

## Ist die Einbeziehung der VOB/B noch sinnvoll?

Für Handwerker und Bauunternehmer ist Folgendes zu beachten:

- Ab 01.01.2018 sollten Sie in den Fällen, in denen Sie die Vertragsbedingungen festlegen, den Vertrag nur auf der Basis des BGB schließen und die Geltung der VOB/B nicht vereinbaren. Die neuen BGB-Regelungen vor allem zu den Nachträgen, etwa was die Kalkulation der Nachtragsvergütung betrifft, sind für Sie wesentlich günstiger. Die Nachtragsregelungen des § 1 Abs. 3 und 4 sowie § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind für Sie als Auftragnehmer nach der Bauvertragsreform 2018 nachteiliger. Deshalb kann man dem Auftragnehmer regelmäßig nicht empfehlen, die VOB/B auf seinen Wunsch in den Vertrag einzubeziehen.
- Wünscht Ihr Auftraggeber die Einbeziehung der VOB/B, können Sie dem ohne Bedenken zustimmen. Denn in einem solchen Fall gelten die neuen Nachtragsregelungen des BGB auch beim VOB-Vertrag (soweit der Vertrag nach dem 31.12.2017 abgeschlossen wurde). Wünscht also der Auftraggeber die Einbeziehung der VOB/B, so können Sie sich also dennoch auf die für Sie vorteilhaften BGB-Nachtragsvorschriften stützen. Insoweit spricht gegen eine Zustimmung der vom Auftraggeber gewünschten Einbeziehung der VOB viel weniger, als gegen die Einbeziehung der VOB auf Ihren Wunsch.

### Sachverhalt

Der (potenzielle Auftragnehmer soll für den (potenziellen) Auftraggeber ein Angebot unterbreiten. Der Auftragnehmer möchte dabei auch Vertragsbedingungen angeben, insbesondere möchte er die VOB/B einbeziehen. Er erwägt, einige auftraggeberfreundliche Regelungen der VOB/B auszuschließen oder diese jedenfalls abzuschwächen. So möchte er etwa ausschließen, dass der Auftraggeber bei Mengenmehrungen eine Anpassung (Herabsetzung) der Einheitspreise fordern kann (§ 2 Abs. 3 VOB/B).

### Was muss der Auftragnehmer wissen? Was muss er tun?

Die VOB/B ist kein Gesetz, sondern enthält juristische Vertragsbedingungen. Diese sind zur wiederholten Verwendung vorformuliert und stellen daher rechtlich gesehen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar.

### Vereinbarung der VOB/B

Die VOB/B gilt nicht automatisch für jeden Werk- oder Bauvertrag. Ihre Geltung muss zwischen den Parteien vereinbart werden. Mit Ausnahme der öffentlichen Hand ist jeder Auftraggeber und jeder Auftragnehmer im Prinzip frei darin, ob er die VOB/B vereinbaren möchte.

Zur Einbeziehung der VOB/B genügt es, wenn die eine Partei deren Geltung vorschlägt und die andere Partei damit (ggf. auch stillschweigend) einverstanden ist.

### Beispiel

Der Auftragnehmer unterbreitet auf Basis der VOB/B ein Angebot. Das Angebot wird beauftragt. Die VOB/B ist vereinbart, da der Auftragnehmer deren Einbeziehung wünschte und der Auftraggeber daraufhin den Auftrag erteilt hat, ohne der Einbeziehung der VOB/B zu widersprechen.

Wünscht der Auftragnehmer die Einbeziehung der VOB/B gegenüber dem Auftraggeber, so muss er den vollen Wortlaut der VOB/B nur dann beifügen, wenn es sich bei diesem um einen Verbraucher handelt. Bei Unternehmen oder öffentlichen Auftraggebern darf der Auftragnehmer davon ausgehen, dass diesem der Wortlaut der VOB/B bekannt ist. Dort muss er den Wortlaut seinem Angebot nicht beifügen.

### **Ist die Vereinbarung der VOB/B sinnvoll?**

Die VOB/B beinhaltet teilweise auftragnehmerfreundliche Regelungen. Beispielfhaft sind hier zu nennen:

- Recht des Auftragnehmers auf Erhöhung des Einheitspreises bei Mengenminderungen (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B)
- Pflichten des Auftraggebers während der Ausführung (§§ 3 und 4 VOB/B)
- vorzeitiger Gefahrübergang (§ 7 VOB/B)
- verkürzte Gewährleistungsfristen (§ 13 Abs. 4 VOB/B)
- Haftungsbeschränkung bei Mängeln (§ 13 Abs. 7 VOB/B)
- Anerkenntniswirkung bei Stundenlohnarbeiten (§ 15 Abs. 3 Satz 5 VOB/B)
- Zahlungsverzug ohne Mahnung (§ 16 Abs. 5 Nr. 3 Satz 3 VOB/B)
- Pflicht zur Einzahlung des Sicherheitseinbehalts auf ein Sperrkonto (§ 17 Abs. 6 Nr. 1 bis 3 VOB/B)

Dagegen weist die VOB für den Auftragnehmer (im Vergleich zum BGB) auch folgende Nachteile auf:

- das sehr weitgehende Recht, die Ausführung zu ändern (§ 1 Abs. 3 VOB/B)
- die hohen Anforderungen an die Vergütung auftragslos ausgeführter Leistungen (§ 2 Abs. 8 VOB/B)
- die Pflicht des Auftragnehmers, Mängel schon im Ausführungsstadium (vor Abnahme) zu beseitigen (§ 4 Abs. 7 VOB/B)
- die Erforderlichkeit einer ausdrücklichen Stundenlohnvereinbarung (§ 2 Abs. 10 VOB/B)
- die Einschränkung zum Einsatz von Subunternehmern (§ 4 Abs. 8 VOB/B)
- das Recht, Bauleistungen auf Abruf zu vereinbaren (§ 5 Abs. 1 VOB/B)
- die Abhilfeanordnung (§ 5 Abs. 3 VOB/B)
- die Unbeachtlichkeit nicht angezeigter Behinderungen (§ 4 Abs. 1 VOB/B)
- die Verlängerung der Gewährleistungsfrist durch Mängelanzeige (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B)
- die Möglichkeit einer Schlusszahlungserklärung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 bis Nr. 6 VOB/B

Der Auftragnehmer muss sich im Einzelfall überlegen, inwieweit er die vorgenannten Nachteile in Kauf nehmen will, um in den Genuss der Vorteile der Vorteile der VOB/B zu kommen.

### **Abweichung von der VOB/B**

Dabei mag der Auftragnehmer bedenken, dass es nicht zwingend notwendig ist, sämtliche Regelungen der VOB/B (also insbesondere auch die auftragnehmerfreundlichen Regelungen) in den Bauvertrag einzubeziehen. Es ist ohne Weiteres denkbar, einen Bauvertrag zu formulieren, in dem die auftraggeberfreundlichen VOB/B-Vorschriften entweder ausgeschlossen oder jedenfalls abgemildert werden.

### **Beispiel**

Die VOB/B sieht in § 2 Abs. 3 VOB/B das Recht des Auftraggebers vor, bei erheblichen Mengenmehrungen eine Anpassung (i.d.R. Herabsetzung) des Einheitspreises zu verlangen. Der Auftragnehmer kann die Geltung der Preisanpassungsvorschriften des § 2 Abs. 3 VOB/B im Vertrag ausschließen.

Der Auftragnehmer kann insoweit also die Regelungen der VOB/B für sich optimieren.

### **Was droht dem Auftragnehmer?**

#### **Inhaltskontrolle der Abweichungen**

Entscheidet sich der Auftragnehmer dafür, im Bauvertrag von der VOB/B abzuweichen und für ihn vorteilhafte Regelungen aufzunehmen, sollte dies unbedingt durch einen baurechtlich erfahrenen Rechtsanwalt geschehen. Zum einen wird nur ein erfahrener Rechtsanwalt dazu in der Lage

sein, das vom Auftragnehmer Gewollte tatsächlich in juristisch klare und korrekte Formulierungen umzusetzen. Keinesfalls empfiehlt es sich für den Auftragnehmer, selbst einen solchen Vertrag zu entwickeln und dabei etwa auf andere Vertragsexemplare zurückzugreifen. Denn der juristische Laie kann häufig die Bedeutung und das Zusammenwirken verschiedener Vertragsklauseln nicht einschätzen und etwaige Widersprüche in den Vertragsunterlagen nicht erkennen.

Erstellt der Auftragnehmer selbst einen Bauvertrag oder beauftragt er einen Rechtsanwalt hiermit, so wird es sich bei dem neuen Vertrag in aller Regel um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Denn auch der Anwalt wird – wenn auch mit sachverständiger Kenntnis – dennoch vornehmlich auf bei ihm vorhandene Vertragsmuster zurückgreifen und Klauseln daraus übernehmen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Auftragnehmer selbst den für ihn formulierten Vertrag nur einmal verwenden wird. Entscheidend ist vielmehr, ob derjenige, der die einzelnen Klauseln formuliert, diese wiederholt verwenden möchte. Das dürfte bei einem Rechtsanwalt grundsätzlich der Fall sein.

Sind aber Klauseln zur mehrfachen Verwendung vorformuliert worden, so handelt es sich bei ihnen um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Als solche unterliegen sie der sog. Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht. Danach sind solche Klauseln unwirksam, die den Auftraggeber unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere dort vor, wo von den Grundgedanken des Gesetzes zum Nachteil des Auftraggebers abgewichen wird.

### Beispiel

Im Bauvertrag heißt es, dass der Auftraggeber Ansprüche wegen Mängeln nur geltend machen könne, wenn er diese innerhalb von zwei Wochen nach ihrer Erkennbarkeit schriftlich dem Auftragnehmer angezeigt hat. Diese Regelung ist unwirksam, denn sie führt zu einer unzulässigen Befristung der Mängelrechte des Auftraggebers.

### Privilegierung der VOB/B entfällt bei Abweichungen

Möchte der Auftragnehmer von den Regelungen der VOB/B im Bauvertrag abweichen, so hat dies eine weitere wesentliche Folge: Jede (noch so kleine) Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese insgesamt (also nicht nur in dem geänderten Teil) der sog. Inhaltskontrolle unterliegt. Nur dann, wenn die VOB als Ganzes – ohne jede Änderung – vereinbart wird, steht sie (bildlich gesprochen) unter „Artenschutz“ (sog. Privilegierung der VOB/B). Das bedeutet, dass die einzelnen Regelungen der VOB/B dann nicht der sog. Inhaltskontrolle unterliegen.

Jedwede Abweichung von der VOB/B führt allerdings dazu, dass die Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht eröffnet ist. Heutzutage enthält nahezu jeder Vertrag solche Abweichungen. Eine Abweichung von der VOB/B liegt etwa vor, wenn

- die Preisanpassungsregel bei Mehr- oder Mindermengen keine Anwendung finden soll (§ 2 Abs. 3 VOB/B),
- der Anspruch des Auftraggebers auf Mängelbeseitigung schon vor der Abnahme (§ 4 Abs. 7 VOB/B) ausgeschlossen wird oder
- die Möglichkeit einer Schlusszahlungserklärung (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 bis Nr. 6 VOB/B) ausgeschlossen wird.

Handelt es sich bei dem Auftraggeber um einen Verbraucher, so ist die Inhaltskontrolle der VOB/B **immer** eröffnet. Eine Abweichung von der VOB/B ist dann nicht gesondert erforderlich. Gegenüber Verbrauchern ist die VOB/B also überhaupt nicht mehr privilegiert.

Ist die Inhaltskontrolle eröffnet, dann ist eine Reihe von Regelungen der VOB/B unwirksam. Beispielfhaft sind hier zu nennen: