

# Vorsicht bei Baustellenprotokollen

VON RA DR. OLAF HOFMANN



Insbesondere bei größeren Baumaßnahmen werden in regelmäßigen Abständen Baustellengespräche geführt, um etwaige Fragen über den Fortgang der Baumaßnahme, eventuelle Nachträge, Behinderungen usw. zu besprechen. Das Ergebnis dieser Gespräche wird dann in einem Baustellenprotokoll festgehalten und den Beteiligten zugesandt. Es fragt sich, was eigentlich passiert, wenn in diesen Protokollen vertragliche Abreden wiedergegeben werden, die womöglich in dieser Form gar nicht getroffen wurden.

## Beispiel:

Nach Abschluss eines Baustellengesprächs fertigt der Architekt des Auftraggebers ein Protokoll in dem er unter anderem ausführt: „Der Auftragnehmer X wird bis zum 7. November 2013 die Werk- und Montagepläne für die Isolierarbeiten übergeben“. Bei dieser Baustellenbesprechung ist die Firma X lediglich durch

einen Bauleiter vertreten, der zu vertragsändernden Abreden nicht bevollmächtigt ist. Die Firma X nimmt zu diesem Protokoll, das ihr kurz nach der Besprechung zugeht, nicht Stellung, beruft sich aber im späteren Streit darauf, dass der hier behauptete Liefertermin im Vertrag nicht vereinbart, so bei dem Gespräch auch nicht besprochen worden sei und dass aus ihrem bloßen „Schweigen“ auf das ihr übermittelte Protokoll auch nicht auf eine Zustimmung geschlossen werden könne.

## 1. Grundsatz: Schweigen heißt „Nein“

Richtig ist, dass ein „Schweigen“ auf ein Angebot grundsätzlich dessen Ablehnung bedeutet. Ein Vertragsschluss verlangt, dass zwei von den Parteien abgegebene Willenserklärungen sich inhaltlich decken. „Schweigen“ ist aber gerade das Gegenteil eine Erklärung. Der Begriff „Schweigen“ ist dabei allerdings nicht wörtlich zu nehmen.

Auch ein Kopfnicken oder eine andere zustimmende Handlung kann zu einem Vertragsschluss führen, nicht jedoch ein bloßes Nichtstun.

## 2. Die beiden Ausnahmen

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings zwei wichtige Ausnahmen: – Die erste Ausnahme kann sich aus dem Grundsatz von „Treu und Glauben“ (§ 242 BGB) ergeben.

### Beispiel:

Die Vertragsparteien führen langwierige Verhandlungen über einen Nachtrag. Schließlich schickt der Isolierer unter Bezugnahme auf diese Verhandlungen ein „abschließendes Angebot“ und führt aus, dass er nun mit den Nachtragsarbeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt beginnen werde.

In einem solchen Fall hat der BGH nach „Treu und Glauben“ eine Zustimmung des Auftraggebers zu diesem Nachtragsangebot angenommen, wenn das Angebot des Auftragnehmers im Wesentlichen

den Verhandlungsstand wiedergibt und der Auftraggeber sich nicht rührt.

– Die zweite für die Baupraxis wichtige Ausnahme ist das so genannte kaufmännische Bestätigungsschreiben.

Führen die Vertragspartner Verhandlungen und fasst eine Vertragsseite das Ergebnis dieser Verhandlungen als gemeinsames Gesprächsergebnis zusammen, so wird „Schweigen“ auf dieses Schreiben als Zustimmung zu dessen Inhalt gewertet, wenn

- das Schreiben bestimmte Punkte als gemeinsames Gesprächsergebnis wiedergibt,
- das Schreiben den Beteiligten zeitnah (spätestens binnen 1 Woche nach Baustellengespräch) zugeht,
- der Empfänger nicht unverzüglich (in der Regel binnen 3 Tagen nach Erhalt des Protokolls) widerspricht
- und beide Seiten Kaufleute sind oder wie Kaufleute am Geschäftsleben teilnehmen.

### 3. Das Baustellenprotokoll wird wie ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben behandelt!

Das Kammergericht Berlin hat nun in seinem Urteil vom 18.9.2012\*

ausgeführt, dass das Baustellenprotokoll in der Regel wie ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben behandelt wird, wenn es die genannten Voraussetzungen erfüllt. Dabei hat das Gericht betont, dass es nicht darauf ankommt, ob der bei diesem Baustellengespräch anwesende Vertreter des Vertragspartners auch die Vollmacht besitzt, etwaige vertragsändernde Vereinbarungen zu treffen. Dieser Mangel der Vertretungsmacht wird durch die widerspruchslose Hinnahme des erhaltenen Baustellenprotokolls „geheilt“.

Im obigen Beispielsfall waren diese Voraussetzungen für eine vertragsändernde Abrede erfüllt, so dass nun der Auftragnehmer auch verpflichtet war, die dort genannten Werk- und Montagepläne zum 7. November zu liefern.

### 4. Wie kann man diese Rechtsfolgen verhindern?

Grundsätzlich ist natürlich dem Empfänger vom Baustellenprotokoll zu empfehlen, sofort zu widersprechen, sofern er dort eine Feststellung findet, die so nicht getroffen wurde. Dabei sollte man beachten, dass der Widersprechende auch den Zugang seines Widerspruchs beweisen muss. Für die

Praxis empfiehlt sich hier die Sendung einer Fax- Nachricht, wobei man bedenken sollte, dass das Sendeprotokoll kein Zugangsbeweis ist. Somit sollte vorsorglich ein Zeuge nochmals bei dem Empfänger des Protokolls anrufen und nachfragen, ob das Fax zugegangen ist und die Bestätigung etwa im Bautagebuch vermerken.

Will man generell vermeiden, dass Baustellenprotokolle die genannte Wirkung haben, sollte man im ersten Baustellengespräch vereinbaren, dass Protokolle erst dann Vertragsinhalt werden, wenn sie bei dem nächsten Baustellengespräch von allen Beteiligten „abgesegnet“ worden sind. □

\*AZ: 7 U 227/11; Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH mit Beschluss vom 11.10.2013 – AZ VII ZR 301/12 zurückgewiesen.



Seit zehn Jahren auf Baurecht spezialisiert! Bauanwälte, Baumediatoren und Bausachverständige finden Sie auf [www.bausuchdienst.de](http://www.bausuchdienst.de)



#### Der Autor

Dr. Olaf Hofmann  
Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter für Baurecht, München

Kontakt: [drolaf.hofmann@googlemail.com](mailto:drolaf.hofmann@googlemail.com)

**VOLLER ENERGIE!**  
100% Freiheit! • 100% Leistung!

**NEU!**  
Mit Akkubetrieb

**GS 100accu+**

**Bohl**

Bohl Befestigungssysteme –  
klimatechnisches Zubehör  
GmbH  
Rudolf-Diesel-Straße 3  
D-74214 Schöntal  
Tel 07943/944889-0  
Fax 07943/944889-889  
info@bohl.eu  
[www.bohl.eu](http://www.bohl.eu)