



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

GPA-Mitteilung Bau 1/2016

Az.: 600.531

11.01.2016

Bauverträge und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Vorbemerkung

Öffentliche Auftraggeber beschaffen Bauleistungen im Wettbewerb, im Wege normierter (in den Vergabebestimmungen geregelter) Vergabeverfahren. Dabei kommen Vergabeunterlagen zum Einsatz, die vom Auftraggeber vorbereitet bzw. vorformuliert wurden und welche die Bieter bei der Angebotsabgabe lediglich durch bestimmte Preiseintragungen und Erklärungen ergänzen müssen.

Diese Vergabeunterlagen umfassen zum einen Regelungen, die das Vergabeverfahren (also das Stadium vor Angebotsabgabe) betreffen, sie beinhalten aber auch zahlreiche vorformulierte Bedingungen, die im Falle der Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil werden sollen.

Bei diesen Regelungen und Vertragsbedingungen handelt es sich in aller Regel um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie werden von den Parteien nicht frei ausgehandelt, sondern vom Auftraggeber vorgegeben. AGB unterliegen deshalb zahlreichen gesetzlichen Reglementierungen (§§ 305 ff. BGB, Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, früher AGB-Gesetz).

Bei der Durchführung von Vergabeverfahren und bei der Abwicklung von Bauverträgen sind wesentliche AGB-rechtliche Fragen etwa die, ob das AGB-Recht im konkreten Fall überhaupt Anwendung findet, ob eine bestimmte Klausel möglicherweise überraschend und somit überhaupt nicht Vertragsbestandteil geworden ist (§ 305c Abs. 1 BGB) oder ob eine bestimmte Klausel unausgewogen und somit unwirksam ist (§ 307 BGB). Auch spielt die Frage eine Rolle, ob bestimmte Klauseln möglicherweise dazu führen, dass die VOB/B nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart ist und welche Konsequenzen dies hat.

Mit dieser GPA-Mitteilung werden diese und weitere Fragen erörtert und Hilfestellungen bei der Beurteilung von Klauselwerken gegeben.

Die folgenden Ausführungen sind in zwei Abschnitte unterteilt:

- 1. Die Kernfragen des AGB-Rechts**
- 2. Die Problematik der Abänderung der VOB/B**

Den beiden Abschnitten folgen zwei Anhänge:

Anhang 1 enthält ein Schema zur Prüfung einer Klausel nach dem AGB-Recht. Dieses fasst die Ausführungen der Abschnitte 1 und 2 grafisch zusammen und veranschaulicht die Vorgehensweise bei der Prüfung einer vorformulierten Klausel unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten.

Anhang 2 enthält Auszüge aus den §§ 305 ff. BGB, also aus den AGB-rechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Auf diese Bestimmungen wird in den Abschnitten 1 und 2 Bezug genommen.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Die Kernfragen des AGB-Rechts	4
1.1 Liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor?	4
1.2 Handelt es sich um eine Individualabrede?	6
1.3. Wurden die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen?	8
1.4 Liegt eine überraschende Klausel vor?	9
1.5 Ist die Klausel mehrdeutig formuliert?	9
1.6 Wird versucht, das AGB-Recht durch anderweitige Gestaltungen zu umgehen?	10
1.7 Vorüberlegungen zur Inhaltskontrolle	11
1.8 Findet die Inhaltskontrolle Anwendung?	13
1.9 Verstößt die AGB-Bestimmung gegen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit?	15
1.10 Verstößt die AGB-Bestimmung gegen Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit?	15
1.11 Verstößt die AGB-Bestimmung gegen die Generalklausel des § 307 BGB?	16
2. Die Problematik der Abänderung der VOB/B	18
Anhang 1 – Schema zur Prüfung einer Klausel nach dem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB)	22
Anhang 2 – Auszüge aus den §§ 305 ff. BGB (Recht der Allg. Geschäftsbedingungen)	23

1. Die Kernfragen des AGB-Rechts

1.1 Liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor?

Die Anwendung des ABG-Rechts (§§ 305 ff. BGB) setzt voraus, dass es sich bei den zu überprüfenden Regelungen um AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt.

Dies ist der Fall bei

- a) Vertragsbedingungen, die
- b) für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und
- c) von einer Vertragspartei als Verwender der anderen Vertragspartei (auch „Klauselgegner“ genannt) bei Abschluss eines Vertrages gestellt werden.

Zu a):

Vertragsbedingungen sind Regelungen, die den Inhalt eines Vertrags ausgestalten sollen. Sie sind z.B. enthalten in vorformulierten Angebots- und Auftragsschreiben, Formularverträgen, Besonderen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen sowie in den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B). Weiter finden sich Vertragsbedingungen in den vorformulierten Vordrucken der Vergabehandbücher (z.B. KVHB-Bau, VHB). Denkbar ist natürlich auch, dass der Auftraggeber Bedingungen im Vertrag vorsieht, die er selbst formuliert hat.

Technische Vorschriften und Regelwerke bedürfen einer differenzierten Betrachtung. Dies gilt auch für die im Teil C der VOB enthaltenen Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV). Soweit sie Regeln enthalten, die nicht lediglich die Ausführung von Leistungen, sondern z.B. das Aufmaß oder die Abrechnung betreffen, können diese den Charakter echter Vertragsbedingungen aufweisen und damit dem AGB-Recht unterliegen. In der Rechtsprechung werden hierzu folgende Auffassungen vertreten:¹

- Die Abrechnungsregeln der VOB/C (hier DIN 18299, Abschnitt 5 und DIN 18332, Abschnitt 5) stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen dar.
- Bei der Auslegung der VOB/C kommt der Verkehrssitte maßgebliche Bedeutung zu, wenn Wortlaut und Sinn der Regelungen nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen.

¹ BGH, Urt. v. 17.06.2004, IBR 2004, 487 sowie OLG Stuttgart, Urt. v. 21.02.2008, IBR 2008, 635.

- Kommentierungen der VOB/C sind grundsätzlich keine geeignete Hilfe zu deren Auslegung.
- Auf welcher vertraglichen Grundlage das Aufmaß zu nehmen ist, ist eine Rechtsfrage und daher einer Begutachtung durch einen Bausachverständigen nicht zugänglich.

Es stellt sich die Frage, wie Leistungsbeschreibungen rechtlich zu qualifizieren sind. Dazu wird vertreten, dass Leistungsbeschreibungen, die von dritter Seite aufgestellt bzw. vorformuliert sind, Vertragsbedingungen i.S.v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen können.¹ Dies gilt z.B. für das vom Gemeinsamen Ausschuss für Elektronik im Bauwesen (GAEB) herausgegebene Standardleistungsbuch. Allerdings sind die Vorschriften des AGB-Rechts bei Leistungsbeschreibungen nicht umfassend, sondern nur eingeschränkt anwendbar.

Leistungsbeschreibungen unterliegen der Transparenzprüfung nach § 305c Abs. 2 BGB, also der Prüfung, ob sie klar und verständlich formuliert sind sowie der Prüfung, ob sie überraschende Klauseln enthalten, die nicht Vertragsbestandteil werden können (§ 305c Abs. 1 BGB). Eine überraschende Klausel könnte z.B. vorliegen, wenn eine Leistungsposition bei einer ganz anderen Position an nicht vermuteter Stelle ergänzt wird.²

Die Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, also die Prüfung, ob eine Klausel den Vertragspartner des AGB-Verwenders unangemessen benachteiligt, findet bei reinen Leistungsbeschreibungen (mit Ausnahme der unter § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB angesprochenen Transparenzprüfung) jedoch nicht statt, vgl. hierzu auch die Ausführungen unter Nr. 2.8.

Zu b):

Vertragsbedingungen sind dann für eine „Vielzahl“ von Verträgen vorformuliert, wenn sie nicht nur für einen Einzelfall, sondern für eine mindestens dreimalige Verwendung vorgesehen sind.

Sind die Vertragsbedingungen von einem Dritten aufgestellt worden (z.B. die VOB/B oder die Vordrucke eines Vergabehandbuchs), steht von vorneherein fest, dass diese Vertragsbedingungen für eine mehrfache Verwendung bestimmt sind.

Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert sind.³ Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln zur Regelung der typischen konfliktgefährdeten Sachverhalte enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist.

¹ Glatzel, Hoffmann, Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Auflage 2008, Rdn. 31.

² Frieling, Klauseln im Bauvertrag, 1993, Rdn. 57.

³ BGH, Urt. v. 27.11.2013, IBR 2004, 119.

Zu c):

Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss dem Klauselgegner (also dem anderen Vertragspartner) die Bedingungen „stellen“. Dieses Merkmal ist erfüllt, wenn eine Partei die Einbeziehung der vorformulierten Bedingungen in den Vertrag verlangt. Dies ist bei Vergabeverfahren der öffentlichen Hand, bei denen der Auftraggeber vorgibt, welche Bedingungen bei Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil werden sollen, immer der Fall.

Beachtlich ist, dass der Schutz, den das AGB-Recht gewährt, immer nur zugunsten des Klauselgegners, niemals jedoch zugunsten des Verwenders, der die AGB gestellt hat, wirkt. Der Verwender einer AGB kann sich also nicht darauf berufen, diese AGB sei unwirksam, weil sie ihn unangemessen benachteilige.

Beweislast für das Vorliegen von AGB:

Dass Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, ist grundsätzlich vom Klauselgegner, also vom Vertragspartner des Verwenders darzulegen und zu beweisen, Dazu ist es ausreichend, wenn der Klauselgegner einen weiteren, in etwa gleichlautenden Vertrag vorlegt. Handelt es sich um einen Vertrag, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung aller Lebenserfahrung nach für eine mehrfache Verwendung entworfen und von einer Seite gestellt wurde, spricht der erste Anschein für das Vorliegen von AGB.¹ Den Verwender trifft in diesem Fall die Beweislast dafür, dass (entgegen des Anscheins) keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 ff. BGB vorliegen.

Bei den unter § 8 VOB/A genannten Vergabeunterlagen handelt es sich (zumindest mit Ausnahme der Leistungsbeschreibung, die differenziert betrachtet werden muss) um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Etwas anderes gilt nur, soweit der Auftraggeber Bedingungen verwendet, die nur für ein bestimmtes Vergabeverfahren vorformuliert sind und nur in diesem Verfahren zum Einsatz kommen. Solche Bedingungen sind selten.

1.2 Handelt es sich um eine Individualabrede?

Das AGB-Recht findet keine Anwendung, wenn es sich bei der zu beurteilenden Klausel um eine Individualabrede handelt (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Auch Individualabreden unterliegen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Bürgerlichen Rechts (BGB). Sie können ggf. sittenwidrig und somit nichtig (§ 138 BGB) sein. Dies gilt z.B. für eine individuell ausgehandelte und für den Fall der Bauzeitüberschreitung vorgesehene Vertragsstrafenvereinbarung, die dem Auftragnehmer das Schlechtwetterrisiko zuweist, bei nach-

¹ OLG Koblenz, Urt. v. 26.03.2010, IBR 2012, 19.

träglichen Sonderwünschen keine Bauzeitverlängerung vorsieht und keine Begrenzung der Höhe enthält¹.

Eine Individualabrede liegt vor, wenn die Klausel ausgehandelt ist. Aushandeln erfordert lt. Bundesgerichtshof, dass der Verwender den in seinen AGB enthaltenen „gesetzesfremden“ Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt, mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen.²

Dazu folgende Beispiele:

- es ist davon auszugehen, dass eine Vertragsklausel dann in eine individuelle Klausel umgewandelt wird, wenn der Klauselinhalt auf Initiative des Vertragspartners tatsächlich abgeändert wird,³
- das Aushandeln von Regelungen in einem Generalunternehmervertrag wird nicht schlüssig durch die Behauptung belegt, der Vertrag sei per Beamer an die Wandprojiziert und „Zeile für Zeile“ durchgegangen worden.⁴

Bei öffentlichen Vergabeverfahren werden vorformulierte Vergabeunterlagen eingesetzt. Ein Aushandeln einzelner Bedingungen findet nicht statt. Im Zuge öffentlicher Vergabeverfahren kann es daher normalerweise nicht zum Abschluss von Individualvereinbarungen kommen. Etwas anderes gilt, wenn die Vertragsparteien solche Vereinbarungen im Zuge von Nachverhandlungen (die bei Ausschreibungen nach § 15 Abs. 3 VOB/B allerdings unzulässig sind) oder nach Vertragsschluss treffen.

Dass eine Individualvereinbarung vorliege, muss derjenige beweisen, der sich darauf beruft, weil er eine für sich günstige Rechtsfolge herleiten will. Behauptet der Auftraggeber, bei den von ihm gestellten Vertragsbedingungen handele es sich um Individualabreden, trägt er hierfür die Beweislast. Der Beweis des Aushandelns erfordert die Darlegung des gesamten Verhandlungsprozesses. Hierzu eignen sich Verhandlungsprotokolle, aus denen die Entstehungsgeschichte der fraglichen Klauseln hervorgeht. Darzulegen ist z.B., dass beide Parteien, v.a. auch der Vertragspartner, an der Gestaltung der Klausel mitgewirkt haben, in dem sie z.B. Streichungen, Änderungen von Klauselpassagen oder Hinzufügungen vorgenommen haben. Zu protokollieren wäre auch, welche Argumente die Parteien dabei ins Feld geführt haben, auf welche Rechte sie verzichtet und auf welche Ansprüche, Regelungen oder Teilregelungen sie beharrt haben. Hierzu sollten schriftliche Unterlagen, die das Aushandeln belegen (z.B. unterschiedliche Vertragsfassungen, Aktennotizen über Änderungswünsche, E-Mail-Briefwechsel usw.), sorgfältig aufbewahrt werden.

¹ OLG Köln, Urt. v. 16.12.1987, NJW-RR 1988, 654.

² BGH, Urt. v. 22.11.2012, IBR 2013, 111.

³ OLG Celle, Urt. v. 13.11.2003, Baurechts-Report 2004, Nr. 15.2.

⁴ OLG Celle, Urt. v. 05.03.2014, IBR 2014, 591.

Formularmäßige Aushandlungsbestätigung

Für die Frage, ob eine bestimmte Abrede individuell ausgehandelt ist, kommt es auf das tatsächliche Verhalten der Vertragsparteien an. Fehlt ein Aushandeln, kann dies nicht durch eine sog. Aushandelnsklausel ersetzt werden.

Der Bundesgerichtshof hat die Formulierung „die vorstehenden Vertragsbedingungen wurden ausführlich ausgehandelt und vereinbart“ wegen Verstoßes gegen das AGB-Recht für unwirksam erklärt, weil sie den Auftragnehmer formularmäßig in benachteiligende Tatsachen bestätigen lasse.¹

1.3 Wurden die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen?

Nach § 305 Abs. 2 BGB werden AGB nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

- die andere Vertragspartei ausdrücklich auf sie hinweist²,
- der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen
- und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

Dabei ist allerdings die Sonderbestimmung des § 310 Abs. 1 BGB zu beachten, die für die Einbeziehung von AGB gegenüber Unternehmern i.S.v. § 14 BGB (Gewerbetreibende und Freiberufler), juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Sondervermögen gilt. Bei diesen reicht es für die Einbeziehung aus, wenn der Verwender im Vertrag auf die Geltung der AGB hinweist. Es ist also nicht erforderlich, dass dem Vertragspartner des Verwenders der Text der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vermittelt wird. Allerdings muss der in Rede stehende Hinweis eindeutig sein und der Unternehmer muss die Möglichkeit haben, sich über die AGB ohne weiteres Kenntnis zu verschaffen.³ Dies ist z.B. der Fall, wenn bei einer öffentlichen Ausschreibung auf die Veröffentlichung bestimmter AGB im Ministerialamtsblatt verwiesen wird.⁴

¹ BGH, Urt. v. 28.01.1987, BauR 1987, 308.

² Wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, müssen die AGB deutlich sichtbar am Ort des Vertragsschlusses ausgehängt sein (§ 305 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

³ BGH, Urt. v. 1995, NJW 1995, 2547.

⁴ OLG München, Urt. v. 29.09.1994, NJW 1995, 733.

1.4 Liegt eine überraschende Klausel vor?

Nach § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in AGB, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil.

Der hier angesprochene Überraschungs- / Überrumpelungseffekt kann sich also entweder aus dem Inhalt einer Klausel oder aus deren Platzierung innerhalb der Vertragsunterlagen ergeben.¹

- Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist die Stoffpreisgleitklausel (03/06) aus dem Staatlichen Vergabehandbuch HVA B-StB überraschend, so dass sie nicht Vertragsbestandteil wird.

Nach dieser Klausel sollte für die Abrechnung und Vergütung des eingebauten Betonstahls die Differenz zwischen einem vom Auftraggeber bei Vertragsschluss festgesetzten "Marktpreis" und dem "Preis zum Zeitpunkt des Einbaus bzw. der Verwendung" zu berücksichtigen sein. Letzterer ist das Produkt aus dem vorgegebenen "Marktpreis" und dem "Quotienten der Preisindizes (Monat/Jahr) der Erzeugnisse gewerblicher Produkte (GP) des Statistischen Bundesamtes vom Monat des Einbaus bzw. der Verwendung".

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist diese Vorgabe völlig ungewöhnlich, zumal sie den Auftragnehmer dazu zwingt, von üblichen Kalkulationsgrundsätzen abzuweichen.²

- Wird in einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag mit einem Dachdecker als Vertragsgrundlage auf die VOB/C (DIN 18333 Abschnitt 4) verwiesen, wonach Gerüste bis zu einer Höhe von 2 m als Nebenleistungen in die Preise einzukalkulieren seien, so ist eine daneben in den umfangreichen „Zusätzlichen Technischen Vorschriften“ (ZTV) enthaltene Klausel, nach welcher der Dachdecker ein Gerüst in jeder erforderlichen Höhe - hier 8 m - als Nebenleistung ohne besondere Vergütung zu stellen habe, nach §§ 305 c Abs. 1 , 307 BGB unwirksam.³

1.5 Ist die Klausel mehrdeutig formuliert?

§ 305c Abs. 2 BGB bestimmt, dass Zweifel bei der Auslegung von AGB zu Lasten des Verwenders gehen. Diese Vorschrift betrifft den Fall, dass eine Klausel mehrdeutig oder im Zusammenhang mit anderen Vertragsbedingungen in sich un schlüssig ist.⁴ Derartige Unklarheiten gehen zu Lasten desjenigen, der die Klausel gestellt hat.

¹ BGH, Urt. v. 06.03.1986, 1805.

² BGH, Urt. v. 01.10.2014, IBR 2014, 717.

³ OLG Celle, Urt. v. 05.01.1995, IBR 1995, 330; OLG Brandenburg, Urt. v. 01.10.2014, IBR 2007, 18.

⁴ BGH, Urt. v. 21.06.1990, NJW 1990, 3197.

Beispiele:

- Ein Bauherr verwendet einen Formularvertrag, der folgende Klausel enthält:

„Dem Angebot liegt die VOB zugrunde, soweit nachfolgend keine gegenteiligen Angaben gemacht sind. Garantieleistungen entsprechend VOB/B bzw. BGB.“

Nach Auffassung des OLG Hamm¹ kommt in diesem Fall die kürzere, für den Auftraggeber ungünstigere Gewährleistungsfrist des § 13 VOB/B und nicht die des BGB zur Anwendung.

Zur Begründung führt das Gericht an:

Nach den getroffenen Vereinbarungen sei davon auszugehen, dass zwischen den Parteien auch für die Gewährleistung die VOB/B gelten solle. Der Satz „Garantieleistungen entsprechend VOB/B bzw. BGB“ sei jedoch in mehrfacher Hinsicht unklar. Zum einen sei nicht erkennbar, was unter „Garantieleistungen“ zu verstehen sei. Außerdem sei nicht festzustellen, welche Vorschriften für den Fall, dass die Gewährleistung gemeint sein solle, dafür gelten sollen. Damit finde die Unklarheitenregel Anwendung, nach der sich Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Klauselverwenders (hier des Auftraggebers) auswirken. Dies habe zur Folge, dass zugunsten des Auftragnehmers die kürzere Gewährleistungsfrist des § 13 VOB/B gelte.

- Die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB kann auch bei sog. Staffelverweisungen bzw. Rangfolgeregelungen zu Gunsten des Klauselgegners wirken.

Dies gilt zumindest dann, wenn die Verwendung mehrerer Klauseln / Klauselwerke wegen des unklaren Verständnisses konkurrierender Regelungen zur Unverständlichkeit führt. Das durch Verweisung geschaffene Regelwerk darf nicht so komplex werden, dass es für den Vertragspartner nicht mehr zu durchschauen ist.²

Einfache Staffelverweisungen sind dagegen i.R. unproblematisch. Dies gilt z.B. für eine Verweisung derart, dass in erster Linie der Vertrag, sodann die Zusätzlichen Vertragsbedingungen und ergänzend die VOB/B gelten sollen (vgl. auch § 1 Abs. 2 VOB/B).³

1.6 Wird versucht, das AGB-Recht durch anderweitige Gestaltungen zu umgehen?

Nach § 306a BGB findet das AGB-Recht (also die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB) auch Anwendung, wenn es durch anderweitige Gestaltungen umgangen wird. Die Vorschriften des

¹ OLG Hamm, Ur. v. 25.09.1987, NJW-RR 1988, 467.

² BGH, Ur. v. 16.03.2006, NZBau 2006, 508.

³ Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 3. Teil, Rdn. 26.

AGB-Rechts enthalten also zwingendes Recht, das durch formularmäßige Klauseln nicht geändert werden kann, wie z.B. im folgenden Fall:

- Die Vertragsparteien hatten unter einem vorformulierten Vertragswerk, welches nach AGB-rechtlichen Maßstäben eine unwirksame Sicherungsabrede enthielt, folgende Vereinbarung aufgenommen und unterschrieben: „Der Auftragnehmer bestätigt ausdrücklich, dass im Rahmen der vergangenen Verhandlungen zum GU-Vertrag über jede Vertragsklausel ausgiebig und ernsthaft mit dem Auftraggeber diskutiert und verhandelt wurde. Der Auftragnehmer ist sich daher mit dem Auftraggeber darüber einig, dass es sich bei dem geschlossenen GU-Vertrag um einen Individualvertrag handelt.“ Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist die Sicherungsabrede im vorliegenden Fall trotz der vorstehend zitierten Vereinbarung unwirksam. Zur Begründung führt das Gericht an, das Recht der AGB könne nicht individualvertraglich abgeschlossen werden.¹

1.7 Vorüberlegungen zur Inhaltskontrolle

Die nachfolgenden Fragen befassen sich mit der sog. Inhaltskontrolle. Die Inhaltskontrolle ist Kernbestandteil des AGB-Rechts.

Unter Inhaltskontrolle versteht man die Prüfung, ob eine bestimmte AGB-Klausel ausgewogen ist oder den Vertragspartner des Verwenders der AGB unangemessen benachteiligt. Im zuletzt genannten Fall ist die Klausel unwirksam.

Das AGB-Recht unterscheidet, was die Inhaltskontrolle anbelangt, zwischen folgenden Bestimmungen:

- **§ 307 BGB - Generalklausel über die Inhaltskontrolle,**
- **§ 308 BGB - Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit,**
- **§ 309 BGB - Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit.**

Hält eine Klausel der Inhaltskontrolle nicht stand, bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam (§ 306 Abs. 1 BGB).

Zu beachten ist das Verbot der sog. geltungserhaltenden Reduktion: Danach ist es nicht möglich, eine wegen Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB unwirksame Klausel auf einen zulässigen Kerngehalt zu reduzieren und insoweit aufrechtzuerhalten.² Dahinter steht die Überlegung, dass es dem Klauselverwender ansonsten möglich wäre, unangemessene AGB-Bestimmungen ohne jedes Risiko zu verwenden, weil er damit rechnen könne, dass im Streitfall ein Gericht die un-

¹ BGH, Urt. v. 20.03.2014, IBR 2014, 325.

² Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 22.11.2001, BauR 2002, 463.

wirksame Klausel auf ihren zulässigen Gehalt reduzieren und ihr damit zu einer Weitergeltung verhelfen würde.

- In einem Bauvertrag findet sich eine vorformulierte Vertragsstrafenklausel, nach der die Vertragsstrafe auf insgesamt 10 % der Auftragssumme begrenzt wird (Obergrenze). Diese Klausel ist unwirksam, da die max. Obergrenze der Vertragsstrafe lt. Bundesgerichtshof bei 5 % der Auftragssumme liegt. Da eine geltungserhaltende Reduktion ausscheidet, kann die Obergrenze im vorliegenden Fall nicht durch richterliche Entscheidung auf gerade noch wirksame 5 % der Auftragssumme zurückgeführt werden.

Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion kommt nicht zum Tragen, wenn eine ABG-Klausel mehrere inhaltlich voneinander trennbare und einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen enthält. In diesem Fall sind nur diejenigen Teile der Klausel unwirksam, die gegen das AGB-Recht verstoßen. Dies gilt selbst dann, wenn die unwirksamen und die wirksamen Teilregelungen in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang stehen.

- Ein Bauvertrag enthält eine vorformulierte Vertragsstrafenregelung. Diese sieht vor, dass bei einer Überschreitung des Fertigstellungstermins, wie auch der Zwischentermine, Vertragsstrafen anfallen. In einer weiteren Regelung sind der Fertigstellungstermin und die Zwischentermine festgelegt. Der Bundesgerichtshof ist der Auffassung, dass in diesem Fall trennbare, aus sich heraus verständliche (Vertragsstrafen-) Regelungen vorliegen, die jeweils einer eigenen Inhaltskontrolle unterzogen werden können. Zur Begründung führt er an, die Vertragsstrafenklausel nehme auf eine Regelung Bezug, in der die Fertigstellungsfrist und die Zwischenfristen gesondert aufgeführt seien.¹

An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung (§ 306 Abs. 2 BGB), wie im folgenden Beispiel:

- Ein Formularvertrag über eine Rohbauerstellung enthält eine Klausel, nach welcher der Auftragnehmer erst dann die Abnahme verlangen könne, wenn das gesamte Bauvorhaben fertiggestellt sei. Dies verstößt gegen §§ 307, 308 BGB, da der Auftragnehmer nach § 640 BGB das Recht auf Abnahme hat, sobald er seine eigene Leistung fertiggestellt hat. Die hier vorliegende Abnahmeklausel ist somit unwirksam. An ihre Stelle tritt die gesetzliche Regelung. Der Auftragnehmer hat somit Anspruch auf Abnahme zum Zeitpunkt der Fertigstellung seiner eigenen Vertragsleistung.

Die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel ist von Amts wegen zu berücksichtigen. Der Vertragspartner des Klauselverwenders ist nicht verpflichtet, vor Vertragsschluss darauf hinzuweisen, dass bestimmte Klauseln nach seiner Auffassung unwirksam sind. Es bedarf also keiner Einrede seitens des Klauselgegners. Ein Gericht muss vielmehr von sich aus, ohne dass sich eine Partei darauf beruft, prüfen, ob die verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam sind.²

¹ BGH, Urt. v. 27.11.2013, IBR 2014, 70.

² Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage 2012, Vorbemerkung vor § 307 BGB, Rdn. 7.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass das AGB-Recht nur den Klauselgegner, nicht jedoch den Verwender von AGB schützt. Dies gilt gerade auch für die Inhaltskontrolle. Sie findet nur zum Schutz des Klauselgegners statt. Führt also der Klauselverwender Bedingungen in den Vertrag ein, die ihn selbst benachteiligen, sind diese wirksam.

Beispiel:

- Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers soll eine Verjährungsfrist für Mängelansprüche von 2 Jahren gelten. Diese Regelung weicht von der fünfjährigen Frist des BGB ab. Sie begünstigt also den Auftragnehmer (Klauselgegner). Aus diesem Grund findet keine Inhaltskontrolle statt.

1.8 Findet die Inhaltskontrolle Anwendung?

§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmt, dass die Vorschriften über die Inhaltskontrolle nur für Regelungen in AGB Anwendung finden, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

Nach dieser Vorschrift muss also zwischen Preisabreden und Preisnebenabreden unterschieden werden.

Preisabreden sind Vereinbarungen, in denen lediglich ein reiner Leistungsaustausch, also Leistung und Gegenleistung festgelegt wird. Solche Abreden (dazu zählen auch reine Leistungsbeschreibungen) sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen.

Anders verhält es sich mit Preisnebenabreden. Dabei handelt es sich um Abreden, die nur mittelbar Auswirkungen auf den Preis oder die Leistung haben und an deren Stelle dispositives Gesetzesrecht tritt, wenn eine wirksame vertragliche Bestimmung fehlt.¹

Einer differenzierten Betrachtung bedürfen Vorbemerkungen, die dem Leistungsverzeichnis oder einzelnen Abschnitten des Leistungsverzeichnisses vorangestellt sind. Diese enthalten oft auch rechtsgeschäftliche Regelungen und nicht nur technische und tatsächliche Beschreibungen der auszuführenden Leistung. Für diese ist dann ebenfalls die Inhaltskontrolle eröffnet.²

¹ BGH, Urt. v. 22.12.2012, IBR 2013, 110.

² Glatzel, Hoffmann, Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Auflage 2008, Rdn. 32.

Zur Abgrenzung zwischen Preisabreden und Preisnebenabreden:

- Eine LV-Position über die Herstellung von Mauerwerk enthält folgenden Hinweis:
„Die notwendigen Schlitzte sind in den angebotenen Einheitspreis einzurechnen.“

LV-Positionen sind reine Preisabreden und somit der Inhaltskontrolle entzogen. Dies gilt auch für die o.g. Position und zwar obwohl die „notwendigen Schlitzte“ nicht kalkulierbar sind.¹

- Bauwasser-, Baustrom- und Bauwesenversicherungsklauseln, in denen lediglich vom vereinbarten Werklohn unabhängige Entgeltabreden für selbstständige Leistungen des Auftraggebers getroffen werden, stellen nicht kontrollfähige Preisabreden dar. Dies gilt z.B. für folgende Klauseln:
 - „In der Schlussrechnung werden die Verbrauchskosten und etwaige Kosten für Messer und Zähler in Höhe von 1,2 % des Endbetrages der Schlussrechnung ... abgesetzt.“²
 - „Der Auftraggeber schließt eine Bauwesenversicherung ab. Die anteilige Prämie wird mit 2,5 % von der Schlussrechnungssumme in Abzug gebracht.“³
- Sog. Baureinigungs- bzw. Bauschuttbeseitigungsklauseln stellen dagegen i.R. Preisnebenabreden dar, die nicht selten unwirksam sind. Dies gilt nach der Rechtsprechung z.B. für folgende Klauseln:
 - „Für anteilige Baureinigung werden dem Auftragnehmer 0,5 % von der Schlussrechnungssumme in Abzug gebracht.“⁴
 - „0,75 % des Schlussrechnungsbetrags als Kostenanteil für Baunebenkosten (Schutt und Abfälle müssen vom Auftragnehmer selbst entsorgt werden)“.⁵
- In einer Vorbemerkung zum LV steht: „Folgende Besondere Leistung gehört zur Vertragsleistung und wird nicht gesondert vergütet: Herstellen und Schließen aller Aussparungen und Schlitzte, in Fundamenten, Wänden, Decken, usw. nach Plan und Angaben des Bauleiters, einschließlich aller erforderlichen Stemm- und Brecharbeiten.“

Nach Auffassung des OLG München stellt diese Klausel eine Preisnebenabrede dar und unterliegt damit der Inhaltskontrolle. Sie ist unwirksam, da sie das unter §§ 320 BGB verankerte Prinzip der Berechenbarkeit von Leistung und Gegenleistung verletzt. Der Umfang der Leistungspflicht sei völlig unbestimmt und unkalkulierbar, zumal nachträgliche Ände-

¹ Glatzel, Hoffmann, Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Auflage 2008, Rdn. 32.

² BGH, Urt. v. 10.06.1999, NJW 1999, 3260.

³ BGH, Urt. v. 06.07.2000, IBR 2000, 484.

⁴ BGH, a.a.O.

⁵ OLG Hamm, Urt. v. 10.01.2013, IBR 2013, 200.

rungen, die aus den vorgegebenen Unterlagen nicht ersichtlich waren, nach dieser Klausel vergütungsfrei nach Anweisung des Bauleiters zu erbringen wären.¹

Für die Frage, ob die Inhaltskontrolle zur Anwendung kommt, ist schließlich auf § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB hinzuweisen, der eine Ausnahme von dem o.g. Grundsatz regelt, wonach die Inhaltskontrolle bei reinen Preisabreden nicht zur Anwendung kommt. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich die Unwirksamkeit einer Klausel auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich ist. Die Prüfung ob eine solche Klausel vorliegt (Transparenzprüfung) kommt auch bei reinen Preisabreden (z.B. Leistungsbeschreibungen) zur Anwendung, die übrigen Vorschriften der Inhaltskontrolle dagegen nicht.

1.9 Verstößt die AGB-Bestimmung gegen Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit?

§ 309 BGB enthält eine Liste von Klauselverboten, also eine Aufzählung unzulässiger Regelungen. Diese Klauselverbote enthalten keine unbestimmten Rechtsbegriffe. Dies unterscheidet sie von den unter § 308 BGB genannten Klauselverboten mit Wertungsmöglichkeit. Eine gegen § 309 BGB verstoßende Klausel ist unabhängig von der richterlichen Wertung unwirksam.

Beispiele:

- Die Klausel „Die Aufrechnung mit anderen Forderungen von Seiten des Auftragnehmers ist ausgeschlossen“ ist unwirksam, weil sie gegen das in § 309 Nr. 3 BGB enthaltene Aufrechnungsverbot verstößt.²
- Die Klausel „Der Auftragnehmer hat nachzuweisen, dass er die Ursache für den Mangel nicht gesetzt hat“ ist unwirksam, denn sie verstößt gegen das in § 309 Nr. 12 BGB enthaltene Verbot der Beweislastumkehr.³

1.10 Verstößt die AGB-Bestimmung gegen Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit?

§ 308 BGB enthält eine Liste von Klauselverboten, die (im Gegensatz zu den Klauselverboten des § 309 BGB) unbestimmte Rechtsbegriffe (z.B. eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist) verwenden. Die Feststellung der Unwirksamkeit bedarf hier also einer richterlichen Wertung.

¹ OLG München, Urt. v. 15.01.1987, BauR 1987, 554; diese Klausel wäre allerdings wirksam, wenn sie kalkulierbar wäre. Dies wäre z.B. der Fall, wenn sie die zu leistenden Arbeiten auf das beschränken würde, was aus einem den Vergabeunterlagen beigefügten Plan ersichtlich ist.

² BGH, Urt. v. 16.10.1984, NJW 1985, 319.

³ LG München, Urt. v. 04.08.1988, Az.: 7 O 22388/87.

Beispiel:

- Ein Auftraggeber verwendet folgende Klausel: „Rügt der Auftraggeber einen Mangel und legt der Auftragnehmer seine etwaige abweichende Auffassung dem Auftraggeber nicht unverzüglich schriftlich dar, gelten die Beanstandungen als anerkannt.“

Diese Klausel ist unwirksam, weil sie das Fiktionsverbot des § 308 Nr. 6 BGB verletzt.¹

1.11 Verstößt die AGB-Bestimmung gegen die Generalklausel des § 307 BGB?

Grundnorm der Inhaltskontrolle ist die Generalklausel des § 307 BGB. Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Dabei ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn einer der unter § 307 Abs. 2 BGB genannten Tatbestände vorliegt.

Dies ist der Fall, wenn eine Bestimmung

- mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
- wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Außerdem kann sich eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auch daraus ergeben, dass die AGB-Bestimmung intransparent, also nicht klar und verständlich ist. Die hier angesprochene Transparenzprüfung kommt als einziges Element der Inhaltskontrolle auch bei sog. Preisabreden (z.B. Leistungsbeschreibungen) zur Anwendung. Dabei ist zu beachten, dass die Intransparenz einer Klausel nur dann zu deren Unwirksamkeit führt, wenn die in der Intransparenz liegende Benachteiligung des Klauselgegners auch tatsächlich festgestellt wird. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach sich eine unangemessene Benachteiligung aus der Intransparenz einer Klausel ergeben „kann“ (jedoch nicht muss). Diese Benachteiligung ist nur gegeben, wenn die materielle Rechtslage des Klauselgegners durch den intransparenten Klauselinhalt verschlechtert wird.

¹ Glatzel, Hoffmann, Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 11. Auflage 2008, Rdn. 264.

Folgende Beispiele für AGB-Bestimmungen halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand:

- Ein Bauvertrag enthält folgende vom Auftraggeber gestellte Klausel: „Treten am Bauwerk Schäden an Verglasung oder Einbauten auf und ist der Verursacher der Schäden nicht zu ermitteln, so werden die Kosten auf alle zum Zeitpunkt des Schadens am Bau befindlichen Unternehmer umgelegt und von der Schlussrechnung abgezogen.“
Diese Klausel ist unwirksam, denn sie begründet eine Gefährdungshaftung, die es im BGB nur ausnahmsweise, und im Werkvertragsrecht überhaupt nicht gibt. Es kommt hinzu, dass ein Gegenbeweis nicht zugelassen wird. Damit hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand.¹
- Eine vom Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der die Verjährungsfrist für den Werklohnanspruch des Auftragnehmers auf zwei Jahre abgekürzt wird, ist unwirksam, weil sie den Auftragnehmer entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.²
- Die vom Auftraggeber gestellte Klausel „Die vereinbarten Festpreise schließen Nachforderungen jeglicher Art aus“ ist (auch bei einem Pauschalvertrag) unwirksam, da sie gegen das Prinzip von Leistung und Gegenleistung verstößt. Sie schließt u.a. Vergütungsansprüche wegen zusätzlicher und geänderter Leistungen aus und zwar unabhängig davon, ob der Auftraggeber diese Leistungen angeordnet oder gewünscht hat und ob die Leistungen notwendig waren. Eine solche Klausel verstößt gegen Treu und Glauben und ist damit auch als Individualvereinbarung unwirksam.³
- In einem vom Auftraggeber vorbereiteten Bauvertrag findet sich folgende AGB-Klausel: „Unrichtige Erklärungen und Verstöße gegen die Pflichten des Auftragnehmers bei der Weitervergabe von Leistungen an Nachunternehmer berechtigen den Auftraggeber, den Vertrag zu kündigen bzw. Bieter oder Auftragnehmer bis auf weiteres vom Wettbewerb um künftige Aufträge auszuschließen.“
Diese Klausel benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, denn sie beinhaltet eine verschuldensunabhängige Sanktion. Dies stellt einen Verstoß gegen § 307 BGB dar, was zur Unwirksamkeit der Klausel führt.⁴
- Die Klausel „Der Auftragnehmer hat sich über die Boden- und Wasserverhältnisse zu informieren und daraus entstehende Prinzipien zu übernehmen; er kann sich später nicht damit entlasten, dass er die Eigenart und Menge der Bodenverhältnisse nicht gekannt habe“ ist unwirksam, da sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.

¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.07.1982, BauR 1984, 95.

² BGH, Urt. v. 06.12.2012, IBR 2013, 65.

³ OLG Hamburg, Urt. v. 06.12.1995; BGH, B. v. 05.06.1997, IBR 1998, 99.

⁴ OLG Frankfurt, Urt. v. 03.06.2002, BauR 2003, 269.

Eine Bodenerkundung durch den Auftragnehmer wird durch diese Klausel lediglich fingiert und als scheinbare Rechtfertigung für die Risikoübernahme durch den Auftragnehmer vorgeschoben. Tatsächlich wird dem Auftragnehmer die Möglichkeit, eine ordnungsgemäße Baugrunderkundung selbst durchzuführen (die im Übrigen allen Bietern gleichermaßen eingeräumt werden müsste), aber gar nicht gegeben.¹

- Die Klausel „Bauzeitverlängernde Behinderungen kann der Auftragnehmer der Verwirkung der Vertragsstrafe nur entgegenhalten, wenn er die Behinderungen unverzüglich angezeigt hat“ ist unwirksam. Sie hätte zur Konsequenz, dass der Auftragnehmer, falls er nicht rechtzeitig Behinderung anmeldet, auch bei Fristüberschreitungen, die er nicht verschuldet hat, eine Vertragsstrafe entrichten müsste. Dies widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des § 339 Satz 1 BGB, wonach eine Vertragsstrafe wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung Verschulden voraussetzt und benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen.²
- Häufig verwenden Auftraggeber in ihren Vertragsbedingungen Klauseln, wie diese: „Abschlagszahlungen erfolgen in Höhe von 90 % der erbrachten Leistung.“ Derartige Bestimmungen sind zunächst daraufhin zu prüfen, ob sie Sicherheitseinbehalte regeln oder reine Zahlungsmodalitäten darstellen. Das Letztere ist der Fall, wenn Abschlagszahlungen unter 100 % festgelegt werden, ohne dass die Einbehalte ausdrücklich als Sicherheitseinbehalte gekennzeichnet sind. § 17 Abs. 6 VOB/B, der sich mit Sicherheitseinbehalten befasst, ist in diesem Fall nicht anwendbar.³ Als Zahlungsmodalität ist die o.g. Klausel jedoch unwirksam, da sie von der gesetzlichen Regelung des § 632a BGB zu Lasten des Auftragnehmers abweicht. Aus AGB-rechtlicher Sicht besteht zwar die Möglichkeit, Modalitäten der Abschlagszahlungen zu modifizieren. Die Begrenzung des Rechts auf Abschlagszahlungen auf 90 % ist jedoch als unangemessen anzusehen.⁴

2. Die Problematik der Abänderung der VOB/B

Kommunale Auftraggeber sind verpflichtet, die AGB für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) zum Vertragsbestandteil zu erklären (vgl. Nr. 2.1.1 der Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (Vergabe VwV) vom 28.10.2011).

Wird die VOB/B vereinbart, werden automatisch auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen (VOB/C) Vertragsbestandteil (§ 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B).

¹ Markus/Kaiser/Kapellmann, AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 3. Aufl. 2011, Rdn. 238 mit Verweis auf Englert/Grauvogl/Maurer, Handbuch des Baugrund- und Tiefbaurechts, 3. Aufl. 2004, Rdn. 950.

² OLG Hamm, Urt. v. 21.03.1996, BauR 1997, 661, 662.

³ Kammergericht, Urt. v. 15.04.1999, IBR 2000, 601.

⁴ Glatzel/Hofmann/Frikell, Unwirksame Bauvertragsklauseln, 10. Aufl. 2003, 291.

Die VOB/B umfasst Regelungen, die speziell auf das Baugeschehen abgestellt sind, wie z.B. Zusatz- bzw. Änderungsleistungen betreffende Leistungsbestimmungsrechte des Auftraggebers (§ 1 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 VOB/B).

Diese Regelungen ergänzen bzw. modifizieren das Werkvertragsrecht des BGB. Die VOB/B wurde bereits im Jahre 1926 eingeführt, da man schon damals erkannte, dass sich die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts nur sehr eingeschränkt dazu eignen, das mitunter komplexe Baugeschehen zu regeln.

Die VOB/B wird von einem Ausschuss, dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen, aktualisiert und fortgeschrieben. Diesem Ausschuss gehören Vertreter der Auftraggeber- wie auch der Auftragnehmerseite an.¹ Aktuell gilt die VOB/B- Ausgabe 2012, die von den Kommunen seit dem 13.07.2012 anzuwenden ist (vgl. dazu die GPA-Mitt. Bau 3/2012).

Rechtlich handelt es sich bei den Regelungen der VOB/B um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) i.S.v. 305 Abs. 1 BGB.

Wie bereits dargelegt, unterliegen Allgemeine Geschäftsbedingungen den Reglementierungen des AGB-Rechts, darunter auch der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB.

Von diesem Grundsatz macht das Bürgerliche Gesetzbuch jedoch folgende Ausnahme: Nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB unterliegen die einzelnen Regelungen der VOB/B nicht der Inhaltskontrolle, falls die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt („als Ganzes“) vereinbart wird. Diese Privilegierung beruht auf der Annahme, dass die VOB/B ein ausgewogenes Vertragswerk darstellt, welches zumindest in ihrer Gesamtheit weder die Auftraggeber- noch die Auftragnehmerseite bevorteilt.

Diese Privilegierung gilt allerdings nicht, wenn die VOB/B (von einem Auftragnehmer) gegenüber einem Verbraucher vereinbart wird. In diesem Fall unterliegen sämtliche Klauseln der VOB/B der Inhaltskontrolle. Das hat damit zu tun, dass die Verbraucherseite im Vergabe- und Vertragsausschuss nicht vertreten ist.

Greift der Auftraggeber nun in die VOB/B ein, indem er einzelne Bestimmungen der VOB/B ändert, entfällt die Privilegierung, so dass jede einzelne VOB/B-Regelung, die für den Auftraggeber (Klauselverwender) günstig ist, der Inhaltskontrolle unterliegt.

Die Folge ist, dass sich der Auftraggeber auf bestimmte für ihn besonders günstige Regelungen der VOB/B nicht mehr berufen kann.

¹ Verbraucherorganisationen sind im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss jedoch nicht vertreten.

So ist die Rechtsprechung z.B. bei folgenden VOB/B-Klauseln zu der Auffassung gelangt, dass diese der Inhaltskontrolle nicht standhalten und somit unwirksam sind (wenn der Auftraggeber Klauselverwender ist):

- § 2 Abs. 10 VOB/B
(Vergütung von Stundenlohnarbeiten nur bei ausdrücklicher Vereinbarung vor ihrem Beginn)¹
- § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 3 VOB/B
(Neubeginn der zweijährigen Verjährungsfrist für Mängelbeseitigungsleistungen)²
- § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B
(Ausschluss von Nachforderungen wegen vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung)³
- § 16 Abs. 6 Satz 1 VOB/B
(Zahlung des Auftraggebers an Gläubiger des Auftragnehmers)⁴
- § 17 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B (früher § 17 Nr. 8 Satz 7 VOB/B a.F.)
(Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers an einem entsprechenden Teil der Sicherheit bei noch nicht erfüllten Mängelansprüchen)⁵

Die Frage, ob die VOB/B abgeändert wurde, ist nicht immer einfach zu beantworten. Grund hierfür ist u.a., dass der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 22.01.2004 (IBR 2004, 179) seine frühere „Kernbereichsrechtsprechung“ aufgegeben hat. Während das Gericht früher die Auffassung vertrat, dass nur einigermaßen gravierende, in den Kernbereich der VOB/B eingreifende Änderungen zum Verlust der Privilegierung führen, vertritt es seit seiner o.g. Entscheidung die Meinung, dass dies bei jeder (noch so geringfügigen) Abänderung der VOB/B der Fall sei.

Kleinste Änderungen an der VOB/B reichen also bereits aus, dass die Inhaltskontrolle der einzelnen VOB/B Regelungen eröffnet ist und einige für den Klauselverwender günstige Regelungen der VOB/B unwirksam werden. Dabei wird im Schrifttum vertreten, dass sogar Abänderungen, die für den Klauselgegner von Vorteil sind, zum Verlust der Privilegierung führen sollen.

Wie schwierig die Frage zu beantworten ist, ob die VOB/B abgeändert wurde, wird an folgendem Beispiel deutlich:

Ein Auftraggeber sieht in seinen Besonderen Vertragsbedingungen eine Verjährungsfrist für Mängelansprüche von 5 Jahren (entsprechend § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) vor. Als der Auftragnehmer einige Monate nach Erhalt der Schlusszahlung Nachforderungen (für noch nicht abgerechnete Zusatzleistungen) erhebt, verweist der Auftraggeber auf die Ausschlusswirkung der

¹ OLG Schleswig, Urte. v. 02.06.2005, IBR 2005, 414.

² OLG Hamm, Urte. v. 31.03.1992, IBR 1994, 316.

³ statt vieler: OLG Naumburg, Urte. v. 10.12.2012, IBR 2012, 131.

⁴ BGH, Urte. v. 21.06.1990, EBE/BGH 1990, 263.

⁵ OLG Dresden, Urte. v. 13.12.2007, IBR 2008, 94.

Schlusszahlungsmittelung nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B. Der Auftragnehmer wendet ein, § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B sei im vorliegenden Fall unwirksam, da der Auftraggeber eine fünfjährige Frist vorgegeben und somit die VOB/B, die eine Regelfrist von nur 4 Jahren vorsehe, abgeändert habe. Dies führe dazu, dass § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B unwirksam sei. Der Auftraggeber ist dagegen der Meinung, die VOB/B sei im vorliegenden Fall ohne Abänderungen vereinbart worden. Indem er eine Frist von 5 Jahren vorgegeben habe, habe er nur von einem Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht, das die VOB/B unter § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B ja selbst einräume („ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so ...“).

Die Frage, ob die VOB/B im oben geschilderten Fall mit Abänderungen vereinbart wurde, ist umstritten. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung liegt noch nicht vor (der BGH hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen). In der Rechtsprechung der Instanzgerichte besteht aber eine starke Tendenz, die Privilegierung der VOB/B zu verneinen, wenn in einem VOB-Bauvertrag die Verjährungsfrist für Mängelansprüche auf 5 Jahre verlängert worden ist.

Der Auftraggeber sollte sich also vergegenwärtigen, dass er größtmögliche Sicherheit, dass die VOB/B ohne Abänderungen vereinbart ist, nur bekommt, wenn er auf sämtliche die VOB/B ergänzenden bzw. modifizierende Regelungen verzichtet und im Zweifel sogar davon absieht, von den Gestaltungsrechten, die die VOB/B einräumt (wie bei der Verjährungsfrist für Mängelansprüche), Gebrauch zu machen.

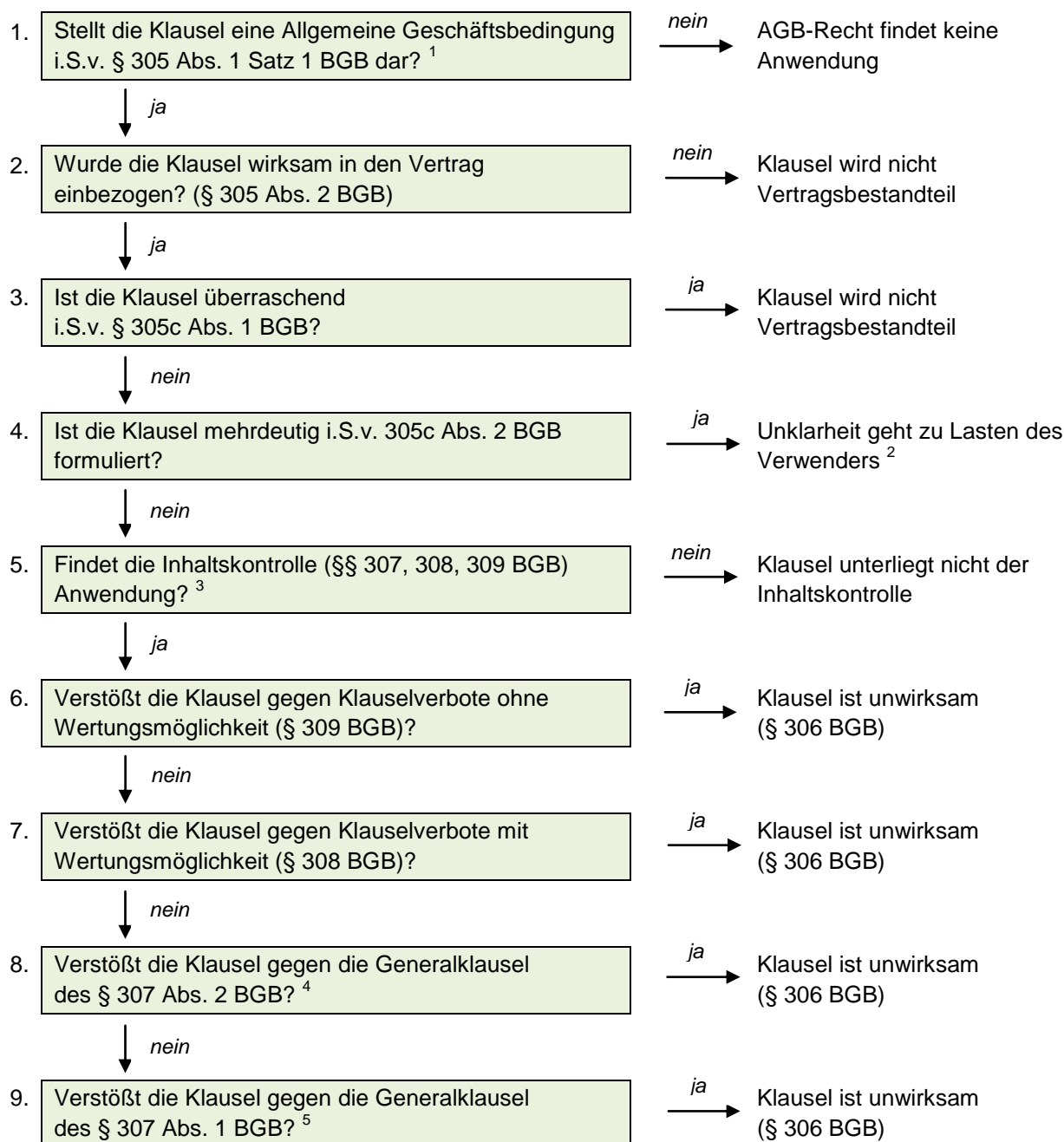
Zum Abschluss dieses Themas ist noch auf einen Aspekt hinzuweisen, den der ehemalige Vorsitzende Richter am Bundesgerichtshof, Prof. Kniffka, in seinem IBR-Online-Kommentar ausführlich beschreibt¹.

Er stellt dar, dass eine absolute Sicherheit, dass alle Regelungen der VOB/B wirksam seien, nicht einmal bestehe, wenn man die VOB/B ohne Abänderungen vereinbare. Zwar scheide die Inhaltskontrolle einzelner Regelungen aufgrund § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB in diesem Falle aus. Der Vertragspartner des Verwenders habe aber trotzdem noch die Möglichkeit, zu argumentieren, die VOB/B insgesamt sei unausgewogen. Er könne also immer noch die Annahme in Zweifel ziehen, die VOB/B stelle ein ausgewogenes Vertragswerk dar.

Der Kommentierung zufolge habe diese Argumentation durchaus Aussicht auf Erfolg, zumal die VOB/B einige den Auftragnehmer außerordentlich benachteiligende Regelungen enthalte (so z.B. die Regelung des § 16 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B über die Ausschlusswirkung der Schlusszahlungsmittelung, die dazu führen könne, dass der Auftragnehmer einen Teil seines Vergütungsanspruchs allein dadurch verliere, dass er bestimmte Formerfordernisse nicht beachte). Zudem sei die inkonsequente Terminologie der VOB/B (etwa im Zusammenhang mit Nachtragsleistungen und deren Vergütung betreffenden Regelungen) problematisch.

Weiter wird dem Vergabe- und Vertragsausschuss daher empfohlen, bei künftigen Überarbeitungen der VOB/B verstärkt darauf zu achten, dass die einzelnen Regelungen der VOB/B, jede für sich, möglichst AGB-fest formuliert würden, so dass mittelfristig auf die Privilegierung der VOB/B verzichtet werden könne.

¹ Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand 28.07.2015, Einführung vor § 631 BGB, Rdn. 43 ff.

Anhang 1 - Schema zur Prüfung einer Klausel nach dem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB)


¹ Dies ist der Fall, wenn die Klausel für eine mehrmalige Verwendung vorformuliert ist und von einer Seite gestellt wird.

² In diesem Fall kann sich der Verwender nicht auf eine für ihn günstige Auslegung der Klausel berufen.

³ Die Inhaltskontrolle findet keine Anwendung, wenn die Klausel nicht vom gesetzlichen Leitbild abweicht (z.B. bei reinen Preisabreden) oder wenn sich der Verwender durch die Klausel selber benachteiligt.

⁴ Dies ist der Fall, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung unvereinbar ist oder wenn sie aus der Natur der Vertrags resultierende Rechte/Pflichten so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

⁵ Dies ist der Fall, wenn die Klausel den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt oder intransparent ist.

Anhang 2 - Auszüge aus den §§ 305 ff. BGB (Recht der Allg. Geschäftsbedingungen)

§ 305 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist und
2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen,

und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

(3) Die Vertragsparteien können für eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Beachtung der in Absatz 2 bezeichneten Erfordernisse im Voraus vereinbaren.

§ 305b Vorrang der Individualabrede

Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

§ 305c Überraschende und mehrdeutige Klauseln

(1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil.

(2) Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

§ 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit

- (1) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.
- (2) Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.
- (3) Der Vertrag ist unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach Absatz 2 vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

§ 306a Umgehungsverbot

Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden.

§ 307 Inhaltskontrolle

- (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.
- (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung
 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder
 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.
- (3) Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.

§ 308 Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam ...

[Anmerkung: diese Bestimmung enthält verschiedene Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeiten, z.B. betr. Annahme- und Leistungsfrist, Zahlungsfrist, Überprüfungs- und Abnahmefrist,

Nachfrist, Rücktrittsvorbehalt, Änderungsvorbehalt, Fingierte Erklärungen, Fiktion des Zugangs, Abwicklung von Verträgen, Nichtverfügbarkeit der Leistung.]

§ 309 Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit

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

[Anmerkung: diese Bestimmung enthält verschiedene Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeiten, z.B. betr. kurzfristige Preiserhöhungen, Leistungsverweigerungsrechte, Aufrechnungsverbot, Mahnung/Fristsetzung, Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen, Vertragsstrafe, Haftungsausschlüsse, Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen, Wechsel des Vertragspartners, Haftung des Abschlussvertreters, Beweislast, Form von Anzeigen und Erklärungen.]

§ 310 Anwendungsbereich

(1) § 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 8 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. § 307 Abs. 1 und 2 findet in den Fällen des Satzes 1 auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. In den Fällen des Satzes 1 finden § 307 Absatz 1 und 2 sowie § 308 Nummer 1a und 1b 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.

(2) ...

(3) ...

(4) ...