

Thema: Praxis/Schuldrechtsreform/Auswirkungen auf VOB/B

1. Einleitung

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde das AGB-Gesetz in das BGB integriert. Dabei nahm der Gesetzgeber einige kleinere Änderungen am Text des bisherigen AGB-Gesetzes vor. Eine dieser Änderungen, die Streichung des § 23 Nr. 5 AGBG und dessen Einfügung in die § 308 f. BGB hat möglicherweise, wenn auch unbeabsichtigte, Folgen für die wirksame Einbeziehung der VOB/B in Bauverträge. Die Frage ist derzeit äußerst umstritten. Letztlich muß die Rechtsprechung abgewartet werden.

2. Das Problem

Bei der VOB/B handelt es sich nicht um ein Gesetz, daß unmittelbar für Bauverträge gilt, sondern um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die eigentlich einer AGB-Kontrolle unterliegen würde.

Im bisherigen § 23 Absatz 2 Nr. 5 AGBG hatte der Gesetzgeber festgelegt, daß die in der VOB/B geregelte „Verkürzung gesetzlicher Verjährungsfristen“¹ und die Einschränkung sogenannter „Fiktionen“,² die eigentlich nach dem AGBG unwirksam wären, gültig sind, wenn die VOB „Vertragsgrundlage“ ist.³ Die Rechtsprechung hat dieser Regelung einen weitaus größeren Anwendungsbereich gegeben, als dem Wortlaut der Bestimmung eigentlich zu entnehmen ist. Es wurde eine Sonderregelung für die gesamte VOB/B entwickelt. Man bezeichnet dies als die „Privilegierung der VOB/B als Ganzes“. Ist die VOB/B insgesamt Vertragsgrundlage, so sind danach alle Regelungen der VOB/B einer Prüfung nach dem AGB-Gesetz entzogen worden. Ändert aber eine der beiden Vertragspartner Bestimmungen *einseitig zu seinen Gunsten* ab, so kann dies dazu führen, daß die vom BGH für diese Privilegierung vorausgesetzte Ausgewogenheit nicht mehr gegeben ist und deshalb die VOB/B einer Inhaltskontrolle zu unterziehen ist. *Dies hat zur Folge, daß ein Teil der Regelungen unwirksam ist.* Dies kann erhebliche Nachteile für den betreffenden Verwender haben.

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber ohne Not eine sprachliche Veränderung vorgenommen. Die bisher in § 23 Absatz 2 Nr. 5 AGBG enthaltene Privilegierung der VOB/B wurde an zwei Stellen konzentriert, nämlich § 308 Nr. 5 BGB sowie § 309 Nr. 8 b, ff BGB.⁴

¹ Statt 5 Jahre Gewährleistung nur 2 Jahre

² Abnahmefiktion in den § 12 Nr. 5 VOB/B nach Fertigstellungsmitteilung bzw. Benutzung

³ Die Altfassung des AGB-Gesetzes in § 23 AGBG lautete:

(1) *Dieses Gesetz findet keine Anwendung bei Verträgen auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht.*

(2) *Keine Anwendung finden ferner*

(..)

5. § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 10 Buchstabe f für Leistungen, für die die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Vertragsgrundlage ist;

⁴ § 308 Nr. 5 BGB n.F. lautet:

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam (...)

Eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn daß

a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und

b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der sonst auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen; dies gilt nicht für Verträge, in die Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist;

§ 309 Nr. 8 b, ff BGB n.F. lautet:

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam.

Eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen

Diese sprachliche Änderung kann erhebliche Auswirkungen auf die Rechtslage haben. Man könnte meinen, daß der Gesetzgeber bei Erstellung eines neuen Gesetzes sich zuvor über die vorliegende Rechtsprechung und die Literatur informiert. Obwohl die Rechtsprechung und Literatur zur Privilegierung der VOB/B „als Ganzes“ bekannt war, hat der Gesetzgeber in den neu geschaffenen § 305 ff. BGB auf eine ausdrückliche gesetzliche Normierung dieser Sonderregelung verzichtet. Zu allem Überfluß hat er die bisherige Bestimmung des § 23 Absatz 2 Nr. 5 AGBG gestrichen und die Einzelfälle der Gewährleistungsverkürzung (§ 13 VOB/B) und der Fiktion (§ 12 Nr. 5 VOB/B) einer Sonderregelung zugeführt, sofern die VOB/B „insgesamt in den Vertrag einbezogen“ wurde. Für die anderen, isoliert betrachtet unwirksamen Regelungen der VOB/B wurde kein derartiger Schutz geschaffen.

Es stellt sich nun das Problem, ob die bisherige Rechtsprechung, die „Privilegierung der VOB/B als Ganzes“, noch aufrecht erhalten werden kann. Will der Gesetzgeber durch das Unterlassen einer gesetzlichen Klarstellung der Sonderposition der VOB/B die Rechtsprechung des BGH nicht mehr weiter führen und lediglich die normierten Ausnahmen einer AGB-Kontrolle entziehen? Diesbezüglich werden die unterschiedlichsten Auffassungen vertreten; vgl. unten Ziffer 3. Meinungen.

Bei der Inhaltskontrolle ist zu differenzieren, wer Verwender der VOB/B ist, diese also in den Vertrag eingeführt hat. Das „teuflische“ daran ist, daß die dem Verwender *ungünstigen* Regelungen der VOB/B auf jeden Fall anwendbar sind. Kurz ausgedrückt, derjenige, der die VOB in Vertrag einführt ist der Dumme. Er kann sich nicht auf die Unwirksamkeit für ihn ungünstiger Regelungen berufen. Sein Gegner dagegen schon.

Tipp:

Dies ist vielen am Bau Beteiligten nicht bekannt. Deshalb lassen sich Anwälte grundsätzlich das gesamte Vertragswerk vorlegen, und überprüfen den gesamten Vertrag im Hinblick darauf, ob in den Kerngehalt der VOB/B durch eine einzige Regelung eingegriffen wurde. Ist dies der Fall, kippt die gesamte VOB/B mit äußerst nachteiligen Folgen für den Verwender der VOB/B.

2.1 Folgende VOB-Klauseln sind beispielsweise unwirksam, wenn der Auftraggeber Verwender der VOB/B ist:

- § 6 Nr. 6 VOB/B
Der Ausschluß der gesetzlichen Schadensersatzanspruchs auch bei der Verletzung jeglicher Vertragspflichten ist unwirksam.
- § 16 Nr. 3 Absatz 1 Satz 1 VOB/B
Die dem Auftraggeber eingeräumte Frist für die Schlußzahlung von 2 Monaten ab dem Zugang der Schlußrechnung wäre unwirksam.
- § 16 Nr. 3 Absatz 2 bis 5 VOB/B
Hierdurch tritt eine erhebliche Verkürzung der gesetzlich geregelten Fristen für die Verjährung bzw. für die Verwirkung von Forderungen ein

(..)

(ff) (Erleichterung der Verjährung) Die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Absatz Nr. 2 und des § 634 a Absatz 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als 1 Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird; dies gilt nicht für Verträge, in denen Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen insgesamt einbezogen ist.

- § 16 Nr. 5 Absatz 3 VOB/B
Das Erfordernis einer Nachfristsetzung sowie der pauschalierte Verzugszins, ohne Nachweis der Möglichkeit eines geringeren Schadensersatzanspruches, ist unwirksam.
usw.

2.2 Folgende VOB-Klauseln sind beispielsweise unwirksam, wenn der *Auftragnehmer* Verwender der VOB/B ist

- § 7 VOB/B
Die Verlagerung der Vergütungsgefahr auf den Auftraggeber schon vor der Abnahme ist rechtsunwirksam.
- § 13 Nr. 7 VOB/B
Die Einschränkung des Schadensersatzanspruches wären unwirksam.
- usw.

Bereits diese kurzen Ausführungen zeigen, daß die Frage der Privilegierung der VOB/B wichtig ist.⁵ Sollte die Privilegierung der VOB/B nicht mehr fortgeführt werden, dann sind einige Bestimmungen, die den Anforderungen des § 9 AGBG bzw. § 307 BGB n.F. nicht genügen, gefährdet. Auf die „**Rote Liste**“ der gefährdeten Vorschriften wären zu setzen:

- § 1 Nummer 2 VOB/B (Transparentgebot)
- § 4 Nummer 6 Satz 2 VOB/B (verbotene Eigenmacht)
- § 4 Nummer 8 Satz 2 VOB/B (Einmischung in die Belange des Unternehmers)
- § 6 Nummer 2 b VOB/B (Abwälzung des eigenen Risikos auf die Gegenseite)
- § 13 Nummer 4 Satz 2 VOB/B (unzulässige Fristverkürzung)
- § 13 Nummer 7 VOB/B (Beschneidung der Schadensersatzansprüche)
- § 16 Nummer 3 Absatz 1 VOB/B (unzulässige Zahlungsverzögerung)
- § 16 Nummer 3 Absatz 2 VOB/B (unzulässige Verkürzung der Ansprüche)

Die vorstehende „Rote Liste“ gefährdeter VOB/B-Bestimmungen erhebt nicht den Anspruch der Vollständigkeit. Bei der Aufzählung handelt es sich lediglich um gefährdete Vorschriften, deren Aussterben nur droht, wenn die Privilegierung aufgehoben werden sollte.

3. Meinungen

Die Meinungen in der Literatur sind gespalten. Überwiegend wird wohl die Auffassung vertreten, daß mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die Privilegierung der VOB/B verloren gegangen ist. Hierunter befinden sich auch namhafte Vertreter der Literatur.⁶ Andere äußern Bedenken im Hinblick auf die Sonderrolle der VOB/B. Sie meinen, daß eine baldige Klarstellung des Gesetzgebers angebracht sei, weil sonst die Möglichkeit besteht, daß die VOB/B demnächst der Inhaltskontrolle auch dann unterzogen wird, wenn sie als Ganzes vereinbart ist.⁷ Andere dagegen meinen, daß sich durch diese Umstellung im Text keine negativen Aus-

⁵ eingehend zur gesamten Problematik ist empfehlenswert das Buch Glatzl/Hofmann/Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, 9. Auflage, 2000. Das Buch beschäftigt sich aber noch mit der alten Rechtslage!

⁶ Lenkheit, Olaf, Das modernisierte Verjährungsrecht, BauR Sonderheft 1 a/2002, Seite 196 ff., Seite 223 f.; Peters, Frank, Das Baurecht im modernisierten Schuldrecht, NZBau 2002, Seite 113 ff., Seite 114 f., der sogar davon spricht, daß der angeblich so ausgewogenen VOB/B ein Massaker droht; Sienz, Christian in: Wirth/Sienz/Englert (hrsg), Verträge am Bau nach der Schuldrechtsreform, 2002, Seite 111 f.

⁷ Frikell, Michael, Mögliche Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Rechtsprechung zur VOB als Ganzes“, BauR 4/2002, Seite 671 ff., 674; Kniffka, Rolf, Schuldrechtsreform und privates Baurecht, Interview mit Prof. Dr. Rolf Kniffka, Richter am BGH in Karlsruhe, IBR 2002, Seite 173 ff.

wirkungen auf die Privilegierung der VOB/B ergeben.⁸ Eine Klärung des Problems wird nur die Rechtsprechung bringen. In gewisser Weise wird die VOB/B in der Fassung 2002 eine Entschärfung des Problems bringen. Die VOB/B 2002 wird in weiten Teilen an den neuen gesetzlichen Vorschriften des BGBs nach der Schuldrechtsmodernisierung angepaßt. Dadurch werden die Abweichungen gegenüber dem Gesetz minimiert und dadurch das Risiko der Unwirksamkeit durch eine AGB-Kontrolle verringert.

Tipp:

Gleichgültig, welcher Meinung man folgt, ist es empfehlenswert, äußerst vorsichtig bei der Formulierung von Klauseln in Bauverträgen zu sein. Jede kleinere Änderung kann dazu führen, daß in den Kernbereich der VOB/B eingegriffen wird. Dieser Eingriff führt, wie dargestellt, zu Nachteilen für den Verwender.

4. Zusammenfassung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen bedauerlicherweise, mit welcher Hast der Gesetzgeber Vorschriften verfaßt. Für die Praxis werden hierdurch lediglich Probleme aufgeworfen, die ansich unnötig wären. Besonders bedenklich ist die Sachlage für die öffentliche Hand bzw. deren Vertreter (Architekten, Ingenieure). Sollte der schlimmste Fall eintreten und die VOB/B nicht mehr privilegiert sein, so ergeben sich paradoxe Ergebnisse. Letztlich wäre die öffentliche Hand gezwungen, gesetzeswidrige Klauseln zu verwenden, wobei sich die öffentliche Hand aufgrund der vorgeschriebenen Verwenderrolle selbst benachteiligt. Auswege aus der verfahrenen Situation sind schwierig. Denkbar wäre ein einverständliche Einbeziehungsvereinbarung zwischen den Parteien des Bauvertrages, die die Rolle des Verwenders auf beide Seiten aufteilt bzw. die beiden Seiten nimmt, so daß keine Kontrolle stattfindet. Eine AGB-Kontrolle findet letztlich nur statt, wenn der Verwender *einseitig* die VOB/B einführt. Dies wäre ein Lösungsmodell für die Übergangsphase, das aber im Einzelfall in der Praxis schwer realisierbar sein wird. Wir werden Sie über die Problematik auf dem Laufenden halten.

⁸ Kratzenberg, Rüdiger, Die VOB 2002 ist da!, Interview mit Herrn Ministerialrat Dr. Rüdiger Kratzenberg, IBR 2002, Seite 342 ff.