

# HÄUFIGE FRAGEN IM BAURECHT

**Kanzlei am  
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE  
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt  
Steinmarkt 12  
93413 Cham

**Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt**

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0  
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80  
E-Mail: [info@kanzlei-am-steinmarkt.de](mailto:info@kanzlei-am-steinmarkt.de)

## Häufige Fragen im Baurecht

### INHALTSVERZEICHNIS:

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>004</b>
<b>2.</b>	<b>Was ist der Unterschied zwischen BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag</b>	<b>005</b>
2.1.	Rechtsquellen „BGB und VOB/B“	005
2.1.1.	BGB-Werkvertrag	011
2.1.2.	VOB-Werkvertrag	012
2.1.3.	Vereinbarung der VOB/B	014
2.1.4.	Privilegierung der VOB/B	015
2.1.5.	Entprivilegierung der VOB/B	017
2.1.5.1.	Abweichung von der VOB/B	017
2.1.5.2.	Verbraucher und VOB/B	020
2.2.	Zusammenfassung in Leitsätzen	023
<b>3.</b>	<b>Welche Vollmachten hat ein Architekt?</b>	<b>024</b>
<b>4.</b>	<b>Wie wird ein Bauvertrag ausgelegt, um Bau-Soll zu ermitteln?</b>	<b>029</b>
4.1.	Auslegungsgrundsätze	029
4.2.	Wortlaut anhand des objektiven Empfängerhorizonts	031
4.3.	VOB/A-konforme Auslegung bei öffentlichen Auftraggebern	034
4.4.	Auslegung des Vertrages als sinnvolles Ganzes	037
4.5.	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)	038
4.6.	Widersprüche im Bauvertrag	039
<b>5.</b>	<b>Wann kann auf Stundenlohnbasis abgerechnet werden?</b>	<b>042</b>
<b>6.</b>	<b>Welchen Inhalt hat eine Behinderungsanzeige?</b>	<b>046</b>
<b>7.</b>	<b>Wann ist eine Vertragsstrafe wirksam?</b>	<b>048</b>
7.1.	Vereinbarung Vertragsstrafe	049
7.2.	Vorbehalt der Vertragsstrafe	051
<b>8.</b>	<b>Welche Bedeutung hat die Abnahme?</b>	<b>052</b>
8.1.	Rechtsgeschäftliche Vorschriften in BGB und VOB	052
8.2.	Welche Folgen hat die Abnahme?	053
8.3.	Abnahmeformen	056
8.4.	Abnahmearten	062
8.4.1.	Abnahmearten allgemein	062
8.4.2.	Die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B	066
8.4.3.	Die fiktive Abnahme	069
8.4.4.	Teilabnahme	072
8.5.	Voraussetzungen einer Abnahme (Fertigstellung/Mangelfreiheit)	074
8.6.	Abnahmeergebnis	076
8.7.	Zusammenfassung	078

<b>9.</b>	<b>Was ist der Unterschied zwischen Mangel und Garantie?</b>	<b>079</b>
9.1.	Mangelbegriff	081
9.1.1.	Sachmangel	082
9.1.2.	Rechtsmangel	085
9.1.3.	Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik	085
9.2.	Ausdehnung des Mangelbegriffs	086
<b>10.</b>	<b>Welchen Inhalt hat eine Mängelrüge?</b>	<b>087</b>
<b>11.</b>	<b>Welchen Inhalt hat eine Bedenkenanzeige?</b>	<b>091</b>
<b>12.</b>	<b>Warum Mängelbeseitigung nur aus Kulanz?</b>	<b>095</b>
<b>13.</b>	<b>Wann greift die Schlusszahlungsfalle?</b>	<b>097</b>
<b>14.</b>	<b>Wann ist eine Sicherheitsleistung wirksam?</b>	<b>099</b>
<b>15.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>103</b>
	<b>Musterbriefe für den Auftragnehmer</b>	<b>104</b>
	Muster 1: Klärung rechtsgeschäftliche Vollmacht	105
	Muster 2: Behinderungsanzeige	106
	Muster 3: Mängelbeseitigungsverlangen (VOB/B)	107
	Muster 4: Bedenkenhinweis des Auftragnehmers	108
	<b>Texte BGB und VOB/B</b>	<b>109</b>

## 1. Einleitung

Sinn und Zweck des Seminars ist es, den am Bau Beteiligten das notwendige Basiswissen in der Praxis der Abwicklung des Bauvorhabens zu vermitteln. Wer heute am Bau erfolgreich tätig sein will, muss nicht nur handwerkliche Erfahrung besitzen, sondern muss im gleichen Maße kaufmännische und rechtliche Grundlagen am Bau beherrschen.

Die Beratungstätigkeit zeigt, dass sich Fragestellungen bzw. besser gesagt „bestimmte Fehler“ immer wieder wiederholen. Man muss sich diesen Fragen stellen.

Eine entscheidende Bedeutung kommt hier dem vor Ort tätigen Bauleiter zu. Er steht quasi an der „Front“. Der Bauleiter ist der erste Ansprechpartner, wenn es um Mängelrügen, Baubehinderungen oder Nachträge geht. Reagiert der Bauleiter in diesen Fällen nicht in der erforderlichen Form bzw. zur rechten Zeit oder versäumt es, eine beweiskräftige Dokumentation der Ereignisse vorzunehmen, kann dies in einer späteren Auseinandersetzung mit dem Vertragspartner zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen.

Der Bauleiter ist quasi der „Ersthelfer“ am Bau, der ähnlich einem Sanitäter bei einem Unfallgeschehen die akute Sachlage begreifen und die ersten Hilfsmaßnahmen einleiten muss. Fehler, die hier gemacht werden oder Zeit, die hier verloren geht, kann später weder durch die Geschäftsleitung noch durch den Rechtsanwalt ausgeglichen werden.

Aus diesem Grund ist es heutzutage unerlässlich, dass der Bauleiter mit den wichtigsten Regeln des Werkvertragsrechts und der VOB/B vertraut ist. Das vorliegende Skript dient dazu, um in den Stürmen des täglichen Baugeschehens nicht die Orientierung zu verlieren.

Es wurden bewusst Themenschwerpunkte gebildet, die Sachverhalte betreffen, die im Alltag des Auftragnehmers immer wieder in Erscheinung treten.

Entscheidend ist, dass der Auftragnehmer zumindest ein Problembewusstsein entwickelt und die ersten richtigen Maßnahmen selbständig einleiten kann. Keinesfalls sollte der Auftragnehmer Situationen mangels Kenntnis aussitzen. **Restrisiko ist das Risiko, das uns den Rest gibt!** Diesen Merksatz sollte jeder Auftragnehmer beherzigen. Das Skript soll ein Wegweiser sein, um Fehlerquellen zu reduzieren.

**Cham, den 15. Januar 2013**

**Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl**

**- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht**

**- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht**

### **Freizeichnung:**

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

## 2. Was ist der Unterschied zwischen BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag

### 2.1. Rechtsquellen „BGB und VOB/B“

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag der in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst, usw. Zwangsläufig ist das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Dass die §§ 631 – 651 BGB in keinsten Weise auf die Bauvertragsabwicklung zugeschnitten sind, zeigt sich schon daran, dass nur an vier Stellen von dem „Bauwerk“ oder den „Baubeteiligten“ gesprochen wird:

- § 632a Abs. 2 , 3                    BGB    Abschlagszahlungen
- § 634a Abs. 1 Nr. 2                BGB    Verjährungsfrist für Mängelrechte
- § 648                                    BGB    Bauhandwerkersicherungshypothek
- § 648a                                  BGB    Bauhandwerkersicherung

Deshalb gibt es daneben die VOB/B, die auf die Besonderheiten von Bauleistungen zugeschnitten ist. Diese ändert bzw. ergänzt die gesetzlichen Regelungen des BGB, die unpassend bzw. lückenhaft sind.

	<b>BGB</b>	<b>VOB/B</b>
<b>Anwendungsbereich</b>	Alle Werkverträge: Bauleistungen Schuhreparatur Autowäsche Beförderung Hufbeschlag usw.	Alle Bauleistungen
<b>Inhalt</b>	Allgemein für alle Werkleistungen	Speziell für alle Bauleistungen

Die Unterscheidung zwischen „**BGB-Bauvertrag**“ und „**VOB/B-Bauvertrag**“ ist eine grundlegende Weichenstellung im privaten Baurecht.<sup>1</sup>

Es gibt inhaltliche Unterschiede, aber auch Unterschiede in der Rechtsnatur beim Vergleich BGB gegenüber VOB/B. Zunächst die **inhaltlichen** Unterscheidungen:

<sup>1</sup> Sprachlich werden bereits andere Begriffe für die Vertragsparteien verwendet. Das BGB spricht vom Besteller/Unternehmer, die VOB/B vom Auftraggeber/Auftragnehmer. Im Folgenden wird nur von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen. Auf den Begriff „Bauherr“ wird verzichtet, da dieser insbesondere bei „Vertragsketten“ (z.B. Nachunternehmer) unpassend ist.

**Übersicht  
Unterschiede BGB - VOB/B**

**Vorteile des Auftragnehmers beim VOB/B-Vertrag**

<b>Themenbereich</b>	<b>Norm nach BGB</b>	<b>Norm nach VOB/B</b>	<b>Anmerkungen</b>
Ausführungsunterlagen	---	§ 3 Abs. 1 VOB/B	Die VOB sieht eine unentgeltliche und rechtzeitige Übergabe von Ausführungsunterlagen vor. Das BGB kennt keine konkreten Vorschriften zur Überlassung von Ausführungsunterlagen. Lediglich § 642 BGB nimmt allgemein auf Handlungen des Bestellers Bezug, ohne diese genauer zu umschreiben.
Bauinfrastruktur	---	§ 4 Abs. 4 VOB/B	Die VOB/B sieht eine unentgeltliche Überlassung von Einrichtungen auf der Baustelle (Lager und Arbeitsplätze) vor. Das BGB enthält hierzu keinerlei Regelungen.
Fristüberschreitung	§§ 636, 286, 326 BGB	§§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 6 VOB/B	Beim VOB/B-Vertrag werden die Vorschriften des BGB bei Leistungsverzögerungen nicht vollständig angewandt. Der Bauvertrag soll weitgehend aufrechterhalten werden. Grundsätzlich sind Schadensersatzansprüche auf den unmittelbaren Schaden beschränkt; entgangener Gewinn nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.
Ausführungsfristen	---	§ 6 Abs. 2 VOB/B	Nach VOB/B besteht ein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen im Falle von Behinderungen, entweder im Risikobereich des Auftraggebers oder aufgrund höherer Gewalt oder anderer unabwendbarer Umstände. Das BGB kennt dazu keine Regelung, allenfalls über Treu und Glauben gelangt man zu einer Fristverlängerung. Der Verzug ist mangels Verschuldens auch nach BGB ausgeschlossen.
Gefahrübergang	§ 644 BGB	§ 7 VOB/B	Nach VOB/B trägt der AN, anders als nach BGB, die Gefahr nicht in allen Fällen bis zur Abnahme für Untergang oder Verschlechterung der

			Leistung. Gemäß §§ 7 Abs. 1, 6 Abs. 5 VOB/B muss der AG die ausgeführte Leistung bezahlen.
Verzug vor Abnahme	§ 323 Abs. 1 BGB, § 281 Abs. 1 BGB	§ 8 Abs. 3 VOB/B i. V. m. § 4 Abs. 7 VOB/B und § 5 Abs. 4 VOB/B	Die VOB/B schränkt die Rechte des Auftraggebers dahingehend ein, dass nur ein Kündigungsrecht oder das Recht der Auftragsentziehung zusteht. Ein Rücktrittsrecht ist nicht vorgesehen.
Teilabnahme	§§ 640, 641 BGB	§ 12 Abs. 2 VOB/B	Nach der VOB/B sind Teilabnahmen, die den Zinslauf, die Beweislast und die Vergütungspflicht sehr wesentlich beeinflussen, bei in sich abgeschlossenen Teilen der Leistung auf Verlangen möglich.
Fiktive Abnahme	§§ 640, 641 BGB	§ 12 Abs. 5 VOB/B	Die VOB/B gewährt die Möglichkeit einer fiktiven Abnahme (kein Abnahmewille des AG). Das BGB kennt dies nur im Ausnahmefall nach § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB. Die Abnahme ist der Dreh- und Angelpunkt am Bau, beispielsweise Beweislast, Gefahrübergang, Rechtsverluste, Beginn Gewährleistungsfrist.
Gewährleistungsdauer verkürzt	§ 634a BGB	§ 13 Abs. 4 VOB/B	Beim BGB ist die Grundfrist für die Mängelrechte bei 5 Jahren; bei der VOB/B bei 4 Jahren, teilweise sogar nur bei 2 Jahren. Gegenüber Verbrauchern ist auch bei VOB/B keine Verkürzung mehr möglich, § 310 BGB.
Rücktrittsrecht (Ausschluss)	§§ 634 Nr. 3, 636, 323, 326 Abs. 5 BGB	§ 13 Abs. 5 – 7 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist bei der VOB/B das Rücktrittsrecht unerwähnt und gilt als ausgeschlossen.
Minderung (Einschränkung)	§§ 634 Nr. 3, 638 BGB	§ 13 Abs. 6 VOB/B	Im Gegensatz zum BGB ist das Recht zur Minderung bei der VOB/B aufgrund Anknüpfung an zusätzliche Tatbestände nur in seltenen Ausnahmen möglich. Der AN soll durch sein Nacherfüllungsrecht die volle Vergütung erhalten können, ohne auf die Minderung verwiesen zu werden.
Abschlagszahlungen	§ 632a BGB	§ 16 Abs. 1 VOB/B	Das BGB kennt nun zwar gleichfalls einen Anspruch auf Abschlagszahlung, knüpft diese aber im Gegensatz zum VOB/B an etwas andere Voraussetzungen. Nach BGB wird nun auf den „Wertzuwachs“ beim Auftraggeber abgestellt, bei der VOB/B kommt es auf den erreichten Leistungsstand an. Zweifel bestehen,

			wie „Wertzuwachs“ zu definieren ist und was bei fehlender Personenidentität zwischen Grundstückseigentümer und AG gilt.
Zahlung an Nachunternehmer	---	§ 16 Abs. 6 VOB/B	Nach der VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die Nachunternehmer Zahlungen zu leisten. Das BGB kennt derartiges nicht. Der AN erhält quasi an seinem direkten Vertragspartner vorbei die Vergütung.
Sicherheitsleistung	---	§ 17 Abs. 5, 6 VOB/B	Die VOB/B sieht im Falle der Vereinbarung von Sicherheitsleistungen vor, dass der Auftraggeber den einbehaltenen Betrag binnen 18 Werktagen auf ein Sperrkonto einzuzahlen hat, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Die Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu. Bei einem öffentlichen Auftraggeber besteht die Möglichkeit eines unverzinslichen Verwahrgeldkontos.

**Vorteile des Auftraggebers beim VOB/B-Vertrag**

Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
Weisungsrecht	---	§ 1 Abs. 3, 4, § 2 Abs. 5, 6 VOB/B	Gemäß VOB/B kann der AG einseitig den Vertragsumfang erweitern und Leistungen nachträglich in Auftrag geben, was Vergütungsansprüche (Nachträge) auslöst. Teilweise werden hieran bestimmte erhöhte Voraussetzungen (vorherige Ankündigung) geknüpft. Das BGB kennt einen einseitigen Anpassungsanspruch nicht. Es bedarf einer Vereinbarung beider Parteien (Konsensprinzip).
Vergütungspflicht (Einschränkung)	§ 632 BGB	§ 2 Abs. 6 VOB/B	Sofern ein Nachtrag vorliegt, verlangt das BGB nicht notwendigerweise zusätzliche Voraussetzungen wie eine Ankündigungspflicht. Der Anspruch ergibt sich grundsätzlich aus der Vereinbarung. Die VOB/B hält hier bestimmte Formalien für notwendig.
Stundenlohnvereinbarung	---	§ 2 Abs. 10 VOB/B	Die VOB/B sieht vor, dass Stundenlohnarbeiten nur vergütet werden, wenn sie als solche vor ihrem Beginn ausdrücklich vereinbart worden sind.
Mängelansprüche vor Abnahme	§§ 275 ff. BGB	§ 4 Abs. 7 VOB/B	Gemäß der VOB stehen dem AG bereits vor der Abnahme Mängelbeseiti-

			gungsrechte zu. Die Ersatzvornahme erfordert aber weitere Voraussetzungen, so unter anderem eine schriftliche Kündigung. Die Ansprüche verjähren in 3 Jahren, §§ 195, 199 BGB.
Nachunternehmer-einsatz	---	§ 4 Abs. 8 VOB/B	Die VOB/B erlaubt einen Nachunternehmereinsatz nur im Ausnahmefall mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers.
Behinderung	---	§ 6 Abs. 1 VOB/B	Nach der VOB/B ist der AN verpflichtet, wenn er meint, bei der Durchführung seiner Arbeiten behindert zu sein, eine Behinderungsanzeige an den AG zu senden. Tut er dies nicht, kann er sich später nicht darauf berufen, er sei nicht zeitgerecht fertig geworden aus Gründen, die er nicht zu vertreten habe. Nur im Ausnahmefall ist die Behinderungsanzeige entbehrlich.
Abnahme	---	§ 12 Abs. 1 VOB/B	Gemäß VOB/B wird dem Auftraggeber eine Frist von 12 Werktagen nach Verlangen des Auftragnehmers eingeräumt. Nach BGB ist die Verpflichtung des Auftraggebers gemäß § 271 BGB sofort fällig.
Verjährungshem-mung	---	§ 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	Als Kompensation zur verkürzten Gewährleistungsfrist nach VOB/B räumt § 13 VOB/B dem AG die Möglichkeit ein, durch eine einfache, erstmalige, schriftliche Mängelrüge die Gewährleistungsfrist zu hemmen bzw. die Gewährleistungsfrist sogar zu verlängern (um weitere 2 Jahre).
Fälligkeit der Vergü-tung	§§ 631 Abs. 1, 641 BGB	§§ 14 Abs. 1 und Abs. 4, § 16 VOB/B	Nach der VOB/B ist im Gegensatz zum BGB eine prüfbare Rechnung Voraussetzung einer Zahlung. Des Weiteren verschiebt die VOB/B die Fälligkeit der Zahlung nach hinten (21 Tage bzw. 30 Tage, im Ausnahmefall 60 Tage). Das BGB setzt für die Fälligkeit grundsätzlich lediglich die Abnahme voraus, wobei aber auch hier durch die Rechtsprechung ergänzend eine entsprechende Rechnungsstellung verlangt wird. Die VOB/B räumt ein Recht zur Selbstaufstellung der Schlussrechnung ein, wenn der Auftragnehmer diese nicht erstellt.
Stundenlohn	---	§ 15 Abs. 3 VOB/B	Gemäß VOB/B werden Stundenlohnarbeiten nur bezahlt, wenn sie vorher

			angezeigt u. rechtzeitig rapportiert werden. Das BGB schweigt gänzlich zu Stundenlohnarbeiten.
Schlusszahlungseinwand	§§ 195, 199 BGB	§ 16 Abs. 3 VOB/B	Gemäß VOB/B erlöschen weitergehende Vergütungsforderungen, wenn der AN auf einen wirksamen Schlusszahlungseinwand nicht ordnungsgemäß und zeitgerecht Vorbehalte (28 Tage) angemeldet und (innerhalb weiterer 28 Tage) begründet hat. Dem BGB ist dies fremd. Hier greift allenfalls Verjährung (3 Jahre) bzw. Verwirkung.
Zahlung an Nachunternehmer	---	§ 16 Abs. 6 VOB/B	Gemäß § 16 Abs. 6 VOB/B hat der AG das Recht, direkt an die NU zu zahlen.
Sicherheiten	§ 632a Abs. 3 BGB § 232 BGB	§ 17 VOB/B	Bei VOB/B-Bürgschaft kein nachrangiges, sondern ein gleichrangiges Sicherungsmittel. Das BGB räumt dem AG, sofern er Verbraucher ist, eine gesetzliche Vertragserfüllungssicherheit ein (5 % des Vergütungsanspruchs). Von der Regelung einer Sicherheit für Mängelansprüche wurde abgesehen. Die VOB/B kennt darüber hinaus keine Sicherheit. Allerdings regelt, wenn Sicherheit vereinbart ist, die VOB/B das „wie“. Gemäß VOB/B müssen Bürgschaften selbstschuldnerisch, unbefristet und nach einseitiger Vorgabe des AG ausgestaltet sein. § 17 VOB/B knüpft aber lediglich an eine Vereinbarung der Sicherheit an und ersetzt diese nicht. Ohne Vereinbarung keine Sicherheit, sofern nicht § 632a Abs. 3 BGB greift.
Gerichtsstandsvereinbarungen	---	§ 18 Abs. 1 VOB/B	Die VOB/B sieht eine Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten des Auftraggebers vor. Danach richtet sich der Gerichtsstand bei Streitigkeiten aus dem Bauvertrag nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, wenn nichts anderes vereinbart ist.
Arbeitseinstellung	---	§ 18 Abs. 5 VOB/B	Die VOB/B betont die Kooperationspflicht, d.h. eine Arbeitseinstellung ist ein Ausnahmefall und nur in den entsprechend geregelten Fällen zulässig. Die VOB/B versucht den Baustillstand ausdrücklich zu vermeiden.

Bereits diese tabellarische Übersicht zeigt, dass die Entscheidung „BGB-Bauvertrag“ oder „VOB/B-Bauvertrag“ keine reine Formalie ist, sondern für den Bauablauf andere „Spielregeln“ gelten. Dabei bringt dies beiden Seiten Vorteile bzw. Nachteile.

Diese Unterscheidung betrifft nicht nur den Inhalt der einzelnen Bestimmungen, sondern auch ihre **Rechtsnatur** selbst.

### **2.1.1. BGB-Werkvertrag**

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag, der im Gesetz im BGB, geregelt ist. Ein **Gesetz gilt unmittelbar** und bedarf **keiner gesonderten Einbeziehung**.

Beim Werkvertrag wird ein Erfolg, das heißt die Herstellung eines körperlichen Gegenstandes als Arbeitsergebnis, beispielsweise das Bauwerk bzw. bestimmte Erneuerungs- oder Umbauarbeiten am bereits errichteten Bauwerk, geschuldet.

Die Regelungen der §§ 631 ff. BGB sind beim BGB-Bauvertrag zu beachten, sie greifen immer dann, wenn die Parteien des Bauvertrages keine abweichenden Regelungen getroffen haben.

## 2.1.2. VOB-Werkvertrag

Bei der VOB/B handelt es sich **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, also eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** (= AGB), die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regelt. Da die VOB/B kein Gesetz ist, muss sie als AGB in den Vertrag einbezogen werden.

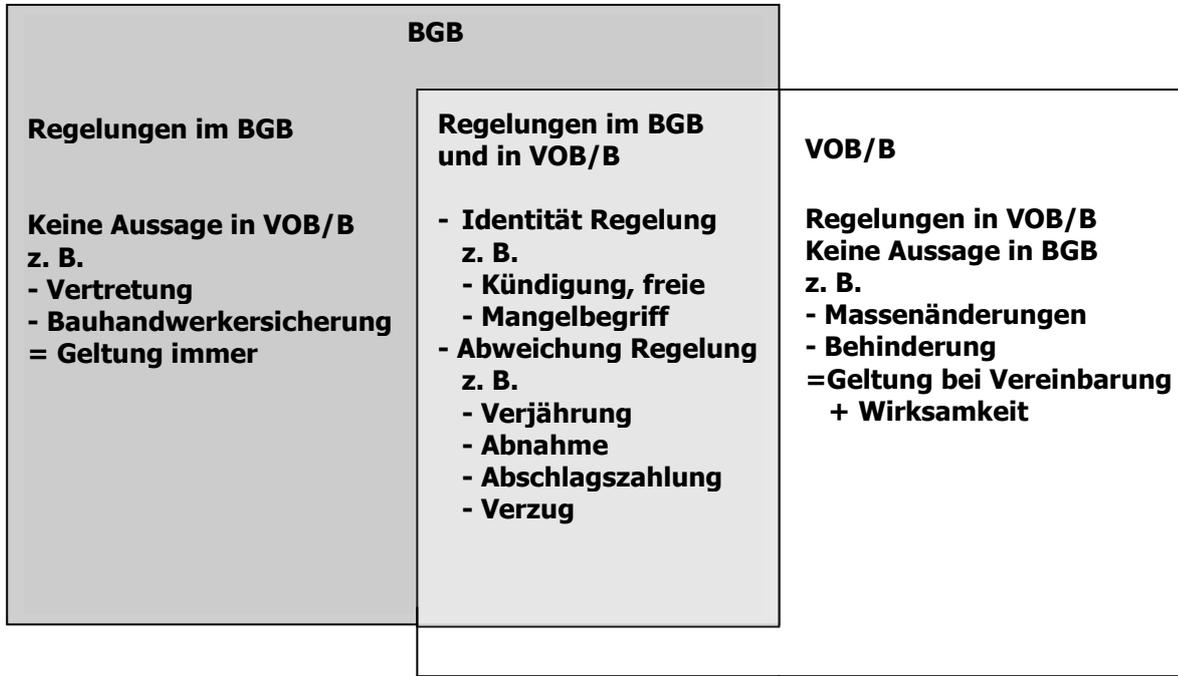
Die VOB/B orientiert sich dabei am Bauablauf, was aus nachfolgender Übersicht deutlich wird:

Bauablauf	Bestimmung der VOB/B
<b>Leistung und Vergütung</b>	§ 1 Art und Umfang der Leistung § 2 Vergütung
<b>Ausführung</b>	§ 3 Ausführungsunterlagen § 4 Ausführung § 5 Ausführungsfristen § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung § 7 Verteilung der Gefahr
<b>Kündigung</b>	§ 8 Kündigung durch den Auftraggeber § 9 Kündigung durch den Auftragnehmer
<b>Haftung</b>	§ 10 Haftung der Vertragsparteien
<b>Vertragsstrafe</b>	§ 11 Vertragsstrafe
<b>Abnahme und Gewährleistung</b>	§ 12 Abnahme § 13 Mängelansprüche
<b>Abrechnung und Zahlung</b>	§ 14 Abrechnung § 15 Stundenlohnarbeiten § 16 Zahlung § 17 Sicherheitsleistung § 18 Streitigkeiten

Die VOB/B verfügt über eine „Binnenstruktur“, orientiert am zeitlichen Ablauf eines Bauvorhabens.

Ist die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Hilfreich ist folgende Darstellung, um die Rechtsgrundlagen eines VOB-Vertrages zu begreifen:



Die vorstehende Darstellung zeigt, dass bei einem VOB/B-Vertrag nicht nur die VOB/B alleine gilt, sondern daneben natürlich auch noch das Gesetz, das BGB, da die VOB/B nicht alles regelt. Die rechtlichen Spielregeln für das Bauvorhaben ergeben sich quasi in einer „Zusammenschau“ des BGB und der VOB/B.

### **Ein VOB-Vertrag bedeutet: BGB + VOB/B.**

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>2</sup>, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB<sup>3</sup> in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen, da es sich nicht um ein Gesetz handelt!

#### **MERKE:**

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern nur eine Allgemeine Geschäftsbedingung.

Bei der Frage der Geltung der VOB/B im konkreten Bauvertrag, müssen **zwei Problemkreise strikt getrennt** werden:

- Vereinbarung der VOB/B „Einbeziehungsproblematik“
- Wirksamkeit der VOB/B „Privilegierungsproblematik“

<sup>2</sup> Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

<sup>3</sup> Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 AGBG

### 2.1.3. Vereinbarung der VOB/B

Bei der „**Einbeziehungsproblematik**“ geht es um die Grundsatzfrage, ob die VOB/B im konkreten Fall überhaupt vereinbart ist. Ohne Vereinbarung keine VOB/B.

Es gibt **keinen Automatismus** und **keinen Handelsbrauch** bzgl. der VOB/B-Geltung, auch nicht unter Handwerkern.

#### **Grundsatz:**

Einbeziehung der VOB/B bedeutet meist mehr als der bloße Hinweis auf die VOB/B im Bauvertrag. Nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 305 BGB muss der Verwender bei Vertragsabschluss die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die AGB hinweisen **und** der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise bei Vertragsabschluss von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

#### **Einbeziehung der VOB/B = Hinweis + zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme**

Es genügt daher grundsätzlich **nicht** für die Einbeziehung der VOB/B:

- der Satz: Es gilt die VOB/B als vereinbart
- der Hinweis, auf Wunsch könne der Text der VOB/B dem Bauherrn kostenlos zur Verfügung gestellt werden<sup>4</sup>
- Nachlieferung der VOB/B in Textform nach Vertragsabschluss
- Aufdruck der VOB/B auf Lieferscheinen oder Rechnungen.

Es ist in all diesen Fällen notwendig, dass dem Vertragspartner die VOB/B (Text) tatsächlich in vollständiger schriftlicher Form mit dem Angebot oder dem Vertragsentwurf übergeben wird. Um nicht in Beweisnot zu geraten, wenn später der Vertragspartner die Aushändigung der VOB/B bestreitet, sollte die Aushändigung der VOB/B gesondert unterzeichnet werden oder diese als Anlage zum Bauvertrag mit unterzeichnet, bzw. in den Text integriert werden.

#### **Ausnahme:**

Zwischen im Bausektor gewerblich tätigen Unternehmen genügt es für die notwendige Einbeziehung, dass allein auf die VOB/B verwiesen wird, diese also in irgendeiner Stelle des Vertrags als Vertragsgrundlage benannt ist. Gleiches gilt, wenn der Vertragspartner bei Vertragsabschluss fachmännisch, z.B. durch einen Architekten, vertreten wird.

<sup>4</sup> Tempel, Die Einbeziehung der VOB/B und der VOB/C in den Bauvertrag, NZBau 2003, 465

**MERKE:**

1. Die VOB/B muss dem Vertragspartner spätestens **bei** Vertragsabschluss **ausgehändigt** werden! Deshalb sollte der Text der VOB/B dem Bauvertrag nachweisbar beigelegt werden.  
**Ausnahme** vom Grundsatz der Aushändigung der VOB/B:
  - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt gegenüber Unternehmern bzw. im Baubereich Bewanderten<sup>5</sup>
  - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt, wenn der Vertragspartner fachmännisch, z.B. durch einen Architekten bei Vertragsabschluss vertreten wird<sup>6</sup>.
2. Ist die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so sind die Regelungen der VOB/B unanwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien die VOB/B vereinbaren wollten und in einem späteren Prozess die jeweiligen Anwälte die VOB/B als unstreitig zugrunde legen<sup>7</sup>. Dieser „Vereinbarungsfehler“ kann nur durch eine nachträglich nachgeholte Vereinbarung der VOB/B zwischen den Parteien geheilt werden.

Sofern die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen ist, ist zu beachten, welche Fassung der VOB/B vereinbart wurde.

Die VOB/B wurde in der jüngeren Vergangenheit mehrfach überarbeitet, so gibt es die VOB/B in **mehreren Fassungen** 1996, 2000, 2002, 2006 und 2009. Die Fassungen unterscheiden sich voneinander, so dass in jedem Vertrag genau geprüft werden muss, welche Fassung der VOB/B vereinbart bzw. ausgehändigt wurde. Im Zweifelsfall muss die gültige Fassung der VOB/B durch Vertragsauslegung ermittelt werden. Danach verbleibende Zweifel gehen grundsätzlich zu Lasten des Verwenders, es gilt dann die für den Vertragspartner günstigere Fassung der VOB/B.

**2.1.4. Privilegierung der VOB/B**

Bei der „**Privilegierungsproblematik**“ geht es um die Folgefrage, ob die VOB/B, sofern sie vereinbart wurde, in vollem Umfang wirksam ist.

Die VOB/B ist eine standardisierte Vertragsbedingung, die vom **Gesetz und Rechtsprechung privilegiert** ist. Grundsätzlich werden alle AGB`s, d. h. an sich auch die VOB/B, an den strengen Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gemessen. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, dass ein Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seinen Vertragspartner nicht durch vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Vertragspartner kaum zur Kenntnis nehmen kann, übervorteilt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden quasi auf den „Prüfstand“ des Gesetzes gestellt. Sie werden dahingehend überprüft, ob sie derartige „unangemessene Übervorteilungen“ enthalten. Dabei gibt es ein konkretes Prüfschema, welches das BGB vorgibt.

In § 307 Abs. 2 BGB gibt es eine Generalklausel, die Klauseln danach überprüft, ob der Verwender seinen Vertragspartner unangemessen benachteiligt.

In §§ 308, 309 BGB gibt es zudem Kataloge von einzelnen Kriterien an denen Klauseln in AGB`s zu messen sind.

<sup>5</sup> u.a. BGH BauR 1999, 1186; BauR 1983, 161; BauR 1994, 617; BauR 1991, 328; OLG Hamm BauR 1989, 480

<sup>6</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1991, 277

<sup>7</sup> BGH BauR 1999, 1294, 1295

Eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B verstoßen bei einer „isolierten Inhaltskontrolle“, d.h. bei Prüfung jeder einzelnen Klausel der VOB/B, gegen eine Reihe von Vorschriften nach den §§ 305 ff. BGB, so dass ein Teil der Regelungen gegenüber dem Vertragspartner unwirksam wären.

Die VOB/B wurde bislang vom Gesetzgeber privilegiert, d. h. von einer Kontrolle ausgenommen, wenn die VOB/B „**als Ganzes**“ vereinbart wurde.

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B in ihrer Gesamtheit ein „**ausgewogenes Regelwerk**“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.<sup>8</sup>

**MERKE:**

Wird die VOB/B nicht als Ganzes (insgesamt) vereinbart, so muss jede einzelne VOB/B-Klausel gesondert darauf überprüft werden, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht.

Dieses **Privileg**, d. h. die Sonderstellung der VOB/B, war und ist in mehrfacher Hinsicht **gefährdet**:

- Es ist **fraglich**, ob durch die mehrfachen Änderungen, zuletzt durch die nur noch punktuelle Bezugnahme auf die VOB/B im BGB nach der Schuldrechtsreform, dieser **Grundsatz noch gilt**.<sup>9</sup> Nach dem Wortlaut vor dem FoSiG<sup>10</sup> wurde die VOB/B lediglich an zwei Stellen abschließend privilegiert (§ 308 Nr. 5 BGB - fingierte Erklärungen, §§ 309 Nr. 8b ff. BGB Erleichterung der Verjährung). Zudem wird vertreten, dass das BGB allenfalls die Altfassung der VOB/B bevorzuge, nicht aber die VOB/B 2002 (keine dynamische Verweisung). Besondere Bedenken bestehen bei Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern (Art. 3 Abs. 1 Klauselrichtlinie bei Verträgen mit Verbrauchern).
- Es ist häufig der Fall, dass zwar die VOB/B an sich insgesamt vereinbart wird, der Verwender aber meist im Bauvertrag in Vorbemerkungen, Verhandlungsprotokollen oder in zusätzlichen AGB's etc. die VOB/B **einseitig** zu seinen Gunsten abändert, was eine strenge Prüfung der gesamten VOB/B nach den §§ 305 ff. BGB nach sich zieht (isolierte Inhaltskontrolle).

<sup>8</sup> BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

<sup>9</sup> BGH IBR 2004, 179 lässt diese Frage noch offen.

<sup>10</sup> Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) mit Änderungen des BGB gelten seit 01.01.2009

## 2.1.5. Entprivilegierung der VOB/B

Der Kritik, der die VOB/B in Hinblick auf ihre Bedeutung für Bauverträge ausgesetzt ist, hängt allein mit der „Privilegierungsproblematik“ zusammen. Es stellt sich die Frage, wann die Sonderstellung der VOB/B verloren geht. Hier stellen sich wieder **zwei Problemkreise**, die strikt zu trennen sind:

- Abweichungsproblematik
- Verbraucherproblematik

Die Entwicklung dieser Probleme soll anhand der Rechtsprechung und des Gesetzes kurz angerissen werden:

### 2.1.5.1. Abweichung von der VOB/B

Nach Rechtsprechung des BGH<sup>11</sup>, führt nun **jede vertragliche Abweichung** von der VOB/B dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht mehr darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat. Es genügt eine einzige kleine Abweichung von der VOB/B.

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Abweichung selbst wirksam ist oder ob es sich um eine Individualvereinbarung handelt. Unwirksame Regelungen, wie nach § 307 BGB unwirksame Vertragsklauseln, können die VOB/B abändern<sup>12</sup>. Selbst die VOB/B abändernden Individualvereinbarungen können die Inhaltskontrolle auslösen<sup>13</sup>.

Dies bedeutet für eine Abweichung, dass es nicht darauf ankommt, dass:

- die Abweichung ein bestimmtes Gewicht hat, oder
- die Abweichung selbst wirksam ist, oder
- die Abweichung eine Formulklausel oder eine Individualvereinbarung ist.

Folge hiervon ist, dass eine Reihe von Klauseln der VOB/B unwirksam sind, die für den Verwender ungünstigen Klauseln aber weiter anwendbar bleiben!

Fällt beispielsweise eine Klausel weg, die „zu Lasten“ des Verbrauchers als Auftraggeber in der VOB/B steht, bleibt die „ausgleichende“ Klausel „zu Lasten des Auftragnehmers“ bestehen, wenn dieser Verwender der VOB/B war.

Die VOB/B ist als „Gedankenmodell“ so angelegt, dass für jeden Nachteil eines Vertragspartners ein Vorteil an anderer Stelle ausgleichend vorhanden ist, so dass insgesamt den wechselseitigen Interessen der Parteien Rechnung getragen wird. Fallen nun einige ungünstige Klauseln des Verwenders ersatzlos fort, die für ihn nachteiligen Klauseln (eigentlich ein Ausgleich) bleiben aber wirksam, ist das Gleichgewicht zu Lasten des Verwenders gestört.

<sup>11</sup> BGH IBR 2004, 179 übt Selbstkritik an der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Es wird eingeräumt, dass keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, wann in den Kerngehalt eingegriffen wurde. Um den Vertragsparteien eine verlässliche Prognose zu ermöglichen, soll im Interesse der Rechtssicherheit jede auch nur geringfügige Änderung der VOB/B zum Wegfall des Privilegs führen!

<sup>12</sup> BGH BauR 1995, 234

<sup>13</sup> Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 55, 3. Auflage 2008

Dem Verwender drohen damit Rechtsnachteile, was aber dem Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 305 ff. BGB entspricht, nicht den Verwender, sondern lediglich den Vertragspartner zu schützen.

Die Frage der wirksamen Einbeziehung der VOB/B ist strikt zu trennen von der Frage der Privilegierung der VOB/B.

**HINWEIS:**

Sofern die VOB/B wegen Abweichung nicht insgesamt in den Vertrag eingeführt wird, ändert das nichts an der Wirksamkeit der Einbeziehung der VOB/B.

Allerdings gilt die jetzt einbezogene VOB/B, weil abgeändert, nur insoweit, soweit die einzelnen Regelungen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB zu Lasten des Verwenders standhalten.

Diese sehr schwierigen Rechtsfragen sollen anhand von einigen Beispielen erläutert werden<sup>14</sup>.

**Beispiel 1:**

Nach Schlussrechnung des Auftragnehmers überweist der Auftraggeber nur einen geringen Anteil und erklärt schriftlich, verbunden mit korrekten Hinweisen, dass er weitere Zahlungen nicht erbringen wird. Monate danach fordert der Auftragnehmer den noch offenen Restbetrag von € 200.000,00. Der Auftraggeber verweist auf § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B und erhebt die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung. Der Auftragnehmer verteidigt sich wie folgt:

In den AGB des Auftraggebers sei vorgesehen, dass er für sämtliche Personen-, Sach- und Vermögensschäden haftet, die schuldhaft aus Anlass seiner Arbeiten oder deren Folge entstehen. Diese Regelung ändert die VOB/B ab. Deshalb sei § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht anwendbar, denn diese Regelung sei unwirksam.

**LÖSUNG:**

Dieser Einwand ist erfolgreich, denn die Haftungsklausel ändert in mehrfacher Hinsicht § 13 Abs. 7 VOB/B ab, so dass die VOB/B zu Lasten des Auftraggebers der Inhaltskontrolle unterliegt, der § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht standhält.

**Beispiel 2:**

Der Auftraggeber hat die VOB/B in den Vertrag eingeführt mit der von der VOB/B abweichenden Regelung, dass der Auftragnehmer nach Kündigung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 VOB/B nur die Vergütung für erbrachte Leistungen beanspruchen kann. Als er nach 4 ½ Jahren Gewährleistungsansprüche geltend macht, beruft er sich darauf, die VOB/B sei nicht als ganzes vereinbart, deshalb gelte nicht die 4-jährige Frist der VOB/B, sondern die 5-jährige gesetzliche Frist.

**LÖSUNG:**

Damit hat der Auftraggeber keinen Erfolg, weil die AGB-Kontrolle nur zu Lasten des Verwenders stattfindet. Greift der Auftraggeber in die Ausgewogenheit der VOB/B ein, unterliegt diese nur der Inhaltskontrolle, soweit der Auftragnehmer belastet ist.

<sup>14</sup> Beispiele gemäß Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 57, 3. Auflage 2008

**Beispiel 3:**

Der Auftraggeber führt die VOB/B mit der Maßgabe ein, dass die 5-jährige Gewährleistungsfrist gilt. Als er die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung erhebt, macht der Auftragnehmer geltend, die VOB/B sei nicht als Ganzes in den Vertrag eingeführt worden, die Verjährungsfrist der VOB/B betrage 4 Jahre. Deshalb sei die Inhaltskontrolle eröffnet, der § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht standhalte.

**LÖSUNG:**

Höchst umstritten. Die Frage, ob der Auftraggeber die VOB/B abändert, wenn er statt der Regelfrist eine 5-jährige Frist vorsieht, ist strittig. Die Oberlandesgerichte haben zur früher erheblichen Frage, ob ein Eingriff in den Kernbereich vorliege, unterschiedlich entschieden. Eine Entscheidung des BGH steht noch aus<sup>15</sup>.

Die vorstehenden Ausführungen belegen, dass kleinste Änderungen im Vertrag, die von der VOB/B abweichen, unbeabsichtigte Nachteile an anderer Stelle zu Lasten des Verwenders auslösen können.

Deshalb galt bis vor kurzem, wer die VOB/B uneingeschränkt vereinbaren möchte, sollte möglichst jegliche Abweichung vermeiden.

Diese Rechtssituation ist durch die Rechtsprechung des BGH<sup>16</sup> zur Verwendung der VOB/B gegenüber Verbrauchern und dem Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) im Bereich gegenüber dem Verbraucher künftig anders zu beurteilen. Hierauf wird später noch eingegangen.

**MERKE:**

In der Baupraxis herrscht weitgehend Unkenntnis über die Konsequenzen dieser BGH-Entscheidung. Bei Vorliegen von Abweichungen von der VOB/B oder Verwendung gegenüber Verbrauchern glauben viele irrtümlich am Bau, dass dann die VOB/B überhaupt nicht gelte und komplett außer Acht gelassen werden kann. Dies ist grob falsch!

Folge ist allein, dass dann die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart ist und jede einzelne VOB/B-Klausel **des Verwenders** gesondert darauf überprüft werden muss, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen des AGB-Rechts entspricht. Verwender ist derjenige, der die VOB/B in den Vertrag einbezogen hat.

**Keine Abweichungen** von der VOB/B sind:

1. VOB/B trifft hierzu keinerlei Regelung:
  - Vertretung des Auftraggebers
  - Freistellung gemäß § 48b EStG
2. VOB/B lässt ausdrücklich ergänzende Vereinbarungen zu:
  - abweichende Abrechnungsmethoden, § 2 Abs. 2 VOB/B
  - Vertragsstrafe, § 11 VOB/B
  - Sicherheitsleistung, § 17 VOB/B
3. VOB/B lässt abweichende Vereinbarungen zu:
  - Baustelleneinrichtung, § 4 Abs. 4 VOB/B
  - Verjährungsfrist für Mängel, § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B (sehr strittig)

<sup>15</sup> Ausdrücklich offen gelassen in BGH BauR 1989, 322

<sup>16</sup> BGH IBR 2008, 557

Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch künftig Abweichungen von der VOB/B für den Entfall der Privilegierung erforderlich sind, erscheinen solche Abweichungen bei der Vertragsgestaltung in der Baupraxis fast unvermeidbar, so dass denkbarerweise der Schwerpunkt bei der Bauvertragsgestaltung nicht darauf gelegt werden sollte, solche Abweichungen zu vermeiden, sondern davon auszugehen ist, dass die **VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand hält.**

**MERKE:**

Bei der Bauvertragsgestaltung ist davon auszugehen, dass die VOB/B nur insoweit gilt, wie sie der Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB standhält.

Welche Bestimmungen sich bei einer Inhaltskontrolle als unwirksam erweisen, hängt davon ab, welche der Parteien „**Verwender**“ im Sinne der §§ 305 ff. BGB ist, d.h. wer den Vertrag stellt, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer.

**Achtung:**

Bei Prüfung der Unwirksamkeit einer Klausel unbedingt beachten, wer „**Verwender**“ ist, der Auftraggeber oder der Auftragnehmer.

**2.1.5.2. Verbraucher und VOB/B**

Erstmalig ist die VOB/B gegenüber einem Personenkreis, dem Verbraucher, entprivilegiert. Während bisher die Diskussion um die Thematik „Abweichung“ von der VOB/B kreiste, wurde nun eine ganze Personengruppe aus dem Anwendungsbereich der Privilegierung herausgelöst. Die VOB/B hat gegenüber Verbrauchern seine Sonderstellung (Privilegierung) verloren.

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>17</sup> ist die **VOB/B** bei einer Verwendung **gegenüber Verbrauchern** stets einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen.

Dies gilt **unabhängig** davon, ob eine **Abweichung** von der VOB/B vorliegt oder nicht. Die auf richterliche Rechtsfortbildung gegründete Privilegierung der VOB/B sei – so der BGH jetzt – bei Verwendung gegenüber Verbrauchern nicht gerechtfertigt. Maßgebend für diese Beurteilung war, dass die Verbraucher nicht Mitglieder im DVA sind, der die VOB/B herausgibt. Dort sind nur Vertreter der Auftraggeber und Auftragnehmer zugegen.

Eine Entscheidung zu den beanstandeten Klauseln der VOB/B selbst hat der BGH nicht getroffen. Insoweit sei eine umfassende Würdigung vorzunehmen, in die insbesondere die typischen Interessen der Vertragsparteien und die Anschauung der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen ist.

<sup>17</sup> BGH IBR 2008, 557

.....