich geltend zu machen?

Wie sollte sich der Auftragnehmer verhalten, wenn er mit den Ansprüchen des Auftraggebers konfrontiert wird?

Das BGB und ihm folgend auch die VOB/B gewähren dem Auftraggeber verschiedene Rechte, wenn es Probleme mit der Auftragsabwicklung durch den Auftragnehmer gibt. Ein Teil dieser Rechte findet sich in dem für alle Schuldverhältnisse geltenden allgemeinen Schuldrecht, andere in den Titeln zu den jeweiligen Vertragstypen des besonderen Schuldrechts.

Lange Zeit war umstritten, ob es einen Unterschied macht, ob die Mängel schon während der Auftragsabwicklung entstanden und ggf. entdeckt wurden, oder erst nachdem die Sache an den Auftraggeber übergeben bzw. von ihm abgenommen wurde. Der BGH hat für das Werkvertragsrecht entschieden (BGH, Urt. v. 19.1.2017 - VII ZR 301/13, BeckRS 101777; BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 193/15, IBRRS 2017, 0804 und BGH, Urt. v. 19.1.2017 - VII ZR 235/15), dass die Mängelrechte des Werkvertragsrechts erst nach der Abnahme anzuwenden sind. Die Rechte auf Nacherfüllung, Vorschuss und Minderung können demnach vorher in der Regel nicht geltend gemacht werden. Nur ausnahmsweise ist dies anders, wenn der Auftraggeber Erfüllung nicht mehr verlangen kann. (OLG München Urt. v. 31.07.2018 – 28 U 3161/16, IBRRS 2018,2863)

Für das Kaufrecht wird man jetzt von den gleichen Grundsätzen ausgehen können und die Mängelansprüche erst ab Gefahrübergang, also Übergabe der Sache anwenden.

Wer also Ansprüche wegen Mängeln geltend machen will, muss den Zeitpunkt beachten, bevor er sich für eine Vorgehensweise entscheidet!

Dem Grundkonzept dieses Buches folgend, werden die Störungen in der Folge des Projektablaufs behandelt, also zunächst bis zur Abnahme, dann danach. Dabei werden die Rechte des Auftraggebers parallel für *Kaufvertrag*,

6 Störungen in der Auftragsabwicklung durch den Auftraggeber

6.1 Der Auftraggeber unterlässt eine Mitwirkungshandlung

6.1.1 Annahmeverzug

Der Auftraggeber gerät in Annahmeverzug (auch: Gläubigerverzug), wenn er die fällige Leistung des Auftragnehmers nicht annimmt. Der Auftragnehmer muss seine Lieferung oder Leistung so wie vereinbart tatsächlich anbieten.

Beispiel: Der LKW des Auftragnehmers mit der Ware fährt zum Hauptsitz des Auftraggebers.

War die Zweigstelle als Erfüllungsort vereinbart, oder war vereinbart, dass der Auftragnehmer auch abladen soll, oder handelt es sich gar nicht um die bestellte Ware, liegt kein tatsächliches Angebot vor, § 294 BGB. Auch die bloße Mitteilung, die Ware sei unterwegs ist noch kein tatsächliches Angebot.

Ein wörtliches Angebot reicht aber aus, wenn der Auftraggeber bereits erklärt hat, dass er nicht annehmen wird. Es reicht auch aus, wenn eine Mitwirkungshandlung des Auftraggebers erforderlich ist.

Beispiel: Der Auftragnehmer fordert den Auftraggeber auf, die Leistung bis zum abzunehmen.

In der Aufforderung liegt zugleich das Angebot, § 295 BGB.

Eine vorübergehende Annahmeverhinderung reicht noch nicht, es sei denn der Auftragnehmer hat angemessen früh angekündigt, § 299 BGB.

Beispiel: Der Auftragnehmer informiert den Auftraggeber zwei Tage vorher, dass er mit der Montage beginnen will und weist darauf hin, dass Baufreiheit herzustellen ist.

Dann liegt Annahmeverzug vor; zu den Konsequenzen sogleich.

Der Auftragnehmer muss aber, wenn er seine Leistung anbietet bzw. wenn der Auftraggeber handeln soll, auch wirklich in der Lage sein, seine Lieferung oder Leistung zu erfüllen, § 297 BGB.

Beispiel: Der Auftragnehmer soll Dachdeckerarbeiten ausführen. Seine Mitarbeiter rücken an, aber ohne Hubgerät oder Gerüste.

Der Auftragnehmer sollte insbesondere, wenn er seine Lieferung oder Leistung wörtlich anbietet, ausdrücklich seine Leistungsfähigkeit erwähnen (vgl. **Muster-AN 06**)

6.1.1.1 Haftungsbegrenzung

Kommt es zu einem Schaden haftet der Auftragnehmer bei leichter Fahrlässigkeit nicht.

7 Störungen in der Auftragsabwicklung durch Dritte

Störungen bei der Abwicklung von Aufträgen werden oft nicht unmittelbar durch den Auftragnehmer selbst oder durch den Auftraggeber verursacht, insbesondere dann, wenn es sich um juristische Personen handelt, die selbst gar nicht tätig werden.

Auftraggeber bzw. Auftragnehmer handeln durch ihre Organe (z.B. Geschäftsführer) und müssen sich deren Verhalten zurechnen lassen. Die eigenen Mitarbeiter und Externe, die in ihrem Auftrag tätig werden, sind meist deren Erfüllungsgehilfen bei der Erfüllung eines abgeschlossenen Vertrages. Sofern die Vertretungsmacht nicht überschritten wird (siehe oben 2.15) ist auch deren Verhalten zuzurechnen.

7.1 Erfüllungsgehilfen

Um den Vertrag zu erfüllen, beauftragen die Parteien weitere Vertragspartner (siehe unten Kapitel 14 Diese sind Erfüllungsgehilfen und die Partei muss sich deren Verhalten zurechnen lassen, § 278 BGB.

Beispiel: Der Subunternehmer, der Teilleistungen für den Auftragnehmer erbringt, damit dieser seinen Werkvertrag erfüllen kann

Der Architekt, der für den Auftraggeber Pläne erstellt, die dem Auftragnehmer übergeben werden, damit danach die Konstruktion fertigen und montieren kann.

Anders sieht dies die Rechtsprechung für Lieferanten des Auftragnehmers

Beim *Kaufvertrag* und *Werklieferungsvertrag* ist nach der Rechtsprechung der Lieferant, den der Auftragnehmer mit der Lieferung oder Bearbeitung der Ware betraut hat, kein Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers (BGH, Urt. v. 2.4.2014 - VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183; Bestätigung von BGHZ 48, 121). Gegenstand des *Kaufvertrages* ist die Eigentumsübertragung (siehe oben Kapitel 2.12.1). Die Verpflichtung des Verkäufers soll sich auf die mangelfreie Verschaffung der Sache beschränken, nicht hingegen die Herstellung der Sache umfassen. Bei der Erfüllung der Verschaffungspflicht bedient sich der Verkäufer aber nicht des Herstellers. Dies gilt auch für den Werklieferungsvertrag und folgt aus der gesetzlichen Zuordnung zum Kaufrecht. (BGH, Urt. v. 2.4.2014 - VIII ZR 46/13, NJW 2014, 2183).

Der Hersteller von Baumaterialien ist auch nicht Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers, der solche Materialien bei der Herstellung des geschuldeten Werks verwendet (BGH, Urt. v. 9.2.1978 - VII ZR 84/77, NJW 1978, 1157). Das schmälert nicht seine Pflicht, seinen Vertrag zu erfüllen, spielt aber für die Art des Anspruchs des Auftraggebers eine Rolle.

Schadenersatzansprüche setzen ein schuldhaftes Verhalten voraus. Der Auftraggeber muss sich das schuldhafte Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen wie eigenes zurechnen lassen, § 278 BGB.

8 Abnahme

8.1 Bedeutung

Werkvertrag / Bauvertrag / VOB/B-Bauvertrag

Bei Vertragsschluss übernimmt der Auftragnehmer die Pflicht, seine Lieferung oder Leistung zu erbringen. Wenn erfüllt, ist der Auftraggeber verpflichtet, die Lieferung und Leistung des Auftragnehmers abzunehmen und zu bezahlen, § 433 Abs.2 BGB, § 640 Abs.1 BGB.

In dieser „Stunde der Wahrheit“ muss der Auftragnehmer sein Versprechen einlösen. Jetzt entscheidet sich, ob die Lieferung oder Leistung so ist wie es der Auftraggeber mit ihm vereinbart hat.

Nimmt der Auftraggeber die Lieferung oder Leistung entgegen, so erklärt er damit, a) dass das Werk dem entspricht, was er verlangt hat und dass der Auftragnehmer sein Versprechen vertragsgemäß erfüllt hat und b) dass er das Werk auch so in Besitz nimmt.

Verweigert der Auftraggeber jedoch die Abnahme, liegt darin die Erklärung, dass nach seiner Ansicht der Auftragnehmer sein Versprechen nicht eingelöst hat; der Auftragnehmer hat den Vertrag (noch) nicht erfüllt.

Bei der Abnahme handelt sich um eine Moment-Aufnahme. Nur in dieser „Stunde der Wahrheit“ muss die Sache des Auftragnehmers im Wesentlichen mangelfrei und gebrauchstauglich sein (zum Mängelbegriff siehe oben Kapitel 5.7.1). Probleme, die erst später entstehen, gehen nicht mehr zu seinen Lasten. Der Zeitpunkt der Abnahme hat damit eine zentrale Bedeutung in der Auftragsabwicklung.

Dieser Zusammenhang von Leistung und Abnahme wird in der Praxis oft verkannt. Insbesondere ist die Vorstellung weit verbreitet, der Auftragnehmer habe während einer sich an die Abnahme anschließenden „Gewährleistungsfrist“ sämtliche auftretenden Störungen zu beseitigen. Dies gelte insbesondere für sogenannte „versteckte Mängel“. Nicht selten wird diese vertragsrechtliche Unkenntnis bei den Auftragnehmern von den Auftraggebern dazu ausgenutzt, um sich auf diese Weise über Jahre hinweg die stetige kostenlose Hilfe des Auftragnehmers zu sichern, wenn an der abgenommenen Sache Probleme auftauchen. So wurde die „Gewährleistung“ schon für manchen Auftragnehmer zum kundenfreundlichen Wartungsvertrag. „Gewährleistung“ ist aber kein „Full-Service-Vertrag“ mit Ersatzteilgarantie.

Kaufvertrag / Werklieferungsvertrag

Während im Werkvertragsrecht die Abnahme gesondert geregelt ist, und sich verschiedene Formen der Abnahme herausgebildet haben (siehe unten 8.3), kommt es für die Abnahme der Ware nach Kaufrecht nur auf die Übergabe der Ware an.

Bauträgervertrag

Typischerweise geht es hier um die Abnahme mehrerer Wohneinheiten. Während die Wohnungseigentümergeinschaft per Beschluss das Recht an sich ziehen kann, Mängelrechte geltend zu machen, kann sie nicht beschließen,

9 Rechnungslegung und Zahlung

9.1 Darlegen und Beweisen

"Recht haben und Recht bekommen sind Zweierlei" sagt der Volksmund und bestätigt den täglichen Kampf vor Gericht. Wer diesen Kampf gewinnen will, muss alles dokumentieren, was er möglicherweise später einmal beweisen muss. Behaupten kann man viel: über getroffene Vereinbarungen, über Abläufe oder Ereignisse auf der Baustelle, über angebliche Kosten oder Marktpreise usw. Entscheidend ist, ob man das auch beweisen kann.

Für das Gericht spielt die Beweislastverteilung eine wichtige Rolle. Grundsätzlich gilt, dass jede Partei die Beweislast dafür trägt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen einer vertraglichen oder gesetzlichen Norm erfüllt sind, die für die Partei günstig ist.

Beispiele: Der Auftragnehmer behauptet, dass ein Mitarbeiter des Auftraggebers ihn mündlich im Namen des Auftraggebers mit der Erbringung von Stahlbauarbeiten beauftragt hat.

Der Auftragnehmer muss nun beweisen, dass ein solcher Vertrag zustande gekommen ist. Dazu gehört auch der Beweis, dass der Mitarbeiter überhaupt vertretungsberechtigt war.

Beispiel: wie eben: Als der Auftragnehmer später das Geld für seine Leistung verlangt, behauptet der Auftraggeber, er habe den Auftragnehmer bereits bezahlt.

Das muss der Auftraggeber beweisen.

Beispiel: wie eben: Der Auftragnehmer rechnet seine Leistung nach Einheitspreisen ab. Der Auftraggeber behauptet, man habe einen niedrigeren Pauschalpreis vereinbart.

Man könnte jetzt meinen, dass der Auftraggeber diese für ihn günstige Absprache zu beweisen hätte, was ihm wahrscheinlich nicht gelingen würde. Stimmt aber nicht: Der Auftragnehmer muss die für ihn günstigen Tatbestandsvoraussetzungen beweisen, also dass ein Vertrag zustande kam und dass man sich auf die von ihm behauptete Vergütung geeinigt hat. Wenn ihm das nicht gelingt, kann er nach § 632 BGB nur die übliche Vergütung verlangen. Nach der BGH-Rechtsprechung gibt es keinen Vorrang des Einheitspreisvertrages gegenüber dem Pauschalpreisvertrag. Allerdings muss der Auftraggeber darlegen, wann und wo und unter welchen Umständen die Pauschalpreisabrede getroffen wurde. Das muss dann der Auftragnehmer widerlegen.

Vor allem die Darlegung und Beweisführung der für die Vergütung wichtigen Umstände ist schwer.

Beispiel: Der Auftragnehmer rechnet erbrachte Stundenlohnarbeiten ab. Der Projektleiter hält den Aufwand für zu hoch und kürzt pauschal um 50 %.

Der Auftragnehmer muss seine Stundenlohnarbeiten so darlegen, dass das Gericht in der Lage ist, den behaupteten Aufwand nachzuvollziehen.

10 ARGE, Konsortium, Joint Venture

Je komplexer der Auftrag, desto mehr Fachleute müssen daran mitwirken. Zwischen den Beteiligten gelten meist die hier in den vorigen Kapiteln beschriebenen Regeln für Auftraggeber und Auftragnehmer.

Innerhalb der Unternehmen findet Arbeitsrecht Anwendung (vgl. dazu unten Kapitel 14).

Die Projektbeteiligten können sich aber auch auf Augenhöhe zusammenschließen, um einen bestimmten Unternehmenszweck zu erreichen.

Beispiele: Zwei Straßenbau-Unternehmen bewerben sich gemeinsam um den Auftrag zur Instandsetzung eines Autobahn-Abschnitts.

Zwei Architekturbüros entwickeln gemeinsam ihren Entwurf für ein neues Verwaltungsgebäude.

Mehrere internationale und nationale Banken wollen gemeinsam den Bau eines Flughafens finanzieren.

In diesen Fällen soll ein bestimmter Auftrag erfüllt werden. Die Erledigung dieses Auftrages stellt den Grund für die Zusammenarbeit dar, der Unternehmenszweck. Damit dies erreicht werden kann schließen sich die Parteien auf Zeit zu einer „Gesellschaft“ zusammen. Ihr Verhältnis zueinander richtet sich nach dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrag und nach dem jeweils anwendbaren Gesellschaftsrecht, unabhängig davon nach welchem Recht sich das Verhältnis zwischen dieser Gesellschaft zu ihrem Kunden richtet.

10.1 Begrifflichkeiten

Die Bezeichnungen dieser „Gesellschaft“ auf Zeit sind vielfältig und haben unterschiedliche Ausprägungen.

Eine Bietergemeinschaft, „BIEGE“ steht für den Zusammenschluss von Unternehmen, die sich an einer Ausschreibung beteiligen und ein wettbewerbsfähiges Angebot gemeinsam abgeben.

Die Arbeitsgemeinschaft „ARGE“ steht für Unternehmen, die gemeinsam einen Auftrag abwickeln möchten.

Als Bau-ARGE bezeichnet man Unternehmen, die der gleichen Branche, meist der Bauwirtschaft, angehören. Sie schließen sich zusammen, weil die gemeinsam stärker sind und so die Anforderungen besser erfüllen können. Findet der Mustervertrag der Bauindustrie Anwendung, kommt es zu einer engen Verbindung der Unternehmen: sachliche und personelle Ressourcen werden gebündelt, sodass die Unternehmenszugehörigkeit hinter dem gemeinsamen Zweck zurücktritt, jedenfalls theoretisch.

Die Bau-ARGE schließt sodann mit ihren Gesellschaftern nochmals separate Bauverträge. Daraus ergeben sich zahlreiche dogmatische aber auch praktische Probleme, denn die gleiche Firma ist dann einmal als ARGE-Gesellschafter Auftraggeber und zugleich ihr eigener Auftragnehmer. Dennoch ist der Muster-ARGE-Vertrag aufgrund der Organisationsstärke der Bauindustrie

11 Sicherheiten und ihr Bestand in der Insolvenz des Vertragspartners

11.1 Sicherungsbedürfnis

Die noch stabile wirtschaftliche Lage in Deutschland lässt leicht vergessen, dass es vor ca. 20 Jahren eine lange Rezession mit jährlich 40.000 Unternehmensinsolvenzen gab. Die Insolvenz großer Baukonzerne wie z.B. Holzmann oder Walther-Bau führten zu Pleitewellen bei ihren Subunternehmern und Zulieferern, die für ihre bereits erbrachten Lieferungen und Leistungen keine Vergütung mehr erhielten.

Vor diesem Hintergrund sollten Auftraggeber und Auftragnehmer auch in Zukunft der Absicherung ihrer Ansprüche und Forderungen Aufmerksamkeit widmen. Beide Vertragsparteien möchten für ihre Leistung die adäquate Gegenleistung erhalten. Ist der Vertragspartner hierzu nicht (mehr) in der Lage, sollten sich die Nachteile, die sich hieraus ergeben, in Grenzen halten.

international

Die Sicherungsmöglichkeiten sind in den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten unterschiedlich ausgestaltet, was bei der Vertragsgestaltung zu beachten ist.

In den Niederlanden besteht z.B. die Möglichkeit, die Bankguthaben des Auftraggebers einzufrieren, wenn der Auftraggeber nicht zahlt. Da es unter Umständen Monate und Jahre dauern kann, bis in einem gerichtlichen Verfahren geklärt wurde, ob der Zahlungsanspruch des Auftragnehmers zu Recht besteht, ist dies ein erhebliches Druckmittel. Der für alle Betroffenen dadurch entstehende Schaden kann sehr hoch werden. Die Parteien sind gut beraten, bereits frühzeitig Lösungen zu suchen, statt es soweit kommen zu lassen.

In Frankreich ist die Sicherung durch Eigentumsvorbehalt sehr ungewöhnlich und nur zulässig, wenn im Vertrag in besonderer Weise darauf hingewiesen wurde. Dafür existiert in Frankreich, Belgien und Italien die Möglichkeit, dass der Auftragnehmer bei Nicht-Bezahlung seiner Lieferungen und Leistungen direkt an den Kunden seines Auftraggebers herantritt und im Wege der „action directe“ vom Kunden seine Vergütung erhält, was in diesen Ländern auch gut funktioniert.

11.2 Sicherungsmöglichkeiten für den Auftragnehmer

Kaufvertrag / Werklieferungsvertrag

Bei einem Kaufvertrag stehen sich die Leistungspflichten der Vertragsparteien gleichberechtigt gegenüber. Der Auftragnehmer muss erst dann leisten, wenn der Auftraggeber zahlt und der Auftraggeber zahlt erst dann, wenn der Auftragnehmer leistet. Man nennt dies eine Verpflichtung zur Leistung „Zug-um-Zug“ (§ 322 Abs.1 BGB).

Bei Kaufgeschäften wird die Auftragsabwicklung in zeitlicher Hinsicht meist vertraglich geregelt (z.B. „Kaufpreis ... zahlbar bis ...“). Die Verpflichtung zur

12 Versicherungen

12.1 Grundgedanken des Versicherungsrechts

Der Abschluss von Versicherungen für das Unternehmen ist Bestandteil des Risiko-Managements eines Unternehmens. Die hierfür erforderlichen Risiko-untersuchungen und -einschätzungen erfordern eine generelle Sicht und gehen über die Abwicklung einzelner Aufträge hinaus. In der Praxis beschäftigen sich deshalb meist andere Mitarbeiter mit Versicherungsfragen als die unmittelbar Projektverantwortlichen. Wir haben uns für die Einbeziehung dieses Themas in das Handbuch entschieden, weil sich das Buch auch an die kaufmännischen Abteilungen des Unternehmens richtet und weil die Projektleitung für die Einschätzung von Schadensfällen, die leider jedem einmal passieren können, den Hintergrund des Versicherungsrechts kennen muss.

Unter Schaden versteht man jeden Nachteil, den jemand durch ein bestimmtes Ereignis an seinem Vermögen oder an seinen sonstigen rechtlich geschützten Gütern erleidet. Der Schaden liegt in der Differenz zwischen zwei Güterlagen: Der tatsächlichen durch das Schadenereignis geschaffenen und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Situation (Vorher-Nachher-Vergleich).

Fügt jemand einem anderen einen Schaden zu, so hat er den Schaden grundsätzlich vollständig zu ersetzen, wenn er ihn schuldhaft verursacht hat oder ihm das Verschulden eines anderen zuzurechnen ist. In einigen Fällen, wie z.B. bei der Kfz-Haftpflicht, trifft ihn darüber hinaus sogar eine Gefährdungshaftung, die schon allein daran anknüpft, dass er sich an der gefährlichen Handlung „Autofahren“ beteiligt.

Um die Risiken, die sich aus solchen nie ganz auszuschließenden Schäden ergeben können, in Grenzen zu halten, sind die Baubeteiligten gezwungen, sich - soweit dies möglich und wirtschaftlich vertretbar ist - zu versichern. Der Deckungsschutz wird von den mit den Versicherern getroffenen Vereinbarungen bestimmt. Das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) macht hierfür Vorgaben. Des Weiteren gelten standardmäßig allgemeine Versicherungsbedingungen, die aber in vielen Punkten abweichend geregelt werden können.

Wer einen Versicherungsvertrag abschließen will, sollte sich zunächst über die konkreten Notwendigkeiten seines Betriebes oder seines Projektes Gedanken machen. Nicht jeder denkbare Fall muss versichert werden; Risiken lassen sich durch vernünftige Vorsorgemaßnahmen und Organisationsregelungen begrenzen. Es macht unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten Sinn, nur solche Risiken versicherungsmäßig abzudecken, bei deren Eintreten das Unternehmen oder das Projekt im Schadensfall vor gravierende Probleme gestellt werden könnte.

Zu beobachten ist die Versuchung vieler Mitarbeiter, bei Unklarheiten über die Zurechnung eines Schadens zur „Versicherungslösung“ zu greifen. Ganz davon abgesehen, dass dabei die Grenze zum Versicherungsbetrug leicht überschritten werden könnte und dass durch ein solches Verhalten die Versicherungsgemeinschaft möglicherweise zu Unrecht belastet wird, widerspricht dies auch dem Verursacherprinzip. Möglicherweise kommt ein solches Verhalten der Abrechnung des Projektes bzw. der Baustelle zu Gute. Das

13 Haftung

13.1 Allgemeines

Der Begriff der „Haftung“ wird in unterschiedlichem Zusammenhang benutzt. Für die Gestaltung von Verträgen oder die Geltendmachung oder Abwehr von Ansprüchen muss deshalb vorab geklärt werden, was gemeint sein soll, wenn jemand für sein Verhalten oder Unterlassen „haften“ soll.

Zunächst ist zu unterscheiden zwischen Zivilrecht und Strafrecht: Im Zivilrecht geht es darum, dass der Schädiger den Schaden ersetzt, den er einem anderen zugefügt hat. Im Strafrecht macht der Staat seinen Strafanspruch gegen jemanden geltend, der sich nicht an die strafbewehrten Vorschriften gehalten hat.

Beispiel: Während der Auftragsabwicklung fällt dem Mitarbeiter des Auftragnehmers ein ungesicherter Werkzeugkasten vom Gerüst und beschädigt die Fassade des Auftraggebers und dann den Auftraggeber selbst.

Zivilrechtlich haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber auf Schadensersatz für die beschädigte Fassade und evtl. Ersatz von Krankenhauskosten, Verdienstausfall und Schmerzensgeld: Strafrechtlich haftet der Mitarbeiter wegen fahrlässiger Körperverletzung (eine Sachbeschädigung ist nur bei Vorsatz strafbar).

Die strafrechtliche Haftung ist Gegenstand von Kapitel 13.11.

Zuvor geht es um die zivilrechtliche Haftung. Hier gibt es wiederum Unterfälle:

- vertragliche Haftung für Mängel. Der Auftragnehmer ist den Mängelansprüchen ausgesetzt, wie sie im Kapitel 5.5 und 5.7 dargestellt wurden.
- vertragliche Haftung für Schäden aus Mängeln. Der Auftragnehmer ist Schadenersatzansprüchen wegen seiner mangelhaften Leistung ausgesetzt, hierzu mehr insbesondere in Kapitel 5.5, 5.7.13 und 5.7.14
- vertragliche Haftung wegen Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten, die keine Mängel darstellen. Der Auftragnehmer haftet für Schadensersatz, die aus dieser Pflichtverletzung entstehen, z.B. neben der Leistung, Kapitel 5.7.13, Verletzung von Prüf- und Hinweispflichten 5.8, oder wegen Verzuges 5.6.
Ebenso kann der Auftraggeber wegen Verletzung seiner Haupt- oder Nebenpflichten haften und auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, hierzu vor allem Kapitel 6 .

Hinzu kommt die deliktische Haftung.

- Bei der deliktischen Haftung geht es darum, dass der Schädiger auch ohne Vertrag den Schaden ersetzen muss, den er einem anderen zugefügt hat, indem er dessen absolut geschützte Rechtsgütern, wie Leben, Gesundheit, Eigentum etc. verletzt hat, insbesondere nach §§ 823 ff. BGB.

14 Fremdpersonaleinsatz und Haftungsfragen (Markus Lamberty)

14.1 Einleitung

Ein Auftragnehmer kann einen Auftrag entweder klassisch mit eigenem Personal abarbeiten oder er bedient sich fremden Personals. Je nach vertraglicher und tatsächlicher Ausgestaltung des Personaleinsatzes handelt es sich um eine Arbeitsgemeinschaft, eine Arbeitnehmerüberlassung, einen Nachunternehmer- bzw. Dienstleistereinsatz oder um die Überlassung von (Spezial-)Maschinen mit Bedienpersonal. Die Einsatzformen unterliegen jeweils eigenständigen Voraussetzungen und weitreichenden, zum Teil verschuldensunabhängigen Haftungsregelungen. Zudem sind die Grenzen zum illegalen Personaleinsatz im Einzelfall von Teilaspekten abhängig und damit nahezu fließend.

Nachdem der Fremdpersonaleinsatz in der Wirtschaft seit Jahrzehnten der Regelfall ist und diese Entwicklung nicht bei Großprojekten Halt macht, sondern auch den vielfach handwerklich geprägten Mittelstand umfasst, findet sich nahezu jeder Auftragnehmer auch in der Rolle des - potentiell haftenden – „Hauptunternehmers“ wieder. Für den Auftragnehmer stellt sich damit in nahezu jedem Projekt die Frage des korrekten, das Haftungsrisiko möglichst ausschließenden Umgangs mit dem Thema Fremdpersonaleinsatz. Die nachfolgende Darstellung geht aus Sicht des „Hauptunternehmers“ auf die zentralen Personaleinsatzformen und die damit verbundenen Risiken ein.

14.2 Einsatz von Leiharbeitnehmern - Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung ist durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) umfassend geregelt. Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (= Verleiher, Stammbetrieb) einem Dritten (= Entleiher, Einsatzbetrieb) gewerbsmäßig gegen entsprechende Vergütung seine Arbeitskräfte (= Leiharbeitnehmer) vorübergehend zum Zweck der Arbeitsleistung zur Verfügung stellt, § 1 Abs.1 S.1 AÜG. Der Entleiher setzt die Leiharbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen wie seine eigenen Arbeitnehmer ein, d.h. diese sind in die betrieblichen Abläufe eingegliedert und führen ihre Arbeit allein nach Weisung des Entleihers aus, § 1 Abs.1 S.2 AÜG. Der Leiharbeitnehmer wird im Interesse des Entleiherbetriebes tätig.

14.2.1 Erlaubnispflicht und Sonderfälle privilegierter Arbeitnehmerüberlassung

14.2.1.1 Grundsatz der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung

Das AÜG definiert den Rechtscharakter der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung als grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, d.h. die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf grundsätzlich einer Verleiherlaubnis. Hiervon ausgenommen sind lediglich die im Gesetz benannten Fälle privilegierter Arbeitnehmerüberlassung, dazu sogleich unter Ziffer 14.2.1.2

15 Konflikte vermeiden und bearbeiten

15.1 Lohnt sich der Streit?

Wenn Sie sich für dieses Kapitel interessieren, haben Sie vermutlich ein Problem, von dem Sie glauben, dass Sie es nicht mehr alleine lösen können. Sie denken darüber nach, ob Sie nicht die Hilfe Dritter in Anspruch nehmen sollten.

Bevor Sie jedoch diesen Schritt vollziehen, sollten Sie noch einmal genau Ihre Ausgangslage überprüfen:

- Sind die technischen Gegebenheiten wirklich so eindeutig wie Sie das bisher behauptet haben?
- Was sagt der Vertrag über die Risikoverteilung?
- Wie leicht lassen sich Schwachpunkte in Ihrer Argumentation, die Sie selbst schon erkannt haben, aufdecken?
- Können Sie Ihre Behauptungen auch beweisen?

„Recht haben und Recht bekommen sind zweierlei“ sagt der Volksmund und so unbefriedigend dies auch für jedermann sein muss: Es liegt ein Körnchen Wahrheit darin. Es macht keinen Sinn, allein mit der Überzeugung „im Recht zu sein“, Anwälte und Gerichte zu bemühen, wenn Sie bereits selbst ahnen, dass Sie Ihre Ansprüche wohl nicht werden durchsetzen können.

Dazu ist die Zeit und das Geld zu schade: Bedenken Sie, dass alle Streitigkeiten, die Sie vor einem Gericht oder einem Schiedsgericht austragen, Monate, wenn nicht Jahre in Anspruch nehmen. Oft ist die Wut über eine Ungerechtigkeit, die Ihnen widerfahren ist, schon längst verraucht, haben Sie Ansprüche, die sie nicht realisieren konnten, gedanklich oder tatsächlich schon längst abgeschlossen, beschäftigen Sie sich schon längst wieder mit ganz anderen Dingen, wenn die Angelegenheit in eine Phase der Entscheidung kommt. Währenddessen müssen Sie sich ständig mit der Angelegenheit beschäftigen, müssen Sie für Ihre Anwälte die Fakten aufbereiten, die Sie in dem Verfahren vortragen wollen. Sie kämpfen gegen die menschliche Vergesslichkeit, die plötzlich Sie selbst, aber auch die von Ihnen benannten Zeugen erfasst und zu verblüffenden Ergebnissen führen kann.

Es versteht sich von selbst, dass diese Zeit bei Ihnen auch interne Kosten verursacht. Diese internen Kosten ersetzt Ihnen im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung niemand.

Führen Sie ein Gerichtsverfahren und verlieren Sie den Prozess, so müssen Sie außer den Gebühren für den eigenen Anwalt auch die Gebühren des Gerichts sowie die Gebühren des Sachverständigen und diejenigen der gegnerischen Anwälte übernehmen. Sie müssen also abwägen, ob die Höhe der in Frage stehenden Summe im rechten Verhältnis zu dem Prozesskostenrisiko steht. Bei der Ermittlung des Prozesskostenrisikos müssen Sie in Ihrer Kalkulation mit dem für Sie ungünstigsten Ausgang des Verfahrens rechnen, d.h. der Übernahme nicht nur der eigenen, sondern auch der gegnerischen Anwaltskosten zzgl. Verfahrenskosten.