

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

UMGANG MIT MÄNGELN AM BAU

NACH VOB/B

Umgang mit Mängeln am Bau

- nach VOB/B -

INHALTSVERZEICHNIS	002
1. Einleitung	004
2. Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag	006
2.1. Rechtsquellen „BGB und VOB/B“	006
2.1.1. BGB-Werkvertrag	013
2.1.2. VOB-Werkvertrag	013
2.1.3. Vereinbarung der VOB/B	016
2.1.4. Privilegierung der VOB/B	018
2.1.5. Entprivilegierung der VOB/B	020
2.1.5.1. Abweichung von der VOB/B	020
2.1.5.2. Verbraucher und VOB/B	023
2.2. Zusammenfassung in Leitsätzen	027
3. Mangelbegriff	028
3.1. Mangelbegriff nach BGB und VOB/B	033
3.1.1. Sachmangel	033
3.1.2. Rechtsmangel	038
3.1.3. Bedeutung der anerkannten Regeln der Technik	038
3.1.4. Ausdehnung des Mangelbegriffs	040
3.2. Zeitpunkt der Mangelfreiheit	043
3.3. Mitverantwortlichkeit des Auftraggebers	045
3.3.1. Mitverantwortlichkeit nach BGB; § 254 BGB analog	050
3.3.2. Mitverantwortlichkeit nach VOB/B; § 13 Abs. 3 VOB/B	050
3.4. Beweislast	054
3.5. Zusammenfassung in Leitsätzen	055
4. Mängelrechte des Auftraggebers nach VOB/B	056
4.1. Mängelansprüche vor der Abnahme	063
4.1.1. Nacherfüllungsanspruch	063
4.1.1.1. Erfüllungsanspruch, § 631 BGB	063
4.1.1.2. Nachbesserungsanspruch, § 4 Abs. 7 Nr. 1 VOB/B	063
4.1.2. Selbstvornahme, Kostenvorschuss	064
4.1.2.1. Selbstvornahme, Kostenvorschuss, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB analog	064
4.1.2.2. Selbstvornahme, Kostenvorschuss, § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B	064
4.1.3. Rücktritt	066
4.1.4. Minderung	067
4.1.4.1. Minderung, § 638 BGB analog	067
4.1.5. Schadensersatz	068
4.1.5.1. Schadensersatz, §§ 280, 281, 283, 311a BGB	068
4.1.5.2. Schadensersatz nach § 4 Abs. 7 Satz 2 VOB/B	068
4.1.6. Aufwendungsersatz	069
4.2. Mängelansprüche nach der Abnahme	070
4.2.1. Nacherfüllungsanspruch	070
4.2.1.1. Nacherfüllungsanspruch, § 635 BGB	071
4.2.1.2. Nachbesserungsanspruch; § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B	073
4.2.2. Selbstvornahme, Kostenvorschuss	076
4.2.2.1. Selbstvornahme, Kostenvorschuss, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB	077
4.2.2.2. Selbstvornahme, Kostenvorschuss; § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B	080
4.2.3. Rücktritt	081
4.2.3.1. Rücktritt, § 636 BGB	082
4.2.3.2. Rücktritt, VOB/B	083
4.2.4. Minderung	084
4.2.4.1. Minderung, § 638 BGB	085

4.2.4.2.	Minderung; § 13 Abs. 6 VOB/B	086
4.2.5.	Schadensersatz	088
4.2.5.1.	Schadensersatz, §§ 634 Nr. 4, 636, 280, 281, 283, 311a BGB	088
4.2.5.1.1.	Schadensersatz statt Leistung	090
4.2.5.1.2.	Schadensersatz neben Leistung	091
4.2.5.2.	Schadensersatz; § 13 Abs. 7 VOB/B	092
4.2.5.3.	Schadensersatz „fiktive“ Mängelbeseitigungskosten	094
4.2.6.	Aufwendungsersatz	098
4.2.6.1.	Aufwendungsersatzanspruch; §§ 634, 284 BGB	098
4.2.6.2.	Aufwendungsersatzanspruch; VOB/B	098
4.3.	„Sowiesokosten“ und „Neu für Alt“	099
4.3.1.	„Sowiesokosten“	099
4.3.2.	Abzug „Neu für Alt“	100
4.4.	Exkurs: Unberechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen und Vergütung	101
4.5.	Exkurs: „Streitige“ Mängelrüge	102
4.6.	Zusammenfassung in Leitsätzen	103
5.	Verjährung der Mängelansprüche nach VOB/B	104
5.1.	Verjährungsfristen im Baurecht	104
5.2.	Verjährung bei arglistig verschwiegenen Mängeln	108
5.3.	Verjährung bei Organisationsverschulden	110
5.4.	Exkurs: Verjährungsfrist beim Kauf von Baumaterialien	113
5.5.	Verlängerung und Verkürzung der Verjährungsfrist	117
5.6.	Hemmung, Neubeginn der Verjährung	118
5.7.	Rechtsfolgen der Verjährung	122
5.8.	„Quasineubeginn“; § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B	123
5.9.	Zusammenfassung in Leitsätzen	124
6.	Beweissicherung, allgemein	126
6.1.	Beweissicherung, allgemein	126
6.1.1.	Beweismittel, Vor- und Nachteile	126
7.	Zusammenfassung	129

MUSTERVERZEICHNIS

MUSTER 1:	Bedenkenhinweis des Auftragnehmers	132
MUSTER 2:	Mängelbeseitigungsverlangen mit Kündigungsandrohung (VOB/B)	133
MUSTER 3:	Mängelbeseitigungsverlangen (VOB/B)	134
Texte:	BGB – Stand 2022 –	135
Texte:	BGB (Werkvertrag) – Stand 2022 –	169
Texte:	VOB/B 2016	178

Umgang mit Mängeln am Bau

- nach VOB/B -

1. Einleitung

Die am Bau Beteiligten sollten über ein Basiswissen im Umgang mit Mängeln am Bau verfügen. Es gilt eine Art „Knigge“ am Bau im Umgang mit Mängeln zu beherrschen. Mängel am Bau können vorkommen, weshalb es wichtig ist, zu wissen, wie man hierauf reagieren muss. Nur wer die rechtlichen Rahmenbedingungen kennt, kann Fehler vermeiden. In der Baupraxis treten zahlreiche Fehlerquellen auf. Nachfolgende Übersicht zeigt einige Problemfelder auf.

Fehlerquellen	
Allgemein AG & AN	
- Unkenntnis der Spielregeln (VOB/B und BGB)	
- fehlende Schaffung von Schriftverkehr	
- fehlende Dokumentation von Mängeln	
AG	AN
- richtige Mängelrügen (Form, Endfrist, Symptom)	- Abweichung von LV-Angaben
- Unterscheidung vor/nach Abnahme (Kündigung bei VOB/B vor Abnahme)	- Mängelbehauptung prüfen (Abgrenzung Garantie/Verschleiß, Beweislast)
- Vermeidung der Verjährung (Neubeginn/Hemmung einleiten)	- Verlust des Nachbesserungsrechts vermeiden (Fristen verstreichen lassen)
	- Haftungsbeitrag AG (Sowiesokosten, Mitverantwortlichkeit Dritter)
	- Mängelbeseitigung bei zweifelhaften Mängeln (ohne Anerkenntnis, Vergütungsvorbehalt)

Die nachfolgende Darstellung soll eine erste Hilfe für die am Bau Beteiligten sein, um sich Grundkenntnisse des privaten Baurechts anzueignen. Dabei wurde Wert auf grafische Darstellung und praktische Hinweise gelegt. Schaubilder, Beispiele, Hinweise und Muster sollen die schwierige Materie vereinfachen und einen Wegweiser für den Umgang mit Mängeln sein.

Cham, den 1. März 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.

2. Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag

2.1. Rechtsquellen „BGB und VOB/B“

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag der in den §§ 631 ff. BGB, § 650a BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst, usw. Zwangsläufig war das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Dass die §§ 631 – 651 BGB in keinsten Weise auf die Bauvertragsabwicklung zugeschnitten waren, zeigte sich schon daran, dass bislang nur an vier Stellen von dem „Bauwerk“ oder den „Baubeteiligten“ gesprochen wurde:

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

Deshalb gab und 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. Trotz der Reform des BGB-Bauvertragsrechts 2018 wird die VOB/B weiter Bedeutung haben.

Die Abkürzung VOB/B steht für: „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“. Die VOB/B wird vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) laufend an die Rechtsentwicklung angepasst.

Die VOB/B kann nur für Bauleistungen vereinbart werden. Was unter Bauleistungen zu verstehen ist, ist in § 1 VOB/A festgehalten. Bauleistungen sind danach Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instandgehalten, geändert oder beseitigt wird.

Die VOB/B kann also demzufolge nicht vereinbart werden für:

- Bauträgerverträge
- Architektenverträge
- Ingenieurverträge
- Kaufverträge über Lieferung von Baumaterialien
- Gerüststellungsverträge

	BGB	VOB/B
Anwendungsbereich	Alle Werkverträge: Bauleistungen Schuhreparatur Autowäsche Beförderung Hufbeschlagn usw.	Alle Bauleistungen

Inhalt	Allgemein für alle Werkleistungen Seit 01.01.18 speziell: - Bauvertrag, § 650a BGB - Verbraucherbaupvertrag, § 650i BGB	Speziell für alle Bauleistungen
---------------	--	---------------------------------

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

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

Übersicht Unterschiede BGB - VOB/B			
Vorteile des Auftragnehmers beim VOB/B-Vertrag			
Themenbereich	Norm nach BGB	Norm nach VOB/B	Anmerkungen
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

¹ 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.

			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. 2 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.
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

Sicherheitsleistung	---	§ 17 Abs. 5, 6 VOB/B	Vergütung. 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
Anordnungsrecht	§ 650b BGB	§ 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 nun für den Bauvertrag § 650a BGB einen einseitigen Anpassungsanspruch. Dieser ist aber an eine schwerfällige Regelung gekoppelt (30 Tage-Regelung), die wenig praxistauglich ist.
Vergütungspflicht (Einschränkung)	§§ 650c, 650g BGB	§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B	Sofern der AG eine Anordnung trifft, sind die tatsächlichen, nicht die kalkulierten Kosten maßgeblich. AN kann 80 % der Abschlagsrechnung einfordern, wenn es nicht zur Einigung kommt. VOB/B stellt auf die Kalkulation ab.
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/B stehen dem AG bereits vor der Abnahme Mängelbeseitigungsrechte 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 Nachunternehmer-einsatz 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.
Verjährungshemmung	---	§ 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 Vergütung	§§ 631 Abs. 1, 641 BGB	§§ 14 Abs. 1 und Abs. 4, 16 VOB/B	Nach der VOB/B ist immer eine prüfbare Rechnung Voraussetzung einer Fälligkeit. Nach BGB gibt es nur beim Bauvertrag nach § 650a BGB zumindest bei der Schlussrechnung die Forderung nach einer prüfbareren Schlussrechnung. Des Weiteren verschiebt die VOB/B die Fälligkeit der Zahlung nach hinten (21 Tage bzw. 30 Tage, im Ausnahmefall 60 Tage). Die VOB/B räumt ein Recht zur Selbstaufstellung der Schlussrechnung ein, wenn der Auftragnehmer diese nach Fristsetzung 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	§ 650m 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. Beim Verbraucherbaupvertrag nach § 650i BGB wird die Höhe der Abschlagszahlung zudem auf 90 % der Gesamtvergütung zu Lasten des AN beschränkt. 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.

Ein praxisrelevantes Beispiel soll zeigen, wie ein BGB-Werkvertrag und ein VOB/B-Werkvertrag sich in einer Nachtragssituation unterscheiden:

BGB		VOB/B
Werkvertrag § 631 BGB	Bauvertrag § 650a BGB	Werk-/Bauvertrag
Konsensualprinzip	Anordnungsrecht des AG	Anordnungsrecht des AG
-	§ 650b BGB	§§ 1 Abs. 3, 4 VOB/B

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.

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.

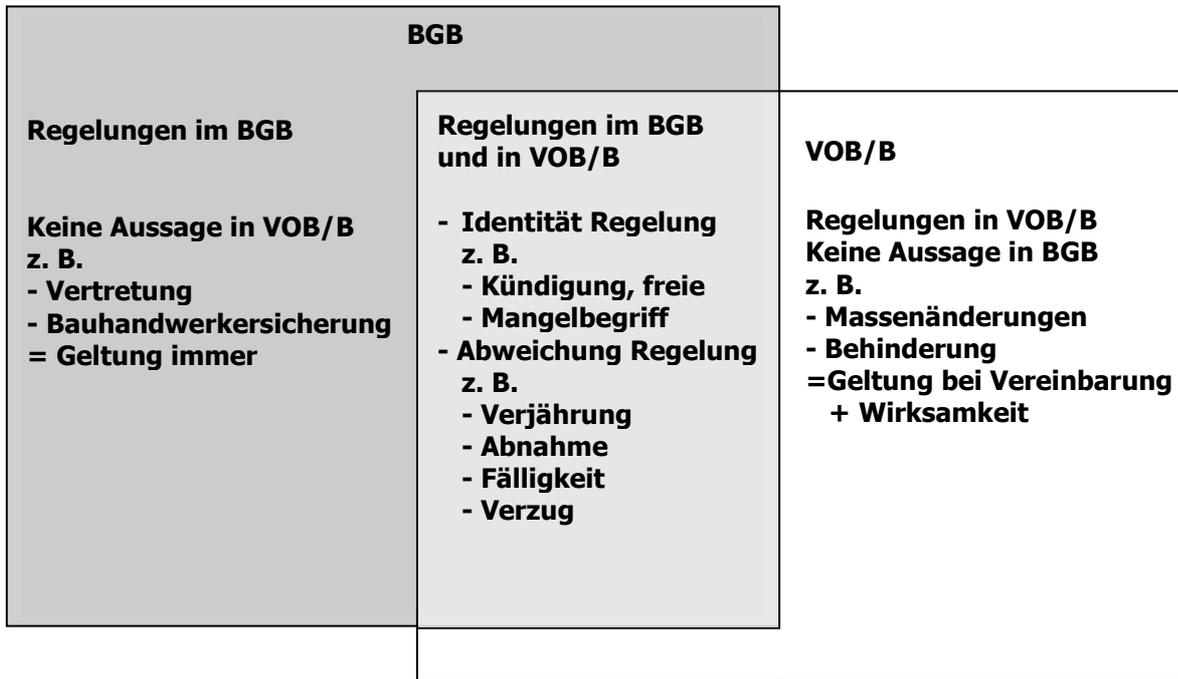
Die VOB/B orientiert sich am Bauablauf, was aus nachfolgender Übersicht deutlich wird:

Bauablauf	Bestimmung der VOB/B
Leistung und Vergütung	§ 1 Art und Umfang der Leistung § 2 Vergütung
Ausführung	§ 3 Ausführungsunterlagen § 4 Ausführung § 5 Ausführungsfristen § 6 Behinderung und Unterbrechung der Ausführung § 7 Verteilung der Gefahr
Kündigung	§ 8 Kündigung durch den Auftraggeber § 9 Kündigung durch den Auftragnehmer
Haftung	§ 10 Haftung der Vertragsparteien
Vertragsstrafe	§ 11 Vertragsstrafe
Abnahme und Gewährleistung	§ 12 Abnahme § 13 Mängelansprüche
Abrechnung und Zahlung	§ 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 „Zusammenchau“ des BGB und der VOB/B.

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

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen², die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB³ 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“

² Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

³ 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 werden⁴
- 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 Unternehmern 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.

⁴ 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 Bewanderten⁵
 - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt, wenn der Vertragspartner fachmännisch, z.B. durch einen Architekten bei Vertragsabschluss vertreten wird⁶.
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 legen⁷. 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, 2009 und 2016. 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.

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 ⁸

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

⁶ OLG Hamm, NJW-RR 1991, 277

⁷ BGH BauR 1999, 1294, 1295

⁸ AN ist Einbeziehung der VOB/B als Verwender nicht zu empfehlen.

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.

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.⁹

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.

⁹ BGH NJW 1983, 161; BauR 2002, 776

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**.¹⁰ Nach dem Wortlaut vor dem FoSiG¹¹ 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).

¹⁰ BGH IBR 2004, 179 lässt diese Frage noch offen.

¹¹ 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 BGH¹², 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 abändern¹³. Selbst die VOB/B abändernden Individualvereinbarungen können die Inhaltskontrolle auslösen¹⁴.

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 Aufnehmers“ 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.

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.

¹² 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!

¹³ BGH BauR 1995, 234

¹⁴ Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 55, 3. Auflage 2008