

# FORDERUNGS- SICHERUNGS- GESETZ

**Kanzlei am  
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE  
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt  
Steinmarkt 12  
93413 Cham

**Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt**

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

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

# Forderungssicherungsgesetz

## - Das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und verbesserter Durchsetzung von Forderungen -

### INHALTSVERZEICHNIS

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>03</b>
<b>2.</b>	<b>Probleme, Maßnahmen</b>	<b>05</b>
<b>3.</b>	<b>Einzelheiten des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG)</b>	<b>07</b>
<b>3.1.</b>	<b>Privilegierung der VOB/B</b>	<b>07</b>
3.1.1.	Bisherige Rechtslage	08
3.1.1.1.	Allgemeines zur Bedeutung des BGB und der VOB/B	08
3.1.1.2.	Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag	09
3.1.1.3.	Einbeziehung der VOB/B	11
3.1.1.3.1.	Rechtsqualität BGB und VOB/B	11
3.1.1.3.2.	Vereinbarung der VOB/B	12
3.1.1.3.3.	Privilegierung der VOB/B	13
3.1.1.3.4.	Entprivilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern	19
<b>3.2.</b>	<b>§ 632a BGB, Abschlagszahlungen</b>	<b>25</b>
3.2.1.	Bisherige Rechtslage	25
3.2.2.	Neue Rechtslage	26
<b>3.3.</b>	<b>§ 641 BGB, Fälligkeit, Leistungsverweigerungsrecht</b>	<b>29</b>
3.3.1.	Bisherige Rechtslage	29
3.3.2.	Neue Rechtslage	30
<b>3.4.</b>	<b>§ 641a BGB, Fertigstellungsbescheinigung</b>	<b>32</b>
<b>3.5.</b>	<b>§ 648a BGB, Bauhandwerkersicherung</b>	<b>32</b>
3.5.1.	Bisherige Rechtslage	33
3.5.2.	Neue Rechtslage	33
<b>3.6.</b>	<b>§ 649 BGB, Kündigung</b>	<b>36</b>
3.6.1.	Bisherige Rechtslage	36
3.6.2.	Neue Rechtslage	36
<b>3.7.</b>	<b>Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG)</b>	<b>37</b>
3.7.1.	Bisherige Rechtslage	38
3.7.2.	Neue Rechtslage	38
<b>4.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>40</b>
	<b>Synopse BGB-Altfassung – BGB-Neufassung</b>	<b>43</b>

## **Forderungssicherungsgesetz**

### **- Das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und verbesserter Durchsetzung von Forderungen -**

#### **1. Einleitung**

Die meisten Unfälle passieren am Schreibtisch. Dies gilt auch für die Gestaltung des Bauvertrags. Weder der Verbraucher als Auftraggeber, wenn er einen Auftragnehmer beauftragt, noch der Auftragnehmer selbst, ist sich über die Risiken der Vertragsgestaltung bewusst.

Die Risiken haben sich auf Seiten des Auftragnehmers zudem noch verschärft, nachdem der BGH mit Urteil vom 24.07.2008, Aktenzeichen: VII ZR 55/07 und aufgrund des in Kürze in Kraft tretenden Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) die so genannte Privilegierung der VOB/B aufgehoben hat.

Diese vorstehend genannten beiden Änderungen verändern die Spielregeln am Bau grundlegend. Dabei muss zusätzlich unterschieden werden, der Zeitpunkt, zu dem die entsprechenden Änderungen wirken.

- BGH, Urteil vom 24.07.2008, Az: VII ZR 55/07: auf alle alten und laufenden Bauverträge
- Forderungssicherungsgesetz: auf zukünftige Bauverträge

Der Gesetzgeber hat mit dem Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) eine Reihe von baurechtlich wichtigen Gesetzesänderungen beschlossen. Am 19. September 2008 passierte es den Bundesrat. Es tritt voraussichtlich (abhängig vom Tag der Verkündung) am 01.01.2009 in Kraft. Die Neufassung des Gesetzes gilt nur für Werkverträge, die nach diesem Tag entstanden sind. Das Gesetz führt zu Veränderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) und einigen Nebengesetzen. Es hat erhebliche Auswirkungen auf die Privilegierung der VOB/B gegenüber dem Vertragspartner, insbesondere dem Verbraucher. Als Folge wird für Auftragnehmer ein Handlungsbedarf bei der Vertragsgestaltung eintreten, die häufig mit Verbrauchern als Auftraggeber zu tun haben.

Das Gesetz verfolgt das Ziel, Auftragnehmern, vor allem in der Baubranche, besser vor Forderungsausfällen abzusichern. Der Gesetzgeber ist sich dabei bewusst, dass sich die Problematik am wirkungsvollsten durch die Kodifizierung eines Bauvertragsrechts erreichen ließe, in dem keine Rücksicht auf das Allgemeine Werkvertragsrecht genommen werden muss.

Das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) ist daher nur ein, wenn auch wichtiger, Zwischenschritt<sup>1</sup>. Das Gesetz ist gegenüber dem ursprünglichen Entwurf nur noch eine „abgespeckte Version“, da neben inhaltlichen Regelungen auch verfahrensrechtliche Regelungen geändert bzw. eingeführt werden sollten. Hinsichtlich der flankierenden Maßnahmen verfahrensrechtlicher Natur (z. B. vorläufige Zahlungsanordnung) wurden massive Bedenken entgegen gebracht, so dass diese Maßnahmen aus dem Gesetzeswerk herausgenommen wurden.

Der Gesetzgeber sieht selbst, dass ein „eigenständiges Bauvertragsrecht“ innerhalb des BGB notwendig ist. Das Werkvertragsrecht regelt die Probleme nur rudimentär und weist erhebliche Lücken auf (z. B. Nachträge, usw.). Die VOB/B ist ein geeignetes Regelwerk am

<sup>1</sup> BT-Drs. 16/9787, S. 19

Bau. Wegen dessen AGB-Natur und Abweichungen vom BGB war sie aber zuletzt stark in der Kritik.

Kritisch anzumerken ist, dass fehlende „Zahlungsmoral“ nicht mit Maßnahmen des Gesetzgebers gelöst werden können. Der Gesetzgeber hat nun, wenn auch nach erheblichem Vorlauf, gehandelt, um dieses Ziel zu erreichen. Dies darf aber den Blick nicht davor verschließen, dass in der Praxis gerade die Zielgruppe, der geholfen werden soll, nämlich den „Handwerkern“, nur unzureichend von gesetzgeberischen Mitteln Gebrauch macht. Dies hat unterschiedliche Gründe:

- Unkenntnis vieler Handwerksbetriebe über bereits bestehende rechtliche Möglichkeiten (z. B. § 648a BGB, Bauhandwerkersicherung). Fortbildung in Baurechtsfragen ist für viele kleinere Betriebe kein Thema. Wer aber seine eigenen Rechte nicht kennt, wird auch bei der besten Gesetzgebung niemals seine Situation verbessern können.  
Kurz: *„Wer die Spielregeln nicht kennt, kann das Spiel nicht spielen bzw. andere wollen nicht mit den Betreffenden spielen“.*
- Kenntnis vieler Handwerksbetriebe über bereits bestehende Regelungen, aber wirtschaftlicher Druck und die Angst vor dem „Liebesentzug“ des Auftraggebers spielen eine entscheidende Rolle. Wer seine Rechte geltend macht, gilt als „Problemfall“ und erhält zumindest keine Folgeaufträge mehr.  
Kurz: *„Man kennt die Spielregeln, hat aber keine „Freunde“ mehr, wenn man nicht nach deren abweichenden Regeln spielt“.*

Es darf daher bezweifelt werden, ob der gut gemeinte Wille des Gesetzgebers das Ziel, die Forderungsausfälle zu vermeiden, erreicht. Plakative Gesetzesüberschriften wie „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ oder nun „Forderungssicherungsgesetz“ ersetzen keinesfalls eine zielführende Gesetzgebung. „Mutter“ vieler Gesetzesüberschriften scheinen bevorstehende Wahlkämpfe zu sein, wobei, ähnlich der Werbebranche, für die „Zielgruppe“ die „Verpackung“ und nicht unbedingt der „Inhalt“ optimiert wird.

Die nachstehenden Ausführungen befassen sich zunächst mit dem Problem und den Maßnahmen, die der Gesetzgeber getroffen hat. Es folgt eine inhaltliche Darstellung der Veränderungen. Die Darstellung schließt mit einer kurzen Zusammenfassung. Angefügt ist eine Synopse zur Gegenüberstellung der alten und neuen Rechtslage.

### **Cham, den 25. Mai 2010 Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl**

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

#### **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. Probleme, Maßnahmen

Das Problem wurde zuvor schon skizziert. Die Baubranche musste in den letzten Jahren Forderungsausfälle in Milliardenhöhe verkraften. Der Gesetzgeber stellte fest, dass auch länger dauernde hohe Außenstände vor allem Unternehmen des Baugewerbes in den neuen Bundesländern in teilweise existenzbedrohende Liquiditätsschwierigkeiten gebracht haben. Als Mitursache wurde neben der unzureichenden betrieblichen Kapitalausstattung auch die strukturelle Schwäche des geltenden Werkvertragsrechts erkannt. Folgende Problemfelder wurden gesehen:

- **§ 632a BGB** läuft ins Leere, da Abschlagszahlungen bisher an einen „in sich abgeschlossenen Teil des Werkes“ gekoppelt waren. Unklarheit herrscht, wann diese Anspruchsvoraussetzung gegeben ist. Einigkeit besteht, dass die Voraussetzung selten bzw. zu spät gegeben ist.
- **§ 641 Abs. 2 BGB** ist untauglich, obwohl die Fälligkeit des Werklohnanspruchs des Nachunternehmers gegenüber den Generalunternehmern von der Zahlung des Bauherrn an den Generalunternehmer abhängig war. In der Praxis hatte der Nachunternehmer aber keine Kenntnis davon, ob gezahlt wurde und wenn ja, auf welchen Teil des Gewerks. Einen gesetzlich geregelten Auskunftsanspruch gab es ebenfalls nicht.
- **§ 648a BGB** ist unzureichend. Vom Leistungsverweigerungsrecht nach einem erfolglosen Sicherungsverlangen wurde von Auftragnehmern kein Gebrauch gemacht, da sie ansonsten von einem „marktdominierenden“ Auftraggeber nicht mehr mit Zusatz- und Folgeaufträgen bedacht werden oder der Vertrag gekündigt wird.
- Die **Privilegierung der VOB/B** war zunehmend Kritik ausgesetzt. Die Reichweite der Privilegierung war seit der Schuldrechtsreform umstritten. Gegenüber Verbrauchern kamen noch europarechtliche Problemstellungen hinzu.
- **Zivilprozesse** dauern im Baurecht sehr lange. Es handelt sich um Prozesse, die häufig eine sachverständige Begutachtung bestimmter Beweisfragen unvermeidbar machen. Hier können schon bis zum Abschluss der I. Instanz mitunter mehrere Jahre vergehen.

Die vorstehend genannten Problemfelder - wenn auch nicht alle - wurden richtig erkannt. Das Forderungssicherungsgesetz versucht hier, Maßnahmen zur Lösung der Probleme zu finden.

Das letzte Problem, die überlange Verfahrensdauer, wurde aus dem Forderungssicherungsgesetz ausgeklammert. Die hier ursprünglich vorgeschlagenen Änderungen der Zivilprozessordnung (ZPO) waren heftiger Kritik ausgesetzt. Es sollte mit der so genannten „vorläufigen Zahlungsanordnung“ ein neues Rechtsinstitut geschaffen werden, die dem Kläger eine Titulierung des Zahlungsanspruchs auf Grundlage einer „fundierte Prognose“ (was immer dies auch sein soll) ermöglichen sollte. Damit sollte einer Verlängerung der Verfahrensdauer durch querulatorische Einwendungen unterbunden werden. Dieses „Institut“ wäre ein Fremdkörper innerhalb der ZPO geworden, weshalb die Zurückstellung zu begrüßen ist. Alternativen wären Reformen an bestehenden Vorschriften mit dem Ziel der Verfahrensbeschleunigung.

Man beschränkte sich daher auf einen Kompromiss, da das gesamte Bündel der Maßnahme nicht mehr in der 16. Wahlperiode mangels entsprechender Mehrheit durchsetzbar gewesen wäre. Der Gesetzgeber hat nun folgende Maßnahmen getroffen:

- **§ 632a BGB** (Abschlagszahlungen) wird geändert und der Anspruch auf Abschlagszahlungen erleichtert
- **§ 641 BGB** (Fälligkeit der Vergütung) wird zu Gunsten des Nachunternehmers verbessert. Die Stellung des Nachunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer wird gestärkt.  
Der (Druckzuschlag) wird reduziert und flexibilisiert.
- **§ 641a BGB** (Fertigstellungsbescheinigung) wird mangels Praxisrelevanz ersatzlos gestrichen.
- **§ 649 BGB** (Kündigung des Auftraggebers) räumt nun zukünftig dem Auftragnehmer eine Vermutung ein, in welcher Höhe ihm auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung eine Vergütung zusteht.
- **§ 648a BGB** (Bauhandwerkersicherung) wird als Anspruch ausgestaltet, wobei dem Sicherungsverlangen Gegenansprüche auf Erfüllung oder Mängelbeseitigung nur noch begrenzt entgegengehalten werden können.
- **Privilegierung der VOB/B** entfällt gegenüber Verbrauchern. Gegenüber Unternehmen oder der öffentlichen Hand wird sie gesetzlich klargestellt, sofern die VOB/B insgesamt einbezogen wird.
- Das **Bauforderungssicherungsgesetz** (BauFordSiG) wird modernisiert. Für die Ansprüche aus der zweckwidrigen Verwendung von Baugeld wird eine Beweislastumkehr eingeführt. Die Buchführungspflicht in Bezug auf das Baubuch entfällt.

**HINWEIS:**

Die Maßnahmen zeigen, dass nicht die VOB/B geändert wurde, sondern das BGB und einige Nebengesetze. Bereits die Aufzählung belegt, dass sich die „Spielregeln“ am Bau verändern und das Verhalten der am Bau Beteiligten aufgrund der Neuregelungen Rechnung getragen werden muss.

### 3. Einzelheiten des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG)

Nachfolgend werden die einzelnen geänderten Bestimmungen kurz erläutert und deren praktische Folgen skizziert. Der jeweiligen Änderung vorangestellt ist der Gesetzestext nach der neuen Rechtslage. Dabei sind die Änderungen kursiv hervorgehoben. Der Vorschrift folgen meist eine kurze Darstellung der bisherigen Rechtslage, welcher die neue Rechtslage gegenübergestellt wird.

#### 3.1. Privilegierung der VOB/B

Die Bestimmungen der §§ 308 ff. BGB wurden wie folgt geändert:

##### § 308 BGB — Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam

5. (Fingierte Erklärungen) eine Bestimmung, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass
- a) dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt ist und
  - b) der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. (...)

##### § 309 BGB — Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

8. b)  
ff.) „Erleichterung (Erleichterung der Verjährung) die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 erleichtert oder in den sonstigen Fällen eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird. (...)

##### § 310 BGB — Anwendungsbereich

(1) <sup>1</sup>§ 305 Abs. 2 und 3 und die §§ 308 und 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden. <sup>2</sup>§ 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§ 308 und 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.

*In den Fällen des Satzes 1 findet § 307 Abs. 1 und 2 auf Verträge, in die die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist, in Bezug auf eine Inhaltskontrolle einzelner Bestimmungen keine Anwendung.*

### 3.1.1. Bisherige Rechtslage

Der BGH hat mit Urteil vom 24.07.2008, Az: VII ZR 55/07 entschieden, dass die Regelungen der VOB/B der Inhaltskontrolle gemäß § 307 ff. BGB auch dann unterliegen, wenn sie in einem Vertrag zwischen einem Auftragnehmer (Verwender) und einem Verbraucher (Auftraggeber) insgesamt, d. h. ohne jegliche Abweichung, einbezogen ist. Dieses Urteil gilt bereits jetzt und hat Einfluss auf alte als auch die laufenden Bauverträge. Mit diesem Urteil hat der BGH jedenfalls für Verbraucher die Neuregelung des Forderungssicherungsgesetzes, wie sie vorstehend in der geänderten Fassung wiedergegeben wird, bereits vorweggenommen.

Folge des BGH-Urteils als auch des Forderungssicherungsgesetzes ist es, dass der Auftragnehmer gegenüber einem Verbraucher gut beraten ist, wirksame eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen zu entwickeln und zum Gegenstand des Bauvertrages zu machen. Die bloße Vereinbarung der VOB/B wird zu Rechtsnachteilen führen. Die bloße Gesetzeslage nach BGB, ohne Vereinbarung der VOB/B, zeigt gleichfalls Lücken und Nachteile.

Diese Problematik führt zu einer Verunsicherung am Bau, gerade beim Auftragnehmer. Das Verständnis der Auswirkung wird erschwert, da es sich bei diesen Fragen teilweise um sehr abstrakte Probleme handelt, die ein Grundlagenwissen im Recht, nicht nur im Baurecht, erfordern.

Da diese Änderungen erhebliche praktische Auswirkungen haben wird, soll hier die bisherige Rechtslage einschließlich der Grundlagen vertieft erörtert werden. Nur auf diese Weise ist der nun entstehende Handlungsbedarf nachvollziehbar.

#### 3.1.1.1. Allgemeines zur Bedeutung des BGB und der VOB/B

Es gibt grundsätzlich zwei Möglichkeiten beim Abschluss eines Vertrages am Bau, sei es Neuerrichtung eines Hauses oder nur eine Reparatur:

Den Abschluss eines **BGB-Bauvertrages** oder eines so genannten **VOB/B-Bauvertrages**.

„BGB“ steht für das Bürgerliche Gesetzbuch.

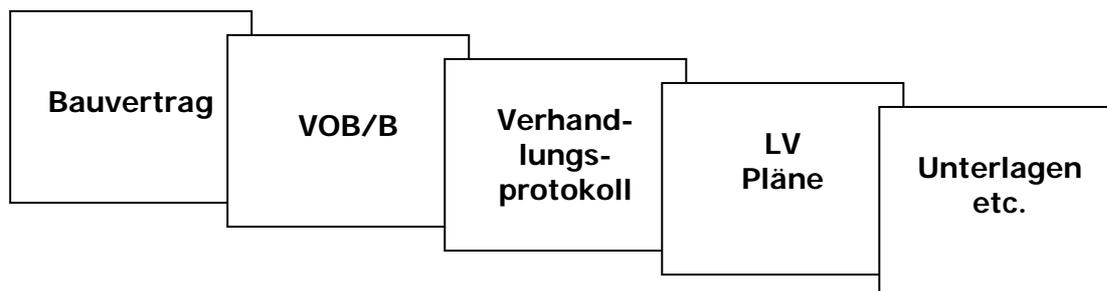
„VOB/B“ steht für die Vertragsordnung Bau Teil B.

Die am Bau Beteiligten müssen die Bedeutung der Unterscheidung zwischen den Grundtypen eines BGB- und eines VOB/B-Vertrages kennen. Je nachdem, welcher Vertragstyp vorliegt, gelten andere Spielregeln für die Abwicklung von Streitfällen am Bau. Gerade der Bereich Nachträge und Umgang mit Mängeln am Bau ist im BGB und der VOB/B teilweise grundlegend unterschiedlich geregelt. Es verwundert daher in der Baupraxis nicht, dass viele Baubeteiligte auf das „falsche Gleis“ gelangen und ein Ziel ansteuern, das gar nicht erreicht werden kann. BGB und VOB/B haben Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede.

Gerade „Techniker“ bzw. Laien neigen dazu, sich mit dem Vertragsrecht nicht zu beschäftigen. Ein einfacher aber stets missachteter Grundsatz lautet:

**Den Vertrag ganz lesen, einschließlich seiner Bestandteile.**

Häufig werden am Bau, gerade bei kleineren Aufträgen, gar keine schriftlichen Verträge geschlossen, sondern lediglich mündliche Vereinbarungen. Auch dies sind Verträge. Manchmal existiert nur ein Angebot, das später häufig verändert wird. Letzteres wird nicht schriftlich dokumentiert mit allen damit verbundenen Risiken. Am Bau gibt es aber auch sehr komplexe Verträge, die mehrere hundert Seiten umfassen können. Häufig ist folgende **Struktur** anzutreffen.



Mit dieser Struktur sind gerade Laien, insbesondere der Verbraucher, überfordert. Aber auch Auftragnehmer, die sich mit rechtlichen Problemen nicht befassen, sind schnell überfordert.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen helfen, die Fehlerquellen zu begreifen und Risiken zu minimieren.

### 3.1.1.2. Unterschiede BGB-Bauvertrag und VOB/B-Bauvertrag

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag, der im Gesetz in den §§ 631 ff. BGB geregelt ist. Das Werkvertragsrecht des BGB regelt alle Arten von Werkverträgen, also beispielsweise auch für Schuhreparaturen, Tierzucht, Schlüsseldienst, usw. Zwangsläufig ist das Werkvertragsrecht des BGB nicht speziell auf die Erfordernisse einer Bauleistung ausgerichtet. Deshalb gibt es daneben die VOB/B, die auf die Besonderheiten von Bauleistungen zugeschnitten ist. Diese ändert bzw. ergänzt die gesetzlichen Regelungen des BGB.

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

Die Unterscheidung zwischen „**BGB-Bauvertrag**“ und „**VOB/B-Bauvertrag**“ ist eine grundlegende Weichenstellung im privaten Baurecht.<sup>2</sup>

Bereiche (Beispiele)	BGB	VOB/B
<b>Vergütung (Nachträge)</b>	--	- Massenabweichungen - Anordnungen des AG - Bauzeitverzögerung
<b>Abnahme</b>	- Teilabnahme bei gesonderter Vereinbarung - Abnahmefiktion nur bei Fristsetzung	- Teilabnahme bei in sich abgeschlossenen Teilen - Abnahmefiktion bei Fertigstellungsmitteilung / Inbenutzungsabnahme
<b>Abschlagsrechnung</b> <b>NEU</b> <sup>3</sup>	In sich abgeschlossene Teile des Werkes <i>Nachgewiesener Wertzuwachs</i>	Nachgewiesene vertragsgemäße Leistung
<b>Fälligkeit der Zahlung</b> <b>NEU</b>	Mit Rechnungszugang <i>Durchgriffsfälligkeit</i>	- nach 18 Werktagen bei Abschlagsrechnungen - nach 2 Monaten bei Schlussrechnungen
<b>Verjährung</b> <b>NEU</b>	5 Jahre	4 Jahre <i>5 Jahre Verbraucher</i>

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.

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

<sup>2</sup> Sprachlich werden bereits andere Begriffe für die Vertragsparteien verwendet. Das BGB spricht vom Besteller/Unternehmer, die VOB/B vom Auftraggeber/Auftragnehmer. Im Folgenden wird nur von Auftraggeber und Auftragnehmer gesprochen. Auf den Begriff „Bauherr“ wird verzichtet, da dieser insbesondere bei „Vertragsketten“ (z.B. Nachunternehmer) unpassend ist.

<sup>3</sup> NEU bedeutet, dass in diesen Bereichen durch das FoSiG Änderungen im BGB erfolgt sind, die Auswirkungen beim BGB und der VOB/B haben.

### 3.1.1.3. Einbeziehung der VOB/B

#### 3.1.1.3.1. Rechtsqualität BGB und VOB/B

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.

Bei der VOB/B handelt es sich **nicht um ein Gesetz**, sondern um **standardisierte Vertragsbedingungen**, eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB), die ihre Rechte und Pflichten der am Bauvertrag Beteiligten regeln. Ist die VOB/B wirksam in den Bauvertrag einbezogen, verdrängen/ergänzen ihre Regelungen die werkvertraglichen Normen.

Hilfreich ist folgende Darstellung:

BGB		VOB/B
Regelungen im BGB	Regelungen im BGB und in VOB/B	Regelungen in VOB/B
Keine Aussage in VOB/B z. B. - Vertretung - Bauhandwerkersicherung = Geltung immer	- Identität Regelung z. B. - Kündigung, freie - Mangelbegriff - Abweichung Regelung z. B. - Verjährung - Abnahme - Abschlagszahlung - Verzug	Keine Aussage in BGB z. B. - Massenänderungen - Behinderung = Geltung bei Vereinbarung + Wirksamkeit

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

Bei der VOB/B handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>4</sup>, die entsprechend §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 BGB<sup>5</sup> in den Bauvertrag mit einbezogen werden müssen!

<sup>4</sup> Im Folgenden nur noch mit AGB abgekürzt.

<sup>5</sup> Vor der Schuldrechtsreform nach §§ 2, 24 S.1 ABGB

**MERKE:**

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

Im Rahmen eines VOB/B-Vertrages sind **zwei Problemkreise** strikt voneinander zu trennen.

Einerseits ist zu klären, ob die VOB/B im Vertrag wirksam vereinbart wurde. Andererseits ist zu klären, ob die vereinbarte VOB/B in vollem Umfang gilt, trotz ihrer Vereinbarung. Letzteres ist die Problematik der „Privilegierung der VOB/B“.

**3.1.1.3.2. Vereinbarung der VOB/B**

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

Einbeziehung der VOB/B bedeutet mehr als die bloße Vereinbarung der 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.

Es genügt daher nicht für die Geltung der VOB/B:

- der Satz: Es gilt die VOB/B als vereinbart
- der Hinweis, auf Wunsch könne der Text der VOB/B dem Bauherrn kostenlos zur Verfügung gestellt werden<sup>6</sup>
- Nachlieferung der VOB/B in Textform nach Vertragsabschluss
- Aufdruck der VOB/B auf Lieferscheinen oder Rechnungen.

Es ist in all diesen Fällen notwendig, dass dem Vertragspartner die VOB/B 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 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.

<sup>6</sup> Tempel NZBau 2003, 465 und Werner/Pastor Rn 1009

**MERKE:**

1. Die VOB/B muss dem Vertragspartner **bei** Vertragsabschluss **ausgehändigt** werden! Deshalb sollte der Text der VOB/B dem Bauvertrag **nachweisbar** beigefügt werden.  
**Ausnahme** vom Grundsatz der Aushändigung der VOB/B:
  - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt gegenüber Unternehmern bzw. im Baubereich Bewanderten<sup>7</sup>
  - Hinweis auf Geltung der VOB/B genügt, wenn der Vertragspartner fachmännisch, z.B. durch einen Architekten bei Vertragsabschluss vertreten wird<sup>8</sup>.
2. Ist die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, so sind die Regelungen der VOB/B unanwendbar. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien die VOB/B vereinbaren wollten und in einem späteren Prozess die jeweiligen Anwälte die VOB/B als unstreitig zugrunde legen<sup>9</sup>. Dieser „Vereinbarungsfehler“ kann nur durch eine nachträglich nachgeholte Vereinbarung der VOB/B zwischen den Parteien geheilt werden.

**3.1.1.3.3. Privilegierung der VOB/B**

Die VOB/B wurde bislang „privilegiert“, d. h. von einer AGB-Kontrolle jeder einzelnen Bestimmung der VOB/B wurde Abstand genommen, wenn die VOB/B „als Ganzes“ bzw. „insgesamt“ vereinbart wurde.

Dieses Privileg beruht darauf, dass die VOB/B ein „ausgewogenes Regelwerk“ für die Auftraggeber- und Auftragnehmerseite darstellt.

Die so genannte „Privilegierung“ der VOB/B gegenüber anderen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hatte zur Folge, dass die Gerichte einzelne unangemessene Regelungen der VOB/B nicht anhand des Gesetzes überprüft haben.

Diese Privilegierung der VOB/B ist in die Kritik geraten. Dies deshalb, weil:

- Abweichungen von der VOB/B in der Baupraxis die Regeln sind,
- Verbraucher nicht im DVA, der die VOB/B herausgibt, vertreten sind und europarechtliche Bedenken bestehen.

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>10</sup>, führt nun sogar **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. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Abweichung selbst wirksam ist oder ob es sich um eine Individualvereinbarung handelt. Unwirksame Regelungen, wie nach § 307 BGB unwirksame Vertragsklauseln, können die VOB/B abändern<sup>11</sup>. Selbst die VOB/B abändernden Individualvereinbarungen können die Inhaltskontrolle auslösen<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> u.a. BGH BauR 1999, 1186; BauR 1983, 161; BauR 1994, 617; BauR 1991, 328; OLG Hamm BauR 1989, 480

<sup>8</sup> OLG Hamm, NJW-RR 1991, 277

<sup>9</sup> BGH BauR 1999, 1294, 1295

<sup>10</sup> BGH IBR 2004, 179, übt Selbstkritik an der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Es wird eingeräumt, dass keine klaren Abgrenzungskriterien entwickelt wurden, wann in den Kerngehalt eingegriffen wurde. Um den Vertragsparteien eine verlässliche Prognose zu ermöglichen, soll im Interesse der Rechtssicherheit jede auch nur geringfügige Änderung der VOB/B zum Wegfall des Privilegs führen!

<sup>11</sup> BGH BauR 1995, 234

<sup>12</sup> Kniffka/Köble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 55, 3. Auflage 2008

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

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

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

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

Die VOB/B ist 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.

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

**HINWEIS:**

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

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

Diese sehr schwierigen Rechtsfragen sollen anhand von einigen Beispielen erläutert werden<sup>13</sup>.

**Beispiel 1:**

Der Auftragnehmer verwendet gegenüber dem Verbraucher ein Bauvertragsformular, nach dessen Inhalt die VOB/B nachrangig nach seinen abgedruckten Geschäftsbedingungen gelten soll. In diesen Geschäftsbedingungen ist geregelt, dass zusätzliche Leistungen nur mit einem Aufschlag von 20 % auf die Preise erbracht werden. 4 ½ Jahre nach der Abnahme wird er auf Gewährleistung wegen eines Mangels in Anspruch genommen. Er verteidigt sich mit der Einrede der Verjährung, weil die VOB/B eine 4-jährige Verjährungsfrist vorsieht.

**LÖSUNG:**

Diese Einrede hat keinen Erfolg. Die VOB/B ist zwar vereinbart, jedoch nicht insgesamt. Die Vergütungsregelung zu den zusätzlichen Leistungen weicht von § 2 Abs. 6 Nr. 2 VOB/B ab. Maßgebliche Grundlage für die Bildung des Nachtragspreises ist danach die Urkalkulation. Damit ist die Inhaltskontrolle der gesamten VOB/B zu Lasten des Auftragnehmers eröffnet.

§ 13 Abs. 4 VOB/B hält bezüglich der 4-jährigen Gewährleistungsfrist der Inhaltskontrolle nicht stand; denn es gilt das Klauselverbot des § 309 Nr. 8b) und ff) BGB. Es gilt deshalb die 5-jährige Gewährleistungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

<sup>13</sup> Beispiele gemäß Kniffka/Köble, Kompendium des Baurechts, 3. Teil, Rn. 57, 3. Auflage 2008

**Beispiel 2:**

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

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

**LÖSUNG:**

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

**Beispiel 3:**

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

**LÖSUNG:**

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

**Beispiel 4:**

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

**LÖSUNG:**

Höchst umstritten. Die Frage, ob der Auftraggeber die VOB/B abändert, wenn er statt der Regelfrist eine 5-jährige Frist vorsieht, ist strittig. Die Oberlandesgerichte haben zur früher erheblichen Frage, ob ein Eingriff in den Kernbereich vorliege, unterschiedlich entschieden. Eine Entscheidung des BGH steht noch aus<sup>14</sup>.

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

Bis vor kurzem galt, wer die VOB/B uneingeschränkt vereinbaren möchte, musste jegliche Abweichung vermeiden.

Diese Rechtssituation ist durch die Rechtsprechung des BGH vom 24.07.2008<sup>15</sup> und dem Forderungssicherungsgesetz im Bereich gegenüber dem Verbraucher neu zu beurteilen.

<sup>14</sup> Ausdrücklich offen gelassen in BGH, BauR 1989, 322

<sup>15</sup> BGH IBR 2008, 557

**MERKE:**

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

Folge ist allein, dass dann die VOB/B nicht als ganzes vereinbart ist und jede einzelne VOB/B-Klausel **des Verwenders** gesondert darauf überprüft werden muss, ob sie auch bei isolierter Betrachtungsweise den Regelungen der §§ 305 ff. BGB entspricht.

Bereits nach bisheriger Rechtslage ist es umstritten, was überhaupt Abweichungen von der VOB/B sind. Klar ist, dass, wenn vom Wortlaut abgewichen wird, eine Veränderung auf der Hand liegt. Die vorstehend genannten Beispiele belegen aber auch, dass im Bereich der Verjährungsfrist einiges höchst umstritten ist. Nachfolgende Aufstellung soll aufzeigen, dass die VOB/B selbst teilweise keine Regelung trifft bzw. ausdrücklich an andere Regelungen anknüpft.

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

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

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

**MERKE:**

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

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

**Achtung:**

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

Auf der Basis der bisherigen **Rechtsprechung** kann bei einer isolierten Inhaltskontrolle von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit nachfolgender VOB/B-Regelungen ausgegangen werden:

VOB/B-Regelung	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
§ 1 Abs. 4 Satz 1 Zusätzliche Leistungen	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 <sup>16</sup>
§ 2 Abs. 5 Satz 1 Mehrvergütung bei Leistungsänderung	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 <sup>17</sup>
§ 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 Ankündigungspflicht Mehrvergütungsanspruch	AG	ja	BGH v. 23.05.1996 – VII ZR 245/94 <sup>18</sup> (nach einschränkender Auslegung)
§ 2 Abs. 8 Vergütung von Leistungen ohne Auftrag	AG	nein (ja)	BGH v. 31.01.1991 – VII ZR 291/88 <sup>19</sup> zu der bis 1996 geltenden Fassung (seit der Einfügung des § 2 Nr. 8 Abs. 3 wohl wirksam)
§ 10 Abs. 2 Nr. 2 Alleinhaftung des AN	AG	ja	BGH v. 17.12.1998 – VII ZR 243/97 <sup>20</sup> (nach einschränkender Auslegung)
§ 12 Abs. 5 Abnahmefiktionen	AN	nein	OLG Hamm v. 09.12.1994 – 12 U 41/94 <sup>21</sup>
§ 13 Abs. 4 Verjährungsfrist	AN	nein (nein)	BGH v. 08.03.1984 – VII ZR 349/82 <sup>22</sup> (Die Verlängerung auf vier Jahre dürfte im Ergebnis nichts ändern) <sup>23</sup>
§ 13 Abs. 5 Quasi-Unterbrechung	AG	Ja	OLG Celle, Urteil vom 05.09.2007 – 7 U 26/07 <sup>24</sup> OLG Naumburg, Urteil vom 27.04.2006 – 2 U 138/05 <sup>25</sup>
§ 16 Abs. 3 Nr. 2-5 Schlusszahlungseinwand	AG	nein	BGH v. 19.03.1998 – VII ZR 116/97 <sup>26</sup>
§ 16 Abs. 6 Zahlung an Nachunternehmer	AG	nein (ja)	BGH v. 21.06.1990 – VII ZR 109/98 <sup>27</sup> (seit der Neufassung in der VOB 2002 wohl wirksam)
§ 18 Abs. 1	AG	ja	OLG Oldenburg v. 24.04.1996 – 2 U

<sup>16</sup> BGH BauR 1996, 378

<sup>17</sup> BGH BauR 1996, 378

<sup>18</sup> BGH BauR 1996, 542

<sup>19</sup> BGH BauR 1991, 1663

<sup>20</sup> BGH BauR 1999, 414

<sup>21</sup> OLG Hamm, IBR 1995, 293

<sup>22</sup> BGH BauR 1984, 390

<sup>23</sup> *Weyer* in Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, VOB/B § 13 Rn 10; wohl auch *Kniffka*, IBR-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 11.6.2004, vor § 631, Rn 35; a.A. *Locher* in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 15. Aufl., Anhang 1, Rz 102

<sup>24</sup> IBR 2007, 610

<sup>25</sup> OLG Naumburg IBR 2006, 550; a.A.: noch Vorinstanz LG Halle, Urteil vom 29.11.2005, Az: 12 O 49/05 IBR 2006, 1512

<sup>26</sup> BGH BauR 1998, 614

<sup>27</sup> BGH BauR 1990, 727

VOB/B-Regelung	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
Gerichtsstand			49/96 <sup>28</sup>
§ 18 Abs. 3 Schiedsgutachten	AG	ja	OLG Celle v. 26.01.1995 – 4 U 48/94 <sup>29</sup>
§ 18 Abs. 4 keine Arbeitseinstellung	AG	ja	BGH v. 25.01.1996 – VII ZR 233/94 <sup>30</sup> (nach einschränkender Auslegung)

Auf der Basis der **Literatur** kann bei einer isolierten Inhaltskontrolle von der Unwirksamkeit nachfolgender VOB/B-Regelungen ausgegangen werden:

VOB/B-Regelung	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
§ 2 Abs. 7 Nr. 1 Satz 2 Anpassung der Pauschalver- gütung bei Unzumutbarkeit	AG/AN	nein	Entgegen § 313 Abs. 3 BGB keinerlei Möglichkeit der Lösung vom Vertrag
§ 4 Abs. 7 Satz 3 Ersatzvornahme erst nach erfolgloser Fristsetzung und Auftragsentziehung	AN	nein	Fristsetzung und Auftragsentziehung als einengende Voraussetzungen
§ 4 Abs. 7 Satz 3 Auftragsentziehung bei ver- säumter Nachbesserung von Mängeln	AG	nein	Selbst unwesentliche Mängel können zum Auftragsverlust führen
§ 6 Abs. 6 Ersatz des entgangenen Gewinns nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit	AG/AN	nein	Unangemessen bei Verletzung wesentli- cher Vertragspflichten
§ 7 Gefahrtragung vor Abnahme	AN	nein	§ 644 BGB lässt die Gefahr grundsätzlich erst mit der Abnahme auf den AG über- gehen
§ 12 Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 Förmliche Abnahme auf Verlangen	AG	nein	Verlangen des AG höhlt die Abnahmefik- tion des § 640 Abs. 1 BGB aus
§ 13 Ausschluss des Rücktritts- rechts	AG/AN	nein	In der VOB/B nicht ausdrücklich enthal- ten; § 634 Abs. 3 BGB erlaubt einen Rücktritt bei nicht unerheblichen Män- geln, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB bei nicht unerheblichen Pflichtverletzungen
§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 3 Verjährungsfrist für Mängel- beseitigungsleistungen	AN	nein	Verkürzt die fünfjährige Frist nach § 212 i.V.m. § 634a BGB, falls in der Mängelbe- seitigungsleistung ein Anerkenntnis liegt
§ 13 Abs. 6 Beschränkungen des An- spruchs auf Minderung	AN	nein	Keine Beschränkungen in § 634 Abs. 1 Satz 3 und § 638 BGB
§ 13 Nr. 7 Abs. 1,2 (bis VOB 2000) bzw. § 13 Nr. 7 Abs. 3 (VOB 2002) Einschränkungen von Scha- densersatzansprüchen	AN	nein	Abweichung von § 635 BGB, der diese Einschränkungen nicht kennt
§ 15 Abs. 3 Satz 5 Anerkenntnis von Stunden-	AN	nein	Erklärungsfiktion ohne vorherigen geson- derten Hinweis

<sup>28</sup> OLG Oldenburg, OLG-Report Oldenburg 1996, 169 = NJW-RR 1996, 1486

<sup>29</sup> OLG Celle, BauR 1995, 556

<sup>30</sup> BGH BauR 1996, 378

VOB/B-Regelung	Verwender	Wirksamkeit	Anmerkung
lohnzetteln bei fehlender oder verspäteter Rückgabe			
§ 16 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 Fälligkeit der Schlusszahlung zwei Monate nach Zugang der Rechnung	AG	nein	Gemäß § 641 Abs. 1 BGB tritt Fälligkeit sofort ein, 30 Tage nach Rechnungszugang sogar Verzug, § 286 Abs. 3 BGB
§ 16 Abs. 5 Nr. 3 Verzug erst nach Ablauf einer Nachfrist	AG	nein	§ 286 Abs. 3 BGB lässt Verzug ohne weitere Fristsetzung eintreten
§ 17 Abs. 8 Nr. 2 Rückgabe einer Sicherheit für Mängelansprüche bereits nach zwei Jahren, sofern nicht anders vereinbart	AN	nein	Pflicht zur Rückgabe der Sicherheit vor Verjährung der besicherten Ansprüche ist überraschend

Die vorstehenden Tabellen zeigen, dass sowohl AG-freundliche als auch AN-freundliche Regelungen der VOB/B problematisch bzw. sogar unwirksam sind. Dies führt dazu, dass bei unbewussten Abweichungen von der VOB/B dem **Verwender im Einzelfall** Nachteile drohen.

### 3.1.1.3.4. Entprivilegierung der VOB/B gegenüber Verbrauchern

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>31</sup> sind nun die einzelnen Klauseln der VOB/B bei einer Verwendung **gegenüber** Verbrauchern stets einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen. Die auf richterliche Rechtsfortbildung gegründete Privilegierung der VOB/B sei – so der BGH jetzt – bei Verwendung gegenüber Verbrauchern nicht gerechtfertigt. Maßgebend für diese Beurteilung war, dass die Verbraucher nicht Mitglieder im DVA sind, der die VOB/B herausgibt. Dort sind nur Vertreter der Auftraggeber und Auftragnehmer zugegen. Eine Entscheidung zu den beanstandeten Klauseln der VOB/B selbst hat der BGH nicht getroffen. Insoweit sei eine umfassende Würdigung vorzunehmen, in die insbesondere die typischen Interessen der Vertragsparteien und die Anschauung der beteiligten Verkehrskreise einzubeziehen ist.

Die Begriffe Unternehmer und Verbraucher sind im BGB definiert:

#### *§ 13 Verbraucher*

*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.*

#### *§ 14 Unternehmer*

*(1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.*

*(2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen.*

<sup>31</sup> BGH IBR 2008, 557

**MERKE:**

Die Verwendung der VOB/B **gegenüber (!) Verbrauchern** führt damit auch **ohne** Abweichung nun zur isolierten Inhaltskontrolle der VOB/B, d. h. jede Bestimmung der VOB/B wird zu Lasten des Verwenders (Auftragnehmer) an den §§ 305 ff. BGB geprüft. Dies bedeutet, dass eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B gegenüber dem Verbraucher nicht gelten. Diese Rechtsprechung gilt bereits jetzt für alte und laufende Verträge, auch vor in Kraft treten des Forderungssicherungsgesetzes.

Die Frage, welche Bestimmungen gegenüber Verbrauchern wirksam oder unwirksam sind, ist eine äußerst schwierige Frage und auch nicht höchstrichterlich abschließend geklärt. Dabei ist zu beachten, dass für Fälle vor Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes die §§ 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B (fiktive Abnahme) und § 13 Abs. 4 VOB/B (Verkürzung der Mängelhaftung) durch die ausdrückliche gesetzliche Regelung in den §§ 308 Nr. 5, 309 Nr. 8b), ff) BGB privilegiert sind, sofern keine Abweichung von der VOB/B vorliegt.

Eine Inhaltskontrolle kommt gemäß § 307 BGB in solchen Fällen nicht in Betracht.

Diese quasi „Restprivilegierung“ kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, entfällt mit dem Forderungssicherungsgesetz für die dann geschlossenen Bauverträge.

**HINWEIS:**

Diese Rechtsprechung ändert die Privilegierung bei Verwendung **gegenüber**:

- **Verbrauchern:**  
Aufhebung der Privilegierung
- **Unternehmern / Öffentliche Hand**  
Klarstellung der Privilegierung

Die Verwendung der VOB/B **gegenüber** Verbrauchern führt damit auch **ohne** Abweichung zur isolierten Inhaltskontrolle der VOB/B, d. h. jede Bestimmung der VOB/B wird zu Lasten des Verwenders an den §§ 305 ff. BGB geprüft. Geschützt sind bei bestehenden Bauverträgen ohne Abweichung von der VOB/B bis zum Inkrafttreten des FoSiG nur § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B und § 13 Abs. 4 VOB/B. Dies bedeutet, dass eine Reihe von Bestimmungen der VOB/B gegenüber dem Verbraucher nicht gelten.

Diese Rechtsprechung des BGH nimmt lediglich die Änderungen des Forderungssicherungsgesetzes vorweg.

Die VOB/B ist ein äußerst wichtiges Regelwerk am Bau. Die VOB/B ist den praktischen Bedürfnissen am Bau angepasst und unterscheidet sich teilweise erheblich vom BGB. Besondere Bedeutung hat die VOB/B deshalb, weil auch zahlreiche Lücken des Werkvertragsrechts in den §§ 631 ff. BGB geschlossen werden. Das BGB ist nicht bauspezifisch und regelt Komplexe wie Abschlagszahlungen, Nachträge, Bedenkenhinweise, etc. unzureichend bzw. gar nicht.

Die VOB/B ist in der Vergangenheit in starke Kritik geraten. Ein Teil der Probleme sind „hausgemacht“, da im Rahmen der Schuldrechtsreform Veränderungen vorgenommen wurden, die mehr Fragen als Antworten aufgeworfen haben. Das Forderungssicherungsgesetz versucht, diese „handwerklichen“ Fehler teilweise zu korrigieren.

Die Veränderungen im BGB erscheinen zunächst gering. Die Ergänzungen in § 310 BGB hat allerdings „Sprengkraft“, da damit auch gesetzlich festgeschrieben ist, was bislang nur be-

.....