

## Rundschreiben 07/2018

### Thema: Bauvertragsreform 2018 – Bedeutung und Auswirkung auf die VOB/B – Teil V / Baurecht

#### 1. Einleitung

Die Bauvertragsreform 2018 hat auch Bedeutung und Auswirkungen auf die VOB/B. Die Vertragsparteien müssen sich auf diese Änderungen und Neuerungen einstellen und sich darüber bewusst sein, dass Abweichungen von der VOB/B neue Risiken in sich bergen. Selbst wenn keine Abweichung von der VOB/B vorliegt, gibt es neue gesetzliche Änderungen im BGB, die neben den bestehenden VOB/B-Regelungen Anwendung finden. Grund hierfür ist, dass auch ein VOB/B-Vertrag nur eine Kombination aus dem gesetzlichen Werkvertragsrecht des BGB unter Einbeziehung einer allgemeinen Geschäftsbedingung, der VOB/B, ist.

#### 2. Die Bedeutung der VOB/B

##### 2.1. Die Einbeziehung 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.**

## 2.2. Kombinationsmöglichkeiten der VOB/B mit BGB

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 <sup>1</sup>

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!

Es ist nicht damit zu rechnen, dass in Folge der Reform auch die VOB/B kurzfristig überarbeitet und den neuen Regelungen angepasst wird. Die ursprüngliche Erwartung einer Neuregelung Anfang 2018 hat sich nicht erfüllt.

## 2.3. Reaktion der öffentlichen Auftraggeber

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. Infolge der Neuregelung wurden die Vergabehandbücher (VHB) überarbeitet und versucht, jegliche Abweichungen von der VOB/B in den eigenen Formularen zu vermeiden.

## 2.4. Reaktion des DVA

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.

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*

<sup>1</sup> AN ist Einbeziehung der VOB/B als Verwender nicht zu empfehlen.

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

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

*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."*

**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.

### **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.

#### **3.1. Die 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.

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>4</sup>

<sup>4</sup> BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

**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 eventuel-  
ler vorformulierter Klauseln.

<b>VOB/B</b>	
<b>ohne Abweichung (insgesamt)</b>	<b>mit Abweichung</b>
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 iso-  
lierten 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.“*

### Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen

AGB Inhaltskontrolle erfolgt künftig auf der Basis eines neuen gesetzlichen Leitbildes. Die VOB/B wird nun anhand einer Vielzahl neuer Vorschriften des BGB gemessen.

#### **„§ 307 BGB**

*(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. <sup>2</sup>Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.*

*(2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (...)"*

### 3.2. Mögliche Risikofelder einer Abweichung

Der Verwender der VOB/B sollte Risikofelder einer Abweichung meiden. Dabei darf aber nicht nur der Bauvertrag „im engeren Sinn“ geprüft werden, sondern sämtliche Unterlagen, auch Anlagen. Gerade Besondere Vertragsbedingungen (BVB), Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB), aber auch Vorbemerkungen des LV, können Abweichungen enthalten. Unterlagen Dritter, z. B. Architekten und Ingenieure, sollten daher kritisch geprüft werden.

### Vereinbarung der VOB/B mit Abweichungen, Beispiele möglicher Risiken

Beispiel möglicher Risiken:

- Es besteht das Risiko, dass die Regelungen in § 1 Abs. 3, 4 VOB/B zum sofortigen Anordnungsrecht des AG den neuen Grundgedanken des „Einigungsmodells“ aus § 650b BGB nicht mehr standhalten, also nur individuell oder über die VOB/B, wenn insgesamt vereinbart, wirksam vereinbart werden können.

#### **Folge:**

AG muss immer 30 Tage warten, um verbindliche Anordnung treffen zu können.  
Berechnung nach tatsächlichen Kosten, nicht aus Kalkulation

- Kritische Prüfung des Verwenders der VOB/B, ob die beabsichtigten Abweichungen es wirklich „wert sind“, die Privilegierung der VOB/B aufzugeben und die AGB-Inhaltskontrolle mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit zu eröffnen.

Das Risiko, bei der Vertragsgestaltung Abweichungen von der VOB/B zu verursachen, ist sehr groß!

Bereits sprachliche Abweichungen von der VOB/B können ausreichen, wenn sie Unklarheiten im Sinne einer Abweichung von der VOB/B zulassen.

#### Klassische Abweichungsfehler:

- Nachtragserschwerungen (§ 2 VOB/B)
  - Nachträge stets vorab schriftlich ankündigen
  - Nachtrag abhängig von schriftlicher Genehmigung des AG
- Abnahmeerschwerungen (§ 12 VOB/B)
  - Teilabnahmen sind ausgeschlossen, § 12 Abs. 2 VOB/B
  - Fiktive Abnahmen nach § 12 Abs. 5 VOB/B sind ausgeschlossen
- Mängeldurchsetzung erleichtern (§ 4 Abs. 7 VOB/B)
  - Ersatzvornahme bedarf vor Abnahme keiner Kündigung
- Öffnungsklauseln (§ 13 Abs. 4 VOB/B) strittig!
  - Gewährleistungsfrist beträgt 5 Jahre

#### **Tipp:**

Es empfiehlt sich nach wie vor die VOB/B im unternehmerischen Verkehr einzubeziehen, da die Reform eine Reihe von offenen Fragestellungen aufwirft, die erst in den nächsten Jahren geklärt werden.

Fraglich ist allerdings das Verhältnis der neuen gesetzlichen Regelungen zur VOB/B. Da ein VOB/B-Vertrag ergänzend gilt und das Gesetz insoweit modifiziert wird, stellt sich die Frage, welche Regelungen des Gesetzes durch die VOB/B überlagert bzw. ersetzt werden und welche Regelungen des gesetzlichen Werkvertragsrechts bzw. Bauvertragsrechts bzw. Verbraucherbauvertragsrechts neben der VOB/B Anwendung finden und diese beeinflussen.

### **3.3. Beispiele für Abweichungen**

Nachfolgend einige Beispiele, um das Problem der Abweichungen zu verdeutlichen. Dabei können Abweichungen an jeder Stelle des Vertrages auftreten.

#### **Vertragsgestaltung mit der VOB/B, Beispiel 1:**

**Problem** : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

**Beispiel** : „Eine Teilabnahme findet nicht statt.“ oder  
„Teilabnahmen sind ausgeschlossen.“

**§ 12 Abs. 2 VOB/B** : „Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen.“

**Vertragsgestaltung mit der VOB/B, Beispiel 2:**

**Problem** : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

**Beispiel** : „Die Übergabe der vollständigen Dokumentation ist die Voraussetzung für die Abnahme.“

**§ 12 Abs. 3**

**VOB/B** : „Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.“

**Vertragsgestaltung mit der VOB/B, Beispiel 3:**

**Problem** : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

**Beispiel** : „Voraussetzung für die Abnahme ist ein unter betriebsmäßigen Bedingungen durchzuführender ununterbrochener und störungsfreier Betrieb gemäß Baubeschreibung.“

**§ 12 Abs. 3**

**VOB/B** : „Wegen wesentlicher Mängel kann die Abnahme bis zur Beseitigung verweigert werden.“

**Vertragsgestaltung mit der VOB/B, Beispiel 4:**

**Problem** : BVB oder „allgemeine Vorbemerkungen“

**Beispiel** : „Die Frist für die Zahlung beträgt 60 Tage.“

**§ 16 Abs. 3 Nr. 1**

**VOB/B** : „Der Anspruch auf Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung fällig, spätestens innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung. Die Frist verlängert sich auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde.“

**Vertragsgestaltung mit der VOB/B, Beispiel 5:  
Sonderproblem: sog. „Öffnungsklauseln“ umstritten**

<b>VOB/B</b>	: „soweit nichts anderes vertraglich vereinbart“
<b>Beispiel</b>	: - Verjährungsfristen, § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B - Zeitpunkt Rückgabe Gewährleistungssicherheit, § 17 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B
<b>Folge</b>	: Meinung 1: Keine Abweichung von VOB/B, kein Verlust der Privilegierung (OLG Brandenburg, OLG Koblenz); aber:  Meinung 2: Abweichung von VOB/B, Verlust Privilegierung (OLG Hamm, OLG Dresden, OLG Naumburg und OLG München)

Die Beispiele belegen, dass Abweichungen häufiger sind als die Vertragsparteien denken.

**3.4. Geltung des BGB beim VOB/B-Vertrag**

Es werden, da die VOB/B in diesen Bereichen keine oder keine abschließende Regelung beinhaltet, neue Bestimmungen des BGB auch Einfluss auf die Handlungsabläufe des VOB/B-Vertrages haben. Diese Regelungen finden Anwendung, auch wenn keine Abweichungen von der VOB/B vorliegen:

**Beispiele:**

- Fiktive Abnahme, § 640 Abs. 2 BGB
- Zustandsfeststellung, § 650g BGB
- Leistungsfeststellung, § 632a BGB, § 648a Abs. 4 BGB
- Leistungsverweigerungsrecht, § 641 Abs. 3 BGB
- Sicherheiten, §§ 650e, f BGB
- Einstweilige Verfügung, § 650d BGB (strittig)

Im Ergebnis hat die Neuregelung des BGB auch Auswirkungen auf VOB-Verträge, was bei Handlungsabläufen am Bau zu berücksichtigen ist.

**4. Zusammenfassung**

Problematisch sind Ergänzungen oder Änderungen sowie versehentliche Abweichungen durch (gut gemeinte) rechtlich relevante Formulierungen in Leistungsbeschreibungen.

Empfehlung für Vertragsgestaltung:

1. Aktuelle Muster verwenden
2. Kontrolle der Leistungsbeschreibungen auf Abweichungen
3. Verpflichtung der Fachplaner auf Vermeidung von Abweichungen
4. keine Abweichungen ohne juristische Beratung