

Schriftformklausel dazu über, Mehr- und Minderkostenlisten zu führen, um die finanziellen Auswirkungen bauseitiger Leistungsmodifikationen zu bewerten, so geht diese Vorgehensweise der Formularklausel vor.<sup>35</sup>

Wenn die Parteien ferner etwa unter Missachtung der vertraglichen Schriftformklausel 82 Abreden über Zahlungsmodalitäten treffen, die von beiden Seiten umgesetzt werden, so wird nicht nur die Akzeptanz der Abrechnung durch Zahlung als **konkludenter Verzicht** auf das Schriftformerfordernis verstanden, sondern vielmehr Treuwidrigkeit festgestellt, wenn sich der Zahlende im Nachgang auf das Schriftformerfordernis beruft.<sup>36</sup>

Allerdings erfordert die von Hein-Röder geäußerte Kritik an den Feststellungen des 83 OLG München nähere Betrachtung.<sup>37</sup> Richtig ist, dass die Zahlung auf eine Abschlagsrechnung kein Anerkenntnis der abgerechneten Leistung bzw. der hierfür beanspruchten Vergütung mit sich bringt. Dies hat zunächst aber nichts damit zu tun, dass der Auftraggeber sich durch Zahlung auf eine Abschlagsrechnung offenbar mit der umgesetzten Abrechnungsmodalität (etwa, wie hier: pauschal statt auf Nachweis) einverstanden erklärt. Insoweit widerspricht die hier zitierte Rechtsprechung entgegen dem Kommentar gerade nicht der Feststellung, dass bezahlte Abschlagsrechnungen kein Anerkenntnis bedeuten. Dem Auftraggeber steht immerhin auch bei Umstellung auf eine Pauschale (und ungeachtet etwaig bezahlter Abschlagsrechnungen) die Einwendung zu, die Leistung sei gar nicht erbracht worden und daher auch nicht zu vergüten.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten: mit Blick auf das eingangs dargestellte Interesse der 84 Parteien, auch etwaige Folgeabreden nachweisbar zu halten, sind Schriftformklauseln sinnvoll. Dem Klauselverwender muss aber bewusst sein, dass seine Klausel – und zwar explizit auch in Form einer doppelten Schriftformklausel – jedenfalls dann als unwirksam anzusehen ist, wenn sie zur Folge haben soll, dass konkrete Individualabreden keine Wirksamkeit entfalten sollen (was jedenfalls bei doppelten Schriftformklauseln stets der Fall sein dürfte). Eine solche AGB-Klausel scheidet wegen § 305b BGB an § 307 Abs. 1 BGB.<sup>38</sup>

Nichts anderes gilt, wenn eine Klausel zwar **mündliche Abreden** vorsieht, diese aber zu 85 ihrer Wirksamkeit erst schriftlich bestätigt werden sollen.

*„Mündliche Abreden haben ohne schriftliche Bestätigung (...) keine Gültigkeit.“*

Kommt es auf die schriftliche Bestätigung des Klauselverwenders an – und ein anderer 86 Fall scheint nicht denkbar – so ist die Klausel aus den dargestellten Gründen nicht wirksam.<sup>39</sup>

Unter Verweis auf die obigen Ausführungen zu den rechtlichen Grundsätzen eines Ver- 87 tragschlusses sind auch Klauseln zu vermeiden, in denen der Vertragsschluss auf ein **Zuschlags- oder Bestätigungsschreiben** des Auftraggebers noch gesondert bestätigt werden muss, um vermeintlich wirksam zu werden. Derlei Klauseln haben keinerlei Rechtswirkung: der Vertrag kommt zustande, sobald die rechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Liegt in der Zuschlagserteilung bereits die (unveränderte) Annahme des Vertragsangebotes, so ist der Vertrag geschlossen – ob er nun nochmals bestätigt wird oder nicht.

Keinen Bedenken begegnen schließlich Schriftformklauseln zur Kündigung (→ § 10 88 Rn. 47 ff.), da die Schriftformvorgaben aus § 8 Abs. 6 bzw. § 9 Abs. 2 Satz 1 VOB/B ihrerseits nicht gegen eine etwaig entgegenstehende gesetzliche Regelung verstoßen. Dass allerdings eine Kündigung tunlichst (auch ohne Klausel und außerhalb der VOB/B)

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf 7.12.2017 – 5 U 124/16; BGH 17.6.2020 – VII ZR 294/17, IBR 2021, 60 m. Anm. Bolz.

<sup>36</sup> OLG München 11.3.2014 – 9 U 1477/13 Bau, IBR 2015, 59.

<sup>37</sup> Hein-Röder IBR 2015, 59.

<sup>38</sup> OLG Koblenz 26.1.2023 – 2 U 63/22, bislang nicht veröffentlicht; OLG Brandenburg 26.7.2018 – 12 U 11/17, IBR 2019, 119; OLG Karlsruhe 12.6.2018 – 8 U 102/16, IBR 2018, 612; LG Frankfurt/Main 28.6.2019 – 2-33 O 248/18, IBR 2020, 1058 m. Anm. Lennich.

<sup>39</sup> BGH 26.3.1986 – VIII ZR 85/85, NJW 1986, 1809.

ohnehin schriftlich ausgesprochen werden sollte, wenn sie denn nicht vermieden werden kann, sollte keine Überraschung sein.

#### 4. Vollständigkeitsklauseln

- 89 In ist, was drin ist – oder andersherum: was nicht benannt ist, gilt auch nicht. Von ganz erheblicher Bedeutung für den Vertrag ist daher seine **Vollständigkeitsvermutung** (die richtigerweise keine Klausel ist, sondern ein vertragsimmanentes Prinzip, auf dessen Beachtung nicht deutlich genug hingewiesen werden kann). Daher obliegt es den Parteien, sämtliche Grundlagen, die sie in den Vertrag einbeziehen wollen, auch explizit als Vertragsgrundlage zu benennen. Besonders bedeutsam ist das beim Angebot des Auftragnehmers oder bei Protokollen durchgeführter Besprechungen bzw. Verhandlungen. Werden diese nicht als Vertragsgrundlage benannt, so spielen sie für den Vertrag keine Rolle – denn der Vertrag trägt die (widerlegbare) Vermutung seiner Vollständigkeit in sich.<sup>40</sup>
- 90 In der Praxis spielen indes Vollständigkeitsregelungen oftmals im Zusammenhang mit mündlichen Abreden eine Rolle. Nicht selten finden sich in Verträgen Regelungen wie:

*„Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen.“*

- 91 Bei einer solchen Regelung handelt es sich im Grundsatz zunächst um die Bestätigung einer Tatsache, so dass – siehe § 309 Nr. 12b BGB – keine Bedenken gegen ihre Wirksamkeit bestehen.<sup>41</sup>
- 92 Kritisch wird es aber dann, wenn es derlei mündliche Abreden tatsächlich gegeben hat, diesen durch eine solche Klausel aber die Wirksamkeit abgesprochen werden soll. Oftmals lauten die Klauseln etwa:

*„Nebenabsprachen sind nicht getroffen. Mündliche Absprachen haben keine Gültigkeit. Für alle abweichenden und ergänzenden Vereinbarungen ist Schriftform erforderlich.“<sup>42</sup>*

- 93 Diese Klausel, die vom OLG Nürnberg für unwirksam erklärt wurde, steht im offenen Konflikt mit dem bereits thematisierten Vorrang der Individualabrede, § 305b BGB. Wichtig ist daher die Feststellung des Gerichts, dass bei Vollständigkeitsklauseln der **Beweis des Gegenteils** offenstehen muss: der Vertragspartner des Verwenders muss also entgegen einer etwaigen Vollständigkeitsklausel beweisen dürfen, dass es eine mündliche Abrede gab, die sodann wegen § 305b BGB Wirksamkeit entfaltet. Freilich muss der Beweis konkret geführt werden, muss also nicht nur die Umstände der Abrede, sondern insbesondere ihren Inhalt darstellen, der wiederum auf eine konkrete Leistungspflicht gerichtet ist. Im Nürnberger Beispielsfall hatte der Auftragnehmer mündlich zugesichert, alle Holzteile mit wasserlöslichen Farben zu behandeln, führte dann aber anders (nämlich in geringerer Qualität) aus. Dem Auftraggeber musste die Möglichkeit offenstehen, die Abrede und ihre konkreten Umstände zu beweisen – anderenfalls hält die Klausel, wie hier, einer Inhaltsskontrolle nicht stand.
- 94 Zu betonen ist, dass der Fokus tatsächlich auf den Umständen der Abrede liegen sollte. Denn verhandelt wird erfahrungsgemäß vieles; auch in Aussicht gestellt wird manches, bei dem sich sodann die Frage stellt, ob es tatsächlich versprochen wurde. Wie oben bereits dargestellt, ist dem Umstand, dass eine bestimmte Regelung gerade nicht zum Vertragsbestandteil gemacht wurde, hohe Bedeutung beizumessen. Es vermag daher, um beim Beispielsfall zu bleiben, nicht auszureichen, wenn der Auftraggeber belegen kann, dass ihm der Auftragnehmer irgendwann einmal die entsprechende Behandlung der Holzteile zugesagt hat. Es muss vielmehr nachweislich feststehen, dass diese Abrede bis zum Schluss

<sup>40</sup> OLG München 7.6.2016 – 9 U 1677/15 Bau; BGH 20.2.2019 – VII ZR 179/16, IBR 2019, 477.

<sup>41</sup> BGH 14.10.1999 – III ZR 203/98, NJW 2000, 207; für die Wirksamkeit auch im nicht kaufmännischen Verkehr schon BGH 19.6.1985 – VIII ZR 238/84, NJW 1985, 2329.

<sup>42</sup> OLG Nürnberg 15.1.1992 – 9 U 3700/89, IBR 1993, 94.

fortgelten sollte und nicht durch die zwischenzeitlichen Verhandlungen überholt wurde (was bekanntlich, nicht zuletzt um Kosten zu senken, regelmäßig passiert).

### III. Inhaltsklauseln

In vielen Bauverträgen anzutreffen sind Klauseln, die bestimmte Erklärungen des Vertragspartners beinhalten oder die noch nicht vorliegende Vertragsunterlagen betreffen. Eine Würdigung solcher Klauseln erfolgt mit diesem abschließenden Kapitel; ebenso eine kurze Befassung mit den augenscheinlich nicht auszurottenden sogenannten salvatorischen Klauseln. 95

#### 1. Erklärungen des Vertragspartners

Regelmäßig finden sich in Vertragswerken Klauseln, die gleichsam Erklärungen des Vertragspartners – in aller Regel des Auftragnehmers – enthalten. In diesen Klauseln erklärt der Vertragspartner beispielsweise: 96

*„Der Auftragnehmer bestätigt, dass er die Ausführungsunterlagen vollständig erhalten und inhaltlich sichten konnte. Er hat sich hinreichende Klarheit über deren Inhalt verschafft und bestätigt, dass der Ausführung keine Hindernisse entgegenstehen.“*

Zwar ist auch eine solche Klausel inhaltlich eng an die bereits thematisierte (bloße) Bestätigung von Tatsachen angelehnt, die nach § 309 Nr. 12b BGB unkritisch ist. Allerdings beinhaltet eine derartige Erklärungsklausel deutlich mehr als die bloße Bestätigung, **Unterlagen erhalten** zu haben – namentlich die konkrete Übernahme des Risikos, dass die Ausführungsunterlagen möglicherweise doch nicht vollständig sind oder dass etwaige Bedenken, Unausführbarkeiten und sonstige Risiken möglicherweise doch nicht erkannt worden sind. Derlei Erklärungen greifen derart stark in die **Risikoverteilung** eines Vertrages ein, dass an ihre Wirksamkeit maximale Anforderungen gestellt werden müssen. Hinterlegt ist etwa die gefestigte Rechtsprechung zum Umfang der **Prüf- und Hinweispflicht** von ausführenden Bauunternehmern, die sich – auf den Punkt gebracht – im Grunde darauf verlassen dürfen, dass der Bauherr und die von diesem beigezogenen (Fach-) Planer ihre Arbeit ordentlich erledigt haben. Zu prüfen ist also mit dem Maßstab eigener Fachkunde (und in Relation zur Fachkunde des vertraglichen Gegenübers) sowie der Zumutbarkeit die **Plausibilität** der Unterlagen; zu rügen ist dann, wenn ein Fehler ins Auge springt. (→ § 4 Rn. 45 ff.)<sup>43</sup> 97

Mit einer so allgemein gehaltenen Klausel wie im obigen Beispiel würde dem Auftragnehmer völlig losgelöst von seiner eigenen Fachkunde, der Fachkunde des Auftraggebers und seiner Planungsbeteiligten und völlig unabhängig von der etwaigen Zumutbarkeit das Risiko aufgebürdet, dass die bauseitig zur Verfügung gestellte planerische Vorleistung nicht vollständig oder nicht mangelfrei bzw. baubar ist. Dieses Risiko kann dem Auftragnehmer aber nicht wirksam formularmäßig übertragen werden; insbesondere wird mit derartigen Klauseln das Transparenzgebot verletzt.<sup>44</sup> 98

Ebenso häufig werden Klauseln benutzt, mit denen der Vertragspartner etwa erklärt: 99

*„Der Auftragnehmer hat sich mit der Örtlichkeit vertraut gemacht.“*

Oder andersherum:

<sup>43</sup> stRspr, vgl. nur OLG Oldenburg 24.3.2022 – 14 U 50/17, IBR 2023, 8; OLG Stuttgart 24.5.2019 – 10 U 20/19; ferner OLG Schleswig 10.8.2017 – 7 U 120/15, das darauf abstellt, dass der Unternehmer (nur) auf einen erkannten Widerspruch hinzuweisen hat; BGH 5.12.2018 – VII ZR 194/17, IBR 2019, 305.

<sup>44</sup> OLG Hamburg 6.12.1995 – 5 U 215/94; BGH 5.6.1997 – VII ZR 54/96, IBR 1998, 98 m. Anm. Schulze-Hagen.

„Der Auftragnehmer hat vor Unterzeichnung des Vertrages keine eingehende Untersuchung oder Besichtigung des Grundstücks vorgenommen. Der vereinbarte Fertigstellungstermin und der vereinbarte Festpreis beruhen auf der Annahme, dass keine unüblichen Grundstücksgegebenheiten bestehen.“<sup>45</sup>

- 100 Es dürfte eingedenk der obigen Erwägungen nicht verwundern, wenn auch die hier skizzierten Formulklauseln nicht zu einer wirksamen Risikoverschiebung führen können. Mag sich der Auftragnehmer mit der **Örtlichkeit** vertraut gemacht haben oder nicht, mag er – auch das eine beliebige Spielart der Klausel – auch nur bestätigen, dass er *Gelegenheit* hatte, sich mit der Örtlichkeit vertraut zu machen, so führt dies nicht dazu, dass er jegliches Risiko übernommen hätte, das mit der Örtlichkeit, insbesondere mit der **Bodenbeschaffenheit**, zusammenhängt. Sinnvoll kann die Klausel dennoch sein, denn auf erkennbare Risiken muss der Auftragnehmer hinweisen, und hierfür mag es mitunter angezeigt sein, die Örtlichkeit einmal zu besichtigen. Was dort „ins Auge springt“, muss zur Kenntnis genommen werden und in die Kalkulation des Auftragnehmers einfließen – oder zu einem Hinweis an den Auftraggeber führen.

## 2. Noch nicht vorliegende Vertragsunterlagen

- 101 Nicht immer kommt es erst dann zum Vertragsschluss, wenn sämtliche erforderlichen Unterlagen bereits vorliegen. Sind sich die Parteien einig, dass **noch fehlende Unterlagen** zu Vertragsgrundlagen werden sollen, werden diese in der Regel im Zuge der Auflistung der Bestandteile benannt und mit einem Hinweis versehen, der exemplarisch lauten könnte:

„(wird ab Vorliegen zum Vertragsbestandteil)“

- 102 Häufig betrifft dies Unterlagen, die seitens einer der Parteien erst im Nachgang erstellt werden, etwa Zahlungspläne; oder aber Unterlagen, die im Nachgang zwischen den Parteien abgestimmt werden sollen, etwa Ablaufpläne. Insoweit bestehen keine Bedenken gegen die Vereinbarung dieser noch nicht existenten Dokumente als Vertragsgrundlagen; es mag sich allenfalls die Folgefrage stellen, ob ein vertraglicher Anspruch einer Partei bestehen kann, wenn der Vertragspartner eine von ihm zu liefernde Unterlage nicht oder nicht rechtzeitig zur Verfügung stellt. Auch diese Frage wird man nicht pauschal beantworten können. Um den Vertragsschluss als solchen nicht zu torpedieren, werden derlei Unterlagen nicht die *essentialia negotii* betreffen, sondern Nebenabreden, etwa zur Bauzeit oder zur Abrechnung und Zahlung. Selbst wenn hier eine vorgesehene Unterlage nie erstellt oder nie abgestimmt wird, fallen die Parteien schlicht auf die jeweilige gesetzliche Regelung, hilfsweise – im Falle ihrer unterstellten Vereinbarung – auf die Regelung der VOB/B zurück. Auch insoweit besteht mithin kein Grund, derlei Klauseln als unwirksam einzustufen.
- 103 Auf einem anderen Niveau stellt sich dieselbe Frage allerdings, wenn es um erforderliche Unterlagen geht, für deren Aus-/Erstellung nicht eine der Parteien final verantwortlich ist. Maßgeblich ist insoweit die **Baugenehmigung**, die zwar in aller Regel bereits vorliegt, wenn es zum Abschluss des Bauvertrages kommt (nicht zuletzt, weil der Beginn der Ausführung der Bauleistungen ohne Baugenehmigung nicht zulässig ist), nicht selten fehlt die letzte Baugenehmigung aber noch, während der Vertrag bereits geschlossen werden soll. Auch in diesen Fällen behelfen sich die Parteien mit einer Klausel im nachstehenden Sinne:

„Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Baugenehmigung nebst etwaiger Auflagen im Zeitpunkt ihres Vorliegens automatisch zur – nach diesem Vertrag – höchststrangigen Vertragsgrundlage wird.“

<sup>45</sup> Letztere Klausel bei Verwendung durch den Auftragnehmer, gebildet nach OLG Frankfurt 28.10.2020 – 29 U 146/19, IBR 2021, 76.

Hierzu ist festzuhalten, dass das Fehlen der Baugenehmigung der Wirksamkeit des Bauvertrages dann nicht entgegensteht, wenn zum einen die Parteien sich über die auszuführende Leistung sowie Preis, Ort und Zeit geeinigt haben und zum anderen beide Parteien mit der **Erteilung der Baugenehmigung** positiv rechnen.<sup>46</sup> Die obige Klausel ist mithin als wirksam einzustufen. Sie ist überdies ausgesprochen zweckmäßig: nicht nur muss sich der Auftraggeber selbstverständlich absichern, dass die Baugenehmigung und insbesondere deren Auflagen automatisch zum Leistungs-Soll des Auftragnehmers werden; er sollte dies sinnigerweise auch in obig angelegter Rangfolge tun. Sollten sich nämlich aus der Baugenehmigung Auflagen ergeben, die beispielsweise den Vorgaben der Leistungsbeschreibung zuwiderlaufen, so ist dem Auftraggeber nicht geholfen, wenn der Auftragnehmer diesen Widerspruch im Sinne der Rangfolgeregelung zulasten der Baugenehmigung auflösen könnte. Deutlich wird hieraus aber auch, dass mit einer derartigen Klausel keinerlei Risikoübertragung an den Auftragnehmer verbunden sein kann: das bepreiste Leistungs-Soll bleibt dasjenige, das bereits bei Vertragsschluss ersichtlich und damit Gegenstand der Kalkulation war. Kommt es durch eine nachgereichte Unterlage zu einer Modifikation, liegt insoweit ein Nachtragssachverhalt vor, für den der Auftragnehmer eine gesonderte Vergütung wird beanspruchen können.

### 3. Salvatorische Klauseln

Kurz vor den Unterschriften, häufig eingebettet in den Abschlusspunkt zu „Sonstigem“,<sup>105</sup> findet sich noch immer regelmäßig die sogenannte salvatorische Klausel. Sie besagt, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt, wenn eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam sein sollte – eine Regelung, die wegen § 306 Abs. 1 BGB bereits aus dem Gesetz folgt und daher unnötig ist. Die klassische salvatorische Klausel lautet

*„Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise nichtig oder unwirksam sein, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt.“*

und ist, da hier im Wesentlichen der Sinngehalt des § 306 BGB beschrieben wird, so wirksam wie überflüssig. Kritisch werden salvatorische Klauseln aber dann, wenn sich die Klauselverwender nicht auf die gesetzlichen Vorschriften zurückfallen lassen wollen, wie es § 306 Abs. 2 BGB für genau diesen Fall vorsieht. Dann nämlich werden die Klauseln häufig etwa wie folgt ergänzt:

*„(...) Auftraggeber und Auftragnehmer verpflichten sich, anstelle der nichtigen oder unwirksamen Bestimmungen eine wirksame Regelung zu treffen, die ihr wirtschaftlich möglichst nahe kommt.“<sup>47</sup>*

Derlei Ergänzungen – oft zu beobachten ist auch

*„(...) eine Regelung zu treffen, die der Gewollten möglichst nahe kommt.“*

oder alternativ

*„(...) eine Regelung zu treffen, mit der der verfolgte Zweck erreicht wird“<sup>48</sup> –*

sind unwirksam. Wie Lennich zurecht herausstellt,<sup>49</sup> kann nicht der Vertragspartner des Klauselverwenders, der bereits mit einer unwirksamen Klausel überzogen wurde, darüber hinaus dazu verpflichtet werden, der unwirksamen Regelung zur weitgehend wirkungsgleichen Geltung zu verhelfen. Nicht nur zielt eine solche Klausel darauf ab, dispositives Recht (hier: § 306 Abs. 2 BGB) zu verdrängen, was allein schon zur Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB führt; darüber hinaus – und hieran scheitern im Ergebnis die meisten solcher Ergänzungen – ist die Klausel auch viel zu **abstrakt** und verstößt damit gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das liegt auch auf der Hand: wenn für den

<sup>46</sup> OLG Frankfurt 12.11.2010 – 10 U 74/10; BGH 14.7.2011 – VII ZR 215/10, IBR 2011, 564.

<sup>47</sup> LG Frankfurt/Main 28.6.2019 – 2-33 O 248/18, IBR 2020, 1059 m. Anm. Lennich; ebenso schon BGH 3.12.2015 – VII ZR 100/15, NJW 2016, 401.

<sup>48</sup> die zweitgenannte Klausel nach OLG Koblenz 26.1.2023 – 2 U 63/22, bislang unveröffentlicht.

<sup>49</sup> Lennich IBR 2020, 1059.

(aus Sicht des Klauselverwenders) abstrakten Fall, dass eine nicht näher definierte Klausel unwirksam sein sollte, stattdessen eine andere Regelung greifen soll, die der nicht näher definierten Klausel im Wirkungsgrad nahekommener soll, dann kann diese Konstruktion schon aus sich heraus nicht transparent sein.

### C. Schlussfolgerungen

- 107 Dieser Abschnitt beleuchtete zwei existentielle Fragen: zum einen nämlich die Frage, ob ein Vertrag überhaupt zustande kam; zum anderen, bejahendenfalls, mit welchem Inhalt das der Fall ist.
- 108 Der Vertragsschluss als solcher ist angesichts der gesetzlichen Regeln der Rechtsgeschäftslehre – oftmals im Wege einer **chronologischen Aufbereitung der Verhandlungsgenese**, im Rahmen derer die Parteien **Änderungen** vornehmen, **Bedingungen** formulieren und damit Einfluss nicht nur auf den Vertragsinhalt, sondern explizit bereits auf dessen Abschluss nehmen – zu bestimmen. Soll hiervon abgewichen werden, etwa weil der Vertragsschluss (zB durch Bestätigungs- oder sonstige Erfordernisse, die das Gesetz nicht vorsieht) verkompliziert wird, geht der Klauselverwender das Risiko ein, dass es bereits zum Vertragsschluss gekommen ist, ohne dass er dies beabsichtigt hat, oder aber, dass es gar nicht erst zum wirksamen Vertragsschluss kommt. Auch eine überlange Angebotsbindung mag dem Interesse des Auftraggebers entsprechen, mehr Zeit zur Prüfung zu haben; auch hier besteht allerdings das erhebliche Risiko, dass eine Angebotsbindung (im avisierten Umfang) nicht besteht. Anders als bei den „herkömmlichen“ Auslegungsrisiken, die zu Nachteilen des Klauselverwenders im Zuge der Vertragsausübung führen können, wenn die Lesart keinen gesetzlichen Halt findet, droht hier besonders Ungemach: im Extremfall gibt es keine rechtlichen Nachteile des Klauselverwenders, sondern schlichtweg nicht einmal einen Vertrag.
- 109 Klauseln indes, die Einfluss auf die Vertragsgrundlagen als solche zu nehmen gedenken, greifen in die Risikoverteilung und damit in das Herzstück des Vertrages ein. Insoweit spielen die **Transparenzanforderungen** des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und immer wieder auch der **Vorrang der Individualabrede** in § 305b BGB eine maßgebliche Rolle. Aus § 1 Abs. 1 VOB/B, wonach Art und Umfang der Leistungspflicht des Auftragnehmers vom Vertrag (also dem übereinstimmenden Willen der Parteien) bestimmt werden, lässt sich ableiten, dass die Leistungspflicht hierdurch auch begrenzt wird. Leistungs- und Vergütungssoll sind folglich nicht pauschal durch Verweis auf den funktionalen Herstellungsbegriff, sondern durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Umso wichtiger ist, dass in den Vertragsunterlagen alles Erwähnung findet, was auch Vertragsgrundlage werden soll.<sup>50</sup>
- 110 Im Bewusstsein, dass Bauverträge durchaus auch mündlich bzw. jedenfalls ohne lückenlose Dokumentation der Verhandlungen abgeschlossen werden, vermag als Schlussfolgerung dieser Ausführungen der dringende Appell festgehalten zu werden, dass sich die Parteien im eigenen und selbstverständlich auch im Interesse des gemeinsamen Bauprojektes eindeutig äußern sollten, zu welchen Bedingungen und mit welchem Inhalt der Vertrag geschlossen werden soll. Nicht selten, so lehrt die Praxis, lässt sich retrospektiv feststellen, dass die Grundlage für erheblichen Streit schon vor dem ersten Spatenstich gesetzt wurde, weil die Parteien nicht transparent geäußert haben, wie sie sich die Abwicklung des Vertrages vorstellen. Dies ist so ärgerlich wie vermeidbar.

<sup>50</sup> Kapellmann/Messerschmidt/ von Rintelen VOB Teile A und B, 8. Auflage 2022, § 1 VOB/B, Rn. 2 mwN.

## § 4 Bausoll (Leistungsbeschreibung, Komplettheitsklauseln, Anordnungsrechte, Baugrundrisikoklauseln)

### Übersicht

	Rn.
A. Einleitung .....	1
B. Gesetzliches Leitbild / Regelungen der VOB/B .....	8
C. Umfang und Grenzen der Inhaltskontrolle von Bausollregelungen .....	18
D. Ausgangslage und Interessen der Vertragsparteien .....	28
E. Beurteilung einzelner Bausollklauseln .....	30
I. Komplettheitsklauseln .....	30
1. Schlüsselfertigklauseln/„Totale“ Komplettheitsklauseln .....	37
2. Planvollständigkeitsklauseln .....	42
3. Einbeziehung behördlicher Genehmigungen .....	43
4. Klauseln zu Prüf- und Hinweispflichten, Bestätigungsklauseln .....	45
5. Nebenangebote / Sondervorschläge .....	47
II. Günstigkeits- und Unklarheitenklauseln .....	49
III. Erweiterungs- und Beschränkungsklauseln .....	55
1. Ausgangslage .....	55
2. AGB des Bestellers .....	56
3. AGB des Auftragnehmers .....	61
4. Beurteilung von Beispielklauseln .....	62
a) Auftraggeberseitige Klauseln .....	62
b) Auftragnehmerseitige Klauseln .....	71
IV. Einbeziehung „Besonderer Leistungen“ in das Bausoll .....	76
V. Risikoübernahmeklauseln .....	91
1. Baugrundrisiko .....	92
2. Planungsrisiko .....	98
3. Mengenrisiko .....	99
VI. Besonderheiten im Verbrauchergeschäft .....	101

### A. Einleitung

Der Begriff „**Bausoll**“ ist als solcher nicht gesetzlich definiert. In Rechtsprechung und 1 Literatur wird unter diesem Begriff die Gesamtheit der vom Bauunternehmer vereinbarungsgemäß zu erbringenden Leistungen verstanden. Das Bausoll steht dem „Vergütungssoll“, also der vereinbarten Gegenleistung, in einem durch die Vertragsparteien rechtsgeschäftlich vereinbarten „Äquivalenzverhältnis“ gegenüber.<sup>1</sup> Das „Bausoll“ beinhaltet dabei neben der eigentlichen Werkleistung (**was** ist zu bauen?) auch die Umstände der Leistungserbringung (**wie** ist zu bauen?) und die zeitlichen Aspekte der Leistung (**wann** ist zu bauen?).<sup>2</sup> Das „Bausoll“ wird im Ergebnis also durch das „versprochene Werk“ im Sinne des § 631 BGB verkörpert und ist mit diesem gleichzusetzen.

Die Bestimmung, worin das versprochene Werk letztlich besteht, unterliegt der Vertrags- 2 freiheit der Parteien. Sofern der Vertrag hinsichtlich der **Beschaffenheit des Werkes** eine Detailbeschreibung enthält, hat der Auftragnehmer das versprochene Werk vollendet, wenn es diese vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Auf die sogenannte **Funktionstauglichkeit**

<sup>1</sup> Leinemann/Leinemann § 2 VOB/B Rn. 70.

<sup>2</sup> Kapellmann/Messerschmidt/Markus § 2 VOB/B Rn. 31 ff.

des Werkes kommt es nur dann an, wenn die Parteien nicht die Beschaffenheit des Werkes, sondern dessen Funktion als Maßstab für den Werkerfolg vereinbart haben.<sup>3</sup> Im Falle eines „funktionalen Leistungsolls“ obliegt dem Auftragnehmer die Bestimmung der zur Erreichung des Leistungsziels notwendigen Details der Werkleistung, dh die (Entwurfs- und/oder Ausführungs-)planung. Diese Leistungszielbestimmung korrespondiert mit dem daraus resultierenden „**Methodenwahlrecht**“ des Auftragnehmers.<sup>4</sup> Die Arten der Vertragsgestaltung unterscheiden sich also ganz grob danach, welcher Vertragspartei die Planung des Werkes obliegt. Plant der Auftraggeber, bestimmt sich das versprochene Werk nach der vereinbarten Beschaffenheit, plant der Auftragnehmer, ist die Funktion des Werks maßgeblich.

- 3 Der in der Praxis häufige Fall, dass sich erst während der Durchführung des Vertrages herausstellt, dass die vereinbarte Beschaffenheit nicht geeignet ist, ein funktionstaugliches Werk herzustellen und daher die Beschaffenheit und mithin das Bausoll geändert werden muss, begründet im Ergebnis einen Anspruch des Auftragnehmers auf **Anpassung der Vergütung** (§ 650c BGB, § 2 Abs. 5 und 6 bzw. ggf. § 8 VOB/B).<sup>5</sup>
- 4 Auch nach der Reform des Werkvertragsrechts führt allein der Umstand, dass das vereinbarte Werk nicht funktionstauglich ist, nicht dazu, dass der Auftragnehmer ohne weiteres in Abweichung von der Leistungsbeschreibung ein funktionstaugliches Werk schuldet, sondern begründet nur ein Anordnungsrecht des Auftraggebers zur entsprechenden Anpassung des Leistungsolls. Dieses Anordnungsrecht bedingt dann die sich aus dem Gesetz bzw. dem Vertrag ergebenden vergütungsrechtlichen Konsequenzen.<sup>6</sup> Der in der Literatur teilweise diskutierte „**funktionale Mangelbegriff**“ hat weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung einen Rückhalt gefunden.<sup>7</sup> Die Vorstellung von einem „funktionalen Mangel“ ist als überholt anzusehen.
- 5 Das von den Vertragsparteien tatsächlich vereinbarte Bausoll ist durch **Auslegung der Vertragsunterlagen** zu ermitteln. Da für die Bestimmung und Auslegung des Bausolls aber nur Vertragsregelungen herangezogen werden können, die die Parteien **wirksam** vereinbart haben, ist die Beantwortung der Frage, ob entsprechende Klauseln der AGB-rechtlichen **Inhaltskontrolle** unterliegen und, wenn ja, einer solchen auch standhalten, von besonderer Bedeutung.
- 6 Den Vertragsparteien stehen für die Bestimmung des Bausolls in einem Werkvertrag, wie eingangs erwähnt, letztlich zwei grundsätzliche Wege offen. Der Auftraggeber kann zum einen **nach vollständiger Planung** des gewünschten Werkes eine **detaillierte Leistungsbeschreibung** erstellen, die sämtliche zur Erreichung des von ihm angestrebten Vertragserfolgs erforderlichen Leistungen enthält und abbildet. Diese detaillierte Leistungsbeschreibung entspricht dann dem Bausoll. Alternativ hierzu steht dem Auftraggeber die Möglichkeit offen, auf eine solche detaillierte Leistungsbeschreibung zu verzichten und vielmehr **ohne vollständige Planung** nur die gewünschte Funktion des beauftragten Werkes und das Leistungsziel zu beschreiben (**funktionale Leistungsbeschreibung**). Die Planungsverantwortung für die Details liegt dann beim Auftragnehmer. Das Bausoll bestimmt sich in diesem Falle nach der vereinbarten Funktion des Werkes.
- 7 Die in der Praxis häufig anzutreffenden Versuche, diese gegensätzlichen Alternativen miteinander zu vermischen, stoßen vielfach an die Grenzen, die das AGB-Recht für bausollbestimmende Klauseln setzt. Das Ansinnen insbesondere auf Seiten der Auftraggeber, sich durch Mischformen bei der Bausollbestimmung einen Vorteil zu verschaffen,

<sup>3</sup> Markus/Kapellmann/Pioch/Markus Kapitel 8 Rn. 189.

<sup>4</sup> Labrenz NZBau 2008, 350.

<sup>5</sup> Kapellmann/Messerschmidt/Kapellmann § 2 VOB/B Rn. 28; Markus NZBau 2010, 604; Markus FS Kapellmann 2007, 291 (293); Kapellmann NJW 2005, 182 (186), Motzke NZBau 2002, 641; unzutreffend BGH „Konsoltraggerüst“ NZBau 2002, 324 = BauR 2002, 935; inzwischen korrigiert durch BGH „Dachdeckergerüste“ NZBau 2006, 777 = NJW 2006, 3413 mit Anm. Kapellmann; sowie BGH – VII ZR 194/06, „Bistroküche“, NZBau 2008, 437 = BauR 2008, 1134 m. Anm. Leinemann.

<sup>6</sup> Leinemann/Schoofs § 1 VOB/B Rn. 65.

<sup>7</sup> Markus NZBau 2016, 601; Markus NZBau 2010, 605.