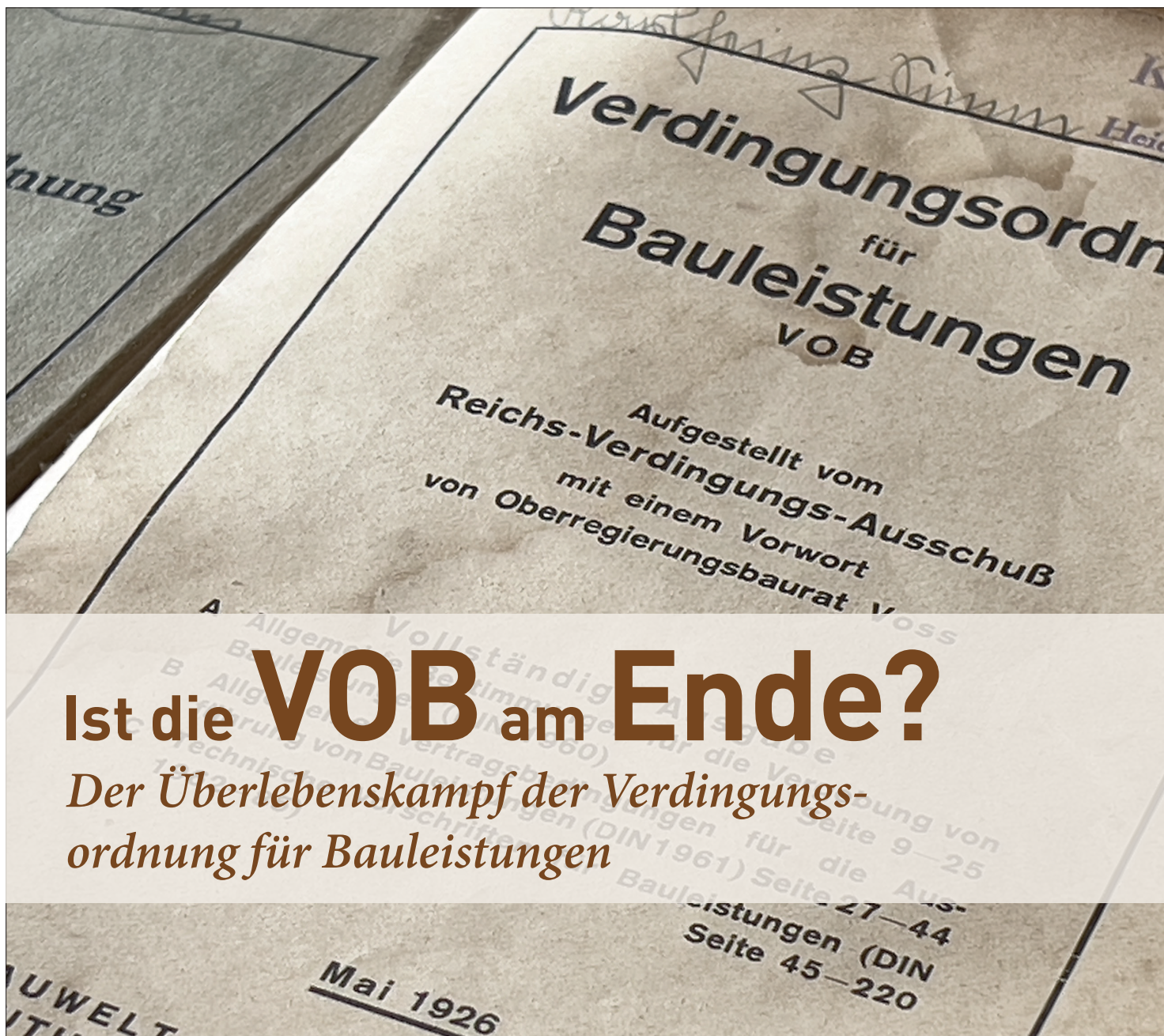


LEGAL WHITEPAPER

Bauvertragsrecht



Ist die **VOB** am **Ende**?

Der Überlebenskampf der Verdingungsordnung für Bauleistungen

INHALT

- I. Rückblick: Die Ursprünge der VOB/B
- II. Analyse: Das demokratische Defizit der VOB/B
- III. Auswirkungen: Totgesagte leben länger



KOENEN
bauanwälte.de

I. Rückblick

Die Ursprünge der „Verdingungsordnung für Bauleistungen“

Zur Entstehung der Illusion von der VOB/B als „überall gültiges“ Regelwerk

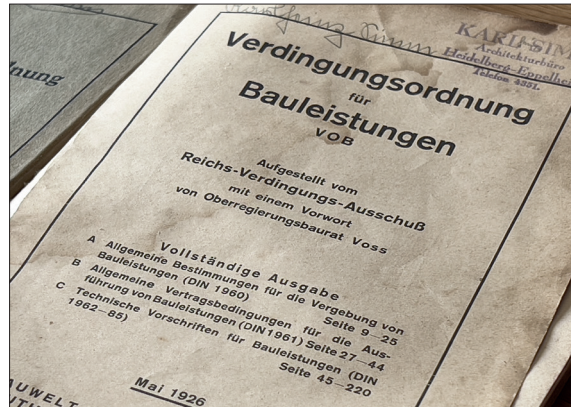
Für viele Baubeteiligte gilt die VOB/B als ein „überall gültiges“ Regelwerk. Ohne Grund, wie der Bundesgerichtshof in den vergangenen Jahrzehnten mehrfach betont hat. Denn bei der VOB/B handelt es sich um sog. Allgemeine Geschäftsbedingungen, d.h. um ein Regelwerk, bei dem die Hürden für deren Geltung hoch sind. So muss die VOB/B zunächst einmal wirksam zwischen den Vertragspartnern einbezogen werden, und die Regelungen dürfen weder intransparent sein noch den Vertragspartner des Verwenders der VOB/B unangemessen benachteiligen. Genau dies aber ist bei zahlreichen Regelungen der VOB/B der Fall, vor allem nach Inkrafttreten des Bauvertragsgesetzes zum 01.01.2018. Folge eines Verstoßes gegen das AGB-Recht: die Klauseln der VOB sind unwirksam.

Die VOB/B als „überall gültiges“ Regelwerk

Wie ungewöhnlich die Einschätzung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als „überall gültiges“ Regelwerk ist, zeigt ein Blick in andere Rechtsgebiete, in denen den beteiligten Verkehrskreisen durchaus bewusst ist, dass die von einem Verwender vorgegebenen Klauseln kein zwingendes Recht sind. Dass dies am Bau bisweilen anders eingeschätzt wird und dort nach wie vor die Auffassung anzutreffen ist, dass die VOB/B in jedem Fall gelten würde, ist zwar nicht näher untersucht worden, dürfte aber mit folgenden Gesichtspunkten zusammenhängen:

Zum einen dürfte es eine Rolle spielen, dass öffentliche Auftraggeber nach wie vor aus vergaberrechtlichen Gründen gehalten sind, die VOB/B einzubeziehen. Dies erklärt nicht, warum die VOB/B bei nicht-öffentlichen Auftraggebern regelmäßig in den Vertrag einbezogen wird. Hier dürfte das Verständnis der VOB/B als allgemein gültiges Gesetz auf die Ausbildung von Handwerkern und Bauingenieuren zurückzuführen sein, in der VOB/B eine zentrale Rolle spielte und ein kodifiziertes Bauvertragsrecht nicht existierte (das BauVG ist erst zum 01.01.2018 in Kraft getreten).

Nicht unterschätzt werden sollte der Einfluss der von den Bauherren beauftragten Planer, die den Umgang mit der VOB/B – mit ihrem Selbstverständnis



Seit fast 100 Jahren – seit ihrer Erstveröffentlichung im Mai 1926 – eine Selbstverständlichkeit am Bau: Die VOB/B als scheinbar „überall gültiges“ Regelwerk.

als „operative Rechtsberater“ ihrer Bauherren¹ – in den letzten Jahrzehnten maßgeblich geprägt haben, zumal in den von diesen verwendeten Mustern (z.B. des Bauwelt-Verlages; s.u.) Regelungen enthalten waren, wonach die „Bauleistungen ... durch den Architekten im Namen und Auftrag des Auftraggebers vergeben“ werden sollten und der Architekt die „Arbeits- und Lieferbedingungen“ jeweils nach den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) „festzusetzen“ hatte.²

Letztere sind in den Fokus der Justiz geraten. Architekten und Ingenieuren hat der BGH kürzlich ins Stammbuch geschrieben, dass diese keine Rechtsberatung erbringen und vor allem keine Vertragsklauseln gestalten dürfen.³ Im Ergebnis gehört dazu das Verbot, Regelungen der VOB/B auszulegen, was zukünftig insbesondere im Hinblick auf die Frage nach der Prüfung der Berechtigung von Nachträgen durch Architekten und Ingenieure von erheblicher Bedeutung ist.⁴

¹ Vgl. hierzu das Interview mit Ekkehard Scholz, geschäftsführender Gesellschafter der ITS Ingenieur-Technik Scholz GmbH, Essen vom 13.02.2024 (podcast.lawyer) sowie die Kurzfassung des Interviews unter www.koenen.video („Der neue Sonderfachmann Recht“).

² Vgl. Weibier, *Bauvergabe und Bauverträge*. Bautechnischer Kommentar, 3. Aufl., Bauwelt Verlag 1953 S. 12.

³ BGH, Urteil vom 09.11.2023 – VII ZR 190/22.

⁴ Vgl. hierzu OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.03.2023 – 21 U 69/21 –; abrufbar unter: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/>

Ungeachtet der Tatsache, dass es sich bei der VOB/B um ausdrücklich einzubeziehende Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, nehmen zahlreiche Baubeteiligte an, dass die VOB/B bei jedem Bauvertrag Anwendung findet, jedenfalls dann, wenn die VOB/B an irgendeiner Stelle im Vertrag erwähnt ist. Dass dem nicht ist, darauf haben Literatur und Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten vergeblich hingewiesen.

Die VOB/B im NS-Staat

Dieser „Glaube“ an die generelle Geltung der VOB/B ist so alt wie dieses Regelwerk selbst, fast 100 Jahre. Dies lässt sich dem ersten (bisher bekannt gewordenen) „Kommentar“ zur VOB/B aus dem Jahr 1938 entnehmen, in dem darauf hingewiesen wird, dass die VOB/B seit dem 6. Mai 1926 alle Angelegenheiten am Bau „überall gültig“ regeln würde, und zwar „im Geiste der Abwägung zwischen der verantwortungsvollen Leistung und ihrer angemessenen Vergütung“. Die VOB/B habe, so heißt es zur Begründung, der „früheren Verschiedenheit und Unausgeglichenheit ein Ende gemacht“. Durch diesen Kommentar würde, so ließ der selbstbewusste Verfasser dieses Kommentars im Jahre 1938 seine Leser wissen, an die Stelle von „Orakeln“ die „Genugtuung über das Erkennen des wahren Inhalts der Vorschriften“ treten.⁵

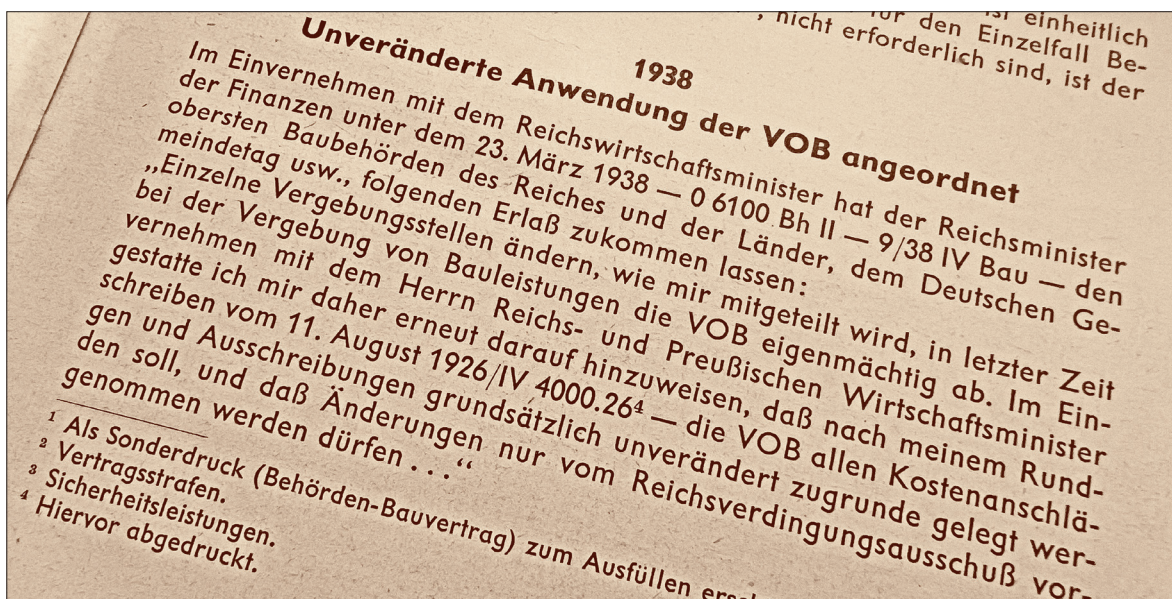
document/LARE24000207/part/L; sowie OLG Köln, Urteil vom 16.04.2021 - 19 U 56/20; BGH, Beschluss vom 15.03.2023 - VII ZR 449/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).
5 Vorwort zur 1. Aufl. 1938, in: Weilbier, *Bauvergabe und Bauver-*

Wie man den Vorbemerkungen „Die VOB überall Vertragsgrundlage“ entnehmen konnte, hatten in den ersten Jahren einige Vergabestellen zunächst daran gezweifelt, dass es sich bei dieser VOB um zwingendes Recht handeln würde und die VOB, so die Formulierung bei Weilbier, „eigenmächtig“ abgeändert. Diese vom Reichsverdingungsausschuss ungewollten Tendenzen nahmen damals (1938) Reichswirtschaftsminister und Reichsfinanzminister zum Anlass, im Erlasswege gegenüber den Baubeteiligten klarzustellen, dass die VOB bei sämtlichen Ausschreibungen nicht nur „grundsätzlich unverändert“ zu Grunde gelegt werden müsse. Änderungen dürften *ausschließlich* vom Reichsverdingungsausschuss selbst vorgenommen werden.⁶

Hintergründe der Entstehung der VOB/B

Dass es überhaupt zu einer Verabschiedung eines bauvertraglichen Regelwerks zu Beginn der Weimarer Republik kommen konnte, ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der Reichstag den Antrag auf eine *reichsgesetzliche* Regelung des im liberalen Geist des 19. Jahrhunderts entstandenen Verdingungswesens zuvor mit großer Mehrheit abgelehnt hatte, woraufhin – unter der geschäftsführenden Leitung des Reichsfinanzministeriums – ein ehrenamtlicher Sachverständigenausschuss eingesetzt worden war, der eine eigenständige „Verdingungsordnung“ schaffen sollte.

träge. Bautechnischer Kommentar, 3. Aufl., Bauwelt Verlag 1953.
6 Vgl. a.a.O., S. 11.



Während im Einführungserlass von 1926 noch davon die Rede war, dass die VOB lediglich „grundsätzlich unverändert“ zugrunde zu legen sei - es also durch Ausnahmen geben könne -, ging die NS-Regierung noch einen Schritt weiter und legte fest, dass Änderungen *ausschließlich* vom Reichsverdingungsausschuss selbst vorgenommen werden dürften. Die Hintergründe sind ebensowenig erforscht wie die Geschichte des RVA insgesamt.
Aus: Weilbier, *Bauvergabe und Bauverträge. Bautechnischer Kommentar, 3. Aufl., Bauwelt Verlag 1953, S. 11.*

Das Reichsjustizministerium war bei der Schaffung der VOB kaum beteiligt, was damit zusammen hing, dass die VOB als das „Werk von Baufachleuten“ eingestuft worden war. Dementsprechend war bei der Entstehung der VOB nach heutigem Erkenntnisstand kein einziger Jurist beteiligt. Dem entsprach, dass sich der erste heute bekannte VOB-Kommentar aus dem Jahre 1938 als ein „bautechnischer Kommentar“ bezeichnete, der für sich beanspruchte, im Rahmen der darin ausführlich dargelegten „Vertragsauslegung“ den „wahren Inhalt der Vorschriften“ erkannt zu haben.⁷

Gemäß der Einstufung als „bautechnisches“ Regelungswerk wurde die VOB/B als *technische* Norm (DIN 1961) und in dem Kommentar aus dem Jahre 1938 vermeintlich nur „Tagesfragen der Baupraxis“ abgehandelt. Mit der Betonung des „bautechnischen“ bzw. baupraktischen Regelungsgehalts der VOB/B, die sich wie ein roter Faden durch die gesamte Geschichte der VOB/B zieht, sollte ein Gegengewicht zu den generell-abstrakt formulierten Normen des BGB geschaffen werden, deren Auslegung nach einem weit verbreitetem Verständnis Juristen vorbehalten ist. Da aber „Baufachleute“ Adressat der VOB/B seien, müsse der Inhalt möglichst konkret ausgestaltet sein, so die Leitgedanken der ersten VOB. Es ging zum einen um Verständlichkeit der einzelnen VOB-Regelungen, zum anderen um die Deutungshoheit, die den Juristen entzogen werden sollte, die sich mit Fragen

⁷ A.a.O., S. 7.

des (als eigenständiges Rechtsgebiet nicht existenten) Baurechts kaum beschäftigten.

Anwendbarkeit der VOB/B, weil „gewerbeüblich“

Den hinter der VOB stehenden „Bautechniker“ war durchaus bewusst, dass die VOB/B nur dann anwendbar ist, wenn diese „ausdrücklich vereinbart“ worden war.⁸ Im Falle eines Rechtsstreits sei die VOB/B dennoch „zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten“ heranzuziehen, „weil sowohl die Normen als auch die VOB unter Mitwirkung aller beteiligten Wirtschafts-, Behörden- und Auftraggeberkreise entstanden sind“.⁹ Denn: Bei Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten aus Bauverträgen seien diese „Vorschriften“ in Ermangelung anderer Vereinbarungen meist als „gewerbeüblich“ zugrunde zu legen, was von der Rechtsprechung „allgemein anerkannt“ sei.¹⁰

Ähnliche Argumentationsmuster wurden bis ins 21. Jahrhundert verwendet, die darauf hinausliefen, dass die VOB/B - wie das bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen erforderlich ist - nicht ausdrücklich einbezogen werden mussten. Diese waren nicht nur die Überlieferung traditioneller „bautechnischer“ Ausbildungsinhalte, sondern auch auf Stimmen in der Literatur und Rechtsprechung zurückzuführen, die erst in den letzten beiden Jahrzehnten die Reich-

⁸ A.a.O., S. 211.

⁹ Ebd.

¹⁰ A.a.O., S. 216.

Verpflichtung der Architekten auf die VOB

In dem Muster für einen Architektenvertrag (Bauwelt-Verlag), der dem Verhältnis zwischen Bauherrn und Architekten zugrunde gelegt wird, sagt § 5: „Die Bauleistungen werden durch den Architekten im Namen und Auftrag des Auftraggebers vergeben. Die Arbeits- und Lieferbedingungen setzt der Architekt nach den Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) fest. Die Auswahl der Unternehmer für die Ausführung des Bauwerks und die Entscheidung über die Vergabe treffen Architekt und Auftraggeber gemeinsam.“

Das Bauhandwerk zur VOB

Die im Zentralverband des Deutschen Baugewerbes vereinigten Betriebe erachten auf dem Baugewerbetag 1952 für vordringlich: „Uneingeschränkte Anwendung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) unter Beachtung einer größtmöglichen Breitenstreuung der Aufträge. Regelung eines gesunden Wettbewerbs bei Bauausschreibungen durch Ausschaltung von Angeboten, deren Preise in offenbarem Mißverhältnis zur geforderten Leistung stehen.“

Die Bauindustrie für Verbindlichkeit der VOB

In einer Denkschrift vom September 1952 verlangt der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie: „Allgemeinverbindlichkeit der Verdingungsordnung für Bauleistungen VOB...“

Die Zeit nach dem 2. Weltkrieg: Ein System „gegenseitiger“ Verpflichtungserklärungen. Architekten, Bauhandwerk und Bauindustrie sind sich einig. Die VOB/B soll allgemein verbindlich sein. Aus: Weilbier, Bauvergabe und Bauverträge. Bautechnischer Kommentar, 3. Aufl., Bauwelt Verlag 1953, S. 12.

weite der Folgen der Einstufung der VOB/B als AGB erkannt hat.¹¹

Fazit

Die Geschichte der VOB/B ist nicht geschrieben. Deren Anfänge liegen weitestgehend im Dunkeln.¹² Die ersten Publikationen zur VOB/B in den 1920er und 1930er Jahren zeigen aber, wie sich die „bautechnischen“ Protagonisten der VOB/B darum bemüht haben, einen auf „Baupraktiker“ bezogenen Gegenentwurf zum abstrakt formulierten BGB zu schaffen. Nachdem der Reichstag auf eine bauvertragliche Kodifizierung verzichtet hatte (vgl. hierzu die weiteren Details unter II.), war der Weg frei für eine an den liberalen Strukturen des 19. Jahrhunderts

¹¹ In diesem Zusammenhang seien die Versuche in der Literatur erwähnt, die VOB/B wegen ihres besonderen Entstehungsprozesses als „Vertragsordnung ‚sui generis‘ mit Tarifvertragscharakter“ einzu-stufen; so Leupertz, Zur Rechtsnatur der VOB - Die Bestimmungen der VOB/B ‚als Ganzes‘ sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in: Kapellmann, K.D.; Vygen, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht 2004, Werner Verlag 2004, S. 43-70; sein Kollege H. Pauly stufte die VOB/B ebenfalls als „Regelungswerk ‚sui generis‘“ ein, was allerdings ebenso wenig Anklang gefunden hat; vgl. H. Pauly, Zum Verhältnis von VOB/B und AGBG, in: BauR 1996, 328. – Mit ähnlichen Argumenten haben sich Sieburg (Zum AGB-Charakter der VOB/B und deren Privilegierung durch das AGB-Gesetz, in: BauR 1993, 9), Schmidt (Zur Anwendung der VOB/B, in: DNotZ, 462), Jagenburg (Der Einfluss des AGB-Gesetzes auf das private Baurecht, in: BauR 1977, Sonderheft 1, S. 1, 3 ff.) und Nicklisch (Rechtsprobleme bei der Gestaltung von Bauverträgen, in: BB 1974, Beilage 10 zu Heft 27, 1 f.) der VOB/B eine über „einfache“ AGB hinausgehende Bedeutung beimessen wollen.

¹² Zur Entstehung der VOB/B vgl. Koenen, a.a.O., sowie Schubert, in: Pastor (Hrsg.), Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geb., Düsseldorf 1986, S. 389 ff.; Nicklisch/Weick, in: Nicklisch/Weick, Teil B, 3. Aufl. 2001, S. 14 ff.; Leupertz/von Wietersheim, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, 20. Aufl. 2017, S. 3 ff.; zur weiteren Entwicklung vgl. auch Sundermeier, Gestaltungsvorschläge einer ‚Neuen Vertragsordnung‘ für Bauleistungen, Diss., Dortmund 2009, bes. S. 56 ff. (Schleppende Modernisierung der VOB/B-Bestimmungen). – eine ingenieurökonomische Analyse des VOB/B-Bauvertragsrechts -

orientierte „Verdingungsordnung“, die von „Bautechnikern“ konzipiert und durch die Ausgestaltung des Reichsverdingungsausschusses (RVA)¹³ mit einem Schutzmechanismus versehen war, der letztlich dazu geführt hat, dass die VOB/B fast 100 Jahre lang nahezu unverändert bestehen bleiben konnte.

Die Anfänge der VOB/B machen aber verständlich, warum die Diskussion um die vermeintlich anwenderfreundliche und praxistaugliche VOB/B zugleich eine solche zwischen Bautechnikern und Baujuristen ist, und zwar um die Deutungshoheit baurechtlicher Rahmenbedingungen. Es erklärt zudem, warum das im vergangen Jahr vom BGH eingeläutete Ende der Architekten und Ingenieure als „operative Rechtsberater“ der Bauherren auf Seiten der Ingenieure nicht nur auf Zustimmung und Erleichterung gestoßen ist.

Abschließend wird man konstatieren können, dass die Juristen die Bedeutung der Schaffung eines Reichsverdingungsausschusses für die weitere Entwicklung des Bauvertragsrechts in einem der wichtigsten Wirtschaftszweige verkannt haben. Den Schöpfern der „Verdingungsordnung für Bauleistungen“ ist es – insbesondere durch die Ausgestaltung des Reichsverdingungsausschusses – gelungen, einen Schutzmechanismus, einen „Hüter“ der VOB/B, zu schaffen, der erst in dem Moment an seine Grenze gelangte, als der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zu Beginn des 21. Jahrhunderts das demokratische Defizit der VOB/B erkannte und die bauvertragliche Gestaltungshoheit an sich gerissen hat.

¹³ An den Arbeiten des Reichsverdingungsausschusses waren in erster Linie die Vertreter der in Frage kommenden Reichsressorts beteiligt, der Länderregierungen, des Deutschen Städtetages, des Reichsverbundes der Deutschen Industrie – Fachgruppe Bauindustrie, des Reichsverbundes des Deutschen Handwerks, der Arbeitnehmer-Gewerkschaften, des Verbandes der Deutschen Architekten und Ingenieurvereine und des Bundes Deutscher Architekten (vgl. Vorwort, a.a.O.).

II. Analyse

Das demokratische Defizit der VOB/B

Die „Verdingungsordnung“ als Folge eines gesetzgeberischen Gestaltungsverzichts

Die Entstehung der VOB ist lange her. Dessen ungeachtet wird dieses Regelungswerk bei sämtlichen öffentlichen Ausschreibungen unverändert zu Grunde gelegt (wozu öffentliche Auftraggeber aus vergaberrechtlichen Gründen sogar verpflichtet sind), obwohl sich die (verfassungs-)rechtliche Situation gegenüber dem Jahre 1938 – nicht nur in puncto VOB – deutlich geändert hat. Denn während der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Schaffung des Bürger-

lichen Gesetzbuches und zwanzig Jahre später, zu Beginn der Weimarer Republik, bewusst darauf verzichtet hatte, sich in die Einzelheiten der Gestaltung von Bauverträgen einzumischen – Voraussetzung dafür, dass das Regelwerk der VOB/B bis heute den meisten Bauverträgen zu Grunde gelegt wird –, hat der Gesetzgeber mit dem ab dem 01.01.2018 geltenden Bauvertragsrecht erstmals Vorgaben gemacht, an deren Leitbildern sich jedes bauvertragliche Regel-

werk zukünftig zu orientieren hat.

Ungeachtet dessen beschäftigt sich jede(r) Handwerker(in) mit der VOB/B und wird nach wie vor darin ausgebildet, diese anzuwenden und auszulegen. Ohne den Einfluss der Handwerkskammern, die bis heute an der VOB/B festhalten, wäre deren Einfluss nicht denkbar. In der Ausbildung lernen Handwerker:innen die VOB/B als auftragnehmer- bzw. handwerkerfreundlich kennen, während man sich dort mit dem rechtlichen „Beiwerk“ abstrakter gesetzlicher Regelungen nur am Rande beschäftigt.

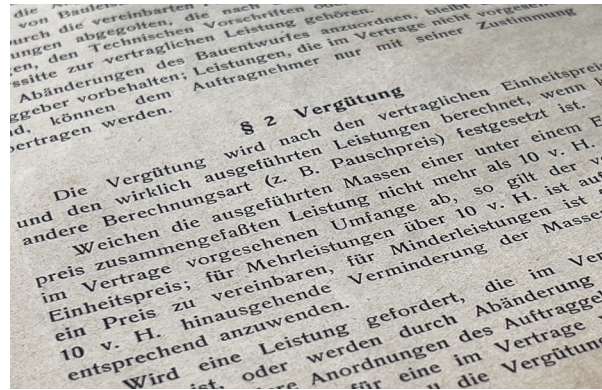
Handwerkern wird deshalb nach wie vor empfohlen, ihren Bauverträgen die VOB/B zu Grunde zu legen, weshalb am Ende eines Angebots häufig der Satz steht: „Es gilt die VOB in der jeweils aktuellen Fassung“. Dementsprechend wird die VOB/B bis heute von Bauingenieuren und den sonstigen „Praktikern“ am Bau als „pragmatisches, gut handhabbares“ Regelwerk hochgehalten wird. Infolgedessen wird die Diskussion über das „Ende der VOB/B“ vor allem zwischen Bauingenieuren und Baujuristen geführt, die – mit Blick auf die aktuelle Gesetzeslage und die jüngste Rechtsprechung – zunehmend daran zweifeln, dass die VOB/B zukünftig noch Geltung beanspruchen kann.

Die bauvertragliche Lücke des BGB

Dass ein demokratisch nicht legitimes Regelwerk wie das der VOB/B einen Zeitraum von knapp 100 Jahren – und damit mehrere Epochen mit unterschiedlichen Staats- und Rechtssystemen – ohne tiefgreifende Veränderungen und nahezu unbeschädigt überstehen konnte, verdeutlicht die Lücke die der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) im Jahre 1900 gelassen hatte. Diese Lücke war so groß, dass es den Interessenvertretern des Handwerks und der Bauindustrie – gemeinsam mit Vertretern der öffentlichen Hand – gelang, ein System und entsprechende Schutzmechanismen zu etablieren, die geeignet waren, über Jahrzehnte hinweg jeden potentiellen Angriff abzuwehren.

Dass es dabei sogar gelang, die Unterstützung des NS-Regimes zu erlangen, obwohl das „System VOB“ mit seinem Prinzip der Ausgestaltung rechtlicher Rahmenbedingungen durch Interessenvertreter dem liberalen 19. Jahrhundert entstammte,¹ ist erstaunlich.

¹ Dass die VOB ein Kind des liberalen Geistes des 19. Jahrhunderts war, konstatiert Schubert (vgl. a.a.O., S. 389), der die liberale Herkunft der VOB wie folgt auf den Punkt bringt: „Das moderne Verdingungs- oder, wie man bis zu Beginn dieses (19.) Jahrhunderts generell sagte, Submissionsverfahren gehört zu den bedeutsamsten Errungenschaften des Liberalismus des 19. Jhd. Die geistes- und wirtschaftsgeschichtlichen Grundlagen des Verdingungsrechts dieses Jahrhunderts bestimmen, trotz zahlreicher Reformen im Detail, auch



Tagtäglich beschäftigen sich Architekten und Ingenieure im Rahmen der Leistungsphase 8 mit Abrechnungsfragen. Dabei greifen sie auf § 2 VOB/B (hier die Fassung aus dem Jahre 1926) zurück – eine Regelung, die nicht ohne Weiteres „in den Griff“ zu bekommen ist. Mit der Entscheidung des BGH vom 09.11.2023 (VII ZR 190/22) und des OLG Frankfurt (Beschluss vom 02.03.2023; 21 U 69/21) dürfte diese Praxis ein Ende gefunden haben.

Die historische Untersuchung zu diesem Themenkomplex stehen noch ganz am Anfang.²

Bezeichnend ist, dass die VOB/B erst in dem Moment an ihr Ende zu gelangen scheint, in dem der demokratisch legitimierte Gesetzgeber – nach mehr als 100 Jahren gesetzgeberischer Abstinenz – die Initiative in die Hand genommen und selbst die Rahmenbedingungen für die Rechtsbeziehungen am Bau geschaffen hat.³ Seitdem schreitet die Demontage der VOB/B voran, konstatierte Fuchs im vergangenen Jahr, verursacht durch die Untätigkeit des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA), verstärkt durch das gesetzliche Leitbild des neuen Bauvertragsrechts in §§ 650a ff. BGB und vollstreckt durch den BGH im Rahmen der Inhaltskontrolle.

Selbst in den sieben Jahrzehnten, in denen das Werkvertragsrecht unter der Ägide des Grundgesetzes galt, hatte der Gesetzgeber keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf gesehen, obschon schon lange bekannt war, dass die Väter des Bürgerlichen Gesetzbuches die am Bau Beteiligten nicht im Blick hatten und das Werkvertragsrecht der Komplexität eines – auf einen längeren Herstellungsprozess gerichteten – Bauvertrages nicht gerecht wird.

Dessen ungeachtet hatten es Regierung und Parlament in der Weimarer Republik, im Dritten Reich und in der bundesrepublikanischen Ära den Interessenvertretern der Bauwirtschaft überlassen, die Grundsätze für die Vergabe und Abwicklung von

heute noch die heutigen Verdingungsordnungen.“

² Vgl. hierzu Koenen, Das neue Bauvertragsrecht: Anfang vom Ende der VOB/B? in: BauR 2018, 1033 (m.w.N.).

³ Zur fortschreitenden Demontage der VOB/B durch den BGH vgl. Fuchs in NZBau 2023, 353; Pioch, Die Verwendung der VOB/B. Ein noch hinnehmbares Risiko? in: NZBau 2024, 65.

Baufträgen zu erarbeiten. Dabei hatte es schon im Kaiserreich Bestrebungen gegeben, das Bauvertragsrecht umfassend zu regeln. Wenig bekannt ist, dass der „Hansa-Bund für Gewerbe, Handel und Industrie“ bereits im Jahre 1912 einen Gesetzentwurf für eine reichseinheitliche Regelung des Verdingungswesens zur Diskussion gestellt hatte.⁴ Die Diskussion über eine gesetzliche Regelung des Verdingungswesens bzw. des Bauvertragsrechts war jedoch durch den Ausbruch des Ersten Weltkriegs unterbrochen worden. Zu Beginn der Weimarer Republik lebten diese Strömungen nur kurz wieder auf, bevor sie in einen fast 100 Jahren währenden „Dornröschenschlaf“ fielen (vgl. hierzu oben).

Der Baubereich ist zwar nicht der einzige Bereich, dem in der Weimarer Republik aufgrund der inneren Zerrissenheit eine nachhaltige Reform versagt blieb. Er ist jedoch der einzige, in dem dieser Zustand so lange (über 100 Jahre) andauerte. Wie erwähnt, waren erste Ende März 1921 die Würfel gefallen und das Schicksal einer reichsgesetzlichen Kodifizierung des Bauvertragsrechts besiegelt.⁵ Der Reichstag hatte sich für den Antrag der Zentrumspartei entschieden,

4 Noch vor Kriegsausbruch hatte der Reichstag im Jahre 1913 eine Kommission gebildet, die – trotz schwerwiegender verfassungsrechtlicher Bedenken, die einem Reichsgesetz entgegenstanden – zu dem Ergebnis kam, das Verdingungswesen reichseinheitlich zu regeln. Zu diesem Zweck hatte diese Kommission einen Gesetzentwurf mit über 60 Bestimmungen vorgelegt, der nicht nur das Verdingungs- bzw. (nach heutigem Sprachgebrauch) das Vergabeverfahren betrafen, sondern auch das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer.

5 Zu dieser Zeit lagen dem Reichstag zwei Anträge vor, die im Hinblick auf ein Bauvertragsgesetz unterschiedlicher nicht sein konnten: Während sich der Antrag der Deutschnationalen Volkspartei (DNVP) darauf bezog, die Reichsregierung zur Einbringung eines Reichsverdingungsgesetzes zu veranlassen, forderte die Zentrumspartei, die Reichsregierung zu ersuchen, „einen Ausschuss einzuberufen, bestehend aus sachverständigen Vertretern der beteiligten Ressorts und Vertretern der zuständigen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, um für die Vergebung von Leistungen und Lieferungen einheitliche Grundsätze für Reich und Länder zu schaffen“.



Rechnungsprüfung durch Architekten – immer schon ein Balanceakt.

dem Hauptgegner einer reichsgesetzlichen Regelung des Verdingungswesens, und damit den Grundstein dafür gelegt, dass das Bauvertragsrecht bis hinein ins 21. Jahrhundert parlamentarischen Einflüssen weitestgehend entzogen war.

Nur so konnten die Unternehmer- und Behördenvertreter des anschließend ins Leben gerufenen Reichsverdingungsausschusses (RVA) fünf Jahre später eine von parlamentarischen und demokratischen Erwägungen unbeeinflusste Einigung erzielen, die dann Grundlage der – im Wesentlichen bis heute unverändert gebliebenen – VOB/B wurde.

Ziel sowohl des RVA als auch des im Jahre 1947 als Nachfolgeorganisation entstandenen Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA)⁶ war es, allgemein gültige Regeln für das private Baurecht aufzustellen, weil das Werkvertragsrecht im BGB die komplexen Besonderheiten des privaten Baurechts nicht ausreichend berücksichtigt. Nach dem seit den 1920er Jahren geltenden Selbstverständnis dieser Organisationen sollen mit der VOB/B das Fehlen bauspezifischer Regeln im Werkvertragsrecht ausgeglichen und ein „gerechter“ Ausgleich zwischen den Interessen von - insbesondere öffentlichen - Auftraggebern und Bauunternehmern geschaffen werden.

Die enorme Bedeutung der VOB/B als marktbeherrschendes Regelwerk über mehrere Epochen hinweg wäre nicht denkbar gewesen, wenn zu deren Hütern - neben dem RVA bzw. dem DVA nicht die öffentliche Hand gehört hätte, die nicht nur für den Siegeszug, sondern auch für den Erhalt der VOB/B Sorge getragen hat - nicht zuletzt dadurch, dass diese nach den zwingend einzuhaltenden vergaberechtlichen Vorschriften bei jedem öffentlichen Auftrag in den Bauvertrag einbezogen werden muss.

Auswirkungen des BauVG auf die VOB/B

Welche Auswirkungen das BauVG auf die VOB/B haben, ist in den letzten Jahren von Rechtsprechung und Literatur intensiv diskutiert worden. Bei der Suche nach einer Antwort wird man sich mit der Funktion und dem Selbstverständnis dieses seit den 1920er Jahren marktbeherrschenden und vor allem für öffentliche Auftraggeber zentralen Regelwerks im Baubereich beschäftigen müssen. Die VOB/B sollte ...

„... im Bauvertrag die Funktion Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) im Sinne des BGB übernehmen mit der Zielsetzung, allgemein gültige Regeln für das private Baurecht aufzustellen, weil

6 Im Jahre 1947 entstand als Nachfolgeorganisation des RVA der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA).

das Werkvertragsrecht im BGB die komplexen Besonderheiten des privaten Baurechts nicht ausreichend berücksichtigt“.

Bei einem solchen bei Wikipedia nachzulesenden Selbstverständnis drängt sich angesichts der Realität gewordenen Kodifizierung des Bauvertragsrechts die Frage auf, ob die VOB/B diese Funktion zukünftig noch übernehmen können oder ob die VOB/B nicht vielmehr, will sie überleben, grundlegend neu gestaltet und den gesetzlichen Leitbildern angepasst werden muss.

Dabei ist das zum 01.01.2018 in Kraft getretene BauVG nur der Anfang eines gesetzgeberischen Großprojekts, die Rechtsbeziehungen der am Bau Beteiligten im Rahmen eines – bis dato gar nicht vorhandenen – Bauvertragsrechts (BauVG) umfassend gesetzlich zu regeln. Es sollten weitere Regelungen folgen, die noch tiefer in die – bislang den Interessenvertretern des DVA eingeräumte – Gestaltungshoheit eingreifen werden.

Angesichts der Realität gewordenen Kodifizierung des Bauvertragsrechts drängt sich also die Frage auf, ob die VOB/B ihrem Selbstverständnis als allgemein gültiges Regelwerk für das private Baurecht zukünftig noch gerecht werden kann und wie die VOB/B umgestaltet werden müsste, wenn sie die aktuelle Entwicklung überleben möchte.

Dauer, Verlauf und Ergebnis dieses im März 2017 eingeleiteten Überlebenskampfes der VOB/B hing maßgeblich vom Verhalten bzw. der Reaktion des DVA ab. Seitdem hat sich *nichts* getan, obwohl nicht erst seit Bekanntwerden des BauVG im DVA intensiv darüber diskutiert worden war, wie man auf das neue Gesetz und die darin verankerten gesetzlichen Leitbilder, an der sich die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung zu orientieren hat, reagieren soll. Dabei wird jedem DVA-Mitglied seit mehr als zehn Jahren bewusst sein: Die Erkenntnis, dass die Gestaltung des Bauvertragsrechts eine Aufgabe ist, die nicht demokratisch nicht legitimierten Interessenverbänden überlassen werden kann, wird man nicht mehr rückgängig machen können.

Um so überraschender war der Beschluss des DVA vor zwischenzeitlich mehr als sechs Jahren.⁷ Danach sollte die VOB/B bis auf Weiteres unverändert bleiben. „Neuregelungen in der VOB/B wären zum aktuellen Zeitpunkt verfrüht“, so der DAV-Hauptausschuss. Mangels gesicherter Auslegung des BGB-Bauvertrags könne man die erforderliche Rechtssicherheit neuer VOB/B-Regelungen nicht mehr gewährleisten.

Dabei hat sich der Gesetzgeber im ersten Teil des BauVG ganz bewusst von der VOB/B abgegrenzt,

⁷ Beschluss des HAA zur VOB/B vom 18.1.2018; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit.

was im Hinblick auf die Frage nach der Wirksamkeit der von den gesetzlichen Leitbildern des BauVG abweichenden Regelungen in der VOB/B von erheblicher Bedeutung ist. Allein mit der Regelung des § 650c BGB ist ein „wesentlicher Pfeiler der bisherigen VOB/B im Nachtragsrecht ins Wanken gebracht“⁸ worden. Die Abgrenzung des Gesetzgebers von der VOB/B beruht somit nicht auf juristischen Spitzfindigkeiten, sondern manifestiert den – in den Gesetzesmaterialien auch deutlich erkennbaren – „Paradigmenwechsel“, der ganze Bibliotheken zur VOB/B in einigen Jahren zu Makulatur werden lassen könnte. Letztlich ist dieser Paradigmenwechsel als Kampfansage an eine – maßgeblich durch die VOB/B geprägte – Baurechtskultur zu verstehen, als politisch gewollte Kurskorrektur in Richtung „Kooperation statt Konfrontation“. Dies gilt in besonderem Maße für das – von § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B abweichende – Regelungssystem des § 650b BGB (Anordnungsrecht) und für die dementsprechenden Vergütungsanpassungsregelungen (§ 650c BGB), die vom Gesetzgeber bewusst als Instrumente eines „kooperativen Miteinander“ beim Bauen ausgestaltet sind. Hinzu kommt, dass auch die Berechnung der Mehrvergütung nach anderen Parametern zu erfolgen hat.

Vor diesem Hintergrund hat sich zwischenzeitlich herauskristallisiert, dass die in §§ 2 Abs. 5 und 6 VOB/B vorgesehene sog. kalkulatorische Preisfortschreibung, wonach es bei Nachträgen maßgeblich auf die Urkalkulation ankommt, mit der Vergütungsanpassung nach § 650c Abs. 1 BGB, die auf den „vermehrten oder verminderten Aufwand ... nach den tatsächlich erforderlichen Kosten angemessen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn“ abstellt, nicht vereinbar ist.

Insofern ist sechs Jahre nach Inkrafttreten des BauVG festzustellen, dass die Rechtsprechung die vom Gesetzgeber beabsichtigte Umsetzung eines Systemwechsels keineswegs durch ein von manchen ⁸ *So bereits Ganten im Jahre 2018: ders., AGB-Kontrolle der VOB/B nach Neuem Bauvertragsrecht, in: Baurecht Aktuell, Magazin des Netzwerks Bauanwälte, Sonderausgabe 2018, S. 14; bezogen auf die Problematik der Mehrvergütung des § 2 VOB/B.*



Autoren befürchtetes „AGB-rechtliches Durchwinken“ der VOB-Regelungen vereitelt wird.⁹ Ganz im Gegenteil: Die Erkenntnis, dass die VOB/B Bestimmungen enthält, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist, ist mittlerweile nahezu flächendeckend in der Rechtsprechung angekommen.

Die VOB/B enthält allerdings Regelungsbereiche, die im BauVG (noch) nicht behandelt und von der Rechtsprechung bislang nicht als unwirksam ausfindig gemacht worden sind. Zudem enthält die VOB/B Regelungen, die weiterhin Bestand haben und unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten wohl unbedenklich bleiben werden. Dies gilt namentlich für Ansprüche bei Störungssachverhalten und für die Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers. Diese Regelungen werden – als (wirksamer) Torso einer fast 100 Jahre lang maßgeblichen Vertragsordnung – kaum ausreichen, um die Existenz der VOB/B auf Dauer sichern zu können.¹⁰

Fazit

Die Diskussion um die Bedeutung der VOB/B sollte nicht nur die am Bau Beteiligten interessieren. Denn: Der VOB/B fehlt die demokratische Legitimation und damit im Ergebnis auch jeder öffentlichen Ausschreibung. Die VOB/B ist ein Regelwerk, das Interessenverbände vor ca. 100 Jahren in Zeiten konzipiert haben, in denen der Gesetzgeber die Bedeutung bauvertraglicher Regelungen verkannt hat.

⁹ Zu den Einzelheiten vgl. Pioch, Die Verwendung der VOB/B. Ein noch hinnehmbares Risiko?, in: NZBau 2024, 65 m.w.N.; Kiedrowski, BauR 2023, 843; Abel/Schindler, BauR 2023, 717.

¹⁰ Zur Unwirksamkeit des für den (öffentlichen) Auftraggeber so wichtigen Regelungskomplexes der §§ 4 Abs. 7 i.V.m. § 8 Abs. 3 VOB/B vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2023 - VII ZR 34/20.



Nachdem der erste Versuch einer gesetzgeberischen Grenzziehung, die seinerzeit (Mitte der 1970er Jahre) nicht unumstrittene¹¹ Ausweitung des – von Prof. Dr. Andreas Jurgleit, Richter am Bausenat des Bundesgerichtshofes so bezeichneten – „gesetzgeberischen Vernichtungswillens“¹² (durch die Anwendbarkeit des AGB-Rechts) auf die VOB/B, nicht zum Erfolg geführt hatte, hat sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber zu Beginn des 21. Jahrhunderts – nach mehr als 100 Jahren – zu einem eigenständigen Bauvertragsrecht durchgerungen, dessen Geltungsanspruch die Baubeteiligten ernst nehmen sollten.

¹¹ Zur Diskussion über die (seinerzeit streitige) Einstufung der VOB/B als AGB vgl. Leupertz, Zur Rechtsnatur der VOB – Die Bestimmungen der VOB/B „als Ganzes“ sind keine Allgemeine Geschäftsbedingungen, a.a.O. (s. oben S. 5, FN 11), S. 45 ff.

¹² So Prof. Dr. Andreas Jurgleit, Richter am Bausenat des Bundesgerichtshofes, anlässlich eines Vortrags im Rahmen einer Seminarveranstaltung in Marseille im Herbst 2023.

III. Auswirkungen

Totgesagte leben länger

Bedeutung der Diskussion um die VOB/B für (Bau-)Wirtschaft und Gesellschaft

Vor mehr als sechs Jahren hat der Bundestag ein Bauvertragsrecht geschaffen, um den VOB-geprägten Verhältnissen am Bau ein Ende zu machen. Seitdem sieht sich der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) nicht in der Lage, ihre eigene Vertragsordnung für Bauleistungen der Gesetzeslage anzupassen.

Insofern wird man an der Überlebensfähigkeit der

VOB/B zweifeln und das Ende der VOB/B ausrufen dürfen, wie dies derzeit in den sozialen Medien geschieht. So wird in den sozialen Medien schon die Beerdigung der VOB/B thematisiert und kürzlich gar eine Traueranzeige veröffentlicht. „In stiller Trauer“ würden sich Handwerk, Bauindustrie, öffentliche und private Auftraggeber wie Anwaltschaft und Justiz von der VOB/B verabschieden, hieß es kürzlich

in einem LinkedIn-Beitrag.¹ Vorangestellt war ein Zitat des ehemaligen Präsidenten des Baugerichtstages und früheren Vorsitzenden des Bausenats am BGH, Prof. Dr. Rolf Kniffka. Dieser habe schon vor geraumer Zeit darauf hingewiesen, dass die VOB/B eine Vielzahl von schlechten, undurchdachten und widersprüchlichen Formulierungen enthalte, die allesamt geeignet seien, Streit zu erzeugen. Dementsprechend ist es auch nicht verwunderlich, dass Rolf Kniffka – ebenso wie sein Kollege und Nachfolger im Präsidentenamt des Baugerichtstages, Prof. Stefan Leupertz – an der Entstehung des Bauvertragsgesetzes und damit der legitimitätsbezogenen Demontage der VOB/B maßgeblich beteiligt waren.

Allen Unkenrufen zum Trotz: Noch ist die VOB/B nicht tot und noch wird man sie nicht beerdigen können. Totgesagte leben länger. Denn noch erscheinen jährlich Neuauflagen von VOB-Kommentaren, die im Falle des prognostizierten Ablebens der VOB/B Makulatur werden würden. Die VOB/B wird man vermutlich – angesichts der nach wie vor vorhandenen Strukturen – nur dadurch mit Erfolg demontieren und letztlich beerdigen können, wenn man den in den letzten beiden Jahrzehnten favorisierten Weg der Auslegung der VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingung konsequent fortführt. Hierzu gehört in besonderer Weise die Anwendung der Rechtsprechung zur kundenfreundlichsten Aus-

legung² in den Fällen, in denen einzelnen Klauseln von dem gesetzgeberischen Vernichtungswillen unbehelligt bleiben. In einem solchen Fall wäre eine Klausel in einem Sinne auszulegen, dass dies für den Vertragspartner des Verwenders am günstigsten ist.

Vieles ist im Zusammenhang mit der VOB/B im Umbruch. Dies ist allerdings noch nicht bei allen Baubeteiligten und Baujuristen angekommen. In besonderer Weise gilt dies für die Landgerichte, bei denen das Bewusstsein für den gesetzgeberischen Vernichtungswillen noch gestärkt werden muss.

Unklare Regelungen und Unsicherheiten am Bau führen zu Verzögerungen und zur Steigerung der Kosten. Daran darf beziehungsweise sollte niemand eine Interesse haben. Es ist Zeit, dass der DVA den ABG-rechtlichen Vernichtungswillen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers respektiert und dem Geltungsanspruch der von diesem verabschiedeten Gesetze den Vorrang einräumt. Dies kann nur bedeuten, dass der DAV in den nächsten Monaten eine dem Gesetz angepasste VOB/B veröffentlicht oder offiziell das Ende der VOB/B verkündet. Eine dritte Möglichkeit ist nicht in Sicht.

² Dies hat Claus Schmitz kürzlich – anlässlich der Freiburger Baurechtstage – den Baujuristen am Beispiel der Regelung des § 13 Abs. 5 Satz 3 VOB/B vor Augen geführt, wonach der Unternehmer bei Verwendung der VOB/B durch den Besteller einen Anspruch auf Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung hat (Schmitz, BauR 2024, 179, 193).

¹ LinkedIn-Beitrag von Prof. Dr. Heiko Fuchs, Februar 2024.

Der Autor



PROF. DR. ANDREAS KOENEN

- Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
- Fachanwalt für Verwaltungsrecht



Impressum:

Prof. Dr. Andreas Koenen
www.bauanwaelte.de/impressum-datenschutz/

Münster ◦ Essen ◦ Hannover ◦ Bielefeld
0800 418888 0

<https://www.bauanwaelte.de/kanzlei/methodik-auszeichnungen/>
Titelbild: Rachata Sinthopachakul/shutterstock.com
Seite 7: DimaBerlin/shutterstock.com
Seite 8: SeventyFour/shutterstock.com