



Baubesprechungsprotokoll als Kaufmännisches Bestätigungsschreiben – die Lösung aller Probleme?

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth*, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

I. Problematik

Im Nachgang zu Baubesprechungen, im Zuge derer nicht selten Nachtragsfragen erörtert werden, beruft sich häufig einer der Bauvertragspartner darauf, an Erklärungen, die Mitarbeiter abgegeben haben und die möglicherweise protokolliert wurden, nicht gebunden zu sein, da der von ihm entsandte Teilnehmer keine Vertretungsbefugnis besaß.

An derartigen Baubesprechungen nehmen in der Regel - jedenfalls bei Bauvorhaben und Baubeteiligten einer gewissen Größenordnung - nicht die vertretungsberechtigten Organe der Bauvertragspartner teil (z.B. der Geschäftsführer einer GmbH oder aber der Geschäftsführer der Komplementärin einer GmbH & Co. KG, der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft etc.). Für denjenigen Vertragspartner, der die von seinem Mitarbeiter getroffene Abrede erst in der Nachschau als für sich ungünstig bewertet, stellt es bislang ein probates Mittel dar, sich darauf zu berufen, dass sein Mitarbeiter, welcher die entsprechende Erklärung abgegeben hat, zur Abgabe derartigen Erklärungen nicht bevollmächtigt war und man daher an die so getroffene Abrede nicht gebunden sei. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Abrede mündlich oder aber schriftlich getroffen wurde.

In der Fachwelt wurde das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. Januar 2011 (Aktenzeichen VII ZR 186/09) als Riegel, der dieser bisweilen unsäglichen Vorgehensweise nunmehr vorgeschoben wurde, gefeiert. Im Folgenden wird erörtert, ob dem tatsächlich so ist mit der Folge, dass demjenigen Vertragspartner, welcher sich an die Vereinbarung nicht gebunden fühlt, jegliche diesbezügliche Argumentation zukünftig verwehrt ist.

II. Sachverhalt

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Nach Vertragsschluss wurden zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erneut Verhandlungen geführt. Der

Auftragnehmer entsandte hierzu einen vollmachtlosen Vertreter. Im Zuge der Verhandlungen vereinbarten dieser vollmachtlose Vertreter und der Auftraggeber unter anderem auch Änderungen der beiderseitigen Vertragspflichten. Ob der Auftragnehmer zu der Verhandlung ausdrücklich unter Hinweis auf die beabsichtigte Erstellung eines Verhandlungsprotokolls eingeladen wurde oder aber dem Auftragnehmer mitgeteilt wurde, im Zuge des Termins solle der bereits geschlossene Vertrag lediglich urkundlich fixiert werden, war zwischen den Parteien streitig. Unstreitig ist, dass im Zuge der Besprechung ein Verhandlungsprotokoll angefertigt wurde, welches der vollmachtlose Vertreter des Auftragnehmers und der Auftraggeber unterzeichnet haben.

Das unterzeichnete Verhandlungsprotokoll übersandte der Auftraggeber dem Auftragnehmer. Dem Inhalt dieses Verhandlungsprotokolls hat der Auftragnehmer nicht widersprochen. Nachdem der Auftraggeber sich auf eine der in dem Verhandlungsprotokoll enthaltenen Abreden berief, wandte der Auftragnehmer ein, dass die so getroffene Vereinbarung rechtsunwirksam sei, da sie von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben worden sei.

III. Entscheidungsgründe

Die Einwendung des Auftragnehmers, im Rahmen der Verhandlung nicht wirksam vertreten gewesen und daher an die im Verhandlungsprotokoll enthaltenen Vereinbarungen nicht gebunden zu sein, bleibt ohne Erfolg.

1.

Der Bundesgerichtshof hat zum Einen ausgeführt, dass, wenn zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer nach Erteilung des Zuschlages ein Termin zur Erstellung eines Verhandlungsprotokolls vereinbart wird und der Auftragnehmer zu diesem Termin einen mit der Sache befassten und sachkundigen Mitarbeiter entsendet, er sich dessen rechtsgeschäftliche Erklärungen jedenfalls im Wege der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen muss. Dies mit Rücksicht darauf, dass der Auftragnehmer, sofern er zu dieser Verhandlung einen Mitarbeiter entsendet, regelmäßig den Anschein erzeugt, er



werde durch einen Bevollmächtigten vertreten, wenn er das vermeintlich vollmachtlose Verhalten nicht sogar duldet und deshalb eine Duldungsvollmacht anzunehmen ist. Auf den so gesetzten Rechtsschein kann der Auftraggeber vertrauen, weil er nicht damit rechnen muss, dass der Auftragnehmer auf eine Einladung zu einer Vertragsverhandlung über den durch Zuschlag zustande gekommenen Vertrag einen vollmachtlosen Vertreter entsendet, wenn nicht besondere Umstände vorliegen (z.B. entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen zu Vertretungsbefugnissen) oder ihm dies sonst verdeutlicht wird.

2.

Der Bundesgerichtshof führt zum Anderen weiter aus, dass sich die Rechtslage allerdings anders darstellt, wenn die Einladung des Auftraggebers inhaltlich ausschließlich auf eine bloße Formalität dergestalt gerichtet ist, dass ein bereits geschlossener Vertrag lediglich urkundlich fixiert werden soll, in der Verhandlung dann jedoch vom bereits vereinbarten Vertrag abweichende Vereinbarungen getroffen werden, für die der erscheinene Mitarbeiter keine Vollmacht besitzt, gleichwohl allerdings das Verhandlungsprotokoll unterzeichnet. In diesem Fall ist dem Auftragnehmer entgegen des unter Ziffer 1. geschilderten Sachverhaltes die Erklärung des Mitarbeiters als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach Rechtsscheinsgrundsätzlich nicht zuzurechnen, weil der Auftragnehmer keinen Rechtsschein für eine über die bloße Bestätigung des bereits geschlossenen Vertrages hinausgehende Bevollmächtigung setzt und der Auftraggeber auch kein dahingehendes Vertrauen bilden konnte.

3.

Im vorliegenden Fall war allerdings zu berücksichtigen, dass der Mitarbeiter des Auftragnehmers das Verhandlungsprotokoll unterzeichnet hatte und das unterzeichnete Verhandlungsprotokoll dem Auftragnehmer zeitnah übersandt worden war. Diesem unterzeichneten Verhandlungsprotokoll hatte der Auftragnehmer unstreitig nicht widersprochen. Der Bundesgerichtshof hat hierzu ausgeführt, dass es sich bei der Übersendung des unterzeichneten Verhandlungsprotokolls zwar nicht um ein sogenanntes Kaufmännisches Bestätigungsschreiben handelt, allerdings die hierfür entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden seien, so dass der Auftragnehmer dem Inhalt dieses Schreibens unverzüglich hätte widersprechen müssen, um zu verhindern, dass sein Schweigen wie eine nachträgliche konkludente Genehmigung der Willenserklärung des vollmachtlosen Vertreters behandelt wird und die Vereinbarung mit diesem Inhalt zustande kommt.

Die Pflicht zum sofortigen Widerspruch nach Erhalt eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens wird aus im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und aus den Grundsätzen von Treu und Glauben

abgeleitet. Zwar sind diese Grundsätze nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofes auf den der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt nicht direkt anwendbar, da ein Protokoll über eine nach Vertragsschluss durchgeführte Verhandlung über den geschlossenen Vertrag kein kaufmännisches Bestätigungsschreiben darstellt. Ein solches Schreiben ist aber einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben inhaltlich und seinem Zweck nach so nahe, „*dass es gerechtfertigt ist, die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben entsprechend anzuwenden.*“

Des Weiteren wird ausgeführt, dass eine derartige Pflicht zum unverzüglichen Widerspruch nach Erhalt eines solchen Protokolls den Auftragnehmer auch nicht überfordere, sondern vielmehr seinen eigenen Interessen diene. Darüber hinaus entspreche es insbesondere den besonderen Anforderungen an ein „*redliches Verhalten bei der Abwicklung eines Bauvertrages*“, da insbesondere die Durchführung derartiger Bauverträge häufig durch Änderungen gekennzeichnet sei, welche aus sich ständig neu ergebenden technischen oder rechtlichen Problemen resultieren.

4.

Der Bundesgerichtshof hat ungeachtet dessen, dass in dem von ihm zu entscheidenden Fall ein Verhandlungsprotokoll vorlag, gleichwohl im Hinblick auf Baubesprechungsprotokolle weiter ausgeführt:

„*Solche Änderungen erfolgen in (Nach-)Verhandlungen, Baubesprechungen oder anderen Sitzungen, die dem Zweck dienen, den Vertrag an die veränderten Umstände anzupassen. Es ist üblich, dass über diese Verhandlungen Protokolle erstellt und an die Parteien verschickt werden. Der Senat muss nicht entscheiden, ob ein vom Adressaten noch nicht unterzeichnetes Protokoll wie ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu behandeln ist. Jedenfalls dann, wenn ein solches Protokoll in rechtsgeschäftlicher Vertretung von einem entsandten Mitarbeiter eines Vertragspartners unterzeichnet ist, der über einen bereits geschlossenen Vertrag verhandelt, ist die Anwendung dieser Grundsätze geboten.*“

5.

Der Bundesgerichtshof ist daher in dem von ihm zu entscheidenden Fall zu dem Ergebnis gelangt, dass der Auftragnehmer dadurch, dass er nach dem Zugang des unterzeichneten Verhandlungsprotokolls dem Inhalt dieses Protokolls nicht widersprochen hat, an die darin enthaltenen Erklärungen gebunden ist.

IV. Auswirkungen auf die Baupraxis

Festzuhalten ist zunächst, dass die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze sowohl für Auftragge-



ber als auch für Auftragnehmer gelten. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass, wenn der Empfänger eines Verhandlungsprotokolls kein Kaufmann ist, sondern ein Verbraucher, die vom Bundesgerichtshof formulierten Grundsätze nicht gelten.

Soweit das Urteil des Bundesgerichtshofes als die Lösung des oben unter Ziffer I. skizzierten Problems gefeiert wird, ist aus folgenden Gründen Zurückhaltung geboten:

Zunächst einmal hat der Bundesgerichtshof lediglich einen Fall entschieden, in welchem es um eine Verhandlung über Vertragsmodalitäten ging. Hierüber wurde sodann ein „Verhandlungsprotokoll“ erstellt. Dagegen hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich ausgeführt, dass er den Fall, in dem ein Protokoll über regelmäßig stattfindende Baubesprechungen (Jour fix) angefertigt und dem Vertragspartner übersandt wird, nicht zu entscheiden hatte. Im Zuge dieser turnusmäßig stattfindenden Baubesprechungen geht es gerade nicht von vornherein um die Besprechung und Vereinbarung von Vertragsänderungen. Vielmehr haben derartige Baubesprechungen in der Regel lediglich technische oder bauorganisatorische Fragen zum Gegenstand. Zu diesen Baubesprechungen werden von Seiten des Bauherrn regelmäßig Objektüberwacher oder aber Bauleiter entsandt, von Seiten des Auftragnehmers ebenfalls Bauleiter.

Überdies ist auch nicht entschieden, wie es sich mit einem Protokoll verhält, welches nicht von den unter Umständen vollmachtlosen Vertretern des Auftraggebers oder Auftragnehmers unterzeichnet wurde und dem anderen Vertragspartner sodann übersandt wird.

Den Andeutungen des Vorsitzenden Richters des VII. Zivilsenats (Bausenat) des Bundesgerichtshofes am Rande einer Vortragsveranstaltung in Hamburg am 8. April 2011 war allerdings zu entnehmen, dass der Bundesgerichtshof zumindest dahin tendiert, seine jüngste Rechtsprechung auch auf nicht unterzeichnete, dem Vertragspartner übersandte Baubesprechungsprotokolle zu übertragen.

Vor diesem Hintergrund ist sowohl Auftraggebern als auch Auftragnehmern dringend zu empfehlen, den Inhalt von Baubesprechungsprotokollen unverzüglich, d.h. binnen drei Werktagen nach Erhalt der Baubesprechungsprotokolle dahingehend zu prüfen, ob der Inhalt des Protokolls den Inhalt der Baubesprechung tatsächlich wiedergibt. Im Zweifel sollte hier ein schriftlicher Widerspruch erfolgen.

Zu beachten sind in jedem Fall die vertraglichen Regelungen. Oftmals ist in den Bauverträgen geregelt, wer jeweils auf Auftraggeber wie auch auf Auftragnehmerseite befugt ist, rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben

und wer befugt ist, den Vertragspartner in technischer Hinsicht zu vertreten. In diesem Fall ist nur der dort angegebene Mitarbeiter zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen, mithin zur Vereinbarung von Nachträgen befugt.

Ferner sind auch Regelungen dergestalt nicht selten, dass der Auftragnehmer zu den Baubesprechungen einen rechtsgeschäftlich zur Vertretung bevollmächtigten Mitarbeiter zu entsenden hat. In diesem Fall darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass der teilnehmende Mitarbeiter auch zu Vertragsänderungen, d.h. auch zu Nachtragsvereinbarungen bevollmächtigt ist. Der Auftragnehmer kann sich sodann nicht mehr darauf berufen, dass der von ihm entsandte Mitarbeiter keine Vollmacht besaß.

Bislang vollkommen unberücksichtigt geblieben ist die Problematik, dass die Grundsätze des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens und damit dessen Bindungswirkung nur dann greifen, wenn das Baubesprechungsprotokoll nicht gravierend vom Besprochenen abweicht und der Absender das Verhandlungsergebnis nicht bewußt unrichtig wiedergibt. Behauptet nunmehr einer der Vertragspartner, der möglicherweise versäumt hat, während der oben genannten Frist dem Kaufmännischen Bestätigungsschreiben zu widersprechen, über dort wiedergegebene Dinge sei gar nicht gesprochen worden, obliegt dem anderen Vertragspartner nach wie vor der Beweis, dass der Inhalt des Protokolls Gesprächsgegenstand war.

Dies wird nur mittels Zeugenaussagen möglich sein. Liegt dagegen ein von beiden Vertragspartnern unterzeichnetes Baubesprechungsprotokoll vor, wird es der anderen Partei jedenfalls schwer fallen, über Zeugen darzulegen und zu beweisen, dass derartige Inhalte gar nicht besprochen worden sind.

V. Fazit

Beabsichtigt einer der Vertragspartner der Parteien künftig, im Rahmen von Baubesprechungen oder aber anderweitigen Verhandlungen verbindliche Einigungen zu erzielen, empfiehlt es sich grundsätzlich, bei dem Vertretungsberechtigten des Vertragspartners eine schriftliche Erklärung zu erbitten, dass der zu der Verhandlung Entsandte zur Abgabe sämtlicher rechtsgeschäftlicher Erklärungen befugt ist. Dieser Weg bietet die größte Sicherheit und das geringste Risiko einer Auseinandersetzung zu einem späteren Zeitpunkt. Sollte dies versäumt worden sein oder aber auf Grund der am Bau stets vorherrschenden zeitlichen Zwänge nicht möglich sein, sollten die Protokolle von beiden Parteien unterzeichnet werden, sofern eine Bindungswirkung angestrebt ist, und das so unterzeichnete Protokoll dem anderen Vertragspartner,



dort der vertretungsberechtigten Person unverzüglich übersandt werden. Besteht dort kein Einverständnis mit einzelnen Inhalten dieses Schreibens, ist entsprechend den Grundsätzen des Kaufmännischen Bestätigungsschreibens spätestens binnen drei Werktagen – entscheidend für die Fristwahrung ist der Zugang des Widerspruchs beim Vertragspartner – zu widersprechen.

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer
Telefon +49 (491) 454 52 29-0
Telefax +49 (491) 454 52 29-99
E-Mail: leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Straße 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

***Dr. Tina Großkurth** studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wolverhampton (GB) und ist seit 2001 als Rechtsanwältin tätig. Seit 2006 betreut Frau Dr. Großkurth unsere Mandanten als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in diesen Bereichen, in welchen sie promovierte. Seit 2009 ist sie Partnerin der Sozietät. Sie ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein.