

KANZLEI AM STEINMARKT
Kuchenreuter, Dr. Stangl, Alt • Rechtsanwälte PartGmbH

EINFÜHRUNG IN DIE VOB/B

- **NACH EINFÜHRUNG DER
BAURECHTSREFORM 2018**

INHALTSVERZEICHNIS:

1.	Einleitung	005
1.1.	Gründe der Neuregelung	007
1.2.	Systematik der Neuregelung	011
1.3.	Inkrafttreten der Neuregelung	012
2.	Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbaupvertrag im BGB	014
2.1.	Bauvertrag, Definition und Abgrenzung	014
2.2.	Die Bedeutung der VOB/B	016
2.3.	Vertragsgrundlagen bzw. –gestaltung	019
3.	Inhalte der VOB/B	025
3.1.	Vergütungsregelungen der VOB/B	025
3.1.1.	Fehlerquellen	025
3.1.1.1.	Begriff „Nachtrag“	029
3.1.1.2.	Begriff „Bau-Soll“	029
3.1.1.3.	Voraussetzungen eines Nachtrags	031
3.1.1.3.1.	Ermittlung des „Bau-Soll“, „Lesen des LV“	031
3.1.1.3.2.	Auslegungsgrundsätze	032
3.1.1.3.3.	Wortlaut anhand des objektiven Empfängerhorizonts	033
3.1.1.3.4.	VOB/A-konforme Auslegung bei öffentlichen Auftraggebern	036
3.1.1.3.5.	Auslegung des Vertrages als sinnvolles Ganzes	039
3.1.1.3.6.	Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)	040
3.1.1.3.7.	Widersprüche im Bauvertrag	042
3.1.1.3.8.	Ermittlung des „Bau-Ist“	044
3.1.1.3.9.	Ermittlung der Anspruchsgrundlage „Suche nach der Norm“	044
3.1.1.3.10.	Übersicht Anspruchsgrundlagen	045
3.1.1.3.11.	Vollmachten am Bau „Irrglaube an den Architekten“	048
3.1.2.	Überblick Nachträge	053
3.1.2.1.	Nachtrag nach § 2 Abs. 3 VOB/B	058
3.1.2.2.	Nachtrag nach § 2 Abs. 4 VOB/B	059
3.1.2.3.	Nachtrag nach § 2 Abs. 5 VOB/B	059
3.1.2.4.	Nachtrag nach § 2 Abs. 6 VOB/B	060
3.1.2.5.	Nachtrag nach § 2 Abs. 9 VOB/B	060
3.1.2.6.	Nachtrag nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B	061
3.1.2.7.	Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B	061
3.1.2.8.	Nachtrag nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i. V. m. § 642 BGB	062
3.1.2.9.	Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B	063
3.1.2.10.	Nachtrag nach § 2 Abs. 8 Nr. 3 VOB/B	063
3.1.2.11.	Zusammenfassung in Leitsätzen	064
3.1.3.	Nachtragsvoraussetzungen, Einzelheiten (mit Beispielen)	065
3.1.3.1.	Mengenänderung, § 2 Abs. 3 VOB/B	065
3.1.3.1.1.	Mengenänderung bei Einheitspreisvertrag	065
3.1.3.1.2.	Mengenänderung bei Pauschalpreisvertrag	068
3.1.3.2.	Selbstvornahme nach § 2 Abs. 4 VOB/B	069
3.1.3.3.	Geänderte Leistung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B	070
3.1.3.3.1.	Exkurs: Urkalkulation	072
3.1.3.3.2.	Exkurs: Kalkulationsirrtum	074
3.1.3.4.	Zusätzliche Leistung nach § 2 Abs. 6 VOB/B	075
3.1.3.5.	Zusätzliche Planungsleistungen nach § 2 Abs. 9 VOB/B	077
3.1.3.6.	Schadensersatz nach § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B	078
3.1.3.7.	Entschädigung nach § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i. V. m. § 642 BGB	086
3.1.3.8.	Eigenmächtige Abweichung nach § 2 Abs. 8 VOB/B	094
3.1.3.9.	Zusammenfassung in Leitsätzen	096
3.1.4.	Stundenlohnarbeiten	098
3.1.4.1.	Zusammenfassung in Leitsätzen	101

3.2.	Ausführungsunterlagen	102
3.2.1.	Notwendige Ausführungsunterlagen	102
3.2.2.	Abweichende Regelungen	103
3.2.3.	Prüfpflicht des Auftragnehmers	103
3.2.4.	Hinweispflicht	104
3.2.5.	Sonderfall Generalunternehmervertrag	105
3.2.6.	Zusammenfassung in Leitsätzen	106
3.3.	Ausführungsfristen	107
3.3.1.	Zusammenfassung in Leitsätzen	109
3.4.	Behinderung und Unterbrechung	110
3.4.1.	Begriff Behinderung und Unterbrechung	110
3.4.2.	Zusammenfassung in Leitsätzen	111
3.5.	Gefahrübergang	112
3.5.1.	Exkurs: Ansprüche bei Beschädigung vor Abnahme	115
3.5.2.	Zusammenfassung in Leitsätzen	115
3.6.	Kündigungstatbestände	116
3.6.1.	Zusammenfassung in Leitsätzen	118
3.7.	Vertragsstrafe/Verzugsschaden	119
3.7.1.	Vereinbarung Vertragsstrafe	120
3.7.2.	Vorbehalt der Vertragsstrafe	122
3.7.3.	Zusammenfassung in Leitsätzen	123
3.8.	Abnahme	124
3.8.1.	Rechtsgeschäftliche Vorschriften in BGB und VOB	124
3.8.2.	Welche Bedeutung hat die Abnahme?	125
3.8.3.	Abnahmeformen	128
3.8.3.1.	Abgrenzung der Abnahme	128
3.8.4.	Abnahmearten	134
3.8.4.1.	Abnahmearten allgemein	134
3.8.4.1.1.	Die förmliche Abnahme nach § 12 Abs. 4 VOB/B	138
3.8.4.1.2.	Die fiktive Abnahme	141
3.8.4.1.3.	Teilabnahme	144
3.8.4.2.	Voraussetzungen einer Abnahme (Fertigstellung/Mangelfreiheit)	146
3.8.4.3.	Abnahmeergebnis	148
3.8.5.	Zustandsfeststellung	151
3.8.6.	Checkliste für eine erfolgreiche Abnahme am Bau	153
3.8.7.	Zusammenfassung in Leitsätzen	153
3.9.	Mängelansprüche	154
3.9.1.	Unterschiede Mängel, Verschleiß, Garantie	154
3.9.2.	Mangelbegriff	156
3.9.2.1.	Mangelbegriff nach BGB und VOB/B	157
3.9.2.1.1.	Sachmangel	157
3.9.2.1.2.	Rechtsmangel	160
3.9.2.1.3.	Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik	160
3.9.2.1.4.	Ausdehnung des Mangelbegriffs	161
3.9.2.1.5.	Zeitpunkt der Mangelfreiheit	162
3.9.2.2.	Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers	163
3.9.2.2.1.	Mitverantwortlichkeit nach BGB; § 254 BGB analog	164
3.9.2.2.2.	Mitverantwortlichkeit nach VOB/B; § 13 Abs. 3 VOB/B	164
3.9.2.3.	Beweislast	168

3.9.3.	Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B	169
3.9.3.1.	Mängelansprüche vor der Abnahme	172
3.9.3.1.1.	Nacherfüllungsanspruch, § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B	172
3.9.3.1.2.	Selbstvornahme, Kostenvorschuss, § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B	172
3.9.3.1.3.	Rücktritt	174
3.9.3.1.4.	Minderung	174
3.9.3.1.5.	Schadensersatz nach § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	175
3.9.3.1.6.	Aufwendungsersatz	175
3.9.3.2.	Mängelansprüche nach der Abnahme	176
3.9.3.2.1.	Nacherfüllungsanspruch, § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	176
3.9.3.2.2.	Selbstvornahme, Kostenvorschuss, § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B	179
3.9.3.2.3.	Rücktritt	181
3.9.3.2.4.	Minderung, § 13 Abs. 6 VOB/B	182
3.9.3.2.5.	Schadensersatz, § 13 Abs. 7 VOB/B	184
3.9.3.2.6.	Aufwendungsersatzanspruch VOB/B	187
3.9.3.2.7.	Verjährung der Mängelansprüche nach VOB/B	188
3.9.3.3.	Zusammenfassung in Leitsätzen	191
3.10.	Abrechnung, Zahlung allgemein	193
3.10.1.	Prüfbarkeit der Rechnung	195
3.10.2.	Zahlungsansprüche des Auftragnehmers	202
3.10.3.	Abschlagsrechnung	203
3.10.3.1.	Die Voraussetzungen der Abschlagsrechnung	203
3.10.3.2.	Fehlerquellen bei Abschlagsrechnung	207
3.10.4.	Schlussrechnung	209
3.10.4.1.	Die Voraussetzungen der Schlussrechnung	209
3.10.4.2.	Fehlerquellen bei Schlussrechnung	212
3.10.5.	Zusammenfassung in Leitsätzen	215
3.11.	Sicherheitsleistung	216
3.11.1.	Vereinbarung der Sicherheit	217
3.11.2.	Sicherungshöhe	218
3.11.3.	Sicherungszweck	218
3.11.4.	Sicherungsdauer	219
3.11.5.	Deckungsgleichheit, Vereinbarung/Sicherheit	220
3.11.6.	Zusammenfassung in Leitsätzen	221
4.	Zusammenfassung	222
5.	Musterbriefe für den Auftragnehmer	223
Muster 1:	Klärung rechtsgeschäftliche Vollmacht	224
Muster 2:	Verlangen auf Vergütungsanpassung	225
Muster 3:	Ankündigung Mehrkosten bei geänderten Leistungen	226
Muster 4:	Ankündigung Mehrkosten bei zusätzlicher Leistung (Pauschalvertrag)	227
Muster 5:	Ankündigung Mehrkosten bei zusätzlicher Leistung (Einheitspreisvertrag)	228
Muster 6:	Behinderungsanzeige	229
Muster 7:	Einforderung Mitwirkungshandlung	230
Muster 8:	Anmeldung eines Entschädigungsanspruchs	231
Muster 9:	Vergütung für Leistung ohne besondere Beauftragung	232
Muster 10:	Protokoll einer Zustandsfeststellung nach § 650g BGB, VOB/B-Vertrag	233
Muster 11:	Einseitige Zustandsfeststellung nach § 650g BGB, VOB/B-Vertrag	234
Muster 12:	Bedenkenhinweis des Auftragnehmers	235
Muster 13:	Mängelbeseitigungsverlangen mit Kündigungsandrohung (VOB/B)	236
Muster 14:	Mängelbeseitigungsverlangen (VOB/B)	237
Texte BGB (Stand 2022) und VOB/B 2016		238

1. Einleitung

Das „Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung“¹ im Folgenden kurz „Baurechtsreform“ bezeichnet, führt zu grundlegenden Änderungen, insbesondere des Deutschen Werkvertragsrechts im BGB. Das Gesetz wurde am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet und ist am 01.01.2018 in Kraft treten.

Mit dieser Baurechtsreform werden erstmals spezifische Regelungen zum Bau- und Verbrauchervertrag, zum Architekten- und Ingenieurvertrag sowie zum Bauträgervertrag in das BGB selbst aufgenommen. Die Auswirkungen dieser Reform werden grundlegend sein. Das Werkvertragsrecht, soweit es im BGB geregelt ist, wird teilweise neu justiert. Die Auswirkungen auf die VOB/B sind noch nicht absehbar. Die Hoffnung, dass auch die VOB/B kurzfristig überarbeitet werden wird, hat sich nicht bestätigt. Damit wird man noch länger mit Rechtsunsicherheit leben müssen. In der Praxis werden nach wie vor VOB/B-Verträge geschlossen, zumal öffentliche Auftraggeber die VOB/B anwenden. Es stellt sich die Frage, die wie VOB/B im neuen Umfeld anzuwenden ist.

Fakt ist, dass sich die am Bau Beteiligten auf eine neue Situation einstellen müssen. Bisher bekannte „Spielregeln“ des Werkvertragsrechts haben sich geändert. Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer müssen sich auf die neue Situation einstellen.

Naturgemäß bringen diese Neuregelungen neue Fragestellungen mit sich, die noch nicht abschließend beantwortet werden können. Es wird, wie es bei vielen Reformen der Fall ist, noch Jahre dauern, bis durch die Rechtsprechung einzelne Streitpunkte geklärt werden. Darauf muss sich die Baupraxis einstellen und mit diesen Rahmenbedingungen arbeiten müssen.

Das vorliegende Skript verfolgt das Ziel, den am Bau Beteiligten die Neuregelungen näher zu bringen und den wesentlichen Inhalt der VOB/B nach der Baurechtsreform zu erläutern. Zudem sollen die Ausführungen die am Bau Beteiligten für die Problem- und Fragestellungen sensibilisieren, die Folge der neuen gesetzlichen Situation sind. Als Beispiel sei die Rechtsprechung zur Berechnung eines Nachtrags genannt. Es zeichnet sich eine Abkehr vom Grundsatz der „vorkalkulatorischen Preisfortschreibung“, d.h.: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis“, ab.

Es gibt aber auch neue Rechtsprechung des BGH, die hohe Praxisrelevanz hat. Als Beispiel sei genannt die Abkehr der Berechnung des Schadensersatz von „fiktiven Mängelbeseitigungskosten“.

Fakt ist, dass die am Bau Beteiligten sich mit der künftigen Situation befassen müssen, um die „neuen Spielregeln“ zu erlernen und sich der Situation anzupassen. Viele bestehende Muster müssen im Zuge der Baurechtsreform überarbeitet werden, um den neuen gesetzlichen Regelungen zu entsprechen. Bereits kleinere redaktionelle Änderungen des Gesetzgebers, wie beispielsweise die Verschiebung der Bauhandwerkersicherung in § 648a BGB a.F. für den Werkvertrag auf den neuen § 650f BGB für den Bauvertrag, lösen Anpassungsbedarf aus.

Es empfiehlt sich die eigenen Verträge und Muster zu prüfen und gegebenenfalls anzupassen.

¹ BGBl. 2017, Teil I, 969 ff.

Cham, den 3. Januar 2023

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.

1.1. Gründe der Neuregelung

Das bisherige gesetzliche Werkvertragsrecht der §§ 631 ff. BGB wurde den spezifischen Anforderungen am Bau nicht gerecht. Ziel des Gesetzgebers war es, das BGB durch Aufnahme eines eigenständig geregelten Bauvertrages zu ergänzen. Die gesetzlichen Werkvertragsregelungen waren unpassend oder lückenhaft. Dies erklärt auch die erhebliche Bedeutung der VOB/B, die als „Allgemeine Geschäftsbedingung“ schon seit Jahrzehnten versucht, diese Defizite des Gesetzes auszugleichen. Es gab zwar in der Vergangenheit auch partielle Änderungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts, nicht aber eine grundlegende Reform der werkvertraglichen Regelungen².

Nachfolgende Tabelle soll lediglich als Beispiel dazu dienen, welche Unterschiede zwischen dem gesetzlichen Werkvertrag des BGB (a.F.)³ im Verhältnis zur VOB/B bestanden.

Der BGB-Bauvertrag und der VOB/B-Bauvertrag		
Bereiche (Beispiele)	BGB	VOB/B
Vergütung (Nachträge)	-	- Massenabweichungen - Anordnungen des AG - Bauzeitverzögerung
Abnahme	- Teilabnahme bei gesonderter Vereinbarung - Abnahmefiktion nur bei Fristsetzung	- Teilabnahme bei in sich abgeschlossenen Teilen - Abnahmefiktion bei Fertigstellungsmittteilung/ Inbenutzungnahme
Abschlagsrechnung	nachgewiesener Wertzuwachs	nachgewiesene vertragsgemäße Leistung
Fälligkeit der Zahlung	mit Abnahme	- Nach 21 Tagen bei Abschlagsrechnungen - Nach 30 Tagen (im Ausnahmefall 60 Tage) bei Schlussrechnungen
Verjährung	5 Jahre	4 Jahre 5 Jahre Verbraucher

Die kleine Darstellung zeigt auf, dass das gesetzliche Werkvertragsrecht eine Reihe von wichtigen Regelungen nicht ansprach oder unzureichend geregelt hat.

Der Themenkomplex „Nachträge“ wurde nicht geregelt. Das BGB war auf ein „Konsensualprinzip“ ausgerichtet, wonach sich die Baubeteiligten über Änderungen der geschuldeten Leistung einschließlich der damit verbundenen Vergütung einigen. Auftraggeber⁴ konnten einseitig gegenüber dem Auftragnehmer Änderungen nicht durchsetzen bzw. man musste sich über § 242

² Vgl. beispielsweise die Einführung und Modifizierung des § 648a BGB, vgl. auch die Ausführungen bei Kniffka/Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Auflage 2016, Einführung vor § 631 BGB, Rn. 3 ff.

³ = alte Fassung

⁴ Nachfolgend wird der Sprachgebrauch der VOB/B bevorzugt, die von Auftraggeber statt Besteller und Auftragnehmer statt Unternehmer spricht. Lediglich beim Kapitel Verbraucherbaupvertrag wird von Unternehmer und Verbraucher gesprochen, da diese Begriffe dort von besonderer Bedeutung sind.

BGB (Treu und Glauben) behelfen, um zu sachgemäßen Lösungen zu gelangen. Für die Tatsache, dass am Bau nichts so gebaut wird, wie ursprünglich geplant, hatte das BGB keine entsprechende Antwort.

Beim Themenkomplex „Abnahme“ ließ das gesetzliche Werkvertragsrecht passende Regelungen vermissen. Obwohl die Abnahme „Dreh- und Angelpunkt“ am Bau war und ist, wurde dies im Gegensatz zur VOB/B nur unzureichend geregelt. Selbst Versuche in der Vergangenheit seitens des Gesetzgebers im Wege einer „Fertigstellungsbescheinigung“ nach § 641a BGB wurden nach einem kurzen Intermezzo wieder fallen gelassen, da nicht praxistauglich. Eine fiktive Abnahme wurde nur zögerlich im Gesetz eingefügt und zudem auch unzureichend geregelt. Feststellungen zum Zustand des Bauwerks fehlten gänzlich.

Der Themenkomplex „Abschlagsrechnung“ wurde zwar ebenfalls vom Gesetzgeber nachjustiert, allerdings mit einem etwas schillernden Begriff des „nachgewiesenen Wertzuwachses“. Die Begrifflichkeit lud zu Spekulationen ein.

Der Themenkomplex „Fälligkeit der Zahlung“ entsprach ebenfalls nicht der Realität am Bau. Auftraggeber benötigen eine gewisse Zeitspanne, um Abschlagsrechnungen oder Schlussrechnungen prüfen zu können. Eine Fälligkeit mit Abnahme bzw. Verzug durch zeitnahe Mahnung sind nicht realitätsnah.

Die vorstehend genannten Beispiele zeigen lediglich auf, dass die am Bau Beteiligten mit einem reinen „BGB-Werkvertrag“ am Bau nur eine unzureichende Regelung zur Verfügung hatten, um ein Bauvorhaben abwickeln zu können. Auftraggeber und Auftragnehmer mussten daher entweder eigenständige vertragliche Regelungen vereinbaren oder auf die VOB/B zurückgreifen.

Die Lösung in der Baupraxis, die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen, ist und war für die Baubeteiligten rechtlich nicht ohne Risiko. Die VOB/B ist lediglich eine Allgemeine Geschäftsbedingung und kein Gesetz. Damit – trotz der Privilegierung der VOB/B durch § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB – in der Normhierarchie im Verhältnis zum Gesetz untergeordnet. Privilegierung bedeutet, dass die VOB/B im Gegensatz zu anderen AGB im Streitfall nicht dahingehend überprüft wird, ob einzelne Bestimmungen am Maßstab des Gesetzes nach den §§ 307ff. BGB wirksam sind. Diese Privilegierung der VOB/B ist aber an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die oft nicht eingehalten wurden und werden. Dies barg und birgt Probleme.

Dies zeigte sich insbesondere in zwei Bereichen:

- Die VOB/B wurde im unternehmerischen Geschäftsverkehr privilegiert, dies bedeutet vereinfacht ausgedrückt, dass eine isolierte Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB nicht stattfand, wenn die VOB/B gem. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB „ohne inhaltliche Abweichung insgesamt einbezogen ist“. Es entspricht aber der Kautelarpraxis, dass in nahezu sämtlichen Bauverträgen Abweichungen enthalten sind, mit der Konsequenz, dass der Verwender bei Einbeziehung der VOB/B sogar Nachteile erleidet, da häufig die für ihn günstigen Regelungen gem. § 307 BGB unwirksam sind, währenddessen die Regelungen der VOB/B, die ihn benachteiligen, wirksam bleiben.
- Außerhalb des unternehmerischen Verkehrs, also im Verbraucherbereich, war eine Privilegierung der VOB/B nicht gegeben, so dass Auftragnehmer, die die VOB/B in den Werkvertrag gegenüber einem Auftraggeber, der Verbraucher ist, einbezogen haben, sich selbst benach-

teiligten. Sachverhalte, in denen die VOB/B seitens des Verbrauchers als Verwender in den Vertrag einbezogen wurden, waren eher selten.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass einerseits das gesetzliche Werkvertragsrecht unpassend und lückenhaft war und die Option, die VOB/B zu vereinbaren, um die Schwächen auszugleichen, mit rechtlichen Risiken behaftet war und ist. In Teilbereichen (Verbraucher) verbot sich diese Lösung für den Auftragnehmer sogar. Kritisch muss auch eingeräumt werden, dass in vielerlei Hinsicht Zweifel an Regelungen der VOB/B bestehen, was beispielsweise Fragen der Transparenz betrifft⁵.

Alternative Lösungsansätze unter Verzicht auf die VOB/B erscheinen noch streitträchtiger. Heikle Bestimmungen im Wege einer Individualvereinbarung zu regeln, sind – wenn sie überhaupt die hohen Anforderungen der Rechtsprechung einhalten – nicht ökonomisch. Den Baubeteiligten verbleibt dann nur die Möglichkeit, eigenständige AGB-Regelungen zu entwickeln, die aber entweder den Bestimmungen der VOB/B nachempfunden werden, ohne den Schutz der Privilegierung der VOB zu genießen oder aber an der strengen Inhaltskontrolle des § 307 BGB scheitern. Selbst wenn die eine oder andere Regelung einer derartigen rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten würde, schafft sie dennoch Streitpotential, da die Beteiligten nicht auf die Literatur und Rechtsprechung zur VOB/B zurückgreifen können. Neue Kreationen in der Vertragsgestaltung neigen daher dazu, von den Baubeteiligten kritisch hinterfragt zu werden und neue Streitthemen zu schaffen.

Im Ergebnis streben die Baubeteiligten eine tragfähige Lösung an. Ziel sollte es sein, Verträge zu schaffen, die Rechtssicherheit bringen. Manchmal ist es besser, mit einer etwas nachteiligen Regelung zu leben, als auf eine vorteilhafte Regelung zu spekulieren, die im Streitfall nicht belastungsfähig ist. Neben diesen eher „klassischen Problemen“ des Werkvertragsrechts, die trotz zahlreicher Initiativen⁶ nicht zu einer gesetzlichen Reform geführt haben, kamen zwei weitere Aspekte hinzu, die schließlich zur Baurechtsreform geführt haben.

Ein zusätzliches Ziel war es, den Verbraucherschutz bei Bau- und Dienstleistungen für Bauherrn und Immobilieneigentümer, insbesondere im Bauvertragsrecht zu erweitern⁷.

Ebenfalls als Ziel angestrebt wurde die Regelung des Architekten- bzw. Ingenieurvertrages sowie Bauträgervertrages, der bislang ebenfalls nicht eigenständig geregelt wurde.

Ein weiteres Ziel – über den Kernbereich des Werkvertragsrechtes hinaus - war eine partielle Neuregelung des Kaufrechts bzw. besser gesagt „Korrektur“ der Rechtsprechung des BGH zu „Ein- und Ausbaukosten“ im unternehmerischen Geschäftsverkehr. Im Gegensatz zum Verbraucher als Käufer hat der Unternehmer als Käufer keinen verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch gegenüber seinem Verkäufer auf Ein- und Ausbaukosten, die regelmäßig am Bau wirtschaftlich bedeutender waren als das mangelhafte Material selbst.

Nach langer Diskussion und teils starker Kritik wurde die „Baurechtsreform“ am 04.05.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet⁸.

⁵ Vgl. beispielsweise Kniffka, BauR 2012, 411 ff. zu sprachlichen Ungenauigkeiten betreffend Nachträgen.

⁶ Beispielsweise die Empfehlung des 3. Deutschen Baugerichtstags zu Thesen des Arbeitskreises I zum Thema „Empfiehlt sich die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts?“, BauR 2010, 1313 ff.

⁷ Vgl. Koalitionsvertrag der großen Koalition 2013, S. 116

Zusammenfassung in Leitsätzen

Die Gründe, die den Gesetzgeber zur Reform bewogen haben, können wie folgt zusammengefasst werden:

Gründe der Neuregelung
- Werkvertragsrecht BGB unpassend + lückenhaft in der Baupraxis
- VOB/B als Lösungsansatz in der Vergangenheit risikobehaftet a) Privilegierung VOB/B nur, wenn VOB/B insgesamt vereinbart, ohne jegliche Abweichung b) Privilegierung VOB/B gegenüber Verbraucher nicht gegeben
- Unzureichender Verbraucherschutz; es gibt keinen Verbraucherbaupvertrag
- Architekten- Ingenieurverträge bislang gesetzlich nicht geregelt
- Bauträgervertrag bislang gesetzlich nicht geregelt
- Korrektur der Rechtsprechung des BGH zu Ein- und Ausbaurkosten bei mangelhaftem Material im unternehmerischen Verkehr

⁸ Vgl. BGBl. 2017, Teil I, Nr. 23, 969 ff.

1.2. Systematik der Neuregelung

Das Werkvertragsrecht des BGB gliederte sich bislang im Titel 9 des BGB „Werkvertrag und ähnliche Verträge“ von §§ 631 – 651m BGB a.F. lediglich in zwei Untertitel.

Werkvertrag und ähnliche Verträge	
1. Werkvertragsrecht	§§ 631 – 651 BGB
2. Reisevertrag	§§ 651a – 651m BGB

Das neue BGB sieht vor, dass es statt zwei Untertitel nun vier Untertitel gibt. Dabei wird der Untertitel 1 Werkvertragsrecht nochmals untergliedert in 4 Kapitel, nämlich: 1. Allgemeine Vorschriften, 2. Bauvertrag, 3. Verbraucherbauvertrag, 4. Unabdingbarkeit. Neben dem Reisevertrag wurde der Architektenvertrag und Ingenieurvertrag sowie der Bauträgervertrag eigenständig geregelt.

Werkvertrag und ähnliche Verträge	
1. Werkvertragsrecht - Allgemeine Vorschriften - Bauvertrag - Verbraucherbauvertrag - Unabdingbarkeit	§§ 631 – 650o BGB §§ 631 – 650 BGB §§ 650a – 650h BGB §§ 650i – 650n BGB § 650o BGB
2. Architektenvertrag und Ingenieurvertrag	§§ 650p – 650t BGB
3. Bauträgervertrag	§§ 650u – 650v BGB
4. Reisevertrag	§§ 651a – 651m BGB

Die Systematik des Gesetzes lässt erkennen, dass entsprechend der gesetzgeberischen Zielsetzung das Werkvertragsrecht wesentlich tiefer untergliedert ist als bisher. Folge hiervon ist eine Vielzahl neuer Vorschriften.

Die neue Systematik führt aber dazu, dass traditionelle Standorte wichtiger Vorschriften wie beispielsweise § 648 BGB a.F. bzw. § 648a BGB a.F. verloren gegangen sind und sich nun an anderer Stelle befinden, selbst wenn sich diese inhaltlich nicht oder nur unmaßgeblich geändert haben.

Dies ist nur eine Frage der Gewohnheit, hat aber auch praktische Auswirkungen, da selbst Regelungsbereiche, die an sich identisch geblieben sind, was die Muster der Baubeteiligten betrifft, nun anzupassen sind.

1.3. Inkrafttreten der Neuregelung

Die maßgebliche Bestimmung für das Inkrafttreten des neuen gesetzlichen Werkvertragsrechts ist Artikel. 229 § 39 EGBGB:

Artikel 229, § 39 EGBGB

Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts, zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung, zur Stärkung des zivilprozessualen Rechtsschutzes und zum maschinellen Siegel im Grundbuch- und Schiffsregisterverfahren

Auf ein Schuldverhältnis, das vor dem 1. Januar 2018 entstanden ist, finden die Vorschriften dieses Gesetzes, des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung Anwendung.

Gemäß der Übergangsvorschrift findet das neue Recht Anwendung, wenn der Bauvertrag ab dem 01.01.2018 geschlossen wurde. Dies bedeutet, dass Angebot und/oder Annahme nach dem 31.12.2017 liegen. Sofern das Angebot vor dem 01.01.2018 dem Vertragspartner zugegangen ist, die Annahme aber erst ab 01.01.2018 oder später erfolgt, ist der Vertrag insgesamt erst in 2018 geschlossen worden. Dies bedeutet, das Schuldverhältnis ist nicht vor dem 1. Januar 2018 entstanden, so dass für den gesamten Vertrag die neuen werkvertraglichen Regelungen gelten.

Liegt sowohl das Angebot als auch die Annahme vor dem 1. Januar 2018, dann findet auf diesen Vertrag noch das alte Werkvertragsrecht des BGB Anwendung.

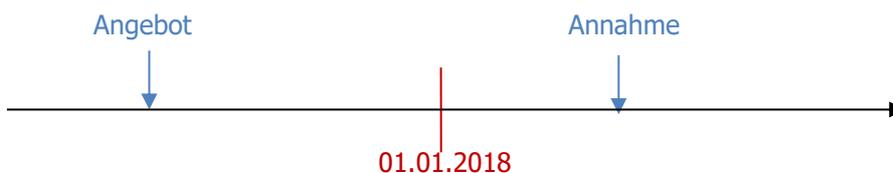
Nachfolgende Beispiele sollen dies näher erläutern:

Beispiel 1: Angebot + Annahme vor 01.01.2018



= Es gilt altes Werkvertragsrecht/Kaufvertragsrecht

Beispiel 2: Angebot vor 01.01.2018; Annahme nach 01.01.2018



= Es gilt neues Werkvertragsrecht/Kaufvertragsrecht

Beispiel 3: Angebot + Annahme nach 01.01.2018



= Es gilt neues Werkvertragsrecht/Kaufvertragsrecht

Folge für die am Bau Beteiligten wird es sein, dass eine zeitlang eine Zweigleisigkeit besteht. Ältere Verträge vor dem 01.01.2018 müssen noch nach dem alten Recht behandelt werden, die neuen Verträge ab 01.01.2018 nach dem neuen Recht. Die am Bau Beteiligten müssen darauf achten, die richtigen Verhaltensmuster und Regeln auf das entsprechende Vertragsverhältnis anzuwenden.

Diese Übergangsphase wird sich kaum vermeiden lassen.

Zusammenfassung in Leitsätzen

1. Stichtag für das neue Bauvertragsrecht sind alle Verträge, die ab 01.01.2018 geschlossen werden.
2. Die am Bau Beteiligten leben in der Übergangsphase mit einer Zweigleisigkeit des Rechts, das alte Recht ist weiter für die Verträge vor dem 01.01.2018 anzuwenden, das neue Recht für alle Verträge ab 01.01.2018.

2. Werkvertrag, Bauvertrag, Verbraucherbaupvertrag im BGB

Es wurde bereits ausgeführt, dass das bisherige gesetzliche Werkvertragsrecht in den §§ 631ff. BGB keine Differenzierung vorgenommen hat bezüglich einzelner Werkvertragstypen. Weder wurde ein besonderer Bauvertrag oder gar Verbraucherbaupvertrag geregelt. Auch Architekten- und Ingenieurverträge oder der Bauträgervertrag wurden bislang keine Bestimmungen innerhalb des Werkvertragsrechts gewidmet. Diese Systematik wurde aufgegeben. An deren Stelle tritt nun eine neue Struktur des Werkvertragsrechts.

2.1. Bauvertrag, Definition und Abgrenzung

Nach der alten Rechtslage wurden unter dem Vertragstyp „Werkvertrag“ sämtliche Rechtsverhältnisse gefasst, bei der sich eine Vertragspartei zur Herstellung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bzw. einer geistigen Leistung verpflichtet. Es gibt nach wie vor einen Werkvertrag, aber zusätzlich Sonderregelungen für den Bauvertrag und den Verbraucherbaupvertrag.

Nachfolgende Übersicht soll die verschiedenen Vertragstypen, die es künftig gibt, näher beschreiben und abgrenzen:

Vertragstyp	Werkvertrag	Bauvertrag	Verbraucherbaupvertrag
Definition	§ 631 BGB	§ 650a BGB	§ 650i BGB
Parteien	B2C B2B	B2C B2B	B2C
Leistung	Werk	Herstellung Wiederherstellung Beseitigung Umbau eines Bauwerks, Außenanlage oder Teilen davon Instandhaltung eines Bauwerks, Konstruktion, Bestand oder bestimmungsgem. Gebrauch von wesentlicher Bedeutung	Bau eines neuen Gebäudes Erhebliche Umbaumaßnahmen an bestehenden Gebäuden
Normen	§§ 631ff. BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB	§§ 631ff. BGB §§ 650a – h BGB §§ 650 i – o BGB

Bereits der vorstehenden Tabelle kann entnommen werden, dass es für die Einordnung des Vertragstyps und den anzuwendenden Normen einerseits darauf ankommt, welche Parteien beteiligt sind bzw. was die geschuldete Leistung des Vertrages ist.

Dabei ist festzustellen, dass von dem allgemeinen „Werk“, der den Werkvertrag kennzeichnet, als Unterfall das „Bauwerk“ für den Bauvertrag geregelt ist. Beim weiteren Unterfall des Verbraucherbaupvertrages muss sich die Leistung nicht nur auf ein Bauwerk sondern – noch enger – auf ein „Gebäude“ beziehen.

Die Definition des Bauvertrages in § 650a BGB lautet:

§ 650a BGB – Bauvertrag

(1) Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels.

(2) Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Der Gesetzgeber verweist für den Begriff des „Bauwerks“ auf die Rechtsprechung zu § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F., für die „Außenanlage“ auf § 648a BGB a.F.⁹

Nach der Rechtsprechung wird unter einem Bauwerk, ohne dass es auf die sachenrechtliche Zuordnung ankommt, eine „unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache“ verstanden.

Dieser Definition kann entnommen werden, dass der Begriff des „Bauwerks“ weiter geht als der Begriff des „Gebäudes“, der den Verbraucherbaupvertrag kennzeichnet.¹⁰

Die Definition des § 650a Abs. 1 BGB erweitert den Begriff des Bauvertrags insoweit, als nicht nur die Herstellung oder Wiederherstellung eines Bauwerks kennzeichnend ist, sondern auch dessen Beseitigung. Damit unterliegen auch Abbrucharbeiten dem Begriff des Bauvertrags.¹¹

Die bloße Instandhaltung eines Bauwerks soll nur dann den Regeln des Bauvertrags unterliegen, wenn die Maßnahme für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Unter Instandhaltung seien Arbeiten zu verstehen, die der Erhaltung des „Soll-Zustandes des Bauwerks“ dienen, vgl. § 1 VOB/A; § 2 Abs. 9 HOAI.

Unter den Bauvertrag sollen Pflege, Wartungs- und Inspektionsleistungen fallen, die der Erhaltung und/oder der Funktionsfähigkeit des Bauwerks dienen. Erfasst werden demnach Verträge zur Inspektion von Brücken oder zur Pflege und Wartung von tragenden oder sonst für den Bestand eines Bauwerks wichtigen Teilen.¹²

Sofern die Voraussetzungen des § 650a BGB nicht erfüllt sind, liegt allenfalls ein Werkvertrag im Sinne des § 631ff. BGB vor, ohne dass die Sondervorschriften der §§ 650b ff. BGB anzuwenden sind.

Bereits jetzt ist absehbar, dass eine klare Zuordnung einzelner Leistungen zu den nun vorgegebenen Vertragstypen im Einzelfall schwierig sein kann. Fraglich ist auch, was geschieht, wenn aus einer ursprünglichen kleineren Maßnahme, die dem Werkvertrag unterliegt im Laufe des Bauvertrages durch zusätzliche Anordnungen eine qualitative Änderung erfolgt, die den Vertrag nun als Bauvertrag im Sinne des § 650a BGB erscheinen lässt.

Dies sind letztlich Fragen, mit denen sich die Rechtsprechung künftig befassen muss.

⁹ Vgl. Referentenentwurf, 56

¹⁰ Vgl. BGH-Urteil vom 20.12.2012 Az: VII ZR 182/10

¹¹ Dies entspricht nicht der früheren Rechtsprechung vgl. BGH-Urteil vom 09.03.2004 X ZR 67/01

¹² Vgl. BT-Drs. 18/8486, 53

2.2. Die Bedeutung der VOB/B

Die neue Regelung des Werkvertragsrechts ändert nach diesseitiger Auffassung wenig an der Bedeutung der VOB/B.

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.

Grundsätzlich sind die Parteien frei in der Entscheidung, ob sie die VOB/B zur Grundlage des Werkvertrages machen, d. h. diese einbeziehen. Hiervon gibt es aber wichtige Ausnahmen:

- VOB/A verpflichtet in den Abschnitten 1 und 2, die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Vergabeverfahrens ihren Verträgen die VOB/B zu Grunde zu legen.
- Die VOB/B verpflichtet Auftragnehmer, die Nachunternehmer einsetzen wollen, nach § 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B, die VOB/B zu vereinbaren.
- Auftraggeber, die Fördermittel erhalten, können dazu verpflichtet sein (z. B. Mittelstandsrichtlinien eines Bundeslandes), die VOB/B einzubeziehen.

MERKE:

Trotz Pflicht zur Anwendung der VOB/B wird diese nicht Vertragsgrundlage, wenn der Auftraggeber es entgegen der genannten Vorschriften versäumt hat, die VOB/B einzubeziehen.

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

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die gesetzlichen Regelungen des Werkvertragsrechts bzw. des Bauvertragsrechts gänzlich überflüssig wären und nur die VOB/B alleine gilt.

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**.

Die Reform des Werkvertragsrechts hat Auswirkungen auf die VOB/B. Während es ursprünglich nur eine Kombination Werkvertrag i. V. m. VOB/B gab, sind nun verschiedene Kombinationen möglich.

Vorschriften	Bezeichnung
§ 631 BGB + VOB/B	Werkvertrag
§ 650a BGB + VOB/B	Bauvertrag
§ 650i BGB + VOB/B	Verbraucherbauvertrag ¹³

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁴, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB¹⁵ in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen, da es sich nicht um ein Gesetz handelt!

Es ist damit zu rechnen, dass in Folge der Reform auch die VOB/B kurzfristig überarbeitet und den neuen Regelungen angepasst wird.

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit hat am 18.05.2017 darauf hingewiesen, dass im Bundeshochbau weiterhin die VOB/B als vertragliche Grundlage zu vereinbaren ist.

Die Rechtslage ist nach Auffassung des Ministeriums insofern unverändert, als das die VOB/B, falls sie ohne inhaltliche Änderung insgesamt vereinbart wird, auch weiterhin nicht am BGB gemessen wird.

Die ursprünglich beabsichtigte kurzfristige Überarbeitung der VOB/B wurde aufgrund drohender Rechtsunsicherheit mit Beschluss des Hauptausschusses Allgemein (HAA) des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA) vom 18.01.18 vertagt.

¹³ AN ist Einbeziehung der VOB/B als Verwender nicht zu empfehlen.

¹⁴ Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

¹⁵ Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 AGBG

In dem Beschluss des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) vom 18.01.2018 heißt es wörtlich:

„Der HAA präferiert eine Weiterentwicklung der VOB/B, hält es jedoch für erforderlich, zunächst die aktuelle Diskussion zum BGB-Bauvertrag in der Fachwelt und die Rechtsprechung zu beobachten. Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht: Die Praxis müsste sich zeitgleich zum Inkrafttreten des gesetzlichen Bauvertragsrechts im BGB auch auf eine veränderte VOB/B einstellen, die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen wäre mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags jedoch nicht gewährleistet. Der HAA wird die Entwicklung der Rechtsprechung zum neuen gesetzlichen Bauvertragsrecht, insbesondere unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgen und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B ableiten.“

Derzeit liegt ein Entwurf einer neuen VOB/B vor, der vom Bundesministerium der Innern, für Bau und Heim (BMI) dem DVA vorgelegt wurde.

Momentan ist unklar, ob und wann eine neue VOB/B in Kraft treten wird. Spekuliert wird ein Inkrafttreten frühestens Anfang 2022.

Merke:

Es bleibt abzuwarten, wie die VOB/B künftig überarbeitet wird. Es wird zu klären sein, wie das Verhältnis des gesetzlichen Werkvertragsrechts, Bauvertragsrechts bzw. Verbraucherbauvertragsrechts sich zur VOB/B entwickeln wird.

MERKE:

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

2.3. Vertragsgrundlagen bzw. –gestaltung

Die neue Regelung des Werkvertragsrechts ändert nichts an der Privilegierung der VOB/B; dennoch hat die Reform eine hohe Praxisrelevanz für die Vertragsgestaltung.

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.

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.¹⁶

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.

Die neuen und unbestimmten Rechtsbegriffe und die veränderten Leitbilder des Gesetzes erlauben keine sichere Einschätzung der künftigen Rechtsprechung und einer AGB-Festigkeit eventueller vorformulierter Klauseln.

¹⁶ BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

VOB/B	
ohne Abweichung (insgesamt)	mit Abweichung
Privilegierung	Verlust Privilegierung
Geltung VOB/B + daneben anwendbare BGB-Vorschriften	Unwirksamkeit einzelner VOB/B-Vorschriften zu Lasten Verwender + BGB-Vorschriften schließen die Lücke
Rechtssicherheit	Rechtsunsicherheit

Im unternehmerischen Verkehr (B2B) dürfte es daher nach wie vor sinnvoll sein die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen, da diesbezüglich eine gefestigte Rechtsprechung existiert. Die am Bau beteiligten haben auch Erfahrung bei der Verwendung der VOB/B.

Der Verwender der VOB/B muss allerdings beachten, die VOB/B insgesamt in den Vertrag in der aktuellen Fassung einzubeziehen, um nicht die Privilegierung der VOB zu verlieren und einer isolierten Inhaltskontrolle ausgesetzt zu sein, vgl. § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB.

Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

Nach § 310 Abs. 1 S. 3 BGB nur dann keine Inhaltskontrolle einzelner Klauseln der VOB/B nach § 307 BGB, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist (Privilegierung).

„§ 310 Abs. 1 Satz 3 BGB

(...) finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.“