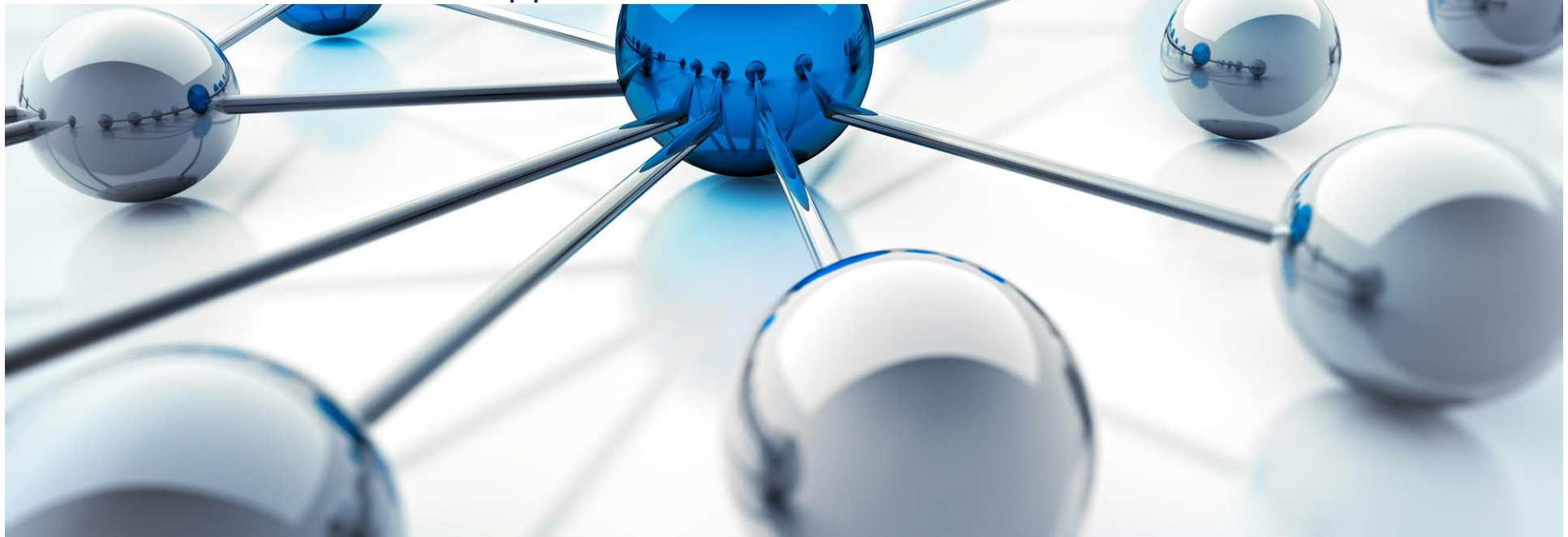


Abweichungen von der VOB/B - Möglichkeiten und Risiken

Vortrag im Rahmen von W2K aktuell –
Update Vergaberecht 2022, 29.03.2022
Rechtsanwalt Joel Stumpp




1. Einleitung
2. Privilegierung der VOB/B im Rahmen der AGB-Kontrolle
3. Abweichung von der VOB/B
4. Weitere Regelungsmöglichkeiten und Risiken im VOB/B-Bauvertrag
5. Fazit

Fall:

Die Stadt S möchte ein neues Schwimmbad bauen lassen. Sie führt eine öffentliche Ausschreibung durch und schließt einen Bauvertrag mit dem Bauunternehmer B ab. Im Vertrag wird die Geltung der VOB/B vereinbart. Daneben treffen S und B folgende Vereinbarungen:

- Der AN leistet eine Sicherheit in Form einer Bürgschaft (...)
- Die Abnahme der Bauleistungen erfolgt förmlich
- Die Vertragsstrafe für die Überschreitung des Fertigstellungstermins beträgt (...)
- Die Verjährungsfrist für Bauwerke beträgt 5 Jahre
- Der AG hat die Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf der Verjährungsfrist zurückzugeben

Weg zur VOB/B

- Öfftl. AG und Vergabe von Bauaufträgen
- 
- VOB/A bzw. VOB/A EU: Verpflichtende Vorgabe der VOB/B in den Vergabeunterlagen
 - VOB/B= Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
 - Ausgehandelt vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss
- Anwendungsbereich der VOB/A bzw. VOB/A EU

1. Einleitung
2. Privilegierung der VOB/B im Rahmen der AGB-Kontrolle
3. Abweichung von der VOB/B
4. Weitere Regelungsmöglichkeiten und Risiken im VOB/B-Bauvertrag
5. Fazit

- VOB/B = Allgemeine Geschäftsbedingungen
- AGB's unterliegen grundsätzlich einer vollständigen Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB
- VOB/B ist aber AGB-rechtlich im Ganzen privilegiert, obwohl einzelne Bestimmungen im Rahmen einer AGB-Kontrolle unwirksam wären
- Anknüpfungspunkt für Privilegierung: § 310 Abs. 1 S. 3 BGB
- -> Inhaltskontrolle der einzelnen Bestimmungen der VOB/B findet nicht statt, wenn diese in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen ist

- VOB/B ist ein zwischen der öffentlichen Hand und der Bauwirtschaft ausgehandeltes Vertragswerk
- Weicht zum Teil zulasten der Auftraggeber, zum Teil zu Lasten der Auftragnehmer ab
- Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (seit 1982): „VOB/B ist kein Vertragswerk zulasten einer Seite, sondern ein Regelwerk mit einem im Ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen.“
- Früher: Privilegierung (+), wenn VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen wird
- Seit 2004: Privilegierung (-), wenn auch nur eine geringfügige inhaltliche Abweichung von der VOB/B vorliegt
- BGH hat noch nicht eindeutig festgestellt, was unter einer „inhaltlichen Abweichung“ zu verstehen ist!

Abweichung (durch AGB oder individualvertraglich) = volle Inhaltskontrolle sämtlicher Bestimmungen der VOB/B!

- Inhaltskontrolle immer nur zu Gunsten der anderen Partei, nie zu Gunsten des Verwenders
- Möglicherweise Unwirksamkeit vieler Bestimmungen der VOB/B wegen unangemessener Benachteiligung -> Rechtsunsicherheit
- Rechte und Pflichten der Vertragspartner unklar -> Schwebezustand

1. Einleitung
2. Privilegierung der VOB/B im Rahmen der AGB-Kontrolle
3. Abweichung von der VOB/B
4. Weitere Regelungsmöglichkeiten und Risiken im VOB/B-Bauvertrag
5. Fazit

Eingangsfall

Die Stadt S möchte ein neues Schwimmbad bauen lassen. Sie führt eine öffentliche Ausschreibung durch und schließt einen Bauvertrag mit dem Bauunternehmer B ab. Im Vertrag wird die Geltung der VOB/B vereinbart. Daneben treffen S und B folgende Vereinbarungen:

- Der AN leistet eine Sicherheit in Form einer Bürgschaft (...)
- Die Abnahme der Bauleistungen erfolgt förmlich
- Die Vertragsstrafe für die Überschreitung des Fertigstellungstermins beträgt (...)
- Die Verjährungsfrist für Bauwerke beträgt 5 Jahre
- Der AG hat die Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf der Verjährungsfrist zurückzugeben

1. Konstellation: Fall einer eindeutigen Abweichung

- Der AN leistet eine Sicherheit in Form einer Bürgschaft (...)
- § 13 Abs. 3 VOB/B gibt dem AN ein Wahlrecht, in welcher Form er die Sicherheit leisten will
- -> Dieses Wahlrecht wird durch die Vereinbarung ausgeschlossen
- -> Schädliche Abweichung!

2. Konstellation: Abweichung im Rahmen der Ausübung eines Wahlrechts

- Die Abnahme der Bauleistungen erfolgt förmlich
- § 12 Abs. 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B: „Eine förmliche Abnahme hat stattzufinden, wenn eine Vertragspartei es verlangt.“
- Nach der VOB/B mögliche stillschweigende oder fiktive Abnahme wird von vornherein ausgeschlossen.
- -> Nach überwiegender Ansicht schädliche Abweichung!

3. Konstellation: Öffnungsklauseln (Vereinbarungsvorbehalt)

- Die Vertragsstrafe für die Überschreitung des Fertigstellungstermins beträgt (...)
- § 11 Abs. 1 VOB/B: „Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten...“
- Zulässig, da VOB/B die Vereinbarung einer Vertragsstrafe ausdrücklich vorsieht
- Außerdem regelt die VOB/B den Inhalt von Vertragsstrafen nicht
- -> Daher nach ganz überwiegender Meinung keine Abweichung

4. Konstellation: Öffnungsklauseln (Abweichungsvorbehalt)

- Die Verjährungsfrist für Bauwerke beträgt 5 Jahre
- § 13 Abs. 4 Nr. 1 S. 1 VOB/B: „Ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke 4 Jahre ...“
- VOB/B sieht Abweichungsmöglichkeit vor
- Aber nach überwiegender Auffassung schädliche Abweichung, wenn eine andere als in der VOB/B genannte Verjährungsfrist vereinbart wird!
- Der AG hat die Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf der Verjährungsfrist zurückzugeben
- § 17 Abs. 8 Nr. 2 S. 1 VOB/B: „Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist.“
- Schädliche Abweichung!

Meinungsstand zu Abweichungsvorbehalten

- Mindermeinung: Abweichung (-)
 - VOB/B selbst sieht Abweichung im Rahmen der Öffnungsklausel vor
 - Mit der Existenz der Öffnungsklausel haben die Verfasser der VOB/B zum Ausdruck gebracht, dass der Interessenausgleich durch die Abweichung nicht gestört werde
- Überwiegender Teil der Rechtsprechung und Literatur: Abweichung (+)
 - Bei Gebrauch von Öffnungsklauseln Veränderung des Regelungsgehalts und des Interessenausgleichs
 - Eine Partei kann das vertragliche Gleichgewicht zulasten einer anderen Partei massiv verschieben
 - Extrembeispiel: Vereinbarung einer Verjährungsfrist von 25 Jahren
- Im Ergebnis: Gebrauch von Abweichungsvorbehalten führt zum Entfall der Privilegierung

Sinnvolle Abweichung trotz fehlender Privilegierung der VOB/B?

- Abweichung von VOB/B im Rahmen besonderer Vereinbarung nach § 8a VOB/A bzw. § 8a VOB/A EU in Ausnahmefällen möglich, wenn Abweichung in VOB/B vorgesehen
 - > Abweichung im Rahmen von Öffnungsklauseln also möglich
 - > Besonders interessant für längere Verjährungsfrist
- Abwägung der Vorteile durch längere Verjährungsfrist und Nachteile durch Entfall der Privilegierung der VOB/B
- Begründung erforderlich, um gegenüber der GPA eine Abweichung von der VOB/B zu rechtfertigen
- -> Einzelfallentscheidung
- -> Keine Pauschale Beurteilung möglich

1. Einleitung
2. Privilegierung der VOB/B im Rahmen der AGB-Kontrolle
3. Abweichung von der VOB/B
4. Weitere Regelungsmöglichkeiten und Risiken im VOB/B-Bauvertrag
5. Fazit

Vereinbarung einer Vertragsstrafe

- Zulässig für
 - die Überschreitung des Fertigstellungstermins
 - die Überschreitung eines Zwischentermins
 - Wichtig:
 - Eindeutige Formulierung (Problem z.B. pro „Tag“)
 - Stets maximale Begrenzung der Vertragsstrafe angeben! (z.B. 5%)
 - Anrechnung der Vertragsstrafe auf Überschreitung späterer Fristen
- > Ansonsten droht Unwirksamkeit der Vereinbarung

Vereinbarung einer Sicherheitsleistung

- Art der Sicherheitsleistung -> § 17 Abs. 2 VOB/B gibt den Rahmen vor: Sicherheitseinbehalt, Hinterlegung, Bürgschaft
- Wichtig: AN hat Wahl unter den verschiedenen Sicherheiten
- Höhe der Sicherheitsleistung:
- Sicherheitseinbehalt für Vertragserfüllung bzw. Vertragserfüllungsbürgschaft: 10 % der Bruttoauftragssumme bei privaten AG und 5 % der Bruttoauftragssumme bei öfftl. AG dürften zulässig sein
- Sicherheitseinbehalt für Mängelansprüche bzw. Mängelgewährleistungsbürgschaft: 5 % bei privaten AG und 3 % bei öfftl. AG dürften zulässig sein

Vereinbarung von Pauschalen für Bauwasser, Baustrom, Bauwesenversicherung und Baustellenreinigung bzw. Bauschuttbeseitigung

- Bauwasser/Baustrom: zulässig, aber der pauschale Abzug muss jedenfalls abstrakt an einen Benutzung gekoppelt sein
- Bauwesenversicherung: pauschaler Abzug zulässig, sofern AN keine eigene Versicherung abschließt
- Pauschale für Baustellenreinigung bzw. Bauschuttbeseitigung ist nach der Rechtsprechung unzulässig!
 - Grund: AN hat das Recht, selbst Baustelle auf eigene Kosten zu reinigen bzw. Bauschutt zu beseitigen. Dieses Recht wird durch pauschalen Abzug genommen!

1. Einleitung
2. Privilegierung der VOB/B im Rahmen der AGB-Kontrolle
3. Abweichung von der VOB/B
4. Weitere Regelungsmöglichkeiten und Risiken im VOB/B-Bauvertrag
5. Fazit

- VOB/B = Allgemeine Geschäftsbedingungen, die wegen Ausgewogenheit im Ganzen keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle in Bezug auf einzelne Bestimmungen unterliegen
- Vorsicht insbesondere bei einem Wahlrecht bzw. einer Abweichungsmöglichkeit von der VOB/B
- Abweichung führt in der Regel zum Entfall der Privilegierung
- Abweichung zulässig, aber Abwägung der Vor- und Nachteile
- Vereinbarung von Vertragsstrafen, Sicherungsmittel und Pauschalen der Höhe nach begrenzt zulässig

W2K – die Kanzlei für Infrastrukturrecht



Wurster Weiß Kupfer Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Kaiser-Joseph-Straße 247 | 79098 Freiburg
Tel. 0761 / 211 149-0 | freiburg@w2k.de
www.w2k.de

Charlottenstraße 21b | 70182 Stuttgart
Tel. 0711 / 248 546-0 | stuttgart@w2k.de
www.w2k.de

1. Nachweise zu Abweichungen
2. Nachweise zu weiteren Regelungen

Nachweise zum Thema Abweichungen

- 1. Qualifizierung als AGB: BGH NJW 1983, 816; NJW 2004, 1597; BGHZ 178,1; BGH Urt. vom 24.07.2008 – VII ZR 55/07, BauR 2008, 1603; Leupertz/von Wietersheim in: Leupertz/von Wietersheim, Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 20. Auflage 2017, Einleitung Rn. 56; von Rintelen in Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A und B, 7. Auflage 2020, Einleitung VOB/B Rn. 45
- 2. BGH erstmals zur Privilegierung aufgrund der Ausgewogenheit: BGH, Urteil vom 16. Dezember 1982 – VII ZR 92/82 –, BGHZ 86, 135-143, Rn. 27ff.
- 3. BGH Abkehr von bisheriger Rechtsprechung hin zu strengem Maßstab: BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 – VII ZR 419/02 –, juris Rn. 11

Nachweise zum Thema Abweichungen

- 4. Gesetzesbegründung noch zu § 308 Nr. 5 BGB (damals noch Teilprivilegierung der VOB/B) und zur alten Rechtsprechung: BT-Drucksache 14/6040, S. 154

„Zugleich wird die Ausnahme konkreter formuliert, indem diese nunmehr voraussetzt, dass die VOB/B insgesamt in den Vertrag einbezogen ist. Damit wird der gefestigten Rechtsprechungspraxis Rechnung getragen, die das Eingreifen der im bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG zugunsten der VOB geregelten Ausnahmen davon abhängig macht, dass die VOB/B insgesamt, das heißt ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen worden ist. Diese Rechtsprechung soll nunmehr – ohne inhaltliche Änderung – im Gesetzeswortlaut seine Entsprechung finden.“

Ansonsten keine weitere relevante Gesetzesbegründung: BT-Drucks. 16/9787 S. 18 zu Art. 1 Nr. 1b und 1c schweigt zur Frage, wann eine inhaltliche Abweichung vorliegt ebenso wie BT- Drucksache 18/8486, S. 42 zu § 650c Absatz 4 BGB-E

Nachweise zum Thema Abweichungen

- 5. Rechtsprechung, die Abweichung bei Verlangen einer förmlichen Abnahme annimmt: OLG Brandenburg Urt. v. 24.4.2008 – 12 U 189/07, IBRRS 2008, 2326; OLG Hamm, Urteil vom 17. Juli 2008 – 21 U 145/05 –, juris Rn. 6; KG Berlin, Urteil vom 10. Januar 2017 – 21 U 14/16 –, juris Rn. 42

Nachweise zum Thema Abweichungen

- 6. Obergerichtliche Rechtsprechung, die eine Abweichung bei Vereinbarung einer abweichenden Regelverjährungsfrist annimmt: OLG München, Urteil vom 25. Januar 1994 – 13 U 5798/93 –, juris (Orientierungssatz); OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Dezember 1988 – 9 U 205/88 –, juris (Orientierungssatz); OLG Frankfurt, Urteil vom 27. Juni 2005 – 16 U 196/04 –, juris Rn. 35; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. April 2006 – 2 U 138/05 –, juris Rn. 21f.; OLG Hamm, Urteil vom 17. Juli 2008 – 21 U 145/05 –, juris Rn. 136.
- 7. Obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur, die trotz abweichender Regelverjährungsfrist Abweichung ablehnt: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 08. November 2007 – 12 U 30/07 –, juris Rn. 8, Langen in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/B Teile A und B, 7. Auflage 2020, VOB/B § 13 Rn. 250; ähnlich Werner in: Werner/Pastor, der Bauprozess, 17. Auflage 2020, Kapitel 5, Rn. 1205.

Nachweise zu weiteren Regelungen

- 8. Zur Höhe der Sicherheitsleistung: BGH, Urteil vom 20. März 2014 – VII ZR 248/13 –, BGHZ 200, 326-337 Rn. 20; BGH, Urteil vom 13. November 2003 – VII ZR 57/02 –, BGHZ 157, 29-33; Grüneberg in: Palandt, BGB, 80. Auflage 2021, § 307 Rn.76; Voit in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, § 17 VOB/B Rn. 4; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 17. Auflage 2020, Rn. 1587, 1589; Hänsel in: Ziekow/Völlink/Goede, 4. Auflage 2020, VOB/A-EU § 9cEU Rn. 7; Jousen in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Auflage 2017, § 9c VOB/A Rn. 14.
- 9. Pauschaler Abzug von Kosten für Bauwasser und Baustrom bei Kopplung an Inanspruchnahme zulässig: BGH, Urteil vom 10. Juni 1999 – VII ZR 365/98 –, Rn. 12 - 17, juris.
- 10. Pauschaler Abzug für Bauwesenversicherung zulässig: OLG Karlsruhe, Urteil vom 08. März 1994 – 8 U 46/93 –, juris und BGH, Urteil vom 06. Juli 2000 – VII ZR 73/00 –, juris Rn. 9ff.

Nachweise zu weiteren Regelungen

- 11. Pauschale für Bauschuttbeseitigung und Baustellenreinigung unzulässig: OLG Köln, Urteil vom 08. Juli 2015 – 11 U 170/13 –, juris Rn. 106 und BGH, Urteil vom 06. Juli 2000 – VII ZR 73/00 –, juris Rn. 17 ff.